مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

الرقابة الدستورية على الملاءمة في مجال الحقوق الدستورية

الأستاذ الدكتور/ كمال جعلاب

جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

العدد ٤ - ج١ - السنة ٤٦

جمادى الأولى ١٤٤٤ هـ - ديسمبر ٢٠٢٢م

الرقابة الدستورية على الملاءمة في مجال الحقوق الدستورية

الأستاذ الدكتور/ كمال جعلاب(*)

ملخص:

يتناول هذا البحث بالتحليل الملاءمة كمبدأ من مبادئ القانون الدستوري، وكأداة ممنهجة ومتعدّدة المستويات للرقابة انتشرت على نطاق واسع في مجال الحقوق الدستورية تحديداً، ويسعى البحث من خلال هذا التحليل إلى التأكيد على أن رقابة الملاءمة هي رقابة ذات طابع خاص ترتبط بنطاق محدّد يتمثل في مجال التقييد التشريعي للحقوق الدستورية، ولذلك فإنّ جلّ الانتقادات التي تستهدفها كأداة للفحص لا ينبغي أن تؤدي إلى رفضها كمبدأ في القانون الدستوري يقوم عليه قضاء الحقوق الدستورية.

في هذا الإطار فإن البحث عن معايير موضوعية ومجرّدة لعقلنة الرقابة والتخفيف من الذاتية في تقييم المصالح والحقوق المتنافسة من شأنه أن يؤدي إلى نتائج موضوعية عقلانية ومقبولة لهذا الفحص، بما يحقّق التوافق بين ضمان الحقوق الدستورية كمبادئ ذات قيمة دستورية وحمايتها من جهة، واحترام مجال التقدير الخاص بالسلطة التشريعية المنتخبة وضمان سمو القانون من جهة ثانية.

المقدمة

شهدت الحقوق والحريّات مع نهاية الحرب العالمية الثانية تحولاً عميقاً في مفهومها ونظامها القانوني بصفة عامة، بحيث انتشرت موجة التنصيص على هذه الحقوق سواء على المستوى الدّولي من خلال الإعلانات والمواثيق الدّولية التي صدرت تباعاً، أو على المستوى الوطني من خلال النّص على جملة من الحقوق والحريّات في الدساتير التي وضعت عقب الحرب، وقد أدّت هذه الموجة في «دسترة» الحقوق والحريّات إلى تبلور مفهوم جديد أصبح يُشار إليه بالحقوق الدستورية التي ينص عليها الدستور ويضمن حمايتها، فيكون لها بذلك قيمة دستورية ووضع خاص بها.

لقد أصبحت الحقوق الدستورية بذلك بمثابة معايير ومبادئ دستورية تسمو على القانون طالما أنها تستمد مصدرها من القاعدة الدستورية العليا مباشرة، لكن هذه الحقوق رغم قيمتها إلا أنها قابلة من حيث الأصل للتقييد والتحديد عن طريق المشرّع لأجل تحقيق مصالح عامة، أو لأجل ضمان ممارسة حقوق أخرى، وأياً كانت أهداف المشرّع فلا شك أنها أيضاً تعبّر عن قيم تجد مصدرها في السيادة البرلمانية وتجسيد

(*) أستاذ التعليم العالي- جامعة الجلفة - الجمهورية الجزائرية.

الإرادة العامة عن طريق القانون، وهذه القيم لا تقل أهمية عن قيمة الحقوق الدستورية.

إن الاعتراف بإمكانية تقييد الحقوق الدستورية في سبيل تحقيق مصالح أخرى لها ذات القيمة سيطرح حتماً مشكلة تنازع القيم والمبادئ داخل الدستور، وهو ما يفرض البحث عن أداة لحل هذا التنازع بين المبادئ المختلفة، ويعود للمشرّع من حيث الأصل صلاحية التوفيق بين هذه المبادئ واختيار أكثر التدابير ملاءمة، إذ يجب أن يكون تقييد الحقوق الدستورية بواسطة القانون مبرراً ومناسباً، بحيث يجب أن تفوق قيمة الهدف الذي يسعى المشرّع لتحقيقه قيمة الحق الدستوري المستهدف بالتقييد.

وإذا كانت مهمة مراقبة مدى مطابقة القانون للدستور تعود إلى القضاء الدستوري، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا المستوى يتعلّق بما إذا كان للقاضي صلاحية فحص مدى ملاءمة القانون خصوصاً في مجال الحقوق الدستورية التي أصبحت قواعد عليا وجزءاً لا يتجزأ من الدستور، إن هذا التساؤل يفترض تحليل ما إذا كانت قيمة الحقوق الدستورية تبرّر للقضاء تجاوز دوره التقليدي في رقابة المطابقة إلى مراقبة تقديرات المشرّع والحلول التي اختارها في تقييده لحق من الحقوق.

لقد أصبحت رقابة الملاءمة التي يمارسها القضاء الدستوري في العديد من الدول خصوصاً في ألمانيا وكندا تعبيراً عن مبدأ قانوني مستقر، وتقوم هذه الرقابة على وجود فحص مهيكل من عدد من المستويات من شأنه الوصول في النّهاية إلى التأكّد مما إذا كان التقييد التشريعي للحقوق الدستورية مبرراً وضرورياً ويوازي في منافعه أو يفوق تكلفة المساس بهذه الحقوق، بذلك طُرحت الملاءمة باعتبارها الوسيلة الأمثل التي من شأنها حل التنازع بين الحقوق الدستورية كمبادئ دستورية، وبين المصالح التي يسعى إلى تحقيقها المشرّع، والتي تعتبر كذلك مبادئ ذات قيمة دستورية.

إن هذا البحث يهدف بالأساس إلى استعراض الملاءمة كمبدأ وكأداة للرقابة الدستورية ترتبط بمجال الحقوق الدستورية، وهو ينطلق في سبيل ذلك من محاولة تأصيل فكرة الملاءمة نظرياً، وعلى ضوء ما سبق فإن هذا البحث يعرض لرقابة الملاءمة من خلال تتبع مسار تبلورها كمبدأ، إضافة إلى البحث في الأسس التي يمكن أن تبرّرها (المبحث الأول)، كما أنه يعرض لها كأداة للرقابة الدستورية ذات مستويات متعدّدة يعتمدها القضاء الدستوري لفحص التقييد التشريعي للحقوق الدستورية (المبحث الثاني)، وعلى الرغم من استقرار وانتشار الملاءمة كمبدأ، واعتمادها كأداة مفضلّة في القضاء الدستوري في العديد من الدول إلا أنها لازالت محلّ العديد من الانتقادات التي تجمع كلها رغم اختلاف طبيعتها ونطاقها على رفض الملاءمة كمبدأ، وبالنتيجة إزاحة أي أساس قد يبرّر للقضاء اللجوء إليها كأداة للرقابة (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الملاءمة كمبدأ في مجال القانون الدستوري

تعتبر الملاءمة في أصلها فكرة فلسفية لأنها تعبّر عن طريقة تفكير لدى كل شخص يبحث عن الاختيار بين قيمتين أو اختيارين أو أكثر من خلال تحديد الملائم منها وتبنيه، وقد انتقلت الملاءمة إلى علم القانون بذات المحتوى، واستقرت كمبدأ من المبادئ القانونية في العديد من فروع القانون كالقانون الجزائي والدولي خصوصاً، وانتقلت حديثاً إلى مجال القانون الدستوري وأصبحت مبدأ من المبادئ الدستورية، وترافق ذلك مع اعتمادها كأداة في القضاء الدستوري لفحص التقييد التشريعي للحقوق الدستورية.

وعلى الرغم من أن أغلب الدساتير لا تنص على مبدأ الملاءمة صراحةً، إلا أن ذلك لا يعني أن الملاءمة كمبدأ ليس له أي أساس دستوري يبرّره، بل إنه مثل بقية المبادئ غير المدونة في الدستور له قيمة دستورية ترتبط بقيمة الحقوق الدستورية كمبادئ، كما يمكن استنباطها أيضاً من خلال ربطها بمبادئ أخرى كدولة القانون والدّيمقراطية.

المطلب الأول: تبلور مبدأ الملاءمة في مجال القانون الدستوري

لم تظهر الملاءمة كمبدأ في القانون الدستوري إلا بعد أن انتشر تطبيقها أولاً كأداة للرقابة الدستورية، حيث اعتمدها القضاء الدستوري في ألمانيا كآلية ممنهجة ومتعدّدة المستويات لفحص التشريعات التي تتضمّن تقييداً للحقوق الدستورية، واعتمدت بعد ذلك كمبدأ أساسي يرتبط بالحقوق التي لها قيمة دستورية في الدستور الألماني، وانتشر تطبيق الملاءمة في مختلف نظم القضاء الدستوري في أوروبا وكندا، وصارت معياراً عالمياً يحكم عمل القضاء الدستوري في مجال الحقوق والحريات.

الفرع الأول: استقرار الملاءمة كمبدأ في القضاء الدستوري في ألمانيا

يجمع الباحثون في مجال القانون العام عموماً على أن بروز فكرة الملاءمة في القانون العام حديثاً يعود إلى ألمانيا، حيث لعب الفقيه الألماني كارل جوتليب سفاريز «Carl Gottlieb Svarez» (١٧٤٦- ١٧٩٨) دوراً أساسياً في بلورة هذا المبدأ، وذلك في سياق تفسيره لنظريّة العقد الاجتماعي، إذ ذهب سفاريز إلى أن للدولة الحق في تقييد حقوق الفرد فقط في المدى الضروري لحماية حريّة وسلامة الآخرين[1].

ويقول سفاريز في معرض شرحه لفكرة الملاءمة دون أن يستعمل مصطلح

(١) Cité par: Alec Stone Sweet, Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law, Volume 47, N°1, 2008, pp. 68-149, p100.

«الملاءمة» صراحةً بأن «تحقيق مصلحة ذات وزنٍ للجميع هي فقط ما يمكن أن يبرّر للدولة مطالبة فردٍ ما بالتضحية جوهرياً بمصلحة أقل وزناً، وبما أن الفرق بين الأوزان هنا ليس واضحاً، فإن الحريّة الطبيعيّة يجب أن تسود. إن المشقة الاجتماعية التي ينبغي تفاديها عن طريق تقييد حريّة الفرد يجب أن تكون أكثر جوهريّة وبفارقٍ كبير عن السّلبيات للفرد، أو كل ما ينتج عن التعدي على حقوقه»[٢].

وقد واصل فقهاء القانون الإداري في ألمانيا طوال القرن التاسع عشر التأكيد على الملاءمة كمعيار لممارسة سلطات الضّبط، كما تزايدت تطبيقاتها القضائية في المحاكم الإدارية خصوصاً المحكمة الإدارية العليا في بروسيا التي تأسّست سنة ١٨٥٦، وكان لها سمعة جيّدة في كل أنحاء ألمانيا، إذ كان لها دور متقدم في تفسير مبادئ القانون الإداري في ذلك الوقت، ومع نهاية القرن التّاسع عشر استقر مبدأ الملاءمة في القانون الإداري في ألمانيا سواء في القرارات القضائية، وأيضاً في الأطروحات الأكاديمية[٣].

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية صدر في ألمانيا القانون الأساسي لسنة ١٩٤٩[٤] الذي يُعد بمثابة دستور أصبحت بموجبه ألمانيا جمهورية اتحاديّة، وتحظى الحقوق الأساسية في هذا الدستور بمكانة هامة باعتبارها مبادئ ذات قيمة دستورية تسمو على القانون، وأصبحت تُعرف بالحقوق الدستورية التي نص عليها الدستور في المواد العشرين الأولى منه، كما تم تأسيس محكمة دستورية فيدرالية تكون مهمتها الأساسية ضمان سمو هذه الحقوق واحترامها من قبل كل السّلطات العامة في الدّولة.

وقامت المحكمة الفيدرالية التي تأسّست سنة ١٩٥١ بنقل مبدأ الملاءمة من مجال القانون الإداري إلى مجال قضاء الحقوق الدستورية وأقرتها كمبدأ من المبادئ الدستورية، إضافةً على اعتمادها كوسيلة للرقابة الدستورية في هذا المجال، واستندت المحكمة في تبريرها لهذا المبدأ على نص المادة ١٩ من القانون الأساسي باعتبارها تشترط الملاءمة في أي قانون يقيّد الحقوق الأساسية، كما قدّمت المحكمة مبدأ الملاءمة في كثيرٍ من قراراتها على أنه مبدأ دستوري مفروغٌ منه[٥].

---

(٢) Antoine Guilmain, Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique, Revue de Droit McGill, Volume 61, N° 1, 2015, pp87-137, p108.

(3) Alec Stone Sweet, Jud Mathews, op, cit, p101-102.

(٤) القانون الأساسي الألماني، نسخة باللغة الإنجليزية محملة من على الموقع الرسمي للبرلمان الألماني (البوندستاغ) على الرّابط:
https://www.bundesregierung.de/Content/EN/StatischeSeiten/breg/basic-law-content-list.html

(٥) Deiter Grimm, Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence, University of Toronto Law Journal, Volume 57, N°2, 2007, pp 383-397, p385.

شرحت المحكمة الفيدرالية في ألمانيا مبدأ الملاءمة في قرارها الشهير المتعلّق بقضية الصّيادلة في ١٩٥٨ الذي جاء فيه: «يمكن تقييد حريّة ممارسة المهنة طالما أن ذلك يبدو مناسباً حسب اعتبارات عقلانية تتعلّق بالمصلحة العامة، إن حماية الحقوق الأساسية تقتصر على منع أوضاع هي نفسها تكون مخالفة للدستور لأنها قد تكون مفرطة فيما تضعه من أعباء غير عقلانية»، وأضافت المحكمة في ذات القرار بأن «مبدأ الملاءمة ينطبق على الشروط الشخصية المسبقة لمزاولة المهنة، وهذه الشروط لا ينبغي أن تكون غير ملاءمة للهدف المنشود من الأداء السليم للنشاط المهني، وهنا يجب تطبيق متطلبات صارمة وخاصة لإثبات الحاجة لشروط موضوعية مسبقة للقبول»(٦).

بذلك تكون المحكمة الفيدرالية قد استنتجت في هذا القرار ضرورة وجود نوع من التوازن بين المصالح الاجتماعية المتنافسة، وذهبت إلى أن القانون الذي يحدّد عدد الصيدليات لغرض تحقيق هدف عام وهو رفع جودة الخدمة العامة في هذا المجال لا يستجيب لهذه الضرورة، على اعتبار أنه من الممكن توفر وسائل بديلة أخرى أقل تقييداً للحقوق الأساسية وأكثر فعالية في تحقيق نفس الهدف(٧).

وبعد هذا القرار استقرت المحكمة الفيدرالية في العديد من القضايا على اعتماد الملاءمة كأداة للرقابة في مجال الحقوق الدستورية، ووضعت لها هيكلاً منظماً يتضمّن عدداً من مستويات الفحص، وفي سنة ١٩٦٣ اقترحت المحكمة تعميم اللجوء إلى الملاءمة في كل القضايا التي تتعلّق بالتقييد التشريعي للحقوق الدستورية، وأعلنت المحكمة سنة ١٩٦٥ بأن مبدأ الملاءمة في الجمهورية الاتحادية الألمانية له قيمة دستورية، واعتبرته في سنة ١٩٦٨ معياراً ذا قيمة عليا يجب أن يحكم كل أعمال الولايات في الاتحاد، وهو ملزمٌ لكل السّلطات العامة في مسائل الحقوق التي ينص عليها الدستور(٨).

الفرع الثاني: انتشار مبدأ الملاءمة خارج ألمانيا

انتقلت فكرة الملاءمة التي استقرت لتوها كمبدأ في القضاء الدستوري الألماني بدايةً إلى النّظام القانوني للاتحاد الأوروبي، إذ اتخذت محكمة العدل الأوروبية سنة ١٩٧٠ خطوة أولى نحو الاعتراف بالملاءمة كمبدأ غير مكتوب، ولكنه من المبادئ العامة

(٦) Donald P. Kommers, the Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Duke University Press, 1997, p274-275.

(٧) Benedikt Pirker, Proportionality Analysis and Models of Judicial Review, Europa Law Publishing, 2013, p104.

(٨) Alec Stone Sweet, Jud Mathews, op, cit, p110.

لقوانين الاتحاد، وقد استنبطته المحكمة من مبدأ حظر التمييز في التمتع بالحقوق دون أن تشير إلى الأساس أو المرجع الذي اعتمدت عليه في هذا الاستنتاج، ومع ذلك أصبح مبدأ الملاءمة ينظّم اليوم عمل القضاء الأوروبي في جميع مجالات القانون الهامة التي أنشأتها معاهدة روما(٩).

وعلى الرغم من أن كندا ليست قريبة لا من النّاحية الجغرافية ولا حتى من حيث طبيعة النّظام القانوني من ألمانيا، إلا أنها كانت من أوائل الدّول التي سارعت إلى تلقف فكرة الملاءمة من القضاء الدستوري الألماني، وأسهم صدور الميثاق الكندي للحقوق الأساسية سنة ١٩٨٢ في تعزيز تطبيق رقابة الملاءمة، خصوصاً وأن المادة الأولى منه أقرّت بشكلٍ غير مباشر مبدأ الملاءمة عندما نصّت على أنه: «يضمن الميثاق الحقوق والحريّات الواردة فيه رهناً بالحدود المعقولة التي ينص عليها القانون، كما يمكن تبريرها بشكلٍ واضح في مجتمع حر وديمقراطي».

ويعتبر قرار المحكمة العليا الكندية في قضيّة Oakes الذي صدر سنة ١٩٨٦ من أهم القرارات التي شرحت فيها المحكمة رؤيتها لمبدأ الملاءمة، ويعود الفضل في ذلك إلى رئيس المحكمة القاضي «ديكسون»، إذ إنه فصّل في عناصر الملاءمة التي تشمل ثلاثة عناصر أساسية هي: «أولا: يجب أن تكون التدابير المعتمدة مصمّمة بعناية لتحقيق الهدف، ويجب أن لا تكون تعسفية أو غير عادلة أو تقوم على أساس اعتبارات غير عقلانية، باختصار: يجب أن تكون هذه الوسائل مرتبطة بشكلٍ عقلاني وموضوعي. ثانياً: إن هذه الوسائل يجب أن تمس بأقل قدرٍ ممكن الحق أو الحرية حتى ولو كانت مرتبطة ارتباطاً عقلانياً بالهدف وفق المعنى السّابق. ثالثاً: يجب أن يكون هناك تناسب بين آثار التدابير المسؤولة عن الحدّ من الحق أو الحريّة المنصوص عليها في الميثاق، والهدف الذي تم تحديده على أن له أهمية كافية»(١٠).

أما في فرنسا فإن القضاء الدستوري ممثلاً في المجلس الدستوري لم يصرّح بموقفه في شأن رقابة الملاءمة، ولم يعتمد تقنية الفحص الثلاثي بطريقة منهجية ومنظمة مثل ما هو معتمد لدى المحكمة الفيدرالية في ألمانيا، وهو ما يدل على الموقف المتحفظ لدى المجلس في هذا الخصوص، رغم أن مبدأ الملاءمة كان قد تبلور وازدهر في المجال الإداري في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، ويبدو أن المجلس الدستوري اعتمد مبدأ

(٩) Alec Stone Sweet, Jud Mathews, op, cit, p47.

(١٠) Cité par: Niels Petersen, Proportionality and judicial activism, Cambridge University Press, 2017, p99.

احترام مجال التقدير الممنوح للمشرع، وامتنع عن رقابة ملاءمة ما يتخذه من تدابير تحدّ من الحقوق والحريات؛ إذ جاء في قرارٍ له بأنه: «واعتباراً بأن الدستور لا يمنح المجلس الدستوري سلطة تقديرية عامة وتقرير مماثلة لتلك الممنوحة للبرلمان، كما أنه ليس من حقه أن يستفسر عما إذا كان يمكن تحقيق الأهداف التي حدّدها المشرّع لنفسه بسبلٍ أخرى»(١١)، لكن المجلس الدستوري الفرنسي طبّق في نفس الوقت وبمناسبة رقابته على التشريعات المتعلّقة بالحقوق والحريات بعض العناصر المتعلّقة بالملاءمة، حيث اعتمد في قرار له صدر سنة ٢٠٠٨ صيغة الملاءمة تماماً كما هي معروفة في ألمانيا، وذلك عندما اعتبر بأن «المساس بممارسة الحريات يجب أن يكون مكيفاً وضرورياً ومناسباً للهدف من القيد»، ومع ذلك فإن المجلس الدستوري في رأي الباحثين في فرنسا يظل متحفظاً بشأن ممارسة رقابة صريحة وكاملة على الملاءمة(١٢).

وفي بريطانيا فإن المحاكم كانت تعتمد رقابة المعقولية التي تهدف إلى التأكّد من وجود حدٍ أدنى من المعقولية في أعمال الإدارة التي قد تمس بحقوق الأفراد، وتختلف هذه الرقابة عن رقابة الملاءمة، إذ إنها أقل من حيث صرامتها وشدّتها(١٣)، غير أنه وبعد صدور قانون حقوق الإنسان سنة ١٩٩٨ أصبحت المحاكم في بريطانيا تتحول تدريجياً من رقابة المعقولية الضيّقة في نطاقها إلى ممارسة رقابة الملاءمة التي صارت تشكّل أرضية الرقابة فيما يتعلّق بالحقوق الواردة في هذا القانون(١٤).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن المحكمة العليا الفيدرالية اعتمدت عبر مختلف المراحل في مسائل تقييد الحقوق الأساسية نظماً مختلفة ومتنوعة كالمعقولية، والفحص الضيّق، وغيرها لكنها لم تعتمد الملاءمة كفحص مهيكل ومتكامل، رغم أن النّظم السّابقة تتعلّق بشكلٍ أو بآخر بفكرة الملاءمة والموازنة، لقد اعتمدت المحكمة الفيدرالية بدايةً ما يسمى بنظام الفحص الضّيق الذي يتعلّق بعددٍ محدود من الحقوق الهامة أو

(١١) Valérie Goesel-Le Bihan, Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie générale, Revue Française de Droit Constitutionnel, N°45, 2001, pp 67-83, p69.

(١٢) Rhita Bousta, Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes, Revue Française de Droit Constitutionnel, N° 88, 2011, pp 913-930,

(١٣) Aileen Kavanagh, Constitutional Review under the UK Human Rights Act, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p244.

(١٤) Stephen Gardbaum, Positive and horizontal rights, in Vicki C. Jackson, Mark Tushnet (ed), Proportionality: New frontiers, New challenges, Cambridge University Press, 2017, p225.

المفضلّة، واستخدم هذا الفحص بدايةً من سنوات الأربعينيات من القرن الماضي في المسائل المتعلّقة بالحقوق التي أقرّها التعديل الأول للدستور الأمريكي، من أجل التأكّد من أن تقييد هذه الفئة من الحقوق كان لأهداف ذات وزن وأهمية، غير أن هذا الفحص كان محدوداً وضيّقاً، ولذلك بدأت المحكمة في توسيع نطاق الفحص ليشمل الموازنة على أساس تقدير المنافع والأضرار للتشريعات المختلفة التي تمس بالحقوق الدستورية، ومع نهاية سنوات الخمسينيات أصبح فحص الموازنة المقاربة المفضلة لدى المحكمة خصوصاً فيما يتعلّق بالحق في التعبير(١٥).

ويشير الباحثون في أمريكا إلى أن المحكمة العليا بدأت منذ سنوات التسعينيات في تطبيق فحص الملاءمة في سياقات دستورية مختلفة وبدرجات متفاوتة دون تبنيه بشكلٍ كامل، فقد طبّقته المحكمة في مسائل تطبيق بند الإجراءات القانونية الواجبة كضماناتٍ للحقوق الفردية، ولاسيما تلك التي تتعلّق بضمان أن يكون تقييم التعويضات معقولاً ومتناسباً مع مقدار الضرر اللاحق بالمدعين، وهو الفحص الذي يعبّر عنه بفحص المعقولية، وكذلك تم تطبيق ذات الصّورة من الفحص بالنسبة لبند العبء غير المبرّر في قضايا الإجهاض، واشترطت قدراً من المعقولية في اللوائح التي يمكن أن تؤثر على اختيارات المرأة في مسألة الإجهاض(١٦)، ومع ذلك فإنه يمكن ملاحظة أن الملاءمة لم تظهر كمبدأ عام في القضاء الدستوري في أمريكا، وحتى تطبيقاتها تكاد تكون نادرة مقارنةً بما هو عليه الحال في ألمانيا، ولعلّ ذلك يرجع حسب البعض إلى ارتباط الملاءمة في ألمانيا بمبدأ سمو الحقوق الدستورية وضمانها كمعيار للدستور الأفضل، في حين أن فكرة الملاءمة في أمريكا ترتبط أكثر بالواقعية والبراغماتية في تقدير ما إذا كان تقييد الحقوق مبرراً(١٧).

بالانتقال إلى الدول العربية فإن القضاء الدستوري بشكلٍ عام لم يكن متحمساً تجاه تطبيق هذا المبدأ بكل عناصره ومتطلباته، وظل متمسكاً بمبدأ احترام السّلطة التقديرية للمشرّع، والامتناع عن ممارسة الرقابة على الملاءمة في هذا الشأن، ومع ذلك فإنه يمكن ملاحظة بروز توجه جديد لدى القضاء الدستوري في عددٍ من الدول العربية نحو توسيع نطاق الرقابة الدستورية ليشمل بعض عناصر التقدير الممنوح للمشرّع

(١٥) Richard H. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, U.C.L.A. Law Review, Volume54, Issue5, 2007, pp1267-1315, p1290.

(١٦) Vicki C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality, Yale Law Journal, Volume 124, N°8, 2015, pp3094-3196, p3105.

(17) Jacco Bomhoff, Balancing constitutional rights: The origins and meanings of postwar legal discourse, Cambridge University Press, 2013, p191-102.

لاسيما ما يتعلّق بفحص الضرورة، ويمكن الإشارة هنا مثلاً إلى قرار المحكمة الدستورية الكويتية الشهير المتعلّق بقانون البصمة الوراثية الذي صدر في الخامس من أكتوبر ٢٠١٧، إذ اعتبرت المحكمة في هذا الحكم بأنه «إذا كان تنظيم الحرية الشخصية يقع في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرّع في موضوع تنظيم الحقوق، إلا أنه من غير الجائز أن يفرض المشرّع تحت ستار هذا التنظيم قيوداً يصل مداها إلى حدّ نقض هذا الحق أو الانتقاص منه أو إفراغه من مضمونه»، وأضافت المحكمة في إشارة إلى شرط الضرورة الذي يقتضي التزام المشرّع الحد الأقل في تقييد الحق بما يحقق الهدف من القانون بقولها: «أطلق القانون التحليل دون أن يقصره على إعطاء الحدّ الأدنى الضروري من المعلومات الذي يكفي لتحقيق الغاية التي صدر من أجلها القانون»[١٨]، ويشكّل هذا الحكم خطوة جريئة وأولية في قضاء المحكمة الدستورية الكويتية نحو التحول إلى رقابة الملاءمة بشأن الحقوق الدستورية.

كما يمكن ملاحظة ذات الاتجاه لدى المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أصبحت في العقود الأخيرة تتجه نحو بسط رقابة ملاءمة على السّلطة التقديرية للمشرّع، خصوصاً فيما يتعلّق بالحلول التي يختارها هذا الأخير ومدى اتساقها حسب وجهة نظرها مع احتياجات المجتمع وتطوره[١٩]، كما طّبقت المحكمة أيضاً فكرة الخطأ الظاهر (الغلو) في مجالات عدّة لاسيما ما تعلّق منها بالحقوق والحريات، وألغت المحكمة في عديد من الحالات تشريعات تأسيساً على فكرة الغلو في التقدير[٢٠].

المطلب الثاني: أساس مبدأ الملاءمة في مجال الحقوق الدستوريّة

إن الانتشار الواسع لرقابة الملاءمة في العديد من الدّول التي تتبنى نموذج القضاء الدستوري لا يغني عن البحث عن أساس دستوري لها، حيث إن ممارسة القضاء لهذا الاختصاص يجب أن يجد سنده المباشر في الدستور أو في مبادئه بشكلٍ غير مباشر، ومع أن هناك دساتير تنص صراحة على الملاءمة كشرطٍ في تقييد الحقوق الدستورية كالدستور التركي الذي ينص في المادة ١٣ على أنه: «يمكن تقييد الحقوق والحريات الأساسية فقط وفقاً للأسباب المذكورة في مواد الدستور ذات الصلة دون المساس

(١٨) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٢٠١٦/٩، طعن دستوري مباشر، جلسة ٢٠١٧/١٠/٥.

(١٩) عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السّلطتين التشريعية والقضائيّة، مجلس النّشر العلمي (لجنة التأليف والتعريب والنشر)، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص٥٦٧.

(٢٠) زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٠٨.

بجوهرها. وهذه القيود لا يجب أن تتعارض مع نص وروح الدستور، ومع متطلبات النظام الديمقراطي للمجتمع، وللجمهورية العلمانية ومبدأ الملاءمة»[٢١]، وكذلك الدستور السويسري الذي ينص في الفقرة الثالثة من المادة ٣٦ على أن «كل تقييد للحقوق الأساسية يجب أن يكون ملائماً»[٢٢].

وإذا كانت أغلب الدساتير لا تنص صراحةً على الملاءمة كشرط في تقييد الحقوق، فإن ذلك لا يمنع من البحث عن أساس لها من خلال ربطها بمبادئ دستورية أخرى كدولة القانون، والحقوق الدستورية.

الفرع الأول: مبدأ دولة القانون

على الرغم من أن مبدأ دولة القانون هو مفهومٌ شائع في القانون الدّستوري وتكثر الإحالة إليه، إلا أنه لا يوجد أي تعريف محدّد له، بل إن مضمونه كان على الدوام محلّ اختلاف بين الباحثين، ويعود ذلك بالأساس إلى اتساع نطاق هذا المبدأ وتعلّقه بمبادئ فرعية متعدّدة ومختلفة في طابعها، تسمح عند توفرها أو توفر بعضها بإمكانية وصف دولة ما بأنها دولة قانون.

تعود أصول مفهوم دولة القانون إلى ألمانيا التي يعرف لديها هذا المبدأ بالريشتات «Rechtsstaat»، وقد تم تكريس هذا المفهوم سنوات ١٨٦٠ وما بعدها في كتابات الباحثين الألمان لاسيما «Bahr» و«Gneist» اللذان استعملا هذا المفهوم من أجل إيجاد أساس قانوني لرقابة القضاء على أعمال السّلطات الإدارية، كما تم ربط هذا المفهوم لاحقاً بالحقوق الأساسية، لكن هذا المبدأ لم يتبلور كمفهوم ضمن المفاهيم المتعلّقة بالقانون الدستوري إلا مع بداية القرن العشرين، وانتقل مفهوم دولة القانون من ألمانيا إلى الفقه الدستوري في كل من سويسرا، وإيطاليا، والنّمسا، ثم إلى فرنسا، وهذا المبدأ كما هو معروف في القانون الدستوري الألماني يتضمّن عدداً من المبادئ الأكثر تحديداً، كمبدأ الفصل بين السّلطات، ومبدأ سمو القانون، ومبدأ حماية ثقة الأفراد في النشاط الحكومي، والحقوق الأساسية، ومبدأ الحماية القضائية لهذه الحقوق[٢٣].

---

(٢١) الدستور التركي لسنة ١٩٨٢، نسخة باللغة الإنجليزية محمّلة بتاريخ ٢٠١٧/١٢/١٠ من موقع البرلمان التركي على الرّابط:
https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

(٢٢) الدستور الفيدرالي السويسري لسنة ١٩٩٧، نسخة باللغة الإنجليزية محمّلة بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١٢ من الموقع الرسمي للمجلس الفيدرالي السويسري على الرّابط:
https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html

(٢٣) Albert Bleckmann, L›Etat de droit dans la constitution de la République fédérale d›Allemagne, Revue Pouvoir, N°22, 1982, p6.

ويقوم مبدأ دولة القانون في المفهوم الألماني على فكرة أنه لا يجب أن يتم التركيز في نشاط الدّولة على الضمانات الشكلية للحريّة، بل يجب أن يقوم على تحصيل وحماية ومنح العدالة كجوهر في المجال العام للدولة، وكذلك في تلك المجالات التي تكون عرضة لتأثير الدّولة، إن الدستور لا يعتبر الدّولة قيمة في حدّ ذاتها، بل إن قيمتها إنما تستمدها من ضمان حرية الشعب(٢٤).

بناء على هذا التفسير فإن مبدأ الملاءمة يصير من متطلّبات دولة القانون بمفهومها الجوهري، وقد اعتبر الباحثون في ألمانيا مبدأ دولة القانون بمثابة أرضية يمكن أن تؤسّس لمفهوم مبدأ الملاءمة، واستدل هؤلاء باجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية التي أعطت قيمة هامة لهذا المبدأ، كما أنها أشارت إلى طابعه الجوهري «القوي» المتمثل في الحقوق الأساسيّة مبكراً في سوابقها القضائية، باعتباره مبدأ مستمداً من القانون الأساسي الألماني(٢٥)، وكذلك اعتبرت المحكمة الدستورية لمقاطعة بافاريا منذ سنة ١٩٥٥ أن مبدأ دولة القانون إضافةً إلى ضمانات الحقوق الأساسية التي ينص عليها الدستور البافاري هي أساس الطّابع الملزم لمبدأ الملاءمة(٢٦).

إن الحقوق الأساسية تعد الجزء الأهم ضمن مفهوم دولة القانون، وقد عملت المحكمة الدستورية في ألمانيا على توسيع نطاق هذه الحقوق بالنّظر إلى مفهوم مبدأ دولة القانون نفسه، واستنتجت من خلال ذلك العديد من المبادئ المتفرعة عنه والتي ترتبط في ذات الوقت بالحقوق الأساسية كمبدأ المحاكمة العادلة، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وغيرها(٢٧).

الفرع الثاني: نظرية الحقوق الدستورية كمبادئ

تعتبر الحقوق الدستورية أساساً لمبدأ الملاءمة؛ لأن الحقوق نفسها تعتبر مبادئ وليست مجرّد قواعد ينص عليها الدستور، ويجد هذا التحليل للحقوق الدستورية كمبادئ أصوله في نظرية المبادئ التي أسّس لها الفيلسوف القانوني الألماني روبرت ألكسي «Robert Alexy» والتي حاول من خلالها أن يربط ما بين الملاءمة والحقوق الدستورية كمبادئ تحكمها نظريّة المبادئ-كمتطلبات للأفضليّة أو الأمثليّة optimization-requirements.

(٢٤) Nicholas Emiliou, The principle of proportionality in European law: a comparative study, Kluwer Law International, 1996, p41.

(٢٥) Rainer Grote, Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit, in Christian Starck (ed), Constitutionalism, Universalism and Democracy – A Comparative Analysis, Baden Baden Nomos, 1999, p270.

(٢٦) Benedikt Pirker, op, cit, p108.

(٢٧) Albert Bleckmann, op, cit, p10.

تنطلق نظريّة ألكسي من فكرة أن المبادئ هي متطلبات أفضلية، أي أنها تتطلّب تحقيقها للقدر الأفضل، وهذه النّظرية تقوم أساساً على تمييز معياري في مجال الفلسفة القانونية ما بين القواعد والمبادئ، فالقواعد تتطلب شيئاً ما بشكلٍ نهائي، إنها أوامر نهائية، ولذلك فإنه إذا كانت القاعدة صالحة، واكتملت شروط تطبيقها، فهي تتطلب قطعاً تنفيذ ما تأمر به، فإذا تم القيام بما تأمر به فإنه قد تم الامتثال للقاعدة، وإذا لم يتم ذلك، فهذا يعني أنه لم يتم الامتثال للقاعدة، وعلى خلاف ذلك فإن المبادئ تقوم على فكرة أنها متطلبات الأفضلية التي تعني أن هناك شيئاً ما يجب تحقيقه إلى «القدر الأكبر الممكن أو الأفضل» بالنظر إلى الإمكانيات القانونية والواقعية[٢٨].

هكذا يسعى ألكسي إلى التأكيد على أن المبادئ لا يشترط فيها أن تطبّق أو لا تطبق فورياً وبشكلٍ كامل، بل إن نطاق تطبيقها مرن ومتحرّك، بحيث إنها تعبّر عن أفضل ما هو ممكن، أي أفضل ما يمكن أن يصل إليه تطبيق هذا المبدأ، وهذه الأفضلية تقاس هنا حسب ألكسي بالمدى الذي وصل إليه تطبيق المبدأ ذاته، أما القاعدة فهي على خلاف ذلك نقطة ثابتة، بحيث إنها إما أن تطبق أو لا تطبّق، ولا مجال في الحديث عن القواعد عن «مدى أفضل أو ممكن» لتطبيقها.

في هذا الإطار فإن قياس الدرجة المناسبة لتحقيق مبدأ ما إلى «أكبر قدر ممكن» بحيث تتحقق الأفضلية optimization تتحدّد بالنّظر إلى مراعاة تطبيق مبادئ أخرى منافسة، ويكون ذلك أساساً بهدف البحث عن حل ملائم للتوفيق بينها، ذلك أن حل التنازع بين المبادئ المتنافسة يقوم على أساس فحص الملاءمة لتحديد المجال الأفضل لتطبيق مبدأ من المبادئ على حساب مبدأ آخر، وذلك في ظل المعطيات القانونية والواقعية، إن الملاءمة بهذه الصّورة تصير شكلاً خاصاً بتطبيق المبادئ، وهنا تصير العلاقة بين المبادئ عموماً ومبدأ الملاءمة علاقة منطقية، بحيث إن طبيعة المبادئ ذاتها تفترض وجود مبدأ الملاءمة والعكس أيضاً صحيح[٢٩].

تربط بذلك نظريّة ألكسي بين المبادئ ومبدأ الملاءمة بشكل آلي وضروري، إذ إنه لا يمكن تحديد «القدر الأكبر الممكن» الذي تطبّق من خلاله المبادئ إلا عن طريق فحص الملاءمة بالنظر إلى وجود مبادئ أخرى مزاحمة للمبدأ، وبالنّظر إلى أن الحقوق الدستورية تعتبر مبادئ عند ألكسي وليست قواعد، فإنها ترتبط ضرورياً بمبدأ الملاءمة الذي من

(٢٨) Robert Alexy, Theory of constitutional rights, Julian Rivers (Trad), Oxford University Press, 2002, p47.

(٢٩) Ibid, p66.

شأن تطبيقه تحديد الدرجة «الأفضل» أو «المدى الأقصى الممكن» لتحقيقها، ولا شك أنه ووفق هذا التحليل فإن الحقوق باعتبارها مبادئ لا يمكن أن تكون مطلقة في ظل وجود مبادئ أخرى تنافسها قد تتعلّق بالمصلحة العامة أو حتى بممارسة حقوق أخرى، وهنا فإن ألكسي يذهب إلى أن كل الحقوق هي نسبية، وحتى أكثر الحقوق الجوهرية للإنسان يمكن تقييدها، بهذا المعنى فإن مبدأ الملاءمة يجد أساسه ومبرّره في طبيعة الحقوق الدستورية باعتبارها مبادئ لا يمكن تطبيقها بشكلٍ كامل، ولكن بواسطة مبدأ الملاءمة فإنه يمكن تحقيقها إلى أقصى قدر ممكن، وواضحٌ من خلال ذلك أن ألكسي استنتج الحقوق الدستورية كأساس لمبدأ الملاءمة من اجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا، إذ إنه أشار إلى ما ذهبت إليه المحكمة في أحد قراراتها الذي جاء فيه «أن مبدأ الملاءمة ينبع أساساً من طبيعة الحقوق الدستوريّة ذاتها»[٣٠].

(٣٠) Ibid, p64.

المبحث الثاني: عناصر الملاءمة كأداة للرقابة في مجال الحقوق الدستورية

يشمل مبدأ الملاءمة جانبين أحدهما معياري، والآخر واقعي، ويظهر الجانب المعياري في تحديد الوزن الممنوح للمصالح المتمثلة في الحقوق الدستورية من جهة، وأهمية المصالح المضادة التي يستهدف المشرّع تحقيقها من خلال تقييد الحقوق من جهة ثانية، أما الجانب الواقعي فيتمثل في العلاقة بين مختلف التدابير التي يعتمدها المشرّع والمصالح التي يستهدفها[٣١]، بذلك فإن رقابة الملاءمة تقوم وفق ما استقر القضاء الدستوري في أوروبا وكندا خصوصاً على ثلاثة عناصر هي:

أولاً: فحص مدى التناسب بين الوسائل التي استعملها القانون والأهداف المنشودة (الارتباط العقلاني بين الوسائل والأهداف).

ثانياً: فحص ما إذا كانت الوسائل المتخذة ضرورية لتحقيق الهدف المنشود.

ثالثاً: فحص الموازنة من خلال التأكّد من أن أهمية الأهداف التي يسعى القانون لتحقيقها توازي حجم الانتهاك أو المساس بالحق، وجديرٌ بالذكر أن فحص الملاءمة وفق هذه المراحل يتم بشكلٍ منفصل، إذ لا يتم المرور إلى المرحلة التّالية إلا بعد فحص المرحلة الأولى والتأكّد منً نجاح القانون محلّ الرقابة في تجاوزها.

المطلب الأول: الارتباط العقلاني بين الوسائل والأهداف

يسعى المشرّع في تقييده للحقوق الدستورية عادة إلى تحقيق أهداف مختلفة، ولتحقيق هذه الأهداف فإنه يعتمد عدداً من التدابير، وتفترض الملاءمة بدايةً ضرورة الارتباط بين هذه التدابير وبين الأهداف المتوخاة، بحيث إن التدبير التشريعي لا يمكن أن ينجح في فحص الملاءمة إلا إذا ثبت للقاضي بأن هذا التدبير مفيد ويسهم في تحقيق الهدف الذي يسعى إليه المشرّع، لكن ثبوت هذا الارتباط بين وسائل المشرّع وأهدافه لدى القاضي الدستوري تطرح إشكالية مدى اليقين الذي يجب أن تصل إليه قناعة القاضي، إضافةً إلى أدوات الإثبات والمعايير المعتمدة في هذا الشأن.

الفرع الأول: مضمون الارتباط العقلاني بين الوسائل التشريعية والهدف

يتعلّق فحص الملاءمة أساساً بالتأكّد من وجود ارتباط عقلاني مقبول بين وسائل

(٣١) Jonas Christoffersen, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p164.

المشرّع وأهدافه، وهو يفترض أن يتم في هذا المستوى استبعاد أية وسائل تعرقل نفاذ حق على الأقل دون أن تحقق الأهداف التي اعتمدت لأجلها، ويعبّر الفقهاء عن متطلّب الارتباط العقلاني بين الوسائل والأهداف بفحص التناسب الذي يتطلّب في معناه العام وجود علاقة منطقية ومنسجمة بين عنصرين أو أكثر(٣٢).

بذلك فإن الوسائل التشريعية يجب أن تسهم في تحقيق الأهداف المتوخاة، وقد تكون هذه المساهمة قليلة وربما تكون فاعلة، كما يمكن أن تكون واضحة ومتفقاً عليها، ويمكن أن تكون محل شك وجدال، ولكن إذا فشلت الوسيلة تماماً في تحقيق الهدف، أو إذا لم تكن مؤثرة بشكلٍ كافٍ في تحقيقه، فإن القانون محلّ الفحص يصبح غير مناسب وغير ملائم، وهنا يظهر التناسب باعتباره فحصاً سلبياً يهدف إلى التأكّد من عدم وجود وسائل غير عقلانية اعتمدها المشرّع، وبذلك فهو يوفر إمكانية إقصاء تلك الوسائل التي تمس بالحقوق دون أن تحقّق أهدافها(٣٣).

ولا يشترط أن يكون الارتباط بين الوسيلة التي اعتمدها المشرّع والهدف الذي يسعى إلى تحقيقه كاملاً بحيث تحقّق الوسيلة المعتمدة وحدها الهدف بشكلٍ كامل، إذ يكفي أن يكون للوسيلة المعتمدة الأثر الكافي في تحقيق الهدف، لكن هذا الأثر في نفس الوقت لا يجب أن يكون محدوداً للدرجة التي لا يكون فيها مفيداً في الوصول إلى تحقيق الهدف من التشريع.

من الواضح إذن أن المشرّع يملك سلطة تقديرية مُعتبرة في اختيار الوسائل التي يراها مناسبة لتحقيق الهدف أو الأهداف التي حدّدها بشكلٍ مُسبق والتي تقتضي تقييد حق من الحقوق الدستوريّة، لكن يظل للقاضي الدستوري في إطار ممارسته لرقابة الملاءمة فحص مدى التناسب بين الوسائل التي اختارها المشرّع وبين الأهداف التي رسمها.

إن مفردات العمل التشريعي، أو عناصره المختلفة (المضمون، الأهداف ووسائل تحقيقها)، ينبغي أن تكون متناسبة، ولعلّ هذه نقطة البداية عند من يعترفون للقضاء بحق فحص السّلطة التقديريّة للمشرّع، إذ إنهم يرون أن المشرّع ينبغي عليه دائماً اختيار الوسائل التشريعية المناسبة لتحقيق الأهداف التشريعية التي يسعى إلى بلورتها عبر النّصوص والأحكام التي يضعها، وبذلك تضع فكرة التناسب في مداها الأقصى حدوداً

(٣٢) Xavier Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Economica, 1990, p8.

(٣٣) Matthias Klatt, Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford University Press, 2012, p9.

للسلطة التقديريّة للمشرّع، وهذا يعني حسب هذا الرأي أن الوضع السّابق القائم على عدم خضوع السّلطة التقديريّة للمشرّع للرقابة لم يعد موجوداً، لقد أصبح القاضي يحرص على وجود وسائل لتحقيق التوازن بين حريّة المشرّع واحترامه للنظام القانوني ككل، وتمكّن فكرة التناسب بين الوسائل التي يلجأ إليها المشرّع والأهداف التي يسعى لتحقيقها القاضي من الوصول إلى ذلك(٣٤).

إن مسألة فحص التناسب في هذا المستوى ووفق ما تم تحليله سابقاً هي مسألة وقائع وليست مسألة قانون؛ ذلك أنها تتعلق بفحص الفرضيات واحتمالات تحقّقها في الواقع، ويهدف هذا الفحص إلى الكشف عن ما إذا كانت الوسيلة التي اعتمدها المشرّع من شأنها تحقيق الهدف أو على الأقل دعم تحقيقه بشكل فاعل(٣٥)، بذلك يشكّل التناسب جانباً مهماً من الجوانب الواقعية في رقابة الملاءمة بوجهٍ عام، وهو يسمح باعتبار تدبيرٍ ما غير ملائم إذا كان ينتج آثاراً غير مناسبة في الواقع.

ويعتبر قرار المحكمة العليا في كندا في قضية R. Oakes الذي صدر سنة ١٩٨٦ من أهم القرارات التي شرح فيها القاضي الدستوري متطلب الارتباط العقلاني ما بين الوسائل والأهداف كجزء من فحص الملاءمة، واعتبرت المحكمة بأنه يجب أن تكون الوسائل «مصمّمة بعناية» لتحقيق الهدف، إن هذه الوسائل لا يجب أن تكون غير عادلة أو تعسفية أو قائمة على اعتبارات غير معقولة(٣٦).

تشترط المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية من جهتها وجود علاقة تناسب بين القانون والأهداف التي يسعى إليها، وقد شرحت هذا الشرط بمناسبة فحصها للقانون المتعلّق برخص الصّيد، حيث ألزم هذا القانون الصّيادين بالأسلحة، وكذلك الصّيادين الذين يستعملون الصّقور في الصّيد بإجراء فحص لاستعمال الأسلحة، وقد وجدت المحكمة أن اشتراط القانون إجراء امتحان استعمال السلاح بالنسبة للصيادين الذين يعتمدون على الصقور في الصيد للحصول على رخصة الصّيد ليس «مناسباً» لتحقيق هدف القانون، وهو ضمان ممارسة سليمة لهذه النشاطات؛ ولذلك فإنه لا يوجد أي مبرّر جوهري وواضح لانتهاك الحريّة العامة للنشاط للصيادين بواسطة الصقور

(٣٤) عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص٤٢٤.

(٣٥) *Bernhard Schlink,* Proportionality, in Michel Rosenfeld and Andras Sajo (ed), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, p723.

(٣٦) Sujit Choudhry, So what is the real legacy of oakes?: Two decades of proportionality Analysis under the Canadian Charter 's Section 1, Supreme Court Law Review, Volume 34, 2006, pp501-535, p506.

المضمونة بموجب المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون الأساسي الفيدرالي، وقد أعلن هذا التشريع من قبل المحكمة بأنه غير ملائم، وبالنتيجة فإنه غير دستوري[٣٧].

الفرع الثاني: إشكالية إثبات الارتباط بين الوسائل والأهداف

إن تقييم مدى الارتباط العقلاني بين وسائل المشرّع وأهدافه وفق ما عرضنا له سابقاً يرتبط بمدى درجة اليقين والتأكّد من أن الوسائل المعتمدة بموجب القانون ستحقّق فعلاً الأهداف التي رسمها المشرّع والتي من أجلها تم تقييد الحق الدستوري، ولذلك فإن إشكالية إثبات الارتباط العقلاني بين وسائل المشرّع وأهدافه تشكّل أحد أكثر العقبات العملية لفحص الملاءمة صعوبة، خصوصاً وأن هذا الفحص يتعلّق باحتمالات ما سيقع في المستقبل عند تطبيق القانون، وهو ما يثير مسألة الإثبات وقواعده في هذا المستوى.

بذلك فإن المشكلة الجوهرية التي تتعلّق بالواقع وتثور في هذا المستوى من التحليل هي إلى أي مدى يمكن معرفة الآثار التي قد تترتب على تدبير ما في المستقبل؟، على أن هذه الواقعية غير الأكيدة لا ينبغي أن تكون أساساً لمقاربة متطرفة، إذ لا ينبغي للقاضي مثلاً أن يشترط درجة يقين مطلقة وأكيدة من نتيجة لا يمكن إثباتها لهذه الدرجة، مثلما لا يجب اعتبار مجرّد بيان النتيجة التي يتوخى التدبير تحقيقها مستقبلاً دليلاً كافياً لتبرير التدبير التشريعي[٣٨].

إن التساؤل الذي يُطرح في هذا المستوى من الفحص يدور أساساً حول المعايير التي ينبغي اعتمادها لقياس هذا اليقين، وإلى أي درجة يجب أن يصل ثبوت تحقيق الوسائل التشريعية لأهدافها، وتقوم إحدى المقاربات على أساس اعتماد مبدأ الأولوية المطلقة للحقوق الدستورية، بحيث لا يمكن للمشرّع تحقيق أهدافه من خلال تقييدها إلا على أساس درجة كاملة من اليقين بأن الوسائل التي يعتمدها ستحقّق فعلاً الأهداف المنشودة، لكن هذه المقاربة ستؤدي إلى شلّ العمل التشريعي، بسبب أنه من غير الممكن دائماً إثبات قدرة الوسائل على تحقيق الأهداف بدرجة يقين كاملة، وقد ذهبت المحكمة الفيدرالية الألمانية في هذا الشأن إلى أن «اليقين غير المؤكد بشأن آثار القانون في المستقبل لا يمكن أن يقصي سلطة المشرّع في وضع هذا القانون، حتى ولو كان له أثر واسع»، ولذلك فإن مبدأ الأولوية المطلقة للحقوق الدستورية مرفوض، ولا ينسجم مع مبدأ الفصل بين السّلطات، ولا مع مبدأ الديمقراطية عموماً[٣٩].

(٣٧) Dieter Grimm, op, cit, p389.
(٣٨) Benedikt Pirker, op, cit, p30.
(٣٩) Robert Alexy, A theory of constitutional rights, op, cit, p417.

كما أن فحص مدى قدرة الوسائل التشريعية على تحقيق أهداف المشرّع يتأثر بقواعد الإثبات وبطريقة توزيع عبئه بين الأطراف، ويلعب المعيار الذي يعتمده القاضي هنا دوراً حيوياً، إذ إنه يمكن أن يقبل أسباباً نظرية تبرّر تدبيراً ما وتثبت نجاعتها في تحقيق أهدافها، ويمكن له أن يتعامل على نحو أكثر صرامة بحيث يتولى إجراء فحص دقيقٍ لاحتمال حصول آثار واقعية وملموسة لأحد التدابير.

إن من المهم للغاية في ذات السّياق تحديد من الذي يتحمّل العبء لإثبات ادعاء ما، وإلى أي مدى يصل هذا العبء، إن معيار وعبء الإثبات لهما كبير الأثر لأنهما سيؤديان إلى قيام نوع من الهرمية الضمنية بين القيم، وعلى سبيل المثال إذا ما اعتبرت مطالبة ما لصالح قيمة ما بأنها استثناء من القاعدة، فإن صاحب المطالبة في ذلك الاستثناء سيتحمل عبء الإثبات، وسيجد صعوبة في تحقيق المستوى المطلوب والاستجابة لمعيار الإثبات؛ لأنه مطالب بإثبات ما هو استثناء، وهذا من شأنه أن يسمح بعد ذلك لقاعدة «القيمة المضادة» التي لم ينجح المدعي في إثبات عكسها بأن تسود لتصبح هي الأصل(٤٠).

تفصيلاً لذلك فإنه إذا ما اعتبرنا أن ضمان الحقوق الدستورية هو الأصل وتقييدها هو الاستثناء، فإن عبء الإثبات يقع على الطرف الذي يسعى من أجل التقييد، إذ عليه أن يثبت أن الوسائل المعتمدة ستؤدي بشكلٍ فاعل إلى تحقيق الأهداف المتوخاة.

إن مبدأ أولوية الحقوق الدستورية وضمانها باعتبارها القاعدة والأصل في مسألة الإثبات هي المعتمدة في الدول التي يتولى فيها القضاء الدستوري ممارسة رقابة الملاءمة، إذ تنص المادة الأولى من الميثاق الكندي للحقوق والحريات على أنه: «يضمن الميثاق الحقوق والحريّات الواردة فيه رهناً بالحدود المعقولة التي ينص عليها القانون، كما يمكن تبريرها بشكلٍ واضح في مجتمع حر وديمقراطي»، وواضح من خلال هذا النّص أن ما يجب تبريره وإثباته هي الحدود التي تستهدف الحقوق، كما جاء في قرار المحكمة العليا الكندية في قضية Oakes المشار إليها سابقاً إن «عبء إثبات أن التقييد على الحق أو الحرية التي يضمنها الميثاق معقولٌ ومبرّر بشكل واضح في مجتمع حرّ وديمقراطي يقع على عاتق الطرف الذي يسعى إلى التمسك بهذا القيد»، وتضيف المحكمة أنه: «من الواضح من نص المادة الأولى من الميثاق أن القيود على الحقوق والحريات الواردة فيه هي استثناءات لضماناتها العامة، ويكون الأصل الافتراض أن الحقوق والحريات مضمونة من حيث الأصل، ما لم يثبت الطرف الذي يحتج بالتقييد طبقاً للمادة الأولى من الميثاق هذا الاستثناء»(٤١).

(٤٠) Benedikt Pirker, op, cit, p27-28.
(٤١) Sujit Choudhry, op, cit, p52.

جديرٌ بالذّكر أن المحكمة الفيدرالية الدستورية في ألمانيا لم تشترط نفس المستوى العالي من عبء الإثبات على الحكومة كما فعلت نظيرتها الكندية في قضية Oakes، لقد تجنبّت المحكمة الفيدرالية الألمانية إرهاق المشرّع بعبء إثبات فعالية الوسائل لتحقيق الأهداف التي يتوخاها، وأكّدت المحكمة أن السّلطة التشريعية تتمتع بدرجة معينة من السّلطة التقديرية السّياسية في اختيار الوسيلة للوصول إلى الهدف التشريعي(٤٢).

من خلال ما سبق فإن القاعدة هي أن عبء إثبات مدى فعالية الوسائل وارتباطها العقلاني مع الأهداف المنشودة يقع على عاتق المشرّع الذي عليه تبرير ضرورة تقييد الحقوق، طالما أن هذا التقييد يعد استثناء على الأصل وهو عدم قابلية الحقوق الدستورية للتقييد، على أنه من الواجب الإشارة هنا إلى أنه على من لحق التقييد بحقه أن يثبت أن هذا التقييد يشكّل فعلاً مساساً بحقه الدستوري، حتى يمكن مطالبة الدّولة بعد ذلك بإثبات مبرّرات وأهداف هذا التقييد.

المطلب الثالث: الضرورة

يفترض فحص الضرورة أن تكون الوسيلة المعتمدة من قبل المشرّع هي الأقل مساساً بالحق المستهدف من بين الوسائل التي تحقّق الهدف من التدبير، وعلى الرغم من أن تعريف الضرورة هذا يبدو عليه البساطة إلا أنه يخفي مسائل عدة تتعلّق بطبيعة هذا الفحص والإشكالات العملية التي تثور عند تطبيقه.

الفرع الأول: طبيعة فحص الضرورة في رقابة الملاءمة

تعتبر الضرورة تاريخياً نواة مبدأ الملاءمة، ذلك أن هذا المبدأ كان يقتصر من النّاحية التاريخية على فكرة الضرورة في مجال الحرب، لقد تبلورت فكرة الملاءمة كمبدأ قانوني في مجال القانون الدّولي، وكانت تقتضي أن يكون استعمال القوة في العلاقات الدولية في الحدود الضرورية لتحقيق أهداف «الحرب العادلة».

وفي مجال القضاء الدستوري فإنه لا يكفي في رقابة الملاءمة الوقوف عند التأكّد من أن الوسيلة التي اعتمدها المشرّع يمكنها أن تحقّق هذا الهدف بفعالية، بل يجب كذلك التأكّد من عدم وجود وسائل أخرى من شأنها تحقيق الهدف المنشود دون الحاجة إلى هذه الدرجة من المساس بالحق، إن الوسيلة التي ليست ضرورية لتحقيق الهدف من القانون لا يمكن أن تبرّر تقييد الحق، وهذا هو المعنى الذي تدل عليه الضرورة كشرط في أي تدبير تشريعي يتضمّن تقييداً لحق من الحقوق الدستورية.

(٤٢) Dieter Grimm, op, cit, p390.

إن فحص الضرورة في مجال الملاءمة عموماً يعبّر عن مبدأ النجاعة أو مبدأ أمثلية-باريتو كما هي معروفة في علم الاقتصاد، إذ يكون التوزيع وفق هذا المبدأ ناجعاً أو مثالياً إذا لم يكن هناك أي توزيع آخر قادراً على أن يجعل أحد الأطراف في وضع أفضل دون أن يتسبّب ذلك بضرر لطرف آخر، تماماً فإن شرط الضرورة في الرقابة الدستورية يقتضي أن تدبيراً ما يكون ضرورياً إذا لم يكن هناك تدبيرٌ بديل يمكن أن يجعل الضّحية في وضع أفضل بالنسبة للتمتع بحقه، دون تخفيض المستوى المطلوب لتحقيق الأهداف الدستورية(٤٣).

ويكون المعيار المعتمد لدى القاضي في فحصه لمدى ضرورة الوسائل هو البحث فيما إذ كان من الممكن استبدال هذه الوسيلة بوسيلة أخرى أكثر «اعتدالاً» ولكنها «مساوية في الفعالية» في تحقيق الأهداف المتوخاة، وتكون الوسيلة «أكثر اعتدالاً» عندما يكون من شأنها أن تسبّب تداعيات سلبية أقل على الوضع القانوني للطرف المعني، كما أنها تكون «مساوية في الفعالية» للوسيلة التشريعية إذا كان يمكن أن تسهم في الواقع وبدرجة مساوية على الأقل في تحقيق الهدف المنشود(٤٤).

طبّقت المحكمة الدستورية الألمانية هذا الفحص في قرار يتعلّق بمراقبة تنظيم يحظر بيع منتج حلويات لا يحتوي على الشوكولاتة الأصلية كمكوّن بل مجرّد مسحوق الأرز والكاكاو، وكان الهدف من هذا التنظيم حماية المستهلكين من الخداع، وقد وجدت المحكمة الدستورية أن الحظر لهذا المنتج لم يكن ضرورياً رغم هدفه المشروع وارتباط التدبير بشكلٍ معقول مع هذا الهدف، واستندت المحكمة في ذلك على أنه من الممكن وجود وسائل أخرى أقل مساساً بحق المصنعين ويمكنها تحقيق الهدف بذات الفعالية كوضع ملصقات تنبه المستهلكين لتجنب وقوعهم في الخطأ(٤٥).

أما في كندا فقد ذهبت المحكمة العليا الكندية في قرارها في قضية Oakes إلى اشتراط أن يكون التدبير هو الأقل مساساً بالحق، وأصبحت المحكمة بعد هذا القرار تشترط أن «يمس التدبير التشريعي الحق في أضيق نطاقٍ ممكن ومعقول»، بذلك فإن السؤال الذي يطرحه القاضي في كندا يتعلّق بما إذا كانت هناك وسائل بديلة معقولة أقل مساساً بالحق(٤٦).

(٤٣) Julian Rivers, Proportionality and variable intensity of review, Cambridge Law Journal, Volume 65, Issue 1, 2006, pp. 174-207, p198.
(٤٤) Nicholas Emiliou, op, cit, p30.
(٤٥) Robert Alexy, A theory of constitutional rights, op, cit, p398-399.
(٤٦) Sujit Choudhry, op, cit, p507.

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلّقة بفحص الضرورة

تثور في مستوى فحص الضرورة مشاكل مماثلة لتلك التي تثور في فحص التناسب الذي يسبقه، طالما أن كليهما يعبّر عن تقييم ما هو ممكن واقعياً، مع ملاحظة أن فحص الضرورة هو أكثر صرامة في هذا الشأن لأن على القاضي تقييم الوقائع بما في ذلك تلك التي يتوقّع حصولها في المستقبل، ولذلك فإن هذا الفحص بطبيعته وبارتباطه بمسائل الواقع ينطوي على درجة من عدم اليقين فيما يتعلق بإمكانية تحقيق التدابير المعتمدة للنتائج المفترضة في المستقبل.

ويظل الإشكال الذي يُطرح على المستوى النّظري بالنسبة لفحص الضرورة هو ما إذا كان لهذا الفحص طبيعة واقعية خالصة بحيث يقوم على تقييم الوقائع فقط، ومن حيث المبدأ فإن الضرورة تتطلّب عدم وجود أيّة وسائل أخرى أقل تقييداً للحق وتحقّق نفس النتيجة، فإذا أمكن على سبيل المثال تحقيق نفس المقدار من الأمن العام عن طريق جمع بيانات أقل بحيث يتحقّق المساس الأقل بالحق في الخصوصية، فإن القانون يفشل في هذا المستوى من الفحص طالما وجدت وسيلة بديلة من شأنها تحقيق هدف المحافظة على الأمن العام وأقل مساساً بالحق في الخصوصية، بذلك فإن فحص الضرورة يقوم على تقييم الوقائع وتحديد البدائل الممكنة، ومع ذلك، فإنه قد يصبح فحصاً معيارياً خصوصاً عند البحث عن ما إذا كانت هناك وسيلة أخرى يمكن أن تؤدي إلى تحقيق نفس النتيجة وتتضمّن مساساً أقل بالحق، وفي ذات المثال السّابق فإن اعتماد وسائل بديلة لتحقيق الأمن العام غير توسيع نطاق جمع البيانات الخاصة كتشديد العقوبات لجرائم معيّنة في سبيل تحقيق الهدف المتعلّق بالحفاظ على الأمن قد يكون أقل مساساً بالحق في الخصوصية من جمع البيانات، وستقوم المفاضلة هنا بين التدبيرين في شأن درجة المساس بالحق بناء على تقييم معياري لقيم متنافسة وليس تقييماً للوقائع[٤٧].

ثمّة إشكال آخر يتعلّق بفحص الضرورة لا يقل أهمية عن الإشكال المتعلّق بطبيعة الفحص، وهذا الإشكال يرتبط بدرجة اليقين التي يجب الوصول إليها، ومن الواضح أن القاضي في فحص الضرورة يتمتع بقدر من السّلطة التقديرية في تحديد إطار ما هو ممكن من تدابير بديلة، غير أن هذا التقدير الممنوح للقاضي لا ينبغي أن يؤدي إلى بقاء المجال مفتوحاً لإمكانية إثبات وجود أي تدبير بديل لإفشال القانون محلّ الفحص، وذلك

(٤٧) Kai Möller, Balancing and the structure of constitutional rights, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 3, 2007, pp 453–468, p456.

لمنح المشرّع مجاله الخاص في تقدير التدابير ومدى ضرورتها لتحقيق الأغراض التي يسعى إليها، ولقد أشرنا سابقاً إلى أن المحكمة العليا الكندية ذهبت إلى أنه ليس مطلوباً من الحكومة سوى أن تعتمد التدبير الأقل مساساً بالحق فيما هو متوفر في نطاق البدائل المعقولة.

ولا شك أن عبء الإثبات والمعيار المعتمد من قبل القاضي في هذا الشأن لهما بالغ الأثر في تحديد مستوى صرامة فحص الضرورة وتحديد نطاق ما هو ممكن من بدائل، وفيما يتعلّق بالإثبات فإنه يمكن توزيعه على النّحو التالي: يثبت الطرف الذي يدعي انتهاك الحقوق وجود بدائل ممكنة تكون أقلّ تقييداً لحقوقه، في حين يقع على عاتق الطرف المتمسك بالإجراء المقيّد للحق إثبات تفاصيل التدبير المعتمد وعرض التدابير البديلة ومدى مساهمتها في تحقيق الهدف إضافةً إلى درجة تقييدها[٤٨].

المطلب الرّابع: الموازنة

يعتبر فحص الموازنة آخر مرحلة لرقابة الملاءمة وأهم مستوى للفحص فيها، بل إنه يعتبر لدى كثير من مناصري الملاءمة جوهر هذه الرقابة، ولهذا الفحص طبيعته الخاصة وبنيته التي تسمح بالقيام بتقييم حسابي للتكاليف والمنافع جرّاء التدابير التشريعية التي تتضمّن تقييداً للحقوق الدستورية.

الفرع الأول: طبيعة فحص الموازنة

يرتكز فحص الموازنة أو ما يُعرف كذلك بالملاءمة بالمفهوم الضيّق على البحث في الآثار الناتجة عن القانون ومدى أهميتها مقارنة بوزن وآثار الضّرر الناتج عن المساس بالحق الدستوري، وبمعنى آخر فإن الموازنة تكون ما بين وزن أهميّة المنافع التي تنتج عن تقييد الحق في سبيل تحقيق الهدف الذي يتوخاه المشرّع، وما بين حجم الضرر الناتج عن المساس بالحق، وفي سبيل تحقيق ذلك فإن ما يوضع في كفتي الميزان تحديداً هو المنافع والأضرار لتحديد أي من القيمتين المتنافستين يجب أن تتفوق، التقييد أم الحق، بذلك فإن الموازنة هي الجزء الحسابي في رقابة الملاءمة عموما؛ ذلك أنها تعبّر عن علاقة حسابية تجسّدها فكرة أنه كلما كانت النتائج السّلبية لتقييد الحق الدستوري جسيمة كلما وجب أن تكون المنافع الناتجة عن هذا التقييد على قدرٍ أكبر من الأهمية.

ويشكّل فحص الموازنة بذلك جوهر رقابة الملاءمة على التقييد التشريعي لهذه

(٤٨) Benedikt Pirker, op, cit, p29.

الحقوق، وينجح التدبير التشريعي في تجاوز هذا الفحص عندما يتأكّد القاضي بأن هامش الفائدة من التدبير التشريعي الذي تسعى الدّولة من خلاله إلى تحقيق هدف عام يفوق في وزنه هامش ما ينتج عن أضرار بسبب تقييد الحق(٤٩).

ولا شك أن الحقوق الدستورية من جهة، والمصالح التي يسعى المشرّع لتحقيقها عن طريق القانون من جهة ثانية تعبّر عن مبادئ وقيم متنافسة، ولهذه المبادئ قيمتها الدستورية التي تعكس كذلك في الحقيقة قيمة اجتماعية، وبذلك فإن التنافس بين هذه المبادئ والقيم لا يمكن حلّه إلا بتحديد أوزانها وترجيح أحدها بناء على أهميّة هذا الوزن، طالما أنها تتفاوت في أهميتها، وبما أن طبيعة المبادئ تتطلب أن يتم تحقيق المبدأ إلى أقصى حدّ ممكن، وبما أن الوصول إلى هذا الحد الأقصى قد يعرقله تطبيق مبادئ أخرى منافسة تنتظر أن يتم تطبيقها هي الأخرى إلى أقصى نطاقٍ ممكن، فإنه من الضروري وزن هذه المبادئ المتنافسة من أجل إقامة علاقة منطقية تسمح بترجيح أحد المبادئ ومنحها الأولوية على حساب المبادئ الأخرى.

إن فحص الموازنة يركّز على العلاقة بين الفوائد التي يمكن جنيها من الهدف الذي يسعى القانون لتحقيقه وبين الضّرر الناتج عن التقييد بواسطة القانون للحق، بذلك فإن فحص الموازنة يفترض في شكله البسيط وزن القيم المتنافسة لتقييم أي قيمة ينبغي أن تسود، ولا شك أن التقييم الأخلاقي هنا سيكون في هذا المستوى من الفحص أوسع نطاقاً مما هو عليه في فحصي التناسب والضرورة(٥٠).

ولقد استقرت المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا منذ سنوات الخمسينيات على اعتماد فحص الموازنة كجزء من رقابة الملاءمة في مجال الحقوق التي يضمنها القانون الأساسي الألماني، وعبّرت المحكمة عن فكرة الموازنة في أحد قراراتها التي تتعلّق بممارسة الإعلام عبر البث، والحق في الحياة الخاصة إلى أنه: «يجب دائماً الأخذ في الاعتبار النّطاق الذي في مداه يمكن ضمان تحقيق المصالح المشروعة المتعلّقة بالبث بدون أن يكون هناك تدخل بعيد المدى في المجال الخاص للأفراد»(٥١).

كما عبّرت المحكمة الكندية العليا في أحد قراراتها عن فحص الموازنة وأهمية التمييز بينه وبين مستويات الفحص الأولى المتعلّقة بالتناسب والضّرورة بقولها: «إن التركيز على الخطوتين الأولى والثانية من تحليل الملاءمة لا يتناول العلاقة بين التدابير

(٤٩) Julian Rivers, op, cit, p200.
(٥٠) Benedikt Pirker, op, cit, p31.
(٥١) Donald P. Kommers, op, cit, p417.

والحق المضمون بموجب الميثاق، بل إنه يشمل في الحقيقة العلاقة بين أهداف التشريع والوسائل المستخدمة في تحقيقها، أما المرحلة الثالثة من تحليل الملاءمة (الموازنة) فإنها تتيح فرصة لتقييم ما إذا كانت الفوائد التي تتأتى من التقييد تتناسب مع الآثار الضارة التي تقاس بالقيم التي يقوم عليها الميثاق»(٥٢).

بذلك فإنه وبدون المستوى الثالث لفحص الملاءمة وهو الموازنة، فإن رقابة القضاء على الملاءمة لا يمكن أن تحقّق هدفها المتمثل في ضمان الأثر الكامل للحقوق الأساسيّة، ذلك أن تأثير أي انتهاك لحق ما لا يمكن تقديره إلا في المستوى الثالث، إن مستويات التناسب والضرورة لا تمثّل سوى فحص أولي لكشف فشل القانون، لكن من غير الممكن أن يتم من خلالهما تقييم وزن أهداف القانون من جهة، والحق الأساسي من جهة ثانية في ظل التشريع محل الرقابة، ويضرب «Grimm» مثلاً على ذلك بأن إطلاق النّار على المعتدي على الملكية لحمايتها هو هدف قانوني مشروع وهو وسيلة مناسبة لتحقيق الهدف، وهي ضرورية لمنع الاعتداء، لكن لو توقفنا عند هذه المرحلة فإنه لا يمكن وزن هدف حماية الملكية مقابل الحق في الحياة(٥٣).

إن طبيعة فحص الموازنة ووظائفه تختلف تماماً عن فحص الضرورة، إن فحص الضرورة كما عرضنا له سابقاً يهدف إلى استبعاد القوانين غير الفعالة التي تقيّد الحقوق، كما أنه يصفي الحالات التي يمكن أن يتم فيها تحقيق نفس القدر من الهدف المشروع بتكلفة أقل بالنسبة للحق، وعلى خلاف ذلك فإن فحص الموازنة هو فحص تقييمي بالأساس؛ لأنه يبحث فيما إذا كان الجمع بين مستويات معيّنة من التمتع بالحقوق مع تحقيق أهداف أخرى هو جيّد ومقبول(٥٤).

وعندما يتعلق الأمر بالقضاء الدستوري، فإنه لا يمكن فصل الموازنة عن عملية التشريع في حدّ ذاتها، إذ إن القاضي في الواقع لا يبتكر الموازنة من تلقاء نفسه، بل إنه يقيّم الموازنة التي قام بها المشرّع مسبقاً عندما اختار بناء على تقديره لأهمية المصالح المتنافسة تقييد حق دستوري بواسطة القانون في سبيل تحقيق أهداف معيّنة.

الفرع الثاني: بنية فحص الموازنة

إن فحص الموازنة باعتباره تقديراً لمدى التوازن بين الفوائد الناجمة عن تقييد الحق الدّستوري والأضرار التي قد تلحق به جراء ذلك يفترض فحصاً متعدّد المراحل، يبدأ بتحديد القيم محل التنافس ثم منحها الوزن الملائم لها، وينتهي بتحديد أي القيمتين

(٥٢) Cité par: Deiter Grimm, op, cit, p396.
(٥٣) Ibid, p396.
(٥٤) Julian Rivers, op, cit, p200.

لها الوزن الأكبر الذي يؤدي في النّهاية إلى ترجيحها على حساب القيمة الأخرى، ويمكن اختصار هذا التحليل من خلال مستويين يظهران في قانون الموازنة، وصيغة الموازنة.

تتمثل المرحلة الأولى في فحص الموازنة بتحديد القيم المتنافسة في القضيّة محل النّظر، وإلا فإن عدداً غير محدود من القيم يمكن أن يكون نظرياً على المحك في أي حالة معينة، وأياً كان التدبير الذي يتم اتخاذه من قبل الدّولة، فإن آثاره بالضرورة سيكون لها تأثير على مجموعة متنوعة من القيم، سواء أكان ذلك مقصوداً أم لا، ولذلك فإنه من الضروري كمرحلة أولية تحديد القيم محل التنافس؛ وذلك لتجنّب التعقيد الذي قد ينتج بسبب وجود عدد غير محدود من القيم التي يتم وضعها في الموازنة، ويمكن التساؤل هنا مثلاً فيما إذا كانت تكاليف التدبير والصّعوبات الإدارية المتعلّقة بتطبيقه تعتبر قيمة ثالثة يجب أخذها في الاعتبار عند تقدير وزن التدابير التشريعية وأهميتها(٥٥).

ولا شك أنه يعود للقاضي في هذا الصّدد تحديد واستخراج القيم التي يرى بأنها هي التي يجب أن تكون محل الموازنة، بحيث يعتمد القاضي بحسب ظروف ووقائع كل قضية على معايير من شأنها الكشف عن الحق الدستوري الذي لحق المساس به جرّاء التدبير التشريعي من جهة، وتحديد المصالح المنافسة التي يهدف إليها هذا التدبير من جهة ثانية.

وبعد أن يتم تحديد الحق الدستوري والقيم المتنافسة فإنه يتم تطبيق ما يعبّر الفقيه الألماني ألكسي بقانون الموازنة الذي استخلصه من اجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا، وهو يعبّر عنه من خلال الصّياغة التّالية: «كلما زادت درجة عدم تحقيق أو الإضرار بمبدأ ما، كلما زادت أهمية تحقيق المبدأ الآخر»(٥٦).

إن ما يتم البحث عنه من خلال قانون الموازنة هو تحديد الأهمية الملموسة للحق الدستوري محل التقييد بالنسبة للمبدأ المنافس، أي بالنسبة لأهمية المصلحة التي يسعى المشرّع من خلال التدبير التشريعي إلى تحقيقها، ولتطبيق قانون الموازنة فإنه من الضروري بدايةً تحديد درجة عدم تحقيق أو الإضرار بالمبدأ الأول، أي تحديد شدّة المساس بالحق الدستوري، ثم في مرحلة ثانية تحديد درجة أهمية تحقيق المبدأ الثاني، أي تحديد أهمية المصلحة التي يستهدف التدبير تحقيقها، وفي مرحلة أخيرة تحديد ما إذا كانت أهميّة تحقيق المبدأ الثاني المتمثل في المصلحة التي يستهدفها التدبير تبرّر شدة التدخل أو المساس بالمبدأ الأول المتمثل في الحق الدستوري(٥٧).

(٥٥) Benedikt Pirker, op, cit, p34.

(٥٦) Robert Alexy, A theory of constitutional rights, op, cit, p102.

(٥٧) Robert Alexy, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, Ratio Juris, Volume 16 N° 4, 2003, pp433–449, p437.

لكن الأهميّة النسبية لكل مبدأ في قضية ما لا تعتبر العنصر الوحيد في قانون الموازنة، إذ إن الواجب في هذا المستوى من التحليل هو التمييز بين الوزن المجرّد لكل مبدأ بالنسبة للمبادئ أو القيم المنافسة، وذلك بشكل مستقل عن ظروف القضيّة محلّ النّظر، وبين الوزن المادي والملموس للقيم المتنافسة في قضية معيّنة، ومن ناحية مجرّدة فإن وزن القيم وأهميتها يختلف حسب قيمتها في تسلسل القواعد ضمن الإطار الدستوري المنظم لها، بحيث يكون للحقوق الدستورية كمبادئ أولوية على باقي المبادئ المتعلّقة بالأهداف التشريعية، وحتى ضمن الحقوق الدستورية فإنه يمكن أن يتم التمييز فيما بينها بحسب قيمتها التي يمنحها الدستور لكل حق. ويمكن الإشارة على سبيل المثال إلى أن الحق في الحياة يفوق من الناحية المجرّدة في وزنه وأهميته وزن الحق في التعبير مثلاً، إذ لا يمكن ممارسة هذا الحق أو أي حق آخر دون أن يكون الإنسان حياً، كما أنه يمكن أن تكون المبادئ في بعض الأحيان على ذات الوزن والأهمية من النّاحية النّظرية.

كما يتعلّق قانون الموازنة أيضاً بمتغير آخر، وهو درجة اليقين التي تتعلّق بتحقيق كل مبدأ من المبادئ المتنافسة، ذلك أن تحديد درجة عدم تحقيق أو الإضرار بحق معيّن من جهة وتحديد درجة تحقيق المبدأ المنافس من جهة ثانية تُبنى في الواقع على تقدير افتراضي لنتائج التدبير وأثرها على المبادئ في المستقبل، وطالما أنه لا يمكن تقييد الحق الدستوري إلا لأجل أهداف يسعى المشرّع لتحقيقها، فإن درجة اليقين في إمكانية تحقق هذه الأهداف تلعب دوراً مهماً في عمليّة الموازنة؛ لأنها تؤثر على الأهمية النسبية لكل مبدأ في ظل ظروف قضيّة معيّنة، ولذلك فإنه كلما زاد التدبير شدّة في المساس بالحق كلما وجب أن تكون درجة اليقين في تحقيقه أعلى.

ويعبّر الفقيه ألكسي عن درجة اليقين بقانون الموازنة الثاني وهو يشرحه من خلال الصّيغة التّالية: «كلما كان وزن المساس بالحق الدستوري أكثر شدّة، كلما وجب أن تكون درجة اليقين في الافتراضات التي يقوم عليها هذا المساس أكيدة أكثر»(٥٨).

بذلك فإن قانون الموازنة يتضمّن ثلاثة عناصر أساسية يجب قياسها: الأول يتعلّق بدرجة الأهميّة النسبية لكل مبدأ في إطار ظروف قضيّة ما، والوزن المجرّد لكل مبدأ بشكل مستقل عن أي قضية، ودرجة اليقين في تحقيق أو عدم تحقيق المبادئ التي هي على المحك.

وإذا كانت هذه عناصر قانون الموازنة، فإن المرحلة الثانية تتطلب قياس هذه العناصر ضمن إطار صيغة حسابية اصطلح على تسميتها بصيغة الموازنة، ويكون البحث

(٥٨) Robert Alexy, On Balancing and Subsumption, op, cit, p446.

من خلال هذه الصّيغة الحسابية عن وزن الحق الدستوري في مقابل المبدأ المنافس له لترجيح أحدهما والفصل في مسألة الموازنة.

وقد يثور التساؤل بدايةً حول كيفية قياس أهمية المبادئ المتنافسة كعنصر في قانون الموازنة، ولقد أشرنا إلى أن أهميّة كل مبدأ إنما تقاس بالنّظر إلى المبدأ المنافس في ظل ظروف القضيّة، وبالنسبة للحق الدستوري فإن أهميته تتحدّد بشدّة المساس به، وكذلك الشأن بالنسبة لأهمية المصلحة التي يسعى المشرّع إلى تحقيقها، إذ إن قياسها كمبدأ يتم من خلال تحديد درجة المساس بها لو تم إغفالها في سبيل تطبيق المبدأ الأول (الحق الدستوري)، وهنا فإنه يمكن وضع سلّم من ثلاث درجات لقياس درجة تحقيق أو عدم تحقيق المبادئ المتنافسة، ويكون هذا السّلم متكون من درجة شدة «منخفضة»، «معتدلة»، أو «شديدة»، أما بالنسبة للوزن المجرّد لكل مبدأ من المبادئ المتنافسة فإنه يمكن تطبيق ذات السّلم، بحيث يتعلّق الأمر بوزن، «خفيف»، «متوسط» و«ثقيل».

ولتوضيح كيفية آلية عمل صيغة الموازنة يمكن أن نسوق مثالاً مستخلصاً من إحدى القضايا التي نظرت فيها المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا، ويتعلّق هذا المثال بطفل يحتاج إلى نقل دم بشكل دوري، لكن والديه يرفضان ذلك بسبب معتقداتهم الدّينية، وهنا فإن الموازنة هي بين حريّة المعتقد من جهة وبين الحق في الحياة من جهة ثانية، وإذا شرعنا أولاً في استخلاص عناصر قانون الموازنة نجد أن درجة عدم تحقيق المبدأ الأول المتمثل في حريّة المعتقد هي شديدة نظراً للمساس بها بسبب تحقيق المبدأ الثاني المتمثل في الحق في الحياة بالنسبة للطفل، وكذلك الشأن بالنسبة للمبدأ الثاني الذي يكون المساس به أيضاً مصنفاً في درجة «شديدة» لو تم إغفاله لصالح تطبيق المبدأ الأول، بالتالي فإن درجة المساس بكلا المبدأين تصنّف على درجة «شديدة» أو جسيمة.

أما بالنسبة للوزن المجرّد لكل من المبدأ المتعلّق بحريّة المعتقد والمبدأ الثاني المتعلّق بالحق في الحياة، فالواضح أن وزن حرية المعتقد يصنّف في درجة «متوسطة» في حين أن الحق في الحياة يفوقه وزناً من النّاحية المجرّدة، أي أنه يصنّف في درجة وزن «ثقيلة»، وبالنسبة للعنصر الثالث المتعلّق بمدى الثبوت واليقين في تحقيق الافتراضات بشأن كل مبدأ، فإن من الواضح أنها على درجة أكيدة.

بذلك فإن نتيجة الموازنة من خلال تطبيق قانونها وصيغتها الحسابية أفضت إلى أن حريّة المعتقد في ظل هذه القضية أقل في وزنها المادي والملموس من الحق في الحياة بالنسبة للطفل(٥٩).

(٥٩) Carlos Bernal Pulido, The Rationality of Balancing, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Volume 92, N° 2, 2006, pp195-208, p204.

المبحث الثالث: الانتقادات الموجهة للملاءمة

على الرغم من أن الملاءمة قد استقرت كمبدأ من مبادئ القانون الدستوري في مجال الحقوق الدستورية وكأداة للرقابة في القضاء الدستوري في الدول الغربية، إلا أن جانباً من الفقهاء مازال ينتقد بشدة هذا المبدأ إن على المستوى النّظري أو حتى على مستوى الاعتماد عليه كأداة للفحص في القضاء الدستوري، وذلك بسبب أن الملاءمة تبرّر تقييد الحقوق الدستورية بما يؤدي إلى تجاهل قيمتها كقيم عليا يجب أن تسمو على باقي الاعتبارات، إضافة إلى أنها تشكل تجاوزاً لدور القضاء واعتداء على مجال اختصاص الهيئة التشريعية المنتخبة.

على أن أكثر الانتقادات استهدفت تحديداً عنصر الموازنة ضمن الملاءمة بسبب ما يذهب إليه أصحاب هذه الانتقادات من أن فحص الموازنة يؤدي إلى معالجة مسألة الحقوق الدستورية وما ينافسها من قيم دون مراعاة لعدم قابلية هذه القيم للقياس بسبب اختلاف طبيعتها، إضافة إلى ما ينتج عن هذا التقييم من نتائج غير عقلانية تؤثر على سلامة الفحص.

المطلب الأول: الانتقادات الموجهة إلى مبدأ الملاءمة بشكلٍ عام

ترتكز الانتقادات الموجهة لرقابة الملاءمة بوجه عام على أنها تؤدي إلى إهدار الحقوق الدستورية؛ لأنها توفر مبرّرات تسمح بتقييدها أو تعطيلها، كما أن هذه الرقابة تشكّل في نظر منتقديها اعتداء على سلطة البرلمان كهيئة منتخبة لأنها تفتح المجال أمام القاضي الدستوري لتجاوز صلاحياته والسّطو على اختصاص المشرّع في تقدير التدابير التي يراها مناسبة.

الفرع الأول: تجاهل رقابة الملاءمة لقيمة الحقوق الدستوريّة

تتعلّق الانتقادات الفقهية التي وجهت للملاءمة كمبدأ عام في تجاهلها لقيمة الحقوق الدستورية، وفي تبريرها لإمكانية تقييد هذه الحقوق، وهو ما يؤدي في نظر أصحاب هذا الانتقاد إلى إضعاف الحماية المفترضة للحقوق.

إن هذا الانتقاد للملاءمة يعكس النّظرة إلى الحقوق الدستوريّة باعتبارها حقوقاً مقدّسة وذات قيمة معيارية تسمو على باقي المعايير الدستورية، ولذلك فإنه لا ينبغي أصلاً المساس بها أو تقييدها بسبب مصالح أقل منها قيمة، إن الحق الدستوري حسب هذه النّظرة هو حقٌ مطلق، ولا ينبغي أن يكون محلاً لأي تقييد، كما أن أي مساسٍ بالحق عن

طريق القانون لا يعتبر جزءاً من محتوى الحق نفسه، بل إنه يعتبر عنصراً خارجياً على الحق وهو يعتبر بالنتيجة انتهاكاً غير مقبول له.

ويمكن الإشارة في هذا السّياق إلى العديد من النّظريات التي تنبني على فكرة سمو الحقوق الدستورية على غيرها من القيم الدستورية الأخرى كنظريّة الحقوق الأساسية «كأوراق رابحة» Trumps التي أسّس لها الفيلسوف القانوني الأمريكي رونالد دوركين «Ronald Dworkin» وذهب فيها إلى أن الحقوق يجب أن ينظر إليها كأوراق رابحة في مواجهة أي تبريرات تتعلّق بقرارات سياسية تحدّد هدفاً ما لصالح المجموعة بأكملها، وأن الحكومة التي تأخذ الحقوق على محمل الجد لا يمكن أن تلجأ إلى تقييدها لصالح أيّة اعتبارات أخرى، ولا يمكن اعتبار الأهداف الجماعية مبرراً كافياً لحرمان الأفراد مما يرغبون بالقيام به، ولا حتى مبرراً للمساس بحقوقهم والإضرار بها.

ويشرح دوركين أساس مقاربته للحقوق كأوراق رابحة بقوله: «إن معظم الأعمال المشروعة لأي حكومة تنطوي على مقايضة لمصالح الناس المختلفة، هذه الأعمال تعود بالنفع على بعض المواطنين وتحرم الآخرين، وذلك من أجل تحسين رفاهية المجتمع ككل، غير أن هناك مصالح معينة لعدد من الأفراد هي مهمة جداً بحيث يكون من الخطأ - من النّاحية الأخلاقية - أن يضحي المجتمع بهذه المصالح فقط لأجل تأمين فائدة شاملة، فالحقوق السياسية تميز هذه المصالح وتحظى بحماية خاصة، والحق السّياسي هو ورقة رابحة تتجاوز أي حجة للمقايضة التي تبرّر العمل السّياسي عادة»[٦٠].

لكن دوركين يعترف بأنه رغم الطابع المطلق للحقوق الدستورية وتفوقها على باقي المصالح المنافسة لها، إلا أنه يمكن أن تخضع هذه الحقوق للتقييد في حالات الضرورة القصوى، وذلك من أجل تجنّب تهديد واضح وخطير[٦١]، ولا شك أن هذا الاعتراف يؤدي حتماً إلى القبول ولو ضمنياً بالملاءمة كأداة من شأنها تحديد ما إذ كان التهديد وصل إلى الدرجة التي تفوق فيها خطورته قيمة الحقوق الدستورية ذاتها.

في ذات الاتجاه الذي يؤمن بالسمو المطلق للحقوق الدستورية يذهب الأستاذ الألماني يورجان هابرماس «Jürgen Habermas» إلى أن الحقوق الأساسية هي بمثابة «جدار ناري» يحمي الفرد من سلطة المجموعة، وأن الملاءمة التي يفترض أنها تمثل قياساً

(٦٠) Ronald Dworkin, Is democracy possible here?: Principles for a new political debate, Princeton University Press, 2008, p31.

(٦١) Ronald Dworkin, Freedom's law: The moral reading of the American constitution, Oxford University Press, 1999, p353.

لمصالح مختلفة ومتنافسة تضع الحق في موضع القياس مع مصالح أخرى، في حين أن الحق الدستوري لا ينبغي أن يكون في موضع مماثل؛ وذلك بسبب قيمته المعيارية التي سيفقدها عند تطبيق الملاءمة، وهكذا ينتهي «هابرماس» إلى اعتبار الملاءمة بمثابة هدم للجدار النّاري المتمثـل في الحقــوق الأساسيّة(٦٢).

إن هذه الاتجاهات في مقاربة الحقوق الدستورية ترفض فيما يبدو نظرية الحقوق الدستورية كمبادئ، التي عرضنا لها سابقاً والتي تعتبر الأساس الفلسفي لرقابة الملاءمة، إن اعتبار الحق مثله مثل باقي المصالح الأخرى مجرّد مبدأ دستوري يجب أن يتم تطبيقه إلى الحد الأفضل الممكن في مواجهة المبادئ الأخرى، بحيث لا يعطي للحق بحسب منتقدي الملاءمة أية أولوية خاصة، وتسمح بالنتيجة بأن يتم تقييده أو إزاحته تماماً في سبيل ضمان تحقيق النّطاق الأفضل الممكن لمبدأ آخر منافس.

وعلى ذلك فإن منتقدي الملاءمة يرون أن هناك افتراضاً قائماً ودائماً في تحليل الملاءمة بأن الحقوق ليست مطلقة، وأنها عموماً قد تتعارض أو تتنافس مع مصالح عامة، كنتيجة لذلك أصبح ينظر للحق الدستوري فقط من زاوية الملاءمة وبالتالي فشلت إمكانية إدراك توفر أي بدائل أخرى غير الملاءمة في معالجة الحقوق الدستورية(٦٣).

وانطلاقاً من أن الحقوق والحريات الفردية عموماً يجب أن يكون لها -بحسب وجهة النّظر هذه- الأولوية في أي معالجة لمسائل الحقوق، فإنه وفي رقابة الملاءمة لا يمكن أن يوجد مثل هذا التعريف الذي يمنح للحقوق أولويتها على حساب أيّة اعتبارات أخرى، بل إنها تعامل على قدم المساواة مع الاعتبارات الفردية أو الحكومية، وهذا سيجعل الدستور غير مجدي كضمانة للحقوق التي ستكون حمايتها متعلّقة برقابة الملاءمة حسب كل حالة(٦٤).

غير أن الحديث عن تقديس الحقوق وإطلاقها دون أي إمكانية تقييدها في ظل المجتمع الديمقراطي يعتبر متجاوزاً اليوم ومستحيل التحقيق واقعياً، إن الحق الفردي أساساً لا يمكن أن يكون محل ممارسة ومطالبة إلا ضمن مجموعة، وفي مواجهة أفراد آخرين لهم ذات القدر من الحقوق، ومن هنا فإن المجموعة المنظمة المتمثلة في الدّولة حديثاً لا يمكن أن تقوم إلا بالاعتراف بإمكانية تقييد الحقوق الفردية إما لصالح ممارسة حقوق أخرى ضمن ذات

(٦٢) Jürgen Habermas, Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, p258.

(٦٣) Grégoire Webber, The negotiable constitution: On the limitation of rights, Cambridge University Press, 2009, p88.

(٦٤) Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights? International Journal of Constitutional Law, Volume 7, N°3, 2009, pp 468–493, p471.

المجموعة أو لأجل قيام مصالح المجموعة ككل، بالنتيجة، فإن الملاءمة ليست مبرراً لتقييد الحق، بل إنها تهدف إلى ضمان أن لا يتجاوز التقييد الذي أصبح ضرورة في الدّولة الحديثة الحدود المعقولة، وتمنع تحوله إلى انتهاكٍ غير مقبول للحقوق الفردية.

الفرع الثاني: رقابة الملاءمة اعتداء على مجال اختصاص المشرّع

يرتكز الانتقاد لرقابة الملاءمة على فكرة غياب أي شرعية للقضاة في تولي هذه الصّورة من الرقابة، ويتساءل أصحاب هذا الانتقاد عن الهدف المفترض من المراجعة القضائية، ويرى هؤلاء أنه إذا كانت النتيجة المنتظرة من فحص الملاءمة هي الموازنة بين المصالح المختلفة، فإن هذه المهمة هي للمشرّع أساساً وليست للقضاء، وهو ما يجعل مجال هذا الانتقاد متعلقاً بمبدأ الفصل بين السّلطات الذي يهدّده الاعتراف للقضاء بسلطة رقابة الملاءمة.

لقد ظلّت فكرة مشروعية الرقابة الدستورية عن طريق القضاء محل نقاش طويل، حيث يعتبر بعض الفقهاء بأن المصدر النهائي للقانون في الديمقراطية يكمن في إرادة غالبية الشعب أو ممثليهم المنتخبين، وأن الأصل بالتالي أن التشريع الذي يتم سنه وفقاً لقاعدة الأغلبية من قبل الشعب أو من قبل ممثليه المنتخبين هو مشروع بصورة ديمقراطية، ومن ناحية أخرى فإن الرقابة القضائية تؤدي إلى سلطة القضاة في إلغاء التشريع الذي تم سنه بطريقة ديمقراطية وفقاً لقاعدة الأغلبية، ومع ذلك فإن هؤلاء القضاة ليسوا من الشعب ولا ينتخبون من قبله(٦٥).

ويرتكز هذا الانتقاد لفحص الملاءمة على أن الملاءمة كطريقة معتمدة في القضاء الدستوري ستجعل من القضاة يحلون محلّ المشرّع في تقدير المصالح المختلفة ووزنها، وهذا يؤدي حتماً إلى التساؤل حول الأساس الذي تقوم عليه أصلاً صلاحية القضاء الدستوري في فحص الملاءمة، إن هذا الفحص من قبل القضاء ليس سوى تكرار لمهمة هي أصلاً ممنوحة للمشرع في ظل النّظام الدّيمقراطي وليس للقضاء(٦٦)، بذلك فإن القضاء الدستوري بهذا الدور في فحصه للملاءمة سيصبح في الواقع بمثابة مشرّع منافس للسلطة التشريعية الأصيلة(٦٧).

(٦٥) Luc B. Tremblay, The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Issue 4, 2005, pp617–648, p619.

(٦٦) Alexander Aleinikoff, Constitutional law in the age of balancing, Yale Law Journal, Volume 96, N° 7, 1987, pp943-1005, p984.

(٦٧) Jürgen Habermas, op, cit, p258.

على ذلك يؤكّد منتقدو الملاءمة على أن الموازنة بين المصالح الاجتماعية المختلفة هي مهمة البرلمان المنتخب من قبل الشعب، وأن رقابة الملاءمة ستنقل سلطة القرار من ممثلي الشعب إلى القضاة، إن مهمة القضاء هي تطبيق القواعد القانونية كما وضعها المشرّع الذي يسن القوانين بعد قيامه بتقدير المصالح المختلفة وحل التنازع بينها عن طريق القانون، ولا شك حسب ذات الرأي بأن الهيئات التشريعية هي أفضل من القضاء تجهيزاً لتحقيق التوازن بين المصالح، كما أن الموازنة بين المصالح الاجتماعية ستكون أفضل في مجلس يمثل فيه المشاركون الفئات الاجتماعية المختلفة ويتكلمون في هذه المسألة بصفتهم التمثيلية(٦٨).

وقد انتقد جانبٌ من الفقه العربي في ذات السّياق رقابة الملاءمة من خلال أنها تمس بالفصل بين السّلطات، وتجعل القضاء يحل محل المشرّع المعبّر عن السيادة الشعبية؛ بما يمهّد الطريق لحكومة القضاة، وحسب هذا الرأي فإن ما يذهب إليه أنصار الملاءمة من ضرورة التوسع في الرقابة الدستورية في مجال الحقوق الدستورية تحديداً لضمان حماية فاعلة أكبر لها، ليس سوى تغليف لفكرة الملاءمة بغلاف جميل وجذاب وهو ضمانة الحقوق والحريات، لكن مخاطره أوسع، إذ قد يؤدي هذا التوسع إلى أن تنصّب المحكمة التي تراقب الدستوريّة من نفسها حاكماً أعلى على كل السّلطات، ويتحول النّظام الدستوري إلى نظام حكومة القضاة، مع ما يرافق ذلك من عدم استقرار دستوري، واضطراب في العلاقة بين السّلطتين التشريعية والقضائية(٦٩).

ويؤكّد أصحاب هذا الاتجاه على الطّابع القضائي للرقابة الدستورية التي تعد رقابة فنية بحتة، وأن رقابة الملاءمة ستنقل دور القاضي من المجال القضائي إلى المجال السّياسي. إن على القاضي الامتناع عن بحث مدى ملاءمة التشريع أو الخوض في ماهية البواعث التي أدّت إلى سنّه أو ضرورته؛ لأن ذلك يعود للمشرّع الذي يعتبر سلطة سياسية، إن رقابة الملاءمة بهذه الصّورة ستؤدي إلى وضع غريب قد يودي بالنّظام القانوني من أساسه، إذ إنه قد ينقلب الأمر من ممارسة اختصاصات دستورية محدّدة إلى عملية ممارسة تقديرات تمارسها كل سلطة على الأخرى، حيث إن البرلمان سيقدّر كذلك تقديرات القضاء في ممارسته للرقابة على التشريع، ويسعى إلى وضع تشريعات يتجاوز بها أحكام القضاء، أو حتى إلى تعديل الدستور، وهو ما قد يؤدي إلى تهديد مبدأ الرقابة القضائية أو على الأقل الإضعاف من فعاليتها(٧٠).

(٦٨) Patrick M. McFadden, The balancing test, Boston College Law Review, Volume 29, Issue 3, 1988, pp585-643, p641.

(٦٩) عادل الطبطبائي، مرجع سابق، ص ٥٠٢.

(٧٠) علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، (دراسة مقارنة)، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٦١٩.

غير أن الانتقادات السّابقة تتجاهل -في رأينا- عنصر الحقوق الدستورية الذي يعد مفهوماً محورياً في رقابة الملاءمة، لقد أصبحت هذه الحقوق بمثابة مبادئ دستورية تسمو على التشريع نفسه، والدستور رغم تكريسه لهذه الحقوق إلا أنه لا يحدّد عادة نطاق هذه الحقوق وسقف حمايتها، وهو ما يمنح للبرلمان مجالاً واسعاً لتقدير نطاق الحماية المقرّر لها، ومن ثم تقييدها، ولأن الأمر يتعلّق بمبادئ ذات قيمة دستورية فإنه يعود للقضاء فحص عدم مساس التشريعات بالمبادئ الدستورية العليا.

إن رقابة الملاءمة يجب أن تفهم على أنها وسيلة لضمان حماية الحقوق الدستورية وتعزيز قيمتها الدستورية في مواجهة التدخلات التشريعية بواسطة القانون، ولذلك فإن توسيع الرقابة القضائية لتشمل مدى ملاءمة التشريع إنما هو نتيجة ملازمة لتحول مفهوم الحقوق الدستورية وتوسع نطاق حمايتها، وإذا كان المشرّع عملياً هو الذي يتولى تقدير مدى ملاءمة القوانين التي يضعها لتقييد هذه الحقوق، فإنه يعود للقضاء مراقبة هذا التقدير لضمان حماية المبدأ الدستوري المتجسّد في الحق.

من جهة ثانية فإن من الضروري في هذه المرحلة البحث عن مجال للتوفيق بين سلطة المشرّع المستمدة من الديمقراطية وبين سلطة القضاء التي تستمد من حماية الدستور وسموه، وفي هذا السّياق فإن ما يبدو صراعاً بين السّلطتين القضائية والتشريعية حول من هو الأفضل في تقييم القيم والموازنة بينها، يمكن أن يتحول إلى حوار بينهما وفق ما يذهب إليه بعض الباحثين في إطار نظرية حوار السلطتين التشريعية والقضائية، وتذهب هذه النّظرية إلى أن الرقابة القضائية ستكون من حيث الواقع العملي جزءاً من الحوار بين القضاة والمجالس التشريعية، ويتجسّد هذا الحوار بكون القرارات القضائية القائمة على الدستور حتى تلك التي تلغي التشريعات تكون دائماً قابلة لنقضها بشكلٍ غير مباشر أو تعديلها أو تفاديها من خلال العملية التشريعية العادية لاحقاً، في حين أنه يمكن للقضاة تقييم مدى سلامة القوانين وملاءمتها وفقاً لقيم الدستور، ويمكن بذلك للهيئات التشريعية احترام الأحكام القضائية أو تصحيحها سواء من خلال إعادة صياغة قوانينها، أو سن تشريعات جديدة تنفذ الأهداف التشريعية السّابقة(٧١).

من الواضح إذن أن حدّة التوتر بين الرقابة الدستورية والديمقراطية ستقل ببساطة عند إعمال رقابة الملاءمة، ذلك أن جعل رقابة الملاءمة اختباراً حاسماً لفحص ما إذا كان

(٧١) Luc B. Tremblay, op, cit, p623.

القانون دستورياً أم لا، يفصل بين سلطات القضاء والمجلس المنتخب بطريقة توفر حلاً للمفارقة التي شهدتها الديمقراطيات الدستورية بشأن الرقابة القضائية لمدّة طويلة(٧٢).

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة إلى فحص الموازنة بشكلٍ خاص

انطلاقاً من أن فحص الموازنة لا يرتبط بالوقائع، ولكنه يشكّل حكماً على قيم معيّنة، فإنه يعتبر العنصر الأكثر استهدافاً بالانتقاد في رقابة الملاءمة عموماً، ويبدو أن هذا الانتقاد ناتج عن عدم وجود معيار مشترك يمكن على أساسه قياس المصالح والقيم المتنافسة، كما أن فحص الموازنة واجه انتقاداً حاداً يتعلّق بتأثره بالذاتية الناتجة عن غياب أي معايير موضوعية وعقلانية سابقة تلزم القاضي عند قيامه بالموازنة، وهو ما يؤدي إلى استخلاص نتائج غير عقلانية لهذا الفحص.

الفرع الأول: عدم قابلية القيم المتنافسة للقياس

يعتبر الانتقاد الموجه لفحص الموازنة والمتعلّق بعدم قابلية القيم للقياس من أكثر الانتقادات حدّة والتي وجهت لهذا الفحص، وينطلق هذا الانتقاد من أن مسألة البحث في مدى الموازنة بين القيم المتنافسة يجب أن تتم على أساس أن هذه القيم هي من جنس واحد وتشترك في طبيعتها، بحيث تكون الموازنة بينها ممكنة، وتؤدي إلى تحقيق نتائج منطقية في النّهاية.

ويعبّر منتقدو فحص الموازنة عن هذا الانتقاد بعدم القابلية للقياس Incommensurability، ويوجه هذا النّقد أساساً إلى نظريّة المبادئ وما ينتج عنها من رقابة الملاءمة، على أنه من المهم الإشارة إلى أن النقاش حول مدى قابلية القيم المختلفة للقياس يجد أصوله في حقل الفلسفة، بحيث تتعلّق القضية هنا في البحث في المفاضلة بين مختلف القيم ومدى إمكانية تحديد «الأفضل» و«الأسوأ» و«الأكثر أهمية» و«الأقل أهمية»، وبذلك فإن القيمتين «أ» و«ب» تكونان غير قابلتين للقياس إذا كان لا يمكن القول أن إحداهما أفضل من الأخرى، أو أن كلتيهما متساويتان(٧٣).

وفي ظل انتقاد نظريّة المبادئ التي يستند عليها فحص الموازنة، فإن منتقدي الموازنة يلخصون انتقادهم المتعلّق بعدم قابليّة المبادئ للقياس في فكرة عدم وجود وحدة قياس، أو عدم وجود عملة مشتركة تجعل من الممكن المقارنة والمقايضة بين المبادئ(٧٤).

(٧٢) David Beatty, The ultimate Rule of law, Oxford University Press, 2004, p160.
(٧٣) Joseph Raz, The morality of freedom, Clarendon Press Oxford, 1986, p322.
(٧٤) Alexander Aleinikoff, op, cit, p973.

إن عدم القابلية للقياس تتعلّق بعدم قابلية وضع القيم أو المصالح المختلفة على سلّم قياس واحد دون الإضرار بالأحكام التي نضعها في الاعتبار في كيفية وصف هذه القيم على أفضل وجه، وهنا فإن المقصود بسلّم قياس واحد هو أن يوجد معيار للتقييم يمكن تطبيقه بشكل خاص على المستوى العملي، ولا يؤدي إلى أي تمييز نوعي بين القيم، بحيث يسمح بقياسها فيما بينها على أساس بُعد واحد تماماً مثل قياس الطول أو الوزن أو الحجم الذي لا ينطوي على تمييز من حيث النّوع، وإذا كانت القيم وفق هذا السّلم قابلة للاستبدال فيما بينها فإن ذلك يعني أنها قابلة للقياس(٧٥).

وعلى هذا الأساس فإن منتقدي الموازنة يرون بأن هذا الفحص يترك مبدأ القابلية للقياس وراء الباب، إن محاولة الموازنة بين قيم هي أصلاً غير قابلة للقياس ستصبح بدون معنى، تماماً مثل القيام بمحاولة دون جدوى للموازنة بين حجم ورقة، ووزن كتاب، والعدد ٦.(٧٦)

بذلك فإن قياس القيم المختلفة ووزنها يجب أن يستند إلى المنطق وإلى إمكانية وجود مقياس مجرّد أو وحدة قياس صالحة يمكن وضع كل القيم على ميزانها، ويرى أصحاب هذا الانتقاد أنه في غياب مثل هذا المقياس المشترك في فحص الموازنة، فإن هذا الفحص سيكون مستنداً فقط على المزاج الشخصي أو حدس القائم به، يُضاف إلى ذلك أن الخيارات الأخلاقية والسّياسية التي يجب اتخاذها عند وضع قيود للحقوق تكشف عن فائض من المعايير والتقييمات المختلفة التي لا تقوم على مقياس واحد مشترك(٧٧).

من الواضح إذن حسب أصحاب هذا الرأي أنه لا يوجد أي معيار مشترك يجمع بين هذه القيم المختلفة ويسمح بالتالي بوضعها موضع القياس فيما بينها، هذا الوضع سيؤدي حتماً إلى أن حصيلة الموازنة ستكون غير معقولة وغير موضوعية، وتعكس فقط ذاتية وتوجه القائم بها أي القاضي، وبالتالي فإن مبدأ الموازنة في الحقيقة لا يعبّر سوى عن نزعة تقريرية مقنّعة للقاضي(٧٨).

وعلى أساس ذلك فإنه لا يمكن المقارنة بين الفائدة أو الخسارة الناتجة عن تحقيق

(٧٥) Cass R. Sunstein, Incommensurability and valuation in law, Michigan Law Review, Volume92, N° 4, 1993, pp 779-841, p796.

(٧٦) John Finnis, Fundamentals of ethics, Clarendon Press, 1983, p87.

(٧٧) Grégoire Webber, op, cit, p89.

(78) Cité par: Virgílio Afonso da Silva, Comparing the incommensurable: Constitutional principles, Balancing, and Rational decision, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 31, Issue 2, 2011, pp273-301, p280.

حق معيّن مع ما ينتج من فائدة أو خسارة من تحقيق حق آخر أو قيمة أخرى، إن تلك النزاعات التي تنطوي على مسائل تتعلّق بالقيود على الحقوق لا يمكن حلّها بالاستناد على مقارنة تقنية حسابية، بل إنها تفترض صوراً أكثر تعقيداً من التحليل الأخلاقي(٧٩).

ويضيف منتقدو فحص الموازنة بأن مختلف المعادلات التي يُنتظر أن تحدّد الموازنة «لا تقول شيئاً عن كيفية ترجيح المصالح المختلفة، وهذا الصّمت يميل إلى إخفاء استحالة قياس القيم؛ لأنها أصلاً غير قابلة للقياس»(٨٠)، ولذلك فإنه في الوقت الذي ينتهي فيه القاضي من قياس ما لا يقاس، فإن وظيفته التالية هي مقارنة ما لا يقارن، حتى لو كان قد نجح في تحديد المصالح كميا (أو يعتقد أنه نجح في ذلك)، فإنها لا تزال مصالح من أنواع مختلفة(٨١).

غير أنه من الملاحظ أن هذا الانتقاد القائم على عدم قابلية القيم للقياس ينطلق من الخلط بين مفهومي عدم القابلية للقياس وعدم القابلية للمقارنة Incomparability، إذ إن المصطلحين يستعملان وكأنهما يدلان على ذات المعنى، أو أن عدم القياس ينطوي بالضرورة على عدم القابلية للمقارنة، وإذا كان من غير الممكن ترتيب القيم والمصالح على أساس قياس عددي، فإنه يظل بوسعنا ترتيبها وقياسها بشكل تراتبي من حيث أهميتها(٨٢).

إن من الواضح أن عدم القابلية للقياس تتعلّق بما هو كمي، في حين أن عدم القابلية للمقارنة تتعلّق بما هو كمي ونوعي معاً، وبمعنى آخر فإنه إذا كان لا يمكن القول أن «أ» يزن أكثر من «ب»، فإن هذا لا يعني بالضرورة عدم إمكانية القول بأن «أ» أفضل أو أسوأ من «ب»، كما أن عدم القابلية للقياس لا يمنع من المقارنة بين قيمتين على أساس الأهمية أو الأولوية، فيكون صحيحاً القول إن «أ» أهم من «ب»، وإن الأولوية هي لـ «أ» في مقابل «ب»، وفحص الموازنة ليس سوى تقدير للقيم من حيث أهميتها وليس من حيث كميتها، ذلك أن الموازنة فعلياً إنما تتم بين شدة الإجراء الذي يمس بالمبادئ.

وعلى ذلك فإن المقارنة تكون ممكنة عندما تكون هناك قيمة مرجعية يمكن من خلالها الاحتكام إليها للحكم على القيم والمبادئ المتنافسة فيما بينها، والقيمة المرجعية

(٧٩) Francisco J. Urbina, A critique of proportionality, The American Journal of Jurisprudence, Volume 57, Issue 1, 2012, pp49-80, p55.
(٨٠) Stavros Tsakyrakis, op, cit, p471.
(٨١) Grégoire Webber, op, cit, p97.
(٨٢) Virgílio Afonso da Silva, op, cit, p283.

التي يجب أن يعود إليها القاضي عند إعماله لفحص الموازنة هي شدّة المساس بكل مبدأ من المبادئ المتنافسة، أي شدة المساس الذي يلحق بالحق الدستوري بسبب التدبير التشريعي من جهة، وشدّة المساس الذي يلحق بالمصلحة التي يهدف لها هذا التدبير لو تم تجاهله ومنح الأولوية للحق الدستوري.

الفرع الثاني: عدم وجود معايير عقلانية في الموازنة

يرى الكثير من الباحثين أن الملاءمة تبدو إجراء مجرّداً من أي تقييم أخلاقي، وأن المسائل التي تتعامل معها الملاءمة تفترض تقديراً أخلاقياً؛ لأن الصّراع الذي ينتظر أن تسهم الملاءمة في حلّه إنما هو بين قيم متنافسة، ولا يصح تقدير القيم بشكلٍ مبالغ في التجريد ووفق تحليل حسابي كما يفترضه فحص الموازنة تحديداً، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالحقوق الدستورية وبما ينافسها من قيم أخرى.

إن بنية تحليل الملاءمة في حدّ ذاتها حسب ما يرى منتقدوها لا تدعم البحث لأجل الوصول إلى الصواب الأخلاقي أو الخير أو الحق في القيمة محل المطالبة، ولكن يكون الاعتبار هنا بوزنها التقني فقط، وبتكلفتها أو منافعها، ومبدأ الملاءمة بذلك لا يتعامل على الإطلاق مع المطالبة الصّائبة بأي تقدير أخلاقي جوهري(٨٣).

ويستنتج أصحاب هذا الانتقاد من ذلك بأن عدم مراعاة الجانب الأخلاقي في تقييم الحقوق الدستورية والقيم الأخرى المنافسة لها إضافةً إلى طغيان الجانب الذاتي في هذا التقييم سيؤدي في مستوى فحص الموازنة إلى الوصول إلى نتائج غير عقلانية تماماً(٨٤).

وإذا كان من الممكن دائماً إثبات أن التدابير التشريعية مناسبة وضرورية لتحقيق هدفٍ مشروع، كما أنها لا تفشل إلا في بعض الأحيان في المستويات الأولى للفحص (التناسب والضرورة)، فإن اختبار الملاءمة ينحصر فقط وبصفة أساسية في قياس شدّة الإجراء مع أهمية الهدف المنشود، أي أن الملاءمة عملياً لا تظهر إلا في فحص الموازنة، بالتالي فإن التضارب بين القيم يتم تخفيفه إلى مسائل تتعلّق بالشدّة أو الدرجة، والأهم من ذلك أنه يفترض أن بالإمكان قياس هذه الشدّة أو الدرجة بمقياس مشترك، وأن هذا الإجراء سوف يحل التنازع، وهذا يظهر الملاءمة وكأنها موضوعية ومحايدة، وغريبة تماماً على أيّ تفكير أخلاقي(٨٥).

(٨٣) Grégoire Webber, op, cit, p90.
(٨٤) Jürgen Habermas, op, cit, p256.
(٨٥) Stavros Tsakyrakis, op, cit, p474.

في هذا الصّدد يرى أصحاب هذا الانتقاد أن الموازنة تؤدي إلى عدم تسييس معالجة الحقوق الدستورية من خلال الزعم بتحويل التقييمات الأخلاقية والسّياسية المتضمنة في الحقوق إلى مجرّد تقييم حسابي يتعلّق بالتوازن، ولكن محاولة التهرب من المسائل الأخلاقية والسّياسية في عملية تحليل الحقوق لن تكون حسب منتقدي الموازنة ذات جدوى(٨٦).

على أن من المهم الإشارة إلى أن مبدأ الملاءمة نفسه يعمل على مستوى عال من التجريد، ولكن هذا لا يجب أن يؤدي إلى الخلط بينه وبين الحيادية الأخلاقية، فهو يقتضي، على سبيل المثال، أن الهدف المشروع فقط يمكن أن يبرّر المساس بالحق، وهنا فإن التقدير أخلاقي، وبالمثل، فإن الادعاءات بأن المساس بالحق يجب أن يكون مناسباً، وضرورياً، ومتوازناً في شدّته، تقوم كلها على تقدير أخلاقي واضح للظروف التي يكون فيها المساس بحقٍ ما مبرراً(٨٧).

والواضح أن هذا الانتقاد للموازنة يقوم على غياب أي معايير قانونية موضوعية ملزمة للقاضي للوصول إلى التوازن السّليم، ومن شأنها السّيطرة على القرارات القضائية ومنع تحولها إلى تقييمات شخصية ذاتية ينتج عنها حلول غير معقولة، بذلك فإنه ونظراً لعدم وجود معايير عقلانية هنا، فإن وزنها قد يتم إما بشكلٍ تعسفي أو غير فعّال(٨٨).

إن ما يجده منتقدو فحص الموازنة تحديداً هو تقييم قائم على الانطباع الشخصي للأوزان المتعلّقة بالاعتبارات المتنافسة، وهذا التقييم لا يتناسب مع بناء حجج عقلانية في مسار اتخاذ قرار معين، وبالتالي فإن تحليل الموازنة بين القيم سيفشل في تحديد مساهمة الاعتبارات المختلفة عند محاولة الوصول إلى قرار بشأن هذا التوازن(٨٩).

بالنتيجة فإن الطّريقة التي يتم بها تعميم استنتاجات معيّنة عن طريق فحص الموازنة هي تحديد ما إذا كان التشريع يحقّق التوازن السّليم، أو ما إذا كان ملائماً فيما يتعلّق بمسألة الحقوق الدستورية، وهذه الاستنتاجات غالباً ما يتم تقديرها وليس إثباتها(٩٠).

على أن مناصري الملاءمة في المقابل يرون بأن الملاءمة هي مبدأ واقعي خصوصاً

(٨٦) Grégoire Webber, op, cit, p191.
(٨٧) Kai Möller, Proportionality: Challenging the critics, International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, 2012, pp709–731, p718.
(٨٨) Jürgen Habermas, op, cit, p259.
(٨٩) Stavros Tsakyrakis, op, cit, p482.
(٩٠) Grégoire Webber, op, cit, p89.

فيما يتعلّق بفحص الموازنة، إذ إن تطبيقها يسمح بتحويل المصالح والأفكار إلى مسألة وقائع بدلاً من أن تكون مسألة تفسير أو تقدير أخلاقي، وذلك لأجل تجنّب الذّاتية وعدم العقلانية في فحص الملاءمة، وتستمد الملاءمة كمبدأ واقعيتها وموضوعيتها من خلال اعتماد نظرة الأطراف أنفسهم للقانون وللهدف منه، ولذلك فإن على القاضي حسب مناصري رقابة الملاءمة أن يفحص الملاءمة انطلاقاً من وجهة نظر أولئك الذين يجنون أكبر قدر من المنافع، وأولئك الذين يتحملون أكبر قدر من الأضرار جرّاء القانون، إن في التركيز على عرض الأطراف حول أهمية آثار القانون بالنسبة لهم فائدة كبرى تظهر في أن جهد القاضي سيتحول إلى التركيز على الوقائع في تقديره للقيم والأهداف بدلاً من القيام بتقدير فلسفي أخلاقي.

وانطلاقاً مما سبق فإن مبدأ الملاءمة حسب ذات الرأي سيصير مبدأ موضوعياً، لأن القاضي هنا سيركّز على الوقائع وينظر إليها بعين مجرّدة من أية اعتبارات قد تنتج تقييماً ذاتياً وغير عقلاني، إن مهمّة القاضي ستقتصر على مجرّد النّظر للوقائع لمعرفة الجواب الصّحيح؛ لأن الوقائع تتكلم عن نفسها، والقاضي الذي يترك الأطراف والوقائع تتكلم عن نفسها لن يجد مشكلة في تحديد من مصالحه هي الأهم في أي قضية[٩١].

أما من ناحية التقدير الأخلاقي الذي يرى منتقدو الملاءمة أنه يغيب في فحص الموازنة بسبب اعتماده على صيغة حسابية في مسائل تتعلّق بالقيم، فإن ذلك يتطلّب وضع نظرية أخلاقية عامة موضوعية للتوازن توفر إرشادات بشأن كيفية إجراء هذا الفحص بشكل صحيح، وفي ظل عدم وجود مثل هذه النّظرية لحدّ الآن فإنه ليس هناك من خيار سوى الاعتماد إلى حد ما على الحدس والتقدير الشخصي عند فحص التوازن بين الحق الدستوري والقيمة المنافسة له[٩٢].

من جهة ثانية فإن مفهوم الموضوعية هو مفهوم مثالي لا يمكن تحقيقه بالمطلق، وفي نطاق المبادئ والقيم كما هو عليه الحال بالنسبة للحقوق الدستورية وما ينافسها من مصالح، فإن الموضوعية لا يمكن تحقيقها إلا في ظل نظام قانوني يحدّد سلفاً مضمون هذا المبادئ وعناصرها، وهو أمر يصعب تصوره بالنسبة للمبادئ التي لها طابع إيديولوجي، بحيث يصعب ضبط محتواها بمعايير موضوعية، وبالتالي فإنه من غير الممكن قيام إجراء يضمن الموضوعية الخالصة في معالجة الحقوق الدستورية وتقييدها[٩٣].

(٩١) David Beatty, op, cit, p170.
(٩٢) Kai Möller, op, cit, p728.
(٩٣) Carlos Bernal Pulido, The Rationality of Balancing, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Volume 92, N° 2, 2006, pp195-208, p198.

وإذا كان تقدير المبادئ والقيم والمصالح المتنازعة مع الحقوق الدستورية يتأثر في جانبٍ منه بصبغة ذاتية لا يمكن تجاوزها، فإنه من الممكن تخفيف هذه الذاتية التي قد تؤثر على عقلانية وسلامة النتائج من خلال الأخذ بعين الاعتبار كلما كان ذلك ممكناً بالقيم القانونية والأخلاقية التي يتمسك بها المجتمع واعتمادها كمرجع موحد للقياس(٩٤).

خاتمة:

إن تحليل فكرة الملاءمة انطلاقاً من تبلورها كمبدأ من المبادئ القانونية، وكذلك من خلال اعتمادها كأداة للرقابة الدستورية في القضاء الدستوري فيما يتعلّق بالحقوق الدستورية يدل بوضوح على أنها لا يجب أن تُرفض جملةً وتفصيلاً، وأنها بحاجة إلى البحث عن أساس تقوم عليه بما يبرّر سلطة القضاء في ممارستها بدلاً من محاولة إنكارها كمبدأ أو هدمها والطعن في مشروعية استعمالها كأداة للرقابة الدستورية، لقد تراكم مضمون الملاءمة وتحولت من مجرّد فكرة تتعلّق بالفلسفة الأخلاقية لتصير مبدأ قانونياً، كما أنها لم تلبث أن استقرت في القضاء الإداري حتى انتقلت إلى القضاء الدستوري في العديد من الدّول لتصير الأداة المفضلة في مجال الرقابة المتعلقة بالحقوق الدستوريّة.

من خلال ما سبق تحليله للملاءمة كمبدأ وكأداة للرقابة الدستورية فإنه يمكن استخلاص النتائج التّالية:

إن الملاءمة كمبدأ قانوني يجد أساسه بشكلٍ مباشر أو غير مباشر في الدستور، ذلك أن المؤسّس الدستوري الذي ينص على الحقوق والحريات في الدستور ويمنح للمشرّع سلطة تنظيم ممارستها أو تقييدها يشترط ضمنياً وجوب مراعاة التوفيق أو التلاؤم بين الحق والمصلحة التي يستهدفها التقييد، ولا شك أن استخلاص نيّة المؤسس الدستوري ومراقبة مدى توفر شرط الملاءمة إنما هو من صميم الرقابة الدستورية.

لا شك أنه لا يمكن فهم ازدهار الملاءمة سواء كمبدأ قانوني أو كأداة للرقابة الدستورية بمعزلٍ عن ازدهار مفهوم الحقوق الدستورية نفسها التي صارت مبادئ ذات قيمة دستورية، وأصبح النّظام القانوني في العديد من الدّول عقب الحرب العالمية الثانية يقوم على أولوية هذه الحقوق وسموها على القانون، وقد أثر ذلك على مفهوم الدستور باعتباره المجال الذي يتم فيه التوفيق بين الحرية والسّلطة، ولذلك فإن منح الحقوق وضعاً

(٩٤) Bernhard Schlink, op, cit, p725.

دستورياً وضمانها بواسطة الدستور مباشرة لا يعني إلغاء سلطة المشرّع في تنظيم هذه الحقوق، ولكنه يستوجب في ذات الوقت أن يكون هذا التقييد ملائماً.

إن الحقوق الدستورية هي مجموعة مبادئ تعبّر عن قيم مختلفة، كما أن المشرّع عندما يقيّد ممارسة هذه الحقوق فإنه يهدف إلى تحقيق مصالح تعبّر هي الأخرى عن قيم مختلفة، وفي الحالتين فإن الأمر يتعلّق بتنازع خفي داخل الدستور بين مبادئ لها طابع دستوري، لكن القيم الكامنة وراء هذه المبادئ ليست على درجة واحدة من الأهمية، وهنا فإن الملاءمة تظهر كمبدأ يتطلّب من المشرّع التوفيق بين هذه القيم وحل التنازع بينها، في حين تبرز الملاءمة كآلية للرقابة الدستورية تمكّن القاضي من مراقبة مدى نجاح المشرّع في تحقيق الملاءمة كمبدأ بين مختلف القيم المتنافسة.

إن رقابة الملاءمة لا تنطلق من أولوية المصالح التي يستهدفها التدبير التشريعي على الحقوق الدستورية أو العكس، بل إنها تضمن تمثيلاً متساوياً لكل القيم المتنافسة في الفحص، وهو ما يجعلها تنطلق من نقطة محايدة لا تمنح الأولوية للحقوق الدستورية على حساب تجاهل مبدأ السيادة البرلمانية والفصل بين السّلطات وسمو القانون، كما أنها لا تنطلق من الأخذ بمفهوم شكلي لسيادة القانون يتجاهل الحقوق الدستورية كمبادئ ذات قيمة دستورية، وبالتالي فإنه لا يمكن القول إن الملاءمة تتجاهل قيمة الحقوق الدستورية، ولا يصح كذلك انتقادها بسبب أنها تمنح القضاء دوراً يتجاوز دوره المفترض، وتجعله يقفز إلى مجال السّلطة التشريعية ويعتدي على اختصاصها، إن هدف الرقابة الدستورية في هذا المجال هو منح الأولوية لمبدأ الملاءمة الذي يفترضه الدستور.

إن الانتقادات الموجهة للملاءمة كمبدأ وكأداة ممنهجة للفحص تنطلق من خشية يمكن تبريرها عندما يتعلّق الانتقاد بالذاتية وعدم الموضوعية، ولا شك أن الملاءمة تفترض تقييماً لمبادئ تعكس قيماً سياسية واجتماعية واقتصادية متفاوتة في أهميتها، ولا يمكن تجنّب الذاتية والتقييم الأخلاقي للقيم المتنافسة في ظل الفحص بشكلٍ كامل، ولكن تظل الملاءمة مع ذلك الأداة الأفضل من حيث فحص المسائل المتعلّقة بالمساس بالحقوق الدستورية، وهنا فإن البحث يجب أن يكون حول «عقلنة» هذا الفحص بالبحث عن قيم مرجعية للقياس تلزم القاضي وتضيّق من نطاق سلطته التقديرية في هذا الشأن، ولا شك أن القيم الاجتماعية السّائدة في وقت ما، والسّوابق القضائية، كلها تشكّل مصدراً هاماً يمكن العودة إليه لاستخلاص معايير تساعد القاضي في تحقيق فحص عقلاني ومتوازن يصل إلى نتائج مقبولة ومنطقية.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية

- زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السّلطتين التشريعية والقضائيّة، مجلس النّشر العلمي (لجنة التأليف والتعريب والنشر)، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، (دراسة مقارنة)، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- Albert Bleckmann, L'Etat de droit dans la constitution de la République fédérale d'Allemagne, Revue Pouvoir, N°22, 1982.
- Antoine Guilmain, Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique, Revue de Droit McGill, Volume 61, N° 1, 2015, pp87-137.
- Rhita Bousta, Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes, Revue Française de Droit Constitutionnel, N° 88, 2011, pp 913-930.
- Valérie Goesel-Le Bihan, Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel: défense et illustration d'une théorie générale, Revue Française de Droit Constitutionnel, N°45, 2001, pp 67-83.
- Xavier Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Economica, 1990.

ثالثاً: باللغة الإنجليزية

- Aileen Kavanagh, Constitutional Review under the UK Human Rights Act, Cambridge University Press, 2009.
- Alec Stone Sweet, Jud Mathews, Proportionality Balancing and

Global Constitutionalism, Columbia Journal of Transnational Law, Volume 47, N°1, 2008. pp. 68-149.

- Alexander Aleinikoff, Constitutional law in the age of balancing, Yale Law Journal, Volume 96, N° 7, 1987, pp943-1005.
- Benedikt Pirker, Proportionality Analysis and Models of Judicial Review, Europa Law Publishing, 2013.
- *Bernhard Schlink,* Proportionality, in Michel Rosenfeld and Andras Sajo (ed), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012.
- Carlos Bernal Pulido, The Rationality of Balancing, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Volume 92, N° 2, 2006, pp195-208.
- Cass R. Sunstein, Incommensurability and valuation in law, Michigan Law Review, Volume92, N° 4, 1993, pp 779-841.
- David Beatty, The ultimate Rule of law, Oxford University Press, 2004.
- Deiter Grimm, Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence, University of Toronto Law Journal, Volume 57, N°2, 2007, pp 383-397.
- Donald P. Kommers, the Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Duke University Press, 1997.
- Francisco J. Urbina, A critique of proportionality, The American Journal of Jurisprudence, Volume 57, Issue 1, 2012, pp49-80.
- Grégoire Webber, The negotiable constitution: On the limitation of rights, Cambridge University Press, 2009.
- Jacco Bomhoff, Balancing constitutional rights: The origins and meanings of postwar legal discourse, Cambridge University Press, 2013.
- John Finnis, Fundamentals of ethics, Clarendon Press, 1983.

- Jonas Christoffersen, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Joseph Raz, The morality of freedom, Clarendon Press Oxford, 1986.
- Julian Rivers, Proportionality and variable intensity of review, Cambridge Law Journal, Volume 65, Issue 1, 2006, pp. 174-207.
- Jürgen Habermas, Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- Kai Möller, Balancing and the structure of constitutional rights, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 3, 2007, pp 453–468.
- ----------, Proportionality: Challenging the critics, International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, 2012, pp709–731.
- Luc B. Tremblay, The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 3, Issue 4, 2005, pp617–648.
- Matthias Klatt, Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford University Press, 2012.
- Nicholas Emiliou, The principle of proportionality in European law: a comparative study, Kluwer Law International, 1996.
- Niels Petersen, Proportionality and judicial activism, Cambridge University Press, 2017.
- Patrick M. McFadden, The balancing test, Boston College Law Review, Volume 29, Issue 3, 1988, pp585-643.
- Rainer Grote, Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit, in Christian Starck (ed), Constitutionalism, Universalism and Democracy

– A Comparative Analysis, Baden Baden Nomos, 1999.

- Richard H. Fallon, Strict Judicial Scrutiny, U.C.L.A. Law Review, Volume54, Issue5, 2007, pp1267-1315.
- Robert Alexy, On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, Ratio Juris. Volume 16 N° 4, 2003, pp433–449.
- ----------, A theory of constitutional rights, Julian Rivers. (Trad), Oxford University Press, 2002.
- Ronald Dworkin, Freedom's law: The moral reading of the American constitution, Oxford University Press, 1999.
- ----------, Is democracy possible here?: Principles for a new political debate, Princeton University Press, 2008.
- Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights? International Journal of Constitutional Law, Volume 7, N°3, 2009, pp 468–493.
- Stephen Gardbaum, Positive and horizontal rights, in Vicki C. Jackson, Mark Tushnet (ed), Proportionality: New frontiers, New challenges, Cambridge University Press, 2017.
- Sujit Choudhry, So what is the real legacy of oakes?: Two decades of proportionality Analysis under the Canadian Charter 's Section 1, Supreme Court Law Review, Volume 34, 2006, pp501-535.
- Vicki C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality, Yale Law Journal, Volume 124, N°8, 2015, pp3094-3196.
- Virgílio Afonso da Silva, Comparing the incommensurable: Constitutional principles, Balancing, and Rational decision, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 31, Issue 2, 2011, pp273-301.

Proportionality test in constitutional rights

Prof. Kamal Djalab

Abstract:

The main aim of this research is to analyze the proportionality as a principle and as a systematic multi-level tool of control widely spread in the field of constitutional rights in particular. The research seeks to emphasize that the control of proportionality is exceptional and that the most of the criticism targets it as a tool of control should not lead to refuse the proportionality as a principle in constitutional rights adjudication.

In this context, the search for objective and abstract criteria for rationalizing control and limiting subjectivity in the assessing of the competing interests and rights would lead to an objective, rational and acceptable result of the examination in order to achieve the reconciliation between the guarantee of constitutional rights as principles with constitutional value and their protection, and respecting the discretion of the elected legislature and ensuring the supremacy of law.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

Proportionality test in constitutional rights

Prof. Kamal Djalab

University of Kuwait

Academic Publication Council

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

No. 4 - P1 - Vol. 46

Jamada I 1444 - December 2022