الأستاذ يوسف حاشي

أستاذ القانون الدستوري و حقوق الإنسان و الحريات العامة

جامعة عين تموشنت

المقدمـــة

تقاس مدى ديمقراطية المجتمعات اليوم و دستوريتها، ليس بالفصل بين السلطات كما أكده قبل قرنين مونتسكيو و كان في ذلك محقا و لكن تقاس بمدى خضوع الحقوق الأساسية فيها لحماية القضاء.

و الحق، في الواقع، ما الفائدة من امتلاكه إن لم نسعد بالتمتع به ... إن لم توفر لنا الفرصة المطالبة به إن هدد بالضياع منا ... فهل الحقوق الأساسية كلها موفرة لهذه الفرصة ...

إن تعزيز حق ما بفرصة طعن لأمر في غاية الأهمية بالنسبة لهذا الحق، لأن أي حق كيفما كان إذا ما لم يرتب له جزاء عند خرقه فإنه لا يعدو أن يكون سوى لغطا ... كلاما من دون قيمة قانونية ...

و وفقا لهذا فإن حقا أساسيا غير مرتب لآثار قانونية، هو أدنى قيمة من حق غير أساسي مرتب لآثار قانونية ...

الخطـــة:

المقدمـــة.

العنوان الأول: هل للحقوق و الحريات الأساسية نظام قانوني خاص.

مقدمة.

الفرع الأول: البناء المؤسساتي لنظرية الحقوق الأساسية.

1. قراءة موجزة في المادة 08 من إعلان 1948.

2. قوام البناء النظري للحقوق الأساسية.

الفرع الثاني: هل تختص الحقوق الأساسية بنظرية قانونية.

1. الحقوق الأساسية و إشكالية المصدر.

2. الحقوق الأساسية و إشكالية الموضوع.

العنوان الثاني: هل للحقوق و الحريات الأساسية نسق قضائي خاص.

مقدمة.

الفرع الأول: مسألة تفاضل الحقوق.

1. آية أو آلة لأي حق.

2. تعدد الحمايات تعدد التفسيرات.

الفرع الثاني: القاضي فاعل حقوقي.

1. المساهمة القضائية في مادة الحقوق الأساسية.

2. أثر الحقوق و الحريات على العمل القضائي.

الخاتمـــة.

العنوان الأول: هل للحقوق و الحريات الأساسية نظام قانوني خاص.

Existe-il un ordre juridique spécifique pour Les droits fondamentaux

الفرع الأول: البناء المؤسساتي لنظرية الحقوق الأساسية.

1. قراءة موجزة في المادة 08 من إعلان 1948.

أ. غاية الإعلان الأممي: فهم مشترك للحقوق.

إن الإعلان الأممي لسنة 1948 و رغم أهميته البالغة، إلا أنه لم يكن ملزما مبدئيا لأي من الموقعين عليه، كما أنه لم يتضمن ما يكفل له ذلك، و في الوقت ذاته فإن المادة 08 تنص صراحة على"حق اللجوء إلى المحاكم لأجل رد أي انتهاك لحق من الحقوق الأساسية"[1].

و إذن فكيف نفسر فلسفة نص لم يضمن لحقوق ينص عليها إلزامية الالتزام بـــها و من ثمة قابليتها للتقاضي... إلا إذا سلمنا بما جاء في ديباجة هدا الإعلان قوله أنه يهدف إلى إرساء "فهم مشترك" للحقوق و الحريات "و تأكيد الإيمان بها" و "بكرامة الإنسان" و "بتساوي الرجال و النساء" فيها و "بحماية النظام القانوني للدول لها". في هذا الإطار يمكننا فهم ذلك[2].

---

[1] المادة 08: "لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون".

[2] لقد تساءل المؤتمرون حول ما إذا كان من اللازم اعتبار الوثيقة لأول وهلة ذات طبيعة قانونية ملزمة (à caractère juridique) لكل الأطراف على شاكلة المعاهدات الدولية أم الاكتفاء باعتبارها "نمط سلوك" تلتزم به الدول قدر المستطاع.

علما بأن مصادر الوثيقة الدولية لحقوق الإنسان(1948) كانت:

- الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن.
- الوثيقة الأمريكية لحقوق الإنسان.
- المشاريع المعتمدة من طرف الحكومات.
- المشاريع المعتمدة من طرف المنظمات الغير حكومية.

لهذا فإن معالجة النص ألأممي للحقوق كانت من باب إيجاد شبكة" للحقوق المضمونة" (les droits garantis) أكثر ما هو إيجاد "ضمانة للحقوق" (une garantie des droits) و إن فقد كان العمل جله مركزا على ما هو سياسي على ما هو قانوني[1].

لقد ولد هذا المعطى ارتباكا لدى المهتمين، نتج عنه أزمة لغوية فلقد انتقلت التسميات قبل أن تضبط بشكل تدريجي من "حقوق الإنسان" (droits de l'homme) إلى "الحقوق و الحريات الأساسية" إلى "الحقوق و الحريات الدستورية" إلى أزمة تعاريف تعلقت بجهة المصدر أحيانا و بدرجة الحماية أحيانا أخرى إلى أزمة تصانيف اعتمادا إما على الفرد معيارا، أو اعتبار علاقة الحقوق و الحريات ببعضها البعض معيارا أو اعتبار الدولة معيارا أو اعتبار وصف الحق معيارا أو اعتبار الطبيعة للحق معيارا[2].

ب. <u>محاولة ضبط تعريف</u>.

إنه و أمام صعوبة حصر المفهوم نلجأ من أجل ضبط تعريف مستوف لشروط هذه الحقوق إلى مقاربتين اثنتين:

<u>المقاربة الأولى</u>: <u>كل الحقوق و الحريات "أساسية"</u>.

إنها المقاربة البديهية، إنها مقاربة قاعدية (une approche de base)، تعتمد في تفسيرها للأساسية على "الطبيعة" كمرجع مطلق للحقوق أولا و مشتركا بين البشر ثانيا.

و مفهوم الأساسية ها هنا يكون مرادفا "للطبيعية": فحقوق الإنسان و حرياته أساسية إذن بطبيعتها.

غير أن هذه المقاربة بشموليتها تفتقر إلى ما هو حقوقي قضائي و تظل في القضاء مجردة من كل معيارية.

[1] من ضمن آليات الحماية التي رفضت "Le droit de pétition" الذي اعتبر إجراءا "ما فوق وطني" (supranational) و بالتالي فإنه يهدد السيادة الوطنية.

[2] أ/ د. يوسف حاشي في النظرية الدستورية، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص397 و ما بعدها.

المقاربة الثانية: إن ما هو أساسي من الحقوق و الحريات هو ما تم الاعتراف به كذلك دستوريا و دوليا.

يشكل الاعتراف بالنسبة لهذه المقاربة مفتاح الوصف الذي يلحق بالحقوق و الحريات فهي أساسية لأن الدولة بواسطة الهيئة المخول لها مراقبة الدستورية في البلاد اعترفت لها بذلك، أو لأن الهيئات الدولية أو القارية التي اعترفت لها الدولة بسلطاتها إما عن طريق الإعلانات **(الهيئة الأممية، الاتفاقية الأوروبية)** أو عن طريق القضاء **(المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مثلا)** اعتبرتها أساسية.

و إذن فإن الحقوق الأساسية حسب هذه المقاربة هي المشمولة فقط بالحماية الدستورية أو الدولية.

2. قوام البناء النظري للحقوق الأساسية.

أ. حول مفهوم الأساسية.

ماذا تعني الأساسية؟

إن "أساسية حق" ما، متأتية من القاعدة المعيارية ذات القيمة الدستورية. و إن لفظ الأساسية مقرونا بهدا الصنف من الحقوق يجعلنا نتساءل حول ما إدا كانت هذه الحقوق محصورة فعلا أم لا؟ ذلك لأن نعت الأساسية مضافا بالحقــوق يعني بالضرورة أن هناك حقوقا أخرى غير معنية بهدا الوصـــف و بالتالي فإن الأساسية تشير بالضرورة إلى "المحصور" إما في قائمة حقوقية أو تقليد قضائي أو ما إلى ذلك.

و لكن الواقع غير هدا تماما حتى و لو سلمنا جدلا بأن التعريف أكاديميا هو حصر للمادة.

ثم هل أن "الأساسية" تعني صدارة هذه الحقوق على حقوق أخرى؟ ليس بالضرورة أن تكون كذلك.

ثم هل تعني "الأساسية" الاطلاقية؟ لا نعتقد دلك لأن الحقوق الأساسية - كما نراها- و رغم أهميتها، إلا أنها ليست "حقيقة مطلقة" يجب أن تفرض كما هي على منظومة حقوقية دولتية. إذ لا يمكننا أن نغفل الجوهر الثقافي و التاريخي و الديني لهذه الحقوق، بل تقرأ ضمن بنيتها المتصلة بالأمة.

- الاستعمال المنتشر للمفهوم L'utilisation diffuse du concept.

إن وصف الأساسية "fondamentalité" في لغة القانون يلحق في استعمالاته ليس الحقوق فحسب، و لكن كذلك "الحريات" (libertés) و "المبـــادئ" (principes) و "القيـــــم" (valeurs)، و القوانين (lois). و بحسب الفكر القانوني الذي هو مستعمل فيه، فإن المفهوم يأخذ معناه.

و لعل الفكر القانوني الألماني شهد أول استعمال للمدرك ابتداءا من نعت الدستور، بالقانون الأساسي "la loi fondamentale"، و باعتبار القواعد الدستورية قواعد أساسية " des normes fondamentales" و بالتالي فإن المفهوم متجذر في هدا الفكر و لا يطرح أي إشكال.

أما في فرنسا فالأمر يختلف؛ ذلك لأن المرجعيات الحقوقية تعددت و تنوعت و لم يعترف لها بالدستورية إلا في وقت متأخر جدا مقارنة بالتجربة الألمانية[1].

- التقليد الفرنسي يعرف "المبادئ أساسية".

إن "المبادئ الأساسية" (les principes fondamentaux) هي نوع من الحقـــوق الأساسية و لكنه مشهود لها بذلك فقط من قبل قوانين الجمهورية و لا ذكر لها في الإعلانات و لا المقدمات.

-التقليد الفرنسي يعرف "القيم الأساسية".

إن القيم الأساسية (les valeurs fondamentales) هي نوع آخر من الحقوق اعتبرها القضاء الدستوري كذلك.

و لكن ليست كل "القيم الأساسية" حقوق أساسية[2].

خلاصة هذا هو أن وحدها الحقوق و الحريات الأساسية مضمونة و مكفولة بقواعد دستورية أو دولية، و استثناءا فإن البعض منها ما اعترفت به قوانين الجمهورية.

---

[1] و هي: - إعلان حقوق الإنسان و المواطن 1789.
- مقدمات الدساتير وبالخصوص دستور 1946.
- المبادئ الأساسية المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية.
- المبادئ الضرورية للعصر.

[2] إن حقوق العمال و إن كانت ذات قيمة إنسانية، فهي ليست حقوق أساسية.

و لكن تظل الحريات الأساسية و الحقوق محمية بواسطة أحكام مكتوبة إما في الشرعة أو المقدمة أو متن الدستور[1]. و هدا ربما ما يميزها و يعطيها الصبغة الأساسية.

ب. الكرامة الإنسانية حق مفصلي.

نعتقد أن "الكرامة الإنسانية" تحتل بحق مكانة مفصلية في شبكة حقوق الإنسان ككل، و "أن الحق من دون كرامة - كما يقول ب. باسكال- ما هو إلا رداءة " B. Pascal (le droit sans dignité n'est que médiocrité et la dignité sans droit n'est que déraison)".

إن مفهوم "الكرامة" لا يمكن أن ينفصل عما هو إنسان في شكله الآدمي قبل الإنسان في ما يحمل من روحانيات.

- المقاربة القضائية للمفهوم.

إن المقاربة القضائية للمفهوم تواجه كثيرا من الصعاب لأنها تنطلق من الذات أكثر مما تتصل بموضوع الحق كما هو الشأن بالنسبة للمساواة و الحرية.

إن إدراك المفهوم يمر عبر الإدراك الشخصي للإنسان و كيف يقومها بل و يمر كذلك عبر ذاتية القاضي و ما تحمل من قيم روحية.

إن أول استعمال للمفهوم كان ذلك الذي ورد في إعلان 1948 الأممي[2] ثم في الصكين اللاحقين له، إذ اعترف للمفهوم بمكانته بين الحقوق المبادئ و جعل منه مفهوما أساس.

الفرع الثاني: هل تختص الحقوق الأساسية بنظرية قانونية.

إن كل حق ينشأ بالاكتساب، يحيى بالاستعمال، و يزول بالانقضاء. و يشترط فيه أن تعترف به الدولة إن لم تكن هي الخلقة له أصلا.

و عليه و حتى يمأسس يدخل حيزا معياريا يضمن له الحياة الفعلية المرتبة لجزاءاته: إنه النظام القانوني.

[1] I. faverau, et autres, Droit constitutionnel, éd dalloz, 3eme éd, paris, pp 814 et ss.

[2] إن الاعتراف بالكرامة الملازمة لكل أعضاء العائلة الإنسانية و بحقوقهم المتساوية و الغير قابلة للتصرف فيها يشكل أساس الحرية و العدل و السلم في العالم".

و بالتالي فكل نظام قانوني إنما هو في الحقيقة حيز معياري[1]، نسقي (un espace normatif systématisé) ينتمي إلى هوية دستورية (une identité constitutionnelle).

إن ما يسمى بالحقوق الأساسية إنما هي في الأصل قيم معتبرة أساسية اكتسبت معياريتها من اعتراف القضاء الدستوري بها.

1. الحقوق الأساسية و إشكالية المصدر.

أ. الأساسية في هده الحقوق سابقة على النصية.

تعتبر الأساسية (la fondamentalite) سابقة على النصية (la textualité) و هذا في حد ذاته استثناء على الحقوق الأخرى. إذ أن الأساسية تستمد شرعيتها الأولى من الطبيعة (les droits naturels) و التي هي جوهر الخلق. فالحرية و المســـــــاواة و الكرامـــــة و غيرها من الحقوق تخلق مع الإنسان و لا ينتظر أن تشرع من طرف نظام قانوني.

و لكن حدود الأساسية تقف عند الإنسانية تلازمها و لا تتعداها، كما أنها تقف عند مقتضيات ما يفرضه العيش المشترك بين أفراد هده الإنسانية.

ب. النصية اعتراف مؤسس بالأساسية.

إن النصية ضرورة حضارية في الفكر القانوني، و هي بالنسبة لهذه الحقوق حماية لها بالدرجة الأولى، بل فهي مصدر مأسستها كما يقول العميد سوريو[2]: "إن ما يجعل من هده الحقوق مفهوما هو اعتراف القانون الوضعي بها كذلك" . أي هو اعتراف النصوص الدستورية و الدولية و أحكام القضاء الدولي و الوطني مما يحسم في المصدرية المعيارية لهده الحقوق.

---

[1] لأنه و ببساطة كما هو مبين في الطرح الفينومينولوجي للحق حسب كوجيف فإنه من الخطأ الاعتقاد بأن كل ما هو قانون حق، بل إن كثيرا من القوانين ما هو سياسي و آخر ما معنى حقوقي له. و على عكس من ذلك فإن كل ما هو حق هو بالفعل قانون."كوجيف، معجم المؤلفات السياسية، ص 819.

[2] Le doyen T-L Sourioux vient brillamment de démontrer que le droit fondamental est un concept devenu par H.Chahine Article ربط أنترنيت =Y- a- t-u un régime juridique des droits fondamentaux. notion….

2. الحقوق الأساسية و إشكالية الموضوع.

أ. إن موضوع الحق الإنسان.

إن موضوع الحق الإنسان. في كل متجلياته، من دون اعتبار لدينه ولا لعرقه و لا لونه و لا لغته و لا لانتمائه السياسي أو الإجتماعي أو لحرفته أو لوظيفته أو كونه بريئا أو مذنبا و لا ... لأي شيء يمكن أن يجعل منه أعلى أو أدنى من مثيله الآخر ...

إن المفارقات القائمة بين الدول سواء في منظورها للإنسان أو الاقتصاد أو الحكم أو العقيدة، جعلتها، تعمل جاهدة - عند إعداد إعلان 1948 الأممي- على تمييز حق على آخر، و منها محاولة أفريقيا الجنوبية تفسير مبدأ عدم التمييز في الحقوق، بكونه يجب أن ينحصر بطبيعته على بعض الحقوق الأساسية فقط، أو كون دول أخرى استغربت تطبيق نفس الحقوق على مواطنيها الأصليين و سكان المستعمرات أو الأقاليم الخاضعة لنظام الوصاية.

إن المزعج في الأمر هو الصراعات السياسية ذات المضمون الحضاري والتي موضوعها الإنسان هو الحق، و هذا الصراع الذي يأخذ أشكالا عدة منها: "حماية الإنسانية"، "دمقرطة الشعوب"، "الأمن الدولي و التنمية" ... و ما إلى ذلك من الشعارات، إنما يهندس في الحقيقة إلى سيطرة "نموذج" من الإنسان و ليس الإنسان. و هذا النموذج هو بالفعل النموذج الأورو/ الأمريكي بقيمه المادية و الروحية و ليس غيره.

ب. الحقوق الأساسية و مسألة الحجاجية.

La question de l'opposabilité en matière des droits fondamentaux

إن التقاضي معناه ادعاء حق، و هذا يشترط بالضرورة وجود إجراءات قضائية و امتلاك حق: و لكن يبقى أن نتساءل في مواجهة من؟

إن مسألة الحجاجية في مادة الحقوق و الحريات الأساسية تشكل حجر الأساس في اعتبار هذه الحقوق ذات صبغة قضائية من عدمها.

ذلك أن الطابع النضالي (le caractère militant) للمطالبة بهده الحقوق و خاصة الاجتماعية منها يجعلها بعيدة عن المطالبة القضائية المعرفة " بالإدعاء القضائي".

إن الطابع النضالي للإدعاء يحرج القاضي لأنه يجد نفسه مضطرا إلى التعامل مع وضع لا تحكمه نصوص قانونية دقيقة و لكن حسابات سياسية تحت مراقبة قضائية و سياسة دولية.

و مما يزيد كذلك من تعقيد المفهوم، امتداده مؤخرا إلى الهيئات و الجمعيات الوطنية و الدولية و اعتراف القانون لها بالتأسيس كأطراف مدنية.

العنوان الثاني: هل للحقوق و الحريات الأساسية نسق قضائي خاص.

مقدمــة.

تعتبر الحقوق الأساسية دخيلة على المادة الحقوقية ككل عموما و على القضاء خصوصا، و لقد بدأ تبلورها الحقوقي مع النصف الثاني من القرن العشرين وسط موجة إيديولوجية أسياسية مما يجعلها ذات مرجعيات إعلانية مؤدلجة و متنوعة، و أنظمة قانونية مختلفة، و قضاة متعددي الاختصاصات.

هذا ما يجعل الفكر القانوني، المعتاد على الدقة و الصرامة يرتاب حول مدى "براءة" النسق الذي قامت عليه، و مدى تماثلها في مختلف النظم القانونية، و مدى كفاءتها لأجل تحقيق العدالة.

الفرع الأول: مسألة تفاضل الحقوق.

1. آية إوالة لأي حق Quelle primauté pour quel droit.

وقفنا عند تعدد المصادر الدولية (البعيدة ثم القريبة) و الوطنية (العليا ثم الأدنى منها) و إشكالية تراتبيتها، ثم استوقفتنا تفاضلية الحقــوق في ما بينها من حقوق مبـادئ ممثل أساسا في الحق في الكرامة و الحق في الحرية و الحق في المساواة إلى حقوق أدنى منها درجة منبثقة منها إلى حقوق مصنفة تصنيفا خاصا بتدخل المشرع فيها كالحقوق الاجتماعية.

و إذن فعلى أي أساس نهتدي لبناء نسق قضائي (un système juridique) لهذه الحقوق؟

إن الحاجة لتصنيف الحقوق (une typologie des droits) ليست أكاديمية فحسب، و لكن المستفيد منها بالدرجة الأولى هو القضاء و دلك لسببين هامين:

- الأول: إن الحقوق المبادئ (الحق في الكرامة، الحق في الحرية، الحق في المساواة) حقوق مصدرية تستمد دستوريتها من ذاتها و تضفي في نفس الوقت القيمة الدستورية على ما دونها من حقوق.

و إذن ما يميز هده الحقوق كونها مفروضة على القاضي أصلا لأنها لصيقة بشخص الإنسان (inhérente à la personne humaine)، في حين ما دونها من حقوق تحتاج بطبيعتها إلى قوانين تشرعنها (légitimer) و تنظمها.

و بالتالي فإن القاضي الجزائي مثلا و هو أمام المتهم و الضحية فإنه يكون في نفس الوقت أمام مجموعتين من الحقوق:

- المجموعة الأولى: تلك التي يشترك فيها الطرفان معا و هي الحقوق المبادئ.

- المجموعة الثانية: تلك التي يختص بها كل طرف و هي الحقوق الأخرى.

- الثاني: إن التصنيف إلى مجموعتين - كما قدمنا - يجعل الفرد غير مجبر على حقه الأساسي في جزئه المتصل بالمبادئ، فهو لا يستحق أن يأتي بالدليل على حقه في الكرامة أو في المساواة أو في الحرية.

تفاضل الحقوق:

إن بين قرار المحكمة الدستورية الألمانية الصادر 1975 والقاضي بعدم دستورية القانون الغير معاقب للوقف الإرادي للحمل(IVG) بدعوى الحق في الحياة و واجب الدولة في ضمان حمايته. و قرار المحكمة الدستورية النمساوية لسنة 1974 و القاضي بعكس ما جاء في الأول بدعوى حرية التصرف[1].

و بينما عرض للرئيس فرنسوا ميثيران (François Mitterrand) عند توليه الحكم في 1981 في وفائه للعهد الذي قطعه على نفسه أمام منتخبيه بالتأميم و بين الحق المقدس في المواثيق الدولية و الفرنسية و هو حق الملكية.

يطرح التساؤل: هل بين الحقوق الأساسية تفاضل؟

يرفض الأكاديميون من أجل هده الحقوق كل تفاضل بينهما و يعتبرون دلك مساسا "بأساسيتها" كما يرفض الواقع القضاء ذلك؛ إذ يجد القاضي نفسه أمام وضع إنساني يقابله حق أساسي و هما في تناقض تام، كالذي حدث في سنة 1993 حينما اقتحمت عائلات مبان مهجورة مملوكة لبلدية باريس فوجد القاضي نفسه أمام حق الملكية المقدس المدعم بالشرعات و القوانين، و حق المأوى المتضمن في الصك الملحق لميثاق الأمم المتحدة و المتعلق بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية، إذ تنص المادة الثانية منه على أظن هذا الحق (حق المأوى) "يشكل واجب التضامن للأمة قاطبة" فكان أن انساق القاضي وراء إنسانيته لينتصر لحق إنساني ليس بقيمة حق مقدس كحق الملكية تحت ذريعة "حالة الضرورة".

[1] أ/ د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت 2009، ص 424.

فكانت الفكرة الأساسية التي تهيكل حولها مضمون الحكم هي:"أن العائلات التي أصبحت بلا مأوى قد أكرهت في حالة ضيقها - و لتأمين حقها في السكن على اللجوء إلى الاحتلال غير القانوني"[1].

2. تعدد الحمايات تعدد التفسيرات.

Pluralité des protections pluralité des interprétations

إن الذي يجعل من الحقوق قابلة للتقاضي هو تولي المشرع تحديد أصحابها، و تحديد ما يترتب على دلك من منافع، إنها الحقوق ذات القيمة التشريعية.

أما الحقوق ذات القيمة الدستورية فمن العسير على القاضي أن يتولاها من تلقاء نفسه و المشرع لم يفت فيها. و المفارقة في الأمر هي أن الحقوق الكلاسيكية الأساسية محمية من طرف القاضي الدستوري و بطبيعتها ترفض تدخل المشرع بينما الحقوق الأساسية الاجتماعية تتطلب تدخل المشرع من أجل حمايتها و تنميتها و تفعيلها بل و أكثر من دلك فإنها تحتاج إلى سياسة عامة من طرف الدولة.

كما أن هناك أمر مثبت و هو أن الحريات العامة محمية أصلا من طرف المشرع يقوم بتنظيم ممارستها، أما الحقوق الأساسية فهي محمية من كل تجاوز مستهدف من طرف المشرع ذاته.

أما التطور الأخير فأصبح مركزا على عمل القاضي الذي يكاد بفضل إيجابياته و حركيته أن يحتل نفس المكانة الذي يحتلها المؤسس و المشرع: فالقاضي العادي لم يعد يحمي الحقوق و الحريات و لكن تعدى أحيانا إلى خلقها[2].

إن القاضي في كثير من البلدان الأوروبية و منها على وجه الخصوص ألمانيا، إسبانيا و ايرلندا يعمل جاهدا في مادة الحقوق الأساسية على تطوير هده الحقوق و تكييفها لتصبح مسايرة للرؤى المجتمعية في مواد حساسة كحرية الصحافة و الحريات الخاصة، و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، و في حقوق أخرى متصلة بالبيوإيتيكة (bioéthique) و الإجهاض و حماية القصر ...

إن مآل هدا النشاط القضائي الكثيف انفراط في المفهوم إذ أصبح كل فرع من فروع القانون يتميز بشبكة خاصة من الحقوق بما فيها القانون الإجرائي.

---

[1] م. بوناشير مدخل إلى القانون، ترجمة م.أ. نسيب، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2008، ص 69.

[2] إن الذي شجع القاضي على هدا إنما هو محتوى مفهوم الحقوق الأساسية الذي لم يضبط بشكل صارم، كم لم يحز إجماع العائلات القانونية.

الفرع الثاني: القاضي فاعل حقوقي Le juge comme acteur juridique.

1. المساهمة القضائية في مادة الحقوق الأساسية.

L'apport du juge en matière des droits fondamentaux

ترجع أصول الحقوق و الحريات إلى ما هو إشهادي متعلق إما بالثورات أو الإعلانات الأممية أو القارية، و ما هو تشريعي متعلق بنصوص خاصة[1] و ما هو قضائي.

أ. القاضي الدستوري هو الأصل.

يعتبر القاضي الدستوري و نظرا لطبيعة هده الحقوق و مكانتها هو الأصل، و يرجع له الفضل الكبير في إكسابها القانونية (la juridicité) التي كانت تفتقدها في الأصل لأنها ذات مصدر إما طبيعي أو سياسي[2].

و إذا كانت الخاصية الألمانية التي حسمت الأمر بتخصيص الدستور مواده (من 01 إلى 19) للحقوق الأساسية و التي تجعل الدولة المسئولة على احترامها أمام القاضي مباشرة عند الاقتضاء و من دون التعسف في ممارستها.

و إذا كان الدستور الإيطالي هو الآخر اعتبر الحقوق الأساسية غير قابلة للاعتداء عليها (inviolables) في المادة 13 منه.

فإن القاضي الدستوري الفرنسي كانت له تجربته الخاصة مع الحقوق و الحريات و التي لم تتضمنها متون الدساتير الفرنسية، و لكن وردت في إعلان حقوق الإنسان و المواطن و في مقدمة دستور 1946 و لكن لا الإعلانات و لا المقدمات كانت لها القيمة الدستورية التي تضفي عليها المعيارية الدستورية.

---

[1] كان للمشرع دور كبير هو الآخر في تأسيس مجموعة من الحقــوق و الحريـــات عن طريق قوانين تنظمهـا و تهيكلها كحرية الصحافة و الحرية النقابية و حرية التجمع و الاجتماع و حرية إنشاء الجمعيات.

[2] لا شك أن تعدد المصادر و المرجعيات و الاجتهادات القضائية و السعي الحثيث على توحيدها في منظومات ذات صلة بكيانات سياسية (الإتحاد الأوروبي) أو دينية (كالمنظمة الإسلامية) أو جغرافية (كالإتحاد الإفريقي) أو عرقية (كالإتحاد العربي) أو إستراتيجية (كإتحاد أمريكا اللاتينية) أو ما إلى دلك من الكيانات القارية أو الإقليمية رغم كون الإنسان واحد في ماهيته و طبيعته و الذي هو موضوع هده الحقوق: الدليل على أن هذه الحقوق لها بعد سياسي كبير جدا.

إذن القاضي الدستوري الفرنسي هو الذي اعترف لهده النصوص بالقيمة الدستورية و لقد استعمل القاضي الدستوري الفرنسي عبارة الحقوق و الحريات المضمونة دستوريا les droits et libertés constitutionnellement garantis) في قراره رقم 85-198 المؤرخ في 1985/02/13 و المتعلق بالسمعي البصري.

ثم عاد في قراره 89-269 المؤرخ في 1990/01/22 و المتعلق بالضمان الاجتماعي و الصحة ليقرن عبارة "حريات و حقوق أساسية" بعبارة "قيمة دستورية" بقوله: (libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle) هل كان ذلك من أجل تمييزها عن حريات و حقوق أدنى منها قيمة أم من أجل التأكيد فقط على "قيمة مضافة".

على كل فإنه سيعود ليوضح دلك في قراره رقم 93-325 المؤرخ في 1993/08/13 و المتعلق بالهجرة و الذي سيسرد فيه حريات و حقوق أخرى.

كما أن القاضي الدستوري سيعترف في ما اصطلح على تسميته بالكتلة الدستورية بمجموعة من المصادر أطرت إلى حد بعيد منهجية خلق و حماية هده الحقوق[1].

ب. القاضي الإداري الأكثر نشاطا.

إن مأسسة هده الحقوق جاء متأخرا نوعا ما في الزمان. و لعل القاضي الإداري كان سباقا إلى بلورة بناء معرفي قانوني يرتكز عليه القضاء ككل، و ذلك من خلال ما كان يتميز به هذا الفرع من القضاء عندما دأب على خلق ذاتيته التشريعية.

أولا: القاضي الإداري و المبادئ العامة:

لا أحد ينكر مدى مساهمة المبادئ العامة للقانون في خلق الإطار المصدري للحقوق و الحريات من خلال مجموعة من المبادئ التي ساهمت ،ليس في حماية الحقوق و الحريات و لكن في خلق أخرى متصلة بها و في مقدمة هده؛ المبادئ.

و لقد تعلقت هده المبادئ بفكرة الحرية مثلا، و في مقدمتها: الحرية الفردية **(** la liberté individuelle**)** و حرية الذهاب و الإياب **(**la liberté d'aller et venir**)** و حرية التجارة و الصناعة **(**la liberté du commerce et de l'industrie**).**

[1] -Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république
- Les principes particulièrement nécessaires à notre temps

كما تعلقت بفكرة المساواة إذ سعى عمل القاضي الإداري إلى تثبيت هذا المبدأ في ميادين معنية و في مقدمتها المساواة أمام القانون التي كانت لها تداعيات كبيرة في مجالات عديدة في الحياة الاجتماعية و الأسرية و المهنية و ما إلى ذلك ... كان للقاضي الدور الأول في ترسيخها و الاعتراف بها[1]

.نوعان من المبادئ العامة لحماية الحقوق الأساسية:

النوع الأول: المبادئ العامة الخاصة:

لعل القاضي في عمله الدستوري اهتدى في حالات خاصة من أجل حماية حقوق أساسية إلى ابتداع مبادئ عامة خاصة في حد ذاتها تتعلق بفئة من البشر دون عامة الناس على عكس القاعدة، كتلك المتعلقة بالمغتربين و حيواتهم الاجتماعية[2]، و منها الحق في العيش "عاديا" أي إلحاق ذويهم بهم، و المبادئ العامة المطبقة على طالبي اللجوء السياسي، و ذويهم ... و المبادئ المتعلقة بتسليم المجرمين[3]

[1] بعض من المبادئ العامة للقانون:

- مبدأ مساواة مستعملي نفس المرفق العام Le principe d'Egalite des usagers d'un même service public".
- مبدأ المساواة أمام الاستفادة من الدومين العام "Le principe d'Egalite dans l'utilisation du domaine public".
- مبدأ المساواة بين الجنسين "Le principe d'Egalite entre les sexes".
- مبدأ المساواة أمام الضريبة "Le principe d'Egalite devant l'impôt".

[2] - Le principe :" droit de mener une vie familiale normale" (ce.ass.8dec.1978).

-Principes généraux du droit applicables aux refugiés (ce.ass.1avril.1988).

Ce ass 26 sep 1984 dame agyepong -(ce ass 2dec 1994).

[3] من هذه المبادئ ما توصل إليه القاضي الأوروبي:

مبدأ الكرامة الإنسانية (casagrande 1974)، مبدأ المساواة (1962)، مبدأ عدم التمييز العنصري (de 1976 frenne Sabina)، حق تكوين الجمعيات (confédération syndicale masa1974)، حرية الديانة و المعتقد (paris 1976)، حماية الحياة الخاصة (national Panasonic 1980)، السر المهني الطبي (fafa 1992)، حق الملكية (Haner 1979)، الحرية المهنية، حرية التجارة (handelgisellshaft 1970)، الحرية الاقتصادية (Usior 1984) حرية المنافسة (france 1985)، احترام الحريات الأساسية (ulster constabulary 1986)، حرية المسكن (hoescht 1989) حرية الرأي (1984).

والمبادئ العامة الخاصة المتعلقة بالقطاعات المهنية و منها ما تعلق بالخصوص بقانون العمل بقطاعيه العـــام و الخاص[1]، و بمهنة الطب[2].

النوع الثاني: المبادئ العامة "المافوق وطنية" Les principes généraux supra-nationaux:

إذا كانت الحقوق الأساسية و الحريات مشتركة بين العنصر الإنساني، فهذا معناه أن اعتماد المبادئ العامة للقانون التي تولدت عنها هده الحقوق هي الأخرى تكون واحدة بين الأمم و اعتبار تلك الحقوق بالنتيجة جزءا من التشريع الوطني: فهل يمكن اعتمادها بهده السهولة في منظومة قانونية ذات خلفيات ثقافية و دينية و حضارية غير تلك التي أسست ضمنها؟

و إذن فإننا أمام حقوق ليس مطعون في أساسيتها (fondamentalite) بقدر ما هو مطعون في المقاربة الحقوقية الواجبة اتجاهها.

ب. ثانيا: التطور اللاحق:

إن ما يمتاز به القاضي الإداري كونه ليس قاضي ردع كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الجزائي لهدا ورث في النظم الديمقراطية جانبا من الحقوق يفصل فيها بناءا على إرادة الدول.

كما أن التطور المجتمع انتقل به من حامي الإدارة إلى حامي الأفراد، و من أجل دلك انتزع لنفسه أسلحة في مواجهة الإدارة فأصبح يأمرها و يحل محلها و يغرمها.

كما أن القاضي الإداري و بحكم موقعه أصبح في قلب معادلة مباشرة السلطة من قبل الدولة من جهة و مباشرة الحريات من قبل الأفراد من جهة أخرى. و عليه أصبح قاضي الانتخابات يؤطرها، يراقبها و يفصل في نتائجها[3].

---

[1] Le principe: un employeur a l'obligation de chercher à reclasser un salarie atteint d'une inaptitude physique à son emploi et. un cas d'impossibilité de le licencier.(Ce 2 oct.2002).
-Le principe: le personnel non titulaire des collectivités publiques a droit à une rémunération au moins egale au smic (CE.sect.23.avril.1982 toulouz).

[2] Les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la vie humaine qui s'imposent au medecin dans ses rapports avec son patient ne cessent de s'appliquer après la mort de celui-ci .CE.ass."2 Juill.1993".

[3] و لا أدل على دلك من استعمال الدولة القضاة في مصر للإشراف على العمليات الانتخابية و انتقلت هذه التجربة مؤخرا إلى الجزائر.

كما أنه على عاتق القاضي الإداري يقع العبء الأكبر في مجال حفظ الأمن العام، إذ أصبح بامتياز "قاضي النظام العام" أي قاضي الحريات[1].

و لعل آخر ما وصل إليه هذا التطور في مجال القضاء، هو ابتداع ما يسمى "référère liberté" استعجالي الحرية الذي يعزز من مكانة القاضي الإداري في هذا المجال.

ج. القاضي الجزائي و القاضي المدني.

قد يختلف عمل كل من القاضي الجزائي و القاضي المدني من حيث الكيف و الكم في التصدي لهذه الحقوق و الحريات و لكن لا يقل الواحد عن الآخر أهمية ذلك لأن الحقوق الأساسية بطبيعتها مملاة على جميع القضاة.

إن حقوقا مثل المساواة، و الحرية، و العدل، و الكرامة تتوزع بطبيعتها على المحاكمة الجزائية و المدنية و الإدارية بنفس الاهتمام إذ تحكمها مبادئ مثل "إوالة القانون" (primauté du droit)، مبدأ "حرية التعبير أمام القاضي أو اختيار الدفاع أو ضمانة" (la liberté de s'exprimer devant le juge ou de choisir sa défense ou de garantir sa défense).

و بالتالي فإن حماية الحقوق الأساسية إنما هو جزء من تفكير القاضي raisonnement du (juge) و تعقلـــه، و من سلطتـه الممتدة بطبيعتهـــا في هذا المجال (pouvoir étendu du juge) و المتصلة بمراقبته الاصطلاحية (contrôle de conventionalité) قبل مراقبته القانونية أو الأساسية (la légalité ou la fondamentalite).

2. أثر الحقوق و الحريات على العمل القضائي.

لعل ما تتميز به الحقوق الأساسية، كونها لا يستأثر بها قاض دون آخر بل تتوزع بشكل غير مهيأ له قبليا يملى على جميع القضاة أو تكاد.

---

[1] "Le préfet veut avant tout que l'ordre règne dans le département qu'il est charge d'administrer parce que le désordre c'est ce que le préfet appelle dans son langage une histoire et qu'il ne veut pas "d'histoires".

Marcel waline. L'individualisme et le droit. 2eme éd, éditions Domat, montchrestien, 1949, P 382.

لذا يمكننا أن نقول بأن مدرك الحقوق الأساسية يخترق بشكل أفقي الفضاءات المعيارية على كافة أنواعها و بالتالي فإنه لا يوجد قاضي الحقوق الأساسية و لكن هي مهمة كل القضاة.

إن التأثير القضائي الناتج عن العمليات القضائية متبادل و مؤثر سواء أفقيا أو عموديا.

ذلك لأن القاضي الدستوري و إن كان لعمله السمو على كافة الأعمال الأخرى إلا أنه هو الآخر معرض للتأثر بما قد يسبقه إليه القضاة الآخرون من اجتهادات في الموضوع.

و لأن الحقوق و الحريات الأساسية أكثر مجالا للتسييس و لأننا في بعض الحالات نرى الأطراف المباشرة في النزاع و البعيدة عنه مثل الجمعيات و المنظمات الغير حكومية، كلاهما يبحث عن الجهة القضائية التي يخدمها الأكثر قضاؤها، فإننا نتساءل هل تتميز جهة عن الأخرى في حماية هذه الحقوق أم أن قضاة هم أكثر التزاما سياسيا دون غيرهم؟

إن موضوع الحقوق الأساسية ساهم كثيرا في نقل وضعية القاضي من "سلبي إلى إيجابي"، بمعنى أن القاضي لم يعد مجبرا على التزام الحياد كما اعتاد عليه، أي أن القاضي لم يعد يلتزم فقط "بتطبيق القانون" و لكن أضحى "يحمي الحقوق".

إن هذا الوضع الجديد لا يجب أن يدفع القاضي إلى أن يتعدى حدود جوهر عمله و هو "رد العدل" إذ يقف عند دور القاضي "الفاعل السياسي" و ليس "القاضي السياسي". (l'acteur politique et non le juge politique).

إنه لا يكاد يختلف اثنان على أن أي حق من الحقوق الأساسية يحمل، زيادة على الشحنة المعيارية المكتسبة بفضل "تأسيسيته" أو "قانونيته" أو "فضائيته" و ذلك حسب مصدر كل حق، فإنه يحمل كذلك قيمة روحية: لهذا فالمقاربة القضائية لهذه الحقوق تختلف باختلاف الثقافة و الدين و الانتماء الاجتماعي و السياسي.

و لعل القضاء الوطني يطلع بمهمة عسيرة، تتمثل في التوفيق بين ما هو عالمي و ما هو خاص بالنسبة لأي حق (universalité et la particularité d'un droit). و عنده يكون من الضروري - بل الواجب -، التصدي لكل إملاء حقوقي مناقض لايديولوجيا الحق و الحرية في المنظومة الوطنية و من ثمة الحفاظ على الأمن الدستوري قبل الأمن القانوني[1].

[1] لعل سلطة تفسير القانون أبلغ ما يتمتع به القاضي من أدوات عمل يستطيع بواسطتها ليس التصدي فقط لكل دخيل حقوقي من شأنه المس بأمن القانون بل قادر على إعطائه المعنى الذي يحافظ على هذا الأمن.

الخاتمـــة

لقد أصبح القاضي مغمورا بسيل من الحقوق منهم من مصادر لم يعتد عليها، و أنه أصبح بحكم تطور وظيفته أكثر من قاض يرد العدل و فقط، و أنه في المقابل لا يكفي تبني إعلان دولي أو شبكة حقوقية دستورية حتى تضمن نفاذية هذه الحقوق.

بل يستدعي الأمر توافر شروط موضوعية أخرى لإنجاح المهمة و في مقدمتها بيئة سياسية متحررة، أطراف مؤسساتية فاعلة و في مقدمتها المؤسس الدستوري، فالمشرع، فالإدارة، فالقضاء بجميع فروعه، فالمواطن بسعيه.

و لا يكفي كل هذا، لأن التجربة الأوربية أثبتت في مجتمعات - كم هي ديمقراطية و كم هي دستورية - أن الوثبة الحقيقية في مجال حماية الحقوق الأساسية جاءت عن طريق هيئة "ما فوق وطنية" ما فتئت بقراراتها تزعج كل ما هو وطني على غير صواب.

إنها أثبتت أنها حارسة هده الفضاءات المعيارية التي هي ملاذ الإنسان ... في كل تجلياته.