التوجه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي بشأن مفهوم الحرية الأساسية

أ/ لعقابي سميحة جامعة سطيف02
أ/ بشير الشريف شمس الدين جامعة سطيف02

****

ملخص:

أعطى مجلس الدولة الفرنسي، في توجه حديث له، مفهوما للحرية الأساسية تميّز بالبراغماتية في التقدير، حيث تبنى في تحديده لهذا المفهوم مقاربة تقوم على ثلاث خصائص أساسية هي التوسع، الاستقلالية والحداثة. وقد ترتب عن هذه المقاربة التوسع في مفهوم الحرية الأساسية، من جهة، وإقصاء المفاهيم التقليدية المجاورة لها كمفهوم حقوق الإنسان ومفهوم الحريات العمومية من أن تكون محددا مرجعيا لمفهومها، من جهة ثانية.

وبالنسبة لمعيار مدى أساسية الحرية، فقد تبنى المجلس معيارا ماديا، يقوم على النظر إلى مدى أهمية وجوهرية الحرية المطلوب حمايتها، منكرا بذلك المعيار الشكلي التقليدي القائم على الرجوع إلى مرتبة النص القانوني الضامن للحرية ضمن هرم تدرج القواعد القانونية.

الكلمات المفتاحية: الحرية، الأساسية، قضاء الاستعجال، معيار.

Résumé:

Dans une orientation moderne, le Conseil d'Etat français a donné un concept de liberté fondamentale caractérisé par le pragmatisme dans l'appréciation, en adoptant une approche basée sur trois caractéristiques fondamentales: l'expansion, l'indépendance et la modernité. Cette approche a conduit à l'expansion du concept de liberté fondamentale, d'une part, et à l'exclusion des concepts traditionnels proches, tels que le concept de droits de l'homme et le concept de libertés publiques, en tant que référence à son concept.

Pour le critère de la liberté fondamentale, le Conseil a retenu un critère matériel, fondé sur l'importance et l'essentialité de la liberté à protéger, Niant ainsi le critère formel traditionnel, basé sur la valeur du texte légal garantissant la liberté dans la hiérarchie des normes juridiques.

Mots clés: *La liberté, la fondamentalité, le référé, critère.*

مقدمة:

تعتبر الحرية الأساسية، بوصفها قيمة إنسانية، من أكثر المواضيع التي أثارت الجدل في فقه القانون العام وقضائه، حيث ورغم أنها عبارة مألوفة واستعملت كلاسيكيا في مجال المنازعات

الدستورية والإدارية، حيث استقر القضاء على اعتبارها شرطا من شروط تفعيل نظرية التعدي، إلاّ أنها أثارت تساؤلات حقيقية أو جديّة تتعلق بضبط مفهومها، وذلك بسبب طابعها النسبي، والذي جعل منها على حد تعبير الأستاذ **Jean-François SESTIER** ثمرة طريّة أو ليّنة لكل أن يعجنها بطريقته، وذلك تبعا لقناعاته وبتأثير من ذاتيته[1].

وبالإضافة إلى طابع النسبية الذي يميّز مفهوم الحرية الأساسية، يبرز إكراها آخر صعب من مهمة تحديد مفهومها هو امتناع المشرع عن الخوض في هذا المفهوم، وكذلك اقترابها وتداخلها مع بعض المفاهيم الأخرى المجاورة لها كمفهوم الحريات العمومية، مفهوم حقوق الإنسان ومفهوم الحريات الفردية. وقد أدت هذه الإكراهات إلى تعدد المفاهيم التي أعطاها كل من الفقه والقضاء للحرية الأساسية، بين من يركز على المقاربة المعيارية في تعريفها، أي على مرتبة النص الضامن لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية، ومن يستند إلى المقاربة المادية القائمة على تقرير مدى أهمية الحرية لتقرير مدى أساسيتها.

وإزاء هذه التباينات، حاول مجلس الدولة الفرنسي في توجه حديث له، ظهر بعد صدور قانون العدالة الإدارية سنة 2000، والذي أعطى لقاضي الاستعجال الإداري سلطة اتخاذ جميع التدابير الضرورية لحماية الحريات الأساسية من الانتهاكات الموصوفة بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة التي قد تقع عليها من جانب الإدارة في إطار ما يعرف بقضاء استعجال الحرية الأساسية le référé-liberté fondamental رسم معالم هذا المفهوم. لذلك نتساءل في هذه الورقة البحثية عن **مدى مساهمة هذا التوجه في إعلاء قيمة الحرية، ومن ثم ترسيخ مسعى بناء دولة القانون؟.**

للإجابة عن هذه الإشكالية، تم الاعتماد أساسا على المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والمتعلقة بتحديد مفهوم الحرية الأساسية. أما عن هيكلة الدراسة، فنقسمها وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: مقاربة مجلس الدولة الفرنسي لمفهوم الحرية الأساسية.

المطلب الأول: المقاربة التوسعية في تحديد مفهوم الحرية الأساسية.

المطلب الثاني: مقاربة الاستقلالية في تحديد مفهوم الحرية الأساسية.

المطلب الثالث: مقاربة الحداثة في تحديد مفهوم الحرية الأساسية.

المبحث الثاني: معيار "أساسية" الحرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

المطلب الأول: المعايير التقليدية لوصف "الأساسية" الملحق بالحرية.

المطلب الثاني: المعيار القضائي الحديث.

المبحث الأول: مقاربة مجلس الدولة الفرنسي لمفهوم الحرية الأساسية.

في غياب التحديد التشريعي المسبق لمفهوم الحرية الأساسية، وإزاء الاختلاف الفقهي حول هذا المفهوم، حاول مجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه أن يضع مفهوما للحرية الأساسية، تميز بثلاث مقاربات أساسية هي الاتساع، الاستقلالية والحداثة.

المطلب الأول: المقاربة التوسعية في تحديد مفهوم الحرية الأساسية

أعطى مجلس الدولة الفرنسي مفهوما واسعا للحرية الأساسية، وقد تجلّى ذلك في أمور ثلاثة، **أولها**، إسباغ وصف الحرية الأساسية على مبدأ الإدارة الحرّة للجماعات الإقليمية le principe de libre administration des collectivités territoriales، وكان ذلك في قراره الصادر بتاريخ **18** جانفي **2001**[2] في قضية Commune de Venelles، وبذلك تجاوز التصور التقليدي لمفهوم الحرية الأساسية القاضي بقصر الاعتراف بها على الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة دون الأشخاص المعنوية العامة.

وقد اعتبر هذا القرار بمثابة الرمز للمفهوم القضائي الواسع للحرية الأساسية، فحسب المحافظين **Gyomar** و **Collin**، فإن مجلس الدولة بهذا القضاء قد برهن على جرأته، من خلال إدراج مبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية ضمن قائمة الحريات الأساسية، وهو في نظرهما أمر طبيعي لأن صورة القضاء الإداري كانت على المحك[3].

وثانيها، اعتبار كل حرية نص عليها الدستور حرية أساسية يستغرقها إجراء الحماية الخاصة، حيث تبنى المجلس في هذا الصدد مقاربة معيارية تقوم على التلازم المفترض بين صفتي الأساسية والدستورية. وهكذا، فقد أضفى وصف الحرية الأساسية على مبدأ الإدارة الحرّة للجماعات الإقليمية تأسيسا على النص عليها في المادة 72 من الدستور، وعلى حق اللجوء[4] le droit d'asile الذي يجد سنده في المادة 1/53 من دستور 1958، وكذلك حرية الرأي، حرية الانتخاب، حرية التنقل،...

كما لم يقصر المجلس وصف الحرية الأساسية على ما ورد في نصوص الدستور فحسب، بل مده إلى الحريات الواردة في ديباجته كحرية الإضراب، وكذلك إلى المبادئ التي اعتبرها المجلس الدستوري ذات قيمة دستورية مثل مبدأ التعددية[5].

وثالثها، أن مجلس الدولة الفرنسي أسبغ وصف الأساسية على حريات لم يرد النص عليها في الدستور، بل تضمنتها نصوص تحت دستورية des normes infraconstitutionnelles، مما يعني أنه أخذ في هذا الصدد بالمعيار المادي المرتكز على مدى أهمية وجوهرية الحرية المطلوب حمايتها وليس على مرتبتها في سلّم تدرج النصوص القانونية. وتطبيقا لهذه المقاربة المادية، اعتبر المجلس حرية الرأي للأعوان العموميين وكذلك الحرية النقابية حريات أساسية رغم ورود النص عليها في قانون عادي هو قانون الوظيفة العمومية لسنة 1983، كما اعتبر أن حق الطالب الناجح في شهادة البكالوريا في اختيار المؤسسة التي يكمل فيها دراساته الجامعية هو حرية أساسية، مستندا في ذلك ليس على قيمتها الدستورية، وإنما على المواد L612-2 و L612-3 من تقنين التربية[6].

وكما اعتد مجلس الدولة الفرنسي بالحماية التشريعية للحرية لإسباغ وصف الأساسية عليها، فإنه أخذ كذلك بالحماية تحت التشريعية وفوق التنظيمية la protection infralégislative et supradécrétale أو الحماية المستمدة من المبادئ العامة للقانون للقول بتوافر هذا الوصف. وتطبيقا لذلك، فقد اعتبر في قراره الصادر بتاريخ **30** أكتوبر **2001**[7] أن الحق في الحياة العائلية العادية le droit de mener une vie familiale normale هو حرية أساسية تجد مصدرها في نظرية المبادئ العامة للقانون، وهو ما يستشف ضمنيا من استدعاء المجلس لعبارة المبدأ القانوني العام الذي أقرّه سنة 1978 لتوصيف هذا الحق، بدل الصياغة الواردة في نص المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[8]، وكذلك من موقف محافظ الحكومة بالمجلس السيّدة **De Silva** التي أشارت في مذكرتها حول هذه القضية، إلى أن هذا الحق يتمتع بحماية ثلاثية بدأتها بنظرية المبادئ العامة للقانون[9]. و هو موقف يدل بلا شك على جواز الاستناد إلى نظرية المبادئ العامة للقانون لإسباغ وصف الأساسية على حرية ما.

المطلب الثاني: مقاربة الاستقلالية في تحديد مفهوم الحرية الأساسية

بالإضافة إلى المقاربة التوسعية، أعطى مجلس الدولة الفرنسي مفهوما للحرية الأساسية تميّز كذلك بالاستقلالية l'autonomie، حيث رفض في تحديده للمفهوم الارتكاز على معايير فقهية محددة مسبقا، كما رفض اتخاذ بعض الأنظمة الأخرى التي عرفت هذا الاصطلاح مرجعا يستند إليه لضبط مفهوم الحرية الأساسية، ومن ثم كانت مقاربته مستقلة تماما عن أي بناء نظري وعن كل توصيف قانوني أو قضائي سابق للمفهوم[10].

وهكذا، فقد شيّد المجلس مفهوما للحرية الأساسية خاصا به وبمجال إعمال قضاء استعجال الحرية، حيث وفي كل مرة يؤكد في قراراته أن الحرية المطلوب حمايتها تكتسب وصف الأساسية من عدمه في حدود المعنى المقصود في قضاء استعجال الحرية دون غيره. وقد أراد المجلس بهذا التوجه أن يبرز أنه ليس أسيرا لمفهوم سبق وضعه للحرية الأساسية في أنظمة منازعاتية أخرى كما هو الحال في نظرية الضبط الإداري أو نظرية التعدي، وفي هذا المعنى يقول المحافظ **Bachelier** أن: **"تفحص قضاء مجلس الدولة يكشف أنه يظهر نوعا من الاستقلالية، حيث يؤكد في كل قرار من قراراته أن هذه الحرية أو تلك هي حرية أساسية أم لا بمدلول نص المادة L521-2 من قانون العدالة الإدارية. إنه إذن ليس أسيرا لقوائم أو لتعريفات أعطيت هنا أو هناك لحق محدد."**[11].

المطلب الثالث: مقاربة الحداثة في تحديد مفهوم الحرية الأساسية

تبرز مقاربة الحداثة التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في تحديده لمفهوم الحرية الأساسية، من خلال تبنيه توجها ليبراليا تجاوز من خلاله بعض المفاهيم المجاورة للحرية الأساسية كمفهوم حقوق الإنسان والحريات العمومية، كما تجاوز أيضا التفرقة الكلاسيكية القائمة بين الحقوق والحريات الأساسية[12].

الفرع الأول: تجاوز مفهوم حقوق الإنسان

إن المشرع الفرنسي بجعله لمفهوم الحرية الأساسية وليس حقوق الإنسان هو مجال إعمال قضاء استعجال الحرية، فإنه يكون قد اعترف بصفة غير مباشرة بأنه إذا كانت حقوق الإنسان كفكرة تظل مهمة ومفيدة، فإن عيوبها تجعلها قاصرة بصفة مؤكدة على أن تكون أداة لحماية الحريات الأساسية[13]. وعليه، إذا كان التأثير الحاسم لحقوق الإنسان في الأنظمة المعاصرة لحماية الحقوق الأساسية أمرا مسلما به، فإنه في المقابل، لا يمكن إنكار أن هذا المفهوم يثير العديد من المعوقات التي تجعله غير صالح لأن يكون مرجعا يعتد به في تحديد مفهوم الحرية الأساسية.

أول هذه المعوقات هو ارتباط مفهوم حقوق الإنسان بالإنسان ذاته، وهي خاصية يترتب عليها نتيجة أساسية مفادها، أن هذه الحقوق لا يعترف بها إلاّ للأشخاص الطبيعية دون الأشخاص المعنوية، ومن ثم يكون من شأن الاعتداد بها في رسم مفهوم الحرية الأساسية أن يؤدي إلى التضييق من مجال إعمال قضاء استعجال الحرية، وهو أمر يناقض السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي في توسيع مجال الحماية ليطال حتى الحريات المقررة لصالح الأشخاص المعنوية العامة، على نحو ما سبق عرضه.

أما الإكراه الآخر، فيتمثل في غموض مفهوم حقوق الإنسان ذاتها وعدم الاتفاق بشأنه، إذ لم يقع إلى حد اليوم التوصل إلى رسم معالم هذا المفهوم بسبب طابعه الفلسفي والإيديولوجي، حيث تبدو فكرة حقوق الإنسان أقرب إلى مجال الإيديولوجيا منها إلى مجال القانون، وهذا بذاته كاف لتبرير إقصائها من أن تكون مفهوما مرجعيا لمجال إعمال قضاء استعجال الحرية[14].

الفرع الثاني: تجاوز مفهوم الحريات العمومية

إن تخلي المشرع الفرنسي عن اصطلاح الحريات العمومية لصالح الحريات الأساسية في مجال إعمال قضاء استعجال الحرية، يعبّر دون شك عن رغبته في استبعاد هذا المفهوم الكلاسيكي من أن يكون محددا لمفهوم الحرية الأساسية. وقد استوعب مجلس الدولة الفرنسي هذه الإشارة التشريعية، فأعطى للحرية الأساسية مفهوما مستقلا عن الحرية العمومية، ورفض أن تكون هذه الأخيرة مفهوما مرجعيا لتحديد وضبط مفهوم الحرية الأساسية.

وقد ترتب عن هذا التجاوز من مجلس الدولة الفرنسي لمفهوم الحريات العمومية عند تحديده لمفهوم الحرية الأساسية ثلاث نتائج جوهرية على صعيد مجال إعمال قضاء استعجال الحرية، **أولها**، توسيع قائمة الحريات القابلة للحماية وفق هذا الإجراء، **وثانيها**، التوسع في قائمة المستفيدين منه، **وثالثها**، إعمال الأثر الأفقي وليس فقط العمودي للحريات الأساسية[15].

سمح تبني مجلس الدولة الفرنسي لمقاربة "استقلالية مفهوم الحرية الأساسية عن مفهوم الحرية العمومية" بتوسيع جوهري لقائمة الحريات القابلة لحمايتها بواسطة إجراء الحماية الخاصة، ذلك أن الحريات العمومية وفقا لمفهومها التقليدي تقتصر فقط على ما يطلق عليه "**الحقوق-**

الحريات" droits-libertés كالحريات الفردية، حرية الاجتماع، حرية الضمير، حرية الرأي، حرية العمل، حق الملكية، حق اللجوء...، ومن ثم يخرج عن نطاقها ما يعرف ب **"حقوق المشاركة" droits-participation** كالحق في الانتخاب، **"حقوق الدائنية" droits-créance** كالحق في الصحة، الحق في العمل والحق في الضمان الاجتماعي، و**"الحقوق- الضمانات" droits-garanties** كالحق في التقاضي، الحق في الدفاع، والحق في المساواة.

بينما تستوعب الحريات الأساسية جميع هذه الحقوق والحريات[16]، ومن ثم يظهر مفهومها أكثر اتساعا من مفهوم الحريات العمومية، وهو ما قصدته المحافظة **De Silva** بقولها أن: **"الحرية الأساسية هي مفهوم يتجاوز مفهوم الحريات العمومية وأوسع منها نطاقا"**[17]، ونفس المعنى ذهب إليه المحافظ **Vandermeeren** حين اعتبر أن قائمة الحريات الأساسية لا تشمل فقط الحريات العمومية بمعناها المعروف في التقاليد الجمهورية وفي المادة 34 من الدستور(حرية التنقل، حرية التفكير، حرية العقيدة، حرية الصحافة، حرية الاجتماع، حرية الجمعيات، حرية التعليم، حرية التجارة والصناعة، حرية العمل، الحرية النقابية،...)، بل تشمل كذلك حريات أخرى ذات قيمة جوهرية، كما تستفيد آليا على غرار سابقتها (الحريات العمومية) من الحماية الدستورية(الحق في السلامة البدنية، الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية، الحق في اللجوء، حرية الاتصال السمعي البصري،...)[18].

وبالإضافة إلى اتساع النطاق الموضوعي، سمحت مقاربة الاستقلالية كذلك بتوسيع النطاق الشخصي لقضاء استعجال الحرية، حيث أتاح التأصيل المستقل لمفهوم الحرية الأساسية عن مفهوم الحرية العمومية لقاضي الاستعجال الإداري إمكانية التوسع في قائمة الأشخاص المؤهلين للاستفادة من هذا القضاء، لأنه إذا كانت الحريات العمومية لا يمكن أن يستفيد منها إلاّ الأشخاص الطبيعية أو الأفراد، فإن دائرة الاستفادة من الحريات الأساسية تتسع لتشمل الأشخاص الطبيعية، الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

ولم يتردد مجلس الدولة الفرنسي منذ دخول القانون رقم **597/2000** المؤرخ في **30 جوان 2000** والمتعلق بالاستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية حيز التطبيق في تكريس هذه الخصوصية، حيث اعتبر مبدأ الإدارة الحرّة للجماعات الإقليمية حرية أساسية قابلة للدفاع عنها وفق إجراء الحماية الخاصة رغم أنه مبدأ معترف به فقط للأشخاص المعنوية العامة. وهكذا، واستئناسا بهذه السابقة القضائية، يستطيع قاضي الاستعجال الإداري، كما يقول مفوض الحكومة **Laurent Touvet** أن يضع حدّا للتدخل المباشر لممثل الدولة في تسيير الجماعة الإقليمية، أو أن يوقف تنفيذ القرار الإداري الصادر عن السلطة المركزية بحل المجلس المحلي[19].

أخيرا، أفضى التأصيل المستقل لمفهوم للحرية الأساسية عن الحرية العمومية إلى التوسع في آثار الحماية الخاصة، حيث سمح للأفراد بحماية حرياتهم المعتبرة أساسية ليس فقط في علاقاتهم

العمودية مع السلطة العمومية، ولكن أيضا في علاقاتهم الأفقية مع غيرهم من الأشخاص الخاصة[20].
فإذا كان من المألوف أن يخطر الطاعن قاضي الاستعجال الإداري طالبا وقف الانتهاك الواقع على حريته الأساسية من طرف الإدارة، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أرسى مبدآ جديدا خرج بمقتضاه عن هذا الأصل التقليدي، وذلك في قراره الصادر بتاريخ **24 فيفري 2001**[21] في قضية Tibéri، التي تتلخص وقائعها في أن شركة +Canal لم تستدع السيّد Tiberi، وهو أحد المرشحين للانتخابات، للمشاركة في حوار تلفزيوني من المفترض أن يجمع المرشحان الأساسيان لهذه الانتخابات.

وقد أثارت هذه القضية تساؤلا جوهريا، يتعلق بمدى إمكانية أن يطلب شخص خاص وهو السيّد Tibéri من قاضي الاستعجال الإداري أن يلزم شخصا خاصا آخر هو شركة +Canal بدعوته للحوار التلفزيوني عن طريق إخطار المجلس الأعلى للسمعي البصري، وذلك باسم احترام مبدأ التعدديةle principe de pluralisme الذي يعتبر أحد الحريات المعترف بأساسيتها. ورغم أن مجلس الدولة قد رفض هذا الطلب لعدم التأسيس، إلاّ أنه بتصريحه باختصاصه بالنظر فيه يكون قد قبل ضمنيا مبدأ جواز الفصل في طلب يهدف إلى إلزام المجلس الأعلى للسمعي البصري بتوجيه أمر إلى شركة +Canal بضرورة توسيع الحوارات التلفزيونية امتثالا لمبدأ التعددية في الرأي والتعبير.

وعليه، أجاز قاضي الاستعجال الإداري بمجلس الدولة الفرنسي بصفة ضمنية وغير مباشرة أن يطلب أحد الخواص أمامه بحماية حريته الأساسية المنتهكة من شخص آخر له نفس طبيعته، شريطة أن يكون هذا الأخير خاضعا لرقابة شخص معنوي عام له اختصاص ضبطي.

الفرع الثالث: تجاوز التفرقة الكلاسيكية بين الحريات والحقوق الأساسية

وفقا للتصور التقليدي لمفهوم الحقوق والحريات، يتميّز الحق عن الحرية في كون هذه الأخيرة هي القدرة المعترف بها للفرد على الاختيار الذاتي le pouvoir d'autodétermination في تفكيره و/ أو في فعله، ومن ثم تفترض التزاما سلبيا بالامتناع يقع على عاتق الدولة، بينما يفترض الحق التزاما إيجابيا بالفعل من جانب السلطات العمومية[22].

وقد تعرضت هذه التفرقة الكلاسيكية للنقد من جانب فقهاء قضاء استعجال الحرية، حيث اعتبر السيّد **Garrec** وهو مقرر اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ الفرنسي في تقريره عن مشروع قانون 30 جوان2000 أن مفهوم الحرية لا ينفصل عن مفهوم الحق، وأن عبارة الحقوق والحريات الأساسية **" لا تبدو قادرة على استيعاب تفتيتها إلى حريات أساسية من جهة وحقوق أساسية من جهة أخرى"**[23].

وفي نفس المعنى، يقول **Trémeau** أن **"هذا الاختلاف بين الحق والحرية يبدو اصطناعيا تماما في آفاق نظرية الحقوق والحريات الأساسية"**[24]، وهو ما أيّده الفقيه الكبير **Favoreu** حينما اعتبر أن التفرقة بين الحرية الأساسية وحق الملكية المكرسة في المفهوم القضائي لنظرية التعدي ليس لها أي معنى[25].

وقد طرحت مسألة التفرقة بين الحقوق والحريات الأساسية في مجال إعمال قضاء استعجال الحرية، لأن المشرع قصر هذه القضاء على الحريات الأساسية وسكت عن الحقوق، فلم يتطرق إليها لا إثباتا ولا نفيا، وهو ما أثار تساؤلا مفاده هل أن الحرية الأساسية هي مفهوم يستغرق الحقوق؟. تصدى مجلس الدولة الفرنسي للإجابة عن هذا التساؤل، وأعطى لسكوت المشرع تفسيرا اتسم بنوع من البراغماتية المعتدلة المألوفة في قضائه، حيث انحاز لصالح مقاربة توسعية نسبية لمجال إعمال إجراء الحماية الخاصة، من خلال إدراج بعض الحقوق فقط ضمن قائمة الحريات الأساسية كحق الملكية، الحق الانتخاب، الحق في الحياة العائلية العادية، حقوق الدفاع وحق المريض الراشد في التعبير عن موافقته على العلاج[26].

ولم يتوقف المجلس عند هذه الحقوق التي تستجيب بذاتها لمقومات الحرية الأساسية، بل اعتبر حقوقا أخرى بمثابة حريات أساسية رغم أنها تخرج عن المفهوم التقليدي للحرية الأساسية، كونها تحتاج ليس إلى امتناع، بل إلى فعل إيجابي من جانب السلطات العمومية في الدولة، كما هو الحال بالنسبة لحق اللجوء، حيث اعتبر المجلس أن احترامه يشكل متطلبا وشرطا لممارسة الأشخاص المعنيين به للحريات المعترف بها بصفة عامة للرعايا الأجانب[27]. بمعنى أن مجلس الدولة لم يعتبر حق اللجوء حرية أساسية في ذاته، وإنما لأنه يشكل شرطا لممارسة حرية أساسية، أو بعبارة أخرى، لم يضفي صفة الأساسية على حق اللجوء لذاته وإنما لغيره.

إن ما دفع مجلس الدولة الفرنسي لتجاوز التمييز التقليدي بين الحقوق والحريات الأساسية واعتبار الحقوق السابقة بمثابة حريات أساسية، هو أهمية وجوهرية l'éminence القيّم التي تحملها وتحميها، وهو ما دافعت عنه المحافظة **De Silva** حين اعتبرت أن هناك من الحقوق ما يستحق أن يدرج ضمن قائمة الحريات الأساسية، وذلك استنادا إلى سمو ودقة محلها وكذلك رفعة مستوى حمايتها[28].

غير أنه، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف للحقوق السابقة بصفة الحرية الأساسية، فإنه في المقابل، أنكر هذه الصفة على حقوق أخرى رغم أهميتها وسمو مستوى الحماية المقررة لها، كما هو الحال بالنسبة للحق في العمل والحق في السكن، حيث ورغم كفالتهما دستوريا، رفض المجلس إدراجهما ضمن كتلة الحريات الأساسية مؤسسا قضاءه على أن الاعتراف الدستوري بهذين الحقين موجه إلى المشرع وليس إلى القاضي، ومن ثم لا يشكلان حقا ذاتيا يمكن المطالبة به مباشرة أمام القضاء، بل مجرد أهداف أو غايات des simples finalités[29] يلزم تدخل المشرع لوضع الإطار القانوني المنظم لها حتى تكون صالحة لأن تكون محلا للمطالبة القضائية.

المبحث الثاني: معايير "أساسية" الحرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

إن تحقق مقومات الحرية بوصفها حقا عاما ذاتيا لا يكفي لاعتبارها حرية أساسية يمكن حمايتها وفق قضاء استعجال الحرية، بل يجب إضافة إلى ذلك قيام عنصر الصفة وهو "الأساسية" la

fondamentalité. وقد وضع الفقه الإداري تقليديا عدة معايير لتحديد صفة الأساسية اللاّزم توافرها في الحرية، ليتدخل حديثا مجلس الدولة الفرنسي لترجيح إحداها.

المطلب الأول: المعايير التقليدية لوصف "أساسية" الحرية

كلاسيكيا، قدم الفقه الإداري معيارين أساسيين لتحديد مفهوم أساسية الحرية مجال إعمال قضاء استعجال الحرية هما المعيار الشكلي والمعيار المادي.

الفرع الأول: المعيار الشكلي

مؤدى هذا المعيار، أن العبرة في تحديد ما إذا كانت حرية ما أساسية من عدمه هو بالمكانة التي يحتلها النص القانوني المقرر لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية، حيث كلّما كانت الحرية مكفولة بمقتضى نص له قيمة فوق تشريعية une valeur supralégislative أي دستورية أو اتفاقية وجب اعتبارها حرية أساسية، وبالمقابل كل حرية غير معترف بها في الدستور أو الاتفاقيات الدولية ليست حرية أساسية.

من أنصار هذه المقاربة المعيارية l'approche normativiste، نجد الفقيه الكبير **Louis Favoreu**، حيث يقول في هذا الشأن أن: **"الحقوق والحريات الأساسية تعني ببساطة الحقوق والحريات المحمية بواسطة قواعد دستورية أو دولية لا أكثر ولا أقل."**[30]، وكذلك السيّدين **Mattias Guyomar** et **Pierre Collin**، حيث يريان أنه يجب البحث عن مجال إعمال قضاء استعجال الحرية ضمن القائمة الواسعة للحقوق والحريات المضمونة بواسطة الدستور أو الاتفاقيات الدولية[31].

يقدم المعيار الشكلي كمقاربة لتحديد صفة "أساسية" الحرية عدة مزايا أهمها:

- أنه معيار يمتاز بالبساطة والوضوح وذلك بالنسبة للقاضي والمتقاضي على حد سواء، حيث يكفي لتقرير ما إذا كانت الحرية المطلوب حمايتها بواسطة إجراء الحماية الخاصة أساسية من عدمه الإجابة عن سؤال بسيط هو، هل أن هذه الحرية منصوص عليها في الدستور أو الاتفاقيات الدولية أم لا؟.

- أنه معيار يضمن الاستقرار القانوني لمفهوم الحرية الأساسية، حيث وبحكم قصر مفهوم الحريات الأساسية على الحقوق والحريات المضمونة بمقتضى نصوص فوق تشريعية، فإنها ستكون بمنأى عن التعديل والتغيير المستمر الذي تمتاز به القواعد التشريعية.

- أنه معيار يمتاز بالموضوعية ولا مجال فيه لإعمال ذاتية القاضي، حيث تبدو سلطته في تحديد صفة "الأساسية" الملحقة بالحرية مقيّدة وخالية من أي عنصر من عناصر التقدير.

وبالمقابل، لا يخلو هذا المعيار من العيوب أهمها:

- أنه معيار يمتاز بالسطحية، حيث يقتصر على مجرد النظر إلى قيمة السند القانوني المكرّس للحرية لتقرير مدى أساسيتها ويهمل جوهر ومضمون هذه الحرية، فهو معيار وإن كان يمتاز بالبساطة والوضوح في تحديد مدلول الحرية الأساسية، إلاّ أنه كما يقول **Brenet "يتجاهل في صمت مدى جوهريتها"**[32] **« Passe sous silence leur essentialité ».**

- تؤدي المقاربة الشكلية إلى تضييق مفهوم الحرية الأساسية، حيث يترتب عليها قصر هذا المفهوم على الحريات المكفولة دستوريا أو اتفاقيا فقط، وبديهي أن الدستور أو الاتفاقيات الدولية لا يمكن أن يتضمنا حصرا جامعا أو تعدادا مانعا لجميع الحريات الأساسية.

الفرع الثاني: المعيار المادي

يرتكز هذا المعيار في تحديده لمفهوم "أساسية" الحرية على النظر إلى مضمونها أو موضوعها، وليس إلى قيمة النص القانوني المكرس لها. وتوصف الحرية بأنها أساسية وفقا لهذا المعيار إذا كانت جوهرية، أي تقوم على إشباع حاجات جوهرية أو تحمي مصالح سامية في المجتمع، وذلك بغض النظر عن مكانة النص الضامن لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية.

ومن أنصار مقاربة الجوهرية l'approche essentialiste الفقيه **Etienne Picard** الذي يرى أن مدى أساسية الحق أو الحرية لا يرتبط بمكانة النص الحامي له، وإنما بمضمونه، وبصفة أدق بمدى تعلقه بنظام القيّم الذي يشكل النظام القانوني في الدولة، حيث يقول في هذا الصدد أن صفة الأساسية **" لا تتأتى في الواقع من النص الشكلي الذي يكرس الحق المعتبر. إذا كانت غير كامنة في النص، فإنها تكمن بالتأكيد في القيمة الخاصة للحق ذاته(...)"**[33]. وعليه، يكون الحق أو الحرية أساسيا وفقا لهذا التصور المادي كلما تعلّق بالقيّم العليا المؤسسة للنظام القانوني في الدولة.

وفي نطاق قضاء استعجال الحرية، رافع لصالح هذا المعيار بعض الفقهاء ومحافظو الحكومة، فحسب السيّد **Glénard**، فإن الحرية الأساسية يمكن أن تثبت خارج النصوص الدستورية أو الاتفاقية وتجد مصدرها في القوانين أو المبادئ العامة للقانون وذلك بالنظر إلى أهمية موضوعها[34]. ونفس الرأي ذهب إليه المحافظ **Bachelier** عندما قرر أن ما يجب أخذه بعين الاعتبار عند تحديد مدى أساسية الحرية هو الطابع السامي le caractère éminent لهذه الحرية[35]، بمعنى مدى أهميتها وجوهريتها، وليس مرتبة النص الضامن لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية.

أما المحافظة **De Silva**، فقد اقترحت في تقريرها أمام مجلس الدولة معيارا مزدوجا، يقوم في شقه الأول على النظر إلى طبيعة الحق أو الحرية المطلوب تحديد مدى أساسيتها، وخلصت تبعا لذلك، إلى أنه يمكن إسباغ وصف الأساسية على أي حق أو حرية مكرسة بواسطة الدستور في المقام الأول، أو بواسطة اتفاقية دولية أو قانون أو مبدآ قانونيا عاما في المقام الثاني[36].

ومن مزايا هذا المعيار:

- أنه يمتاز بالعمق في تحديده للحريات الأساسية، حيث لا يكتفي بمجرد النظر الشكلي للحرية والقائم على مجرد الرجوع إلى قوة الحماية القانونية المقررة لها، بل يتعداه إلى فحص موضوعها لتقدير مدى أهميتها.

- تفتح المقاربة المادية إمكانية التوسع النسبي في مفهوم الحرية الأساسية، حيث لا تكتفي بالقائمة المحدودة للحريات المنصوص عليها في الدستور والاتفاقيات الدولية، بل تتجاوزها إلى الحقوق والحريات المكفولة بمقتضى نصوص تشريعية أو مبادئ عامة للقانون.

أمّا عن عيوبه، فتتجلى أساسا في كونه معيارا ذاتيا يعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت حرية ما أساسية من عدمه، وهو أمر لا يخلو من خطر مجانبة القاضي لمقتضى الموضوعية في التقدير. وبمعنى آخر، قد يترتب على إعمال هذا المعيار انحرافا في سلطة القاضي وتحولها من وظيفة الحكم إلى التحكم.

المطلب الثاني: المعيار القضائي الحديث

تبنى مجلس الدولة الفرنسي في تحديده لصفة "الأساسية" الملحقة بالحرية مجال إعمال قضاء استعجال الحرية معيارا ماديا، يقوم على النظر إلى مدى أهمية وسمو قيمة الحرية، وليس مكانتها ضمن هرم تدرج النصوص القانونية. وقد ترتب على الأخذ بهذا المعيار نتيجتين أساسيتين هما عدم التلازم المطلق بين مفهومي "الدستورية" و"الأساسية"، وتعدد مصادر صفة الأساسية.

الفرع الأول: عدم التلازم المطلق بين مفهومي "الدستورية" و"الأساسية"

رفض مجلس الدولة الفرنسي التقيّد بالمقاربة النصية كمعيار لتحديد مدى أساسية الحرية، حيث لم ينظر للاعتراف الدستوري بالحرية على أنه شرط لأساسيتها، بل اعتبره مجرد قرينة أو مؤشر indicateur على ذلك[37]. وقد استند الفقه الإداري الفرنسي لاستخلاص هذا التوجه القضائي إلى أحد أبرز قرارات مجلس الدولة وهو قرارTliba الصادر في **30 أكتوبر 2001**، والذي اعتبر الحق في الحياة العائلية العادية حرية أساسية لأنه يهدف إلى حماية حرية كل شخص في العيش مع عائلته من انتهاكات السلطة العمومية، أي بالنظر إلى أهميته وسمو قيمته وليس بسبب مكانته الدستورية أو الاتفاقية.

وعليه، فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يعتبر التكريس الدستوري للحرية معيارا مطلقا لأساسيتها، بل مجرد قرينة بسيطة une présomption simple على أهمية وجوهرية هذه الحرية يمكن إثبات عكسها.

الفرع الثاني: تعدد مصادر صفة "الأساسية"

أفضت المقاربة المادية التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي لتحديد صفة "أساسية" الحرية إلى تعدد المصادر الشكلية لهذه الأخيرة، حيث لم يقصرها على مجرد النصوص الدستورية أو الاتفاقية، بل مدّها لتطال النصوص التشريعية والمبادئ العامة للقانون. وهكذا، فقد اعتبر في العديد من قراراته بعض الحريات أساسية رغم كفالتها بمقتضى قواعد تشريعية فقط وذلك بالنظر إلى أهميتها وجوهريتها، كما هو الحال في الأمر الصادر عنه بتاريخ **24 فيفري2001**[38]، والذي استند فيه إلى نص

تشريعي هو قانون 30 ديسمبر 1986 المتعلق بالاتصال السمعي البصري لوصف مبدأ الطابع التعددي للتعبير عن الفكر والرأي بأنه حرية أساسية.

كما اعتبر في قرار Baudoin الصادر في **15 ماي 2002** أن الإجراء الذي يقوم من خلاله طبيب بمنع شخص مصاب باختلالات عقلية من مراسلة السلطات الإدارية والقضائية يشكل انتهاكا خطيرا وواضح عدم المشروعية لحرية الاتصال المكفولة بنص المادة L.3211-3 من قانون الصحة العامة[39].

الخاتمة:

لم يمنع السكوت التشريعي إزاء تحديد مفهوم الحرية الأساسية، وكذلك الطابع النسبي لهذا المفهوم مجلس الدولة الفرنسي من محاولة رسم مفهوم حديث للحرية الأساسية وذلك في إطار قضاء استعجال الحرية. وقد سلك المجلس في تحديده لهذا المفهوم منهج التقدير البراغماتي، من خلال اعتماد مقاربة تميزت بثلاث خصائص أساسية هي التوسع، الاستقلالية والحداثة. وقد ترتب عن هذه المقاربة نتيجتين أساسيتين، أولاهما التوسع في قائمة الحريات الأساسية القابلة لحمايتها وفق قضاء استعجال الحرية، وثانيتهما، تجاوز المفاهيم التقليدية المجاورة لمفهوم الحرية الأساسية وإقصاؤها من أن تكون سندا مرجعيا لتحديد هذا المفهوم.

أما بالنسبة لمعيار مدى أساسية الحرية، فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي معيارا ماديا يرتكز على النظر إلى مدى أهمية وجوهرية الحرية المطلوب حمايتها لتقرير مدى أساسيتها، وأنكر بذلك المعيار الشكلي التقليدي القائم على الاستناد إلى مرتبة النص الضامن للحرية ضمن هرم تدرج القواعد القانونية.

وكتقييم لهذا المفهوم الذي أعطاه مجلس الدولة الفرنسي للحرية الأساسية، نرى أنه مفهوم ينحاز لصالح إعلاء حقوق وحريات الأفراد، ومن ثم يعزز بكفاية مسعى بناء دولة القانون. لذلك نهيب بالقاضي الإداري الجزائري أن يستأنس بهذا التوجه في تحديده لمفهوم الحرية الأساسية.

الهوامش:

1- Jean-François SESTIER, « la pratique du référé : la perception par le barreau », R.F.D.A, janvier-février 2007, n 1, p.83.

2-CE, Sect. 18 Janvier 2001, Commune de Venelles (Bouches- du- Rhône) c/ Morbelli, R.F.D.A, 17 année, mai – juin 2001, n° 3, p. 687.

3- Mattias GYOMAR et Pierre COLLIN, chron. sous TC., 23 octobre 2000, M. Boussadar c/ Ministre des affaires étrangères, A.J.D.A, 20 février 2001, p. 155.

4- Voir: CE, 25 mars 2003, n° 255237-255238, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales/ M et Mme Sulaimanov, Cité par : Olivier LE CUCQ, « Le juge du référé-liberté, protecteur des demandeurs d'asile », A.J.D.A, 22 septembre 2003, p. 1662.

5 - محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 34.

6 -François BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », R.D.P, 2003, n°6, p.1554.

7 -CE, Sect., 30 octobre 2001, n° 238211, Ministre de l'intérieur c/ Mme Nabiha, disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriAdmin.do (consulté le 14/01/2018).

8 - تنص المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية على أنه " كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية(...)". بينما أخذ مجلس الدولة بالعبارة التي ألحقها بالمبدأ القانوني العام الذي أقره سنة 1978 وهي عبارة "الحق في الحياة العائلية العادية"، أنظر: *François BRENET, op.cit, p. 1556.* -

9 -Le commissaire du gouvernement Isabelle De Silva a indiqué dans ces conclusions qu'il appartenait au juge administratif de se prononcer « sur un droit qui bénéficie d'une triple protection: par la théorie des principes généraux du droit, par la constitution et par son inscription dans une convention internationale. », Isabelle DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, Ministre de l'intérieur c/ Tliba, R.F.D.A, mars-avril 2002, n°2, p. 325.

10 -Olivier LE BOT, La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé- liberté, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 121.

11- « L'examen de la jurisprudence révèle aussi et en deuxième lieu que le juge manifeste un certain souci d'autonomie en ce sens que chacune de ses décisions précise que telle ou telle liberté est ou n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative. Il n'est donc pas prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou la de tel ou tel droit. », Gilles BACHELER, « Le référé-liberté », R.F.D.A, mars-avril 2002, n°2, p. 263.

12- François BRENET, op.cit, p. 1563.

13- Louis FAVOREU et alii, Droit des libertés fondamentales, 2 ème éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 45.

14- François BRENET, op.cit, p. 1564.

15- Ibid., op.cit, p. 1564.

16 - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ص. 39-40.

17- « une notion qui dépasse celle de liberté publique et couvre un champ plus large. », Isabelle DE SILVA, op.cit, p. 326.

18-Roland VANDERMEEREN, « la réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », A.J.D.A, 2000, p. 706.

19- Laurent TOUVET, concl. sur CE, section, 18 et 19 janvier 2001, confédération nationale des radios libres (1 espèce), Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône) et Morbelli (2 espèce) », R.F.D.A, 17 année, mars-avril 2001, n°2, p. 386.

20- François BRENET, op.cit, p. 1568.

21- CE, ord., 24 février 2001, Tibéri, R.F.D.A, 11 mai 2001, pp. 629-649, note Bernard MALIGNER.

22- Xavier DUPRE DE BOULOIS, droits et libertés fondamentaux, P.U.F, Paris, 2010, p. 40.

23- René GARREC, Rapport Sénat sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, n° 380, annexe au procès-verbal de la séance du 26 mai 1999, disponible sur: https://www.univ-paris1.fr (consulté le 16/01/2018).

24- «Cette opposition entre le droit et la liberté apparait tout à fait artificielle dans la perspective de la théorie des droits et libertés fondamentaux. », Jérôme TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », A.J.D.A, 7 avril 2003, p. 654.

25- Louis FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », Le Dalloz, 2001, n° 22, p. 1740.

26- François BRENET, op.cit, p. 1571.

27- Ibid., p. 1572.

28- Isabelle DE SILVA, op.cit, p. 330.

29- Olivier LE BOT, op.cit, p. 139.

30- « Les droits et libertés fondamentaux désigne donc simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) internationales. Ni plus, ni moins. », Louis FAVOREU et alii, Droit constitutionnel, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 730.

31- Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN, op.cit, p. 155.

32- François BRENET, op.cit, p. 1541.

33- « la fondamentalité ne se tient pas réellement dans la norme formelle qui porte le droit considéré. Si donc elle n'est pas dans la norme, c'est qu'elle réside certainement dans la valeur propre du droit- lui-même (...) », Etienne PICARD, op.cit, p. 15.

34- Guillaume GLENARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », A.J.D.A, 10 novembre 2003, p. 2016.

35- Gilles BACHELIER, op.cit, p. 263.

36- Isabelle DE SILVA, op.cit, p. 329.

37- Guillaume GLENARD, op.cit, p. 2015.

38- CE, ord., 24 février 2001, n° 230611, disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do (consulté le 16/01/2018).

39- CE, 15 mai 2002, n° 239487, M. Baudoin, cité par :François BRENET, op.cit, p. 1554.