•• مجلة الاجتهاد القضائي •• المجلد 18 •• العدد 02•• (العدد التسلسلي 38) •• أكتوبر 2026 (ص ص: 357 – 372)••
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ••• جامعة بسكرة ••• ISSN 8615 – 1112 ••• EISSN 6065 -2600

مبدأ التناسب بين القيود والحريات في اجتهاد القضاء الدستوري والإداري المقارن:

نحو توظيف جزائري متجدد

The Principle of Proportionality between Restrictions and Freedoms in Comparative Constitutional and Administrative Jurisprudence:

Towards a Renewed Algerian Application

الدكتورة جعيد حكيمة [1]

أستاذة محاضرة "ب"

جامعة التكوين المتواصل – بشار (الجزائر)

h-djaid@ufc.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
15 أفريل 2026	09 سبتمبر 2026	31 أكتوبر 2026

الملخص:

يتناول هذا البحث مبدأ التناسب بوصفه ركيزة معيارية جوهرية في ضبط العلاقة بين سلطة الدولة في تقييد الحريات وحقوق الأفراد. وينطلق من رصد بنيته النظرية وعناصره الثلاثة – الملاءمة والضرورة والموازنة – ليتتبع مساره في ثلاثة نماذج مقارنة: المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيين. ثم يقيم حضوره في الاجتهاد الجزائري، ليخلص إلى وجود استحضار ضمني متقطع يفتقر إلى التوظيف المنهجي الواعي، ويقدم اقتراحات تشريعية وقضائية لتكريس المبدأ في المنظومة الجزائرية.

الكلمات المفتاحية: مبدأ التناسب، القضاء الدستوري، القضاء الإداري، الحريات العامة، الاجتهاد المقارن، المحكمة الدستورية الجزائرية.

Abstract:

This study examines the principle of proportionality as a fundamental normative criterion regulating the relationship between State authority to restrict freedoms and individual rights. It analyses the principle's theoretical structure and its three elements - adequacy, necessity, and balancing - tracing its development across three comparative models: the German Federal Constitutional Court, the European Court of Human Rights, and the French Constitutional Council and Council of State. The study evaluates its presence in Algerian jurisprudence, concluding that there exists only implicit and discontinuous reference to the principle, lacking conscious methodological application. It proposes legislative and judicial recommendations to enshrine the principle within the Algerian legal system.

Key words: *proportionality principle, constitutional review, administrative justice, fundamental freedoms, comparative jurisprudence, Algerian Constitutional Court.*

[1] **المؤلف المرسل: د. جعيد حكيمة** ***Email: djaidhakima7@gmail.com***

مقدمة:

اذا كان سؤال «ما القانون العادل؟» هو السؤال الاقدم في الفلسفة السياسية والقانونية، فان سؤال «متى يكون قيد الدولة على الحرية مشروعا؟» هو ترجمته القانونية الاكثر الحاحا في الدولة الديمقراطية المعاصرة. ذلك ان الدولة – مهما بلغ انتظامها الدستوري – تبقى بطبيعتها الوظيفية منتجة للقيود؛ فهي تقيد حرية التعبير باسم الامن الوطني، وحرية التجمع باسم النظام العام، وحرية الملكية باسم المصلحة العامة. والسؤال الذي يقلق الفقه الدستوري والاداري ليس ان كانت هذه القيود موجودة – فوجودها حقيقة لا تقبل الجدل – بل كيف نضبطها ونحد منها ونمنعها من الانقلاب على الغاية التي تسوغ بها.

في هذا السياق برز مبدأ التناسب بوصفه الاداة المعيارية الاكثر نضجا وانتشارا في القضاء الدستوري والاداري المعاصر للاجابة عن هذا السؤال. وجوهر هذا المبدأ في ابسط صياغاته ان الدولة لا تملك ان تلحق بالحريات من الضرر اكثر مما يلزم حتما لتحقيق الغاية المشروعة التي تستهدفها.[1] وقد ولد هذا المبدأ – كما سيتضح في ثنايا هذه الدراسة – في رحم القانون الاداري الالماني في القرن التاسع عشر، ثم ارتقى بعد الحرب العالمية الثانية الى مصاف المبادئ الدستورية الكبرى، ومنها امتد ليشمل المحاكم الاوروبية والوطنية في ارجاء العالم، حتى بات يوصف بانه: "الاداة الاكثر شيوعا في القضاء الدستوري الكوني» وفق تعبير الاستاذين ستون سويت ومات"[2].

وعلى الصعيد الجزائري، يلحظ الباحث المتامل في قرارات المحكمة الدستورية ومجلس الدولة ظاهرة مزدوجة تستوقف الانظار: فمن جهة يوفر دستور 2020 في مادتيه 34 و35 اساسا دستوريا صالحا لاستنباط مبدأ التناسب،[3] ومن جهة اخرى يغيب توظيف هذا المبدأ كمنهج واع ومعلن في الغالب الاعم من القرارات الجزائرية. وهذه الهوة بين الامكانية الدستورية والواقع الاجتهادي هي التي تشكل جوهر الاشكالية التي يرنو هذا البحث الى معالجتها.

تتمحور اشكالية البحث حول التساؤل الجوهري الاتي: هل استطاعت المحاكم العليا المقارنة ان تحول مبدأ التناسب من معيار رقابي نظري الى ضابط موضوعي فعال يحمي الحريات من تجاوزات السلطة، والى اي حد يمكن للاجتهاد الجزائري استلهام تلك التجارب لبناء رقابة اكثر نضجا وحماية للحقوق؟ وتتفرع عن هذه الاشكالية تساؤلات فرعية: ما البنية التحليلية لمبدأ التناسب وما جذوره الفلسفية؟ وكيف تفاوتت المحاكم المقارنة في توظيفه؟ وما الاسباب الكامنة وراء قصور توظيفه في الاجتهاد الجزائري؟

تنبثق اهمية هذا البحث من كونه يتناول مبدأ يظل خارج الاطار الاكاديمي الجزائري السائد رغم حضوره الضمني في النظام القانوني، مما يجعله موضوعا ذا قيمة اضافية في المشهد

البحثي القانوني الجزائري. يعتمد البحث المنهج التحليلي النقدي المقارن القائم على استقراء القرارات القضائية الالمانية والاوروبية والفرنسية وتحليلها تحليلا تفكيكيا، ثم تقييم الواقع الجزائري في ضوء تلك التجارب. وتتوزع الدراسة على ثلاثة مباحث: الاول في البنية النظرية للمبدأ وعناصره، والثاني في نماذجه المقارنة الثلاثة، والثالث في الواقع الجزائري ومسارات الاصلاح.

المبحث الاول: مبدأ التناسب - البنية النظرية والعناصر المكونة

لا يمكن فهم اجتهاد المحاكم في تطبيق مبدأ التناسب دون استيعاب بنيته النظرية اولا، اذ ان الغموض حول ما يعنيه المبدأ في مستوياته التحليلية المختلفة افضى في بعض الانظمة الى توظيفه بصورة انتقائية او مبتسرة. ولهذا يتوقف هذا المبحث عند مستويين: يتناول المطلب الاول الجذور الفلسفية والتاريخية التي شكلت عصب هذا المبدأ وحددت غاياته الكبرى، ثم يكرس المطلب الثاني لشرح العناصر الثلاثة التي تشكل اختبار التناسب القضائي بصورة تفصيلية دقيقة.

المطلب الاول: الجذور الفلسفية والتاريخية لمبدأ التناسب

قبل ان نرصد مبدأ التناسب في قرارات المحاكم العليا، لا بد من السؤال: من اين جاء هذا المبدأ، وما الافكار الفلسفية التي انجبته؟ فمعرفة الجذور ليست ترفا اكاديميا بل ضرورة منهجية، لان فهم المبدأ في اصوله يمكن من فهم تطبيقاته وتفسير تباين المحاكم في توظيفه.

تعود الجذور البعيدة لمبدأ التناسب الى الفكر الكانطي وما ارساه من نظرية في الحقوق مبنية على احترام الانسان غاية في ذاته لا وسيلة لغيره.[4] فاذا كان الانسان غاية، فان الدولة - حين تقيد حريته - لا تملك سوى ما يكفي من القيد لتحقيق غايتها المشروعة، وكل ما يزيد على ذلك يحولها من خادم للانسان الى مستعمل له. وهذه الفكرة الكانطية البسيطة في صياغتها هي في الحقيقة الجذر الاعمق لما يسمى لاحقا «عنصر الضرورة» في اختبار التناسب، اذ مؤداها ان القيد المشروع لا يتجاوز الحد الادنى اللازم لتحقيق الغاية.

وعلى صعيد التاريخ القانوني الاكثر تحديدا، يعزو الفقه الدستوري المقارن الظهور الاول لمبدأ التناسب بوصفه ضابطا قضائيا عمليا الى القانون الاداري البروسي في اواخر القرن التاسع عشر.[5] فقد كانت المحاكم الادارية البروسية تراجع قرارات الشرطة الادارية وتطبق عليها معيار الضرورة الصارم، القائل بان التدبير الاداري الرامي الى حفظ النظام العام لا يجوز ان يتخطى ما يلزم لدرء الخطر الداهم. وكان هذا في جوهره اختبارا للتناسب وان لم يحمل بعد اسمه الحديث.

والنقلة الكبرى في تاريخ المبدأ جاءت مع نشأة المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية عام 1951 التي ادركت منذ بداياتها ان اهوال النازية كانت في جزء كبير منها تجسيدا لغياب هذا المبدأ؛ فالدولة النازية لم تعرف حدا بين الضرورة والترف في استخدام العنف، ولم تضع بين الحريات التي تقيدها والغايات التي تعلنها اي ميزان معياري قابل للرقابة. وهذا الدرس التاريخي المولم هو الذي دفع المحكمة الى تحويل مبدأ التناسب من اداة ادارية ضيقة الى ركيزة دستورية كبرى تقيد المشرع والادارة والقضاء على حد سواء.[6]

ومما يلفت الانظار في هذا المسار التاريخي ان المبدأ لم يستنبط بشكل مباشر من نصوص القانون الاساسي الالماني لعام 1949، بل استنبطته المحكمة الدستورية استنباطا ضمنيا من مجموع مبادئ دولة القانون والكرامة الانسانية وحقوق الانسان التي تكرسها ديباجة القانون الاساسي ومواده الاولى. وهذا الاستنباط الضمني بالذات هو الدرس المنهجي الاكثر اهمية للنظام الجزائري، كما سيتضح في المبحث الثالث، اذ يكشف ان غياب النص الصريح على المبدأ لا يشكل عائقا امام ارسائه متى ارادت المحكمة ذلك حقا.

المطلب الثاني: العناصر الثلاثة لاختبار التناسب

استقر الفقه الدستوري المقارن منذ الصياغة الالمانية الكلاسيكية التي طورها الاستاذ روبرت اليكسي على ان اختبار التناسب يتكون من ثلاثة عناصر متدرجة تشكل معا منهجا قضائيا متكاملا.[7] ولا يكفي القاضي ان يطبق عنصرا واحدا من هذه العناصر ليحكم بالتناسب او عدمه، بل ينبغي ان يمر بالعناصر الثلاثة بالترتيب، اذ ان الاختبار يفضي الى رفض الاجراء المطعون فيه متى ثبت عيبه في اي مرحلة دون الحاجة لاستكمال المراحل اللاحقة[8].

الفرع الاول: عنصر الملاءمة

يعد عنصر الملاءمة او الصلاحية مدخلا تصفويا اوليا في الاختبار، ووظيفته الاجابة عن سؤالين متلازمين: هل الغاية التي تستهدفها الدولة من خلال القيد المفروض غاية مشروعة دستوريا؟ وهل الوسيلة المختارة لتحقيق تلك الغاية ملائمة وصالحة فعلا للوصول اليها؟ وتجدر الاشارة الى ان الرقابة عند هذه المرحلة تبقى في الغالب قاصرة من حيث الشدة، اذ يمنح المشرع والادارة هامشا تقديريا في تقييم مشروعية الغاية وملاءمة الوسيلة، ولا تتدخل المحكمة الا حين يكون الانتهاك صارخا وواضحا.

ومن الامثلة التطبيقية الكاشفة لهذا العنصر قضية «الغابة للفرسان» التي نظرت فيها المحكمة الدستورية الالمانية عام 1989.[9] حين طعن في تشريع يحظر ركوب الخيل في الغابات العامة بذريعة حماية البيئة. وقد تساءلت المحكمة: هل الحظر المطلق وسيلة ملائمة لتحقيق غاية حماية البيئة؟ وخلصت الى ان ثمة وسائل بديلة تحقق التوازن بين الغاية البيئية وحق

الفرد دون حظر مطلق. وهذا النوع من التحليل الدقيق - الذي يرفض الوسيلة لمجرد عدم ملاءمتها الفعلية لغايتها - هو ما يميز رقابة التناسب عن الرقابة الشكلية البسيطة.

الفرع الثاني: عنصر الضرورة

يعد عنصر الضرورة الاكثر استخداما في الممارسة القضائية المقارنة، وهو اكثر مراحل الاختبار مباشرة في مواجهة الادارة والمشرع. ومعناه - في صياغته الاكثر شيوعا - ان الوسيلة التي تنتهجها الدولة لتحقيق غايتها المشروعة ينبغي ان تكون الاقل ضررا بالحقوق والحريات من بين البدائل المتاحة التي تفضي الى الغاية ذاتها.[10] وبعبارة اخرى: متى كان بامكان الدولة تحقيق هدفها بتدبير اقل تدخلا واخف وطاة على الحريات، فان اختيارها للتدبير الاشد يعد خرقا لمبدأ التناسب في هذه المرحلة.

ولعل المثال الابلغ في ايضاح هذا العنصر هو قضية المخدرات الالمانية عام 1994[11] حين نظرت المحكمة الدستورية في دستورية تجريم حيازة كميات صغيرة من القنب للاستخدام الشخصي. وقد اجرت المحكمة اختبار الضرورة بصورة معمقة، اذ تساءلت: هل التجريم الجنائي مع العقوبة السالبة للحرية هو الوسيلة الضرورية الوحيدة لتحقيق غاية حماية الصحة العامة، ام ان تدابير ادارية وصحية اقل حدة كفيلة بتحقيق الغاية ذاتها؟ وقد خلصت المحكمة الى ان التجريم المطلق قد يتجاوز الضرورة في بعض حالاته، واوجبت على المحاكم تقييم الملابسات الخاصة لكل حالة.

ولاختبار الضرورة اهمية خاصة في القضاء الاداري، اذ يشكل المعيار الرئيسي لمراجعة قرارات الضبط الاداري كقرارات حظر التجمعات او تقييد حرية الصحافة او اغلاق المحال التجارية. فحين تصدر الادارة قرارا بحظر تجمع عام بذريعة المحافظة على النظام العام، يطالب اختبار الضرورة بان تثبت الادارة ان الحظر الكلي كان ضروريا فعلا وانها استنفدت البدائل الاقل تدخلا كتحديد المسار او تعزيز قوات الامن. وهذا بالضبط ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير في قضية بنيامان 1933[12] حين قرر ان السلطة الادارية لا تملك حظر مجلس خطابة بذريعة احتمال وقوع اضطرابات دون ان تثبت ان الاضطرابات لا يمكن تفاديها بتدابير اقل حدة من الحظر المطلق.

الفرع الثالث: عنصر التناسب بالمعنى الضيق

يمثل عنصر التناسب بالمعنى الضيق اعمق مراحل الاختبار واكثرها جدلا في ادبيات الفقه الدستوري المقارن، وجوهره الموازنة الفعلية بين خطورة الاضرار بالحق المقيد وقيمة المكسب الذي يحققه القيد للمصلحة العامة. وهو اختبار حكمي تقييمي يستوجب من القاضي ان

يجري توازنا بين مصلحتين متنافستين كلتاهما ذات اهمية دستورية، مما يعني ان القاضي هنا لا يطبق نصا بل يوازن قيما[13].

ولهذا العنصر بالذات اثار انتقادات جدية من قبل بعض الفقهاء، في مقدمتهم الاستاذة فيكي جاكسون[14] التي ابدت قلقا حيال ما تسميه «الترخيص القضائي التشريعي»، مقصودة بذلك ان اختبار الموازنة يخول القاضي سلطة شبه تشريعية في ترتيب القيم الدستورية. غير ان اليكسي رد على هذا الانتقاد بالقول ان الموازنة القضائية ليست سلطة تشريعية بل رقابة على عقلانية التوازن بين القيم، وان البديل عنها - اي اعفاء المشرع من كل رقابة موضوعية - اشد خطرا على الحقوق[15].

والمثال الابرز على هذا العنصر هو قضية قانون امن الطيران الالماني عام 2006[16] حين نظرت المحكمة في دستورية نص يجيز للسلطات العسكرية اسقاط طائرة مدنية مختطفة اذا كانت تشكل تهديدا قاتلا لاشخاص على الارض. وقد اجرت المحكمة موازنة فائقة الدقة بين حق الحياة للركاب الابرياء في الطائرة وحق الحياة للاشخاص المهددين على الارض، فخلصت الى ان اسقاط الطائرة يمثل انتهاكا لمبدأ كرامة الانسان الذي لا يقبل اي موازنة بحسب القانون الاساسي الالماني، وان الدولة لا تملك ان تحول المواطنين الابرياء الى مجرد اداة لانقاذ اخرين ولو كانوا اكثر عددا. وبذلك رسمت المحكمة حدا اقصى لمبدأ التناسب ذاته: فالموازنة تنتفي حين يتعلق الامر بحقوق ذات جوهر مطلق كالكرامة الانسانية.

المبحث الثاني: مبدأ التناسب في الاجتهاد المقارن - ثلاثة نماذج

لو كان مبدأ التناسب قالبا صارما موحدا تطبقه كل المحاكم بالطريقة ذاتها، لكان البحث في النماذج المقارنة مجرد ترديد للمعلومات المعروفة. غير ان ما يجعل هذا المبحث ذا قيمة بحثية حقيقية هو ان المحاكم الكبرى طوعت المبدأ لخصوصياتها المؤسسية والثقافية والوظيفية، فانتجت نسخا متعددة منه متقاربة في البنية المنطقية لكنها متباينة في الشدة والنطاق والمنهج. ولفهم اي هذه النسخ يمكن ان يستلهم للسياق الجزائري، لا بد من دراسة كل نموذج بمنطقه الخاص. يتناول المطلب الاول النموذج الالماني بوصفه الاصل والمرجع، ويدرس المطلب الثاني النموذجين الاوروبيين في المحكمتين الاوروبيتين، فيما يخصص المطلب الثالث للنموذج الفرنسي الذي يكتسب اهمية مضاعفة للمنظومة القانونية الجزائرية.

المطلب الاول: النموذج الالماني - الارسخ تأسيسا والأوضح منهجا

يعد النموذج الالماني في توظيف مبدأ التناسب المرجعية الكونية الاعلى منهجية وتاثيرا، وقد اسهم في تشكيل مناهج المحاكم الدستورية في كل القارات تقريبا من كندا الى جنوب افريقيا

مرورا باسرائيل والمملكة المتحدة.[17] وتكمن عبقرية هذا النموذج في انه لم يكتف بارساء المبدأ بصورة ضمنية بل طور منهجا قضائيا صريحا وقابلا للنقل والتعليم والرقابة.

ارست المحكمة الدستورية الاتحادية الالمانية في حكم الصيدليات الشهير عام 1958[18] الصياغة الاولى لمبدأ التناسب بوصفه مبدأ دستوريا عاما، حين فصلت في دستورية قانون يشترط في فتح الصيدليات الجديدة اثبات الحاجة اليها في المنطقة المعنية. وقد قررت المحكمة ان هذا الاشتراط يتجاوز الضرورة لتحقيق الغاية المشروعة المتمثلة في صون الصحة العامة، وان حرية ممارسة المهنة المكفولة في القانون الاساسي تابى مثل هذا القيد المفرط. وكان لافتا في هذا الحكم ان المحكمة لم تكتف بالفصل في القضية بل وضعت الاطار المنهجي كاملا للاختبار الثلاثي الذي سيصبح لاحقا المنهج المرجعي في القضاء الدستوري الكوني.

والخاصية التي يتفرد بها النموذج الالماني وتجعله الابلغ اثرا هي صراحة المنهج وشفافيته؛ فالمحكمة تصرح في حيثيات قراراتها بمراحل الاختبار الثلاثة بشكل متسلسل ومعلن، مما يتيح للاطراف وللفقهاء ولعموم المواطنين ان يعرفوا بالضبط اين وجدت المحكمة العيب في الاجراء المطعون فيه.[19] وهذه الشفافية المنهجية تعزز التقليد القانوني وتراكم اجتهادا ثريا ييسر على المحاكم اللاحقة الاستناد الى سوابق محددة في كل مرحلة من مراحل الاختبار.

ولا يقتصر النموذج الالماني على القضاء الدستوري بل يمتد بالقوة ذاتها الى القضاء الاداري، وهو ما يضفي على المبدأ طابعا افقيا يجعله اداة للرقابة على كل مستويات السلطة العامة لا على المشرع وحده. فمحاكم الادارة الالمانية تطبق اختبار التناسب على قرارات الشرطة وقرارات الضبط الاقتصادي والقرارات التاديبية في الوظيفة العامة، مجرية في كل مرة الاختبار الثلاثي بصرامة وامانة. وهذا التشابك بين القضاء الدستوري والاداري في توظيف المبدأ هو بالضبط ما تطالب به هذه الدراسة في السياق الجزائري.

المطلب الثاني: النموذجان الاوروبيان - المرونة في مواجهة التنوع

يتجلى مبدأ التناسب في المنظومة الاوروبية في نمطين متمايزين يعكسان طبيعتين مؤسسيتين مختلفتين: نمط المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان ونمط محكمة العدل الاوروبية. وما يجمع بين النمطين هو الجذر المفاهيمي الواحد، غير ان ما يفرقهما لا يقل اهمية، اذ يعكس الفارق في الطبيعة والولاية وسياق العمل لكل منهما.

استقبلت المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان مبدأ التناسب وادمجته بابتكار مع مفهوم هامش التقدير في ما يعد من ابدع التوليفات في الفقه القضائي الدولي.[20] ومنطق هذا التوليف بسيط لكنه عميق: المحكمة الاوروبية تشرف على سبعة واربعين دولة متباينة ثقافيا وقانونيا واجتماعيا، مما يعني ان ما يعد قيدا «ضروريا» في سياق المانيا قد لا يكون كذلك في سياق

رومانيا او تركيا. ولهذا آثرت المحكمة ان تبقي قدرا من المرونة للدول في تقييم الضرورة على اراضيها، مع احتفاظها بالكلمة الفصل حين يتجاوز الامر ما هو مقبول في مجتمع ديمقراطي.

وقد بلغت هذه المعادلة بين التناسب وهامش التقدير ارقى تجلياتها في قضية س.أ.س. ضد فرنسا عام 2014 [21] حين نظرت المحكمة في مشروعية القانون الفرنسي الحاظر للنقاب الكامل في الاماكن العامة. وقد اجرت المحكمة اختبار التناسب على ثلاثة مستويات: فعلى مستوى الملاءمة قبلت ان الغاية المتمثلة في «العيش معا» غاية مشروعة وان كانت جديدة في الفقه الاوروبي؛ وعلى مستوى الضرورة بحثت ما اذا كانت ثمة تدابير اقل شدة من الحظر العام الشامل؛ وعلى مستوى الموازنة وازنت بين الهوية الدينية للمراة المسلمة ومقتضيات العيش المشترك في المجتمع الفرنسي. وقد خلصت في النهاية الى ان الدولة الفرنسية تمتعت بهامش تقدير كاف يجيز لها هذا الاختيار التشريعي، في حكم اثار جدلا فقهيا واسعا لا يزال مستمرا.

وقد طورت المحكمة الاوروبية لاحقا هذا النهج في قضية باربوليسكو ضد رومانيا عام 2017(19) [22] المتعلقة بمراقبة صاحب العمل لاتصالات العامل عبر الانترنت. وكان اللافت ان المحكمة اجرت اختبارا دقيقا متعدد المراحل اخذت فيه بعين الاعتبار: طبيعة الاتصالات المراقبة، ومدى علم العامل المسبق بامكانية المراقبة، والنسبة بين حجم المراقبة والمصلحة المحمية، والتدابير البديلة الممكنة. وهذا الاجتهاد الدقيق يكشف عن مدى النضج الذي بلغه المبدأ في تطبيقاته الاوروبية.

اما محكمة العدل الاوروبية فقد توصلت الى مبدأ التناسب من مسار مختلف، وهو تطبيق قانون السوق الاوروبية المشتركة وضمان حرية التنقل والتجارة بين الدول الاعضاء. فقد استقبلت المحكمة المبدأ بوصفه مبدأ عاما من مبادئ قانون الاتحاد الاوروبي منذ قضية هاندلسغيزيلشافت عام 1970 [23]، ثم طورته في قضية فيديسا عام 1990 [24] بصياغة ناضجة ومحكمة تقضي بان الاجراء الاوروبي يجب الا يتجاوز ما هو مناسب وضروري لتحقيق الاهداف المشروعة للسياسة المعنية.

المطلب الثالث: النموذج الفرنسي – من الرقابة الحذرة الى التوظيف المتنامي

يحتل النموذج الفرنسي مكانة خاصة في هذه الدراسة المقارنة لاسباب موضوعية تتجاوز مجرد التقارب التقليدي بين المنظومة القانونية الفرنسية والجزائرية. فهذا النموذج يجسد تحديا نظريا حقيقيا: كيف يوظف مبدأ التناسب في ظل ثقافة قانونية تعلي من شان ارادة المشرع الديمقراطي وتتحفظ تاريخيا على توسيع الرقابة القضائية على اعمال البرلمان؟

ولفهم هذا التحدي ينبغي استحضار السياق الفلسفي والتاريخي للجمهورية الفرنسية. فالتقليد الجمهوري الفرنسي المنحدر من ثورة 1789 ينظر الى القانون الصادر عن البرلمان

المنتخب باعتباره تعبيرا عن الارادة العامة على الطريقة الروسوية، وهو تعبير يصعب تقييده بمعيار قضائي موضوعي دون المساس بمبدأ سيادة الشعب. ولهذا ظل المجلس الدستوري حتى وقت قريب يمتنع عن الخوض في رقابة التناسب الكاملة، ويكتفي في الغالب بمعيار «الخطا البين في التقدير» الذي يمنح المشرع هامشا تقديريا واسعا[25].

غير ان القضاء الاداري الفرنسي سبق المجلس الدستوري بخطوات في توظيف التناسب. فمجلس الدولة الفرنسي ارسى بذور المبدأ في حكمه الخالد في قضية بنيامان عام 1933[26] الذي يعد الى اليوم من عيون الاجتهاد الاداري المقارن. فقد اشترط المجلس على السلطة الادارية اثبات ان المخاطر المحتج بها لتبرير حظر تجمع عام جدية ومؤكدة، وان الاضطرابات المحتملة لا يمكن تفاديها بغير الحظر المطلق. ثم ارتقى هذا الاجتهاد في قضية مدينة نوفيل الشرقية عام 1971[27] حين ارسى مجلس الدولة اختبار التكلفة-المنفعة في قضايا نزع الملكية للمنفعة العامة، ملزما الادارة باثبات ان المكاسب الاجتماعية لمشروعها تفوق الاضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة.

وعلى صعيد المجلس الدستوري، يمثل استحداث آلية القضية ذات الاولوية الدستورية (*QPC*) عام 2010 منعطفا حاسما اتاح للمجلس فرصا اكثر لتوظيف اختبار التناسب في مراجعة النصوص التشريعية السارية لا فقط قبل اصدارها. وقد تجلى هذا بوضوح في قضية حالة الطوارئ عام 2015[28] حين طعن في دستورية احكام تجيز وضع الاشخاص قيد الاقامة الجبرية بمجرد قرار اداري دون مراقبة قضائية كافية. وقد اجرى المجلس في هذا القرار رقابة اقرب بكثير الى اختبار التناسب الكامل[29].

المبحث الثالث: مبدأ التناسب في الاجتهاد الجزائري - الواقع والمامول

بعد ان رصد المبحثان السابقان البنية النظرية لمبدأ التناسب ونماذجه المقارنة، يحين الوقت للمواجهة مع الواقع الجزائري: هل يتوفر مبدأ التناسب في المنظومة الدستورية والادارية الجزائرية؟ وان توفر، كيف يوظف؟ وما الفجوة بين الممكن والموجود؟ وكيف يمكن ردمها؟ هذه هي الاسئلة التي يجيب عنها هذا المبحث في ثلاثة مطالب متدرجة: يستكشف الاول الاساس الدستوري المتاح لاستنباط المبدأ، ويقيم الثاني الواقع الاجتهادي الراهن بصدق وامانة، ثم يقدم الثالث مقترحات الاصلاح المبنية على دروس التجربة المقارنة.

المطلب الاول: الاساس الدستوري المتاح لاستنباط مبدأ التناسب

قبل الحديث عن غياب التوظيف الجزائري لمبدأ التناسب، ينبغي اثبات ان هذا المبدأ غير موجود لانه مجهول في بيئتنا القانونية وليس لانه غريب عن منظومتنا الدستورية. والحقيقة

التي تكشفها القراءة المدققة لدستور 2020 هي ان الاساس الدستوري لمبدأ التناسب موجود وصالح، وان ما يعوزنا هو الارادة الاجتهادية في استنباطه وتوظيفه.

توفر المادة 34 من دستور 2020[30] المدخل الاول لهذا الاستنباط، اذ تنص على ان القانون ينظم الحقوق والحريات وفق ما تستوجبه ضرورات حماية الامن العام والنظام العام والاخلاق العامة وما يتطلبه المجتمع الجزائري. وهذا النص يحمل في طياته ثلاثة عناصر لمبدأ التناسب بصورة ضمنية لا تحتاج سوى صياغة قضائية واعية: ف«ما تستوجبه ضرورات» يحيل الى عنصر الضرورة، و«ما يتطلبه المجتمع» يحيل الى عنصر الملاءمة، وتقييد حق ما «لحماية حق اخر» يستدعي بطبيعته عنصر الموازنة.

وتاتي المادة 35 من الدستور لتحكم هذا الاطار بنص اكثر صراحة حين تقرر انه لا يجوز لاي قانون ان يقيد الحقوق والحريات تقييدا يمس جوهرها.[31] وهذا النص تجل صريح لما يسميه الفقه الدستوري الالماني والاوروبي «ضمان الجوهر الاساسي للحق»، اي ان كل حق له نواة جوهرية لا تقبل التقييد مهما كانت الغايات المبتغاة. وهذا الضمان بالذات هو السياج الخارجي لمبدأ التناسب الذي يمنع الموازنة من ان تبتلع الحق كليا.

ويضاف الى هذين النصين الصريحين اساس ضمني اخر يتمثل في مبدأ دولة القانون المكرس في ديباجة الدستور وفي روح احكامه المتعلقة بالرقابة الدستورية والقضائية.[32] فمبدأ دولة القانون في مفهومه الموضوعي – لا الشكلي – يقتضي ان تكون تصرفات الدولة خاضعة لمعايير عقلانية قابلة للرقابة والتحقق، وهو ما يشكل بدوره الارضية الفلسفية لمبدأ التناسب. وقد سلك الفقه الدستوري الجزائري المعاصر مسلك الاشارة الى هذا الربط الضمني، غير ان المحكمة الدستورية لم تستثمره بعد في قراراتها[33].

وفي السياق الدولي المدمج دستوريا بموجب المادة 132 من دستور 2020 التي تعلي المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، صادقت الجزائر على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي تلزم مادته الرابعة عشرة الدول عند تقييد الحقوق بالاقتصار على القدر الضروري والمتناسب.[34] وهذا الالتزام الدولي يوفر مدخلا اضافيا لاستيعاب مبدأ التناسب ضمن المنظومة الدستورية الجزائرية بصورة تجعل اهماله القضائي ليس فقط ثغرة منهجية بل خرقا ضمنيا لالتزام دولي نافذ.

المطلب الثاني: تقييم الحضور الاجتهادي للمبدأ في القضاء الجزائري

يستوجب التقييم العلمي الامين ان يتجنب الباحث حكمين متطرفين كليهما مضلل: الاول هو الادعاء بان مبدأ التناسب حاضر بشكل جيد في الاجتهاد الجزائري، والثاني هو الحكم بغيابه المطلق. والحقيقة التي تكشفها الدراسة الدقيقة للقرارات الجزائرية هي وجود «تناسب

بلا اسم»: توظيف عملي جزئي للمبدأ في حالات بعينها دون ان يسمى ودون ان يبنى عليه منهج صريح ومنسجم.

على صعيد المحكمة الدستورية الجزائرية - التي لا تزال في مراحلها التاسيسية الاولى- يتسم الاجتهاد الراهن بالميل الى الرقابة الشكلية المستندة الى المطابقة الحرفية للنص الدستوري.[35] فالمحكمة في الغالب تتساءل: «هل النص التشريعي المطعون فيه يتعارض مع حكم دستوري صريح؟»، لا «هل هذا النص متناسب مع الغاية التي اريد له تحقيقها؟». وهذا التمييز ليس تفصيلا منهجيا بل يعكس فرقا جوهريا في مستوى الرقابة وعمقها؛ فالرقابة الشكلية تفلت منها كثير من الانتهاكات الحقوقية التي تقع في المساحة الرمادية التي لا تعالجها النصوص الدستورية الصريحة.

وعلى صعيد مجلس الدولة الجزائري، تكشف دراسة قراراته عن ظاهرة اكثر اثارة للاهتمام: فبعض القرارات تجري ضمنيا ما يشبه اختبار التناسب دون ان تعلن ذلك او توظف منهجيته الصريحة.[36] فحين يصرح المجلس بان قرارا اداريا «جاء متجاوزا للحد اللازم» او «افرط في استعمال السلطة دون ضرورة موضوعية»، فانه في الحقيقة يطبق بشكل حدسي عنصر الضرورة في اختبار التناسب.[37] غير ان الحدسي لا يصنع اجتهادا مستقرا ولا يغني عن المنهجي في بناء سابقة قضائية قابلة للاستناد والتطوير.

ومن ابرز اسباب هذا القصور التكويني ان القانون الدستوري المقارن لا يحظى بمساحة كافية في مناهج الدراسة القانونية الجزائرية، مما يعني ان غالبية القضاة الجزائريين لم يتلقوا تكوينا يعرفهم بالاختبار الثلاثي لمبدأ التناسب وبالكيفية التي توظفه بها المحاكم الكبرى.[38] ويفاقم من هذا القصور غياب التقليد الاكاديمي الذي يغذي القضاة بالادوات المنهجية والحالات التطبيقية التي تيسر توظيف المبدأ في القضايا الفعلية. فالمبدأ الذي لا يدرس لا يطبق، والاجتهاد الذي لا يعلم لا يتراكم.

كما يسهم في هذا القصور ما يمكن تسميته ب«متلازمة الرقابة الشكلية» الموروثة من التقليد القانوني الفرنسي التقليدي الذي اول ما وصل الى الجزائر هو نسخته الكلاسيكية المتحفظة قبل ان يجدده مجلس الدولة الفرنسي ذاته تجديدا جوهريا منذ الثمانينيات.[39] وهذا يعني ان المنظومة القضائية الجزائرية تعمل بنسخة من التراث الفرنسي كان قد تجاوزها القضاء الفرنسي نفسه. وهذا التباين بالذات يجعل الاصلاح ليس خروجا عن الاصل بل عودة الى احدث اصداراته المحينة.

المطلب الثالث: نحو توظيف جزائري متجدد - اقتراحات الاصلاح

يقدم هذا المطلب اقتراحات اصلاحية مبنية على ما كشفته الدراسة النظرية والمقارنة في المبحثين السابقين، ومنطلقة من قناعة راسخة مفادها ان العائق الرئيسي امام توطين مبدأ التناسب في المنظومة الجزائرية ليس النصوص - فهي موجودة وصالحة - بل الارادة الاجتهادية والثقافة القضائية والتكوين القانوني. وتتوزع الاقتراحات على ثلاثة مستويات متكاملة: القضائي الدستوري، والاداري، والاكاديمي التكويني.

على المستوى القضائي الدستوري، يوصي البحث بان تصدر المحكمة الدستورية الجزائرية قرارا مبدئيا صريحا يعلن ان مبدأ التناسب مبدأ دستوري عام مستنبط من المادتين 34 و35 من دستور 2020 ومن ديباجته المكرسة لدولة القانون.[40] ولن يكون ذلك ابتكارا من فراغ، بل ستسلك المحكمة المسلك الاستنباطي ذاته الذي سلكته المحكمة الدستورية الالمانية والمجلس الدستوري الفرنسي حين استنبطا مبادئ دستورية كبرى لم يصرح بها النص. ولهذا القرار المبدئي اهمية استراتيجية مزدوجة: فهو يلزم المحاكم الادنى بتطبيق المبدأ ويوفر للمتقاضين سلاحا قانونيا جديدا يمكنهم الاحتجاج به في مواجهة التدابير الادارية والتشريعية المفرطة.

وعلى المستوى الاداري القضائي، يوصي البحث بان يصدر مجلس الدولة الجزائري دورية موحدة تحدد المنهجية الواجبة في مراجعة قرارات الضبط الاداري المقيدة للحريات، ملزمة الدوائر الادارية باجراء اختبار التناسب الثلاثي صراحة وتسجيله في حيثيات قراراتها.[41] ويمكن ان يستلهم مجلس الدولة في هذا الشان مسار مجلس الدولة الفرنسي الذي اصدر عام 2011 قرارا جمعيا مهما ارسى بموجبه معيار التناسب في مراجعة القيود على الحريات الاساسية، معلنا ان السلطة التقديرية للادارة لا تعفيها من الخضوع لرقابة التناسب الكاملة[42].

وعلى المستوى الاكاديمي والتكويني الذي لا يقل اهمية عن المستوى القضائي بل ربما يسبقه في الاثر البعيد، يوصي البحث بان تدرج المدرسة العليا للقضاء في مناهجها مادة متخصصة في الرقابة الدستورية والادارية المقارنة تتناول مبدأ التناسب تناولا تحليليا عمليا، مرفقا بحالات تطبيقية مستمدة من القرارات الالمانية والفرنسية والاوروبية وبتمارين محاكاة قضائية تمكن المتكونين من استيعاب منهجية الاختبار الثلاثي.[43] فالاجتهاد لا يتجدد الا حين يجدد العقل القانوني ادواته المنهجية[44].

خاتمة:

خرجت هذه الدراسة بجملة من النتائج والتوصيات يمكن اجمالها على النحو الاتي:

على صعيد النتائج، اثبتت الدراسة ان مبدأ التناسب ليس مجرد اداة تقنية في يد القاضي بل تجسيد منهجي لفلسفة سياسية عميقة ترفض ان تحول الدولة الى قيد مطلق على

الحرية وترسي بدلا من ذلك معيار الضرورة والملاءمة والموازنة محكما في العلاقة بين السلطة والحق. كما اثبتت ان الاجتهاد المقارن في نماذجه الثلاثة – الالماني والاوروبي والفرنسي – لم يفض الى نموذج احادي قابل للنقل الآلي، بل انتج مقاربات متباينة تتقاطع في الجذر وتتباين في التفاصيل، مما يكرس حق كل نظام قانوني في تكييف المبدأ مع خصوصياته الثقافية والمؤسسية.

وعلى الصعيد الجزائري تبرز ثلاث نتائج: اولها ان الاساس الدستوري للمبدأ موجود في دستور 2020 ويستوجب استنباطا قضائيا واعيا لا تاسيسا جديدا. وثانيها ان الغياب المنهجي للمبدأ في اجتهادي المحكمة الدستورية ومجلس الدولة يشكل ثغرة حمائية جدية، لان الرقابة الشكلية القائمة لا تصل الى المنطقة الرمادية التي تحدث فيها معظم الانتهاكات الفعلية. ومن الناحية المنهجية تثبت الدراسة ان استنباط مبدأ التناسب من نص دستوري ضمني ليس بدعة بل هو المسلك الذي سلكته المحاكم الكبرى.

وعلى صعيد التوصيات، يوصي البحث بثلاث اولويات متكاملة: اولاها اصدار المحكمة الدستورية قرارا مبدئيا يكرس مبدأ التناسب دستوريا مستنبطا من المادتين 34 و35. وثانيتها اصدار مجلس الدولة اجتهادا توحيديا يرسخ الاختبار الثلاثي في مراجعة قرارات الضبط الاداري. وثالثتها ادراج المبدأ في مناهج التكوين القضائي بصورة منهجية وعملية مدعمة بحالات تطبيقية. وبهذه الخطوات الثلاث المتكاملة يستطيع الاجتهاد القضائي الجزائري ان يلتحق بمصاف المنظومات الدستورية الراقية، مثبتا ان حماية الحرية ليست مضادة لمتطلبات النظام بل هي شرطه الاهم وضمانة استدامته.

الهوامش:

[1] - *Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 3-8.*

[2] *Alec Stone Sweet and Jud Mathews, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», Columbia Journal of Transnational Law, vol. 47, no. 1, 2008, p. 72.*

[3] – الدستور الجزائري المؤرخ في 1 نوفمبر 2020، المادتان 34 و35، المرسوم الرئاسي رقم 20–442، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، 30 ديسمبر 2020.

[4] - *Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 7-12.*

[5] - *Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat ،ibid pp. 7-12.*

[6] - *Bundesverfassungsgericht (BVerfG), BVerfGE 7, 377 — Apothekenurteil, 11 June 1958, pp 40-52.*

[7] - *Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, trans. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, §§. 66-69.*

[8] - *Matthias Klatt and Moritz Meister, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 8-14.*

[9] - *BVerfGE 80, 137 — Reiten im Walde, 6 June 1989, § 28.*
[10] - *Robert Alexy ،ibid ،pp. 100-110.*
[11] - *BVerfGE 90, 145 — Cannabis, 9 March 1994, §§ 88-103.*
[12] - *Conseil d'Etat français, arret Benjamin, 19 mai 1933, Rec. Lebon, p. 541.*
[13] - *Kai Moller, The Global Model of Constitutional Rights, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 87-99.*
[14] - *Vicki C. Jackson, «Being Proportional about Proportionality», Constitutional Commentary, vol. 21, 2004, pp. 803-825.*
[15] - *Robert Alexy ،ibid ،p. 105.*
[16] - *BVerfGE 115, 118 — Luftsicherheitsgesetz, 15 February 2006, §§ 120-155.*
[17] - *Alec Stone Sweet and Jud Mathews ،ibid ،pp. 72-164.*
[18] - *Bundesverfassungsgericht (BVerfG), BVerfGE 7, 377 — Apothekenurteil, 11 June 1958, §§ 40-52.*
[19] - *Matthias Klatt and Moritz Meister, ibid, pp. 8-14.*
[20] - *Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp, 2002, pp. 14-20.*
[21] - *European Court of Human Rights, S.A.S. v. France, Application no. 43835/11, Grand Chamber Judgment, 1 July 2014, §§ 121-159.*
[22] - *European Court of Human Rights, Barbulescu v. Romania, Application no. 61496/08, Grand Chamber Judgment, 5 September 2017, §§ 115-140.*
[23] - *Court of Justice of the European Union, Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle, [1970] ECR 1125.*
[24] - *Court of Justice of the European Union, Case C-331/88, The Queen v. Minister of Agriculture, ex parte Fedesa, [1990] ECR I-4023, § 13.*
[25] - *Xavier Dupre de Boulois, Droits et libertes fondamentaux, 3e ed., PUF, Paris, 2021, pp. 78-84.*
[26] - *Conseil d'Etat français, arret Benjamin, 19 mai 1933, Rec. Lebon, p. 541.*
[27] - *Conseil d'Etat français, Assemblee, 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, Rec. Lebon, p. 409.*
[28] - *Conseil constitutionnel français, decision n° 2015-527 QPC du 22 decembre 2015, Assignations a residence dans le cadre de l'etat d'urgence, §§ 8-14.*
[29] - *Pierre de Montalivet, «Dix ans de QPC: Un bilan contraste», Revue du droit public, n° 2, 2020, pp. 419-422.*
[30] – الدستور الجزائري المؤرخ في 1 نوفمبر 2020، المادة 34، المرسوم الرئاسي رقم 20-442، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، 30 ديسمبر 2020.
[31] – الدستور الجزائري المؤرخ في 1 نوفمبر 2020، المادة 35، المرسوم الرئاسي رقم 20-442، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82، 30 ديسمبر 2020.
[32] – الدستور الجزائري المؤرخ في 1 نوفمبر 2020، الديباجة، ومبدأ دولة القانون، مرجع سابق.
[33] – عدو عبد القادر، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الجزائر، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 198.
[34] – عمر سعد الله، القانون الدولي لحقوق الانسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص ص 225-230.
[35] – المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 03/م.د/2023 المؤرخ في 20 مارس 2023، *www.conseil-constitutionnel.dz*

[36] – مقلد غادي عاطف، «رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري»، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص ص 22–43.

[37] – مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 011597 المؤرخ في 12 فبراير 2007، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2007، ص 98.

[38] – عدو عبد القادر، الرقابة القضائية على اعمال الادارة في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 198–207.

[39] – عدو عبد القادر، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الجزائر، مرجع سابق، ص 207.

[40] – المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 03/م.د/2023، المرجع السابق.

[41] – القانون العضوي رقم 98–01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، العدد 37، 1 يونيو 1998.

[42] - *Xavier Dupre de Boulois, ibid, pp. 78-84.*

[43] – عدو عبد القادر، المرجع السابق، ص 198.

[44] – مقلد غادي عاطف، المرجع السابق، ص 43.