المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات

م.د. خليل علي خليل
(دكتوراه في القانون العام/ القانون الإداري) (ماجستير في قانون حقوق الانسان)
المديرية العامة للتربية في محافظة كركوك

Principles governing the restriction of rights and freedoms

Dr.Khlil Ali Khlil
(PhD in Public Law Administrative Law) (Master's degree in Human Rights Law)
General Directorate of Education in Kirkuk Governorate

المستخلص: مثلما أن الحقوق والحريات ليست منحة يعطيها القائمون على السلطة للأفراد كما كانت قديماً أيام تسلط الأنظمة الحاكمة، فهي حق ملازم للصفة الإنسانية وأقدم من الدولة نفسها، بل وهي أحد أسباب قيام الدول ذاتها، وما دور القابضين على السلطة إلا تنظيمها دون المساس بجوهرها وضمن ضوابط محددة هي مبادئ تحكم تقييد الحقوق والحريات التي إطلاقها هو الأصل وتقييدها استثناء، وإن السلطات الحاكمة سوآء كانت تشريعية أم تنفيذية ليس لها أن تهدر أو تقييد الحقوق والحريات إلا بما يتوافق مع مبررات التقييد أو ما يمكن أن نسميه المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات. لذا على المشرع عند التدخل لتنظيم الحق أو الحرية أن يكون تدخله من أجل إعطائها مزيداً من الفعالية، وأن لا يؤدي تدخله التشريعي الى الانتقاص من الحق أو الحرية أو إهدارهما بالكلية، أو بأن يجعل ممارستهما شاقةً على الافراد، وأن لا يتعارض تقييد الحقوق والحريات مع نص صريح في الدستور ولا مع وروح الدستور ومقتضيات النظام الديمقراطي ومبدأ التناسب.

الكلمات المفتاحية: المبادئ، تقييد، الحقوق، الحريات، المشروعية، التناسب، الضرورة.

ABSTRACT

Just as rights and freedoms are not a gift granted by those in power to individuals, as they were in the past during the days of authoritarian regimes, they are a right inherent in human nature and predate the state itself. Indeed, they are one of the reasons for the existence of states themselves. The role of those in power is to regulate them without compromising their essence and within specific controls, which are principles governing the restriction of rights and freedoms, the absolute

nature of which is the norm and the restriction of which is the exception. Ruling authorities, whether legislative or executive, may not waive or restrict rights and freedoms except in accordance with the justifications for the restriction, or what we may call the principles governing the restriction of rights and freedoms. Therefore, when the legislator intervenes to regulate a right or freedom, his intervention must be to give it greater effectiveness. His legislative intervention must not lead to the infringement of the right or freedom or its complete squandering, or to make their exercise difficult for individuals. Furthermore, the restriction of rights and freedoms must not conflict with an explicit text in the constitution, the spirit of the constitution, the requirements of the democratic system, and the principle of proportionality.

Keywords: Principles, Restriction, Rights, Freedoms, Legitimacy, Proportionality, Necessity.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

يحكم تقييد الحقوق والحريات عدة مبادئ، وهي متباينة بين دولة وأخرى بحسب توجهها السياسي، الذي يكون له الأثر الكبير في رسم توجهها الدستوري، والذي يحوي على الحقوق والحريات ويحميها بالتوازن والتناسب مع المصلحة العامة.

وإن الحقوق والحريات وضماناتها جزءً لا يتجزأ من المقومات الضرورية التي يجب أن يتضمنها كل دستور ديمقراطي، حيث اكتست أهمية كبيرة على المستويين الوطني والدولي، ولها مكانة مهمة في النظم الديمقراطية المعاصرة، بل واصبحت حديثاً معياراً لتقييم ديمقراطية الدول وأنظمتها من عدمه، وعلى الرغم من أهمية الحقوق والحريات فأن ممارسة الفرد لها ليست مطلقة، بل محكومة بعدة مبررات تقيد الحقوق والحريات وهي: حماية النظام العام، وحماية الأمن والآداب العامتين، وحماية حقوق الأخرين، وكل ما يتفرع من تلك الأصول الثلاثة، وفي نفس الوقت فإن السلطات ليس لها تقييد الحقوق والحريات كيفما شاءت أو متى شاءت، فالتقييد يجب أن يكون متوافق مع مبررات ذلك التقييد والتي هي المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات.

ثانياً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في؛ أن الحاجة ملحة لتحديد الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ضوء مبدأ سيادة القانون وارتباطه بمفهوم الديمقراطية، فبسيادة الدستور تكفل الحقوق والحريات، ويعتبر موضوع تقييد الحقوق والحريات من المواضيع الحساسة، حيث يهتم العالم في الوقت الحالي بموضوع حقوق الانسان وحرياته اهتماماً كبيراً، فالدول اليوم عمومها قد ضَمَنت في دساتيرها الحقوق والحريات، إلا أن تلك الحقوق والحريات لا تزال تتعرض الى التقييد من قبل

السلطة الحاكمة، مما يجعل للمبادئ التي تحكم تقييد تلك الحقوق والحريات التواجد المُلِح والمهم الذي لابد منه.

ثالثاً: إشكاليات البحث:

تنشأ إشكالية بحثنا من عدة إشكاليات والتي مفادها؛

1. هل هناك مبادئ عامة محل اتفاق تحكم تقييد الحقوق والحريات؟ وهل كل الحقوق والحريات قابلة للتقييد أو حتى الإهدار؟
2. ما مدى فاعلية المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات من أجل احترامها وإشاعتها وعدم إهدارها؟

رابعاً: منهجية البحث:

انطلقنا في بحثنا بالاعتماد على المنهج التأصيلي؛ فقمنا باستقراء الأجزاء أو الحالات المتعددة والمتناثرة لنستدل منها على مبدأ عام يعمم على كل تلك الأجزاء أو الحالات باعتبار أن ما يسري على الجزء يسري على الكل، كذلك بالاعتماد المنهج التحليلي ومن ثم المنهج التطبيقي لنوضح ما تم استقرائه ولجعل من بلدنا العراق إنموذجاً للدراسة وجانباً عملياً لها.

خامساً: هيكلية البحث:

ومن أجل وضع خطة محكمة لتغطية كامل جوانب بحثنا والإشكاليات التي تم طرحها، وعلى ضوء المنهجية التي ارتأينا الاعتماد عليها؛ سنستهل موضوع بحثنا **(المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات)** بهيكلية نقسمها لثلاثة مباحث، وكما يلي:

المبحث الأول: مبدأ المشروعية.

المبحث الثاني: مبدأ التناسب.

المبحث الثالث: مبدأ الضرورة.

وأخيراً نختمُ بخاتمةٍ؛ نعرضُ فيها أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها، والتي على ضوئِها نقدمُ بعض المقترحات والتوصيات التي نراها ضرورية.

المبحث الأول
مبدأ المشروعية

يتحقق مبدأ المشروعية(*) كأحد المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات[1]: بان ينص الدستور على إمكانية التقييد، فلكي يكون غرض الإجراء التشريعي صحيحاً فهو يتطلب

*) المشروعية هي: اتفاق قرارات وتصرفات السلطة أو الحكومة مع أحكام الدستور ومقتضيات تحقيق العدالة. وهي مفهوم قانوني، فهي تأتي بمعنى خضوع قرارات وتصرفات جميع سلطات الدولة ومؤسساتها للقانون الذي يسري في الدولة.

أساس دستوري، وهذا الأساس إما ان يكون صريحاً أو ضمنياً في النص الدستوري[2]. وإن ورد هذا النص الدستوري الذي تحدثنا عنه أنفاً (أعلاه) فانه لا يجيز إهدار الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور وإفراغها من محتواها بتقييدها أو بالنص على ما يتعارض معها، وقد نص على ذلك الدستور العراقي النافذ ٢٠٠٥ في المادة (2/ ج): "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور".

إن مبدأ سيادة القانون[3] أصبح اليوم من أهم المبادئ التي تحكم المجتمع المعاصر، أياً كان مصدره ومستواه في النظام القانوني، ومقتضى هذا المبدأ التزام جميع أعضاء المجتمع وسلطات الدولة على حدٍ سوآء باحترام القانون كأساس لمشروعية الأعمال، إلا إن سيادة القانون لا تعني مجرد الالتزام باحترام أحكام القانون فقط، فمن حيث المضمون يجب أن يكفل القانون الحقوق والحريات، وإن هذا المضمون هو من أهم أسس سيادة القانون[4]. ويعد مبدأ المشروعية ضمانة حيوية لحماية الحريات لان الحرية هي برعاية سلطة القانون [5]. كما أن هذه الفكرة تدخل في عموم حقوق الانسان وحرياته، لأن هذا مبدأ المشروعية في أساسه وجوهره يهدف الى حماية حقوق الافراد وحرياتهم[6]. فالقانون ليس مجرد أداة لعمل أو سلطة الدولة، ولكنه أيضا الضمان الذي يكفل حقوق الأفراد في مواجهة الدولة ذاتها.

هذا وإنه عندما ينص الدستور على الحقوق والحريات فانه يسلك عدة أساليب في تنظيمها، وسنتحدث في مطلبين عن الاساليب التي اتبعتها الدساتير والمواثيق الدولية ليكون أولها

---

1) يمكن لنا أن نُعرف المبادئ التي تحكم تقييد الحقوق والحريات بأنها: "تلك القواعد والأُسس التي لا غنى عنها، عند تحجيم حقوق وحريات الأفراد وممارستهم لها من قبل سلطة مخولة بقانون أو بناءً عليه، لضمان تحقيق الأهداف والغايات التي بررت ذلك التحجيم".

2) د. عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية/ المجلد 8/ العدد 29، جامعة الشارقة، 2019، ص253.

3) ويطلق بعض الفقهاء على هذا "مبدأ المشروعية" اصطلاح "سيادة القانون" ويجعلونهما مترادفين وبمعنى واحد، بينما يرى آخرون ان الاصطلاحين غير متطابقين... ينظر: د. محمد يونس الصائغ، الديمقراطية وحقوق الانسان، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2012، ص180-181.

4) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص21.

5) د. ماهر صبري كاظم، حقوق الانسان والديمقراطية والحريات العامة، ط2، مطبعة الكتاب، بغداد، 2010، ص132.

6) د. نواف كنعان، حقوق الانسان في الاسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية،، ط2، اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، 2010، ص327.

الحقوق والحريات من دون الاشارة لقيود عليها، وثانيها الحقوق والحريات مع الاشارة لقيود عليها، وكما يلي:

المطلب الأول
الحقوق والحريات من دون الإشارة لقيود عليها

قد ينظم المشرع الدستوري بعض الحقوق والحريات تنظيماً كاملاً ونهائياً، وتسمى تلك الحقوق بـ"الحقوق المطلقة"[1]، حيث يمتنع على المشرع العادي أن يصدر بشأن تلك الحقوق والحريات أي تنظيم، ويمكن التعرف على هذه الحقوق والحريات عند إيرادها في المواد الدستورية بأنها لا تقترن بعبارات: "وفقاً للقانون، وينظم ذلك بقانون"، أو ينص الدستور على عدم المساس بها (الحق أو الحرية) بشكل صريح وواضح لا لبس فيه، وفي هذه الحالة لا يجوز للمشرع العادي ان يمس هذه الحق أو تلك الحرية، لان المشرع الدستوري فضل في هذه الطائفة من الحقوق والحريات أن لا يدع تنظيمها للمشرع العادي[2]، وذلك نظراً لأهميتها الذاتية واعتبارها ركيزة أساسية للحقوق والحريات الاخرى.

فـ"الحقوق المطلقة" لا يجوز تعطيلها أو الانتقاص منها أو حتى تقييدها، كونها تتعلق بمواضيع مهمة جداً كالحق في الحياة، والحق في الكرامة، والحق في المحاكمة العادلة، والحق في الحرمة الجسدية وغيرها من الحقوق الأخرى.

إلا إن عدم تقييد تلك الحقوق التي نظمتها الدساتير ينطبق في الظروف العادية، فقد يرد تقييدها في الظروف الاستثنائية شريطة أن ينص الدستور على تلك الإمكانية، ولكن الاعلانات والاتفاقية العالمية والإقليمية المتعلقة بحقوق الانسان تتفق فيما بينها على اعتبار أن أربعة من تلك الحقوق هي بمثابة "نواة صلبة" أو "نواة أساسية" لحقوق الانسان، فلا يحق للدول ان تعطل تلك الحقوق المحددة بعينها أبداً، والتي هي: "الحق في الحياة، الحق في عدم الخضوع للتعذيب، تحريم الرق والعبودية، وعدم رجعية القوانين الجزائية"، وإن اللجنة الخاصة بتطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تشير هنا الى مبدأ التناسب بين حالة الطوارئ وتعطيل الحقوق القابلة

---

[1]) يستند القائلين بضرورة الصفة المطلقة للحقوق والحريات الى نظرية "الأثر الفعّال للحقوق والحريات" والتي تستند الى شعار ان "الحرية هي الأصل والتقييد هو الاستثناء"، وأن هذا الاتجاه أعطى حكماً مطلقاً لكافة الحقوق الأساسية... بمعناه ينظر: عيد أحمد الحسبان، فعّالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع/ دارسة مقارنة، بحث مقدم لكلية الدارسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2011، ص454.

[2]) د. شالاو صباح عبدالرحمن، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة قه لاي زانت العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل – العراق، المجلد 4، العدد 2، 2019، ص5.

للمساس، وإضافة الى ما جاءت به في المادة (4)[1] من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966" والتي تجيز تعطيل عدد من الحقوق المعترف بها في أوقات الطوارئ، فان الحقوق والحريات المنصوص عليها في العهد ليست مطلقة حتى في الأوقات العادية، اذ يجيز العهد للدول الأطراف بشروط محددة وضع قيود على الحقوق المعترف بها، وتهدف هذه القيود الى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة ومصالحها المشتركة[2]. فالتعطيل لبعض الحقوق لا يجوز أبداً، وإنما للدولة في حالة الضرورة (الطوارئ) ان تقيدها وبشروط وضوابط قانونية منصوص عليها مسبقاً.

المطلب الثاني
الحقوق والحريات مع الإشارة لقيود عليها

لقد أجاز المشرع الدستوري للمشرع العادي في هذه الطائفة من الحقوق والحريات ان يتدخل، فعادةً تقترن هذه الحقوق والحريات بالعبارة الشائعة في الدساتير العربية: "وفقا للقانون، ينظم ذلك بقانون"[3]. ونجد مثالها في الدستور العراقي النافذ 2005 يكمن في المادة (41)[4] والتي ضمنت أن يكون العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية، وذلك حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم، وثم ذيلت تلك المادة بأن ينظم ذلك بقانون وهو ما نلاحظه على الدساتير حيث أن سمتها الغالبة هي الإحالة الى المشرع العادي لتنظيم غالبية الحقوق والحريات.

إن قاعدة خضوع بعض الحقوق للتقييد تُبنى على فكرة أساسية للفقيه الفرنسي "مونتسكيو" والتي مفادها: "إنه في دولة يحكمها القانون، ليست الحرية أن نعمل ما نريد بل الحرية هي حقنا في أن نعمل ما تسمح به القوانين"، فالحرية تتجسد في الحق الذي يملكه الإنسان في عدم

---

1) تنص المادة (4) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 على: "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... 3. على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فورا، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك. وعليها، في التاريخ الذي تنهى فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته".

2) د. محمد يوسف علوان و د. محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الانسان،ج1/ المصادر ووسائل الرقابة، دار الثقافة، ط1، الاردن، 2012، ص 128- 129.

3) د. شالاو صباح عبدالرحمن، مصدر سابق، ص7.

4) نصت المادة (41) من الدستور العراقي النافذ 2005 على: "العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون".

الامتثال لشيء آخر غير القانون، ويرى الفقيه "هوبز": "أن القانون لا يتعارض مع الحرية، بل هو إطار تنظيمي ضابط وضامن لها، ذلك أن الحرية خارج إطار الضوابط القانونية هي حرية سائبة ووهمية وقائمة على الأهواء والعدوان والوحشية"، وبناء على ذلك أوكِل للسلطة التشريعية اختصاص واسع لتحديد أو تقييد الحريات[1].

كما إن ضرورة التحديد أو التقييد للحقوق والحريات ينشأ لأجل التعايش بين عموم الحقوق والحريات المختلفة، حيث أنّ بعض الحقوق التي لا سبيل إلى المفاضلة بينها تدخل في حال عدم تنظيمها في تعارض واضح يعبر عنه في القانون الألماني بـ "التصادم بين الحقوق الأساسيّة"، بحيث يكون من المستحيل نفي أحد تلك الحقوق لصالح الحق الآخر، لذا يُفرض إيجاد طريقة للتوفيق بين تلك الحقوق، فمثلا حقّ "العامل في الإضراب" وحق "المنتفع بتلقي الخدمة العموميّة"، كيف التوفيق بينهما في ضل تعارض واضح؟ وكذلك كيف لنا التوفيق بين حقّ "الجنين في الحياة" وحقّ "المرأة الحامل في التصرّف في جسدها والقيام بعمليّة إجهاض"؟ وما السبيل إلى ضمان الحق في الحصول على المعلومة دون المساس بالحياة الخاصّة للأفراد وحرمتها؟ تضعنا هذه المفاضلات أمام قياس محرج إذا ما تمسّكنا بإطلاق كل حقّ في مواجهة الحق الآخر، ومن هنا يتأتى ضرورة أو لزوم الحد أو تقييد بعض تلك الحقوق لصالح الأخرى[2].

لقد نصت عموم الدساتير على إمكانية تقييد الحقوق والحريات، وللبحث في ذلك الموضوع فإنه توجد ثلاثة قيود وعادة تنتهجها المواثيق الدولية والدساتير المحلية، وهذا ما سنتناوله في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول
وضع قيود عامة لجملة من الحقوق والحريات القابلة للتقييد (التقييد العام)

يتمثل القيد العام في عدم وجود قيود خاصة نص عليها القانون ليصار بالرجوع إليها، ومثالها ما جاء في "الاعلان العالمي لحقوق الانسان" 1948 في المادة (29/ فق2 و3)[3] منه والتي نصت على: "2. لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقررها القانون مستهدفا منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي. 3. لا

1) عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية لحماية الحقوق والحريات، المحور الخامس من محاور الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، 2016/2015، ص 123 – 124.

2) خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات/ تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص9.

3) المادة (29/ فق2 و3) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.

يجوز في أي حال أن تمارس هذه الحقوق على نحو يناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها"[1]. كذلك ما نصت على القيد العام المادة (46)[2] من "الدستور العراقي 2005 النافذ" إلا أن ورود المادة (46) أنفة الذكر في الدستور العراقي وإن كانت تقييد عام فإن ذلك لا يسبغ على دستورنا النافذ أنه اعتمد التقييد العام كونه في نفس الوقت اعتمد في بعض المواد التي تضمنت الحقوق والحريات اسلوب التقييد الخاص أيضاً، كالمواد (15 و23) وغيرهن من المواد وهو ما سنتناوله تبعاً في الفرعين التاليين.

الفرع الثاني
وضع قيود خاصة بكل حق وحرية قابلة للتقييد (التقييد الخاص)

ان التقييد الخاص يختلف عن المنهج السابق (التقييد العام) كونه يضع قيوداً خاصة بكل حق أو حرية قابلة للتقييد، دون أن يكتفي أو يترك تنظيمها للقيود العامة، وقد اتبع "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" 1966 هذا المنهج، فنصت المادة (22/ فق1 و2)[3] منه على: "1- لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه. 2- لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق"، كذلك تبنت هذا المنهج ذاته "الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان 1950"[4]. كما أن الدساتير العالمية زاخرة بمثل هذا النوع من التقييد ومنا الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ وذلك في المادة (23)[5] منه، بالإضافة لغيرها

---

1) عبد المنعم كيوة، مصدر سابق، ص125.

2) تنص المادة (46) من دستور جمهورية العراقي لسنة 2005 على: "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية".

3) المادة (22/ فق1 و2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966.

4) عبد المنعم كيوة، مصدر سابق، ص126 وما بعدها.

5) تنص المادة (23) من دستور جمهورية العراقي لسنة 2005 على: "اولا: الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. ثانيا: لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون. ثالثا: أ- للعراقي الحق في التملك في اي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول، الا ما استثني بقانون. ب- يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني".

من المواد، إلا أن ورود المادة (46) من الدستور العراقي تضمنت تقييد عام مما ينتج عن ذلك أن لا يسبغ على دستورنا النافذ أنه اعتمد التقييد الخاص.

الفرع الثالث

الجمع بين القيود العامة والقيود الخاصة (التقييد المزدوج)

إن منهج التقييد المزدوج هو منهج يجمع بين المنهجين السابقين (التقييد العام والتقييد الخاص) في قانون واحد، اذ ينص على بعض القيود الخاصة لبعض الحقوق والحريات ويترك القيود العامة لباقي الحقوق والحريات، أو ينص على قيد عام يسري على جميع الحقوق والحريات بالرغم من نصه على قيد خاص يسري على بعضها وعلى وجه التحديد[1]. كما هو حال "الدستور العراقي لعام 2005" ففي المادة (15)[2] منه (على سبيل المثال لا الحصر) قد نص على قيود خاصة لبعض الحقوق والحريات وفي المادة (46)[3] منه جاء بالتقييد العام.

فإذا ما اطلعنا على الدستور العراقي 2005 النافذ نجد أن المشرع العراق قد تناول الحقوق والحريات في بابه الثاني والذي قسمه لفصلين، جعل أولهما للحقوق وقد قسمه هو الأخر إلى فرعين كان أولهما للحقوق المدنية والسياسية (14 – 21)، وثاني الفروع للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (22 – 36)، وجعل الفصل الثاني للحريات العامة (37 – 46)، وإن الدستور العراقي 2005 لم ينص صراحة على أن هناك حقوق وحريات غير قابلة للتدخل التشريعي، لان الدستور وضع قاعدة عامة لتقييد جميع الحقوق والحريات فيه من خلال مادته (46) والتي نصت على: "لا يكون تقييد ممارسة أيٍ من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناءً عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية". وفي دستور 2005 النافذ ذاته نص المشرع العراقي على أكثر من مادة واضعاً لها قيد خاص ومنها (على سبيل المثال) المادة (15) التي نصت على: "لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة"، فالمشرع الدستوري العراقي انتهج المنهج المختلط (التقييد المزدوج) لوضع القيود التي ترد على الحقوق والحريات، وذلك واضح في نص المادة (46)

1) عبد المنعم كيوة، مصدر سابق، ص126 وما بعدها.

2) تنص المادة (15) من دستور جمهورية العراقي لسنة 2005 على: "لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة".

3) تنص المادة (46) من دستور جمهورية العراقي لسنة 2005 على: "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية".

والمادة (15) من الدستور العراقي 2005 النافذ واللتان نص فيهما على قيود عامة وخاصة لبعض الحقوق والحريات.

وإذا ما أردنا التفصيل في الموضوع أكثر فإن القيود الواردة في الدستور العراقي 2005 النافذ بشكل عام جاءت على أشكال أو صور ثلاثة[1]:

1. الصورة الأولى: تحديد وتقييد للحقوق والحريات بموجب القانون أو الأمر القضائي: ومن أمثلتها حق الجنسية وحرمة المسكن وحق الملكية وحرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية أو الانضمام اليها، فنصت في المادة (39/ أولاً) من دستورنا الدائم على: "حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية أو الانضمام اليها مكفولة وينظم ذلك بقانون"، وقد ورد التقييد بموجب قانون وأمر قضائي معاً في المادة (15)[2] من الدستور، وهذه المواد بقرابة الخمس عشر مادة.
2. الصورة الثانية: تحديد وتقييد الحقوق والحريات بالنظام العام والآداب العامة: ومن أمثلتها ما نص عليه الدستور في المادة (38) منه: "تكفل الدولة، بما لا يخل بالنظام العام والآداب: أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل. ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر. ثالثاً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي...".
3. الصورة الثالثة: ففي هذه الصورة حدد وقيد المشرع الدستوري العراقي الحقوق والحريات بالنظام العام والآداب العامة وبالقرار القضائي في آن واحد: حيث نص في المادة (17)[3] منه على: "أولاً: لكل فردٍ الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة. ثانياً: حرمة المساكن مصونة، ولا يجوز دخولها او تفتيشها او التعرض لها الا بقرار قضائي، ووفقا للقانون".

إلا أن عبارة "النظام العام والآداب العامة" توحي للوهلة الأولى الى الأذهان بأنها تضييق على الحقوق والحريات تحت دعاية المصلحة العامة، فهل أن عبارة "النظام العام والآداب العامة" المقصود بها المعنى الديني أم الاجتماعي، وهل هي ثابتة أم متغيرة؟ وللإجابة على هذه

---

[1]) بتصرف، ينظر: إياد خلف محمد جويعد وايمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، بحث منشور، د.ن، د.ت.، ص3.

2) تنص المادة (15) من دستور جمهورية العراقي لسنة 2005 على: "لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة".

3) في هذه المادة (17) الدستورية ضمن المشرع العراقي صورتين من صور التقييد، فجاء في فقرته الأولى "بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة". وأما فقرته الثانية فقيدت "بقرارٍ قضائي، ووفقاً للقانون".

التساؤل: أبدت "المحكمة الاتحادية العليا" العراقية موقفها بخصوص هذا الشأن من خلال قرارها التفسيري ذي الرقم: (63/ اتحادية/ تمييز/ 2012)[1] والذي جاء فيه: "إن مفهوم النظام العام والآداب العامة فكرة عامة تحددها في كثير من المواضيع النصوص القانونية... فاذا ما أريد معرفة هل هناك مخالفة للنظام العام والآداب العامة فانه يلزم الرجوع الى التشريعات كافة، فاذا لم يوجد نص، يقتضي الرجوع الى القضاء وهو الذي يقرر، وذلك في ضوء القواعد المجتمعية التي توافق عليها أفراد المجتمع في زمان ومكان معينين، لان مفاهيم النظام العام والآداب العامة تختلف زماناً ومكاناً".

المبحث الثاني
مبدأ التناسب

في الأصل إن حرية الإنسان مقيدة بعدم المساس بحرية الآخرين[2] فحرية أي شخص تنتهي حيث تبدأ حرية الآخر، فإذا أتسمت تصرفاته بالخطورة أو تسببت في أذية الآخرين فإن على السلطة التدخل لتقييدها وإيقاف الأخر مخترقها عند حده[3]، لكن في الوقت نفسه يقتضي أن تكون تصرفات الإدارة الساعية من ورائها لتحقيق هذه الغاية خاضعة لقواعد المشروعية، لذلك فأن تقييد الحقوق والحريات في الواقع تعد مشكلة كبيرة ومعقدة وتدخل بمجال التعارض بين متطلبات الإدارة الحديثة والحفاظ على النظام العام من جهة، وبين متطلب الاحترام الواجب للحقوق والحريات العامة من جهة أخر[4].

هذا وإن مبدأ التناسب من المبادئ الدستورية العامة والمهمة، وذلك لعدة أسباب[5]:

---

1) قرار "المحكمة الاتحادية العليا" العراقية المرقم: (63/ اتحادية/ تمييز/ 2012 في 6/ 6/ 2012).

2) سبق وان أشرنا إلى ما ذهب إليه أنصار نظرية "الأثر الفعّال للحقوق والحريات" التي تستند الى ان الحرية هي الأصل، والتقييد هو الاستثناء، وأن هذا الاتجاه أعطى حكماً مطلقاً لكافة الحقوق الأساسية، وبالتالي نرى انه جانب الصواب؛ وذلك لأنه هناك حقوقاً تحتاج لتدخل الدولة لتفعيل أثرها. بينما نرى أن الجانب الآخر من الفقه قد بنى رأيه واستند على فكرة "الشخصية في الحقوق الأساسية"، وهذه الفكرة تفرض على الدولة واجب التدخل من أجل تأسيس الحماية للحقوق التي ترتب أثراً مباشراً على المنظومة القانونية، وذلك من خلال ما يصطلح على تسميته في الدراسات الدستورية نظرية الضمانات للحقوق الأساسية... ينظر: عيد أحمد الحسبان، مصدر سابق، ص454.

3) ان التعسف في استعمال الحق هو استخدام حق مشروع لكن المشكلة تكمن في تجاوز حدود ذلك الحق، وهو ما يمكن أن نجده يتوافق معناه مع مضمون حديث النبي محمد صلى الله عليه وسلم المشهور: "لا ضرر ولا ضرار" والذي رواه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده.

4) ينظر: خالد الماجري، مصدر سابق، ص 95 وما بعدها.

5) د. عصام سعيد عبد العبيدي، مصدر سابق، ص230.

1. أن مبدأ التناسب يضبط عملية التقييد التشريعي للحقوق والحريات الدستورية، فالمشرع يملك سلطة تقديرية قائمة ابتداءً لغرض تنظيم الحقوق الدستورية وتقييدها وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة الدافعة لإصدار ذلك التشريع، لذا فان هذا التنظيم أو التقييد لابد أن تحكمه ضوابط موضوعية، وذلك لكي لا تتحول السلطة التقديرية للمشرع الى سلطة مطلقة وتحكمية.
2. ان القضاء الدستوري هو المسؤول عن رقابة التناسب من خلال وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين، وعند قيامه بهذه الرقابة فانه يتصدى للتناسب بين محل التشريع وغرضه دون التعرض للتناسب بين محل التشريع وسببه.

واذا كانت غالب الحقوق والحريات الأساسية هي قيود ترد على السلطة العامة، فإن بعض الحقوق الأساسية تعد قيوداً على الأشخاص الآخرين أيضاً كالحق في الكرامة الإنسانية، كذلك من الأمثلة بهذا الخصوص حق العامل في العمل، ففي بعض النظم الدستورية كألمانيا مثلاً يمنع عزل العمال في الشركات الصغيرة، وتنظم عملية عزل العمال في الشركات الأخرى، وذلك من خلال إحاطتها بضمانات قانونية تجد أساسها في الأثر الفعال لحق العمل كحق أساسي على السلطة التقديرية للمشرع عند تنظيمه للعلاقات المنبثقة والناشئة عن عقد العمل، فيتوجب على الإدارة حماية حق العمل وحرية المهنة من تعسف أرباب العمل أثناء لجوئهم لعزل العمال، وقد أكدت على ذلك "المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية" بمناسبة دعوى دستورية احتياطية[1].

وفي معظم الأنظمة الديمقراطية قد حصل المشرع العادي من قبل المشرع الدستوري على تفويض (دستوري) بتنظيم الحقوق والحريات القابلة للتنظيم، ولكن ذلك التفويض مشروط بعدة شروط[2]:

1. أن لا يؤدي ذلك التدخل التشريعي الى الانتقاص من الحق أو الحرية دون أسس دستورية.
2. أن لا يؤدي التدخل التشريعي الى إهدار الحقوق والحريات إهداراً تاماً.
3. أن لا يفرض ذلك التدخل على الحقوق والحريات قيوداً تجعل ممارستها شاقةً على الافرادِ.
4. يجب أن يقف المشرع العادي في تنظيمه للحقوق والحريات عند تنظيمها الذي يسمح لكل فرد باستعمال الحرية على أن لا يتعارض مع استخدام الأخرين لنفس الحق، وأن يراعي مقتضيات المصلحة العامة في ذلك التنظيم.

1) عيد أحمد الحسبان، مصدر سابق، ص455 وما بعدها.

2) ينظر: خالد الماجري، مصدر سابق، ص 95 وما بعدها.

وقد ادخل الفقه الفرنسي ثلاث "قواعد أساسية" تحكم تدخل الإدارة في ممارستها للحريات العامة، ما يهمنا منها في حدود موضوعنا هي قاعدة "التناسب"، فعند وجود حرية يكفلها القانون لا يجوز لتدخل الإدارة أن يحرم الفرد منها أي إهدارها من أجل تدارك خطر حقيقي، ولكن إذا كان الخطر جسيماً كان للسلطة أن تحد من الحرية بقدر اكبر، وعناصر التناسب الواجب اعتمادها بين الحرية والتنظيم تحدد تبعاً لخطورة الاضطراب ولأهمية الحرية وقيمتها القانونية ولجسامة الاعتداء على تلك الحرية[1]. فقد يتطلب التوازن بين الحقوق والحريات العامة من جهة والمصلحة العامة من جهة اخرى إعطاء تفوق للمصلحة العامة، وقد عبر عن ذلك العميد "رفييرو" في قوله: "القضاء حين أكد بكل قوة مبدأ المساواة، قد أعطى الأولوية للاهتمام بالمحافظة على المصلحة العامة"[2].

فلابد ان يتوافر في التشريع المنظم للحرية والضابط لحدودها، ولكل من السلطة والفرد بعض الشروط المهمة والتي يمكن لنا أن نوجزها[3]:

1. أن يكون التشريع المنظم لتلك الحرية قائم على أسس دعمها وكفالتها، لا أن يقوم على الحد منها أو القضاء عليها.
2. أن يكون التشريع المنظم للحرية مقرراً وضامناً لها، ولردعاً لأي اعتداء أو انتهاك قد يطالها.

هذا وإن الحديث عن مبدأ التناسب يستلزم منا الحديث عن التعامل الفقهي والقضائي والإداري مع إعمال ذلك المبدئ عند تقييد الحقوق والحريات، لذا سنقسم مبحثنا هذا إلى ثلاثة مطالب؛ نعرض من خلالها المعيار الفقهي لإعمال مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات وذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسيكون للحديث عن المعيار القضائي لإعمال مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات، أما ثالث المطالب فنتحدث فيه عن معيار الإدارة لإعمال مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات، وكما يلي:

المطلب الأول

المعيار الفقهي لإعمال مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات

ليس هناك محل إجماع بين الفقهاء حول التعامل مع كيفية إعمال مبدأ "التناسب" عند تقييد الحقوق والحريات، فهم متباينين ما بين الشدة واللين من حيث القيود، ويمكن لنا أن نورد بعض أراء الفقهاء العرب حول هذا الموضوع، وكما هو أتٍ:

1) إياد خلف محمد جويعد وأخرون، مصدر سابق، ص7- 8.

2) د. أحمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص134 وما بعدها.

3) إياد خلف محمد جويعد وأخرون، مصدر سابق، ص6- 7.

لقد ذهب الفقيه "عبدالرزاق السنهوري" إلى تحديد سلطة المشرع في ذلك ووصفها بأنها "تقديرية"، فتحدث عن شرط ان لا ينحرف المشرع عن الغرض الذي قصده الدستور والمتمثل في كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية، وإلا كان المشرع امام إساءة استخدام هذه السلطة التي خول بها، فبخلاف الموضوعية يكون التنظيم غير محقق لغاية المشرع[1]. كما ذهب الدكتور "محمد عصفور" إلى قريب مما ذهب إليه الفقه "السنهوري" حيث قال؛ "أن حرية الفرد تمثل قيداً على السلطة، تتسع رقعتها بانكماش رقعة سلطان الحكم، لذا كان لزاماً توفير التوازن بينهما وكفالة الطرف الأضعف وتوفير الضمانات له"[2].

وفي محاولة لوضع معيار أخر من قبل الفقه فقد ذهب الدكتور "وجدي ثابت غيربال" بالاستناد إلى المادة (5) من "اعلان حقوق الانسان والمواطن"، والتي نصت على: "ليس للقانون حق في أن يحرّم شيئا إلا التصرفات الضارة بالمجتمع وكل ما لا يحرمه القانون يكون مباحاً، وما لا يأمر به القانون فلا يجوز جبر احد على إتيانه"[3]، والسؤال الذي يتبادر هنا هو: ما هو معيار الاضرار بالمجتمع؟ فيجيب الدكتور "وجدي"؛ إن المشرع ملزم بتحقيق المفهوم الديمقراطي للحقوق والحريات، اذ يجب الالتزام بالمفهوم الديمقراطي للحقوق والحريات، كما وضع الدكتور "عبدالحميد متولي" معياراً يرى انه فاصلاً لذلك، اذ يقول: "ان سلطة المشرع هي سلطة تقديرية، ولكن لا يرد عليها سوى قيد واحد عند تنظيمه لحرية أو لحق معين، وهو عدم إهدارها أو إلغائها كلية"[4].

وبالرجوع الى التطبيقات الدستورية يمكن ان نحدد بشكل عام القيود أو المحددات الواردة على السلطة التقديرية للمشرع العادي وهي[5]:

1. عدم المساس أو النيل من جوهر الحق أو الحرية، مثل ما جاء في (م46)، ويكون ذلك بـ:
   أ- أن لا يصل تنظيم المشرع الى حد الإهدار أو المصادرة الكلية للحق أو الحرية.
   ب- لا يفرض قيوداً على الحق أو الحرية تؤدي الى جعل ممارستهن أمراً شاقاً على الافراد.
   ج- أن لا ينتقص من اصل الحق أو الحرية.

---

1) د. شالاو صباح عبدالرحمن، المصدر السابق، ص19.

2) د. محمد عبدالله محمد الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون والشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، د.ت، ص377.

3) المادة (5) من "اعلان حقوق الانسان والمواطن 1789".

4) د. شالاو صباح عبدالرحمن، المصدر السابق، ص19 وما بعدها.

5) د. محمد عبدالله محمد الركن، مصدر سابق، ص403- 404.

د- أن تكون الضوابط في حدودها الموضوعية.

2. احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها، فالتناسب المطلوب يجب ان يتوفر بين التنظيم والغاية منه.

المطلب الثاني

المعيار القضائي لإعمال مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات

وضع القضاء الدستوري ضوابط للتمييز بين ما يعد تنظيماً للحقوق والحريات الدستورية وبين ما لا يعد كذلك، وقد وضع "المجلس الدستوري" الفرنسي ضابطين في ذلك، وهما:

1. أن يكون تدخل المشرع لتنظيم الحق أو الحرية بهدف إعطائها مزيداً من الفعالية أو التوفيق بينها وبين القواعد والمبادئ الدستورية الاخرى.
2. أن يكون تدخل المشرع في تعديل القوانين النافذة والمنظمة للحقوق والحريات الدستورية مقيداً، فتتوفر فيه على الأقل ضمانات تعادل الضمانات الموجودة في القانون القديم.

المطلب الثالث

معيار الإدارة لإعمال مبدأ التناسب عند تقييد الحقوق والحريات

إن الحرية هي القاعدة ووضع قيود عليها هو الاستثناء، فكل ما لا يمنعه القانون الجزائي فهو مشروع، ومن الحريات الخاضعة لهذا النظام في الأنظمة الديمقراطية "حرية ممارسة الشعائر الدينية" التي لا تحتاج ممارستها للقيام بإجراءات، لكن ممارستها بطريقة مخالفة للأمن العام والآداب العامة يفتح الباب للمسائلة القضائية، فيمكن للإدارة أن تتدخل في مسالة تنظيم ممارسة الحريات العامة وفقاً لوسائل تحدد بموجب الدستور والقانون، كونها تعد من أهم أساليب الضبط الإداري وأقدرها في حماية النظام العام سوآء اتخذت من خلال القرارات الإدارية التنظيمية أم الفردية، وتتخذ هذه القرارات مظاهر عدة في تقييدها لنشاط الأفراد، وهي[1]:

1. تنظيم النشاط: قد لا تتضمن القرارات الإدارية على منع نشاط معين أو اشتراط الحصول على أذن مسبق أو الأخطار عنه، وإنما تكتفي بتنظيم ذلك النشاط وكيفية ممارسته، ومثاله تحديد سرعة المركبات في الطرق العامة.
2. التصريح المسبق: إن نظام التصريح المسبق يفرض على الفرد أو مجموعة الأفراد التقدم بإعلام الإدارة مسبقاً بممارسة نشاط معين أو حرية معينة، وفي جميع الأحوال ليس للإدارة

[1]) إياد خلف محمد جويعد وأخرون، مصدر سابق، ص8 وما بعدها.

أن ترخص أو ترفض الترخيص ويبقى دورها عند حدود العلم دون المنع، إلا حين يشكل ذلك النشاط إخلالا بالأمن العام أو النظام العام.

3. الترخيص المسبق: ففي إطار هذا نظام لا يسمح للأفراد بممارسة حرية معينة إلا بعد تقديم طلب للإدارة مسبق للحصول منها على إجازة بذلك، كطلب الحصول على إجازة سوق.
4. المنع؛ يقصد بالمنع أن تتضمن لوائح الضبط منع مزاولة نشاط محدد منعاً كلياً أو جزئياً، والأصل أن لا يتم الحظر المطلق لأي نشاط ما، إلا إذا شكل ذلك النشاط إخلالاً بالنظام العام، كمنع إنشاء مساكن للبغاء،
5. إستخدام القوة المادية: وتعد هذه الوسيلة أكثر وسائل الضبط شدة وعنفاً ولا يخفى ما لذلك من خطورة على حقوق الأفراد وحريتهم، ولا يصار إلى ذلك الإسلوب إلا إذا لم يوجد أسلوب أخر لتحقيقه، كما يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في حالة الضرورة، فالدولة قد تمر بظروف استثنائية قد تهدد كيانها ووجودها، مما تضطر لذلك التقييد وعلى بعض الحقوق والحريات دون أن تمسها جميعها، ولنا خير مثال: ما شهده العالم أمس من انتشار جائحة كورونا المستجد (كوفيد 19)، لكن يشترط في جميع الحالات أن يكون استخدام القوة المادية متناسباً مع جسامة الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له النظام العام، فلا يجوز مثلاً لرجال الأمن أن يستخدموا إطلاق النار لتفريق تظاهرة في الوقت الذي كان استخدام الغاز المسيل للدموع أو خراطيم المياه كافياً لتحقيق هذا الغرض.

المبحث الثالث
مبدأ الضرورة (الظروف الاستثنائية)

لما كانت السلطة التنفيذية مقيدة تقييداً لا مفر منه بالنصوص القانونية التي تلزمها إيلاء الحقوق والحريات المنزلة الأولى في الاهتمام فان هذا القيد ينكسر في الظروف الاستثنائية، وتجد السلطة ما يبرر لها انتهاك هذه الحقوق والحريات، ناهيك عن عدم فعالية السلطة التشريعية والسلطة القضائية الشبه المعطلتين خارج بودقة الظرف الاستثنائي، الذي تتحرك فيه السلطة التنفيذية من دون رادع أو رقيب[1]. ولتسليط الضوء أكثر على الضرورة كمبدأ يحكم تقييد الحقوق

[1]) علي مجيد حسون العكيدي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2014، ص2.

والحريات، يلزمنا تقسيم المبحث إلى مطلبين، يكون أولها لتوضيح الضرورة كمبدأ في تقييد الحقوق والحريات، أما ثانيها فلتنظيم الحقوق والحريات في الأوضاع غير العادية، وكما يلي:

المطلب الأول
الضرورة كمبدأ في تقييد الحقوق والحريات

تؤدي حالة الضرورة (الظروف الاستثنائية) التي قد تحدث في دولة ما الى تقييد الحقوق والحريات بشكل أوسع مما عليه في الأوضاع العادية، ولكن هذا التقييد لا ينبغي ان يكون مطلقاً، بل يجب ان يتناسب مع الحالة الاستثنائية التي يمر بها البلد، أي يجب ان يراعى مبدأ التناسب، والذي يقضي ان يتناسب التدبير في التقييد مع الوضع الواقعي الذي حصل في الدولة والغرض الشرعي الذي يمثل معياراً لتحديد هذه الحدود[1].

الا انه هناك عدد من الحقوق في القانون الدولي لا يجوز وقف العمل بها مطلقاً حتى خلال حالات الطوارئ، فوفقاً للمادة (4)[2] من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966"، لا يجوز اتخاذ تدابير طارئة تستلزم الانتقاص من حقوق الإنسان إلا في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة وفي أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع والمعلن قيامها رسمياً وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس...[3].

وإذا ما تتبعنا الدساتير وخاصة العربية منها نجدها كلها أهملت التعرض في صلب الدستور لمسألة تنظيم تقييد الحقوق والحريات في الحالات الطارئة، باستثناء دستور المملكة المغربية لسنة 2011[4].

المطلب الثاني
تنظيم الحقوق والحريات في الأوضاع غير العادية

1) خالد الماجري، مصدر سابق، ص80 وما بعدها.

2) تنص المادة (4) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 على: "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... 3. على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فورا، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك والتاريخ الذي تنهي فيه...".

3) إياد خلف محمد جويعد وأخرون، مصدر سابق، ص4.

4) د. شالاو صباح عبدالرحمن، مصدر سابق، ص12 – 13.

سيتم في هذا المطلب معالجة تنظيم الحريات العامة في الظروف الاستثنائية من خلال فرعين، الأول منها للحديث عن شرط تحقق الظروف الاستثنائية والنظام القانوني لإعلانها، وصولاً إلى الحديث عن القيود الواردة على السلطات العامة عند إعلان حالة الطوارئ كونها بحد ذاتها قيود لصالح الحقوق والحريات وذلك في الفرع الثاني، وكما يلي:

الفرع الأول
تحقق الظروف الاستثنائية والنظام القانوني لإعلانها في العراق

أولاً: تحقق حصول ظروف استثنائي:

قد تطرأ ظروف (استثنائية) تهدد سلامة الدولة كالحروب والكوارث الطبيعية، وتجعل الدولة عاجزة حماية النظام العام باستخدام القواعد والإجراءات التي تحكم الظروف العادية، ففي هذه الحالة لابد أن تتسع سلطات هيئات الضبط لمواجهة هذه الظروف من خلال تمكينها من اتخاذ إجراءات سريعة وحازمة لمواجهة الظرف الاستثنائي، مع ملاحظة أن الظرف الاستثنائي أياً كانت صورته نزاعاً مسلحاً أم كارثة طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق[1].

ثانياً: النظام القانوني لإعلان حالة الطوارئ في العراق:

لما كان من شأن الظروف الاستثنائية المساس المباشر بالحقوق والحريات التي كفلها القانون، فلابد إذن للمشرع من أن يتدخل بتحديد ما إذا كانت تلك الظرف استثنائيا أم لا، واذا لم تنظم حالة الطوارئ في الدستور فقد يحيل المشرع الدستوري تنظيمها الى قانون العادي، وقد نص الدستور العراقي لسنة 2005 على تنظيم حالة الطوارئ في المادة (61/ تاسعا)[2] منه، كما نظمها "أمر الدفاع عن السلامة الوطنية" رقم: (١ لسنة ٢٠٠٤)، إلا أننا نجد من خلال قراءة النصين الدستوري (61/ تاسعاً) والتي جاء فيها: "...لا يجوز إعلان حالة الطوارئ إلا بالموافقة على ذلك بأغلبية الثلثين لأعضاء البرلمان، وبناءً على طلبٍ مشترك من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء..." والمادة (1) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة 2004 التي

1) إياد خلف محمد جويعد وأخرون، مصدر سابق، ص11 وما بعدها.

2) تنص المادة (61/ تاسعاً) من دستور جمهورية العراق 2005 النافذ على: "أ- الموافقة على اعلان الحرب وحالة الطوارئ باغلبية الثلثين، بناءا على طلب مشترك من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء. ب- تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوما قابلة للتمديد، وبموافقة عليها في كل مرة. ج- يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من ادارة شؤون البلاد في اثناء مدة اعلان الحرب وحالة الطوارئ، وتنظم هذه الصلاحيات بقانون، بما لا يتعارض مع الدستور. د- يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب، الاجراءات المتخذة والنتائج، في اثناء مدة اعلان الحرب وحالة الطوارئ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انتهائها".

جاء فيها الحديث عن إعلان حالة الطوارئ: "لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ" أن هناك تناقض واضح من حيث إعلان حالة الطوارئ، الأمر الذي يجعل من المادة الأولى من القانون مخالفة للدستور العراقي 2005 النافذ.

الفرع الثاني

القيود الواردة على السلطات العامة عند إعلان حالة الطوارئ

إن القيود الواردة على سلطات العامة تختلف من دولة إلى أخرى عند إعلان حالة الطوارئ، ففي العراق نص "أمر الدفاع عن السلامة الوطنية" رقم: (١ لسنة ٢٠٠٤) على جملة من القيود التي ترد على الصلاحيات الاستثنائية التي منحت لرئيس مجلس الوزراء عند إعلان حالة الطوارئ، وأهمها[1]:

1. لا يجوز لرئيس الوزراء (رئيس مجلس الوزراء) فرض حضر التجوال إلا لفترة قصيرة ومحددة على المنطقة التي تنطبق عليها شروط إعلان حالة الطوارئ[2].
2. لا يجوز فرض قيود على وسائل النقل والمواصلات البرية والجوية والمائية إلا في مناطق محددة ولفترة محددة[3].
3. لا يجوز لرئيس الوزراء إلغاء قانون إدارة الدولة للفترة الانتقالية (الدستور) النافذ كلياً أو جزئياً، ولا يجوز له فرض عقوبات جزائية[4].
4. لا يجوز استخدام أي مادة من هذا الأمر لتعطيل الانتخابات في المدة المحددة في الدستور[5].

الخاتمة

لا تقوم الانظمة الديمقراطية الحديثة اليوم بغير حماية الحقوق والحريات، ولا تقييد الحقوق والحريات في تلك الأنظمة بطريقة عبثيةً، كون التقييد محكوم بمبادئ لابد منها، فليس للسلطة التشريعية أن تذهب أبعد من تنظيم الحريات دون أن يصل ذلك التقييد هدرها، أو أن تقوم السلطة التنفيذية بحجة حماية ما يعد مبرر للتقييد فتصادر الحقوق والحريات أو تقيد ما لا ضرورة لتقييده تحت حجة المحافظة على النظام العام والآداب العامة التي هي في نفس الوقت شيء حضاري

1) إياد خلف محمد جويعد وأخرون، مصدر سابق، ص11 وما بعدها.
2) المادة (3/ ثانياً) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة 2004.
3) المادة (3/ خامساً) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة 2004.
4) المادة (11) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة 2004.
5) المادة (12) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية لسنة 2004.

يتطلب منا الوقوف بجانبه جميعاً، إلا أن اتخاذهما كذريعة ترتكز عليها سلطة الإدارة لكبح الحريات هو غير مقبول على وفق مبادئ الديمقراطية التي يجب على السلطة أن تتمسك بها لتحافظ على مشروعيتها[1]، فعمل سلطات الدولة محكوم بمبادئ يجب أن تراعيها عند تقييد الحقوق والحريات لمنع المساس بجوهر الحق أو الحرية.

وفي ختام بحثنا توصلنا الى عدة استنتاجات نذكر أهمها، ومن ثم ندون بعض التوصيات التي نعتقد أنها ضرورية في مجال تنظيم وتقييد الحقوق والحريات:

الاستنتاجات:

1. إن تقييد الحقوق والحريات محكوم بمبادئ كفيلة بالمحافظة على الحقوق والحريات.
2. إن تقرير الحقوق والحريات العامة بنصوص في صلب الوثيقة الدستورية يسبغ عليها، الأمر الذي يحول دون تلاعب السلطات في الدولة فيها من خلال تقييدها أو مصادرتها، ومن ثم يعد كل تشريع يتعارض مع ما نص عليه الدستور من حقوق وحريات غير دستوري وواجب الإلغاء.
3. أن فرض القيود على على بعض الحقوق والحريات لا يعد انتقاصاً لها، بل قد يكون ضمانة لحقوق أخرى أحياناً.
4. مثلما أن التقييد يرد على الحقوق والحريات، فإنه يرد على السلطة التي تنظم الحقوق والحريات.
5. اخذ الدستور العراقي بالنوع المختلط (المزدوج) بالنسبة لتقييد الحقوق والحريات، فأورد قيد عام على الحقوق والحريات جميعها، وقيود خاصة على بعض الحقوق والحريات.
6. من خلال ما جاء في (م46) من الدستور العراقي، يفهم ان المشرع الدستوري قد منح السلطة التنفيذية الحق في تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة فيه، في الوقت الذي يجب أن لا يملك الحق في ذلك سوى ممثل الإرادة العامة للشعب، وهو السلطة التشريعية المنتخبة.

---

1) تذكر كتب التاريخ أن عاملاً للخليفة الأموي "عمر بن عبدالعزيز" كتب له رسالة ذكر فيها: "أما بعد فان أناساً من قبلنا لا يؤدون ما عليهم من خراج حتى يمسهم العذاب"، حيث اراد بذلك العامل استيفاء حق الدولة المالي بعمل مادي يمس الحرية الجسدية للأشخاص الممتنعين عن أداء ما عليهم من التزامات للدولة، فما كان من الخليفة إلا أن رد عليه كتابياً: "فالعجب كل العجب من استئذانك إيّاي في عذاب البشر كأني جُنةٌ لك من عذاب الله، وكأن رضاي يجنبك من سخط الله، إذا أتاك كتابي هذا فمن أعطاك ما قبله عفواً وإلا فأخلفه، فو الله لئن يلقوا الله بخطاياهم أحب إليّ من أن ألقاه بعذابهم". ينظر: د. محمد عبدالله محمد الركن، مصدر سابق، ص375.

7. هناك تناقض واضح من حيث إعلان حالة الطوارئ ما بين الدستور العراقي لعام 2005 النافذ وبين أمر الدفاع عن السلامة الوطنية 2004، فبينما ينص الدستور في المادة (61/ تاسعا) منه على انه لا يجوز إعلان حالة الطوارئ إلا بالموافقة على ذلك بأغلبية الثلثين لأعضاء البرلمان بناءً على طلبٍ مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء. بينما نجد أن أمر الدفاع عن السلامة الوطنية 2004 قد خول رئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ.

التوصيات:

نوصي المشرع العراقي ببعض التوصيات والتي نراها ضرورية من خلال ما تم عرضه في البحث ومن خلال ما توصلنا إليه من أهم الاستنتاجات:

1. نوصي المشرع الدستوري بتعديل المادة (46) من الدستور العراقي لعام 2005 النافذ، بحيث يمنع تخويل سلطة الإدارة بتشريع قوانين تنظيمية تخص تقييد الحقوق والحريات، كون هذه الحقوق والحريات هي لمواجهة الإدارة فلا يجوز لها تنظيمها، وحصر ذلك بقانون يصدر من السلطة المنتخبة من قبل الشعب وهي مجلس النواب العراقي.
2. نوصي المشرع الدستوري بتعديل المادة (61/ تاسعا) من الدستور العراقي لعام 2005 النافذ، بحيث ينص في صلبها عن كل ما هو ضروري لإعلان حالة الطوارئ وتحديدها ومدتها وآلية تمديدها، وما لا يمكن تقييده من حقوق وحريات في جميع الأحوال كالكرامة الإنسانية وحرمة التعذيب، وينص فيها على عدم الجواز لرئيس مجلس الوزراء إلغاء الدستور النافذ كلياً أو جزئياً، وأن تعرض جميع القرارات المتخذة على مجلس النواب خلال مدة محددة لإقرارها ان كانت منسجمة مع الدستور ومبادئه، والا اعتبرت ملغية باثر رجعي، وتأكيد رقابة القضاء العراقي على القوانين والقرارات والتصرفات التي تصدر في حالة الطوارئ.
3. في حالة عدم تعديل الدستور لينظم حالة الطوارئ في باب مستقل فيه وليس ضمن الأحكام العامة، نوصي المشرع العراقي بتشريع قانون طوارئ جديد لا يخالف مواد الدستور النافذ ومبادئه بدل أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم: (1 لسنة 2004)، لأنه يخالف المادة (61/ تاسعا) من الدستور العراقي 2005 النافذ.
4. أن يكون تدخل المشرع لتنظيم الحق أو الحرية لأجل إعطائها مزيداً من الفعالية أو التوفيق بين الحرية وبين القواعد والمبادئ الدستورية الأخرى، وأن لا يؤدي التدخل التشريعي الى

الانتقاص من الحق أو الحرية أو إهدارهما إهداراً تاماً، أو يجعل ممارستهما شاقةً على الافراد، وأن لا يتعارض التقييد مع نص صريح في الدستور ولا وروح الدستور ومقتضيات النظام الديمقراطي ومبدأ التناسب.

المصادر

أولاً: الكتب:

1. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000.
2. عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية لحماية الحقوق والحريات، المحور الخامس من محاور الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، 2015/ 2016.
3. د. ماهر صبري كاظم، حقوق الانسان والديمقراطية والحريات العامة، ط2، مطبعة الكتاب، بغداد، 2010.
4. د. محمد يوسف علوان و د. محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الانسان، ج1/ المصادر ووسائل الرقابة، دار الثقافة، ط1، الاردن، 2012.
5. د. محمد يونس الصائغ، الديمقراطية وحقوق الانسان، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، 2012.
6. د. نواف كنعان، حقوق الانسان في الاسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية،، ط2، اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، 2010.

ثانياً: الرسائل:

7. علي مجيد حسون العكيدي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2014.

ثالثاً: البحوث والمقالات:

8. إياد خلف محمد جويعد وايمان عبيد كريم، الحماية التشريعية للحريات العامة، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، د.ن، د.ت.
9. خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات/ تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017.

10. د. شالاو صباح عبدالرحمن، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة قه لاي زانت العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل – العراق، المجلد 4، العدد 2، 2019.
11. د. عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية/ المجلد 8/ العدد 29، جامعة الشارقة، 2019.
12. عيد أحمد الحسبان، فعّالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحية التقديرية للمشرع/ دارسة مقارنة، بحث مقدم لكلية الدارسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2011.
13. د. محمد عبدالله محمد الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون والشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، د.ت.

رابعاً: الدساتير والقوانين الوطنية:

14. دستور جمهورية العراق 2005 النافذ.
15. أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم: 1 لسنة 2004.
16. قانون تعديل قانون الانتخابات رقم: 26 لسنة 2009 للقانون رقم: 16 لسنة 2005.

خامساً: القرارات القضائية العراقية:

17. قرار "المحكمة الاتحادية العليا" المرقم: (63/ اتحادية/ تمييز/ 2012 في 6/ 6/ 2012).

سادساً: الإعلانات والاتفاقيات الدولية:

18. اعلان حقوق الانسان والمواطن (الفرنسي) 1789.
19. الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.
20. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966.
21.