

دليل السلطة التشريعية

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

بين مقتضيات دستورية القانون ومقومات التشريع الجيد

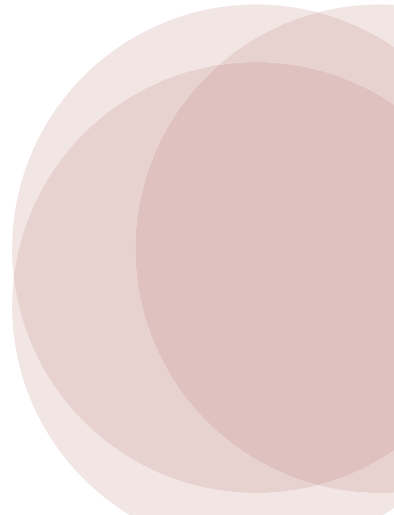


دليل السلطة التشريعية

في تطبيق الفصل 49 من الدستور

بين مقتضيات دستورية القانون ومقومات التشريع الجيد

وفاء زعفران الأندلسي



التمهيد العام والإشراف على الأدلة العمليّة

سلوى الحمروني

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع

شفيق صرصار

سهام بوعجيلة درة الجعايي

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 السلطة التشريعية في تطبيق الفصل 49 من الدستور
Guide of the Legislative Power 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): 978-91-7671-436-2

(المطبوع): 978-91-7671-435-5

مُعَرَّف الوثيقة الرقمي (DOI): <https://doi.org/10.31752/idea.2021.61>

المحتويات

ix	تمهيد عام حول الفصل 49 من الدستور
xii	1. ماهي 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
4	الجزء الأول- الفصل 49: القاعدة المرجعية العليا للتشريع في مادة الحقوق والحريات
5	الفرع الأول- منطلقات أساسية: علوية الدستور والتوقي من اللادستورية
6	الفقرة الأولى- التشريع وضرورة احترام الدستور
6	1- واجب المشرع التوقي من اللادستورية
9	2- دور القاضي الدستوري في ضمان علوية الدستور
11	الفقرة الثانية- ضمان الحقوق والحريات أحد مقومات الدستورية
12	1- مفهوم الحقوق والحريات
12	أ- الحرية
12	ب- الحق
14	2- الحقوق والحريات في جوهر العلاقة الدستورية بين السلطة والفرد
15	أ- واجب الدولة الامتناع عن المساس بالحقوق والحريات
16	ب- واجب الدولة حماية الحقوق والحريات
17	ج- واجب الدولة إنفاذ الحقوق والحريات
	الفرع الثاني- مضامين الفصل 49: ضبط إطار معياري دقيق للتدخل التشريعي في مجال
20	الحقوق والحريات
21	الفقرة الأولى- حصر الضوابط على الحقوق والحريات في مجال القانون: التحفظ التشريعي
28	الفقرة الثانية- تقييد السلطة التقديرية للمشرع في مجال الحقوق والحريات: حدود الحدود
29	1- شرط الضرورة
41	2- شرط عدم المساس بجوهر الحق

44	3- شرط التناسب
	الفقرة الثالثة- إلزام المشرع باحترام الحقوق والحريات المضمونة بالدستور: مبدأ عدم
51	التراجع
58	● الجزء الثاني- مقتضيات الفصل 49 منهج أساسي للتشريع الجيد
61	الفرع الأول- أين تبرز العلاقة بين علم التشريع ومعايير الفصل 49؟
62	الفقرة الأولى- الوظيفة التقييمية للفصل 49
66	الفقرة الثانية- المنهج التقييمي صلب الفصل 49
69	الفرع الثاني- كيف يمكن الاستفادة من الفصل 49 في صنع القوانين؟
70	الفقرة الأولى- عند إعداد مقترح قانون
70	1- مرحلة التصوّر
75	2- مرحلة الصياغة
88	الفقرة الثانية- عند نظر اللجان التشريعية
89	1- بمجرد التعهد
90	2- خلال النقاش
93	3- عند صياغة التقرير
94	الفقرة الثالثة- عند ممارسة حق التعديل
96	خاتمة
102	الملحق
131	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 أبريل/ نيسان 2020 والتي دعت فيها الدول إلى احترام التزاماتها الدولية حتى أثناء حالات الطوارئ أو في مجال الصحة العامة مثلما هو الحال مع جائحة "كوفيد-19". وطالبت اللجنة باستناد القيود المفروضة على ممارسة الحقوق أو حالات عدم التقيد على القانون الدولي لحقوق الإنسان "على أن تستوفي التدابير حماية المعايير القانونية، وعدم التمييز، والضرورة، والتناسب"³.

إن تعالت هذه الأصوات المنبّهة لخطورة الحدود الاعتبارية لحقوق الإنسان، فإن ذلك يرجع إلى 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 أبريل/ نيسان 2020. www.ohchr.org/AR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25785&LangID=A

2 www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/COVID-19Guidance.docx&action=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-qrizoJswrHamPuvaOXrQew262EX0G6kbUwS7R_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 مبنياً 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 مثلاً 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 فصلاً جامعاً يتعلق بضوابط الحقوق والحريات، الفصل 48: "يقرّر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها.

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

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

4 الفصل 8 من دستور 1959.

5 الفصل 8 فقرة أخيرة من دستور 1959.

6 الفصل 9 من دستور 1959.

7 الفصل 10 من دستور 1959.

8 أنظر مقترح الجمعية التونسية للقانون الدستوري، سليم اللغاني، 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 أساساً 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 مهّد 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/ecrire/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 إذاً الفصل 80 لتأطير الحالة الاستثنائية التي تستدعي وجود عدة شروط جوهرية لخصت 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 يغنيها تماماً 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/crdf6064fontaine.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 تقلص 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 انطلاقا من الفصل 49، نظن أن هذا الإشكال لا يمكن أن يطرح في تونس باعتبار أن الدستور نفسه عدّد الأهداف التي يمكن أن يبحث عنها المشرع والتي تمكّنه من الحدّ من الحقوق والحريات.

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

ونجد بعضا من هذه الأهداف مثلا في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي ينص في مادته 12 (الفقرة 3) على أنه "لا يجوز تقييد الحقوق (...) بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم، وتكون 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 مجالا واسعا لإيجاد توازن بين هذا الحق وذاك بشكل عملي.

● الدفاع الوطني

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

● الذهن العام

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

ويمكن الإشارة هنا إلى وجود تقارب بين مفهومي الأمن العام والنظام العام. وحول مفهوم النظام العام، نحيل إلى دور القاضي الإداري في تحديد مكوناته على أساس عناصر ثلاثة هي الأمن العام، 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 مثلا لمعتنقي ديانة شهود يهوه "témoins de Jéhovah" الذين يرفضون نقل الدم حتى وإن كانت حياة الفرد في خطر.

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

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

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

● الصحة العامة

يمكن أن 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 المساس 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 مساً بجوهر الحق في الحياة والتعذيب مساً 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 إعماله وتسمياتها⁴⁷. أما على المستوى الدولي، فقد لخصت اللجنة الأمية لحقوق الإنسان التمشي في تعليقها حول الحدود التي تفرضها الدول على الحقوق والحريات وكذلك في تعليقها حول الفصل 12 المتعلق بحرية التنقل⁴⁸.

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

وفي تعليقها العام رقم 21 المتعلق بحق المشاركة في الحياة الثقافية، اعتبرت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أنه "يلزم في بعض الظروف فرض قيود على حق كل فرد ... ويجب أن تكون هذه القيود ذات هدف مشروع ومتوافقة مع طبيعة هذا الحق وضرورية 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 عدّة أنواع من القيود".

يمكن أن نعتبر في التناسب، كما هو الشأن في أغلب الأنظمة المقارنة، تمسّياً أو تفكيراً مركباً يطبّقه 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.

Luc B Tremblay, Le principe de proportionnalité dans une société démocratique, égalitaire, pluraliste et multiculturelle. 51 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، فيلى جانب المحكمة الدستورية الإسبانية⁵²، نجد فقه قضاء مستقر للمجلس الدستوري الفرنسي وما أقره في قراره 4 أفريل/ نيسان 2019 يذهب في هذا الاتجاه، إذ اعتبر أن المشرع ملزم بتحديد مجال القوانين الجزائية وتعريف الجرائم وعقوباتها بصفة دقيقة وواضحة⁵³.

● السلطة التأسيسية الفرعية

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

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

كما 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 التنصيص 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 والحبراء 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 بالسلطة التشريعية 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 سنتحدث عنها ملامح الديمقراطية التونسية الناشئة.

مقدّمة الدليل

يعتبر الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 الأول من نوعه في التجربة الدستورية التونسية وفي المنطقة العربية. وباختتامه لباب الحقوق والحريات، يرسم الفصل 49 للمشرع الإطار الذي ينبغي عليه الالتزام به عند الدخول في مساحة الحقوق والحريات. وهو ما يمثل الباب الذي يفتح على حقبة جديدة للتشريع في علاقته بالحقوق والحريات بكل المعايير التي تحكمه والمبادئ والقواعد التي يقتضيها.

فبالنظر إلى خصوصيات التشريع في مجال الحقوق والحريات ورهاناته المختلفة، لا سيما المتعلقة منها بمدى القدرة على تفعيل الحقوق الدستورية وعدم المساس بها¹، يكتسي الفصل 49 أهمية كبرى بين الأحكام الدستورية عامة وبين الأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات بشكل خاص، باعتباره المفتاح الذي يتيح فهم نطاق الحقوق وضماداتها في إطار دولة القانون، فهو بمثابة الموجة لحركة المشرع في تدخلاته التشريعية التي تتعرض إلى الحقوق والحريات.

ولعل من أبرز ميزات الفصل 49 من هذه الناحية طابعه التقني الذي يعود إلى جيناته فقه القضائية، إذ أن قيمته الأساسية تكمن في الإجابة عن سؤال بلورتها المبادئ المتراكمة لفقه القضاء الدستوري المقارن وفقه القضاء الدولي، وعلى رأسها مبدأ التناسب، حول كيفية صياغة القيود على الحريات بشكل معتدل ومتوازن ودون التعسف فيها.

وبناء على ذلك، لئن يصنّف الفصل 49 كقاعدة تقرّ إمكانية وضع ضوابط على الحقوق والحريات، إلا أنه في الواقع يمثل قاعدة مقيّدة لسلطة المشرع وموجّهة له عند تدخّله لوضع هذه الضوابط، سواء باعتباره قاعدة مرجعية يعود إليها ويلتزم بمبادئها، أو بوصفه تقنية تشريعية يتّبع منهاجها عند وضع أحكام ترمي إلى تنظيم الحقوق والحريات أو الحدّ من ممارستها. وهو ما سيتم إبرازه تباعا في هذا الدليل.

CAMPBELL (T), « Legislating human rights » in WINTGENS(L) (ed), The theory and practice of legislation: 1 Essays in Legisprudence, Routledge, London and New York, 2016, pp.219-238

الجزء الأول

**الفصل 49: القاعدة المرجعية العليا للتشريع
في مجال الحقوق والحريات**

باختتامه لباب الحقوق والحريات، يمثل الفصل 49 تعبيراً تأليفياً وجامعاً عن الخيار التأسيسي المعتمد في بسط حماية أوسع وأكثر فعالية للحقوق، عن طريق تقييد سلطة المشرع في تحديد إطار صارم لتحرّكه عند التدخل التشريعي لتنظيمها. إذ يمنحه هذا الموقع كخاتمة لباب الحقوق والحريات مكانة خاصة بوصفه العلامة الفارقة في طرق الحماية الدستورية للحقوق والحريات. فضلاً عن قيمته العليا التي يستمدّها من علوية الدستور (قاعدة عليا)، ينتصب الفصل 49 كقاعدة مرجع *norme de référence* تقضي إلزام المشرع بالعودة إليها وتطبيق مقتضياتها وشروطها عند التشريع في مجال الحقوق والحريات والاضطرار إلى وضع ضوابط أو قيود عليها، وذلك تحت رقابة القاضي الدستوري.

كما أن مفرداته تحتزل عناصر المنظومة الحمائية للحقوق والحريات صلب الدستور، ومن ثمّة جانباً هاماً من علاقة المشرع بالدستور، على نحو يقتضي منذ البداية وقبل الغوص في مضامينه وعناصره وشروطه بما هي الإطار المعياري *cadre normatif* للتشريع في مجال الحقوق والحريات (الفرع الثاني)، تحديد دلالة هذه المفردات التي يعجّ بها الفصل في ترابط متين يقوم على ثنائية الدستورية بما هي أساس دولة القانون والتوقي من اللادستورية باعتباره واجبا محمولاً على المشرع في إطار دولة القانون (الفرع الأوّل).

الفرع الأوّل – منطلقات أساسية: علوية الدستور والتوقي من اللادستورية

يمثّل دستور 27 جانفي 2014 ثالث دستور تعرفه البلاد في تاريخها الحديث بعد دستور 1861 وعهد الأمان² لسنة 1857، ودستور 1959 الذي لم ينجح في إرساء حكم ديمقراطي فأطاحت به ثورة 14 جانفي 2011. ولنلاحظ منذ البداية أن فشل التجربتين الأوليين ارتبط بعدم قدرة السلطة على الإيفاء بما فيها من مبادئ، لاسيما فيما يتعلّق باحترام حقوق الأشخاص وحرياتهم.

وبالعودة إلى أصول الفكر الدستوري، نستخلص من هذه التجارب التاريخية كما من غيرها ومن المبادئ العامة للقانون الدستوري أن مشروعية الحكم وشرعية الأعمال التي تأتيها الدولة في تنظيمها للمجتمع تبقى رهينة احترامها للدستور بما هو العقد الاجتماعي وبما هو الوثيقة القانونية الأسمى التي تحدّد حقوق كل طرف وواجباته، وكذلك حدوده.

تمثل دستورية الأعمال التي تأتيها الدولة أساساً لشرعيتها ومشروعيتها، خاصة عند التشريع. وهو ما يرتّب عليها واجبا بالتوقي من اللادستورية درءاً لإلغائها من قبل القاضي الدستوري بوصفه الرقيب على احترام الدستور.

2 وهو يعتبر أول وثيقة تنص على حقوق وحريات في تاريخ تونس.

وبالتعمق في أطراف هذه العلاقة، نجد أنها تركز بالأساس على قيمة الحق والحرية كغاية للدستور (الفقرة الثانية)، وكفكرة أساسية ووجهت حركة القانون الدستوري نحو بلورة التزام أصلي للدولة بالتحديد بالدستور كمرجع في تدخلاتها مهما كان مستواها، وخاصة عند ممارستها للوظيفة التشريعية. فصار بذلك احترام الدستور واجبا مبدئيا على المشرع يقضي بأن يلتزم تحت رقابة القاضي الدستوري بكافة أحكامه ومبادئه وقيمه والعودة إليه في جميع مجالات التشريع، لا سيما حين يتعلق الأمر بحقوق الأشخاص وحرياتهم (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى- التشريع وضرورة احترام الدستور

أن يكون احترام الدستور واجبا على المشرع (1) فهو مبدأ لا يقبل الاستثناء ولا التقييد ينطبق على كافة ما ينتج من نصوص قانونية، وذلك تحت رقابة القاضي الدستوري (2). ويرتّب عن ذلك مسؤولية المشرع في تكريس المقترضات الدستورية والتقيدها وفي تحقيق الأهداف الدستورية. وهي مسؤولية تنجرّ عن خصوصية القاعدة الدستورية التي تمنح الدستور الدور والمكانة الأكثر تميّزا في المنظومة القانونية داخل الدولة. لذلك يختص الدستور بدرجة حماية عليا تضمن فعاليته، لا سيما أمام مخاطر انزلاقات التشريع إلى مخالفته، وهو ما أسس لمنظومات الرقابة على دستورية القوانين، ومن ثمة لإلزامية أن يتوقى المشرع من اللادستورية. ويرتّب عن ذلك من ناحية واجب محمول على المشرع التوقي من اللادستورية (1) ودور محوري للقاضي الدستوري في حماية الدستور من الخرق (2).

1- واجب المشرع التوقي من اللادستورية

إذا كان الدستور هو القاعدة العليا في المنظومة القانونية، فإن ذلك يعني وجوب احترامها من قبل كل السلطات داخل الدولة والالتزام بأحكامها. ويقتضي ذلك أن يكون الدستور المرجع للمشرع في كل أعماله لا من حيث مضمونها فقط وإنما كذلك من حيث الإجراءات.

• من حيث المضمون

يقتضي ذلك الرجوع المستمر إلى الدستور عند صياغة الأحكام التشريعية والقوانين ومقترحات التعديل، للتثبت من عدم مخالفتها لها وكذلك من انخراطها في الأهداف والمبادئ الدستورية. ويتطلب ذلك الاستناد إلى ما ينتج عنه القضاء الدستوري في تأويله للدستور، بما في ذلك فقه القضاء المقارن والدولي. كما لا ينبغي إغفال ما تمخض عنه فقه القضاء الإداري والعدلي من اجتهاد عند تعرّضه إلى الدستور³.

3 للإطلاع على فقه القضاء الدستوري المقارن وفقه القضاء الوطني وفقه القضاء الدولي فيما يتعلق بتطبيق مبدأ التناسب، أنظر سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ماي 2021 على الرابط التالي: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/guide-of-the-%20constitutional-judge-in-the-application-of-article-49-of-the-constitution-ar.pdf>

وفضلاً عن فقه القضاء، من الوجهة الاستنارة بالفقه وبأمهات المراجع في المادة الدستورية وفي مجال حقوق الإنسان لمزيد تعميق الفهم والتمكّن من المصطلحات ومضامينها وآثارها وتوسيع نطاق النقاش البرلماني حول الإشكالات التي يطرحها التشريع محلّ النظر من الزاوية الدستورية.

إضافة إلى إمكانية الاستنارة بآراء الخبراء وأهل الذكر التي يتيحها النظام الداخلي (طلب رأي كتابي/ استماع) والقانون (الاستشارات الوجوبية للهيئات والمجالس المختصة كالمجلس الأعلى للقضاء فيما يتعلق بالمنظومة القضائية والإجراءات أمام المحاكم مثلاً)، يلعب المستشار البرلماني دوراً هاماً على هذا الصعيد في إطار الإسناد العلمي لعمل اللجان والنواب. كما أن هذا الدور يندرج في إطار مهام مركز الموارد والاستشارات البرلمانية الذي، وإن ليس له البت في الدستورية، إلا أنه يبقى من صميم دوره التنبيه إلى الانزلاقات الممكنة في اللادستورية عبر إثارة الإشكالات الدستورية التي قد طرحها التشريع أو الأحكام التي يتوصّل بطلب أو سؤال في شأنها. إذ أن مركز الموارد هيكل ذو طبيعة بحثية يستند في الخدمات التي يقدّمها إلى المرجعية العلمية بما تقتضيه من موضوعية وحياد واستقلالية. ولا شك أن ذلك يسهم في تجنب مشروع القانون حالات الإلغاء عند الطعن فيه أمام القاضي الدستوري.

• من حيث الإجراءات

يمكن للسلطة التشريعية أن تتلافى جانباً هاماً من حالات اللادستورية بتقييدها بالقواعد الشكلية والإجرائية التي يقتضيهما الدستور في علاقة بالوظيفة التشريعية. تشمل هذه القواعد بالأساس:

- ◀ قواعد الاختصاص: مجال التشريع ومجال الترتيب، مجال التشريع الأساسي ومجال التشريع العادي، المبادرة التشريعية، الاختصاص المطلق في قانون المالية وفي مشاريع القوانين المتعلقة بالموافقة على المعاهدات، اللجان والجلسة العامة، الطعن أمام المحكمة الدستورية.
- ◀ القواعد الإجرائية: ممارسة المبادرة التشريعية، ممارسة حق التعديل، أغلبية التصويت، الآجال.

وتهمّ هذه النقاط بالأساس النظام الداخلي والقواعد التي يهيكل بمقتضاها المسار التشريعي وينظّمه. لذلك اقتضى الدستور ضرورة أن يكون النظام الداخلي مطابقاً له ضماناً لدستورية الإجراءات المتبعة في المسار التشريعي (الفصل 120)، لا سيما أن الجانب الإجرائي ينعكس بالضرورة على الجوهر أي على مضمون المبادرة التشريعية ومن ثمة على صيغة النص الذي يُعرّض في الأخير على مصادقة المجلس.

وتبقى إمكانية الطعن في دستورية مشاريع القوانين بعد مصادقة المجلس عليها وقبل ختمها من أهم السبل التي يمكن انتهاجها لتلافي الأحكام غير الدستورية وتجنب آثارها على المراكز القانونية وعلى حقوق الأشخاص وحرّياتهم عند دخول التشريع حيز النفاذ.

وهو ما يلقي الضوء لا فقط على الدور الرقابي للقاضي الدستوري وإنما كذلك وبشكل خاص على دور المعارضة البرلمانية في التنبيه إلى حالات مخالفة الدستور صلب مشروع قانون، إذ يمنح الطعن فرصة إضافية لتدارك الوضعيات التي لم يتم تفاديها أو تصويبها طبقاً للدستور خلال النقاش البرلماني. ولئن يدخل ذلك ضمن الوظيفة الرقابية للمعارضة على الأغلبية البرلمانية، إلا أنه يُبرز بشكل خاص ما يتيح الطعن بالادستورية من امتداد للنقاش البرلماني أمام القاضي الدستوري وفق قواعد أخرى ضبطها القانون ذات مرجعية قانونية بالأساس تختلف عن المرجعية السياسية لقواعد النقاش والتصويت صلب المجلس⁴. حيث يتيح الفصل 19 مثلاً من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أبريل 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في فصله 19، لكلا طرفي النزاع تقديم أسانيد للقاضي الدستوري حول عدم دستورية الأحكام موضوع الطعن أو دفاعاً عن دستورتها، وهو ما يفتح مجالاً لنقاش ذي بعد دستوري صرف حول مدى وجاهة خيارات المشرع صلب مشروع القانون من حيث احترامها للدستور. ولا شك أن لمثل هذا التوجه الإجرائي الذي تبني مبدأ المواجهة المميز لنزاعات الأشخاص *contentieux subjectif* في نزاعات ذات طبيعة موضوعية *contentieux objectif* أثر كبير في إثراء النقاش الدستوري عبر مقارعة الحجّة بالحجة أمام القاضي الدستوري وبالتالي في تركيز النقاش البرلماني حول الإشكاليات ذات الطبيعة الدستورية، وهو ما يسهم في كل الأحوال في مزيد إنارة القاضي الدستوري حول نية المشرع ومقاصده والتمشي الذي انتهجه⁵.

بناء على ذلك، يبدو النقاش القانوني أمام القاضي الدستوري بين أطراف النزاع الدستوري على اختلاف طبيعتهم (نواب أغلبية، نواب معارضة، حكومة، رئاسة جمهورية) فضاء رحباً لإعمال الفصل 49 والاستناد إليه سواء عند الطعن بالادستورية أو عند "تقديم ملاحظات متعلقة بدستورية النص موضوع الطعن" طبقاً للفصل 19 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أبريل 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أو نظيره الفصل 49 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية عند إرساء هذه الأخيرة.

حيث يمثّل الفصل 49 من هذه الزاوية الفيصل في تحديد مدى سلامة الخيارات التشريعية بوصفه أداة قيس تقوم على منهجية عقلانية وموضوعية وعلى جملة من المعايير الدقيقة.

ويُبرز ذلك بالخصوص محورية الفصل 49 باعتباره قاعدة تأويل بامتياز *norme d'interprétation* يعود إليها القاضي عند النظر في دستورية القوانين.

ZAAFRANE ANDOULSI (W), Gouvernance et Etat : De la nouvelle redistribution, Thèse de doctorat en droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Université de Carthage, Juillet 2017

5 مع أن الفصل 19 فقرة 5 ينص فقط على إمكانية تقديم ملاحظات حول دستورية النص موضوع الطعن بتنصيبه على أنه "لكل من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين نائباً في أجل ثلاثة أيام من الإعلام المشار إليه في الفقرة السابقة تقديم ملاحظات متعلقة بدستورية النص موضوع الطعن بعدم الدستورية"، إلا أن تجربة الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين منذ انطلاقتها في 2014 أبرزت استخدام هذه الإمكانية بشكل آلي في كافة النزاعات التي عرضت أمامها وذلك من طرف الأغلبية البرلمانية والحكومة على حد سواء للدفاع عن النص موضوع الطعن.

ZAAFRANE ANDOULSI (W), *ibid.*

2- دور القاضي الدستوري في حماية الدستور

إن ضمان فعالية الدستور، بمعنى إلزام السلط العمومية وبالخصوص المشرع باحترامه، أضحى مرتبطا ارتباطا عضويا بتأمين رقابة قضائية على دستورية القوانين. إذ أثبتت التجارب التاريخية على اختلافها نزوع التشريع إلى التعسف والمساس بحقوق الأشخاص وحرّياتهم في حال غياب إلزامية فعالية باحترام الدستور، الوثيقة العليا في الدولة التي تحمي الحقوق والحريات⁶.

وكان التشريع يستند لمدة طويلة على مبدأ الإرادة العامة⁷ من جهة، وعلى مبدأ عصمة المشرع⁸ العامة (مبدأ ديمقراطي)، إلا أنه لم يعد من الممكن الاستكانة إلى عصمة المشرع طالما ثبتت إمكانية نزوعه إلى مخالفة الدستور وإلى المساس بحقوق الأشخاص وحرّياتهم. وقد كان لإرساء المحاكم والمجالس الدستورية بما هي هيئات قضائية تحرس الدستور وتراقب احترام المشرع له، وكذلك لتطوّر طرق الطعن les voies de recours أثر مباشر وعميق في إثبات قصور نظرية عصمة المشرع⁹

6 إلى جانب التجربة الأمريكية التي تضع المحكمة العليا في قلب منظومة رقابية على دستورية القوانين عن طريق الدفع، يعتبر الفقيه النمساوي هانس كلسن أول من نبّه إلى ضرورة إقرار حماية قضائية للدستور تكفل تحقيق فعاليته في ضمان الحقوق والحريات التي ينص عليها، عن طريق إرساء محاكم دستورية للغرض تختص بمراقبة دستورية أعمال المشرع (رقابة عن طريق الدعوى) في مقاله الشهير: KELSEN (H), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », Revue du Droit public, 1928, p. 197- 257

أنظر أيضا:

ROUSSEAU (D), BLACHER (P), La justice constitutionnelle en Europe, coll. Clefs, LGDJ, 4ème ed., 2020 ; PADOVANI (J), « La légitimité du contrôle de constitutionnalité centré sur les droits et libertés », Les cahiers Portalis, n°7, 2020, pp.63-92 ; SADURSKI (W), « Constitutional Review in Europe and in the United States: Influences, Paradoxes, and Convergence », Legal Studies Research Paper No. 11/15, February 2011, Sydney Law School, available at the Social Science Research Network Electronic Library: <http://ssrn.com/abstract=1754209> ; TROPER (M), « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°28, juillet 2010, Dossier : l'histoire du contrôle de constitutionnalité ; FROMONT (M), La justice constitutionnelle dans le monde, Paris, Dalloz, 1996 ; RUBIN (A), « Judicial Review in the United States », Louisiana Law Review, Vol 4, N°1, Fall 1979

7 هي النتيجة الأصلية لتفعيل سيادة الشعب عن طريق مبدأ التمثيلية. ويعني ذلك أن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة باعتبار أن من يسنه سلطة منتخبة تمثل الشعب. أنظر:

CARRE DE MALBERG (R), La loi expression de la volonté générale, préface Georges Burdeau, Economica, Classiques, 1999 ; MINEUR (D), « De la volonté nationale à la volonté générale », in Carré de Malberg : Le positivisme impossible, sous la direction de MINEUR (D), Paris, Michalon, 2010, pp. 71-105

8 انبنى هذا المبدأ على الافتراض القائل بعقلانية الدولة أي باعتبارها كائنا تميز أعمالها بطابعها المنهجي والعام وفقاً لنموذج منطقي يستبعد أي عمل من أعمال الإرادة الذاتية ويضمن حياده وإمكانية التنبؤ به. ويرتّب عن ذلك تنزيه أعمال المشرع عن العيب باعتبارها ترجمة لعقلانية الدولة. إلا أن هذا الافتراض سرعان ما آل إلى ما سميّ بمركزية التشريع légicentrisme والذي يؤسس لعلوية القانون (بمعناه الضيق أي النص الصادر عن البرلمان la supériorité de la loi والذي ميّز خاصة نموذج الدولة القانونية l'Etat légal بما هو مثال عن الأنظمة السلطوية التي تستعمل القانون في انتهاكها للحقوق والحريات (حالة النظام السابق مثلاً في ظل دستور 1959). أنظر هذا الخصوص:

FLORES (I), « The quest for Legisprudence : constitutionalism v. legalism » in WINTGENS (L) (ed), The theory and practice of legislation : Essays in Legisprudence, Routledge, op.cit., pp.26-52 ; TRAVERS (E), « Benjamin Constant : Critique du légicentrisme et de la multiplication des lois », Recherches philosophiques, 2010, vol. 6, p. 53-69 ; CHEVALLIER (J), L'Etat postmoderne, 2ème édition, LGDJ, 2004 ; BLACHER (P), Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, Paris, PUF, 2001

CHEVALLIER (J), L'Etat postmoderne, op.cit. ; CHEVALLIER (J), « Peut-on rationaliser la production du

- وإمكانية أن "ينطق عن الهوى" أي بما يخالف المبادئ والأهداف العليا للدولة مثلما يقرّها الدستور. فصار القاضي الدستوري رقيباً على أعمال المشرّع وكذلك موجّهاً له نحو حسن تطبيق الدستور. وانبثق عن ذلك علاقة عضوية ضرورية ودائمة بين المشرّع والقاضي الدستوري تقوم على ثنائية المراقبة والمرافقة.
- المراقبة: هي جوهر وظيفة القاضي الدستوري من حيث أنه مكلف بتطبيق الجزاء على الأحكام المخالفة للدستور.
 - المرافقة: هي الوظيفة المنجّرة عن عمل القاضي في تحديد معاني ومدلولات الأحكام والمبادئ والأهداف الدستورية ومضامينها. وبحكم ضرورة تقيّد المشرّع بها، فهي ترتقي إلى مرتبة الموجّه لأعمال المشرّع على مدى المسار التشريعي، لا سيما عند عودة الأحكام المصرّح بعدم دستوريتها في مشروع القانون إلى المجلس لإصلاحها طبقاً لتوجيهات القاضي الدستوري. وإجمالاً، يغطي عمل القاضي الدستوري مستويين لرعاية دستورية القوانين، يتعلق الأول برقابة مطابقة التشريع للدستور ويتعلّق الثاني بملاءمته له¹⁰.

رقابة المطابقة ورقابة الملاءمة

- هما شكلان من الرقابة التي يسطرها القاضي الدستوري على القانون أو مشروع القانون المعروض على أنظاره:
- رقابة المطابقة *conformité*: تعني الرقابة على تقيّد المشرّع بما جاء في الأحكام الدستورية من قواعد ومبادئ (المعنى الضيق للرقابة).
- مثال: تنصيص الفصل 23 من الدستور على أن جريمة التعذيب لا تسقط بالتقادم تلزم المشرّع في المادة الجزائية بالأبّ وضع بشأنها آجالاً مسقطاً للدعوى. فإن فعل كان في حالة عدم مطابقة لأحكام الفصل 23.
- رقابة الملاءمة *compatibilité*: ترمي إلى التحقق من مدى انسجام التشريع مع روح الدستور. وتتركز رقابة الملاءمة على فكرة المبادئ والأهداف الدستورية. في هذه الرقابة لا يتعلّق الأمر بمخالفة حكم دستوري بل بعدم استجابة التشريع للمغزى منه (رقابة واسعة *contrôle d'opportunité* تمنح مساحة للمقاضي للعب دوره التأويلي باتجاه تحديد فحوى المضامين الدستورية ومدلولاتها والغاية منها).
- مثال: رقابة القاضي الدستوري لمدى تحقيق تشريع يتعلّق بالمرأة لالتزام الدولة بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وعملها على دعمها وتطويرها (الفصل 46 من الدستور)، أو رقابته على مدى انخراط التشريع في إطار الدولة المدنية (التوطئة والفصل 2 من باب المبادئ العامة).

droit ? » in L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation, Paris, Pedone, 2013, pp. 17-28 ; OST(F), LENOBLE (J), Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Thèse de doctorat, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, avril 1980, disponible sur <https://core.ac.uk/download/pdf/34096748.pdf>

10 حول رقابة المطابقة ورقابة الملاءمة أنظر:

Charfeddine (M.K), « Contrôle de la constitutionnalité des lois et droits fondamentaux », disponible sur http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/TUN_Charfeddine_F.pdf

أمام هذا المجال الذي تغطيه رقابة القاضي الدستوري على دستورية القوانين، قد يجوز التساؤل عن نوعية الرقابة التي يقتضيها الفصل 49.

لئن كانت الإجابة النهائية عن هذا السؤال من اختصاص القاضي الدستوري وحده، فإنه يمكن القول إن الفصل 49 يبعث على كلا الشككين من الرقابة:

- رقابة المطابقة: عند فحص التزام المشرع بشروط الفصل 49 وعناصره.
 - رقابة الملاءمة: عند فحص الضرورة الخارجية للتقييد ومدى انخراطها في إطار الدولة المدنية الديمقراطية، وخاصة في تقدير التناسب في معناه الضيق **la pondération**.
- ويتأسس ذلك أيضا على طبيعة الفصل 49 بوصفه قاعدة تأويل يستند إليها القاضي الدستوري في فقه قضائه.

الفقرة الثانية - ضمان الحقوق والحريات أحد مقومات الدستورية

إذا كان الدستور هو القاعدة القانونية العليا والأساسية التي تترجم العقد الاجتماعي، فإن ذلك يحيل بالضرورة إلى تنظيم العلاقة بين الدولة والأشخاص.

على أن هذه العلاقة تجد بالضرورة في نواتها فكرة الحرية كرهان يتصدى إلى السلطة في أداؤها وسلوكها درءا لكل نزوع إلى الإفراط في استعمالها¹¹. وهي الغاية التي يبنى عليها مفهوم الدستور ومضمونه وجوهر دولة القانون، وهي المقصد النهائي من الفصل 49 في رسمه لحدود المشرع في معالجته للمسائل التي تمس بالحقوق والحريات.

مكانة الحقوق والحريات في دستور 27 جانفي 2014

مع أن دستور 27 جانفي 2014 قد خص الحقوق والحريات بباب خاص، في تطوّر نوعي مقارنة بدستور غرة جوان 1959، إلا أن ذلك لم يمنع من تناثرها في كامل نص الدستور، على نحو يزيد من تأكيد مركزية فكرة الحق والحرية فيه. وتبرز هذه المركزية في مستويين:

- إضافة إلى محورية الفصل 49 في إرساء منظومة حمائية جديدة للحقوق والحريات، تعتبر التوطئة مرجعا أساسيا في قراءة التكريس الدستوري للحقوق والحريات، لاسيما بتنصيبها على "مبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية" (فقرة 3) وعلى "احترام الحريات وحقوق الإنسان" (فقرة 4).
- إضافة إلى مجموعة الحقوق والحريات الواردة بالباب المخصص لها وتلك التي وردت ضمن الأحكام المنظمة لمسائل ذات علاقة بها كالمبادئ العامة للدستور والسلطة القضائية، تميز الدستور بتعدد الآليات الحماية وتنوع

GICQUEL (J) et GICQUEL (J-E), Droit constitutionnel et institutions politiques, 34ème édition, LGDJ, 11 2020 ; GUASTINI (R), Leçons de théorie constitutionnelle, Dalloz, 2010, pp.107-108 ; CHEVALLIER (F), S'entraîner aux épreuves de droit constitutionnel, Paris, Foucher, 2002, p.6 et s.

مشاربها من الحماية القضائية إلى الهيئات الدستورية المختصة إلى مقومات الدولة المدنية إلى الفصل بين السلط. وهو ما يدلّ، فضلا عن محورية فكرة الحق والحرية صلبه، على طبيعتها الأفقية transversale باعتبارها تعبر كامل نص الدستور وتخرق كل معاييرها.

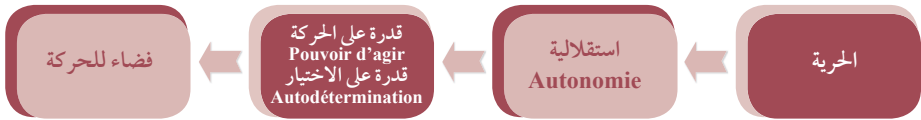
لذلك تمثل فكرة الحق والحرية إحدى محددات دور الدولة في المجتمع¹²، وذلك بناء على مستويات عدّة من الواجبات المحمولة على الدولة (2) تترتب عمّا يقتضيه مفهوم الحق والحرية (1).

1 - مفهوم الحقوق والحريات

يلتصق مفهوم الحق والحرية بالذات الإنسانية في تجلياتها المختلفة: فردية، مواطنة، فئات (مرأة، طفل، عمّال، لاجئون، أقليات...) ليدور بذلك في فلك الكرامة الإنسانية والمساواة والبعد الكوني للإنسانية. وهو ما يقتضي مزيدا من التوضيح عبر تدقيق مدلول كل من المفهومين:

أ- الحرية

ينتمي مفهوم الحرية إلى المعجم القانوني والمعجم الفلسفي في آن واحد، ومن ثمة فهي تتضمن دلالة سياسية واجتماعية بما هي القدرة على التحرك بشكل مستقل داخل مجتمع منظم¹³. وتعني الاستقلالية غياب التدخل الخارجي (الدولة، المجتمع، الغير) داخل فضاء الحركة الخاص (حريات فردية) وفي الفضاء العام (حريات جماعية أو عامة). وبناء على ذلك ترتبط الحرية بالقدرة على الاختيار وتقرير المصير¹⁴ autodétermination.



ب- الحق:

كما الحرية، كان الحق عند ظهوره مفهوما فلسفيا (نظرية الحق الطبيعي) قبل أن يتم تقنينه ليستحيل صنفا قانونيا catégorie juridique يرتبط بوضعية حمائية للأشخاص statut protecteur. فالحق هو مصطلح قانوني يفيد السلطة أو الصلاحية prérogative المخولة لشخص والمحمية قانونا بأن يطلب من شخص آخر ومن الدولة بالأساس شيئا أو القيام بشيء أو الامتناع عنه¹⁵:

ZAAFRANE ANDOULSI (W), Gouvernance et Etat : De la nouvelle redistribution, op.cit. 12

OBERDORFF (H), Droits de l'Homme et libertés fondamentales, LGDJ, 4ème ed. 2008, p.39. 13

المرجع نفسه. 14

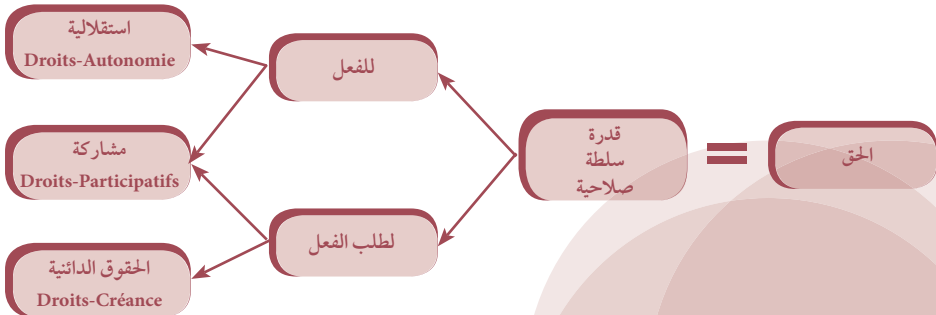
المرجع نفسه. أنظر أيضا: 15

- طلب شيء أو القيام بشيء: يشمل ذلك كل الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي تستوجب تدخلا من الدولة لضمان التمتع بالحق (الصحة، التعليم، الشغل...) وكذلك الحقوق السياسية من حيث أنه يستوجب توفير ظروف ممارسة الحق (الانتخاب، الترشيح...).
- الامتناع عن شيء أو عن القيام بشيء: هو المستوى الذي يتقاطع فيه مفهوم الحق مع مفهوم الحرية. إذ يفيد الامتناع عدم التدخل سواء من الغير أو من الدولة. ويترتب عن ذلك تجسيد للحرية عن طريق الحقوق التي تمكّن من ممارستها. فيفيد الحق بهذا المعنى أهلية الفعل *une faculté de faire* أي القدرة القانونية على فعل شيء ما. وتعني القدرة القانونية أن يتيح القانون ممارسة الفعل. فكما تم بيانه آنفا، تقتضي الحريات (تعبير، ضمير، تنقل...) حق ممارستها وهو ما يستوجب قانونا إتاحة هذه الممارسة¹⁶.

أمثلة:

حرية الضمير = حق الشخص في اختيار المنظومة القيمية = القدرة على الانخراط في ذلك ومزاويلته والمبادئ التي يسترشد بها في وجوده
علنا (المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان)

حرية التعبير = حق الشخص في "اعتناق آراء" والبحث عن "مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقّيها ونقلها إلى آخرين"
المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية



Collectif, Les notions de base en matière de droits fondamentaux, CODAP, Genève, 2013 ; BEN ACHOUR R), LAGHMANI (S), JAZI (D), Les droits de l'Homme par les textes, CPU, 2004).

OBERDORFF (H), Droits de l'Homme et libertés fondamentales, op.cit.

على أن مفهومي الحق والحرية بما ينطويان عليه من مساحة خاصة للإنسان ومن أهلية للفعل ولطلب الفعل يميلان إلى مركز قانوني *statut juridique* ذي قيمة دستورية يقوم في جوهره على تنظيم العلاقة بين الفرد والدولة بناء على ثنائية الحق والواجب.

2- الحق والحرية في جوهر العلاقة الدستورية بين الدولة والفرد

إذا كانت العلاقة بين الدولة (السلطة، المؤسسات، المشرِّع) والفرد تقوم على مشروعية الحكم في تأسيسها على سيادة الشعب ومبدأ التمثيلية (الفصل 2 والفصل 3 والفصل 50 من الدستور)، فإن هذه الأخيرة لا يمكن أن تستقيم دون تمتع الأشخاص بحقوقهم وحرياتهم، لاسيما وهي الشرط الأساسي لتعبير الشعب عن سيادته. فلتن كان التكريس القانوني لسيادة الشعب عبر المواطنة *le statut de citoyen*، فإن هذه الأخيرة، مع ما تقتضيه من واجبات (مثال الفصلين 9 و10 من الدستور)، لا تتحقق - بوصفها أهلية فعل في المجال العام¹⁷ *capacité d'action dans l'espace public* - إلا بضمان نفاذ الأشخاص إلى كافة حقوقهم، الفردية منها والجماعية.

وتبرز هذه المعادلة جلية من خلال مسار تطوُّر حقوق الإنسان عبر أجيالها الثلاثة. فإذا استثنينا الجيل الثالث منها المسمّى جيل الحقوق التضامنية (كالحق في التنمية والحق في بيئة سليمة والحق في السلم) والذي يقوم على فكرة توحد الإنسانية (شعوب، دول، منظمات...) أمام مخاطر كونية تهدد الوجود الإنساني في كليته وتتجاوز المستوى الداخلي للدول، كالحروب والأوبئة والفقر والمشاكل البيئية، نجد أن الجيلين الأولين قد ارتكزا على ثنائية الدولة والأفراد:

• **الجيل الأول:** جيل الحقوق المدنية والسياسية التي تركز على مفهوم الحرية في مواجهة السلطة. يترتب عنها واجب على الدولة الامتناع عن التدخل داخل مساحتها *obligation de non intervention*.

مثال- جملة الحريات المكفولة بالفصل 24 من الدستور، حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر والتنصيب على عدم جواز ممارسة رقابة مسبقة عليها (الفصل 31 من الدستور).

• **الجيل الثاني:** جيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تبني على فكرة المساواة، ويترتب عنها واجب على الدولة أن تتدخل *obligation d'intervention*.

مثال- الفصل 38 فقرة 2 من الدستور: "تضمن الدولة الوقاية والرعاية الصحية لكل مواطن، وتوفر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة وجودة الخدمات الصحية".

PITSEYS (J), « Démocratie et citoyenneté », Dossiers du CRISP, 2017/1, n°88, pp.9-113 ; NEVEU (C), « Les enjeux d'une approche anthropologique de la citoyenneté », Revue Européenne des Migrations Internationales, vol.20, n°3, 2004, p.89.

الفصل 40: "العمل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف".

ومن ثنائية التدخل وعدم التدخل، يبرز أن الحقوق والحريات تحكم سلوك الدولة تجاه الأشخاص والمجتمع ومن ثمة توجّه بشكل عميق النشاط التشريعي للدولة ومضامينه.

وانطلاقاً من هاتين الوظيفتين المتضادتين في الظاهر والمتكاملتين في الجوهر، يمكن استشفاف ثلاث واجبات لدولة القانون إزاء الأفراد: واجب الامتناع عن المساس بالحقوق والحريات أولاً (أ)، وواجب حماية الحقوق والحريات ثانياً (ب) وواجب إنفاذ الحقوق ثالثاً (ج)¹⁸.

أ- واجب الدولة الامتناع عن المساس بالحقوق والحريات

ينبثق هذا الواجب عن حرمة المساحة الخاصة للأفراد وعن استقلاليتهم عن المجموعة، لذلك تعتبر الحريات بمثابة المنطقة المحرّمة التي لا يحق المساس بها بالتقييد غير المبرر وغير المشروع أو بالنيل منها. فالحرية هي المبدأ والقيد هو الاستثناء، والاستثناء يؤوّل تأويلاً ضيقاً وهو ما يشكّل مبدأ عاماً للقانون.

يعني ذلك أن الحرية ليست مطلقة، لكن:

- 1- إذا كان مبدأ الحرية نسبياً فإن ذلك لا يرتّب حقاً أو صلاحية للدولة للمساس بها،
- 2- بل إن وضع قيود عليها يبقى في إطار واجبها عدم المساس بالحقوق ولا يخرج عنه،
- 3- فإن خرجت الدولة عن هذا الإطار، خرجت تصرّفها عن التقييد المشروع ودخلت خاتمة الخرق وانتهاك الحقوق.

وكان الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789 من أول النصوص الأساسية التي ذهبت إلى بيان حدود الحرية بصورة دقيقة والتنصيص على ضرورة حصر القيود في حالات مضبوطة وبشروط لا يمكن التوسّع فيها، حيث جاء في فصله الرابع أنه "تكمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يتسبب في إيذاء الآخرين، وذلك يعني أن حدود الحقوق الطبيعية للإنسان تقف عند حقوق الآخرين. القانون وحده هو من يقرّر هذه الحدود".

وبناء على ذلك، يصبح من الوجيه منهجياً التفريق بين التقييد والخرق (أو الانتهاك)، مع ضرورة التنبيه إلى حالة ثالثة في تعامل الدولة مع الحقوق والحريات في إطار واجبها عدم المساس بها، وهي حالة التعليق.

JÖRG (K) et WALTER (K), The Law of International Human Rights Protection, 1st publ. Oxford 18 University Press, 2009, p. 97; Human rights Resource Center, "Obligations des Etats et des acteurs non-étatiques", module de formation n°9, University of Minnesota, <http://hrlibrary.umn.edu/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-09.htm>

حالتها	تعريفها	حالة المساس
دستوري بشرط الفصل 49	وضع حدود على الحقوق والحريات استنادا على معايير مضبوطة في حالات محددة يقرّها الدستور.	التقييد Limitation
دستوري بشرط الفصل 80	هي وضعية استثنائية يتم بمقتضاها وقف ممارسة الحقوق والحريات في حالات معينة يضبطها الدستور.	التعليق Suspension
غير دستوري	هو كل مساس بالحقوق والحريات خارج عن الحالتين السابقتين يؤدي إلى منع التمتع بها أو ممارستها أو التقليل من ذلك أو إلى إعدامها.	الانتهاك Violation



يستخلص من ذلك أن الفصل 49، كما كافة الضمانات الدستورية، يحدّد شكل ومضمون تدخّل المشرّع في مجال الحقوق والحريات.

ب- واجب الدولة حماية الحقوق والحريات

إذا كان إعلان الحقوق والحريات صلب الدستور يقضي بالاعتراف للأشخاص بها، فإن ذلك يقتضي بداهة وضع أطر وآليات لحمايتها من الانتهاك. ويمكن أن يقرّر نص الدستور ذاته هذه الآليات ولكن يبقى إجمالاً من واجب التشريع وضع القواعد الحماية الضرورية.

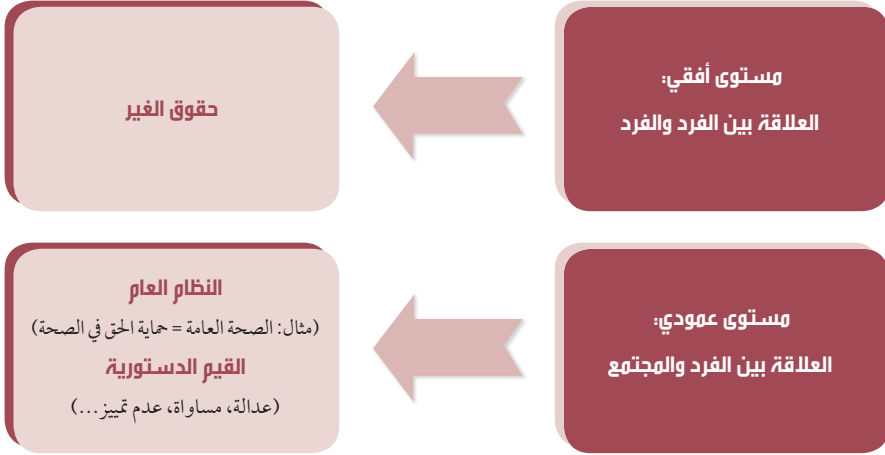
أشكال الحماية

تشريعية	دستورية
<ul style="list-style-type: none"> التكريس التشريعي للحقوق مثال 1: القانون الانتخابي مثال 2: القانون الأساسي عدد 58 لسنة 2017 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة الحماية الجزائية مثال 1: الاعتداء على الحرمة الجسدية والحياة الخاصة وحق الملكية يمثّل الأساس لقسم كبير من الجرائم المنصوص عليها بالمجلة الجزائية (عنف، سرقة، اغتصاب، ثلب...). مثال 2: الحماية الجزائية للطفل الجانح صلب مجلة حماية الطفل التقيّد بالفصل 49 في التنظيم التشريعي للحقوق والحريات. 	<ul style="list-style-type: none"> مبادئ دستورية: الدولة المدنية، علوية الدستور، الفصل بين السلط، استقلال القضاء... التنصيب الصريح على التزام الدولة بالحماية: الفصل 23، 24، 42، 46... الحماية القضائية: إقرار دور القاضي حماية الحقوق والحريات (الفصل 49 والفصل 102)، ضمانات المحاكمة العادلة... المحكمة الدستورية الهيئات الدستورية تقييد سلطة المشرّع في وضع ضوابط على الحقوق والحريات درءاً لانتهاكها (الفصل 49).



الضوابط على الحقوق والحريات هي جزء من منظومة الحماية الدستورية لها. ولا يمكن أن يبررها إلا البعد الحماي للحقوق والحريات بما هي من متعلقات النظام العام.

ويتجلى البعد الحماي في الضوابط على الحقوق والحريات في مستويين اثنين:



إضافة إلى حماية الحقوق والحريات، تلتزم الدولة بحكم الدستور بضمان ممارستها والتمتع بها.

ج- واجب الدولة إنفاذ الحقوق

يرز هذا الالتزام مثلا من المقتضيات الدستورية التي تلزم الدولة بضمان الحقوق والحريات. وهو التزام عام نص عليه الدستور في مطلع الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات صلب الفصل 21، حيث جاء في فقرته الثانية: "تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتهمي لهم أسباب العيش الكريم".

وينطوي فعل الضمان إلزاما للدولة بأداء فعل إيجابي من أجل تمكين الأشخاص من حقوقهم والتمتع بها. كما يتضمن ضرورة أن تكفل الدولة ممارسة الحق عن طريق سياساتها العامة وعن طريق الأطر التشريعية اللازمة لذلك.

وإضافة إلى الفصل 21، تكرر التنصيص على واجب الضمان في بعض الفصول الخاصة ببعض الحقوق: الفصل 32 (ضمان الحق في الإعلام وفي النفاذ إلى المعلومة)، الفصل 38 (ضمان الحق في الصحة و مجانية العلاج بالنسبة لفاقدي السند وذوي الدخل المحدود والحق في التغطية الاجتماعية)، الفصل 39 (ضمان الحق في التعليم العمومي المجاني)، الفصل 42 (ضمان حق الأجيال القادمة في الموروث الثقافي)، الفصل 45 (ضمان الحق في بيئة سليمة ومتوازنة)، الفصل 46 (ضمان تكافؤ

الفرص بين المرأة والرجل)، الفصل 48 (ضمان حق ذوي الإعاقة في الاندماج)، الفصل 126 (ضمان هيئة الانتخابات لسلامة المسار الانتخابي ونزاهته وشفافيته).

وبقطع النظر عن طبيعة الالتزام الذي يقتضيه فعل الضمان (الالتزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة) فإنه يبقى بمثابة المحدد لمسؤولية الدولة الدستورية إزاء الأفراد والمواطنين.

ولئن يرتبط واجب ضمان التمتع بالحقوق بتجسيد هذه الحقوق ضمن سياسات عامة (حالة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بوصفها حقوقاً دائمة تستوجب دوراً تدخّلياً للدولة)، فإن ذلك لا يحجب الضوء عن أهمية المسؤولية التشريعية للدولة في هذا الشأن. وهو ما تبرزه بشكل خاص الحقوق والحريات الجماعية من قبيل حق الانتخاب (القانون الانتخابي) وحق تكوين الجمعيات (قانون الجمعيات).

وفيما يلي جدول تألّيفي للالتزامات التي ترتبها الحقوق على الدولة من حيث التكريس ومن حيث إمكانية التقيد:

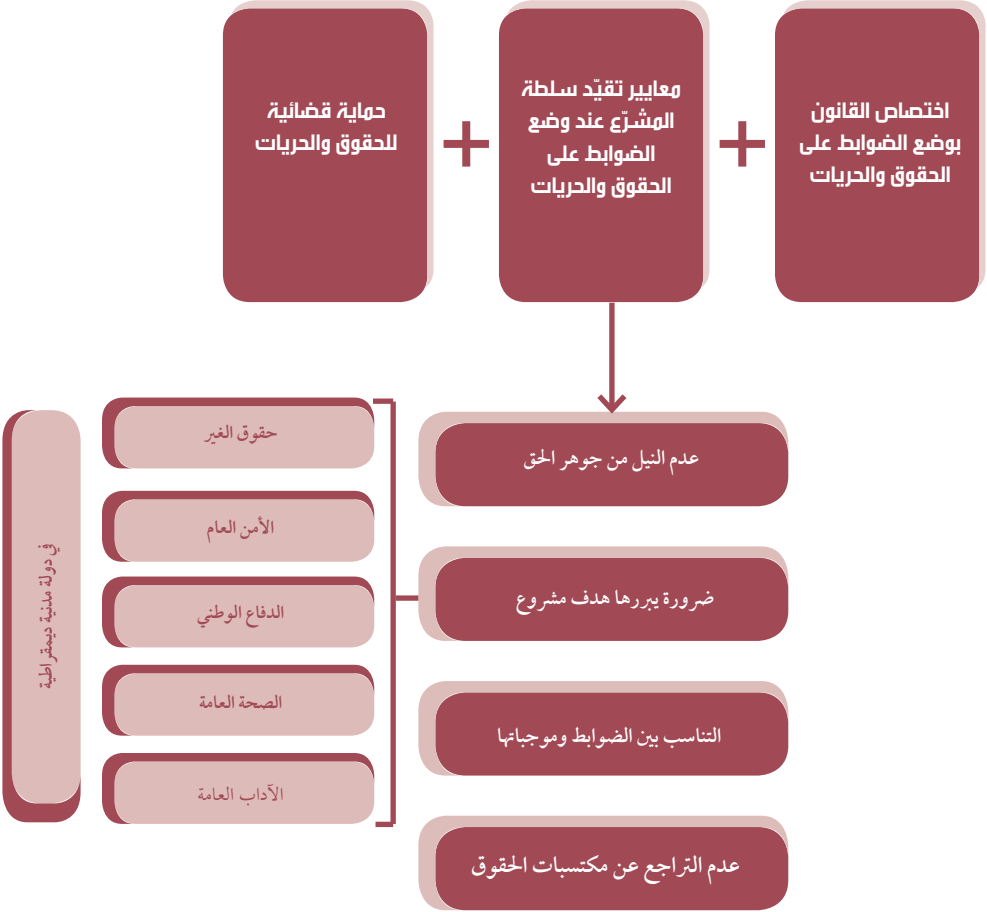
إمكانية تقيد الحق أو الحرية	أمثلة من دستور 27 جانفي 2014	الواجب المترتب على الدولة	صاحب الحق أو الحرية - المهني به	مجال الحق أو الحرية	موضوع الحق أو الحرية	
قابلة للتقيد طبقاً لمقتضيات الفصل 49	حرية التنقل واختيار المسكن حرية الضمير	واجب احترام واجب حماية	الفرد	استقلالية Droit-Autonomie	حياة خاصة سلوك شخصي	الحريات الفردية
قابلة للتقيد طبقاً لمقتضيات الفصل 49	حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات	واجب احترام واجب حماية	الفرد المواطن	مشاركة Droit-Participation	حياة عامة مواطنة	الحريات العامة
قابلة للتقيد طبقاً لمقتضيات الفصل 49 إلا فيما يتعلق بالحق في الحياة: جواز المساس به "في حالات قصوى" (الفصل 22 من الدستور)	الحق في الحياة الحرمة الجسدية الحق في سرية المراسلات	واجب احترام واجب حماية	الفرد	استقلالية Droit-Autonomie	حياة خاصة حرمة الشخص	الحقوق المدنية

إمكانية تقييد الحق أو الحرية	أمثلة من دستور 2014 جانفي	الواجب المترتب على الدولة	صاحب الحق أو الحرية - المهني به	مجال الحق أو الحرية	موضوع الحق أو الحرية	
قابلة للتقييد طبقا لمقتضيات الفصل 49	حق الانتخاب حق الترشح	واجب احترام واجب حماية	المواطن	مشاركة Droit- Participation	حياة عامة مواطنة	الحقوق السياسية
الحقوق الاجتماعية والثقافية غير قابلة للتقييد (بناء على ما ترتبه من واجب تدخل على الدولة) لكن تتوقف في تحقيقها على إمكانيات الدولة حق الملكية: قابل للتقييد طبقا لمقتضيات الفصل 49 + ورود حالة النيل من الحق في حالات استثنائية (الفصل 41 من الدستور)	حق الملكية الحق في الصحة الحق في التعليم الحق في الثقافة	واجب احترام واجب حماية واجب تدخّل	الفرد المجموعات	حقوق دائنية Droits- Créance	ظروف العيش مستوى المعيشة	الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية
غير قابلة للتقييد	الحق في بيئة سليمة	واجب حماية	الفرد المجموعات الشعوب الأجيال القادمة الدولة	حقوق جماعية	تنمية تضامن	الحقوق التضامنية

بعد بيان الأسس الدستورية للحقوق والحريات والواجبات التي ترتبها على المشرّع، ومن ثمة تلك التي تسند فكرة القيود وتؤطرها، يصبح من الضروري تفكيك عناصر الفصل 49 وشرطه من أجل فهم الطريقة التي على المشرّع توخيها عند تدخله لوضع ضوابط على الحقوق والحريات.

الفرع الثاني- مضامين الفصل 49: ضبط إطار معياري دقيق للتدخل التشريعي في مجال الحقوق والحريات

بتفكيك الفصل 49، نقف على جملة من العناصر الأساسية التي تحدّد شكل التدخل التشريعي ونطاقه حين يرمي إلى الحد من الحقوق والحريات أو التقييد في ممارستها:

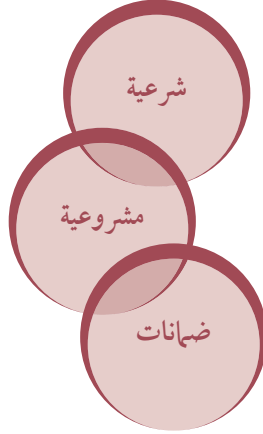


وما يمكن ملاحظته في هذا المستوى، أنّ هذه العناصر وردت في شكل شروط تراكمية conditions cumulatives تتمثل نواة منظومة قانونية خاصّة ذات طبيعة حمائية تضبط عملية تقييد الحقوق والحريات على نحو يؤطر سلطة المشرّع في مداها وفي مجالاتها وفي منهجية أعمالها.

وتقوم هذه المنظومة على مستويات ثلاثة من الحماية سيتم تناوّلها تباعاً بالتفصيل:

- **المستوى الأول:** يتعلّق بشرعية التدخّل، من خلال اندراج وضع ضوابط على الحقوق والحريات ضمن مجال القانون، وهو ما يصطلح عليه بالتحفظ التشريعي (الفقرة الأولى).
- **المستوى الثاني:** يتعلّق بمشروعية التدخّل، والتي لا تتحقق إلا بتطبيق كامل الشروط المادية المتلازمة التي ينص عليها الفصل 49، أي الضرورة والتناسب وعدم المساس بجوهر الحق. وهو ما يمثل تقييداً للسلطة التقديرية للمشرّع يجعلها بمثابة "حدود للحدود" (الفقرة الثانية).
- **المستوى الثالث:** يتعلّق بالضمانات المرتبطة بالحقوق والحريات، وهي التي يكرّسها مبدأ عدم التراجع (الفقرة الثالثة).

أسس المنظومة الدوائية للفصل 49



الفقرة الأولى- حصر ضوابط الحقوق والحريات في مجال القانون: التحفظ التشريعي

يعتبر التحفظ التشريعي القاعدة المبدئية الأولى التي نص عليها الفصل 49. فهي بمثابة المحدّد للإطار الشرعي لتحرك الدولة عند مساسها بالحقوق والحريات، وهو ما يكتسي صبغة حامية مادية وإجرائية في الآن ذاته:

- **حماية مادية:** من خلال جعل المواد المتعلقة بالحقوق والحريات ضمن المجال المحدد للقانون الأساسي (الفصل 65 من الدستور). فإذا كان التحفظ التشريعي على معنى الفصل 49 يعني أن وضع الضوابط على الحقوق والحريات يكون ضرورة بمقتضى القانون فإن ذلك يفضي، في مستوى أول، إلى منع تدخل السلطة الترتيبية لوضع هذه الضوابط، لاسيما أنّ الفصل 65 من الدستور يجعل من مجال القانون مجالاً محمياً طبقاً لتوزيع اختصاصات ملزم لكافة السلط الشارعة.

الفصل 65 (فقرة 2 و3) :

تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية:

- الموافقة على المعاهدات،
- تنظيم العدالة والقضاء،
- تنظيم الإعلام والصحافة والنشر،
- تنظيم الأحزاب والنقابات والجمعيات والمنظمات والهيئات المهنية وتمويلها،
- تنظيم الجيش الوطني،
- تنظيم قوات الأمن الداخلي والديوانة،
- القانون الانتخابي،
- التمديد في مدة مجلس نواب الشعب وفق أحكام الفصل 56،
- التمديد في المدة الرئاسية وفق أحكام الفصل 75،
- الحريات وحقوق الإنسان،
- الأحوال الشخصية،
- الواجبات الأساسية للمواطنة،
- السلطة المحلية،
- تنظيم الهيئات الدستورية،
- القانون الأساسي للميزانية.

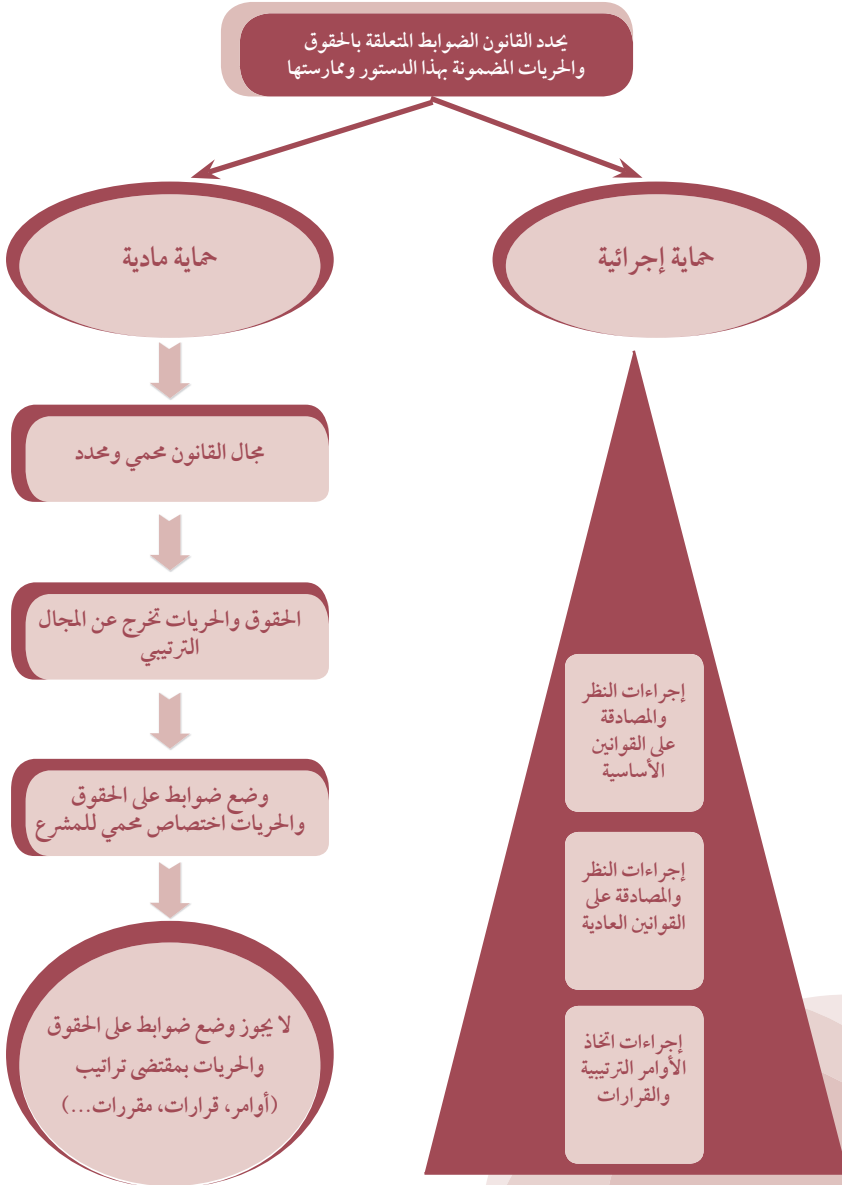
يدخل في مجال السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون.

- حماية إجرائية: تُستشف من إدراج مادة الحقوق والحريات ضمن مجال القوانين الأساسية، باعتبار أن هذه الأخيرة قد خصّصها الدستور بإجراءات نظر ومصادقة أكثر صرامة من القوانين العادية (الفصل 64 من الدستور)، وهو ما يمثل المستوى الثاني من الحماية والذي يترتب عنه تخصيص إجرائي للحقوق والحريات.

الفصل 64:

يصادق مجلس نواب الشعب بالأغلبية المطلقة لأعضائه على مشاريع القوانين الأساسية، وبأغلبية أعضائه الحاضرين على مشاريع القوانين العادية، على ألا تقل هذه الأغلبية عن ثلث أعضاء المجلس. لا يُعرض مشروع القانون الأساسي على مداولة الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً من إحالته على اللجنة المختصة.

قاعدة التحفظ التشريعي: طبيعة الحماية



ويترتب عن هذين المستويين من الحماية واجبان اثنان إن خالفهما المشرع حاد عن موجبات الشرعية التي يقتضيها احترام التوزيع الدستوري للاختصاص عند التشريع وسقط في عيب اللادستورية.

ويتمثل هذان الواجبان في ضرورة التوقي من:

- ◀ عيب الاختصاص الإيجابي: وهو ما يقتضي التقيد بمجال التشريع.
- ◀ عيب الاختصاص السلبي: وهو ما يقتضي ضرورة ممارسة الاختصاص.

قاعدة الفصل بين المجال التشريعي والمجال الترتيبي وواجب احترام التوزيع الدستوري للاختصاص عند التشريع

تجد قاعدة توزيع الاختصاص بين مجال القانون ومجال الترتيب أساسها ضمن الفصل 65 من الدستور، بالخصوص من خلال تعريفه لمجال السلطة الترتيبية العامة بكونه جملة "المواد التي لا تدخل في مجال القانون"، وهو ما يقتضي منعا للسلطة التنفيذية من تنظيم مسائل تدخل في مجال القانون بمقتضى ترتيب. وإن فعلت فإنها تكون مشوبة بعيب اللاشرعية لمخالفتها الدستور مما يقتضي إلغائها.

إلا أن هذه القاعدة تتضمن بالمقابل إلزاما مماثلا للمشرع باحترام قاعدة توزيع الاختصاص بين مجال القانون ومجال الترتيب. فلا شك أنه من أؤكد موجبات الشرعية أن تقيد عملية سن القوانين بقواعد التوزيع العضوي للاختصاصات المنصوص عليها بالدستور، وهو ما يتطلب من المشرع أخذ الحيط والحذر تلقائيا بمناسبة صياغتها لا توقيا من كل تعد على صلاحيات وسلطات دستورية أسندت لغيره من السلطات والهياكل فحسب (عيب الاختصاص الإيجابي)، وإنما توقيا وتحسبا أيضا من كل نكران لاختصاصاته الذاتية التي خصه بها الدستور (عيب الاختصاص السلبي).

• واجب التقيد بمجال التشريع: التوقي من عيب الاختصاص الإيجابي¹⁹

يعني عيب الاختصاص الإيجابي أن يتدخل المشرع في مجالات اختصاص أخرجها الدستور من مرجع نظره وأسندها إلى غيره فيكون بذلك قد مارس صلاحياته بأكثر مما هو مطالب به ولم بتقيد بمجال التشريع مثلما ضبطه الفصل 65 من الدستور، حيث جعل هذا الفصل من مجال القانون مجالا محددًا. وهو ما يستخلص من اعتماد المشرع الدستوري لتقنية القائمة الحصرية في ضبط مجال القانون بشكل عام والتميز بين مجالي القانون الأساسي والقانون العادي بشكل خاص.

وانطلاقا من هذا التوزيع الدستوري للاختصاصات، تكون السلطة التأسيسية الأصلية قد ألزمت السلطة التشريعية بضرورة احترامه، الأمر الذي يستدعي منها العمل طبق مقتضياته عند

Conseil Constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°46, janvier 2015, Dossier : 19 L'incompétence en droit constitutionnel.

النظر والمصادقة على مشاريع ومقرحات القوانين، توكيا من تصريح محتمل بعدم دستوريتها - في صورة التعدي على المجال الترتيبي - أو تحسبا لمجرد إعادة ترتيب وتصنيف أحكام القانون عندما يثبت للقاضي الدستوري انطواءها على تداخل بين مجالي القانون العادي والقانون الأساسي²⁰.

• واجب ممارسة الاختصاص: التوقي من عيب الاختصاص السلبي²¹

نص الفصل 65 من الدستور على قائمة موسّعة من الاختصاصات التي تمثل في كليتها المجال المحمي لتدخل المشرّع والتي ينبغي عليه الاضطلاع بها، واستنفاذ كلّ موجبات ممارستها من ناحية، وعدم الإقدام على تفويضها من ناحية أخرى إلا في حدود ما سمح به الدستور.

وبناء على صبغته الحماية، يصبح التحفظ التشريعي الذي أقره الفصل 49 قاعدة إضافية في تبليغ هذا الواجب المحمول على المشرّع، من حيث أنه يزيد في تقوية الصبغة الإلزامية لاختصاص المشرّع، على نحو يمكن معه استشفاف واجب على المشرّع ممارسة اختصاصه في مادة الحقوق والحريات بشكل كامل. وبقضي هذا الواجب التنبه والتفتن بشكل تلقائي إلى أوجه نكران الاختصاص أو الممارسة المنقوصة للاختصاص التشريعي.

ولعيب الاختصاص السلبي أوجه عديدة يتجه تلافيفها لتفادي السقوط في وضعيات غير شرعية يتم فيها وضع ضوابط على الحقوق والحريات بمقتضى تراتيب. ويستدعي ذلك من المشرّع التفتن تلقائياً إلى صور عيب الاختصاص السلبي عند سنّ القوانين تفادياً لتصريح القاضي الدستوري لاحقاً بإلغائها.

ونجد من بين هذه الصور:

◀ حالة القانون متعدّد التاويلات:

ويعدّ القانون متعدّد التاويلات كلّما أتاح أحكامه إمكانية تبني تأويلات متضاربة بشأنها²².

◀ حالة الصمت التشريعي:

وهي الحالة التي ينأى فيها المشرّع عن استنفاذ كامل صلاحياته في مجال راجع لمطلق اختصاصه عبر صياغة أحكام منقوصة لا يتجلى منها أنه تعهد على أكمل وجه بسلطاته، فترد بذلك أحكام القانون مصاغة في شكل تفتقد فيه إلى الدقة الكافية²³.

Décision 2005-519 DC 29 juillet 2005. 20

Conseil Constitutionnel, L'incompétence en droit constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, op.cit. 21

Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985. 22

Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985: « [l'article 3-II de la loi déferée] permet à l'établissement public de 23 diffusion de procéder à des travaux et installations d'importance non précisée sur des propriétés bâties publiques

◀ حالة القانون الغامض:

وتتمثل عموماً في الحالة التي يتولى فيها القانون تنظيم مسألة معينة أو إرساء منظومة مخصوصة دون التزام الدقة عند تحديد حالات ومجالات انطباقها ودون الحرص على ضبط حدود هذا الانطباق وشروطه²⁴.

◀ صورة الإحالة التشريعية إلى قانون لاحق:

وهي الحالة التي يتولى فيها المشرع سنّ قانون تكتفي أحكامه بالإعلان عن قاعدة مبدئية مقابل إحالة كل ما اتصل بضبط أساليب وطرق تطبيقها إلى قوانين لاحقة.

وتدرج تحت طائلة هذه الصورة إحالة قانون أساسي لمسألة راجعة لاختصاصه إلى قانون عادي والتي توصل فقه القضاء المقارن إلى عدم دستوريته²⁵ ضرورة أنه على المشرع الأساسي استنفاد كامل اختصاصاته وأن إحالة جزء منها إلى القانون العادي يعدّ من قبيل تفويض التفويض الذي يتعارض بدهاءة مع الدستور.

ولا يعدّ من قبيل نكران الاختصاص حالة اكتفاء القوانين العادية بضبط المبادئ الأساسية لمسألة معينة وترك تفاصيلها إلى السلطة الترتيبية طالما أنّ الفصل 65 من الدستور نصّ صراحة على أن يكتفي القانون العادي بضبط المبادئ الأساسية لجملة من المواد التشريعية (نظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية والطاقة وقانون الشغل والضمان الاجتماعي).

إلا أنه توفيقاً من إمكانية مساس المادة الترتيبية المحال إليها بمادة الحقوق والحريات والدخول -ولو بشكل عرضي- في هذا المجال، لا سيما السقوط في وضع ضوابط عليها، يتجه بسط رقابة من السلطة التشريعية على السلطة الترتيبية عن طريق متابعة المضمون الترتيبي الذي يحيل إليه القانون، بعنوان قاعدة الاختصاص التشريعي والفصل بين مجال القانون ومجال الترتيب.

ou privées et prévoit que les agents de l'établissement public peuvent être autorisés à pénétrer à l'intérieur de ces propriétés, y compris dans les locaux d'habitation, notamment pour l'exploitation des équipements installés; que ces installations et le droit de visite qu'elles impliquent pourraient fauter de précisions suffisantes entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder ».

Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 : « S'agissant de l'objet et des conditions du mandat en cause, ²⁴ la disposition critiquée n'apporte pas ces précisions ; [...] elle est ambiguë quant aux infractions auxquelles s'applique le terme de « fraude » ; [...] elle laisse indéterminée la question de savoir dans quelle mesure les données traitées pourraient être partagées ou cédées, ou encore si pourraient y figurer des personnes sur lesquelles pèse la simple crainte qu'elles soient capables de commettre une infraction ; [...] elle ne dit rien sur les limites susceptibles d'être assignées à la conservation des mentions relatives aux condamnations ; [...] au regard de l'article 34 de la Constitution, toutes ces précisions ne sauraient être apportées par les seules autorisations délivrées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

Décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005: « le législateur organique ne pouvait se borner [...] à poser une ²⁵ règle de principe et à en renvoyer les modalités d'application à des lois ordinaires futures ».



← ويمكن لتحقيق ذلك طلب ملامح الأوامر أو القرارات التي يحيل إليها مشروع القانون من الحكومة أثناء مرحلة تعهّد اللجان (والتنسيق مع الحكومة عند إعداد النواب لمقترح قانون فيما يتعلق بالأحكام التي تستلزم الإحالة إلى الترتيب). إذ أن من مقومات الصياغة التشريعية السليمة تحديد مضامين الترتيب (أوامر وقرارات) التي يحيل إليها مشروع القانون بالتوازي مع صياغته، وذلك لضمان صورة مكتملة عن الإطار القانوني الذي يضعه التدخل التشريعي الجديد.

← كما يمكن مطالبة صاحب المبادرة، وخاصة الحكومة، عند إحالتها مشروع قانونها إلى المجلس، إرفاقه بمشروع النص أو النصوص الترتيبية التي يحيل إليها، أو على الأقل بعرض حول مضمونه وخطوطه العريضة إن لم تكن مسودته جاهزة.





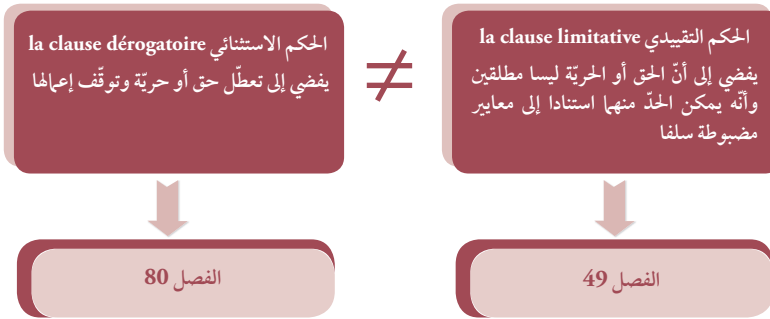
إجمالاً، وبناء على قراءة مزدوجة للفصلين 49 و65 من الدستور، يستخلص أن شرط التحفظ التشريعي يقتضي:

- 1- أن وضع ضوابط على الحقوق والحريات هي اختصاص حصري *exclusif* للمشرع.
- 2- أن وضع هذه الضوابط لا يكون إلا بمقتضى قانون أساسي.

الفقرة الثانية- تقييد السلطة التقديرية للمشرع في مجال الحقوق والحريات: حدود الحدود

تعتبر المعايير التي تحكم تدخل المشرع لوضع ضوابط على الحقوق والحريات حدوداً لسلطته التقديرية. فهو ملزم باحترامها وبالاستناد إليها عند نزوعه إلى تقييد حق أو حرية وإلا سقط في التعسف في السلطة. وبهذا المعنى تصبح هذه المعايير حدوداً للحدود التي يزمع المشرع إقرارها على الحق.

على أن مفهوم الحدود يتطلب ضرورة توضيح نطاقه ومداه، وهو ما يستدعي التنبيه الدائم إلى اختلاف مفهوم الحد عن مفهوم الاستثناء من حيث الآثار. إذ أن الفصل 49 يندرج ضمن الأحكام التقييدية²⁶ *les clauses limitatives* لا ضمن الأحكام الاستثنائية *les clauses dérogatoires*²⁷ كما هو شأن الفصل 80 من الدستور مثلاً.



26 مثلها هو شأن المادة الأولى من الميثاق الكندي للحقوق والحريات. حول مفهوم الأحكام التقييدية، أنظر مثلاً: MOREL (A), « La clause limitative de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : Une assurance contre le gouvernement des juges », *The Canadian Bar Review*, Vol 61, N°1, 1983, pp.81-100

27 مثلها هو شأن المادة 33 من الميثاق الكندي للحقوق والحريات. أنظر مثلاً: BROSSEAU (L), ROY (M.A), « La disposition de dérogation de la Charte », *Etude Générale*, Publication n°2018-17-F, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Canada, 2018, <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-17-f.pdf>



الطبيعة التقييدية للفصل 49:

1. تتعلق بمجال إعمال الحق.
2. تستهدف المشرع بالأساس باعتبارها تتضمن تقييدا لسلطته عند إقدامه على تقييد الحقوق والحريات.

يتمثل دور الفصل 49 في رسم حدود لصلاحيات المشرع وسلطاته، على مستويين اثنين:

1. بمقتضاه ليس للمشرع وضع استثناءات معطلة للحقوق والحريات وإنما له فقط إمكانية وضع ضوابط تقييد ممارستها،
2. بمقتضاه لم يعد المشرع حراً في وضع ما يراه من قيود للحقوق والحريات، فكل ضوابطها وحدودها لن تكون مشروعة إلا إذا احترمت جملة الشروط الواردة بالفصل 49.

وتتجلى الطبيعة التقييدية للفصل 49 من خلال شروطه التي عليها تتوقف مشروعية القيد الذي يضعه المشرع لتنظيم ممارسة حق أو حرية، وهي: الضرورة (1) وعدم المساس بجوهر الحق (2) والتناسب بين القيد وموجبه (3).

1- شرط الضرورة

إن سلطة المشرع في وضع حدود تشريعية للحقوق والحريات مقيّدة بمدى قدرته على إثبات الحاجة المشروعة إلى هذه الحدود. وهو ما يسلّط على واضع التشريع رقابة مادية بناء على معايير واضحة ألزمه بها الفصل 49. ولئن يعود تقييم مدى احترام المشرع لهذه المحدّات لضرورة تدخّله المقيّد للحق أو الحرية إلى القاضي الدستوري، إلا أن ذلك لا يفي مسؤوليته في إخضاع مشاريع القوانين ومقترحات التعديل إلى امتحان الضرورة من تلقاء نفسه.



ويقرار شرط الضرورة، تتجلى فكرة "حدود الحدود" بأكثر وضوح من حيث أن هذا الشرط يُدخل التشريع في خانة التأويل الضيق والصارم، أي ذلك الذي لا يسمح لواضع التشريع بالتوسّع في قراءة موجبات الضوابط على الحقوق والحريات.

وبناء على ذلك، يقتضي فهم شرط الضرورة الإجابة تباعاً على سؤالين أساسيين:

- ماهي الضرورة؟
- ماهي محدّداتها؟

السؤال الأول: ما معنى الضرورة؟

يقتضي شرط الضرورة حسب الفصل 49 أن لا يكون التدخل التشريعي لوضع ضوابط على الحقوق والحريات إلا بوجود موجب فعلي له "تقتضيه" دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة".

بهذا المعنى:

1. يكون هناك ضرورة عند غياب كل حل آخر يتيح تحقيق الغاية باستثناء الحد من الحرية،
2. ويكون هذا الحل مندرجا وجوبا في إطار مدنية الدولة وديمقراطية النظام السياسي،
3. ويكون الموجب للحد من هذه الحرية خطرا أو إمكانية أن تهدد ممارستها أيا من هذه الأهداف التي وضعها الفصل 49.

ويستخلص من ذلك:

1. في مستوى أول، أن الضرورة تنتفي متى كان بالإمكان توفير الحماية بطرق أخرى لا تمس من الحق أو الحرية. فتكون الضرورة بذلك هي تلك التي ينتفي دونها تحقيق الغاية تماما.
2. أما في مستوى ثان، فيبرز من الشروط التي نص عليها الفصل 49 لتقييد سلطة واضع التشريع في الحد من الحقوق والحريات أن منطق الضرورة ينطوي في جوهره على فكرة أساسية تقوم عليها علاقة المشرع (بوصفه تجليا للسلطة السياسية) بدائرة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، وهي إلزامية تبرير التدخل²⁸ درءا لكل تعسف أو إفراط ممكن. على أن فكرة التبرير ذاتها تحيل إلى مشروعية التدخل التشريعي لوضع ضوابط على الحقوق والحريات.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103: " Il revient cependant à l'État, par prépondérance des probabilités, de justifier 28 cette atteinte".

التبرير

تبرز فكرة التبرير بوضوح في صياغة العديد الأحكام التي تنص على شرط الضرورة، كالميثاق الكندي للحقوق والحريات الذي يؤكّد في مادّته الأولى على "القيود المعقولة المنصوص عليها في القانون والتي يمكن تبريرها بشكل واضح في مجتمع حر وديمقراطي".

كما تبرز بالخصوص من خلال فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي يؤكّد إجمالاً عند مراقبة إجراءات تدخل الدول الأعضاء في مجال الحقوق والحريات على فكرة "المبررات المعقولة".

كما كان لفقه قضاء المجلس الدستوري سابقاً مناسبات عدّة للتأكيد على واجب واضح التشريع تبرير الضوابط التي يضعها على الحقوق والحريات، استناداً إلى الفصل 7 من دستور 1959، حيث أقرّ في آراء عديدة أن غياب الأهداف المبيّنة بالفصل السابع يمثل عدم تطابق مع أحكامه ويكوّن إشكالا دستورياً (مثال الرأي عدد 34 لسنة 2005 بتاريخ 23 جوان 2005).

ويترتب عن ذلك أن تبرير القيد في كل الحالات واجب على واضعه، وهو ملزم فيه بإثبات احترامه لموجبات التقييد التي يقرّها الدستور دون غيره. فإن خرج عنها سقط القيد (أو الضوابط) في اللامشروعية.

المشروعية

تحيل المشروعية إلى التزام واضح القيد على الحق أو الحرية بالغايات التي حدّدها الدستور دون غيرها. وهو ما يقتضي وجوباً التثبت من أن الحد من ممارسة الحق أو الحرية وحده يحقق فعلاً إحدى هذه الغايات. وقد أكّدت أعمال اللجنة الأومية لحقوق الإنسان بشكل خاص على ذلك، حيث ما فتئت تذكر بأنه لا بدّ أن تكون القيود المفروضة على الحق والحرية "لأغراض مشروعة". والأغراض المشروعة هي تلك المستمدة من الدستور بشكل حصري، ولا مجال لتبرير القيد على الحق بغاية أخرى.

ويمكن استشفاف مطلب المشروعية من المعايير الدولية لحقوق الإنسان، على غرار المادة 29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يؤكّد على عدم إخضاع "أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرّياته، إلاّ للقيود التي يقرّها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحرّيات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي".

◀ ويستخلص من ذلك الارتباط العضوي والمادي بين القيد على الحق أو الحرية والغاية منه²⁹. وبذلك يستمد القيد مشروعيته من انخراطه التام ضمن حدود القائمة التي وضعها الفصل 49 للغايات التي يمكن أن تبرر التدخل التشريعي، والتي تمثل المحدد لما هو التقييد الضروري.

وهو ما يجعل الفصل 49 بمثابة المحرار الذي يسمح بالتحكم في مدى التزام المشرع بالحدود والأهداف الدستورية، عن طريق رقابة الملاءمة *contrôle d'opportunité* التي يختص بها القاضي الدستوري وحده عند فحصه لمطابقة التشريع للدستور وملاءمته له.

السؤال الثاني: ماهي محدّدات الضرورة؟

ليس للمشرع تحديد الضرورة بناء على تقديره وحده، وليست له حرية تعيين الضرورة من خارج القائمة الواردة بالفصل 49، فهي ترتقي إلى مرتبة الأهداف الدستورية التي ترتب على المشرع واجبين:

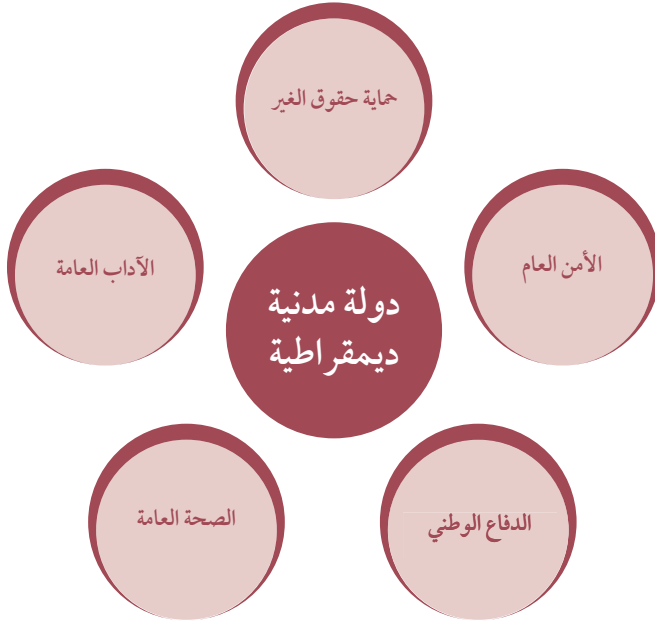
1. واجب احترامها والتقييد بها،

2. واجب تحقيقها طبقا لما تقتضيه دولة مدنية ديمقراطية.

وبذلك يكون الفصل 49 قد حسم نطاق التدخل التشريعي المقيّد للحقوق والحريات بوضعه ضمن دائرة محدّدات صارمة غير قابلة للتوسّع أو الخروج عنها. وتجد هذه الدائرة في مركزها الدولة المدنية الديمقراطية بوصفها المعيار الذي يتم على أساسه تقييم مشروعية الهدف أو الغاية.

Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 R.C.S. 610, par. 36 : « Corresponder à l'objectif 29 de la mesure attentatoire ou de l'omission spécifique » ; Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration, [1991] 2 R.C.S. 22 : « être l'objectif réel ou véritable » ; Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2002] 3 R.C.S. 519 : « les objectifs trop abstraits ou idéalisés sont suspects ». Cf. L'outil électronique « Charterpedia », conçu par la Section des droits de la personne du ministère canadien de la Justice <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccd/1/check/art1.html>

خمسة أهداف في دولة مدنية ديمقراطية



ويبدو جليا أن الفصل 49 قد انتهج في ذلك نفس التمشي الذي استقرت عليه المعايير الدولية لحقوق الإنسان التي جعلت من "المجتمع الديمقراطي" الضابط الأساسي لمضمون الأهداف التي تبرر الحد من الحقوق والحريات، مما يجعله المبدأ الموجه لها بشكل حصري.

مفهوم المجتمع الديمقراطي في المعايير الدولية لحقوق الإنسان

يحتل مفهوم المجتمع الديمقراطي مكانة محورية صلب القواعد المتعلقة بتقييد الحريات. ويتضمن المفهوم مرجعية حصرية في تكييف الأهداف المشروعة التي تبرر وضع قيود على الحقوق والحريات وعلى ممارستها. وكان أول تكريس لها بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أرساها كمعيار ذي قيمة كونية *norme globale* تربط القبول التي يضعها القانون بغايات تستهدف "حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي" (المادة 29-2).

وقد وجد هذا المعيار صدها تباعا في مختلف الصكوك الدولية وعديد النصوص الدستورية التي ذهبت إلى حصر الأهداف التي تستدعي التقييد وربط مضمونها بالمعنى الذي يحيل إليه المجتمع الديمقراطي. ومن أبرزها:

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المواد 14 و 21 و 22)
العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المادتان 4 و 8)
الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المواد 6 و 8 و 9 و 10 و 11)
الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (المواد 15 و 16 و 22 و 32)
الميثاق الكندي للحقوق والحريات (المادة الأولى)
دستور جنوب إفريقيا لسنة 1996 (الفصل 36)

ويضع مفهوم المجتمع الديمقراطي، بقطع النظر عن بعده السوسولوجي، المنظومة القيمية للديمقراطية كمرجعية في تقدير الأهداف التي تستدعي تقييد الحريات وتكييفها. ولئن تعددت تعريفات المجتمع الديمقراطي واختلفت (مبادئ سيراكوزا *principes de Syracuse*، فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فقه قضاء المحكمة العليا الكندية (أوكس *Oakes*)، إلا أنها تجتمع كلها على جملة من المعايير التي تحدد مضامين الأهداف الموجبة للتقييد والتي تدور حول قيم التسامح والتعددية واحترام التنوع والاختلاف وقبول الآخر واحترام كرامة الذات الإنسانية والمساواة داخل المجتمع.

إلا أن الفصل 49 تميّز أيضا عن المعايير الدولية من وجهتين:

1. اعتماد معيار الدولة الديمقراطية بدلا عن المجتمع الديمقراطي: إذا كانت المعايير الدولية قد كرسّت عموما "المجتمع الديمقراطي" كمرجعية في قيس الأهداف وتقييم مشروعيّتها، فقد استعاض الفصل 49 عنها بـ"الدولة الديمقراطية" ضمن خيار يبدو أنه توخى الواقعية من حيث الوضوح القانوني لمصطلح "الدولة الديمقراطية" مقارنة بمفهوم "المجتمع الديمقراطي". ولعل في ذلك أيضا أخذ بعين الاعتبار لكون "الدولة الديمقراطية" بما هي غاية من غايات الثورة أكثر التصاقا بواقع المجتمع التونسي وبطبيعته ومسار تطوّره في هذه المرحلة من تاريخه³⁰.

في كل الأحوال، يبقى مفهوم الدولة الديمقراطية ذا نطاق واسع من حيث الالتزامات التي يرتبها على الدولة، لاسيّما في حالة النزوع إلى تقييد الحريات. إذ لا يمكن حصر مفهوم الدولة الديمقراطية في معناه المؤسّساتي البحت، بل إنه يحيل بنفس الدرجة والقدر إلى جملة المعايير التي تتضمنها الديمقراطية لا كنظام حكم فقط وإنما أيضا كمنظومة قيمة. فتبقى بذلك معايير كالتعددية والحريّة والكرامة الإنسانية والمساواة قيما ملزمة للدولة ومن ثمة للمشرّع عند تكييف موجبات الحدّ من الحقوق وتقدير ضرورتها.

30 حول مفهومي الدولة الديمقراطية والمجتمع الديمقراطي، أنظر خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2015.

2. تكريس مفهوم الدولة المدنية: تعتبر الدولة المدنية من أكثر المعايير تمييزاً لدستور 27 جانفي 2014 بوصفها مفهوماً جديداً يمثل إحدى ركائز العقد الاجتماعي كما ضبطها هذا الدستور. فقد جعلت منها التوطئة أحد أهداف الدستور³¹، حيث جاء فيها: "وتأسيساً لنظام جمهوري ديمقراطي تشاركي، في إطار دولة مدنية السيادة فيها للشعب عبر التداول السلمي على الحكم بواسطة الانتخابات الحرة وعلى مبدأ الفصل بين السلطات والتوازن بينها". وجاء الفصل 2 ليحدد مقومات الدولة المدنية وليزيد من تأكيد المكانة الخاصة التي تحوزها في المنظومة الدستورية، بوصفها التعريف المعتمد للدولة التونسية: "تونس دولة مدنية تقوم على المواطنة وإرادة الشعب وعلوية القانون"، ومن ثمة المرجعية العليا والأساسية لكل أعمال الدولة بما في ذلك القواعد القانونية التي تنتجها.

بأي الفصل 2 من الدستور تنمة للفصل الأول منه الذي تم الإبقاء عليه من دستور 1959 كحصولية توافقية للنقاش الطويل حول الهوية والمرجعية التشريعية للدولة، فأعطى بذلك من خلال تحديد مقومات الدولة المدنية مضمونا صريحا لعلاقة الدين بالدولة يناقض نموذج الدولة الدينية ويحسم مسألة مصادر التشريع على نحو لا يبتعد عما استقر عليه القانون التونسي من اعتبار التشريع الإسلامي مصدرا ماديا لا شكليا للقاعدة القانونية تحذره في ذلك التأكيدات المتواترة صلب الدستور على سيادة الشعب وعلى علوية القانون التي تجرد في مركزها حقوق الإنسان كفكرة محرّكة وكغاية.

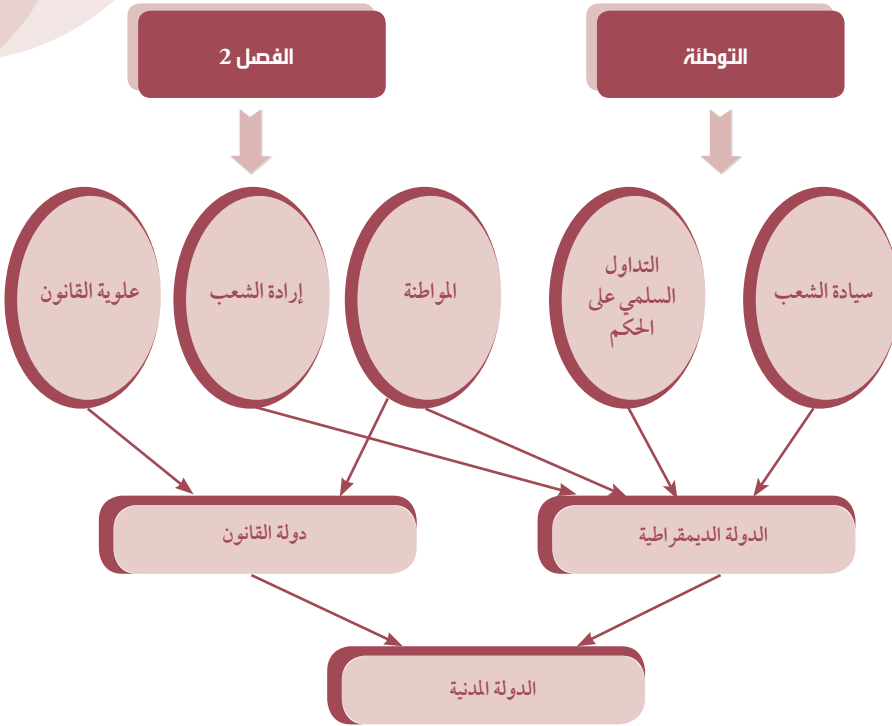
◀ على أن مفهوم الدولة المدنية، حسب ما أوردته التوطئة والفصل 2، يقوم في مناقضته لمفهوم الدولة الدينية على المبادئ نفسها التي تتصدى لكل أشكال الدول القائمة على شحنات استقطابية أو غير موضوعية من قبيل الدولة العسكرية أو الطائفية³² بكل ما يترتب عنها من نفي لحقوق الأفراد أو تضيق عليها، أي تلك المبادئ التي تتناول إشكالية مشروعية الحكم ومسألة الحرية والتي تحيل رأساً إلى النظام الديمقراطي وإلى دولة القانون.

يستخلص إذن من مقومات الدولة المدنية حسب ما أوردتها التوطئة والفصل 2 أن مفهومها يتقاطع مع مفهومي الدولة الديمقراطية ودولة القانون في آن واحد.

فإذا كانت الدولة المدنية هي دولة القانون الديمقراطية، فإن ذلك يستتبعه قيام معايير هذه الأخيرة كمحدد لا فقط لشكل النظام وإنما أيضا لمكانة الحرية داخل المجتمع أي لعلاقة الدولة بالأفراد.

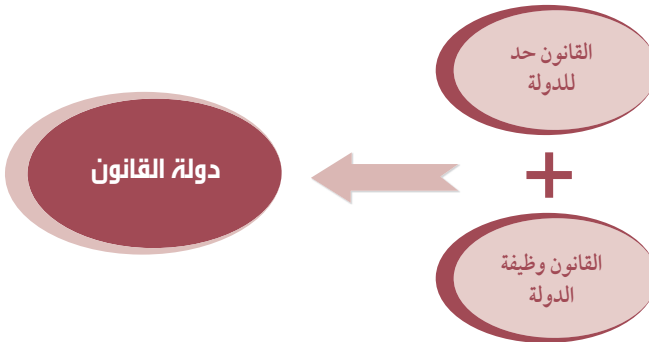
31 وفاء زعفران الأندلسي، "قراءة في توطئة دستور 27 جانفي 2014"، الدساتير العربية الجديدة: تونس، المغرب ومصر، تحت إشراف الأستاذ رافع بن عاشور، منشورات مؤسسة كونراد أدهنر، 2015، ص 31-42.

GHRAIRI (G) « Le caractère civil de l'Etat tunisien », in La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et 32 perspectives, PNUD, 2016, p. 121.



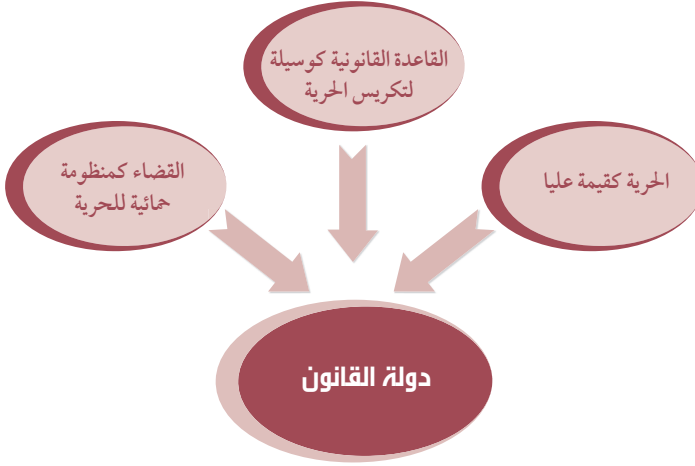
وإذا بات مفهوم الدولة الديمقراطية واستتبعاته واضحا، فإنه من الضروري بيان مفهوم دولة القانون وآثاره³³، لا سيما من ناحية علاقته الجوهرية بمفهوم الحرية:

مفهوم دولة القانون



MILACIC (S), « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance 33 démocratique », in Mélanges Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs, Paris, Montchrestien, 2008 ; LAGHMANI (S), « Le concept d'Etat de droit » in Mélanges Rafea Ben Achour, Mouvements du droit, Tome I, Publications de la Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp.437-444.

دولة القانون والحرية



◀ وبالعودة إلى الفصل 49، يمكن أن نستشف في أحكامه اختزالاً لهذا التعريف العلائقي لدولة القانون على نحو يجعل منها مبدأ ملزماً للمشرع يرسم حدود تدخّله على الحقوق والحرّيات ويجعل منه الإطار الحصري الذي تُقرأ ضمنه الأهداف الموجبة للضوابط على الحرّيات.

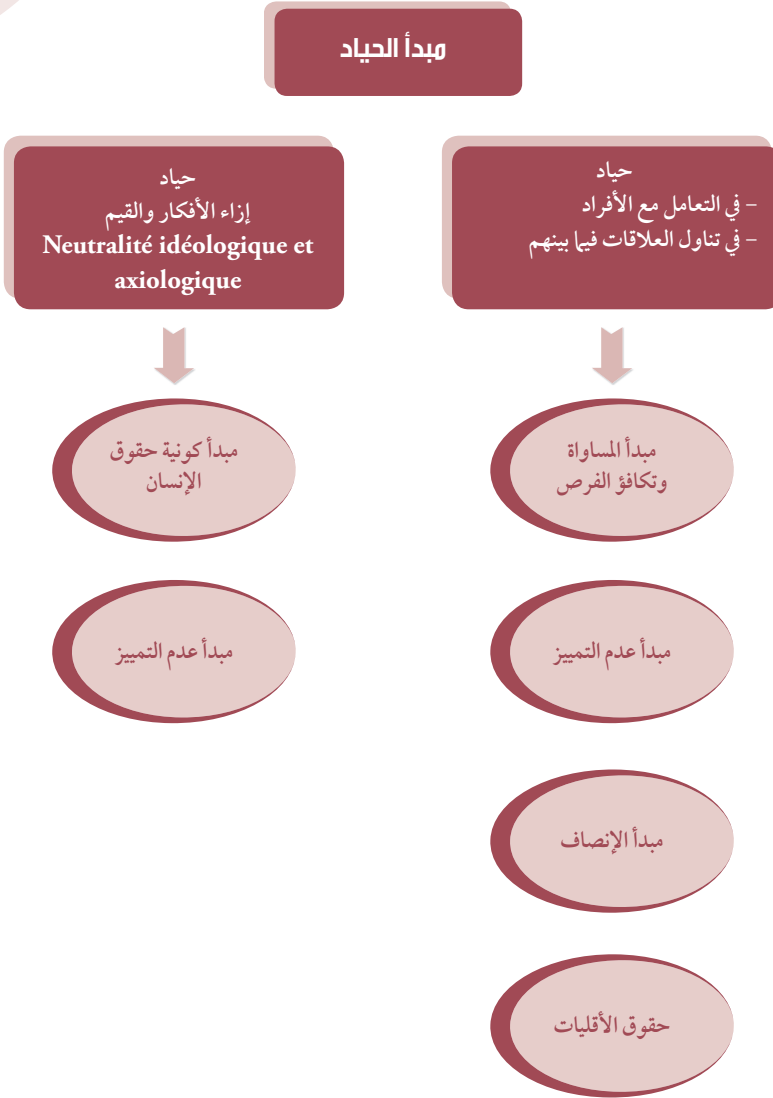
وتبعاً لما تبين من مركزية حقوق الإنسان صلب مفهوم الدولة الديمقراطية ودولة القانون، تبرز الدولة المدنية انطلاقاً من هذا المعنى وبناء على موقعها في الفصل 49:

- ضمانات لحقوق الإنسان،
- أساساً لترسيخ مبدأ حقوق الإنسان كمعيار أساسي للدولة التونسية.

هذه العلاقة الجوهرية بين الدولة المدنية وحقوق الإنسان تتحقق عملياً من خلال ما تفضي إليه قيم الديمقراطية ودولة القانون من تحديد موقع الدولة من المساحة الخاصة بالأفراد ومن ثمة المسافة التي على المشرّع الوقوف دونها عند سنّ أحكام تتعلق بالحقوق والحرّيات.

ويحيل ذلك إلى خاصية أساسية تميّز النظام الديمقراطي ودولة القانون، وبالتالي الدولة المدنية، وهي مبدأ الحياد الذي يلتزم به القاضي في قضاؤه وتلتزم به الدولة إزاء كل الفئات داخل المجتمع.

◀ يمثّل الحياد بهذا المعنى معياراً من معايير الدولة المدنية يحكم طريقة تعامل الدولة في مجال الحقوق والحرّيات من خلال جملة المبادئ القانونية التي تعبّر عنه:



ويجد مطلب الحياد والمبادئ المتعلقة به صدها بشكل ملموس فيما توصلت إليه المعايير الدولية لحقوق الإنسان وفقه القضاء المقارن من تحديد لمحتوى هذه الأهداف يقوم على المساواة والحرية واحترام الكرامة الإنسانية³⁴:

34 حول مضمون الأهداف الدستورية الواردة بالفصل 49 في ضوء القانون وفقه القضاء الدولي والمقارن انظر خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، مرجع سابق.

الهدف	أسسه / مضمونه	مثال
حماية حقوق الغير	يقوم هذا الهدف على واجب الدولة الموازنة بين الحقوق المتنافسة أو المتصادمة، وهو ما يقتضي وضع حدود لممارسة حرية ما تأميننا لمساحة الحق أو الحرية التي تتضرر منها.	الحدّ من حرّية التعبير لحماية أقلية (عرقية، دينية...) من الدعوة إلى العنف والكرهية ضدها (فقه قضاء ثري ومستقر للمحكمة العليا الكندية، أنظر مثلا Edmonton Journal c. Alberta 1989 ; Hess c. La Reine 1990)
الأمن العام	هو إحدى مكونات النظام العام مثلها يعرف في مادة الضبط الإداري، إلى جانب الراحة العامة والصحة العامة (sécurité - santé - salubrité). ويحيل مصطلح الأمن العام بهذا المعنى مثلا إلى الوقاية من الجريمة (فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان).	إقرار الحق النقابي لقوات الأمن الداخلي والديوانة دون الحق في الإضراب (الفصل 36 من دستور 2014) الحدّ من حرية المراسلات بالنسبة للمساجين بالساح للإدارة السجنية بالاطلاع على رسائل أحد السجناء (فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (arrêt Golder, 1975).
الدفاع الوطني	يمكن استقاء مفهوم الدفاع الوطني من التعريف الذي تقدّمه مبادئ سيراكوزا لما أسمته "الأمن القومي"، والذي تعرّفه قاعدتها عدد 29 بكونه ذلك المتعلّق ببقاء الدولة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي ضد استخدام القوة أو التهديد به". وعليه لا تقرّ مبادئ سيراكوزا "الاحتجاج بالأمن القومي كسبب لفرض التقييدات لمجرّد منع التهديدات المحليّة أو البعيدة نسبيا التي يتعرّض لها الأمن والنظام" (القاعدة 30).	حق النفاذ إلى المعلومة لا ينطبق على حالة المعلومات التي يشكّل كشفها تهديدا للأمن والدفاع الوطني (فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (arrêt Leander 1987).
الصحة العامة	مثل الأمن العام، تمثل الصحة العامة أحد أركان مفهوم النظام العام الذي خيّر المؤسسون تفكيكه وعدم الاكتفاء به مدغما، وهو ما قد يعدّ خيارا وجيها من باب الوضوح والمقروئية. وتقرّ المعايير الدولية اعتناء الصحة العامة كغاية لتقييد الحقوق على نحو يمكن الدولة من اتخاذ تدابير وقائية للتصدّي لانتشار عدوى مثلا أو التوقي من الإصابة بمرض أو قصد توفير العناية اللازمة للمرضى والمصابين (المبدأ 25 من مبادئ سيراكوزا).	من ذلك مثلا ما تنص عليه المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من جواز الحد من حرية التنقل لحماية للصحة العامة.
الأداب العامة	هو أكثر الأهداف حساسية وتطلّبا لحياة الدولة في المعالجة والمقاربة موضوعية في الطرح. ولئن استعاض به الفصل 49 عن مفهوم الأخلاق الحميدة الذي كان مكّسا في القانون التونسي، إلا أنه لا يبقى بمعزل عن المعايير الثقافية والدينية للمجتمع. لذلك يفترض الحياض ومقتضيات الدولة المدنية الأخذ بعين الاعتبار أن هذه المعايير غير ثابتة وأنها ذات طبيعة متغيرة تتسق مع تطوّر المجتمع ورؤاه (فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان Handyside, 1976).	مصادرة الدولة لكتاب موجّه للأطفال يحتوي على عبارات نابية على أساس حماية الأخلاق العامة يمثل حدّا لحرية التعبير سلبيا دستوريا (فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان Handyside, 1976).

ويمثل مبدأ عدم التمييز معياراً أساسياً يحكم سلطة الدولة التقديرية عند استنادها إلى الآداب أو الأخلاق العامة لتقييد الحريات. وقد جاء في التعليق العام للجنة الأمية لحقوق الإنسان عدد 22-1993 على المادة 18 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (حرية الفكر والوجدان والدين) أن "مفهوم الأخلاق مستمد من تقاليد اجتماعية وفلسفية ودينية عديدة؛ وعليه، يجب أن تستند القيود المفروضة (...) بغرض حماية الأخلاق إلى مبادئ غير مستمدة حصراً من تقليد واحد". وأضافت في التعليق رقم 34-2011 (المادة 19 - حرية الرأي والتعبير) أنه "يجب أن تفهم هذه القيود في ضوء عالمية حقوق الإنسان ومبدأ عدم التمييز".

كما أقرت مبادئ سيراكوزا (المبدأ عدد 28) أن:

على الدولة التي تبرّر تقييد الحقوق والحريات بالأخلاق العامة أن تبرهن على كون هذا التقييد ضروري للحفاظ على القيم الأساسية للمجتمع،

أن حرية التقدير التي تتمتع بها الدولة في ذلك تحد حدودها في مبدأ عدم التمييز.

ويترتب عن ذلك جملة من الآثار المتعلقة بتقييم الضرورة من حيث انخراط الأهداف ضمن إطار الدولة المدنية الديمقراطية:

• في مستوى أول، لا يمكن اعتماد الأهداف التي ينص عليها الفصل 49 إلا في المعنى الذي تحيل إليه مبادئ الدولة المدنية مثلما تم استعراضها آنفاً. إذ يمكن بداهة أن نجد نفس هذه الأهداف في إطار دولة غير مدنية وغير ديمقراطية، فتكون في هذه الحالة مبرراً لتدخلات تعسفية للمشرع لا تقيم الدليل على وجهة الموجه من التقييد، وهو ما يلغي كل حديث عن مشروعية القيود.

مثال: الاستخدام التشريعي المفرد لمفهوم النظام العام والأخلاق الحميدة في المنظومة القانونية في ظل دستور 1959 دون تحديد لمضمونه ونطاقه، لاسيما في المادة الجزائية.

• في مستوى ثان، تطرح هذه الأهداف التي يرتبط تحقيقها وجوباً بمقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية إشكالية التوازن بين المساحة الخاصة للفرد ومساحة المجموعة. ولا غرو أن الموازنة بينها تعتبر من أصعب الامتحانات التي تواجه المشرع في دولة القانون والتي تستدعي ضرورة العودة إلى ما استقرّ عليه فقه القضاء المقارن انطلاقاً مما يعرض عليه من حالات واقعية.

وبناء على ذلك، يبقى تقدير الأهداف الدستورية الواردة بالفصل 49 مرتبطاً بالحالات الواقعية التي يرمي القانون إلى معالجتها وبمضمون هذه الأهداف ونطاقها الذي يعود تحديده إلى القاضي الدستوري.



كما أنّ الجدير بالملاحظة أن الفصل 49 قد استقى هذه الأهداف من المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وهو ما يستدعي أيضاً العودة إليها للاستئارة بمضامينها وأطرها وطرق إعمالها. وعموماً، إذا نجح واضع التشريع في امتحان الضرورة بإثبات مشروعية الغاية التي أوجبت التقييد على الحق، يبقى عليه إثبات عدم مساسه بجوهر الحق عند وضع هذه القيود.

2- شرط عدم المساس بجوهر الحق

نص الفصل 49 على أن التدخل التشريعي لوضع ضوابط للحقوق والحريات لا يجوز أن "ينال من جوهرها".

هذا الحدّ الذي وضعه الدستور لحرية المشرع في وضع قيود على الحقوق والحريات وعلى ممارستها يدعو إلى ضرورة تحديد ماهية جوهر الحق ومن ثمة نطاقه ومداه.

السؤال الأول: ما هو جوهر الحق؟

تحيل فكرة جوهر الحق إلى وجود ضمانات دنيا للتمتع بالحق. إذ يرتّب شرط عدم المساس بجوهر الحق على المشرّع التزاماً بأن لا تعوق الحدود التي يضعها ممارسة الحق على نحو يفرغه من محتواه فيبطّله أو يعطله.

بناء على ذلك واستناداً على أعمال لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان (مثال: الملاحظات العامة عدد 27، الدورة 67 لسنة 1999)، يمكن تعريف جوهر الحق بكونه ذلك الذي يؤدي المساس به إلى انقلاب العلاقة بين الحق والقيود على نحو يجعل من المبدأ استثناءً ومن الاستثناء مبدأً.

◀ وهو ما يفترض عملية تقييم للأثار المترتبة عن الحد من الحق أو الحرية الذي أتى به التدخل التشريعي.

ولفقه القضاء دور أساسي في توضيح معالم هذا التقييم، ومن ثمة تحديد ماهية جوهر الحق.

تبرز أهمية دور فقه القضاء الدستوري بشكل خاص عند غياب تنصيب دستوري صريح على فكرة عدم المساس بجوهر الحق، فيكون له في هذه الحالة مهمة تنبيه المشرّع إلى ضرورة إعمال هذا المعيار. وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري التونسي في ظل عدم تنصيب الفصل 7 من دستور 1959 عليه ضمن أحكامه المتعلقة بالضوابط على الحقوق والحريات. من ذلك مثلاً الرأي عدد 43-2004 بخصوص بعض الأحكام من مشروع قانون المالية لسنة 2005 الذي جاء فيه "وحيث أن التقييد في ممارسة حق الملكية لا يمكن أن يؤول إلى فقدان المالك لحقه إلا بتوفّر الضمانات الكافية". كما نصّ الرأي عدد 27 لسنة 2006 بخصوص مشروع قانون يتعلق

بتنقيح وإتمام القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية 1992 المتعلق بالأضرار السارية: "وحيث أن حق الفرد في صون المعلومات المتعلقة بصحته ليس حقا مطلقا ويمكن الحد منه اعتبارا لمتطلبات النظام العام للصحة وفي الحدود التي يفرضها هذا النظام وبما لا يفرغ ضمان حرمة الفرد في هذا الشأن من مضمونه".

وإضافة إلى ما يعجّ به فقه القضاء الدستوري المقارن من قرارات مرجعية أسهمت في بيان مفهوم جوهر الحق وفي طريقة تقييم مدى احترام المشرع له³⁵، نجد أن فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين قد تعرّض إلى شرط عدم المساس بجوهر الحق في قرارها المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2015 الذي أقرت فيه عدم دستورية الفصل 28 من مشروع القانون لمساسه بجوهر حق الملكية.

حيث رأت الهيئة أن المشرّع عند تحديده للضوابط المتعلقة بحق ملكية صاحب البضاعة "لم يقتصر ويتوقف عند حد تحويل إدارة الديوانة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بضمان استخلاص مستحقاتها المتعلقة بالبضاعة المحجوزة أو المودعة لديها دون سواها، بل فسح لها المجال لحرية التصرف فيها حسب مطلق مشيئتها مما أدى إلى النيل من جوهر حق الملكية لصاحب البضاعة وإلى زوال واضمحلال هذا الحق في كيانه الذي كان من المتعين مراعاة مقومات احترامه وصيانته".

ويستخلص من هذه الحيثية أن شرط عدم النيل من جوهر الحق يستدعي الموازنة بين القيد الموضوع على الحق أو الحرية (الصلاحيات الواسعة الممنوحة للديوانة على البضائع المحجوزة) وموجباته (ضمان استخلاص مستحققات الديوانة).

♦ وهو ما يحيل إلى الارتباط الوثيق بين هذا الشرط وبقية شروط الفصل 49 أي الضرورة والتناسب.
♦ وهو ما يفسّر ورود شرط عدم المساس بجوهر الحق في المرحلة الأولى من مراحل فحص مدى احترام التشريع لأحكام الفصل 49 قبل الشرطين الآخرين.

ويجوز ذلك ضرورة إلى التساؤل عن نطاق تطبيق هذا الشرط، خاصة بالنظر إلى وجود استثناءات صريحة بنص الدستور فيما يتعلق ببعض الحقوق.

السؤال الثاني: هل هناك استثناءات في تطبيق هذا الشرط؟

مبدئيا، يمكن أن ينال القانون من جوهر الحق (أو الحرية) عندما³⁶:

1. يكون أثره القضاء على الحق أو الحرية بإلغائها أو بوضع قيود تمنع ممارستها.

35 أنظر سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49، مرجع سابق.

36 خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، مرجع سابق.

مثال: نظام الترخيص في تكوين الجمعيات الذي كان يقتضيه القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 المتعلق بالجمعيات كان يمثل قيادا يمنع ممارسة حرية تأسيس الجمعيات مثلما كان ينص عليها دستور 1959 في فصله 8.

2. يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية، وذلك بالنظر إلى طبيعة الحق ذاته.

مثال: الحق في الحياة وإقرار عقوبة الإعدام.

قد يكون من الوجهة هنا الاستناد إلى ما ذهب إليه فقه القضاء الإداري (قرار ابتدائي بتاريخ 3 ماي 2019 - القضية عدد 155750) لمزيد فهم ما يعنيه النيل من جوهر الحق. حيث اعتبرت المحكمة الإدارية أن أصل كل حق من حقوق الإنسان مهما كان نوعه يتركب من ثلاثة عناصر أساسية وهي:

1. إمكانية الوصول إلى الحق،
2. عدم التمييز في ممارسة الحق،
3. تلاؤم وتناسب الشرط المستحدث مع ممارسة ذلك الحق.

وعليه، فإن "انتهاك أحد [هذه العناصر] أو جميعها [يمثل] انتهاكا لجوهر الحق، وتبعاً لذلك نسفاً لكامل الحق وليس الحد والتقييد منه فحسب، وفي ذلك خرق واضح لأحكام الفصل 49 من الدستور الذي وضع بدقة ضوابط الحد من ممارسة الحقوق".

لكن على أهميته، يصطدم شرط عدم المساس بجوهر الحق بوضعيتين خاصتين ضبطهما الدستور نفسه³⁷:

1. الحالة الأولى هي حالة الحقوق التي استثناها الدستور من نطاق تطبيق الفصل 49 في ظل تنقيصه على حدودها:

ويتعلق الأمر أساساً بالحق في الحياة (الفصل 22) والحق النقابي والحق في الإضراب (الفصل 36) وحق الملكية (الفصل 41).

2. الحالة الثانية هي تلك المتعلقة بالحقوق المحمية بحماية مطلقة:

أي الحقوق التي لا تقبل بطبيعتها أي تقييد مهما كان، بحكم أن جوهرها يتطابق مع مجال ممارستها.

مثال 1: حظر التعذيب الذي يدخل في جوهر الكرامة والحرمة الجسدية.

مثال 2: الحق في محاكمة عادلة الذي لا يقبل أي استثناء أو حد بحكم أنه يمثل هو نفسه ضماناً دنياً لا يمكن النزول تحتها.

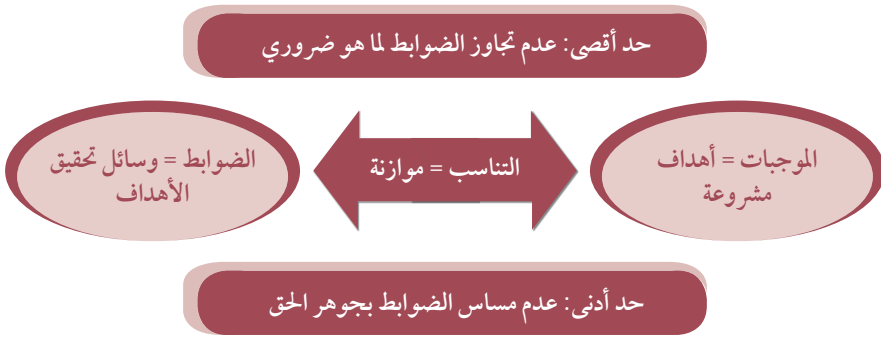
37 خالد الماجري، المرجع نفسه.



ويستخلص إجمالاً من كل ما تقدّم أنه لا يمكن الأخذ بشرط عدم المساس بجوهر الحق بمعزل عن بقية شروط الفصل 49، وذلك للتداخل المادي بينها. وهو ما يبرز بأكثر وضوح من تفكيك مفردات شرط التناسب وشرط الضرورة.

3- شرط التناسب

يعني التناسب ضرورة الموازنة بين ضوابط الحقوق وموجباتها، أي أن يكون التقييد الذي يعتزم المشرّع وضعه ملائماً لتحقيق الأهداف المشروعة التي ابتغاها هذا الإجراء، وألاً يتجاوز -من حيث مضمونه ومحتواه- حدود ما هو ضروري للتوصّل إلى ذلك³⁸. وهو ما يجعله يتموقع في قلب المنظومة الحمائية التي أقرّها الفصل 49.



ويكون بذلك الفصل 49 قد بلور كافة العناصر المتفق فقها وقضاء على أنّها عناصر مكوّنة لمبدأ التناسب من خلال تفكيكها وإقرار الترابط العضوي والعقلاني بينها في الآن نفسه. وتتمثل هذه العناصر في ثلاثة أركان أساسية هي الملاءمة والضرورة والمواءمة (التناسب في معناه الضيق)، يتولى القاضي فحصها، ضمن ما يسمّى اختبار التناسب، عند رقابته على تدخّل المشرّع لوضع ضوابط على الحقوق والحريات.

لئن يمثل اختبار التناسب تقنية قضائية يعتمدها القاضي الدستوري عند رقابته على دستورية القوانين من حيث احترامها للحقوق والحريات، إلا أن التنصيص الصريح على عناصره ضمن الفصل 49 تجعل من اختبار التناسب واجبا على المشرّع إعماله عند سن تشريعات تتعلق بالحقوق والحريات أو فيها مساس بها، وذلك توكيّا من مخالفة مقتضيات الفصل 49 وتحسّبا من تضييق غير مشروعة أو غير مبررة على الحقوق والحريات.

GRIMM (D), "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", University of Toronto 38 law journal, (2007) 57, pp.383-397.

• عناصر مبدأ التناسب:

تطرح مكونات مبدأ التناسب مستويات ثلاثة من العلاقة بين القيد والهدف منه³⁹:

• المستوى الأول: الملاءمة l'adéquation:

يكون القيد ملائماً حين يمكن من بلوغ الهدف من وضعه. وهو ما يقتضي:

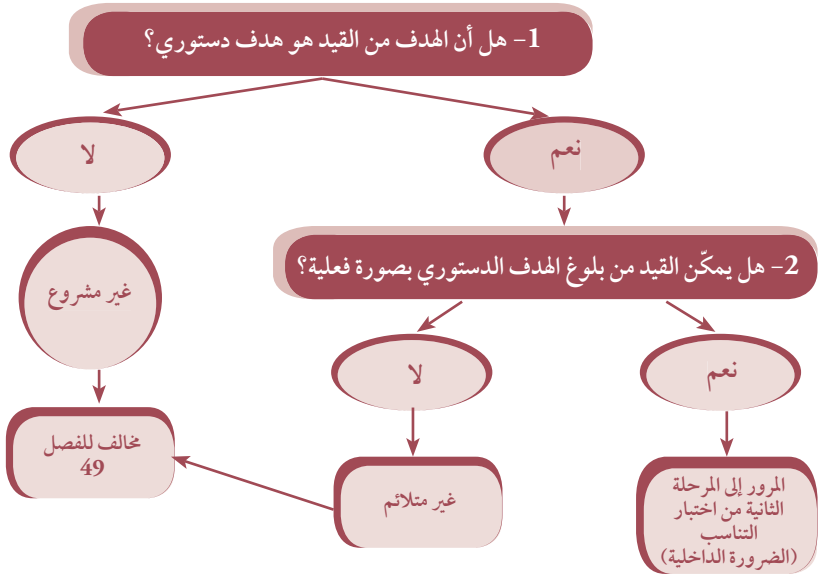
أولاً: التأكد من أنّ هذا الهدف يتنزل فعلاً ضمن قائمة الأهداف الدستورية المشروعة المنصوص عليها صلب الفصل 49،

ثانياً: التأكد من مدى قدرته على تحقيق هذا الهدف بصورة فعلية.

يعني تحقيق الهدف بصورة فعلية:

- أن يكون القيد في خدمة هذا الهدف وعلى ذمة تجسيده الفعلي،
 - أن يكون مكتفياً بذاته في تحقيق الهدف المشروع بصورة كاملة.
- ◀ فإن كان القيد غير كاف لتحقيق الهدف المشروع في تمامه وكليته، فإنه لا يكون آلياً متعارضاً مع مبدأ التناسب وإثماً يغدو مجرد وسيلة غير ناجعة لاستيفاء ذلك أي غير متلائمة.

◀ ويمثّل فحص الملاءمة بين القيد والهدف منه المرحلة الأولى من اختبار التناسب يمكن تجسيد صورتها على الشكل الآتي:



39 وهي المنبثقة عن فقه قضاء المحكمة العليا الكندية منذ قضية أوكس (R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103).

ويحصل الفقه وفقه القضاء المقارن⁴⁰ الحالات التي يكون فيها التقييد غير ملائم في حالتين⁴¹:

- الحالة الأولى: عندما يؤول هذا الإجراء إلى جعل عملية تحقيق الهدف الذي كان مبررا لوضعه، مسألة أكثر تعقيدا أو صعوبة المنال،
- الحالة الثانية: عندما لا يكون لهذا الإجراء أي تأثير يذكر على عملية تحقيق الهدف المشروع الذي كان وراء وضعه.

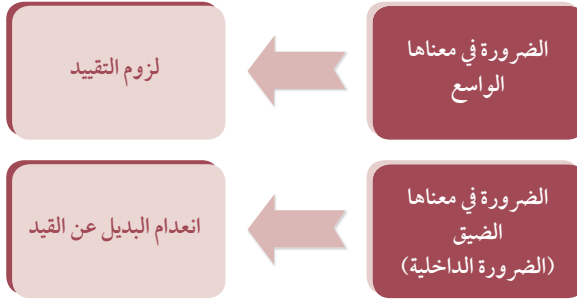
يجب بالتالي على المشرع، تحقيقا لهذه المعادلة عند وضع الحدود استعراض كافة الخيارات الممكنة وتفحص ملاءمتها من أجل تخرّج أفضلها أي أكثرها ملاءمة واستبعاد بقية الخيارات المتاحة التي تفتقد لذلك الرابط المنطقي.

• المستوى الثاني: الضرورة الداخلية *la nécessité interne*

يقوم هذا العنصر على تفحص ما إذا كان التقييد الذي تمّ وضعه:

- ضرورياً لتحقيق الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه،
- يمثل الإجراء الأكثر اعتدالا بمعنى الأقل انتهاكا للحقوق والحريات مقارنة مع بقية الإجراءات المتاحة⁴².

ويمثل هذان العنصران معايير أساسية يضيفها مبدأ التناسب إلى المفهوم الواسع للضرورة الوارد بالفصل 49 ينجر عنها درجتان اثنتان يقتضيها قيس الضرورة أو تقييمها:



← عادة ما يكون المشرع في هذا المستوى أمام قائمة إجراءات تقييدية متعددة ومتماثلة من جهة أنّ جميعها يبدو قادرا على تحقيق الأهداف المرجوة، إلا أنّها تختلف فيما بينها من حيث مدى انتهاكها أو درجة مساسها بالحقوق والحريات، وهو ما يستدعي منه وجوب اختيار الوسيلة

GRIMM (D), op.cit.

40

ويمكن التقييم التشريعي المسبق من تلافي هاتين الحالتين (أنظر الجزء الثاني من الدليل).

41

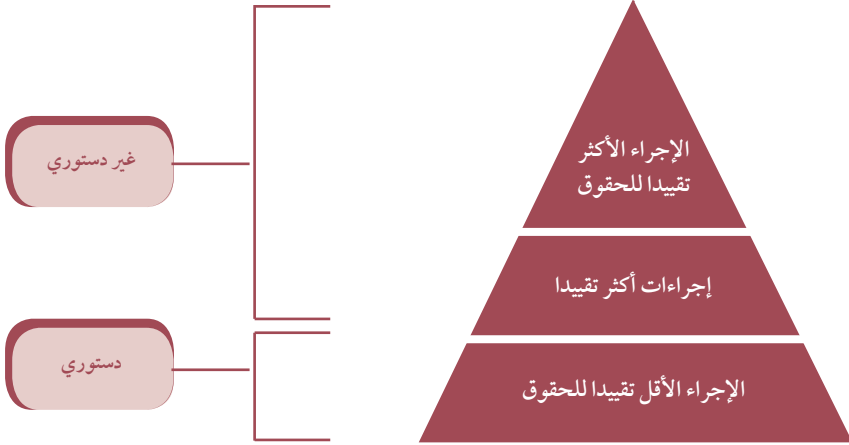
GRIMM (D), op.cit.

42

أو الإجراء الأقل انتهاكا والأدنى مساسا بهذه الحقوق والحريات، أي الإجراء الذي يلحق بها أخف الأضرار وأضعفها سواء من حيث الكم أو الكيفية والدرجة⁴³.

يكون المشرع هنا مدعواً لأن يدرك كافة نتائج الإجراءات التقييدية المتاحة ويستقرأها، سواء منها الآثار التي تلحق بالحق المعني مباشرة بالتقييد أو التي تطال بقية الحقوق بصورة غير مباشرة، وأن يتولى مقارنة تلك الإجراءات ببعضها البعض فيرتبها هرمياً من الإجراء الأكثر انتهاكا للحقوق إلى الإجراء الأقل مساسا بها لينتقي منها الإجراء المرتب في أدنى الهرم باعتباره هو حد التقييد الضروري المتوجب الاكتفاء به.

أما إذا اختار الإجراء الموجود في أعلى الهرم أو الذي يتوسطه، فإن هذا الإجراء سيكون حتماً غير دستوري ومخالف لمبدأ التناسب الذي يقتضيه الفصل 49 طالما أتاحت له إمكانية تحقيق الهدف المشروع بنفس النجاعة بواسطة وسيلة أخرى ثبت توفرها أمامه وثبت انفرادها وتميزها بكونها أقل انتهاكا للحقوق والحريات وأخف إضراراً بها.

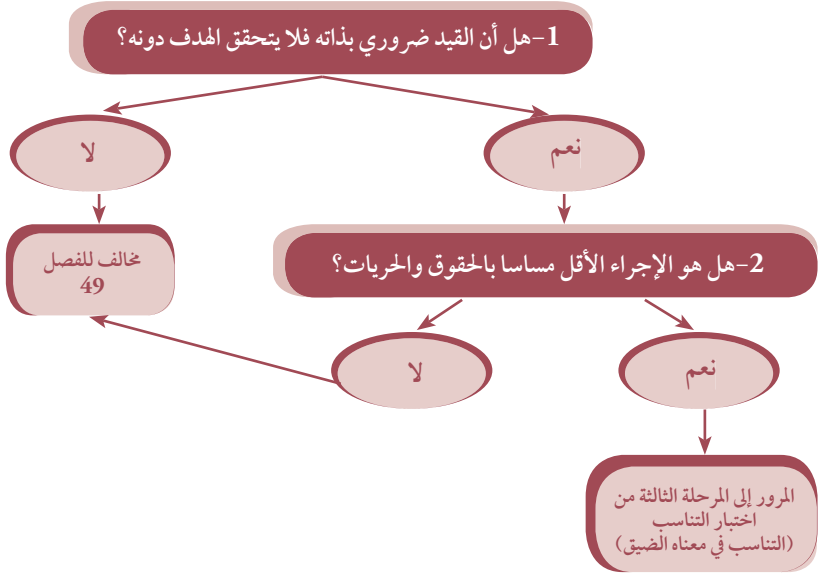


◀ بهذا المعنى، يقتضي فحص عنصر الضرورة انتهاج تمسّ تقييمي للإجراء التقييدي يمرّ بخطوتين اثنتين:

- أولاً، مدى ضرورة القيد لتحقيق الهدف،
- ثانياً مقارنة القيد مع بقية الإجراءات التقييدية المتاحة للتثبت من كونه فعلاً الإجراء الأقل مساساً بالحقوق والحريات المستهدفة بالتقييد والأدنى إضراراً بها.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103 (La restriction doit porter atteinte « le moins possible » au droit ou à la 43 liberté en cause) ; Carter c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 331, par. 102 (S'il sera déterminé que la solution de rechange est moins efficace, il devra être démontré qu'il « n'existe aucun autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle »). Cf. L'outil électronique « Charterpedia », conçu par la Section des droits de la personne du ministère canadien de la Justice, op.cit.

فتكون بالتالي صورة هذا التدرج في التقييم الذي يمثل المرحلة الثانية من اختبار التناسب على الشكل الآتي:



• المستوى الثالث: المواءمة P'adaptation (التناسب في معناه الضيق)

لئن يرمي التناسب عموما إلى الموازنة بين الهدف ووسائل تحقيقه، فإنه يستدعي منهجيا الموازنة بين منافع الإجراء التقييدي ومساوئه، وهو ما يتطلب استشراف آثاره. فالمغزى الأساسي من هذه الموازنة هو عدم تجاوز التقييد ما هو ضروري لتحقيق غايته. ويكون التناسب في معناه الضيق ألا يذهب القيد أبعد مما يقتضيه الهدف من سنّه وأن يقف دونه.

فلا يكفي أن يكون الهدف من ذلك الإجراء ذا أهمية معتبرة أو بالغة كما لا يكفي توفر عنصري الملاءمة والضرورة، وإنما يتعين أن يكون هذا الإجراء مبرّرا بالهدف الذي اتّخذ من أجله وإلا عدّ إجراء غير متناسب.

ويقتضي ذلك وجود رابط منطقي ومعقول بين الإجراء التقييدي والهدف الذي كان مبرّرا لوضعه. وهذا ما يبدو أنّ الفصل 49 قد اعتمده، ضرورة أنّ استعماله لعبارة "مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها" وخيار أفرادها موضع خاص صلب تراتبية إدراج بقيّة أحكام هذا الفصل مباشرة بعد إدراج الأهداف المقررة لهذه الضوابط، إنّما كان من قبيل سحب تلك العبارات مجتمعة لتوظيفها وإعمالها كشرط جامع وشامل يستبطن وجوب قيام رابط منطقي ومعقول بين كلّ ضابط مقيّد للحقوق والحريات والهدف التشريعي منه.

وهذا تحديداً ما جعل المشرع الدستوري لا يقتصر صلب الفصل 49 على تعداد أهداف وضع الضوابط التقييدية، التي يبدو أنه لم يعتبرها كافية لوحدها للاستجابة لمبدأ التناسب، وإنما اشترط أيضاً وبصيغة تراكمية أن تكون مبررة متناسباً مع موجباتها وبما تقتضيه الدولة المدنية الديمقراطية من مقتضيات.

فكلما كانت الأضرار التي يلحقها الإجراء بمصالح وبحقوق المعنيين به كبيرة، كلما كان متعيناً أن يكون الإجراء التقييدي مبرراً بهدف ذي أهمية عالية وفائدة كفيل يجعل هذا الإجراء من قبيل الإجراءات المعقولة والمناسبة التي تجدها سندها فيما تملية الدولة المدنية الديمقراطية من مقتضيات.

◀ فلا مبرر لتقييد الحقوق والتضييق على الحريات إذا كانت الغاية من ذلك تحقيق أهداف بسيطة لا تتناسب مع خطورة التقييدات التي ستطالها ولا مع جسامتها وفداحة الأضرار التي قد تترتب عن ذلك.

◀ كما لا مجال لوضع حدود للحقوق والحريات بواسطة إجراءات لا تتناسب مساوئها مع منافعها، فعلى قدر المنافع المحققة للمصلحة العامة يكون مقدار الإجراء التقييدي⁴⁴. كما إنه من الضروري عند تطبيق هذا الإجراء على الوضعية الخاصة للمعني به أن تبين له قيمة المنافع وأثرها على نحو كفيل بتبرير اللجوء إلى التقييد.

يقتضي مبدأ التناسب المنصوص عليه بالفصل 49 أن تكون مساوئ الإجراء التقييدي متناسبة مع منافعها وبأن تكون لهذه المنافع أهمية كفيلة بتبرير اختيار التقييد على احترام الحقوق والحريات.

يقوم واضع التشريع في هذه المرحلة بموازنة بين المصالح المعنية، ولذلك يتعين عند صياغة القوانين المتعلقة بوضع الإجراءات التقييدية الحرص على اتباع مبادئ الصياغة الجيدة وقواعدها⁴⁵.
مثال:

- الاكتفاء بالتنصيص على أحكام عامة تتعلق بصلاحيات السلطة في وضع ضوابط على الحقوق والحريات في مجال وظرف معين يتعارض مع مبدأ التناسب في معناه الضيق لأنه لا يمكن هذه السلطة من القيام بموازنة بين المصالح المذكورة.
- كما أن الاكتفاء بصياغة التزام عام ومطلق في هذا الخصوص دون استتباعه باستثناءات وضمانات تحدّد نطاق القيد وأثاره، سيؤول هو أيضاً إلى نفس التعارض.

Cour Suprême, aff Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877; Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009] 2 R.C.S. 567 par. 48; R. c. K.R.J., 2016 CSC 31, par. 70.
Lavoie c. Canada, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 53. Cf. L'outil électronique « Charterpedia », conçu par la Section des droits de la personne du ministère canadien de la Justice, op.cit.

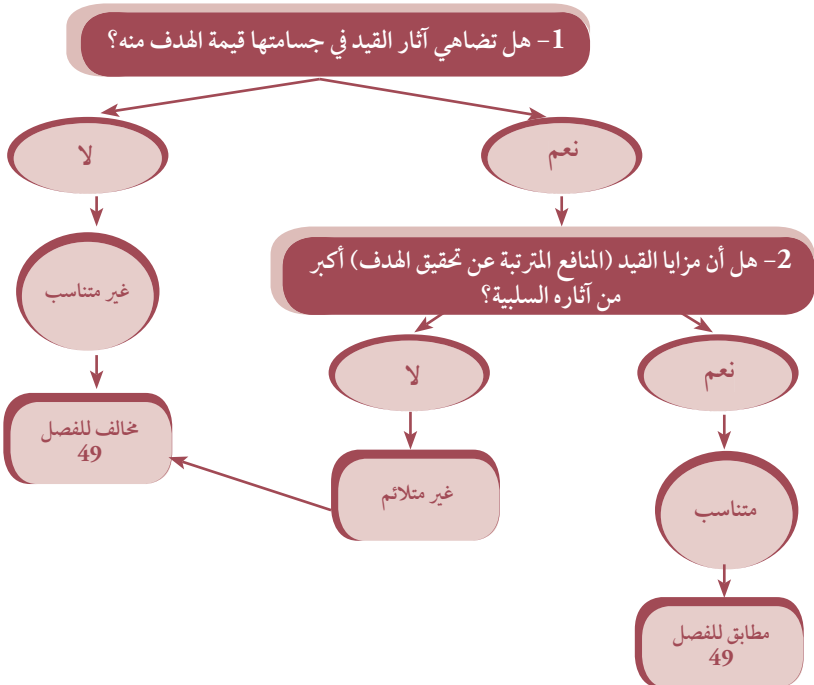
إن التقييد المطلق لحق ما يخالف لمبدأ التناسب

من ذلك مثلاً أن أحكام المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرخ في 14 مارس 2011 المتعلقة بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقارية التي اقتضت مصادرة كافة ممتلكات الأشخاص الواردة أسماءهم بهذا المرسوم كانت أحكاماً مخالفة لمبدأ التناسب في معناه الضيق، من جهة أنها وضعت قيوداً مطلقة على حق الملكية، وهو ما استدعى تنقيح هذا المرسوم بالمرسوم عدد 47 لسنة 2011 الذي وضع استثناءات خففت من إطلاقية الإجراءات التقييدية التي جاء بها المرسوم عدد 13.

يلوح انطلاقاً من كل ما تمّ بيانه أنّ على واضع التشريع انتهاز تمثّل مرحلي عند فحصه لمدى تحقّق التناسب في الإجراء أو القانون التقييدي الذي يروم وضعه:

- أولاً: يقوم باختبار الإجراء التقييدي في علاقته بالهدف من وضعه للتحقق إن كان هذا الهدف يبرّر اتخاذ ذلك الإجراء،
- ثانياً: يقوم باختبار تواؤمه مع الهدف من خلال مقارنة منافعه بمساوئه في علاقة بهدف المصلحة العامة المنشود تحقيقه ليتساءل عمّا إذا كانت هذه المنافع من فئة المنافع الهامة والوازنة التي من شأنها أن تؤوّل إلى تحيّر تقييد الحقوق والحريات على احترامها.

ويمثّل فحص الموازنة بين القيد والهدف منه المرحلة الثالثة من اختبار التناسب يمكن تجسيد صورتها على الشكل الآتي:



◀ انطلاقاً مما سبق تفصيله أعلاه، يتبين أن التناسب هو مسار متدرّج وتصاعدي يمرّ من خلاله واضع التشريع عند وضع ضوابط على الحقوق والحريات بمحطات ثلاث تمهّد كلّ واحدة منها الطريق للمرور إلى المرحلة التي تليها ويتولّى بمناسبةها وعند مروره بكلّ واحدة منها بناء لبنة من اللبّات الضروريّة للوصول إلى التناسب التام.

يخضع الإجراء التقييدي في كلّ مرحلة يمرّ بها إلى اختبار جزئي ومرحلي:

- اختبار أول صغير في مرحلة الملاءمة يقف فيها عند البحث والتحري المجرد،
- فاختبار ثان أكبر بقليل في مرحلة الضرورة يلامس فيها جزئياً الطابع الواقعي للوضعيّة،
- ثم الاختبار الأكبر والجامع لكافة الاختبارات وهو اختبار التناسب في معناه الضيق الذي يجسّد مرحلة الامتحان الفعلي إذ بمناسبةها يتناول المشرّع كلّاً من الوضعيّة الواقعيّة المعنيّة والإجراء التقييدي ويضعها على محكّ التناسب وجها لوجه.

الفقرة الثالثة - إلزام المشرّع باحترام الحقوق والحريات المضمونة بالدستور: مبدأ عدم التراجع

لم يكتف الفصل 49 برسم الحدود التي ينبغي للمشرّع أن يتحرّك في نطاقها عند تنظيمه للحقوق والحريات أو مسّها، فأردفها بحماية إضافية بالفقرة الأخيرة منه يمنعه بمقتضاها من أن "ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور". فهذا النيل من المكتسبات يمكن أن يشكّل ارتداداً على ما أقرّه الدستور من ضمانات لحقوق الأفراد وحرياتهم، على نحو يهدّد بالجروح عن مقصده الأساسي في حماية الحرية من تعسف السلطة.

ويصطلح فقهاء على هذا المنع بمبدأ عدم التراجع ou principe de non régression ou principe de non rétroactivité⁴⁶. وهو يختلف في مضمونه عن مبدأ عدم رجعية القوانين من حيث أنه يتعلق بجوهر القاعدة القانونية ذاته ولا يقتصر على وضع حدود زمنية لأثرها.

ومن هذا المنطلق، فإن مبدأ عدم التراجع يذهب في مده إلى أبعد من المستوى الإجرائي في حماية الحقوق والحريات بما أنه يقيّد المشرّع عند وضع القاعدة القانونية بالالتزام بما أقرّه سابقاً وعدم النزول دونه. وهو ما يستشف من عبارتي "تعديل" و"مكتسبات" اللتان تحدّدان مضمون مبدأ عدم التراجع ومده، وذلك في مستويين اثنين:

1- وردت عبارة "تعديل" على إطلاقها، وهو ما يجعل كل مستويات التشريع معنية بها. وبالتالي، فإن مبدأ عدم التراجع ملزم للمشرّع مهما كان مستوى تدخله، سواء كان ذلك عند سن القوانين في مجرى عمله العادي بوصفه سلطة تشريعية أو عند ارتقائه إلى سلطة تأسيسية فرعية بمناسبة تعديل الدستور.

HACHEZ (I), « Le standstill, qu'est-ce ? », Ensemble, n°92, Décembre 2016, pp.8-9.

تعديل الدستور

يمثل تعديل الدستور المستوى الأسمى من تدخل السلطة التشريعية كسلطة تأسيسية فرعية بما أنه تدخل يقتضي مساسا وتغيرا في القواعد الأساسية والعليا *les normes fondamentales et suprêmes* المنظمة للدولة ولعلاقة الأفراد بالسلطة. وتتحوّل السلطة التشريعية في هذه الحالة إلى سلطة تأسيسية فرعية تحكم عملها قواعد وضمانات إجرائية خاصة تتعلق بـ:

- المبادرة: يقتصر حق المبادرة على رئيس الجمهورية وعلى ثلث أعضاء مجلس نواب الشعب دون سواهم، مع خصّ مبادرة رئيس الجمهورية بأولوية النظر (الفصل 143 من الدستور).
- اللجنة الخاصة: يشكّلها مجلس نواب الشعب عند تلقيه مبادرة لتعديل الدستور للتعهد بها، وتحلّ بمجرد ختم مشروع القانون الدستوري أو عدم إقراره (الفصل 95 من النظام الداخلي). على أن النظام الداخلي ظلّ صامتا حول إجراءات إحداث اللجنة الخاصة وطرق عملها ومسار التعديل الدستوري داخل المجلس. كما لا يبدو الفصل 95 منه واضح المعنى حول "عدم إقرار المبادرة بتعديل الدستور" على اختلاف صورها (تصريح المحكمة الدستورية بعدم دستوريته طبقا للفصلين 120 و 144 من الدستور، أو عدم مصادقة المجلس أو عدم إقرارها بالاستفتاء في حال لجوء رئيس الجمهورية إليه)، وهو ما ينعكس ضرورة على مآل اللجنة وأعمالها.
- قواعد التصويت: اشتراط الأغلبية المطلقة لإقرار مبدأ التعديل (أي الموافقة على النظر في تعديل الدستور من عدمه قبل النظر في مضمون المبادرة) وأغلبية ثلثي الأعضاء للموافقة على التعديل (الفصل 144 من الدستور).
- إمكانية العرض على الاستفتاء: وهي صلاحية بيد رئيس الجمهورية دون غيره. ويشترط الدستور "أغلبية المقترعين" لقبول تعديل الدستور.
- رقابة المحكمة الدستورية: وهي رقابة قبلية تتعلق بالتبث من:
 - (1) عدم مساس مشروع تعديل الدستور "بما لا يجوز تعديله" (الفصل 144 من الدستور)،
 - (2) احترام إجراءات تعديل الدستور (الفصل 120 مطة 2).

- ◀ مبدأ عدم التراجع يقيد من حرية السلطة التأسيسية الفرعية في تعديل الدستور: بالإضافة إلى الضمانات الإجرائية لتعديله، أكد الدستور على حدود جوهرية عند تدخل السلطة التأسيسية الفرعية لتعديله. فضلا عن تحصيل بعض الأحكام الدستورية من التعديل (الفصلان الأول والثاني وعدد الدورات الرئاسية ومدتها الواردة بالفصل 75)، أولى الدستور عناية خاصة بمسألة التعديلات التي تمس بالحقوق والحريات صلب الفصل 49، فضيق من حرية المؤسس الفرعي في تعديل الدستور بمنعه صراحة من النيل من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة بالدستور.
- ◀ وهو ما يستخلص منه أن الحقوق والحريات والضمانات المتعلقة بها بمقتضى الدستور تدخل أيضا في نطاق "ما لا يجوز تعديله". وفي انتظار فقه قضاء المحكمة الدستورية المحدد لنطاق التخصيصات المادية للدستور المنبثقة عن عبارة "ما لا يجوز تعديله"، يتجه التنبه إلى أن الفقرة الأخيرة من الفصل 49 تضاهي من حيث وظيفتها الفقرة 2 من الفصلين الأول والثاني والفقرة الأخيرة من الفصل 75، وهو ما يجعل منها معيارا مرجعيا أساسيا لا يجوز التغاضي عنه بأي شكل من الأشكال عند صياغة مبادرة لتعديل الدستور أو التعهد بها.
- ◀ وهو ما يستوجب قطعاً التزام الحيطه الكافية تحسبا لأي تعديل، من شأنه الارتداد عمّا أقرته السلطة التأسيسية الأصلية.

2- تحيل عبارة "مكتسبات" إلى وجود حد أدنى مضمون من الحماية لا يجوز للمشرع النزول تحته⁴⁷. من هذه الزاوية، تستدعي أحكام الفصل 49 التي تمنع على "أي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور" طرح سؤالين أساسيين للإحاطة بنطاق هذا المنع واستطلاع مدهاه:

- أولا: كيف يمكن للتدخل التشريعي أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان؟
- ثانيا: ما هو مجال الحماية التي يبسطها مبدأ عدم التراجع؟

كيف يمكن للتدخل التشريعي أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان؟

تتطلب الإجابة على هذا السؤال أولا تحديد مفهوم "المكتسب" أو "مكتسبات الحقوق"⁴⁸ ومن ثمة بيان أشكال النيل منها.

Ibid.

47

LAMBINET (F), « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », p. 7, disponible sur http://terralaboris.be/IMG/pdf/lb_061_standstill_cho_mage_terra_laboris_18iv07.pdf

مفهوم مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته

تحيل عبارة المكتسبات إلى:

- الحقوق والحريات التي تم تكريسها: وهي أساسا الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، لا في الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات فحسب بل وكذلك في بقية الأبواب، كالفصل 6 المتعلق بحرية الضمير ضمن الأحكام العامة أو الحق في محاكمة عادلة الوارد بالفصل 108 من باب السلطة القضائية.
- الضمانات المتعلقة بها: هي كل القواعد والتدابير والإجراءات وكذلك المؤسسات التي يضعها الدستور أو التشريع ليحقق المتمتع بالحق ويكفل ممارسته.

ويستخلص من ذلك أن مكتسبات الحق ترتبط في جوهرها بالتمشي التشريعي في إعمال الحق أي في ضمان فعاليته son effectivité، وهو ما يبرز بأكثر وضوح من خلال أشكال النيل من مكتسبات الحقوق.

أشكال النيل من مكتسبات الحقوق

يمكن النيل من مكتسبات الحقوق والحريات:

- بالتضييق في الحق أو الحرية،
- بالإنقاص من ضماناتها،
- بحذف حق أو حرية،
- بحذف إحدى ضماناتها.

مثال: حرية تكوين الجمعيات والقانون المتعلق بسجل المؤسسات

يمثل إدراج الجمعيات ضمن قائمة المطالبين بالتسجيل الوجوبي على معنى الفصل 7 من القانون عدد 52 لسنة 2018 المؤرخ في 29 أكتوبر 2018 والمتعلق بالسجل الوطني للمؤسسات من قبيل الإجراءات التي تجمل تكوين الجمعيات واستمرار نشاطها أكثر صعوبة بالنظر إلى الآثار المالية المنجزة عن التسجيل وغرامات التأخير والعقوبات الجزائية المتصلة بها في حال عدم التسجيل أو دفع المعاليم (الباب السابع من القانون)، على نحو لا يأخذ بعين الاعتبار واقع الأوضاع المالية للجمعيات، وهو ما يعتبر تشديدا في شروط إحداث الجمعيات وظروف ممارسة نشاطها مقارنة بما ينص عليه التشريع المنظم للجمعيات أي المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر 2011. وهو ما يطرح إشكالا في علاقة بتكريس الحق الجمعياتي يكتسي تراجعا عن مكتسبات هذا الحق الواردة بالمرسوم، من حيث أن الإجراء الجديد يتضمن تضييقا إجرائيا على المتمتع بالحق، بحكم أن ممارسته الفعلية تتوقف على تنفيذ هذا الإجراء ذي الطابع المالي، والحال أن الإمكانيات المادية لعدد الجمعيات لا تمنح القدرة على ذلك.

ما هو مجال الحماية التي يبسطها مبدأ عدم التراجع؟

بناء على ما يحيل إليه مفهوم مكتسبات الحق ومفهوم النيل منها، يترتب عن مبدأ عدم التراجع واجبان اثنان يلتزم بهما المشرع عند تعديل الدستور، في مستوى أول، وعند سن القوانين، في مستوى ثان:

- واجب ضمان ما تم تحقيقه وعدم الارتداد عنه (ضمانة دنيا)،
- واجب التوسع في الحقوق والحريات وتطويرها (ضمانة عليا).

● واجب ضمان ما تم تحقيقه وعدم الارتداد عنه: الضمانة الدنيا

يطرح هذا الالتزام إشكالية تحديد النقطة التي يبدأ الانطلاق منها لاحتساب التراجع. ويقتضي ذلك منهجياً إجراء مقارنة بين طرق تكريس الحق صلب المبادرة التشريعية والتشريع السابق المتضمن لأعلى مستوى حماية لذلك الحق. إذ يعتبر هذا المستوى بمثابة العتبة التي لا يجوز للتشريع الجديد النزول تحتها وإلا سقط في التراجع عن مكتسبات الحق⁴⁹.



49 بخصوص نقطة الانطلاق في احتساب التراجع، أنظر الدراسة التي أعدتها الأستاذة كوثر دباش "الفصل 49 والحريات الفردية هل من قراءة أخرى؟"، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ماي 2021، أنظر أيضاً:

HACHEZ (I), « L'effet de Standstill : Le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », Administration Publique, n°1, 2000, p. 30-57.

● واجب التوسع في الحقوق والحريات وتطويرها: الضمانة العليا

ويعني ذلك، الزيادة كماً ونوعاً في مكتسبات الحق. ويستخلص هذا الالتزام المحمول على المشرع من قراءة عكسية للفقرة الأخيرة من الفصل 49، إذ أن مبدأ عدم التراجع يقتضي في جوهره، التقدم بمنظومة الحقوق والحريات وتطويرها. وهي القراءة التي تتيحها العودة إلى التوطئة التي لا يمكن التغافل عنها باعتبارها مرجعاً أساسياً في قراءة التكريس الدستوري للحقوق والحريات، لاسيما بتنصيبها على "مبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية" (فقرة 3) وعلى "احترام الحريات وحقوق الإنسان" (فقرة 4). وهو ما يقتضي التقدم بالمكتسبات وعدم الوقوف عند ما تحقق أو الاكتفاء به.

ويلعب القاضي الدستوري من هذه الزاوية دوراً كبيراً في توسيع مجال الحقوق والحريات عند بسط رقابته على تنظيم المشرع لحق أو حرية.

ويشمل ذلك مستويات ثلاثة⁵⁰:

يرتب مبدأ عدم التراجع التزاماً إيجابياً على الدولة بالتدخل لتدعيم قائمة الحقوق المكرّسة والتوسيع من دائرتها عبر إضافة حقوق جديدة أو أصناف جديدة من الحقوق. وهو التزام محمول أساساً على المشرع مهما كانت درجته (عادياً أو دستورياً) يقتضي مواكبة التطورات التي تعرفها لاسيما في مستوى القانون الدولي.

من حيث دائرة
الحقوق وأصنافها

ويعني ذلك توسيع نطاق ممارسة الحق باتجاه ضمان الانتفاع الكامل بالحق. ويفترض ذلك بالضرورة تدرجاً في التدخلات التشريعية مرتبطة بتطور السياسات العمومية للدولة، خاصة إذا تعلقت الأمر بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تستوجب من الدولة تدخلاً وفعالاً إيجابياً لتأمين التمتع بها.

من حيث مجال
الهكتسب

تعزير فعالية الحقوق والحريات من خلال زيادة الضمانات. ويشمل ذلك أوجهاً عديدة كطرق ممارسة الحق، وتبسيط الإجراءات والرقابة القضائية والهيئات المستقلة...

من حيث مستوى
الحماية

LAMBINET (F), « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage : quelques 50 observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », op.cit. ; HACHEZ (I), ibid.

بعد تفكيك أركان الفصل 49 وبيان أسسه، يمكن أن نلاحظ أنه يكتنف في جوهره عملية تقييم للتشريع من حيث قدرته على احترام الحقوق والحريات والالتزام بالمعايير الضامنة لها عند الاضطرار لتقييدها. كما يمكن أن نستنتج تبعاً لذلك أن هذه المعايير تؤسس لمنهج حريّ بأن يضمن للتشريع سلامته من عدم الدستورية، ومن ثمّة يكفل له الارتقاء إلى مرتبة التشريع الجيد.

وهو ما سيتم إبرازه في الجزء الثاني، من خلال بيان انخراط منطق الفصل 49 ومنهجه ضمن معايير علم التشريع ومفرداته وأهدافه.

الجزء الثاني

مقتضيات الفصل 49
منهج أساسي للتشريع الجيد

مع تشعب المادة القانونية وتنامي مجالات التدخل التشريعي للدولة، أضحى التشريع الجيد مطلباً في حد ذاته يعكس مدى قدرة الدولة على معالجة الإشكالات المطروحة عليها بشكل عقلائي وعملي يكفل الانسجام بين المبادئ والأهداف الدستورية من ناحية، ومقتضيات النجاعة والفعالية من ناحية أخرى.

مفهوم التشريع الجيد

إن جوهر مسألة الجودة هو عملية تقييم مدى قدرة القاعدة القانونية على تحقيق الهدف من إنشائها. ويقوم التقييم على جملة من المعايير الموضوعية التي تتلخص في نقطتين أساسيتين:

- **الفعالية l'effectivité**: هي أن يكون التشريع مطبقاً محترماً داخل المجتمع، وتفترض الفعالية وجود اقتناع بالزامية تطبيقه. الشيء الذي يطرح على المشرع وعلى الدولة رهان قبولية التشريع **la réceptivité de la législation** أي احترام المجتمع له.
- **النجاعة l'efficacité**: هي أن يحقق التشريع النتيجة التي سن من أجلها.

ولا شك أن من أكبر الرهانات التي تبقى مطروحة على الدولة، خاصة إزاء الدور الحثائي للقاضي الدستوري على الحقوق والحريات، هو رهان التشريع القادر على الضمان الفعلي لها والمحافظة على فعاليتها⁵¹ l'effectivité des droits.

يكون التشريع الجيد بهذا المعنى هو ذلك الذي يحقق الغاية منه في كنف الحفاظ على الحقوق والحريات ودون النيل منها، ويكون احترام الحقوق والحريات شرط نجاعة وفعالية، وبالتالي شرط مشروعية **l'légitimité**.

من هذا الجانب، تبرز مكانة الفصل 49 مميّزة بالنظر إلى مركزية فكرة الحرية كمصدر لمشروعية القانون بمعنى قبوليته والتي عليها تتوقف في جانب كبير منها قدرة القانون على بلوغ أهدافه وتحقيق نتائجه المنتظرة.

◀ وهو ما يُلفت الانتباه إلى القيمة المضافة للفصل 49 كمعيار من معايير جودة التشريع وبالتالي ارتباطه من حيث موضوعه ومن حيث أهدافه ومن حيث وسائله بعلم التشريع⁵².

51 LEBEL (L), « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux : la fonction démocratique des tribunaux constitutionnels », Revue québécoise de droit international, Hors-séries, juin 2015, pp.25-35 ; BESSON (S), « L'effectivité des droits de l'Homme : Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'Homme », <https://core.ac.uk/download/pdf/20657699.pdf> ; CHAMPEIL DESPLAT (V), « Effectivité et droits de l'homme: approche théorique », in CHAMPEIL DESPLAT (V), LOCHAK (D)(éd.), L'effectivité des droits de l'homme, Paris, Nanterre, 2008, 11-26, <https://books.openedition.org/pupo/1152?lang=fr>.

FLÜCKIGER (A), (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne, Stämpfli, 2019 ;

علم التشريع **la légistique ou la science de la législation** هو علم تطبيقي يقوم على جملة من المبادئ التي توجه واضع القانون في مختلف الخطوات الواجب اتباعها من مرحلة التصور إلى غاية تطبيق النص، وذلك بهدف تحسين جودة التشريع.

ولذلك يسمّى علم التشريع في بعض الأوساط "المنهجية التشريعية" **methodologie législative** بناء على أنه يتعلّق بنفس الدرجة بمضمون التشريع (علم التشريع المادي) وبطرق صياغته (علم التشريع الشكلي).

- علم التشريع المادي **la légistique matérielle**: يتضمن جملة القواعد الواجب اتباعها في ضبط المضمون التشريعي وبنائه. ويقوم على تمش منهجي في وضع القوانين وتنفيذها وتقييمها.
- علم التشريع الشكلي **la légistique formelle**: يتعلّق بمبادئ الصياغة القانونية والقواعد الواجب إعمالها في تهئية النصوص القانونية وإخراجها.

في هذا الإطار، وبالإضافة إلى كونه قاعدة دستورية ملزمة للمشرّع ومقيّدة لسلطته التقديرية عند التعرّض إلى الحقوق والحريات، يتضمن الفصل 49 منهجية عمل تنير واضع القانون عند إعدادة لمبادرة تشريعية أو عند تعهّد المجلس بها.

فكيف يمكن إذن الاستفادة من مبادئ جودة التشريع ومقوماتها في صياغة قانون يحترم الفصل 49؟

يمكن ذلك من منطلقين اثنين: أولهما أن الفصل 49 يرتقي إلى مرجعية كاملة الأركان في تقدير جودة التشريع (الفرع الأول)، ثانيهما أن الفصل 49 يؤسس لمنهج في الصنع الجيد للقوانين، من منطلق أن احترام الحقوق والحريات يبقى من معايير جودة التشريع وضوابطها (الفرع الثاني).

لا شك أن إخضاع المبادرات التشريعية مهما كان مأتاها إلى تقييم الفصل 49 يبقى ضروريا في إطار مزيد دعم قدرة الصائغين على استبطان الخلفية الدستورية لا فقط في مظهرها الشكلي (احترام القاعدة الدنيا للقاعدة العليا) وإنما خاصة في بعدها الجوهرية من حيث تبلّغ الأهداف والمبادئ الدستورية ومراعاتها عند وضع مشاريع النصوص بناء على المرجعية والمنهج الذين يتيحها الفصل 49.

BARRAUD (B), « La légistique », in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 213 s. ; CHEVALLIER (J), « L'apport et le statut de la légistique » in ALBERTINI (P) (dir.), La qualité de la loi : Expériences française et européenne, Mare et Martin, 2015, pp. 31-51 ; MORAND (C-A) (dir.), Légistique formelle et matérielle, Presses Universitaires d'AIX-Marseille, 1999.

الفرع الأول- أين تبرز العلاقة بين علم التشريع ومعايير الفصل 49؟

تبرز هذه العلاقة من ناحيتين متلازمتين:

- أولا من ناحية الأهداف، باعتبار أن مبادئ علم التشريع ترمي في جانب كبير منها إلى ضمان الحقوق والحريات⁵³.

لعبت المحكمة الدستورية الألمانية دورا بارزا في دفع المشرّع إلى اتباع تمش منهجي في التشريع *démarche légistique* مبني على أساس مبادئ دولة القانون والحقوق الأساسية. ويتضمّن ذلك إلزامه بدراسة مؤثرات التشريع بشكل استباقي يسمح باستشراف نتائجه على الحقوق والحريات *analyse d'impact rétrospective*. وهو ما تسمّيه المحكمة واجب متابعة التشريع وتصحيحه أو تحسينه *obligation de veille et de correction ou d'amélioration législatives*، لاسيما عند الارتياح بشأن آثار القانون على الحقوق الأساسية. ويعني ذلك عمليا إلزام المشرّع بجمع وتوظيف كل المعطيات الضرورية لتقييم جملة الآثار المحتملة في هذا الإطار.

من هذا المنطلق، على المشرّع التنبيه إلى الأهمية البالغة لهذا التطور الجوهرى في مفهوم جودة التشريع، اقتداء مثلا بنظيره السويسري الذي حاول استخراج معايير لجودة التشريع في القانون الفيدرالى المتعلق بتحديث التشريع الفيدرالى المؤرخ في 22 أوت 2007 والذي جاء فيه، إضافة إلى المعايير الشكلية (احترام القاعدة السفلى للقاعدة العليا واحترام الإجراءات)، تأكيد على معايير مادية في تقييم جودة التشريع الفيدرالى تدور كلّها في فلك الحقوق والحريات، ومن بينها: احترام الحقوق الأساسية، المصلحة العامة، الديمقراطية، الشفافية، احترام مبدأ الأمان القانوني.

- ثانيا من ناحية المنهج، وذلك من خلال التلاقي - حدّ التهاهي - بين معايير جودة التشريع ومعايير الدستورية.

لا يبدو تكريس أحكام الفصل 49 من الدستور بمعزل عن هذا التوجّه، لاسيما إذا وضعناه في السياق العام لتنامي فكرة التناسب كمرجعية وكمنهج يعتمده القاضي الدستوري في قياس مدى احترام التشريع للدستور، لا فقط من حيث عدم مساسه أو نيله من الحقوق والحريات المكفولة بالدستور وإنما أيضا من حيث قدرته على تفعيلها وتيسير النفاذ إليها وتدعيم ضماناتها.

FLÜCKIGER (A), (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, op.cit. ; SHAHRBABA (A), La 53 qualité des normes, Etude des théories et de la pratique, Thèse de doctorat en droit public, Université Aix-Marseille, décembre 2017, <https://www.theses.fr/2017AIXM0127.pdf> ; DESPLAT (V), « Effectivité et droits de l'homme: approche théorique », op.cit. ; FLÜCKIGER (A), « Qu'est-ce que "mieux légiférer" ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative » in FLÜCKIGER (A) et GUY-ECABERT (C) (ed.), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Le rôle des guides de légistique, Genève, Schulthess, 2008, p.29. Disponible sur https://doc.ero.ch/record/12837/files/mieux_legiferer_schulthess_fluckiger.pdf

وإذا كان الفصل 49 بهذا المعنى يمثل ضماناً جوهرياً ومنهجياً لذلك، فإنه يجتزل روح جودة التشريع من خلال انتصابه كضمانة:

1. لعدم انحراف التشريع عن الغاية الدستورية الأساسية المتصلة بتكريس الحقوق والحريات،
2. لدولة القانون في مفهومها المادي المرتكز على محورية الحرية كقيمة تركز عليها العلاقة بين السلطة والأفراد.

من هذه الزاوية، يدخل الفصل 49 بالضرورة في مجال علم التشريع بما هو جملة المبادئ والقواعد والمعارف التطبيقية التي تهدف إلى تحقيق جودة التشريع. فبالنظر إلى الارتباط الأصيل بين واجب احترام الدستور المحمول على المشرّع وحماية الحقوق والحريات كغاية أساسية منه، ارتقى مفهوم التشريع الجيد عن معاييرهِ الأولى ذات الخلفية الاقتصادية الكمية البحتة لينصهر في المعيار الأساسي الأسمى لدولة القانون وهو احترام الحقوق والحريات. وهو ما يُبرز بعداً آخر في الفصل 49 باعتباره تقنية تشريعية *technique législative*، فضلاً عن كونه معيار رقابة *norme de contrôle*.

ولبيان ذلك، يتجه أولاً لتسليط الضوء على الوظيفة التقييمية للفصل 49 (الفقرة الأولى) والتي تبرز من خلال الأعمال القبلي لمعاييرهِ في فحص البدائل التشريعية الممكنة عند معالجة مسألة ما لقيس أثرها على الحقوق والحريات. وهو ما يستبطن منهجاً يتجه اتباعه خلال بناء مقترح القانون لضمان أكبر قدر ممكن من النجاعة في ضمان الحريات وفي احترام الأمان القانوني (الفقرة 2).

الفقرة الأولى- الوظيفة التقييمية للفصل 49

يمثل التقييم التشريعي *l'évaluation législative* جوهر علم التشريع المادي. وهو مرحلة أساسية في بناء القوانين يرمي إلى التحقق من مدى نجاعة القانون وفعاليته أي من مدى قدرته على تحقيق الأهداف التي سُنَّ من أجلها دون آثار جانبية أو بأقلها قدر الإمكان. وبالنظر إلى المركزية الدستورية لمسألة الحقوق والحريات، فإن تقييم مدى احترامها يمثل أحد المعايير الأساسية في التقييم التشريعي. وهو ما يجعل الفصل 49 في قلب التقييم التشريعي لآثار الأحكام القانونية على الحقوق والحريات، كما أنه يمثل معياراً في تقدير ضرورة المبادرات التشريعية الرامية إلى تنقيح قوانين نافذة.

وهو ما يُبرز بعداً مزدوجاً في الوظيفة الدستورية للفصل 49: فهو في نفس الوقت معيار مرجعي للقاضي الدستوري عند بسطه لرقابته على التشريع (وظيفة بعديّة *ex post* ترد بعد مصادقة المجلس عليه) وللمشرّع عند سعيهِ إلى التوقي من اللادستورية (وظيفة قبليّة *ex ante* تغطّي كامل المسار التشريعي قبل المصادقة).

ولئن يبدو أن وظيفته البعديّة بوصفه قاعدة رقابة على التشريع *norme de contrôle* هي الوظيفة الأساسية، فإنها لا يجب أن تخفي الأهمية الكبرى لوظيفته القبليّة من حيث أن الإلمام بها يبقى المحدّد لمصير القانون عند مروره اللاحق برقابة القاضي الدستوري، بقطع النظر عن شكل

هذه الرقابة سواء كانت عن طريق الدعوى قبل الختم والإصدار أو عن طريق الدفع بعد دخول القانون حيّز النفاذ.



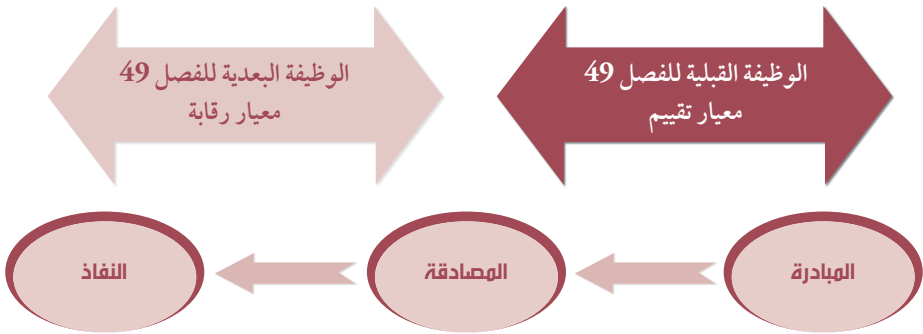
فهذه الوظيفة القبلية للفصل 49 هي التي تحمل الإجابة العملية لتساؤل المشرّع عن السبيل إلى التوقي من اللادستورية خلال مرحلة وضع التشريع، أي قبل وصوله إلى القاضي الدستوري.

انطلاقاً من كل ذلك، يصبح من الوجيهة بمكان أن نتنبه إلى الانخراط التام للفصل 49 ضمن مجال علم التشريع لا كمعيار فقط بل وأيضاً كمنهج يتوجب على المشرّع اتباعه خلال كافة مراحل وضع التشريع من التصوّر *la conception* إلى الصياغة *la rédaction* عن طريق أعمال اختباراته على كافة الأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات.

وهكذا، تُبرز الوظيفة القبلية للفصل 49 وجهه الآخر باعتباره لا فقط قاعدة أو معياراً مرجعياً *norme de référence* بل بكونه تقنية تشريعية *technique législative*.

من هذه الزاوية، يبرز بأكثر وضوح اختلاف الطبيعة بين الوظيفة القبلية للفصل 49 ووظيفته البعدية. فإذا كانت الوظيفة البعدية رقابية، فإن وظيفته القبلية تقييمية.

وبالتالي، فمن منطوق أنه يورد جملة المعايير التي يتم على أساسها التثبت من السلامة الدستورية للتشريع الذي يتطرق إلى حق أو حرية، فإن الفصل 49 يرسم للمشرّع خط سيره عند تنظيم مسألة تمسّ بالحقوق والحريات:



من الناحية العملية، يتطلب فهم الوظيفة التقييمية للفصل 49 إدراجَه في إطار المسار التقييمي la démarche évaluative الذي يقوم عليه علم التشريع المادي في جوهره. وهو ما يستدعي أولاً توضيح مفهوم التقييم التشريعي⁵⁴ والوقوف على أهميته كمنهج يمكن من استقراء آثار التشريع بشكل استباقي.

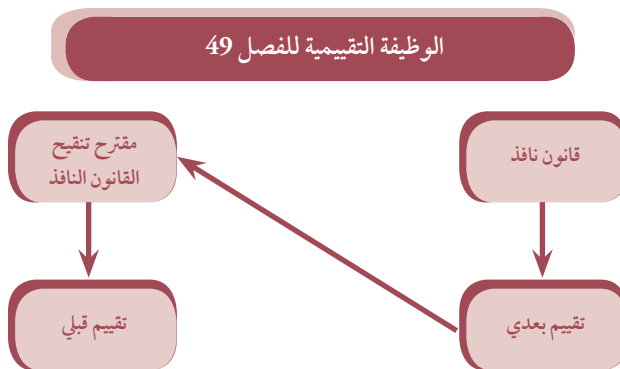
مفهوم التقييم التشريعي

يمثل التقييم التشريعي ركيزة أساسية في صنع القوانين. فهو الذي يمكن فعلياً وعملياً من التحقق من جودة التشريع من خلال فحص جملة العلاقات التي يقوم عليها أي العلاقة بين الوسيلة والنتيجة والعلاقة بين الهدف والكلفة (نجاعة التشريع) والعلاقة بين الهدف والنتيجة (فعاليتَه). وهو ما يشكل عموماً مضمون دراسة المؤثرات *L'étude (ou l'analyse) d'impact de la législation*.

ويرمي التقييم التشريعي إلى معرفة موضوعية لجملة الآثار، المباشرة وغير المباشرة، المراد تحقيقها وكذلك استباق الآثار غير المحسوبة، لقاعدة قانونية ما.

مما يجعل منه مرحلة أساسية في بناء القوانين، بل جوهر المنهج التشريعي برمته *la démarche légistique* ومضمونه والعلامة الفارقة التي تؤكد البعد العقلاني والتقني للعمل التشريعي باعتباره وسيلة لتحقيق سياسة أو استراتيجية ما وليس غاية في حد ذاته.

وبذلك تكون الوظيفة التقييمية للفصل 49 على نفس درجة أهمية وظيفته الرقابية. بل إنها تمتد لتلامس مساحة القوانين النافذة باعتبارها تمكن من تحديد الحاجة إلى تنقيح القوانين بناء على المطلب الدستوري المتصل باحترام الحقوق والحريات وبالتالي تحسين ضماناتها التشريعية من ناحية والتقليص من القيود عليها من ناحية أخرى. وهو ما يُبرز دوره في التقييم البعدي للتشريعات النافذة.



FLÜCKIGER (A), (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, op.cit. ; SHAHRBBAKI (A), 54 La qualité des normes, Etude des théories et de la pratique, op.cit. ; FLÜCKIGER (A), «Qu'est-ce que "mieux légiférer"? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », op.cit. ; FLÜCKIGER (A), «L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois», in Revue européenne des sciences sociales, Numéro XLV-138, 2007, pp. 83-101.



وبناء على ذلك، يمكن التقييم البعدي للتشريع عند دخوله حيز النفاذ والمرور إلى تطبيقه من معرفة مدى الحاجة إلى تنقيحه باتجاه تصويبه. ومن زاوية الحقوق والحريات، يكفي إعمال معايير الفصل 49 على آثار التشريع النافذ لقياس مدى تقيده بواجب احترامها، ومن ثمّة ضرورة تنقيحه ودرجة الاستعجال في ذلك.

من الضروري أن يصبح الفصل 49 مقياساً أساسياً في تقييم التشريع عند التفكير في تنقيح قانون نافذ، قصد تلافي الإشكالات الدستورية المترتبة عن إغفاله، لاسيما فيما يتعلق بالمنظومة التشريعية السابقة لدستور 2014.

وهو ما يبدو أن الحكومة قد اتجهت إليه بإحداثها لجنة وطنية لملاءمة النصوص القانونية ذات العلاقة بحقوق الإنسان مع أحكام الدستور ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، وذلك بمقتضى الأمر الحكومي عدد 1196 لسنة 2019 المؤرخ في 24 ديسمبر 2019.

ولاشك أن الفصل 49 بمعايير وشروطه يجد نفسه في صلب وظيفة هذه اللجنة وأعمالها، إذ لا مناص من الاستناد إليه كقاعدة مرجعية أساسية عند القيام بمسح للمنظومة القانونية السارية قصد حصر مواطن الإخلالات الدستورية فيها ووضع آلية تسمح بتنقيتها منها.

ويبدو فعلاً أن منهجية عمل هذه اللجنة قد تبلورت حول الفصل 49، بعد الوقوف على مكانته المحورية في إعادة هيكلة التشريع الوطني بناء على معايير دستور 2014، وذلك خلال مشاركتها في جلسات النظراء والدورات التكوينية التي نظمتها المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات في إطار برنامجها حول الفصل 49.

وقد تبنت لجنة الملاءمة على إثرها مقترحا عمليا حول كيفية تفعيل الفصل 49 عند مراجعة التشريعات السارية أعدته الأستاذة كوثر دباش في إطار دراستها حول "الحريات الفردية والفصل 49" المدرجة بدورها ضمن البرنامج المذكور للمؤسسة.

ويتمثل المقترح في جذاذة سمّيت جذاذة الفصل 49 (أنظر الملحق عدد 2) تضم تمشياً منهجياً في تفكيك مفردات الأحكام القانونية طبقاً لمقتضيات الدستور بشكل عام والفصل 49 بشكل خاص. وهو ما سيمكن تبعاً من رصد مواطن الإخلال بمعايير الحقوق والحريات ومستوياتها المختلفة.

وبذلك تكون هذه الجذاذة ترجمة عملية للوظيفة التقييمية للفصل 49.

يتبين إجمالاً أن الفصل 49 يمثل وسيلة لتقييم مسبق ولاحق -حسب الحالة- لمدى فعالية القانون في تحقيق غاياته، دون المساس بالمجحف أو غير المبرر بحق ما أو بحريّة.



- ◀ من هذه الزاوية، تكمن أهمية الفصل 49 بالخصوص في كونه يُخرج عملية التقييم من منطقتها الاقتصادي البحت ليمنحها بعدا حقوقيا قانونيا، باعتبار أن التقييم الاقتصادي (العلاقة بين كلفة المشروع المادية والمنفعة منه) لا يعوّض ولا يجب أن يتغاضى عن التزامات الدولة القانونية تجاه الأفراد والمجموعات.
- ◀ تصبح القيود غير المبررة على الحقوق أي غير المطابقة لشروط الفصل 49 من قبيل الكلفة الزائدة التي يجب تلافها عند إعداد مقترح قانون وصياغته.

هذا الأثر الجوهري للفصل 49 على مفهوم التقييم التشريعي يجعل من المعايير التي يضعها للتثبت من سلامة التشريع من أي نيل غير مشروع من الحريات بمثابة المنهج الذي يجد مكانه الكامل خلال المسار التقييمي.

الفقرة الثانية- المنهج التقييمي صلب الفصل 49

يتجلى هذا المنهج من خلال الاختبارات الضرورية التي يخضع إليها القانون أو الحكم الذي يتعلق بحق أو حرية. ولئن كان الأصل أن تطبق هذه الاختبارات من طرف القاضي بعد نفاذ القانون، إلا أنها من حيث تمشيها ومنطقها ممكنة التطبيق بشكل استباقي خلال مراحل إعداد القانون وصياغته في مبادرة تشريعية وكذلك عند تعهد المجلس بها إلى غاية تصويت الجلسة العامة عليها⁵⁵. فاتباعها يسمح بتلمس الخطوات الصائبة لضمان عدم المساس غير المشروع بالحقوق والحريات، بناء على الموازنة الضرورية بين الأهداف التشريعية ووسائل تحقيقها، وهو ما يعني بالضرورة الحصول على تشريع جيد من حيث احترامه لها.

وبناء على هذا الهدف (الحصول على تشريع جيد) يقوم التقييم التشريعي عموما على تمسّ منهجي يمكن اختزاله في محاور أساسية ثلاثة⁵⁶:

• تحديد المشكل:

يتمثل في تشخيص شامل لعناصر الإشكال بغاية تحديد الحاجات من التدخل التشريعي بشكل دقيق ومستقل:

• دقيق: إن تحديد المشكل ليس مجرد إدراك وجوده فقط وإنما يمر بعملية تحليل موضوعي للوضعية الواقعية مقارنة بالوضعية التي يفترض القانون تحقيقها.

• مستقل: إن تحديد المشكل ليس مجرد تبني للطرح المتأني من مراكز الضغط مهما كان نوعها

55 أنظر وثيقة تطبيق الفصل 49 صفحة 87.

FLÜCKIGER (A), (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, op.cit. ; JOCHUM (M), 56 LEDERMANN (S), "La démarche légistique entre théorie et pratique", LEGES, 2009/1, pp.87-103 ; DELLEY (J-D), "Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique" in MORAND (C-A) (dir.), légistique formelle et matérielle, op. cit. pp.81-116.

(مطالب اجتماعية، رأي عام، فئات، شرائح من المجتمع المدني، حراك...) وإنما هو عملية بحث وتقصّ لكل عناصر المشكل والعوامل التي تحيط به أو التي أدّت إليه. وتتيح الاستقلالية في تحديد المشكل توسيعا من مجال الرؤية وقدرا ضروريا من الموضوعية في التشخيص. وهو ما يقتضي تحليلا موضوعيا للواقع وتقييما لكامل المنظومة القانونية المتصلة به.

أما التحديد غير الدقيق أو الخاطئ للمشكل، فيؤدّي فيما بعد إلى ضبط غير دقيق أو خاطئ للأهداف. في حين يمكن التحديد الدقيق للمشكل من الوقوف على مدى وجاهة التدخل أي ضرورته الحقيقية، بمعزل عن الضغط أو طلب التدخل المتأتي من المجتمع.

ويتحدّد المشكل بهذا المعنى عبر استخراج كل المعلومات الضرورية حول: طبيعته، أسبابه، مجاله، سياقه، امتداده الزمني، الشرائح التي يمسّها، آثاره.

مثال: لا يكفي تحديد البطالة في صفوف الشباب كمشكل يتطلب تدخلا تشريعيًا، بل إن تحديد المشكل يقتضي عملية جرد للوضع من حيث أسبابها (من الناحية الاقتصادية والسوسولوجية ومن حيث أداء الدولة ومن حيث الإشكالات التي واجهت السياسة العامة للدولة في مجال الشغل) ومظاهرها وتجلياتها (معطيات إحصائية حسب الشرائح العمرية والفئات والجهات والقطاعات ومجالات التخصص الدراسي والعلمي ونتائج الحلول التي اعتمدها الدولة سابقا...).

◀ وتصلح جملة هذه المعلومات فيما بعد عند قياس الضرورة في حالة وجود تقييد لحق ما.

◀ بل إن معيار الضرورة المنصوص عليه بالفصل 49 يصبح في حدّ ذاته معطى أساسيا في تقدير وجاهة التدخل التشريعي كحل للمشكل المطروح خلال مراحل التقييم اللاحقة، لاسيما إذا كان موضوعه يدخل مباشرة في مجال الحقوق والحريات.

• ضبط الأهداف:

بعد الانتهاء من تحليل الوضعية الواقعية التي تطرح المشكل والتثبت من ضرورة التدخل التشريعي، يتم تحديد الأهداف من هذا التدخل بشكل دقيق. إذ أنه لا يكفي القول إن الهدف من التدخل التشريعي هو حل المشكل المطروح، بل يتجه تفكيك الأهداف وترتيبها.

وضبط الأهداف بهذه الطريقة يمكن من تحديد الاتجاه الذي ستخذه المبادرة في معالجة المسألة المطروحة (زجرية répressive، تشجيعية incitative، تعديلية...). لذلك يجب بلورة الأهداف بناء على نتائج مرحلة تحديد المشكل.

◀ ضبط الأهداف ضروري لتحديد الحلول.

◀ كما أنه حاسم فيما بعد بحكم أن الأهداف:

- تمثل مرجعا عند متابعة تنفيذ التشريع عند دخوله حيز النفاذ من قبل اللجان البرلمانية الخاصة مثلا.
- تيسر تأويل النص عند التطبيق (فهم مقاصد المشرع).

◀ وتبرز أهمية الفصل 49 في هذه المرحلة من خلال تحديده للغايات التشريعية الكبرى. فهذه الغايات لا تمثل فقط الأسس الشرعية للحد من الحقوق والحريات، بل إنها تحتزل روح الدستور وجوهر وظيفة القانون بوصفه أداة الدولة في تنظيم العلاقات داخل المجموعة وحفظ المسافة الفاصلة بين مجال الفرد ومجال المجموعة.

◀ وبناء عليه تصبح الدولة الديمقراطية المدنية وحماية حقوق الغير ومقتضيات الأمن العام والدفاع الوطني والصحة العامة والآداب العامة هي المحددة لمشروعية التدخل التشريعي، أي بالنهاية الإطار الذي يجب أن تضبط ضمنه الأهداف من التدخل التشريعي.

• اختيار وسائل التدخل

بعد التثبت من ضرورة التدخل وضبط الأهداف التي يرمي إليها، تكتمل الصورة حول نوعية التدخل الأنسب لمعالجة الوضعية المطروحة. فالتشريع لا يمثل إلا إحداها، كما إنه ليس في كل الأحوال الحل الأنسب لمعالجة المشكلة، وهو ما يفسر في جزء كبير ظاهرة التضخم التشريعي ومشكلة الآثار الجانبية للتشريع.

فإذا تبين أن المشكل لا يتطلب مبادرة تشريعية جديدة وأنه يُجَلَّ عن طريق وسائل تدخل أخرى (تشجيعات، شراكات، إصلاحات هيكلية، تدخلات مالية)، يمكن لعضو البرلمان (أو الكتلة البرلمانية) أن يلعب دوره النيابي إزاء الحكومة بوصفه قوة اقتراح أو في إطار ممارسة وظيفته الرقابية من خلال مختلف طرق العمل التي يتيحها النظام الداخلي للمجلس (الأسئلة، اللجان الخاصة، جلسات الاستماع، جلسات الحوار مع الحكومة...).

◀ وفي هذه الحالة لا معنى لوضع مبادرة تشريعية.

أما إذا تبين أن المشكل يتطلب مبادرة تشريعية، فمن الضروري التنبه إلى أن إعداد نص المبادرة هو مرتبط منهجيا بجملة النتائج الحاصلة عن المراحل السابقة. وحينها يتجه حصر طرق معالجة المسألة موضوع التدخل التشريعي على أساس تنوع الحلول، إذ لا يجب الاكتفاء بخيار واحد فقط، بل القيام بعملية جرد لكل السيناريوهات الممكنة للوصول إلى الغاية أو الهدف.

ويقتضي ذلك:

- استخراج الإكراهات التي قد تعيق التنفيذ في كل فرضية.
- الاستئارة بالقانون المقارن وبالتجارب الناجحة في معالجة نفس المسألة في دول أخرى.
- الرجوع إلى الفصل 49 لتخيّر أفضل الحلول التشريعية طبقا لمعايره (أي التي لا تقيّد الحقوق أو تنال منها وإن لم توجد فأقلها تقييدا)، وهو ما يعني إخضاعها تباعا إلى اختباره.

إجمالا، إذا كان التقييم التشريعي يقتضي مرور القانون بعدة مراحل للتحقق من وجاهته، يصبح من الضروري اعتماد اختبارات الفصل 49 خلال هذه المراحل كميّار إضافي في تقييم هذه الواجهة من ناحية مساس التشريع بحق أو حرية ما.

ويبرز الجدول التالي مكان الفصل 49 ودوره في التقييم التشريعي المسبق لمقترح القانون⁵⁷.

مراحل التقييم التشريعي	مكان الفصل 49 خلال المسار التقييمي
تحديد المشكل	التحديد الصحيح والدقيق للمشكل يساعد في تحديد مدى ضرورة التدخل التشريعي للتقييد من حق أو حرية.
ضبط الأهداف	يجب أن يكون ضبط الأهداف في إطار الأهداف التشريعية التي حدّدها الفصل 49 (دولة مدنية ديمقراطية، حماية حقوق الغير، مقتضيات الأمن العام، الدفاع الوطني، الصحة العامة والآداب العامة).
اختيار الوسائل	يجب استعراض كل الخيارات والبدائل الممكنة في المعالجة التشريعية للمسألة موضوع المبادرة وفقا للأهداف المصبوطة ثم تختيّر أفضلها طبقا لمعايير الفصل 49.

الفرع الثاني- كيف يمكن الاستفادة من الفصل 49 في صنع القوانين؟

بعد تسليط الضوء على أهمية الفصل 49 كمرجع أساسي وضروري في العملية التشريعية، يتجه البحث عن السبل الفضلى لتطبيقه خلال هذه العملية. وبيان أن الفصل 49 يمثل تقنية تشريعية، فضلا عن كونه قاعدة دستورية لا يجوز للمشرّع مخالفتها، تتكشف أهميته المحورية خلال العمل التشريعي باعتباره المنهج الذي يكفل تحقيق حيز هام من الجودة المطلوبة والمتمثلة في قوانين فعّالة في مادة الحقوق والحريات. وهو ما يقتضي تتبّع العمل التشريعي منذ المبادرة إلى المصادقة، إذ أن إعمال الفصل 49 يتخلّف حسب المرحلة التي يمرّ بها المشروع في المسار التشريعي داخل البرلمان وبالتالي حسب درجة تطوّر أو تبلور المضامين التشريعية.

57 أنظر الرسم البياني منهجية فحص البدائل التشريعية استنادا إلى الفصل 49 خلال مرحلة التّصوّر، صفحة 74.

وهو ما يتطلب بيان طرق أعمال الفصل 49 عند إعداد مقترح قانون (الفقرة الأولى)، وعند نظر اللجان التشريعية (الفقرة الثانية) وعند ممارسة حق التعديل بالجلسة العامة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى- عند إعداد مقترح قانون

بقطع النظر عن الشروط القانونية والضوابط الإجرائية التي حددها الدستور والنظام الداخلي للمجلس لممارسة حق المبادرة التشريعية، فإن ذلك يقتضي قدرا هاما من الدربة على الصياغة التشريعية وإماما بالمبادئ العامة والقواعد الأساسية لعلم التشريع في جانبيه المادي والشكلي. وهو ما يبرز البعد التقني في الصياغة القانونية الذي يقتضي التمييز بين مرحلة التصور (1) ومرحلة الصياغة (2).

على أن هذا البعد يبقى بكل أوجهه مرتبطا بالدستور كميّار أساسي تصب باتجاهه كل قواعد الصياغة وطرقها. وهو ما يستدعي ضرورة تفحص عدم المساس من الحقوق والحريات في كل مبادرة تشريعية - مهما كان موضوعها -، وذلك بالتوازي مع عملية تحقق صاحب المبادرة قبليا من الموازنة بين أهداف المبادرة ووسائل تحقيقها.

◀ بهذا المعنى يبدو الفصل 49 في تماه تام مع المنهج التقييمي الذي يقتضيه علم التشريع المادي.

1- مرحلة التصور

مرحلة التصور la conception هي اللبنة المنهجية الأولى في صنع القانون. وترمي إلى بلورة المقترحات التشريعية بناء على علاقة منطقية وضرورية بين أهدافها ووسائل تحقيق تلك الأهداف وكلفتها مثلما تم بيانها فيما تقدّم.

مرحلة التصور هي مرحلة منهجية بالأساس ترمي إلى ضبط المضامين التشريعية بناء على جملة من المبادئ والمعارف التي تكفل تحقيق نجاعة التشريع وفعاليتّه. وهي بذلك تمثل مرحلة استشراف لمآل القانون من حيث آثاره ونوعيتها.

وتحرّى في ذلك تمشيا مرحليا لا يجوز تجاهله أو تجاوزه في بناء النص التشريعي، لأنه يشكّل بامتياز المرحلة الفكرية الأساسية في بناء المضمون التشريعي وبلورته.

وتتمثل في اتباع جملة من المراحل المنتظمة ذات البعد العملي في معالجة مسألة تشريعية ما تضع قيد الفحص والتمحيص وجاهة المبادرة التشريعية ومدى قدرتها على معالجة المشكل المطروح وبالتالي ضرورتها ومشروعيتها العملية.

ويمكن صنع مضمون تشريعي بناء على تلك العلاقة المنطقية والضرورية من تلافي عدّة علل أصبح التشريع إجمالاً يعاني منها بشكل متزايد، كالتضخم الذي ينتج عموماً عن تنامي ردود الفعل الانعكاسية في التشريع *le réflexe législatif*، وتكاثر الآثار الجانبية للقانون *les effets pervers de la loi*، والآثار غير المنتظرة أو غير المرغوبة أو المتناقضة.

من الضروري التنبه في هذا الصدد إلى أن نسبة كبرى من هذه الآثار الجانبية أو غير المرغوبة أو غير المتوقعة تبرز من خلال المساس بالحقوق والحريات سواء بتقييدها المجحف وغير المبرر أو بإنكارها وإلغائها أو بالسهو عنها في سياق تحقيق الغاية التشريعية.

ويعود ذلك إجمالاً إلى إغفال انعكاسات التشريع على الحقوق والحريات وضماناتها عند ضبط المضامين التشريعية وصياغة الأحكام.

وتعتبر القوانين التصحيحية *les lois de validation* من الأمثلة البارزة على التشريعات التي لا يتم فيها التقييد عادة بالضوابط المنهجية للمعالجة التشريعية لمسألة ما باعتبارها تُسنّ في سياق ردّ فعل من المشرّع على تعاطي القاضي الإداري مع قانون ما وليس بناء على تدخل منهجي تقتضيه ضرورة تشريعية في إطار سياسة عامة وفقاً لما بيانه أنفاً. وهو ما يُسقطها عادة في وضعية مساس غير مشروع أو مبرّر بأحد الحقوق المضمونة، الشيء الذي حداً بفقهاء القضاء الدستوري المقارن، مثل المجلس الدستوري الفرنسي، إلى إقرار لا دستورتيتها، بناء على مراقبته للملاءمة بين الهدف والإجراءات المتخذة⁵⁸.

ويذكر ذلك مثلاً بما نحا إليه المجلس الوطني التأسيسي سنة 2013 من تدخل لتفكيح القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 المؤرخ في 20 ديسمبر 2012 والمتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات لمّتين متتاليتين في وقت وجيز بمقتضى القانون الأساسي عدد 44 لسنة 2013 المؤرخ في 1 نوفمبر 2013 ثم بالقانون الأساسي عدد 52 لسنة 2013 المؤرخ في 28 ديسمبر 2013 وذلك في محاولة من المجلس لتجاوز الانسداد الذي وصل إليه مسار إرساء الهيئة، عبر تصحيح إجراءات اللجنة البرلمانية الخاصة لفرز الترشيحات لعضويتها، بعد أن أبطلت المحكمة الإدارية أعمالها.

وبغض النظر عن كون تلك الفترة سابقة للدستور وعن عدم وجود قضاء دستوري، فإن تلك الوضعية تعطي مثلاً على تهديد القوانين التصحيحية لاستقرار القانوني بكل ما قد يحمله ذلك من مسّ بضمانات ذات بعد حقوقي. ففضلاً عما يدلّ عليه التقارب بين التنقيح من إشكالات في صياغة القانون تتعلق بدقة أحكامه التي أدّت إلى ما اتفق على تسميته آنذاك بـ"أزمة هيئة

MARINESE (V), « Légistique et effectivité », in CHAMPEIL-DESPLATS (V), LOCHAK (D) (dir.), 58 A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme, Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2008 pp.89-117.

الانتخابات"، يبقى من الضروري التنبيه إلى ما يمكن أن تطرحه مثل هذه الوضعية من إشكالات قد تمسّ بحقوق المشاركة السياسية للمواطن (الترشح والانتخاب) بما أنها تتعلق بإحدى الضمانات الأساسية لممارسة هذه الحقوق (إطار قانوني ومؤسّساتي يسهر على "ضمان انتخابات واستفتاءات ديمقراطية وحرّة وتعددية ونزيهة وشفافة" طبقاً للفصل 2 من قانون الهيئة نفسه).

القوانين التصحيحية هي تلك التي يسنّها المشرّع بمفعول رجعي قصد تصحيح قرار إداري معروض على نظر القاضي الإداري وبهدف تجنّب تبعات التصريح بالغاثة.

تطرح القوانين التصحيحية إشكالا دستوريا لما فيها من مساس بالحاكمة العادلة ومن تعدّد على مبدأ الفصل بين السلطات.

ولعلّ خرق مبدأ عدم التراجع يعتبر من أكبر التهديدات التي تكتسبها القوانين التصحيحية. كما أن هذه القوانين تنزع عموماً إلى إغفال شرط الملاءمة بين الهدف من سنّها والتدابير المتخذة الذي يقتضيه مبدأ التناسب.

ويقتضي التشريع الجيد إذن تلافي مثل هذه العلل، من خلال استطلاع آثار القانون المزمع سنّه أو اقتراحه. وهو ما يكفله اتباع التمشي المرحلي والمنهجي الذي يقوم عليه هذا الطور المبدئي في إعداد مضمون تشريعي.

ويرتّب عن ذلك أن مرحلة التصرّو تتمثل بالأساس في عملية قياس استباقي لتلك الآثار، أي أنها في جوهرها تمثل عملية تقييم تشريعي. وتكتسب مرحلة التصرّو بهذا المعنى بعداً توجيهياً يقتضي اتباع مراحل مترابطة ومتكاملة فيما بينها عند بناء المضامين التشريعية تجذ انعكاسها المنهجي فيما بعد عند الصياغة. ويتوقف نجاح هذه المراحل على حسن اتباع المنهج التقييمي الذي تم بيانه آنفاً والرامي إلى تحديد عقلائي للمشكلة الذي يستوجب التدخل التشريعي (ضرورة التدخل) ومن ثمة ضمان الملاءمة بين الأهداف من التدخل والتدابير والإجراءات المتخذة لتحقيق تلك الأهداف (والذي يتطلب وضع كل سيناريوهات الحلول الممكنة).

ويقتضي ذلك، عند وضع الخطوط العريضة للنص القانوني التمييز بين حالتين:

- حالة النص الذي يتعلق بموضوعه بتنظيم ممارسة حق أو حرية أو ضمان التمتع به:

يطرح عدم التقيد بهذا التمشي المنهجي مشكلة في فعالية القانون حين دخوله حيز النفاذ. حيث أنه إذا تعلق الأمر بتكريس حق أو حرية، فعادة ما يكون انعدام فعالية القانون مترتباً عن عدم التناسق بين أهداف التشريع (تكريس الحق) ووسائل تحقيقه (الآليات، ضمانات التمتع بالحق).

يرز ذلك بشكل خاص مع الحقوق الاجتماعية والاقتصادية كحق الشغل مثلا الذي يقتضي تكريسه تحديد نطاق دور الدولة في إطار سياستها الاقتصادية والاجتماعية والأخذ بعين الاعتبار لإمكاناتها المالية ونوعية النسيج الاقتصادي (الخ) وأيضا لمخاطر المساس بحقوق ومبادئ أخرى كمبدأ المساواة أو مبدأ الإنصاف مثلا.

مثال: قانون عدد 38 لسنة 2020 مؤرخ في 13 أوت 2020 يتعلق بأحكام استثنائية للانتداب في القطاع العمومي.

• حالة النص الذي يتعرض في إطار تنظيم مسألة ما إلى حق أو حرية:

تشمل هذه الحالة القسم الأكبر من التشريع، إذ لا يكاد يخلو مجال معين وإن كان تقنيا من تعرض أو تطرق إلى بعض الجوانب التي تمس بالحقوق والحريات، لاسيما إذا اشتمل القانون على أحكام زجرية. وهو ما يتطلب عند اختيار الحلول ووسائل تحقيق الأهداف الأخذ بعين الاعتبار لهذا الجانب. وهو ما تيسره هيكلية الفصل 49 ذاتها، باعتبارها تضبط تمثيا موازيا يتجه التقيد به عند اختيار الحلول والوسائل التي تحقق الهدف.

◀ ويمكن ذلك من تفادي الحدود المجحفة أو غير المبررة للحقوق والحريات بوصفها آثارا جانبية للتشريع.

◀ ويقتضي إعمال الفصل 49 عند اختيار الحلول التشريعية لمشكل ما أو ضبط وسائل تحقيق الأهداف التشريعية:

• في مرحلة أولى: التثبت من عدم وجود حق أو حرية في مجال تطبيقها،

• في مرحلة ثانية: إن ثبت وجود حق أو حرية،

- يتجه إحصاؤها (تحديدها وتعدادها)،

- ثم التثبت من وجود قيود عليها تنبثق أو تترتب عن الحل التشريعي أو وسائل تحقيق الأهداف التشريعية.

• في مرحلة ثالثة: إن ثبت وجود قيد أو تضييق على حق أو حرية، يتجه تحديد طبيعته ومداه. وهو ما يمثل إعمالا ملموسا للفصل 49، من خلال التحقق من:

- ضرورة التقيد: ويكون التقيد غير ضروري وبالتالي غير مشروع، إذا كان الهدف منه قابلا للتحقق دونه. في هذه الحالة يتجه اعتماد حل آخر في قائمة البدائل (القائمة التي تشمل كل الحلول والوسائل الممكنة والتي تم إعدادها طبقا لمنهجية التقييم التشريعي الاستباقية).

- عدم مساسه بجوهر الحق: إذا ظهر أي مساس بجوهر الحق (على المعنى الذي تم بيانه بالجزء الأول من هذا الدليل)، يكون حينها حرّياً بصاحب المبادرة الاستغناء عنه والبحث عن حل آخر في قائمة البدائل.
- تناسبه: كما في الحالات السابقة، إن تبين أي خروج عن مبدأ التناسب فينتجه استبعاد الحل وتعويضه.

ويقضي هذا التمشي بالنهاية إعمال اختبار الفصل 49 على كل البدائل التي توصل إليها واضع المبادرة في مرحلة ضبط الحلول، وذلك لتخير أفضلها، أي:

- البديل الذي لا يمسّ بحق أو حرية،
- وإن لم يوجد، فالبديل الذي به أقل تقييد للحق أو الحرية شريطة إثبات ضرورته وعدم مساسه بجوهر الحق. وفي هذه الحال يكون البديل الأكثر احتراماً لمبدأ التناسب أفضل من البديل غير المتناسب.

وحيث يتم حصر جملة الخيارات التشريعية التي سيتم اعتمادها في المبادرة، يمكن المرور إلى مرحلة صياغتها أي إخراجها في شكل نص قانوني.

رسم بياني لمنهجية فحص البدائل التشريعية استناداً إلى الفصل 49 خلال مرحلة التصوّر



2- مرحلة الصياغة

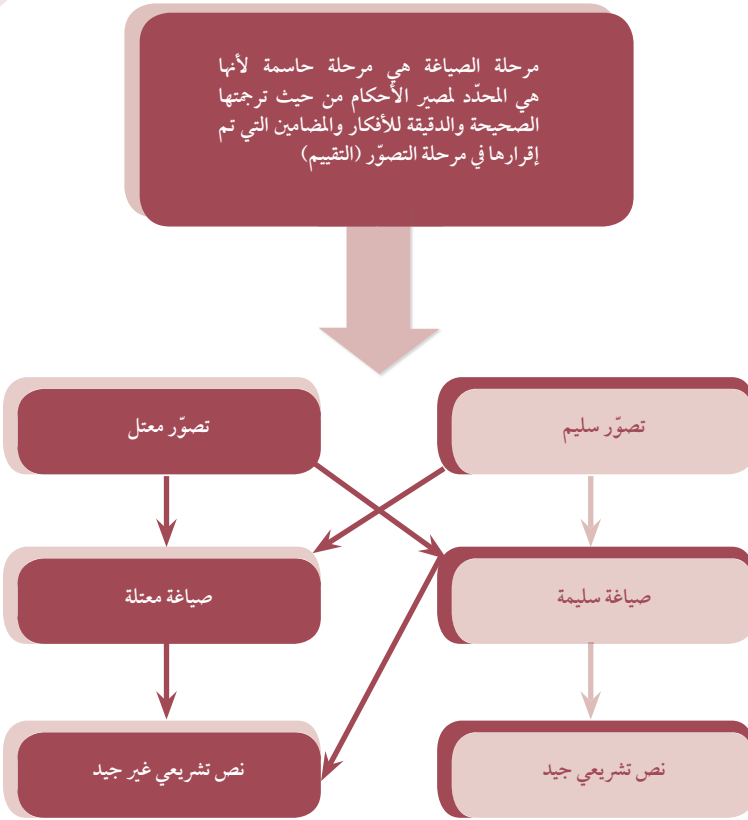
الصياغة هي تهيئة القواعد القانونية وبنائها وفقاً لقواعد مضبوطة تقوم على الخصوصية الإنشائية للنص القانوني في اختلافه عن بقية أشكال الخطاب الأخرى، بما في ذلك تلك المتأتية من الدولة (تقارير، أحكام قضائية، خطاب سياسي...).

◀ هذا المعنى يتجه التنبيه إلى الخطأ الشائع الذي يتم بمقتضاه اختزال كامل عملية سن القانون في عملية الصياغة أو التحرير. فعملية التحرير ليست سوى مرحلة فقط في مسار بناء التشريع. وقد يعود السقوط المتوارد في هذا الخطأ إلى كون الصياغة هي المرحلة الظاهرة من مراحل تشكيل القاعدة القانونية والتي تعرف - بحكم المسار التشريعي فيما بعد - تدخل أطراف عديدة: اللجنة التشريعية، التعديلات في الجلسة العامة، رقابة القاضي الدستوري، وحتى رئيس الجمهورية من خلال ممارسة حق الرد الذي يكون بداهة بناء على قراءة لمشروع القانون أي انطلاقاً من طريقة صياغة الأحكام.

وبالتالي، يتعين على الصائغ التنبيه الدائم إلى ارتباط الصياغة المحوري بمرحلة التصور التي تسبقها والتي تتطلب عادة وقتاً وجهداً فكرياً وعملياً معتبراً.

◀ وبناء عليه، لا يجوز منهجياً تحرير مشروع قانون دون المرور بمرحلة ضبط الأهداف ووسائل تحقيقها ومن ثمة قيس مدى نجاعتها، إذ أن المغزى الأصلي من الصياغة التشريعية يكمن في كونها تمثل منهجياً عملية ترجمة لجملة الخيارات ووسائل تحقيقها التي تم ضبطها خلال مرحلة التصور في لغة قانونية وطبقاً لخصوصيات النص القانوني. وبقدر ما تكون هذه الترجمة وافية ودقيقة بقدر ما نضمن عدم الانحراف بالمضمون⁵⁹، ومن ثمة نقل من مخاطر المساس بالأمان القانوني، لاسيما فيما يتصل باحترام دائرة الحقوق والحريات.

DELNOY (P), « La communication législative », in MORAND (C-A) (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, 59 op.cit. pp.141-148 ; BERGEL (J-L), « De quelques procédés d'expression normative », in MORAND (C-A), *ibid.*, pp.161-178.



وانطلاقاً من هذه المعادلة بين شكل القاعدة القانونية ومضمونها، يتجلى مطلب الصياغة التشريعية الجيدة من خلال تحقيق جملة من المعايير التي ترتقي إلى مرتبة المبادئ⁶⁰، والتي تؤدي في مجملها إلى ضمان مفعول تقنيي *portée normative* به حد أدنى من الأمان القانوني⁶¹.

WINTGENS (L), "Legisprudence as a new theory of legislation" in WINTGENS (L) (ed), The theory and 60 practice of legislation: Essays in Legisprudence, op.cit. pp.11-22.

61 يقصد بالشحنة التعديدية (أو الإنشائية) للنص القانوني *la portée normative du texte juridique* المفعول التقنيي للقاعدة أو الحكم أي الأثر القانوني الذي تنشؤه. ويرتبط هذا الشرط المحدد للصبغة القانونية للنص الصادر عن المشرع بكون الغاية من القاعدة القانونية هي إنشاء أثر قانوني. ويميّز القاضي الدستوري الفرنسي في هذا الإطار بين الأحكام عديمة المفعول التقنيي والأحكام ذات المفعول التقنيي غير المحقق (قرار عدد 512-2005 الصادر بتاريخ 21 أبريل 2005). انظر مثلاً:

WINTGENS (L), *ibid.* pp.12-13 ; MATHIEU (B), « La normativité de la loi : une exigence démocratique », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°21, Dossier la normativité, Janvier 2007.

المبادئ العامة للصياغة التشريعية السليمة

مرحلة التصوّر هي مرحلة منهجية بالأساس ترمي إلى ضبط المضامين التشريعية بناء على جملة من المبادئ والمعارف التي تكفل تحقيق نجاعة التشريع وفعالته. وهي بذلك تمثل مرحلة استشراف لمآل القانون من حيث آثاره ونوعيتها.

مبدأ الوضوح
principe de clarté

– يقتضي البساطة في التعبير والابتعاد عن الجمل الطويلة والمركبة. وفي كل الأحوال فاللغة المعقدة أو المركبة تفتح باب التأويل على مصراعيه. لذلك فمن الضروري عند الصياغة التفكير في من يطبق النص وفي القاضي.

مبدأ المقرئية
principe de lisibilité

– بعض المفاتيح للحصول على نص مقروء وواضح: الاعتماد على جمل وتعابير قصيرة (الجملة الواحدة تحتل فكرة واحدة لا أكثر)، حسن استعمال الروابط بين الأفكار والفقرات، تجنب الترجمة الحرفية.

يقتضي الإيجاز تطويع اللغة للتعبير عن مقصد المشرع بحيث يعبر النص عن كل الفكرة وألا يحتوي سواها.

مبدأ الإيجاز
principe de concision

هناك بعدان في التناسق، داخلي وخارجي:

– التناسق الداخلي يفترض أن يكون كل حكم مصاغاً مع الأخذ بعين الاعتبار لمضامين الأحكام الأخرى ذات العلاقة داخل النص، حتى نتجنب التعارض والتناقض والتداخل والتكرار بين الأبواب والفصول والفقرات. لذلك فالمنهجية المتبعة في النص **le plan** هامة جداً لتوضيح التمشي المتبع. وليست الغاية من ذلك منهجية فقط بل هو انعكاس لترتيب الخيارات والأولويات التشريعية، وبالتالي فهي تعكس المرحلة المادية في عمل الصائغ.

مبدأ التناسق
principe de cohérence

– التناسق الخارجي يقتضي أن تتم صياغة التشريع مع الأخذ بعين الاعتبار لمحيطه القانوني بناء على كون المنظومة القانونية منظومة موحدة **principe d'unité** **de l'ordre juridique** مما يفترض أنها مجموعة منسجمة من الأحكام ترتبط فيما بينها بعلاقات منطقية وضرورية. ويرتكز التناسق الخارجي للتشريع بناء على ذلك على علاقته المفصلية بالدستور، فيكون التناسق من هذه الزاوية ضماناً لا فقط لعدم خرق الدستور وإنما كذلك لتفعيل أحكامه.

ويكتسي مبدأ وضوح القانون بشكل خاص أهمية كبرى من حيث أنه الشرط الأساسي للنفذ إلى القانون وضمان إتاحتها l'accessibilité لاسيما في ارتباطه العضوي بمبدأي المقرئية والإيجاز. وعلى هذا الأساس، رفع المجلس الدستوري الفرنسي منذ سنة 2006 مبدأ الوضوح إلى منزلة الهدف ذي القيمة الدستورية objective à valeur constitutionnelle رابطة إياه بمبدأ النفاذ إلى القانون وذلك في قراره عدد 2006-540 الصادر بتاريخ 27 جويلية 2006، على اعتبار أن مبدأ النفاذ إلى القانون يظلّ أشمل من الأوّل وقادرا بالتالي على أن يستوعبه.

إلا أن مبدأ الوضوح لا يمكن أن يكون مطلقا، بحكم ما يفرضه التعقد المتنامي لمجالات التدخل التشريعي. وهو ما يفضي إلى ضرورة مراعاة طبيعة التشريع في قياس وضوحها من قبل القاضي الدستوري، الذي يبقى وحده مَحْوِلا للتثبت من عدم مساس مستوى التعقيد في النص القانوني بنفاذ الأفراد إلى حقوقهم l'accès aux droits.

مبدأ الوضوح في فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

دأب فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على إقامة التمييز بين مبدأ الوضوح ومقتضياته والمسائل القانونية المعقدة التي يمكن أن يحتويها القانون، واعتبر في قراره عدد 2004-494 الصادر في 29 أبريل 2004 أن إدراج مسائل من هذا النوع ليس من شأنه أن يمسّ في حدّ ذاته من وضوح القانون ولا من دستورته، لاسيما عندما يكون مبرّرا بارتباطه بمسائل فنية وتقنية عالية التعقيد.

بل إنّه اعتبر أنّ خوض القوانين في مسائل معقدة إنّما يقتضيه ويتطلّبه أحيانا:

- الوضوح في حدّ ذاته، فتغدو بذلك صياغة أحكام تناول مسائل معقدة ضرورية لتحقيق واستيفاء الوضوح المستوجب (قرار 2004-499 بتاريخ 29 جويلية 2004)، لذلك فإنّ درجة التعقيد تقدّر وتقاس دائما بالنظر إلى فئة الأشخاص المخاطبين بالأحكام المتناولة لتلك المسائل، وهو ما يفضي على مبدأ الوضوح الصبغة النسبية.

- المصلحة العامة، وهو ما حصل بخصوص التعقيدات التي شابت القانون المتعلّق بانتخاب أعضاء المجالس الجهوية والممثلين بالبرلمان الأوروبي وبالمساعدة العمومية للأحزاب السياسية في مستوى النظام الانتخابي المعتمد والذي توصلّ المجلس الدستوري بشأنه في قراره عدد 2003-468 المؤرخ في 3 أبريل 2003 إلى أنّ هذه التعقيدات إنّما كانت مبرّرة باعتبارها مرتبطة بالمصلحة العامة.

إلا أنّ إجازة القاضي الدستوري لإمكانية صياغة قوانين تتضمن أحكاما معقدة لم تترك على إطلاقها، بل قد أخضعها إلى شروط أتصلت بتحديد درجة التعقيد المسموح بها والتي إن تمّ تجاوزها عدّ القانون منقرط التعقيد، وهو ما ينال من وضوحه ويعرّضه بالتالي إلى التصريح بعدم دستورته مثلما جاء في قرار المجلس الدستوري عدد 2005-530 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2005.

وبعد من حالات التعقيد الطول المبالغ فيه لأحكام فصل من فصول القانون، أو صبغته المتداخلة وغير المفهومة من المخاطب بهذه الأحكام، وطابعه الغامض بالنسبة للمهنيين فضلا عن تضمّنه لعديد الإحالات إلى أحكام أخرى تتسم هي بدورها بالتداخل.

وانطلاقا من هذه الاعتبارات، تطرح درجة تعقيد النص رهانا عند إعمال الفصل 49، إذ أن تداخل الأحكام وتشعبها قد يجعل من الصعب تبيّن العناصر التي يقتضيها الفصل 49 عند إعماله للتحقق من عدم المساس بحق أو حرية في معرض معالجة مسألة معينة أو في سياق صياغة حل تشريعي ما.

من هذه الناحية يثير تعقيد النص إشكالية تناسقه لا فقط داخليا بين مختلف أحكامه بل وكذلك خارجيا في علاقة ببقية المنظومة القانونية المتصلة به.

- وهو ما يتطلب بالضرورة تفكيك الأفكار وجدولتها بشكل متواصل خلال عملية الصياغة بناء على جملة من العلاقات والروابط المنطقية حتى يتمكن الصانع من مقابلتها ببعضها ورصد مواطن الإخلال فيها عند عرضها على اختبار الفصل 49.
- من بين الروابط المنطقية التي تحكم صياغة الأحكام ومن ثمة تسمح بتفكيكها وتنظيمها حسب أصنافها لحسن رصد تسلسلها وتناسقها، نجد علاقة سبب-نتيجة، شرط-أثر، مبدأ-استثناء، مبدأ-حد، حكم مادي-آجال، حكم مادي-حكم إجرائي، المبدأ-حالات أو فرضيات التطبيق.
- وتسمح جدولة الأحكام بهذه الطريقة، فضلا عن ضمان احترام معايير الصياغة السليمة (خاصة التناسق والوضوح والمقروئية)، بالثبوت من وجود حق أو حرية على المحك وتحديد موقعه من الأحكام المصاغة ومجاله، ومن ثمة درجة المساس به أو مدى النجاعة في تكريسه أو ضمانه طبقا لمعايير الفصل 49.

ويطرح مبدأ التناسق من جهته رهانا مبدئيا وعمليا من حيث دوره في ضمان فعالية الحقوق *l'effectivité des droits*⁶². فباعباره يركز على العلاقة المفصلية بين التشريع والدستور التي تقتضي أن يحقق القانون المعايير والمبادئ والأهداف الدستورية وأن يتحرك في إطارها وضمن مجالها، تصبح نجاعة القانون متوقفة على قدرته على (أو نجاحه في) تجسيد أحكام الدستور ومضامينها، وفيما يتعلق بالحقوق والحريات بجعلها فعالة أي متحققة من حيث التمتع بها ومن حيث تكريس ضماناتها.

وتمنح منهجية الفصل 49 في هذا الإطار خط سير واضح يتجه اتباعه لضمان التناسق الخارجي كما الداخلي لمقترح القانون.

MARINESE (V), « Légistique et effectivité », op.cit.



من الضروري التنبيه إلى أنه - بناء على منطق التناسق نفسه في بعده العلائقي - لا يمكن النجاح في إعمال الفصل 49 بمعزل عن جملة المبادئ القانونية العامة والتي تشكل بطبيعتها مدخلا للوصول إلى حد أدنى من احترام الحقوق والحريات. من ذلك مثلا ضرورة التوقي من لا دستورية سنّ قوانين تصحيحية مثلما تم بيانها آنفاً أو من مخالفة مبدأ عدم رجعية القوانين أو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وهو ما يقتضي بالضرورة الأخذ الدائم بعين الاعتبار لترابطها عندما تكون غايتها حماية الحقوق والحريات، على اختلاف أوجه التشريع ومجالاته بشأنها.

ولبيان مستويات الترابط بين إعمال الفصل 49 ومراعاة المبادئ القانونية العامة عند صياغة مبادرة تتعلق بحق أو حرية أو تمسّ أحكامها بها وإن تعلّقت بموضوع آخر، سيتم فيما يلي وكمثال على ذلك استعراض أهم قواعد الصياغة التي ينبغي اتباعها عند وضع أحكام تتعلق بضبط العقوبات الإدارية والجزائية المنطبقة على مخالفات ارتكبت في قطاع تمارس في نطاقه حقوق وحرريات أساسية. حيث يظلّ هذا المجال من أهمّ الأمثلة التشريعية التي يتوجّب في نطاقه التوقي من صياغة أحكام على غير معايير جودة التشريع وبالتالي مخالفة لمقتضيات الضوابط الدستورية في وضع قيود على الحريات.

جدول تفصيلي للمبادئ القانونية واجبة التطبيق عند صياغة أحكام تتعلق بضبط العقوبات الإدارية والجزائية المنطبقة على مخالفات ارتكبت في قطاع تمارس في نطاقه حقوق وحريات

مقترحات عملية في علاقة بالفصل 49	تطبيقاته عند الصياغة	المبدأ
<p>ضرورة سحب الضمانات المنصوص عليها بالفصول 27 و28 و49 من الدستور على المادة التأديبية لتعلقها بالحق في التقاضي والحق في المحاكمة العادلة والحق في الدفاع الخ.</p> <p>ضرورة اعتماد التصنيف الوارد بالمجلة الجزائية مع قراءتها ضمن نطاق الفصل 49 لكون المجلة سابقة له وبحاجة للمواءمة في مضمونها مع أحكام الفصل 49.</p>	<p>يقتضي التوفي من عدم الاختصاص السلبي عند الصياغة: تفادي التنصيصات التي تحيل اختصاص المشرع بضبط المخالفات وعقوباتها إلى السلطة الترتيبية أو إلى التعاقد.</p> <p>مثال: لا يمكن أن ينص القانون على إمكانية تحديد الأطراف عن طريق الاتفاق بموجب عقد إداري لعقوبة عدم المشاركة بصورة مؤقتة في صفقات عمومية.</p> <p>ضرورة تحديد المخالفة عند تحديد العقوبة.</p> <p>مثال: تفادي التنصيصات غير الدقيقة من قبيل "يعاقب المخالف بعقوبة كذا في صورة مخالفة الترتيب الجاري بها العمل".</p> <p>في المجال التأديبي مثلا دأب فقه القضاء الدستوري المقارن على اعتبار أنّ مبدأ شرعية العقوبات التأديبية محكوم هو أيضا بالمبادئ العامة المنطبقة في المادة الجنائية، وبالتالي فهو يخضع إلى نفس المتعضيات الدستورية الأساسية المتعلقة بها.</p> <p>وتتطلب المخالفات الإدارية المعاقب عليها جزائيا من المشرع صياغة أحكام تتضمن ما يلي:</p> <p>- تعريفا واضحا ودقيقا للفعل المجرّم وذلك لتفادي كلّ تجاوز للسلطة عند اتخاذ قرار تأديبي.</p> <p>- ضبط نظام طعن يضمن كافة حقوق المخالف كحقّ المواجهة وحقّ الدفاع والحقّ في أن تكون تركيبة الهيكل المؤهل لاتخاذ القرار -كلما كان هيكلا جماعيا- مراعية لكلّ الضمانات المتصلة بالحقّ في المحاكمة العادلة، وخاصة منها الحياد.</p> <p>إجمالا، عند ضبط العقوبات الجزائية، لا بدّ من الأخذ بعين الاعتبار التصنيف المعتمد في المجلة الجزائية، وخاصة ذلك</p>	<p>مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: يقتضي هذا المبدأ الذي ينص عليه الفصل 28 من الدستور:</p> <p>1- أنّ تجريم الأفعال والعقوبات الخاصّة بها، بما في ذلك ما أتصل بتدرّج ودرجة هذه العقوبات ويتاريخ وقوع المخالفات مع تاريخ القرار المتخذ في شأنها، تظلّ مسائل راجعة لمطلق اختصاص المشرع. وهو ما يستدعي:</p> <p>التنبه المسبق لحالات عدم الاختصاص السلبي، تحجير على السلطة الترتيبية مؤاخذه الأشخاص من أجل أفعال ارتكبت في مجال أو قطاع معيّن ولم يسبق للقانون في معناه الشكلي أن حدّد بالدقّة الكافية الالتزامات والموانع الخاصّة بهما.</p> <p>2- كلّما كان الهدف من العقوبة ترتيب مفعول ردعيّ وتجاوزت درجة خطورتها مجرّد جبر الأضرار، إلاّ وعدت من قبيل العقوبات ذات الصبغة الجزائية والتي من المتعيّن إخضاعها إلى نفس القواعد الأصلية والإجرائية المنطبقة على العقوبات الجزائية العادية.</p>

	<p>الوارد بالكتاب الثالث منها المتعلق بالمخالفات الذي أورد تفصيلات خاصة بالمخالفات المتعلقة بالسلطة العامة وبالأمن العام والراحة العامة وبالمخالفات المتعلقة بالأداب والصحة العامة وبالطريق العام... إلخ، وذلك توقيًا من مخالفة قواعد الاختصاص القضائي التي أضحت مضبوطة دستوريًا خاصة بموجب الفصول 115 و116 و117 من الدستور.</p> <p>وفيها يتعلق بالعود، فإنه من الضروري:</p> <ul style="list-style-type: none"> • التنصيص الصريح على حالة العود صلب القانون، • ضبط أجل العود الذي يمكن في غرضه تسليط عقوبات متعدّدة، بشكل واضح. 	
<p>يبقى الثبت من جدوى وسيلة ردعية ما من صميم عملية تقسيم التشريع على معنى الفصل 49، إذ لا يمكن قياس هذه الجدوى ومن ثمة إثباتها إلا متى وضعت على محك شرط الضرورة (مبرراتها المشروعة) وشرط عدم المساس بجوهر الحق (عدم نفيها لحق ما أو إنكارها له كحق الملكية مثلا في حالات المصادرة أو العقلة أو حق الحياة في حالة إقرار عقوبة الإعدام والتي تبقى في كل الأحوال رهينة تحديد الحالات القصوى لإقرارها على معنى الفصل 22 من الدستور مع تبريرها بمدى تحقيقها لشروط الفصل 49 لاسيما فيما يتعلق بالضرورة وأركان التناسب)</p> <p>للتثبت من التناسب بين العقوبة والفعل الموجب لها يقترح وضع جدول لتدرّج العقوبات الواردة صلب مقترح القانون على نحو يمكن من بيان الخيط الرابط بينها ونسق الترفيع فيها دون المساس بالتناسب بين العقوبة والغاية منها طبقا لما يقتضيه مبدأ التناسب على معنى الفصل 49. ويكون ذلك بتجميع الجرائم حسب العقوبات التي أقرت بشأنها للتمكن من تحديد مدى وجهة العقاب (كفأيته من عدمها، إجحافه) في كل حالة من خلال مقابلتها ببعضها.</p>	<p>يقتضي المبدأ:</p> <p>1- التثبيت قبل إقرار العقوبات الجزائية من مدى وجود وسائل ردعية مجدية، فعقوبة سحب الرخصة مثلا عادة ما تكون أنجع لضمان احترام الأحكام التشريعية والترتيبية المنطبقة في قطاع مهني معيّن.</p> <p>2- أن تكون العقوبات مستقلة عن بعضها البعض: فصل لكل عقوبة أو فقرة لكل عقوبة بنفس الفصل إذا تعلق الأمر بحالات التدرّج في العقاب أو بحالة العود.</p> <p>3- وينبغي أن يأخذ التدرّج بعين الاعتبار:</p> <ul style="list-style-type: none"> - خطورة الأفعال المرتكبة - ضرورة التمييز بين الأفعال المخالفة والفصل بينها وخصّص كل مخالفة بعقوبة مستقلة بها في ذلك العقوبات المالية. 	<p>مبدأ التناسب في المادة الجزائية</p> <p>ويقصد به التناسب بين صرامة العقوبة وخطورة الجريمة.</p> <p>ويعني ذلك ضرورة وجود رابط مباشر بين العقوبة والمخالفة المرتكبة مع وجوب أن تكون الأولى متناسبة مع الثانية.</p>

ولضمان تحقيق أفضل مقدار ممكن من التدرّج، ينصح بوضع جدول بياني لمختلف الجرائم التي لها نفس الجزء في القانون التونسي، وهو ما يتطلب عملية جرد للقوانين النافذة تمكّن في الأخير من مراعاة التناسق الخارجي للقانون من ناحية ومن تقييم مدى احترام الأحكام المقترحة في إقرار جريمة وتحديد عقوبتها من أن تكون متقيدة بالتناسب على معنى الفصل 49، لاسيما فيما يتعلق بالملاءمة وكذلك الضرورة.

وهو ما يستدعي عند صياغة الأحكام الجزائية الحدّ قدر الإمكان من حالات الجمع بين العقوبة الإدارية والعقوبة الجزائية المسلّطة من أجل نفس المخالفة.

ويكون ذلك من خلال:

التحديد الدقيق للعقوبة ولمجال انطباقها

الفصل بشكل واضح بين الأفعال التي لها عقوبات متقاربة.

ولا يمكن اللجوء إلى حالات الجمع بين العقوبات إلاّ:

إذا كانت للعقوبة الإدارية صبغة وقتية تمّ اتّخاذها في انتظار صدور العقوبة الجزائية. بل أنّ العقوبة الإدارية المزمع تسليطها بصفة وقتية لا يمكن تسليطها إلاّ من أجل أسباب متّصلة بالضبط الإداري المتمثلة في التوقّي من الاعتداء على النّظام العام أو الصّحة العامّة بغاية وضع حدّ لوضعية خطيرة.

شريطة عدم اكتساب العقوبتين لنفس الطبيعة، كأن تتمثّل العقوبة الإدارية في سحب الرّخصة في حين أنّ العقوبة الجزائية تقضي بدفع غرامة.

وطالما أنّ المبدأ هو أولوية تسليط العقوبات الإدارية، فإنّه لا يمكن اللّجوء إلى العقوبات الجزائية إلاّ في حالات استثنائية عندما تتغيّر طبيعة المخالفة وتسم بطابع التحيلّ.

ولتحقيق كل ذلك يتجه على مستوى الصياغة:

إدراج الأحكام التي تضبط العقوبات الإدارية والجزائية مباشرة بعد الأحكام المتعلّقة بضبط المخالفة (لحسن الفصل والتمييز بينها عند التطبيق).

وجوب إدراج الأحكام المتعلّقة بالعقوبات الإدارية على الأحكام بالعقوبات الجزائية، تليها الأحكام المتعلّقة بضبط أجل العود وأجل تقادم العقوبات والأفعال المخالفة.

ضرورة إفراد إجراءات تتبّع المخالفات بفصل خاص على حدة.

مبدأ عدم جواز تسليط العقوبة مرتين من أجل نفس الفعلية
ويقتضي ذلك عدم جواز تجديد التبعات أو المقاضاة على أساسها

الضمانات الإجرائية

تعتبر الضمانات الإجرائية شروطاً أساسية للتمتع بحق المحاكمة عادلة وهو ما يجعلها مجالاً أصلياً لإعمال الفصل 49 قصد التثبت من عدم إخلالها بأحد مبادئ المحاكمة العادلة أو الحق في الولوج إلى القضاء أو الحق في الدفاع أو مبدأ المواجبة، الخ.

يتّجه عدم اللجوء إلى سحب صفة أعوان الضابطة العدلية على الأعوان المكلفين بمعاينة المخالفات والبحث عنها وإثبات الاكتفاء بمنحهم بعض السلطات التي خصّصت لها هذه الضابطة مع تحديد شروط وحدود ممارستها لها كمنحهم مثلاً صلاحية تحرير المحاضر في قطاع معيّن نظمه القانون والحرص على اشتراط عدم وجود علاقة تبعية بينهم وبين الأشخاص المزمع مراقبتهم. وذلك مقابل الإبقاء على تعهّد مأموري الضابطة العدلية طبق أحكام الباب الأول من الكتاب الأول من مجلّة الإجراءات الجزائية وكذلك أحكام مجلّة القمارق بتتبع ومعاينة المخالفات التي تتطلّب عمراً ودراية خاصّة بتقنيات وقواعد التتبع والبحث والتقصّي والتعهّد بحالات التلبّس طبق هذه الأحكام العامة.

من المتعيّن أيضاً، توقيماً من مخالفة مقتضيات الفصل 27 من الدستور، أن يتولى القانون صياغة أحكام خاصة بضبط ضمانات ملائمة وكافية ضدّ كلّ أشكال التجاوزات الممكن ارتكابها في مرحلة التتبع خاصة تلك المتعلقة بالتفتيش والعقل، ضرورة أنّ إجراءات التتبع لا يمكن أن تكون مخالفة للأحكام الدستورية المتعلقة بكرامة الإنسان وحرمة الجسد (الفصل 23) وحرمة المسكن وبسريّة المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية (الفصل 24)... الخ، كما يجب أن تكفل للشخص الواقع تتبعه كلّ ضمانات حقّ الدفاع والحق في صدقيّة المعايينات وأن لا تترك سلطة تقدير مدد وعدد وحجم عمليّات التتبع للأعوان المكلفين بالقيام بها.

يعتبر احترام مبدأ عدم رجعية القوانين في الزمان ومراعاته عند الصياغة من صلب احترام الفصل 49 وإعماله. وهو ما يبرز من خلال ما قرره المجلس الدستوري الفرنسي من ضرورة تقيّد الحكم عند ترتيبه لمفعول رجعي:

1- بغاية تحقيق مصلحة عامّة: والذي يجيل من منظور الفصل 49 إلى شرط الضرورة ومحدداته.

2- وبشرط عدم المساس بالضمانات الدستورية: ومنها طبقاً للفصل 49 عدم المساس بجوهر الحق وعدم التراجع فيما تمّ إقراره من مكتسبات تتعلق بإعمال حقّ أو الولوج إليه.

ويمثل إعمال الفصل 49 على الأحكام الانتقالية بهذا المعنى سبيلاً للتحقق من عدم مساسها بأحد الحقوق المكتسبة أو الحقوق المضمونة صلب القانون أو بأحد مكتسبات الحق عند تنظيمها لانطباق القانون في الزمان.

تبرز أهمية هذا المبدأ بالخصوص عند صياغة الأحكام الانتقالية. وهي مرحلة قد يضعف خلالها التركيز على الضوابط الجوهرية للمضامين التشريعية، على اعتبار أن الأحكام الانتقالية تتعلق عادة بترتيب مسألة انطباق القانون حال دخوله حيز النفاذ في علاقة بانسجامه مع القواعد السارية أو بضرورة التدرج في سريانه أو ضرورة وضع بعض الأجال المتعلقة بتنفيذ أحكامه. وبالنظر إلى الطابع الأفقي لمثل هذه الأحكام وعدم تعلقها بجوهر المشروع، فإن خطر المساس بالمراكز القانونية للمعنيين بالقانون أو الغير أو بالحقوق المكتسبة وبالتالي المساس ببعض ضمانات الحقوق يبقى وارداً إن لم يضع الصانغ نصب عينيه أن في عدم احترام أحكامه الانتقالية في ترتيبها لعملية سريان القانون لاحقاً خرق للفصل 49 من حيث أنها ترتّب حدوداً أو قيوداً على حقوق مضمونة وربما إلغاء لها دون التأكد من وجود مبرّر مشروع على معنى الفصل 49.

مبدأ عدم رجعية القانون في الزمان مع أن الدستور لم ينص على مبدأ عدم رجعية القوانين في الزمان إلا في المادة الجزائية، وتحديدًا في الفصل 28 منه، إلا أن ذلك لا يمنع من تأكيد قيمته كمبدأ قانوني عام يقيّد سلطة المشرّع في صياغة أحكام ذات مفعول رجعي.

ويتربت عن ذلك أن مبدأ عدم رجعية القانون في الزمان بوصفه ضابطاً من ضوابط التناسق العام للنص التشريعي يمثل من هذه الزاوية حماية إجرائية ضد بعض الحالات التي قد يبرز فيها تجاهل أو إغفال لحق ما، لاسيما فيما يتعلق بمستويات الحماية. وهو ما يفضي ضرورة إلى خرق الفصل 49 ومن ثمة إلى فشل في تحقيق نجاعة القانون وفعاليتيه.

ويستخلص من هذا المثال، فضلا عن الترابط بين الفصل 49 وجملة المبادئ الأساسية ذات العلاقة بضمان الحقوق، أن إعماله لا يمكن أن يكون إلا وفق تمشٍّ عملي يتيح إخضاع الأحكام المصاغة قدر الإمكان إلى شروطه، وذلك بغاية بيان مدى تقيّد الصانع بها.

ولا يكتفي هذا التمشي العملي بالتحقق من مطابقة النص لمعايير الفصل 49 (انطلاقاً من مجرد الحقوق ذات العلاقة وتحديدها)، بل يمثل أيضاً الأساس الذي يركز عليه صاحب المبادرة في تبرير أحكامه من حيث احتكاكها بمجال حق أو حرية ما.

وتبرز أهمية الفصل 49 من هذه الناحية لا فقط عند صياغة مقترح القانون بل أيضاً عند إعداد شرح الأسباب. فإذا كان شرح الأسباب الوثيقة التي تقدّم مشروع أو مقترح القانون من حيث أهدافه ودواعي اتخاذه وأهم إضافاته التشريعية، فإنه لا يمكن اختزاله في مجرد تلخيص لمضامين الأحكام على نحو سردي. إذ أن ذلك يتعارض والمغزى منه والمتمثل في دعم المبادرة بمستند يدافع عن توجهاتها ويعلّل خياراتها ويشرح مقتضياتها أمام البرلمان، ولاسيما للجنة المتعدهة.

وبناء على ذلك، يمنح إعمال الفصل 49 وضوحاً أكبر في الرؤية وبالتالي أكثر يسراً عند صياغة شرح الأسباب، بناء على حصيلة تحليل مؤثرات الخيارات التشريعية على الحقوق والحريات.

وبعد القيام بمجرد لجملة ما اتفق عليه من معايير فضلى في هذا الصدد، يمكن استخلاص منهجية عملية تمكّن - عند إعداد مبادرة تشريعية - من اتباع معايير الفصل 49 لضمان مقترح ناجع وفعال في احترام الحقوق والحريات على المعنى الذي تم بيانه في كل ما تقدّم.

وتشكّل هذه المنهجية منوالاً تطبيقياً للتقييم التشريعي يتملّ في إخضاع المبادرة التشريعية إلى عملية تصنيف للحلول المقترحة والأحكام المنبثقة عنها وفقاً لقائمة مرجعية checklist تتضمن جملة من الأسئلة التوجيهية التي تمكّن من تقدير مدى تقيّد المبادرة بموجبات الفصل 49 وبالتالي بالدستور. وتدور هذه الأسئلة حول المحاور التالية:

- 1- أهداف المبادرة: الهدف الرئيسي والأهداف الفرعية: هل تدخل في مجال الحقوق والحريات على معنى الفصل 65؟
- 2- مجال المبادرة: التثبيت من عدم مساسها بالمجال الترتيبي، مجال القانون الأساسي أو العادي مع التعليل.
- 3- وسائل تحقيق الأهداف: هل تمس بالحقوق والحريات أو إحدى ضماناتها؟ كيف؟
- 4- استخراج الأحكام ذات العلاقة بالحقوق والحريات: ضمانات إضافية - تقييد؟
- 5- التحقق من حالة النيل: جدول الآثار على الفصل 49 من حيث تقدير الضرورة، من حيث عدم المساس بجوهر الحق، من حيث التناسب.

وتقتضي هذه المنهجية أن ترفق خلاصة عملية التقييم التشريعي لمقترح القانون فيما يتعلق باحترام ضوابط الفصل 49 ضرورة بالمبادرة عند إيداعها بالبرلمان لتكون بمثابة المستند الذي يرتكز عليه أصحاب المبادرة لإقناع المجلس بوجاهة المبادرة من حيث أخذها بعين الاعتبار للمقتضيات الدستورية ولضوابط الصياغة التشريعية الجيدة.

يستقي هذا التمشي مفرداته من المنهجية التي أسسها فقه القضاء الدستوري المقارن في رقابته على احترام المشرع لمبدأ التناسب. ويقوم المقترح على ضرورة أن ترافق وثيقة الفصل 49 المبادرة التشريعية عند إيداعها بالبرلمان وأن تكون بمثابة المستند الذي يدعم وجاهتها أمام اللجنة البرلمانية بتضمنها لكل النقاط التي:

- تثبيت عدم المساس بحق أو حرية،
- أو تدافع على مستوى تكريس أو حماية حق ما،
- أو تفنّد خرقاً محتملاً لحق دستوري ما،
- أو تبرر الجنوح إلى الحد منه أو تقييد ممارسته.

ويجدر التنويه أن مصالح مستشار القانون والتشريع بالحكومة، وفي ضوء ما تمخضت عنها جلسات النظراء والدورات التكوينية التي نظمتها المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات لفائدتها في إطار برنامجها حول الفصل 49، تتجه إلى اعتماد هذا التمشي. وهو ما يزيد من وجاهة اعتماد المنهج نفسه في إطار التوحيد الضروري لطرق العمل على التشريعات الجديدة وضمان قدر أدنى من التناغم فيها على اختلاف مصادرها.

والمقترح، في إطار توحيد طرق العمل على المبادرات التشريعية، اعتماد نموذج "وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور" الذي اقترحه الخبير شهر الدين غزالة (مستشار مصالح عمومية ومدير عام بمصالح مستشار القانون والتشريع للحكومة) ضمن دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49 والذي أعده، في نفس سياق هذا الدليل، في إطار برنامج المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول الفصل 49.





نموذج وثيقة مرجعية لتطبيق الفصل 49 من الدستور

(مثلاً وردت في دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49 من الدستور⁶³)

عنوان الوثيقة: وثيقة تطبيق الفصل 49 من الدستور بخصوص [مقترح] قانون يتعلّق بـ...

1- تقديم عام لمشروع القانون:

تقديم الأحكام المتضمنة لتنظيم الحق أو الحرية وضوابط القيود المتعلقة بها،

بيان العلاقة بين مشروع القانون والفصل 49 بما يبرّر القيام باختبار التناسب (إبراز الحقوق أو الحريات المنصوص عليها في الدستور والتي ينظّمها النص).

2- تقديم الأعمال التي تم القيام بها في كل مرحلة من مراحل اختبار التناسب مع ذكر التشريع وفقه القضاء المقارنين والبحوث والدراسات التي تمت الاستئارة بها وكذلك مختلف الاستشارات التي تمّ إجراؤها في إطار اختبار التناسب.

الأعمال المنجزة في مرحلة التثبيت من الملاءمة (أي الأعمال المنجزة للتثبيت من أن الحدّ يمكن من الوصول لتحقيق الهدف المنشود).

الأعمال المنجزة في مرحلة التثبيت من وجود عنصر الضرورة.

الأعمال المنجزة في مرحلة التثبيت من التناسب.

3- الاستنتاجات: وتكون على هيئة جدول يتضمّن خلاصة الاختبارات والملاحظات والمقترحات المتعلقة بتحسين المضامين والصياغة باتجاه المطابقة مع عناصر الفصل 49 (تغيير عبارات أو حذفها، حصر مجال حكم معين...).

وبناء على التكامل الضروري بين وثيقة شرح الأسباب ووثيقة الفصل 49، يتجه ضرورة أن تتضمن وثيقة شرح الأسباب العناصر التالية:

- ماهو الإشكال الذي يجب حلّه ؟
- ماهي درجة الخطورة أو الاستعجال في الوضعية التي يطرحها؟
- ماهي الحلول التي تقترحها المبادرة؟
- ماهي الأهداف التي يرمي إليها صاحب المبادرة من خلال اختياره لتلك الحلول؟
- هل تأخذ هذه الحلول بعين الاعتبار الملاءمة بين الأهداف ووسائل تحقيقها؟
- هل تأخذ هذه الحلول بعين الاعتبار مقتضيات الفصل 49؟

63 شهر الدين غزالي، دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 2020، موجود على الرابط التالي: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/guide-of-the-executive-power-in-the-application-of-article-49-of-the-constitution_ar_0.pdf

وباتباع هذا التمشي في إعداد المبادرة التشريعية وصياغتها وفي ملء وثيقة الفصل 49 وفي تحرير شرح الأسباب، يمكن ضمان ملف تشريعي مكتمل ينير المجلس النيابي عند نظره في المقترح.

الفقرة الثانية - عند نظر اللجان التشريعية

تحتل اللجان صلب المسار التشريعي داخل المجلس مكانة رئيسية، فهي التي تتولى بمقتضى النظام الداخلي وبناء على ما استقرت عليه الممارسة البرلمانية القيام بالقسم الأكبر من العمل على المبادرات التشريعية الواردة على المجلس. وبالنظر إلى الأثر العميق لأعمالها في مضمون النصوص التشريعية، تجاوزت اللجنة في الممارسة البرلمانية منذ المجلس الوطني التأسيسي مجرد الدور التحضيري لتُطوّر بعدا تقريريًا في عملها نَحَتْ به إلى التدخل الجوهري في مضمون المبادرة التشريعية على نحو قد يصل في بعض الأحيان إلى درجة رفع مشروع قانون مختلف في مضمونه عن المشروع الذي قدّمه صاحب المبادرة.

قد يبدو أن أعمال نظرية التمثيلية النيابية يقتضي ألا يخضع المجلس في ممارسته لوظيفته التشريعية لأي قيود، إلا أن هذه الوظيفة تبقى مرتبطة بالضوابط الدستورية مثلما استقرأها القاضي الدستوري بناء على أحكام الدستور وعلى مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات. من ذلك تقييد عمل اللجنة على مشروع القانون وتأطير علاقتها بالمبادرة التشريعية للحكومة. حيث جاء في فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2/2015 المؤرخ في 8 جوان 2015 ما يلي: "وحيث تحصل من مراجعة مشروع القانون الأساسي عدد 16/2015 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء المحال من رئيس الحكومة بتاريخ 12 مارس 2015 إلى رئيس مجلس نواب الشعب والمشروع المتعلق بنفس القانون في صيغته المعدلة المحال من لجنة التشريع العام إلى الجلسة العامة بمجلس نواب الشعب ملاحظة الاختلاف البين في تصور المشروعين في مضمونهما من حيث عدد الفصول المدرجة بهما وفي تركيبة الهياكل القضائية بالمجلس والمهام والصلاحيات الموكولة لها ضرورة أن المشروع المحال على الجلسة العامة لم يقتصر على إدخال وإضافة إلى مشروع الحكومة التعديلات والتحويلات التي تقتضيها موجبات الصياغة أو ضرورة الملاءمة الدستورية فقط بل أدخل تغييرات جوهرية نالت من كيان المقومات الأساسية القائمة عليها خيارات الحكومة في تحديد ماهية وكنه توجهاتها في إرساء المجلس الأعلى للقضاء.

وحيث يبدو والحالة ما ذكر بادي الوضوح أن هذا المنحى الواقع توخيه في تعهيد الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب للنظر في مشروع القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء لم يراع فيه وجوب المحافظة على عرض مشروع الحكومة بوصفها صاحبة المبادرة التشريعية في هذا الغرض حسب التوجه والتصوير المحدد من قبلها تطبيقا لمقتضيات الفصل 62 من الدستور ولا جواز لأية جهة كانت مناهضة هذه القاعدة الدستورية التي تحظى بعلوية مطلقة وأضحى من هذا المنظور الطعن متجه القبول".



وبقطع النظر عن موقف الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين من توسع نطاق عمل اللجان حين يصل إلى غاية قلب مضمون المبادرة الواردة عليها أو صياغة مبادرة جديدة، فإن ما يجب التأكيد عليه في سياق هذا الدليل هو ضرورة أن تأخذ اللجنة بعين الاعتبار في أعمالها الضوابط الدستورية، بوصفها نقطة ارتكاز في تعليل تدخلاتها وصمّام أمان ضدّ خرق الدستور.

وبعد كل ما تم بيانه في ما تقدّم من هذا الدليل من ارتباط كليّ لكامل العمل التشريعي، سواء عند سن القانون أو عند نفاذه وتطبيقه، بمعيار الفصل 49، يضحى اتباع هذا الأخير واعتماده في تعليل التدخلات التشريعية وبيان وجهتها آلية ضرورية لبلوغ الغايات الدستورية المتعلقة بالتشريع الجيد وباحترام نطاق الحريات وضمانها.

فقد بات محققاً أن الفصل 49 يسهم بشكل فعال في ضمان شفافية المضامين القانونية خلال كامل المسار التشريعي، ولاسيّما في مرحلة اللجان، إذا تم انتهاجه والتقيّد بمقتضياته في أعمالها. إذ أن ذلك يوفر وسيلة لتتبع تطوّر مفردات النص التشريعي واتجاهاته مما يعطي صورة واضحة عن تفاصيل بنائها وتغييرها وإقرار صيغتها النهائية. وهو ما سينعكس ضرورة بالإيجاب عند دخول النص حيز النفاذ ومروره إلى التطبيق، من خلال يسر الولوج إلى مقاصد المشرّع عند التأويل وبيان التزامه بالقيود الدستورية عند وضع ضوابط على الحقوق.

ويقتضي إعمال الفصل 49 عند نظر اللجنة في مشروع أو مقترح قانون، إدراجه كنقطة مرجعية في كل مرحلة من مراحل عملها، ابتداء من التعهّد (1)، مروراً بالنقاش (2) ووصولاً إلى صياغة التقرير (3).

من الضروري التأكيد هنا على أن عمل اللجنة على مبادرة تشريعية بكل ما يقتضيه من إدخال تغييرات مادية أو شكلية على النص يستوجب في كل الأحوال التقيّد بجملة المبادئ والقواعد المتعلقة بجودة التشريع والصياغة الحسنة التي تم تفصيلها في الفقرات المتقدمة من هذا الدليل، بما في ذلك:

- 1- ضرورة تحديد الهدف من التغيير المزمع إدخاله على كل حكم من أحكام المشروع بما يسمح بتلافي التدخلات غير الضرورية ومن ثمة التدخلات غير المشروعة على معنى الفصل 49.
- 2- ضرورة التحقق من نطاق التغيير حتى يمكن تلافي التدخلات التي تُجَلّ بالتوازنات الداخلية للنص وتناسقه من ناحية، وتلك التي قد تتضمن مساساً بأحد شروط الفصل 49 من ناحية أخرى.

1- بهجّر التعهّد

يفترض تعهّد اللجنة توصّلها بكامل الملف التشريعي لمشروع أو مقترح القانون عند إحالته إلى أنظارها من مكتب المجلس. ولئن يتضمّن هذا الملف عادة نص مشروع أو مقترح القانون وشرح الأسباب وبعض الوثائق الأخرى حسب الحالة (كنص المعاهدة موضوع مشروع القانون المتعلق

بالموافقة عليها)، فإنه صار من المستوجب إرفاقه كذلك بوثيقة الفصل 49 كسند إضافي ينير اللجنة في:

- تثبتتها من تقيّد صاحب المبادرة بنص الدستور وبشروط الفصل 49،
- اطلاعها على مبررات صاحب المبادرة عند تضمين الأحكام قيودا على الحرّيات.

يتجه التحقّق من اكتمال الملف التشريعي وتضمّنه لكل عناصره منذ توصلّ اللجنة بمشروع أو مقترح القانون. وفي حال نقصان أحد عناصره يتجه أن تطلب اللجنة موافاتها به من صاحب المبادرة قبل الشروع في النقاش. وإن لا يشتمل النظام الداخلي للمجلس على أحكام تنظم هذه المسألة بفرض شكل معين للمبادرة أو تركيبة معينة للملف التشريعي، فإنّ ذلك لا يمنع اللجنة من التواصل مع جهة المبادرة لطلب مكّملات الملف الضرورية لدراسته.

كما يمكن التفكير في تنقيح النظام الداخلي باتجاه تضمينه للمقتضيات التي تنظّم هذا الجانب.

وعند التوصلّ بوثيقة تطبيق الفصل 49، يكون من السديد قبل انعقاد اللجنة تفحص عناصرها والتثبّت من إمامها بكل الأحكام التي فيها مساس بحق أو حرية صلب نص المبادرة دون إغفال أي منها. ويمكن حصر ذلك في ورقة تأليفية تقدّم إلى اللجنة خلال جلستها الأولى للنظر في مشروع أو مقترح القانون.

يقترح ألا تقتصر الورقة التأليفية على الفصل 49 فقط بل أن تشمل كل الأحكام الدستورية ذات العلاقة بالمسائل الأولية، أي التي تستوجب تثبتا وفضلا قبل الخوض في الأصل، وهي بالخصوص الفصول 62 (مجالات التدخل المحمية في المبادرات التشريعية) و63 (القبولية المالية) و65 (مجال التشريع ومجال الترتيب وشكل القانون حسب موضوعه).

2- خلال النقاش

تمثّل الورقة التأليفية التي يعدّها المستشار المكلف بمتابعة أعمال اللجنة سنداً موضوعياً عند مرور اللجنة إلى مناقشة مشروع أو مقترح القانون. كما إنها بمثابة الوثيقة الأولية التي تستعين بها اللجنة خاصة خلال حصة النقاش الأولى التي عادة ما تكون حصة نقاش عام واطلاع على مضامين المشروع قيد النظر séance d'entrée en matière.

لذا من المفيد إدراج بعض العناصر الموضوعية في هيكلية النقاش خلال هذه الحصة على نحو منهجي يمكن من تدقيق مسار اللجنة في عملها على المشروع ووضعها في إطاره منذ البداية. وتتمثّل هذه العناصر الموضوعية في جملة المسائل الأولية ذات العلاقة بالشروط الدستورية للمبادرة والتي يتجه أن تحسمها اللجنة قبل الخوض في الأصل.

وقد يتبدى في بعض الأحيان منذ فاتحة النقاش دخول المشروع في مجال الحقوق والحريات مما يستدعي نقاشاً مبدئياً يمكن اللجنة من رسم الملامح العامة لموقفها وتوجهاتها حول المسائل المطروحة وطريقة طرحها. وتكون الورقة التأليفية التي يعدها المستشارون ووثيقة تطبيق الفصل 49 ذات أهمية معتبرة في إنارة اللجنة من هذه الزاوية.

في صورة رصد بعض الأحكام المتضمنة قيوداً على الحريات وغير المضمنة بوثيقة تطبيق الفصل 49، يتجه تحديدها والقيام بفحص أولي لمطابقتها للفصل 49 قبل التواصل مع جهة المبادرة بشأنها لبيان توجهاتها:

1- فإن كان عدم تضمينها بوثيقة الفصل 49 مجرد سهو، يمكن لجهة المبادرة التدارك ومدّ اللجنة بتحيين حول الأحكام التي أغفلت وبالتالي حول مقاصدها من التقييدات الواردة بها على الحريات وحول مدى تقيدها فيها بشروط الفصل 49.

2- وإن كانت التقييدات ناتجة عن قراءة معينة للأحكام تنبئ بعدم وضوح في الصياغة (أو أي إشكال متصل بمعايير الصياغة الجيدة كالتناسق والمقروئية)، فللجنة، حسب تقديرها خلال مرحلة النقاش، إما أن:

- تتولّى تحسين الصياغة على النحو الذي يمكن من تلافي خرق الفصل 49: وهو ما يقتضي إعمال اختبار التناسب على الصيغة الجديدة،
- أو التواصل مع جهة المبادرة للاستيضاح حول دلالة صياغتها وإصلاحها حتى تغدو واضحة ومقروءة مع الالتزام بمقتضيات الفصل 49.

وعند الانتقال إلى مناقشة مشروع القانون فصلاً بفضل، يكون المجال للتعمق في مضامين الأحكام أوسع نطاقاً وأكثر وضوحاً بناء على نتائج مرحلة النقاش العام. واعتباراً لأن هذا المجال هو الذي يتم فيه فعلاً التدخل في النص من حيث المضمون ومن حيث الصياغة، فإن ذلك يقتضي التنبّه الدائم إلى مقتضيات التوقي من اللادستورية.

اعتباراً للتقنية العالية التي يتسم بها الفصل 49، قد يكون من الأجدى التواصل المستمر مع جهة المبادرة بشأن الأحكام التي تتضمن تنظيمياً أو تقييداً لحق ما أو حرية، لاسيما حين تكون الحكومة، للتنسيق معها بغاية التوصل إلى حماية أفضل للحقوق والحريات (أقل الخيارات تقييداً لها وأكثرها تطابقاً مع الفصل 49) بناء على مقابلة منهجية بين الخيار الذي أقرته الحكومة ومقرحات النواب. ويفترض ذلك عملاً مشتركاً قد يسهم أيضاً في دعم مقاربة ترجح التكامل الوظيفي بين السلطين في صنع القوانين على نحو يمكن فعلياً من تحقيق الأهداف الدستورية ومنها تكريس تشريع ضامن للحقوق والحريات على معنى الفصل 49 بوصفه ملزماً لكل السلط المتدخلة في العملية التشريعية.

وفي كل الأحوال، يبدو أن طبيعة الفصل 49 والخصوصيات المنهجية المرتبطة بإعماله تتطلب التنسيق الدائم بين الحكومة والمجلس للمتمكن أكثر ما يمكن من ضماناته وتلافي مخاطر السقوط في اللادستورية، لاسيما في حالة القراءة المنفردة والتأويل الأحادي للوضعيات المطروحة سواء من هذه الجهة أو تلك.

ويتطلب التوقي من اللادستورية يقظة مستمرة في متابعة مسار تطوّر النص من حيث مضامينه وصياغة أحكامه، وبالتالي إخضاع كل التغييرات التي تطرأ عليه إلى اختبارات الفصل 49 لتبيّن مدى تقيدها به.

في حال وجود إشكال يتطلّب تعمّقا في البحث في علاقة بالفصل 49 وشروطه والاختبارات التي يجب إجراؤها، يمكن للجنة، في أي مرحلة من مراحل النظر في مشروع القانون الاستعانة بخدمات مركز الموارد والاستشارات البرلمانية. إذ يبقى من صميم وظيفته الإسناد العلمي للعمل البرلماني بكل أوجهه لاسيما التشريعي منه باتجاه تحسين جودته وضمان السبل للتوقي من اللادستورية عبر اختبار أقوم السبل للبقاء في نطاق الشرعية الدستورية، لاسيما عبر البحث في الحالات الماثلة بالقانون وفقه القضاء المقارن والدولي.

ويندرج دور المركز من هذه الزاوية في إطار الجهد التنسيق بينه وبين جهاز المستشارين بالكتابة العامة لضمان المعلومة الدقيقة التي تعين على إنارة اللجنة والنواب (ومن ثمة المجلس برمته) عند اتخاذ القرارات. فلتن لا تدخل صياغة مقترحات القوانين أو التعديلات ضمن اختصاصات المركز، إلا أن الملاحظات القانونية والمعلومات التي يقدمها انطلاقا من بحثه في الفقه وفقه القضاء تساعد على إنجاز أعمال اللجنة في مرحلة الصياغة.

ولحسن متابعة أعمال اللجنة، لئن يدخل ضمن مهام المستشار تسجيل قرارات اللجنة وتطبيقاتها على النص وإحصاؤها، فإنه يُقترح تعزيز هذا العمل بتركيز إضافي على آثار هذه القرارات وصياغاتها على مجال الحقوق والحريات. ويمكن تأمين ذلك بالاعتماد على جدول متابعة يتم تحيينه تباعا من اجتماع إلى آخر.

جدول متابعة تطوّر صياغة الأحكام المتعلقة بحقوق وحريات

يتضمن هذا الجدول أربع خانات:

- الخانة الأولى: الصيغة الأصلية (الواردة بالمبادرة)
- الخانة الثانية: مقترحات الصياغة المعدلة المنبثقة عن النقاش صلب اللجنة
- الخانة الثالثة: الصيغة المعدلة التي أقرتها اللجنة
- الخانة الرابعة: ملاحظات في علاقة بإعمال الفصل 49 (أسس اللجنة في اعتماد الصيغة المعدلة وأسانيدها في المطابقة مع الفصل 49)

ويساعد هذا الجدول فيما بعد على تيسير تتبّع تطوّر صياغة الأحكام التي تمسّ بحقوق أو حريات ومن ثمة في استقراء حجج اللجنة في إقرارها للصيغ الواردة بالمشروع أو تعويضها أو حذفها أو إضافتها. وهو ما يبدو ذا أهمية بالغة لا فقط عند إحالة المشروع إلى الجلسة العامة، بل وكذلك:

- في حالة الطعن بعدم الدستورية: تنفيذ القاضي الدستوري في تبليغ مقاصد الأحكام بشكل أكثر دقة ووضوحا.
- عند مرور النص إلى التطبيق: يعين على فهم الأحكام وعدم الجتوح بها عن مقاصدها عند التأويل سواء من طرف الإدارة أو من طرف القضاء.
- لذلك يكون من الأجدى إلحاق هذا الجدول بالتقرير.

وبعد انتهاء اللجنة من العمل على كامل المشروع، تصل إلى المرحلة الختامية من أعمالها وهي مرحلة إعداد التقرير الذي سيرفع إلى الجلسة العامة.

3- عند صياغة التقرير

يمثل تقرير اللجنة حول مشروع أو مقترح قانون جهدا تأليفيا بامتياز. فهو يتضمن حصيلة أعمال اللجنة حول المشروع على نحو يعكس سيرورة المداولات صلبها وعرضا ضافيا لمختلف محاور النقاش. وهو يتجاوز من هذا المنظار مجرد السرد ليغطي:

- وظيفة إعلامية **fonction informative**: فالتقرير يرمي إلى إنارة الجلسة العامة حول مضامين النص المعروف على أنظارها بما في ذلك مراكز اهتمام النواب وأبرز الإشكاليات التي يطرحها مشروع القانون وحصيلة النقاش حول مختلف أحكامه.
- وظيفة تفسيرية **fonction explicative**: إذ أن تدوين مداولات اللجنة يمرّ ضرورة باستعراض مختلف التوجهات والآراء صلبها وكذلك مبرراتها وأسانيدها القانونية والعملية، مما يساعد على فهم أعمال اللجنة وخياراتها التي أقرتها صلب الصيغة المعدلة:
 - في مرحلة أولى، عند إعداد مقترحات التعديل بالجلسة العامة،
 - في مرحلة ثانية، عند النظر في الطعون من قبل القاضي الدستوري،
 - في مرحلة ثالثة، عند العودة إلى الأعمال التحضيرية بعد دخول القانون حيز التطبيق.

وتلقتي كلا الوظيفتان حول الغاية الأسمى من التقرير وهي ضمان أكبر قدر ممكن من الشفافية في العمل البرلماني وبالتالي في المداولات. فضلا عن البعد الديمقراطي في شفافية المداولات من حيث أنها تزيد من تدعيم مشروعية القرار التشريعي، فإن لها بعدا عمليا على قدر بالغ من الأهمية بحكم أنها تيسر اقتفاء تطوّر الصياغة ومساو بناء المضامين التشريعية، خاصة عند القيام بالتقييم التشريعي.

لذلك، لا بدّ أن يتضمّن التقرير عرضا موجزا لأهداف المشروع والحلول التي يقرّها انطلاقا من شرح الأسباب الذي يرفقه صاحب المبادرة بمبادرته، على ألا يتم الاقتصار على ذلك، بحكم التطوّرات التي يعرفها المشروع خلال النقاش صلب اللجنة.



ويكون من الوجه، تحقيقا للوظيفتين المذكورتين أعلاه، إرفاق التقرير إلى الجلسة لا فقط بالصيغة المعدلة من مشروع القانون بل وكذلك بالملف التشريعي الوارد من صاحب المبادرة، لاسيما وثيقة تطبيق الفصل 49.

وضمانا لاكتمال الصورة حول أعمال اللجنة، استقرت الممارسة على تضمين التقرير جدول مقارنة بين الصيغة الأصلية الواردة من صاحب المبادرة والصيغة المعدلة من اللجنة. وخدمة لنفس الغاية، يصبح من الأجدى أيضا تضمين التقرير جدول متابعة تطوّر صياغة الأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات الواردة بمشروع القانون، تأسيسا على المكانة المحورية للفصل 49 في الصياغة التشريعية وتأكيدا للمرجعية الدستورية في كل العمل التشريعي.

يمكن كذلك استحداث عنصر قار صلب تقارير اللجان التشريعية يتعلّق بالحقوق والحريات صلب مشروع القانون يتم فيه عرض أعمال اللجنة على الأحكام المتعلقة بها وتقديم موجز عن أعمال الفصل 49 بشأنها. وهو ما يمكن من تثبيت مقارنة دستورية صلب أعمال اللجنة لا تنفع فقط في تلافى الوقوع في اللادستورية بل تسهم كذلك في تعميق الحس الدستوري *l'esprit constitutionnel* في العمل التشريعي.

الفقرة الثالثة - عند ممارسة حق التعديل

لئن تلعب اللجنة دورا رئيسيا في المسار التشريعي صلب المجلس، إلا أن الصيغة التي تتمخض عنها أعمالها تبقى غير نهائية، بحكم ضرورة إقرار الجلسة العامة لها. وهنا يبرز الدور المحوري لمقترحات التعديل في بلورة الصيغة النهائية لمشروع القانون قبل المصادقة عليها، حيث يعتبر التعديل آلية العمل الأساسية على مشاريع القوانين بالجلسة العامة، وبمقتضاه يُفتح المجال أمام كافة النواب للمشاركة في تغيير محتوى النص أو صيغته.

إلا أن ذلك لا يجب أن يغفل الطبيعة السياسية في آلية التعديل باعتبار أنه يمثل:

- الوسيلة المثلى التي تتيح لكافة الأطياف السياسية في تشكيلة المجلس التعبير عن رؤاها وطرحتها للمداولة.
- إحدى وسائط النقاش مع الحكومة حول الخيارات المطروحة أو الممكنة.

وبناء عليه، لا يمكن إغفال المداولات كوسيلة أساسية لاتخاذ القرار داخل المجلس والتي تقوم أساسا على تعدد الأفكار وتنوع المقترحات وتعارضها بين مختلف القوى السياسية، ومن ثمة خضوع التعديلات إلى قاعدة الأغلبية. وبقدر إسهام التعديلات في إثراء النقاش وفي تسليط الضوء على مواطن الخلل أو الضعف بالمشروع، بقدر ما لا يستقيم اختزالها في منطلق التصويت الأغلبي.

خلافًا لما تقرّه الأنظمة الداخلية لعديد البرلمانات من اعتماد الأغلبية البسيطة في إقرار مقترحات التعديل والفصول قبل التصويت على مشروع القانون برمته، ذهب النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب، كما كان الشأن في المجلس الوطني التأسيسي، إلى التصويت على مقترحات التعديل والفصول بنفس الأغلبية المطلوبة للتصويت على مشروع القانون:

- فإن كان مشروع القانون عاديا، يتم التصويت على مقترحات التعديل والفصول بأغلبية الحاضرين على ألا تقل عن ثلث الأعضاء.
 - وإن كان مشروع القانون أساسيا، يتم التصويت عليها بالأغلبية المطلقة للأعضاء.
- ويبدو أن اندراج مادة الحقوق والحريات في مجال القوانين الأساسية التي تقتضي الأغلبية المطلقة يجعل مسألة تعديل الأحكام المتعلقة بها أكثر صعوبة، وهو ما قد يبدو بمثابة الحماية المعززة لها. إلا أن ذلك لا يمنع من ورود حالات تكون فيها الأغلبية المطلقة حاجزا أمام إصلاح مضمون أو تحسين صياغة، لاسيما إذا تم التنفّظ إلى مضامين أو صياغات فيها مساس بالفصل 49. وهو ما يدعو إلى التفكير في طريقة تعامل خاص مع هذه النوعية من مقترحات التعديل مها كان مصدرها، باعتبارها تمكّن من تعميق النظر في القيود الموضوعية على الحريات ومدى مطابقتها للفصل 49. من ذلك مثلا:
- تخصيص حيز زمني أكبر لمناقشتها،
 - اشتراط ملخص مرفق بمقترح التعديل يتضمّن شرحا لدواعي التعديل عبر إبراز الإشكالات المطروح بالحكم موضوع التعديل وبيان أوجه إعمال الفصل 49 ضمن المقترح.

ولمزيد الإحاطة بهذه النقطة وضمان نجاعتها، قد يكون من الوجيه التفكير في إدراجها ضمن النظام الداخلي للمجلس.

ومن الضروري من هذه الزاوية أيضا، لتقدير مخارج آلية التعديل ونطاقها، الأخذ بعين الاعتبار لأثر لجنة التوافقات التي يبدو أن الممارسة البرلمانية قد استقرت عليها كآلية لتفادي التعطيلات الممكنة والوصول إلى قرار تشريعي. إذ أن آلية التوافقات تتضمّن عادة عودة على النقاط الخلافية صلب المشروع الذي خرج من اللجنة بالاعتماد على آلية التعديل.

لئن تمثل التوافقات حلّا عمليا لتجاوز حالات الانسداد والتوصل إلى حلّ وسط بخصوص نقاط الخلاف، إلا أن ذلك لا يفي بمكانية الوقوع في إشكالات في مستوى التوازن الداخلي للنص وتناسقه ووضوحه.

لذلك يبدو من الوجيه التفكير في إخضاع مشروع القانون بعد التوافقات وقبل المصادقة عليه برمته إلى الاختبارات الضرورية للفصل 49 وإلى معايير الصياغة الحسنة. ويمكن الاستئارة في ذلك بجذادة الفصل 49 الموضوعية على ذمة اللجنة الوطنية للملاءمة، خاصة بالنظر إلى ما تتميز به من شمولية وتعمّق ومنطق منهجي صرف (ملحق عدد 2).

خاتمة

من البديهي أن دور البرلمان إزاء المضامين التشريعية يختلف عن دور القاضي الدستوري. ويرتب عن ذلك أن منهجية إعمال الفصل 49 كذلك تختلف باختلاف من يطبّقه. إذ ليس من مشمولات البرلمان ولا من مؤهلاته، في إطار ممارسة الوظيفة التشريعية، إعمال اختبار التناسب على الصورة التي يقوم بها القاضي الدستوري، وإنما واجبه الأساسي هو التوقي من خرق الفصل 49 وتلافي تصريح القاضي الدستوري بذلك عند إعماله لاختبار التناسب. ويفضي واجب التوقي إلى تمسّ مختلف يأخذ بعين الاعتبار خصوصية العمل البرلماني من حيث جوهره السياسي وطابعه الجماعي collégial ومن حيث تركيبة الهياكل الأساسية للمجلس وتنظيمها (لجان، جلسة عامة، مكتب وندوة رؤساء) ومن حيث قواعد العمل (انتظام العلاقات وتشكلها على أساس الكتل البرلمانية، قاعدة الأغلبية في اتخاذ القرار، طبيعة المداولات).

على أنه من المهم الوقوف على ما يسببه غياب تقاليد في الصياغة القانونية داخل المجلس من صعوبات في التعامل مع المبادرات الواردة عليه - مهما كان مأتاها - لا فقط فيما يتعلق بممارسة الوظيفة التشريعية (لا سيما من حيث طبيعة دور اللجان وضوابطه) وإنما خاصة فيما يتعلّق بالتمرّس على التقنية التشريعية la technique législative بكل ما تتضمنه من مبادئ وقواعد علم التشريع المادي والشكلي. وإن كانت مثل هذه الوضعية عامة ومطروحة في كل البرلمانات خاصة عند المقارنة بالإمكانات البشرية والتقنية المتوفرة للحكومات، فإنه يبقى من الضروري العمل على دعم كفاءة مجلس نواب الشعب، إدارة ونوابا، في تقنيات العمل التشريعي، لا سيما بالنظر إلى الموقع المحوري والحاسم الذي يحتله صلب النظام السياسي المنبثق عن دستور 2014.

ولئن يبقى التكوين المستمر للنواب وللمستشارين البرلمانيين في مجال علم التشريع أساسيا، وهو ما تواظب الأكاديمية البرلمانية على تأمينه من خلال دورات تكوينية قصيرة وطويلة المدى، فإنه يبقى من الضروري توسيع مجال التكوين إلى:

- المبادئ العامة للقانون الدستوري،
- الحقوق والحريات في القانون الدستوري والقانون الدولي،
- القضاء الدستوري ودولة القانون،
- قواعد تأويل القانون ومدارسه،
- وكذلك مقارنة تطبيقية لعلم التشريع في مجال الحقوق والحريات.

كما يقترح من جهة أخرى، أن تتولّى الإدارة البرلمانية وضع وثيقة توجيهية للصياغة التشريعية تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات المسار التشريعي داخل المجلس وتوزيع الأدوار بين مختلف هياكله في مستوى أول وكذلك الوظيفة الإسنادية للإدارة البرلمانية وللمستشار البرلماني في مستوى ثان.

المراجع

- ALBERTINI (P) (dir.), La qualité de la loi : Expériences française et européenne, Mare et Martin, 2015
- BARRAUD (B), « La légistique », in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016
- BEN ACHOUR (R), LAGHMANI (S), JAZI (D), Les droits de l'Homme par les textes, CPU, 2004
- BESSON (S), « L'effectivité des droits de l'Homme : Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'Homme », <https://core.ac.uk/download/pdf/20657699.pdf>
- BLACHER (P), Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, Paris, PUF, 2001
- BROSSEAU (L), ROY (M.A), « La disposition de dérogation de la Charte », Etude Générale, Publication n°201817--F, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Canada, 2018, <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/201817--f.pdf>
- CARRE DE MALBERG (R), La loi expression de la volonté générale, préface Georges Burdeau, Economica, Classiques, 1999
- CHAMPEIL DESPLAT (V), LOCHAK (D)(éd.), L'effectivité des droits de l'homme, Paris, Nanterre, 2008
- Charfeddine (M.K), « Contrôle de la constitutionnalité des lois et droits fondamentaux », disponible sur http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/TUN_Charfeddine_F.pdf
- CHEVALLIER (F), S'entraîner aux épreuves de droit constitutionnel, Paris, Foucher, 2002
- CHEVALLIER (J), « Peut-on rationaliser la production du droit ? » in L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation, Paris, Pedone, 2013, pp. 17-28
- CHEVALLIER (J), L'Etat postmoderne, 2ème édition, LGDJ, 2004
- Collectif, Les notions de base en matière de droits fondamentaux, CODAP, Genève, 2013
- Conseil Constitutionnel, L'incompétence en droit constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°46, janvier 2015
- FLÜCKIGER (A), (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne, Stämpfli, 2019
- FLÜCKIGER (A), « Qu'est-ce que "mieux légiférer"? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative » in FLÜCKIGER (A) et GUY-ECABERT (C) (ed.), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer. Le rôle des guides de légistique, Genève, Schulthess, 2008, Disponible sur https://doc.rero.ch/record/12837/files/mieux_

legiferer_schulthess_fluckiger.pdf

- FLÜCKIGER (A), « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois » in Revue européenne des sciences sociales, Numéro XLV-138, 2007, pp. 83-101
- FROMONT (M), La justice constitutionnelle dans le monde, Paris, Dalloz, 1996
- GHERAIRI (G) « Le caractère civil de l'Etat tunisien », in La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives, PNUD, 2016
- GICQUEL (J) et GICQUEL (J-E), Droit constitutionnel et institutions politiques, 34ème édition, LGDJ, 2020
- GRIMM (D), "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", University of Toronto law journal, (2007) 57, pp.383-397
- GUASTINI (R), Leçons de théorie constitutionnelle, Dalloz, 2010
- HACHEZ (I), « L'effet de Standstill : Le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », Administration Publique, n°1, 2000, p. 30-57
- HACHEZ (I), « Le standstill, qu'est-ce ? », Ensemble, n°92, Décembre 2016, pp.89-
- Human rights Resource Center, « Obligations des Etats et des acteurs non-étatiques », module de formation n°9, University of Minnesota, <http://hrlibrary.umn.edu/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-09.htm>
- JOCHUM (M), LEDERMANN (S), « La démarche légistique entre théorie et pratique », LEGES, 20091/, pp.87-103
- JÖRG (K) et WALTER (K), The Law of International Human Rights Protection, 1st publ. Oxford University Press, 2009,
- KELSEN (H), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », Revue du Droit public, 1928, p. 197- 257
- LAGHMANI (S), « Le concept d'Etat de droit » in Mélanges Rafea Ben Achour, Mouvances du droit, Tome I, Publications de la Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp.437-444
- LAMBINET (F), « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage : quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », http://terralaboris.be/IMG/pdf/lb_061_standstill_cho_mage_terra_laboris_18iv07.pdf
- LEBEL (L), « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux : la fonction démocratique des tribunaux constitutionnels », Revue québécoise de droit international, Hors-séries, juin 2015, pp.25-35

- MARINESE (V), « Légistique et effectivité », in CHAMPEIL-DESPLATS (V), LOCHAK (D) (dir.), A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme, Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2008, pp.89-117
- MATHIEU (B), « La normativité de la loi : une exigence démocratique », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°21, Dossier la normativité, Janvier 2007
- MILACIC (S), « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », in Mélanges Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs, Paris, Montchrestien, 2008
- MINEUR (D), « De la volonté nationale à la volonté générale », in Carré de Malberg : Le positivisme impossible, sous la direction de MINEUR (D), Paris, Michalon, 2010, pp. 71-105
- MORAND (C-A) (dir.), Légistique formelle et matérielle, Presses Universitaires d'AIX-Marseille, 1999
- MOREL (A), « La clause limitative de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : Une assurance contre le gouvernement des juges », The Canadian Bar Review, Vol 61, N°1, 1983, pp.81-100
- NEVEU (C), « Les enjeux d'une approche anthropologique de la citoyenneté », Revue Européenne des Migrations Internationales, vol.20, n°3, 2004
- OBERDORFF (H), Droits de l'Homme et libertés fondamentales, LGDJ, 4ème ed. 2008
- OST (F), LENOBLE (J), Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique, Thèse de doctorat, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, avril 1980, disponible sur <https://core.ac.uk/download/pdf/34096748.pdf>
- PADOVANI (J), « La légitimité du contrôle de constitutionnalité centré sur les droits et libertés », Les cahiers Portalis, n°7, 2020, pp.63-92
- PITSEYS (J), « Démocratie et citoyenneté », Dossiers du CRISP, 20171/, n°88, pp.9-113
- ROUSSEAU (D), BLACHER (P), La justice constitutionnelle en Europe, coll. Clefs, LGDJ, 4ème ed., 2020
- RUBIN (A), « Judicial Review in the United States », Louisiana Law Review, Vol 4, N°1, Fall 1979
- SADURSKI (W), « Constitutional Review in Europe and in the United States: Influences, Paradoxes, and Convergence », Legal Studies Research Paper No. 1115/, February 2011, Sydney Law School, available at the Social Science Research Network Electronic Library: <http://ssrn.com/abstract=1754209>

- SHAHRBABA (A), La qualité des normes, Etude des théories et de la pratique, Thèse de doctorat en droit public, Université Aix-Marseille, décembre 2017, <https://www.theses.fr/2017AIXM0127.pdf>
- TRAVERS (E), « Benjamin Constant : Critique du légicentrisme et de la multiplication des lois », Recherches philosophiques, 2010, vol. 6, p. 5369-
- TROPER (M), « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°28, juillet 2010, Dossier : l'histoire du contrôle de constitutionnalité
- WINTGENS (L) (ed), The theory and practice of legislation : Essays in Legisprudence, Routledge, London and New York, 2016
- ZAAFRANE ANDOULSI (W), Gouvernance et Etat : De la nouvelle redistribution, Thèse de doctorat en droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Université de Carthage, Juillet 2017
- خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات: تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2015
- سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ماي 2021
- شهر الدين غزالة، دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49، المؤسسة الدولية للديمقراطية، نوفمبر 2020
- كوثر دباش، هل من قراءة أخرى ممكنة للفصل 49 من أجل حماية قصوى للحريات الفردية؟، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ماي 2021
- وفاء زعفران الأندلسي، "قراءة في توطئة دستور 27 جانفي 2014"، الدساتير العربية الجديدة: تونس، المغرب ومصر، تحت إشراف الأستاذ رافع بن عاشور، منشورات مؤسسة كونراد أدهنهور، 2015، ص 31-42

الملاحق

ملحق عدد 1

الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة

سليم اللّغمانى

أستاذ بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس - جامعة قرطاج

ملحق عدد 2

جذاذة الفصل 49

إعداد كوثر دباش

أستاذة بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس - جامعة قرطاج

السؤال الأول: لماذا يجب الحد من الحريات؟

أولاً- لأن الحرية المطلقة تنقلب إلى ضدها: يمكن أن تستغل 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 يتوجب احترامها في كل الحالات ومهما كانت الظروف ولم يتعرّض لها الدستور التونسي (سوف يتم 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 لفرة جوان/حزيران 1959

الفصل 5:

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

الفصل 7

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

الفصل 8

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

الفصل 9

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

الفصل 10

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

الفصل 13

كل فرد فقد حرته 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 تحتمه الظروف من تدابير استثنائية بعد استشاره الوزير الاول ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين.

ويوجه في ذلك بيانا إلى الشعب.

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

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

دستور الجزائر 8 ديسمبر/كانون الأول 1996 وقع تعديله في 6 مارس/أذار 2016

الفصل 40:

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

الفصل 57:

الحق في الإضراب معترف به ويبارس في إطار القانون. يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يجعل حدودا لممارسته، في ميادين الدفاع الوطني أو الأمن أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات الحيوية للمجتمع.

دستور المملكة المغربية 29 جويلية/تموز 2011

الفصل 27:

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

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

يتم وفق هذه الطريقة وضع فصل واحد، يتم من خلاله ضبط شروط الحدود لكل الحقوق والحريات، وتمكن هذه الطريقة من تفيدي الإطالة والتشعب في النص الدستوري. ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر التالية:

دستور سويسرا 18 أفريل/نيسان 1999

الفصل 36:

حدود الحقوق الأساسية

1. كل حد من حدّ من حدّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصص عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر ودهام.
2. كل حد من حدّ من حدّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامة أو بحماية حدّ أساسي للغير.

3. كل حد من حق أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
4. لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية.

دستور كينيا 6 ماي/ أيار 2010

الفصل 24:

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

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

الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أبريل/ نيسان 1982

الفصل الأول:

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

ثالثا- المزج بين الطريقتين

اعتمدت بعض الدساتير طريقة ثالثة، تتمثل في المزج بين الطريقتين السابقتين ومن أهم الأمثلة على ذلك نذكر القانون الأساسي الألماني ودستور جنوب أفريقيا.

القانون الأساسي الألماني 23 ماي/أيار 1949

يبيّن القانون الأساسي الألماني 23 ماي/ أيار 1949 ضمن الفقرة 2 من فصله العاشر شروط الحدود التي يمكن إدخالها على الحق في سرية المراسلات والاتصالات، ويحدد الفصل 19، بشكل عام، ضوابط الحدّ من الحقوق الأساسية.

المادة 10:

سرية الرسائل والبريد والاتصالات الهاتفية

1. لا يجوز انتهاك سرية الرسائل والمراسلات البريدية والاتصالات.
2. لا يجوز فرض أيّ تقييدات لهذه السرية إلاّ بناء على قانون. وإذا كانت هذه التقييدات تفيد في حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر، أو في حماية كيان أو أمن الاتحاد، أو كيان إحدى الولايات أو أمنها، فيجوز أن ينصّ القانون على عدم إبلاغ المعنيين بهذه التقييدات، والاستعاضة عن المقاضاة بفحص الأشياء المعنية بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة يتم تحديدها من قبل المجالس النيابية.

المادة 19:

الحد من الحقوق الأساسية – حق التقاضي

1. إذا تمّ اللجوء وفقاً لهذا القانون الأساسي إلى الحد من أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن يكون سريان هذا القانون عاماً، وألاّ يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن 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 والحريات بل تعرّض إلى هذه الشروط في بعض الفصول:

المادة 12

1. لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته.
2. 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 وحريةهم 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 وحريةهم.

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 وحريةهم. 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 اقترحنا إدراج فصل جامع يعنى بهذه المسألة هذا نصّه منذ صدور نص «مسودة مشروع الدستور»:

«لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الباب إلا للحدود المقررة في القانون، ما لم تمسّ من جوهرها وشريطة أن تشكل هذه الحدود تدابير ضرورية في مجتمع مدني ديمقراطي تتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بد من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبررها ومن توفير سبل الطعن فيها».

أنظر: سليم اللغمانى، سلوى الحمروني وسلسبيل القليبي، «الحقوق والحريات»، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، النشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013 ص 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 المرسمين حسبها يضبطه القانون الانتخابي.

السؤال الرابع: هل ينطبق الفصل الجامع على كلّ الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الدستور؟

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

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

في رأيي، لابد من التمييز:

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

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

الفصل 6	حرية الاعتقد 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	يجبر 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 ناضب تونسى 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 حسبما يضبطه القانون الانتخابي.

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

الفصل 21	... وتهمي هم [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 الإمكانات الضرورية لتحقيق جودة التربية والتعليم والتكوين.
الفصل 40	العامل حق لكل مواطن ومواطنة، وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والإنصاف.
الفصل 43	تدعم الدولة الرياضة، وتسعى إلى توفير الإمكانات 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 كلّ تمييز. لكل مواطن ذي إعاقة الحق في الانتفاع، حسب طبيعة إعاقته، بكلّ التدابير التي تضمن له الاندماج الكامل في المجتمع. وعلى الدولة اتّخاذ 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 ثنائي 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 تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي. ملاحظة: لا ينطبق الفصل 49 إلا على شرط التزكية الوارد بالفصل 74.
الفصل 108	... يضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها.

3. ينطبق الفصل 49 على الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49 ذاته:

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 لفاقد السند، ولذوي الدخل المحدود.
39 لفصل	التعليم إلزامي إلى سن السادسة عشرة. تضمن الدولة الحق في التعليم العمومي المجاني بكامل مراحل.
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 مكّنها الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلقة بتنظيم الجمعيات مما يلي: " يمكن لكل جمعية أن تقوم بالحق الشخصي أو أن تمارس الدعوى المتعلقة بأفعال تدخل في إطار موضوعها وأهدافها المنصوص عليها في نظامها الأساسي ولا يمكن للجمعية إذا ارتكبت الأفعال ضد أشخاص معينين بذواتهم مباشرة هذه الدعوى إلا بتكليف كتابي صريح من الأشخاص المعنيين بالأمر".

ج- السلطة التشريعية التي تضع الضوابط المتعلقة بالحقوق والحرّيات. ولا بدّ في هذا الصدد من الإشارة إلى ضرورة إحداث آلية صلب مجلس نواب الشعب للتثبيت وقائما من احترام مشاريع القوانين لمقتضيات الفصل 49.

د- السلطة التنفيذية

- بصفتها مشاركة في الوظيفة التشريعية فهي التي تعدّ مشاريع القوانين.

- وبصفتها سلطة تنفيذية بإمكانها الحد من ممارسة الحقوق والحرّيات عبر سلطتها الترتيبية وصلاحياتها في مجال الضبط الإداري.

- ولا بدّ من إحداث آلية صلب رئاسة الحكومة للتثبيت وقائما من احترام مشاريع القوانين والمقررات الإدارية لمقتضيات الفصل 49.

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

و- السلط المحلية في إطار ممارستها لاختصاص الضبط الإداري.

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

ح- الموفق الإداري الذي أحدث بمقتضى الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ديسمبر/ كانون الأول 1992 والذي عهد إليه بالتوسط بين المواطن والإدارة لإيجاد الحلول للمسائل المشكّلة بينها.

ط- وبطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

السؤال السادس: ما هي مقتضيات تطبيق الفصل 49؟

1. التثبت من أنه وقع الحدّ من الحرية بمقتضى قانون. ولا بدّ أن يكون قانوناً أساسياً بما أنّ الفصل 65 من الدستور ينص على أنّ النصوص المتعلقة بالحرّيات وحقوق الإنسان تتخذ شكل قوانين أساسية. ولا بدّ أن يتوفر في القانون شرط الوضوح والمقروئية والدقّة.
2. التثبت بأنّه لا ينال من جوهر الحق والحرية المعنية:
 - وينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجة القضاء على الحرية تماماً كأن ينص قانون الجمعيات مثلاً على أنّ تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959).
 - كما يمكن أن نعتبر أن القانون ينال من جوهر الحق عندما يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية.
- وهذا ما يفسّر عدم انطباق هذا الشرط على الفصل 22 و الفصل 36 و الفصل 41 (فقرة 2 و 3) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة أو الملكية وعلى حرمان فئات من الحق النقابي وحق الإضراب.
- هذا الشرط هو الأول الذي أدرج في "مشروع الدستور الجمهورية التونسية" بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013 قبل إدراج شرط التناسب في الصيغة النهائية للدستور وإدراج شرط التناسب جعله غير ذي جدوى إذ أن كل حدّ ينال من جوهر الحق أو الحرية هو، بطبعه، غير متناسب.
3. التثبت من الوجود الفعلي لموجب الحدّ أي التثبت من أنّ ممارسة الحق تهدد فعلاً "حقوق الغير أو الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة" مع تأويل صارم و حالة بحالة لهذه المقتضيات العامة.
4. التثبت من وجود "ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية"

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

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

مثال 2: يمكن بسبب خطر داهم يهدّد الأمن العام تأجيل انتخابات لكن لا يمكن إلغائها لأنّ إلغاء الانتخابات نسف 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 استنتاجين 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 يجيز 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 اللغاني، سلوى الحمروني وسلسبيل القلبي، «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 58-31.

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

4 الفصل 6: الحق في الحياة.

الفصل 7: حظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة.

الفصل 8: الفقرة الأولى: "لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرق بجمع صورهما." الفقرة الثانية: "لا يجوز إخضاع أحد للعبودية.

الفصل 11: حظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي.

الفصل 15: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

الفصل 16: لكل إنسان، في كل مكان، الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية.

الفصل 18: لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في اظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر.

المرحلة	العناصر	الأستئلة	التعليق / المقترحات
الناظر الدستوري العام	شكل النص	قانون أساسي قانون عادي مرسوم <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	
	موضوع القانون (أو مشروع القانون)	ما هو المرجع الدستوري (ماهي الفصول التي تركزها)؟ هل تتعلق هذه الحقوق والحريات قيود خاصة في نص الدستور؟	
المتفق مع الاتراعات الدولية	الاتراعات الدولية في المجال	هل أن الحقوق والحريات المعنية مشمولة بعهادات صادقت عليها تونس؟ نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/>	
		ماهي؟ هل هناك تحفظات بشأنها؟ نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/>	
		ماهي؟ هل هناك إعلانات تأويل DECLARATIONS INTERPRETATIVES بشأنها؟ نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/>	

	<p>ماهي ماهي الاتزامات المحصورة على الدولة الترتيبية بمقتضاها؟</p>			
	<p>هل أن القانون يتلائم مع هذه الاتزامات الدولية؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/></p> <p>ماهي مواطن التناقض؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف ذلك؟</p>	<p>مدى احترام/ الانسجام مع الاتزامات الدولية المذكورة</p>		
	<p>هل هناك قوانين مرتبطة بهذا القانون أو يحيل إليها؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/></p> <p>نعم <input type="checkbox"/></p> <p>ما هي هذه القوانين؟</p> <p>هل هناك تناقض ما؟</p>	<p>التناسق مع القوانين (المحيط التشريعي)</p>		
	<p>في صورة نص تشريعي نافذ:</p> <p>هل هناك نصوص تطبيقية لهذا القانون؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/></p> <p>نعم <input type="checkbox"/></p> <p>ما هي هذه النصوص الترتيبية؟</p> <p>هل اكتفت بتطبيق النص أم تدخلت لتقييد الحق؟</p>	<p>التزويل التشريعي والخصوص التطبيقية</p>	<p>التدقيق في المظومة القانونية</p>	

	<p>في صورة مشروع قانون: هل يقتضي مشروع القانون إصدار نصوص تطبيقية؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>ما هي النصوص التطبيقية الضرورية لإصدارها؟ حدّد موضوعها ومجالها وعناصرها.</p>			
	<p>هل أنّ أحكام النص مصانغة بوضوح؟⁵</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>ما هي عيوب الصياغة في هذا النص خاصة في الرباط بالحقوق؟ كيف يمكن إصلاحها وما هي الصياغة المقترحة؟</p>	<p>إتاحة القانون للجميع (قابلية النص إلى أن يكون مفهومًا)</p>	<p>الثبت من وضوح النص (الصياغة)</p>	
	<p>ما هي مكتسبات الحق التي يُخشى التراجع عنها؟</p>	<p>مكتسبات الحق</p>		
	<p>ما هو النص (أو التصور) المرجح (ة) الذي سيتمّ الانطلاق منه (ل) لتحديد المكتسبات؟</p>			
	<p>قارن بين الحكم التشريعي والقاعدة المرجع للثبوت من: وجود تراجع ملموس في مستوى حماية الحق. لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>وجود تراجع في الضمانات لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>هل هناك مقتضيات مصالحة عادة تبرّر هذا التراجع؟</p>	<p>مدى التراجع عن المكتسبات</p>	<p>الثبت من احترام مبدأ عدم التراجع</p>	

5 تقترح هذه النقطة ويتم الرجوع إليها في كل مرة لإصلاح النص طبقًا لتتابع المراحل اللاحقة.

	<p>كيف تم تقييمه حقوق حماية لحقوق الغير (مداه potéc / مدة التمتع به)؟</p>		
	<p>من هو الغير المعني بالحماية: - هل هو فئة خاصة (فَصْر ...)) نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>ماهي أوجه الحماية (سلامة، أمن...؟) هل هو غير يدخل حقه في تصادم مع الحق موضوع التحديد بالتقانون؟ نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>ما هو حق / حقوق الغير المعنية بالحماية؟ فيم يتمثل التصادم بين الحق / الحقوق موضوع التحديد وحق الغير المحمي؟ ما هي المصلحة الأكثر أولوية: الحق موضوع التحديد أو حقوق الغير؟</p>	<p>حماية حقوق الغير</p>	<p>الثبت من موجبات التقييم (الضرورة: الهدف الذي يبرر الحد المفروض بالتقانون)</p>

	<p>أين يبرز التهديد للأمن العام المقصود التوقي منه عبر التقيد من الحق؟ فيم يتمثل؟ ١- هل يتعلق بحفظ النظام؟ نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/> ٢- هل يتعلق بالتوقي من الجريمة؟ نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/> ٣- هل يتعلق بالحماية ضد المخاطر التي تهدد الأشخاص: في أمنهم: نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/> في حياتهم: نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/> في حرمتهم الجسدية: نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/> في ممتلكاتهم: (أضرار جسيمة) نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>	مقتضيات الأمن العام	
	<p>كيف تم تقييم الحق / الحقوق حماية للأمن العام (نطاقه/ مده / portée / مدة التمتع به)؟</p>		

	<p>أين يبرز تهديد الدفاع الوطني المقصود الترتي منه عبر التقييد من الحق؟</p> <p>فيم يتمثل؟ بقاء الدولة</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>سلاستها الإقليمية</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>استقلالها السياسي</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>	<p>مقتضيات الدفاع الوطني</p>	
	<p>هل أن التهديد:</p> <p>١- يمكن الاحتجاج به لتقييد الحق / الحقوق (عام)</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>٢- لا يمكن الاحتجاج به لتقييد الحق / الحقوق (محلي أو معزول)</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>		
	<p>كيف تم تقييد الحق / الحقوق لحماية للدفاع الوطني (نطاقه/ مده</p> <p>portée / مدة التمتع به)؟</p>		

		أين يبرز تهديد النظام العام للصحة المقصود التوقي منه عبر التقييد من الحق؟			
		كيف تم تقييد الحق / الطوق حماية للصحة العامة (نطاقه / مده / portée / مدة التمتع به)؟			
		أين يبرز تهديد الآداب العامة المقصود التوقي منه عبر التقييد من الحق؟ قيم يتمثل؟			
		كيف تم تقييد الحق حماية للآداب العامة (مدة التمتع به)؟			
		هل يمسّ الإجراء من قسم المواطنين؟ لا نعم كيف؟			
		هل يمسّ الإجراء من إرادة الشعب؟ لا نعم كيف؟			
		هل يمسّ الإجراء من علوية القانون؟ لا نعم كيف؟			
		مقتضيات الصحة العامة			
		مقتضيات الآداب العامة			
		النسب من أنّ الحدود التي يضر بها القانون على الحرية أو الحق تعد ضرورة في دولة مدنية ديمقراطية			
		مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية			

	<p>هل يمسّ الإجراء من الأسس الجوهرية للمجتمع الذي نعيش فيه؟ حرية التعبير</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>التعددية</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>التسامح وروح الانفتاح</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>حقوق الأقليات</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>هل هناك رابط عضلي بين الهدف والإجراء؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>حلل العلاقة السببية بين الإجراء والغرض المنشود.</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>أبرز غياب العلاقة السببية بين الإجراء والغرض المنشود (غياب جلي للملاءمة)؟</p>	<p>قياس الملاءمة (التيب من أنّ الإجراء قادر على بلوغ الهدف المنشود)</p>	<p>التيب من احترام مبدأ التناسب (إجراء اختيار التناسب) هل أنّ الإجراء المنصوص عليه بالتفويض متناسب مع الهدف منه؟</p>

	<p>- هل أن الإجراءات يجب من الحق بأقل قدر ممكن؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>- هل يوجد إجراء أقل انتهاكا للحق من الإجراء التشريعي وبمعايير مماثلة في بلوغ الهدف؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>	<p>قياس الضرورة (الدأخلية) (التثبت من أن الإجراء ضروري لتحقيق الهدف المشروع)</p>	
	<p>هل أن الآثار الايجابية للتقييد:</p> <p>ثابتة <input type="checkbox"/></p> <p>محمولة <input type="checkbox"/></p>		
	<p>- هل أن الآثار السلبية أو مخاطر اطلاق الحق (دون تقييد):</p> <p>- هل أن الآثار السلبية للتقييد:</p> <p>ثابتة <input type="checkbox"/></p> <p>محمولة <input type="checkbox"/></p>	<p>قياس التناسب بالمعنى الضيق (الموازنة بين أهمية الهدف ودرجة/ خطورة التقييد)</p>	
	<p>- هل أن الفائدة من حماية الهدف المشروع:</p> <p>قوية بما فيه الكفاية <input type="checkbox"/></p> <p>طفيفة/ بسيطة لتبرير خطورة انتهاك الحق أو الحرية <input type="checkbox"/></p> <p>كيف ذلك؟</p>		

	<p>هل يؤدي التقييد إلى القضاء تماما على الحرية؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>هل يؤدي التقييد إلى حرمان فئة من الحقّ / الحرية بصفتها نهائية؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p> <p>بصفة مؤقتة؟</p>	<p>الثبت من عدم مساس الإجراء من جوهر الحقّ (الثبت من أنّ الإجراء لا يفرغ الحقّ من محتواه)</p>	<p>المساس بجوهر الحقّ</p>
	<p>هل أنّ التقييد يحرف الحقّ / الحرية؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		

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. ونبني مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حواراً بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

أين نعمل؟

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

<<https://www.idea.int/>>

أحدث الفصل 49 من الدستور تغييراً جذرياً في منظومة حماية حقوق الإنسان في تونس، إذ يكاد يكون المادة الجامعة الوحيدة في الدساتير العربية التي تضع الشروط والمعايير المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وضبط إطار لتدخل المشرع ومختلف السلط العمومية بالاستناد إلى مبدأ التناسب بين ضوابط تقييد الحقوق وموجباتها. فقد تم بمقتضى الفصل 49 دسترة مبدأ قانوني هام وهو مبدأ التناسب باعتباره منهجاً واختياراً من الضروري إعماله من قبل كافة المتدخلين في هذا المجال حتى تتم عقلنة هذا التدخل وضمان حماية أنجع وأدق للحقوق والحريات.

في هذا الإطار، تقدم المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات الدليل الموجه إلى السلطة التشريعية للمساهمة في إنارتها حول سبل إعمال الفصل 49 والتقيّد بمعايره عند أدائها للوظيفة التشريعية، لا سيما أن المشرّع يعتبر المعني الأول بأحكامه وشروطه.

ويبرز الدليل محورية الفصل 49 في العمل التشريعي بوصفه القاعدة المرجعية العليا للتشريع في مادة الحقوق والحريات التي ترسم للمشرّع الإطار الذي ينبغي عليه الالتزام به عند تنظيمه للحقوق والحريات، وكذلك بالنظر إلى المنهج العقلاني الذي يتبناه في معالجة الإشكاليات التي تواجه واضع التشريع في علاقة بممارسة الحقوق أو النفاذ إليها أو عند النزوع إلى الحد منها. ويرمي الدليل إلى وضع منوال عملي لتطبيق الفصل 49 والاستفادة منه عند وضع تشريعات تتضمن قيوداً على الحقوق والحريات في مختلف مراحل المسار التشريعي داخل البرلمان، من المبادرة إلى المصادقة، وذلك انطلاقاً من خصوصية موقع السلطة التشريعية في عملية بناء القوانين بين مقتضيات الدستورية ومقومات التشريع الجيد.

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

