Al-rafidain of Law (ARL)

www.alaw.mosuljournals.com

The constitutional judiciary controls the restriction of rights and freedoms

Ibrahim Othman Muhammad[1]
Nineveh Federal Court of Appeal
ibrahemothman344@gmail.com

Luqman Othman Ahmed[2]
College of Law/ University of Mosul
luqmanothman@uomosul.edu.iq

Article information

Article history
Received 25 November, 2020
Revisit 10 December, 2020
Accepted 14 December, 2020
Available Online 1 September, 2024

Keywords:
- legislative restriction of rights and freedoms
- constitutional judiciary oversight
- Rights and freedoms

Correspondence:
Ibrahim Othman Muhammad
ibrahemothman344@gmail.com

Abstract

The endorsement of rights and freedoms in a constitution does not imply that they are without limitations. These restrictions are essential to establish a balance between the rights of citizens and the powers of public authorities. Such restrictions can take various forms, including constitutional and legislative limitations. To ensure the genuine protection of rights and freedoms from undue restriction, particularly legislative ones, it is crucial to subject the actions and regulations issued by public authorities to oversight. Monitoring by the constitutional judiciary is a vital element in building a democratic state. Consequently, constitutional judicial oversight of actions, especially those taken by the legislative authority, is necessary to safeguard these fundamental rights and freedoms.

Doi: 10.33899/alaw.2020.129013.1116
© Authors, 2024, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

رقابة القضاء الدستوري على تقييد الحقوق والحريات

إبراهيم عثمان محمد
محكمة استئناف نينوى الاتحادية

لقمان عثمان أحمد
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

معلومات البحث

تاريخ البحث

الاستلام ٢٥ تشرين الثاني ٢٠٢٠
التعديلات ١٠ كانون الأول ٢٠٢٠
القبول ١٤ كانون الأول ٢٠٢٠

الكلمات المفتاحية

- التقييد التشريعي للحقوق والحريات
- رقابة القضاء الدستوري
- الحقوق والحريات

المستخلص

أن إقرار الحقوق والحريات في الدستور لا يعني بأي حال من الاحوال اطلاقها من دون قيود او ضوابط، حيث ان الغرض من وضع هذه القيود هو من أجل ايجاد نوع من التوازن بين حقوق المواطنين من جهة وحقوق السلطات العامة من جهة اخرى، غير أن القيود هذه قد تتعدد فمنها ما يكون دستورياً ومنها ما يكون تشريعيا وغيرها من القيود، ولأجل الحماية الحقيقة للحقوق والحريات من التقييد وخاصة التقييد التشريعي، فأن افضل من يقوم بهذه المهمة هو القضاء الدستوري ، حيث يؤدي القضاء الدستوري دوراً بارزاً ومحورياً في حماية الحقوق والحريات من خلال العديد من الأدوار ولاسيما دورهُ في الرقابة الدستورية على ما تصدرهُ السلطات من قوانين وانظمة، إذ تعد رقابة القضاء الدستوري أحدى أهم مقومات بناء الدولة الديمقراطية، ولذا فإن رقابة القضاء الدستوري على الاعمال التي تصدرها السطات وخاصة التشريعية منها امراً ضروريا وحتمياً. ولأجل هذا فقد قسم البحث الى مبحثين يتناولان الموضوع من جوانبهُ المتعدد.

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله وصحبهِ أجمعين وبعد.

اولاً: مدخل تعريفي لموضوع البحث

تحتل الحقوق والحريات في الوقت الراهن المكانة المهمة في النظم الديمقراطية المعاصرة، وتكمن هذه المكانة كون هذه الحقوق قد تعرضت في السابق الى الانتهاكات، غير انهُ وعلى الرغم من اهمية هذه الحقوق والحريات، فأن ممارسة الفرد لهذه الحريات ليست مطلقة فلقد احتوت الدساتير الوطنية في الدول الديمقراطية على قيود عند ممارسة الحقوق والحريات، وبموجبها فقد خولت السلطات في الدولة وبموجب الدستور من وضع قيود بشرط أن تكون هذه القيود متناسبة ومعقولة عند فرضها، لحماية النظام العام أو الامن العام وغيرها، وهذا ما سوف نتطرق اليه في المبادئ التي تراعيها السلطة التشريعية، وعلى الرغم من وجود ضمانات دستورية وقانونية إلان أن هذا لا يمنع من فرض قيود على ممارسة الافراد لحقوقهم وحرياتهم الامر الذي يؤدي في بعض الاحيان من أن يحدث انتهاك ومساس بهذه الحريات، مما دعت الحاجة الى وجود سلطة تحمي الحقوق والحريات من الانتهاك والتقييد وخير من يقوم بذلك هو القضاء، حيث يعد الحصن الحصين الذي يلتجأ اليه الافراد عن وجود مساس بحريات وخير يقوم بهذه المهمة ،ولكون موضوع القيود واسع فأن نطاق البحث سوف ينصب على القيود التشريعية من خلال ما يصدرهُ من قوانين ، فأن الجهة المختصة بالقيام بهذه المهمة هو القضاء الدستوري.

ثانياً: اهمية البحث

يعتبر موضوع تقييد الحقوق والحريات من المواضيع الحساسة، حيث يهتم العالم قاطبة في الوقت الراهن بموضوع حقوق الانسان وحرياتهُ، وعلى الرغم من إن الدول وفي ظل دساتيرها قد احتوت على الحقوق والحريات فإنها لا تزال تتعرض الى التقييد من قبل السلطة، وانطلاقاً مما سبق، تكمن أهمية دراستنا في أنها احتوت فقرتين مهمتين وهي معرفة ماهية القيود التشريعية التي ترد على ممارسة الحقوق والحريات من خلال ارداف القانون ببنود تقييد تحد من ممارسة الحرية لحماية مصلحة ما ، فضلاً عن معرفة الدور الذي يلعبهُ القضاء الدستوري في الرقابة على تقييد الحقوق والحريات.

ثالثاً: اهداف البحث

يسعى هذا البحث الى تحقيق عدة اهدافها منها:

- يهدف هذا البحث الى تناول مفهوم التقييد الوارد على الحقوق والحريات من عدة جوانب من خلال معرفة الاساس الفلسفي والقانوني له، فضلاً عن ذلك يهدف هذا البحث الى بيان أهم المبادئ التي ينبغي ان يعتمدها المشرع العادي عند فرض التقييد.

- يهدف هذا البحث الى معرفة دور القضاء الدستوري في الرقابة على تقييد الحقوق الحريات، وذلك من خلال التطرق الى أهم التطبيقات التي جاءت بها المحاكم الدستورية.

- كما يهدف البحث الى التطرق الى موضوع جديد وهو أثر كورونا على ممارسة الحريات وذلك من خلال ذكر بعض التطبيقات القانونية والقضائية.

رابعاً: نطاق البحث

- من حيث المكان: سوف يتم تناول الموضوع في العراق وعدد من التجارب الدستورية .

- من حيث القيود: سوف يتم تناول التقييد التشريعي بوصفهُ احد اشكال التقييد.

- من حيث الرقابة القضائية: سوف تم تناول الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

خامساً: اشكالية البحث

تنبع اشكالية البحث من أنها احتوت على عدة تساؤلات وهي:

- ما هو مفهوم التقييد؟ وما وهو الاساس الفلسفي والقانوني لهُ وماهي المبادئ التي يراعيها المشرع العادي عند فرضهُ للقيود على الحقوق والحريات؟.
- ما هو الدور الذي يلعبه القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القيود ؟ وهل استطاعت المحاكم الدستورية القيام بمهمة الحماية أم لا ؟،وماهي اهم تطبيقات القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القيود الواردة على الحقوق والحريات.

سادساً: فرضية البحث

تنطلق فرضية البحث أن القضاء الدستوري يؤدي دوراً فعال في حماية الحقوق والحريات من خلال ممارسة الرقابة على ما تصدرهُ السلطات وخاصة السلطة التشريعية من قوانين تتضمن بنود تقييدية، فإذا ما كانت هذه القيود مخالفة للدستور والقانون قضى بعدم دستوريتها.

سابعاً: منهجية البحث

تتطلب طبيعة هذه البحث الاعتماد على المنهج التحليلي الذي يقوم على فحص وتحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية الخاصة بتقييد الحقوق والحريات في العراق وعدد من التجارب الدستورية.

ثامناً: هيكلية البحث

المبحث الاول: ماهية التقييد التشريعي الوارد على الحقوق والحريات

المطلب الاول: مفهوم التقييد واساسهُ الفلسفي والدستوري.

المطلب الثاني :مفهوم التقييد التشريعي وتطبيقاتهُ.

المبحث الثاني: ماهية الرقابة القضائية على دستورية القيود

المطلب الاول : مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القيود

المطلب الثاني : تطبيقات الرقابة على دستورية القيود الواردة على الحقوق والحريات.

ونختم البحث بخلاصة لما توصلنا إليه من نتائج وما نقترحهُ من توصيات.

المبحث الاول

ماهية التقييد التشريعي الوارد على الحقوق والحريات

أن الحديث عن تقييد الحقوق والحريات لا يمكن أن يأخذ الكامل ، مالم يتم التطرق اليه من زواياهُ أو اشكالهُ المتعددة فمنها ما هو دستوري من خلال فرض السلطة التأسيسية بند تقييدي على النص الوارد أو ما هو تشريعي من فرض السلطة التشريعية بند تقييدي على القانون الخاص بالحق أو الحرية ومنهُ ايضاً التقييد الإداري ، ولذا فأن التقييد بشكل عام هو تحجيم حرية الفرد عند ممارستهُ لحقوقهُ بناءً على نصاً دستوري أو نص قانوني يصدر من قبل السلطة التشريعية أو بناءً على قرار صادر من قبل السلطة

التنفيذية، من أجل تحقيق مصلحة ترى السلطة المعينة بذلك[١]. وانطلاقاً من ذلك فأننا سوف نحاول في هذا المبحث التطرق الى مفهوم التقييد التشريعي من خلال تقسيمهُ الى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم التقييد واساسهُ الفلسفي والدستوري.

المطلب الثاني: مفهوم التقييد التشريعي وتطبيقاتهُ.

المطلب الاول

مفهوم التقييد وأساسهُ الفلسفي والدستوري

ان إقرار الحقوق والحريات في الدستور لا يعني بأي حال من الاحوال اطلاقها من دون قيود او ضوابط، حيث ان الغرض من وضع هذه القيود هو من أجل ايجاد نوع من التوازن بين حقوق المواطنين من جهة وحقوق السلطات العامة من جهة اخرى، ومن هنا يبرز تدخل الدولة في حماية الحقوق والحريات وتنظيمها عن طريق وضع الضوابط اللازمة في ممارستها، غير ان تنظيم الحقوق والحريات لا يعني أن يؤدي ذلك الى تحريم ممارستها أو الغائها، لأنها تعد استثناء على الأصل فالحرية هي الأصل و القيد هو الاستثناء ويتفرع عن ذلك ألا يتم التوسع في الاستثناء على حساب الأصل[٢].

وانطلاقاً من هذا" فأن الحديث عن أي مفهوم لا يمكن إعطاء حقهُ من التوضيح من غير شرح تعريفه وبيان أساسهُ الفلسفي والدستوري ، ولأجل ذلك فقد قسم المطلب الى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: تعريف التقييد .

الفرع الثاني: الاساس الفلسفي والقانوني للتقييد الوارد على الحقوق والحريات.

---

(1) Marius Andreescu & Andra Puran, State power and the restriction of the exercise of certain Rights and Freedoms, Journal of Law and Administrative sciences ,The Centre for Studies and Legal and Socio-Administrative Research, Petroleum-Gas University of Ploiesti, N7/2017, P74.

(٢) علي صبيح التميمي، فلسفة الحقوق والحريات وموانع التطبيق (دراسة تحليلية في فلسفة السياسية)، ط١، (دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان|٢٠١٦)، ص ٣٩١.

الفرع الاول

تعريف التقييد

ولغرض تحديد معنى التقييد لابد من التطرق الى معناهُ اللغوي والاصطلاحي.

اولاً : تعريف التقييد لغةً

التقييد: هو مصدر قيد: وقيد ضد اطلق، بمعنى حصر، ويقال "قيدهُ، يقيدهُ، تقييداً :"اي جعلت القيد في رجلهُ، أو" قيد، قيداً بالكسر مبنيا للمجهول قيد تقييد" ويقال قيدت الدابة[١]،وتدل ايضاً على معنى حبس أو منع، أي بمعنى قيد الحق أي منع من التصرف أو حبس التصرف بالأصل[٢]، وقد تفيد ايضاً تحديد الشيء أو تحجيمهُ، حيث ان لمعنى التقييد معاني كثيرة، كما جاء في شرح معجم "المنجد في اللغة العربية المعاصرة "حيث يقال ربط بالقيد، أو، تكبيل، أو اخضاعهُ لقيود أو تقييدهُ وتحديدهُ لأمر معين[٣]، وبالتالي فأن التقييد لغةً هو ما يدل على" المنع" لشيء معين أو" حبسهُ و تحديدهُ " لتصرف معين.

ثانيا: تعريف التقييد اصطلاحاً

لقد تم استخدام لفظ التقييد بالمعنى المجازي في أمرين، الامر الاول وهو الاصولي أي بمعنى تقييد الألفاظ وهذا الامر ليس له علاقة في موضوع دراستنا، اما الامر الثاني وهو الفقهي وهو تقييد التصرفات وتحديدها وهو ما سوف نتناولهُ في هذه الدراسة، علية يعرف التقييد بمعناهُ الاصطلاحي بأنهُ " فرض السيطرة القانونية على الافراد عند ممارستهم

(١) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق : عبدالستار احمد فراج، الجزء ٩، (مطبعة حكومة الكويت| ١٣٩٣ هـ -١٩٧١ م)، ص ٨٣ وما بعدها .

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: أبن منظور، لسان العرب،ج١١، ط٢، دار احياء التراث للنشر والتوزيع، بيروت، د . ت، ص ٣٦٨ وما بعدها .

(٣) د. حسن محمود نصر، مفهوم القيد في اللغة العربية والانكليزية، دراسة في ضوء علم اللغة التقابلي، (مجلة كلية الآداب، جامعة حلوان، العدد ٢٤ | ٢٠٠٩)، ص٢٠٩ .

لحقوقهم وحرياتهم، من أجل حماية مصلحة معينة وفقاً لأحكام القانون"[١]، أو يقصد به تحجيم حرية الفرد عند ممارستهُ لحقوقهُ بناءً على نصاً دستوري أو نص قانوني يصدر من قبل السلطة التشريعية أو بناءً على قرار صادر من قبل السلطة التنفيذية، فإن القيد يقيد ممارسة حق من خلال التدابير المطلوبة من قبل سلطات الدولة المختصة لغرض مشروع[٢].

يتضح من خلال التعاريف إن التقييد عادة ما يأخذ اشكالاً فمنهُ الدستوري ومنهُ التشريعي ومنهُ الإداري، وبشكل عام فأن التقييد هو تحجيم أو تحديد من ممارسة حرية معينة غير إن هذا لا يعني حرمان الافراد من حقوقهم بشكل مطلق، أنما من أجل حماية مصلحة ضرورية في المجتمع.

الفرع الثاني

الأساس الفلسفي والقانوني للتقييد الوارد على الحقوق والحريات

أن الحديث عن مفهوم أي فكرة لا تأخذ حقها بالتوضيح مالم يكن هنالك بيان للأساس التي تقوم عليه هذه الفكرة ،حيث يعد هذا الأساس منطلقاً لمعرفة جميع المسائل الخاصة المتنوعة التي تكون بمجموعها النظم التي تدير المجتمع بصفة عامة والافراد بصفة خاصة، حيث أن الأساس الفلسفي لتقييد الحقوق والحريات لا يمكن معرفتهُ دون التطرق الى العلاقة بين الحرية و والسلطة، على اعتبار أن التقييد يعد مظهر من مظاهر السلطة[٣]"إذ أن مشكلة الحرية السلطة ترتبط اليوم بموضوع السلطة.

ومما لا شك فأن موضوع السلطة والحرية من المواضيع التي اهتم بها الفلاسفة و المفكرين منذ القدم حيث أن الانسان هو بطبيعتهُ وفطرتهُ "حر"، لكن حدثت هنالك تقلبات مست النظام المجتمعي الانساني أدت بذلك وبشكل كبير الى تقييد الحرية وذلك عن طريق الإرادة العامة أذ تعد هي صاحبة الحق الأصيل في استخدام السلطة، وقد حدثت

(١) سرمد عامر عباس، القيود الواردة على حقوق الأنسان المدنية والسياسية في القانون الدولي، (مجلة العلوم الانسانية، كلية التربية للعلوم الانسانية، جامعة بابل، المجلد ٢٢، العدد، ٢ | ٢٠١٥)، ص١٣ .

(2) Marius Andreescu & Andra Puran ,op.cit.p74.

(٣) د. عيسى بيرم، الحريات العامة وحقوق الانسان بين النص والواقع، (دار المنهل اللبناني، بيروت| ١٩٩٨)، ص ٥٥.

هنالك إشكالية ألا وهي وجود تناقض بين الحرية والسلطة وقد قيلت عدة اراء بخصوص هذا الموضوع، فهنالك من ذهب الى عدم وجود أي تناقض بينهما، ذلك لأن لكل من الحرية والسلطة مركزين متساويين فأن هذه الحالة سوف تنتهي متى ما ضحى احد الاطراف من أجل الاخر(١)، في حين ذهب رأي اخر وهو الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي الى أن حل قضية التعارض والتناقض بين الحرية والسلطة يقوم على أساس أن الغلبة هي للحرية، على اعتبار أن الفرد دائماً يعد هو الغاية من وجود السلطة، فضلا عن ذلك هناك رأي بهذا الخصوص حيث قال أن العلاقة بينهما أنما هي علاقة تكامل وليست علاقة تعارض وتناقض فكل من الحرية والسلطة نسبية، ويتعين على القانون تحديد نسبة كل منهما بحيث يكون هنالك توازناً مقبولاً في العلاقة بينهما مما يسمح بالقول بأن كل من الحرية والسلطة لهما وجود محترم ومتناسب ، وبذلك يرى الباحث أن مسالة التعارض تعد هنا نسبية ، لذا يميل الباحث الى رأي الذي يقول ضرورة وجودة توازن معقول بين الحرية والسلطة(٢).

أما ما يتعلق في مسألة تقييد الحقوق والحريات فقد اختلف الفقهاء طبيعة فرضهُ، فمنهم من يقول إن التقييد عادة ما تفرضهُ السلطة من أجل تحقيق مصلحة عامة تخص المجتمع بأكملهُ، وهذا ما أكد علية الفقيه(جون ستيوارت ميل) الذي كان يعتقد بأن المعيار الأساسي والحقيقي لفكرة التقييد هي المنفعة التي تقوم على أساس المصلحة الدائمة للفرد بوصفهُ عضواً في المجتمع وهذه المصلحة تبيح لهُ الخضوع التلقائي للقيود، فإذا ما ارتكب الفرد عند ممارسة الحرية ضرر بالأخرين جاز تقيد الحرية(٣).

(١) حارث أديب ابراهيم، تقييد ممارس الحريات الشخصية – دراسة دستورية، (رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل| ٢٠٠٣)، ص٥١.

(٢) وهذا ما ذهب الية كل الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي وكذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي من خلال تعريفهما فكرة التناقض والتعارض بين السلطة والحرية ولمزيد من التفصيل ينظر: د. جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية (دراسة مقارنة)، ط١، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٥٨ .

(٣) نعمون مسعود، التأسيس الفلسفي في فكرة حقوق الأنسان عند روسو، (رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم الفلسفة، جامعة منتوري قسنطينة | ٢٠٠٨– ٢٠٠٩)، ص٧٠ .

في حين ذهب رأي أخر للفقيه(جان جاك روسو) في نظرية العقد الاجتماعي الذي يرى يمكن تبرير التقييد، انطلاقاً من وجود مصلحتين مهمتين وهما :الأولى وهي المصلحة الشخصية الفردية الخاصة التي تستند الى وجودهُ الطبيعي المستقل في المجتمع، والثانية وهي المصلحة الناشئة باعتباره عضواً و جزءاً من المجتمع(١)، لأجل ذلك فقد تم التأكيد على أن الغرض من تقييد الحقوق والحريات هو أجل تحقيق التوازن بين الحرية والسلطة، غير إنهُ وبمقابل التزام الفرد بتقييد حريتهُ وجب على الدولة أن لا تقف فقط عند حدود احترام وكفالة حقوقهُ، بل يجب عليها أن تترك لهُ هامش من الحرية النسبية(٢).

أما الاساس القانوني للتقييد فقد يتمثل بالنصوص الدستورية المقيدة لبعض الحقوق والحريات ، والنصوص الدستورية التي قد تخول أو تحيل للمشرع العادي من فرض بعض القيود على الحقوق والحريات، فالنسبة للدساتير الوطنية فقد تضمنت العديد من النصوص التي تجير للسلطات العامة في الدولة في فرض بعض القيود سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من أجل حماية بعض الاهداف المشروعة التي يراها المشرع الدستوري ضرورية كحماية النظام العام وعناصرهُ المتمثلة بالأمن العام وغيرها فضلاً عن حماية حقوق الاخرين في مجتمع ديمقراطي(٣) ،يذكر أن الدساتير قد تركت للمشرع العادي تنظيم وتقييد بعض الحقوق والحريات ، فهناك حقوق وحريات مطلقة غير قابلة للتدخل من قبل المشرع العادي ، أنما فقط من يضع التقييد عليها هو المشرع الدستوري، وهناك بعض الدساتير فقد قامت بالنص على كفالة الحقوق والحريات مع أحاله تنظيمها الى المشرع العادي وفق ضوابط محددة(٤).

غير أن الدساتير قد اختلفت في طريقة وضع القيود في الدستور منهم من اختار طريقة (التقييد الخاص) حيث أن هذه الطريقة تتمثل في ربط كل حق أو حرية بقيد أو

(١) د. منذر الشاوي، الدولة الديمقراطية في الفلسفة السياسية والقانونية، الكتاب الاول، الفكرة الديمقراطية، (منشورات المجمع العلمي، بغداد | ١٩٩٨)، ص١٠٥.

(٢) د. ساجر ناصر حمد الجبوري، حقوق الأنسان السياسية في الاسلام والنظم العالمية، (دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥)، ص٩٠.

(3) Dominika Bychawska-Siniarska, Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention Human Rights, (Council of Europe, Strasbourg, July |2017),p43.

(٤) حارث أديب ابراهيم، المصدر السابق، ص١١٧.

بأكثر في ذات النص الذي يعترف بالحق أو الحرية، وذلك من خلال تبيان الأسس التي يقوم عليها هذا التقييد ويشرح بوضوح الحالات التي يمكن فيها خضوع الحق أو الحرية للقيود، وتتفاوت مدى الحماية التي توفرها هذه الطريقة من دستور الى أخر، وذلك بالنظر الى اختلاف الصياغة القانونية للنص ويرجع هذا الى تبني هذه الطريقة الى الرغبة في جعل للقاضي سلطة[١]، وقد اتبعت مجموعة من الدساتير والصكوك الدولية والاقليمية لهذه الطريقة في تقييدها للحقوق والحريات، ومن هذه الدساتير نأخذ بعضاً منها على سبيل المثال كما في دستور جنوب افريقيا لعام (١٩٩٦) من خلال المادة (١٦) والتي نصت على" ١– لكل شخص الحق بالتمتع بحرية التعبير والتي تتضمن: أ– حرية الصحافة ووسائل الاعلام..... " ب– حرية تلقي أو ارسال المعلومات أو الافكار" و.....الخ،٢– الحق في الفقرة(١)لا: يشمل أ– الدعاية للحرب".....[٢]،ويتضح من هذه المادة أنها اوضحت بشكل موسع مكونات الحق، ثم تناقش بشكل مفصل القيود المحتملة بالتفصيل، فضلاً عن ذلك أن هذه الصياغة تنص بوضوح على أنهُ يمكن تقييد حرية التعبير، لكن لا تسمح بتقييد الحرية بشكل كامل.

وكذلك ايضاً من الدساتير التي تنص على هذه الطريقة في التقييد الدستور العراقي لعام (٢٠٠٥)، التي اخذ بها في العديد من نصوصهُ نأخذ على سبيل المثال المادة (١٥) والتي نصت على" لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون"، وكذلك ايضاً المادة(١٧)نصت على"اولاً لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الأخرين والآداب العامة...."[٣]، وكذلك ايضاً المادة (٣٨) حيث نصت على" تكفل الدولة بما لا يخل النظام العام والآداب العامة(اولا)حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل....."[٤]، ولكون المجال لا يستع لذكر كل

(١) تقرير المدرسة الدستورية الجديدة: الشكل الجديد للمسار التأسيسي، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية(DRI)، برلين– المانيا، ٢٠١٢، ص٦٨.

(٢) ينظر المادة (١٦) من دستور جنوب افريقيا النافذ لعام (١٩٩٦) .

(٣) ينظر المواد (١٥،١٧) من دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥) .

(٤) حسين وحيد عبود العيساوي، الحقوق والحريات السياسية في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، (رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الكوفة |٢٠١٢)، ص ٢١٧ .

المواد التي نصت على التقييد الخاص فأننا سوف نكتفي بذكر هذه المادة، على الرغم من أن الدستور العراقي قد اورد بحدود(١٥)مادة تحتوي على قيد خاص.

وقد استندت الدساتير الوطنية الديمقراطية في هذه الطريقة الى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام(١٩٦٦)من خلال العديد من نصوصهُ، ومنها مثلاً المادة(١٨)حيث نصت على"... لا يجوز اخضاع حرية الانسان في اظهار دينهُ أو معتقدهُ إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة و..... "، وغيرها من المواد التي نصت على هذه الطريقة(١) .

وهناك طريقة التقييد العام والتي يقصد بها سن مادة قانونية تضع وتحدد ضوابط عامة لمجموعة من الحقوق والحريات القابلة للتقييد، حيث بموجب هذه الطريقة يتم تقييد جميع الحقوق والحريات من خلال قاعدة عامة من دون أن ترد قيود أو ضوابط خاصة بكل حق أو حرية(٢)، وقد أخذت بهذه الطريقة العديد الدساتير الوطنية منها نذكر على سبيل المثال الدستور الالماني لعام(١٩٤٩)(٣)،وكذلك ميثاق الحقوق والحريات الكندي لعام(١٩٨٢) في المادة الاولى منه والتي تنص" يضمن الميثاق الكندي للحقوق والحريات إلا تخضع الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه إلا لحدود معقولة يحددها القانون....."(٤)، وقد تبنى ايضاً هذه الطريقة دستور جنوب افريقيا لعام (١٩٩٦) من خلال الفصل(المادة) (٣٦) حيث نصت على أنهُ لا يجوز تقييد الحقوق والحريات الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبق على الناس كافة، بقدر ما يكون متناسب و.....ويضمن معايير وهي" طبيعة الحق، أهمية الغاية من التقييد، وطبيعة ونطاق التقييد و...." ، ويتضح من

(١) لمزيد من التفصيل ينظر: د. هادي نعيم المالكي، المدخل لدراسة القانون لحقوق الانسان، ط٢، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١١، ص ٩٤ .

(٢) د. شالآو صباح عبد الرحمن، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، مجلة قه لأى زانست، (الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، المجلد ٤، العدد٢، ربيع| ٢٠١٩)، ص ٣٩٩ .

(٣) نص الدستور الالماني لعام (١٩٤٩) في المادة (١٩) على " ١- أذا اجيز وفقا لهذا القانون الاساسي تقييد أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون فيجب أن يطبق القانون بشكل عام ... " .

(٤) عبد المنعم كيوة، المصدر السابق، ص ١٢٩ .

هذا النص أن دستور جنوب افريقيا كان أكثر دقة في ايراد تفاصيل في تقيدهُ للحقوق في الدستور، أما على صعيد الدساتير العربية الحديثة فهي الأخرى اخذت وتبنت هذه الطريقة في تقييدها للحقوق والحريات، كما في الدستور العراقي النافذ لعام (٢٠٠٥) من خلال المادة (٤٦) حيث نصت "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية"(١).

وكذلك فقد اخذت بهذه الطريقة عدد من المواثيق الدولية والاقليمية نذكر منها الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام (١٩٤٨) في الفقرة (٢) من المادة (٢٩) حيث نصت " لا يخضع أي فرد من ممارسة حقوقهُ وحرياتهُ، إلا للقيود التي يقررها القانون ... لضمان الاعتراف بحقوق وواجبات الاخرين...." ،حيث يلاحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد أقر وبشكل واضح للسلطة التشريعية أن تقييد جميع الحقوق والحريات من أجل تحقيق حماية مصلحة معينة كالنظام العام ....الخ(٢).

المطلب الثاني

مفهوم التقييد التشريعي وتطبيقاتهُ

يستند المشرع العادي عند تقييد الحقوق والحريات الى مبدأ الانفراد التشريعي والذي يقصد به "اختصاص السلطة التشريعية بمفردها بمعالجة مسألة من المسائل التي تدخل في النطاق المحدد للتشريع، وهذا يعني ان السلطة التنفيذية لا تمتلك من خلال اللوائح و الانظمة التي تصدرها معالجة المسائل التي تدخل في اختصاص المشرع وحدهُ"، إذ ان الهدف من مبدا الانفراد التشريعي هو تنظيم الحقوق والحريات وكذلك تحديد القيود التي تضع على ممارستها، لذا يعد التشريع هو السند الذي يتوقف علية تنظيم الحقوق

(١) المادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥).

(٢) عبد المنعم كيوة، القيود الدستورية في تحديد القانون لضوابط الحقوق والحريات الاساسية في الدساتير الحديثة بالبلدان العربية – دراسة مقارنة، (بحث منشور في الكتاب السنوي، المنظمة العربية للقانون الدستوري، تونس| ٢٠١٦)، ص١٢٦.

والحريات[١]،وإذا كان تقييد الحقوق والحريات امر لابد منه فأنه ينبغي ان يصدر هذا بقانون على ان يقوم المشرع بمراعاة مبادئ اساسية أكدت عليها الدساتير الوطنية كمبدأ عدم المساس بجوهر الحق أو الحرية ومبدأ التناسب ، ومن هذا المنطلق فقد قسم هذا المطلب الى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: المبادئ التي يراعيها المشرع العادي عند تقييد الحقوق والحريات

الفرع الثاني: تطبيقات التقييد التشريعي الوارد على الحقوق والحريات.

الفرع الاول

المبادئ التي يراعيها المشرع العادي عند تقييد الحقوق والحريات

إن المشرع عند تقييدهُ للحقوق والحريات ينبغي علية ان يراعي مجموعة من المبادئ والتي تكون واجبة الاتباع عند تشريعهُ للقانون، وذلك لكي يتسم القانون الصادر من عنهُ بالدستورية حيث ان هناك العديد من المبادئ التي يتوجب على صانعي القانون الالتزام بها عند صياغتهم للتشريع ، ومن هذه المبادئ مبدأ عدم المساس بجوهر الحق ومبدأ التناسب وهذا ما سوف نتناولهُ في هذا الفرع من خلال تقسيم الفرع الى فقرتين وعلى النحو الآتي:

اولاً: عدم المساس بجوهر الحق

ينبغي على المشرع العادي عند تقييدهُ للحقوق والحريات الالتزام بمبدأ عدم المساس بجوهر الحق والذي يقصد به هو" ذلك الجزء الاساسي والضروري من الحق أو الحرية الذي لا يمكن لأي منفعة عامة تبرر الاعتداء عليه ويعد هذا المبدأ قيداً تتفق عليه جل واغلب التشريعات[٢]، أي بمعنى عندما يقيد المشرع العادي الحقوق والحريات عليه ان لا يؤدي التقييد الى سلب وهدر الحقوق والحريات فإذا ما توسع في ذلك سوف يؤدي الى شمول حقوق وحريات غير خاضعة اصلاً للتقييد، فضلاً عن ذلك عند تخويل المشرع العادي صلاحية تقييد الحقوق والحريات ولا يعني ذلك الاعتداءَ أو الانتهاك لأنهُ الاصل هو

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، (دار الشروق، القاهرة| ٢٠٠٠)، ص ٤٠١.

(٢) عبد المنعم كيوة، المصدر السابق، ص ١٤١.

الحرية والقيد هو الاستثناء[١]، ومبدأ عدم المساس بجوهر الحق يتعلق بالكرامة الانسانية ولا يمكن الانتقاص من الكرامة الانسانية من قبل المشرع العادي، وكأي فكرة قانونية لا بد ان تكون لها جذور وان جذور هذا المبدأ ترجع الى الفلسفة التي جاء بها كل من الفلاسفة امثال (جون لوك، جون ستيوارت ميل)، غير ان اول دستور نص على هذه الفكرة هو القانون الاساسي الالماني لعام (١٩٤٩)[٢].

يجدر بالذكر ان هنالك عدد من الدساتير الوطنية الديمقراطية العربية والاجنبية وكذلك الاتفاقيات الدولية والاقليمية قد تبنت صراحة أوضمناً مبدأ عدم المساس بجوهر الحق والتي سوف نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، ومن هذه الدساتير القانون الاساسي الالماني لعام(١٩٤٩) من خلال المادة (١٩) التي اكدت على عدم المساس بجوهر الحقوق والحريات[٣]، وكذلك ايضاً نص الدستور السويسري الاتحادي لعام(١٩٩٩)من خلال المادة (٣٦) التي اكدت على ضرورة الالتزام بجوهر الحقوق بل اعتبرتها مقدسة[٤]،فضلا ًعن ذلك فقد تبنى هذا المبدأ ايضاً كل من الدستور العراقي لعام (٢٠٠٥) من خلال المادة (٤٦) التي ذكرنا سابقا والتي نصت "على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية"، وكذلك الدستور التونسي لعام (٢٠١٤) من خلال المادة (٤٩) التي هو الاخر اكد على ضرورة ان يراعي المشرع العادي عند تقييد الحقوق والحريات مبدأ عدم المساس بجوهر الحق فضلاً عن ذلك تعد هذه المادة من المواد التي لا يجوز تعديلها[٥]، وايضاً

---

(١) علي صبري حسن، دور السلطة التشريعية في تقييد الحقوق والحريات العامة –دراسة مقارنة)، ط١، (مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت –لبنان | ٢٠١٩)، ص ١٢٥.

(٢) خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات" تعليق على الفصل ٤٩ من الدستور التونسي"، (المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس | ٢٠١٧)، ص٧٧.

(٣) ينظر المادة (١٩) الفقرة (٢) من دستور القانون الاساسي لألمانيا لعام (١٩٤٩) والتي نصت " ..لا يجوز بأي حال من الاحوال المساس بجوهر مضمون الحق الاساسي " .

(٤) ينظر المادة (٣٦) الفقرة (٤) من دستور سويسرا الاتحادي لعام (١٩٩٩) المعدل التي نصت "جوهر الحقوق الاساسية مقدس الى ابعد الحدود" .

(٥) ينظر المادة (٤٩) من دستور تونس لعام (٢٠١٤) والتي نصت على "يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها، ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة..... ".

الدستور المصري لعام(٢٠١٤)في المادة(٩٢)[١]. أما على صعيد الاعلانات والاتفاقيات الدولية والاقليمية التي هي الاخرى قد اكدت على مبدأ عدم المساس بجوهر الحق وان كانت بشكل ضمني كما في الإعلان العالمي لحقوق الأنسان لعام (١٩٤٨) من خلال المادة (٣٠) التي اكدت على عدم اهدار الحقوق والحريات فيه وهذا يشير على انهُ وبشكل واضح يجوز تقييد الحقوق والحريات الواردة في نص المادة (٢٩) من الاعلان مقيدة بذلك بما جاءت به المادة (٣٠) سالفة الذكر والتي اكدت على عدم جواز هدر هذه الحقوق بهذا الاعلان بداعي التقييد[٢].

ثانياً: مبدأ التناسب

يعد مبدأ التناسب من المبادئ الدستورية التي لها أهمية كبرى في تطبيق القيود الواردة على الحقوق والحريات، حيث ينبغي على المشرع العادي عند التقيد أن يوازن ما بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة [٣]،لذا فأن مبدأ التناسب يتطلب عدم تجاوز القيود في مداها اللازم لتحقيق الرفاعية في المجتمع، وتحقيق حماية افضل للحقوق والحريات الخاصة بالأفراد الاخرين فضلاً عن حماية المصلحة العامة التي يسعى الى تحقيقها المشرع العادي.

إذ أن التقييد الوارد من لدن المشرع العادي على الحقوق والحريات يجب أن يدور في نطاق غايات ومقاصد الدستور، فإذا ما سن المشرع العادي تشريع محتوياً على قيود تعسفية على الحقوق والحريات هنا يعد المشرع قد تجاوز الحدود التي وضعها الدستور، مما يتوجب على السلطة التشريعية ان تراعي عند تشريعها للقانون الغايات التي ينشدها الدستور مع الاخذ بنظر الاعتبار الحفاظ على المصالح العليا التي تتمثل بالأمن العام

(١) ينظر المادة (٩٢) من دستور جمهورية مصر لعام (٢٠١٤) والتي نصت على ".....لا يجوز لأي قانون ينظم الحقوق والحريات ان يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها".

(٢) ينظر المواد (٢٩،٣٠) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام (١٩٤٨).

(٣) د. عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، (مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد ٨، العدد ٢٩| ٢٠١٩)، ص ٢٤١.

وغيرها من المبررات الواجب مراعاتها[١]، فضلاً عن ذلــك" إن القيود القانونية التي اباحها القانون يجب ان لا تتجاوز ما يعد ضرورياً للوصول الى الغاية المنشودة، كما ينبغي عليها ان تتناسب مع الغاية وفقاً لمبدا التناسب الذي غالباً ما تنص عليه الدساتير، وتحترمهُ المحاكم، يلاحظ ان هنالك دساتير قد نصت صراحةً وهنالك دساتير قد نصت علية بشكل ضمني، ومن الدساتير الاجنبية التي نصت علية بشكل صريح منها على سبيل المثال دستور جنوب افريقيا لعام (١٩٩٦) في المادة (٣٦) والتي نصت".... لا يمكن تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بموجب قانون ذي طابع عام وبالحد الذي يكون فيه التقييد معقولاً ومبرراً ....."[٢]، كذلك في دستور سويسرا الاتحادي لعام (١٩٩٩) من خلال المادة (٣٦) الفقرة (٣) " يجب ان يتناسب كل تقييد لحق أساسي مع الهدف المنشود"[٣] وغيرها من الدساتير[٤]، أما على صعيد الدساتير الوطنية العربية حيث نجد الدستور التونسي قد نص على هذا المبدأ في المادة(٤٩) بعبارة صريحة عليه حيث نصت"....وذلك احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها...."[٥]على عكس الدساتير العربية الاخرى منها الدستور العراقي والمصري اللذان لم يحتويا على هذا المبدأ بشكل صريح.

كما ان الاتفاقيات الدولية والاقليمية هي الاخرى لم تذكر صراحة مبدأ التناسب بل اكتفت بالإشارة اليه ضمنياً، لذا يمكن القول ان عدم ذكر مبدأ التناسب صراحة في الدستور لا يعني عدم العمل بمقتضاهُ وهذا ما سارت عليه المحاكم الدستورية الوطنية" وهذا ما ذهب اليه المجلس الدستوري الفرنسي، حيث نجدْ انهُ قد اعترف بوجود مصلحة

---

(١) صبري علي حسن، المصدر السابق، ص ١٢٦.

(٢) محمد خضر، التنظيم الدستوري في فلسطين، دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل(دراسة محكمة)، (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة "، فلسطين، نيسان |٢٠١٥)، ص ٧٤ .

(٣) ينظر المادة (٣٦) الفقرة (٣) من دستور سويسرا الاتحادي لعام (١٩٩٩) المعدل .

(٤) من الدساتير التي نصت على هذا المبدأ بشكل صريح دستور رومانيا لعام (٢٠٠٣) في المادة (٥٣) الفقرة (٢) من على "لا يمكن الأمر بالتقييد فقط اذا كان ذلك ضرورياً في مجتمع ديمقراطي، يجب ان يكون الاجراء متناسباً ...".

(٥) ينظر المادة (٤٩) من دستور تونس لعام (٢٠١٤).

عامة تبرر في بعض الاحوال تقييد مبدأ المساواة لكن بشرط وهو ان يكون الاختلاف في المعاملة المبنية على اعتبار المصلحة العامة له علاقة مباشرة مع الغاية من القانون الذي اقر هنا بالاختلاف منها على سبيل المثال محاربة الغش الضريبي، الاشتراك الفعال للناخبين في الانتخابات وغيرها، حيث نجد ان المجلس في قراراتهً قد منح الأولوية لتحقيق المصلحة العامة على الرغم من خروجها على مبدأ المساواة[١].

أما على المستوى الدولي فأن فقه قضاء اللجنة المعنية بحقوق الانسان كان لها ايضاً قرارات بخصوص مبدأ التناسب حيث اقرت في معرض حديثها عن حرية التنقل الواردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام (١٩٦٦)[٢]، حيث بينت في تعليقها العام الخاص بالفقرة (٣) المادة (١٢) التي تتعلق بحرية التنقل"....يجب أن تتماشى مع مبدأ التناسب وان تكون مناسبة لتحقيق وظائفها لحماية..... "، وهنا يدعو الباحث بهذا الخصوص المشرعَ العراقي بضرورة اضافة مبدأ التناسب الى المادة(٤٦) شأنهُ شأن الدستور التونسي عام ٢٠١٤، لكون مبدأ التناسب يعد خير ضمانه لحرية الفرد.

الفرع الثاني

تطبيقات التقييد التشريعي الوارد على الحقوق والحريات

سوف نحاول في هذا الفرع بيان تطبيقات التقييد التشريعي الوارد على الحقوق والحريات، وعلى الرغم من كثرة التطبيقات فأننا سوف نقتصر على نموذجين على سبيل المثال لا الحصر ، وانطلاقاً من ذلك فإنناً سوف نتطرق الى تقييد حرية التنقل وتقييد حرية الرأي عن التعبير وعلى النحو الآتي:

اولاً: تقيد حرية التنقل

يعد حق التنقل من الحقوق الشخصية الطبيعة للفرد ويقصد به حرية الفرد في التنقل دخل وخارج بلدهُ وحسب رغبتهُ دون موانع أو عوائق، وقد كفلت الدساتير

(١) صبري علي حسن، المصدر السابق، ص ١٢٧.

(٢) ينظر المادة(١٢) الفقرة(٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام(١٩٦٦) والتي نصت" لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة اعلاه بأية قيود غير تلك التي نص عليها القانون وتكون ضرورية لحماية الأمن العام....".

الوطنية[١] والمواثيق الدولية والاقليمية هذا الحق، وغالبا ما يفرض المشرع قيود على حرية التنقل معللاً ذلك الى حماية مصلحة عامة متمثلة بالأمن العام وحماية حقوق الاخرين وغيرها من المصالح و بحدود نص عليها القانون[٢].

اما بخصوص تنظيم هذه الحرية فأن التشريعات نصت على فرض قيود على حرية التنقل والسفر سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية" حيث تلجأ الدولة الى التقييد" خاصة في حالة الضرورة لحماية النظام العام والصحة العامة[٣]، ومن هذه القوانين التي نظمت حرية التنقل قانون السير رقم (١٦) لسنة(١٩١٢) في فرنسا حيق فرض هذا القانون قيوداً شكلية يوجب اتباعها فقد قسم الاشخاص المترحلين الى ثلاثة فئات وهم (المتجولين، المتشردين، الرحل) حيث فرض عليهم صارمة من قبل سلطة الضبط، لكن القانون(٣) الثاني لعام (١٩٦٩) المتمم بالمرسوم عام (١٩٧٠) قد قسم المجتمع الى اربعة فئات مما يعد هذا القانون قد قيد حرية الافراد في التنقل[٤].

وفي هذا السياق" قد نظمت حرية التنقل في العراق بالعديد من القوانين منها قانون المرور رقم (٨) لسنه (٢٠١٩) الجديد، حيث نظم هذا القانون حرية الافراد في مسالة تنقلاتهم وفرض غرامات عـــلى المخالفين[٥]، كذلك ايضا من القيود التي فرضها المشرع العادي في مسالة حرية التنقل هي وجوب استحصال جواز سفر لغرض عبور الحدود، حيث

---

(١) غالبا ما تحتوي الدساتير الوطنية على ذكر مصطلحين هما (التنقل والسفر) مما قد يطرح سؤال ما هو الفرق بينهما، حيث ان حرية السفر تعني حق الفرد في مغادرة بلدهُ والعودة اليه في حين حرية التنقل تعني حرية الفرد في التنقل داخل بلدهُ، ولمزيد من التفصيل ينظر : سارة فاضل عباس علي المعمار، حرية السفر في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٢، ص ص ٢٤-٢٥ .

(٢) لقد نص الإعلان العالمي لحقوق الانسان عام (١٩٤٨) على حرية التنقل من خلال المادة (١٣) والتي اكدت على انهُ لكل فرد حرية التنقل واختيار محل اقامتهُ داخل بلدهُ بحرية.

(٣) وهذا ما نجده الان من خلال فرض السلطة التنفيذية(الادارة) قيود على حرية التنقل خاصة مع ازمة(جائحة كورونا).

(٤) لمزيد التفصيل ينظر: صبري علي حسن، المصدر السابق، ص١٦٤ .

(٥) لمزيد من التفصيل ينظر: قانون المرور النافذ رقم (٨) لسنه (٢٠١٩) .

اشترط في تمتع الفرد بحرية السفر وجوب استحصال على جواز سفر لغرض المغادرة الى بلد اخر[١]، وقد عالج هذا الامر قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنه (٢٠١٥) النافذ حيث نصت المادة (٣) الفقرة(د) على" لا يجوز مغادرة العراق إلا لمن يحمل جواز سفر أو جواز مرور أو وثيقة سفر صادرة وفقاً للقانون[٢]، وكذلك نظم المشرع المصري هذه الحرية من خلال قانون رقم(٩٧) لسنة (١٩٥٩)حيث وجب على من يريد مغادرة البلاد لابد من ان يكون حاملا لجواز السفر، وهذا ما اكدت علية المحكمة الادارية العليا في مصر في قرارها رقم(١٤٦٤) لسنة(١٩٨٢) على وجب حمل جواز السفر لمن يريد التنقل كونه من الأمور التي تتعلق بالأمن القومي للبلاد[٣].

ثانياً: تقييد حرية الرأي والتعبير

تأتي هذه الحرية في مقدمة أنواع الحريات قاطبة والتي يجب أن يحرص عليها الشعب و لقد شكلت حرية الرأي والتعبير قضية كبرى للإنسان والتي غالباً ما يعبر عنها ويحرص عليها أشد الحرص في ممارستها وهذه الحرية لا تقبل المساومة ولا التنازل لأنها جزء من حقوقهُ، ولقد حظيت هذه الحرية بالحماية سواء على المستوى الوطني والاقليمي والدولي[٤].

وعليه وقبل التطرق الى القوانين التي وضعها المشرع العادي في تقييدهُ لحرية الرأي والتعبير لا بد قبل ذلك تعريف كل من حرية الرأي وحرية التعبير، لذا يمكن تعريف حرية التعبير بأنها حق الفرد في ان يقول ما يريد بكل حرية من دون خوف أو اكراه أو تهديد وبالوسائل التي يراها مناسبة سواء منها المرئية أو المقروءة أو غيرها من الوسائل المتاحة وهي خاضعة للرقابة اذا ما تجاوزت الحد، أما حرية الرأي تعرف بأنها قدرة الفرد

---

(١) سارة فاضل عباس علي المعمار، المصدر السابق، ص ٢٧ .

(٢) ينظر المادة (٣) الفقرة (د) من قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنه (٢٠١٥) .

(٣) صبري علي حسن، المصدر السابق، ص ١٦٥ .

(٤) د. عبدالعزيز محمد سالمان، الحماية الدستورية لحرية الرأي في الفقه والقضاء الدستوري، ط٢، (دار سعد سمك | ٢٠١٤)، ص ٣٥، فضلاً عن ذلك نص الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام (١٩٤٨) في المادة (١٩) التي نصت" لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير... "، كما تناولها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام (١٩٦٦) في المادة (١٩) والتي نصت " ....لكل انسان الحق في حرية التعبير.... ".

في التعبير عن افكارهُ ووجهات نظرهُ الخاصة بكافة الوسائل سواء بالقول أو الكتابة وتعد حرية الرأي جزء لا يتجزأ من حرية التعبير ولا تخضع للتقييد أو الاستثناء[١]، وترتبط حرية الرأي والتعبير بالعديد من الحقوق والحريات من حق الاجتماع وحق التظاهر وحق الحصول على المعلومات وحرية الصحافة وحرية الاعلام و حرية العقيدة وغيرها من الحقوق والحريات، وانطلاقاً من ذلك فقد تعرضت الحريات الى التقيد عبر اصدار المشرع للعديد من القوانين التي تتضمن نصوص مقيدة، وبهذا الخصوص فأن حرية التعبير في فرنسا قد خضعت الى التجاذبات، مما اضطر المشرع الفرنسي الى انهائها من خلال وضع قانون المطبوعات ٢٩ تموز عام(١٨٨١) والذي ولايزال نافذاً الى الان، فقد عمد هذا القانون الى الغاء مسائل الترخيص المسبق ومسألة الرقابة والكفالة، فضلاً عن ذلك فقد حصر العقوبات بأفعال الجريمة العادية[٢]،وفي نفس السياق فقد وقف المجلس الدستوري في فرنسا بوجه المشرع في عدم اعطاءهُ سلطة تحديد تأسيس الصحف والمجلات على اعتبار ان حرية الصحافة تتضمن عدة حريات فـــــي آن واحد منها حرية تأسيس المؤسسات الصحفية وحرية الطباعة مما حدا بالمجلس ان يمنح الشخص القارئ حرية في ان يختار الخبر الذي يناسبهُ[٣].

إلا أن هناك نصوصاً قانونية حديثة تشكل خرقاً وانتهاكاً لمبدأ منع معاقبة الآراء نظراً لغياب جريمة الرأي في أطار القانون الجنائي، حيث تعاقب هذا النصوص الافراد ليس من اجل حماية السلطة القائمة، أنما بهدف اخضاع حرية التعبير لموجب احترام كرامة الانسان ومن هذه القوانين نذكر قانون(١١تموز) لعام (١٩٧٢) الذي يعتبر إثارة الكراهية القومية جريمة بحد ذاتها، وقانون (١٣تموز)لعام(١٩٩٠)الذي يعاقب كل شخص ينكر جريمة

(١) لقد تعددت التعاريف التي قيلت بخصوص حرية التعبير وحرية الراي فضلاً عن ذلك لا يوجد تعريف محدد لهذه الحريات ولمزيد من التفصيل ينظر: انسام ناجي زامل الضلاعين، حرية الرأي والتعبير في المواثيق الدولية والتشريع الأردني– دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط|٢٠١٩)، ص ص١٠–١١.

(٢) لمزيد من التفصيل عن هذا القانون ينظر: د. محمد طه عليوه، العلاقة بين الدين والدولة: دراسة مقارنة بين النظام الدستوري المصري والنظم الفرنسية والتركية والايرانية، ط١، (دار نهوض للدراسات والنشر، د. م| ٢٠١٨)، ص ٤٧٩.

(٣) صبري علي حسن، المصدر السابق، ص١٨٢ .

ضد الانسانية[١]، كما تعرضت حرية الاعلام في فرنسا هي الاخرى الى التقييد من قبل المشرع عندما عمد المشرع العادي الفرنسي الى ارضاخ قطاع الاذاعة والتلفاز الى مسألة وجوب الحصول على اجازة من اللجنة الوطنية للإعلام والحريات عند تأسيس أي اذاعة أو قناة وهذا ما نص عليه قانون(٣٠) لعام (١٩٨٦) من خلال المادة (٢٨) منه[٢]، كما فرض هذا القانون قيود اخرى تتمثل بقيام اللجنة بسحب الترخيص وتعطيلهُ خلال شهر في حالة عدم قيام المعنيون بالالتزام العمل[٣].

أما حرية التعبير في العراق فهي الاخرى قد تعرضت الى التقييد سواء من القوانين التي شرعت قبل عام(٢٠٠٣) أو بعدها، ومن هذه القوانين التي سنها المشرع العادي في تقييدهُ لحرية التعبير منها قانون المطبوعات رقم (٢٠٦) لسنه (١٩٦٨) الذي اخضع حرية الصحافة الى الترخيص المسبق وهذا ما نصت عليه المادة (٤) منه على وجوب الحصول على اجازة مسبقة من قبل الوزارة متضمنة العديد من البيانات منها اسمهُ وعنوانهُ، فضلا عن ذلك نصت المادة (١٦) على العديد من القيود التي ترد على المطبوع منها كما في الفقرة (٧) التي نصت "لا يجوز نشر المطبوع الدوري ما يعد انتهاكاً لحرية الآداب والقيم الاخلاقية[٤]" كذلك ايضا من القوانين التي قيت حرية التعبير منها قانون العقوبات رقم(١١١) لسنه (١٩٦٩) حيث فرض عقوبات بالحبس والغرامة على مل من ينشر بإحدى الطرق العلنية سواء اخبار كاذبة أو اوراق مـــزورة أو منسوباً كاذباً من شأنهُ تعكير النظام العام، حيث يلاحظ ان المواد (٢١٠–٢١٥) تعد من المواد التي تقييد حرية الرأي والتعبير[٥].

---

(١) د. أحمد سليم سعيفان، الحريات العامة وحقوق الانسان،ج٢، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت| ٢٠١٠)، ص١٤١.

(٢) وللمزيد من التفصيل. ماجد راغب الحلو، حرية الاعلام والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٦ وما بعدها .

(٣) د. سعدي خطيب، التنظيم القانوني لحرية الاعلام المرئي والمسموع، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت|٢٠٠٩)، ص ٩٣.

(٤) وكذلك جاءت المواد(١٧،١٩) بالعديد من القيود، صبري علي حسن، المصدر السابق، ص ص ١٩١–١٩٢ .

(٥) ينظر المواد (٢١٠–٢١٥) من قانون العقوبات العراق رقم (١١١) لسنه (١٩٦٩) المعدل .

فضلاً عن ذلك تم تقييد حرية الرأي والتعبير كذلك بعد عام (٢٠٠٣) من خلال ما صدر من أوامر منها امر سلطة الائتلاف المؤقت رقم (٦٥) لسنه (٢٠٠٤) الخاص بتشكيل المفوضية العراقية للاتصالات والاعلام، حيث اعتبرت الجهة المخولة بترخيص وتنظيم خدمات وسائل الاعلام حيث غالباً ما عملت هذه الجهة الى تقييد حرية الصحافة من خلال ما يسمى الترخيص وكذلك قرارات المنع التي تتخذها بحق وسائل الاعلام المرئية والمقروءة(١)، ولكن دستور ٢٠٠٥ أوجب أن تكون هناك هيئة للأعلام والاتصالات ينظمها قانون، لكن المؤسف الى الأن غير منظمة بقانون، انما هناك مشروع قانون لعام(٢٠١٧)، والذي ما يزال موجود في ادراج البرلمان غير مشرع.

أما في مصر فقد تعرضت حرية التعبير الى التقييد عبر العديد من القوانين التي تتضمن نصوص تقييدية، كما هو الحال في قانون العقوبات المصري الذي نص في المادة (٢٠١) منه على" إن كل شخص ولو كان رجل دين اثناء تأدية وظيفتهُ القى..... مقالة تضمن قدحاً أو ذماً في الحكومة أو قانون....أو أذاع أو نشر..... يعاقب بالحبس وبالغرامة...." وقد علق البعض على هذا النص، بقولهُ أن هذا النص يشكل انتهاك صارخاً وتقييداً لحق الانسان في التعبير(٢).كما تعرضت حرية الصحافة في مصر الى التقييد من خلال العديد من القوانين واخرها قانون التنظيم المؤسسي للصحافة والاعلام رقم(٩٢) لسنة (٢٠١٦)، حيث يفرض هذا القانون قيود على حرية الصحافة، من خلال تحويل الهيئات الوطنية للصحافة والإعلام الى أداة رقابة بيد السلطة التنفيذية، على الرغم من الدستور المصري عام(٢٠١٤) يوكد على أن أنشاء المجلس الاعلى لتنظيم الاعلام من اجل تعزيز وحماية حرية الصحافة والاعلام، لكن القانون قد حول المجلس اداة للتقييد وليس للحماية، وقد منح القانون للمجلس فرض عدة قيود تتمثل بالأخطار في نشاء الصحف أو اصدار الترخيص في انشاء وسائل الاعلام المرئية والمسموعة، فضلاً عن فرض عقوبات بحق الصحفيين لمجرد التعبير عن آرائهم أو فرض غرامات لمجرد طرح الصحفي لرأي مخالف

(١) لمزيد من التفصيل ينظر المادة (٣) من آمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم (٦٥) لسنه(٢٠٠٤)

(٢) صبري علي حسن، المصدر السابق، ص١٨٩.

لتوجهات الحكومة مما يعد تكميماً للأفواه[١]، وأخيراً يمن القول أن الباحث كان كانت غايتهُ في التطرق الى هذه النموذج من الدراسة، لكن يكون يضع القارئ في تطبيق عملي في تقييد الحقوق والحريات، حيث يعد الجانب التطبيقي مهما جداً للباحث وخاصة في مجال القانون.

المبحث الثاني

ماهية الرقابة القضائية على دستورية القيود

تتجلى صور حماية القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات من خلال الرقابة ولا سيما الرقابة على دستورية القوانين على اعتبار أن القوانين غالباً ما تتضمن على قيود تمس من الحقوق والحريات، حيث تكتسب هذه الرقابة اهمية بالغة على اعتبار أنها تشكل ضمانة للحقوق والحريات، وذلك لما تملكهُ من اختصاصات في الحكم بعدم دستورية أي قانون يمس هذه الحقوق و الحريات بالانتقاص أو التقييد، وبعبارة اخرى ان الدستور يعلو على ما عداهُ من القوانين والتشريعات النافذة فهو يعد القانون الأعلى والاسمى في الدولة، وأن علو الدستور يقتضي حتمياً وجود قضاء دستوري لكي لا تقوم أي سلطة من السلطات الموجودة في الدولة على خرق نصوصهُ وانتهاك مبادئهُ واحكامهُ، ولغرض ضمان احترام القواعد التشريعية للقواعد الدستورية وكنتيجة حتمية لمبدأ سمو الدستور ينبغي ان يمارس القضاء سلطتهُ وبالأخص السلطة الرقابية على ما تصدرهُ السلطة التشريعية من تشريعات، ولا نجد هذه السلطة إلا من خلال ما تسمى" بالرقابة على دستورية القوانين "، حيث تكتسب الرقابة على دستورية القوانين اهمية عظمى كونها تشكل ضمانه مهمة لحقوق الانسان ولما لها من صلاحيات اساسية تتمثل عادة بعدم دستورية اي قانون مخالف للدستور[٢].

غير أن هذه الرقابة ليست على نوع واحد" فقد تمارسها هيئة سياسية فتسمى "بالرقابة السياسية" كما في المجلس الدستوري الفرنسي مثلاً" أو قد تمارسها هيئة قضائية

(١) ولمزيد من التفصيل عن هذا القانون ينظر: قانون تنظيم المؤسسي للصحافة والاعلام رقم (٩٢) لسنة(٢٠١٦).

(٢) د. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودورهُ في تعزيز دولة القانون – دراسة مقارنة، ط١، (بيت الحكمة، بغداد | ٢٠٠٩)، ص ٤٣ .

فتسمى "الرقابة القضائية" كما في المحاكم الدستورية على اختلاف انواعها ودرجاتها، ولكون موضوع الرقابة على دستورية القوانين واسع، فأن نطاق دراستنا سوف ينصب على "الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، لكونها تعد احدى أهم صور الرقابة على دستورية القوانين" فضلاً عن كونها طريقة فعالة لحماية الحقوق والحريات، وهذا ما سوف نتناولهُ في هذا المبحث والذي قسمناهُ الى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول : مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المطلب الثاني : تطبيقات القضاء الدستوري في الرقابة على تقييد الحقوق والحريات.

المطلب الاول

مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

لعل من اقوى ضمانات حقوق الانسان في النظم القانونية هي الضمانات القضائية وابرز هذه الضمانات القضائية هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فقد تتواطأ السلطة التشريعية مع السلطة التنفيذية عند اصدارها قانون في مسالة تقييد الحريات، مما يتطلب من المحاكم القضائية العليا هنا ان تقوم بعملها وهو الرقابة القضائية في مدى مطابقة القوانين مع نصوص الدستور، فإذا ما وجدت هنالك مخالفة حكمت بعدم دستورية هذا القانون[1]،لذا سوف نقسم المطلب الى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين وصورها.

الفرع الثاني: الاساس الفلسفي للرقابة القضائية على دستورية القوانين .

الفرع الاول

تعريف الرقابة القضائية على دستوري القوانين وصورها

توصف الرقابة القضائية على دستورية القوانين والانظمة انها رقابة قانونية لاحقة لصدور القانون وعادة ما تمارسها محكمة قضائية واحدة، يقصد بالرقابة القضائية هي وجوب خضوع القوانين الصادرة من قبل السلطة التشريعية الى مراقبة القضاء وذلك من اجل التحقق في مدى مطابقتها وامتثالها للنصوص الدستورية، وترتكز الرقابة هنا على ما

(١) د. سمير داود سلمان، الحماية الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية – دراسة مقارنة، ط١)، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة– مصر | ٢٠١٩)، ص ١٨٠.

يتمتع الدستور من العلو والسمو فهو القانون الاعلى في البلد وان القواعد التي ترد فيه هي الاعلى مرتبة، الامر الذي يتوجب على السلطات العامة وبما فيها السلطة التشريعية أن تحترمها وأن تعمل بمقتضاها[١].

وتعد الرقابة القضائية على دستورية القوانين بمثابة حارس لها ضد اي انتهاك أو تقييد ليس فقط من قبل السلطة التشريعية بل ايضا من قبل السلطة التنفيذية، كما تعد هذه الرقابة من الضمانات الحيوية والفعالة للأفراد في حماية ما تم منحهم من قبل الدستور من حقوق وحريات، وانتزاعها من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية في حالة ما صدر اعتداء منهما على الحريات المقررة للأفراد بموجب الدستور[٢]، على الرغم من كونها تعد ضمانه للحقوق والحريات لكن الدساتير الوطنية قد اختلفت في تحديد من هي الجهة التي تتولى هذه الرقابة هل هي محكمة قضائية متخصصة أم تمارسها محاكم غير متخصصة، وكما ذكرنا سابقاً ان الرقابة القضائية تعد من أهم ضمانات حقوق الانسان والتي تقتضي بإناطة صلاحية الرقابة على دستورية القوانين الى القضاء، وذلك انطلاقاً من النظرة التي تقول ان القاضي هو الحارس الطبيعي للقانون، فضلاً عن كونهُ يعد الجهاز الصالح لتأمين سيادة القانون بين الناس كما الموضوع هو يعد في حد ذاتهُ موضوعاً قضائياً لأنهُ يتناول عمل المشرع فيما يصدرهُ من قوانين[٣]، وعلى الرغم من أن اغلب الدول اخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والانظمة إلا انها لم تتفق على نوع واحد في هذا الشأن فيما يتعلق بكيفية الادعاء امام المحاكم القضائية فيما يتعلق بمخالفة القانون للدستور[٤].

ولهذا فقد قسمت الرقابة القضائية الى نوعين **الاول** وهي الرقابة عن طريق الدعوى الاصلية "رقابة الالغاء"[٥]،وبموجب هذه الصورة من الرقابة يحق للأفراد أو لبعض الهيئات في الدولة

---

(١) د. سمير داود سلمان، المصدر نفسهُ، ص ١٨٠ .

(٢) د. خاموش عمر عبدالله، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات، ط١، (مكتبة زين الحقوقية و الادبية، بيروت –لبنان | ٢٠١٩)، ص ٢٣١ .

(٣) د. رامز محمد عمار، حقوق الانسان والحريات العامة، ط٢، د. ن، (بيروت| ١٩٩٦)، ص ١٤٠ .

(٤) علي صبري حسن، المصدر السابق، ص١٣٩ .

(٥) ويطلق على هذا الصورة ايضا (بالنموذج الاوربي)، وتعد النمسا من الدول الاولى التي تأثرت بأفكار الفقيه (هانس تليسن) الذي نادى بضرورة ممارسة رقابة مركزية مع=

مهاجمة قانون معين والطعن في دستوريتهُ من خلال اقامة دعوى قضائية مباشرة امام القضاء، وبموجبها يطلب صاحب الشأن المتضرر من المحكمة إلغاء القانون وذلك لانتهاكهُ حق من الحقوق التي كفلها الدستور(١)،ويتمتع الحكم الصادر من هذه النوع بالحجية المطلقة تجاه الكافة، مما دعا البعض الى القول بضرورة وجود محكمة واحدة تنظر هذه الرقابة غير ان الدساتير الوطنية هي الاخرى قد اختلفت في مسالة تحديد من هي المحكمة التي لها الحق في النظر في هذه الرقابة ولهذا فقد اتجهت النظم القانونية الى اسلوبين ،اسلوب لامركزية الرقابة القضائية وبموجبها يحق لكل المحاكم الموجودة في الدولة ان تقوم بهذه الرقابة وبغض النظر عن درجتها في السلم القضائي، مثال على ذلك تختص المحاكم الامريكية كافة بهذه الرقابة(٢)،واسلوب مركزية الرقابة القضائية والذي اتجهت اغلب الدول في دساتيرها الوطنية الى الاخذ بهذا الاسلوب في الرقابة" وقد قسم هذا الاسلوب الى نوعين الاول ينص على اعطاء الحق لمحكمة مركزية بغض النظر عن درجتها كمحكمة التمييز أو النقض، والنوع الاخر والذي تأخذ به جل الدول حيث يتم اناطة الرقابة على دستورية القوانين والانظمة الى محكمة قضائية متخصصة تنشأ لهذا الغرض كما في المحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة الاتحادية العليا العراقية(٣).

=انشاء محكمة خاصة دستورية عليا، من اجل القيام بمهمة الرقابة على القوانين المخالفة للدستور والغائها في حالة المخالفة، هذا وقد اقتدت بهذا النموذج اغلب عدد كثير من الدول منها المانيا ومصر والعراق، ولمزيد من التفصيل ينظر : د. زهير علي شكر، النظري العامة للقضاء الدستوري، ج١، ط١، دار بلال للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ٢٠١٤، ص ص ٢٤٠ –٢٤١ .

(١) لمزيد من التفصيل ينظر: سارة جليل الجبوري، القضاء الدستوري في الوطن العربي تقييم التجربة (دراسة مقارنة) ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٦، ص ٥٦ .

(٢) د. آلاء مهدي مطر، حجية أحكام وقرارات القضاء الدستوري، ط١، (منشورات زين الحقوقية والادبية، بيروت –لبنان | ٢٠١٩)، ص ٢٩.

(٣) لقد أكد الدستور العراقي لعام (٢٠٠٥) على إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تكون من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا وهذا ما نصت عليه المادة (٩٣) من=

ولهذا فقد اعتبرت الاحكام التي تصدر عن هذه المحاكم بما فيها المحكمة الاتحادية العليا في العراق بأنها ذات حجية نهائية ملزمة للكافة، مما يمكن قولهُ ان اغلب الدول العالم قد اخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين خاصة ذات الاسلوب المركزي الذي يعطي دور الرقابة لمحكمة قضائية متخصصة، وهذا ما اخذ به المشرع الدستوري في مصر والعراق ويرجع السبب في اختيار ذلك الى انهُ يعتقد المشرع ان اختيار مثل هذا الاسلوب سوف يبعد القضاء عن المشاكل التي تحدث مع محاكم القضاء العادي، والنوع **الثاني** الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية(رقابة الامتناع)وطبقاً لهذا الاسلوب الرقابي تتولى المحاكم وعلى اختلاف درجاتها الرقابة على دستورية القوانين، حيث تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في القضية المنظورة امام هذه المحكمة من غير ان يكون لها الحق في الغاء هذا القانون المخالف، وهذ الاسلوب يفترض وجود دعوى منظورة امام القضاء بغض النظر عن نوع الدعوى[١]، وقد عدت هذه الرقابة وسيلة دفاعية عكس رقابة الالغاء التي تعد وسيلة هجومية مباشرة لإلغاء القانون، فضلاً عن كون حجية احكام رقابة الامتناع تكون ذات اثر نسبي لا يتعدى محاكم اخرى.

الفرع الثاني

الاساس الفلسفي للرقابة القضائية على دستورية القوانين

يمكن القول ان تباين الانظمة في العديد من الدول المختلفة وما قد يتبعها من وسائل القضاء الدستوري، فأن في اعتمادها على الرقابة الدستورية للقوانين تنطلق من أسس فلسفية متعددة ومختلفة كان لا بد لها من الحاجة الى ما يسمى "بالرقابة القضائية على دستورية القوانين" والتي من شأنها أن تؤدي

=دستور(٢٠٠٥) "تختص المحكمة الاتحادية العليا.... بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة....".

(١) وتسمى هذه الطريقة(بالنموذج الامريكي) حيث تعد امريكا هي اول دولة تطبق الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية، ولمزيد من التفصيل ينظر: د. محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٤٨ .

تؤدي الى حماية النظام الديمقراطي وضمان سيادة الدستور وكذلك ضمان احترام حقوق الانسان[١]، وهذا ما سوف نبحثهُ على الوجه التالي:

اولاً : حماية نظام الدولة الديمقراطية وضمان سيادة دستورها

ونتيجة لتعسف النظم الدكتاتورية وعلى اختلاف تسميتها كانت تعد القانون عملاً "مقدساً" من الصعب بل من المستحيل التعرض لهُ كما انهُ يعد اساس المشروعية من حيث وجهتهم وكنتيجة لفشل وانحدار هذه الفكرة، ظهرت الحاجة الى وسيلة لحماية القانون ليس فقط من سطوة وطغيان السلطة التنفيذية بل ايضا من تحكم السلطة التشريعية، وهذا يتطلب ان تنسحب الصفة المقدسة من القانون الى الدستور نفسهُ" بحيث يكون الدستور هو القانون الاساسي لكل القوانين، وهكذا فقد بدأت تتطور هذا الفكرة منذ خمسينيات القرن الماضي في المانيا وايطاليا ثم انتقلت الى دول[٢].

ثانياً : ضمان احترام حقوق الأنسان وحرياتهُ العامة

إن شأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن تجعل المشرع العادي ان لا يتجاوز النصوص الدستورية التي تخص بكفالة الحقوق والحريات، وبالتالي فقد تهدف هذه الرقابة الى حمل المشرع على وجوب ضمان احترام الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، على اعتبار أن الرقابة القضائية كما ذكرنا سابقاً تعد من أهم ضمانات حماية حقوق الانسان سواء أكانت في ظل الظروف العادية أم الاستثنائية والتي تهدد كيان النظام القانوني والدستوري في الدولة[٣]،هذا وقد لوحظ ان اغلب الدول التي تأخذ بنظام القضاء الدستوري قد تكفل بموجبها كل من المشرع والقضاء الدستوري بتحديد الحقوق والحريات في ضرورة حمايتها، وهذا ما اكدت عليه معظم المحاكم القضائية في احكامها الدستورية فعلى سبيل المثال لقد لعبت المحاكم الدستورية في امريكا وايطاليا دور هاماً في حماية الحقوق والحريات وفي ايطاليا قامت المحكمة بعمل جيد على الرغم من وجود قانون العقوبات الذي صدر في عام(١٩٣٠)الذي كان في ظل

(١) د. محمد عبدالله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين – دراسة مقارنة، ط١، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن | ٢٠١٢)، ص ٤٢ .

(٢) د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص ١٥٥ .

(٣) د. مها بهجت يونس الصالحي، المصدر السابق، ص ٦١ .

النظام الفاشي، فقد دعمت هذه المحكمة ضمان حقوق الدفاع والمحاكمة المنصفة وفق مبدأ التناسب[١].

كما أن المحكمة الدستورية العليا المصرية هي الاخرى لعبت دوراً هاماً في ضمان الحقوق والحريات فقد كانت خير سند للحقوق والحريات من خلال العديد من الاحكام التي أصدرتها كما في الحكم التفسيري الخاص بالمادة(٦٥)من دستور عام(١٩٧١)التي تتعلق بمبدأ المشروعية كضمانة للحقوق والحريات ،حيث اكدت المحكمة في حكمها هذا على" ان الدستور أذا نص منهُ في المادة (٦٥)على خضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانتهُ ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي تلك التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها،....."[٢].

رابعاً : تحقيق الاستقرار السياسي والقانوني في المجتمع

ان وجود الرقابة الدستورية بما فيها الرقابة القضائية أمراً في غاية الاهمية في ظل الانظمة القانونية المختلفة لما لهذه الرقابة من دور بارز في عملية التوازن في العديد من التصرفات، فقد تؤدي الى حسم الخلافات والاتجاهات السياسية خاصة إذا ما حدثت مواجهات بين الاغلبية البرلمانية والمعارضة حول مضامين بعض القوانين الذي ثار بشأنها خلاف دستوري، ففي هذا الحالة يتم اللجوء الى القضاء الدستوري ضرورياً من اجل التوصل الى حل يحسم هذا الخلاف[٣]، والذي من شأنهُ هذا ان يؤدي الى عدم الاضراب التشريعي فيما لو حصل حتى وأن أتت اغلبية برلمانية جديدة ترغب في التعرض للقانون الذي جزمت به جهة الرقابة القضائية والذي يؤدي ذلك التي تحقيق الاستقرار السياسي، فضلاً عن تحقيق الاستقرار السياسي فان الرقابة القضائية ايضاً تسعى الى تحقق الاستقرار

---

(١) لقد كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في امريكا دائما بمثابة حارس يراقب الكونغرس في اصدارهُ اي قانون يمس الحريات، ولمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص ١٦٠ .

(٢) د. محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الأنسان – دراسة مقارنة، (دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية|٢٠١١)، ص ٢١٣.

(٣) القاضي مكي ناجي، الأسس الفلسفية للرقابة على دستورية القوانين والتعديلات المقترحة، بحث منشور في ٢٠١٠/٨/٢، على موقع الالكتروني الآتي: https://www.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٢٨.

القانوني من خلال ما تؤديه من دور هاماً وبارزاً في حسم الخلافات التي قد تنشأ حول مضمون الحقوق والمراكز القانونية [١].

المطلب الثاني

تطبيقات القضاء الدستوري في الرقابة على تقييد الحقوق والحريات

وحتى يتبين لنا ما هو دور الرقابة القضائية في حماية الحقوق والحريات من القيود المفروضة من السلطة ، فلا بد لنا من استعراض بعضاً من التطبيقات القضائية الصادرة عن المحاكم الدستورية المختلفة في حمايتها للحريات من التقييد، وبالتأكيد" فأننا لا نستطيع الاشارة الى كل الاجتهادات والتطبيقات التي اصدرتها المحاكم الدستورية في حماية الحقوق والحريات، لكننا سنركز في نطاق دراستنا على تطبيقات رقابة القضاء على حرية التنقل وحرية الرأي والتعبير.

اولاً: حماية حرية التنقل من التقييد

أن حرية التنقل تعد من الحقوق التي تتكامل بها الشخصية الانسانية، واحياناً تسمى حرية "الغدو والرواح"، وتعني حق الفرد في الانتقال وحسب رغبتهُ من مكان الى اخر والخروج من البلاد والعودة إليها دون تقييد أو منع إلا بموجب القانون وتعد حرية التنقل من الحقوق الشخصية التي لا يجوز مصادرتها أو تقيدها من دون وجود مسوغ بذلك[٢]، وقد حظيت حرية التنقل والسفر بالحماية القضائية ضد أي اعتداء أو تقييد من قبل كثير من المحاكم الدستورية ومن ضمنها المحكمة الدستورية المصرية، فقد كان للمحكمة الدستورية العليا الدور الابرز في التصدي لتقييد هذه الحرية وقد اعتبرت حرية التنقل والسفر من الحقوق والحريات الشخصية، وانطلاقاً من ذلك فقد قضت المحكمة الدستورية

(١) لقد عملت المحكمة الدستورية المصرية في حكمها في القضية رقم (٧) لسنة (٨) قضائية." دستورية"، جلسة(١٥/ مايو /١٩٩٣)، على تحقيق الاستقرار القانوني.....،أشارت اليه: د. أحمد فتحي سرور، المصدر، ص، ١٦٤.

(٢) قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية على ان "حرية التنقل هي حرية تكتمل بها الشخصية الانسانية، وينبغي عدم اهدارها أو تقييدها..... "، ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (٣٦) لسنة (٩) قضائية." دستورية" لسنة (١٤)، جلسة(١٩٩٢/٣/١٤) أشار اليه: د. محمود علي أحمد مدني، المصدر السابق، ص ٤٤٤.

العليا بجلسة ٤/نوفمبر/٢٠٠٠،في القضية رقم (٢٤٣)[١]، بعدم دستورية المواد (١١،٨) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (٩٧) لسنة (١٩٥٩) الخاص بشأن جوازات السفر والتي تتعلق بتخويل وزير الداخلية سلطة تحديد شروط منح جواز السفر أو سلطة منع جواز السفر أو سحبهُ [٢]، كما قضت بسقوط المادة(٣)من قرار وزير الداخلية رقم (٣٩٣٧) لسنة(١٩٩٦)، وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة الى أن "حرية الانتقال والسفر تنخرط في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها من دون وجود مقتض مشروع أنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها ويقوض صحيح بنيانها"، كما أن الدستور وبنص المادة(٤١)قد عهدت الى السلطة التشريعية فقد تقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك، وان يكون شروط اصدار جواز السفر بيد هذه السلطة حيث أن الأصل هو المنح والاستثناء هو المنع منهُ" ولهذا فأن المنع من التنقل لا يملكهُ إلا قاضٍ أو عضو نيابة عامة وليس السلطة التنفيذية[٣].

وفي السياق ذاتهُ" فقد اكدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق على وجوب حماية حق الفرد في حرية التنقل والسفر من أي قيود تفرض عليه، وذلك من خلال قرارها الصادر بإلغاء قرار مجلس النواب العراقي والمتضمن رفع الحصانة عن نائب في مجلس النواب

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (٢٤٣) لسنة (٢١) قضائية. "دستورية" والمنعقدة بجلسة (٤/ نوفمبر/٢٠٠٠)، والمحالة من محكمة القضاء الإداري ملف الدعوى رقم (١٠٤٣١) لسنه (٥٣/ قضائية)، أشار اليه : بشار نصر الدين محمد شيت،، دور السلطة التنفيذية في مجال الحقوق والحريات العامة في العراق– دراسة مقارنة، (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية| ٢٠١٨)، ص ص ٢٦– ٢٧.

(٢) تنص المادة (٨) من قانون جوازات السفر رقم(٩٧) لسنة (١٩٥٩) " يعين بقرار من وزير الداخلية وبموافقة وزير الخارجية شكل الجواز ومدة صلاحيتهُ ...وإجراءات منحهُ "، كما تنص المادة (١١) من نفس القانون على "يجوز بقرار من وزير الداخلية، ولأسباب هامة يقدرها رفض الجواز أو تجديدهُ، كما يجوز لهُ سحب الجواز.."

(٣) ولمزيد من التفصيل عن هذه القضية ينظر: شريف أحمد الطباخ وابراهيم سيد أحمد، الوسيط الإداري: شرح قانون مجلس الدولة،ج١، ط١، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٧٥ .

ومنعهُ من السفر ومن حضور جلسات مجلس النواب، وبالنظر الى ملخص القضية" فأن المحكمة جاءت بما يلي" فقد وجدت المحكمة الاتحادية العليا أن موضوع الدعوى تحكمهُ المواد المتعلقة بالحريات الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني من دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥)، ومنها المادة (٤٤/اولاً) منهُ " أن للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجهُ "، ومن قراءة النص المتقدم انهُ قد كفل الحرية للعراقي بالسفر والتنقل داخل العراق وخارجهُ دون قيد أو شرط ولا يجوز تقييد هذه الحرية بنص في القانون أو نظام أو تعليمات استنادا الى أحكام المادة (٢/اولاً/ج) من الدستور، كما أن المحكمة وجدت أن سفر المدعي كان بصفتهُ الشخصية وخلال عطلة المجلس النيابي، لذا لا يلزم ان يشعر المجلس النيابي بسفرهُ .... كما ان مواد النظام الداخلي لمجلس النواب لا تخولهُ اتخاذ القرارات بحق احد اعضاءهُ برفع الحصانة عنهُ ومنعهُ من السفر..."[١]، ولهذا فقد قضت المحكمة بإلغاء قرار مجلس النواب وقد استندت في ذلك كون القرار يتعارض مع احكام الدستور ومع نظامهُ الداخلي، يذكر ان المحكمة الاتحادية في العراق وفي وقت سابق قد قضت بحماية حق المواطن في التنقل والسفر، من خلال حكمها الصادر بتاريخ (٢٠٠٦/٣/٢٩) في القضية رقم(٤/ اتحادية / تمييز/٢٠٠٦)والمتضمن المصادقة على قرار محكمة القضاء الإداري والقاضي بإلغاء قرار منع الموظف من السفر، وقد نصت في القرار "..... واعتبرت المحكمة أن منع المدعي من السفر لا سند لهُ من القانون، وفيه تقييد لحرية السفر الى خارج العراق والعودة الية، وأن منعهُ من السفر يعتبر تجريداً من حقوقهُ الأساسية التي صانتها القوانين العراقية، ....وقد قررت بذلك المصادقة على الحكم المميز لكونهُ صحيحاً"[٢].

ومن جهة اخرى أن المحاكم الدستورية لا تحمي الحقوق في ظل الظروف العادية بل ايضاً في ظل الظروف الطارئة كما في جائحة كورونا(COVID-19)، وبهذا الخصوص فقد أكدت المحكمة العليا في جنوب افريقيا في قضية (Gauteng Division, Pretoria)

(١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم(٣٤/ اتحادية/ ٢٠٠٨)، الصادر بتاريخ (٢٠٠٨/١١/٢٤).

(٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (٤/ اتحادية / تمييز/٢٠٠٦) الصادر بتاريخ (٢٠٠٦/٣/٢٩)، أشار اليه : بشار نصر الدين محمد شيت، المصدر السابق، ص ٢٣ .

على وجوب حماية الحقوق والحريات الدستورية ضد أي انتهاك أو تقييد يحد منها حتى في ظل الظروف الطارئة، وتتلخص القضية في قيام المدعين بتاريخ(٢٨/مايو/٢٠٢٠) بتقديم طلب الى المحكمة يطلبون به صحة إعلان قانون حالة الكوارث الوطنية (DMA) من قبل المدعي علية (وزير التعاون والشؤون التقليدية)، وما اعقبها من اصدار ما تسمى (لوائح الاغلاق)، حيث تمنح المادة (٢٧) من قانون الكوارث الوطنية صلاحية للسلطة التنفيذية (الوزير) سلطة اصدار لوائح، بموجبها تسمح هذه اللوائح للإدارة اصدار مجموعة من التدابير التي من شأنها مواجهة الاخطار بما فيها الاوبئة، وفق شروط نص عليها القانون ومن ضمنها ان تتقيد السلطة العامة بالدستور، ومبدأ المشروعية، فضلا عن مراعاتها مبادئ مهمة في الدستور كمبدأ (المعقولية أو العقلانية)، غير" لوائح الاغلاق " التي اصدرها الوزير لم تراعي مبدأ المعقولية حيث أدت الى فرض قيود على الحقوق الدستورية على الرغم من مشروعية الغاية ألا وهي منع انتشار الوباء، غير إن هذه اللوائح في ظل (**جائحة كورونا**) قد أدت الى انتهاك والتعدي على العديد من الحريات بما فيها حرية التنقل وحرية التجمع وغيرها، وبهذا فقد **قضت** المحكمة العليا في حكمها على "إن اللوائح الصادرة عن وزير التعاون والشؤون التقليدية غير دستورية ولاغية، لكونها قد تعسفت في فرض قيود على الحريات، كما أنها لم تراعي مبدأ العقلانية الوارد في المادة (٣٦) من الدستور والتي تفترض ان يكون تقييد الحريات لا يتعدى على شرعية الحقوق في الدستور، والحد منها ليس هناك ما يبررهُ[١].

ثانياً: حماية حرية الرأي والتعبير من التقييد

تمثل حرية الرأي والتعبير إحدى الركائز أو الدعامات المهمة في النظم الديمقراطية لضمان تعبير الافراد عن ما يدور في خاطرهم تجاه السلطات المحلية والمركزية[٢]، وهذه الحرية تعد خير وسيلة للأفراد في مسالة تبادل الافكار والآراء ونقلها عبر مختلف ضروب

(1) For more details, see : The ruling of the Supreme Court in South Africa in the case (Gauteng Division, Pretoria) No. (21542/2020), dated (2/ June /2020), published on the following website: https://www.saflii.org

تاريخ الزيارة١٨/٦/٢٠٢٠

(٢) علي محمد نعمة الذبحاوي، دور القضاء الإداري والدستوري في حماية حرية التعبير، ط١، (مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر|٢٠١٨)، ص ٢٦٨.

المعلومات سواء كانت بالكتابة أو أي وسيلة أخرى يتم اختيارها، ولهذا فإن حرية الرأي و التعبير تعد أهم ما يتميز به الأنسان بوصفهُ انساناً[١]، هذا وقد يتفرع عن هذه الحرية عدة حريات مهمة لأي نظام ديمقراطي كما في حرية الصحافة وحرية النشر وغيرها من الحقوق والحريات ذات الصلة، وانطلاقاً من ذلك فقد حظيت هذه الحريات بالحماية القضائية من قبل مختلف المحاكم ولاسيما المحاكم الدستورية عبر ما تصدرهُ من احكام وقرارات ضد أي انتهاك أو تقييد لحرية التعبير، وبهذا الصدد فلقد لعبت المحكمة الاتحادية العليا الامريكية دوراً محورياً في التأكيد على حماية حرية الرأي والتعبير ويبرز جلياً في ذلك حمايتهُ للحريات المنبثقة عن حرية التعبير كحرية الصحافة والنشر وغيرها، ويبرز الدور المحوري والريادي للمحكمة من خلال تحديد مدى التقاطع بين حرية الرأي وبين مفهوم الامن القومي والنظام العام وما شابه ذلك الذي قد يشكل تقييد على حرية الفرد في التعبير. ومن ابرز احكامها في هذا الصدد هو في القضية المعروفة " اوراق البنتاغون" عام (١٩٧١)[٢]، والتي تعد من أهم القضايا التي تتعلق بتقييد حرية النشر وتتلخص القضية في أن الحكومة الامريكية طلبت من المحكمة العليا إصدار آمر منع صحيفتي" نيويورك تايمز" و" واشنطن بوست" من نشر أوراق ووثائق سرية خاصة بالبنتاغون، تتعلق هذه الأوراق المسربة بالحرب الامريكية الفيتنامية، والتي من شأنها أن تؤدي فيما لو تم نشر الى الاضرار بالأمن القومي الامريكي، فضلاً عن موت الجنود الامريكان جراء نشر هذه الأوراق، وقد اصدرت المحكمة بتاريخ ٣٠/ يونيو حكمها برفض طلب الحكومة في منع النشر، وقد جاءت بما يلي"... أن أي نظام يقر بأية قيود مسبقة على حرية التعبير يأتي الى هيئة المحكمة وهو محمل بحمل ثقيل الا وهو عدم دستوريتهُ..."، فضلاً عن ذلك جاءت انهُ".... أن على الحكومة ان تتحمل عبئاً ثقيلاً لتبرير أن ما نشر أدى الى ضرر مباشر محدق... "[٣].

(١) مذين عبدالرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في حماية الحقوق والحريات، ط١، (منشورات زين الحقوقية والادبية، بيروت – لبنان | ٢٠١٥)، ص١١٤.

(٢) د. سيفان باكراد ميسروب مكرديج، الحريات الفكرية وضماناتها القضائية– دراسة مقارنة،الكتاب الاول، (دار الكتب القانونية، مصر– الامارات|٢٠١٥)، ص ١٨٦ .

(٣) د. سيفان باكراد ميسروب مكرديج، الكتاب الثاني، المصدر السابق، ص ١٨٧ .

وفي ذات السياق في قضية(Browan) ضد جمعية تجار الترفيه لعام(٢٠١١)فقد قضت المحكمة بعد دستورية المادة(١١٧٩) من القانون المدني لولاية كاليفورنيا لعام(٢٠٠٥)والتي سببت في حكمها "أن التعبير غير الفاحش، ليس محلاً لمنع قانوني ولا يجوز تقييدهُ....."،وقد علق الفقهاء على هذا الحكم وقالوا أن المحكمة اعتبرت التشريع المطعون فيه قيداً على حرية التعبير، فضلاً عن ذلك ان المحكمة لم تبرر هذا التقييد في أي مصلحة حكومية للولاية مما يعد مخالف للتعديل الاول من الدستور(١).

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها بعدم دستورية اي قانون أو قرار يقيد من هذه الحرية وقد جاء في حيثيات الحكم الى" أن حرية الصحافة تعد من صور حرية التعبير الاكثر أهمية والأبلغ أثراً، فقد كفلها الدستور وفق المادة (٤٨) إذ حظر الرقابة على الصحف، أو انذارها أو وقفها أو إلغاءها بالطريق الإداري، واعتبرها وفق المادة(٢٠٧) سلطة شعبية مستقلة تمارس رسالتها على الوجه المبين في الدستور والقانون.....فكان النص المطعون به وهو موافقة مجلس الوزراء على تأسيس هذه الشركة يكون قد اقحم المجلس الوزاري بغير سند دستوري على إصدار الصحف.....وهو ما يفرغ النص الدستوري في اصدار الصحف من مضمونهُ......"، وهذا مخالف لنصوص الدستور(٢).

الخاتمة

وبناءً على كل ما سبق تعد رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين احدى اهم الضمانات الواردة على الحقوق والحريات، حيث بموجبها تستطيع المحاكم الدستورية من الغاء القوانين والانظمة التي تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية التي تتضمن تجاوزات أو قيود على الحقوق والحريات، ، ونتيجة ذلك فقد توصل البحث الى عدد من النتائج والمقترحات وعلى النحو الآتي:

---

(١) ولمزيد من التفصيل عن هذه القضية ينظر: د محمود علي أحمد مدني، المصدر السابق، ص٦٨٥.

(٢) ولمزيد من التفصيل ينظر: حكم المحكمة الدستورية المصرية رقم القضية (٢٥) لسنة (٢٢) ق." دستورية " جلسة (٢٠٠١/٥/٥) اشار اليه: د.عبدالعزيز محمد سالمان، الحماية الدستورية لحرية الرأي في الفقه والقضاء الدستوري، ط٢، (دار سعد سمك | ٢٠١٤)، ص٣٣٩ .

اولاً: النتائج

١) أن التقييد هو تحجيم أو تحديد من ممارسة حرية معينة غير إن هذا لا يعني حرمان الافراد من ممارسة حقوقهم بشكل مطلق، أنما من أجل حماية مصلحة ضرورية في المجتمع، ولهذا فقد أكدت الدساتير الوطنية وكذلك العهود الدولية على ضرورة مراعاة عدد من المبادئ منها مبدأ التناسب.

٢) أن القيود قد اختلفت وتباينت بطريقة وضعها من قبل الجهة المسؤولة على وضعها فقد تضع عدة طرق للتقييد منها حكم التقييد الخاص والتي يقصد بها هو حكم يرتبط بحق محدد، ويشرح الغايات التي يمكن من خلالها تقييد ذلك الحق أو الحرية، أو حكم التقييد العام الذي يقصد به مجموعة تعليمات تنص على كيف يمكن تقييد جميع الحقوق في دستور ما أو في فصل محدد منه، وغالباً ما يبرر واضعو هذه الاحكام أنها تهدف الى الاعتراف بحقوق وحريات الغير، فضلاً عن حماية النظام العام وعناصرهُ كالأمن العام والصحة العامة وغيرها، هذا وقد اخذ بهذا اتجاه عدة دساتير منها دستور جمهورية العراق لعام(٢٠٠٥)،حيث احتوى على نوعين من القيود.

٣) أن القيود الواردة على الحقوق والحريات كان لها تأثير مباشرة على ممارسة الافراد لها، فقد ادت في احيان كثيرة وصفها عائق للحرية أو للحق، مما دعا السلطة القضائية بوصفها المدافع الاول عن الحقوق والحريات الى الغاء الفقرات الخاصة بالتقييد.

٤) أن التقييد التشريعي شكل من اشكال التقييد، ويتمثل من خلال فرض عدة بنود تقييدية في القانون ، لذا فقد كان للقضاء الدستوري في العديد من الدول محل البحث الدور في الغاء عدد من القوانين التي تتضمن بنود تقييدية، وذلك كن خلال الحكم بعدم دستوريتها.

٥) يلاحظ أن الدول قد تباينت في مسألة التقييد فنهاك دول قد ضيقت من نطاق القيود الدستورية والتشريعية، حيث عملت المانيا و جنوب افريقيا وتونس في دستورها على وضع معايير أو ضوابط لتقليل من أثر القيود، كوضع معيار التناسب والضرورة في أي تقييد يرد على الحق أو الحرية، وهناك دول قد اغفلت هذا الامر ولم تقم به منها على سبيل المثال العراق ومصر.

٦) لقد اهتم القضاء الدستوري وعبر محاكمهُ الدستورية بالرقابة على اعمال السلطة التشريعية، وقد اكدت المحاكم الدستورية على عدم تعطيل ممارسة الافراد لحقوقهم أو

الغائها، فإذا سعت في اغلب احكامها الى الغاء القوانين والقرارات التي تمس من حريات الافراد وذلك لعدم دستوريتها.

٧) يلاحظ أن التقييد الحقيقي للحقوق والحريات ليس بالنص عليه في الدساتير الوطنية أو القوانين أو قد يكون بتنظيم ممارستها دون أن يرد القيد عليها، أنما التقييد الحقيقي الوارد على الحريات يتمثل باتساع الفجوة ما بين النص والواقع، فغالباً ما يستند تقييد الحقوق والحريات الى تحقيق اهداف سياسية أكثر منها اجتماعية، ويتضح ذلك من خلال تقييد حريات الرأي والتعبير وما قد يتفرع عنها من حريات لما تمثلهُ هذه الحريات من عامل مهم في توعية وتبصير الرأي العام على مكامن القصور أو الخلل.

ثانياً: المقترحات

١) نتمنى من المشرع العراقي ونحنُ في خضم حراك شعبي والذي تمثل بتظاهرات عام (٢٠١٩) وبرلماني من خلال تقديم العديد من نواب الشعب عدد من المقترات التي تطالب بتعديل بعض فقرات الدستور لعام(٢٠٠٥) التي تتضمن بنود تقييدية على الحق أو الحرية، واضافة عليها عدد من الشروط المهمة على النص المقيد، ومن هذه الشروط نذكر منها..... (١) طبيعة الحق المقيد، (٢)الغاية من التقييد الوارد على الحرية أو الحق،(٣)طبيعة و نطاق التقييد، شأنهُ بذلك شأن المشرع في جنوب افريقيا.

٢) ندعو المشرع العراقي الى ضرورة الاسراع بتشريع قانون حرية الرأي والتعبير والتظاهر السلمي، والذي هو الان في أدراج مجلس النواب العراقي، لما لي لحرية الرأي والتعبير أثر في نفوس العراقيين.

٣) ندعو المشرع العراقي الى سرعة اصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا، كونها تعد الحصن الحصين لحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك أو تقييد.

The Authors declare That there is no conflict of interest

References

First: Linguistic dictionaries

1. Ibn perspective, Arab tongue, J11, T2, Heritage Revival Publishing and Distribution House, Beirut, D. T.

2. Al-Zubeidi. Mohammed, Crown of bride from Jawaher Al-Qawlat, Investigation: Abdul Sattar Ahmad Farraj, Part 9, (Kuwait Government Press| 1393 H-1971)

Second: Books

1. Saivan. Ahmed, Public Freedoms and Human Rights, J2, (Al-Halabi Rights Publications, Beirut|2010).

2. Sorour. Ahmed, Constitutional Protection of Rights and Freedoms, T2, (Dar Al-Shuruq, Cairo|2000).

3. Matar. Al-Aa Mahdi, the authoritative judgments and decisions of the Constitutional Court, T1, (Zain's Publications of Rights and Literature, Beirut-Lebanon| 2019).

4. Report of the New Constitutional School: The New form of the Foundation Course, (the International Organization for the Report on Democracy (Dri), Berlin, Germany| 2012).

5. Al-Daraji. Jaafar, balance between power and freedom in constitutional systems (comparative study), T1, (Hamed Publishing and Distribution House, Amman| 2009).

6. Al-Magri. Khaled, Rights and Freedoms Controls, "Comment on Chapter 49 of the Tunisian Constitution," International Foundation for Democracy and elections, (Tunis| 2017).

7. Abdullah. Khamush, the role of the three authorities in the protection of rights and freedoms, T1, (Zain Human Rights and Literature Library, Beirut, Lebanon).

8. Ammar. Ramez, Human Rights and Public Freedoms, T2, D. N, (Beirut| 1996).

9. Shukr. Zuhair, General theoretical of Constitutional Judiciary, J1, T1, (Bilal Printing and Publishing House, Beirut-Lebanon| 2014).

10. Al Jabouri. Sajr, political Human Rights in Islam and World Systems, (Science Books House, Beirut| 2005).

11. Al-Jabouri. Sarah, Constitutional Court in the Arab World: Evaluation of experience (Comparative Study), T1, (Al-Halabi Rights Publications, Beirut-Lebanon| 2016).

12. Al-Sahaib. Saadi, Legal Organization for the Freedom of Visual and Audio Media, (Al-Halabi Rights Publications, Beirut| 2009).

13. Salman. Samir, Constitutional Protection of Economic, Social and Cultural Rights (Comparative Study), T1, (Arab Center for Scientific Studies and Research, Egypt| 2019).

14. Makerdij. Sevan, Intellectual Freedoms and their Judicial guarantees (Comparative Study), (Legal Books House, Egypt-UAE| 2015).

15. Al-Tabakh. Sharif, & Ahmed. Ibrahim, Administrative mediator: Explaining the Law of the State Council, Part 1, T1, (NAS Printing Company, Cairo| 2014).

16. Salman. Abdulaziz, Constitutional Protection for Freedom of opinion in Jurisprudence and Constitutional Justice, T2, (Saad Fish's House| 2014).

17. Quiwa. Abdul Moneim, Constitutional restrictions in determining the Law on fundamental Rights and

Freedoms in modern constitutions in Arab countries (Comparative Study), (Research published in the Yearbook, Arab Organization for Constitutional Law, Tunisia| 2015-2016).

18. Hassan. Ali, role of the Legislative Power in restricting Public Rights and Freedoms (Comparative Study), vol. 1, (Zain's Publications, Human Rights and Literature, Beirut-Lebanon| 2019).

19. Al Tamimi. Ali, philosophy of rights and freedoms and application barriers an analytical study in the philosophy of politics, T1, (Majdalawi Publishing and Distribution House, Amman| 2016).

20. Al-Dabhawi. Ali, the role of the administrative and constitutional judiciary in the protection of freedom of expression, T1, (Center for Arab Studies for Publishing and Distribution, Egypt| 2018).

21. Pyram. Issa, Public Freedoms and Human Rights between Text and reality, (Dar Al-Munaal, Beirut|1998).

22. Al-Helou. Majid, Freedom of Information and Law, (knowledge Institution, Alexandria| 2006).

23. Mohammed Khedr, Constitutional Organization of Palestine, preliminary study of the purposes of proposing texts governing rights, freedoms and the judiciary in the constitutionality of the future State of Palestine (ICJ), Palestinian Center for the Independence of the Judiciary and judges "Equality", Palestine, 2015.

24. Alioah. Mohamed, relationship between religion and state: A study comparing the Egyptian constitutional system with the French, Turkish and Iranian regimes, T1, (Dar'Adeid for studies and publishing, D.M| 2018).

25. Al-Shawabka. Mohamed, the control of the abatination of the constitutionality of laws (comparative study), T1, (Cultural Publishing and Distribution House, Amman| 2012).

26. Fudah. Mohamed, Constitutional Protection for Human Rights (Comparative Study), (Al-Jadida House, Alexandria| 2011).

27. Madani. Mahmoud, role of Constitutional Court in clarifying Constitutional concepts (Comparative Study), T1, (Arab Renaissance Publishing and Distribution House, Cairo| 2016).

28. Al-Khelsh. Medine, US Supreme Court role in the Protection of Rights and Freedoms, T1, (Zain Rights and Literature Publications, Beirut-Lebanon| 2015).

29. Al-Salehi. Maha, ruling on the unconstitutionality of a legislative text and its role in strengthening the rule of law (comparative study), T1, (Beit al-Hikma, Baghdad| 2009).

30. Al-Malki. Hadi, Introduction to Human Rights Law Study, T2, (Zain's Publications of Human Rights and Literature, Beirut-Lebanon| 2011).

Second: Messages and permits

1. Al-Dallaeen. Ansam, Freedom and expression in International Charters and Jordanian legislation (Comparative Study), (Master's Message, Faculty of Law, University of the Middle East| 2019).

2. Ibrahim. Hareth, restricting the exercise of personal freedoms (constitutional study), M.S.A., (Faculty of Law, University of Babylon| 2003).

3. Al-Issawi. Hussein, Rights and Freedoms in the 2005 Iraqi Constitution, (M.Sc. , Faculty of Law and political Science, Kufah University| 2012).

4. Sarah Fadel Abbas Al-Maamar, Freedom of Travel in Iraq (Comparative Study), M.Sc., (Faculty of Law, University of Nahrin| 2012).

5. Massoud. Nemmon, philosophical foundation in the idea of human rights at Rousseau, (Masters' thesis, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Mantori Constantine| 2008-2009).

6. Sheit. Bashar, the role of the executive in the field of public rights and freedoms in Iraq (comparative study), (Ph.D. thesis, Faculty of Law, University of Alexandria| 2018).

Third: Legal research

1. Nasr. Hassan, the concept of Arabic and English enrollment, a study in the light of interlanguage science, (Journal of the Faculty of Arts, University of Helloun, issue No. 24| 2009).

2. Abbas. Samad, restrictions on Civil and political Human Rights in International Law, (Journal of Humanities, Faculty of Education for Human Sciences, Babel University, Maj. 22, No. 2| 2015).

3. Abdurrahman. Shalao, the authority of the legislator to regulate rights and freedoms, (the journal Lai Zanst, the Lebanese-French University of Erbil, vol. 4, No. 2, Spring |2019).

4. Abdel-Obeidi. Essam, principle of proportionality as an officer of the process of restricting constitutional rights, (Journal of the Faculty of Law for Legal and political Sciences, Faculty of Law and political Science, University of Kirkuk, vol. 8, No. 29| 2019).

Fourth: International and regional documents, declarations and national constitutions

1. International and regional documents and declarations

- Universal Declaration of Human Rights (1948).
- International Covenant on Civil and political Rights (1966).

2. National constitutions

- The amended German Federal Constitution (1949).
- The amended Constitution of Switzerland (1999).
- South African Constitution of 1996.
- The Romanian Constitution of 2003.
- The Constitution of the Republic of Iraq (2005).

- The Constitution of Kenya of 2010.
- The Constitution of the Arab Republic of Egypt (2014).
- Constitution of the Republic of Tunisia (2014).

Fifth: Iraqi and Arab laws and regulations and judicial decisions

1. Iraqi Penal Code No. 111 of 1969, as amended.
2. Passport Law No. 32 of 2015.
3. Traffic Law No. 8 of 2019.
4. Interim Coalition Authority order No. 65 (2004).
5. Egyptian Passports Act No. 97 of 1959.
6. The institutional Organization of Press and Information Act No. 92 of 2016.
7. Iraqi Supreme Federal Court decision No. 34/federal/2008, 24/11/2008.

Sixth: Internet sites.

1. Judge Mekki Nagy, philosophical foundations for the Control of the constitutionality of laws, research published on 2/8/2010, https://www.hjc.iqتاريخ, visit 28/5/2020 .

Eighth: Foreign sources

1. Dominika Bychawska-Siniarska, protecting the right to freedom of expression under the European Convention Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, July 2017.

2. Marius Andreescu & Andra Puran, State Power and the Restriction of the examination of certain Rights and Freedoms, Journal of Law and Administrative Sciences, the Center for Studies and Legal and Socio-Administrative Research, Petroleum-Gas University of Plooiesti, N7/2017

3. · The Adult of the Supreme Court in South Africa in the case (Gauteng Division, Pretoria) No. (21542/2020), DED (2/June/2020), published on the following website: https://www.saflii.org.