

# أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحريات الأساسية الجزء الثاني

ترجمة  
الدكتور أحمد السوداني



أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية:  
الحقوق والحريات الأساسية

الجزء الثاني

نشر من طرف  
مؤسسة كونراد أديناور

©2017، مؤسسة كونراد أديناور، مكتب المغرب.

جميع الحقوق محفوظة.

يمنع منعاً باتاً أي استنساخ كامل أو جزئي أو نشر دون إذن صريح من الناشر.

إشعار بعدم تحمل المسؤولية : هذا المطبوع هو بمثابة دعامة بيداغوجية، وهو ليس موجه بأي حال من الأحوال لأغراض تجارية.

ترجمة : الدكتور أحمد السوداني

إشراف : الدكتور هلمت ريفيلد، الممثل المقيم لمؤسسة كونراد أديناور بالمغرب

تنسيق : عبيد إيبورك، منسقة مشاريع بمؤسسة كونراد أديناور

تصنيف : بابل كوم، الرباط، المغرب

طباعة : لون، الرباط، المغرب

رقم الإيداع القانوني : 2017 MO2743

ردمك : 1-3-9666-9954-978

طبع في المغرب

طبعة 2017

# أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية: الحقوق والحريات الأساسية

الجزء الثاني

ترجمة

الدكتور أحمد السوداني



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

«نحن نخضع للدستور، لكن الدستور هو ما يقول القضاة أنه دستور»

شارل هاجز

## نبذة عن الحياة العلمية للمترجم

الدكتور أحمد السوداني من مواليد 1966

الهاتف : 0682482348/0615778899

### النشاط المهني الرسمي حاليا

- أستاذ جامعي باحث في جامعة محمد الخامس، الرباط
- تخصص الفكر والعلوم السياسية والقانون الدستوري
- العلوم الشرعية
- أستاذ عرضي للغة العربية مع المجلس العلمي في سلا
- خبير في الترجمة من الإسبانية إلى العربية، ومن العربية إلى الإسبانية
- ترجم عدة أعمال رسمية وحكومية، ومؤلفات ونصوصا قانونية إسبانية
- خبير في التشريع، وضع عدة مقترحات ومشاريع قوانين:
  - مع فرق برلمانية
  - مع قطاعات حكومية
  - مع منظمات غير حكومية
- مساهماته في مجال النشر والتأليف
  - مدير المجلة المغربية لليقظة القانونية والسياسية
  - عضو مؤسس رئيس تحرير للمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية
  - عضو في اللجنة العلمية مجلة البحوث الفقهية والقانونية
- له عدة مؤلفات
  - دور المحكمة الدستورية الإسبانية في حماية التشريع والحقوق والحريات الأساسية
  - البرلمان الإسباني : التألف والوظائف
  - نظام الاقتراع النسبي وتطبيقه في الكورتيس العام
  - الهيئات المحلية في النظام الدستوري الإسباني
  - الجماعات المستقلة في إسبانيا: المنطقتات والحدود والأهداف (النظام الجهوي الإسباني)

- الهوية السياسية للملكية البرلمانية في إسبانيا
- تاريخ الفكر السياسي: الدولة والقانون والمجتمع
- النظرية العامة للحرية العامة وحقوق الإنسان (الحرية القانونية/الأخلاقية)
- اللغة القانونية ودورها في تماسك وجودة النص القانوني: دراسة نظرية وتطبيقية
- المنطق القانوني ودوره في الجودة القانونية
- نظم الاقتراع من الدور التحكيمي إلى الحكامة في الخريطة السياسية والتمثيلية
- الأمن القانوني في التشريع الجنائي والأسري المغربيين، (مؤلف مشترك في طور النشر)
- اللغة القانونية والحمولة الأخلاقية في خطاب مدونة الأسرة، (في طور النشر)
- الحجية القانونية: الخطاب العقلاني في التشريع المغربي، (في طور النشر)
- نظريات الحجية والتفسير في بناء وتقويم العدالة الدستورية، (غير منشور)

- 15 . . . . . تقديم رئيس المجلس الدستوري للمملكة المغربية، الدكتور محمد أشركي . . . . .
- 17 . . . . . تمهيد لممثل مؤسسة كونراد أديناور . . . . .
- 20 . . . . . كلمة شكر وتقدير من المترجم الى رئيس المجلس الدستوري . . . . .
- 21 . . . . . كلمة شكر وتقدير من المترجم إلى الدكتور هلمت ريفيلد . . . . .
- 22 . . . . . مقدمة الترجمة العربية . . . . .
- 35 . . . . . **أولاً: كرامة الإنسان** . . . . .
46. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/30 يتعلق بالتنصت على
- 35 . . . . . المكالمات الهاتفية . . . . .
47. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 187/45 يتعلق بالسجن المؤبد . . . . .
- 38 . . . . . **ثانياً: حرية تطوير الشخصية** . . . . .
48. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/6 يتعلق بويلهيلم إيلفيس . . . . .
49. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 238/34 باستنساخ التسجيل السري . . . . .
50. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 185/99 يتعلق بالسينتولوجيا
- 44 . . . . . (مذهب ديني) . . . . .
51. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 56/96 يتعلق بإثبات الأبوة . . . . .
52. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 361/101 يتعلق بكارولينا
- 56 . . . . . دي موناكو . . . . .
53. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 106/28 يتعلق بتسجيل
- 71 . . . . . المكالمات الهاتفية . . . . .
54. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/65 يتعلق بالإحصاء المصغر . . . . .
- 80 . . . . . حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/27 يتعلق بإحصاء السكان . . . . .



- 89 . . . . . 56. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 281/38 يتعلق بنقابات العمال . . . . .
57. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 145/90 يتعلق بالقنب الهندي
- 91 . . . . . (الحشيش)
- 102 . . . . . **ثالثا: الحق في الحياة والسلامة الجسدية** . . . . .
- 102 . . . . . 58. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/39 يتعلق بإسقاط الحمل 1 . . . . .
- 113 . . . . . 59. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 203/88 يتعلق بإسقاط الحمل 2 . . . . .
- 132 . . . . . 60. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 194/16 يتعلق باستخراج السوائل . . . . .
61. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 214/52 يتعلق بالحماية من التسريع
- 133 . . . . . في تنفيذ الأحكام . . . . .
62. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 30/53 يتعلق بالمفاعل النووي
- 135 . . . . . مولهيم كارليش . . . . .
63. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 170/77 يتعلق بتخزين الأسلحة
- 140 . . . . . الكيميائية . . . . .
64. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 342/19 يتعلق بفينكير-
- 141 . . . . . السجن الاحتياطي . . . . .
65. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 45/20 يتعلق بكومانو 1005:
- 145 . . . . . السجن الاحتياطي . . . . .
- 147 . . . . . **رابعا : مساواة كل الأشخاص أمام القانون** . . . . .
- 147 . . . . . أ- مساواة كل الأشخاص أمام القانون . . . . .
66. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 302/26 يتعلق بقانون
- 148 . . . . . الضريبة على الدخل . . . . .
67. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 234/10 يتعلق بالعفو العام :
- 148 . . . . . قضية الدكتور بلاتو . . . . .
68. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 338/9 يتعلق بالحد الأدنى
- 149 . . . . . للسفن للقابلات . . . . .

- ب - المساواة بين الجنسين . . . . . 151
69. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 196/3 يتعلق بمعاشات الموظفين العموميين . . . . . 151
70. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 327/48 يتعلق بالإسم العائلي للزوجين I . . . . . 152
71. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 9/84 يتعلق بالإسم العائلي للزوجين II . . . . . 154
72. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 369/53 يتعلق بالحق في يوم الراحة . . . . . 155
- ج - منع التمييز بسبب الجنس والعرق والدين، الخ . . . . . 157
73. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 334/39 يتعلق بولوج المتطرفين للوظيفة العمومية . . . . . 158
- د - المحاباة المنتهكة لمبدأ المساواة . . . . . 159
74. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 28/8 يتعلق بأجور الموظفين العموميين . . . . . 159
- خامسا : حرية المعتقد والضمير والحريات الدينية . . . . . 161**
75. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 98/32 يتعلق برفض تقديم المساعدة لأسباب دينية . . . . . 161
76. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 236/24 يتعلق بعملية «جمع المواد المستعملة» بقصد التبرع بصيغة دينية . . . . . 165
77. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 23/33 يتعلق برفض أداء القسم . . . . . 168
78. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/93 يتعلق بتعليق الصليب في المدارس الحكومية . . . . . 174
79. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 337/104 يتعلق بشعائر ذبح الحيوانات . . . . . 183
80. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 279/105 يتعلق بالطائفة الدينية «أوشو» . . . . . 192
81. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 282/108 يتعلق بالحجاب الإسلامي . . . . . 197

- سادسا: حرية الرأي والمعلومة والطباعة . . . . . 205
- أ - حرية الرأي والتعبير والمعلومة . . . . . 206
82. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 198/7 يتعلق بلوث . . . . . 206
83. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 113/12 يتعلق بشميد ضد  
جريدة شببيل . . . . . 212
84. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 256/25 يتعلق بجريدة  
بلنكفاور الأسبوعية . . . . . 215
85. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 197/44 يتعلق بتضامن  
الجنود ضد المحطة الذرية . . . . . 221
86. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 266/93 يتعلق بالجنود هم قتلّة  
بخصوص العلاقة بين حرية الرأي وحماية الشرف في حالة تصريح  
جماعي عن الجنود . . . . . 225
87. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 44/103 يتعلق بتسجيل جلسات  
المحاكم على أشرطة الفيديو . . . . . 234
88. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 347/102 يتعلق ببينيتون-الإعلان  
المزعج . . . . . 242
- ب - حرية المعلومة عن طريق الإذاعة والتلفزيون والسينما . . . . . 251
89. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 205/12 يتعلق بالبريد الإذاعي رقم 1 . . . . . 251
90. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 293/57 يتعلق بالبريد الإذاعي رقم 3 . . . . . 253
91. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 118/73 يتعلق بالبريد الإذاعي رقم 4 . . . . . 260
92. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 202/35 يتعلق بجريمة اغتيال  
جنود ليباخ . . . . . 261
- ج - حرية الإبداع الفني والعلمي . . . . . 265
93. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 173/30 يتعلق بميفيستو . . . . . 266
- سابعاً: الزواج، والعائلة، والأبناء . . . . . 269
94. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 55/6 يتعلق بالضرائب المشتركة  
للزوجين . . . . . 270

95. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 46/47 يتعلق بدروس التربية  
272 . . . . . الجنسية
96. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 313/105 يتعلق بجمعيات  
277 . . . . . التعايش المسجلة
- 283 . . . . . **ثامنا: النظام المدرسي**
97. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 223/52 يتعلق بالصلاة  
284 . . . . . في المدارس
- 289 . . . . . **تاسعا : حرية التجمع**
98. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 315/69 يتعلق بحرية التجمع . . . . .  
289 . . . . .
99. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 69/85 يتعلق بالمظاهرة دون  
305 . . . . . إشعار مسبق
- 307 . . . . . **عاشرا: حرية تكوين الجمعيات**
100. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 303/19 يتعلق بمحطة القطار  
307 . . . . . لدورتموند
101. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 133/42 يتعلق بالدعاية الانتخابية . . . . .  
312 . . . . .
102. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 295/28 يتعلق بانضمام الأعضاء  
313 . . . . . إلى النقابة
103. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 290/50 يتعلق بقانون التعاون  
314 . . . . . بين الإدارة والموظفين
104. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 212/84 يتعلق بإغلاق المصانع  
319 . . . . . والمنشآت في وجه العمال
105. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 365/92 يتعلق بأجرة ساعات  
324 . . . . . العمل الأقصر
- 329 . . . . . **إحدى عشر: حرمة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية**
106. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 299/107 يتعلق بحرمة سرية  
329 . . . . . الاتصالات السلكية واللاسلكية

- 333 ..... **إثني عشر: حرية ممارسة المهنة**
107. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 377/7 يتعلق بقانون خاص  
334 ..... بالصيدليات
108. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 378/41 يتعلق بالاستشارة  
344 ..... القانونية
109. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 378/39 يتعلق بقانون حول  
344 ..... بنية طواحين الهواء
110. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 30/11 يتعلق بالتأمين الطبي  
346 ..... للأطباء المرخص لهم.
111. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 97/13 يتعلق بالنظام الداخلي  
348 ..... للحرف اليدوية
112. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 330/19 يتعلق بالشهادة الخاصة  
354 ..... بالمهارات التاجر بالتقسيم
113. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 86/26 يتعلق بالتعيين  
357 ..... الرسمي للخبراء
114. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 53/1353 يتعلق بحلويات  
364 ..... الشوكولاتة والأرز المطبوخ
115. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 173/95 يتعلق بتحذيرات  
366 ..... بشأن منتجات التبغ
116. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 303/33 يتعلق بنظام الحصص  
371 .....  
117. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 169/98 يتعلق بإجبارية العمل  
378 .....  
118. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 197/102 يتعلق بامتياز لتشغيل  
382 ..... نوادي القمار (الكازينوهات)
119. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 105/252 يتعلق بأثير جليكول  
389 .....  
395 ..... **ثلاثة عشر: حرمة المسكن**
120. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/554 يتعلق بالحق في  
397 ..... الانضمام إلى الشركة

121. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 51/97 يتعلق بالتنفيذ القضائي . . . 402
122. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 103/142 يتعلق بأمر التحقيق . . . 405
123. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 109/279 يتعلق بالمرقبة  
411 . . . . . الصوتية للمسكن الخاص
124. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 38/348 يتعلق بتخصيص  
420 . . . . . المسكن لأغراض متعددة
125. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 14/263 يتعلق بطاحونة الحقول . . . 423
126. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 21/73 يتعلق بقانون المتاجرة  
425 . . . . . بالأموال الثابتة
127. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 112/25 يتعلق بقانون سدود  
429 . . . . . نيدرساسن
128. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 229/31 يتعلق بحقوق التأليف  
431 . . . . . والنشر والكتب المدرسية
129. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 325/46 يتعلق بالمزاد العلني  
435 . . . . . القضائي
130. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 52/1 يتعلق بالبساتين . . . . . 436
131. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 300/58 يتعلق باستخراج  
444 . . . . . الرمل والحصى
132. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 68/361 يتعلق بفسخ عقد  
458 . . . . . الإيجار (الضرورة الشخصية)
133. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 100/226 يتعلق بحماية  
461 . . . . . المعالم الأثرية
134. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 93/121 يتعلق بوحدة الضريبة . . . 469
135. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 51/74 يتعلق بحق اللجوء  
471 . . . . . خمسة عشر: الجنسية وتسليم المجرمين وحق اللجوء
135. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 51/74 يتعلق بحق اللجوء  
473 . . . . . يتعلق بأسباب النجاة

- 476 . . . . . 136. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 315/80 يتعلق بالتأميل . . . . .
137. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 142/81 يتعلق بالتعذيب
- 477 . . . . . كسب من أسباب اللجوء . . . . .
138. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 49/94 يتعلق بالنقل إلى
- 478 . . . . . دولة ثالثة . . . . .
- 482 . . . . . **سنة عشر : الحقوق الأساسية للشخصية القانونية** . . . . .
139. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 21/362 يتعلق بطعن الحماية
- 482 . . . . . للأشخاص القانونيين العموميين . . . . .
140. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 314/31 يتعلق بالحكم الثاني
- 484 . . . . . يتعلق بالمدىاع . . . . .
- 485 . . . . . **سبعة عشر: الولوج إلى المحاكم** . . . . .
141. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 264/10 يتعلق بالسلف المقدم
- 485 . . . . . لتغطية النفقات القضائية . . . . .
142. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 33/24 يتعلق بطعن الحماية
- 486 . . . . . ضد أعمال السلطة التشريعية . . . . .
143. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 382/35 يتعلق بطرد الأجانب . . . . .
144. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 150/37 يتعلق بالتنفيذ
- 492 . . . . . الجنائي الفوري . . . . .
145. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 34/84 يتعلق بالمراقبة القضائية
- 493 . . . . . للامتحان المهني . . . . .
146. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 220/104 يتعلق بالاعتقال لأغراض
- 497 . . . . . تسليم الفارين . . . . .

## تقديم السيد رئيس المجلس الدستوري للمملكة المغربية، الدكتور محمد أشركي

وصف رئيس محكمة دستورية بأمريكا الوسطى القضاء الدستوري، عن حق، بكونه «بمثابة الربيع للزهور»<sup>1</sup>، اعتبارا للدور الذي يضطلع به هذا القضاء في تأويل أحكام الدستور واستنطاق روحه واستجلاء مقاصده وتوليد مبادئ ذات قيم دستورية من رحم نصوصه، والسهر من خلال ذلك على حماية سمو الدستور وصيانة الحقوق والحريات العامة.

ولعل المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، التي كرسها القانون الأساسي الصادر في يوم 28 مايو من سنة 1949، ثم شرعت في مباشرة مهامها سنة 1951 بموجب القانون الصادر في 12 مارس 1951، تجمع في طبيعتها ووظائفها بين النموذجين المعروفين في مجال القضاء الدستوري: النمساوي والأمريكي، تعد مثلا أساسيا في هذا المجال.

وتمارس المحكمة الدستورية الفيدرالية 18 اختصاصا متفاوت الأهمية حددتها أساسا المادة 95 من القانون الأساسي (الدستور) وتم تفصيلها وتدقيقها بموجب قانون 12 مارس 1951 المتعلق بالمحكمة. وتتمثل هذه الاختصاصات، على وجه الخصوص، في السهر على حسن سير السلطات العمومية لاسيما ما يهم العلاقات بين الدولة الفيدرالية والولايات الأعضاء Länder، وفي حماية الدستور، وفي المراقبة اللاحقة لدستورية القواعد القانونية (القوانين والأنظمة) التي يمكن الطعن فيها مباشرة بعد دخولها حيز التنفيذ من طرف الأجهزة الدستورية التي منحها الدستور هذا الحق (الحكومة الفيدرالية، حكومات الولايات Länder، ثلث أعضاء مجلس النواب Bundestag) وكذا من طرف كل شخص خاص يدفع بخرق حق من حقوقه الأساسية.

وإلى جانب الطعن الفردي المباشر المفتوح أمام المحكمة لكل شخص، يمكن أيضا أن تحال على المحكمة قضايا تهم دستورية القواعد القانونية (القوانين والأنظمة) إما من طرف محكمة عادية إذا اقتنعت بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه على نزاع معروض عليها، وإما من قبل أحد أطراف الدعوى قصد الطعن في الحكم الصادر عن المحكمة العادية القاضي بدستورية، أو عدم دستورية، القاعدة القانونية المطبقة على النزاع، وذلك بعد استنفاذ طرق الطعن. وبموجب هذا الاختصاص تكون المحكمة الدستورية الفيدرالية محكمة عليا مادامت تراقب أيضا دستورية الأحكام القضائية.

لقد أضفى بعض الفقهاء على المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية صفة «سلطة رابعة» بحكم الاختصاص المخول لها لمراقبة السلطة السياسية والسلطة القضائية وكذا السلطة التنفيذية

1. Dr. Milton Ray Guevara, «Presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana», Opinión constitucional, 2014, p. 51.



والسلطات الإدارية بطريقة غير مباشرة<sup>2</sup>. وبفضل ذلك، ساهمت المحكمة الدستورية الألمانية، ليس فحسب في تطوير القانون الدستوري الألماني، بل أيضا في إغناء القانون الدستوري عموما داخل وخارج أوروبا. فخلال ما يقارب ستة وستين سنة من وجودها، أبدعت هذه المحكمة العديد من المبادئ، لاسيما في المجالات المتعلقة بسيادة دولة القانون وبالقوق الأساسية، مما جعلها نموذجا استوتحت منه العديد من الدول الأوروبية، الحديثة العهد بالحياة الديمقراطية، نظام قضائها الدستوري.

ومن هنا تتبين أهمية نقل الأحكام الهامة الصادرة عن المحكمة الدستورية الفيدرالية لألمانيا إلى اللغة العربية من خلال الترجمة الموضوعة لها إلى اللغة الإسبانية من طرف البروفيسور يورغن شوابي، وهي الترجمة التي لقيت لدى رجال القانون في أمريكا اللاتينية نجاحا باهرا.

لذا يجب التنويه تنويها خاصا بالدكتور أحمد السوداني الذي تولى، بكثير من التوفيق، ترجمة أهم الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الألمانية، المترجمة إلى الإسبانية، إلى اللغة العربية. ولا شك أن صدور هذه الأحكام ونشرها باللغة العربية ستلقى الترحيب الواسع من قبل رجال القانون والمهتمين بالقضايا الدستورية داخل العالم العربي.

د. محمد أشركي

رئيس المجلس الدستوري للمملكة المغربية

2. Michel Fromont, «Présentation de la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne», Cahier du Conseil Constitutionnel, n°15, janvier 2004, p. 11.

## تمهيد لممثل مؤسسة كونراد أديناور

إن القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية، الذي دخل حيز التنفيذ في 23 مايو 1949، ضمن منذ ذلك التاريخ الديمقراطية ومبدأ دولة القانون، وضمن أيضا بذلك الحقوق الأساسية لكل مواطن على حدة. وقد تم وضع لبنات هذا القانون الأساسي ومناقشته في المجلس البرلماني بين سنتي 1948 و1949. وكان هذا المجلس يضم ممثلي الولايات الألمانية التابعة لمناطق الاحتلال الثلاث<sup>3</sup>. كما كان هذا المجلس البرلماني يضطلع بمهمة فتح المجال لبداية سياسية جديدة قوامها سلطة تشريعية قائمة على الديمقراطية. وقد وصف كونراد أديناور، الذي كان آنذاك رئيس المجلس البرلماني، الروح الديمقراطية لهذه البداية السياسية الجديدة، وصفا جيدا جدا بقوله: «إن الديمقراطية ليست مجرد نظام برلماني، بل هي رؤية مترامية الأبعاد؛ جذورها ضاربة في إدراكنا لكرامة كل إنسان وقيمه وحقوقه التي لا غنى عنها. والديمقراطية الحقبة عليها أن تحترم حقوق كل إنسان، التي لا غنى عنها، وتحترم قيمته في الحياة العامة والاقتصادية والثقافية.»

وضمن هذا القانون الأساسي، خلال ما يناهز سبعين سنة من التطبيق، الاستقرار الديمقراطي للبلاد. ويسري حاليا، بعد توحيد الألمانيتين في 3 أكتوبر 1990، في كافة أرجاء ألمانيا، كما ضمن الحقوق الأساسية التي يتمتع بها كافة الناس، مثلما يضمن الحقوق التي يتمتع بها المواطنون الألمان على وجه التحديد. وتقع مهمة تأويل وتفسير القانون الأساسي على عاتق المحكمة الدستورية الفيدرالية بصفتها «حامية الدستور». وتطبع قرارات هذه المحكمة الحياة السياسية في ألمانيا، منذ أمد بعيد، كما تتخذ هذه القرارات طابعا مؤسسا للهوية. وفي الكثير من المنازعات، كان من اللازم إيجاد توافق بين المصالح الفردية للأفراد وبين مصلحة المجتمع ككل. وعلاوة على ذلك، أقامت المحكمة الدستورية الفيدرالية، دائما وأبدا، طرقا ومناهج جديدة قصد التوصل إلى حلول توافقية وعادلة.

ويبدو أن هذا الربط بين صحة المضمون وتلاؤم المنهج هو الذي جر المجتمع الدولي إلى الاهتمام بالأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الفيدرالية. وبعدها توفرت لدينا، منذ مدة طويلة، ترجمات لنصوص مختارة من قرارات مبدئية باللغات الإنجليزية والفرنسية والإسبانية وبعض لغات أوروبا الشرقية، ها نحن اليوم، في مؤسسة كونراد أديناور، نسر بأن نقدم لكم، إضافة

3. عينت برلمانات الولايات 61 رجلا وأربع نساء كمندوبين، كانوا أعضاء في أحزاب سياسية مرخصة من قبل سلطات الاحتلال. كان معظمهم من قدامى المحاربين في جمهورية فايمار. وكان الجميع، ماعدا أحد عشر منهم، من الديمقراطيين الاشتراكيين أو المسيحيين. أقر المجلس مسودة في بون في 8 مايو 1949، والتي أقرت من قبل المحتلين في 12 مايو. ووافقت أيضا جميع المقاطعات باستثناء بافاريا، وأصبح الدستور قانوناً في 24 مايو 1949، مشكلاً بذلك جمهورية ألمانيا الفيدرالية، انظر المزيد في:

إلى هذين المجلدين، ترجمة عربية لبعض القرارات التوجيهية التي صدرت عن المحكمة الدستورية الفيدرالية.

ما هي الأهمية التي يمكن أن تكون لقرارات المحكمة الدستورية لدولة أخرى بالنسبة للممارسة القانونية بها؟ - يحق لنا بالتأكيد أن نطرح هذا السؤال -، إذا كانت هذه القرارات قائمة قطعاً على القانون الدستوري الداخلي وثقافة السياسة القانونية السائدة هناك، فما هي صلة أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية بالممارسة القانونية في المغرب؟

لقد اكتسب القانون الدستوري، عبر العقود الماضية، طابعاً دولياً. ولم يقف هذا الأمر عند مقارنة القوانين في الميدان العلمي، وإنما تعداه، على وجه الخصوص، إلى تبادل الخبرات بين المحاكم الدستورية داخل القارات، وإلى أبعد من ذلك. وقد واكبت مؤسسة كونراد أديناور، من خلال برامجها المتعلقة بدولة القانون، هذا الحوار القضائي وسانده في جميع مناطق العالم، كما أجريت لقاءات مماثلة في جنوب شرق أوروبا وآسيا وإفريقيا جنوب الصحراء والشرق الأوسط وإفريقيا الشمالية، انطلاقاً من مؤتمرات القضاة الدستوريين، التي تعقد سنوياً في أمريكا اللاتينية منذ سنة 1993.

ورغم اختلاف الأنظمة القانونية، من حيث التفاصيل، إلا أن القانون الدستوري بالذات يضم في ثناياه أوجه التقاء بين الدول التي كرست لنفسها الحقوق الأساسية والديمقراطية ودولة القانون. وصحيح أن مبدأ الديمقراطية يمكن تشكيله على نحو مختلف، إلا أن الأمر دائماً وبالأساس يرتبط بفكرة مشاركة المواطن الفاعلة في القرارات السياسية.

إن صياغة مفهرسات القانون الأساسي ينبغي أن تُظهر بدقة الفوارق الكامنة في دساتير العالم الحرة، تارة بصورة شاعرية مفرطة، كما هو الأمر أحياناً في أمريكا اللاتينية، وتارة أخرى بشكل بسيط ومقتضب، كما هو الأمر في القانون الأساسي الألماني، لكن الأمر يتعلق في كلتا الحالتين بتشكيل العلاقة بين المواطن والدولة. وتتطور هذه العلاقة حديثاً، بشكل متزايد، لتصبح علاقة غير متساوية بين الفرد والمقاولات الكبرى. والحياة والسلامة البدنية ومبدأ المساواة، وحرية الرأي وحرية التجمع، وحرية الفن والعلم، وحرية الدين، وغير ذلك، كل هذه الشروط الأساسية اللازمة لتطور المرء مضمونة بالأساس، بشكل متساو، في الدساتير الديمقراطية. ومثل ذلك ينطبق على مبدأ دولة القانون. ولهذا فما يهم، بالخصوص في هذا الأمر، أن هذه الأفكار تحولت إلى قانون ساري المفعول، وينبغي لها أن تُملأ بالحياة في الممارسة العملية وأن تصير نافذة المفعول. وبعبارة أخرى: ينبغي لها أن تصبح سارية المفعول فعلاً، وألا تبقى مجرد حبر على ورق.

ولبلوغ ذلك، تلعب الثقافة الدستورية دوراً حاسماً جداً. ويساهم جميع الفاعلين، سواء في مجال السياسة أو المجتمع المدني أو الاقتصاد، بشكل مشترك، في تكوين هذه الثقافة. وطبعاً عندما

تكون هناك اختلافات في الرأي بين هؤلاء الفاعلين وجهاز القضاء، بدءاً بالمحاكم الأقل درجة، فيجب حينئذ على هذه المحاكم أن تطبق الدستور تماماً مثل المحاكم الدستورية بالطبع، التي لها وحدها الكلمة الأخيرة في تفسير القاعدة القانونية الأسمى في الدولة. وبما أن مضامين القوانين الأساسية (الدساتير) متشابهة في الكثير من الدول، كما هو الشأن بالنسبة للمشاكل المطروحة لحماية هذه القوانين، فإن مطبقي القانون يمكنهم أن يتعلموا الكثير من الأشياء من المناقشات بشأن السياسة القانونية ومن القضاء في بلدان أخرى.

ولم تكن المحكمة الدستورية الفيدرالية في بداياتها، بأي حال من الأحوال، مؤسسة مقدسة تحظى باحترام وتقدير الجميع بالشكل الذي نلاحظه اليوم؛ بل اكتسبت سمعتها بمشقة في وجه الانتقاد الهائل أحياناً. وقد تآتى لها ذلك بفضل إصدارها لأحكام قضائية قريبة من المواطن ومعتدلة ومبررة جيداً وممنهجة، حيث طورت هذه المحكمة مضمون القانون الأساسي البسيط إلى دوغمائية ترعى حقوق الإنسان، وتتصف بالتمايز الدقيق والتأثير القوي. وقد جاء تأثير المحكمة الدستورية الفيدرالية في السياق التاريخي للانتهاكات الكارثية ضد القانون الأساسي ودولة القانون خلال عهد الاشتراكية القومية. ولهذا فإن الفضل، في اعتبار جمهورية ألمانيا الفيدرالية اليوم دولة قانون ديمقراطية صامدة، يرجع أيضاً إلى محكمتها الدستورية العليا.

وإننا إذ نقدم، في هذا الكتاب، مجموعة من الأحكام الهامة التي أصدرتها المحكمة الدستورية الفيدرالية، والتي (أي المجموعة) تنسب إلى باقة مختارة من طرف مدرس القانون الدستوري يورغن شوابي، فإننا نضع هذه الأحكام القضائية في متناول العموم باللغة العربية لأول مرة. فليت تدبيرات المحكمة تضع أيضاً بين يدي القارئ داخل المناطق اللغوية العربية حججاً وأدلة جيدة تساعده على المشاركة بشكل بناء في تشكيل الثقافة الدستورية في أوقات التحول الصعبة.

ولا يسعنا إلا أن نتمنى لهذا المرجع أن يصل إلى كثير من القراء، الذين لا يهتمون فقط بنظرية «مبدأ دولة القانون»، وإنما يُكسبون أيضاً «روح» الديمقراطية والحرية السياسية وحقوق الإنسان مفعولاً سياسياً نافذاً. وإن أخذ الأحكام القضائية في الاعتبار، مع تخطي الحدود اللغوية والسياسية والقانونية، يتطلب التحلي بثقافة خاصة جداً وحساً مصطلحياً.

ولا يفوتنا أن نوجه الشكر ونعبر عن التهاني للدكتور أحمد السوداني على إقدامه على رفع هذا التحدي العظيم.

الدكتور هلمت ريفيلد، الممثل المقيم لمؤسسة كونراد أديناور بالرباط، المغرب

الدكتور كريستيان شتاينر، دكتوراه في القانون، محام (برلين وإشبيلية)، مدير سابق  
لبرنامج دولة القانون في أمريكا اللاتينية تحت إشراف مؤسسة كونراد أديناور

## كلمة شكر وتقدير من المترجم إلى السيد رئيس المجلس الدستوري

أستاذي الجليل السيد رئيس المجلس الدستوري الدكتور محمد أشركي، إنكم بحق أستاذي «الروحي» تعلمت منكم مباشرة الكثير والكثير وتعلمت من أبحاثكم الجيدة ما لم أتعلمه من أحد من المعارف القانونية والدستورية، كما تعلمت منكم المنهج العلمي الرصين، وأسلوب التحليل الفريد المعتمد على تنوع المدارس، ومختلف الاتجاهات، وكان لي شرف أن تكونوا المشرف الفعلي لأطروحتي لنيل الدكتوراه. التي أثرت فيها توجيهاتكم السديدة، كما أثرت في تشجيعي على الاستمرار في البحث الدستوري المقارن خاصة مع الدول الناطقة باللغة الإسبانية، وتعلمت أكثر وأكثر من تواضعكم الرفيع ومكارم أخلاقكم، واقتديت بكم في حيكم الكبير لمهنة الأستاذية، والصرامة في الجد والتفرد في الانضباط في العمل، واحترام الوقت والقانون.

لهذا حقا أنتم «أستاذي الروحي»

وها أنتم اليوم من جديد، حفظكم الله، تقدمون لهذا العمل المتواضع رغم كثرة الأعمال، وغزارة الاهتمامات. وإن دل على شيء فإنما يدل على تقديركم لهذا العمل، ولأهمية الموضوع، وجدية الترجمة. إنها التفاتة تستحق شكرا من القلب، وانحناء احترام ومودة. وقد سبق لكم أن قدمتم لكتاب لي حول «المحكمة الدستورية الإسبانية ودورها في حماية التشريع والحقوق والحريات الأساسية»

وها أنا اليوم، بكل تواضع، أمام عمل يقدم له أحد كبار فقهاء القانون الدستوري، وصاحب تجربة ميدانية، في القضاء المالي: وكيلًا عامًا للمجلس الأعلى للحسابات سابقًا، ورئيسًا للمجلس الدستوري حاليًا. وإنني إذ أنحني تقديرا «لأستاذي الروحي»، فلا أملك إلا أن أقول، بأن تقديمكم لهذا العمل، أستاذي، سيجدد طاقتي ويشجعني على مواصلة اقتحام المواضيع الدستورية المقارنة الكبرى.

لكم مني، أستاذي العظيم، الثناء والتقدير والشكر، وأخلص الدعاء بدوام الصحة والعافية، ومزيد من السؤدد.

من طالبكم أحمد السوداني

## كلمة شكر وتقدير من المترجم إلى الدكتور هلمت ريفيلد

لا يسعني في هذه الكلمة إلا أن أعرب عن الشكر العميق لمؤسسة كونراد أديناور فرع الرباط في شخص ممثلها الدكتور هلمت ريفيلد الذي شجع ودعم ترجمة أحكام المحكمة الدستورية الألمانية التي سبق أن جمعها الدكتور يورغن شوابي، وترجمت إلى عدة لغات.

وكان لخوض معركة التجربة تعب كبير، ولكن متعتها كانت أكبر؛ من جهة، جعلتني شخصياً أطلع على تجربة دستورية رائدة، كما جعلتني أيضاً أطلع من خلالها على أهم التجارب القضائية الدستورية المقارنة، وبدأت أفهم وأحل ألغازاً كثيرة من الإشكاليات الدستورية والسياسية التي لها علاقة بالدولة بصفة عامة، ووظائفها في حماية الحقوق والحريات الأساسية بصفة خاصة. ومن جهة أخرى، لي اليقين أن هذا العمل سيغني النقاشات الدستورية في العالم العربي، وسيفتح باباً جديداً للبحث في تجربة متفردة. إنها تجربة ألمانيا الفيدرالية.

د. أحمد السوداني

## مقدمة الترجمة العربية

لماذا التجربة القضائية الألمانية؟ وما هي أهميتها؟ وما هي الأهداف منها؟

### أولا: أهمية التجربة

كانت التجربة الألمانية، بالنسبة لي، حلما طالما راودني بأن أطلع عليها وأعرفها. وشاءت صدف البحث العلمي أن أعرثر على نسخة من مؤلف تحت عنوان: «مختارات من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية»، باللغة الإسبانية المترجمة أصلا من اللغة الألمانية والتي جمعها الأستاذ يورغن شوابي، وتضم 146 حكما للمحكمة الدستورية في مجالات الحقوق والحريات الأساسية، والتنظيم الإقليمي للدولة، ودولة القانون. وتشاء صدف أخرى أن أتعرف على الدكتور هلمت الذي رحب بفكرة الترجمة وشجعني عليها، فكملت الإرادة والفرحة.

وكنت قررت منذ ثلاث سنوات أن أبدأ بقراءة التجربة الألمانية وتتبعها وتدرسيها للطلبة في مقرر الجامعة، من خلال ما يترجم وما يكتب باللغة الإسبانية في إسبانيا وأمريكا اللاتينية. وبعد استيعاب التجربة بكل آلياتها الدستورية والسياسية، قررت أن أقوم بترجمة بعض الأعمال الهامة منها من الإسبانية إلى العربية نظرا لأهميتها؛ ومنها المدونة الجنائية الألمانية (قيد الطبع)، والبدء في المدونة المدنية، وهذا العمل الذي بين أيديكم.

وظهرت لي أيضا أهميتها بعد إجراء العديد من المحادثات مع الأساتذة الجامعيين من مختلف الجامعات ومع القضاة والحقوقيين في كثير من البلدان العربية، الذين أكدوا جميعا على أهمية العمل، بعد أن أطلعتهم على مضامين ترجمة الكتاب من الألمانية إلى الإسبانية.

كما اتضحت لي أهميتها بعد القراءة العميقة لأحكام المحكمة الدستورية الألمانية، وبأنها أحكام تتسم بالعمق الفكري والإنساني والإبداعي الفريد، وتثري الكثير من التفاصيل المؤطرة للمدرسة القانونية والأخلاقية لألمانيا المعاصرة<sup>4</sup>.

وحين استحضرت أهمية هذه التجربة، أستحضر معها في المقابل الدستور المغربي لسنة 2011 والذي كرس بدوره مجموعة من المبادئ والقيم الدستورية حول حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والجهوية المتقدمة ودولة القانون، وأنشأ المحكمة الدستورية عوض المجلس

4. ويعد اليكس روبير من أكبر رواد هذه المدرسة حديثا ومن أشهر مؤلفاته:

Robert Alexy, Teoria de la argumentacion juridica, (traduccion de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEC Madrid 1997.

الدستوري، ووسع صلاحياتها للسهر على ضمان حماية هذه القيم والمبادئ الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية. ورغم أن التجربة المغربية في القضاء الدستوري أخذت تشق الطريق في بناء ذاتها، فما زالت مع ذلك تسعى إلى ترسيخ الاجتهاد القضائي في تفسير وتوضيح الجوانب المعقدة من ممارسة السلطة التشريعية والتنفيذية، والسعي لاحقا إلى النظر في استكمال بناء دولة القانون بكل قيمها الحقوقية والأخلاقية.

ولهذا تعتبر الاستنارة بتراكمات التجربة الألمانية الرائدة أفضل دليل مساعد لاستكمال بناء قضاء دستوري مغربي متطور، وترسيخ دولة الحق والقانون، وبناء دولة الجهات الفاعلة والمنخرطة في التنمية السياسية والاجتماعية والاقتصادية للمغرب المعاصر.

أضف إلى ذلك أن كثيرا من الأنظمة العربية التي سينشر هذا العمل في بلدانها، في حاجة إلى :

1. اقتفاء تجربة غيرها من الدول المتقدمة في أوروبا التي اتجه أغلبها إلى النهل من التجربة الألمانية، إلى درجة أن بعض المحاكم الدستورية الأوروبية تستشهد في كثير من أحكامها الكبرى بتجربة ألمانيا. كما أن أغلب الدول النامية في أمريكا اللاتينية انبهرت بالتجربة، وانكبت على نقلها وتوظيفها في تنمية بلدانها سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، والتسريع نحو بناء دولة المؤسسات ودولة الحق والقانون.

2. بالنسبة للمغرب، كدولة اختارت في دستورها قيما ومبادئ حول حماية كرامة الإنسان، وطورت الآليات التي تقود إلى تلك الحماية، لا بد أن يجد سندا في اجتهاد القضاء الدستوري الألماني الذي تدور كل أحكامه حول حماية كرامة الإنسان وتعزيز حقوقه، سواء تعلقت تلك الأحكام بالمجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الإنساني.

ومن ثمة، فإن نقطة الالتقاء بين التجربة الألمانية، والمنظومة القانونية والأخلاقية والدينية المغربية والعربية الإسلامية تتمحور حول كرامة الإنسان وحماية حقه في الحياة والسلامة الجسدية والعرضية، وضمان العيش والعدالة الاجتماعية، وتكريس دولة القانون فوق الجميع بدون أي نوع من الاستثناء؛ وهي كرامة تنطلق من الإنسان كفرد وأسرّة ومجتمع ودولة.

ذلك أن وظيفة القضاء الدستوري وظيفه سامية ترتبط أساسا بحماية الحقوق الأساسية، وتسهر على المساهمة في التحول الاجتماعي، وتكرس جهودها للعديد من الابتكارات الأخلاقية، وتخليق دول الحق والقانون. بمعنى أدق، إن المحكمة الدستورية تلعب دور المدافع عن الشرعية الدستورية وبناء دولة المؤسسات.

وقد أولت ألمانيا هذه الوظيفة، بشكل حاسم، للمحكمة الدستورية، التي أصبحت، بعد 66 سنة من العمل، مؤسسة رئيسة وركيزة أساسية للنظام الديمقراطي الألماني الذي يقوم على سيادة



دولة الحق والقانون، وتلعب دورا فريدا في تفسير الدستور وحل المنازعات بين المؤسسات الدستورية، وأيضا دور الحكم القانوني الأسمى في الدولة، وضمان العقلانية في فصل السلطة كما سيأتي لاحقا.

وسيكون العالم العربي الذي بلغ عدد سكانه أزيد من 300.000.000 نسمة، ويتوفر على عدد هائل من المحاكم الدستورية والجامعات والأساتذة والطلبة والقضاة والمحامين والمهنيين القانونيين، معنيا أكثر من أي شعب آخر بالاستفادة من هذه التجربة الألمانية التي سترجم من اللغة الإسبانية إلى اللغة العربية في كتاب يتألف من جزأين على النحو التالي :

- الجزء الأول: أحكام المحكمة الدستورية لألمانيا الفيدرالية: بنية الدول ودولة القانون؛
- الجزء الثاني: أحكام المحكمة الدستورية لألمانيا الفيدرالية: الحقوق والحريات الأساسية.

### ثانيا: إشكالية التدقيق اللغوي «الاصطلاحي» والمنهج

يطرح التدقيق اللغوي الاصطلاحي أكبر تحد في نقل المعنى الجوهرى من لغة النص الأصلي إلى اللغة الثانية، وخاصة منها اللغة القانونية القطعية، التي يستعملها القاضي الدستوري، سواء في تفسير النص القانوني، أو تأويله، أو الكشف عن جوهره، أو ابتكار كلمات وعبارات وجمل توجه المشرع إلى خلق جودة تشريعية متوازنة، من حيث الجوهر والشكل.

ومن هنا يطرح سؤال كبير وعريض عن المترجم حول الأمانة العلمية في ترجمة قرارات محكمة دستورية أجنبية (لغة إسبانية) (المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية) إلى لغة عربية. كما تطرح سلسلة من الأسئلة الفرعية الميدانية حول الصعوبات التواصلية، وهي أسئلة متفرعة، فتجيب من جهة، عن القيام بالتوفيق بين الاختلافات اللغوية القائمة، والحاجة إلى الحفاظ على الترجمة في عملية التواصل القائمة بين المجتمع والمحكمة، وإلى تطوير القرارات القضائية كهدف لتحليل علمي قانوني من طرف المستفيدين من الترجمة، ومن جهة أخرى.

وسيكون من الواجب علي، كمترجم، أن أعتد على الدقة حتى لا تفقد الجمل معنى التواصل الأصلي، وتكون في نفس الوقت جملا مفهومة للقارئ العربي المتخصص وفقا للثقافة والمصطلحات اللغوية القانونية الأكثر انتشارا في الوطن العربي. ومن ثم فقد شغل التدقيق اللغوي الإصلاحي ذهني طيلة مرحلة الترجمة، واستحضرت بعيدا عن «التحرر» بمعنى الترجمة الحرة، وبحثت عن نقط التوازن بين أساليب الترجمة، من جهة، وأسلوب التعبير والألفاظ والمفاهيم الأكثر مماثلة

للمفاهيم اللغوية والقانونية العربية؛ حيث حاولت أن أجعل من المماثلة اللغوية لصياغة نص من المعنى الأصلي للنص المترجم بطريقة تيسر للقارئ العربي أن يفهم بعمق كل لفظ، وعبارة وجملة.

ولكن حاولت، من جهة أخرى، أن أكون ملخصا للنص ولأسلوب التحرير المطلوب من إنتاج المحكمة الدستورية الألمانية حتى لا تتولد المشاكل في فهم معاني الكلمات. كما حاولت أن أوضح بأسلوب لغوي سلس العبارات والحجج الواردة في قرارات المحكمة، وركزت في نفس الاتجاه على الدقة اللغوية العامة بالحفاظ على ما يعادل ذلك في اللغة الإسبانية الأصلية، باللجوء إلى علم الاشتقاق اللغوي الثري في اللغة العربية، لصياغة ما يعادلها في اللغة الإسبانية. وبالإضافة إلى ذلك حافظت كلية على إشارات متعددة في أعراف المحكمة الدستورية وما قررتها في قراراتها.

### ثالثا : ما يتعلق بالتدقيقات المحددة لبعض المصطلحات القانونية الدستورية المستعملة

فيجب أن تكون هناك مطابقة بالإشارة إلى ما يلي :

ترجم تعبير Prioridad بمعاني متعددة، بالتبادل وفقا للسياق في النص، أغلبها تعني الأفضلية والتفوق، أو التمايز المذهبي، الذي تقدم إلينا المحكمة الدستورية نفسها في إعلان سنة 2004 بمناسبة النظر في دستورية معاهدة الدستور الأوروبي. لكن الموقف الألماني غريب في هذه المصطلحات، مثل مصطلح (confederacion) الكنفدرالية أو (federacion de estados) فيدرالية الدول، التي تحمل تحديا لغويا كبيرا من خلال الاستعمال المتعدد في التعبير.

وفيما يتعلق بالتنظيم الإقليمي للدولة، فقد ترجم (Bund) بالفيدرالية و(Lund) أيضا بالدولة الفيدرالية عندما تكون مصحوبة بالإسم الخاص بها؛ وتكون في مثل هذه الحالة، إذا تعلق الأمر بإحدى الدول الفيدرالية التي تتشكل منها جمهورية ألمانيا الفيدرالية، علما بأن كثيرا من المترجمين الأسبان ومن أمريكا اللاتينية ترجموا التنظيم الإقليمي إلى دول (Estados) والدولة الألمانية بـ (Federal). بمعنى أنه، في مجال السلطة السياسية، يتم الاحتفاظ بتعبير الدولة في سياق عام وقوي وفقا للغتنا العربية، كما يعادل التنظيم السياسي للسلطة العمومية. ولم يترجم تعبير الرايخ، ولم يحافظ على المصطلح الأصلي منذ أن ترجم كالإمبراطورية غير أنه لا يؤدي دائما إلى مصطلح له صيغ ذات دلالات مفهومة تاريخيا، ويكون نفس المثل في مجال القانون الانتخابي والبرلماني، فترجم الأول بـ «الحاجز الانتخابي»، وترجم الثاني بالبرلمان على المستوى الوطني الغرفة الأولى (البرلمان الفيدرالي) والغرفة الثانية بالمجلس الفيدرالي والحكومة الفيدرالية.

وفي مجال الحقوق الأساسية، هناك من العبارات ما أطلق عليه التحسينات الصوتية الكبيرة، كالإجهاض أطلق عليه إسقاط الحمل، وأطلق على (velo) «المنديل» الذي تغطي به المرأة المسلمة رأسها، الذي يعد تعبيراً غامضاً، والترجمة الصحيحة ذات الدلالة الحرفية له هي أن تكون إما الحجاب أو الخمار: لأنهما أكثر تعبيراً عن المقصود.

وقد ترجمت مصطلح (pareja de hecho) بالزواج الحر على الرغم من أن المحكمة الدستورية استعملته دائماً في سياق يحيل ضمناً إلى شريك من نفس الجنس. وترجمت (asilos) باللاجئين و(residencis) بالمسنين.

وترجمت الحق في الاستماع للقاضي (derecho a ser oido) أو الحق في الدفاع (derecho de defensa) اعتماداً على السياق العام بمعنى الحماية القضائية، أو كالولاية القضائية الفعالة (tutela judicial efectiva) على الرغم من أن معناها الحرفي لا يفيد معنى تقييد السلطة القضائية، لكن من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن ذلك يفيد ما تتمتع به السلطة القضائية في القانون الدستوري وفي النظام القانوني الألماني من أهمية.

وعلى الرغم من وجود بعض الخصوصيات التي يمكن أن تكون، والتي لا تأخذ بعين الاعتبار مستوى حظر الأحزاب والتي لا تتعلق بمسطرة عدم قانونية الأحزاب، وإنما بمنعها الموضوعي المترتب عن عدم احترام المشروعية القانونية. لأن كلا الطبيعتين مختلفتان دستورياً في ألمانيا: طبيعة المنع الناتج عن عدم استيفاء المساطر القانونية، وطبيعة المنع الناتج عن عدم احترام الشرعية الدستورية.

وبنفس الطريقة أيضاً، يمكن التعامل مع التعبيرات المسطرية الدستورية بترجمة تختلف عن المعايير المستعملة في القضاء العادي نظراً لتلاؤمها مع وظيفة المساطر وطبيعة القرارات حول أساس المسألة التي تم النظر فيها، وكذلك الأمر مثلاً في طعن الحماية ومسألة عدم دستورية القانون وتنازع الأجهزة الدستورية التي تأخذ الحيز الكبير في هذا العمل.

ومع ذلك، لا بد من الإشارة إلى أن من ملك اللغة العربية القانونية، وأنقن بدقة علمية كافة علومها وقواعدها ونحوها وصرّفها وعلم اشتقاقها، سيجد الطريق معبداً نحو بناء أي نص قانوني، أو قرار قضائي، وسيتمكن من بناء نص جديد على أنقاض نص آخر، بمنهج يضمن نقل جوهر النص نقلاً أميناً سليماً، سلساً وفي حلة جيدة وأسلوب رفيع.

## رابعا : المبادئ التوجيهية الأساسية لقضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية

### 1. المفاهيم العامة

انطلقت المحكمة الدستورية الألمانية سنة 1951 في القيام بمهامها الدستورية، في سياق تاريخي وسياسي واجتماعي داخلي لألمانيا ومحيطها الأوروبي، كما هو الحال في الأنظمة المقارنة. ومع ذلك كانت لفكرة الرقابة على دستورية القوانين سوابق في العرف الألماني، ابتداء من محكمة الغرفة التابعة للرايخ. وبالتأكيد لا يمكننا أن نقارن بين بنية هذه الأنظمة ولا المفهوم النظري لهذه الأنظمة، ولا أيضا بين تطور المؤسسات وصلاحيات هذه المؤسسة مع المحكمة الدستورية الفيدرالية المنشأة بقانون أساسي سنة 1949.

وفي نفس الوقت هي جهاز قضائي وليست جهازا سياسيا تسمو مكانتها على جميع السلطات العمومية، وتتمتع بالاستقلالية التامة في بنيتها ووظائفها على خلاف أجهزة الرقابة السابقة للمحكمة العليا لجمهورية فيمار التي كانت تخضع أحيانا لوصاية السلطة التنفيذية، وأحيانا أخرى إلى الأجهزة التشريعية، وكانت تفسر الدستور تفسيراً متطرفاً، وبصفة خاصة منها الصلاحيات المتعلقة بالنظر في الخلاف بين الرايخ والدول الفيدرالية.

وأصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية خلال خمسين عاما من وجودها، وبناء على الصلاحيات المسندة إليها، عددا ضخما من الأحكام والقرارات تمتاز من حيث الكم والكيف، وهو اجتهاد أصبح له تأثير اليوم في جميع مجالات الحياة الدستورية والسياسية والتشريعية والاقتصادية والاجتماعية، وحولت تدريجيا النظام القانوني من نظام بسيط وشبه دستوري، إلى نظام محكم البنين ومنخرط في اليقظة المستمرة لملاء الفراغات التشريعية في كافة الأصعدة، من خلال تقديم سلسلة من التوجيهات السياسية والقانونية.

وقد ولد هذا الاتجاه الأخير انتقادات متزايدة للمحكمة. وأثير التساؤل حول مسألة ما إذا كان دور ووظيفة المحكمة الدستورية يقتصران على تفسير وتأويل الدستور، أم أنها يمكن أن تعتبر في الواقع، مشرعا بديلا للبرلمان.

وقد حددت المحكمة الدستورية الفيدرالية في عدة مناسبات بأن الدستور الألماني «يأمر بالخضوع إلى القيم التي تسعى إلى الدفاع عن الحرية والكرامة الإنسانية، باعتبارهما الهدف الأسمى من كل قانون، وأن نفس الدستور لا ينظر إلى الإنسان كفرد يكتفي بذاته، وإنما يجب أن ينظر إليه كفرد يعيش في مجتمع...».

واعترفت من ناحية أخرى بأن كل سلطة عامة: «لا يمكن أن تمارس أية سلطة إلا في إطار الحدود التي وضعها القانون الأساسي، والسلطة كلها يجب أن لا تمارس إلا من أجل الصالح العام

القائم على أسس من الحرية ودولة العدالة الاجتماعية». ويجب، نتيجة لذلك أيضا، أن تحترم القيم الدستورية التي تسعى إلى إقرار «أمن الدولة باعتبارها القوة الدستورية، وضمان السلام والنظام وأمن السكان، كما يجب عليها أن تضمن، احترام قيم أخرى لا يمكن الاستغناء عنها، وهذه القيم هي التي تبرر وجود المحكمة الدستورية الفيدرالية التي تتمتع بهويتها الخاصة، وصلاحياتها الدستورية الواسعة في التفسير».

وكان منهج التفسير الذي اعتمدته المحكمة عميقا ودقيقا؛ تمكنت بواسطته من الكشف عن كل تفاصيل الأحكام الدستورية، واستطاعت، في حكم واحد، أن تطالب باحترام عدة مبادئ وقيم دستورية. واستطاعت، أحيانا أخرى، أن تنشئ مبادئ جديدة من الإعلانات التي تشمل مجالات كثيرة، ومفصلة للغاية، سواء في النظام الدستوري أو النظام القانوني بكامله.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية الفيدرالية أكدت دائما على مبادئ النظام الديمقراطي، وهي مبادئ تتأسس عليها الدولة الديمقراطية ودولة القانون والدولة الاجتماعية، بالإضافة إلى مبدأ التنظيم الفيدرالي للدولة. وميزت، من ناحية أخرى، بناء على القانون الأساسي، بين اتباع منهج واسع لسياسة اجتماعية، وبين وضع معايير صارمة للتشريع، عندما يتعلق الأمر بالحفاظ على الضمانات الأساسية.

وتجدر الإشارة إلى أن مفتاح نجاح هذا النظام الدستوري تمثل على وجه التحديد في اللجوء إلى الجمع بين المعيار السياسي المفتوح والمتطلبات القانونية الصارمة. ومن الواضح أن هذه الحقيقة تفرض على المحكمة الدستورية درجة عالية من المسؤولية وتتطلب منها ضبط النفس.

إذا حللنا ما تقوم به المحكمة في علاقتها مع المعيار التفسيري المفتوح المعتمد في مجال النظام الاجتماعي، وجدنا أنه يدل على أنها تحترم النظام الاقتصادي للبلد. ومنه خلصت إلى أن القانون الأساسي من الناحية السياسية إما «محايد» أو مفتوح على النظام الاقتصادي. ونجد من الأمثلة على ذلك مجال القانون ووسائل الإعلام، ولا سيما قانون البث الإذاعي، وتمويل الأحزاب السياسية وقانون الضرائب وقانون اللجوء السياسي.

وتصرفت المحكمة دائما، وفقا لذلك، بأقصى شدة للحفاظ أو الدفاع عن احترام وتطبيق القيم الأساسية. وهذا واضح في كل أحكامها المتعلقة بالحقوق الأساسية ودولة القانون والتصريحات المتعلقة بالمحافظة على الوحدة الألمانية، كما يدل على ذلك حكمها الصادر في 31 يوليو 1973 بشأن «المعاهدة الأساسية» بين ألمانيا الغربية وألمانيا الشرقية. كما أمرت بالمصادقة على استمرارية الوحدة الألمانية واستبعاد إمكانية الاعتراف بالتقسيم، ووضحت موقف الدستور من القانون الذي فتح الباب، وسمح باستعادة الوحدة الألمانية في عام 1990.

## 2. الحقوق الأساسية وسيادة الدولة الاجتماعية

يعتبر الدفاع عن الضمانات الدستورية محور وظائف المحكمة الدستورية. ولهذا أعلنت، في عدة أحكام، بأن الحقوق الأساسية لا تعني فقط الحقوق الشخصية للمواطنين ضد الحكومة، ولكنها تعني أيضا القيم الموضوعية وبصفة خاصة القيم القضائية. ففي حكمها الصادر في قضية لوث، 15 يناير 1958، حدد الدستور حقوقا أساسية واسعة، كنظام مغلق من القيم التي ينبغي أن تحكم وتحدد النظام القانوني بأكمله. وهذا التأكيد تستمد منه المسؤوليات القانونية الخاصة بالدستور.

ولم تفسر المحكمة فقط تفسيريا كاملا ولموسا في بعض الحالات الضمانات المنصوص عليها في الدستور، كما تم ذلك في مجموعة من الحقوق الأساسية ونظام القيم وضماناتها. كما هو الحال في حكم بشأن Elfes، في 16 يناير 1957 الذي يعرف الحق في «تطوير الشخصية بحرية»، المنصوص عليها في المادة 2 (1) من الدستور على أنه الحرية الرئيسية أو «الحرية العامة للعمل» وحماية جميع الحريات، سواء كانت مدرجة أو غير مدرجة في الدستور، كالحقوق الدستورية الأساسية.

وجهدت المحكمة اجتهادها بشكل كامل تقريبا إلى التمييز بين الضمانات البسيطة الدستورية والحقوق، وأعلنت عن أحكام غريبة وفريدة من المحكمة في بعض الأحيان، وكذلك عندما أعلنت مثلا بأن حرية ركوب الخيل مجانا في الغابة حرية مضمونة دستوريا. فمن غير المرجح أن هذا التفسير يعد الروح الكافي التي حركت أدمغة الهيئة التأسيسية لوضع الدستور في بناء نسيج حقوقي أخلاقي ومؤسستي، لضمان كرامة الإنسان.

على أي حال، هذا الاجتهاد يتطور باستمرار، وهو حقيقة لا يمكن إنكارها في الواقع السياسي والدستوري في ألمانيا. ربما لا يوجد بلد آخر في العالم يعيش واقعا دستوريا يماثل تجربة ألمانيا في مجال الحقوق الأساسية، لذلك يعتبرها الكثير من الباحثين بأنها تجربة فريدة من نوعها ونموذج يجب أن يحتذى.

وأخذ «الحق في تطوير الشخصية» حيزا كبيرا واهتماما خاصا من طرف المحكمة، وأبرزت في هذا السياق، حوله مبدأ حق تقرير المصير في مجال المعلومات. ونظرية «التأثير غير المباشر» و«النظرية الجوهرية» التي ضمنت من خلالها حماية الحقوق الأساسية وحماية المجال المحفوظ للقانون، ورسمت حدودا واضحة خاصة من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية.

وكان لابتكار «النظرية الجوهرية» دور كبير في تقديم القدرة على الإقناع ورسم معايير صارمة، وتوسعت من خلال هذه النظرية في الكشف عن ماهية وجوهر مبدأ دولة القانون باعتباره واحدا من المبادئ الدستورية الهامة. وتم تحديد هوية جمهورية ألمانيا الفيدرالية الإقليمية والثقافية والحضارية، واستعملت نفس النظرية في الكشف عن مبدأ دولة القانون، وبالتالي، مبادئ العدالة المادية واليقين والأمن القانوني وحماية الحقوق المدنية، والدولة الاجتماعية.

### 3. الديمقراطية، والنظام البرلماني

كرس الدستور بأن: «ألمانيا هي دولة فيدرالية تحكمها مبادئ الديمقراطية التمثيلية والبرلمانية القائمة على نظام الأحزاب السياسية الذي يشكل الإرادة الشعبية». وقد سمح قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية بتحقيق هذه المبادئ، ولم يكن القيام بذلك أمرا سهلا على الدوام؛ بل يبدو أحيانا في نظر الانسان العادي وكأن هناك تناقضا؛ والحال أن المحكمة سهرت بحرص شديد على الاحترام المطلق لروح الدستور وخصائص النظام السياسي.

واعتبرت «بأن الإرادة الشعبية هي أساس أي تنظيم للدولة». واستعملت في ذلك عبارة واضحة، عندما أفصحت بأن السلطة تأتي من الشعب إلى البرلمان، ولا تأتي من البرلمان إلى الشعب. وميزت المحكمة بين الإرادة الشعبية التي هي أساس الدولة، والإرادة العمومية التي تمارس وظائفها من خلال المؤسسات الدستورية».

كما اعتبرت المحكمة بحق بأنه: «في دولة القانون الحر الديمقراطي، يكون دور الشعب هو الأداة الأكثر قوة للإعراب عن الإرادة الديمقراطية وشرعية السلطة العامة، ويكون الحكم في هذه المؤسسة هو التصويت الشعبي.

وهذا ما أكدته وأثبتته المحكمة في أحكام متعددة. وعلى وجه الخصوص منها، ما يتعلق بالمساواة في التصويت، الذي عرفته بأنه حق أساسي من حقوق المواطن، وأنكرت سابقا حق التصويت للأجانب. كما أيدت المحكمة الدستورية الفيدرالية دستورية النظام الانتخابي الحالي القائم على «التصويت النسبي الشخصي»، وعلى العتبة الانتخابية عندما أعلنت بأنه يجب على الحزب السياسي أن يحصل على خمسة في المائة من الأصوات لدخول البرلمان وقد فشلت حتى الآن في علاج جميع أشكال التشرذم المفرط للأحزاب السياسية.

واعتبرت دائما بأن البرلمان الفيدرالي (البوندستاغ) هو الجهاز المركزي للديمقراطية. وتسند إليه السلطة التشريعية كوظيفة دستورية لوضع النصوص التشريعية. كما اعتبرت بأن للبرلمان الشرعية الديمقراطية للقيام بذلك وهو جهاز للإنشاء والإشراف والانسجام السياسي، ولكنه ليس جهازا لممارسة الرقابة القانونية العادية على الحكومة الفيدرالية.

وحاولت المحكمة مع هذا التأكيد أن توفق بين مبدئين متوازنين هما المبدأ الديمقراطي ومبدأ الفصل بين السلطات. ويكون التأكيد من خلال هذين المبدئين على أن نظام الحكم في ألمانيا هو نظام برلماني مكرس في القانون الأساسي الألماني لسنة 1949، الذي أبان بالتأكيد عن فعالية غير عادية، وأصبح دعامة رئيسية لأول ديمقراطية مستقرة في تاريخ الديمقراطية الألمانية المعاصرة، وهذا التصور للمحكمة يعكس مبدأ التمثيل المنصوص عليه في الدستور، ويؤكد أيضا على مشاركة الأحزاب السياسية في تشكيل الإرادة الشعبية.

ومن جهة أخرى، نبهت المحكمة إلى أن المجتمع التعددي الحديث يجب أن يعتمد على المؤسسات لتشكيل الإرادة السياسية، سواء على المستوى العام، أو على مستوى القناعات في تشكيل الإرادة السياسية في المجتمع. واعتبرت بأن وظيفة الأحزاب السياسية الحالية «ليست جزءاً من الأجهزة العليا للدولة» وإنما دور الأحزاب هو المشاركة في تشكيل الإرادة السياسية، وهي طبعاً مؤسسات دستورية، يمكن أن تمارس وظائفها كأحزاب فردية أو في إطار الأتحلاف والتكتلات البرلمانية، كما أنه يمكن أن تكون أغلبية في البرلمان، ويمكن أن تمارس المعارضة؛ وهو حق مضمون.

وأولت المحكمة دائماً عناية كبيرة للحفاظ على التوازن الضروري في الصراع والتنافس الحزبي، من خلال ضمان الحقوق البرلمانية للأعضاء، وضمان الاستقلالية والفعالية الناجمة في ظل ميثاق أخلاقي برلماني، والحد من عدم الانضباط الحزبي المفرط للكتل البرلمانية.

كما خصصت المحكمة أحكاماً تتضمن عمقا حقوقيا كبيرا لمسألة تمويل الأحزاب السياسية، وساهمت بذلك في التحولات الضعيفة لزيادة ثقة المواطنين في الأحزاب السياسية وطرق تمويلها، رغم أنها كانت دائماً عرضة لإثارة الشبهات.

وفي نفس السياق قطعت المحكمة الدستورية الطريق على الأحزاب التي لا تحترم الشرعية الدستورية، من خلال «أهدافها أو سلوك أتباعها، في السعي إلى تقويض النظام الأساسي للحرية والديمقراطية، أو تعريض وجود جمهورية ألمانيا الفيدرالية للخطر». ومن الأحكام الشهيرة في ذلك، حكم صدر في الخمسينات لحظر حزب الرايخ الاشتراكي (الحزب الشيوعي الألماني). وقرار المحكمة بشأن حظر حزب النازيين الجدد.

#### 4. الفيدرالية

وأصدرت المحكمة عدة أحكام في هذا السياق، استناداً إلى مبدأ الفيدرالية المنصوص عليه في القانون الأساسي الألماني. ويمكن القول بأن جميع هذه الأحكام ذهبت إلى أبعد حد في الدفاع عن الصورة السائدة في الدولة الفيدرالية بأنها دولة «وحدوية وتعاونية» وتتحدى وتعمل في كل مرة على تحديث السوابق القضائية للمحكمة في قراراتها، فأصبحت تنظر إلى الفيدرالية بأنها «هيكل فيدرالي مستقر» وغير قابل للتغيير. غير أنها اعتبرت بأن مبدأ الفيدرالية نفسه، «لا يضمن للولايات وجودها أو إقليمها في مواجهة تدخل السلطة الفيدرالية». لأن من اختصاصها إعادة تنظيم الأراضي الفيدرالية.

واعتبرت المحكمة الدستورية الفيدرالية، على الرغم من ذلك، بأن الولايات بمثابة المستودعات الأولية للنظام الفيدرالي، وساعدت أحكامها على البناء الأولي لقيام دولة فيدرالية، على الأقل فيما يتعلق بالسلطات التشريعية.



ويتفق توجه المحكمة بخصوص مبدأ الدولة الفيدرالية على اعتبار الفضاء الإقليمي للدولة أساسا للتنوع بين كل الولايات من جهة، والبناء الديمقراطي الإقليمي من جهة أخرى. وكانت هذه الاتجاهات واضحة في تطور قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية عندما حددت معايير جديدة في جمع العلاقات بين الفيدرالية والولايات، وفصلت بوضوح مفهوم الفصل «العمودي» للسلطات بين الحكومة الفيدرالية والدول التي تتألف منها، وكان هذا الاتجاه موجودا في العديد من الأحكام التي صدرت عنها وتطالب فيها من الفيدرالية وولاياتها أن تظهر اهتماما خاصا بالتعاون المتبادل. ليس هناك ما هو واضح أكثر في هذا الخصوص من إبداع المحكمة لمبدأ الولاء الولاياتي للفيدرالي فأصبح مبدأ دستوريا له طابع إلزامي، وكان له دور كبير في تعديل مجال سلطات الدولة الفيدرالية والولايات، فضلا عن المقاطعات فيما بينها.

### 5. حماية الدستور والمشرع الأصلي أو المشرع البديل

الصورة التي يمكن أن نرسمها هنا عن التطور والاتجاهات الأساسية في قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية تسمح، كاستنتاج أولى، بالتأكيد على أننا نشاهد قصة نجاح دستوري باهر؛ حيث أصبحت المحكمة الحامي والوصي الحقيقي للدستور في ألمانيا. والمحكمة هي الضامنة للديمقراطية التي تقوم على دولة القانون والدولة الاجتماعية، وحماية النظام الدستوري. وإذ يسجل هذا النجاح، فإنه يسجل معه الثناء على نجاح السلطة التأسيسية لوضع القانون الأساسي سنة 1949 لألمانيا المعاصرة.

ومع ذلك، لا يمكن تجاهل الانتقادات الخطيرة التي وجهت إلى هذه المحكمة في بعض الحالات، وخاصة في السنوات الأخيرة؛ إذ أصبحت تتهم بأن لها ميلا أن تكون «المشرع البديل». وبعبارة أخرى، كانت المحكمة تتجاوز دور الوصي على الدستور الذي منح لها بالتأكيد، في بعض الحالات فوضعت الحدود بين السيطرة على دستورية القوانين من ناحية، وإصدار القواعد القانونية، من ناحية أخرى، ومع ذلك، فإنه لا يمكن إنكار أن هناك اتجاها ملحوظا من المحكمة الدستورية الفيدرالية ليس فقط للسيطرة على السلطة التشريعية من خلال مراقبة دستورية القوانين، وإنما بإعطاء التوجيهات أحيانا حول نوعية الأحكام القانونية البسيطة. بل وتتولى، واقعا، في أحيان أخرى، دور المشرع البديل عن المشرع الأصلي.

وهذه العملية واضحة فيما يتعلق بالاختصاصات المختلفة التي تمارسها المحكمة، وتتجاوز فيها مبدأ فصل السلطات. ويظهر ذلك حتى على مستوى مراجعة الأحكام القضائية في الولايات المختلفة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالطعن بعدم دستورية القوانين التي لها علاقة بالحقوق والحريات الأساسية.

ومن الأسئلة التي تثار بهذا الشأن: «من الذي يحمي الدستور من حماته؟»، «تحولت المحكمة الدستورية الفيدرالية إلى لجنة للمساعدة الاجتماعية»؟ «المحكمة الفيدرالية الدستورية: تحمي الدستور أم تعدله؟»، «وظيفة المحكمة الدستورية الأوليغارشية في الديمقراطية؟»، و«المحكمة الدستورية الفيدرالية، تحمي الديمقراطية أم هي مشرع بديل؟».

تعقبا على هذه الأسئلة، تجدر الإشارة إلى آراء بعض الفقهاء كالفقيه ك. هيس الذي يقول: «القضاء الدستوري يعني إدارة القانون وليس أداة نوع من التشريع الأسمى». ويشير الفقيه ايو بوكنيفور إلى أنه «لا يسمح للمحكمة الدستورية الفيدرالية بالقيام بالمبادرة التشريعية، كما لا يسمح لها بممارسة المراقبة المستمرة على العمل التشريعي»، مشيرا إلى أن المحكمة الدستورية الفيدرالية لا يمكن أن تنتحل صفة «المؤدب السلطوي» أو «الوصي المؤدب» للبرلمان. ويقول ب. كريتشوف بأن «القاضي في المحكمة الدستورية لا يصدر القوانين»، مضيفا في وقت لاحق: «بأن القاعدة القانونية الدستورية الأمرة تشير بأن المشرع هو المترجم الأول للدستور والقضاء الدستوري لا يحتل إلا المرتبة الثانية».

لقد أثارت قرارات المحكمة كثيرا من مثل هذه الانتقادات وغيرها حول القانون؛ خاصة منه القانون المدني والقانون الجنائي، وقانون الضرائب والمجال الاجتماعي.

ويجب الإقرار، مع ذلك، بأن المحكمة الدستورية الفيدرالية، وضعت الحدود بين الرقابة الدستورية والوظيفة السياسية؛ لكنها فرضت أحيانا على المشرع أن يسلك اتجاها مبنيا على قناعتها، وكان الأمر واضحا في بعض الأحيان، على الأقل من الناحية الواقعية، وحدث ذلك في إصلاح قانون الإجهاض بعد إعادة توحيد ألمانيا.

ورغم هذه الانتقادات، هناك قناعة لدى المحكمة بأن للبرلمان نفسه الشرعية الديمقراطية والدستورية، فلا يمكن للمحكمة إلا أن تسهر على ضمان الشرعية الدستورية. ولهذا بالتأكيد لم تتجرأ على وضع «تشريعات بديلة» ولديها نفس القناعة بأن البرلمان هو الوحيد الجهاز الدستوري القادر على تقديم الحلول والسلام الضروريين من خلال التشريع، سواء على المستوى الوطني أو المستوى الخارجي؛ فالمشرع هو الذي قرر، والمحكمة أبدت مواقف من العمليات المسلحة للجيش الألماني في الخارج، ومن مناورة حلف شمال الأطلسي؛ إذ في قرارها الصادر في 12 يوليو 1994، أعلنت بأن عمليات محددة للقوات المسلحة خارج المنطقة تتطلب موافقة صريحة من البرلمان.

وكانت العلاقة الحالية بين السلطة التشريعية والمحكمة الدستورية من المسائل الحساسة من الناحية السياسية والقانونية، وي طرح فيها دائما النزاع حول مبدأ الفصل بين السلطات في دولة القانون. فوجود دولة القانون الديمقراطي، على أساس فصل السلطات، يعتمد على أداء كل السلطات العامة الوظيفة المسندة إليها بالدستور، فالبرلمان مشرع، وله مجال محفوظ والمحكمة

الدستورية جهاز للرقابة وحماية الدستور والدفاع عن قيمه ومبادئه، والعلاقة بينهما تقوم على أساس من المساواة والمسؤولية المتبادلة. ويجب عليهما معا أن يحترما ويراعيا اختصاص الآخر. وينبغي أن تتركز مسؤولية المحكمة على تنبيه السلطة التشريعية على تدارك أي خلل، ويجب على الجهازين: البرلمان والمحكمة الدستورية أن يوفر التوازن العادل للقيم والمبادئ الدستورية.

يظهر الأداء الناجح للغاية للمحكمة في العقود الستة الماضية بأنها استطاعت أن تصحح الانحرافات المحتملة. وظلت وستظل، رغم الانتقادات الموجهة إليها، هي الحامي الذي لا غنى عنه للدستور والمصحح الوحيد بسرعة للسوابق القضائية التي تطرأ على ظروف إقرارها في الوقت المحدد كما هو مطلوب.

الدكتور أحمد السوداني

بتاريخ 2016/06/21، الرباط، المملكة المغربية

تراجع مصادر أفكار هذه المقدمة في:

- José Martín y Pérez de Nanclares, «Órdago del Tribunal constitucional Alemán Al Proceso de Integración europea (Algo Más Que Una Sentencia Crítica Con El Tratado de Lisboa)», *REAF* núm 13, abril 2011, p. 97145-.
- J. Avier Díez-Hochleitner, *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión WP IDEIR*, n° 17, 2013.
- Víctor Orozco Solano, «La Composición y El Funcionamiento de Los Tribunales Constitucionales Desde una Perspectiva Comparada: Los Casos de Alemania, Italia, España y Costa Rica», *Revista Judicial*, Costa Rica, n° 115, marzo, 2015.
- Ingovon Munch, «El Tribunal Constitucional Federal como actor político?», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 6, 2002.
- Peter Haberle, «El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 9, 2005.
- Konrad Hesse, «El Tribunal Constitucional Federal en la ley fundamental de Bonn», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 9, 2005.
- Hans-Peter Schneider, «El Tribunal Constitucional federal alemán entre la justicia y la política», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 31, 1991.
- Gerhard Leibholz, «El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política», *Revista de estudios políticos*, n° 146, 1966.
- Benito Alaez Corral, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993», *Revista española de derecho constitucional*, n° 45, 1995.

## أولاً : كرامة الإنسان

يقر القانون الأساسي في:

### المادة 1

**الفقرة 1 :** لا تنتهك كرامة الإنسان، ويشكل احترامها وصونها واجبا على جميع السلطات في الدولة.

**الفقرة 2 :** يقر الشعب الألماني بناء على ذلك، بحقوق الإنسان الغير القابلة للانتهاك، أو التصرف كأساس لكل جماعة إنسانية، وبالسلم، والعدالة في العالم.

**الفقرة 3 :** ترتبط الحقوق الأساسية التالية بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، ويطبق كقانون فورا.

### الحكم 46

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/30 يتعلق بالتنصت على المكالمات الهاتفية

[...]

6. يجب أن تعتبر المعاملة التي توليها السلطات العمومية - عند تنفيذ القانون - للأشخاص كمظهر من مظاهر ازدياد القيمة التي يتمتع بها الإنسان إذا أثرت هذه المعاملة على كرامة الإنسان.

#### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 15 دجنبر 1970

أقرت المادة 1 من القانون الأساسي بمبدأ عدم القابلية للتصرف بكرامة الإنسان، ولا يمكن أن تغير بواسطة تعديل دستوري، كما تنص على ذلك الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي، ويتوقف قبل كل شيء على الظروف التي يقع فيها الاعتداء على كرامة الإنسان. ومن الواضح أن هذا لا يمكن أن يثبت بشكل عام، وإنما دائما يؤخذ بعين الاعتبار الحالة الخاصة والصيغ العامة، كما هو منصوص عليها.

ولا يمكن أن ينتقص من الجنس البشري بمعاملات من طرف سلطة الدولة كأنهم أشياء بسيطة، وتقرر المعايير التي تصلح لتحديد الحالات التي يقع فيها انتهاك لكرامة الإنسان. ويعامل

الإنسان في كثير من المرات كأنهم أشياء بسيطة، ولا يرتبط ذلك بالظروف والتطور الاجتماعي، وإنما بسبب القانون الذي يجب عليه أن يتشبث به دون أن تؤخذ مصالحه بعين الاعتبار. ولا يقع المساس بكرامة الإنسان فقط لهذا السبب.

ويجب أن نشير إلى أن الفعل الذي تعرض له الشخص، ينطوي على معاملة تمس بشكل رئيسي إنسانيته، أو أنها معاملة ترتب عنها في حالة معينة انتقاص تعسفي من كرامته. ويجب أن تخضع المعاملة التي تمس بكرامة الإنسان التي أسندت إلى السلطة العمومية بالقانون، ويجب أن يعتبر عدم احترام ذلك كانتقاص للضمانات التي يتمتع بها الإنسان، ويكون لها أيضا بهذا المفهوم طابع «المعاملة البشعة».

ويجب أن تعتبر مخالفة للدستور. وفقا للرأي المخالف للقضاة جيلر والدكتور شلابرنديروف والدكتور روب:

للإجابة عن السؤال المتعلق بمعنى «كرامة الإنسان» يجب أن يتم الاحتراز من فهم هذه العبارة المثيرة للشفقة حصريا بمعناها الأسمى، أي ذلك الذي يعتبر أن كرامة الإنسان لا تنتهك إلا عندما تكون المعاملة التي قامت بها السلطة العمومية ضد أشخاص - لتنفيذ القانون - «وتعتبر، كتعبير عن ازدياد القيمة التي يتمتع بها الجنس البشري ومن خلالها يكون للشخص» بهذا المفهوم أيضا طابع «المعاملة البشعة».

وسيقصر ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي في حالة حدوث هذا على منع إعادة إدراج التعذيب والتمثيل بالمجرمين وأساليب الرأب الثالث. ولا يتناسب هذا التقييد مع مفهوم وروح القانون الأساسي. ويجب على كل سلطة حكومية أن تعتبر وتحترم الإنسان في قيمه الخاصة وفي استقلاليته. ولا يمكن أن يعامل «بطريقة لا إنسانية» أو «كشيء» حتى عند ما يقع هذا دون جهل بالقيم الشخصية فقط، وإنما يقع حتى عندما يتعلق الأمر «بحسن النوايا».

## الحكم 47

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 187/45 يتعلق بالسجن المؤبد

1. تتوافق عقوبة السجن لحالة القاتل المنصوص عليها في المادة 211 من المدونة الجنائية مع القانون الأساسي، ووفقا للمعايير التي أقرها القانون الأساسي.

2. لا يمكن وفقا لهذه الحالة الراهنة أن يحدد تنفيذ عقوبة السجن المؤبد طبقا لأحكام القانون الجنائي الجاري به العمل، ويؤخذ فيها بعين الاعتبار الممارسة الراهنة للعفو، إذا كان سيؤدي

ذلك قهرا إلى أضرار جسدية أو نفسية، لا يمكن جبرها أو أضرار تمس بكرامة الإنسان (الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي).

3. يُعزى افتراضات تنفيذ العقوبة الى إطار الكرامة الإنسانية، ويمنح للمحكوم عليهم بالسجن المؤبد فرصة واحدة على الأقل، ليتمتعوا بالحرية من جديد. ولا تكفي إمكانية العفو وحدها، وإنما يجب أن يراعى مبدأ دولة القانون الذي ينطوي على الافتراضات التي يمكن بموجبها، أن يوقف تنفيذ عقوبة السجن المؤبد، وأيضا تنظيم مسطرة التطبيق لهذا الغرض.

### الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 21 يونيو 1977 يتعلق بطعن الحماية 76/14

تحدد الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي في ميدان مكافحة الجريمة شروط العدالة، وتحدد أيضا المفهوم الجوهرى للعقوبة والعلاقة بين الجرم والإقلاع عنه. ويرقى مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بموجب القانون إلى مرتبة المبدأ الدستوري. (من أحكام المحكمة الدستورية 323/20 [ص. 331]).

ويجب أن تتناسب كل عقوبة مع جسامته الفعل المعاقب عليه، وجرم الجاني (من أحكام المحكمة الدستورية 389/6 [489]، 167/9 [169]، 323/20 [ص. 331]، 269/25 [ص. 285] والتي تليها). والقاعدة هي احترام كرامة الإنسان الذي يعني بشكل خاص أن تُمنع العقوبات القاسية واللاإنسانية والمهينة (من أحكام المحكمة الدستورية 332/1 [348]، 389/6 [391]).

ولا يمكن أن يتحول الجاني إلى «شيء بسيط» لمكافحة الجريمة، الذي بذلك ينتهك حقه في الاحترام والحماية الدستورية لقيمه الاجتماعية (من أحكام المحكمة الدستورية 389/28 [ص. 391]). ويجب أن يحافظ على الافتراضات الأساسية للوجود الفردي والاجتماعي للإنسان.

ويستخلص من الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي علاقة مبدأ الدولة الاجتماعية، بواجب الدولة - ويصح هذا خصيصا لتنفيذ العقوبات - في ضمان الحد الأدنى من الوجود، الذي يضمن قبل كل شيء حياة تتسق مع كرامة الإنسان. ولهذا يتنافى مع مفهوم الكرامة الإنسانية أن تمتلك الدولة صلاحية حرمان الأشخاص من الحرية، دون أن تمنحهم على الأقل فرصة استعادتها من جديد.

[...] وتكون إذن نواة كرامة الإنسان مداسة إذا أُجبر المُدان، بغض النظر عن تطوير شخصيته، على التخلي عن أي أمل في الحصول على حريته من جديد. ويجب أن تضمن من أجل هذه النتائج بطريقة معينة تجعل تنفيذ عقوبة السجن مدى الحياة مُطابقة، في إطار مفهوم كرامة الشخص؛ مؤسسة - العفو وحدها - لا تكفي لتلبية المتطلبات الدستورية.

## ثانياً: حرية تطوير الشخصية

ينص القانون الاساسي في:

### المادة 1

**الفقرة 1 :** لا تنتهك كرامة الإنسان، ويشكل احترامها وصونها واجبا على جميع السلطات في الدولة.

**الفقرة 2 :** يقر الشعب الألماني، بناء على ذلك، بحقوق الإنسان الغير قابلة للانتهاك، أو التصرف كأساس لكل جماعة إنسانية، والسلم، والعدالة في العالم.

**الفقرة 3 :** ترتبط الحقوق الأساسية التالية بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، ويطبق كقانون فورا.

### المادة 2

**الفقرة 1 :** يحق لكل شخص أن يطور شخصيته بحرية، ويجب عليه أن لا يعتدي على حقوق الآخرين ولا على النظام الدستوري، أو القانوني أو الأخلاقي.

**الفقرة 2 :** يتمتع كل شخص بالحق في الحياة والسلامة الجسدية. ولا تنتهك حرية الشخص. ولا يمكن أن تقيد هذه الحقوق إلا بمقتضى القانون.

## الحكم 48

### حكم المحكمة الدستورية 32/6 يتعلق بويلهيلم إيلفيس

1. لا تنص المادة 11 على حرية السفر.
2. تنبثق حرية السفر عن الحرية العامة في التصرف، المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي والمضمونة في حدود النظام الدستوري.
3. يتعلق النظام الدستوري، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، بالنظام القانوني الدستوري، أي بكافة القواعد التي تلتزم شكلا وموضوعا بالدستور.
4. يمكن لكل شخص أن يقوم بطعن الحماية ضد أية قاعدة قانونية لا تنتمي إلى النظام الدستوري، إذا كانت تقيد حريته في العمل.

## الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 16 يناير 1957 يتعلق بطعن الحماية 56/253 في طعن الحماية التي رفعها ويلهيلم إيلفيس

عندما طالب الطاعن عام 1953 بتجديد جواز سفره أمام السلطات المعنية في مونخين غلاباخ، رفضت هذه السلطات طلبه يوم 6 يونيو 1953 استنادا إلى الفقرة 1 من المادة 7 من القانون المتعلق بجواز السفر المؤرخ 4 مارس 1952 بدون أي تبرير.

[...] لم تصل المحكمة الدستورية الفيدرالية إلى قناعة بأن أساس النظام القانوني - على غرار ما ذهب إليه الفقه - يجب أن يتم التنصيص على حرية السفر المتضمنة في المادة 11 من القانون الأساسي التي تضمن حرية التنقل. وعلى الرغم من ذلك فإن حرية السفر تنبثق عن الحرية العامة في التصرف، وتستند أيضا إلى الحماية الدستورية (الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي).

2. لم تحسم المحكمة الدستورية الفيدرالية في حكمها الصادر يومه 20 يونيو 1954 (من أحكام المحكمة الدستورية 7/4 [ص. 15 والتي تليها]) مسألة تحديد مدى وجوب - في إطار مفهوم تطوير الشخصية - استيعاب حرية الإنسان في التصرف وفقا لما هو منصوص عليه في هذا المعنى الواسع، أو مدى حصر الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي في حماية الحد الأدنى لحرية التصرف الضرورية لكي يستطيع الإنسان أن يظهر طبيعته الروحية:

(أ) لا يقصد القانون الأساسي وفقا لما هو منصوص عليه في «حرية تطوير الشخصية» فقط تنمية النواة الداخلية للشخصية الإنسانية - التي تُميز جوهر الجنس البشري كشخص له طبيعة أخلاقية وروحية - بل يقصد أيضا سلوكها الخارجي. ولا يفهم فهما آخر بأن تنمية هذا النواة من الداخل ستتنافى مع العادات الحميدة، ومع حقوق الغير، وحتى أيضا مع النظام الدستوري لديمقراطية حرة. ويشير هذا التقييد بالضبط المفروض على الشخص كفرد من أفراد المجتمع من باب أولى إلى أن القانون الأساسي في الفقرة 1 من المادة 2 نص على حرية التصرف بمعناها الواسع.

وكانت الصياغة الرسمية للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي الدافع الأكيد لتحليل هذا القاعدة القانونية على ضوء المادة 1 من القانون الأساسي، ومن ثم تتفرع بأن النصين القانونيين معاً يهدفان إلى تحديد خصائص الكائن البشري المقررة أصلا في القانون الأساسي.

ويُعتبر في هذا الصدد ما هو منصوص عليه في المادة 1 من القانون الأساسي بأنه مندرج ضمن المبادئ الدستورية التوجيهية التي تنظمها أيضا الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، - على غرار باقي أحكام القانون الأساسي - ويكتسي هذا من المنظور القانوني طبيعة القانون الأساسي المستقل الذي يضمن الحرية العامة لعمل الإنسان.



لم تكن الاعتبارات القانونية فقط هي الأسباب، وإنما الأسباب ذات الطبيعة اللغوية، هي التي دفعت المشرع أن يستبدل الصيغة الأصلية، التي كانت تنص على أنه: «يمكن لكل شخص أن يفعل أو يترك ما يريد» بالصيغة الراهنة (انظر مانجولدت، مجلس البرلمان، القسم الثاني والأربعين من اللجنة الرئيسية، ص. 533).

ولقد ساهم على ما يبدو ذكر النظام الدستوري برمته في العدد 2، كحد لحرية المواطن في تطوير شخصيته التي تستند على نظرية تعني بأن الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، تهدف فقط إلى حماية النواة الداخلية للشخصية. وحسب القصد بأن مفهوم النظام الدستوري - المنصوص عليه أيضا في أجزاء أخرى من القانون الأساسي - في كافة الحالات وبنفس الطريقة، تم التوصل إلى استنتاج مفاده أن المفهوم المذكور إزاء مفهوم النظام القانوني الدستوري كان ضيقا أكثر، الشيء الذي أدى إلى استخلاص أن الحماية الدستورية ستشمل فقط جوهر الشخصية وليس حرية التصرف للإنسان.

يحمي الدستور أيضا، إلى جانب الحرية العامة في التصرف التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، حرية الإنسان في التصرف في بعض المجالات الحيوية - عن طريق أحكام قانونية تتعلق بحقوق أساسية، لها طابع خاص - التي يمكن للسلطة العمومية طبقا للتجربة التاريخية التدخل فيها. وقد حدد الدستور هذه الحالات، عن طريق تحفظات على القانون بطريقة تدريجية، ويمكن للفرد أن يستدل بالفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي في حالة تدخل السلطة العمومية في حريته، لأنه بالقدر الذي يسمح لها بالتدخل في مجال حق أساسي معين، بقدر ما يكون عدم إدراج تلك المجالات الحيوية ضمن حماية الحقوق الأساسية النوعية بشكل خاص. ولا يتطلب الأمر في هذه الحالات تحفظا على القانون، ولكن يتطلب القيود على حرية تطوير الشخصية التي يفرضها النظام الدستوري التي لا تحدد سوى مدى إمكانيات تدخل الدولة بها.

ب) تمت الإشارة في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي إلى ضمان الحرية العامة في التصرف. ولا تقييد في حالة عدم انتهاكها لحقوق الآخرين، أو عدم مخالفتها للتقاليد الحميدة إلا من النظام الدستوري. يجب أن نفهم على ضوء هذا المفهوم للنظام الدستوري الملزم للامتثال للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، الذي يكون بالتالي بدوره نظاما قانونيا دستوريا.

ووضحت المحكمة الإدارية العليا لمونستير في هذا الصدد أيضا - في إطار العملية التي كانت بمثابة نقطة انطلاق للقرار الحالي -، بأن النظام الدستوري هو ذلك النظام القانوني الذي تكون طبيعته «متسقة مع الدستور» أي النظام القانوني المنصوص عليه وفقا للدستور والقوانين التي تسري في ظله.

ج) تم الاعتراض عموماً في الكتابات القانونية على هذا التفسير الذي يُفرغ الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، وتظل بدون مضمون نظراً لأنه ستخضع لحفظ القانون العام. ويجب في هذا الصدد، أن يؤخذ بعين الاعتبار بأن القانون الأساسي أخضع السلطة التشريعية إلى عدد من القيود تفوق ما كان عليه الحال أثناء سريان الدستور الإمبراطوري لعام 1919.

ولم يكن في هذه المرحلة إلا عدد من الحقوق الأساسية، وكانت فعلاً بدون مضمون عن طريق الحفظ على القانون العام التي كانت ترضى كل قانون يصدر طبقاً للدستور، وكان بإمكان المشرع في الحالات الفردية، أن يتخطى العقبات الدستورية التي تعترضه في أي لحظة عن طريق إصدار قانون تصادق عليه الأغلبية المطلوبة لتعديل الدستور.

وكرس القانون الأساسي على العكس من ذلك تنظيمًا مرتبطًا بالقيم، ووضع حدوداً للسلطة العمومية. وكان يهدف من خلال هذا النظام أن يضمن استقلاله الشخصية، ومسؤوليته الذاتية وكرامة الإنسان داخل المجتمع (من أحكام المحكمة الدستورية 1/2 [ص. 12 والتي تليها]، 85/5 [ص. 204 والتي تليها]). وتكون أسس مبادئ نظام القيم محمية إزاء التعديلات الدستورية المحتملة، وفقاً لما هو منصوص عليه في المادتين 1 و20 والفقرة 3 من المادة 1 والمادة 79 من القانون الأساسي).

ويستبعد انتهاك الدستور: لا تراقب العدالة الدستورية خضوع المشرع لمعايير الدستور. ولا تكون القوانين غير دستورية إلا إذا صدرت ولم تستوف الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في النظام القانوني، كما يجب أن تكون موضوعياً متسقة مع القيم الأساسية السامية لنظام القانون الأساسي الليبرالي الديمقراطي، وأيضاً مع نظام القيم الدستورية، لكن يجب أن تستجيب للمبادئ الدستورية الأساسية غير المكتوبة، ويجب أيضاً أن تحترم المبادئ الأساسية التوجيهية للقانون الأساسي، وبصفة خاصة منها مبدأ دولة القانون ومبدأ الدولة الاجتماعية.

ولا ينبغي قبل كل شيء أن تنتهك القوانين مبدأ كرامة الإنسان، التي تعتبر القيمة الأكثر أهمية في القانون الأساسي. كما لا يمكن أن تقيد الحرية الروحية والسياسية والاقتصادية للجنس البشري بطريقة تؤثر على مضمونها الجوهري (الفقرة 2 من المادة 19 والفقرة 3 من المادة 1 والفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي). ويترتب عن هذا أن يخصص للمواطنين الأفراد، بموجب الدستور، مجال لبناء حياتهم الخاصة ويتم أخيراً إيجاد مجال لعدم القابلية لانتهاك كرامة الإنسان، وحمايتها من أي تأثير للسلطة العمومية.

ولا يمكن للقانون الذي يتدخل في كرامة الإنسان بالتقييد أو الانتهاك، أن يكون جزءاً من «النظام الدستوري»، ولهذا يجب أن تعلن المحكمة الدستورية الفيدرالية بطلانه.

يُستخلص مما سبق، أنه لا يمكن للقاعدة القانونية فعلا أن تقيد مجال أهلية التصرف العام للمواطن، إلا إذا توفرت كل هذه الشروط التي ستصبح في حالتها هذه أيضا جزءا من «النظام الدستوري». ويعني هذا في المفهوم المسطري الدستوري أنه يمكن لكل شخص، عن طريق طعن الحماية، أن يطالب بإعلان القانون الذي يقيد حريته في التصرف خارج النظام الدستوري، إذا انتهك هذا القانون - شكليا أو موضوعيا - الأحكام الدستورية الفردية أو المبادئ العامة للدستور، وبالتالي تشكل انتهاكا لحقه الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي<sup>5</sup>.

### الحكم 49

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 238/34 يتعلق باستنساخ التسجيل السري

1. يحمي الحق الأساسي المكرس في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي أيضا الأوضاع القانونية الضرورية لتطوير الشخصية. التي تتضمن رغم بعض القيود، الحق في الصورة الخاصة، والحق أيضا في التعبير عن الذات. ويمكن بالتالي لكل فرد مبدئيا أن يحدد بطريقة ذاتية ومستقلة من سيسجل له صوته، ويحدد أيضا من، وأمام من، يمكن إعادة تسجيله مرة ثانية.

2. لا يُستبعد مع ذلك إمكانية تقييد هذه الحرية إذا اقتضت المصلحة المهمة للمجتمع في بعض الحالات، وتكون مصلحة المتهم - الجديرة بالحماية في حد ذاتها - في أن لا يُعرض خلال محاكمة جنائية إلى تسجيل سري، ويجب أن تعطى له الأولوية.

#### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 31 يناير 1973 يتعلق بطعن الحماية رقم 71/454

يتعلق طعن الحماية بإمكانية تقييم تسجيل خاص، تم اتخاذه سرا خلال البحث الذي تم القيام به ضد المشتكي بسبب الاحتيال الضريبي والغش وتزوير الوثائق.

1. أقرت المحكمة الدستورية الفيدرالية عدة مرات في أحكامها القضائية، أن القانون الأساسي يضمن للمواطن مجالا في تشكيل حياته الخاصة، ولا يمكن أن ينتهك، ويجب أن يستبعد من تدخل السلطة العمومية (من أحكام المحكمة الدستورية 32/6 [ص. 41]، 389 [ص. 433]، 1/27 [6]،

5. كمثل على ما سبق، انظر أدناه أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 306/17. نفس الاعتبارات صالحة لجميع الحقوق الأساسية.

344 [350 والتي تليها]، 373/32 [378 والتي تليها]، 367/33 [376 والتي تليها]. وتسد القاعدة الدستورية الأمرة احترام هذا المجال الأساسي، ومجال خصوصية الفرد، ويستند إلى الحق في تطوير الشخصية الذي يتمتع به المواطنون بموجب الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي.

ويجب أن تؤخذ بعين الاعتبار كرامة الإنسان عند تحديد مضمون ومدى الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، ولا يمكن طبقاً للفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي أن تنتهك، ويجب على جميع سلطات الدولة أن تحترمها وتحميها. ولا يمكن أيضاً بناءً على ذلك طبقاً للفقرة 2 من المادة 19 من القانون الأساسي أن ينتهك الحق المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي لا في شكله ولا في مضمونه الجوهري (من أحكام المحكمة الدستورية 344/27 [ص. 350 والتي تليها]، 373/32 [379]). ويمكن أن يبرر التدخل في مجال تشكيل الحياة الخاصة للمحمي بشكل مطلق، حتى لو تعلق الأمر بالمصلحة العامة، لا يمكن أن يكون موضوع أي تقييم وفقاً لمبدأ التناسب.

ولا تشمل على العكس من ذلك مجال الحياة الخاصة الحماية المطلقة، التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي (من أحكام المحكمة الدستورية 389/6 [ص. 439]، [7] 1/27، [351] 344/27، [379] 373/32). ويجب على المواطن لكونه طرفاً ومرتبطة بالمجتمع أن يقبل كافة تدابير السلطة العمومية التي تم اتخاذها أساسياً لفائدة المجتمع، ويراعى بدقة مبدأ التناسب، مادام لا يمس حقه في تطوير حياته الخاصة.

2. تيسر الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي لكل شخص الحق في حرية تطوير شخصيته، مادام لم ينتهك حقوق الغير، ولا ينافي النظام الدستوري، أو الأخلاق الحميدة. ويحمي هذا الحق الأساسي أيضاً الأوضاع القانونية التي تعتبر ضرورية لتطوير الشخصية. وينتمي إليها مع بعض القيود أيضاً الحق في الصورة الشخصية، والحق أيضاً في الكلمات التي صرح بها. ويمكن مبدئياً لكل شخص أن يحدد بطريقة ذاتية ومستقلة الشخص الذي يمكن أن يسجل صوته، أو يعيد تسجيله في حالة معينة تحديد تسجيله.

3. بما أن الأمر في هذه القضية لا يتعلق بتدخل السلطة العمومية في مجال الحقوق الشخصية الذي لا يقبل الانتهاك - المحمي بشكل مطلق - فَيُقبل أن يعرض التسجيل إذا تم تبرير ذلك على أساس المصلحة الهامة للمجتمع. لكن هذه ليست قضيتنا هنا.

أ) وضع القانون الأساسي مرتبة عالية للحق في تطوير الشخصية. ولا تقبل تدابير الدولة التي تؤثر عليه إلا مع المراعاة الدقيقة لمبدأ التناسب المأمور به دستورياً. ويعطي القانون الأساسي من جهة أخرى معنى خاصاً للشروط اللازمة لتحقيق إدارة عدالة فعالة.

وقد أشارت المحكمة الدستورية الفيدرالية عدة مرات إلى الضرورة غير القابلة للدحض للمسطرة الجنائية في المكافحة الفعالة للإجرام (من أحكام المحكمة الدستورية 342/19 [ص. 347]، 45/20 [49]، 144 [147]). كما أبرزت المحكمة المصلحة العامة بالبحث عن الحقيقة بأقصى قدر ممكن في الدعاوى الجنائية - بغية إثبات تهمة المجرمين وأيضا المرافعة عن الأبرياء - (الحكم رقم 373/32 [381] من أحكام المحكمة الدستورية). كما أكدت على أن الإبراز الفعال للجرائم الخطيرة شكل أحد الأهداف الأساسية للمجتمع القائم على مبدأي دولة القانون (الحكم رقم 183/29 [194] من أحكام المحكمة الدستورية). وأوضحت ضرورة الحفاظ على إدارة العدالة الوظيفية، التي يستحيل بدونها على العدالة أن تشق طريقها نحو الهدف الذي ينشده المجتمع.

ب) يمكن أن تدخل متطلبات العدالة الفعالة بطرق شتى في تنازع مع الضمانات الدستورية للحق في حرية تطوير الشخصية. ويمكن أن يتم تحقيق توازن مناسب بين هذه النزاعات بالقدر الذي يأتي باستمرار كمصحح للتدخل الضروري الذي يقتضيه الأمر، من منظور إقامة العدالة الفعالة والولاية المرتبطة بالحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي (الأحكام رقم 342/19 [ص. 347]، ورقم 45/20 [49]، ورقم 144 [147] من أحكام المحكمة الدستورية).

وهذا يعني يجب في القضية المعينة أن يتم الاستطلاع وفقا لهذين المبدئين، وتكفي دلالتها الدستورية، بحيث يجب أن يسود واحد منها على الآخر.

## الحكم 50

### حكم المحكمة الدستورية 185/99 يتعلق بالسينتولوجيا

يحمي أيضا الحق العام للشخصية، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2، بربطها بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، الفرد المشار إليه خطأ كعضو في جمعية أو فريق إذا كان هذا الانتماء له صلة بالشخصية والصورة العمومية.

ويتنافى تعطيل الدعوى القضائية التي قدمها الشخص المتضرر بسبب بعض الادعاءات، التي تهدف إلى إثبات عدم صحتها مع الحق العام للشخصية.

ولا يمكن أن يبرر ذلك التعتيل بحجة أن من أطلق ذلك الادعاء قد أدلى في الإجراءات السابقة بأدلة تثبت ذلك الادعاء.

## قرار الغرفة الأولى المؤرخ في 10 نونبر 1998 يتعلق بطعن الحماية 96/1531

### منطوق القرار

انتهك حكم المحكمة العليا لولاية فرانكفورت أم ماين من خلال رفضها للطلب الصادر يوم 20 يونيو 1996 حقوق الطاعن المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2، وذلك بربطها بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويلغى هذا الحكم على مستوى مداه والتكاليف الناجمة عنه. وأحيلت المسألة من جديد على المحكمة العليا للدولة.

يجب أن تدفع ولاية هيسن للطاعن تعويضا عن المصاريف التي أداها عن تقديم طعن الحماية.

### أسس القرار

أ

رُفِعَت ضد رفض الدعوى القضائية المدنية التي التمس فيها أن يكف المدعى عليه عن الإدلاء بتصريحات تتسبب في أضرار بالسمعة الطيبة للمدعي.

#### - I -

الطاعن (ج. هلنوين) الفنان النمساوي المشهور الذي يعيش في ألمانيا، اهتم منذ 1972 بالكتابات ومذاهب السينتولوجيا، وحضر أيضا في دورات دراسية نظمتها هذه المنظمة، وتم اعتباره منذ 1975 في العديد من الجرائد كعالم سينتولوجي أو على الأقل كمهتم بالسينتولوجيا [...]

#### - II -

احتج الطاعن في طعن الحماية الذي رفعه بانتهاك حقه العام للشخصية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. وأكد الطاعن بأنه ليس عالما سينتولوجيا، ولم يدرس ليعمل كراعي روعي (قس) ولم يزاول هذه الوظيفة، كما أنه لم يعين نفسه كمرشد روعي.

وأن المقال المنشور في الطبعة 262 من «المشاهير» لا يخص المجلة المذكورة بل الدعاية، وأنه لم يُستشر في المقال كما أنه لم يوافق على نشره. ولئن كان صحيحا أنه اهتم بين 1970 و1980 من أجل المصلحة العامة بالأسئلة المهمة لمؤلفات علم السينتولوجيا وحضر في دورات نُظمت في هذا الشأن، فإنه بعد ذلك تخلى عن هذا الاهتمام واهتم بمواضيع أخرى. وابتعد ابتداء من 1992 عن السينتولوجيا ودافع عن نفسه قضائيا إزاء الادعاءات التي تقول أنه كان عالما سينتولوجيا.

يمكن لحكم محكمة الاستئناف [المطعون فيه عن طريق هذه الدعوى القضائية] أن يفسح المجال أمام نشر وقائع مكنوبة حول الطاعن، وسيترتب عن ذلك تأثير يعادل منع العمل والعرض، ولم يتلق في الواقع بعد ذلك أي عقد بسبب تبادل الاتهامات [...]

زيادة على ذلك فقد أدى واجبه بالاعتراض على التصريحات ضده، وطالب كنيسة السيبتولوجيا الألمانية أن توضح الأمور (الطلب الذي استجابت له الكنيسة المذكورة)، ولا يمكن في حدود المعقول أن يطلب منها القيام بأكثر من هذا.

## ب

يقوم طعن الحماية على أساس. وينتهك الحكم المطعون فيه الحق العام للشخصية للطاعن المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، والمرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من نفس القانون، وما دام الطلب كان مرفوضاً. فإن طعن الحماية موجه في الواقع ضد الحكم برمته. ولم يشر الطاعن حول مدى هذا الحكم إلى أي إشارة. ولما كانت دعواه لا تحتاج في هذا الصدد أي نوع من الإيضاحات، فيجب أن تفسر، كما لو أنها تقيد الجزء الذي يلحق به الضرر (من أحكام المحكمة الدستورية 14/1 [39]، 99/7 [105] والتي تليها)، [68] 1/68).

## - I -

شعر الطاعن بالضرر في حقه العام للشخصية بسبب الحكم المطعون فيه.

1. يمارس الحق العام في الشخصية حمايته أيضاً ضد الاتهام بالعضوية في مجموعة، ما دام أن هذه الاتهامات لها علاقة بالشخصية، وتؤثر بشكل سلبي على صورته العمومية.

يحمي الحق الأساسي عناصر الشخصية التي ليست موضع ضمانات خاصة للحرية، لكن توجد بسبب معناها الجوهرية على نفس المستوى مع الحق في الشخصية (من أحكام المحكمة الدستورية 148/54 [153] الأحكام القضائية المتكررة). ويندرج ضمنه الاعتراف الاجتماعي بالفرد. ويشمل بناء على هذا الأساس الحق العام في الشخصية العام، الحماية ضد العبارات التي تؤثر تأثيراً ضاراً على الصورة العمومية.

وتهدد هذه العبارات حرية تطوير الشخصية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، لأنه يمكن لهذه العبارات أن تسبب أضراراً بسمعة الفرد وتضعف تواصله الاجتماعي. ويمكنها نتيجة لذلك أن تقتل الثقة بالنفس. غير أن هذا الحق الأساسي لا يحمى بصفة شاملة وكافية، لكي تتيح للفرد الحق في أن يُمثَّل علناً فقط بالشكل الذي ينظر به إلى نفسه أو يجب أن ينظر به الآخرون إليه. وعلى أي حال فهو حق محمي ضد التصريحات التي تعطي صورة زائفة،

أو مشوهة عن ذات الشخص وتكون صورة لا علاقة لها إطلاقاً بتطوير الشخصية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 125/97 [148] والتي تليها)، [391/97] [403].

ويكتسي عموماً الانتماء إلى مجموعات محددة أو جمعيات أهمية كبيرة للشخصية. إذا كان الفرد انتمي إليها بالتنشئة أو الإدماج سيكون لها تأثير على تكوين هوية الشخص. لكن إذا تشبث بها الشخص من تلقاء نفسه فهذا يدل على نوبانه فيها وفي أهدافها ونمط سلوكها، ويمكن أن يتبنى طابعاً حاسماً للشخصية. كما يمكن للفرد أن يكون معروفاً داخل المجموعات والمنظمات المتواجدة والمعترف بها في محيطه. ولا تتوقف سمعته فقط على سماته وإنجازاته الفردية، وإنما أيضاً على تقييم المجموعات التي ينتمي إليها (انظر أحكام المحكمة الدستورية 266/93 [299]).

ويسري هذا بشكل خاص على المجموعات والجمعيات التي تُعرّف نفسها كمجموعات وجمعيات دينية وإيديولوجية بالتأكيد وبدرجة متزايدة عندما لا تُحسب هذه ضمن المجموعات الدينية التقليدية، وتمثل موقف الأقلية وتُرفض أو تُنتقد من طرف المجتمع.

2. ينتهك القرار المطعون فيه حق الطاعن في الحماية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2، المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. التي تخولها الحقوق الأساسية ضد التصريحات الضارة، ولا تسري هذه الانتهاكات بشكل مباشر على طرف ثالث.

ولا يعرض الحق العام في الشخصية آثاراً مباشرة إلا ضد الدولة، لأنها تجبر دستورياً بحماية الأفراد تجاه الأضرار التي يمكن أن تلحقها من طرف ثالث (انظر أحكام المحكمة الدستورية 118/73 [201]، [125/97] [146]). ويجب بقدر تطبيق المحاكم للأحكام القانونية التي تهدف إلى ضمان هذه الحماية أن تخضع للأحكام القانونية المنصوص عليها في الحقوق الأساسية. ولا يشكل في حالة غياب ذلك، وطبقاً للأحكام القضائية المتكررة للمحكمة الدستورية الفيدرالية انتهاكاً للحق الدستوري الموضوعي فقط، وإنما سيشكل أيضاً مخالفة للحقوق الأساسية الذاتية للمتضرر (انظر أحكام المحكمة الدستورية 198/7 [206] والتي تليها).

القرارات القضائية التي تسمح بالتصريحات البارزة المرتبطة بالشخصية، والتي اعترض عليها المعني بالأمر واعتبرها زائفة تقوض بنفس السبب الحق العام في الشخصية. ورفضت المحاكم في هذه القضية دعوى الطاعن التي كان تهدف إلى إيقاف الادعاءات التي تشير إلى أنه عضو من أعضاء السينتولوجيا، وتؤكد بأنه هو بنفسه تم ذكره كمرشد سينتولوجي لتلك المجموعة، وأنه، بالإضافة إلى ذلك، له علاقة وثيقة بالسينتولوجيا التي اتهم بها.

ويمكن لهذه الادعاءات أن تؤثر سلباً على الصورة التي تتكون عن الطاعن عند العموم. ويكون هذا أيضاً صحيحاً إذا تم انتقاد هذه المنظمة من طرف المجتمع، التي كانت عادة موضع إنذارات



من طرف الدولة، وتقارير الجرائد الانتقادية. ولا يجب أن يستبعد إمكانية بأن الادعاءات بالمعنى أن الطاعن سينتولوجي ويحتل مركز القيادة، ويمكن أن تعرقل نشاطه الفني، اذن يمكن أن يتم المس بسمعته، ويؤثر سلبيا عند بيع أعماله أو استقبال طلبات من الغير.

## - II -

ينتهك الحكم المطعون فيه الحق العام في الشخصية:

1. لا يضمن هذا الحق بدون أي تحفظ، حيث يوجد وفقا للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي بأن الحق المشار إليه مثل حقوق أخرى مُقيد من النظام الدستوري. ويوجد أيضا ضمن هذه الحقوق، حرية التعبير عن الآراء التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي لكل شخص. ولا يمكن أن يضمن حرية التعبير مثلا الحق العام في الشخصية العامة بدون أي تحفظ.

وتُحدّد القيود على الحق العام في الشخصية، طبقا للفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي، ضمن حقوق أخرى، وتحدد أيضا في القوانين العامة، الحق في ضمان الشرف للأشخاص. ويستند الطلب الرامي إلى التوقف عن تليفيق الادعاءات، إلى القانون المدني، وإلى ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 104 والفقرة 2 من المادة 123 من القانون المدني التي لهما علاقة بالمادة 186 من القانون الجنائي التي اعتمدت عليها محكمة الدولة العليا في إصدار حكمها.

وتم الإعراب بشكل خاص عن حرية الرأي على العكس من ذلك في المادة 193 من القانون الجنائي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 113/12 [125] والتي تليها)، [266/93] 290 [والتي تليها]) التي بررت حماية المصلحة، التي تكون لهذا الحق فيها، ويطبق أيضا القانون المدني على الإدانة بسبب الادعاءات التي تقدح في الشرف (مفهومها القانوني من خلال الفقرة 2 من المادة 123).

ويسند تفسير وتطبيق هذه الأحكام إلى المحاكم المختصة في مثل هذا الغرض. ويجب على هذه المحاكم مع ذلك أن تأخذ بعين الاعتبار المبادئ التوجيهية لتفسير الحقوق الأساسية بشكل يضمن القيم المكرسة هناك على صعيد التطبيق القانوني (انظر أحكام المحكمة الدستورية 198/7 [205] والتي تليها)). ويقتضي هذا كقاعدة عامة من جهة، أن يقيم جسامة الضرر الذي يلحقه الادعاء بالشخصية، ويقيم، من جهة أخرى، القيود المفروضة على حرية الرأي بواسطة منع التصريح الذي يُستعرض في إطار خصائص عناصر الفعل على ضوء القانون العادي، والتي يمكن أن تفسر وتأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالقضية.

ولا يمكن أن تحدد مسبقا نتائج هذه الموازنة بشكل عام ومجرد لأن الظروف تتوقف على الحالة، وأسس مع ذلك الاجتهاد القضائي مع مرور الوقت بعض السوابق القانونية. وقام بتغليب حرية

الرأي في هذا الصدد في الحالات التي تُقيم فيها حماية الشخصية، دائما عندما يكون الادعاء كانتهاك لكرامة الانسان بسبب انتقاد مخجل أو كشتيمة ذات طابع شكلي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 113/12 [125] والتي تليها)، 266/93 [293] والتي تليها)). وتتوقف الموازنة في حالة التأكيد في الوقائع على محتوى الحقيقة. كقاعدة عامة، ويجب أن تقبل التصريحات الواقعية حتى لو كانت غير إيجابية للشخص المعني، ولا يسري هذا على الادعاءات غير الواقعية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 391/97 [403]).

وتتطلب مع ذلك هذه الصيغة تمييزا. إذ يمكن في حالة التصريحات الواقعية أن تكون للمصالح الشخصية الأسبقية استثنائيا على حرية الرأي التي تأتي في المرتبة الثانية من حيث الأولوية. وتأتي هذه القضية بشكل خاص عند ارتباط التصريحات بالمجال الخصوصي، والخاص أو بالسرية، ولا يمكن في هذه الحالة أن تبرر على أساس خدمة الإعلام العمومي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 269/34 [281] والتي تليها)، 116/66 [139])، أو تكون عند التهديد بالحق الضرر بالشخصية، وليس لها ارتباط بالمصلحة من خلال كشف الحقيقة (انظر أحكام المحكمة الدستورية 202/35 [232]، 391/97 [403] والتي تليها)).

ولا يوجد على العكس من ذلك، دوافع تبرر نشر التصريحات الكاذبة حول وقائع معينة، بصفة عامة. غير أن هذا لا يعني مسبقا أن التصريحات حول وقائع مزيفة تبقى خارج مجال حماية حرية الرأي. وقد أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية بأن المعلومة الخاطئة لا تشكل حقا قضائيا جديرا بالحماية الذي يندرج ضمن ضمانات حرية الرأي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 208/54 [219]).

وتبقى التصريحات حول الوقائع المزيفة التي أدلى بها على أنها زائفة وأيضا تلك التي زيفها - عند الإدلاء بالتصريح - بدون شك، خارج مجال الحماية المنصوص عليها في 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. أما باقي التصريحات حول الوقائع المتعلقة بحرية الرأي، فتتمتع بالحماية مثل الحق الأساسي، حتى لو اتضح بعد ذلك أنها زائفة (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/61 [8]، 1/90 [15]، 241/90 [254]).

ولن يكون لمحتوى الحقيقة مبدئيا أي وزن على الموازنة (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/94 [8]). وتتراجع في حالة الإدلاء بتصريحات حول وقائع مزيفة حرية الرأي أمام الحق في الشخصية. ويجب على العكس من ذلك أن يتم التفكير في هذا الشأن عند الإدلاء بالتصريح، التي تكون عادة مجهولة، أو أن الحصول عليها بصفة عامة نتيجة لمناقشات، أو أيضا لتوضيح قضائي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 125/97 [149]).

إذا كان في جميع الحالات التي يتضح فيها أن التصريح مزيف وأن المصرح سيتعرض للعقوبة، فإنه سيكون من نتيجة هذا أن لا يعبر إلا عن الحقائق الدامغة بدون مخاطر، وسيرتبط بهذا أثر رادع لممارسة الحق الأساسي، وهو شيء يجب أن يتجنب في سبيل حرية الرأي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 130/43 [136]).

وقد حاول الاجتهاد القضائي للمحاكم المدنية أن يحقق توازنا بين شروط حرية الرأي، ومصصلحة حماية الشخصية، ويتحقق هذا بإجبار الشخص الذي يُصدر ادعاء ضارا بالآخرين بواجب توخي اليقظة والحذر الذي يستهدف على وجه التحديد الإمكانيات التي يتوفر عليها المصدر لاستجلاء حقيقة ادعاءاته، وتكون هذه الواجبات صارمة على وسائل الاتصال أكثر مما هي أيضا للأفراد (انظر المحكمة العليا الفيدرالية، المجلة الأسبوعية الجديدة للقانون، 1996، ص. 2010 [2011] 130/43 [136]، المجلة الأسبوعية الجديدة للقانون، 1987، ص. 2225 [2226]).

ولا يوجد من المنظور الدستوري أي اعتراض على فرض واجبات من هذا القبيل (انظر أحكام المحكمة الدستورية 113/12 [130]). ويمكن على العكس من ذلك أن تعتبر تلك الواجبات كمظهر من مظاهر واجب الحماية المتفرع عن الحق العام في الشخصية. ويستنتج من الدستور بأنه لا ينبغي أن يُبالغ في واجب الحقيقة لدرجة أنه يُقيد عملية التواصل الحر بالمفهوم المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 208/54 [219] والتي تليها)، 1/61 [8]، 1/85 [15-17]).

وتتوقف الموازنة على الامتثال لهذا الواجب من توخي الحيطة والحذر. ولا يمكن في حالة ادعاء غير متسق وباطل تماما أن تقوم حرية الرأي مقام حق الشخصية. ويجب فيما عدا ذلك أن يراعى مدى واجب الحيطة والحذر الذي تم تطويره باتساق مع المقتضيات المنصوص عليها في الدستور. إذا امتثل مصدر المعلومات لتلك الواجبات ثم بعد ذلك كشف زيف الادعاء فسيُعتبر بأنه كان قانونيا وقت الإدلاء به بطريقة لم تأخذ بعين الاعتبار إمكانية التجريم، أو الاستدراك أو التعويض عن الأضرار. ولا يوجد في المقابل أية مصلحة مشروعة لدعم تصريح بعدما تم التثبت من زيفه (انظر أحكام المحكمة الدستورية 125/97 [149]).

إذا كان هناك رغم ذلك كل ذلك احتمال لإصرار الشخص على تصريحه (ما يصطلح عليه «باحتمال ارتكاب السلوك غير القانوني لأول مرة»، أنظر المحكمة العليا الفيدرالية، المجلة الأسبوعية الجديدة للقانون، 1986، ص. 2503 [2505]) فيمكن أن يتم إدانة المصدر ليكيف عن الاستمرار في إصدار هذا الادعاء. ويمكن للطرف المتضرر أن يطلب بتوفير سبيل انتصاف إذا استمر التدخل من طرف مصدر الادعاء (انظر أحكام المحكمة الدستورية 125/97 [149]).

نظرا للصعوبات الاستثنائية للتحقيق من مدى صحة التصريحات حول الوقائع التي تُلزم المحاكم المدنية أن تبرر تصريحات الذين عبروا عنها وسببوا بها أضرارا لطرف ثالث، فإنها تفرض عليهم أعباء ذلك الإثبات على أوسع نطاق (انظر المحكمة العليا الفيدرالية، المجلة الأسبوعية الجديدة للقانون، 1974، ص. 1710 [1711]).

وتشكل أعباء الإثبات قاعدة موضوعية ملازمة من الناحية المسطرية، حيث يجب في حالة الادعاءات التي لا أساس لها أن يتراجع الحق في حرية التعبير أمام حماية الشخصية. إذا لم يكن الشخص الذي قام بالتصريح في وضع يمكنه أن يثبت بدون شك صدق تصريحاته، ستعتبر هذه الأخيرة كأنها غير صحيحة.

لا ينطوي ما سبق على أي اعتراض من المنظور الدستوري، مادام لا يؤثر في استيفاء الشروط لأعباء الإثبات على حرية التعبير. وقد اعترضت المحكمة الدستورية الفيدرالية على هذا التأثير في حالة اصحاب الأسهم في شركة باير (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/85)، واستدل بالمسألة المحكمة العليا للدولة في هذا الحكم المطعون فيه هنا.

إذا أطلق الأفراد تأكيدات حول وقائع لا تنبثق عن تجربتهم الشخصية سيكتفي بصفة عامة بتحمل أعباء الإثبات التي تستند إلى تقارير صحافية لم يتم دحضها، وأن تكون ملائمة لدعم تأكيداتهم، إذ يمكن أن تقيم التقارير الصحافية التي تحتوي على تأكيدات سلبية حول أشخاص رغم طابعها الإعلامي، من خلال التبادل الفردي للآراء (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/85 [22]).

ولا يسمح على الرغم من ذلك بتعويض أعباء الإثبات دون البحث عن الحقيقة. ويجب أيضا أن يتم التمييز بين مستويات الأدلة ومستويات الإثبات. ويمكن لتصريح يستند إلى أحداث تبرره أن يكون خاطئا. ومن ثم يقتضي الحق العام في الشخصية أن يتوفر المتضرر من تصريح حول أحداث معينة على إمكانية إثبات زيفها، ولا يمكن وقف التحقيق بحجة تحمل عبء الإثبات.

ويطبق ما سبق أيضا على القضايا التي تم فيها أخذ الوقائع المصرح بها من تقرير صحفي. ولا يستخلص من «حكم باير» شيء آخر. وتم إلغاء الحكم المطعون فيه هناك من طرف المحكمة الدستورية الفيدرالية، بسبب مبالغة القاضي في الامتثال لشروط أعباء الإثبات، وانتهاك بذلك العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، ووازن بدون التأكد من الأحداث المؤكدة بوقائع زائفة. لكن هذا لم يستفد من عدم جدوى من الحقيقة أو الزيف، أو أن المدعي - في محاكمة تهدف إلى أن يكف المصدر عن إصدار تصاريح محددة - غير مُلزم بعرض زيف تقرير صحفي لطرف معين، وأخيرا إثبات زيفها.

2. لا تعتبر المحكمة الدستورية الفيدرالية هذه الشروط ملائمة للحق العام في الشخصية [...]

وكان يجب على المحكمة العليا المرتبطة بإبعاد المدعي إزاء السيبتولوجيا بوجه خاص، أن تقر بأن تغيير الرأي ونهج منحي آخر هو أيضا بمثابة تعبير الفرد عن الشخصية، ويمكن في هذه الحالة للمدعي أن يفرض على الآخرين أن يحترموا مفهومه الجديد عن نفسه، بعد أن ابتعد جديا وعلنا عن التنظيم الذي كان ينتمي إليه في وقت سابق، كما يمكنه أن يصرح بشكل حصري بأن انتماءه للمنظمة المذكورة مسألة انتهت.

ملاحظة: تنازل الطاعن عن الدعوى المدنية.

## الحكم 51

### حكم المحكمة الدستورية 56/96 يتعلق بإثبات الأبوة

1. لا يكون حق الإبن في معرفة أصله وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبط بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، ولا من خلال الفقرة 5 من المادة 6 من القانون الأساسي التي ستعطي إجابة دقيقة للتساؤل عما إذا كان للإبن المولود خارج إطار الزواج الحق في أن تكشف له أمه عن اسم والده.

2. تتمتع المحاكم بكامل الحرية للموازنة بين الحقوق المؤكدة للأُم وللإبن في نطاق تطبيق مقتضيات العامة للقانون المدني، مثل المادة 1618/أ من القانون المدني التي تم الاستشهاد بها في هذه الدعوى.

### الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 6 مايو 1997 يتعلق بطعن الحماية 90/409

أ

تتعلق دعوى طعن الحماية بالتساؤل حول مدى وفي أية ظروف أو في حالة معينة تجبر الأم على إخبار ابنها (المولود خارج إطار الزواج والبالغ سن الرشد) بهوية والده البيولوجي.

ب

يقوم طعن الحماية على أساس، وتم قبوله.

- I -

يؤثر الحكم على الطاعنة بإعطاء إسم الشخص الذي مارست معه علاقة جنسية ترتب عنها الحمل على مجال حريتها الخاصة المحمية بالفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

1. يحمي الحق العام في الشخصية العام المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2، والمرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي المجال الضيق للحياة الشخصية، ويحافظ على ظروفها الأساسية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 148/54 [153 والتي تليها]، 256/79 [268]). ويشمل هذا المجال الحق في احترام المجال الخصوصي والخاص إلى غير ذلك من الحقوق (انظر أحكام المحكمة الدستورية 69/89 [82 والتي تليها]). ويندرج ضمن هذا الأخير المجال العائلي والعلاقات الشخصية والزوجية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 344/27 [350 والتي تليها]). ويحمي أيضا الحق العام في الشخصية صلاحية الفرد أن يقرر في مدى، وأمام من سيعلن شؤون حياته الشخصية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/65 [43]).

2. لا يضمن مع ذلك الحق العام في الشخصية بدون أي تحفظ. ما دام أنه لا يتدخل في النواة غير القابلة للانتهاك لبنية الحياة الخاصة، ويجب على الفرد أن يقبل القيود المفروضة على حقوق الآخرين المحمية بالحقوق الأساسية، أو على أساس المصلحة العامة ويحترم مبدأ التناسب بشكل ضيق (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/65 [44]).

ولا يوجد بالتالي هنا انتهاك لمجال الحياة الخاصة، لأنه من العلاقة، التي يتطلب الأمر معطيات بشأنها، وُلدت ابنة الطاعنة كشخص ثالث يتضرر مجال شخصيته بشكل كبير.

## - II -

استندت محكمة الدولة في قرارها إلى المادة 1618/أ من القانون المدني، ارتباطا بالفقرة 5 من المادة 6 والفقرة 1 من المادة 2 والفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي. يتعلق الأمر بإدماج الحق المقبول. غير أن محكمة الدولة قد تجاهلت هامش الحرية المُخول لأجهزة الدولة المختصة من أجل حماية واجب توفير الحماية الذي تم تكريسه في الفقرة 1 من المادة 2 والمرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي وأيضا من أجل تنفيذ القاعدة الأمرة المكرسة في الفقرة 5 من المادة 6 من القانون الأساسي.

1. [...] لم تنتهك محكمة الدولة من خلال استخلاص حق توفير المعطيات من المادة 1618/أ من القانون المدني على حساب الأم، حدود إدماج الحق المقبول. وقد أخذت المحكمة بعين الاعتبار كلا من الأحكام القضائية السابقة للمحاكم العليا - التي رفضت لمكتب الشباب ومؤسسات حكومية أخرى لقانون الحصول على المعلومات - كأصل المادة 1618/أ من القانون المدني من أجل تفسير هذا الحكم. ويمكن فهم اعتباراتها فهما لا يسمح باستنتاج بأن المحكمة لم تكن موضوعية بطريقة تستعد منها للخضوع لدولة للقانون، وانتقلت بذلك من جهاز مطبق للقانون إلى جهاز مُنشئ له (انظر أحكام المحكمة الدستورية 273/87 [280]).

2. غير أنه تم في الحكم المطعون فيه انتهاك الحق في الشخصية (للمطاعة) لأن المحكمة نسيت أنها تتوفر على مجال واسع للموازنة.

(أ) لا عن طريق حق الابن في معرفة أصله المحمي في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي ولا من خلال الفقرة 5 من المادة 6 من القانون الأساسي يمكن إعطاء جواب محدد للتساؤل عما إذا كان للابن الذي وُلد خارج إطار الزواج الحق في أن تكشف له أمه عن إسم أبيه. ويجب على المشرع أن يحدد وجود هذا الحق أو على المحاكم عند القيام بواجب توفير الحماية المنقولة عن الحقوق الأساسية.

يشمل الحق العام في الشخصية أيضا الحق في معرفة الأصول الخاصة. ولا تخول على العكس من ذلك الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي أي حق في الحصول على هذه المعلومة، وتقتصر على توفير الحماية ضد المعلومات التي يمكن الحصول عليها من خلال أجهزة الدولة (انظر أحكام المحكمة الدستورية 256/79 [269]).

كما لا يمكن أن تعتمد الفقرة 5 من المادة 6 من القانون الأساسي كأساس للمساواة بين الأبناء المولودين خارج إطار الزواج والمولودين في إطار الزواج لمعرفة الأب الطبيعي التي يترتب عنه الحق في النفقة والميراث. وبالتالي تستبعد هنا المساواة الشاملة مع الأبناء المولودين في إطار الزواج، نظرا لكون الأبناء المولودين في إطار الزواج لهم الأب القانوني، على أساس الأحكام القانونية، والذين ليس لهم بالضرورة أبوهم الطبيعي.

(ب) يستخلص من الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي على العكس من ذلك واجب توفير الحماية من أجهزة الدولة الذي يُجبر بالاستجابة بضمانة الشروط التأسيسية لتطوير الشخصية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 148/54 [153])، 256/79 [268].

تتميز بشكل جوهري الحقوق الذاتية للدفاع ضد تدخلات الدولة - التي تشتق مباشرة من الحقوق الأساسية - عن واجبات توفير الحماية المشتقة عن المفهوم الموضوعي للحقوق الأساسية. ويكون حق الدفاع يهدف، كغاية ومضمون إلى اشتراط سلوك محدد من طرف الدولة، ويكون في نفس الحين واجب الحماية من حيث المبدأ غير محدد. وتعتبر الطريقة التي تؤدي به الأجهزة واجب الحماية بمثابة قرار يندرج ضمن مسؤوليتها الخاصة (انظر أحكام المحكمة الدستورية 160/46 [164]).

ولا يصح مبدئيا هذا إلا للحالات التي توجد فيها إمكانات مختلفة لتوفير الحماية التي يتطلبها القانون الأساسي. ويجب، إضافة إلى ذلك، على أجهزة الدولة المختصة أن توازن بين الحقوق

الأساسية المختلفة والمتضاربة فيما بينها، والنظر في الآثار السلبية التي يمكن أن يكون لها شكل محدد لتنفيذ واجب توفير الحماية.

وأبرزت المحكمة الدستورية الفيدرالية بالتالي في الأحكام القضائية المتكررة، بأن إقرار وتعديل الأحكام القانونية لمفهوم الحماية من اختصاص المشرع، وهو الذي خول له أيضا القانون الأساسي مجال التقييم والتقويم والتشكيل عند ما يجد نفسه مجبرا على اتخاذ تدابير من أجل حماية حق قانوني (انظر أحكام المحكمة الدستورية 203/88 [262]).

ويطبق نفس الشيء أمام إغفال المشرع التنظيم القانوني للحالة، فتقوم المحاكم المدنية، بواسطة إدماج الحق أو تفسير المفاهيم القانونية غير المحددة (انظر بهذا الخصوص أحكام المحكمة الدستورية 212/84 [226] والتي تليها)، أو أمام تنفيذ هذا الواجب من طرف جهاز ينتمي إلى السلطة التنفيذية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 160/46 [164]).

ولا يمكن أن تُشتق من الحقوق الأساسية واجبات التنظيم المعينة إلا بشكل استثنائي، ويمكن أن توجد مجالات للتشكيل خاصة في الحالات التي تتعارض فيها مختلف الحقوق الأساسية فيما بينها. ويطبق نفس الشيء - كما هو الحال هنا - عندما يكون لحماية حق أساسي كنتيجة واجبة ضد الاعتداء على الحق الأساسي لشخص آخر، لأن مسألة الموازنة تُسند في المقام الأول إلى أجهزة الدولة المختصة.

ويحدث نفس الشيء في حالة الوظيفة التي تسند في المقام الأول للمشرع على أساس الفقرة 5 من المادة 6 من القانون الأساسي، التي يجب أن تأخذها المحاكم أثناء تطبيق القانون الجاري به العمل، ويفهم من الفقرة 5 من المادة 6 من القانون الأساسي بأن الأبناء المولودين خارج إطار الزواج، لا يمكن أن يعاملوا معاملة أسوأ من الأبناء الشرعيين، حيث لا تسمح وضعيتهم الخاصة أن تعتبر كأساس لتبرير معاملة غير متساوية. غير أنه لا تُضمن بينهما المساواة الكاملة، لأن الأحكام القانونية المتعلقة بحالة الأبناء المولودين في إطار الزواج لا تشير إلى الأب الطبيعي، بل تشير إلى نقطة مرجعية وهي زواج الأم. ولا يوجد في هذه الحالات النزاع على المصلحة للأُم كما يظهر في هذه القضية.

ج) لم تتمكن محكمة الدولة أن تقيم بشكل ملائم المجال الذي أُسند إليها من أجل الموازنة. واستخلصت المحكمة بالتأكيد الادعاءات على ضوء المعطيات التي يتوفر عليها الإبن المولود خارج إطار الزواج بخصوص أمه، ومن أحكام القانون المدني، وليس من القانون الأساسي. غير أنه يمكن القول بأن تطبيق المادة 1618/أ من القانون المدني تكون فيها مصلحة الإبن المولود خارج إطار الزواج، التي تحمي بالحق الأساسي الذي يسمح بالموازنة مع مصلحة الأم فقط ضمن هامش ضيق.



وقد اعتبرت محكمة الدولة بأن المسألة المتعلقة بوجه خاص «بمن يجب اعتباره مسؤولاً عن تعارض بين المصالح المختلفة» مسألة حاسمة، وهي التي تقصي إمكانية إيلاء العناية الكافية للمصالح المتضاربة، لأن الإبن ليس أبداً مسؤولاً عن التصادم الذي يمكن أن ينشأ بسبب وضعه من طرف والديه.

ولم تأخذ محكمة الدولة بعين الاعتبار أيضاً من أجل موازنة مصالح معينة إلا في مجال محدود جداً. وأقرت على هذا النحو أن الطاعنة كانت لها مصلحة ملحة للغاية في الكشف عن هوية الرجال الذين عاشرتهم خلال فترة الحمل. غير أنها في نهاية المطاف لم تُعَرِّ هذا الرأي، أي وزن لأنها - بدون موازنة محددة - منحت الأولوية لمصالح الإبن المولود خارج إطار الزواج على حساب مصالح الأم والرجال المعنيين.

ولا يستبعد باستنفاد محكمة الدولة مجالها للموازنة أن تحقق نتيجة أخرى.

### ملاحظة تكميلية

توصلت محكمة الدولة إلى نفس النتيجة: وكان طعن جديد أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية، غير أن الحكم غير قابل للتنفيذ، وبقي حبراً على ورق، والإجراء كان غير ذي جدوى، ل.ج. مونستير، المجلة القانونية الجديدة، 1999 ص. 3787 (دون أن يكون حكماً نهائياً).

## الحكم 52

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 361/101 يتعلق بكارولينا دي موناكو

1. لا يقتصر المجال الخاص المحمي بالحق في الشخصية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي على نطاق الشأن المنزلي. ويمكن للفرد أن يتمكن من التنقل بحرية في أماكن أخرى - مميزة بطريقة واضحة ومتفرقة - ويمنع إزعاجه بالصور ذات الطابع الصحافي.

2. لا يُضمن الحق في الشخصية لمصلحة تجارية خاصة بالشخص. وتراجع الحماية للمجال الخاص ضد الصور القهقرية، وتتوقف على موافقة الشخص ذاته على أن تُعرض علينا شؤون محددة تنتمي عادة إلى المجال الخاص.

3. يُكرس محتوى حماية الحق في الشخصية للأبوين، أو لأحدهما في الفقرتين 1 و2 من المادة 6 من القانون الأساسي، ما دام أن الأمر يتعلق بعرض أو نشر صور تهدف بطريقة نوعية ملازمة الآباء لأبنائهم.

4. تشمل الضمانة المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، أيضا المنشورات والتقارير الترفيهية وأيضاً اللوحات المنوطة بها. ويطبق نفس الشيء على نشر الصور التي تبين أشخاصاً من الحياة العمومية في أوضاع يومية أو في مجال خاص.

**الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 15 دجنبر 1979 يتعلق بطعن الحماية 96/356**

## الأسس

أ

يتعلق طعن الحماية بنشر صور حول الحياة الخاصة، واليومية لشخصية من الحياة العمومية.

### - I -

1. المدعية في الدعوى القضائية التي توجه إلى هذا القرار، هي دار النشر بوردا ج.م.ب.ح. التي تطبع المجلتين: مجلة الوقت الثالث، ومجلة الألوان. ونشرت في هاتين المجلتين - في إطار مختلف المقالات - بعض الصور التي تظهر فيها صاحبة دعوى طعن الحماية الأميرة كارولينا دي موناكو، التي تطالب في هذه الدعوى القضائية فرض إيقاف النشر فيها [...]

أ) قبلت محكمة الدولة الابتدائية الدعوى ضد نشر الصور في المجلات الموزعة في فرنسا، فيما عدا ذلك تم رفض الدعوى، على خلاف ما يحدث في القانون الفرنسي، لأنه لا يوجد في ألمانيا قانون يوجب إيقاف النشر [...]

[...] تم رفض دعوى إعادة النظر أمام المحكمة العليا الفيدرالية الألمانية [...]

## السوابق والوقائع

[...] نشرت المدعى عليها في المجلة المصورة بونتي عدد 32 بتاريخ 5 أغسطس 1993 المقال «كارولينا: لا أعتقد أنني أستطيع أن أكون الزوجة المثالية للرجل»، الذي أعيد فيه استنساخ - أساساً بضمير الغائب - جزء من الكتاب الذي تم نشره في إسبانيا حول الطاعنة. وتم دعم التقرير بعدة صور. وتبين صورة من الصفحة 68 الطاعنة في البراري ممتطية جوادا. لا يظهر أشخاص آخرون في الصورة. وكانت هذه الصورة تحت عنوان النص «كارولين والكآبة: حياتها رواية تنطوي على التعاسة». يقول الكاتب رويغ: في الصفحة تظهر صورة للطاعنة مع ابنيها

بيير وأندريا تحت العنوان الفرعي «كارولين مع ابنيها بيير وأندريا»، وظهر في الصورة الواجهة ثلاثة أشخاص وسيارات في الخلفية. تحمل الطاعنة نظارات شمسية.

وظهر في العدد 34 من المجلة المصورة بونتي ليوم 19 غشت 1993 في الصفحات من 44 إلى 52 مقال بعنوان «السعادة البسيطة» مع المزيد من الصور. وتوجد في الصفحة الافتتاحية للمقال صورة من الحجم الكبير تظهر فيها الطاعنة مع ابنتها على قارب تجديف. ويقول النص المرافق للصورة في الصفحة: «في يوم حار لهذا الصيف تجدف الأميرة مع ابنتها شارلوت في سورجيس. وهو نهر صغير بعيد عن سان ريمي، بلدة في بروفانس التي تقطن فيها الطاعنة. من نيويورك إلى لندن يتخافت الفنانون والأثرياء بخصوص أسلوب كارولين، زورق عوض يخت، أكلة سريعة عوض كافيبار».

وصورة أخرى تبينها تحمل سلة في طريقها إلى السوق. مرفقة بنص مطبوع بأحرف صغيرة يقول: «هكذا تعيش ربة البيت كارولين كاسيراغي، وتذهب بنفسها لشراء البضائع». النص الذي يرافق الصفحة والمطبوع بخط كبير يقول: «الأربعاء هو يوم الذهاب إلى السوق. أسلوب كارولين سيحتذى به في العالم بأكمله. النعلان اللذان تذهب بهما إلى السوق ولباس البارو الذي ارتدته كتثورة». في صور أخرى - التي لم تُرفع بشأنها دعوى قضائية - تندرج ضمن هذا المقال بعينه، ويظهر دكانان كانت تذهب إليهما لشراء البضائع، والحانة الصغيرة التي تشرب فيها القهوة ومنزلها الريفي.

وتظهر الصورة الموالية قيد الدعوى الطاعنة، والممثل فانسون لاندون في دار للضيافة وهما يجلسان جنباً إلى جنب ومحاطان بضيوف آخرين. معها نص مكتوب بأحرف صغيرة في الزاوية اليمنى يقول: «مساء كل يوم سبت تحجز كارولين المائدة رقم ثلاثة على يمين المدخل» مع نص مرفق مكتوب بأحرف كبيرة يقول: «في المساء تجلس في مطعم «تحت الميس» وتشرب نبيذ الصيف الأحمر والخفيف. كارولين وفانسون هما ضيفان شأنهما شأن الخباز ومزارع الزيتون وفيليب قديس كنيسة سان مارتان».

وتظهر بعد ذلك صورة للطاعنة وحيدة في الطريق على دراجتها الهوائية. مع نص صغير يقول: «تقوم كارولين بجولة على دراجتها الهوائية متجهة إلى منزلها. ويوجد منزلها الفخم في نهاية طريق «بيلو» المنعرج. ويتممه نص كبير يقول: اقتربت نهاية الوحدة. أسلوب كارولين يغري أصحاب الجمال والمال. كلفت ليدي دي وكيليا عقاريا بالبحث عن ملكية لها. خوليو إجليسياس يبحث أيضاً».

وتظهر في الصفحة 51 صورة الطاعنة إلى جانب فانسون لاندون وابنه بيير وطفل آخر. وهي صورة كبيرة تُظهر الأشخاص المذكورين يعتنون بالطفل. مع نص مكتوب بأحرف صغيرة يقول: «الابن الصغير لكارولين، بيير ذو الست سنوات، سقط فواساه فانسون وكارولين».

وتظهر في الصورة الأخيرة الطاعنة بنظارات شمسية مع رفيقتها في السوق أمام كشك لبيع الورود. مع نص مرافق للصورة يقول: «الحارس الشخصي لكارولين امرأة. التي تشبه الأميرة إلى حد كبير. وتذهبان في أغلب الأحيان معا إلى السوق».

2. وانطلقت المحاكم المدنية لتقييم هذه الصور أساسا من المادتين 22 و23 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر بشأن أعمال فن التصوير والصور لتاسع يناير 1907 (ص. 7 من الجريدة الرسمية للرايخ، المشار إليه فيما يلي باسم قانون الملكية الفنية). ينص منطوق هذه الأحكام على ما يلي:

## المادة 22

لا يمكن أن تنشر الصور أو تجعل في متناول الجمهور إلا بموافقة الشخص الذي سيم تصويره. وسيتم في حالة الشك اعتبار الموافقة قد تمت إذا تقاضى الشخص الذي تم تصويره أجرا لكي يسمح بالتقاط صورة له. ويتطلب بعد موت هذا الشخص موافقة عائلته لفترة قد تصل إلى عشر سنوات [...]

## المادة 23

1. يمكن أن تنشر وتوزع دونما حاجة إلى الموافقة المنصوص عليها في المادة 22 فيما يلي :
  1. الصور في مجال التاريخ المعاصر؛
  2. الصور التي يظهر فيها الأشخاص بطريقة متاحة في منظر طبيعي أو في بلدة ما؛
  3. صور الاجتماعات والموكب والأحداث المماثلة التي يشارك فيها الأشخاص الذين تم التقاط صور لهم؛
  4. الصور التي تم التقاطها بدون طلب من الشخص المعني، وتُنشَر وتُعرض لصالح الفن.
2. لا يمتد الترخيص مع ذلك إلى النشر والتوزيع اللذين تنتهك بواسطتهما المصلحة المشروعة للشخص المصور، أو لأقاربه في حالة وفاته.
- ولا يوجد في ألمانيا الحق في طلب التوقيف، على خلاف ما يحدث في القانون الفرنسي، ولهذا تم رفض إعادة النظر من طرف المحكمة الفيدرالية.

ب

يقوم طعن الحماية جزئيا على أساس:

## - I -

يشير الحكم المطعون فيه إلى الحق في الشخصية للطاعنة المكرس في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

1. تشمل حماية الحق في الشخصية الصور التي يلتقطها الآخرون لشخص معين.

تُسد للحق الأساسي وظيفية حماية عناصر الشخصية التي ليست موضع ضمانات الحرية المنصوص عليها في القانون الأساسي، لكنها تكتسي نفس الأهمية لتطوير وتشكيل شخصية الفرد (انظر أحكام المحكمة الدستورية 148/54 [153]، 185/99 [193]). وتنبثق الحاجة إلى حماية شاملة أساساً عن التهديدات الجديدة التي تعرض تطور الشخصية للخطر، التي تبرز في - أغلب الأحيان - مواكبة للتقدم التقني والعلمي (انظر أحكام المحكمة الدستورية 148/54 [153]، 1/65 [41]). ويجب أن يخضع طلب معين للحماية القانونية لمختلف مظاهر الحق في الشخصية، وعلى ضوء المخاطر التي تهدد الشخصية، وتؤخذ بعين الاعتبار الظروف المعينة في القضية التي تكون سبباً في إثارة النزاع.

(ب) يجب أن يقاس الترخيص بنشر الصور التي تُظهر الأشخاص في حياتهم الشخصية أو اليومية، وفقاً للحق في الصورة المناسب، وضمان المجال الخاص للذين يحددان الحق العام في الشخصية.

أ- لا تشمل - بخلاف ما صرحت به الطاعنة - الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي حق الأفراد - الواسع وذا طبيعة عامة - ليفرض بشكل مطلق حول التمثيل الخاص للشخص.

كما أكدت عليه المحكمة الدستورية الفيدرالية في مناسبات عديدة، بأنه لا يُخول الحق العام في الشخصية للفرد الحق أن يظهر أمام الآخرين إلا بالطريقة التي ينظر بها إلى نفسه، أو كما يجب أن ينظر إليه الآخرون (انظر أحكام المحكمة الدستورية 236/82 [269]، 125/97 [149]، 391/97 [403]، 185/99 [194]). ولا تتجاوز هذه الحماية الهدف من الحماية الذي يهدف إليه القانون الأساسي لتجنب المخاطر التي تهدد تطوير الشخصية، وإنما أيضاً ستشكل تدخلاً جسيماً في مجال حرية الآخرين.

لم تنتقد الطاعنة الطريقة التي تم بها إظهار شخصيتها في الصور المعنية، التي اعتبرت المحاكم المدنية مواتية إلى حد كبير. واقتصرت على إثارة مدى إمكانية التقاط ونشر صورها في حالة عدم أدائها لوظائف رسمية، وأن الأمر يتعلق بأخذ صور لشؤونها الخاصة، أو خلال تحركها بحرية في الإطار اليومي. وتستوحى الإجابة عن هذه المسألة من خلال مظاهر الحق العام في الشخصية الذي يترتب عنه حماية الحق في التصوير الذاتي ومجال الحياة الخاصة.

ب-ب) يضمن الحق في الصورة الخاصة (انظر أحكام المحكمة الدستورية 238/34 [246]، 202/35 [220]، 334/87 [340]، 228/97 [268] والتي تليها)) للفرد إمكانية التأثير واتخاذ القرار في التقاط واستعمال الصور والرسوم لشخصه من طرف أشخاص آخرين. وإذا أظهرت هذه الأخيرة الشخص في سياق عام أو خاص لا يكتسي مبدئياً أي أهمية: تنشأ الحاجة إلى الحماية - بشكل مماثل لما يحدث مع الحق في الكلمة المنطوقة التي كانت بمثابة منطلق لكي يُدرج الحق في الصورة الخاصة ضمن الفقه القانوني الدستوري (انظر أحكام المحكمة الدستورية 238/34 [246]) -.

ويمكن أساساً أن يتم إخراج الصورة التي يظهر فيها شخص في حالة معينة وفي سياقها، وتثبت في نظام لتحويل المعطيات، ويمكن أن تستنسخ في أي لحظة، ويطلع عليها عدد غير محدود من الأشخاص. ويزداد ارتفاع هذه الإمكانية بفضل تطور التقنيات لالتقاط الصور التي تسمح بأخذ الصور من مسافات بعيدة، بل أحياناً من الأقمار الاصطناعية وفي أسوأ ظروف الإنارة.

ويكون أخذ صور معينة وعرضها على الجمهور العريض من بين مختلف جوانب الحق في الشخصية الخاصة، وتكتسي أهمية في هذه القضية، لأن الأمر لا يتعلق هنا فقط بصور تم التلاعب بها أو تزويرها الناتج عن إخراجها عن سياقها، وإنما أيضاً حتى إلى الحالات التي تشير إليها فتقتضي هذه الحماية بشكل رئيسي.

تطالب الطاعنة أن تعتبر أن الصور موضع هذا النزاع والمقال المرافق لها، يتعلق في جميع الحالات بمضمون شكواها، التي تعكس بشكل صحيح أوضاعاً من حياتها الخاصة، لدرجة أن متفجراً أيضاً كان حاضراً استقبلها بنفس تلك الطريقة، وتطالب أن لا تعكس هذه الأوضاع في صور تُعرض على جمهور عريض، لأن ذلك، حسب رأيها، ينتمي إلى مجالها الخاص.

ج-ج) لا تتعلق حماية المجال الخاص على خلاف الحق في الصورة الخاصة، - الذي تمتد جذوره إلى الحق العام في الشخصية - بشكل نوعي بالصور، بل تكون مقيدة تقييداً خاصاً وموضوعياً. وتشمل هذه الحماية للمجال الخاص من جهة، الأوضاع التي بسبب المعطيات التي تحتوي عليها تُصنف عادة على أنها «خاصة»، ويعتبر تسويقها إلى العموم مخزياً، وغير لائق، ويكون عرضها شاقاً، أو قد يثير ردود فعل معاكسة من طرف المحيط. وينتمي إلى هذه المجموعة على سبيل المثال العرض الذاتي الذي يقوم به الفرد في مفكرة خاصة (أحكام المحكمة الدستورية 367/80)، والمكالمات الهاتفية السرية بين الأزواج (أحكام المحكمة الدستورية 344/27)، ومجال الأمور الجنسية (أحكام المحكمة الدستورية 46، 47، 286/49)، والسلوك الاجتماعي غير العادي (أحكام المحكمة الدستورية 353/44) أو الأمراض (أحكام المحكمة الدستورية 373/32).

وفي غياب حماية تحول دون اطلاع الآخرين على مثل هذه التصرفات، أو هذه الأوضاع من خلال عرض يقوم به الفرد عن نفسه في مذكرة خاصة، أو الاتصال غير الواعي بين الأقارب، أو تفصيل الأمور الجنسية، أو طلب المساعدة الطبية، قد تضرر أو يصبح مستحيلا استدراك مخاطرها، وهي تصرفات مرتبطة بالحياة الخاصة للشخص، ويجب بالتالي أن تحمي ضمن الحقوق الأساسية.

ويمكن أن تمتد الحماية من جهة أخرى إلى مجال يستطيع فيه الأفراد، أن يعبروا فيه عن أنفسهم بشكل واسع، أو يهملوا التعبير عن ذلك (أحكام المحكمة الدستورية 1/27 [6]). ويمنح هذا المجال بالتأكيد فرصة للتصرف بشكل يختلف عما يكون عليه الأمر في مكان عام ويكون مشاهدته، أو عرضه أمام الأجنبي مخلا بالأداب العامة، أو ضارا بالمعنيين منه. ويتعلق الأمر من حيث الجوهر بفضاء يمكن أن يتحرر فيه الفرد من ملاحظة الناس - مع هذا الوضع - ويضبط النفس الذي يفرض عليه رغم أن هذا السلوك نفسه يجب أن يراعى أمام الناس.

ويمكن للفرد في غياب هذه المجالات، أن يضيق ذرعا، لأنه يجب عليه أن يراعى دائما الشكل الذي يتصرف به أمام الآخرين ويضبط تصرفه، لأنه في بعض في الفترات يحتاج إلى الوحدة والتوازن الضروريين لتطوير الشخصية، التي يمكن بدونها أن يلحقه الضرر.

وتكتسي هذه الحماية أهمية عامة للأشخاص، نظرا لمكانتهم أو سمعتهم، أو منصبهم، أو تأثيرهم، أو قدراتهم، أو أنشطتهم أو إنجازاتهم. فحتى من أصبح شخصا من الحياة العامة طوعا أو كرها، فإنه لا يفقد حقه في مجال خاص، الذي يجب أن يكون بعيدا عن أنظار العامة.

ويطبق نفس الشيء على الموظفين العموميين الذين تم اختيارهم بشكل ديمقراطي، أو الذين يجبرون بحكم منصبهم على المحاسبة علنا، ويكونون في هذا الميدان موضع انتباه الجمهور، حتى لو تعلق الأمر في ذلك بحياتهم الخاصة، مادام ذلك لا يؤثر على ممارسة مهامهم.

ويمثل مجال الشأن المنزلي بشكل معترف به مجالا لهذه الحماية. ولا يمكن نظرا لعلاقته مع تطوير الشخصية في مجال فردي أن يقتصر مسبقا على المجال المنزلي. ويقوم ما سبق على أسباب وجيهة بمجرد أن تكون الوظائف التي يؤديها في هذا المجال، لا يمكن أن تنجز إلا عندما لا ينتهي هذا الأخير عند جدران المسكن، أو عند حدود الملكية. وسيتم عرقلة التطوير الحر للحق في الشخصية بشكل كبير، إذا تمكن الفرد من الابتعاد عن فضول الجماهير والبقاء في منزله الخاص.

وتتميز الحياة الخاصة لبعض الأشخاص بضعف المنصب وحضور مستمر لوسائل الإعلام، ولا يمكن أن يحصل على الراحة الضرورية بانتظام إلا في العزلة في بيئة طبيعية، على سبيل المثال: مكان قضاء العطل. ويكون بالتالي على الفرد أن يعول على إمكانية التحرك بحرية في الطبيعة، أو في مكان منعزل خال من العموم، ويطبق هذا بشكل خاص إزاء تكنولوجيات الالتقاط الصور التي تسمح بتجاوز المسافات دون أن يتمكن المتضرر من ملاحظة ذلك.

لا يمكن أن يحدد بشكل عام ومجرد إلى أي مدى، وحدود المجال الخاص الذي يمتد إلى خارج المسكن. ويمكن ببساطة أن يؤخذ بعين الاعتبار ظروف المكان الذي قد يبحث عنه الشخص المعني. ويكون هذا حاسماً أن يبحث الشخص - أو ينشئ هو بعينه - أوضاعاً أو أماكن يمكنه فيها لأسباب مشروعة أن يفترض أنه في منأى عن أنظار العموم، وأنه يمكن للآخرين أن يعترفوا [بهذه الرغبة في الخصوصية].

ولا يمكن أن يحدد استيفاء الافتراضات المسبقة للخلوة إلا في كل حالة على حدة. ويمكن للشخص - أساساً - في مناسبات، وفي نفس المكان أن يحس بالانفراد بعيداً عن أنظار الغير، ولا يحس بذلك في مناسبات أخرى. ولا يجب زيادة على ذلك بالضرورة أن يتم تسوية الإقامة في مكان مغلق بالخصوصية والعزلة. وتكمن المسألة الأساسية في تحديد ما إذا كان ممكناً أن يتوقع الشخص بشكل سليم تحرره من أنظار العموم أو - على العكس من ذلك - يلجأ إلى أماكن قد يتعرض فيها لرؤية العموم، ويمكن بالتالي أن يفترض العزلة المطلوبة حتى في الأماكن المغلقة، الذي يشكل الافتراض المسبق لحماية المجال الخاص بعيداً عن المجال المنزلي.

وتفتقر الأماكن التي يجد فيها الفرد نفسه محاطاً بعدة أشخاص إلى الافتراضات المسبقة لحماية المجال الخاص بالمعنى المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ولا يمكن لهذه الأماكن أن تلبّي الحاجة إلى الانفراد فيها، ولا تبرر بالتالي ضرورة تطبيق الحماية المخولة من طرف الحقوق الأساسية المقررة للأماكن اللازمة لتحقيق حرية تطوير الشخصية. ولا يجب أن تخضع هذه الأماكن لمجال الشخص الخاص على سبيل المثال عن طريق سلوكه، ولا ينبغي عادة أن يكون محل ملاحظة من طرف العموم. ولا يشكل سلوك الفرد سواء وحده أو رفقة الآخرين مجالاً خاصاً.

وتختفي أيضاً حماية المجال الخاص إزاء معرفة العموم، عندما يوافق أحدهم على إعلان أمور معينة يكون - على العموم - لها طابع خاص. يطبق نفس الشيء على سبيل المثال عندما يُقوم الشخص بعقد فردي كي تُكتب تقارير أو مقالات مصورة عن حياته الخاصة. فلا تضمن الحماية الدستورية للمجال الخاص المكرسة في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي من أجل تسويق الخصوصية.

ولا يمنع في الواقع أحد من إعلان خصوصيته بهذا الشكل. لكن يمكن في هذه الحالات للشخص أن يحتج في نفس الوقت بحماية المجال الخاص الذي يوجد في منأى عن العموم. وتوقع عدم اطلاع الجمهور على أمور أو تصرفات تنتمي - في مجملها - إلى المجال الخاص، ويجب بالتالي أن يعبر عنها باستمرار بحيث تشمل كل حالة على حدة. ويطبق هذا أيضاً عند منح الموافقة للإبلاغ عن أحداث محددة للمجال الخاص وفيما بعد يعزم على إلغاء الموافقة المذكورة.



د-د) ما زالت المحكمة الدستورية الفيدرالية لم تعبر عن موقفها حول مدى حماية المجال الخاص للمعاملة العائلية بين الآباء والأبناء. وأثبتت التجربة مع ذلك أن الأبناء يحتاجون إلى حماية خاصة، نظرا لأنهم ينبغي أن يتطوروا كأشخاص مسؤولين عن أنفسهم (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 119/24 [144]، 361/57 [388]). وتستمر هذه الحاجة إلى الحماية بشكل خاص بسبب المخاطر التي تنشأ عن وسائل الإعلام، ويجب أن يراعى مستعملو صور للأطفال الأوضاع النفسية والاجتماعية. لأنه يمكن أن يؤثر إظهار صور للأطفال على تطوير شخصيتهم بطريقة أكثر حساسية، مقارنة مع ما هو عليه الحال لدى الراشدين. ويجب بالتالي أن يكون المجال الذي يحس فيه الأطفال بالحرية بمنأى عن مشاهدة العموم، الذي يستطيعون أن يطوروا فيه شخصيتهم في ظل حماية بشكل أوسع مما هو الحال لمجال الراشدين.

يعتبر الآباء قبل كل شيء مسؤولين عن تطوير شخصية الأبناء، وتكون التربية تتوقف على أكبر قدر من العلاقات الهادئة مع الأبناء بالقدر الذي يجب أن تنعكس حماية حقوقهم الأساسية بشكل إيجابي على الأب والأم (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/76 [44] والتي تليها)، 81/80 [91] والتي تليها).

وتندرج زيادة على ذلك المعاملة النوعية أيضا التي يعامل بها الآباء الأبناء أساسا ضمن مجال الحماية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويواجه مضمون حماية الحق في الشخصية العام بالتالي بتعزيز من خلال ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 والمادة 2 من القانون الأساسي التي تفرض على الدولة، أن تضمن ظروف الحياة ضرورة للنمو السليم للأبناء التي يندرج ضمنها شكل المساعدة الأبوية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/76 [44] والتي تليها)، 363/56 [384]، 361/57 [382] والتي تليها)، 81/80 [90] والتي تليها).

لا يمكن أن يحدد بطريقة عامة ومجردة الشكل الذي يؤثر به تعزيز حماية الحق في الشخصية - المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي - على الحالات الخاصة. ولا يتطلب الأمر بالتأكيد بصفة عامة حماية، عندما يحضر الآباء عن قصد بمعوية أبنائهم، كما يحدث عندما يشاركون في أنشطة عمومية، وبصفة خاصة إذا كانوا جزءا رئيسيا من هذه الأنشطة. وعلى هذا النحو يفهم أنهم هم أنفسهم الذين يوفرون الظروف لدخول الجمهور. ويمكن فيما عدا ذلك حماية الحق في الشخصية لصالح العلاقات النوعية بين الآباء والأبناء وأن تتدخل أيضا في حالات أخرى، وذلك في حالة عدم استيفاء خصائص المكان لشروط الخصوصية.

2. تضررت الطاعة في حقها العام للشخصية من الأحكام المطعون فيها. وتتمتع الصور الشخصية بحماية هذا الحق الأساسي، وبالتالي فقرار المحكمة -عند تأكيدها على أن هذه الصور يمكن أن

يتم نشرها رغم أنف الطاعنة - يقيد حماية الطاعنة، وتكون هذه الحماية واجبة على المحاكم أن تمتثل لها، وتمتثل لها أيضا في الخلافات المتعلقة بالقانون الخاص (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 198/7 [207]).

## - II -

لا تفي الأحكام المطعون فيها تماما بالمقتضيات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي [...]

1. تتوافق رغم ذلك أحكام المادتين 22 و23 من قانون حقوق التأليف المتعلق بالفنون التشكيلية والتصوير التي أسست عليها المحاكم المدنية قراراتها مع القانون الأساسي.

2. يعتبر تفسير وتطبيق أحكام القانون المدني، وفقا للدستور من اختصاص المحاكم المدنية. غير أنه يجب عليها أن تأخذ بعين الاعتبار مفهوم ومدى الحقوق الأساسية التي تطبقها في أحكامها، بحيث تحافظ على مفهومها أيضا على مستوى التطبيق (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 198/7 [205] والتي تليها) الأحكام القضائية المتكررة). ويستدعي الأمر من أجل هذا أن تتم الموازنة بين حماية الحقوق الأساسية المثيرة للنقاش - التي يجب القيام بها في إطار خصائص أحكام القانون المدني القابلة للتفسير - والظروف الخاصة للقضية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 185/99 [196] الأحكام القضائية المتكررة). نظرا لكون المنازعات القانونية، رغم تأثير الحقوق الأساسية، ما زالت تخص القانون الخاص، ويوجد حلها - على أساس تأويل الحقوق الأساسية - في القانون الخاص.

أما المحكمة الدستورية الفيدرالية فستكتفي بفحص مدى مراعاة المحكمة المدنية بشكل كاف لتأثير الحقوق الأساسية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 85/18 [92] والتي بعدها) لأنه ليس من صلاحياتها أن تقرر، كيف يجب أن تبت المحكمة المدنية في المنازعات (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/94 [9] والتي بعدها).

ولن يكون انتهاك الحق الأساسي، الذي يؤدي إلى دحض الأحكام المطعون فيها، فقط إذا تم في الحقيقة إغفال الحقوق الأساسية التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار من أجل تفسير وتطبيق أحكام القانون الخاص الدستورية. بل يكون أيضا عند تحديدها بشكل مغلوطن ناقص لمجال حماية الحق الأساسي، أو عند تقييم أهميته بطريقة غير صحيحة، بحيث تتضرر لهذا السبب موازنة مواقف كلا الطرفين في إطار تنظيم القانون الخاص (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 28/95 [37]، 391/97 [401]) والقرار يرتكب هذا الخطأ.

ب) يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة، الحق في الشخصية عند تفسير وتطبيق المادتين 22 و 23 من قانون حقوق التأليف المتعلق بالفنون التشكيلية والتصوير، وأيضاً الحق في حرية الصحافة المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي التي تضررت بفعل هذه النصوص القانونية في جميع الأحوال.

ويوجد على رأس حماية الحق الأساسي لحرية الصحافة، الحق في تحديد نوع وتوجيه وشكل ومضمون المنشور (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 162/20 [174] والتي تليها)، 283/52 [296]، 116/66 [133]، 124/80 [133] والتي تليها)، 25/85 [35]، ويندرج ضمن هذه القاعدة القانونية مدى وكيفية توضيح المنتج الصحفي. ولا تُقيد الحماية بأشياء توضيحية محددة، لأنها تشمل أيضاً صور الأشخاص. ولا تتوقف الحماية على طبائع أو مستوى المنتج الصحفي، أو المعلومة بشكل خاص (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 269/34 [283]، 234/50 [240]).

وينتهي أي تمييز من هذا القبيل إلى تقييم وتحديد المسارات من طرف أجهزة الدولة، وهو أمر لا محالة سيناقض مع جوهر هذا الحق الأساسي (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 202/35 [222]).

وتساعد حرية الصحافة على تكوين الآراء العامة والخاصة بحرية (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 297/57 [319]). ولا يمكن أن يحدث هذا إلا في الظروف التي تضمن التدفق الحر للمعطيات التي لا تحدد مسبقاً، أو تُقصر المعدات أو الإحاطات الإعلامية. وبالتالي لا يقتصر تكوين الرأي بشكل خاص على المجال السياسي (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 297/57 [319]).

ويسند بالتأكيد إلى حرية الصحافة معنى خاص من أجل الديمقراطية الفعالة. ويكون على العكس من ذلك تكوين الرأي السياسي منغرساً في إجراء واسع من الاتصالات المتشابهة، وبأشكال متعددة، وغير قابلة للتقسيم على مناطق ترتبط بها، ولا علاقة لها بسيادة الديمقراطية (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 228/97 [257]). ويجب أن تتمتع الصحافة بالقدرة على اتخاذ القرار بناء على معايير صحافية، إذا كانت تعتبره هي ذا قيمة للمصلحة العامة.

ولا تستبعد الوظيفة الدستورية الواجبة على الصحافة في تكوين الرأي العام، وتبادل التأثير الترفيهي مع المجتمع، وهذا لا يتناقض مع تكوين الرأي وتبادل التأثير. ويندرج في هذا أيضاً المقالات الترفيهية في تكوين الرأي. ويمكن لهذه الأخيرة أن تلمح باستمرار أو أن تتأثر في بعض الظروف دون أن يتعلق الأمر بمعطيات خاصة. ولا يلاحظ زيادة على وسائل الاتصال توجه متزايد لإلغاء فصل المعلومة عن الترفيه خاصة في كل الإنتاج الصحفي، ويخل أيضاً فيها المقالات بشكل خاص ونشر المعطيات بشكل ترفيهي أو مزجها بالترفيه. ويكون العديد من القراء كنتيجة

لذلك يأخذون المعطيات التي يعتبرونها مهمة أو مفيدة من المقالات الترفيهية (انظر بيرغ/كيلر/الإعلام الجماهيري، ت.ف. 1996).

غير أنه لا يمكن أن يفصل الترفيه مسبقا عن مساهمته في تكوين الرأي. وسيكون ذلك كالسماح بشكل أحادي للترفيه أن يلبى فقط الرغبة في التشتت والتمدد والفرار والتهرب من الواقع. ولا يمكن للترفيه أيضا أن يبعث صورا من الواقع وطرح مواضيع للنقاش، ويمكن لعمليات المناقشة والإدماج التي تتعلق بنمط الحياة والقيم والسلوك أن تؤدي إلى وظائف اجتماعية مهمة (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 228/97 [257] إضافة إلى بورير/راب، الصحافة في ألمانيا، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 1996 ص. 309 والتي تليها). ويخصص لهذا السبب بالترفيه في الصحافة أن يتم تحقيق الأهداف عن طريق حماية حرية الصحافة دون إمكانية إهمالها، أو تركها بدون أي قيمة تذكر، وترتبط بالتالي في جميع الأحوال بالحماية التي يخولها الحق الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 202/35 [222]).

ويتم هذا الاهتمام من الناس بالأشخاص الذين ينتمون إلى الحياة السياسية، ويعترف به على أنه شرعي من منظور الشفافية والرقابة الديمقراطية. فحتى هذا الأمر ليس موضع خلاف إذا كان مرتبطا بأشخاص آخرين من الحياة العامة. وتهم في هذا التدبير النيابة، التي تقتصر على أشخاص وأحداث محددة، ووظائف الصحافة، وتندرج بالتالي في جميع الأحوال ضمن مجال حماية الصحافة. ويمكن مبدئيا. لموازنة حقوق الشخصية التساؤل حول ما إذا كان العموم يبحث عن تحاليل جديّة ومتخصصة، أو أنه يريد ببساطة أن تُنشر مسائل خاصة تشفي فقط غليل الفضوليين (من أحكام المحكمة الدستورية 269/34 [283]).

ج) كنتيجة لذلك، قاوم حكم المحكمة الفيدرالية العليا الفحص بعدم الدستورية.

أ- لا يوجد أي اعتراض من المنظور الدستوري على كون المحكمة الفيدرالية العليا قد حددت الافتراضات الواقعية انطلاقا من الفقرة 1 من المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي، وعلى أساس معيار المصلحة الإعلامية للمجتمع، واعتبرت بناء على ذلك نشر صور الطاعنة أمرا مقبولا، ولو خارج نطاق مهامها في إمارة موناكو.

تُعفي الفقرة 1 من المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي نشر صور شخصيات من التاريخ المعاصر من شروط الترخيص المنصوص عليها في المادة 22 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي. ويأخذ هذا النص القانوني بعين الاعتبار نية المشرع (انظر مفاوضات البرلمان الألماني، المصدر السابق، ص. 1540 والتي تليها) ويأخذ أيضا مفهوم التنظيم والغرض منه، إذا تعلق بمصلحة

المجتمع في الحصول على المعلومة وفي حرية الصحافة. ولهذا يجب مراعاة مصالح الجمهور لتفسير خصائص الظروف الواقعية.

ولا يمكن بالتالي أن تكون صور الأشخاص التي يُرفض إعطاؤها أهمية تاريخية في متناول العموم إلا إذا رخص المعنى بذلك. وتظل الخصائص الإضافية لظروف الواقع «للمصلحة المشروعة» المنصوص عليها في المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي، مفتوحة أمام تأثير الحق الأساسي، وترتبط مسبقاً بالأشخاص المهمين تاريخياً، وتكون نتيجة لذلك مصالح حرية الصحافة غير كافية، إذا لم يتم أخذها بعين الاعتبار من أجل تحديد دائرة الأشخاص الذين تشملهم.

إن تمت مراعاة دلالة ومدى حرية الصحافة دون تناول حماية الحق في الشخصية بشكل غير متناسب، ذلك أن مفهوم التاريخ المعاصر المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي، وفقاً لمعيار تحديد المضمون عن طريق القضاء، ولا يشمل فقط على سبيل المثال إلا الوقائع الهامة من وجهة النظر السياسية أو التاريخية، وإنما يُحدد أيضاً على أساس اهتمام العموم بالمعلومة.

كما لا يمكن أن يتم الاعتراض على أن المحكمة قد أدرجت ضمن «مجال التاريخ المعاصر» وفقاً للفقرة 1 من المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي صور الأشخاص التي تكون في حد ذاتها مرتبطة في الوقت المناسب بحدث محدد من أحداث التاريخ المعاصر.

ولا يتطلب الحق في الشخصية فقط أن يقتصر على نشر الصور الذي لا يحتاج إلى ترخيص للأشخاص أثناء ممارستهم ووظائفهم، التي تكتسي أهمية تاريخية معترف بها من طرف المجتمع. وإنما ينطوي أيضاً هذا على وجود مصلحة مشروعة لتحديد ما إذا كان الأشخاص، الذين يعتبرون عادة كمشاهير أو عارضي أزياء، لهم سلوك في حياتهم الخاصة يتسق مع المهام التي يزاولونها.

قد لا يكفي لتحديد نشر الصور عن الوظائف التي يزاولها الشخص، التي تكتسي أهمية تاريخية، والتي تدعي الأشخاص بشكل مشروع، من منظور مصلحة المجتمع، وقد يسمح بتقديم عرض انتقائي يحرم الجمهور من إمكانية تقييم الأشخاص في الحياة السياسية والاجتماعية بسبب وظيفتهم التوجيهية والتأثيرية، ولن يصل بالتالي المدى غير المحدود لصور أشخاص ينتمون إلى التاريخ المعاصر إلى للصحافة.

وتسند المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي للمحاكم بشكل كاف إمكانية السهر على تطبيق شروط الحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 202/35 [225]).

ب-ب) مبدئياً فالمعايير التي طورتها المحكمة الفيدرالية ليست أيضاً محل اعتراض من المنظور الدستوري لتفسير ظروف الواقع «للمصلحة المشروعة» المنصوص في الفقرة 2 من المادة 23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي.

ويفترض وفقاً للحكم القضائي المطعون فيه، المجال الخاص لهدف الحماية الذي يُخول أيضاً للأشخاص في التاريخ المعاصر، وتقتضي إمكانية العزلة في مكان محدد يختلج فيه الشخص وحده، ويتصرف بطريقة غير الطريقة التي يتصرف بها أمام العموم. وتقر المحكمة الفيدرالية بانتهاك المادتين 22 و23 من القانون المتعلق بحقوق تأليف ونشر الأعمال التشكيلية والتصوير الفوتوغرافي عند نشر صور تم التقاطها للشخص المعني سرا في هذه الوضعية أو استغلال عدم اتخاذه للاحتياط اللازم.

ويجب أن يراعي معيار العزلة المحلية من جهة مفهوم الحق في الشخصية، الذي يضمن للشخص مجالا ولو خارج إطار حياته اليومية داخل مسكنه الخاص، ويمكنها أن تتصرف فيه بحرية واسترخاء بعيدا عن أنظار العموم الذي يراقبه باستمرار. من جهة أخرى لا تكون بهذه الطريقة حرية الصحافة مختزلة بشكل غير متناسب، ذلك لأن إمكانية إخطار الجمهور عن الحياة الخاصة والعامّة للأشخاص المعاصرين التي تجري أمام العموم، والتقاط الصور لا تزال محتملة. ويمكن في حالة سيادة الاهتمام بالمعلومة أن يتم تفضيل حرية الصحافة على حماية المجال الخاص.

ويمكن للمحكمة الفيدرالية أن تعتبر سلوك الشخص في حالة محددة كدليل على الاعتقاد أنه يوجد في عزلة. وتفترض بالتأكيد حماية الصورة في هذا المجال مسبقا، وتعتبر أن الشخص المعني قام بسلوك لا يمكنه أن يقوم به أمام أنظار العموم. وتؤدي العزلة المحلية مهمتها في حماية حرية تطوير الشخصية فقط عندما تضمن للأشخاص بدون اعتبار لسلوكهم الخاص مجالا للاسترخاء لا يتخذ فيه الحيطة والحذر بشكل دائم من المصورين ومستخدمي الكاميرات. ليست هذه هي القضية هنا، كما تم تحديد ذلك. ومن هذا الحدث انطلقت المحكمة إذ ينعدم الشرط الأول لحماية المجال الخاص.

ولا يمكن أخيرا أن يتم الاعتراض من المنظور الدستوري على وجوب إيلاء الأهمية، للموازنة بين اهتمام العموم بالمعلومة وحماية المجال الخاص، والوسيلة التي تم استعمالها للحصول

على المعلومة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 116/66 [136]). ويمكن إذا أخذ بعين الاعتبار أن المجال الخاص الخارجي قد تم انتهاكه فقط إذا التُقِطت الصور سرا أو على غفلة فعندئذ يتم ارتكاب خطأ. ونظرا لوظيفة هذا المجال الدستوري ومراعاة الظروف، يصعب عموما أن يتم الجزم بأن الصورة قد تم التقاطها سرا أو على حين غرة، كإثبات التدخل في المجال الخاص، خاصة وأن هذه الأحداث وقعت. بما أن المحكمة الفيدرالية أنكرت في حالة الصور قيد المناقشة وجود مجال للعزلة، فنتيجة قرارها لا تثير أدنى شك.

ج-ج) لم يتم على عكس ذلك، استيفاء الشروط الدستورية في القرارات المطعون فيها، إذا لم تعط الأهمية لحماية الحق في الشخصية للطاعة، ولعلاقتها العائلية مع أبنائها التي تتعزز بالمادة 6 من القانون الأساسي.

د-د) يستنتج من الصور المختلفة بشكل خاص ما يلي: لا يوجد أي أساس للاعتراض دستوريا على قرار المحكمة الفيدرالية، بخصوص تلك الصور التي تظهر فيها الطاعة في طريقها إلى السوق مع حارسها الشخصي في السوق، ومع مرافق في محل مكتظ بالناس. ويكون الأمر في كلتا الحالتين يتعلق بإمكانة مفتوحة يزورها جمهور كثير.

ويتعلق الأمر في الحالة الثالثة بالتأكيد على فضاء مقيد توجد فيه الطاعة أمام العموم الحاضرين. لهذا لم تعترض المحكمة على منع نشر الصور في الحديقة موضع القرار الذي تم الاعتراض عليه، ولم تعترض على طعن الحماية الدستورية. ويتوفر المكان الذي تم فيه تصوير الطاعة مع مرافقها على كافة خصائص العزلة. وأن الصور التي تم التقاطها بشكل واضح من بعيد، تؤكد زيادة على ذلك أنه كان بإمكان الطاعة أن تدعي أنها كانت تتواجد أمام أنظار العموم.

كما لا يمكن أن يعترض على القرار المتعلق بالصور التي تظهر فيها الطاعة وحدها تمتطي حصانا أو دراجة هوائية. ولا تؤسس المحكمة الفيدرالية في كل الأحوال اعتباراتها على مجال العزلة المحلية، وإنما تؤسس أيضا على المجال العمومي الذي لا يبدي أي اعتراض من المنظور الدستوري. وقد اعتبرت الطاعة أن الصور تنتمي إلى مجال عزلتها الذي عبرت عن إرادتها أن تكون وحيدة، ومع ذلك فالمعايير التي تم تحليلها لا تتأتى فقط من خلال التعبير البسيط عن الإرادة.

وتتطلب الصور الثلاثة التي تظهر فيها الطاعة مع أبنائها، على عكس ذلك، فحصا جديدا بعدم الدستورية انطلاقا من المجال الدستوري المشار إليه سابقا. ولا يمكن أن يستبعد الفحص القائم على هذه المعايير المتعلقة بصورة واحدة أو بكافة الصور، لأن ذلك سيؤدي إلى نتيجة مغايرة. ويلغي بالتالي حكم المحكمة الفيدرالية ويعاد إرساله إلى اتخاذ قرار جديد.

## الحكم 53

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 106/28

## يتعلق بتسجيل المكالمات الهاتفية

1. تشمل حرمة الاتصالات عن بعد، وفقاً للمادة 10 من القانون الأساسي أيضاً، أجهزة الاتصالات السلكية واللاسلكية التي يديرها الخواص.
2. تؤسس الفقرة 1 من المادة العاشرة من القانون الأساسي للحق في الدفاع الذي يحول دون اطلاع الدولة على محتوى اتصال عن بعد وعلى ظروفه الأخرى، ويفرض في نفس الوقت على الدولة مهمة إقرار التدابير الوقائية للاتصالات السلكية واللاسلكية كلما حاول الطرف الثالث الوصول إلى المحادثات.
3. يصبح الحق في حماية الكلمة المنطوقة جزءاً لا يتجزأ من الحق العام في الشخصية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويحمي هذا القانون المتورطين في اتصال معين، ويمنع أن يقوم أحد الأطراف، على سبيل المثال باستعمال الميكروفون، بجعل محتوى الاتصال في متناول طرف ثالث متورط في هذا الاتصال. ولا تشمل هذه الحماية ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة العاشرة من القانون الأساسي.
4. يمكن للأشخاص الأخلاقيين في القانون الخاص أيضاً أن يستندوا في هذا الحق بالكلمة المنطوقة.
5. يقوم استعمال تصريحات الشهود في محاكمة مدنية على التدخل غير القانوني في المحادثات الهاتفية بين أطراف ثالثة.

القرار الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 9 أكتوبر 2002 يتعلق بطعن الحماية 96/1611،

98/805

أسس القرار

أ

يتعلق كلا طلبي طعن الحماية (المتراكمين من أجل إصدار قرار مشترك) بمسألة استعمال المحاكم المدنية لتصريحات الشهود من خلال محتوى المحادثات الهاتفية التي استمع إليها الشهود، أو من خلال أجهزة للتدخل بعلم واحد فقط من المتورطين في الاتصال [...]



## ب

دعوى طعن الحماية مناسبة وتستند إلى أدلة. والقرارات المطعون فيها أضرت المشتكين. ورغم عدم وجود انتهاك للحق الأساسي بشأن «حرمة الاتصالات عن بُعد» المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 10 من القانون الأساسي، فإن المحاكم لم تحترم نطاق الحق العام في الشخصية لأصحاب الشكوى، في شكل «الحق في الكلمة المنطوقة».

## أولا

لم يتم الحصول على التصريحات التي أدلى بها الشهود أثناء المحاكمة من خلال انتهاك سرية الاتصالات عن بعد. ولا تخضع بالتالي تمهيدا للأحكام القانونية المنصوص عليها في المادة 10 من القانون الأساسي لمنع جمع الأدلة واستعمالها في المحاكمة.

2. لا تحمي الفقرة 1 من المادة 10 من القانون الأساسي لشخص استعمال ميكروفون وضعه أحد المخاطبين رهن إشارة طرف ثالث [...] ]

ولما كانت الفقرة 1 من المادة العاشرة من القانون الأساسي لا تحمي إلا سرية وسيلة البث التي تم استعمالها لإرسال معلومة، فإن مجال حماية أحد المحاورين لم ينتهك - في نطاق نفوذه ومسؤوليته - لأنه أتاح لطرف ثالث (فرد آخر) أن يحصل على الجهاز المستخدم للاتصال عن بعد. ويتم في هذه الحالة بالتأكيد استعمال وسيلة البث للتدخل في سرية المحادثة.

## ج

بيد أنه لم يتم تحديد الحالات الخطرة الخاصة التي تستلزمها الفقرة 1 من المادة 10 من القانون الأساسي. ولا تكمن القضية التي تهمنا هنا في انتهاك الثقة الموضوعية في وسيلة الاتصال السلكي واللاسلكي الآمنة لبث معلومة، وإنما يهمننا بالأحرى الاحتمال على الثقة المتأصلة في شخص المحاور.

## د

أقر المدعون في هذه الحالة (في المحاكمات الأصلية) أمام الأشخاص الذين تم استدعاؤهم لتقديم تصريحاتهم بصفتهم شهودا، أنهم قد تنصتوا على المحادثات باستعمال أجهزة كانت قريبة من الجهة البعيدة للهاتف، وكان تشغيلها في نطاق نفوذهم ومسؤوليتهم. ولئن كان هذا السلوك قد زعزع الثقة الموضوعية فيهم (في سياق وجوب حماية محتوى الاتصال إزاء الآخرين)، فإنه لم ينتهك مجال حماية الفقرة 1 من المادة 10 من القانون الأساسي.

## ثانيا

انتهكت المحاكم، الحق المضمون دستوريا في الكلمة المنطوقة كجزء لا يتجزأ من الحق العام في الشخصية، عن طريق استجواب الشهود وتقييم واستعمال تصريحاتهم.

أ) تم الاعتراف في الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية بأن القانون الأساسي يحمي - إلى جانب الحق في حرية المظهر - الحق في الكلمة المنطوقة (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 238/34 [246] والتي تليها). [154] 148/54. ويتم في هذا الصدد ضمان التحديد الذاتي للطريقة التي يقدم بها الأشخاص أنفسهم أمام الآخرين (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 148/54 [155]). وتشمل هذه الحماية إمكانية التعامل - في عملية الاتصال - بشكل ملائم مع الظروف (باعتقاد التقييم الذاتي كمرجع) والتأقلم مع الأشخاص الحاضرين.

ويندرج أيضا ضمن الحق الأساسي حق الشخص في تحديد محتوى الاتصال الذي لا يمكن أن يكون إلا في متناول الحاور، أو مجموعة من الأشخاص، أو الجمهور بشكل عام (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 148/54 [155]) إشارة إلى الأحكام المدنية للمحكمة العليا الفيدرالية 284/27 [286]، أنظر أيضا أحكام محاكم العمل الفيدرالية 37/41 [42]، وأيضا - وفقا للقرار المذكور - المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1991، ص. 1180). ويشمل الحق في التحديد الذاتي إذن اختيار الأشخاص الذين يمكن لهم الاطلاع على محتوى المحادثة.

يجد الحق في التحديد الذاتي نمودجا للتعبير عن قدرة الشخص على اتخاذ القرار وحده حول مدى إمكانية تخزين صوته في جهاز تسجيل ليكون في متناول الآخرين. ويتم بهذه الطريقة فصل الصوت والكلمة المنطوقة عن الأشخاص الذين شاركوا في الاتصال، ويتخذان شكلا مستقلا يكون في متناول الآخرين (الأسس المنصوص عليها في أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 238/34 [246]، أحكام المحكمة الفيدرالية بشأن المسائل المدنية 284/24).

وينبغي مع ذلك أن يتم حماية الاتصال بين بني البشر من خلال القانون الأساسي - أو ربما عبارة غير مترنزة أو تلقائية أو موقف عابر تم اتخاذه في اتصال في طور الإنجاز أو صياغة لا يمكن فهمها بشكل كامل إلا ضمن حالة محددة - لتفادي الكلمات التي تم إخراجها من سياقها، أو يمكن استعمالها في مناسبة مختلفة - استنادا إلى محتواها أو شكل التعبير عنها أو اللهجة التي تم النطق بها - ضد المصدر. ويحمي بالتالي القانون الأساسي الفرد من تسجيل محادثاته سرا، أو استخدامها بدون ترخيص، أو الإعلان عنها من طرفه ضد إرادته [...]

ولا يحمي القانون الأساسي الفرد فقط من «مصادرة» كلمته، وإنما يحميه أيضا من كل أشكال الانتهاك لحق التحديد الذاتي الأخرى، مثل: حق تحديد من يجب عليه أن يطلع على محتوى الاتصال. وأيضا الحماية إزاء كون أحد المشاركين في إجراء الاتصال دونما معرفة بالشخص الآخر الذي ورط شخصا ثالثا بصفته مستمعا، أو قد سمح لطرف ثالث بالمشاركة في الاتصال.

وإذا تصرف متحدث لا يمكن أن تسمع أقواله إلا بصعوبة من قبل عدد غير محدود من الأشخاص، فإن سيكون ممكنا أن يعزى إليه شخصيا إمكانية أن يتنصت أشخاص آخرون على الاتصال المذكور.

ولا توجد الحماية التي يمكن أن تمنع مشاركة الأشخاص الآخرين في الاتصال، على سبيل المثال عندما يتجاهل مصدر المعلومات حضور «مستمعين غير مرغوب فيهم»، أو عندما لا يقيس بشكل مناسب حجم صوته. ويمكن حتما أن يكون المتكلم واثقا من عدم التنصت عليه من طرف الآخرين (انظر بخصوص حماية المجال الخاص أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 361/101 [384] والتي تليها).

ب) ينبغي التمييز بين الحق في الكلمة المنطوقة وحماية المجال الخاص التي تمتد جذورها في الحق العام الى الحق في الشخصية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 361/101 [382] والتي تليها) [...]

[...] لا تقتصر حماية الحق في الكلمة المنطوقة على مضامين أو مجالات محددة، وإنما تتعلق بصفة خاصة بالتحديد الذاتي حول إمكانية الوصول الفوري إلى الاتصال، مثلا: اتخاذ القرار بإنجاز تسجيل صوتي أو مشاركة لشخص ثالث في الاتصال. ولا تتوقف أيضا حماية الحق في الكلمة المنطوقة على تبادل المعلومات، كما لا تتوقف على كون المشاركين قد اتفقوا على سرية خاصة للاتصال. وإنما يتعلق الأمر بالإبلاغ عن المضامين ذات الطابع الشخصي أو التعرض لمعلومات - أساسا - حساسة (حميمية) عن الشخصية.

ويصعب عادة أن يتم توقع الاتجاه الذي ستتسلكه المحادثة. ويقتصر هكذا الاتصال في البداية على تناول الشؤون التي لا تتطلب سرية خاصة، ويمكن أن تتحول لاحقا إلى محادثة شخصية، كما يمكن أن تتحول بنفس الطريقة من محادثة شخصية إلى محادثة تتضمن شؤوننا ذات مضامين حساسة. وتكون إمكانية منح محادثة معينة اتجاها مغايرا دون الحاجة إلى فقدان العفوية الخاصة في الاتصال، متضمنة في حق التحديد الذاتي للأشخاص المعنيين بالمحادثة.

ويجب زيادة على ذلك أن يسمح حق التحديد الذاتي للمتكلم أن يستعد لمواجهة الآثار الممكنة للمحادثة. فإذا كان على سبيل المثال واثقا من أن شخصا آخر يتنصت على المحادثة، فسيكون في حالة حدوث خلاف ذي طابع قانوني لاحقا، بوجود وسيلة للإثبات رهن إشارة هذا الشخص (انظر المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1970، ص. 1848)، أنظر أيضا أحكام محاكم العمل الفيدرالية (37/41).

ويمكن للمتحدث - نظرا لأنه بطريقة أخرى لن تكون هناك أية وسيلة للإثبات - أن يقرر حذف أية عبارة يكون مضمونها له صلة من الناحية القانونية. كما يمكنه أن يبذل جهودا للاعتناء بطريقة جيدة لاختيار بعض العبارات التي قد يكون لها في بعض الحالات قيمة إثباتية، أو أن يحاول من جهته أن يحصل على وسيلة إثبات خاصة. وستنتزع إمكانات التكيف من المخاطب المعنى والتصرف بشكل لائق حسب الحالة الخاصة لمراعاة المصلحة التواصلية الخاصة، إذا لم يقرر المتحدث من يمكنه الاطلاع مباشرة على مضامين الاتصال [...]

3. يعتبر جمع واستعمال تصريحات الشهود من طرف المحاكم في المحاكمات الأصلية، انتهاكا في مجال حماية الحق في الكلمة المنطوقة.

أ) قام المدعي في دعوى طعن الحماية 96/1611 (من الآن فصاعدا المدعي 1) وممثل المدعية في دعوى طعن الحماية المتراكمة 98/805 (من الآن فصاعدا المدعي 1) على حد سواء بإعمال حقهما في التحديد الذاتي المرتبط بتوجيه المكالمة ومستقبلها. ولم يكن اتصاليهما موجها لفتة غير محدودة من الأشخاص، وإنما كان بالأحرى يرغبان في التحدث مع الطرف المتعاقد في عقد مكتوب بغية مناقشة الجوانب الجوهرية المتعلقة بالاستجابة للالتزامات العقد. ويتعلق الأمر من طرف المشتكي 1 بإعمال حقوق ناشئة عن إخلال معيب للعقد، أما المشتكي 2 فيتعلق الأمر باتفاقية تعويضية. وقد انتهك المخاطبون حق التحديد الذاتي الممارس من طرف المشتكين عند السماح لأشخاص آخرين بالتنصت على المكالمة.

أ-أ) بخلاف ما تراه محكمة الدولة، لا تتوقف الحاجة إلى حماية عملية الاتصال على أن الحادثثة التي تحتوي على مضمون سري، أو أن الشخص الذي اتصل صرح بأن سرية المكالمة تهمة وحده بشكل خاص (انظر أعلاه ت. ثانيا. 1) [...]

ب-ب) لم يكن لمجال حماية الحق في الكلمة المنطوقة، أن يتعرض لأي انتهاك لو أن المشتكي أعطى موافقته لكي يستمع الشاهد على المكالمة [...]

وأعلنت المحاكم في المحاكمات الأصلية أن الموافقة لم تكن ضرورية في كلتا الحالتين، أو أن هذه الأخيرة يمكن استنتاجها ضمنا من الظروف، ولا يصمد ما سبق أمام التحقيق القانوني والدستوري [...]

ولا يمكن أن تستنتج الموافقة الضمنية للأشخاص المعنيين لسبب وحيد وهو أن القيام بسلوك محدد شائع في الممارسة وأن المشتكي لم يعلن بشكل احترازي اعتراضه على تسجيل المكالمة، [...]

ب) لا تبرر الوضعية فقط ضمنا من نشر أجهزة للتدخل في المكالمات التي يمكن للآخرين أن يقوموا باستعمال هذه الأجهزة للتنصت على المكالمات بصفة عامة. ولهذا تمثل أجهزة التسجيل

الداخلية للهواتف التي تسمح لأشخاص آخرين بمتابعة المكالمات (مكبر صوت، سماعة، أذن ثانية) أن تستخدم لأغراض مختلفة، ولا يكون الخيار التقني إلا للمشاركين في محادثة لتوسيع دائرة المخاطبين.

ويمكن أيضا أن تساعد وظيفة المكبر إلى جانب هذا كله، على أن تبقى يدا الشخص طليقتين أثناء المكالمات، حيث يتمكن من تدوين ملاحظات، أو تصفح وثائق دونما حاجة إلى قطع المكالمات.

أغفلت المحاكم في المحاكمات الأصلية تحديد هذه الأجهزة التي يتم استعمالها عادة للتصنت من طرف ثالث على محادثات الآخرين دون علم أحد المخاطبين، غير أنه في مجالات محددة - على سبيل المثال في مجال الحركة التجارية - إذا كانت ممارسة التصنت سرا على المكالمات متكررة في الممارسة، أو كان الأمر يتعلق بسلوك شائع وواسع، فلن يكون هذا كافيا لاعتبار عدم موافقة المخاطب (لكي يتصنت طرف ثالث على المكالمات).

4. لا يوجد التدخل في الحق العام في الشخصية للمدعين من وجهة النظر القانونية والدستورية.

أ) لا يمكن أن يتم ضمان الحق العام في الشخصية بدون استثناءات. ويكون هذا الحق حسب الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي محدودا من طرف النظام العام الذي تندرج ضمنه قواعد قانونية من قانون المسطرة المدنية المتعلقة باستجواب الشهود (المادة الثالثة والسبعون بعد المائة الثالثة من قانون المسطرة المدنية) وأيضا تلك الأحكام القانونية المتعلقة بتقييم الأدلة من طرف القاضي (خاصة منها المادة 186 من قانون المسطرة المدنية). وتوجد هذه الأحكام القانونية في متناول المحاكم (جمع واستعمال الأدلة في المحاكمات) التي يطالب بها المشتكون.

ويجب أن يستند تحديد تبرير التدخل في الحق الأساسي إلى نتيجة الموازنة بين طرفين: فمن جهة، يكون بالحق في الشخصية العام الذي يعترض على استعمال الأدلة، ويكون من جهة أخرى بالصلحة القانونية المحمية التي تدافع عن استعمال الأدلة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 238/34 [248]، 367/80 [373] والتي تليها)).

وقد منح القانون الأساسي - خاصة منها لمبدأ دولة القانون المتجذر من بين أمور أخرى المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 20 من القانون الأساسي - أهمية خاصة لضرورة اعتماد إدارة فعالة للقضاء. وقد شددت المحكمة الدستورية عدة مرات على الشروط الواجبة لمتابعة الجرائم ومحاربة الجريمة بشكل فعال، واهتم أيضا الجمهور - في المحاكمة الجنائية - بالبحث الكامل قدر الإمكان عن الحقيقة، خاصة منها ما يتعلق بالتحقيق الفعال للجرائم الجسيمة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 238/34 [248] مع مزيد من الإيضاحات، 367/80 [375] والتي تليها)).

ويمثل أيضا في الدعاوى المدنية - حيث الخلاف بين الحقوق والحالات القانونية للأطراف في إطار العلاقات القانونية للقانون الخاص - المحافظة على إدارة العدالة الوظيفية والرغبة في الوصول إلى قرارات عادلة من الناحية الموضوعية، وحماية الشؤون المهمة للمصلحة العامة. ويجب مبدئيا أن يتم البحث عن الحقيقة بأخذ وسائل الإثبات المقترحة من قِبَل الأطراف، إذا كانت الوقائع المؤكدة ذات صلة، فإنه يجب أن تثبت بالوسائل المتاحة. ويقضي بهذا أيضا مبدأ حرية تقييم الأدلة المنصوص عليه في المادة 286 من قانون المسطرة المدنية أن يراعي الحق - يماثل الحق الأساسي - في الاستماع إلى أقواله في المحاكمة وفقا للفقرة 1 من المادة الثالثة بعد المائة من القانون الأساسي.

ب-ب) لا يكفي مجرد الاهتمام العام باعتماد إدارة العدالة الوظيفية في المسائل المدنية والجنائية على حد سواء - في إطار الموازنة - أن يعتبر بأن الاهتمام يجب أن يكون له وزن في جميع الأحوال، وربما ثقل أكبر مما هو مخول للحق العام في الشخصية. ويجب بالأحرى أن تراعى جوانب أخرى ينتج عنها الاهتمام بجمع مستندات الإثبات، الذي ينبغي أن يكون محميا رغم انتهاك الحق في الشخصية. ويمكن أن يكون مثلا على هذا اكتشاف الجرائم الخطيرة في المحاكمة الجنائية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية [238/34] [248] والتي تليها)، [367/80] [380]).

ويمكن أيضا في المحاكمات المدنية أن تحدث حالات، يمكن أن يكتسي فيها الاهتمام بجمع مواد الإثبات أهمية خاصة من أجل الحصول على حق أحد الأطراف، أكثر من مجرد الاهتمام بالمصلحة الثبوتية القائمة.

وتم قبول هذا في الاجتهاد القضائي للمحاكم المختصة، ويكون على سبيل المثال في حالات الشخص الذي يُدلي بأدلة في وضعية دفاع مشروع، أو في وضعيات مماثلة لها (انظر مجموعة الأحكام المدنية للمحكمة الفيدرالية العليا [284/27] [289] والتي تليها)). ويمثل هذا القيام بالتسجيل سرا من أجل الكشف عن هوية صاحب مكالمة مجهولة المصدر، أو من شخص تظاهر بهوية شخص آخر، لكي يستطيع بالتخفي على هذا الشكل، أن ينشر الافتراءات دون التعرض لأية مخاطر (المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1987، ص. 277). مثال آخر تشكله التدابير التي تم اتخاذها لاكتشاف التهديدات والابتزازات (انظر مجموعة الأحكام المدنية للمحكمة الفيدرالية العليا [284/27] [290] والتي تليها)).

يعتبر أيضا في الاجتهاد القضائي بأن تبرير التدخل في الحق العام في الشخصية عندما يرغب مقدم الأدلة - من خلال الحصول على هذه الأخيرة - أن يواجه هجوما إجراميا يهدد وجوده المهني، الذي لم يكن في الغالب بالمقدور رفضه (المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1994، ص. 2289 [2292] والتي تليها) لقرصنة المنتجات). ويبقى غير كاف بالمقابل مجرد الاهتمام بضمان وسيلة للإثبات من أجل أعمال الطلبات ذات الطابع المدني [...]

## الحكم 54

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/65 يتعلق بالإحصاء المصغر

بخصوص مدى دستورية المعطيات الإحصائية الدقيقة (الإحصاء المصغر).

الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 16 يوليوز 1969 يتعلق بطعن الحماية رقم 63/19

## منطوق القرار

تتوافق الفقرة 3 من المادتين 1 و2 من «القانون المتعلق بإحصاءات السكان الناشطين اقتصاديا (الإحصاء المصغر)» الصادر بتاريخ 16 مارس 1957 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، ص. 231) في صيغة قانون 5 دجنبر 1960 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، ص. 873) مع الدستور، في حين أنهما ستحددان إنجاز الإحصاء الذي تم تنظيمه بموجب المادة 1 من القانون، كانت الأسفار الترويحية والأسفار يتم التنصيص عليها بصفة تمثيلية.

ويعيش الشخص المعني بالمحاكمة التي ترتب عنها هذا القرار، في منطقة تم اختيارها على أساس عملية رياضية وإحصائية كما تم استطلاع آراء كافة سكانها بمقتضى القانون المتعلق بالإحصاء المصغر. فرفض نفس الشخص استقبال ممثلين عن مكتب الإحصاء لولاية بافاريا والإجابة عن كافة الأسئلة الستين المدرجة في استمارة بيضاء وفي استمارة تكميلية صفراء.

## .1

أ) لا يمكن أن تمس كرامة الإنسان وفقا للفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، ويجب على كافة سلطات الدولة احترامها وحمايتها.

وتعتبر كرامة الإنسان قيمة عليا في نظام القيم للقانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 32/6 [41]). ويكون إقرار كرامة الإنسان شأنه شأن أحكام القانون الأساسي على الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي. وبالتالي لا يمكن للدولة أن تعتدي بواسطة أي تدبير أو بواسطة قانون على كرامة الإنسان، انطلاقا من القيود المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 أو تنتهك حرية الشخص في مضمونها الأساسي. ويضمن بهذه الطريقة الحق الأساسي للمواطن بشكل فردي مجالاً لا يمكن انتهاكه من أجل تشكيل حياته الخاصة، التي تكون خارج دائرة تدخل السلطة العمومية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 32/6 [41]، 389 [433]).

ب) يُخوّل للإنسان في ضوء هذا التصور الحق في أن يُحترم، وتُعطى له قيمة في المجتمع. لكن لا يمكن أن يعتبر الإنسان مجرد شيء بسيط في الدولة، فهذا أمر يخالف كرامة الإنسان (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 85/5 [204]، 198/7 [205]). كما أنه يتنافى مع كرامة الإنسان إمكانية الدولة في الطعن في تسجيل وتصنيف بشكل قسري شخصية بني الإنسان برمتها، وحتى في دراسة إحصائية مجهولة المصدر، ويمكن أن تكون معاملته بهذه الطريقة كشيء في متناول الجميع لكافة علاقاته.

ويمكن للدولة في بعض الحالات أن تتدخل عن طريق عملية تحقيق - وحتى لو كانت عبارة عن تقييم محايد - ويمكن أن تعرقل حرية تطوير الشخصية بواسطة الضغط النفسي لمشاركة الجمهور.

أ) لا ينتهك كل مسح إحصائي للمعطيات عن الشخصية والحياة، شخصية الإنسان في كرامته، أو يؤثر على حقه في التحديد الذاتي لمجالات الحياة الأكثر خصوصية، أو كموطن يرتبط بالمجتمع (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 7/4 [15]، 198/7 [205]، 198/7 [205]، 119/4 [144])، ويجب على كل شخص أن يقبل بضرورة إجراء إحصاءات عنه، لأن الإحصاء المتعلق بتعداد السكان على سبيل المثال يعتبر كشرط مسبق لتخطيط النفقات العامة.

ب) يمكن بالتالي أن يعتبر استطلاع آراء الشخص لأغراض إحصائية معارضا للكرامة، وتهديدا لحق التحديد الذاتي عندما يشمل مجال الحياة الخاصة للإنسان التي تكون بصفة عامة لها الصبغة السرية، ويحول جوهر الحميمية إلى موضوع متناول يمكن أن يقيم من خلال الإحصاء.

وتوجد أيضا في حالة المجتمع الصناعي الحديث حدود أمام إلغاء الشخصية تقنيا وإداريا. حيث يلزم الإحصاء فقط سلوك الإنسان في العالم الخارجي، ولا يشمل الشخصية الإنسانية في مجال تشكيل حياته الخاصة التي لا يمكن أن تنتهك. ويطبق هذا في كافة الأحوال شريطة أن تفقد هذه المعطيات العلاقة بالشخص عن طريق تقييم لمصدر مجهول. ويكمن الافتراض المسبق لهذا كله في ضمان إخفاء الهوية بشكل كاف [...].

ج) ومن ثم فإن استطلاع الآراء حول الأسفار الترويحية والعتل، لا ينتهك ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 1 والفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي. وحتى لو كان صحيحا أن الاستطلاع المذكور له علاقة بمجال الحياة الخاصة فإنه، على عكس ذلك، لا يلزم الذين تم استطلاع آرائهم بعرض مجالهم الحميمي، ولا يوفر المعطيات للدولة عن العلاقات الفردية التي لا يمكن الحصول عليها في العالم الخارجي، والتي تكون بسبب طبيعتها «ذات طابع سري».



## الحكم 55

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/27 يتعلق بإحصاء السكان

1. يندرج ضمن شروط معالجة المعطيات المعاصرة، الحق العام في الشخصية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2، والمتعلق بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، والذي يحمي الأفراد ضد جمع المعطيات الشخصية وتخزينها واستعمالها ونشرها. ويضمن - في هذا الصدد - القانون الأساسي، مبدئياً، أهلية الأفراد لتحديد المعطيات الشخصية ونشرها واستعمالها.

2. تُقبل حدود هذا الحق في «التحديد الذاتي للمعلومات» على أساس أولوية المصلحة العامة وتتطلب أساساً قانونية ودستورية وفقاً لدولة القانون التي تستلزم توضيحاً قانونياً. ويجب على المشرع من أجل تنظيمه أيضاً أن يراعي مبدأ التناسب. ويكون مُلزماً بالامتثال للأحكام المسطرية والتنظيمية التي تتفادى خطر انتهاك حق الشخصية.

3. يجب في حالة الشروط الدستورية لهذا النوع من التقييد، أن يتم التمييز بين المعطيات المتعلقة بالشخص التي تم جمعها وتحليلها بشكل انفرادي ومكشوف، وبين التي تكون موجهة لأغراض إحصائية. ولا يشترط أن يكون جمع المعطيات لأغراض إحصائية بشكل صارم ومحدد، ومرتبطة بهدف معين. ويجب لجمع المعلومة وتجهيزها ومقارنتها داخل نظام المعطيات أن تكون عليها قيود خاصة بها.

4. لا يترتب عن برنامج جمع المعطيات المنصوص عليه في الفقرات 1 إلى 7 من المادة 2 والمادة 3 و4 و5 من قانون الإحصاء لعام 1983 المتعلق بالتسجيل والتصنيف تعارض مع الحق العام في الشخصية المتنافية مع كرامة الإنسان، ويخضع أيضاً للقواعد القانونية الأمرة الواضحة والمتناسبة مع القواعد القانونية الدستورية. ولهذا يتطلب الأمر أن يتم ضمان الحق في التحديد الذاتي للمعلومة من أجل تطوير وتنظيم جمع المعطيات عن الأحكام التكميلية باتساق مع الدستور.

5. تتنافى قواعد الاستطلاع التي تم تكريسها في الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحصاء لعام 1983 (والتي تندرج ضمنها سجلات المقيمين) مع الحق العام في الشخصية. ويتوافق البث مع الأغراض العلمية (الفقرة الرابعة من المادة التاسعة من قانون الإحصاء لعام 1983) مع القانون الأساسي.

الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 15 دجنبر 1938 دعوى طعن الحماية 209، 269،

## صيغة القرار

1. تتوافق الفقرات من 1 إلى 7 من المادة 2 والمادة 3 و4 و5 من «القانون المتعلق بإحصاء السكان والمهنة والسكن وأماكن العمل (قانون الإحصاء لعام 1983) الصادر يوم 25 مارس 1982 (المجلة التشريعية، العدد الأول، ص. 369) مع القانون الأساسي، غير أنه يجب على المشرع أن يقوم وفقا لأسس هذا القرار بوضع أحكام قانونية تنص على إدراج التدابير المتعلقة بتنظيم وإجراء الإحصاء.
2. تتنافى الفقرات 1 و2 و3 من المادة 9 من قانون الإحصاء لعام 1983 مع الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي وتعتبر بالتالي ملغية.
3. ينتهك قانون الإحصاء لعام 1983 حقوق الطاعنين المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي في النطاق المحدد في الفقرتين 1، ويرفض طعن الحماية فيما عدا ذلك.
4. يجب على جمهورية ألمانيا الفيدرالية أن تعوض الطاعنين عن المصاريف اللازمة.

## أسس القرار

أ

توجه طعون الحماية مباشرة ضد القانون المتعلق بإحصاء السكان والمهنة والسكن وأماكن العمل (قانون الإحصاء لعام 1983) الصادر يوم 25 مارس 1982 (المجلة التشريعية، العدد الأول، ص. 369)، قانون الإحصاء لعام 1983.

## ثانيا

يأتي كمييار للفحص، في المقام الأول بأنه يحمى الحق العام في الشخصية وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

1.أ) تأخذ قيمة وكرامة الشخص التي تحدد ذاتيا بحرية كعضو في المجتمع الحر مكانة مركزية في النظام الدستوري. وتساعد حمايتها - إلى جانب ضمانات الحريات الأساسية - على ضمان الحق العام في الشخصية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2، والمرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي التي تكتسب أهمية كبيرة بسبب التطورات المعاصرة، والمخاطر التي تتعرض لها شخصية الإنسان (انظر أحكام المحكمة الدستورية 148/54 [153]).

ويكون إلى حد الآن التحديد الذي تم القيام به في الاجتهاد القضائي لمضمون الحق في الشخصية بشكل غير كامل. ويفهم من هذا أيضا - كما تمت الإشارة إليه صراحة في أحكام المحكمة الدستورية 54، 148 والتي تليها، سجلات الطلاق 373/32 [379] السجلات الطبية، 202/35 [220] ليباش 334/44 [372] والتي تليها] مكاتب استشارية للمدمنين على المخدرات) - وتكون أهلية الأفراد المستمدة من مفهوم التحديد الذاتي، بشكل أساسي في حق اتخاذ القرار الشخصي، متى وإلى أي حد يمكن نشر شؤون الحياة الشخصية (انظر أحكام المحكمة الدستورية 37/56 [41] والتي تليها) - تجريم الذات -، 131/63 [142] - إعلان مضاد -).

تتطلب هذه الصلاحية اتخاذ إجراءات خاصة للحماية، بسبب الظروف الآنية والمستقبلية للتجهيز الآلي للمعطيات، وتتعرض بذلك للخطر بشكل خاص في عملية اتخاذ القرار الذي لا يتم باللجوء إلى ماضي السجلات والملفات المنجزة يدويا، بل يمكن أن يتم الاستعانة بالتجهيز الآلي والاطلاع على المعطيات الفردية حول العلاقات الشخصية والمادية لشخص معين، أو قابل للتعين (المعطيات المرتبطة بالشخص المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية المعطيات الفيدرالية التي تم حفظها بشكل غير محدود من وجهة النظر التقنية والتي يمكن مراجعتها في ثوان دون مراعاة المسافات).

يمكن زيادة على ذلك - وخاصة منها هيكلية نظم المعلومات ودمجها مع المعطيات الأخرى - أن تولد صورة كاملة إلى حد ما عن الشخصية من غير أن يتمكن المعني بالأمر من مراقبة دقتها واستعمالاتها بشكل كاف. ويتم بهذا توسيع نطاق إمكانيات التحقيق والتدخل في حياة الأفراد بشكل غير معروف إلى حد الآن. ويمكن على هذا النحو أن يؤثر الضغط النفسي الذي يمارسه التحقيق العام بشكل حاسم على سلوك الأفراد.

ويفترض التحديد الذاتي مسبقا - في ظل ظروف التقنيات الجديدة لتجهيز المعلومات - أن تُعطى الحرية للأفراد لكي يقرروا ما هي الأنشطة التي يجب القيام بها، والتي ينبغي التخلي عنها، بما فيها إمكانية التعامل بشكل فعال وفق هذا القرار. ومن لا يستطيع بما يكفي من اليقين أن يقدر ما هي المعطيات الخاصة به المعروفة في نطاق محيطه الاجتماعي، ومن لا يستطيع بأي وجه كان أن تقيم المعرفة المسبقة التي تكون لدى المخاطبين المحتملين عن الشخص، ويمكن أن تنقيد حريتهم أساسا فيما يخص التخطيط أو اتخاذ القرار على أساس التحديد الذاتي الخاص بهم.

لا يتوافق النظام الاجتماعي والنظام القانوني اللذان لا يمكن في إطارهما للمواطنين أن يعرفوا من ومتى وفي ظل أية ظروف يعلمون، وماذا عنهم مع التحديد الذاتي للمعلومات. ويمكن لمن يظن أن السلوك الغريب يسجل في أية لحظة، وحفظه ك معلومة أو استعماله وإعادة بثه سيؤثر على الانتباه بارتكابه لسلوك من هذا القبيل.

وسيتم تسجيل من يعتقد على سبيل المثال المشاركة في جمعية عامة، أو مبادرة وطنية من طرف السلطات، وأن هذا سيشكل خطرا ويؤدي إلى تخلي الشخص على الأرجح عن ممارسة حقوقه الأساسية المنصوص عليها في المادتين 8 و9 من القانون الأساسي. ولن يكون هذا فقط على حساب إمكانية التطوير الفردي للأفراد، بل أيضا للمجتمع، لأن التحديد الذاتي يعتبر شرطا وظيفيا أساسيا للأمة الديمقراطية الحرة التي تقوم على قدرة مواطنيها على التعاون والتصرف.

ويستخلص من هذا كله ما يلي: تفترض تطوير الشخصية مسبقا في الظروف الحديثة أن تعالج المعطيات من طرف الدولة، وتعمل على حماية الأفراد في جمع معطياتهم الشخصية وتخزينها واستعمالها وإعادة نشرها. وتكون هذه الحماية وفقا لما تقتضيهما الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويضمن على هذا النحو الحق الأساسي للفرد، من أجل تحديد نشر معطياته الشخصية واستعمالها.

ب) لا يكون هذا الحق في «التحديد الذاتي» للمعطيات غير مضمون بشكل غير محدود. ولا يملك الفرد حقا وفقا لما هو منصوص عليه في السيطرة غير المحدودة والمطلقة على «معطياته»، ويكون الفرد أولا وقبل كل شيء هو الشخصية التي تتطور داخل مجتمع، وتحتاج إلى التواصل. وتمثل المعطيات أيضا بقدر ارتباطها بالشخص، صورة طبق الأصل عن الواقع الاجتماعي، ولا يمكن أن تعزى فقط وحصرها إلى الأشخاص المعنيين.

كما تم التأكيد على ذلك مرارا في الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية بأن القانون الأساسي فصل في النزاع القائم بين الفرد والمجتمع، وأبرز الإطار المرجعي وصلته الشخص بالمجتمع (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 7/4 [15]، 274/8 [329]، 1/27 [7]، 341/27 [355] والتي تليها، 303/33 [334]، 290/50 [353]، 37/56 [49]). ويجب أن يقبل الفرد ببعض القيود على حقه في التحديد الذاتي للمعطيات أساسا من أجل المصلحة العامة السائدة.

تتطلب هذه القيود وفقا للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي - كما تم الاعتراف بذلك عن الحق في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الفيدرالي للإحصاء - دعامة قانونية (دستورية)، تتحدد على أساسها افتراضات القيود ومداهها بوضوح، ويعترف بها المواطنون، وتستجيب زيادة على ذلك للوضوح المعياري الملزم لمبدأ دولة القانون (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 400/45 [420] مع مزيد من المراجع).

ويجب من أجل تنظيمه أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار مبدأ التناسب. وهو المبدأ الذي يتمتع بمكانة دستورية تُستمد مباشرة من جوهر الحقوق الأساسية نفسها، شأنها شأن التعبير عن حق المواطن العام في الحرية إزاء الدولة الذي يمكن أن يكون مقيدا من طرف السلطة العمومية،

بالقدر الذي يكون ضروريا لحماية المصلحة العامة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 342/19 [348] الأحكام القضائية المتكررة).

ويجب أيضا على المشرع نظرا للمخاطر التي ينطوي عليها التشغيل التلقائي للمعطيات، الآن أكثر من أي وقت مضى، أن يقرر أحكاما قانونية بشأن التنظيم والإجراءات التي تحول دون وقوع خطر انتهاك حقوق الشخصية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 30/53 [65]، 131/63 [141]).

2. لا تؤدي طعون الحماية إلى النظر بشكل شمولي في حق التحديد الذاتي للمعطيات في الحالة الراهنة، ولا يجب أن يقرر أمام التدخلات إلا في نطاق هذا الحق التي من خلالها تفرض الدولة على المواطنين أن يُدلو بمعلومات حول المعطيات المتعلقة بشخصهم. ولا يكفي لهذا الغرض أن يتم الامتثال فقط لنوع المعطيات المطلوبة، ولكن تكون فائدتها وإمكانية استعمالها هي الأهم.

ويتوقف هذا، من جهة، على الهدف الذي يرومه التحقيق، ومن جهة أخرى، عن المعالجة الخاصة وربط تكنولوجيا المعلومات. ورغم ظهور المعطيات التي على هذا النحو بأنها تافهة، لكن يمكن أن تكون ذات قيمة. والحال أنه في ظل ظروف المسطرة الآلية للمعطيات تختفي المعطيات «التافهة».

ولا تتوقف حساسية المعطيات فقط على تناولها شؤوننا حميمة حتى تحدد مفهوم المعطيات أمام الحق في الشخصية الذي يستدعي معرفة السياق الذي سيتم استعمالها فيه. ويمكن فقط عندما يكون هناك وضوح حول الغاية التي من أجلها يتم جمع المعلومات، وحول إمكانيات استعمالها وربطها، أن تتم الإجابة عما إذا كان تقييد الحق في التحديد الذاتي للمعطيات مقبولا.

ويجب أن يميز بهذا الشأن بين التصريحات المرتبطة بالشخص، التي يتم جمعها ومعالجتها بشكل فردي، ومعلومة المصدر (انظر بهذا الخصوص الفقرة الفرعية «أ» أسفله) وبين التصريحات التي يتم تحديدها لأغراض إحصائية (انظر بهذا الخصوص الفقرة الفرعية «ب» أسفله).

أ) تم الاعتراف إلى حد الآن أن جمع المعطيات بطريقة إكراهية حول الأشخاص بشكل غير محدود خاصة غير مناسب، عندما يتعلق الأمر بمعطيات سيتم استعمالها من قِبَل الإدارة (على سبيل المثال من أجل المسائل الضريبية أو من أجل منح إعانات اجتماعية).

وأقر المشرع في هذا الصدد عدة أنواع من التدابير لحماية الأشخاص المعنيين، وهي تدابير تستجيب للمفهوم المقرر في القاعدة الدستورية الآمرة (انظر على سبيل المثال القواعد التنظيمية في القوانين المتعلقة بحماية معطيات الجمهورية والولايات الفيدرالية: الفصلان 31 و30 من قانون الضرائب والفصل 35 من الكتاب الأول من القانون الاجتماعي المرتبطة بالفصول من 67 إلى 86 من الكتاب العاشر من القانون الاجتماعي).

وتكون الإشارة إلى أي حد يفرض الحق في التحديد الذاتي للمعلومة، ولهذا يجب على المشرع ارتباطا بهذا الحق الأخير، أن يتخذ تدابير ذات طابع إجرائي، يراعي فيها مبدأ التناسب - من وجهة النظر الدستورية - ويتوقف تنظيم هذه التدابير على نوع ومدى المعطيات التي تم تجميعها وإمكانية استعمالها، وعلى الخوف من أن يُساء استعمالها (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 89/49 [142]، [30/53] [61]).

ولا يمكن بصفة عامة اعتبار وجود مصلحة عامة سائدة إلا عند الحديث عن معطيات ذات مضمون اجتماعي، ويستثنى منها المعلومات ذات الطبيعة الحميمة، التي تنطوي على الإجراء الذاتي، والتي لا يمكن المطالبة بها. وتكتسي أهمية خاصة على أساس المعرفة والخبرة.

ويجب على المشرع من أجل إجبار شخص على توفير معطيات خاصة أن يحدد بشكل دقيق ومحدد الغرض منها، وأن تكون المعلومات ضرورية ومناسبة لتحقيق الغرض المشار إليه سابقا. ويجب أيضا أن يكون من ثم جمع المعطيات بطريقة غير مجهولة لأغراض محددة أو غير محددة. كما يجب أن تقتصر على أدنى حد من المتطلبات لبلوغ الهدف المنشود.

يقتصر استعمال المعطيات على الأهداف التي يحددها القانون. نظرا للخطر الذي تمثله المسطرة الآلية للمعطيات، ويستدعي الأمر بسبب حماية (إزاء الحيد المحتمل عن الأهداف) نشر أو استعمال المعطيات، وأيضا حماية قيام سلطة بإجبار سلطة أخرى أن تمدّها بمعلومة محددة. ويجب زيادة على ذلك أن يكون تنظيم أحكام قانونية ذات طابع إجرائي واجب الوضوح والإعلام وحذف معلومة من قاعدة المعطيات.

نظرا لقلّة الوضوح الذي يوجد لدى المواطن حول حفظ المعطيات واستعمالها تحت شروط المسطرة الآلية لها، وأيضا حول الحماية القانونية السابقة من خلال التدابير المتخذة في الوقت المناسب، وتكتسي مشاركة الموظف المستقل المكلف بحماية المعلومات من أجل الحماية الفعلية للحق في التحديد الذاتي للمعلومة أهمية كبيرة.

(ب) يكشف جمع ومعالجة المعطيات لأغراض إحصائية عن خصوصيات، لا يمكن أن تظل غير خاضعة للتقييم الدستوري.

أ- (أ) يكون للإحصاءات أهمية كبيرة في [للتخطيط] لسياسة الدولة المُلزمة بالامتثال للمبادئ التوجيهية للقانون الأساسي. إذا لم يتم اعتماد التطور الاقتصادي والاجتماعي كغاية غير قابلة للتغيير، ويفهم على أنه مهمة يجب تطويرها على الدوام، ولهذا تتطلب معلومات متكاملة ومتواصلة وتحديثا مطردا بشأن العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية. ويمكن بمجرد معرفة المعطيات الهامة وإمكانية استعمال المعلومات التي تتوفر عليها لأغراض إحصائية أن

توفر لسياسة الدولة - الموجهة على أساس مبدأ الدولة الاجتماعية - الأسس الضرورية لأداء مهامها (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/27 [9]).

ولا يمكن أن يفرض في حالة جمع المعطيات لأغراض إحصائية ربط معين ومحدد بين المعطيات والأهداف. وتحتل الإحصاءات مكانة جوهرية في المعطيات، إذا تم تحضيرها لاستعمال إحصائي، وقد يتم استعمالها لأهداف متعددة لا يمكن تحديدها مسبقا، وبالتالي لا بد أيضا من تخزينها.

ويصبح أمر التحديد معينا للغاية لجمع المعطيات الشخصية، ولا يمنع جمع المعطيات منعا صارما إلا لأغراض غير إحصائية ولكن ليس الأمر في حالة إحصاء السكان، الشيء الذي ينبغي أن يشكل قاعدة معطيات آمنة للأبحاث الإحصائية اللاحقة، وأيضا لعملية التخطيط السياسي التي توفر معطيات موثوق بها بخصوص عدد السكان وبنيتهم الاجتماعية.

ويجب أن يشمل الإحصاء الجمع والمعالجة لأغراض متعددة، ويشمل أيضا تجميع وتخزين المعطيات إذا أرادت الدولة أن تكون جاهزة لمواجهة تطورات المجتمع الصناعي. ويمنع بث واستعمال المعطيات التي تم جمعها لأغراض إحصائية، وسيكون منافيا أيضا لأهداف الإحصاء.

ب-ب) لا يمكن نظرا لطبيعة الإحصاء في حد ذاته، أن يحدد تعدد إمكانات الاستعمال والدمج بشكل مسبق. يجب أن يعتمد للتعويض عن هذا الوضع، جمع ومعالجة المعلومات داخل منظومة المعلومات على القيود ذات الصلة.

كما ينبغي أن تكون هناك دواع محددة بوضوح للمعالجة، وتضمن أن لا يتحول الفرد إلى مجرد شيء خاضع للمعلومة في ظل ظروف الجمع والمعالجة الآلية للمعطيات المتعلقة بشخصه. وتندعم فيه الصلة بالهدف المحدد والتميز والقابل للتحقيق في أي وقت، ويعزز أيضا الاستعمال المتعدد الوظائف للمعطيات النزاعات التي تميل نحو تنظيم هذا كله وتقييده بواسطة قوانين من أجل حماية المعطيات الشخصية التي تحدد الحق المضمون دستوريا في التحديد الذاتي للمعلومة.

ونظرا لأنه هناك أصلا غياب للحدود المرتبطة بهدف محدد، فإن إحصاءات السكان تنطوي بشكل مُغرض على الخطر الذي تمت الإشارة إليه في الحكم المتعلق بالإحصاء المصغر (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/27 [9]). ويشكل تقييدا ضد الشخصية وتصنيف الأفراد. ويجب بالتالي أن يخضع جمع المعطيات ومعالجتها لشروط خاصة من أجل حماية الحق في الشخصية للمواطنين الذين يخضعون لواجب تقديم المعلومات.

ويجب، دون المساس بالاستعمال المتعدد الوظائف لجمع المعطيات ومعالجتها لأغراض إحصائية، أن يتم الانطلاق من الافتراض الذي يعني أن هذه المعالجة يجب أن تتسم بطابع مدعم لأداء الوظائف العمومية. كما لا يمكن أن يطالب [المواطنون] بتقديم أي نوع من المعلومات، ومنها

جمع المعلومات الفردية التي سيتم استعمالها لأغراض إحصائية. ويجب على المشرع أن يدرس - عند وضع واجب تقديم المعلومات - ما إذا كان بالإمكان تعميم تحديات التصنيف على المعنيين (على سبيل المثال «متعاطي المخدرات» و«شخص ذو أحكام إجرامية» و«مصاب بمرض عقلي»، الخ). وما إذا كان الهدف المتوخى من تقصي الحقيقة، لم يكن بالإمكان تحقيقه عن طريق بحث مجهول المصدر.

ويكون هذا هو الحال على سبيل المثال في حالة استطلاع الرأي الذي تنظمه الفقرة 8 من المادة 2 من قانون الإحصاء لعام 1983 المتعلق بإحصاء السكان والمهنة في ميدان المؤسسات العمومية<sup>6</sup>. ويجب أن يقدم هذا الاستطلاع معلومات حول طبيعة الأشخاص المنتمين للمؤسسة، ولذلك تجب الإشارة إلى ما إذا كان الأمر يتعلق بمقيمين، أو بأشخاص يعملون في المؤسسة أو بأقارب المستخدمين.

ويجب، هكذا، أن تتيح الدراسة معطيات حول الأشخاص الذين يشغلون في المؤسسات أو عائلات الشخص (منشورات البرلمان 9/451 ص. 9). ويمكن أن يتحقق هذا الهدف دونما حاجة إلى تقديم معلومات مكيفة حسب الحاجة (دون أخذ تحديات التصنيف الاجتماعي بعين الاعتبار). ويكفي لهذا السبب أن يجبر مدير المؤسسة عند حلول تاريخ الإحصاء على منح تفصيل عن خصائص عدد المشتغلين، وفقا للفقرة 8 من المادة 2 من قانون الإحصاء لعام 1983 دونما حاجة إلى تقديم معلومات قد تلزم الأشخاص مباشرة بشكل فردي. وبالتالي فتجري الحقائق حول العناصر المنصوص عليها في الفقرة الثامنة من المادة 2 من قانون الإحصاء لعام 1983 التي بموجبها تجمع المعلومات بطريقة شخصية، سيكون من البداية بمثابة انتهاك للحق في الشخصية الذي تمت حمايته في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

ويتطلب من أجل ضمان حق التحديد الذاتي للمعلومات، زيادة على ذلك، وضع أحكام قانونية خاصة لتطوير وتنظيم جمع، ومعالجة المعطيات؛ ذلك أنه في مرحلة جمعها - جزئيا أيضا خلال معالجتها - تكون المعلومات لازالت فردية، وتتطلب أيضا تنظيما من أجل حذف المعطيات اللازمة كدعم (سمات التعريف)، والتي تمكن بسهولة الإفصاح عن الهوية: الاسم والإمضاء ورقم بطاقة التعريف ولائحة القائمين بتقصي الحقائق (انظر أيضا الفقرة السابعة من المادة 11 من قانون الإحصاءات لأغراض اتحادية). وتكمن الأهمية الخاصة للتحريات الإحصائية في وجود قواعد فعالة للحماية ضد التدخلات الخارجية.

6. مستشفيات وسجون ومدارس [ملاحظة المترجم].



ولا يمكن من أجل حماية حق التحديد الذاتي للمعلومات أن يتم الاستغناء - بالتأكيد أيضا عن الاستطلاع - عن الحفاظ بصرامة على سرية المعطيات الفردية التي تم جمعها لأغراض إحصائية، ما دام يُوجد أو يمكن أن تنشأ علاقات مع الأشخاص (السر الإحصائي)، ويطبق نفس الشيء على الأمر بإخفاء الهوية (الحقيقية، أو المفتعلة) في أقرب وقت ممكن، الشيء الذي ينبغي أن يكون مرفقا بتدابير تحول دون الكشف عن الهوية.

ويتم تحقيق هذا الفصل بين الإحصاء والمعطيات الشخصية، كما يتطلب ذلك حق التحديد الذاتي للمعلومة، الذي يجب ضمانه من قِبَل القانون لإخفاء مصدر المعطيات والإبقاء على سريتها. ولا يمنع أجهزة الدولة من الحصول على المعلومات الضرورية لأداء وظائف التخطيط المنوطة بها، والتي تحتفظ مؤقتا بمرجعياتها ذات الطابع الشخصي.

ولا يسمح للمواطنين تبعا لهذه الشروط، أن يدلوا إلا بالمعلومات التي طُلبت منهم بصفة إجبارية. إذا كانت المعطيات تتعلق بالأشخاص، وإذا كان جمعها تم لأغراض إحصائية، يمكن أن يتم بثها لاحقا رغم أنف المعني أو بدون علمه، وسيتم تقييد حق التحديد الذاتي للمعلومات - المضمون من الناحية الدستورية - بشكل غير مقبول وستتعرض [فعالية] الإحصاءات الرسمية المنصوص عليها في الفقرة 11 من المادة 73 من القانون الأساسي نفسه للخطر، وبالتالي فإنها تستحق الحماية.

لكي تكون الإحصاءات الرسمية وظيفية فيكون من الضروري أن يتم جمع المعطيات بأعلى قدر ممكن من الدقة واليقين. ولا يمكن بلوغ هذا الهدف إلا عند إعطاء المواطنين الملزمين بتقديم المعلومات الثقة الضرورية لحماية المعطيات التي تم جمعها لأغراض إحصائية، والتي بدونها لن تتحقق جاهزيتها لتوفير معطيات جديرة بالثقة (في هذا السياق الأساس الصائب الذي تم عرضه من طرف الحكومة الفيدرالية في مشروع قانون الإحصاء لعام 1950، أنظر منشورات البرلمان الألماني، عدد 982، ص. 20 حول المادة العاشرة).

وتؤدي ممارسة الدولة التي تهتم بتشكيل ثقة من هذا القبيل من خلال إشهار تطورات معالجة المعطيات والحماية الصارمة في المستقبل إلى تدني معالجة التعاون، لأنها ستولد انعدام الثقة. بما أن إكراه الدولة لا يكون سليما إلا بشكل محدود، فإن تصرفاتها التي لا تأخذ بعين الاعتبار مصالح المواطنين لا تكون مناسبة إلا على المدى القصير.

وسيُسفر على المدى الطويل عن التقليل من محتوى و يقينية المعلومات (منشورات البرلمان الألماني، عدد 982، نفس المصدر السابق). إذا كان بمقدور مجتمع صناعي بشكل كبير - يتميز بالتعقيد المستمر والمتزايد لمحيطه - ولن يتم الحصول على المعلومات بشكل مناسب إلا بمساعدة الإحصاءات الموثوق بها، والمنجزة بهدف وضع تدابير حكومية، ويكون أحيانا يهدد وثوقية

الإحصاءات الرسمية، ويشكك في دواعي السياسة الاجتماعية للدولة.. فلا يمكن بالتالي أداء وظائف «التخطيط» الموكولة للدولة أن يضمن إلا عن طريق حماية الإحصاءات، ولا يمثل مبدأ السرية وواجب إخفاء هوية مصدر المعطيات في أسرع وقت ممكن إلا ك مطلب من مقتضيات القانون الأساسي من أجل حماية حق الفرد في التحديد الذاتي للمعلومة، وإنما يصبحان أيضا ضروريين للإحصاء نفسه.

ج-ج) إذا كانت المتطلبات التي تم تحليلها مضمونة بشكل فعال، فليس هناك أدنى شك في أن جمع المعطيات ومعالجتها حصريا لأغراض إحصائية مقبول تماما، من المنظور الدستوري استنادا إلى ظروف المعرفة والخبرة الحالية. ليس هناك ما يثبت أن الحق في الشخصية للمواطن يمكن أن يتأثر عندما تتاح المعطيات التي تم جمعها لأجهزة الدولة الأخرى أو لمؤسسات خاصة بعد أن أصبحت مجهولة الهوية أو تمت معالجتها إحصائيا (انظر الفقرتين 5 و6 من المادة 11 من قانون الإحصاءات لأغراض اتحادية). وتولد مشاكل خاصة عن إحالة (إعادة الإحالة) المعطيات التي لم تتحول إلى مجهولة المصدر، ولم تخضع لإجراءات إحصائية وتكون ما زالت تحتفظ بالتالي بالعلاقة مع الأشخاص الذين قاموا بإصدارها.

وتشمل الاستطلاعات لأغراض إحصائية أيضا المعطيات الفردية المتعلقة بمواطنين معينين، التي ليست ضرورية لتحقيق الأغراض الإحصائية، ويُستعان بها ببساطة كدعم لعملية الاستطلاع. وهذا الظرف يوجب على المواطنين الذين شملتهم الدراسة الاستقصائية افتراضه مسبقا.

يمكن افتراضيا أن يتم بث كل هذه المعطيات بفضل الترخيص القانوني الصريح، بالقدر الذي يحدث هذا من إعداد للإحصاءات من قِبَل السلطات الأخرى، وبالقدر الذي يضمن بشكل موثوق الامتثال للأحكام المتعلقة بحماية الحق في الشخصية، خاصة منها الحق في سرية الإحصاءات وأمر تحويل المعطيات إلى معطيات مجهولة المصدر في أقرب وقت ممكن، وأيضا تنظيمها وأجرائها في مكاتب الإحصاء الفيدرالية، ومكاتب الولايات على حد السواء. وعلى العكس من ذلك، فإن نشر المعطيات التي تم جمعها لأغراض إحصائية، أو التي لم تتم معالجتها إحصائيا، أو لم يتم تحويلها إلى معطيات مجهولة المصدر لأغراض إدارية، يمكن أن يتحول إلى تدخل غير لائق في حق التحديد الذاتي للمعلومة [...]

## الحكم 56

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 281/38 يتعلق بنقابات العمال

تتوافق قوانين ولايتي بريمن وسارلاند المتعلقة بإنشاء النقابات العمالية، وهيأت القانون العام التي تفرض على كل العمال أن ينتموا إليها، مع القانون الأساسي.

### الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 18 دجنبر 1974

أحست الطاعنات بأنهن متضررات من الإجبار - المفروض عليهن قانونيا - على الانتماء إلى هيئات القانون العام الذي تكون الحاجة إليه موضع نقاش. وتمت الإجابة على التساؤل حول القانون الأساسي الذي يمكن الاستدلال به لدعم هذا الموقف من طرف المحكمة الدستورية الفيدرالية في أحكامها القضائية المتكررة، وهذا يعني أن القيود الدستورية المفروضة على الانتماء الإجباري إلى جمعية تخضع للقانون العام لا تُستمد من المادة 9 وإنما من الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي.

وأقر الحكم الصادر يوم 29 يوليو 1959 (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 89/10) في هذا الشأن ما يلي :

التساؤل حول القيود الدستورية المفروضة على الانتماء الإجباري إلى جمعية تخضع للقانون العام، لا يمكن أن يجاب عنه من خلال المادة 9، لأن هذا النص لا يضمن إلا حرية إنشاء جمعيات القانون الخاص، أما الدخول أو الاستمرار فيها فتضمنه الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، ولا يمكن أن يكون الانتماء إجباريا، إلا في إطار النظام القانوني الذي يتوافق مع الدستور.

ولا يمكن، من ثم، أن تنشأ المؤسسات العمومية إلا من أجل القيام بوظيفة عمومية مشروعة. ويجب بالتالي على المشرع وحده أن يقرر هذه الوظائف العمومية التي يجب أن تقوم بها أجهزة الدولة مباشرة، والتي يجب أن تقوم بها مؤسسات وهيآت عمومية تنشأ لهذا الغرض، ولا يمكن بالتالي للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تقوم إلا بدراسة ما أقره المشرع في حدود سلطته التقديرية. ولا يجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تفحص ما إذا كان اختيار شكل التنظيم مثلا، مع الأهداف أم كان ضروريا.

وتم سحب الرأي المعتمد في هذا القرار الأول من القرارات اللاحقة (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 354/10 [361] والتي بعدها)، [323] 319/12، [239] 235/15]] كما أنه لقي استحسانا في الفقه القانوني (مانغولد-كلاين، دستور بون، الطبعة الثانية، النقطة الثالثة من الفقرة السادسة [ص. 320] حول المادة التاسعة، ماونز هيرزوك، الدستور، ملاحظة جانبية 41، 44 بخصوص المادة التاسعة، مونش في تعليق من بون، المراجعة الثانية، الملاحظة الثانية والخمسون بشأن المادة التاسعة مع مزيد من المعلومات، فريوف في النشر التذكاري لر. راينهاردت، 1972، ص. 389 والتي تليها خاصة منها الفقرة الثالثة).

يُضمن للفرد في الفقرة 1 من المادة التاسعة من القانون الأساسي حرية - قابلة للتقييد فقط على أساس العدد 2 - تكوين جمعيات من أي نوع مع أشخاص آخرين بمبادرة شخصية، أو البقاء

فيها أو الانسحاب منها. ما عدا إذا قررت الدولة - على أساس المصلحة العامة - إقامة هيأت تخضع للقانون العام، مثل جمعية الأشخاص التي يجب أن تنتمي إليها فئة من المواطنين من أجل الاضطلاع بمهامها بشكل مناسب.

ولا يمكن بالتأكيد للدولة أن تقوم بهذا العمل بشكل غير محدود. ويجب على هذا القانون أن ينتمي إلى «النظام الدستوري» أي يكون متوافقا تماما مع القانون الأساسي من حيث الشكل والجوهر معا (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 32/6 [36] والتي تليها 41). وينتمي إلى هذا أيضا وجوب استيفاء متطلبات مبدأ دولة القانون الذي ينطوي على مبدأ تناسب تدخلات الدولة.

وهذا يعني، في سياق هذا الفحص، أنه يجب على المشرع، نظرا لقرينة الحرية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، وسيادة حرية تكوين الجمعيات النابعة من الفقرة 1 من المادة التاسعة من القانون الأساسي، أن يدرس بعناية ضرورة إنشاء الهيئات التي تخضع للقانون، ولا يحق وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، أن يجبر الفرد على الانتماء إلى هيئات «غير ضرورية» (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 89/10).

## الحكم 57

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 145/90 يتعلق بالقنب الهندي (الحشيش)

1. أ) تسري القيود المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي على التجارة والتعامل في المخدرات، ولا يوجد الحق في «تعاطي المخدرات» الذي يمكنه أن يتحرر من هذه القيود.

1. ب) يجب أن تفحص الأحكام الجنائية للقانون المتعلق بالمخدرات التي تُجرّم الاتجار غير المشروع في منتجات القنب على ضوء الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي - لقضية المنع الجنائي - في حين أن التهديد بالعقوبة (في شكل عقوبة سالبة للحرية) يجب أن يتم تحليلها على ضوء العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

2. أ) لتقييم صلاحية الوسائل المنتقاة ومدى الاحتياج إليها لتحقيق الأهداف المنشودة التي يتطلبها مبدأ التناسب والتقييم والتنوب بوجود التهديدات التي تحدث في هذا السياق على الأفراد أو على المجتمع، ويسند للمشرع هامش لاتخاذ القرار الذي يمكن أن يراجع من طرف المحكمة الدستورية الفيدرالية بشكل محدود.

ب) يجب أثناء التقييم الكامل بين جسامته التدخل، ووزن وعمق الأسس التي تبرره، أن تراعى حدود إجبار المستهدفين من المنع (يمنع الإفراط في التنظيم أو مبدأ التناسب بمعناه الضيق).

ويمكن أن يتم الفحص على أساس هذه المعايير التي تؤدي إلى استنتاج بأن وسيلة - مناسبة في حد ذاتها وضرورية من أجل حماية الحقوق القانونية - لا يمكن تطبيقها لأن الإضرار بالحقوق الأساسية للمعنيين المستمدة منها يكون أكبر من الحقوق القانونية الواجب حمايتها حيث تبدو الوسائل المستعملة من أجل الحماية غير متناسبة.

1. تهدد أحكام القانون الجنائي المتعلقة بالمخدرات بالعقوبة على بعض السلوكيات المرتبطة بشكل خاص بالاستعمال، بين حين وآخر، بكميات صغيرة، لمنتجات القنب من أجل الاستهلاك الشخصي إذا لم ينطو هذا على أي خطر للغير.

لا تتنافى تلك الأحكام مع «منع الإفراط في التنظيم القانوني»؛ ذلك لأن المشرع يرخص في بعض الحالات لبعض الأجهزة المختصة أن تتابع الجرائم بالاستغناء عن فرض عقوبة معينة (انظر الفقرة الخامسة من المادة التاسعة والعشرين من القانون المتعلق بتداول المخدرات) أو عن متابعة جريمة (انظر المادة الثالثة والخمسين بعد المائة من قانون المسطرة الجنائية والمادة الحادية والثلاثين من القانون المتعلق بتداول المخدرات) من أجل القيام بتقييم جسامه الخطأ ودرجة الإدانة في كل حالة محددة، وتكف الأجهزة المختصة بصفة عامة في مثل هذه الحالات عن متابعة الجرائم - على أساس منع الإفراط في التنظيم - المصنفة في المادة 31 من القانون المتعلق بتداول المخدرات.

4. لا يجبر مبدأ المساواة على المنع أو الترخيص لأي نوع من المخدرات التي يمكن أن تضر. ويمكن للمشرع أن ينظم من جهة، تجارة منتجات القنب، وينظم من جهة أخرى الكحول والنيكوتين دون المساس بالدستور.

### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 9 مارس 1994

أ

تتعلق المحاكمات التي تفضي إلى القرار الراهن، والتي بُتت فيها هنا بصفة مشتركة، بالتساؤل حول ما إذا كانت أحكام القانون الجنائي المتعلقة بالمخدرات التي تُجرّم مختلف أشكال الاتجار غير المشروع في منتجات القنب متوافقة مع القانون الأساسي؟ [...]

ب

تتوافق الأحكام ذات الطابع الجنائي المتعلق بالمخدرات التي تخضع دستوريتهما إلى الفحص، باعتبارها هدفا لنص مقبول، مع القانون الأساسي.

لم ينتهك بالتالي تجريم الاتجار غير المشروع في منتجات القنب، خاصة منه الحشيش لا العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، ولا الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي

ولا الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي، ولا أساسا الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي المتعلقة بالعدد 2 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

## أولا

1. يجب أن تفحص الأحكام الجنائية للقانون المتعلق بالمخدرات التي تُجرّم الاتجار غير المشروع في منتجات القنب على ضوء الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي - لقضية المنع الجنائي - في حين أن التهديد بالعقوبة (في شكل عقوبة سالبة للحرية) يجب أن يتم تحليلها على ضوء العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

وتحمي الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي جميع أشكال العمل الإنساني، والنشاط الذي ينطوي عليه تطوير الشخصية (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 137/80 [152]). وبالتالي تقتصر الحماية المطلقة لنشاط السلطة العمومية على مجال تشكيل الحياة الخاصة (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 32/6 [41]، 143/54 [146]، 137/80 [153]). ولا يمكن لذلك أن تشمل تجارة المخدرات، والاستهلاك الخاص بشكل خاص منه استنادا إلى آثارها المتعددة وتفاعلاتها الاجتماعية، ويتم فيما عدا ذلك ضمان الحرية العامة للعمل، باستثناء القيود المنصوص عليها في النصف 2 من العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي التي تفرض احترام النظام الدستوري (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 137/80 [153]).

ويجب في هذا الإطار أن تدرج كافة الأحكام القانونية التي تكون متسقة شكلا وموضوعا مع الدستور (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 6، 32 والتي تليها). ولا تنتهك القيود المفروضة على الحرية العامة للعمل على أساس هذه الأحكام القانونية منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 369/34 [378] والتي تليها)، 144/55 [148].

ولا يوجد بالتالي الحق في «تعاطي المخدرات» الذي يمكن أن يتحرر من هذه القيود. وينتج من الناحية الموضوعية - رهنا بإنشاء الدستور أحكاما خاصة بهذا الشأن - مبدأ التناسب بالمعايير الدستورية الذي يمكن بواسطتها أن تقيد حرية العمل (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 108/75 [154] والتي تليها)، 137/80 [153]). ويضطلع هذا المبدأ بدور هام جدا بخصوص الفحص بعدم دستورية القواعد الجنائية التي تشكل أقوى عقوبة تكون بيد الدولة، والتي تنطوي على إمكانية الإعراب عن رأي أخلاقي واجتماعي سلبي بخصوص تصرف مواطن محدد (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 269/25 [286]، 203/88 [258]).

وينطوي التهديد بالعقوبة السالبة للحرية على إمكانية التدخل في الحق الأساسي لحرية الشخص الذي يحظى بالحماية وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي. وتعتبر حرية الشخص التي يؤكد القانون الأساسي على حرمتها بمثابة حق قانوني ذي مستوى عال، ولا يمكن التدخل فيه على أساس العدد 3 من الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي فيه إلا على أسس خاصة ووازنة.

ولا يمكن أن تقبل هذا التدخلات في الحرية الشخصية بصفة عامة إلا إذا كان الأمر يتطلب حماية الآخرين، أو حماية المصلحة العامة استنادا إلى مبدأ التناسب، (في ظل افتراضات محددة) لتجنب تفادي الشخص المعني إلحاق ضرر شخصي جسيم بنفسه (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 180/22 [219]، 208/58 [224] والتي تليها)، [275/59] [278]، [123/60] [132].

ويجب وفقا لهذا المبدأ، أن يكون القانون الذي يقيد حقا أساسيا، مناسباً وضروريا لتحقيق الهدف المنشود. ولن يكون القانون مناسباً إلا إذا تمكن من أن يحقق النتيجة المرغوبة، ويكون ضروريا أن يتمكن المشرع من اختيار وسيلة أخرى فعالة تنطوي على تقييد أو تحديد أقل للحق الأساسي (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 292/30 [316]، [88/63] [115]، [157/67] [173]، [176]، [123/60] [132]).

وقد أسند للمشرع أساسا مجال اتخاذ القرار الذي يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية وحدها أن تراقبه بشكل محدد، خاصة منها ما يتعلق بمدى ملاءمة وضرورة الوسيلة المختارة لبلوغ الأهداف المنشودة، ومدى قيامه بالتقييم والتنبيه بالمخاطر التي تهدد الأفراد أو المصلحة العامة، ويمكن أيضا للمحكمة استنادا إلى هذه القضية قيد المناقشة وإلى الحق القانوني المعرض للخطر أن تصدر حكما آمنا بما فيه الكفاية (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 170/77 [215]، [203/88] [262]).

يجب زيادة على ذلك، أن يراعى في تبرير القيام بموازنة متكاملة بين جسامته التدخل من جهة أخرى، وبين ثقل الحاجة الملحة للأسباب لوضع الحدود، أو أعمال المنع على المستهدفين (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 292/30 [316]، [157/67] [178]، [70/81] [92]). ولا ينبغي بالتالي أن تتم الإجراءات بشكل مبالغ فيه (يمنع الإفراط في التنظيم أو واجب التناسب وفقا لما هو منصوص عليه. أنظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 396/48 [402]، [1/83] [19]).

ويستفاد من مبدأ استحقاق العقوبة في مجال العقوبات الجنائية - الذي يستند إلى الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي - ومن مبدأ التناسب المستمد من مبدأ سيادة القانون، ومن حقوق الحرية. ويجب أن تكون جسامته الجريمة ومسؤولية الجاني في علاقة تناسبية صحيحة مع العقوبة. لا يمكن أن يكون نوع العقوبة الجنائية أو تدابيرها غير ملائمة للتصرفات التي تخضع للعقوبة.

ويجب أن يكون هناك اتساق موضوعي بين العناصر الواقعية [الافتراض المعياري] والنتيجة القانونية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 100/54 [108]، الأحكام القضائية المنكثرة).

وتسند للمشرع مهمة أساسية لتحديد مجال الأنشطة التي يمكن تجريمها بشكل مُلزم، مع مراعاة ظروف الأفراد الخاصة. لا يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تفحص، وتستنتج بأن قرار المشرع هل هو الحل الأمثل لبلوغ الأهداف المنشودة، أم أن قراره كان أكثر إنصافاً أو عقلانياً، ويجب أن يقتصر ببساطة على مراقبة مدى اتساق المعايير الجنائية من الناحية المادية مع أحكام الدستور، وأن تمتثل للمبادئ الدستورية غير المكتوبة وأيضاً للقرارات الأساسية التي يركز عليها الدستور (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 244/80 [255]، مع مزيد من المراجع).

2.

أ) يهدف المشرع بواسطة القانون المتعلق بالمخدرات الجاري به العمل حالياً، كما عن طريق القوانين السالفة الذكر، إلى حماية صحة الإنسان - صحة الفرد وصحة المجتمع على حد سواء - من المخاطر التي تنطوي عليها المخدرات، وحماية السكان أيضاً، وبصفة خاصة الشباب، من الإدمان على تعاطي المخدرات. وهذا الغرض من الأحكام الجنائية للقانون المتعلق بالمخدرات.

أضف إليه أن المشرع لا يقتصر على تجريم بعض السلوكيات التي تشكل خطراً مباشراً على صحة الفرد، بل تشمل بنية الحياة في المجتمع بغية الحفاظ عليها متحررة من الآثار الضارة لتجارة المخدرات بما فيها ما يسمى «المخدرات الخفيفة» مثل القنب. الذي يسقط الشباب بالخصوص في حبال استهلاك المخدرات، ويتعزز ادمانه على المواد التي تؤثر على العقل ويعرقل ذلك تحصين شخصية الشباب والراشدين [...]

الهدف من القانون المتعلق بالمخدرات هو تحقيق مصالح المجتمع المنصوص عليها في الدستور.

ب) تكون المخاطر التي تهدد الصحة المستمدة وفقاً لتقييم المشرع من استعمال منتجات القنب كبيرة [...]

ج) يناقش حالياً التقييم الأولي الذي تم إنجازه من طرف المشرع حول المخاطر على الصحة، غير أنه لم يتم إثبات تدني خطورة منتجات القنب، كما تم التأكيد على ذلك في الفتاوى السابقة لإقرار القانون [...]

هناك إجماع كامل على أن منتجات القنب لا تؤدي إلى التبعية الجسدية [...]

توجد أيضاً أضرار مباشرة للاستهلاك المعتدل على أنها ضئيلة [...]



وإلى هذا يُعزى العدد الكبير من المستهلكين العرضيين، وأيضاً المنتظمين الذين يقتصرون على استهلاك الحشيش. ومع ذلك، فإن الاستهلاك الدائم، كما تم الإعراب عن ذلك، يفضي إلى اضطرابات في السلوك والخمول واللامبالاة والإحساس باليأس والهروب من الواقع والكآبة [...] ومما لاشك فيه، فإن السكر الحاد الناتج عن استهلاك القنب يضر بالقدرة على القيادة.

3. رغم أن المخاطر الناجمة عن منتجات القنب ضئيلة حالياً، ولهذا قبل المشرع بإصداره للقانون، فما زالت هناك، وفقاً للحالة الراهنة، تهديدات ومخاطر كبيرة، ولا يزال المفهوم العام للقانون حول منتجات القنب سارياً تجاه الدستور. ويُستمد هذا من آراء خبراء وزارة الصحة الفيدرالية والوزارة الجنائية الفيدرالية التي تم طلبها من طرف الغرفة وأيضاً من المؤلفات العلمية التي تم تحليلها من طرف الغرفة، إضافة إلى الملخصات المذكورة.

ويهدف المفهوم المعتمد من طرف المشرع إلى إخضاع التجارة في منتجات القنب برمتها - باستثناء الاستهلاك في حد ذاته - لرقابة شاملة من الدولة نظراً للمخاطر الناجمة عن المخدرات والاتجار فيها على الأفراد والمجتمع معاً. ولتنفيذ الرقابة المذكورة تم تجريم أي استعمال أو اتجار في منتجات القنب. وتكون الأحكام الجنائية للقانون بهذا المحتوى والمتعلقة بالمخدرات مناسبة لاحتواء انتشار المخدرات في المجتمع ويؤدي بالتالي إلى تقليص المخاطر الناجمة عنها. وتكون أيضاً بهذا الأحكام الجنائية مناسبة بشكل عام من أجل تعزيز أهداف القانون.

4. إن تقييم المشرع الذي تم التأكيد عليه ومراجعته مراراً وتكراراً بمناسبة التعديلات المتعددة التي طالت القانون المتعلق بالمخدرات، وإقرار الاتفاق المتعلق بالمواد الكيميائية السليفة المبرم عام 1988 والذي يعني أن المنع الجنائي للاتجار غير المشروع في منتجات القنب، قد يكون أيضاً ضرورياً لتحقيق أهداف القانون، ولا يترتب عن أي تعارض من الناحية الدستورية.

ويمكن على أساس الحالة الراهنة للمعرفة العلمية، وكما يستفاد من المصادر المذكورة سابقاً (الفقرة الثالثة)، أن يقبل رأي المشرع الذي يعني أنه، من أجل تحقيق أهداف القانون، لا توجد أية وسيلة أخرى أكثر فعالية وأكثر تساهلاً من العقوبة الجنائية. ولا يمكن على العكس من ذلك، أن يتم الاحتجاج بأن المنع الموجود للقنب القائم لم يحقق تماماً أهداف القانون، وأن تحرير القنب لكونه إجراء أقل صرامة يمكن أن يحقق هذه الغاية.

تهدف المناقشات السياسية الجنائية حول الطريقة المثلى لتقليص استهلاك القنب، بالتركيز إما على الآثار الوقائية للعقوبة الجنائية، أو على تحرير القنب واجتثاث المخدرات من السوق المتوخى من هذه التدابير.

ليست هناك معلومات دقيقة تستند إلى أساس علمي تؤكد تأييدها للتيار المعارض أو التيار الآخر المؤيد. وتتجه الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها جمهورية ألمانيا الفيدرالية أكثر فأكثر نحو استعمال العقوبات الجنائية في مكافحة استهلاك المخدرات والاتجار غير المشروع فيها.

إذا يمكن في إطار تطور القانون الدولي أن يتم اجتثاث المخدرات من السوق في السياق الوطني، ومن خلال تحرير منتجات القنب، أو أن ذلك سيؤدي بالأحرى إلى أن تتحول جمهورية ألمانيا الفيدرالية إلى مركز جديد للتجارة الدولية في المخدرات، وستظل هذه المسألة على الأقل مفتوحة.

ويُعرف أيضا إذا كان بالإمكان عن طريق حذف «دوافع المنع» أو بواسطة تدابير توضيحية حول مخاطر استهلاك القنب، أو التقليل من استعمال القنب. أن يكون المشرع، استنادا إلى هذه الاعتبارات، قد استدل بأن المنع العام للقنب وتجريمه سيؤدي إلى امتناع المستهلكين المحتملين بشكل أكبر من خلال إقرار العقوبة، ويكون بالتالي مناسبا أكثر لحماية الحقوق القانونية، ويمكن لهذا القرار أن يكون مقبولا من المنظور الدستوري. ويملك المشرع في هذا السياق صلاحية التقييم واتخاذ القرار في اختيار التدابير المحتملة أيها أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف القانون (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 84/77 [106]).

ويمكن بالتأكيد أن يتصور، حسب الافتراضات الخاصة، التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار معارف علم الإجرام في إطار الرقابة على دستورية القانون، بالقدر الذي يكون مناسبا لإجبار المشرع على معالجة المسألة، ويجب أن يكون التنظيم بناء على قاعدة دستورية أمر، أو على استبعاد تنظيم معين كحل (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 205/50 [212] والتي تليها). ولا ترقى النتائج المستمدة من مختلف الآراء بخصوص المنع والتجريم التام للاتجار في منتجات القنب إلى درجة اليقين.

5. ينبغي تحديد ما إذا كانت الأحكام الجنائية في قانون المخدرات الجنائية التي تخضع للطعن الدستوري، تبالغ في تنظيم المنع وانتهاك مبدأ التناسب وفقا لما هو منصوص عليه (في هذا الإطار الضيق). ويجب هنا أن يتم التمييز بين المنع الأساسي للاتجار في منتجات القنب، والتهديد بعقوبة جنائية في حالة ما إذا تم انتهاك هذا المنع، ولا ينتهك مفهوم المنع عند المشرع بصفة عامة - دون المساس بالاستثناءات الصارمة - الاتجار في منتجات القنب في حد ذاته منع الإفراط في التنظيم.

ويتم تبرير ذلك عن طريق الأهداف المراد تحقيقها، على سبيل المثال: حماية السكان وخاصة منها الشباب، ضد المخاطر على الصحة الناجمة عن تعاطي المخدرات، وأيضا خطر الإدمان، وخطر محاربة المنظمات الإجرامية التي تهيمن على أسواق المخدرات وآثارها السلبية على المجتمع. ولا تتعارض هذه المصلحة المهمة المشتركة مع المصلحة المهمة أيضا لتحرير الاتجار في المخدرات.

ويطبق هذا أساسا إذا أدرج المشرع عقوبة جنائية من أجل تحقيق تنفيذ المنع. ولا يتعلق الأمر في حالة انتهاك منع الاتجار في المخدرات فقط بعدم الامتثال للأحكام القانونية الإدارية، أو للقانون الإداري النموذجي، وإنما يعرض هذا السلوك مصالح المجتمع الهامة للخطر، وهي المصالح نفسها التي يهدف المشرع إلى حمايتها. ويكون بالتالي قرار المشرع - الذي بموجبه يعتبر أن تلك الخروقات المذكورة تستوجب العقاب - يستند إلى اعتبارات معقولة ومبررة [...] .

ت) لا تنتهك العقوبات الجنائية المنصوص عليها في النقطة 1 من العدد 1 من الفقرة 1 من المادة التاسعة والعشرين من القانون المتعلق بالمخدرات والمرتبطة بالاقتناء غير المشروع لمنتجات المخدرات، وأيضا العقوبة الجنائية المنصوص عليها في النقطة الثالثة من العدد 1 من الفقرة 1 من المادة التاسعة والعشرين من القانون المتعلق بالمخدرات وبامتلاكها، بصفة خاصة المبدأ الدستوري الذي يمنع الإفراط في التنظيم.

ت.1) لا يمثل فقط الاتجار بمنتجات القنب وتوزيعها المجاني - في انتظار إمكانية توزيعها لاحقا - خطرا على الآخرين، وإنما يعرض أيضا الاقتناء والامتلاك غير المشروع الحقوق القانونية الآخرين للخطر، إذا أتاحت إمكانية التوزيع على الآخرين دون أدنى مراقبة. فيحدث خطر هذا التوزيع إذا كان يهدف إلى اقتناء وامتلاك منتجات القنب.

يستوجب الشخص الذي يرتكب سلوكا من هذا القبيل العقوبة وفقا لنية إشباع الاستهلاك الشخصي لمادة القنب. ويضاف إلى هذا أن الطلب على المخدرات يتطور مع الشراء للاستهلاك الشخصي، مما يشكل سوقا للمخدرات غير المشروعة من منظور الطلب. نظرا للتقديرات حول العدد الحالي للمستهلكين الذي يتراوح بين أربعة ملايين وثمانمائة ألف من الأشخاص أغلبهم من المستهلكين العرضيين (انظر الفقرات 2 وت. وت.2).

ولا يمكن لهذا أن يمر دون أدنى اعتبار، من منظور الوقاية العامة، ويكون مبررا أيضا على أساس المنع الدستوري للإفراط في تنظيم تجريم اقتناء وامتلاك منتجات القنب للاستهلاك الشخصي كسلوكيات جديرة بأن تطبق عليها عقوبة جنائية. ويمكن في هذه الحالات أن تكون جسامة التهديد الذي يطال الحق القانوني المستمد من الواقع الفردي، وتكون أيضا مسؤولية الفرد بالطبع ضئيلة.

ويكون هذا صحيحا، خاصة منها إذا تم اقتناء وامتلاك منتجات القنب بكميات قليلة للاستهلاك الشخصي فقط بين حين وآخر. وترقى هذه الحالات إلى درجة مثيلاتها التي تكون فيها التصرفات مستوجبة للعقوبة الكاملة وفقا للقانون المتعلق بالمخدرات [...]

إذا اقتصر اقتناء وامتلاك منتجات القنب بكميات قليلة على الاستهلاك الشخصي العرضي، فلن يكون منع التوزيع على الآخرين بصفة عامة خطيرا بشكل كبير. ولن تكون أيضا هناك مصلحة

عامة كبيرة في إنزال العقوبة. ويمكن أن ينطوي فرض عقوبات جنائية على الذين يرغبون في تجريب منتجات القنب، ويستهلكون كميات قليلة بين حين وآخر، ويكون لها آثار غير متناسبة على المجرمين فرادى، ويكون ذلك أيضا حتى من الناحية الوقائية ضارا، إذ يمكن أن تهمش الإنسان ويدفعه إلى الاحتماء والتحصن بالمخدرات.

ت.2) لا ينتهك المبدأ من خلال منع الإفراط في التنظيم المنصوص عليه دستوريا، إذا أخذ بعين الاعتبار في هذه الحالات التهديد بفرض عقوبات جنائية - على أسس وقائية - على الاقتناء والامتلاك غير المشروع لمنتجات القنب. فإنه يكفي في هذه الحالة الأخير أن يُتيح المشرع الفرصة للأجهزة المختصة في المتابعة الجنائية التي تأخذ بعين الاعتبار جسامة الجرم في الحالات الفردية، ومستوى التورط، والتي يمكن مع ذلك أحيانا أن تستغني عن العقوبة الجنائية ومتابعة الجريمة [...]

ت.3) لا يُظهر قرار المشرع بمراعاة جسامة الجرم، ودرجة العقوبة عند تنظيم العقوبة عن أنواع من السلوك بتقليص واجب الأجهزة الجنائية المتخصصة في متابعة الجريمة أي اعتراض من الناحية الدستورية. ويعتمد المشرع عند تنظيم أنواع من السلوك المستوجبة للعقاب - عندما يتعلق الأمر بحالات خاصة أو التي تكون فيها درجة العقوبة ضئيلة - على نهجين من أجل احترام الاستجابة لمبدأ التناسب (أي يمنع الإفراط في التنظيم).

## ثانيا

لم ينتهك تجريم الاتجار في منتجات القنب العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

تغافلت الحجج التي يُراد بها إثبات انتهاك القاعدة الدستورية في المنشور التشريعي منذ نشأتها مجال حماية الحق الأساسي. ويحمي العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، الأفراد من تدخلات الدولة في حياتهم وسلامتهم البدنية. وتفرض زيادة على ذلك هذه المادة بربطها بالعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي على الدولة أن تعتمد موقفا مشجعا وحاميا لهذه الحقوق القانونية. وهذا يعني قبل كل شيء أنه يجب عليها أن تحميها من التدخلات غير المشروعة التي يمكن أن يرتكبها الآخرون (انظر أحكام المحكمة الدستورية 1/39 [42]، 203/88 [251]، الأحكام القضائية المتكررة).

بما أن الاتجار في منتجات القنب لا يفرض على أي أحد أن يلجأ إلى نوع آخر من المخدرات - الكحول على سبيل المثال - الذي لا يوجد ضمن مجال تطبيق قانون المخدرات إذن ليس هناك أي تدخل للدولة في الحق القانوني المحمي بموجب العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون

الأساسي. ويندرج بالأحرى قرار الاستعمال السيء لمخدرات أخرى - التي يسهل الحصول عليها في السوق - والمتسبب بذلك في الإضرار بصحته، ضمن مجال مسؤولية المستهلك نفسه.

سيحدث اختلال في واجب الحماية المسند إلى الدولة، إذا فُرض على المشرع أن يتخلى عن تجريم الاتجار غير المشروع في منتجات القنب فقط، لأنه يمكن للمخدرات الأخرى التي لم يتم التنصيص عليها في القانون المتعلق بالمخدرات أن تكون مضرّة بالصحة.

### ثالثاً

لا ينتهك إدماج منتجات القنب في الملحق الأول المشار إليه في النقطة 1 من الفقرة 1 من المادة 1 من القانون المتعلق بالمخدرات الذي ينتج عنه بأن الاتجار غير المشروع في هذه المواد، يندرج ضمن الأحكام الجنائية في القانون المذكور، كما لا تنتهك الفقرة 1 من المادة الثالثة من القانون الأساسي نظراً لأن الكحول والنيكوتين يخضعان لتنظيم آخر.

1. يمنع مبدأ المساواة التعامل بشكل غير متساو في المسائل المتساوية أساساً، ويقضي الأمر بالتعامل بشكل غير متساو أساساً في المسائل غير المتساوية حسب خصوصيتها. ومن ثم ميدئياً يختار المشرع المسائل التي تطبق عليها نفس النتائج القانونية، والتي يعتبرها لنفس السبب متساوية قانونياً.

ويجب على المشرع فعلاً أن يقوم باختيار مناسب (انظر أحكام المحكمة الدستورية 313/53 [329]). فلا يمكن أن يثبت ما هو مقبول، أو غير مستدام من الناحية الموضوعية لتطبيق مبدأ المساواة، بشكل مجرد وعام، بل يمكن أن يربطه بخصائص المسألة بالتحديد، ويجب عندئذ أن يتم تنظيمه (انظر أحكام المحكمة الدستورية 122/17 [130]، 108/75 [157]، الأحكام القضائية المتكررة).

ويمكن للمشرع في قضية تجريم المخدرات قيد المناقشة هنا، أن يرد بالإيجاب، دون انتهاك للدستور، على التساؤل عما إذا كانت هناك، بخصوص تنظيم الاتجار في منتجات القنب من جهة، وفي الكحول والنيكوتين من جهة ثانية، أسس وازنة يمكنها أن تبرر النتائج المختلفة على المتورطين؟

2. لا يقضي مبدأ المساواة بقبول أو بمنع كافة المخدرات بشكل متساو، ويكون من المحتمل أن تنطوي على نفس الضرر. وينحو القانون المتعلق بالمخدرات لأسباب أمنية وقانونية منحى مبدأ القائمة الإيجابية المعروف، أي يتم إدماج المواد الأولية في القانون كما يتم إعداد المضامين المنصوص عليها في الملحق وفقاً للقانون المتعلق بالمخدرات.

وينص القانون المتعلق بالمخدرات في الفقرتين 2 و3 من المادة 1 على إجراءات لاستكمال القائمة الإيجابية لاحقا على أساس الأسباب القانونية المشار إليها سابقا أو لإدراج استثناءات المنع العام. غير أن هذا لا يعني أن جسامه الخطر الذي يهدد الصحة هو المعيار الوحيد لإدماجها في القائمة الإيجابية. بالإضافة إلى مختلف الآثار الناتجة عن هذه المواد.

ويمكن للمشرع أن يأخذ بعين الاعتبار، على سبيل المثال، الأشكال الممكنة لاستعمالها (يرجى التفكير في سوء استعمال المواد الكيميائية مثل المواد اللاصقة والصمغ والمحاليل التي «يمكن استنشاقها»)، وتكون أهمية الأشكال المختلفة لاستعمالها في الحياة العامة والاجتماعية، وتكون أيضا الإمكانيات القانونية الواقعية لمكافحة سوء الاستعمال مع استشراف النجاح، وتوجد إمكانية ومتطلبات التعاون الدولي لمراقبة ومكافحة المخدرات والمنظمات الإجرامية التي تتاجر فيها. ويتضح بناء على ما تم عرضه سابقا أن مبدأ المساواة لا يفرض ترك الاتجار في كافة المخدرات على قدم المساواة بدون مراقبة، نظرا لإمكانية قبول المواد المخدرة الأخرى التي قد تعرض الصحة للخطر.

يستنتج، بالقيام بمقارنة بين منتجات القنب والنيكوتين، أن هناك دواعي كافية لاختلاف التعامل بدعوى أن النيكوتين مادة غير مخدرة.

وتوجد أسباب وازنة لاختلاف التعامل بين منتجات القنب والنيكوتين. ويوجد أيضا بالتأكيد اعتراف بأن إساءة استعمال الكحول، ينطوي على مخاطر على الفرد والمجتمع على حد سواء، وتتساوى مع مخاطر منتجات القنب أو أنها أسوأ منها. ويجب في نفس الوقت أن يؤخذ بعين الاعتبار أن الكحول له عدة استعمالات، لا يمكن مقارنتها بمكونات ومنتجات القنب التي تنشأ عنها آثار مخدرة.

ويمكن لبعض المنتجات التي تحتوي على الكحول أن تستعمل كأغذية أو توابل، أو على شكل نبيذ، ويمكن أن تستعمل أيضا في إقامة الشعائر الدينية. ويغلب في جميع الحالات أن يستعمل الكحول الذي لا يؤدي إلى حالة التسمم، وتكون آثاره المسكرة معروفة بشكل واسع، ويمكن تفاديها بصفة عامة من خلال السيطرة الاجتماعية. ويأتي في استهلاك منتجات القنب على العكس من ذلك في المقام الأول وبشكل اعتيادي للحصول على أثر مسكر.

يواجه المشرع، زيادة على ذلك أيضا، حالة يصعب عليه فيها أن يمنع الاستمتاع بالمشروبات الكحولية بسبب عادات استهلاكها المتجذرة في ألمانيا وفي الثقافة الأوروبية. ولا تفرض الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي على المشرع أن يتخلى عن منع القنب لهذا السبب.

## ثالثا : الحق في الحياة والسلامة الجسدية

### المادة الثانية

[...]

لكل شخص الحق في الحياة والسلامة البدنية. لا يمكن انتهاك حرية الشخص كما لا ينبغي أن تقيد هذه الحقوق إلا بموجب قانون.

### الحكم 58

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/39 يتعلق بإسقاط الحمل 1

حكم المحكمة رقم 74/6 الصادر عن الغرفة الأولى في 25 فبراير 1975

الأساس الدستوري للحق في الحياة.

#### المادة 1

1. لا تنتهك كرامة الإنسان، ويجب على كل سلطة عمومية أن تحترمها وتحميها.

#### المادة 2

«لكل شخص الحق في الحياة والسلامة الجسدية. لا تنتهك حرية الشخص. ولا يمكن أن تقيد هذه الحقوق إلا بقانون. من القانون الأساسي الصادر في 23 مايو 1949 (وهو دستور ألمانيا الفيدرالية حاليا).

#### مضامين حكم المحكمة

1. تعتبر الحياة التي تنمو في الرحم «ككائن حي قانوني مستقل»، وتجب له الحماية الدستورية وفقا للعدد 2 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي (الدستور) ولا يجب فقط على الدولة أن تمنع الاعتداء عليه وإنما يجب أن تتخذ موقف الوافي والحامي لها.
2. يجب على الدولة أن تتولى حماية الحياة في النمو في الرحم تجاه الأم أيضا.

3. تكون الحماية لحياة الجنين طوال مدة الحمل ويكون له الأفضلية على حق المرأة الحامل في تقرير مصير الحنين، ولا يمكن أن يمنع إلا لفترة محددة فقط.
4. يرفض الدستور نفسه قانونيا إجهاض الحامل، ويجب أن يعبر المشرع عن هذا بوسائل متعددة ويفرض العقوبات. ويعتبر من الأهمية بمكان أن تكون جميع التدابير المتخذة لحماية حياة الذين لم يولدوا (الأجنة) منسجمة مع روح دستور الجمهورية الألمانية. وبالتالي عندما يتعذر تحقيق الحماية التي ينص عليها الدستور بوسائل أخرى، يجب على المشرع أن يستخدم كافة التدابير في القانون الجنائي لحماية الحياة في النمو في الرحم.
5. لا يمكن أن يطلب من المرأة الاستمرار في الحفاظ على الحمل إذا كان يشكل خطرا على حياة الأم، وأيضا لتفادي خطر حدوث ضرر شديد لصحتها. بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع حر في تقدير أوضاع أخرى غير عادية، وذلك عندما تكون وضعية الأم في حالات مماثلة للحالات السابقة.
6. تعتبر المحكمة بأن إصلاح القانون الجنائي الخامس بتاريخ 18 يونيو 1975 غير دستوري لأنه يتعارض مع الالتزام الدستوري لحماية نمو الحياة في الرحم (الحمل) = (الجنين).

- I -

### ملخص القرار

تعتبر المادة 218 من المدونة الجنائية للمراجعة الخامسة للقانون الجنائي الصادر في 18 يونيو 1974 مخالفة للدستور خاصة منها العدد 1 من الفقرة 2 من المادة العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي، وتعتبر بالتالي باطلة وملغية لسبب عدم تجريمها إيقاف الإجهاض، إذا لم يوجد سبب جوهري ووجيه للقيام به، وذلك انسجاما مع نظام القيم المكرسة في القانون الأساسي.

### الأسس الدستورية للحكم

يعتبر العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي الأساس القانوني لهذا الحكم، وهو قانون يحمي نمو حياة الجنين في الرحم، الذي يشكل «كائنا حيا قانونيا مستقلا».

أ) يعتبر الإدراج الضمني للحق في الحياة (حقا واضحا) في القانون الأساسي، على خلاف ما كان عليه الوضع في دستور فيمار الذي كان في ظله «القضاء على الحياة أمرا لا قيمة له» فاستغلت



النازية هذا الفراغ التشريعي، واستعملت التدابير ذات الطابع الرسمي للتصفية الجسدية والاعتداء على الحق في الحياة، ولهذا نص العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الأولى من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي على إلغاء عقوبة الإعدام والمادة 102 منه على إقرار القيمة الأساسية لحياة الانسان وتحديد مفهوم للدولة، وفي إشارة للنظام السياسي الذي يبرز بأن حياة الأفراد أهمية خاصة وبالتالي يقرر الحق في حياة أو موت المواطنين.

ب) يلاحظ أيضا بأن العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الأولى من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي تبدأ حرفيا بـ «الكل له الحق في الحياة»، ويمكن من هنا أن نؤكد بأن الحق في الحياة جاء في سياق تاريخي للفرد من الجنس البشري ويكون وفقا للمعرفة البيولوجية (علم الحياة) والفيزيولوجية (علم وظائف الأعضاء) الذي يقر بأن الحياة تكون على الأقل في اليوم 14 بعد الخصوبة (البويضة).

ولم يحدد العرض الذي قدمه هينريشسين أمام اللجنة الخاصة بتعديل القانون الجنائي في الاجتماع 74 بشكل دقيق مراحل نمو الحياة البشرية، ونهاية الميلاد مثلا. فمسألة الذمة الخاصة بشخصية الإنسان لا تظهر إلا بعد مضي بعض الوقت عن ميلاد الجنين، ولا يمكن بالتالي أن تقتصر الحماية المضمونة في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي على الإنسان التام الولادة (أي بعد الولادة)، بل تشمل أيضا غير المولودين القابلين للحياة بشكل مستقل.

ويضمن الحق في الحياة للكل أن «يحيا»، ولا يمكن التمييز بين مختلف أطوار نمو الحياة قبل الولادة، ولا بين المولودين أو غير المولودين.

ولهذا يجب أن تفهم عبارة «الكل» في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي أنها تعني «كل حي». أو بعبارة أخرى، كل فرد من الجنس البشري فيه الحياة»، وبالتالي تشمل الجنس البشري الذي لم يولد بعد.

ج) يجب أيضا على الرغم من أن «كل» سواء في اللغة القانونية أو اللغة العادية عادة ما تفهم بأنها تعني الشخص التام، وهو فهم يعتمد على التفسير الحر في البسيط، ويستبعد إدراج الأجنة الذين لم يولدوا من الحماية المنصوص عليها في العدد الأول من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي. ويجب للرد على ذلك بأن يدرج على الأقل في معنى هذه القاعدة القانونية الدستورية نمو الحياة في الرحم في مجال الحماية القانونية للحق في الحياة وضمن حماية وجود الانسان، وستكون ناقصة إذا لم تشمل حياة الذين لم يولدوا، وهذا يعني المرحلة السابقة عن الحياة الكاملة.

وينسجم هذا التفسير الواسع أيضا مع المبدأ المقرر في أحكام المحكمة الذي يركز على أنه «يعتمد في الحالات المشكوك فيها على التفسير القادر على تطوير القواعد القانونية التي تضمن الحقوق الأساسية...»

2. يستمد إجبار الدولة على حماية كل حياة إنسانية مباشرة من العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 1 من القانون الأساسي، كما يستمد ضمنا الحق في حماية الحياة في النمو من العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2، التي ترتبط بحماية كرامة الانسان المضمونة في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، لأنه حيث توجد حياة الإنسان، يجب أن توجد له كرامة تناسبه.

3. ليس ضروريا في هذه المسألة أن يتخذ قرار مخالف للسوابق القضائية، كما هو في الإقرار العلمي لتحديد ما إذا كان الجنين غير المولود يتمتع بالحقوق الأساسية، أو يفتقر إلى الأهلية القانونية لحقه في الحياة، وبالتالي يجب أن يحمى، ولو بالقواعد الدستورية الموضوعية، بناء على ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية.

لأن الأحكام القانونية التي تضمن الحقوق الأساسية لا تحمي فقط الحقوق الشخصية للفرد في مواجهة الدولة، وإنما في نفس الوقت أيضا تمنح بنية لنظام القيم الموضوعية التي تستند إلى روح النص الدستوري، وتجد شرعيتها في كل مجالات الحقوق وتفرض توجهات، وتدفع الأجهزة نحو التشريع الإداري والقضائي. وتحدد بالتالي إجبار الدولة دستوريا بحماية الذين لم يولدوا (الجنين). وهذه البنية يمكن أن تستمد بسهولة من مضمون القانون الموضوعي للقواعد القانونية الضامنة للحقوق الأساسية.

1. تلزم الدولة بالحماية الواسعة للحياة، ولا يطلب منها فقط أن تمتنع عن التدخل المباشر في الحياة في طور النمو في الرحم. وإنما يفرض عليها أن تتخذ موقف الواقي والحامي لهذه الحياة، وهذا يعني أساسا بأنه يجب أن تحميها من الاعتداء عليها من الآخرين، كما يجب أن يكون هذا الالتزام خاضعا في كل الأحوال إلى النظام القانوني الذي يحدد اختصاصاتها وصلاحياتها.

ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار إجبار الدولة على محمل الجد وفقا لطبيعة «الكائن القانوني الحي المحمي» ضمن نظام قيم القانون الأساسي، اعتبارا بأن حياة الانسان تشكل أسمى درجة في القيم ضمن النظام القانوني المقرر لها دستوريا، كما تشكل أساسا حيويا لكرامة الإنسان، التي تعتبر شرطا أوليا لبقية الحقوق الأساسية.

2. تضطلع الدولة إجباريا بحماية نمو الحياة المستمرة في رحم كل أم، ومما لا شك فيه أن الاتحاد الطبيعي الذي يوجد بين حياة من لم يولد بعد وأمه، يشكل علاقة ذات طبيعة خاصة جدا، وليس لها تشابه ضمن باقي العلاقات الحيوية الإنسانية، خاصة أن الحمل ينتمي إلى المجال الحميمي للمرأة، ومع ذلك فإنه يحمى بموجب العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون الأساسي، وإذا كان الجنين طرفا بسيطا من جسم الأم، فإن عملية الإجهاض تحصر في نطاق خاص يحدده المشرع.

خاصة وأن «غير المولود (الحمل) هو إنسان مستقل»، ويوجد تحت الحماية الدستورية، ولهذا يأخذ الإجهاض بعدا اجتماعيا يكون سببا دافعا وحاجة حقيقية لتنظيمه من طرف الدولة. حتى إذا كان من حق المرأة أن تتمتع بحرية تنمية شخصيتها من خلال حرية التصرف بشكل واسع وشامل، فإن مسؤوليتها الشخصية في اتخاذ القرار ضد أن تصبح أما، وما يمكن أن يترتب عليها من الالتزامات تقتضي بالتأكيد إقرار الحماية لها، ومع ذلك فهذا الحق لا يقرر لها بصورة غير مقيدة، لأن حقوق الغير يقيدها النظام الدستوري والأعراف الجيدة. ويمكن أن يكون هذا الحق في أي لحظة عرضة للاعتداء دون أن يكون لذلك سبب وجيه يبرره.

ويكون مستحيلا أن يوجد التوازن بين إقرار حماية حياة الجنين، ومنح المرأة في نفس الوقت حرية إسقاط الحمل، ويعني الإجهاض بالتالي إنهاء حياة من لم يولد بعد (الجنين). ولذلك يجب أن يبنى الترخيص بالنظر إلى كلتا القيمتين اللتين لهما علاقة بكرامة الانسان، وبالتالي تشكل كرامة الانسان نقطة محورية في نظام القيم المكرسة دستوريا، وتعتبر العدد 1 من الفقرة 2 من المادة العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي كمرجع قانوني، وسند لمنح الأفضلية للحق في حماية الجنين على حق المرأة في إقرار مصير الحمل.

ويمكن في بعض الحالات أن يؤثر الحمل والولادة وتعليم الأبناء على حق الأم في تطوير شخصيتها، مع ذلك فإن إجهاض حياة من لم يولد بعد يعد تدميرا للحياة، وبالتالي فإن المبدأ الأكثر توازنا في الاعتدال، يكون عندما تساهم النصوص القانونية المحمية له دستوريا، خاصة منها ما ينص عليه العدد 2 من المادة 19 من القانون الأساسي. ولهذا يجب أن تتمتع الأفضلية لحماية الجنين، وتستمر هذه الحماية بشكل أساسي خلال كافة مراحل الحمل.

3. يلاحظ مما سبق، بأن الأساس الدستوري يفرض وجود نظام قانوني لا يسمح بالإجهاض، ولا يمنح للأم الحق في إقرار مصير الجنين كطريقة وحيدة، بل يجب على الدولة من منطلق واجبها الأساسي أن تحمي الجنين، وتعتبر الإجهاض سلوكا غير قانوني، كما يجب على المشرع أن يكرس صراحة في النظام القانوني عدم الموافقة على الإجهاض.

ولا يمكن للدولة أن تتهرب من مسؤوليتها، وتعلن عن «وجود مجال غير منظم بالقانون»، أو تمتنع عن القيام بالتقييم، أو تترك اتخاذ قرار في الإجهاض إلى تقدير كل فرد على حدة.

## - II -

1. يجب على الدولة أن تفي بواجبها تجاه الحماية الفعالة للحياة في طور النمو في الرحم (الجنين) ويجب على المشرع أن يحدد عاجلا الإجراءات اللازمة للحماية التي يراها ملائمة لضمان حماية الحياة بشكل فعال.

2. يمكن التساؤل إلى أي مدى تكون الدولة ملزمة بالدستور، وتستعين بالقانون الجنائي (باعتباره وسيلة أكثر حرماً على تنظيمه)، من أجل حماية الحماية أثناء الحمل. وللإجابة على هذا، لا يمكن تقسيم السؤال حول ما إذا كانت الدولة ملزمة باتخاذ عقوبات على سلوك معين، بدلاً من إجراء تحليل شامل، بأن تعتبر من جهة، بأن «قيمة الحمل ككائن قانوني محمي»، والضرر الاجتماعي المسبب فيه بواسطة سلوك عدواني مقارنة مع سلوك آخر مماثل ذي قيمة مماثلة (من وجهة نظر أخلاقية واجتماعية) يعاقب عليه جنائياً. ومن جهة أخرى، يجب أن يراعي التنظيم القانوني ما كان مقبولاً تقليدياً في هذا المجال، وأيضاً تطوير دور القانون الجنائي في المجتمع المعاصر، وذلك بتفعيل التطبيق العملي للعقوبات، وأيضاً وضع عقوبات قانونية بديلة.

يستمر التزام الدولة بالاضطلاع بحماية حياة الجنين في طور النمو تجاه الأم. ويشكل الارتباط الطبيعي الوثيق بين حياة الجنين الذي لم يولد بعد، وبين الأم علاقة ذات طابع خاص لا مثيل لها في العلاقات الحيوية الأخرى. ويندرج الحمل بالتأكيد ضمن المجال الخاص للمرأة.

ويحظى بالتالي بالحماية وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. وسيظل إسقاط الحمل ضمن المجال الخاص لاتخاذ القرار الذي يفتقر فيه المشرع إلى صلاحيات للتدخل، حتى لو كان الجنين مجرد جزء من التركيب العضوي للأم، (انظر أحكام المحكمة الدستورية 32/6 [41]، 389/6 [433]، 344/27 [350]، 373/32 [379]).

ويعتبر الجنين، مع ذلك، كائناً إنسانياً قائماً بذاته، ويحظى بحماية الدستور. وسيكون إذن لإسقاط الحمل بعد اجتماعي، ومن ثم فهو لا يقبل التنظيم فقط من قبل الدولة، لأن هناك ضرورة حقيقية تستدعي ذلك.

ويشمل حق المرأة في تكوين شخصيتها - حرية العمل وفقاً لما هو منصوص عليه في مفهومها الواسع ومسؤولية المرأة الخاصة في اتخاذ القرار ضد الأمومة وتبعاتها - ويمكن بالتأكيد أن يتطلب إقراراً وحماية. غير أن هذا الحق لا يُخول بدون قيود؛ لأن هذا تقيده حقوق الآخرين والنظام الدستوري والآداب العامة.

ولا يمكن أبداً منذ البداية أن يشمل هذا الحق صلاحية التدخل في المجال القانوني للغير دون سبب مناسب يبرر ذلك، ناهيك عن تدمير هذه الحياة، ولا حتى عندما يكون ذلك تبعاً لطبيعة الأشياء في حد ذاتها، وتكون هناك مسؤولية خاصة مرتبطة بهذه الحياة.

يستحيل أن يوجد توازن يحمي حياة الجنين، وفي نفس الوقت يخول للمرأة الحامل الحق في إسقاط الحمل ذلك لأن إسقاط الحمل يمثل دائماً تدمير حياة الجنين الذي لم يولد بعد. وبالتالي في

الموازنة التي ينبغي القيام بها يجب «أخذ كلتا القيمتين بعين الاعتبار في علاقتهما بكرامة الإنسان التي تمثل محور منظومة قيم الدستور» (انظر أحكام المحكمة الدستورية 202/35 [225]).

وبأخذ الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي كمرجع، يجب أن يعطي القرار الأولوية لحق الجنين في الحياة إزاء حق المرأة الحامل في تقرير مصيرها. وفي الحقيقة يمكن أن تتضرر بعض إمكانيات تطوير الشخصية بسبب الحمل والولادة وتربية الأطفال. بالمقابل، فحياة الجنين الذي لم يولد بعد، يتم تدميرها بواسطة إنهاء الحمل. ويكون مبدأ تحقيق التوازن أكثر اعتدالا عندما تتوافق المواقف المحمية دستوريا، وبأخذ المبدأ المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة التاسعة عشرة من القانون الأساسي 5 يجب أن تعطى الأولوية لحماية الجنين. هذه الأفضلية تدوم خلال فترة الحمل بأكملها ولا يمكن الطعن فيها أثناء فترة محددة.

وكان للقانون الجنائي دائما وظيفة حماية القيم الأساسية للحياة، وحياة كل فرد وكل إنسان، ويعتبر الحياة من أهم المصلحة القانونية الجديرة بالعناية، كما تم توضيحه سابقا، بينما الإجهاض يدمر حياة الانسان المقدسة، ويؤدي إلى قتل الآخر، والدليل الأكثر وضوحا على سلبية هذا السلوك هو التنصيص عليه في الباب المتعلق بالجرائم والجنح المرتكبة ضد الحياة.

وإدراجه في القانون الخامس المقدم لتعديل القانون الجنائي، وفي القانون الجنائي الجاري به العمل أشار إليه بكونه «يسبب في قتل محصول الحمل».

والتعبير المألوف اليوم هو الإجهاض، ولا يمكن أن يحجب هذا الوضع عن أي تنظيم قانوني، ولا أن يتجاهل واقع من يقوم به، ولا أن يقبل الاعتداء على حياة الإنسان غير القابلة للتصرف، والمضمون حمايتها في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي. وبالتالي، فإن استعمال القانون الجنائي للمعاقبة على أعمال الإجهاض هو بالتأكيد أمر شرعي. ويترتب مما سبق أيضا بأن السلوك الإجهاضي في كل زمان يجب أن يصنف صراحة من المنظور القانوني أنه ظلم غير مبرر.

وفي آخر التماس عندما تكون الحياة التي يأمر الدستور بحمايتها، ولا يمكن أن تتحقق هذه الحماية بوسيلة أخرى، سيكون واجبا على المشرع أن يضع أحكاما قانونية واضحة في القانون الجنائي تهدف إلى حماية حياة الجنين في طور النمو في الرحم، وتكون أحكاما تراعي مبدأ التناسب (المكون الأساسي لدولة القانون) السائد في كل فروع القانون العام، بما في ذلك القانون الدستوري.

ويجب على المشرع أن يستعمل هذه الوسيلة كطريقة وحيدة لحماية هذا الحق بحذر واعتدال، عندما لا تكون هناك وسيلة أخرى لتحقيق الحماية الفعالة للحق في الحياة. ويكون ذلك ضروريا نظرا لأهمية «الكائن الحي القانوني المحمي». وهذا لا يعني أن الدولة ملزمة مطلقا أن تقوم

بالعقوبة، وإنما تلجأ إليها عندما لا تكفي الوسائل الأخرى، ومن هنا فإن إجبار الدولة باللجوء إلى العقوبة إجبار «نسبي».

وقد وضعت قاعدة قانونية أساسية لمواجهة هذا الأمر تمنح الحرية في كل الأحوال، ويترتب عنها التزام على الدولة للمعاقبة على سلوك معين، ويفتقر هذا التناقض إلى الشرعية عندما تكون الدولة ملزمة بواسطة قواعد أخلاقية أساسية للحماية الفعالة «للكائن الحي القانوني» له أهمية خاصة لمواجهة طرف ثالث، فإن التدابير التي تتخذها الدولة لحماية هذا الحق غير القابل للانتهاك، تسمح لها (للدولة) أن تنتهك حقوق أساسية لأطراف أخرى.

3. يمكن أن يشكل الحق في حياة من لم يولد عبئاً على المرأة، ومن هنا يمكن أن نطرح سؤالاً معيناً عما إذا كانت الدولة تعمل مثلاً في هذه الحالات على استعمال القانون الجنائي، وتجبر المرأة على الاحتفاظ بالحمل إلى نهاية وضعه، وحق المرأة - في احترام لهذا الكائن الحي القانوني - يتوقف على القيم الحيوية في الدرجة التي لا يمكن دعمها وتتواجه مع الآخر، ولا يسمح في هذه الحالة من التنازع بصفة عامة بالتقييم الأخلاقي الأحادي.

ويمكن أن يتوصل إلى الإجهاض في مرتبة من القرار بالضمير، ويجب على المشرع أن يراعي التحفظ الخاص، ويعتبر في مثل هذه الحالة بأن تصرف المرأة لا يستحق العقوبة، ويصرف النظر عن وسائل العقوبة الجنائية، ويكون ذلك في كل الأحوال للترجيح الذي يندرج ضمن اختصاصاته، ويكون مقبولاً دستورياً.

د - يسعى الترجيح الإجمالي «للحياة ضد الحياة» أن يرخص بالإتلاف افتراضياً للأصغر لمصلحة الاحتفاظ بحياة الأكبر افتراضياً بشكل غامض. وهذا يتنافى مع الالتزام بتوفير الحماية الفردية لكل حياة خاصة وملموسة.

وقد طور القضاء الدستوري المبدأ انطلاقاً من عدم دستورية نص قانوني، تلحق بنيته وآثاره القانونية ضرراً بمجموعة من الأشخاص.

والواجب أن يضع المشرع توجه القانون في مجموعه لفائدة حماية الحقوق، ويجب أن يبرز هذا بصفة خاصة حول «الكائن الحي القانوني» الشخصي للحياة، ولا يمكن أن يتم التخلي عن حماية كل حياة، وبصفة خاصة يراعي الهدف - إنقاذ حياة الآخرين - من أجل كل حياة إنسانية أيضاً، الحياة التي توجد بمشقة في النمو في الرحم - التي لها نفس القيمة، ولا يمكن بالتالي أن تضع تحت أي ظرف من الظروف تقويماً متميزاً، وأخرى أن تخضع إلى ترجيح من وجهة نظر حسابي.

لذلك قيل بأنه لا يمكن «لحساب الإجمالي» أن يكون مقبولاً، وحتى عندما يكون مقبولاً فإنه ينقصه الأساس الحقيقي، ولا توجد معطيات كافية لإثبات ذلك، ومع دخول النص الجديد حيز

التطبيق، فإن حالات الإجهاض في علاقتها مع القانون الجاري به العمل، حسب رئيس السلطة التنفيذية، تقوم على أساس اعتبارات واسعة وتفصيلية توصل إلى استنتاج بأن يوجد في الجمهورية الفيدرالية إجهاض بزيادة 40% من العدد الإجمالي للإجهاض سواء منه القانوني أو غير القانوني.

وفي هذا الصدد، ونظرا للأهمية الكبرى «للكائن الحي القانوني» لا يمكن أن يقرر فيه التجارب.

### ثالثا

1. يجب بهذه الطريقة على الدولة أن تفي بواجبها بحماية حياة الجنين بشكل فعال. وهي مسألة يجب على المشرع أن يحددها في أول خط، بتحديد التدابير الوقائية المناسبة والفعالة في نظره من أجل حماية الحق في الحياة بفعالية [...]

2. يمكن التساؤل: إلى أي مدى تكون الدولة ملزمة بالدستور لتستعين بالقانون الجنائي - باعتباره وسيلة أكثر حسما على تنظيمه - لحماية حياة أثناء الحمل ؟

للإجابة عن هذا التساؤل، لا يمكن تقسيم السؤال الساذج عما إذا كانت الدولة ملزمة باتخاذ عقوبات على سلوك معين ؟ أو بدلا عنها تقوم بتحليل شامل يأخذ بعين الاعتبار، من جهة، قيمة الكائن القانوني المحمي، والضرر الاجتماعي الذي يسببه السلوك العدائي، بالمقارنة مع تصرفات أخرى مماثلة (من وجهة النظر الأخلاقية والاجتماعية) التي تستوجب العقوبة من الناحية الجنائية من جهة أخرى، نظرا للقيم الأخلاقية والاجتماعية المعاقب على المس بها جنائيا، ومن جهة الثالثة، أن تنظم ما كان مقبولا تقليديا وتطور دور القانون الجنائي في المجتمع بالتفعيل العملي، وبالتهديد بالعقوبة، وإمكانية إيجاد عقوبات قانونية بديلة [...]

كان للقانون الجنائي دائما وظيفة حماية القيم الأساسية للحياة البشرية، وحياة كل فرد، وحياة كل إنسان. ويشكل هذا الحق عنصرا أساسيا للمصالح القانونية الأكثر أهمية كما تم توضيح ذلك سابقا؛ ولذلك يعتبر إسقاط الحمل تدميرا بشكل لا رجعة فيه لحياة بدأت في النشوء. وإسقاط الحمل بالتالي فعل ينتج عنه موت الجنين، ويتجلى هذا بوضوح في كون توصيف هذا السلوك موجودا في الفصل المتعلق بـ «الجرائم والجنح ضد الحياة».

وأدرج في القانون الخامس المتعلق بتعديل القانون الجنائي، وفي القانون الجنائي المعمول به إلى الآن ما يسمى «التسبب في الموت لنتاج الحمل». ويستعمل اليوم تعبير «إسقاط الحمل» ولا يمكن لأي تنظيم قانوني أن يغطي على هذا الفعل، وبهذا العمل تنتهك حرمة حياة الإنسان المضمونة، في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

ويعتبر استعمال القانون الجنائي من هذا المنظور لمعاقبة مرتكبي الإجهاض أمراً مشروعاً بدون أدنى شك [...]، ويستفاد مما سبق أيضاً أن هذا السلوك يجب التعامل معه في كل وقت وحين من الناحية القانونية على أنه ظلم [...].

وفي نهاية المطاف، عندما يستحيل تحقيق الحماية بالشكل الذي يأمر به الدستور بوسائل أخرى، فيمكن أن يجبر المشرع على استعمال وسائل القانون الجنائي لحماية الحياة التي تكون في طور النمو (الجنين). وتشكل طبعاً القاعدة القانونية الجنائية آخر التدابير المتاحة للمشرع. وفقاً لمبدأ التناسب (من أجل إرساء دولة القانون) الذي يسود في كل قوانين العالم بما في ذلك القانون الدستوري.

ويجب على المشرع أن يستعمل هذه الوسيلة بحذر واعتدال. لكن لا يستعمل هذا التدبير إلا إذا كان مستحيلاً أن تحقق الحماية الفعالة للحياة بطريقة أخرى. ويكون هذا ضرورياً نظراً للقيمة وأهمية «الحق القانوني المحمي». إلا أن هذا لا يعني أن الدولة ملزمة «إجباراً مطلقاً» بالمعاقبة، بل يجب عليها أن تلجأ «نسبياً» إلى العقوبة الجنائية بعدما أخذت بعين الاعتبار ضعف الوسائل الأخرى.

وتم الاعتراض أمام هذا الوضع بالاعتماد على قاعدة قانونية أساسية التي تمنح الحرية، ومع ذلك يمكن أن يتفرع عنها التزام الدولة بالمعاقبة على سلوك محدد. ويفتقر هذا الاعتراض إلى أساس؛ وهو أن الدولة عندما تكون ملزمة - بواسطة قاعدة أخلاقية أساسية - بالحماية الفعالة لحق قانوني له أهمية خاصة ضد تدخلات الآخرين، فإن التدابير التي تتخذها لحماية هذا الحق غير قابل للانتهاك، ستتتهك بدورها مجالات حرية أصحاب الحقوق الأساسية الآخرين [...].

3. [...] يمكن أن يشكل حق الجنين الذي لم يولد بعد عبئاً للمرأة قد يتجاوز حدود ما يتعلق عادة بالحمل. ومن ثم تظهر مسألة العجز عن التحمل.

ومن هنا يمكن أن يطرح سؤال معين: هل يمكن للدولة في مثل هذه الحالات أيضاً أن تستعمل القانون الجنائي لإجبار المرأة على الحفاظ على الحمل إلى نهاية وضعه؟

ويجب أن يتم احترام حياة من لم يولد بعد وحق المرأة في عدم التضحية - حرصاً على الاحترام تجاه هذا الحق الدستوري - بقيم حيوية إلى درجة لا تطاق. ولا يسمح في حالات النزاع هذه، التي لا تقبل بصفة عامة تقييماً أخلاقياً لا لبس فيه والتي قد يرقى فيها قرار إسقاط الحمل إلى درجة قرار واعٍ جدير بالاحترام، ويجب على المشرع أن يراعي التحفظات الخاصة.

وإذا اعتبر المشرع في هذه الحالات أن تصرف المرأة بإسقاط الحمل لا يستوجب العقوبة واستغنى عن وسائل العقوبة الجنائية، فسيكون هذا ناتجاً في جميع الأحوال عن ترجيح يندرج ضمن صلاحيات المشرع، ويمكن أن يكون مقبولاً من الناحية الدستورية [...].



ج [...] ]

لا يتفق الترجيح العام «لحياة ضد حياة» الذي عن طريقه يفترض السماح بتدمير حياة أقل عدد من أجل الحفاظ على حياة عدد أكبر على ما يبدو، مع وجوب توفير الحماية الفردية لكل حياة خاصة ومحددة.

وقد طور الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية مبدأ عدم دستورية نص قانوني - بنيته وآثاره التطبيقية يؤدي إلى إلحاق الضرر بمجموعة محددة من الأشخاص - لا يمكن دحضها بدعوى أنه بفضل هذا الحكم أو غيره من أحكام القانون قد يُفيد مجموعة أخرى من الأشخاص، على أن توجه القانون في مجمله يأتي لفائدة حماية الحقوق. ويجب أن يخدم هذا المبدأ بشكل خاص جدا الحق القانوني الخاص «للحياة». (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 151/12 [168]، 328/15 [333]، 97/18 [108]، 260/32 [269]).

ولا يمكن أن يتم التخلي عن حماية الحياة بشكل خاص من أجل الامتثال لهدف إنقاذ حياة الآخرين، الجدير بالثناء في حد ذاته. فحياة الإنسان - وأيضا الحياة التي بالكاد بدأت في النشوء - يكون لها نفس القيمة، وبالتالي لا يمكن في أي ظرف من الظروف أن تخضع لتقييم مختلف ناهيك عن أن تخضع للترجيح من الناحية العددية [...]

ولقد قيل بأنه لا يمكن (للسبب الإجمالي) أن يكون مقبولا، وحتى عندما يكون مقبولا فإنه ينقصه الأساس الحقيقي، لأنه لا توجد معطيات كافية تبين أن عدد حالات الإجهاض - بعد دخول القواعد القانونية الجديدة حيز التنفيذ - انخفضت بشكل ملحوظ مقارنة مع القواعد القانونية المعمول بها إلى حد الآن.

وقد خُص ممثل السلطة التنفيذية على أساس اعتبارات شاملة ومقارنات مفصلة [...] إلى أنه، بإدراج قانون الأجال النهائية للإجهاض في جمهورية ألمانيا الفيدرالية، يتوقع زيادة 40% في العدد العام لحالات الإجهاض المشروعة وغير المشروعة على حد سواء [...]

في هذا الصدد، وبالنظر إلى الأهمية البالغة للحق القانوني الواجب حمايته، لا ينبغي أن يكون مجال تجارب [...]

ملاحظة: فيما يلي 27 صفحة وإن كان التصويت الفردي لقاضيين فقط.

## الحكم 59

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 203/88 يتعلق بإسقاط الحمل 2

1. يلزم القانون الأساسي على الدولة أن تحمي حياة الإنسان وتحمي أيضا حياة من لم يولد. ويوجد واجب الحماية هذا أساسه في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، ويتم تنظيم الغاية منه، ومداه بطريقة أكثر تحديدا من خلال الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي. وتتمتع حياة الإنسان في طور النشوء بالكرامة. كما يجب أن يضمن النظام القانوني البواعث القانونية لبلورته، ويجب أن يضمن للجنين في طور النمو حقا خاصا في الحياة. ولا يتوقف إثبات هذا الحق في الحياة على قبوله من طرف الأم.

2. كما يكون واجب حماية الحق في الحياة لكل من ولد، يجب أيضا أن تكون لكل فرد حياة، وليس لحياة الإنسان بصفة عامة.

3. تكون الحماية القانونية أيضا في مواجهة الأم، ولا تكون هذه الحماية إلا إذا منع المشرع الإجهاض، وفرض التزاما قانونيا أساسيا على إيصال ابنها إلى الوجود، ويشكل المنع الأساسي للإجهاض والواجب الأساسي للحامل وإعطاء الفرصة لميلاد الطفل عنصرين متكاملين ومتحدين لحماية القاعدة الدستورية الأمرة.

4. يجب أن يعتبر الإجهاض خلال كل مراحل الحمل عملا غير مشروع، ويجب بالتالي أن يمنع قانونيا (تأكيد سوابق حكم المحكمة الدستورية رقم 44/391). ولا يمكن أن يكون الحق في الحياة للجنين مقيدا بالزمان، أو يترك لقرار حر، ولا ينبغي أن يرتبط قانونيا بطرف ثالث، أو أيضا بأمه.

5. يجب أن يحدد مدى وجوب حماية حياة الجنين على ضوء أهمية وضرورة حماية الحق القانوني المعني من جهة، وعلى الحقوق القانونية التي يتصادم معها من جهة أخرى، كمثال على الحقوق القانونية التي يكون فيه الحق للذي لم يولد بعد في الحياة تأثير عليه.

يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار - انطلاقا من حق المرأة الحامل في حماية واحترام كرامتها الإنسانية (الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي) - أولا وقبل كل شيء حقها في الحياة والسلامة البدنية (الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي) وأيضا حقها في الشخصية (الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي). لا ينبغي على العكس من ذلك أن يتم الاحتجاج بالفقرة 1 من المادة الرابعة من القانون الأساسي<sup>7</sup> «كموقف قانوني يحظى بحماية الدستور» لقتل الجنين الذي لم يولد بعد كنتيجة لإنهاء الحمل.

7. حرية الوجدان، [ملاحظة المترجم].

6. تلتزم الدولة من أجل الامتثال لواجب الحماية، باتخاذ تدابير كافية ذات طابع قانوني وواقعي تفضي - استنادا إلى الحقوق القانونية المتضاربة - إلى حماية مناسبة وفعالة على هذا النحو (انظر في هذا السياق يمنع توفير حماية غير كافية). ويتطلب الأمر، لهذا الغرض، مفهوما للحماية يربط عناصر الحماية المختلفة فيما بينها بنوعيتها الوقائي والزجري على حد سواء.

7. لا تصل الحقوق الأساسية للمرأة إلى حد إلغاء - ولو للحظة وجيزة محددة - الواجب القانوني لحمل وإنجاب الطفل. وتُفضي مكانة الحقوق الأساسية للمرأة على العكس من ذلك إلى القبول بصرف النظر في بعض الحالات الاستثنائية عن فرض هذا الواجب القانوني. ويقع على عاتق المشرع حصريا تحديد العناصر الواقعية لهذه القضايا الاستثنائية وفقا لمعيار لا يحتمل. ويجب لهذا الغرض أن تظهر أعباء تمثل للأُم تضحية بقيم حيوية خاصة قد لا يمكن أن تطالب بها (هذا ما أقره حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [48 والتي تليها]).

8. يمنع على المشرع أن يقرر المنع «لتوفير حماية غير كافية» وأن يستغني عن حيز التصرف لأعمال القانون الجنائي، ويمنع أيضا أن يستغني عن الحماية الفعلية لحياة الإنسان الحقيقية للقانون الجنائي.

9. يشكل الواجب الرسمي للدولة بالالتزام بالحماية في مواجهة الأخطار؛ لأنه يستمد تأثيرات من المحيط العائلي والاجتماعي للمرأة الحامل وظروف حقيقية لحياة المرأة (الحالية، والمتوقعة) والعائلة التي تؤثر على توفر الشروط لاستمرار الحمل والولادة.

10. تجبر مهمة الحماية التي تتكلف بها الدولة بالإضافة إلى حفظ وبعث الأمل في الضمير العام للسكان على أن تكون الحماية القانونية لحياة من لم يولد بعد (الجنين).

11. لا يمنع على المشرع مبدئيا، من المنظور الدستوري، أن يتبنى مفهوم حماية حياة من لم يولد في المرحلة المبكرة للحمل ويؤكد في حالات النزاع على تقديم المشورة للمرأة الحامل بغية إقناعها بمواصلة حمل الجنين إلى غاية الوضع، وذلك بالتخلي عن التهديد بعقوبة محددة بواسطة الدلائل وأيضا عن تحديد أطراف ثالثة للعناصر الواقعية التي بواسطتها يتم ضبط تلك الدلائل.

12. زيادة على ذلك، يتطلب مفهوم تقديم المشورة هذا إقرار شروط النطاق، التي تفضي إلى ظروف إيجابية لتلائم تصرف المرأة تجاه الجنين، وتقع على عاتق الدولة مسؤولية تقديم المشورة في مجملها.

13. يتطلب الواجب الرسمي للدولة للحماية أن لا يشارك الطبيب النساء لصالح المرأة أيضا لحماية حياة الأجنة.

14. أن التصنيف القانوني لوجود طفل كمصدر للضرر والإذاية يتعارض مع أحكام الدستور خاصة منه الفقرة 1 من المادة 1 من النظام الأساسي، وبالتالي يمنع اعتبار تغذية طفل كمصدر للضرر .

15. لا يمكن أن تعتبر عملية إسقاط الحمل، التي تم إنجازها بناء على المشورة وبدون إثبات وجود أية أدلة، مبررة (أو كأنها «لا تخالف القانون»). ويقابل هذا مبادئ لا يمكن أن يتم التنازل عنها في دولة القانون، ولا يمكن أبداً أن تكون حالة استثنائية حسب هذه المبادئ آثار تبريرية، ما عدا إذا كانت هناك شروط محددة من طرف الدولة لضبط الاستثناء المذكور.

16. لا يسمح القانون الأساسي بتوفير خدمات التأمين القانوني للمرض من أجل إنهاء حمل لم يتم إثبات شرعيته. بيد أن منح المساعدة الاجتماعية في حالات العسر المادي وأيضاً التعويض عن الراتب إذا ما تم إنهاء حمل بطريقة قانونية طبقاً لنموذج المشورة لم يتم الاعتراض عليه من الناحية الدستورية.

17. يطبق مبدأ سلطة التنظيم للدولة الفيدرالية بدون أي تقييد، وعندما يتبنى التنظيم من المشرع أن يفرض على الجميع بالاستجابة بالوظيفة الرسمية، لكن لا يخصص تنظيمات خاصة ذات طبيعة تنظيمية إدارية.

### ثانياً: ظروف الوقائع<sup>8</sup>

أعلنت المحكمة الدستورية الفيدرالية في حكمها رقم 39 الصادر في 25 فبراير 1975 بعدم دستورية «قانون المدد» الذي يسمح بالإجهاض خلال 12 أسبوعاً الأولى من الحمل، واعتبرت بأن المشرع يمكنه أن ينظم من أجل أوضاع وحالات خاصة، على الخصوص منها الحالات الجسيمة أو التخلي، وتطبق في كل الحالات العقوبة. وبناء على حكم المحكمة سعى المشرع إلى تعديل المدونة الجنائية سنة 1976.

وتضمن هذا التعديل الجديد للمدونة على الدلائل التقليدية (التي تم إقرارها بشكل واسع)، وخاصة منه الدليل الطبي (خطر جسيم يهدد صحة الأم) والدليل الجنائي (لحالات الاغتصاب) ودليل علم أمراض الأجنة، وتحسين النسل كما قام بإدراج دليل لحالة العسر العامة إذا كانت خطيرة جداً لدرجة يستحيل معها إجبار المرأة على مواصلة الحمل، كما يستحيل معها تفادي الخطر المذكور بطريقة أخرى (الفقرة الفرعية الثالثة من الفقرة 2 من المادة الثامنة عشرة بعد المائتين (أ) من القانون الجنائي).

8. ملاحظة توضيحية للمصنّف لا تدرج ضمن إطار الحكم [ملاحظة المترجم].

وفي هذه الحالة الأخيرة، وبعد التأكد من الدليل المذكور، لن يكون إسقاط الحمل في غضون الإثني عشر شهرا التي تلي الإخصاب مستوجبا للعقاب. وكثيرا ما تم تفسير حالة العسر العامة بشكل أكثر شمولاً بحيث يمكن في الممارسة أن تقارن على ضوء قانون الآجال النهائية للإجهاض. ويتعلق الأمر في الحالة 1 بحالة عسر حقيقية تمثل مبررا للسلوك النمطي. أما الحالات الأخرى، فيتعلق الأمر بالعدر المحل الذي كان يترك في تطبيق العقوبة بدون إلغاء السلوك المخالف للقانون.

وبدأت المفاوضات بعد سقوط جدار برلين في 9 نوفمبر سنة 1989 حول إعادة توحيد الألمانيتين، وكان من بين مواضيعها توحيد ومجانسة النظام القانوني، وقدمت الجمهورية الألمانية الديمقراطية تعديلات للمدونة الجنائية الصادرة سنة 1972 تجيز الإجهاض بدون قيود، وكان ذلك مخالفا لما هو معمول به في ألمانيا الفيدرالية الذي يركز على عدم شرعية الإجهاض، وتم بعد إعادة توحيد الألمانيتين تكليف المشرع بمهمة تنظيم موحد للإجهاض ومحددا موعده بتاريخ 31 ديسمبر 1992، وفي المادة 31 من الباب VI أقر نصوصا حول الإجهاض الجاري به العمل في الألمانيتين سابقا قبل إعادة توحيدهما واستمرت تطبقه في إقليميهما.

وتمت الموافقة في 27 يونيو 1992 على «قانون لحماية الحياة في طور النمو» (الجنين) قبل الولادة، من أجل تشجيع المجتمع على الودية تجاه الأطفال، ومساعدة المرأة الحامل في وضعية النزاع الزوجي، ومن أجل تنظيم الإجهاض، وترتب عن هذا القانون تشريع موحد يسري في إقليم الألمانيتين، ووصف هذا القانون بأنه «غير مشروع» والإجهاض من أجل الحالات غير القابلة «للاستقرار» والإجهاض لأسباب خطيرة (وهذا يعني من خلال التوجيهات الطبية وعلم الجريمة)، وذلك :

1. عندما تطالب المرأة الحامل بإسقاط الحمل وموافقة الطبيب بواسطة شهادة، وتخضع لاستشارة المرأة في حالة التنازع أو في حالة الضرورة بثلاثة أيام قبل إسقاط الحمل على الأقل.
2. أن يتم إسقاط الحمل من قبل طبيب.
3. أن لا يكون قد مر على الحمل أكثر من 12 أسبوعا ابتداء من تاريخ الحمل.

وتوجد عدد من النصوص القانونية التكميلية لتنظيم الاستشارة، وتكوين ومساعدة المرأة. فوفقا لما هو منصوص عليه في المادة 4 من قانون التأمين الصحي<sup>9</sup> يجب أن تقرر نفقات إسقاط الحمل عندما لا يكون الإسقاط يخالف القانون.

9. في الوقت ذاته فإن الأحكام المتعلقة بالإجهاض والمعمول بها في كلتا الألمانيتين قبل التوحيد لا زالت سارية على أرض الواقع فيهما معا.

وفي 14 يوليو 1992 وقبل المصادقة على القانون (27 يونيو 1992) طالبت حكومة بافاريا و249 برلمانا اتحاديا بتعليق هذا القانون وعدم دخوله حيز التنفيذ، وتقرر هذا التعليق يوم 4 غشت 1992<sup>10</sup>. وأصدرت المحكمة الدستورية الحكم المناسب يوم 28 ماي 1993.

**القرار الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 28 ماي 1993 يتعلق بطعن الحماية رقم 90/2 و92/5**

## أسس القرار

[...] ج.

## أولا

1. يلزم القانون الأساسي الدولة بحماية حياة الإنسان، والتي تشمل أيضا حماية حياة الذي لم يولد بعد (الجنين). ويجب عليها أيضا أن تحميه. ولا يمنع الدستور فقط التدخلات المباشرة للدولة في حياة الطفل المرتقب، وإنما يفرض أيضا عليها أن تتخذ موقفا إزاء هذه الحق في الحياة كحامية وداعمة. ويعني هذا قيل كل شيء حمايتها من التدخلات غير القانونية من طرف الآخرين (من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [42]). ويستند أساس هذا الواجب للحماية على الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي<sup>11</sup> الذي يلزم صراحة الدولة باحترام وحماية كرامة الإنسان، ويتم تنظيم الغاية منه ومداه أكثر دقة من خلال الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي<sup>12</sup>.

أ) يتمتع الجنين الذي لم يولد بعد بكرامة الإنسان، ويكون لحياة الإنسان كرامتها قبل وبعد الولادة التي تتطور فيها الشخصية<sup>13</sup>: «ويتمتع أيضا الأجنة الذين لم يولدوا بعد بحقوق الإنسان العامة من لحظة الحمل (الإخصاب). ويعني القول في هذا الحكم بأن حياة الانسان تبدئ من تلقيح البويضة والحيوان المنوي، وفقا لما هو معروف في علم البيولوجيا الطبية. والهدف من القواعد القانونية المطعون فيها هو إسقاط الحمل، وخاصة منه التنظيم القانوني والجنائي، وتكون بالتالي فترة الحمل مهمة للقرار بشكل خاص [...] ويتعلق الأمر على أي حال خلال مدة

10. الكتاب الخامس من قانون الضمان الاجتماعي [ملاحظة المترجم].

11. راجع الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي: «لا يمكن المساس بكرامة الإنسان، فاحترامها وحمايتها واجب من واجبات جميع سلطات الدولة».

12. قضت المحكمة الدستورية بتعليق نشر مرسوم إصدار الإصلاح في نفس اليوم في الجريدة التشريعية (4 غشت 1992).

13. ملاحظة المترجم.

محددة للحمل. وهذا يعني الحديث عن طفل مرتقب وله حياة محددة مسبقا، وغير قابلة للتجزئة، وله هوية وراثية وحيدة لا لبس فيها.

وتعتبر هذه الحياة عملية نمو وتأقلم حثيثين إلى أن تصير كائنا إنسانيا في تطور مطرد (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [37]). ويمكن في جميع الأحوال أن تفسر مختلف مراحل عملية الحياة قبل الولادة - من وجهة النظر البيولوجية والفلسفية وحتى اللاهوتية - بالأخذ بعين الاعتبار مراحل لا بد منها لتكوين كائن إنساني فردي. ولهذا حيثما توجد حياة إنسانية، يجب أن تراعى كرامتها (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [41]).

ويتمتع الطفل المرتقب الذي لم يولد بعد بكرامة الوجود الإنساني، بمجرد أن يوجد - كرامة الإنسان - ويتطلب احترامها وحمايتها أن يكفل النظام القانوني البواعث القانونية لنموها، أي يجب أن يضمن حقا خاصا في الحياة للجنين (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [37]).

ويعتبر هذا الحق في الحياة - الذي من أجل إثباته لا يقتضي الأمر أن تقبله الأم وإنما يتمتع به الجنين بمجرد وجوده - ويشكل حقا أساسيا غير قابل للتقادم ومستمد من كرامة الإنسان. ويظل هذا الحق قائما بغض النظر عن القناعات الدينية والفلسفية المتخذة التي لا يوجد إزاءه أي مبرر لإصدار قاعدة قانونية في النظام القانوني لدولة - محايدة من المنظور الديني والفكري - لتقوم بدور في هذا المجال.

ب) يتعلق واجب الحماية لحياة الجنين الذي لم يولد بعد، بأي حياة فردية معينة وليس فقط بحياة الإنسان عموما. ويمثل الخضوع لهذا الواجب شرطا أساسيا للتعايش المنظم داخل دولة معينة. ويقع واجب الحماية على عاتق كافة سلطات الدولة، وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، أي الدولة بجميع وظائفها بما في ذلك السلطة التشريعية بشكل خاص.

ويتعلق واجب الحماية خاصة بمخاطر تصدر عن أشخاص آخرين، ويشمل هذا الواجب كافة التدابير الوقائية التي تهدف إلى تفادي - أو تسوية - حالات الأزمات الناتجة عن الحمل، والتي تهدف أيضا إلى إثبات متطلبات تصرفات محددة، يجب أن تستوفي الجوانب القانونية. وتتكامل هذه التدابير بصنفيها فيما بينها.

2. تحدد الدولة متطلبات محددة للسلوك بهدف حماية حياة من لم يولد، بإقرار - بواسطة قوانين - الأوامر والمنوعات وفرض واجبات العمل والامتناع عن الآخر. ويسري هذا أيضا على حماية حياة من لم يولد تجاه أمه دون المساس بالصلة القائمة بينهما التي تؤدي بالأب والأم والإبن إلى إقامة علاقة «الازدواجية في الوحدة». ولن تكون هذه الحماية للجنين تجاه أمه ممكنة إلا إذا منع عليها المشرع أن تسقط الحمل بشكل أساسي، ويفرض عليها واجب مواصلة الحمل إلى

غاية وضع الولد. ويعتبر المنع الأساسي لإسقاط الحمل وواجب إنجاب الأولاد، عنصرين من عن عناصر الحماية المأمور بها دستوريا، وهما عنصران يرتبطان فيما بينهما بشكل متلازم.

لا تقل أهمية الحماية المطلوبة إزاء التدخلات الصادرة عن الآخرين، مثل المحيط العائلي والاجتماعي للمرأة الحامل، ويمكن أن تكون هذه التدخلات موجهة مباشرة ضد الجنين، وأيضا غير مباشرة عندما تحرم المرأة من المساعدة المناسبة، وتواجه نزاعات بسبب الحمل أو تتعرض لضغوطات لكي تسقطه.

أ) لا يمكن أن تقتصر واجبات السلوك على مناشدات طوعية محضة للأشخاص، بل يجب أن تتم هيكلتها كقواعد قانونية؛ أخذا بعين الاعتبار خصوصيات القانون - كنظام قانوني متصل يرمي إلى أن يكون نافذا بفعالية - ويجب أن تكون هذه القواعد مُلزمة وأن تتمتع بالآثار القانونية. ولا يشكل في هذا الصدد التهديد بالعقوبة الجنائية بأنها العقوبة الوحيدة التي يمكن تصورها، غير أنه يمكن لهذه العقوبة أن تولد بطريقة فعالة احترام الأوامر القانونية والامتثال لها من طرف الخاضعين للقانون.

يجب أن توفر الأوامر القانونية التي تنظم سلوكا معيننا الحماية في اتجاهين اثنين: من جهة أن تطور الوسائل الوقائية والقمعية في حالة معينة إذا كان هناك تهديد لخرق الحق القانوني الذي يحظى بالحماية، أو إذا تم القيام بانتهاكه مسبقا. ومن جهة أخرى، أن تقوم ببناء وتعزيز الوعي بالقيم لدى السكان، حول مسألة «تقديس الحياة»، ونشر ثقافة حول تصور ما هو عدل وما هو غير عدل وبالتالي صناعة الوعي القانوني لدى الأفراد (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 187/45 [254، 256]) والطريقة التي يجب أن يقوم عليها توجيه القاعدة القانونية لسلوك الفرد كي لا تسمح بإمكانية انتهاك للكائن القانوني.

ب) ليست حماية الحياة المكرسة في القانون الأساسي إلى هذه الدرجة من المطلقية، أو تحظى بالأولوية تجاه الحقوق القانونية الأخرى بدون استثناء، وهذا ما يشير إليه العدد 3 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي. ولا يتم من جهة أخرى بواجب الحماية بشكل كاف يعتمد أي تدبير من تدابير الحماية. وأخرى أن تمدد نطاقه، ويعتبر من جهة أخرى، أهمية الكائن وحاجته إلى الحماية (في هذه الحالة حياة الطفل المرتقب الذي لم يولد بعد).

وتصدم من جهة أخرى، الكائنات القانونية مع ذلك الحق. الذي يؤثر على الحق في الحياة للذين لم يولدوا، والذين كان يجب أن يتمتعوا بحماية خاصة، واحترام كرامة الانسان وفقا للفقرة 1 والفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي) - متخذة حق المرأة الحامل في حماية واحترام كرامتها الإنسانية منطلقا لها في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، وأيضا في الحق في الشخصية (الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي).



يعتبر التحديد الفردي لصنف ومدى الحماية وظيفية خاصة بالمشرع. ويشير الدستور إلى الحماية كغاية، لكنه لم يوضح الطريقة التي يجب أن يتم بها تنظيم الأفراد. ويجب مع ذلك على المشرع أن يتمسك بالمبدأ الذي يمنع توفير الحماية غير الكافية. ويخضع في هذا الصدد التنظيم القانوني الذي اعتمده المشرع للمراقبة الدستورية.

ويقتضي الأمر تحقيق حماية مناسبة - استنادا إلى وجود حقوق قانونية متضاربة -، ويجب لتحقيق هذا الغرض أن تكون هذه الحماية فعالة. كما يجب أن تكون التدابير التي اتخذها المشرع كافية من أجل تحقيق حماية مناسبة وفعالة، ويجب، زيادة على ذلك، أن تستند إلى تحقيق دقيق في الأحداث، وإلى تقييم منطقي (انظر في هذا السياق الفقرة 1 (4) أدناه).

وبناء عليه، يكون مدى الحماية التي يأمر بها الدستور مستقلا عن عمر الحمل. وخاصة منه الجنين، ولم يقر القانون الأساسي أي تدرج للحق في الحياة وحمايتها، انطلاقا من مرور بعض الفترات المتعلقة بعملية نمو الجنين. ويجب بالتالي، في المرحلة المبكرة للحمل، أن يضمن له النظام القانوني حماية كاملة.

ت) ويجب من أجل عدم انتهاك منع توفير الحماية غير الكافية أن يستجيب نظام الحماية التي وفرها النظام القانوني لبعض المتطلبات الضرورية.

أ- يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ضمن هذه المتطلبات، بأنه يمكن أن يعتبر أساسا بأن إسقاط الحمل خلال فترة هذا الأخير مخالف للقانون، ويمنع بالتالي من الناحية القانونية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [44]). ويسمح في حالة غياب هذا المنع أن تتاح الفرصة لإمكانية التصرف لطرف ثالث في حق الجنين في الحياة - ولو لفترة محدودة - بحرية وبطريقة غير مُلزمة قانونيا، حتى لو تعلق الأمر بالأُم نفسها، ولا يتم بالتالي ضمان الحماية القانونية لهذه الحياة وفقا لشروط التصرف المذكورة سابقا.

ولا يمكن أن يطالب بعدم حماية حياة الجنين في طريق النمو، ولو كان على أساس كرامة المرأة وقدرتها على اتخاذ القرار بمسؤولية. وتستلزم الحماية القانونية أن يكون مدى وحدود التصرفات التي بموجبها يمكن التدخل بصفة قانونية في المجال القانوني للأخريين ويجب أن تكون محددة قانونيا، ولا تخضع لتصرف أحد المعنيين.

ولا تعطى الأولوية للحقوق الأساسية للمرأة على حساب المنع الأساسي لإسقاط الحمل. وتستمر هذه الحقوق بالتأكيد في مواجهة مع حق الجنين في الحياة، ويجب نتيجة لذلك أن يحظى بالحماية. لكنها لا تصل إلى حد إلغاء - ولو كان لفترة محدودة فقط - الواجب القانوني الذي يستند إلى الحق الأساسي في الحمل وإنجاب الأطفال. غير أن الوضع القانوني للمرأة - في منظور الحقوق

الأساسية - يؤدي إلى السماح في الحالات الاستثنائية بأن لا يكون فقط مشروعاً، وإنما يكون في بعض الحالات مناسباً الاستغناء عن فرض الحق القانوني المذكور.

ب-ب) يسند إلى المشرع أن يتخذ القرار في هذه الحالات الاستثنائية، والبنوية على شكل افتراضات قانونية. غير أنه مجبر على عدم انتهاك منع توفير الحماية غير الكافية، ويجب على المشرع في هذه الحالة أن يأخذ بعين الاعتبار الحقوق القانونية المتضاربة فيما بينها، ولا يمكن أن يتم الوصول إلى تحقيق توازن مناسب.

ويجب لهذا في جميع الأحوال، وعندما يتعلق الأمر بحياة الجنين، إلى أن القضية المطروحة الآن لا تتعلق بالحقوق في حد ذاتها، أو قبول العوائق، أو القيود. وإنما الأمر يتعلق بذلك كله، أي الحياة نفسها. ويستحيل أن يتم تحقيق توازن يضمن حماية حياة الجنين، ويضمن في نفس الوقت للمرأة الحامل الحق في إسقاط الحمل.

ذلك لأن إسقاط الحمل لا يعني سوى قتل الطفل المرتقب الذي لم يولد بعد (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [43]). كما لا يمكن أن يتم تحقيق هذا التوازن - كما تم التأكيد على ذلك - بالسماح خلال فترة محددة من الحمل لحق المرأة في الشخصية أن يسود على حق الطفل المرتقب، وأن لا تكون الأولوية لحق الجنين في الحياة إلا لاحقاً بعد ولادته. ويكون في هذه الحالة حق الطفل المرتقب في الحياة قائماً، ما لم تقرر المرأة قتل الجنين خلال المرحلة الأولى من الحمل.

ولا يعني ما سبق أن حالة الاستثناء التي تسمح من المنظور الدستوري أن يوقف الالتزام بالحمل وإنجاب الأطفال، ولا يمكن بالتالي أن يحدث إلا في حالات الخطر الجدي، يهدد حياة الحامل أو يؤدي إلى ضرر جسيم في صحتها. وإنما يمكن أن يتصور أيضاً ظروف الاستثناء في حالات أخرى. ويكون عدم التحمل معياراً لإقرارها كما أكدت ذلك المحكمة الدستورية الفيدرالية (من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [ص. 48 والتي تليها]).

ولا ينبغي، بصرف النظر عن مشاركة المرأة في إسقاط الحمل، أن تعتبر من المنظور القانوني - الجنائي «كجريمة إهمال»، ويجد هذا المعيار مبرره في أن منع إسقاط الحمل - بالنظر إلى الصلة الوثيقة القائمة بين الأم وابنها - لا ينتهي عند واجب احترام المرأة للمجال القانوني للآخر، وإنما ينطوي في نفس الوقت على واجب ثقيل (الذي يؤثر على المرأة بشكل وجودي) يعني أن الحمل والإنجاب ينطوي على مسؤوليات وواجبات العمل والرعاية تتجاوز الولادة وتدوم عدة سنوات.

ويمكن في إطار الأعباء الناجمة عن هذا كله، وبمراعاة الظروف النفسية الخاصة التي تعيشها المرأة التي ستصير أما - بصفة خاصة خلال الفترة المبكرة للحمل - أن تحدث حالات نزاع عصبية بشكل خاص، وتتعرض فيها حياتها للخطر، فيجب في هذه الحالات أن تُفرض مصالح قانونية

للمرأة تكون جديرة بالحماية بشكل جدي، بحيث لا يمكن للنظام القانوني للدولة - دون الأخذ بعين الاعتبار لمفاهيم ذات طابع أخلاقي أو ديني حول ما يليق أو لا يليق فعله والتي يمكن أن تكون ذات نطاق واسع - أن يُطالب المرأة في هذه الحالة أن تعطي الأولوية لحياة الطفل المرتقب تحت أية ظروف (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/39 [50]).

غير أن عدم الاشتراط لا يمكن أن ينجم عن ظروف تأتي في إطار الوضعية العادية للحمل. بل يجب بالأحرى أن تظهر أعباء تتطلب التضحية بقيم حيوية من هذا الحجم، ولا يمكن أن تلزم بها المرأة.

ويستفاد مما سبق في علاقة واجب منح الحياة للإبن مع الاستعانة بالدليل الطبي التقليدي، وأيضا علم الإجرام وعلم الأجنة التي يجب أن تشكل حالات استثنائية مقبولة من المنظور الدستوري، ولا يطبق عند الحديث - كما سبق - عن حالات استثنائية أخرى، إلا عندما يؤثر التنظيم صراحة على النزاعات الاجتماعية أو النفسية والشخصية (ذات الخطورة) بحيث يتم - بالنظر إلى معيار عدم التحمل - ضمان التوافق المعياري القائم إزاء الأدلة الأخرى.

ت-ت) يحدد في هذا السياق معيار عدم التدخل إلى أي حد تلزم المرأة بإنجاب الأبناء، ولا يلغي هذا إجبار الدولة بحماية كل إنسان مرتقب إلى أن يولد. ويعني هذا الإجبار المذكور بشكل خاص أن تجبر الدولة على توفير المساعدة للمرأة - من خلال تقديم الدعم والمشورة - لتحقيق رغبتها، من تلقاء نفسها على إنجاب ابن، وينشأ عن هذا المبدأ ذاته ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 118 (أ) من القانون الجنائي التي تم تعديلها.

ج-ج) يجب على الدولة أن تحمي حياة الإنسان من القتل، ويمثل هذا وظيفة أساسية من وظائف الحماية التي يجب أن توفرها الدولة. ويمنع من ثم توفير الحماية الناقصة من خلال التخلي عن استعمال القانون الجنائي، والأثر الوقائي المستمد من هذا الأخير.

وتُستند للقانون الجنائي منذ الأزل، وفي ظل الظروف الحالية وظيفية حماية الثوابت الأساسية لحياة مجتمعية منظمة يندرج ضمنها احترام وحرمة حياة الإنسان. ويستوجب قتل الآخر، بالتالي، العقوبة الجنائية بشكل تام.

ولا يمثل بالتأكيد القانون الجنائي الوسيلة الرئيسية للحماية القانونية، ولذلك يخضع استعماله لشروط مبدأ التناسب (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 389/6 [433] والتي تليها)، 1/39 [47]، 250/57 [270]، 206/73 [253]). غير أنه يجب أن يستخدم «كإجراء أخير» لهذه الحماية، إذا أصبح سلوك معين مضرا خاصة بالمجتمع، وغير محتمل من أجل تحقيق حياة منظمة للإنسان داخل مجتمعه ويحول بالتالي دون أن يصبح هذا السلوك ملحا بشكل خاص.

ويشكل من ثم القانون الجنائي بصفة عامة الأرضية المناسبة لإرساء المنع الأساسي بصفة قانونية لإسقاط الحمل الذي ينطوي بدوره على الحق القانوني للمرأة في إنجاب الأطفال.

بما أنه في حالات استثنائية يمكن التخلي عن التهديد بإلحاق العقوبة لحالات إسقاط الحمل غير المبررة - نظرا لوجود تدابير وقائية أخرى قد تكون كافية من الناحية الدستورية - لكي تكون هذه المجموعة من القضايا كافية للإعراب صراحة عن المنع بشكل آخر في النظام القانوني الثانوي.

3. لا تقوم الدولة بالاستجابة لواجب حماية حياة الإنسان الذي لم يولد فقط برفض التدخل من أناس آخرين في حياة الجنين، وإنما يجب عليها أن تقوم أيضا بمواجهة المخاطر الناجمة في الوقت الراهن وفي المستقبل عن ظروف حياة المرأة وعائلتها التي قد تعرقل جاهزية المرأة للحمل وإنجاب الأطفال. ويتقاطع مع ذلك واجب الحماية - المنوط بالدولة - مع واجب الحماية المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 6 من القانون الأساسي (بخصوص الفقرة 1 والرابعة من المادة السادسة من القانون الأساسي، أنظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/76 [44] والتي تليها، 49 والتي تليها)، بخصوص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من القانون الأساسي، أنظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 133/84 [155] والتي تليها).

أ) وتشمل الرعاية الواجبة على المجتمع تجاه الأم التزام الدولة بالتصرف بمنع المرأة من إسقاط الحمل بسبب وضعية الفقر المادي - الراهن أو الذي يخشى أن يحدث بعد الولادة - . ويجب زيادة على ذلك أن تلغى العوائق التي ترافق الحمل، خاصة تكوين المرأة المهني أو عملها. والتزامها بحماية حياة من لم يولد، وتقع على عاتق الدولة مهمة مراعاة تلك الظروف التي تعقد من وضعية المرأة الحامل - أي الأم - وتبذل الجهود ضمن مجال مسؤوليتها وحسب الإمكانيات الواقعية والقانونية لإيجاد حل لهذه الأعباء، أو على الأقل التخفيف منها.

ب) يفرض على الدولة وبصفة خاصة حماية حياة من لم يولد، وحماية الزواج والعائلة المنصوص عليها في المادة 6 من القانون الأساسي، والمساواة بين الرجل والمرأة في المشاركة في الحياة المهنية (الفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي، وأيضا المادة 3 و7 من المعاهدة المتعلقة بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية المؤرخة 19 دجنبر 1966). وعلى المشرع بشكل خاص أن يضع أسسا لكي يتوافق النشاط العائلي والنشاط الإنتاجي، ولكي لا يؤدي القيام بمهمة تربية الأطفال إلى سلبيات ذات طابع مهني. وتندرج ضمنها أيضا التدابير القانونية والمادية الكفيلة بتيسير مهمة كلا الأبوين التربوية والمهنية في نفس الوقت، وأيضا الرجوع إلى ممارسة النشاط المهني بعد الفراغ من تربية الأبناء [...]

ج) ويفرض أخيرا أمر الحماية على الدولة أيضا أن تعزز الوعي العام بحق الجنين في حياة محمية قانونيا. ويجب بالتالي على الأجهزة الحكومية في الفيدرالية والولايات على حد سواء أن تتحمل

بشكل حازم حماية الحياة. ويجب أن يؤثر هذا أيضا على برامج المدارس التعليمية. كما يجب على المؤسسات العمومية التي تقوم بأنشطة التوعية في مسائل تهم الصحة وتقديم المشورة في الشؤون العائلية والجنسية أن تعزز الإرادة بشكل عام لحماية حياة من لم يولد ويسري ما سبق بشكل خاص، إذا تعلق الأمر بالتعليمات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون المتعلق بتقديم المساعدة للمرأة في حالة الإجهاض.

وتُجبر محطات البث الإذاعي العمومية والخاصة على حد سواء (بخصوص محطات البث الإذاعي الخاصة أنظر الجملتين 1 والثانية من الفقرة 1 من المادة الثالثة والعشرين من المعاهدة المتعلقة بالبث الإذاعي التابع للدولة في ألمانيا المتحدة المؤرخة 31 غشت 1991) على احترام كرامة الإنسان في ممارسة حرية البث الإذاعي (الفقرة 1 من المادة الخامسة من القانون الأساسي) وتقوم برامجها بالتالي بمهمة حماية حياة من لم يولد.

4. ويجب وفقا لما تم عرضه في العديدين 2 و3 على الدولة أن تخضع لواجب حماية حياة من لم يولد وتتخذ الاجراءات الكافية ذات الطابع القانوني والمادي، التي تفضي إلى تحقيق حماية مناسبة وفعالة، وتراعي في ذلك الحقوق القانونية التي تتعارض معها. ويقتضي الأمر لبلوغ هذا الهدف أن يطور مفهوم الحماية بشكل مفصل يجمع بين عناصر الحماية الوقائية، والزجرية على حد سواء. ويكون إرساء هذا المفهوم للحماية وتنظيمه معياريا يدخل في المجال المحفوظ للمشرع.

ولا يمكن للمشرع وفقا للمتطلبات الدستورية - فيما عدا حالات الاستثناء التي لا تبدي اعتراضا من المنظور الدستوري - أن يعلن عن مشروعية السماح بإسقاط الحمل. غير أنه يمكن للمشرع أن يقرر - طبقا للمعايير الإضافية التي يجب تفصيلها - في كيفية تنفيذ منع إسقاط الحمل في مختلف مجالات النظام القانوني. ويجب في مجمل القول، أن يضع صياغة لمفهوم الحماية تكون مناسبة لتطوير الحماية المنظمة دستوريا. ولا يحق له أن يحول - قانونيا - تحرير الإسقاط الحمل - المقيّد مؤقتا - أو أن يكون لقراره نفس الآثار لإنهاء التجريم.

ويجب على المشرع أن يؤسس انتقاء وصياغة مفهوم الحماية، بناء على تقييم دستوري متماسك، يتمكن من خلاله ضمان حماية فعالة لحياة من لم يولد، كما يتطلب أيضا أن يمنع توفير الحماية الناقصة. وبقدر ما يؤسس المشرع قراراته على تنبؤات حول التطوير الفعال لتنظيم الحماية وآثارها، ويجب إذن أن تكون تلك التخمينات موثوق بها. وتقوم المحكمة الدستورية الفيدرالية بفحص مدى توفر هذه التنبؤات على المعايير التي سيتم عرضها فيما يلي.

2. يأخذ المشرع أيضا بعين الاعتبار مجال التقويم والتقييم والصياغة، كما هو الحال في هذه القضية، إذا كان مجبرا بموجب قاعدة دستورية على اتخاذ تدابير فعالة وكافية من أجل حماية حق قانوني محدد. ويتوقف نطاق هذا المجال للعمل على عوامل مختلفة، وبشكل خاص على

خصائص القضية قيد المناقشة وعلى إمكانيات التوصل إلى أحكام سليمة، خاصة منها تلك المتعلقة بالتطورات المستقبلية وآثار قانون، وعلى أهمية الحقوق القانونية التي توجد في هذا الرهان (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 389/50 [332] والتي تليها، [1/76] 51 والتي تليها)، [170/77] 214 والتي تليها).

ولا حاجة في هذه الحالة إلى مناقشة ما إذا كان الفحص القانوني الدستوري سيسفر عن ثلاثة معايير مختلفة فيما بينها (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 290/50 [333])، ويشمل الفحص الدستوري في جميع الأحوال تحديد ما إذا كان المشرع قد راعى بشكل كاف هذه العوامل. وما إذا كان قد استعمل مجال التقييم بشكل مبرر. وكانت الشروط المنصوص عليها في قرار الغرفة بتاريخ 29 أكتوبر 1987 (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 170/77 [214] والتي تليها)) عند البت في مدى قبول طعن الحماية ضد امتناع الدولة. ولا ينبغي أن يفهم بأنه يكفي أن يتم اعتبار تلك التدابير غير المناسبة أو غير الكافية صحيحة من أجل الاستجابة لواجب الدولة إزاء حماية الإنسان.

## ثانيا

لا يمنع المشرع وفقا لما تم عرضه سابقا مبدئيا من الناحية الدستورية أن يحمي من لم يولد، وينتقل إلى مفهوم للحماية التشدد على تقديم المشورة للمرأة الحامل في المرحلة المبكرة للحمل، في حالات النزاع، من أجل إقناع المرأة بضرورة مواصلة الحمل حتى الولادة، ويصرف النظر لهذا الغرض عن العقوبة الجنائية التي تم تحديدها عن طريق أدلة، وأيضا عن طريق تحديد أطراف الثالثة لعناصر الواقع التي يتم من خلالها تشكيل الأدلة المذكورة [...]

3. يمثل بالتالي تقييم المشرع الذي لا يمكن أن يعترض عليه من المنظور الدستوري، إذا قام بهدف الاستجابة لوظائفه في الحماية، وتناول مفهوم الحماية كمنطلق للأخذ بعين الاعتبار الحماية الفعالة للذي لم يولد، على الأقل في المرحلة المبكرة للحمل، ويمكن أن يقف فقط مع الأم وليس ضدها. وفي هذه المرحلة من الحمل، تكون الأم وحدها - وأولئك الأشخاص الذين أرادت أن تُسرَّ إليهم بهذا الوضع - هي التي تعلم الحياة الجديدة التي تطور في رحمها، وهي حياة تتوقف بشكل مطلق على الأم. ويتيح للدولة وضع التخفي والضعف وتبعية الجنين للأم، أفضل إمكانات لحماية هذه الحياة إذا تعاونت مع الأم [...]

5. إذا منح المشرع للنساء اللواتي يخضعن للمشورة القرار النهائي لإسقاط الحمل ويتيح لهن في نهاية المطاف اللجوء إلى طبيب لإنهاء الحمل، فعندئذ يمكن للحامل أن تقبل المشورة وتعرض حالتها [...]

### ثالثا

إذا قرر المشرع الاستجابة لواجب الحماية، فإنه يقرر أن ينتقل نحو نهج المشورة، وهذا يعني أن التأثير الوقائي على حياة الجنين يجب تحقيقه بقوة عن طريق التأثير الذي يمارس من خلال المشورة على المرأة التي تنوي إنهاء حملها. ويهدف نهج المشورة إلى تعزيز حس المسؤولية لدى الأم، وتكون بالتأكيد - دون المساس بتأثير ومسؤوليات المحيط العائلي والاجتماعي وأيضاً تأثير الطبيب (انظر الفقرة الخامسة والخامسة (أ) أدناه) - هي التي تحدد إسقاط الحمل، وبالتالي فهي التي يجب أن تسأل عنه (المسؤولية النهائية). ويستوجب ما سبق إيجاد شروط إطارية تولد ظروف مواتية لكي تتصرف المرأة لصالح الجنين.

ولا يمكن للمرأة الا بهذه الطريقة أن تتخلى عن تشكيل العناصر الواقعية للأدلة كشرط لإنهاء الحمل. ولا يمكن أن يعتبر الاجهاض في أي حال من الأحوال مبررا (أو «غير مخالف للقانون») حتى لو تم القيام به من طرف طبيب أثناء 12 أسبوعا من الحمل بطلب من المرأة (2). إذا ولد نظام المشورة بالفعل تأثيرا وقائيا لحياة الجنين (1). في غياب أدلة، ولا يحق للمشرع فيما عدا ذلك أن يستخلص الآثار الخطيرة من المنع الأساسي لإسقاط الحمل إذا تطلب مفهوم المشورة استثناءات محددة لضمان فعاليتها (3).

1. (أ) ويعزى للشروط الإطارية الضرورية أو المشورة التي تتحول إلى واجب على المرأة، لأنها تحفزها على مواصلة الحفاظ على الحمل وإنجاب ابنها. ويجب من ثم أن تكون المشورة مناسبة من حيث مضمونها وتطورها وتنظيمها لتلقي المرأة المعارف والمعلومات التي تحتاجها لاتخاذ القرار بشأن مواصلة أو إسقاط الحمل (انظر في هذا الصدد تفاصيل الفقرة الخامسة).

ب) يجب بالإضافة إلى ذلك أن يقم الأشخاص الذين يمكن أن يؤثروا بشكل سلبي أو إيجابي على إرادة المرأة في حالة النزاع خلال فترة الحمل في المشورة، ويصح هذا بشكل خاص للطبيب [...] ويندرج ضمن مفهوم المشورة أيضا الأشخاص الذين يدخلون في إطار المحيط العائلي والاجتماعي للمرأة الحامل [...]

ت) يجب للأسباب المشار إليها في الفقرة ج. ثانيا. (أ) وب) أن يستغني عن تنظيم المشورة لسبب مانع يستند إلى الحالة العامة للضرورة. وسيكون العكس من ذلك في تعارض مع مفهوم إساءة المشورة. ويهدف وضع قواعد تنظيمية للمشورة إلى تحقيق حماية فعالة للجنين. ولا يقتضي ذلك إظهار وجود الظروف الاستثنائية المبررة، التي يجب التأكد منها.

2. يقوم المشرع عن طريق نموذج المشورة بربط استبعاد العقوبة الجنائية المرتبطة بإسقاط الحمل الذي تم القيام به بعد الاستشارة - دون أن يتم تقديم أية أدلة - من طرف طبيب بطلب

من المرأة في غضون الإثنى عشر أسبوعاً. ويمكن أن لا يتحقق ما سبق إلا إذا استبعد المشرع لحالات إسقاط الحمل من الأحكام التجريبية المنصوص عليها في المادة 118 من القانون الجنائي. غير أنه لا يمكن أن يعتبر إسقاط الحمل في أي حال من الأحوال مبرراً أو غير مخالف للقانون.

(أ) لا يمكن وفقاً للدستور، أن يسمح بإسقاط الحمل إلا في بعض الحالات الاستثنائية المحددة، ولا يقبل بالتالي أن يعتبره القانون الجنائي في نفس الوقت مسموحاً به في ظل ظروف إضافية، ويجب أن يوضح ويؤكد من جديد على أن إسقاط الحمل ممنوع دستورياً. ويخدم القانون الجنائي هذا الغرض بشكل خاص إذ أنه يحمي الحقوق القانونية الخاصة التي تكون مهددة بشكل خاص. ويشكل النظام القانوني الذي يكرس في السكان وعياً عاماً بالمسموح به والممنوع، وقول وفعل الحق وليس الباطل.

وبالتالي إذا نص القانون الجنائي على سبب للتبرير من أجل القيام بتصرف معين، فإن الوعي القانوني للأشخاص يعني أن السلوك المقرر في دوافع القرار مسموح به. وأيضاً عند تنظيم مظاهر السلوك المذكور خاصة منها المرتبطة بمشروعية أو عدم مشروعيتها هذا الأخير فإن النظام القانوني سينطلق من القناعة التي تعني أن حماية حياة الجنين قد تم إلغاؤها استناداً إلى وجود أسباب القرار القانوني والجنائي.

لا يمكن أن يفى ما سبق بالقاعدة الدستورية الأمرة التي تقضي بحماية حياة الجنين. وتكون درجة الانتهاك التي يمكن أن يعتد بها القرار القانوني والجنائي للقانون الجنائي برمته على الأقل عندما يشير إلى حماية الحقوق القانونية الأساسية، فإنه يتجه صوب مجالات أخرى للقانون، ولهذا لن تقتصر آثاره فقط على مجال القانون الجنائي، ويمكن بالتالي أن لا يجد إسقاط الحمل مبرراً من وجهة النظر القانونية والجنائية إلا عندما تقتصر أسباب القرار على الحالات الاستثنائية المسموح بها من الناحية الدستورية، كما يجب أن تقيد العناصر التي تتم بموجبها صياغة ذلك الاستثناء بشكل واضح.

إذا استبعد المشرع، على عكس ذلك، بعض حالات إسقاط الحمل لدواعٍ معينة من العقوبة الجنائية، فهذا يعني بكل بساطة أن تلك الحالات لا تستوجب العقاب. إذا قرر المشرع وجوب اعتبار إسقاط الحمل في مجالات النظام القانوني الأخرى قانونياً أو غير قانونياً، ويظل هذا القرار بالتالي مفتوحاً. في مجالات أخرى من النظام القانوني، يمكن أن تكون هناك قواعد قانونية مستقلة قد تعتبر إسقاط الحمل غير قانوني. إذا لم يقع هذا بالفعل، فعدم التجريم سوف يكون عندئذٍ بمثابة أرضية للتبرير مما سيؤدي إلى التخلي عن تلبية المتطلبات الدنيا لواجب الحماية.

بما أن عدم التجريم يترك المجال مفتوحاً أمام إمكانية الأخذ بعين الاعتبار هذه المتطلبات الدنيا في مجالات النظام القانوني الآخر، كما يعني مسبقاً إدراج أسباب القرار ضمن القانون الجنائي



مسبقا التخلي عن المنع الأساسي - بما يتماشى مع الأحكام الدستورية - لإنهاء الحمل. في هذا السياق يظل مجال الصياغة المخصص للمشرع مقيدا.

(ب) يمكن أن يفعل الاستثناء في إسقاط الحمل بشكل مبرر يجب أن ينظر إلى وجود الدواعي (التي بموجبها يتم إدراج الاستثناء المذكور آنفا) من طرف محكمة أو طرف ثالث.

3. يترك استبعاد التصنيف الجنائي لإسقاط الحمل المجال - كما تم شرح ذلك سابقا - كي يكون المنع الأساسي لإسقاط الحمل الذي لم يكن محددًا بواسطة استثناءات للتبرير في باقي مجالات النظام القانوني. وتقتضي في هذه الحالة خصوصيات المفهوم للاستشارة المطلوبة، لحالة إسقاط الحمل اللاحق، ويقتضي أيضا وضع شروط لا تتنافى مسبقا مع قابلية المرأة للخضوع للاستشارة - التي تم النص عليها لحماية حياة الجنين - من أجل مناقشة نزاعاتهم علنيا ومن أجل التعاون لحل هذه النزاعات.

وبالتالي يجب أن يصاغ القانون صياغة دقيقة، بحيث لا تسمح للمرأة أن تأخذ مسألة الاستشارة بجدية، فيتحوّل الأمر عندئذ إلى وضع مخالف للقانون. ويمكن بالإضافة إلى استبعاد تجريم إنهاء الحمل، أن يتم التأكيد على أن تصرفات المرأة والطبيب، لا يمكن أن تتأتى بمساعدة الأطراف الثلاثة لصالح الطفل المرتقب. كما لا يجب أن تكون المرأة في وضع (في الحالات التي لا تستوجب العقاب) تقوم فيه بإسقاط الحمل بمساعدة طبيب في إطار عقد القانون الخاص (انظر في هذا الصدد النقطة السادسة من الفقرة الخامسة أدناه). ويجب لوضع شروط من هذا القبيل أن تتاح إمكانية عدم إسقاط الحمل في فروع القانون الأخرى - الذي تم القيام به بعد المشورة - مخالفا للقانون رغم أنه لم يتم تبريره قط [...]

## رابعا

يفرض على المشرع أيضا واجب حماية حياة الجنين - إذا قرر وفقا لما هو منصوص عليه في الاستشارة - قيودا على تنظيم الأحكام القانونية لإجراء إساءة الاستشارة (انظر في هذا الصدد النقطة الأولى (أ) من الفقرة 3 أعلاه). ويكتسي هذا الإجراء أهمية مركزية لحماية حياة الجنين، ذلك أن تنظيم حماية حياة الجنين تلعب فيها الاستشارة دور الحماية الوقائية.

ويجب بالتالي عند تحديد محتوى الاستشارة (1) وعند تنظيم تطورها (2) وتنظيم الاستشارة بما في ذلك الأشخاص المشاركين فيها (3) ويجب أن يحترم المشرع في كل حين القاعدة الدستورية الأمرة، كما يجب على القاضي أن يوفر الحماية الكافية للجنين، إذن يجب أن تتخذ تدابير فعالة وكافية، لتمكين المرأة التي تنوي إسقاط حملها من العزم على إنجاب الطفل. ولا يتم تبرير تقدير المشرع في حماية حياة الجنين بشكل فعال إلا بهذه الطريقة، ومن خلال نموذج الاستشارة [...]

## خامسا

يشمل أيضا مفهوم حماية تنظيم الاستشارة الطبيب الذي يُجبر على تقديم المساعدة والنصيحة للمرأة (الآن من المنظور الطبي). ولا يمكن للطبيب فحسب أن يقوم بإسقاط الحمل من المرأة التي تطلبه، بل يجب أن يستجيب لواجبه المهني. ويكون الطبيب مُجبرا على حماية الحياة والصحة، ولا يمكن له بالتالي أن يشارك في ممارسة الإجهاض.

يستلزم واجب الحماية المنوط بالدولة هنا أن تشمل مساهمة الطبيب لصالح المرأة في نفس الوقت على حماية حياة الطفل المرتقب [...]

6. لا يقتضي واجب حماية حياة الجنين المنوط بالدولة وجوب اعتبار الترتيبات التعاقدية مع المستشفى والطبيب من أجل إسقاط الحمل - الذي لا يستوجب العقوبة بعد المشورة - غير فعالة بالضرورة من الناحية القانونية. ويتطلب على العكس من ذلك نموذج الاستشارة اعتبار الخدمات التي يقدمها الطبيب للمرأة كعلاقة قانونية، أي أن يكون هناك أساس قانوني للخدمات المقدمة. ولا يمكن بالتالي أن يتم المساس بالتقييم المفصل للآثار القانونية للعقد، لا تكون المادتان 134 و138 من القانون المدني قابلتين للتطبيق<sup>14</sup>، إلا على أساس عقد فعال يمكن للطبيب والمسؤولين عن المستشفى المساهمة في إسقاط لحمل، ويضمن هذا العقد حقوقهم (خاصة منها الحق في الأداء) لكن وينظم واجباتهم قبل كل شيء.

كما يجب على الطبيب أن يضمن قبل كل شيء حماية الجنين وصحة الحامل، الشيء الذي يجب أن يضمن بطريقة تعاقدية. كما يجب أن تنشأ عن عدم الاستجابة بشكل كامل لواجب إسداء الاستشارة والرعاية الطبية مبدئيا عقوبات قانونية وتعاقدية وجنائية.

ويتطلب هذا على الرغم من ذلك، عناية متميزة من المنظور الدستوري. وتكون العقوبة ذات الطابع المدني ضرورية لحالات التنفيذ المعيب للعقد، ولجبر الضرر الذي يصيب سلامة المرأة البدنية، ولا يعني هذا فقط إرجاع المبلغ المدفوع، بل يعني أيضا التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها بما في ذلك - في إطار المادتين الثالثة والعشرين بعد المائة الثامنة<sup>15</sup>، والمادة 7 والأربعين بعد المائة

14. تنص المادة الرابعة والثلاثون بعد المائة من القانون المدني على أن «العمل القانوني الذي تم القيام به دون مراعاة المنع القانوني يعد باطلا إلا إذا نشأت عن القانون نتيجة مخالفة». من جهتها تشير المادة الرابعة والثلاثون بعد المائة من القانون المدني (الفقرة 1) إلى أن: «العمل القانوني الذي تم القيام به دون مراعاة الآداب العامة يعد باطلا» [ملاحظة المترجم].

15. تنص المادة الثالثة والعشرون بعد المائة الثامنة من القانون المدني على أن: «من أضر تديسا أو إهمالاً بطريقة غير قانونية بحياة الآخرين أو بسلامتهم البدنية أو بصحتهم أو بحريتهم أو بملكيتهم أو بحق آخر من حقوقهم، فإنه يلزم بجبر الضرر الذي ألحقه بهم»:

الثامنة<sup>16</sup>، من القانون المدني - التعويض النقدي عن الأضرار اللامادية المتعلقة بإسقاط الحمل الفاشل أو ولادة طفل معاق.

ويجب من جهة أخرى أن يعتبر وجود طفل كمصدر للأضرار مخالفا من المنظور القانوني للدستور، ويكون بالتالي غير مقبول وفقا للفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويجب على جميع السلطات العمومية أن تحترم الإنسان على حدة ما دام حيا (انظر الفقرة الفرعية 1.أ من الفقرة 1 أعلاه).

ولهذا يمنع اعتبار واجب توفير النفقة والرعاية للطفل كضرر. وفقا للأحكام القضائية للمحاكم المدنية المتعلقة بالمسؤولية عن الأخطاء في خدمات الاستشارة الطبية، أو عن عمليات الإجهاض الفاشلة (بخصوص الإجهاض، أنظر خلاصة الأحكام القضائية المدنية للمحكمة الدستورية الفيدرالية 86، 240 والتي تليها، 89، 95 والتي تليها، 95، 199 والتي تليها، المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1985، ص. 671، نفس المصدر، 1985، ص. 1068 والتي تليها، نفس المصدر، 1986، ص. 869 والتي تليها، نفس المصدر، 1985، ص. نفس المصدر، 1988، ص. 155 والتي تليها، الجريدة القانونية الجديدة، 1992، ص. 155 والتي تليها، بخصوص التعقيم، أنظر خلاصة الأحكام القضائية المدنية للمحكمة الدستورية الفيدرالية 76، 249 والتي تليها، 76، 259 والتي تليها، المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1984، ص. 2625 والتي تليها) التي يستدعي الأمر مراجعتها.

لا يمس ما سبق بواجب الطبيب عن التعويض عن الطفل بالأضرار التي تسبب فيها إجهاض فاشل قام به بدون خيرة (انظر خلاصة الأحكام القضائية المدنية للمحكمة الدستورية الفيدرالية 48/58 [49 والتي تليها]، المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1989، ص. 1538 [1539]).

## ح.

إذا أكد الفحص عدم دستورية المساطر القانونية المتبعة في القانون المتعلق برعاية المرأة في حالة الإجهاض، فيجب على أساس هذه المعايير أن نستنتج أن القانون المذكور - إذا لم يمنع المشرع من المنظور الدستوري من الانتقال إلى نموذج المشورة للإثنى عشر أسبوعا للحمل - لا يستجيب لواجب حماية حياة الجنين بشكل فعال، وبالقدر المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 1 والعدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي [...]

16. تم إلغاؤه حاليا [ملاحظة المترجم].

يمنع واجب حماية الحياة المكرس في الدستور أن تفسر المادة 24 (ب) من القانون الاجتماعي على أنه يمكن أن يمنح استحقاقات الضمان الاجتماعي بنفس الطريقة في الحالات التي لم يتم فيها تحديد مشروعية إسقاط الحمل، ولا عندما يتعلق الأمر بعمليات لإسقاط الحمل غير مخالفة للقانون. لا يمكن أبدا لدولة القانون أن تصرف الأموال في عملية قتل الفرد، إلا إذا كانت هذه العملية مشروعة، وثبت للدولة على وجه اليقين الكامل - استنادا إلى ضمانات دولة الحق والقانون - مشروعية السلوك المذكور [...]

إذا استحال في حالة إسقاط الحمل الذي تم القيام به في ظل ظروف تنظيم الاستشارة في المرحلة المبكرة للحمل إثبات أنه يمكن اعتبار عمليات إسقاط الحمل جائزة بسبب وجود حالة ضرورة نوعية، فإذن لا يمكن أن تشارك فيها دولة الحق والقانون ولا أن تمويلها ولا أن تفرض على الآخرين (كمجتمع التضامن على أساس قوانين الضمان الاجتماعي). فعن طريق هذه المشاركة تتحمل الدولة المسؤولية عن الأنشطة التي لا يمكنها اعتبار مشروعيتها مسلما بها لأسباب قانونية ودستورية كما يُمنع عليها، من جهة أخرى، تحديد تلك المشروعية في إطار مفهوم الحماية في نظرها [...]

ويمنع أيضا مبدأ الدولة الاجتماعية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة العشرين من القانون الأساسي على الدولة أن تتعامل مع عمليات الإجهاض التي لا تخضع للعقوبة الجنائية - في إطار تنظيم تقديم الاستشارة - على أنها «عمليات مسموح بها» بحجة أنه في حالة معينة لم تتوصل أية دراسة لتحديد عدم مشروعيتها. ولا يمكن أن يتحقق مبدأ الدولة الاجتماعية إلا من خلال التطبيق على أساس القانون الأساسي، وعن أساس مبدأ دولة القانون. إذا الدولة تتحمل بشكل عام - أي دون القيام بتمييز على أساس مبادئ الدولة الاجتماعية - المسؤولية (مشتركة) بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في اتخاذ إجراءات لا يمكن أن تتأكد من مشروعيتها، ولا يؤثر هذا فقط على مبدأ دولة القانون بطريقة هامشية، وإنما أنه سيؤدي إلى المس بجوهر مبدأ دولة القانون [...]

تكون مسألة تنظيم من المشرع بأي طريقة وتحت أي ظرف، في الحالات التي يتطلب فيها مفهوم حماية تنظيم الاستشارة، ويمكن للدولة أن تتحمل المصاريف المادية في حالة حاجة المرأة إليها. وتكون النتيجة الطبيعية للتنظيم الحالي المنصوص عليه في المادة 37 (أ) من القانون المتعلق بالرعاية الاجتماعية يتسق مع المعايير القانونية والدستورية، ومع آثار المعايير المذكورة لتنظيم الاستشارة. ولا تتناقض الدولة في حالة منح هذا الاستحقاق مع مقتضيات واجب الحماية المنوط بها، إذ أنها تتقاضي مبدئيا أن تختار النساء السبل غير المشروعة التي لا تنطوي فقط على أضرار على صحتهن، بل أنها ستحرم الطفل المرتقب من الحياة من خلال الاستشارة الطبية [...]

فيما يتعلق بالإحالة على الحق في الحفاظ على الأجرة - وذلك بمراعاة طابعه القانوني والمهني وأيضاً المبادئ التي تم عرضها آنفاً (ج. ثالثاً. 3.) والتي يجب أن يشملها مفهوم الحماية - لا يُستفاد منه بأنه يجب أن تحرم المرأة من أجرتها [عند خضوعها لعملية إسقاط الحمل] إذا تم استبعاد تجريم إسقاط الحمل من المادة 118 (أ) من المدونة الجنائية.

## الحكم 60

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 194/16 يتعلق باستخراج السوائل

يتطلب في الحالة التي يصدر فيها أمر بضرورة الفحص بعدم دستورية السائل الدماغي النخاعي وفقاً للمادة 81 من قانون المسطرة الجنائية، أن يكون التدخل متعلقاً بشكل مناسب بالأحداث.

### القرار الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 10 يونيو 1963 يتعلق بطعن الحماية 58/790

أمر قاضي في إجراءات المحاكمة الرئيسية بالقيام بفحص طبي بناء على طلب المدعى عليه لإثبات قدرته على أن يكون خصماً. وقد حدد الطبيب الشرعي وجود مرض في الجهاز العصبي المركزي، واعتبر لتوضيح الأمر أكثر بأن القيام بفحص الدم والسائل الدماغي النخاعي ضرورياً، وأنه يستلزم إدخال إبرة طويلة في العمود الفقري إما عبر الفقرة القطنية (فحص القطنية) أو في القفا بين الفقرة الأولى من فقرات أساس الجمجمة والفقرة العنقية (فحص العنق). وبما أن الطاعن رفض القيام بهذا الفحص، قضت محكمة القرار بناء على أمر في 11 شتبر 1958، وعلى أساس المادة 81 من قانون المسطرة الجنائية بالقيام به في مصحة للأمراض العصبية في جامعة ميونيخ.

ويشكل استخراج السائل الدماغي النخاعي بواسطة إبرة طويلة، تدخلاً جراحياً ملحوظاً ويمثل تدخلاً في السلامة البدنية بالمعنى المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي. فإذا كان هذا التدخل عادة - إذا تم القيام به وفق قواعد مهنة الطب - لا ينطوي على أية مخاطر، فإنه قد يولد مشاكل صحية كالألم والغثيان حسب الأخصائيين، وتحدث في حالة الفحص بعدم الدستورية القطنية مشاكل تصل إلى 10% من الحالات المفحوصة. ويمكن في بعض الحالات أن يسبب استخراج السائل الدماغي النخاعي مضاعفات صحية خطيرة [...]

ويجب بناء عليه، أيضاً في الحالة التي يقرر فيها استخراج السائل الدماغي النخاعي - كما هو الحال لكافة تدخلات الدولة في مجالات الحرية الفردية - أن يحترم القاضي مبدأ التناسب بين الوسيلة والغاية. وحتى لو كانت المصلحة العامة تقتضي توضيح الجرائم التي تعود أسسها إلى مبدأ الشرعية، وفقاً للفقرة 2 من المادة 2 والخمسين من قانون المسطرة الجنائية) وتكون له أهمية في إطار دول القانون.

ويبرر بصفة عامة القيام بتدخلات في حرية المتهمين، ومع ذلك كلما كان التدخل شديداً في مجال حرية الفرد، كلما تضاءلت أهمية هذه المصلحة العامة. ويجب لتقييم التناسب بين الغاية والوسائل أن يراعى أيضاً أهمية الجرائم المطلوب الكشف عنها. ويصح هذا بشكل خاص بالنسبة للتدابير الوازنة والمقبولة على أساس المادتين 80 و81/أ. من قانون المسطرة الجنائية التي تعمل على إثبات مسؤولية المتهم القانونية.

ويستدعي الأمر هنا أن ينفذ القانون مع مراعاة مفهوم الحق الأساسي، ويكون التدخل المقترح متعلقاً بشكل ملائم بجسامة الأفعال المرتكبة كيلا تكون الآثار المترتبة عن إثبات الحقائق مرهقة للمتهم أكثر من العقوبة. ويوجد القاضي نفسه بالتالي في جميع الحالات الخاصة مُلزماً من الناحية الدستورية بتحليل التدابير التي ينوي اتخاذها على ضوء منع الإفراط في التنظيم وحتى لو كانت التدابير المذكورة مقبولة من الناحية القانونية [...]

يتعلق الأمر في هذه الحالة بمسألة ليس لها إلا أهمية قليلة، ويجب أن يعتبر فقط النظر في فرض عقوبة خفيفة أو حتى النظر في التخلص من الإجراء بأنه أمر يكتسي أهمية قليلة. ويمثل على النقيض من ذلك أخذ السائل الدماغي النخاعي من جسم الطاعن - في أي شكل من أشكاله - تدخلا جسيما في البدن والمبررات المقدمة لإخضاع المتهم لهذا النوع من التدخل ومن هذا القبيل رغما عنه من أجل أمور تافهة.

## الحكم 61

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 214/52

#### يتعلق بالحماية من التسريع في تنفيذ الأحكام

يتعلق الأمر بتأثير الحقوق الأساسية المنصوص عليه في المادة 2 من القانون الأساسي، على الإجراء التنفيذي المنصوص عليه في المادة 765/أ من قانون المسطرة الجنائية.

### القرار الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 3 أكتوبر 1979

يقصد الطاعن في المسطرة التنفيذية لإطلاق المسكن الذي يستأجره... ودخل في مناسبات عديدة - منذ 1975 - إلى المستشفى ضمن جملة أمور أخرى لكي يتم الإصغاء إليه من طرف محكمة بعد قيامه بثلاث محاولات جادة للانتحار. لم تفتّر حالة الكآبة رغم أنه كان دوماً خاضعا للعلاج. وكان في حالة فقدان المسكن من المحتمل أن يواجه ردود فعل نفسية قوية وتعرض حياته لخطر وشيك [...]

يُعتبر طعن الحماية مقبولاً ومبرراً. وينتهك القرار الذي اعتمده المحكمة الأصلية الحقوق الأساسية للطاعن المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي المتعلقة بمبدأ دولة القانون.

يسند إلى المحاكم المختصة مهمة تحديد مدى الاستجابة لدواعي إسقاط الأهلية، أو تعليق لمدة طويلة الإجراء التنفيذي المنصوص عليه في المادة 765/أ من قانون المسطرة الجنائية، وهو أمر يمثل بدوره مسألة تتعلق بالقانون العادي. ويجب مع ذلك أن تأخذ بعين الاعتبار المحاكم المختصة الحق الدستوري، وأيضاً الآثار البارزة للحقوق الأساسية، كما يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تفحص مدى أخذ المحاكم المختصة بعين الاعتبار تلك العناصر بشكل كاف.

2. يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الضمانات الدستورية للحقوق الأساسية والمبادئ الدستورية المنبثقة عن مبدأ دولة القانون، وأيضاً في القانون المسطري وبشكل خاص في إطار الإجراءات التنفيذية (انظر الأحكام رقم 64/42 [ص. 67] ورقم 325/46 [ص. 333] ورقم 220/49 [ص. 225] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، ويستند ما سبق بشكل خاص إلى مبدأ التناسب الدستوري (انظر الأحكام رقم 215/16 [ص. 222] ورقم 275/31 [ص. 290] ورقم 263/42 [ص. 295] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) [...]

يمكن أن تتعلق بشكل مباشر مصالح المدين - لدى القيام بموازنة بين مصالحه المتضاربة ومصالح الدائن التي يروم الإجراء التنفيذي حمايتها - بالحفاظ على حياة وصحة المدين، كما يمكن أن يعزز دور هذه المصلحة في حالات معينة بشكل واضح إزاء مصالح الدائن (التي يجب أن تعمل التدابير الحكومية ذات الطابع التنفيذي على ضمانها). وعندما تتدخل الدولة في هذا المجال سينتج عن تدخلها انتهاك لمبدأ التناسب، وللحقوق الأساسية للمدين المنصوص عليها في العدد من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي (انظر الأحكام رقم 353/54 [ص. 373] ورقم 324/51 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يجب أن تعتمد محاكم التنفيذ في تنظيم الإجراء في المقام الأول الأحكام المطلوبة، لكي يتم استبعاد وبأقصى ما يمكن أي انتهاك من الانتهاكات الدستورية الناتجة عن التدابير التنفيذية. ويعني هذا أن الأدلة المستقاة من طرف المدين بخصوص الأسباب التي قد تضر بشكل خطير بحقوقه الأساسية قد تم تحليلها بعناية. ويجب في هذا الصدد أن يؤخذ بعين الاعتبار بأن تعريض الحقوق الأساسية للخطر - عندما ينطوي تدخل الدولة على تدخل خطير في الحقوق المذكورة - يمكن أن يسفر في بعض الحالات عن انتهاك للحقوق الأساسية (انظر الأحكام رقم 89/49 [ص. 141] والتي تليها) ورقم 324/51 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويسند إلى أجهزة الدولة التصدي

حسب صلاحيتها لأي خطر ينطوي عليه انتهاك الحقوق الأساسية. ويجب من وجهة النظر هذه على المحاكم أن تتخذ إجراءات التنفيذ المنوطة بها لتتيح توفير واجب الحماية الدستورية.

ولم تف المحكمة الابتدائية كمحكمة الدولة في هذه الحالة وفي إطار تنظيم المحاكمات بواجب مبدأ التناسب بالشكل المطلوب الذي يتفرع عن مبدأ دولة القانون، ولا بالقاعدة الدستورية الأمرة التي تقضي بحماية الحياة والسلامة البدنية المنصوص عليهما في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

## الحكم 62

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 30/53

#### يتعلق بالمفاعل النووي مولهيم كارليش

1. إذا كانت القرارات النهائية الصادرة عن طعن الشكوى تأمر بالتنفيذ الفوري للترخيص بإنشاء محطة نووية لتوليد الكهرباء (على أساس القانون الذري)، وتم الاعتراض على هذه القرارات عن طريق طعن الحماية بسبب انتهاك الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، فإنه لا يمكن للمحكمة أن ترفض وقوع تدخل راهن ومباشر على الفرد (صاحب الحقوق الأساسية) وذلك بدعوى أن حياة الفرد وصحته يتعرضان للخطر فقط بسبب تشغيل مفاعل الطاقة النووية، وليس بسبب أشغال البناء (الضرورية لتشغيل المحطة).
2. يتوافق استعمال الطاقة النووية لأغراض سلمية مع القانون الأساسي. ويعود اتخاذ القرار الأساسي، لصالح هذا أو ضده، إلى المشرع.
3. استجابت الدولة عن طريق استصدار أحكام قانونية ذات طابع مادي وإجرائي للترخيص بإنشاء محطات للطاقة النووية لواجب اتخاذ تدابير وقائية للتصدي للمخاطر التي قد ينطوي عليها استعمال الطاقة النووية لأغراض سلمية - وهو واجب منبثق عن الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي -
4. بخصوص التقييم الدستوري للأحكام القانونية الموضوعية والدستورية التي من خلالها يرخّص بإنشاء محطات للطاقة النووية والتعديلات الجوهرية لهذه المنشآت.
5. تأتي أيضا الإشارة إلى انتهاك الحقوق الأساسية، عندما تأخذ السلطات التنظيمية بعين الاعتبار الأحكام المسطرية المتعلقة بقانون الطاقة النووية الذي أصدرته الدولة للاستجابة للواجب المنبثق عن الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.



## الحكم الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 20 دجنبر 1979 يتعلق بطعن الحماية رقم 77/385

يتعلق طعن الحماية بجزء من عملية الترخيص لإنشاء محطة مولهيم كارليش النووية في البحيرة المتجددة بجوار مسكن الطاعنة. ويوجه طعن الحماية ضد الأمر بالتنفيذ الفوري لقرار الترخيص السابع الذي تم إقراره من طرف المحكمة الإدارية العليا، الذي صدر من طرف الوزارة الفيدرالية المختصة في إطار الترخيص الأول الجزئي الذي يتعلق ببناء منشآت الطاقة النووية.

### ب

دعوى طعن الحماية مناسبة.

تضررت الطاعنة فعلا من جراء الآراء المطروحة من طرف وزارة الداخلية الفيدرالية والسلطات التنظيمية وشركة «رواغ» بشكل مباشر [بسبب البناء]. كان من المفروض بوجه خاص أن يرفض الرأي الذي يعني أن دعوى طعن الحماية التي تم رفعها خلال المرحلة 1 من بناء المحطة النووية، وكان يجب أن تعتبر غير مناسبة بسبب الخطر - الراهن والمباشر - الذي يهدد حياة وصحة الطاعنة، الذي لن يكون له وقوع إلا عند بدء تشغيل المحطة النووية وليس قبل الأشغال السابقة لذلك.

لا يتأثر فقط انتهاك الحق في الحياة والسلامة الجسدية - الذي يحظى بحماية الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي - [...] بالتدخل الوقائي في الحقوق القانونية المحمية، [...] وإنما يترتب عن هذا الحق بالأحرى وجوب تفادي الانتهاكات الواقعية، ويمكن بالتالي أن يستخدم كذريعة في حالة إهمال التدابير الوقائية الضرورية لتفادي المخاطر المستقبلية للتشغيل. وهذا ما يلاحظ في الحالة الراهنة. فقد تم التذرع بأن الحماية من الآثار الخارجية - من قبيل السقوط من طائرة أو موجات الضغط الناجمة عن انفجار ما - تتطلب تنظيما نوعيا للبنىات.

ولا ينبغي من أجل قبول دعوى طعن الحماية هنا التشكيك بالتداعيات الراهنة والمباشرة، وأن ما يوجد على المحك فيما يخص المراجعة، هو هل تم أخذ بعين الاعتبار بشكل كاف المقتضيات الدستورية المنبثقة عن الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي خاصة منها إصدار تراخيص البناء على أساس قانون الطاقة القانونية، وأيضا الحماية الفعالة في حالة اتخاذ القرار بشأن التنفيذ الفوري لهذه التراخيص؟

ويتطلب الأمر بالتالي أن يتم التحقيق المرتبط بقبول دعوى طعن الحماية، بالإضافة إلى ذلك في مدى وجود الخوف من وقوع ضرر للحقوق الأساسية بسبب انتهاك لاحق (انظر في هذا الخصوص أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 289/24 [ص. 294] و 89/9 [ص. 181]

ورقم 212/52 [ص. 220] [...]

وفقا لما سبق فدعوى طعن الحماية قانونية لكن لا أساس لها.

ويؤكد البعض الآخر على وجوب القيام بالتحقيق، لتحديد مدى الاستغلال الاقتصادي للانشطار النووي - استنادا إلى حجم المخاطر الممكنة خاصة منها بعض الصعوبات التي لم يتم تجاوزها إلى حد الآن - وانتهاكه في الوقت الحالي للدستور بصفة عامة. وترتكز الاعتبارات السابقة في نهاية المطاف على الشك في مدى قدرة الدولة على تحمل مسؤولية التقنيات، وبالتالي لا تسمح بأي خطأ ولا يتولد عنها أية مخاطر كبيرة (وأیضا للأجيال المقبلة) ومدى إمكانية استعمال هذه التقنيات ضد المتضررين المحتملين، خاصة عند عدم استنفاد كافة مصادر الطاقة الممكنة الأخرى. لا تختص المحكمة الدستورية الفيدرالية في الإجابة عن هذا التساؤل.

يجب على المحكمة أن تنطلق في اتخاذ القرار من الدستور نفسه، وتأخذ بعين الاعتبار بأن «استعمال الطاقة النووية لأغراض سلمية» يمكن أن يقبل مبدئيا على أساس الأحكام المتعلقة بالاختصاص المنصوص عليها في الفقرة 11 من المادة 74 من القانون الأساسي.

وتم بالتأكيد اعتماد هذا النص القانوني في الدستور سنة 1959 أي في فترة كان فيها النقاش قليلا حول إشكالية الاستعمال السلمي للطاقة النووية، واعتبر خلال المباحثات الاستعمال السلمي للطاقة النووية إيجابيا خلافا للاستعمال - المثير للنقاش - لأغراض عسكرية بوجه خاص.

وينبثق على العكس من ذلك عن الأحكام القانونية المتعلقة بالاختصاص، إقرار وموافقة أساسيان من طرف الدستور نفسه على الاستعمال السلمي للطاقة النووية، ولهذا لا يمكن أن يتم الاعتراض على موافقته للدستور على أساس أحكام دستورية أخرى. ومن خلال توزيع الاختصاصات بالأحرى والأولى - كما أكدت على ذلك الغرفة الثانية للمحكمة الدستورية الفيدرالية في حكم كالكار وفي سياق آخر (الحكم رقم 89/49 [ص. 127 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - فإن اتخاذ القرار الأساسي ضد أو لصالح استعمال الطاقة النووية لأغراض سلمية يكون من صلاحيات المشرع بوجه خاص ويكون أيضا، في حالة الضرورة موضع ارتياب، ويكون أيضا من المسؤولية السياسية للمشرع، والحكومة في إطار اختصاصات كل واحد منهما، أن يتخذ القرار الذي يكون مناسباً في رأيهما.

ويكون واضحا في هذا الصدد بأن الاجتهاد القضائي والفقهاء القضائي لم يشككا في مبدأ دستورية الاستغلال الاقتصادي للطاقة النووية. وتقتصر بالتالي المراجعة الدستورية مسبقا على مدى دستورية مسألة التنظيم القانوني الذي يركز عليه القرار المعتمد، وعلى مدى تطبيق هذا التنظيم بوجه خاص بالشكل الذي يقتضيه الدستور.

2. يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار، كمعايير للتحليل في الفحص الدستوري، الحق في الحياة والسلامة الجسدية المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، وما يتعلق بالحق في حماية قانونية فعالة (الحكم رقم 89/49 [ص. 141 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يحمي هذا الحق الأساسي طبقاً للقوانين المستمدة من الأحكام القضائية، فقط كحق شخصي للدفاع ضد تدخلات الدولة، وإنما ينبثق عن محتواه القانوني الموضوعي، ويجب زيادة على ذلك على أجهزة الدولة أن تحمي وتعزز هذه الحقوق القانونية وخاصة منها حمايتها من التدخلات المخالفة للقانون، الصادرة عن أطراف ثالثة. ويعود هذا للاجتهاد القضائي الذي طور مبدئياً في الحكم المتعلق بقانون الآجال (الحكم رقم 1/39 [ص. 41] وأيضاً الحكم رقم 160/46 [ص. 164] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تم الاحتجاج به في قرار كالكار المذكور الذي قيم مدى دستورية المعايير المتعلقة بقانون الطاقة الذرية التي تم التأكيد فيها - بالنظر إلى نوعية وجسامته المخاطر المحتملة الناجمة عن الاستعمال السلمي للطاقة النووية - على أنه يكفي إثبات إمكانية حدوث هذه الأخيرة لكي يتم تفعيل واجب الحماية المنوط بالمشروع في الحالة المعينة (الحكم رقم 89/49 [ص. 141 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتقوم الدولة بهذا الواجب للحماية، وتعمل على أن لا يتم الاستغلال الاقتصادي للطاقة الذرية، إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الدولة، ويخضع إصداره للدواعي المسطرية والتنظيمات الموضوعية والقانونية. وموافقة الجهات المراقبة. ويمثل تنظيم إصدار الترخيص - الذي لم تُثر الشكوك حوله لا من طرف الطاعنة ولا من طرف الآراء المستقاة - وسيلة ملائمة من أجل حماية الآخرين الذين يتعرضون للخطر.

ويمكن للدولة على هذا النحو أن تقوم بوظائفها على الوجه الأكمل، وتحقق التوازن بين المصالح العامة والأنظمة الأساسية للحقوق الأساسية للمواطنين المعرضين للخطر ولمسيري محطة الطاقة الذرية. وطبعاً إذا رخصت الدولة لمحطة الطاقة النووية - رغم إمكانية المنع الاستثنائي التي ينطوي عليها - استناداً إلى المصلحة العامة في توفير الطاقة.

وهذا يعني أن السلامة البدنية للآخرين، يمكن أن تتعرض للمخاطر التي قد يصعب تفاديها. ولهذا تتحمل الدولة من جهتها مسؤوليتها عن هذه المخاطر. ويظهر كنتيجة لذلك ومن أجل الفحص الدستوري لأحكام القانون المسطري والموضوعي المتعلقة بالترخيص بإنشاء محطات للطاقة النووية، ويكون من الملائم أن يفرض تطبيق معايير صارمة، كتلك المستخدمة في القوانين التي تؤثر على الحقوق الأساسية.

ويكون لتطبيق هذه المعايير المتعلقة بالتراخيص التي تكتسي أهمية كبيرة مقارنة مع التراخيص التي تم الاعتراض عليها في هذا الطعن قناعة، بأنه لا يوجد هناك أي تعارض من المنظر الدستوري، إذا تم تفسيرها وفق القوانين المستمدة من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم العليا إلى حد الآن.

ويتوخى قانون الطاقة النووية بشكل صريح حماية الحياة والصحة والحقوق القانونية المعرضة لمخاطر الطاقة القانونية، ويشجع أكثر من ذلك على استعمال الطاقة النووية، كما وضحت ذلك المحكمة الإدارية الفيدرالية (المجريدة الأثمانية للإدارة، 1972، ص. 678 [680]) [...]

ولم يوف بالتالي التنظيم القانوني بإجبار السلطات المكلفة بالتراخيص بضوابط قانونية وموضوعية صارمة. ولم يوف بالأحرى واجب الحماية المنوط بالدولة - أيضا من الناحية المسطرية - عندما يتوقف على إصدار ترخيص للقيام بإقرار إجراء رسمي للترخيص، ويجب من خلاله إثبات دواعي الترخيص من تلقاء نفسها، الذي تشارك فيه كافة السلطات على المستوى الفيدرالي، ومستوى الولايات والمستوى المحلي التي قد يتعطل مجال اختصاصها.

ومن جهة أخرى ينص القانون المسطري على مشاركة المواطنين الذين يتعرضون للخطر في إقرار الإجراء (انظر الفقرة 4 من المادة 7 من قانون الطاقة الذرية في اتساق مع أحكام القانون الفيدرالي المشار إليها سابقا المتعلق بالحماية من الانبعاثات وأيضا الترتيبات المسطرية المتعلقة بقانون الطاقة الذرية، والمرسوم المتعلق بالمحطات النووية الذي كان معمولا به سابقا).

ويتمتع المواطنون بإمكانيات للمطالبة بالفحص القضائي للتراخيص والتدابير الإدارية من خلال دعوى الإلغاء (المادة 42 من قانون الإجراءات الإدارية) والمطالبة بالحماية القانونية المؤقتة (المادة 80 من قانون الإجراءات الإدارية). ويتيح لهم القانون المسطري مسبقا سبل الطعون القانونية التي يمكن من خلالها للأفراد أن يعترضوا على المشروع الذي يكون معروضا للنقاش [...]

[...] وبالانطلاق من الأحكام القضائية المعتمدة من طرف المحكمة الدستورية الفيدرالية الذي حين أيضا حماية الحقوق الأساسية في جزء كبير عن طريق هيكله المحاكمة، فإن هذا لم يؤثر على الحقوق الأساسية فقط وإنما أثر على القانون الموضوعي بأكمله، وأثر أيضا على القانون المسطري بالقدر الذي تكون له أهمية لحماية الحقوق الأساسية بشكل فعال.

وقد أبرز تطور هذه الأحكام القضائية أساسا، ما يتعلق بحماية الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي (انظر على سبيل المثال الحكم رقم 132/37 [ص. 1411 و148] وأيضا الحكم رقم 325/46 [ص. 334] ورقم 220/49 [225] من أحكام

المحكمة الدستورية الفيدرالية) وفي الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي (انظر على سبيل المثال الحكم رقم 276/39 [ص. 294 و148] وأيضا الحكم رقم 105/44 [ص. 119 والتي تليها] ورقم 422/45 [430 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وأكدت غرفتا المحكمة الدستورية الفيدرالية حاليا صراحة أن الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي تنص على مراعاة هذا الحق الأساسي في هيكله المحاكمة (انظر على سبيل المثال أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 234/51 وإمكانات حضور المحاكمات، ورقم 214/52 الحماية من الإخلاء).

ويؤثر الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، أيضا على تطبيق الأحكام المتعلقة بالإجراءات الإدارية والقضائية في قضية الترخيص بإنشاء محطات نووية، وتكمن وظيفة هذا الحق الرئيسية في حماية الحياة والصحة أمام المخاطر التي سببها عليها استعمال الطاقة النووية.

ولا يعني هذا أن أي خطأ إجرائي في قضية تتعلق بقانون الطاقة النووية، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كانتهاك للحقوق الأساسية. ولا ينظر في هذا الانتهاك إلا إذا أغفلت السلطات المكلفة بالترخيص، ويجب أن تؤخذ بعين الاعتبار الأحكام المسطرية التي أصدرتها الدولة، امتثالا لواجب حماية الحقوق القانونية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

ولا يمكن بالتالي بأي حال من الأحوال للمحاكم أن تفرض أثناء مراجعة التراخيص المتعلقة بمجال الطاقة النووية - دون أدنى استقصاء - على الطرف الثالث الذي رفع دعوى الإلغاء بسبب انتهاك إجرائية يفتقر إلى المشروعية [...]...

## الحكم 63

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 170/77

#### يتعلق بتخزين الأسلحة الكيميائية

1.2) يسند، بالإضافة إلى السلطة التشريعية، إلى كل من السلطة القضائية والتنفيذية القيام بواجب الحماية المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، مجالا للتنظيم والتقييم والتحقيق، ويترك لهما أيضا، على سبيل المثال، مجال لتلبية المصالح المتنافسة الخاصة والعامّة على حد سواء.

2.ب) يمكن أن يعاد النظر في حرية التنظيم الشاملة هذه من طرف المحاكم، بشكل محدود، وفقا لهذه القضية المعروضة للمناقشة، وبناء على إمكانيات تكوين رأي كاف ومناسب، واستنادا إلى

أهمية الحقوق القانونية التي هي على المحك (انظر الحكم رقم 290/50 [ص. 332 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

2.ت) يجب لكي يستوفي طعن الحماية شروط القبول القائمة على انتهاك واجب حماية الحق الأساسي المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، ويشرح الطاعن بشكل حاسم أن السلطة العمومية، إما أنها لم تتخذ التدابير المطلوبة، وإما أن التدابير والترتيبات المعتمدة لم تكن ملائمة بشكل واضح لبلوغ الهدف المنشود.

3.أ) يمكن أن تكون التدابير المتخذة على مستوى الولايات خطيرة للدفاع ضد هجوم مسلح خارجي بشكل مؤكد على سكانها المدنيين. ويتجاوز تجنب هذه المخاطر والأضرار التي يمكن أن تحدث في حالة معينة إمكانات الولايات، إذا استلزم الأمر ضمان دفاع الدولة الفعال الذي يساعد على حماية النظام الديمقراطي الحر، ويحمي أيضا الحقوق الأساسية.

3.ب) بصدور القرار لصالح الدفاع العسكري (الفقرات 2 و 87/أ و 115/أ والتي تليها من المادة 14 من القانون الأساسي)، أقر القانون الأساسي بأن مجال الحماية المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، لا يشمل التدايعات المترتبة عنه على السكان المدنيين، في الحالة التي يتطلب فيها الأمر استعمال الدفاع العسكري، وفقا للقانون الدولي ضد عدو عسكري.

### القرار الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 29 أكتوبر 1987

تتعلق طعون الحماية المتراكمة من أجل إصدار قرار مشترك بخرن الأسلحة الكيميائية في أراضي جمهورية ألمانيا الفيدرالية.

### الحكم 64

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 342/19

### يتعلق بفينكير-السجن الاحتياطي

يمكن وفقا لمبدأ التناسب الدستوري أيضا، في حالات وجود مذكرة اعتقال صادرة على أساس الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية، وإمكانية إصدار قرار بإطلاق السراح مؤقتا حسب منطوق المادة 116 من نفس القانون.

### القرار الصادر عن الغرفة 1 بتاريخ 15 دجنبر 1965

تنص الفقرة 4 من المادة 112 من قانون الإجراءات الجنائية<sup>17</sup> على:

يمكن أيضا أن تصدر مذكرة اعتقال احتياطي أثناء التحقيق، حتى إذا لم يكن هناك دافع لإصدار مذكرة اعتقال على أساس الفقرتين الفرعيتين 2 و3 ضد المتهم المدان بارتكاب جريمة ضد الحياة، وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 1 من المواد 211 أو 212 أو 220 من القانون الجنائي.

فيما يخص الترتيبات السابقة، فقد وسعت المادة 116 من قانون المسطرة الجنائية نطاق الحالات التي يمكن فيها أن يصدر إطلاق سراح مؤقت، ليس فقط بسبب خطر الهروب وإنما أيضا بسبب خطر الإخفاء والعودة إلى ارتكاب الجريمة، ويمكن أن يوقف تنفيذ الأمر بالاعتقال إذا أمكن تحقيق أغراض الاعتقال الاحتياطي عن طريق تدابير أقل تقييدا. ولم تذكر المادة 116 أي شيء عن الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية.

التساؤل حول ما إذا كان يمكن في الحالة التي يركز فيها الأمر بالاعتقال فقط على الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية إصدار أمر بإطلاق السراح المؤقت، وفقا للمادة 116، تمت مناقشته في الاجتهاد القضائي، وخاصة في القوانين المستمدة من الأحكام القضائية لمحاكم الولايات العليا؟

الطاعن (فينكير) هو أميرال متقاعد يبلغ في الوقت الحالي 76 سنة كان متهما بجريمة قتل. واتهم، عام 1944 عندما كان ملحقا بحريا في السفارة الألمانية بطوكيو، بأنه أمر بترك المقبوض عليهم، الذين تم ترحيلهم إلى ألمانيا، يموتون في الباخرة في حالة الغرق التلقائي. وقد تم إلقاء القبض على الطاعن يوم 11 غشت 1965 على أساس مذكرة اعتقال تم إصدارها يوم 9 غشت 1965 من طرف محكمة ولاية هامبورغو وعلى أساس الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية [...]

وأكد الطاعن أنه كان على علم بالتحقيقات التي كانت تجري ضده منذ 5 سنوات، وأنه كان رهن الإشارة في أي لحظة من لحظات سير المحاكمة. ولقد كان محترما دائما، ويتصرف دوما وفقا للتوجيهات المحددة التي أصدرتها المحكمة تنفيذا لأمر الاعتقال.

ويقوم طعن الحماية على أساس قانوني.

يتضح في المؤسسة القانونية للاعتقال الاحتياطي جليا، بأن التعارض قائم بين حق الفرد في الحرية الشخصية الذي يحظى بحماية، كما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي، والمادة 104 من القانون الأساسي، والحاجة الملحة إلى المتابعة الجنائية الفعالة. ولن

17. حاليا يندرج ضمن الفقرة 3 من المادة 112.

يكون التجريم الآني والمناسب للجرائم الخطيرة ممكنا تحقيقه في حالات كثيرة، إذا لم يتم منع السلطات المكلفة بالمتابعة الجنائية بدون استثناء من اعتقال واحتجاز المرتكبين المزعومين ما لم يتم النطق بالحكم.

ويعتبر من جهة أخرى التقييد الكامل للحرية الشخصية عن طريق الحجز في مؤسسات الاعتقال بمثابة عقوبة تسمح مبدئيا بفرضها دولة القانون على كل من تم الحكم عليه بسبب فعل يستوجب العقوبة من الناحية الجنائية. ولا تكون هذه التدابير ضد شخص متهم بارتكاب جريمة مقبولة إلا في حالات محدودة وبشكل استثنائي. ويعني هذا أنه فيما يخص قرينة البراءة يمكن أن تستبعد التهم الخطيرة ضد المتهم، ويكون ذلك بالسماح بفرض تدابير مسبقة بسبب آثارها الشبيهة بالعقوبة السالبة للحرية.

لم يتم سن هذا الافتراض للبراءة بشكل صريح في القانون الأساسي، لكنه يخص المبدأ العام لدولة القانون المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية للحقوق الأساسية، وفي القانون الوضعي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

ويمكن أن يتم الوصول إلى الحل الملائم لهذا التعارض بين كلا المبدأين الهامين على حد سواء لدولة القانون، من وجهة نظر المتابعة الجنائية. ولن تكون القيود المفروضة على حرية المتهم الذي لم تتم بعد محاكمته ضرورية ومناسبة كقيود تأديبية. ويعني هذا أن أمر وتنفيذ الاعتقال الاحتياطي لأغراض التحقيق يجب أن يكون خاضعا لمبدأ التناسب، كما يجب أن لا يتم قبول التدخل في الحرية إلا إذا كانت هناك من جهة شكوك قائمة على مسؤولية المشتبه به، تبعا لنقاط محددة تركز عليها الشكوك، وتكون من جهة أخرى، نظرا لاستحالة تحقيق ضمان حق المجتمع المشروع في استجلاء الحقائق بشكل تام من غير إلقاء القبض مؤقتا على المشتبه به، ونظرا للتجريم الآني لمرتكب الجريمة. وتكون أيضا إمكانية تحقيق أهداف أخرى للاعتقال الاحتياطي مستبعدة في جميع الأحوال، ولا يمكن أساسا أن يتم توقع حماية حق قانوني باستعمالها كما لو أنها عقوبة، والتي يجب أن تكون وظيفة من وظائف القانون المادي [...]

2. [...]

يحتل مبدأ التناسب في جمهورية ألمانيا الفيدرالية مرتبة دستورية. ويرتكز هذا المبدأ على مبدأ دولة القانون وعلى جوهر نفس الحقوق الأساسية، وهذه الحقوق تعبير عن الحق العام للمواطن في الحرية إزاء الدولة، ولا يمكن أن تقيد من طرف السلطة العمومية بشكل واسع. ويستفاد من المفهوم العام للحق الأساسي في الحرية الشخصية أن هذا الحق الأساسي يمثل قاعدة النظام القانوني العام، وتمنح الإمكانيات لتطور المواطن، ويقر القانون الأساسي بالتالي بأن حرية



الشخص المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي بأنها من الحقوق الأساسية «غير قابلة للانتهاك» [...]»

3. يجب في حالة التحقيق المتبع أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار الهدف المنشود كدافع حقيقي لتبرير الاعتقال الاحتياطي، الذي يُعتبر ضماناً لسير المحاكمة الجنائية وتنفيذ العقوبة لاحقاً، وإذا لم يكن ذلك ضرورياً لتحقيق هدف من هذه الأهداف فلا يمكن أن يعتبر متناسباً.

ولن يكون بالتالي غير مقبول - مبدئياً - الأمر به أو الإبقاء عليه أو القيام به. ويكون الهدف من إلقاء القبض لتفادي الإخفاء، أو الهروب وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية 2 من المادة 116 من قانون المسطرة الجنائية، ويروم تحقيق هذا الهدف بشكل واضح. ويتجاوز إلقاء القبض لتفادي حالة العود إلى ارتكاب نفس الجريمة المنصوص عليه في الفقرة الفرعية 3 من المادة 116 من قانون المسطرة الجنائية، ذلك أن حماية المجتمع بصفة عامة من جرائم أخرى، من وجهة النظر الوقائية للشرطة كافية لفرض الاعتقال الاحتياطي.

يمكن بالتالي أن يبرر ذلك بالنظر إلى أن الأمر يتعلق بحماية فئة من السكان تتطلب حماية خاصة من جرائم خطيرة تهددهم بشكل كبير، ويبدو أيضاً مناسباً لتحقيق هذه الأهداف أن تسند الحماية إلى السلطات الجنائية التي تتكفل بتوضيح الجريمة المرتكبة - وبالتالي إلى القاضي - وليس إلى الشرطة.

وتثير الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية التي تم إدراجها حديثاً في إطار دولة القانون اعتراضات، إذا تم تفسيرها في حالة وجود شكوك قوية حول ارتكاب جريمة ضد الحياة المشار إليها هناك، ويجب أن يفرض الاعتقال الاحتياطي لا أقل ولا أكثر أي بدون تقصي دواعي إضافية أخرى. لن يتوافق تفسير من هذا القبيل مع القانون الأساسي.

ويفرض مبدأ التناسب أيضاً أن يراعي القاضي من أجل تطبيق الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية الغاية من الاعتقال الاحتياطي. فلا تبرر جسامة الجرائم ضد الحياة، ولا جسامة المسؤولية (التي لم يتم تحديدها بعد) في حد ذاتهما إلقاء القبض على المتهم، وأحرى أن تبرر على أساس قلق السكان - الواضح إلى حد ما - الذين يعتبرون إطلاق سراح الجاني أمراً لا يطاق.

ويجب زيادة على ذلك أن تكون هناك ظروف تبرر الشكوك بأن عدم إلقاء القبض على المتهم سيعرض المجتمع للخطر. ولا داعي في مثل هذه الحالات لإثبات الاشتباه بالهرب أو الإخفاء من خلال وقائع محددة، وفي بعض الحالات واستناداً إلى ظروف القضية، فمجرد إمكانية الهرب أو الإخفاء يمكن أن تكون كافية.

وبنفس الطريقة يكون الشك في ارتكاب المتهم جرائم مشابهة أخرى كافياً لاستصدار أمر بإلقاء القبض. ويجب تحليل الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية بشكل وثيق مع الفقرة

2، ويبرر على هذا النحو - أمام جسامة الجرائم المشار إليها في القانون المعني - أن الدواعي الصارمة لإلقاء القبض (المخصوص عليها في الفقرة 2) يمكن أن يتم إضفاء المرونة عليها من أجل استبعاد إمكانية إفلات المجرمين خاصة الخطيرين منهم من العقاب.

4. تم التنصيص على خاصية من خصائص مبدأ التناسب في المادة 116 من قانون المسطرة الجنائية. وأسندت هذه المادة إلى القاضي واجب إثبات شبهة الفرار، أو الإخفاء أو العود إلى ارتكاب نفس الجرم في حالة الاعتقال، وتكون إمكانية تحقيق الغاية من الاعتقال الاحتياطي بصنف آخر من التدابير التي تقيّد الحرية بشكل أقل. إذا كان الأمر هكذا وجب على القاضي أن يعلق تنفيذ الأمر بإلقاء القبض.

وينتج من خلال النظر السابق المتعلق بالمفهوم العام لمبدأ التناسب في قانون السجون إمكانية فرض إلقاء القبض أيضا إذا ارتكزت مذكرة الاعتقال على الفقرة 4 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية. فلا يمنع النص الصريح للمادة 112 ولا معناها حتى في حالة جريمة ضد الحياة، أن يرتكز الأمر بإلقاء القبض على الفقرة 2، أو على الفقرة 3 في هذه الحالة.

وسيؤدي هذا إلى نتيجة غير متسقة تتنافى بوضوح مع مبدأ التناسب، بينما تتيح بهذه الطريقة المادة 116 أن يتم الاستغناء عن إلقاء القبض، حتى في حالة الخوف من الهروب أو الاختفاء، وفقا لمنطوق الفقرة 2 من المادة 112 من قانون المسطرة الجنائية (وهذا بدون أخذ جسامة الجرم المرتكب من طرف المتهم بعين الاعتبار).

وسيفهم من التفسير المذكور أعلاه أنه، في حالة وجود تهديد أقل من فرار المتهم أو اختفائه، سيستبعد كليا كافة التدابير الأقل تقييدا وحتى إذا كانت كافية لتحقيق الهدف من المحاكمة الجنائية. ويمكن إذا كان سيعرض تعليق الأمر بإلقاء القبض بسير المحاكمة الجنائية للخطر، لكن، على العكس من ذلك، إذا كان تعليق الأمر بإلقاء القبض، بالإضافة إلى فرض أعباء محددة وكافية، فعندئذ لا يمكن للقاضي أن يحافظ على الاعتقال.

## الحكم 65

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 45/20 يتعلق بكومانو 1005 :**

### السجن الاحتياطي

ينتهك الاعتقال الاحتياطي لمدة تتجاوز 5 سنوات، عندما يكون ممكنا تفاديه في إدارة العدالة الجنائية.

### حكم صادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 3 ماي 1966، يتعلق بطعن الحماية رقم 66/58

1. يظهر في المؤسسة القانونية للاعتقال الاحتياطي بشكل واضح التوتر القائم بين حق الفرد في الحرية الشخصية وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 2 والمادة 104 من القانون الأساسي، ومتطلبات المكافحة الفعالة للجريمة. ولا يمكن أن يتم تحقيق توازن عادل لهذا التوتر في إطار دولة القانون إلا إذا تم أثناء المتابعة الجنائية، وتم تطبيق القيود على الحق الأساسي للحرية - المعتبرة ضرورية ومناسبة - على من لم يحاكم بعد (والذي يجب بالتالي أن يعتبر كمتهم لم تثبت إدانته بعد).

ويعني هذا أنه لا يمكن أن يسمح بالتدخل في الحرية إلا في هذه الحالة، وبقدر استحالة ضمان ذلك بشكل آخر غير الاعتقال المؤقت للمشتبه به، وتكون المطالب الشرعية للمجتمع على مستوى الولايات تكمن في توضيح تام للحقائق وإيقاع سريع للعقوبة على الجاني (الحكم رقم 342/19 ص. 347 والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)<sup>18</sup>.

2. لا يكتسي مبدأ التناسب أهمية كبيرة فقط على مستوى مذكرة الاعتقال، وإنما يكتسيها أيضا على مستوى مدة الاعتقال الاحتياطي. ويجب على مستوى مدته أن يكون الاعتقال الاحتياطي مرتبطا مباشرة بالعقوبة التي يتوقع أن تفرض عليه. غير أنه يجب، بغض النظر عن العقوبة المتوقعة، أن يضع مبدأ التناسب حدودا لمدة الاعتقال.

ويجدر بنا أن نستحضر المادة 121 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على أن الامتثال للاعتقال قبل صدور الحكم المتعلق بنفس الفعل، لا يمكن أن يتجاوز مدة 6 أشهر، إلا عندما تبرر العراقيل الخاصة أو الوضع الاستثنائي للتحقيقات، أو أي دافع مهم آخر يحول دون إصدار الحكم، ولا يمكن أن يستمر الاعتقال إلا في ظروف محدودة، ويجب أن تفسر الأسباب غير العادية للفقرة 1 من المادة 121 من قانون المسطرة الجنائية تفسيراً تقييدياً، كما يتضح ذلك جليا من خلال منطوق القاعدة القانونية المبررة ومن خلال التاريخ التشريعي لهذا الحكم. ويمكن أن تستنتج الأهمية التي أولاهها المشرع لقرار تمديد الاعتقال قبل المحاكمة إلى ما بعد 6 أشهر أيضا من التأجيل، ويجب أن يصدر من محكمة الدولة العليا (الجريدة القانونية الجديدة، 1966، ص. 924).

في الحالة الراهنة، لا داعي للتأكيد على أن القانون الأساسي - كما أشار الطاعن إلى ذلك - قد وضع حدا بشكل مطلق للاعتقال قبل المحاكمة، ويمنع تأجيل الاعتقال أكثر من فترة زمنية محددة. على أي حال، فتمديد الاحتجاز قبل المحاكمة الذي يفوق بشكل غير عادي الأجل المنصوص عليه

18. انظر الحكم رقم 342/19 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية (في هذا المجلد).

في الفقرة 1 من المادة 121 من قانون المسطرة الجنائية، يتعارض مع الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي عندما يحدث الإفراط وأن لا تتخذ السلطات الجنائية والمحاكم كافة التدابير الممكنة والمعقولة، لكي يتم إجراء التحقيقات اللازمة بالسرعة المطلوبة.

وبالتالي، فمن أجل القيام بالمحاكمة الجنائية وضمان تنفيذ العقوبة لاحقا في سياق أحكام المحكمة الدستورية المذكورة آنفا، لم يعد بالإمكان اعتبار الحبس الاحتياطي أمرا ضروريا إذا كان تمديده راجعا إلى تأخير التحقيقات التي كان بالإمكان تفاديها.

تم إجراء التحقيقات ضد الطاعن دون هذه التمديدات.

## رابعاً: مساواة كل الأشخاص أمام القانون

### أ - مساواة كل الأشخاص أمام القانون

تنص المادة 3 من القانون الأساسي في:

**الفقرة 1:** كل الأشخاص متساوون أمام القانون.

**الفقرة 2:** يتمتع الرجل والمرأة بنفس الحقوق. وتشجع الدولة على الوصول إلى المساواة الفعلية في الحقوق بين النساء والرجال، وتسعى إلى إلغاء كل تمييز موجود<sup>19</sup>.

**الفقرة 3:** لا يمكن أن يؤذى أو يفضل أحد بسبب جنسه، أو نسبه، أو عرقه، أو لغته، أو موطنه، أو أصله، أو معتقده، أو دينه أو أفكاره الدينية أو السياسية. كما يمنع احتقار أي شخص بسبب إعاقته الجسدية<sup>20</sup>.

تساوي الأشخاص - المادة 3 (1) من القانون الأساسي:

(انظر أيضا الأحكام رقم 15/90 [195] و 97/13 [122] و 51/8 [68] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية في هذا المجلد).

19. تم تعديلها بتاريخ 1994/10/27.

20. تم تعديلها بتاريخ 1994/10/27.

## الحكم 66

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 302/26 يتعلق بقانون الضريبة على الدخل**

تكون مسطرة مراجعة الفقرة 1 من المادة 23 من قانون الضريبة على الضريبة بصيغة 15 غشت 1961 (الجريدة التشريعية، ص. 1254) - إحاطة - ومشروع مقرر مقدم من طرف المحكمة المالية لشتوتكارت بتاريخ 23 نونبر 1965 (63/952) تجبر المشرع مراعاة مبدأ المساواة الضريبية المنبثق عن الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي (الحكم 181/13 [202] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يشير تطبيق هذا المبدأ إلى مقارنة بين ظروف الحياة التي تكون متساوية في جميع الأمور، بل يشير إلى بعضها فقط. وظروف الحياة التي يجب من الناحية القانونية تناولها بشكل متساو، أو غير متساو أمر يقرره مبدئياً المشرع (من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، نفس المصدر السابق).

ويتمتع المشرع، فيما يخص مصادر الضريبة، بسلطة واسعة لاتخاذ القرار، وتنتهي هذه السلطة إذا لم يتوافق تناول الأمور التي تم تنظيمها بشكل متساو أو غير متساو مع وجهة نظر تنحو منحى مفهوم المساواة، حيث هناك حاجة ماسة أيضاً إلى سبب واضح للتعامل بنفس الطريقة أو بطريقة مختلفة، وإعادة النظر في احترام هذه الحدود الخارجة عن الحرية التشريعية (يمنع التصرف بشكل تعسفي) ولن تكون مسألة تخص المحكمة الدستورية الفيدرالية إلا إذا لم يجد المشرع الحل المناسب والمعقول والمتساوي في الحالات الفردية.

## الحكم 67

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 234/10****يتعلق بالعمو العام : قضية الدكتور بلاتو**

فيما يتعلق بمسألة تحديد أسباب العمو العام.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 15 دجنبر 1959 يتعلق بطعن الحماية رقم 55/10**

عندما يتم إصدار قانون العمو العام، لا تلزم الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي المشرع أن يمنح العمو العام على كافة السلوك المستوجبة للعقاب، ولا بالتعامل مع جميع الجرائم بنفس الطريقة. ولا يمكن المشرع أن يستثنى بعض الأعمال الإجرامية بالخصوص، بل أيضاً يمكنها أن يخضع بعض الحالات المعينة لقواعد خاصة.

كما يُسند للمشرع اتخاذ القرار بشكل مستقل بشأن أية جرائم فيها مصلحة عامة في أن يتم الاستجابة لها. كما يرجع أيضا لسلطة المشرع التقديرية تحديد مدى وجوب منح العفو العام عن هذه الجرائم؟ لا يمكن أن تراجع المحكمة الدستورية الفيدرالية قانون العفو العام لإثبات ما إذا كانت القواعد المنصوص عليها ضرورية أو مناسبة، بل لا يمكنها إلا التحقق من انتهاك المشرع لحدود التقييم الواسعة التي يخضع لها.

سيكون في قانون العفو انتهاك لمبدأ المساواة العام، إذا لم يوجه المشرع القواعد القانونية بناء على معايير العدالة بشكل مفتوح، ومراعاة للظروف الفردية، أي تكون فيها اعتبارات معقولة منبثقة عن طبيعة الأشياء، أو تصبح بديهية بشكل من الأشكال.

### الحكم 68

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 338/9 يتعلق بالحد الأدنى للسن للقابات

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 16 يونيو 1956 دعوى طعن الحماية 57/71**

بخصوص العملية المتعلقة بطعن الحماية التي رفعتها القابلة [...] ضد قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الصادر بتاريخ 22 نونبر 1956-1. ت 54/198

#### منطوق القرار

يرفض طعن الحماية.

#### الأسس

منعت الطاعنة من الاستمرار في مهنة القابلة بعد أن بلغت من العمر 70 عاما، في فاتح فبراير 1951 تحت طائلة العقوبة الجنائية [...]

وأعلنت الطاعنة ما يلي:

تشكل هذه القاعدة القانونية انتهاكا لما هو منصوص عليه في للفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي بدعوى أن نفس الوقائع - ممارسة مهنة المولدة ومهنة الطب - قد تم تنظيمها بنظامين داخليين بشكل متمايز، من جهة لا يوجد للأطباء أي حد أدنى للسن، ولا يوجد مع ذلك دافع مادي معقول ليكون هذا الاختلاف موضوعيا.

وإذا أراد المشرع أن يتخذ موقفا من القدرات الذهنية والبدنية للقابلات التي تنتقص عند بلوغ 70 عاما، فيجب عليه أن يطبق نفس الحد الأدنى من السن على الأطباء، ذلك أنه يكون بالتأكيد في حالة ولادة طبيعية عمل الطبيب والقابلة سواء بسواء، غير أنه في حالة حدوث المضاعفات يتدخل فيها الطبيب ويكون هو المسؤول الأول والأخير. وعلى أية حال فكلا الطرفين - المساعدة على الولادة من طرف المولدة أو الطبيب - على عكس رأي المحكمة الدستورية الفيدرالية لن يكونا مختلفين لأن الطبيب له استعدادات من نوع آخر، ولن يكون لهذا أي تأثير على قدرتهما الذهنية والبدنية. عندما يتعلق الأمر بتنظيم، من قبيل الحد الأدنى للسن، الذي يشمل النشاط المهني في مجمله، ويؤثر بهذه الطريقة على بنية المهنة برمتها، فيجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أساسا الصورة الكاملة لكل مهنة على حدة. ويكتسي هذا الأمر أهمية كبيرة بالقدر الذي يؤثر التنظيم القانوني لمهنة على بنية مهن أخرى.

ولا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار انتهاك المشرع لمبدأ المساواة عند تنظيمه لنفس الأمر بشكل مختلف لمهنتين، لأنه يجب أن يتم التعامل مع كلا المهنتين بشكل متساو، بعد القيام بتفسير واسع ومستفيض. ويجب بصفة عامة أن يتم الانطلاق من افتراض أن تعاملنا متباينا، يمكن أن يتوافق مع الدستور. وبهذا فتناول المشكل استنادا إلى أن الأمر يتعلق في هذه الحالة «بنفس العملية» من أجل البحث - بالرغم من هذه المساواة بصفة خاصة - إذا كانت توجد بصفة عامة اختلافات كافية لتبرير التعامل بشكل غير متساو من قبل المشرع، وبالتالي يمكن أن يكون خاليا من الحكمة.

ويكون ما وقع في هذه الحالة، بأن مهنا أخرى للصحة شأنها شأن مهنة الطب لا يمكن أن تقارن بشكل مناسب، وعند المقارنة في حالة الحد الأدنى للسن، بين مهنة القابلات ومهنة الطب نجد أن مهنتي الأطباء والقابلات بالتأكيد «مهنتين حرتين» لكن بنيتهما مختلفة بشكل أساسي. وقد تطورت مهنة الطب خلال فترة طويلة كمهنة حرة، ويتم تحديد صورتها الحالية كمهنة بشكل أساسي من خلال هذا التطور، وتميز بقدر كبير من المسؤولية الشخصية الخاصة لممارسة المهنة في حد ذاتها.

يمكن القول أيضا أن الأسس الخاصة لهذه البنية، على سبيل المثال: يكون التقييم الاجتماعي للإعداد الأكاديمي الخاص لم يعد له ذلك المدلول الذي كان لديه في السابق، رغم أن صورة المهنة في مجملها لم تتغير حتى الآن. سيكون من الصعب تحديد حد أدنى للسن دون إدراج معاش كبار السن، مما سيؤدي إلى تعديل المهنة في بنيتها العامة.

تختلف صورة مهنة القابلة بشكل ملحوظ عما كانت عليه حين تم تنظيمها حديثا في قانون الوظيفة، وتم تشكيلها كمهنة «حرة»، وكان القصد بالتأكيد في البداية واضحا لإدراج حد أدنى لسن التقاعد.

وانخفضت المخاطر الاقتصادية من الناحية القانونية لزمّن ممارسة المهنة، وأيضا لحالة التقاعد كنتيجة للعجز عن ممارسة الوظيفة.

تخضع ممارسة المهنة لتنظيم قانوني واسع وعميق، ينظم بشكل كاف نشاط القابلات. ويقرر النظام الداخلي للمهنة المبادئ ويجبر ممارسها على الامتثال بشكل صارم لدليل المبادئ التوجيهية في الرعاية الصحية أثناء الولادة، وسلوكهن العام والخاص على حد السواء. وتهدف الامتحانات المتواصلة والحضور الواجب للدورات إلى تجديد المعلومات وتعزيز ومراقبة المهارات المتخصصة. ويخضع أفراد هذه المهنة لمراقبة وإشراف دائمين لا يقتصران على الممارسة المباشرة للمهنة.

ولا يختلف هذا كله عن مهنة الطب إلا تدريجيا، فتحديد سن أدنى لتقاعد القابلات تلغي الحاجة، في كل حالة معينة على حدة، إلى تحديد الوقت الذي فقدت فيه القابلة القدرة على الاستمرار في أداء مهامها. غير أن إسقاط هذا التنظيم - المتجانس للقابلات - على مهنة الطب سينطوي على إخلال بنيوي بهذه المهنة. وتكون أكثر اتساقا مع الصورة التقليدية لممارسة الطب، على الأقل إذا ترك لكل طبيب المجال بشكل انفرادي للبت فيما إذا كانت صلاحياته قد تقلصت بحيث تحول دون ممارسته للمهنة وبحيث يكون هو نفسه من يتحمل النتائج المترتبة على ذلك [...]

ولا يوجد في هذه القضية أي انتهاك لمبدأ التناسب.

## ب - المساواة بين الجنسين

### الحكم 69

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 196/3

#### يتعلق بمعاشات الموظفين العموميين

الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 12 مارس 1975 يتعلق بطعن الحماية رقم 74/10

[...] في عملية الفحص بعدم دستورية المادة 141 من قانون الموظفين العموميين لولاية نوردرين - وستفالن بصيغته الصادرة بتاريخ في فاتح يونيو 1962 (الجريدة التشريعية، ص. 272) بقدر ما تجعل هذه الأخيرة، من حيث السبب والمدى، حق الأرمّل الباقي على قيد الحياة، الذي يملك شركة عائلية مع موظفة ماتت، في المعاش متوقفا على وجود حق النفقة الواجب على الأرمّل تجاه زوجته المتوفاة - تعليق ومشروع الحكم الصادر عن محكمة مونستر بتاريخ 19 أبريل 1974 (72/40212).



تعتبر الأجور والمعاشات في بنيتها وطابعها، كحقوق في النفقة، مستقلة وضرورية لا يمكن التخلي عنها - ولا يمكن أن ينكر حقوق النفقة مبدئياً لـ (الفقرة 3 من المادة 50 من القانون الإطار لتنظيم الموظفين العموميين) - وتكون علاقات العمل هي الوحيدة التي يضمن على أساسها العلاقات المهنية لفائدة المشغل، لكي يوفر الموظفون الذين يقع على عاتقهم رعاية أرواحهم وعائلاتهم ولأقاربهم بعد وفاتهم رفاها اقتصاديا، ويضمنون بهذه الطريقة التكريس المطلوب للخدمة، والقيام الأمين بالواجبات [...]

لكن إذا كانت القاعدة، وفقا لهذا، أن المشغل بعينه هو من يضمن نفقة لأرملة الموظف، حسب منصبه وارتباطا مع معاش التقاعد وبالتالي مع آخر أجر للمتوفى، كما يحدث مع مرتب الموظف ومعاش المتقاعد اللذين يعتبران مقابلا عن علاقة العمل ويحددان على أساس القدرة والأهلية والتخصص، وهما اللذان يضمنان أن مجال مهام الوظيفة العمومية تنبني على أساس شخصية الموظف وقواه العاملة، ولا يكلفان أرمل الموظفة أي نوع آخر من المبادئ.

ونقطة التحول هنا هي أنه من منظور الوظيفة العمومية، فإن نفقات تقاعد الموظف وعائلته ترتبط ارتباطا وثيقا بأجره وعلاقات عمله، ولن يكون في هذا الصدد أدنى فرق بين وضعية الموظف ووضعية الموظفة، يمكن من خلالهما أن يبرر التمييز بين نفقات الأرملة ونفقات الأرملة. فنفقات المعيشة خلال حياة الموظف التي يتم تحديدها على أساس المستوى العائلي هي ذاتها التي يتوفر عليها ورثته، بناء على معاش التقاعد الخاص بهم وبالتالي الأرملة أيضا.

تسمح الفقرتان 2 و3 من المادة 3 من القانون الأساسي بإقرار نفقة العائلات الأكثر قربا للموظفة، وتتساوى من حيث الشروط التي تكون للموظفين، ويكون ذلك أيضا بالتالي بعد وفاتها، ويجب على المشغل أن يضمن لها نفقة المعيشة المناسبة لأرملها الذي كانت تملك شركة زوجية معه وللأرملة على حد سواء.

## الحكم 70

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 327/48 يتعلق بالإسم العائلي للزوجين I

#### ي أ

ينتهك إقرار بأن كافة الأزواج الذين عقدوا قرانهم ما بين فاتح أبريل 1953 و30 يونيو 1976 ويستبعد إمكانية وضعهم أسماء الميلاذ للزوجة كأسماء للزوج وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي.

## القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 31 ماي 1978 يتعلق بطعن الحماية رقم 683/77

وتأخذ المرأة وفقا للمادة 1355 من القانون المدني المؤرخ 18 غشت 1896 (جريدة الرايخ الرسمية، ص. 195) عند إبرام عقد الزواج إسم الزوج العائلي.

بعد أن أعلنت المحكمة الدستورية الفيدرالية في قرارها الصادر بتاريخ 18 دجنبر 1953 أن مبدأ المساواة في الحقوق المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي مازال ساريا، وأنه طبقا للمادة 117 من القانون الأساسي، فإن كافة الأحكام في مجال قانون الأسرة التي كانت معارضة له تم إلغاؤها ابتداء من 31 مارس 1953 (الحكم رقم 225/3 [ص. 239 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وعدل المشرع المادة 1355 من القانون المدني الجاري به العمل إلى حد الآن من خلال قانون المساواة في الحقوق المؤرخ في 18 يونيو 1957 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، ص. 609) بحيث أصبحت المرأة من الآن فصاعدا تملك الحق في إضافة إسمها العائلي إلى الإسم العائلي للزوج (الفقرة 2 من المادة 1355 من القانون المدني). ويترك فيما تبقى الإسم العائلي للزوج ليكون هو الإسم العائلي للزوج (العدد 1 من المادة 1355 من القانون المدني).

ولا يتوافق العدد 1 من المادة 1355 من القانون المدني - في صيغتها القديمة - مع الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي. وتكون القاعدة بأن الإسم العائلي للزوج هو الإسم العائلي للزوج، يقصي إمكانية اعتماد الإسم العائلي للعازبة كاسم عائلي للزوج؛ فالزوج فقط هو من كان يعتمد اسمه العائلي كاسم للزوج. التساؤل عن ما هو الاسم العائلي الذي سيحتفظ به كلا الزوجين كاسم عائلي للزوج، مسألة يبت فيها القانون وذلك بالإحالة إلى الجنس فقط. وتمثل هذه القاعدة انتهاكا للحق الأساسي للمرأة المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي.

ولم يتم أيضا جبر هذا الضرر الذي يلحق المرأة لكونها تستطيع، أن تضيف اسم ميلادها إلى الإسم العائلي للزوج، في حين أن الزوج لم يكن مرخصا له، ولا مرغما على إشهار زواجه في اسمه العائلي، وينبغي بسبب الزواج أن يُحدث الإسم العائلي للمرأة تغييرا. وقد تعرضت المرأة لأنواع مختلفة من التعامل المرتبطة بالاسم العائلي للأطفال الشرعيين الذين أنجبتهم خلال زواجها، لأن الأبناء لا يأخذون وفقا للمادة 1616 من القانون المدني إلا الإسم العائلي للأب.

2. لا يمكن أن يبرر هذا التعامل المختلف للزوجين المنصوص عليه في العدد 1 من المادة 1355 من القانون المدني - في صيغتها القديمة - عن طريق التباين البيولوجي أو الوظيفي. ولن تتأثر المساواة بين الزوجين في إطار الوحدة العائلية أيضا بالإسم العائلي للأسرة أو للزوج. ليس هناك أدنى اختلاف حاسم بين المرأة والرجل يستلزم القاعدة المنصوص عليها العدد 1 من المادة 1355 من القانون المدني في صيغتها القديمة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم

59/10 [ص. 8] ورقم 337/15 [ص. 347] ورقم 329/21 [ص. 343] ورقم 1/31 [ص. 4] ورقم 169/39 [ص. 185 والتي تليها].

يعبر عن مسألة الوحدة العائلية بالاسم العائلي للزوج، ويؤسس ذلك في الأحكام القضائية بدعوى أن الزوج يمثل العائلة خارجيا، وتجب عليه واجبات ومهام داخل الأسرة، لا تشبه الواجبات والمهام المنوطة بالمرأة [...] ولا يمكن أن يتم الانطلاق من التمثيل الخارجي العام للزوجين من طرف الرجل، حيث يكون الرجل فقط يزاوّل نشاطا مهنيا في حين تكتفي المرأة بإدارة المنزل ورعاية الأطفال.

ويطبق هذا أيضا على كلا الزوجين الذين يمارسان نشاطا مهنيا. فولوج النساء المتزايد إلى عالم الشغل جعل الفكرة السائدة قديما تتراجع لصالح تقاسم المهام الطبيعية في الزواج وفي الأسرة عندما تهتم المرأة بحياتها المهنية، ولا تكتفي بأداء وظائفها الزوجية والأسرية.

3. يوجد أيضا مبدأ المساواة في الحقوق غير محدد في سياقه الحالي بضمانات دستورية أخرى (انظر الحكم رقم 59/10 [ص. 80] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وسيكون الأمر هكذا إذا فرضت الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي الحفاظ على هوية العلاقة الأسرية لحماية الأسرة، كما هو الحال بالنسبة للقواعد المتعلقة بالإسم العائلي المنصوص عليها في العدد 1 من المادة 1355 من القانون المدني - في صيغتها القديمة -، غير أن الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، لا تنص على حماية الإسم العائلي للأسرة عبر الأجيال. وتشير العائلة وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي أساسا إلى العائلة المرتبطة بشكل ضيق بالمنزل بما فيها الآباء والأبناء [...]

## الحكم 71

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 9/84 يتعلق بالإسم العائلي للزوجين II

لا يتوافق إقرار لقب عائلة الأب في الزواج مع مبدأ المساواة في الحقوق المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي، ويجب أن يكون بموجب القانون هو لقب الزوجين في حالة ما إذا لم يضع هؤلاء لقب عائلتهما قبل الزواج كاسم للزوجية (العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 1355 من القانون المدني).

القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 5 مارس 1991

## الحكم 72

**حكم المحكمة الدستورية رقم 369/53 يتعلق بالحق في يوم الراحة**

يتنافى ضمان الحق في يوم عطلة من أجل القيام بالأعمال المنزلية للنساء اللواتي يقعن على عاتقهن تحمل مسؤولية بالمنزل ولم يتم ضمان ذلك للرجال بالتساوي في ظروف متماثلة، مع الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 13 نونبر 1970 دعوى طعن الحماية 78/631**

يتعلق طعن الحماية حول دستورية المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن الصادر بتاريخ 27 يوليو، المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص الصادر سنة 1948 وأقر ضمان يوم راحة للنساء العازبات وليس للعمال الذكور الذين يجب عليهم القيام بأعباء المنزل.

تشير المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص إلى:

«يحق للنساء في كافة أنواع الشركات والإدارات، اللواتي يجب عليهن الاعتناء بالمنزل والعمل أن يتمتعن بمعدل 40 ساعة أو أكثر خلال الأسبوع بيوم عطلة في الشهر».

**أولا**

موضوع المراجعة الدستورية هو المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص، في التفسير الذي أعطته المحكمة الفيدرالية للقاعدة القانونية في قرارها الصادر عن كامل أجهزتها بتاريخ 16 مارس 1962 والذي استعمله أساسا كافة الأحكام القضائية اللاحقة. حسب هذا الحكم لكافة النساء في ولاية نوردرين وست فالن، بغض النظر عن حالتهم المدنية، الحق في يوم عطلة في الشهر إذا اشتغلن ساعات محددة ويملكن منزلا يعتنين به ويسيرنه بأنفسهن.

على العكس من ذلك لا ينص منطوق المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص، على الحق في يوم عطلة. للعمال الرجال من نفس الوضعية. وانطلقت المحكمة المختصة من هذه الوضعية القانونية أيضا بقضايا العمل في الحكم الذي يتم الطعن فيه من خلال طعن الحماية.

وتأتي المعايير المتعلقة بالمراجعة في الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي. ويكرس أمر مساواة الحقوق بين الرجل والمرأة، الذي تم الإعراب عنه هناك، ويمنع المبدأ العام للمساواة أن يقرر أي اختلاف بين الجنسين يؤدي إلى تمييز قانوني.

وعلى الرغم من ذلك، فإن هذا لا يستثني، وفقا للأحكام القضائية المتكررة للمحكمة الدستورية الفيدرالية، القواعد التي تميز بين الرجل والمرأة حسب ظروف حياة كل واحد منهما على أساس اختلافات موضوعية وبيولوجية ووظيفية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 225/3 [ص. 242] ورقم 9/5 [ص. 12] ورقم 59/10 [ص. 74] ورقم 337/15 [ص. 347] ورقم 329/21 [ص. 343] والتي تليها) ورقم 1/31 [ص. 4] ورقم 217/37 [ص. 249] والتي تليها) ورقم 213/43 [ص. 225].

ولا يستند على العكس من ذلك التعامل المختلف المنصوص عليه في المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص - إذا تعلق الأمر على الأقل بأشخاص وحيدين - إلى اختلافات موضوعية.

## ثانيا

تحدد أحكام المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن، المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص، مَنْ يُضمن لهن الحق في يوم عطلة فقط على أساس اختلاف الجنس، مما يؤدي إلى تمييز غير مقبول من الناحية الدستورية.

يهدف ضمان الحق في يوم عطلة إلى منح المرأة العاملة إمكانية القيام بأعمال يصعب إنجازها. إلى جانب الأنشطة المهنية اليومية والمنزلية، خاصة منها أشغال الغسيل والنظافة الأكثر اتساعا.

2. يمكن للرجل في هذه الحالة أن يأخذ العيب المضاعف للنشاط المهني والمنزلي بعين الاعتبار. ويسري هذا خاصة على غير المتزوجين الذين يجب عليهم الاعتناء بمنزلهم الخاص، ذلك لأنه في حالتهم يقع على عاتق الشخص نفسه ممارسة النشاط المهني والقيام بالواجبات المنزلية.

وحتى إذا كان ما يقع على عاتق العمال غير المتزوجين من عبء مضاعف للعمل - المهني والمنزلي - فإن هذا لا يبرر تمتيعهم بمعاملة تمييزية عن العاملات غير المتزوجات بتخصيص يوم العطلة. لا تؤثر الاختلافات الموضوعية البيولوجية والوظيفية (تقاسم الأعمال) بشكل حاسم هنا على تنظيم العلاقات، لدرجة أن العناصر الماثلة ينبغي أن تأتي في المقام الثاني، بحيث يكف التنظيم القانوني عن تصنيف نفسه على ضوء مفهوم «الخسارة» و«الامتياز» (انظر الحكم رقم 217/37 [ص. 249] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية مع مزيد من المراجع).

لا يلبي كون المرأة تقوم بأعمال منزلية الخصائص الخاصة بنات جنسها. إذا كان من المنتظر في هذا المجال أن تضطلع المرأة بدور رئيسي، فهذا راجع أساسا للمفهوم التقليدي، وإلى كون المرأة ملزمة بالقيام كليا، أو بشكل كبير بالأشغال المنزلية.

كما لا يمكن تبرير القاعدة المعمول بها بناء على مقاومة أقل من قبل النساء. لا داعي للتأكيد على أن النساء عموما يبدن مقاومة أقل إزاء المجهود البدني، أو أنهن يتعرضن أكثر من الرجال لمكابدة الأضرار الصحية. ولا يهدف على كل حال منح يوم راحة التعويض عن أوجه الضعف المحتملة في التكوين الجسدي للمرأة، ذلك أن هذا يتم تنظيمه - في نطاق الحياة المهنية - من خلال أحكام الحماية الخاصة المنصوص عليها في المواد من 16 إلى 19 من القانون المتعلق بأيام العمل.

وتمنح من خلال ضمان يوم للراحة إمكانية ووقت للمرأة العاملة - التي تتحمل العبء المضاعف للاضطلاع بالأعمال المهنية والمنزلية - للقيام بمهمة أشغال المنزل التي تتطلب وقتا أكثر من الوقت المتاح بعد يوم عاد من العمل. ولا يراعي التنظيم القانوني أداء الرجل المختلف عن أداء المرأة في الحياة المهنية، كما هو الحال بالنسبة للقانون المتعلق بأيام العمل كما يفهم ذلك من سياق أحكامه.

وتراعي الأحكام المتعلقة بأيام العطل المضاعف الذي ينطوي عليه الاضطلاع بالمهام المهنية والمنزلية. فالعامل الذي يعتني أيضا بمنزله يمكن أن يتأثر أيضا بهذا العبء المضاعف. ويكون حجم الأشغال المنزلية كبيرا، عندما يتم تدبير أشغال المنزل من طرف الرجل عوض المرأة. ولا يمكن لهذه العلة أن يتم تبرير - بناء على الاختلاف البيولوجي - منح الحق فقط في يوم عطلة المؤدى عنه للنساء [...]

### ثالثا

لا يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تعلن عن بطلان القاعدة القانونية المقررة في المادة 1 من قانون ولاية نوردرين وست فالن المتعلق بمنح وقت للراحة للنساء المسؤولات عن تسيير منزل خاص، بل يجب أن تحدد إثبات عدم دستوريته، وتبقى للمشرع كلما أتيحت له مختلف الطرق أن يضمن المساواة التي يأمر بها الدستور (انظر الحكم رقم 236/25 [ص. 252] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

### ج - منع التمييز بسبب الجنس والعرق والدين، الخ.

المادة 3 من القانون الأساسي تنص في:

**الفقرة 1 :** كل الأشخاص متساوون أمام القانون.

**الفقرة 2 :** يتمتع الرجل والمرأة بنفس الحقوق. وتشجع الدولة على الوصول إلى المساواة الفعلية في الحقوق بين النساء والرجال، وتسعى إلى إلغاء كل تمييز موجود.

**الفقرة 3 :** لا يمكن أن يؤذى أو يفضل أحد بسبب جنسه، أو نسبه، أو عرقه، أو لغته، أو موطنه، أو أصله، أو معتقده، أو دينه أو أفكاره الدينية أو السياسية. كما يمنع احتقار أي شخص بسبب إعاقته الجسدية.

### الحكم 73

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 334/39

#### يتعلق بولوج المتطرفين للوظيفة العمومية

#### القرار الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 22 ماي 1975

لا يمكن لأي أحد وفقا للفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي «أن يتعرض للأذى، أو أن يحظى بامتياز بسبب قناعاته السياسية». وبهذا تم إضفاء الصفة الرسمية بصفة عامة على مبدأ المساواة المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي، ويمنع اتخاذ التوجهات السياسية كمنطلق للتمييز أو منح امتيازات. غير أن هذا لا ينتقص من واجب إخلاص الموظف العمومي المنهمك على ممارسة الوظيفة العمومية والآثار المترتبة على ذلك إلى:

أولا، لا يقبل أن يكون فقط المنع المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي «متعلقا» بالعقيدة السياسية، وإنما يتعلق أيضا هذا على المفهوم السياسي وممارسته. ويتعلق بالتالي على حرية التعبير وممارسة هذا العقيدة السياسية بالحقوق الأساسية، خاصة منها الحق في الحرية الذي ينطوي على تطوير نشاط معين، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرات 1 و4 و5 و8 و9 من المادة 2 من القانون الأساسي. وتكون حدود هذه الحقوق مقيدة ولا يتم الحفاظ عليها، ويمكن للمشرع أن يضعها لدى تطبيقه للفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي.

ومن ثم لا ينبغي أن يتم التغاضي عن كل ما تم تحديده في الفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي. ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار بأنه لن يُسمح بعدم مراعاة قناعات معلم عند تشغيله في مدرسة دينية، أو تفضيل المرأة عند تقلد منصب مدير مدرسة للفتيات، أو عدم تشغيل ألماني تربى في الخارج ولا يتقن اللغة الألمانية.

لا يمكن أن تبرر هذه القيود بدعوى أن الفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي لا تمنع إلا إلحاق الأذى أو منح الامتيازات «المقصودة» وإنما تمنع أن يحدث إضرارا أو تمييزا في الواقع

كنتيجة لقاعدة تروم تحقيق غاية مختلفة تماما، على سبيل المثال القواعد المتعلقة بالحماية التي ستصبح إما لحماية النظام الدستوري، أو الاستدلال فقط بطبيعة القضية (انظر الحكم رقم 155/7 [ص. 170] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا يمكن أخيرا أن تفسر قاعدة دستورية بمعزل عن الأحكام الأخرى. بل يجب من باب أولى أن تفسر ضمن السياق العام للدستور (انظر الحكم رقم 206/19 [ص. 220] ورقم 1/30 [ص. 19] ورقم 23/33 [ص. 29] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتم في هذا النطاق بدون أدنى شك استبعاد الدستور نفسه الذي حول بلا منازع جمهورية ألمانيا الفيدرالية، - بعد التجربة المرة مع ديمقراطية فيمار - إلى ديمقراطية قوية، قد عرض تسليم هذه الدولة بمساعدة الفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي إلى أعضائها (انظر الحكم رقم 1/30 [ص. 20] ورقم 36/28 [ص. 49] ورقم 36/13 [ص. 49] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

#### د - المحاباة المنتهكة لمبدأ المساواة

#### الحكم 74

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 28/8 يتعلق بأجور الموظفين العموميين

س

2. انتهكت أحكام قانون الأجور بشكل واضح الغاية ومضمون الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي، لأنها لم تراعى مجموعة محددة من الموظفين، فلا يمكن للمحكمة أن تحدد أجرة بناء على هذا القانون من خلال تفسير مستفيض للقانون [...]

3. إذا فضل المشرع بانتهاكه المادة 3 من القانون الأساسي فئة محددة من الموظفين، فيمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية عندئذ إما تعلن بطلان القاعدة القانونية التي تنص على التفضيل، أو تحدد عدم إدماج مجموعة بشكل خاص ينطوي على انتهاك للدستور، لكن لا يمكن لها أن تخصص فئات تم استثناءها بامتيازات، إذا لم تتمكن من إثبات أن المشرع قد اعتمد قاعدة من هذا القبيل على أساس المادة 3 من القانون الأساسي.

القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 11 يونيو 1958



**عرض المشكلة:** تم استثناء مجموعة من الموظفين من الزيادة العامة في الأجور من خلال القانون، الذي يتضمن انتهاكا سافرا لمبدأ المساواة. فهل يمكن الإعلان عن بطلان القاعدة القانونية التقييدية ؟

أعلنت المحكمة الدستورية الفيدرالية إلغاء قاعدة قانونية تقييدية في مراجعة دستورية مرسوم، لا يتضمن الامتيازات إلا لمجموعة من الأحزاب السياسية، وانتهك بذلك أحكام المادة 3 من القانون الأساسي، (الحكم رقم 273/6 والذي يليه من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) بدعوى أنه قد تم أخذ بعين الاعتبار كافة الأحزاب وفقا لمنطوق القاعدة الأخرى.

يتعلق الأمر على العكس من ذلك بقضية ذات خصائص خاصة: إذا فضل المشرع مجموعة من الأشخاص منتهكا بذلك المادة 3 من القانون الأساسي، ومع ذلك لا يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية مبدئيا أن تستعيد المساواة، وذلك بصياغة نص قانوني يدمج الأشخاص المستبعدين في النص القانوني.

ويرجع هذا على الأرجح إلى كون المشرع قد امتنع عن القيام بتنظيم قانوني إذا اعترف لدى ممارسة سلطته التقديرية بامتداد المادة 3 من القانون الأساسي. ويجب أن يراعي قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الذي يستند إلى المادة 3 من القانون الأساسي على السلطة التقديرية للمشرع قدر المستطاع. وهذا هو الحال بالنسبة للقوانين التي تؤثر على مجموعة من الأشخاص بانتهاك هذا الحق الأساسي والتي يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تعلن بطلان القانون المعني وتترك للمشرع إمكانية إصدار قاعدة قانونية أخرى مفتوحة وتشمل كل الأشخاص المعنيين.

لكن إذا منح قانون امتيازاً لمجموعة محددة من الأشخاص وانتهك المادة 3 من القانون الأساسي يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية، إما أن تعلن إلغاء القاعدة القانونية التمييزية، وإما أن تحدد الحالة التي اقتضت على مجموعة محددة من الأشخاص - أي تقصير المشرع - التي تنطوي على انتهاك للدستور. ويمكن في كلتا الحالتين أن توجه من الناحية الشكلية المشرع أن يضع قانوناً جديداً يأخذ بعين الاعتبار مبدأ المساواة.

وعلى العكس من ذلك، فإن الحكم الذي يعلن عن إلغاء جزء من القاعدة القانونية، على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 21 فبراير 1957 (الحكم رقم 273/6 والذي يليه من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) لا يقبل إلا إذا تمكنت المحكمة الدستورية الفيدرالية من الإثبات اليقيني، بأن المشرع راعى المادة 3 من القانون الأساسي في الجزء المحتفظ به، بمعنى أن القانون كان سيسري بشكل لا يقبل التغيير على كافة المجموعات التي يجب أخذها بعين الاعتبار وفقاً للمادة 3 من القانون الأساسي.

وهذا ما كان مفترضاً في القرار المذكور، فالأمر يتعلق بمرسوم يفرض بموجبه على ما يبدو القانون الذي يستند إلى المرسوم المذكور مراعاة كافة الأطراف على حد سواء (نفس المصدر السابق، ص. 281)، غير أن الحكومة الفيدرالية التي أصدرت المرسوم كانت قد نظمت تعاملات تمييزاً إزاء الأطراف فقط لأسباب شكلية من أجل تسهيل التطور التقني أساساً، وليس من أجل استثناء مجموعة معينة من التنظيم. غير أنه في هذه القضية لم تكن هناك ظروف كهذه أو مماثلة لها.

### خامساً : حرية المعتقد والضمير والحريات الدينية

المادة 4 من القانون الأساسي تنص في :

**الفقرة 1 :** لا تنتهك حرية العقيدة، والضمير، ولا حرية اعتناق أي دين أو أيديولوجية.

**الفقرة 2 :** تضمن حرية ممارسة العبادة.

**الفقرة 3 :** لا يمكن أن يُجبر أي شخص ضد ضميره على القيام بالخدمة العسكرية المسلحة. وتنظم بقانون فيدرالي.

### الحكم 75

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 98/32

#### يتعلق برفض تقديم المساعدة لأسباب دينية

بخصوص الأثر الإشعاعي للحق الأساسي في حرية المعتقد وعلاقته مع تطبيق العقوبة بسبب إغفال واجب تقديم المساعدة وفقاً للمادة 330 من القانون الجنائي<sup>21</sup>.

#### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 19 أكتوبر 1971

ينتمي الطاعن وزوجته إلى «الجماعة الإنجيلية للإخوان ..» وأصبحت الزوجة بعد وضع ابنها الرابع بنقص حاد في الدم فرفضت الخضوع للعلاج في المستشفى، وفقاً لتوصية الطبيب وخاصة منها الأمر بنقل دم إليها. كما أن زوجها امتنع عن محاولة إقناع زوجته لكي تستجيب لتوصية الطبيب. لذلك لم يتيسر تقديم العلاج الطبي لها فتوفيت، لكنها حافظت على وعيها إلى آخر رمق.

21. حالياً الفقرة ج. من المادة 323.

[...] وقد أدانت محكمة ولاية أولم الطاعن بموجب القرار الصادر بتاريخ 14 يناير 1965 استنادا إلى عدم أداء واجب تقديم المساعدة بغرامة قدرها 20 مارك ألماني، أو بعقوبة بديلة تقدر بعشرة أيام سجنا.

تم إثبات هذه الظروف الواقعية الآتية أمام المحكمة:

[...] اعترف الطبيب بوجود خطر على حياتها ونصح كلا من الطاعن وزوجته بنقلها إلى المستشفى لكي يتم نقل دم لها، ووضح لهما أنها قد تتعرض لخطر الموت إن لم تخضع لهذا النوع من العلاج. وقد أبان الطاعن للطبيب أن زوجته ستتعاوى من جديد دونما حاجة إلى العلاج الطبي إذا دعى الله، وتمسكا بعقيدتهما وأكدوا أنهما مؤمنان وأنهما يصدقان كلام الله ويثقان به. وأنه أيضا كان ضد الخضوع للعلاج الطبي. بعد ذلك توجه بالكلام إلى الزوجة، ووضح لها أنها إذا رغبت يمكنها أن تذهب إلى المستشفى ذلك أن الكتاب المقدس ينص على ما يلي:

«إذا أصيب أحد بمرض ما، وجب عندئذ استدعاء شيوخ القبيلة وطلب الدعاء منهم، ذلك أن الصلاة ستساعد المريض على الشفاء».

وأكدت زوجة الطاعن أنها ترفض اللجوء إلى العلاج الطبي، وطلبت إحضار أخ من طائفتها الدينية لكي يصلي من أجلها وقد تحقق لها مرادها. لكن لم يمر سوى زمن قصير بعد ذلك فاضت روحها.

## أولا

لا يجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية في إطار طعن الحماية أن تعيد النظر بالكامل في أحكام المحاكم العادية (الحكم رقم 198/7 [ص. 207] ورقم 302/17 [ص. 304] ورقم 58/18 [ص. 92] والتي تليها) ورقم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يجب في هذه الحالة أن تراجع الأحكام إلا إذا راعى الحكم المذكور تفسير وتنفيذ الحكم الجنائي المنصوص عليه في الفقرة ج. من المادة 330 من القانون الجنائي آثار الحقوق الأساسية على هذا القانون.

ويشير إعادة النظر في الحكم المطعون فيه إلى أن هذا الأخير يتدخل بشكل غير مقبول في الحق الأساسي للطاعن خاصة منه حرية المعتقد والضمير (الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي)

[...]

2. ففي الدولة التي تمثل فيها كرامة الإنسان قيمة عليا، التي يندرج فيها بشكل مماثل حرية الاختيار الحر للفرد لقيم طائفة دينية، لأن حرية المعتقد تضمن للأفراد مجالا قانونيا خاليا من

تدخلات الدولة، ويمكن أن يختاروا في إطاره نمط الحياة المناسب لقناعاتهم. وتتجاوز في هذا الصدد حرية الضمير التسامح الديني أي قبول المعتقدات الدينية والقناعات غير الدينية (الحكم رقم 1/12 [ص. 3] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا تشمل حرية المعتقد والضمير بالتالي فقط الحرية (الداخلية) في الاعتقاد أو عدم الاعتقاد بل أيضا الحرية الخارجية في إظهار المعتقدات وخلق الوعي بها ونشرها (الحكم رقم 236/24 [ص. 245] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويندرج ضمن هذا أيضا حق الفرد في توجيه سلوكه على أساس تعاليم دينه والتصرف وفقا لقناعاته الداخلية. وبالتالي لا تحظى المعتقدات المرتبطة بالمبادئ الإجبارية بالحماية عن طريق حرية المعتقد. وتمتد أيضا لتشمل القناعات الدينية التي لا تتطلب في حالة معينة بالضرورة رد فعل ديني بشكل خاص، لكنها تعتبر رد هذا الفعل هو الأفضل، وهو الوسيلة المناسبة لتجاوز هذا الوضع وفق القناعات الدينية. ولا يمكن بطريقة أخرى تطوير الحق الأساسي في حرية العبادة بشكل كامل.

3. حرية العبادة غير مضمونة بشكل مطلق.

أ) لا تسري عليها قيود الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي ولا قيود الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي.

تؤكد الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي على حرمة حرية المعتقد والضمير والعبادة (انظر الحكم رقم 1/12 [ص. 4] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وهذه المادة عبارة عن قاعدة خاصة تتعلق بالفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي.

وتتناهى الفكرة التي تقول بأن حرية العبادة ستكون مقيدة بحقوق الآخرين، وبالنظام الدستوري والتعاليم الأخلاقية مع الطابع الثانوي للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، ومقيدة إزاء الحق في الحرية الفردية الذي أقرته الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية مع مزيد من المراجع).

ب) تنطلق ضمانات الحرية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، مثلها مثل كافة الحقوق الأساسية، من مفهوم الكائن البشري الذي يحدده القانون الأساسي، أي الكائن البشري الذي يمثل شخصية مسؤولة عن نفسها، والذي يتطور بحرية داخل المجتمع. وتسمح علاقة الإنسان بالمجتمع التي يقرها القانون الأساسي بوضع بعض القيود الخارجية على الحقوق الأساسية التي يتم ضمانها بدون أدنى تحفظ.

غير أن القيود المفروضة على حرية العبادة - (انظر الحكم رقم 32/6 [ص. 36 والتي تليها] ورقم 50/23 [ص. 55 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية شأنها شأن الحرية الفنية (انظر الحكم رقم 163/30 [ص. 193] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - لا يمكن تحديدها إلا بالدستور نفسه.

بما أن المشرع العادي لم يقر أي تحفظ على حرية العبادة، فإنه لا يمكن أن يتم تمويهها من خلال قانون عادي، أو عن طريق بند غير محدد يتناولان، دون الاستناد إلى الدستور، ودون التيقن من عبارات مفهوم دولة القانون، وتستحضر المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الممتلكات المطلوبة لقيام المجتمع على مستوى الولاية.

ويجب بالإضافة إلى ذلك أن يراعى من أجل حل النزاعات في إطار ضمانات حرية العبادة معايير نظام القيم الدستورية والاعتناء بوحدة نظام هذه القيم الأساسية. وكجزء لا يتجزأ من نظام قيم الحقوق الأساسية.

تكون حرية العبادة خاضعة لمبدأ التسامح، ومرتبطة بشكل خاص بكرامة الإنسان التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي والتي تفرض نفسها كقيمة عليا ضمن نظام قيم الحقوق الأساسية برمتها (انظر الحكم رقم 32/6 [ص. 41] ورقم 1/27 [ص. 6]، يراجع أيضا الحكم رقم 173/30 [ص. 193] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وهذا يعني أن الأنشطة والسلوكيات المنبثقة عن ممارسة شعائر دين معين، لا يمكن أن تخضع لأدنى عقوبة من العقوبات التي تقرها الدولة على سلوك محدد، والتي تم تنظيمها بغض النظر عن مبرراتها المذهبية. ويكون الأثر البارز للحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي هنا ساريا، بحيث يمكن أن يؤثر على شكل ومدى العقوبات المحتملة على مستوى الدولة.

وهذا يعني في إطار للقانون الجنائي أنه:

يمكن أن يدخل من ثم تعيينه في حالة محددة بسبب قناعاته للقيام بأفعال، أو الامتناع عنها في نزاع مع المعتقدات الأخلاقية التي تسود في المجتمع، ومع الواجبات القانونية التي ترتكز عليها. وإذا ترتبت عن هذا السلوك جريمة يعاقب عليها القانون وفق التفسير المعمول به، فيجب عندئذ التساؤل على ضوء الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي عما إذا كان التجريم يمثل للمفهوم الذي يوجه العقوبات على مستوى الدولة في ظل الظروف الخاصة للقضية.

ولا يتمرد مرتكب جريمة من هذا القبيل ضد النظام القانوني للدولة لعدم إيمانه بالقانون؛ فهو يهدف إلى أن يتم ضمان الحقوق القانونية التي تحظى بالحماية عن طريق العقوبات الجنائية،

لكنه يقحم نفسه في موقف متطرف يتنافى فيه النظام القانوني العام مع تعاليم ديانته الخاصة،  
ويجد نفسه هنا مرغما على اتباع تعاليم دينه.

إذا استدعى الأمر أن يرفض هذا القرار بشكل موضوعي، وعلى أساس المفاهيم السائدة بصفة  
عامة في المجتمع، فمن الصحيح أنه لا يمكن أن يتابع بناء على القانون الجنائي على هذا السلوك  
بالقدر نفسه الذي يُشهر به في وجه المتهم السلاح العتيد الذي يوجد في حوزة المجتمع، لأن  
العقوبة الجنائية - بصرف النظر عن مداها - ليست مناسبة في هذه الحالة بأي شكل من الأشكال  
(التعويض والوقاية وإعادة إدماج المجرم اجتماعيا).

ويكون واجبا على السلطات العمومية أن تحترم جميع القناعات المذهبية بمجملها المستمد من  
الفقرة 1 من المادة 4 من القانون، ويجب أن يفضي في جميع الأحوال إلى ارتداد القانون الجنائي  
في حالة ما إذا انطوى النزاع المعين على نزاع روحي بين الواجب القانوني القائم طبقا للمفهوم  
العام، والمبدأ المشمول بمعتقدات الجاني الذي يُصنّفه كمخالف للقانون إزاء التجريم ناشرا بذلك  
رد فعل اجتماعي ينتهك كرامته الإنسانية.

4. ينتج عن تطبيق هذه المبادئ على القضية الراهنة بأن محكمتي الدولة، والمحكمة العليا لم  
تعرفا الأثر البارز للفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي على تفسير وتطبيق المادة 330  
من القانون الجنائي. ولهذا لا يمكن معاتبة الطاعن على الامتناع عن إقناع زوجته بأفكار تتنافى  
ومعتقداته المذهبية.

## الحكم 76

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 236/24 يتعلق بعملية

#### « جمع المواد المستعملة» بقصد التبرع بصيغة دينية

لا يسري الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي فقط على  
الكنائس والطوائف الدينية أو العقائدية، وإنما يسري أيضا على كل الجمعيات التي لا تهدف  
إلى تعزيز الحياة الدينية والعقائدية لكافة أعضائها، والجمعيات التي لا تهتم إلا بمظهر جزئي  
من مظاهرها.

تضمن أيضا الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي الحق في جمع التبرعات لأغراض دينية  
أو للكنيسة. ويطبق هذا أيضا على الأنشطة - المصطلح بها في إطار الحياة الدينية العادية - على  
سبيل المثال القاء الخطب من فوق المنابر لدعم المبادرات السالفة الذكر.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 16 أكتوبر 1968 دعوى طعن الحماية  
رقم 66/241**

[...] بخصوص الإجراء المتعلق بدعوى طعن الحماية التي رفعتها حركة شباب الكاثوليكية الألمانية [...]

في أوائل عام 1965 قامت الطاعنة في كافة الأقاليم الفيدرالية بعملية «الخنز الرابع» الذي يهدف إلى جمع الملابس المستعملة والأواني القديمة والورق المستعمل، ثم قامت ببيعها للتجار. وربحت بذلك بضعة ملايين مارك ألماني من أجل توجيه أرباحها للشباب في البوادي للمجتمعات المتخلفة.

وقد تم الإعلان عن الأنشطة الفردية من خلال منابر الكنائس والإعلانات عبر الصحافة. [...] فأدانت محكمة ولاية برينتنبرون الطاعنة بسبب امتناعها عن عدم الإعلان عن عملية جمع الأشياء المستعملة من منبر الكنيسة.

وقد تم التنصيص على الحق الأساسي في حرية ممارسة الشعائر الدينية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 4 من القانون الأساسي، ولا يشمل فقط مفهوم حرية المعتقد والضمير أساسيا المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي. - بغض النظر عما إذا كان الأمر يتعلق بمذهب ديني أو بمعتقد غير ديني لا علاقة له بالدين - حرية الاعتقاد أو عدمها أي قبول أو رفض مذهب معين، أو التخلي عن القناعات الحالية، واعتناق قناعات أخرى، وإنما أيضا حرية العبادة والإشهار والدعاية (الحكم رقم 1/12 [ص. 3 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتعتبر في هذا السياق ممارسة الشعائر الدينية جزء لا يتجزأ من حرية المعتقد والضمير التي يتمتع بها الأفراد والجمعيات الدينية والإيديولوجية (الحكم رقم 129/19 [ص. 132] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وكانت حرية ممارسة الشعائر الدينية منذ عهد دستور فيمار على الأقل مندرجة ضمن حرية المعتقد [...]

بما أن «ممارسة الشعائر الدينية» يندرج في إطار مفهوم مركزي لكل عقيدة ومذهب، فيجب أن يفسر هذا المفهوم تلقائيا إزاء مضمونه التاريخي. ويندرج بالتالي ضمن ممارسة الشعائر الدينية، والأعمال التعبديّة وممارستها وأداء المناسك الدينية كالقداس والقيام بجمع التبرعات من الجمهور، والقيام بالصلوات وتلقي القرابين والقيام بالمواكب ونشر الرايات واللافتات الدينية وقرع الأجراس ويندرج فيها أيضا التربية الدينية والاحتفالات الإلحادية واللايدينية، ومظاهر الحياة الدينية والإيديولوجية.

ولا يتمتع بالحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي فقط الكنائس والطوائف الدينية والإيديولوجية، وإنما تتمتع به أيضا الجمعيات التي لا تهدف إلى الدعم الشامل، والجزئي للحياة الدينية والإيديولوجية لأعضائها.

وتندرج جمع التبرعات لأغراض دينية والدعاية من على المنبر من أجل بلورتها - خيرية - التي قامت بها الطائفة ضمن ممارسة الشعائر الدينية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 4 من القانون الأساسي.

من أجل تقييم الأمور في الحالات الفردية التي تعتبر كممارسة للشعائر الدينية والعقائدية لا يمكن أن يستبعد تصور الطوائف الدينية والعقائدية لنفسها. فالدولة بالطبع، هي التي يجب عليها أن تحافظ على الحياد الديني.

يجب أن تفسر مبدئيا المصطلحات الدستورية على أساس وجهات نظر محايدة، غير دينية وغير مرتبطة بإيديولوجية معينة، ويسري هذا الحياد على الجميع (الحكم رقم 59/10 [ص. 84 والتي تليها] ورقم 45/12 [ص. 54] ورقم 1/19 [ص. 8] ورقم 226/19 [ص. 238 والتي تليها] ورقم 268/19 [ص. 278 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لكن إذا استلزم النظام القانوني في مجتمع تعددي فهما ذاتيا ودينيا وإيديولوجيا كما هو الشأن لحرية العبادة، فإن الدولة ستنتهك الحق في الاستقلال الذاتي الذي يكفله الدستور للكنيسة وللطوائف الدينية والإيديولوجية، وأيضا الاستقلال في المجالات الخاصة بها، إذا لم تأخذ بعين الاعتبار، تفسير ممارسة الشعائر الدينية التي تأتي بناء على معتقد معين أو إيديولوجيا محددة، وتصور الذي يكون لهذه الأخيرة عن نفسها (الحكم رقم 385/18 [ص. 386 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ووفق المفهوم الذي تشارك فيه الكنيستان الكاثوليكية والإنجيلية، فإن ممارسة الشعائر الدينية لا تشمل فقط مجال العقيدة والخدمات، بل تشمل أيضا حرية تطورها والتصرف في العالم بما يتناسب مع وظائفها الدينية، والرهبنة [...]

لا يكتسي أية أهمية فحص بعدم الدستورية «عملية الخزن الرابع» كنشاط في مجال الممارسة الدينية، والتأكد منه كنتيجة للأعمال الخيرية، فإن 90% من جامعي النفايات كان عليهم ترك أعمالهم. بصرف النظر عن كون جمع الطائفة للتبرعات، ويكون وفقا لفحص محكمة الدولة التي تعتبرها المحكمة الدستورية الفيدرالية كمختصة إلى يومنا هذا، مقبولا حتى بالحجم الذي تم القيام به، ويكون تحديد ما إذا كان تقهقر صناعة التخلص من النفايات راجع إلى التغيرات البنوية في الاقتصاد بشكل عام، أو أن التغيير في بنية هذا القطاع الاقتصادي يعود إلى جمع الأموال لأغراض



خيرية. ويكون حق رجل أعمال الدستوري والشخصي، في الحفاظ على حجم ومدى أعماله، وفي أن تُضمن له إمكانيات إقامة مشاريع أخرى لا وجود له في اقتصاد قائم على المنافسة الحرة.

إذا كان جمع التبرعات الذي قامت به الطاعة يندرج ضمن ممارسة الشعائر الدينية التي تحظى بالحماية المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 4 من القانون الأساسي، فعندئذ يجب أن تأخذ محكمة الدولة بعين الاعتبار الأثر البارز لهذا الحق الأساسي في الوقت الذي تصف فيه الدعاية من على المنبر على أنه «عمل من أعمال المنافسة المخادع» [...]»

ومن أجل تفسير مفهوم «أعمال المنافسة عملاً مخادعاً» كان يجب بالتالي على المحكمة الفيدرالية أن تقيم أشكال المنافسة الخاصة القائمة بين المصنع و«المنافس له» الذي يتصرف في إطار ممارسته لدينه على أساس الحق القانوني ذو قيمة كبرى الذي تمثله حرية الممارسة الدينية. ولم يكن بوسع المحكمة بعد التثبت من هذه الحقائق، أن تعتبرها عملاً مخادعاً. وقامت محكمة الدولة بإدانة الطاعة.

ولهذا تلغي المحكمة الدستورية الفيدرالية الحكم وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 95 من قانون المحكمة الدستورية.

## الحكم 77

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 23/33 يتعلق برفض أداء القسم

ليس لأداء القسم في مفهوم واضعي الدستور، دون ذكر الله، أية دلالة ذات طبيعة سامية أو دينية. تحظى القناعة العقائدية، التي ترفض أيضاً أداء شاهد القسم دون ذكر اسم الله، بحماية الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي.

ينبغي تفسير الفقرة 1 من المادة 70 من قانون المسطرة الجنائية بطريقة متناسقة مع الدستور. ويجب، لهذا الغرض، أن يؤخذ بعين الاعتبار أيضاً بأن الحق الأساسي في حرية المعتقد المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي يمثل دافعاً قانونياً لرفض أداء القسم.

### القرار الصادر عن الغرفة الثانية في فاتح أبريل 1972

كان على الطاعن في الدعوى الجنائية أمام محكمة ولاية دوسيلدورف، وهو قس إنجيلي أن يدلي بشهادته كشاهد. واحتج بحقه في حرية المعتقد والضمير، ورفض أداء القسم لأنه يُمنع عليه، حسب أقوال المسيح عليه السلام في خطبة الجبل (إنجيل متى 5، من ص. 33 إلى ص. 34). أن يؤدي أي نوع من القسم.

وأعلنت محكمة ولاية دوسيلدورف في قرار صادر بتاريخ 28 أكتوبر 1968 بأن رفض أداء القسم لا مبرر له بناء على المادة 140 من القانون الأساسي، وذلك باتساق مع الفقرة 4 من المادة 136 من دستور فيمار المؤرخ 11 غشت 1911<sup>22</sup> وحكمت على الطاعن طبقا للفقرة 1 من المادة 70 من قانون المسطرة الجنائية بأداء غرامة قدرها 20 ماركا ألمانيا، وإذا تعذر ذلك، بالسجن لمدة 48 ساعة، وأيضا أداء المصاريف التي قد تترتب عن رفضه لأداء القسم.

وقد رفضت محكمة ولاية دوسيلدورف الطعن في هذه القرارات.

ثم رفع الطاعن دعوى طعن الحماية ضد قرارات محكمة الدولة والمحكمة العليا لولاية دوسيلدورف واعترض على انتهاك حقه الأساسي في حرية المعتقد والضمير، الذي يحظى بالحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي. وقد تم قبول طعن الحماية.

يعتبر أداء الشاهد للقسم، الذي يتم وفقا للفقرة 2 من المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية دون ذكر اسم الله طبقا لنظام القيم في القانون الأساسي، ويعتبر أداء القسم بمثابة أسلوب تأكيدي على صحة الشهادة، وليس له علاقة دينية مهمة، أو علاقة من نوع آخر. وتحظى القناعات الدينية للطاعن التي يتم الاعتراض عليه بدورها بالحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي. وبالتالي يسمح للطاعن أن يرفض أداء القسم، كما لا يمكن في نفس الوقت أن تنتهك ضمانات الحقوق الأساسية للطاعن عن طريق فرض أداء الغرامة أو تحمل المصاريف [...]

فلا يقبل الطاعن تبعا لقناعاته العقائدية التفسير الذي يفسر به الدستور، والقانون العادي المنظم لأداء القسم، الذي يعتبره الطاعن، ولو في شكله الحالي واللاذيني، كشط مرتب بالدين ويحرمه الله عليه حسب منطوق خطبة الجبل؛ فهو يحظى بحماية الحق الأساسي في حرية المعتقد، وفقا للفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي. ولذا رفض أدا القسم كشاهد لا «لدافع قانوني» وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 70 من قانون المسطرة الجنائية، وإنما لدافع ديني، وبالتالي لا يمنع عليه - وحتى بطريقة غير مباشرة عن طريق المتابعة القضائية - التصرف وفق ما يمليه عليه ضميره.

تضمن حرية المعتقد وفقا لما هو منصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي للفرد مجالا قانونيا يمكنه من تحديد شكل الحياة الذي يتناسب مع قناعاته (الحكم رقم 1/12 [ص. 3] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولا يندرج ضمن هذا فقط حرية الاعتقاد أو عدم الاعتقاد، وإنما يندرج فيه أيضا حرية الفرد في توجيه الفرد لسلوكه برمته بناء على

22. الفقرة 4 من المادة 136 من دستور فيمار: لا يُرغم أحد على أن يقوم بتصرف أو يقيم حفلا في الكنيسة أو يشارك في طقوس دينية أو أن يستعين بشكل من الأشكال بأداء اليمين الديني.

تعاليم دينه والتصرف وفق قناعاته الداخلية (الحكم رقم 98/32 [ص. 106] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب على الدولة أن تحافظ على الحياد الديني (الحكم رقم 385/18 [ص. 386] ورقم 206/19 [ص. 216] ورقم 236/24 [ص. 246] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) من منطلق مبدأ المساواة بين الكنائس والمذاهب العقديّة (الحكم رقم 1/19 [ص. 8] ورقم 236/24 [ص. 246] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويُستفاد عدم قدرة القوة العدديّة لديانة معينة وأهميتها الاجتماعية في القيام بأي دور. بل هي كتعبير نوعي عن كرامة الإنسان التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، وتحميه الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، أيضاً وكقناعات عقائدية، التي تنشأ بمعزل عن غيرها، أو التي تنأى عن تعاليم الكنيسة والطوائف الدينية.

ويمنع من هنا على الدولة أن تمنح الامتيازات لبعض الديانات (الحكم 206/19 [ص. 216] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) أو تقيم اعتقاد أو عدم اعتقاد مواطنيها (الحكم 1/12 [ص. 14] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا يجب أن ينظر إلى الحق في حرية المعتقد الذي يكفله القانون الأساسي من منظور نسبي، سواء من القانون العادي أو عن طريق شرط غير معين من شروط موازنة الحقوق القانونية التي لا يمكن أن توضع حدود عليها إلا من الدستور نفسه، وذلك وفقاً لمعايير نظام القيم، واستناداً إلى وحدة هذا النظام الأساسي للقيم (الحكم 1/12 [ص. 14] ورقم 98/32 [ص. 108] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتستثني بشكل خاص العلاقة الوثيقة التي تربط حرية المعتقد بكرامة الإنسان كقيمة عليا في نظام الحقوق الأساسية، الأنشطة والسلوكيات التي تنشأ إمكانيةً عن عقيدة معينة تطبق عليها العقوبات التي تقرها الدولة لهذه السلوكيات - إذا كانت هذه العقوبات لا علاقة لها بالحافز العقائدي - (الحكم رقم 98/32 [ص. 108] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ومن المعتاد أيضاً في الدولة التي تعتبر كرامة الإنسان قيمة دستورية عليا، وتضمن حرية المعتقد والضمير بدون تحفظ قانوني وتعتبر أيضاً كحق لا يمكن التنازل عنه، فإنه يمكن أن تتيح للمنزّلين والطائفيين حرية تطوير شخصيتهم، وفق قناعاتهم الشخصية، ما دامت لا تتعارض مع قيم الدستور الأخرى، وما دام سلوكهم لا ينطوي على أضرار محسوسة على المجتمع، أو على الحقوق الأساسية الأخرى.

2. أ) رفض الطاعن أداء القسم على أساس قناعة خاصة مستمدة من الكتاب المقدس. وأفصح، وفقاً لقناعاته، عن كون جميع أنواع القسم محظورة بأمر إلهي، ويمثل أداء القسم بهذه الصفة في مسألة سحرية تتعارض مع العقيدة المسيحية، وتنطوي على لعنة ذاتية في حالة نكث القسم. وتستند هذه القناعة على الكتاب المقدس (متى 5: 33-37). التي تحظى إلى حد ما بدعم من المنظومة اللاهوتية الجديدة (تم توثيقه من طرف هولدرغ بيتكي، (القسم والضمير وواجب بالاستجابة) [1965] وبالخصوص من طرف كولويتزر، ص. 7 وفورست، ص. 68 وما بعدها وباورنفايند، ص. 79 والتي تليها).

ولا يمكن بالتالي أن لا تؤخذ بعين الاعتبار الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، التي تمنع على الدولة أن تقيم قناعات المواطنين من هذا القبيل أو وصفها بأنها «صحيحة» أو «خاطئة».

2. ب) يعلق رفض الطاعن أداء القسم الباب أمام إمكانية تدخل الدولة في مجال المعتقدات الداخلية، ويدخل في نزاع مع الواجب الذي فرضه المجتمع على كافة المواطنين من أجل إقامة عدالة فعالة. ويعتبر المشرع أداء الشهود للقسم بصفة خاصة في المسطرة الجنائية بمثابة وسيلة لا يمكن الاستغناء عنها في جميع الأحوال للوصول إلى الحقيقة.

وينطلق بالتالي - خلافاً للأنظمة المسطرية الأخرى (انظر على سبيل المثال المادة 391 من قانون المسطرة المدنية) - في المادة 59 والتي تليها من قانون المسطرة الجنائية من مبدأ إجبارية أداء القسم الدستورية؛ بما أن القانون العادي في حد ذاته يُلزم الطاعن بأداء القسم.

فيجب أن يُدعى هذا الأخير للحق الأساسي الذي يسمح له برفض أداء القسم على أساس قناعاته، ويضمن له عدم إجباره، بشكل غير مباشر من خلال فرض عقوبة جنائية، بالقيام بأمور تتعارض مع معتقداته، وأيضاً عدم إخضاعه لأي تقييد منبثق عن نظام القيم في القانون الأساسي.

ولا يستمد تقييد من هذا القبيل من المادة 136 من دستور فيمار ولا من المادة 140 من القانون الأساسي، من خلال العلاقة التي تربط هذا الحكم من دستور فيمار والذي اعتمده القانون الأساسي بالحق الأساسي في حرية المعتقد، ولا تبرر التقاف المحكمة العليا التي ارتكزت في حكمها على الفقرة 4 من المادة 136 من دستور فيمار، الذي تم الطعن فيه بناء على إقراره إثبات أن كافة الأشخاص مطالبون في إطار القوانين الجاري بها العمل بأداء القسم بصيغة أخرى غير الصيغة الدينية.

واستمد واضعو الدستور حرية المعتقد والضمير من سياق المادة المتعلقة بكنيسة دستور الإمبراطور فيمار، وبدون أي تحفظ قانوني لجميع الحقوق الأساسية الملزمة في الكتالوج الموجود

في قمة الدستور (الحكم رقم 206/19 [ص. 216 والتي تليها] ورقم 236/24 [ص. 246] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب بالتالي أن تفهم المادة 136 من دستور فيمار على ضوء الصدى الكبير الذي كان (انظر المادة 135 من دستور فيمار)<sup>23</sup> للحق الأساسي في حرية الضمير والمعتقد، ونظرا لوزنه ومعناه في سياق النظام الدستوري، فإنه يتخطى الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي (راجع أيضا هيرزوك في ماونز-دوريج-هيرزوك، الفقرة 117 من المادة 4، باهلامن في «كتابات على شرف أدولف أرندت» [ص. 37-47 والتي تليها])<sup>24</sup>.

ما هي الواجبات المدنية وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 136 من دستور فيمار التي ينبغي تغليبها بواسطة إكراه الدولة؟

إزاء الحق في الحرية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، ولا يمكن أن يثبت ذلك إلا في ظل القانون الأساسي على أساس القيم المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي.

لا توجد أسس للنظر في وجود عراقيل منبثقة عن المنهجية الدستورية التي يجب بموجبها التقيد بمجال الحماية التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، وتستبعد اعتبار قرار الطاعن المتخذ على أساس قناعاته لأداء القسم من طرف الشهود.

ويمكن أن يُستمد ما سبق من الفقرة 2 من المادتين 56 و54 من القانون الأساسي التي تلزم الرئيس الفيدرالي والأجهزة الدستورية الأخرى بأداء القسم عند توليهم مناصبهم. لأنه يرجع في هذه الحالات أصل إجبارية أداء القسم إلى قرار - الذي تم اتخاذه بحرية - قبول اختيار الناخبين لتولي وظيفة عامة في جهاز دستوري، وهو أمر يعني تمثيل الدولة بشكل خاص ومباشر.

وهذا يقتضي أن يخضع ويقبل الشخص المنتخب جميع القيم المنصوص عليها في الدستور. ويمكن من جهة أخرى لكل شخص مطالب بالإدلاء بشهادته كشاهد أمام المحاكم وأداء القسم - طبقا للقانون - لضمان صحة شهادته. أن يقوم بواجب أداء القسم عن طريق الوسائل القسرية

23. المادة 135 من دستور فيمار: حرية الضمير. ممارسة الدين. يتمتع كافة سكان الرايخ بكامل الحرية في المعتقد والضمير. ويكفل الدستور حرية ممارسة الشعائر الدينية التي يُخضعها لحماية الدولة. ويتم هذا بدون الإخلال بالقوانين العامة للدولة.

24. الفقرة 1 من المادة 136 من دستور فيمار: الحقوق والواجبات المدنية غير مشروطة ولا مقيدة بممارسة الحرية الدينية.

التي ينص عليها القانون (راجع المادة 70 من قانون المسطرة الجنائية والمادة 390 من قانون المسطرة المدنية).

وسيقع في جميع الحالات التي تأمر فيها المحكمة الشاهد بأداء القسم فيرفضه على أساس قناعته، خلاف يصعب على المواطن المعني تفاديه. ونظرا لهذا الاختلاف الأساسي بين قسم الشاهد وبين أداء القسم عند التعيين، فإنه تستبعد إمكانية التعامل مع هذين النوعين من القسم بنفس الطريقة [...] ]

ت - يمكن للطاعن أن يطالب، طبقا للفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، بإعفائه من واجب أداء القسم، لأن معتقداته تمنع عليه تصرفات من هذا القبيل. وبهذا لا يتم انتهاك مصالح الجماعات الأخرى التي تتمتع بمركز دستوري، ولا الحقوق الأساسية للآخرين [...]

وتهدف مصلحة الجماعة في النهاية، على مستوى الولايات، إلى اعتماد إدارة وظيفية للعدالة التي تحتل مكانة في نظام القيم في القانون الأساسي (راجع المادة 92 من القانون الأساسي) وتهدف في كافة الأحكام القضائية، إلى ضمان الحقوق الأساسية - وبالتالي لا ينبغي احتقارها - وعدم المساس بها في حالة معينة من خلال قبول قرار على أساس معتقد ضد قبول القسم.

وتعزز الحقيقة التي يعتبرها المشرع كوسيلة ضرورية لتقصي حقيقة شهادة ما لا يجب القيام به على شكل قسم بالضرورة عن طريق استعمال عبارة «أقسم» [...] ]<sup>25</sup>.

مادام أن المشرع لم يقيم بتنظيم إمكانية رفض أداء القسم بناء على قناعة محددة بالشكل الذي يناسب الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، فإن الحق الأساسي سيعبر عن أثره المباشر في حالات استثنائية في مجال القانون المسطري القائم (راجع القرار 323/19 [333] من قرارات المحكمة الفيدرالية في القضايا الجنائية).

ينبغي أن تُفسر الفقرة 1 من المادة 70 من قانون المسطرة الجنائية طبقا للدستور ويُبرر رفض أداء القسم كمسبب قانوني، ولا يجب أن ينظر فقط في القضايا المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية خاصة منها، المواد من 60 إلى 63 و66. بل ينظر أيضا في الحق المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي كأساس للإعفاء في حالات خاصة من واجب أداء القسم أثناء الإدلاء بالشهادة (الحكم رقم 296/25 [ص. 305] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية المتعلقة برفض الإدلاء بالشهادة المستمد من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي).

25. حاليا المادة 66 ج. و155 من القانون الجنائي.

## الحكم 78

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/93 يتعلق بتعليق الصليب في المدارس الحكومية

1. ينتهك الوضع الإجباري لصليب أو ما يماثله في قاعات الدروس في مدرسة حكومية - عندما يتعلق الأمر بمدارس دينية - الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي.
2. يتنافى العدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس الابتدائية في ولاية بافاريا مع الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي وبالتالي فهي لاغية وباطلة.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 16 مايو 1995 دعوى طعن الحماية 91/1087**

أ

تتعلق دعوى طعن الحماية بوضع صليب، أو ما يماثله في الأقسام الدراسية.

أولا

1. طبقا للعدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس الابتدائية في ولاية بافاريا الصادر بتاريخ 21 يونيو 1983 (الجريدة التشريعية ص. 597)، في المدارس الحكومية، يجب أن يوضع صليب في جميع القاعات الدراسية [...]

ت

تم قبول دعوى طعن الحماية.

ثانيا

ينتهدك القرار المطعون فيه (زيادة على ذلك) حقوق الطاعن التي تم تكريسها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي المرتبط بالعدد 1 من الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي (بخصوص الفقرتين 1 و2 من دعوى طعن الحماية) وحقوق الطاعن المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي (بخصوص الفقرات من 3 إلى 5 من الدعوى). وتتعلق هذه الحقوق بالعدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس الابتدائية في ولاية بافاريا التي تتعارض بدورها مع القانون الأساسي وبالتالي فهي ملغية وباطلة.

تحمي الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي حرية المعتقد. ويرجع قرار اعتناق، أو عدم اعتناق دين إلى الفرد وليس إلى الدولة. ولا يحق للدولة أن توصي بملة أو دين أو تمنعهما. ولا يندرج الحق في حرية المعتقد فقط في اعتناق دين، بل يندرج فيه أيضا في الحياة والتصرف وفقا للمعتقدات الدينية الخاصة (الحكم رقم 98/32 [ص. 106] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتكفل حرية المعتقد بشكل خاص الحق في المشاركة في العبادات التي توصي بها عقيدة معينة، أو التي يتم من خلالها التعبير عن هذا المعتقد. وينسجم مع هذا أيضا حرية التخلي عن ممارسة شعائر عقيدة معينة. كما تتعلق هذه الحرية أيضا بالرموز التي تمثل معتقدا أو دينا معيناً.

وتسمح الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي للفرد، أن يميز بين الرموز الدينية التي يعترف بها، ويُجلها وتلك التي يرفضها. ولا يحق طبعاً، للمجتمع الذي يفسح المجال لمعتقدات متباينة، أن يطالب من الفرد أن يبتعد عن المظاهر الدينية المعينة والممارسات والرموز الدينية. ويجب تمييز هذا كله عن تلك الأوضاع التي أنشأتها الدولة بشكل مباشر، والتي يتأثر فيها الفرد بمعتقد معين وبالممارسات التي يتجلى من خلالها هذا المعتقد وبالرموز التي تمثله دون أن تُتاح للفرد إمكانية «التنحي جانباً».

وتبسّط في هذا الصدد الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي أثر ضماناتها لحرية الأفراد خاصة في تلك المجالات التي لم يسمح فيها للمجتمع بالقيام بأخذ زمام المبادرة والتنظيم فيها، بأنها تُسند مباشرة لتدبير الدولة (الحكم رقم 29/41 [ص. 49] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولهذا يجب أن تراعى المادة 140 من القانون الأساسي والفقرة 2 من المادة 136 من دستور فيمار<sup>26</sup>، اللتان تمنعان صراحة إرغام شخص ما على المشاركة في الممارسات الدينية.

غير أنه إذا كانت الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي لا تكفي بمنع تدخل الدولة في القناعات والأنشطة والعروض الدينية للأفراد والطوائف الدينية، فإنها مع ذلك تفرض عليها هي نفسها أن تضمن لهم إطاراً يمكن من خلاله تطوير شخصيتهم في المجال الإيديولوجي والديني (الحكم رقم 29/41 [ص. 49] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وحميهم من تدخلات وعراقيل أفراد الديانات الأخرى، أو الجماعات الدينية الأخرى الذين يتنافسون معهم.

26. الفقرة 2 من المادة 136 من دستور فيمار: التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وأيضا تولى الوظائف العامة لا يعتمد على المعتقدات الدينية للمواطنين.



ولا تخول الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي مبدئياً للأفراد أو الطوائف الدينية حق مطالبة الدولة بالدعم للإفصاح عن قناعاتهم الدينية. على عكس ذلك، يستمد من حرية المعتقد المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 4، ويستمد أيضاً من القانون الأساسي مبدأ حياد الدولة تجاه مختلف الديانات والمعتقدات. ولا يمكن للدولة التي يعيش فيها أنصار مختلف المعتقدات الدينية والإيديولوجية - وحتى المتعارضة فيما بينها - أن يتم ضمان التعايش السلمي إلا إذا حافظت الدولة نفسها على الحياد في مسائل الاعتقاد.

ولا ينبغي للدولة بالتالي أن تعرض السلم الديني للخطر. ولا أن تستند في هذا الأمر فقط على الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، وإنما تستند أيضاً على الفقرة 3 من المادة 3 والفقرة 1 من المادة 33 من القانون الأساسي والمادة 140 من القانون الأساسي، والفقرة 1 و4 من المادة 136 والفقرة 1 من المادة 137 من دستور فيمار.

وتمنع هذه المواد كلها على الدولة أن تتدخل في الأشكال القانونية للكنيسة، والتحيز لمعتقدات معينة وإقصاء أشخاص ينتمون إلى ديانات أخرى (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 206/19 [ص. 216] ورقم 236/24 [ص. 246] ورقم 23/33 [28]، الأحكام القضائية المتكررة).

ولا يتوقف هذا على عدد الأعضاء أو على الأهمية الاجتماعية لحرية المعتقد (الحكم رقم 98/32 [ص. 106] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)؛ بل يجب على الدولة أن تعامل مختلف الطوائف الإيديولوجية والدينية على أساس مبدأ المساواة (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/19 [18] ورقم 206/19 [ص. 216] ورقم 236/24 [ص. 246]). ويجب عليها أيضاً، عندما تتعاون معها أو تعززها، أن يحملها ذلك على منح الأهمية لطائفة دينية معينة (الحكم رقم 415/30 [ص. 422] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وينص العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي التي تضمن للآباء رعاية وتربية أبنائهم كحق طبيعي كما تنص الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي أيضاً على حق الآباء في التربية من الناحية الإيديولوجية والدينية. إذن فتعليم الآباء القناعات الدينية والإيديولوجية التي يرونها صحيحة هو شأن خاص بالآباء بالدرجة الأولى (الحكم رقم 29/41 [ص. 44 و47] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، وهذا ينسجم مع الحفاظ على الآباء وحمائهم من معتقدات خاطئة قد تسيء إليهم.

2. العدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس الابتدائية في ولاية بافاريا وأيضاً القرار المطعون فيه (الذي يستند إلى هذا الحكم) يؤثران على هذا الحق الأساسي.

2.أ) ينص العدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس الابتدائية في ولاية بافاريا على وضع الصليبان في القاعات الدراسية للمدارس العامة لبافاريا. يقصد بالصليب، طبقا لتفسير المحكمة في المحاكمة الأصلية، الصليبان المجسمة أو غير المجسمة. ويندرج ضمن إعادة النظر في هذه الأحكام القانونية بالتالي كلا المفهومين. غير أن الطاعنين - في طلب الحماية المؤقتة - طالبوا بخصوص سحب الصليبان. ولكن المحكمة الإدارية افترضت - وهذا أعربت عنه صراحة - أنه بهذا التعبير كان الطاعنون يقصدون بالتأكيد الصليبان غير المجسمة، وقد رفضت المحكمة أيضا الطلب بخصوص هذا المفهوم الواسع.

وأمر حكم المحكمة بوضع الصليبان إلى جانب وجوب زهاب التلاميذ إلى المدرسة يفضي إلى كون الطالب يجد نفسه في مواجهة مع هذا الرمز بدون أن يتمكن من التنحي عنه، ومرغما على التعلم «في ظل الصليب».

يختلف وضع الصليبان في الحجرات الدراسية بالتالي عن مجابهة الرموز الدينية مع التوجهات المختلفة التي تحدث عادة في الحياة اليومية. فمن جهة، لا تأتي هذه الأخيرة من الدولة، بل تأتي كنتيجة لانتشار مختلف المعتقدات والطوائف الدينية في المجتمع، ومن جهة أخرى، يمكن تفاديها بسهولة.

ولا يمكن طبعا للفرد أن لا يصادف رموزا، أو مظاهر دينية في المشهد الحضري، أو في وسائل النقل العام أو عند الدخول إلى عمارة. ويتعلق الأمر على العكس من ذلك عموما بلقاء عابر، وفي حالة مواجهة طويلة، لا يواجه المرء واجبا يمكن فرضه عن طريق العقوبة. بسبب المدة والإثارة، فإن أثر الصليبان في القاعات الدراسية أكبر من ذاك الذي يحدثه صليب معلق في المحكمة.

ورأت المحكمة الدستورية الفيدرالية بأن وجوب إجراء المحاكمة القضائية تحت الصليب يكون ضد قناعات دينية أو إيديولوجية خاصة، ويمثل تدخلا في الحرية الدينية (في حالة كون أحد الأطراف يهوديا، فسيعتبر هذا الفعل كتحييز للدولة إلى ديانة المسيحية، راجع الحكم رقم 366/35 [ص. 375] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) [...]

2.ب) يعتبر الصليب بمثابة رمز لمعتقد ديني معين، وليس مجرد تعبير عن الثقافة الغربية التي تشكلت في ظل تأثير المسيحية [...]

وعلى مر العصور، وبدون شك، تم إدخال العديد من العادات المسيحية في أسس الثقافة العامة للمجتمع التي لم يكن معها بوسع المعارضين للمسيحية والمنتقدين أن يخرجوا منها ومن إرثها التاريخي. لكن ينبغي أن يتم التمييز بين هذا عن المضامين النوعية للديانة المسيحية، أو حتى لمعتقد مسيحي معين بما في ذلك تمثيلها في شكل طقوس والتعبير عنها بطريقة رمزية. وأن ديانة

من هذا القبيل تُخضع الآخرين أيضا للتواصل مع الدولة، وتؤثر على الحرية الدينية. كان هذا هو المنطلق الذي اعتمدته المحكمة الدستورية الفيدرالية في الحكم المتعلق بدستورية المدارس الموازية ذات الطابع المسيحي في منطقة بادن.

واعترفت المحكمة بأنه يمكن للمدرسة أن تقر في إطار قانوني بأنها مسيحية إذا تعلق هذا التصريح في المقام الأول بالاعتراف بالعوامل الثقافية والتربوية السائدة - كما تمت بلورتها في تاريخ المجتمعات الغربية -، لكن ليس إذا تعلق الأمر بحقائق الديانة المسيحية. فقط عند القيام بهذا التمييز، ويؤدي إلى تحديد الهوية (وحتى إزاء غير المسيحيين) الذي يكتسب المشروعية بفعل التأثير المستمر للعوامل التاريخية (الحكم رقم 29/41 [ص. 52] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

كان الصليب، ولا يزال، يشكل رمزا من الرموز الدينية النوعية للمسيحية، ويعتبر ببساطة رمزا الخاص. ويمثل الصليب بشكل تصويري خلاص الإنسان من الخطيئة الأصلية، وبواسطة تقديم المسيح كقربان وقاتله، وفي نفس الوقت يمثل أيضا انتصار المسيح على الشيطان والموت وبسط سلطانه على الأرض: المعاناة والانتصار في آن واحد.

ويعتبر بالتالي عند المسيحيين من عدة جوانب موضع إجلال وعبادة. فقد جرت العادة على تفسير إقامة الصليب في بناية، أو فضاء على أنه جهر للمالك بالإيمان الذي يقر أنه مسيحي. أما لغير المسيحيين أو الملحدون فالصليب يمثل - خاصة منها بفعل الأهمية التي يوليها المسيحيون له والأهمية التي اكتسبها على مر التاريخ - تعبيرا تصويريا عن قناعات دينية، ورمزا لنشرها عن طريق البعثات التبشيرية.

وسيشكل اعتبار الصليب كتعبير بسيط عن العادات الغربية أو كطقس شعائري دون أن تكون له أدنى علاقة نوعية بمعتقد ما - كما حصل في الحكم المعترض عليه - استخفافا وفقا لما هو مقرر عليه في الصليب، وتعارضاً صارخاً مع الأهمية التي توليها الكنائس لمفهوم المسيحية. وتتضح الرابطة الدينية للصليب جلية في سياق العدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس.

2.ت) كما لا يمكن تجاهل التأثير - كما هو حال الحكم المطعون فيه - الذي يمارسه الصليب على التلاميذ.

من الصائب التأكيد على القول بأن وضع الصلبان في القاعات الدراسية لا ينطوي على إكراه على اعتناق المسيحية أو على قبول قناعات أو سلوك معين. كما أن ما سبق لا يعني أن دروس المواد الدينية يجب أن تتأثر بالصليب، أو أن يتم توجيهها حسب المعتقدات التي يرمز إليها هذا الأخير، أو أشكال معينة من السلوك التي تفرضها هذه المعتقدات.

لكن هذا لا يستبعد آثار الصليب الممكنة. فالتعليم المدرسي لا يساعد فقط على تلقين التقنيات الأساسية للثقافة وتطوير القدرات المعرفية، بل يجب على المدرسة أن تطور أيضا القدرات الوجدانية والعاطفية للتلاميذ. كما ينبغي أن تعمل الحياة المدرسية بشكل كامل على تيسير تطوير شخصية التلميذ والتأثير بطريقة خاصة على سلوكهم الاجتماعي.

إن، في هذا السياق، يكتسب الصليب أهمية في قاعات الدراسة. ويكتسي طابع المسألة بتقديم المضامين الدينية التي يرمز إليها كنماذج يقتدى بها. ويحدث هذا بصفة خاصة في حالة الأشخاص الذين يتعرضون بسبب صغر سنهم، لتأثير فكري في الوقت الذي تكون قناعاتهم لا تزال مترددة، ويجب أن يطوروا في المقام الأول قدرتهم على النقد وعلى إبداء وجهات نظرهم (الحكم رقم 223/52 [ص. 249] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولم تغفل أيضا الأحكام المطعون فيها تماما طابع المسألة الذي يكتسيها الصليب، رغم أنها ترفض أن يكون له معنى محدد مرتبطا بالمسيحية لدى تلاميذ لهم معتقدات أخرى. لكنها تعتبر في المقابل على ما يخص التلاميذ المسيحيين وتمثل تعبيرا أساسيا عن قناعاتهم الدينية. ويرى رئيس ولاية بافاريا بشكل مماثل، لدى تأكده على أنه ليس للصليب في المدارس العامة إلا قيمة رمزية نوعية، ولا يصبح رمزا دينيا إلا عندما يصلي التلاميذ أو خلال حصة الدين.

3. يضمن الدستور الحق في حرية المعتقد بدون أي تحفظ. لكن هذا لا يعني أنه لا يمكن أن يخضع لأي نوع من القيود، رغم أن هذه القيود في حالة وجودها يجب أن يكون لها أساس في الدستور نفسه. ولهذا لا يسمح للمشرع أن يضع قيودا غير منصوص عليها في الدستور. ولا يوجد في هذه المسألة دوافع دستورية تسمح بتبرير هذا التدخل.

3.أ) لا يستمد من الفقرة من المادة 7 من القانون الأساسي تبرير من هذا القبيل. غير أن هذه المادة تسند إلى الدولة مهمة في مجال التعليم (انظر الحكم رقم 165/34 [ص. 181] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

فلا يجب على الدولة فقط أن تقوم بتنظيم التعليم المدرسي وبناء مدارس، وإنما يمكنها أيضا أن تضع الأهداف التربوية والمناهج التعليمية. وهي مستقلة عن الآباء في ذلك كله (انظر الحكم رقم 165/34 [ص. 182] ورقم 46/47 [ص. 71] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن بالتالي أن يدخل التعليم المدرسي في تنازع مع التعليم الأسري. زيادة على ذلك، لا يمكن تفادي احتدام النزاع بين مختلف المعتقدات الإيديولوجية والدينية للتلاميذ ولآبائهم.

ويتم حل هذا النزاع بين مختلف أصحاب الحق الأساسي المضمون بدون تحفظ، وأيضاً بين هذا الحق وحقوق أخرى تحظى بالحماية الدستورية وفقاً لمبدأ التوافق العملي الذي يتطلب عدم تفضيل أحد المواقف القانونية قيد النزاع (بتقديمها على الأخرى) وتحقيق توازن يحمي المواقف الأخرى بأقصى ما يمكن (انظر الحكم رقم 243/28 [ص. 260 والتي تليها] ورقم 29/41 [ص. 50] ورقم 223/52 [ص. 247-251] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يفرض هذا التوازن على الدولة - من أجل أداء وظائفها التربوية التي تسندها إليها الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي - أن تتخلى بشكل كامل عن أية علاقة إيديولوجية ودينية. بل يجب على الدولة أن تكفل حرية المعتقد بطريقة شاملة، وتُجبر نفسها بالحفاظ على الحياد في المجال الديني والإيديولوجي، كما لا يمكن لها أن تتجاهل المعايير والقناعات (المتجذرة في التاريخ والمنقولة ثقافياً) التي تركز عليها العلاقات الاجتماعية ويتوقف عليها إنجاز مهامها الخاصة.

وقد مارست العقيدة المسيحية والكنائس المسيحية - بصرف النظر عن الطريقة التي يُنظر بها حالياً إلى إرثها - تأثيراً كبيراً في التقاليد الفكرية التي تركز عليها، والأنماط السلوكية والتجارب والمفاهيم التي تتيحها، ولهذا لا يمكن للدولة أن لا تكثرث بها. ويطبق هذا خاصة على المدارس التي تختار وتتجدد فيها أسس المجتمع الثقافية بشكل خاص. ويجب على الدولة من جهة أخرى - التي تفرض على الآباء إرسال أبنائهم إلى المدارس الحكومية - أن تأخذ بعين الاعتبار الحرية الدينية لأولئك الآباء الذين يرغبون في تربية أبنائهم تربية دينية.

وقد أقر القانون الأساسي هذا الأمر صراحة في الفقرة 5 من المادة 7 التي تسمح بموجبها أن تنشئ مدارس حكومية ذات توجه ديني أو إيديولوجي محدد، واعتبر حصة الدين في المدارس الحكومية، كمادة عادية (الفقرة 3 من المادة 7 من القانون الأساسي) ويفسح المجال أيضاً لهم ليمارسوا قناعاتهم الدينية بشكل إيجابي (انظر الحكم رقم 29/41 [ص. 49] ورقم 223/52 [ص. 240 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

غير أنه يستحيل في المجتمعات التعددية أن يراعى بشكل كامل هيكلية التعليم العام الإجمالي مع كافة المفاهيم التربوية للآباء. كما يصعب أن يضمن في نفس الوقت المظاهر الإيجابية والسلبية للحرية الدينية في نفس المؤسسة الحكومية. ومن ثم لا يسمح للفرد، أن يحتج بشكل مطلق في إطار المدرسة، بالاستناد إلى الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي.

ويجب على المشرع المحلي أن يقرر - على أساس قاعدة قانونية تنص على التسامح - في النزاع والتوتر الحتمي الذي ينشأ بين الحرية الدينية وفقاً لما هو منصوص عليه في جانبها الإيجابي، والحرية الدينية وفقاً لما هو منصوص عليه في جانبها السلبي. ويجب على المشرع أيضاً في إطار عملية تشكيل الإرادة الشعبية أن يجد التزاماً معقولاً يمكن أن يقبل من قبل كافة الأطراف المعنية.

ويمكن من أجل تنظيمه من جهة، أن يسترشد بالمادة 7 من القانون الأساسي التي تقبل بالتأثير الإيديولوجي والديني على مجال المدارس، ومن جهة أخرى، بالمادة 4 من القانون الأساسي التي تقضي، في حالة الحكم لصالح نوع محدد من أنواع المدارس، أن يتم الابتعاد قدر المستطاع عن الإكراه الإيديولوجي والديني.

ويجب أن يعتمد كلا النصين القانونيين، كما يجب عند تفسيرهما أن يكونا منسجمين فيما بينهما، إذ لا يمكن وجود تطابق بين الحقوق القانونية التي تحظى بالحماية في كلتا المادتين، إلا أن يتم إيجاد حل وفق أحكام القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 29/41 [ص. 50] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وقد خلصت المحكمة الدستورية الفيدرالية إلى أنه يمكن للمشرع أن يدخل عناصر لها علاقة بالديانة المسيحية عند وضع قانون ينظم إنشاء مدارس ابتدائية عمومية، ولو ضد رغبة الآباء في توفير تعليم ديني لأبنائهم - من أجل الامتثال لواجب تربية الأبناء - فإنه لا يمكن أن يتجنب تفادي إرسالهم إلى المدارس المذكورة. غير أن ما سبق لا يفترض عدم تجاوز الحد الضروري من الإلجارية.

ويعني هذا خاصة أنه لا يمكن للمدرسة أن تقوم بالمهام ذات الطبيعة التبشيرية في المجال الإيديولوجي والديني، كما لا يمكن لها أن تطالب باعتبار مضامين الديانة المسيحية ملزمة عندما يتعلق الأمر بقبول المسيحية بوجه خاص وبالاعتراف بالعوامل الثقافية والتعليمية بالمضامين الدينية التي مارست تأثيرها، وتُنسب إلى الديانة المسيحية - كعامل ثقافي - بالخصوص مسألة نشر التسامح إزاء أولئك الذين يعتقدون معتقدات أخرى.

وتصدي أشخاص غير مسيحيين لتصور عن العالم المتأثر بالعقيدة المسيحية، لا يُفضي إلى تقييم تمييزي للمعتقدات غير المسيحية الأخرى، خاصة عندما لا يتعلق الأمر إلا بتلقين العقيدة فقط، بل يتعلق أيضا بالرغبة في تطوير الشخصية المستقلة في المجال الإيديولوجي والديني على أساس القرار الأساسي للمادة 4 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 29/41 [ص. 51] والتي تليها) ورقم 65/41 [ص. 85] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولم تلتن المحكمة الدستورية الفيدرالية بالتالي دستورية تنظيم التفاعل بين المعتقدات في المدارس المسيحية المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 135 من دستور ولاية بافاريا، إلا على أساس تفسير الدستور نفسه (انظر الحكم رقم 65/41 [ص. 66 و 79] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وفيما يتعلق بالمدارس الموازية ذات التوجه المسيحي في منطقة بادن، أكدت المحكمة الدستورية أن الأمر يتعلق بمدارس دينية (انظر الحكم رقم 29/41 [ص. 62] من أحكام المحكمة الدستورية

الفيدرالية). ويتجاوز وضع الصليب في قاعات الدراسة الحدود المرسومة لتوجهات المدرسة الإيديولوجية والدينية. كما سبق ذكر ذلك، ولا يمكن التخلي عن العلاقة النوعية القائمة بين الصليب ومعتقدات المسيحية، وذلك باعتبارها مجرد رمز مشترك للتقاليد الثقافية الغربية.

ويعتبر الصليب بمثابة النواة الأساسية للمعتقدات الأساسية. وقد ساهمت المسيحية على الرغم من صحة ذلك في تشكيل العالم الغربي، غير أنه صحيح أيضا ليست كل المجتمعات متفقة معها، بل أغلبها ترفضها - بممارسة حقها الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي -. إذن فوضع الصليب في المدارس الابتدائية الحكومية الإجبارية يتعارض مع الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي مادام أن الأمر لا يتعلق بمدارس ذات توجه مسيحي.

3.ب) كما أن وضع الصليب لا يجد له مبررا في أساس الحرية الدينية وفقا لما هو منصوص عليه، وهو وضع فيه الإيجابي للآباء والتلاميذ المسيحيين، وأن حرية المعتقد وفقا لما هو منصوص عليه فيها الإيجابي يتمتع بها كافة الآباء والتلاميذ على حد سواء، وليس فقط المسيحيون.

لا يمكن أن يحسم النزاع الذي ينشأ عن ذلك بواسطة مبدأ الأغلبية، لأن الحق الأساسي في حرية المعتقد يهدف - بقدر الإمكان - إلى حماية الأقليات. ولا تمنح زيادة على ذلك الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي لأصحاب الحق الأساسي الحق المطلق في ممارسة عقيدتهم في إطار مؤسسات الدولة بقدر ما تفسح للمدرسة (في اتساق مع الدستور) المجال لهذا الغرض، - على سبيل المثال خلال حصص الدين والصلاة التي تقام في المدارس وأنشطة دينية أخرى -.

كما يجب على المدرسة أن تكون موجهة تبعا لمبدأ الاستقلالية (حرية اتخاذ القرار)، وذلك بتمكن المعتقدات الأخرى من التنحي بشكل معقول دون أي تمييز. والحال غير ذلك عندما يتعلق الأمر بوضع صليب في قاعة الدراسة، التي لا تقلل المعتقدات الأخرى من حضورها والمطالبة بها. ففي نهاية المطاف، لا يتوافق مع أمر التطابق العملي للنظام القانوني كون مشاعر أشخاص ينتمون إلى معتقدات أخرى يجب التخلي عنها تماما لكي يستطيع تلاميذ العقيدة المسيحية أن يتعلموا في ظل رمز عقيدتهم - خارج حصص الدين والعبادات الاختيارية الأخرى - والمواد الدينية.

الرأي المخالف للقضاة صيدل وولنير والقاضية هاس على قرار الغرفة الأولى الصادر بتاريخ 16 ماي 1995.

دعوى طعن الحماية رقم 91/1087.

لا نشاط تفسير أغلبية أعضاء الغرفة الذي يعني أن العدد 3 من الفقرة 1 من المادة 13 من النظام المتعلق بالمدارس العامة لولاية بافاريا التي تقضي بوضع صليب في جميع قاعات الدراسة، ينتهك القانون الأساسي.

## الحكم 79

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 337/104

## يتعلق بشعائر ذبح الحيوانات

1. يجب أن تتم دراسة نشاط جزار أجنبي مسلم يذبح الحيوانات بدون أن يقوم بتخديرها (طقوس ذبح الحيوانات) لكي يوفر لزبائنه اللحم وفق معتقداته الدينية، من وجهة النظر القانونية والدستورية على ضوء الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرتين 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي.

2. يجب على ضوء هذه الأحكام الدستورية أن تفسر الفقرة 1 من المادة 4. أ من القانون الأساسي والبند 2 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، حيث يمكن للجزار المسلم أن يحصل على ترخيص استثنائي لذبح الحيوانات حسب شعائره الدينية الخاصة به.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 15 ماي 2002 دعوى طعن الحماية رقم 99/1785**

## أسس القرار

## أولا

تتعلق دعوى طعن الحماية بمنح ترخيص من أجل ذبح الحيوانات حسب شعائر دينية معينة، وهذا يعني أن تقتل الحيوانات بدون تخديرها مسبقا وببرودة دم [...]

تنص المادة 4/أ من القانون المتعلق بحماية الحيوانات على ما يلي:

1. لا يمكن أن تذبح الحيوانات من ذوي الدم الحار السائل إلا بعد تخديرها قبل البدء في إهراق الدم.

2. لا يشترط تخدير الحيوانات خلافا لما تنص عليه الفقرة 1 إذا :

1. [...]

2. منح المكتب الخاص ترخيصا استثنائيا من أجل ذبح الحيوانات بدون تخدير، ولا يمكن للمكتب المذكور أن يمنح ترخيصا خاصا إلا إذا استدعت الضرورة ذلك لتلبية - في نطاق الحماية التي يخولها هذا القانون - احتياجات الأشخاص المنتمين لجماعات دينية معينة، وفي حالة وجود أوامر مُلزِمة صادرة عن هذه الجماعة الدينية تقضي بذبح الحيوانات حسب شعائرها الدينية بدون تخدير، أو تمنع استهلاك أكل لحم الحيوانات التي لم يتم ذبحها بطريقة شعائرية [...]



## ثانيا

المشتكي مواطن تركي وحسب تصريحاته الشخصية - لم تكن محل اعتراض أثناء المحاكمة - مسلم سني يصّر على تطبيق دينه. ويعيش منذ حوالي 20 عاما في جمهورية ألمانيا الفيدرالية، ويعمل في مجزرة بولاية هيسن تولى تسييرها عام 1990 بعدما كان يديرها أبوه قبل ذلك.

وكان من أجل تلبية احتياجات زبائنه المسلمين من اللحوم المذبوحة على الطريقة الإسلامية، حصل على ترخيص خاص بذبح الحيوانات بدون تخدير، طبقا للفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/4 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات. وتتم عملية الذبح تحت مراقبة طبيب بيطري. وقدم المشتكي في الفترات اللاحقة عدة طلبات يلتمس ترخيصا من هذا القبيل. وقوبلت طلباته بالرفض [...] ]

## ب

دعوى طعن الحماية جوهرية وقائمة على أساس.

وبالتأكيد فإن الفقرة 1 من المادة 4.4 من القانون الأساسي، التي لها علاقة بالخيارين الثاني من الفقرة الفرعية 2 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات تتوافق مع الدستور. غير أن القرارات المثيرة للنقاش، نفسها تقوم على الأحكام القانونية المذكورة، لا تصمد الآن أمام الفحص بعدم دستوريتهما من جانب المحكمة الدستورية.

## أولا

يكون المعيار الشعائري البارز في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي الذي على أساسه التمس المشتكي - كمسلم سني ملتزم بدينه - في المحاكمة الأصلية استثناء من القاعدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/4 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات الذي يقضي بتخدير الحيوانات قبل ذبحها، أن يسمح له بممارسة مهنته لتوفير لحم الحيوانات التي تم ذبحها بطريقة شعائرية دينية لزبائنه المسلمين. بيد أن تزويد صاحب الدعوى من هذا القبيل من أجل الاستهلاك الذاتي يجري عكس اتجاه هذا الأمر.

وارتكزت السلطات الإدارية والمحاكم في قراراتها في دعوي المشتكي بناء على الفقرة 1 من المادة 4/4 من القانون الأساسي المرتبطة بالخيار الثاني من الفقرة الفرعية 2 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، وأثر ذلك بشكل أساسي على النشاط المهني للمشتكي كجزار.

ولا يحظى هذا النشاط بالحماية التي تنص عليها الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي بناء على أن صاحب الدعوى مواطن تركي وليس مواطناً ألمانياً. والقاعدة القانونية التي توفر الحماية أساسياً هي الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، ونتج عنها بهذا الخصوص تنازع بين الأحكام المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي - التي تنحصر على الألمانين - وبين الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي التي تسري على الأجانب بشكل فرعي (انظر الحكم رقم 179/78 [196] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يعتبر مع ذلك المشتكي بأن الذبح طبقاً للشعائر الدينية الوسيلة الوحيدة للحصول على اللحم وتوفره لذبائنه المسلمين ولنفسه. بل تمثل بالأساس تعبيراً عن موقف ديني يشمل المشتكي - كمسلم سني ملتزم - وواجب القيام بالذبح الشعائري حسب قواعد دينه الملزمة، ولم يكن ما سبق في أي حال من الأحوال موضع شك أو اعتراض من قبل الأحكام المطعون فيها.

وحتى عندما لا يمثل الذبح الشعائري في حد ذاته ممارسة من الممارسات الدينية، فيجب أن يؤخذ بعين الاعتبار بأن حق المشتكي في حرية العمل تضمنها الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، ويعززها المضمون الخاص للحق الأساسي في الحرية الدينية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي.

2. الوضعية القانونية التي يتمتع بها المشتكي حسب ما أشرنا إليه سابقاً، وبالنظر إلى عمله كجزار يتم ضمانها في إطار النظام الدستوري، حسب ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي. وينسب للنظام الدستوري كافة الأحكام القانونية التي تتوافق مع القانون الأساسي من الناحية الموضوعية والشكلية (انظر الحكم رقم 32/6 [36] والتي تليها) ورقم 375/96 [ص. 397 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة). ويفترض من وجهة النظر المادية، هذا مسبقاً حماية مبدأ التناسب ومعهما حماية مبدأ الحرية الدينية.

## ثانياً

وقد تم استيفاء هذه المعايير من خلال الفقرة 1 من المادة 4/4 من القانون الأساسي المرتبطة بالخيار الثاني من الفقرة الفرعية 2 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات.

مادام أن التنظيم يؤثر على الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي المرتبط بالفقرة 1 من المادة 4/4 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات الذي يسمح بالذبح الشعائري بدون تخدير استثناء من القاعدة القانونية التي تأمر بتخدير الحيوانات وفقاً للفقرة 1 و2 من المادة 4/4 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات.

ويعتبر في إطار عمل جزار مسلم فقط في ظل الشروط التقييدية للخيار الثاني من الفقرة الفرعية 2 من المادة 2 من المادة 4/أ من القانون المتعلق بحماية الحيوانات. بأن هذا التدخل لا يبدي أي اعتراض لكونه مبررا بما فيه الكفاية من وجهة النظر القانونية والدستورية، التنظيم القانوني.

1.أ) يهدف القانون المتعلق بحماية حياة الحيوانات وراحتها انطلاقا من المسؤولية الملقاة على عاتق الإنسان تجاه باقي المخلوقات. ولا يسمح لأي أحد أن يسبب في الألم أو التعذيب، أو يلحق الضرر بالحيوانات بدون دافع معقول (المادة 1 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات).

وتحاول الفقرة 1 من المادة 4/أ من القانون الأساسي، المرتبطة بالخيار الثاني من الفقرة الفرعية 2 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات أن تحقق حماية قائمة على أساس أخلاقي للحيوانات (انظر الحكم رقم 47/36 [56 والتي تليها] ورقم 376/48 [ص. 389] ورقم 1/100 [ص. 36] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وكان المشرع يقصد من خلال مراعاة المبدأ الذي يقضي بتخدير الحيوانات من ذوي الدماء الحار السائل قبل ذبحها وقبل الشروع في إزهاق دمها، أن يوسع نطاق المفهوم الأساسي المنصوص عليه في المادة 1 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات ليشمل هذا المجال أيضا. ويكون الأمر إذن يتعلق بغاية تنظيمية مشروعة تراعي مشاعر دائرة واسعة من السكان.

1.ب) تفي الفقرة 1 من المادة 4/أ المتعلقة بالخيار الثاني المنصوص عليها في الفقرة الفرعية 2 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، بالشروط التي وضعها مبدأ التناسب.

أ-أ) يكون هذا التنظيم ضروريا ومناسبا لبلوغ الهدف التنظيمي المذكور الذي يعني أن ذبح الحيوانات ذات الدماء الحار السائل، يجب أن يخضع للمبادئ الموجهة لحماية الحيوانات الناحية الأخلاقية.

ويترك الدستور للمشرع مجالا لخلق التوازن بين تحديد مدى ملاءمة الوسائل المختارة، والحاجة لبلوغ الأهداف التنظيمية التي ينص عليها القانون. ويكون ما سبق نافذا عند الحكم على الأسس الواقعية لتنظيم قانوني معين، ولا يمكن في هذا الصدد القول بأن هذه القضية تنطوي على تقديرات خاطئة. وتوجد أصوات بالتأكيد تشكك في كون ذبح حيوان بعد تخديره يسبب للحيوان ألما ومعاناة أقل من الذبح بدون تخدير. غير أن هذا على ما يبدو لم يتم توضيحه نهائيا من الناحية العلمية [...]

وفيما عدا ذلك، فمن أجل منح ترخيص استثنائي حسب الخيار 2 من الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/أ من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، يتطلب الأمر في هذه الحالة أن تتم الاستجابة لمطالب أشخاص ينتمون إلى طائفة دينية، إذا كانت القواعد الدينية

القطعية للطائفة المذكورة، تمنع أكل لحم الحيوانات التي لم يتم ذبحها بطريقة شعائرية دينية، وبهذا، أي بفعل كون القانون يتيح استثناءات من حكم تخدير الحيوانات بشكل أساسي وفق هذه الشروط.

ينطوي بالضرورة على انخفاض عدد الاستثناءات التي يمكن أن تنشأ في الواقع. في حالة ديانة ما كالإسلام، وينبغي أن يضاف - كما أكدت على ذلك اللجنة المركزية للمسلمين في ألمانيا في موقف لها - إلى أن الإسلام يشترط أن يتم ذبح الحيوانات بأكبر طريقة وقائية ممكنة. وينبغي أن يتم الذبح الشعائري الديني وفقا للقواعد الإسلامية، حيث يتم قتل الحيوان في أسرع وقت ممكن وبأقل ألم وبدون أي نوع من التعذيب.

ويمكن للمشرع أن يأخذ كل هذا بعين الاعتبار، منطلقا من الافتراض الذي يعني أن التحفظ المنصوص عليه في الخيار 2 من الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/4 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، يمثل تدبيرا ضروريا ومناسبا لضمان حماية ملائمة للحيوانات تستجيب للحمية الأخلاقية.

ب-ب) تكون المسائل المتعلقة بممارسات تشريعية معينة أيضا مناسبة بالمعنى الدقيق. ويكون القيام بالتوازن العام بين جسامته التدخل في الحق الأساسي المنصوص عليه في الخيار 2 من الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/4 من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، ووزنها (أهميتها) (وأیضا استعجال الأسباب التي تبرره).

يمكن أن تعتبر التدابير المذكورة - ذبح الحيوانات ذات الدم الساخن حصريا وفق الشروط التي يضعها المشرع وقتلها بدون تخدير فقط على أساس ترخيص خاص - مفروضة على المعنيين (انظر الحكم رقم 145/90 [173] ورقم 331/101 [ص. 350] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

2. التدخل في الحق الأساسي في الحرية الدينية لجزار مسلم بالرغم من ذلك له وقع كبير. سيكون بدون هذا التنظيم الاستثنائي مستحيلا على المسلمين الملتزمين بتعاليم دينهم - كما هو الحال للمشتكي - أن يستمروا في العمل كجزارين في جمهورية ألمانيا. في حالة ما إذا رغبوا في الاستمرار في عملهم - بالحفاظ عليه على الأقل كمرکز بيع - فيجب عليهم أن يقتصروا على بيع اللحم المستورد للحيوانات التي تم ذبحها بالطريقة الشعائرية، أو بيع لحم حيوانات تم ذبحها بطريقة غير شعائرية، أي لحم حيوانات تم ذبحها تحت تأثير التخدير أو كما أضاف المشتكي، يتعين عليهم أن يتخلوا عن ذلك العمل والبحث عن مصدر آخر للعيش. لن يكون لأي قرار من هذه القرارات آثار كبيرة على الشخص المعني [...]

ولا يشمل المنع الجزار المسلم فقط، وإنما يشمل أيضا زبناه إذا طلبوا لحم حيوانات تم ذبحها بطريقة شعائرية، فيرجع هذا بالتأكيد بشكل واضح إلى الاقتناع بالقوة الملزمة لتعاليم دينهم، حيث لا يستطيعون أن يأكلوا لحما من صنف آخر. ولن يتوافق مطلبهم بصفة عامة بالإمسك عن أكل اللحم مع عادات الأكل لمجتمع جمهورية ألمانيا الفيدرالية.

ويعتبر اللحم، طبقا لتلك العادات، مصدر غذاء واسع الانتشار. كما سيعتبر التخلي عن استهلاك اللحم بشكل قسري كمطلب لا يمكن الدفاع عنه. وسيستطيع الزبناء بالتأكيد أن يشتروا لحما مستوردا، حيث لا يضطرون للتخلي عن استهلاك اللحم. غير أن عدم التواصل الشخصي مع الجزار (مع الثقة التي تنشأ عن ذلك) ينطوي بالضرورة على عدم تأكد الزبناء من أن اللحم المستهلك يستجيب بالفعل للتعاليم التي يتطلبها الإسلام.

3. إلى جانب العواقب التي يمكن أن تطال الجزار المسلم وزبناه من نفس الديانة، يأتي واجب حماية الحيوانات الذي يعتبر بمثابة مصلحة من مصالح الطائفة والتي يوليها السكان قيمة كبيرة [...] وتم التنصيص على هذه الحماية خاصة في القانون المتعلق بحماية الحيوانات.

لا يتم بالرغم من هذا صياغة هذه الحماية بموجب قاعدة تشريعية، الحيولة دون المس مطلقا براحة الحيوانات. وحدد على العكس من ذلك القانون من خلال الأساس المنطقي الذي يعني أنه لا يمكن إلحاق الألم والمعانات والضرر بالحيوانات دون مبرر معقول (انظر المادة 1 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات وأيضا الحكم رقم 47/36 [57] ورقم 376/48 [ص. 389] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ونص نتيجة لذلك، قانون حماية الحيوانات على استثناءات أخرى من القاعدة القانونية الذي لا تسمح بذبح الحيوانات إلا تحت تأثير التخدير، ونصت عليه بالإضافة الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4. أ من المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات [...]

وتبين هذه الاستثناءات بالتحديد بأن المشرع اعتبر بأنه مادامت توجد وجهات نظر موضوعية أو دوافع تتعلق بالأعراف والقبول الاجتماعي لها، فلهذا وجب وضع استثناءات من وجوب تخدير الحيوانات، واعتبر أن هذه الاستثناءات لا تتنافى مع توفير الحماية الأخلاقية للحيوانات.

4. يمكن في ظل هذه الظروف أن تؤخذ بعين الاعتبار الاستثناءات على واجب تخدير الحيوانات ذات الدم الساخن قبل البدء في إراقة دمها، ولا يسمح مبدئيا باستبعاد هذا الاستثناء، خاصة عندما يتعلق الأمر، من جهة، بتسهيل ممارسة عمل ما - يحظى بحماية الحقوق الأساسية - له صدى ذو طابع ديني ومن جهة أخرى، بالتقيد بالتعاليم الدينية (المتعلقة باستهلاك الأغذية) من طرف زبناء الشخص الذي يزاو العمل المذكور. وسيتم بدون هذه الاستثناءات تقييد الحقوق

الأساسية بشكل لا يطاق للأشخاص الذين يرغبون بطريقة اعتيادية ومهنية في القيام بذبح الحيوانات دون تخدير.

وسيم إيلاء الأهمية الكبرى لمقتضيات قانونية توفر الحماية للحيوانات بشكل أحادي دونما حاجة إلى اعتماد تفسير قانوني دستوري كاف. وبدلا من ذلك، فما يستدعيه الأمر هو أن يتم تعديل القانون بشكل يفي في نفس الآن، وبطريقة توازي بين الحقوق الأساسية المشار إليها وأهداف الحماية الأخلاقية للحيوانات.

5. تستجيب مبدئيا الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/4 من الخيار 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات لهذه المقتضيات. ويهدف التعديل - بالنظر إلى معايير الأغذية خاصة منها العالم الإسلامي واليهودي - إلى إتاحة الفرصة لذبح الحيوانات لأسباب دينية بناء على تعديل استثنائي. ويجب عن طريق وسيلة التعديل الاستثنائي أن يفسح المجال للتصدي للانتقادات العامة تجاه الذبح الشعائري الذي يتم القيام به لدوافع دينية دون استعمال التخدير.

يمكن التأكد من الأحكام القانونية الثانوية خاصة بالنوع الذي يسمى الذبح المنزلي أو الذبح الخاص. وتجنب بهذه الطريقة كل الألم والمعاناة للحيوان الذي سيذبح، ويمكن حسب هذا القاعدة القانونية أن يتحقق الهدف المنشود من هذا التعديل في ضمان الحقوق (التي تحظى بالحماية من الناحية الدستورية) للمسلمين واليهود الملتزمين بتعاليم دينهم دون حاجة إلى التخلي عن المبادئ والالتزامات الجديرة بتوفير حماية تقوم على أساس أخلاقي للحيوانات. وبأخذ ما سبق بعين الاعتبار حقوق المشتكي بشكل مناسب.

ب) بالمقابل إذا كانت الظروف الواقعية التي تنص عليها الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، قد تم استيعابها كما فسرتها المحكمة الإدارية الفيدرالية في حكمها المؤرخ في 15 يونيو 1995 (الحكم رقم 1/99 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، فيجب عندئذ الحكم عليها بطريقة مغايرة.

لقد رفضت المحكمة وجود بواغث واقعية لهذا القانون مستدلة عن ذلك بأنه لا الإسلام السني - الذي يعتنقه المشتكي - ولا الإسلام بصفة عامة يمنع بشكل مطلق استهلاك لحم الحيوانات التي لم يتم ذبحها بطريقة شعائرية (نفس المصدر السابق، ص. 9).

وتفرض الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من المادة 4/4 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات تحديد طريقة موضوعية للأحكام التي تمنع طائفة دينية بمنع التخدير لذبح الحيوانات. ويتناهى التفسير الاستثنائي الذي يعتبر بشكل خاص القناعة الدينية الشخصية (وحتى عند

اعتبارها ملزمة) لأعضاء طائفة من هذا القبيل، مع المحتوى التعديلي للقانون (نفس المصدر السابق، ص. 4 والتي تليها).

ولم يأخذ هذا التفسير بعين الاعتبار كما ينبغي مفهوم ومدى القانون الأساسي الذي يحظى بحماية الفقرة 1 من المادة 2 المرتبط بالفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي. ويفضي التفسير المذكور إلى نتيجة مفادها أن الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من المادة 4/أ. من القانون المتعلق بحماية الحيوانات تحدد بطريقة موضوعية الأحكام القانونية الجامعة التي تفرض على طائفة دينية التخدير عند ذبح الحيوانات. وسيكون هذا التفسير دون جدوى إذا لم تتم مراعاة القنوات الدينية عندما يتعلق الأمر بمسلمين. والنشاط المهني لجزار يرغب بالنظر إلى التنظيمات الخاصة بالأغذية التي تمس قناعاته وقناعات زبائنه الدينية، في القيام بالذبح بطريقة دينية من أجل التزويد بلحم حيوانات تم ذبحها بدون تخدير، سيتم منعها من قبل هذا التنظيم القانوني. وهذا يرهق كاهل المعنيين بشكل غير متناسب وفي حصرها وبشكل أحادي بمقتضيات حماية الحيوانات، وستكون حسب هذا التفسير الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من المادة 4/أ من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، مخالفة للدستور.

ج) يمكن أن يتم تفادي هذه النتيجة بتفسير الدواعي الواقعية «للجماعة الدينية و«للأحكام الجامعة المانعة»، إذا أخذ التفسير المذكور بعين الاعتبار الحق المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي [...]»

ويجب على طائفة دينية بالمعنى المنصوص عليه في الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من المادة 4/أ من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، أن تدمج في دائرة الإسلام التي يختلف توجهها الديني عن الطوائف الإسلامية الأخرى (نفس المصدر السابق، ص. 236). ولا يخالف هذا التفسير لمصطلح الجماعة الدينية، إذا أخذ بعين الاعتبار بشكل مناسب ما هو منصوص عليه في الفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي.

كما أنه يتطابق مع المحتوى الحرفي للقاعدة القانونية المذكورة ويتناسب مع إرادة المشرع في توسيع نطاق تطبيق الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من المادة 4/أ من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، ليس فقط لأعضاء الديانة اليهودية، وإنما أيضاً لأعضاء الديانة الإسلامية ومختلف فروعها الدينية.

تنشأ عما سبق أيضاً آثار غير مباشرة للمعاملة التي تحظى بها باقي شروط «الأحكام القانونية الواضحة» التي تمنع على أعضاء جماعة دينية أن تأكل لحم حيوانات لم يتم ذبحها بطريقة شعائرية دينية. ويجب عليها أن تحدد المنشآت العامة ما إذا تم استيفاء هذا الشرط، ويجب على

المحاكم أيضا في حالة وجود نزاع، أن تحدد ما إذا تم تطبيق الشرط الوقائي لمنح الترخيص المطلوب والخاص، كما يجب عليها دراسة هذا الترخيص والبت فيها.

ولا ينبغي أن تكون بالضرورة النقطة المرجعية للقيام بهذه الدراسة هو الإسلام في مجمله ولا مختلف التيارات ضمن طائفة معينة كما هو الحال للسنة والشيعية - عندما يتعلق الأمر بديانة معينة كالإسلام الذي يعتمد مواقف مختلفة إزاء مسألة أكل لحم حيوان تم ذبحه بالطريقة الشعائرية -.

التساؤل بخصوص وجود أوامر ملزمة يجب الإجابة عنها في علاقتها بجماعة دينية معينة، التي يمكن أن تكون تابعة لتيار محدد ضمن نفس الديانة (انظر الحكم رقم 227/112 [236] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وبالتالي يكفي أن يؤكد الشخص الذي يلتمس ترخيصا خاصا، حسب الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من المادة 4/أ من الخيار 2 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، لإمداد أعضاء جماعة دينية، بطريقة راسخة ومنطقية - طبقا للمعتقدات الدينية المشتركة - بأن استهلاك لحم حيوانات يتطلب حتماً ذبح الحيوانات بطريقة شعائرية بدون تخدير (انظر الحكم رقم 82/97 [87] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب على الدولة إذا تم تقديم طلب وحجة في هذا السياق، أن تتغاضى عن التصور الذاتي لكل طائفة دينية عن نفسها (قارن مع الحكم رقم 236/24 [247] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، وتمتنع عن البت في القاعدة الدينية المذكورة (قارن مع الحكم رقم 23/33 [30] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

كما لا يمكنها أن تنفي الطابع «الواضح» للقاعدة القانونية الدينية على ضوء المادة 4 من القانون الأساسي، لأن الديانة المذكورة تقرر في نفس الوقت بالقواعد التي تأخذ بعين الاعتبار الحاجة إلى إنكاء ووعي اتباعها، ولأنهم، على سبيل المثال، نظرا لأنهم يتواجدون بمكان محدد ونظرا للتقاليد الغذائية السارية هناك، يقبلون استثناءات معينة. لكن ينبغي بالأحرى أن يمنح للمشتكي الترخيص المطلوب خاصة، شريطة ألا يقتضي الأمر رفضه لأسباب أخرى.

ويجب لهذا الغرض أن نؤكد بأن مقتضيات قوانين حماية الحيوانات قد تم استيفاؤها بأكثر وأوسع قدر ممكن، وان هذا الأمر يجري تحقيقه من خلال أحكام قانونية ثانوية والبحث عن تفعيلها، وأيضا عن طريق تقييم القدرات الشخصية المتعلقة بأهليته الشخص المشتكي للقيام بالذبح الشعائري (انظر الحكم رقم 227/112 [236] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)



## ثالثا

تخل القرارات المطعون فيها - للسلطة الإدارية والقضائية على حد سواء- بالحق الأساسي للمشتكي المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2، المرتبطة بالفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي. وتتجاهل السلطات والمحاكم الإدارية الحاجة وإمكانية القيام بتفسير الفقرة الفرعية 2 من الفقرة 2 من الخيار 2 من المادة 4.4 من القانون المتعلق بحماية الحيوانات، التي تتوافق مع الدستور، وأدى بها الأمر بالتالي إلى تقييد الحق الأساسي المقرر في تطبيق قواعد الاستثناء، لتمكن القيام بالذبح بالطريقة الشعائرية الدينية [...]

## الحكم 80

## الحكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 279/105

## يتعلق بالطائفة الدينية «أوشو»

1. لا يسمح الحق الأساسي في الحرية الدينية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي، بأي نوع من الحماية التي تمنع الدولة ومختلف أجهزتها من تحليل وعرض بشكل علني - ونقدي أيضا - أنشطة وأهداف أصحاب الحقوق الأساسية المذكورة. غير أن هذا التحليل والمناقشة يجب أن يحافظا على حياد الدولة إزاء الدين والرؤية الكونية، ويجب بالتالي أن تتم بلورتهما بتحفظ. ويمنع على الدولة أن تقوم بتمثيلات تشهيرية، أو تمييزية أو تشويه حقيقة جماعة دينية أو مجموعة إيديولوجية.
2. يسند إلى حكومة جمهورية ألمانيا الفيدرالية مهمة توجيه الدولة، ويحق لها بالتالي أن تقوم بعمل إعلامي والبحث في كافة المجالات التي تضطلع فيها بمسؤولية حكومية عامة تتطلب الحصول على معلومات معينة لكي يكون بالإمكان إنجازها.
3. لا يتطلب النشاط الإعلامي للحكومة الفيدرالية لجمهورية ألمانيا - في إطار تسيير شؤون الدولة - أن تحصل على ترخيص خاص من خلال قانون، حتى لو كان ذلك في الحالات التي ينطوي فيها النشاط المذكور بشكل غير مباشر على تدخل واقعي في الحقوق الأساسية للأفراد. ويكفي في هذا النطاق أن يسند إلى الدولة مهمة تسيير شؤون الدولة.

الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 26 يونيو 2002 دعوى طعن الحماية 91/670

## أسس القرار

أ

يتعلق طعن الحماية بمظاهرات حركة «راجنيش شاندراموهان» والجماعات التابعة لها، التي أفرغت من الحكومة الفيدرالية [...]»

ب

تم دعم دعوى طعن الحماية جزئياً. ولم تبد النتيجة التي خلصت إليها محكمة الاستئناف أي اعتراض من الناحية الدستورية؛ إذ أن عبارات «طائفة» و«الدين الشبابي» و«طائفة الشباب» و«الطائفة النفسية»، - وهي عبارات استعملتها الحكومة الفيدرالية لدى تقديمها تقريراً حول حركة «أوشو» والطوائف التابعة لها - وصفها على أنها غير مؤذية في مسطرة الأصل.

غير أنه لا يعتد بحكم الاستئناف الذي أصدرته المحكمة الإدارية العليا مادام أنها اعتبرت استعمال الصفات «مدمر» و«شبه ديني» واعتبرت بأن اتهام معالجة أعضاء هذه الجماعة موافق للدستور.

أولاً

في هذا السياق، فالحكم المذكور يخل بما هو منصوص عليه في الفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي.

1. الطاعنون هم أصحاب هذه الحقوق الأساسية. وأنهم - كجمعيات مدنية (جمعيات مسجلة في القانون المدني) وحسب منطوق المادة 21 من القانون المدني - أشخاص قانونيون والقانون المدني لا يمنع أن يكونوا أصحاب تلك الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 19 من القانون الأساسي.

يكون للأشخاص القانونيين الوطنيين الحق الأساسي في الحرية الدينية، وحرية تبني وجهة نظر كونية سائدة إذا كان هدفهم هو حضارة ورعاية أو تشجيع معتقد ديني أو إيديولوجي (انظر الحكم رقم 129/19 [132] ورقم 236/24 [247] ورقم 100/99 [118] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

2. يشمل الحق الأساسي في الحرية الدينية حرية تبني وجهة نظر كونية إلى جانب حرية الفرد في إعلان معتقده أو نظرتة إلى الكون أمام الملأ أو على انفراد، والحرية أيضاً في الارتباط مع أشخاص

آخرين من نفس المعتقد أو القناعة الدينية (انظر الحكم رقم 366/55 [387] ورقم 341/83 [355] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتتمتع الجمعيات ذاتها التي تم تشكيلها من خلال اتحاد أشخاص بالحق في اعتناق دين، أو تبني إيديولوجيا معينة والعمل أيضا على النهوض بالعقيدة المنوطة بها (انظر الحكم رقم 129/19 [132] ورقم 236/24 [247] ورقم 366/53 [387] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تحظى أيضا بالحماية حرية القيام بالدعوة إلى العقيدة، أو القناعة الشخصية وإقناع الآخرين بالالتزام بتعاليم دينهم أو قناعاتهم الإيديولوجية (انظر الحكم رقم 1/12 [4] ورقم 236/24 [245] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويعبر عن أهمية ومدى هذه الضمانات بشكل خاص من خلال إجبار الدولة، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي - والعدد 1 من الفقرة 3 من المادة 3 من القانون الأساسي والفقرة 3 من المادة 33 من القانون الأساسي والمادة 140 من القانون الأساسي المرتبط بالفقرتين 1 و4 من المادة 136 والفقرة 1 من المادة 137 من دستور فيمار<sup>27</sup> - على التعامل بشكل حيادي مع المسائل المتعلقة بالعقيدة الدينية أو القناعة الإيديولوجية، وأن لا تعرّض السلم الديني للخطر (انظر الحكم رقم 206/19 [216] ورقم 1/93 [16] والتي تليها) ورقم 370/102 [383] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتضمن الحماية بالتالي الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي من التمييز والتشويه الذي يمكن أن يوجه ضد واقع جماعة دينية، أو مجموعة إيديولوجية. وهذا لا يعني أنه يجب على الدولة وأجهزتها أن تتخلى مطلقا عن الاهتمام بالمسائل المذكورة. كما أن الدولة المحايدة لا تستطيع أن تقوم بدور - من خلال معايير دينية - في السلوك الحقيقي لتجمع ديني، أو إيديولوجي، أو لأعضائهما، أو حتى في حالة ارتكاز السلوك المذكور، في نهاية المطاف، على دوافع دينية (انظر الحكم رقم 370/102 [383] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا ينبغي مبدئيا، بشكل مماثل، أن ترفض منح المعلومات التي يتوفر عليها البرلمان والرأي العام والمواطنون والمواطنات المعنيون لأجهزة الدولة عن مختلف الجماعات الدينية والإيديولوجية وأنشطتها؛ لأن الفقرتين 1 و2 من المادة 4 لا تضمن الحماية ضد التحليل والمناقشة، أو المواجهة العلنية بين أجهزة الدولة - بشكل انتقادي أيضا - وأصحاب هذا الحق الأساسي. ويمنع على الدولة فعلا أن تنظم مسائل دينية أو عقدية فقط، أو تتدخل بشكل متحيز في معتقدات الأفراد

27. دستور فيمار. لا زالت الأحكام المذكورة سارية المفعول.

أو الطوائف الدينية، أو الإيديولوجية وتصرفاتهم وتمثيلهم (انظر الحكم رقم 1/93 [16] ورقم 370/102 [394] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا يمكن للدولة أن تتحيز لمعتقدات معينة - وذلك بالتعاطف معها، على سبيل المثال - كما لا يمكن لها أن تلحق الضرر بأخرى بسبب محتوى عقيدتها، أو بممارسة التمييز ضدها على سبيل المثال. ولا يمكن في دولة يتعايش فيها أتباع مختلف المعتقدات الدينية والإيديولوجية، أن يتحقق التعايش السلمي إلا إذا حافظت الدولة نفسها على الحياد في المسائل العقديّة والإيديولوجية (انظر الحكم رقم 1/93 [16] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، مع مزيد من المراجع).

ويجب بالتالي على الدولة أن تفرض على نفسها تحفظاً خاصاً في تعاملها مع جماعة دينية أو إيديولوجية. ويتم تحديد مدى التحفظ المذكور على أساس الظروف الآنية المعينة.

3. المظاهرات التي قامت بها الحكومة الفيدرالية - كانت موضع تقييم من قِبَل محكمة الاستئناف المرتبطة بحركة «أوشو» وجماعاتها - لا تستوفي إطلاقاً المبادئ المشار إليها سابقاً.

أ- تستحق القرارات التي تم الاعتراض عليها في هذه القضية الموافقة في إشارة إلى أن عبارات «طائفة» و«دين الشباب» و«طائفة الشباب» و«الطائفة النفسية»، - عند ارتباطها بحركة «أوشو» والجماعات التي تنتمي إليها - لا تبدي أي اعتراض من الناحية القانونية والدستورية. ولا تؤثر هذه التصريحات في حد ذاتها على مجال حماية الحق الأساسي في الحرية الدينية أو القناعات الإيديولوجية.

كما أن هذه التصريحات المذكورة لا تنطوي على شيء يقدح أو يشوه الحقيقة بأي شكل من الأشكال، بل إنها تتحرك ضمن إطار النشاط الإعلامي الذي يتم توجيهه بشكل إيجابي لصالح جماعة دينية معينة، وتمتثل بهذا للتحفظات التي يجب أن تبديها الدولة وأجهزتها وفق أمر الحياد في المجال الديني والإيديولوجي [...]

ب) باستعمال الصفتين «هدام العقيدة» و«شبه الديني»، وأيضا اتهام [التنظيم المذكور] بالتلاعب بأعضائها، يمس بالحقوق الأساسية لطاعن التي تضمنها الفقرتان 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي، بعدما عاملتها الدولة بتحفظ وحياد من وجهة النظر الدينية والإيديولوجية. غير أن سمات «التدخل في الحق الأساسي» - بالمفهوم التقليدي للعبارة - لم تُستوف بالأكمل.

ويقصد بصفة عامة في القانون الأساسي بالتدخل، ذلك الإجراء القانوني والرسمي (أي الرامي لتحقيق هذه الغاية) الذي تتخذه الدولة بطريقة فورية، وموجهة من خلال أمر، أو منع (الذي يمكن فرضه في نهاية المطاف قسراً من طرف الجهاز التنفيذي للقانون) ذي طابع إجباري بهذا

الحجم، ويؤدي إلى تقليص الحريات الدستورية. المظاهرات المثيرة للخلاف، التي هي موضوع القرار الراهن، لا تقدم أية سمة من هذه السمات [...]

ولا يمثل ما سبق، على العكس من ذلك، عائقا تقاس به هذه المظاهرات في ضوء الفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي. ولا تتوقف الحماية، طبقا للقانون الأساسي، على انتهاك الحقوق الأساسية من خلال التدخل، كما لم يحدد القانون الأساسي محتوى هذه الحماية.

فقد كان للتصريحات المدلى بها، آثار آنية ذات طابع وقائعي على الطاعن. لكي لا يتم الاعتراض على الدولة من الناحية الدستورية، لانتهاك الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرتان 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي، كان من الضروري أن يوجد مبرر قانوني دستوري كاف لذلك.

ت) لم يتحقق هذا في هذه القضية. فقد تصرفت المحكمة بالتأكيد - عند إصدارها تصريحات مثيرة للخلاف - في إطار صلاحيتها الإعلامية (انظر الفقرة (أ.أ) أعلاه). غير أن المدعيات قد تم انتهاك حقوقهن الأساسية التي تنص عليها الفقرتان 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي بشكل غير متناسب (انظر الفقرة (ب.ب) أدناه).

أ-1) يحق للحكومة الفيدرالية أن تبلغ البرلمان والرأي العام بشأن حركة «أوشو» والجماعات المنتمية إليها وأهدافها وأنشطتها. ويمكن للدولة لهذا الغرض أن تستمد صلاحيتها مباشرة من الدستور على أساس مهمة تسيير النشاط الحكومي دونما حاجة لأي ترخيص إضافي من القانون الثانوي.

1.أ) تستمد سلطة إصدار هذه المعلومات من المهام المسندة للحكومة الفيدرالية - في إطار مهامها العامة - للاهتمام أيضا بالقضايا الراهنة المثيرة للنقاش التي تؤثر على الرأي العام بشكل كبير، وتكلف الدولة بهذا مهمة تسيير النشاط الحكومي [...]

ب-ب) يكون نعت حركة أوشو والجماعات المنضوية تحت لوائها بأنها «مدمرة» و«شبه دينية» واتهامها بالتلاعب وعزل أعضائها عن الحياة العامة، في مجملها، عبارات تنتهك أمر حياد الدولة، ولا تصمد الآن أمام الفحص بعدم الدستورية الذي قامت به المحكمة الدستورية، ولا مبرر للعبارات المذكورة أن تستند إلى معايير مبدأ التناسب [...]

تعتبر هذه النعوت والاتهامات تشهيرية للطاعنات. ومن الواضح أيضا أن هؤلاء يؤكذن على أنهم، كنتيجة للمظاهرات السالفة، خائفات من حدوث مساوئ خطيرة كفقدان أحد أعضائها الحاليين، على سبيل المثال، وعدم الرغبة في انضمام أعضاء جدد، وعدم الحصول على دعم مالي. ولم تقدم الحكومة الفيدرالية بالتأكيد حججا دامغة كافية تقوم على وقائع محددة، يمكنها - بالنظر إلى واجب التحفظ الذي ينبغي أن تتمسك به الدولة - أن تبرر بها المظاهرات المندلعة [...]

## الحكم 81

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 282/108 يتعلق بالحجاب الإسلامي

1. لا تستند التشريعات القائمة في ولاية بادن فورتمبرغ الفيدرالية إلى أساس قانوني كاف لمنع ارتداء الحجاب الإسلامي<sup>28</sup> على المدرسين في المدرسة وخلال الدروس.
2. يمكن للتحويل الاجتماعي - المرتبط بالتعدد الديني المتزايد - أن يكون سببا ليدفع المشرع للقيام بتنظيم جديد للعناصر ذات الطابع الديني المسموح بها في المدارس.

## الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 24 شتنبر 2003

## أسس القرار

أ

طالبت الطاعة بإعادة توظيفها في المنظومة المدرسية في ولاية بادن فورتمبرغ. ومن خلال طعن الحماية الراهن، قامت الطاعة باستئناف القرار الصادر عن وزارة التعليم المدرسي العليا لشتوتنكارت الذي أقرته المحاكم الإدارية. وقد تم، من خلال هذا القرار، رفض قبول الطاعن في النظام الأساسي للموظفين العموميين بعد اجتياز الاختبار (كمدرسة في التعليم الابتدائي والتعليم الأساسي العام) بحجة أنها تفتقر إلى الخبرة اللازمة للقبول في المنصب بناء على عزمها المعلن على ارتداء الحجاب الإسلامي في المدرسة وخلال الحصص الدراسية [...] ]

ب

قوبلت دعوى طعن الحماية بالقبول والدعم، لأن القرارات المطعون فيها تنتهك الفقرة 2 من المادة 33 من القانون الأساسي المرتبطة بالفقرتين 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي والفقرة 3 من المادة 33 من القانون الأساسي.

ويبرز ارتداء الحجاب الإسلامي، في سياق حاجته إلى مزيد من الدراسة من خلال القرار الراهن، انتماء الطاعة إلى الدين الإسلامي ويوضح هويتها الشخصية كمسلمة، واعتبار السلوك المذكور «كعدم أهلية أو كنعقص الخبرة» لشغل منصب مدرسة في التعليم الابتدائي والتعليم الأساسي العام.

28. يشير الحكم إلى الحجاب أو الخمار، وهو لباس تستخدمه النساء المسلمات لستر الشعر والعنق. عبارة كويشتوخ الألمانية أكثر دقة من العبارتين: خمار ووشاح بالاسبانية [ملاحظة المترجم].

يمثل تدخل الدولة في الحق الأساسي للطاعة في الترشح للمناصب العامة المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 33 من القانون الأساسي والمتعلقة بالحق الأساسي في الحرية الدينية الذي تضمنه الفقرتان 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي دونما حاجة إلى أساس قانوني كاف في الوقت الراهن لهذا الغرض. وتم بهذا رفض إسناد منصب عمومي للطاعة بشكل لا يمكن الدفاع عنه من الناحية الدستورية.

## ثانيا

تتيح الفقرة 2 من المادة 33 من القانون الأساسي لكافة الألمانين نفس الإمكانيات للحصول على أي وظيفة حكومية وفق مهاراتهم وقدراتهم وأدائهم التقني.

2. يكفل الحق المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 33 من القانون الأساسي - شأنه شأن الحق الأساسي - توسيع نطاق الحق في حرية اختيار المهنة أو العمل (الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي) على قدر المستطاع، استنادا إلى أن شركات القطاع العام يمكنها قانونيا أن تحدد عدد المناصب المتوفرة في الوظيفة العمومية (انظر الحكم رقم 377/7 [397] والتي تليها) ورقم 334/39 [369] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا تخول الفقرة 2 من المادة 33 من القانون الأساسي حقا شخصيا في تقلد منصب حكومي (انظر الحكم رقم 334/39 [369] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية والحكم رقم 109/68 [110] من أحكام المحكمة الإدارية). ويمكن أن يقيد الحصول على منصب عمومي (أي قبول تولي منصب معين، الشيء الذي يؤثر في نفس الوقت على حرية اختيار العمل) خاصة منها الشروط المقبولة ذات الطابع الشخصي (انظر الحكم رقم 334/39 [370] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

2. المنع المفروض على مدرس - مادام أنه موظف عمومي - كما تمت الإشارة سابقا، في المدرسة وأثناء الحصص، بسبب انتمائه إلى جماعة دينية، وخضوعه لقواعد اللباس بدافع الدين، ينتهك حق الفرد في الحرية الدينية الذي تضمنها الفقرتان 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي. ويجعل هذا المنع الشخص يواجه خيارا بين تولي المنصب العمومي أو الامتثال للقواعد الدينية المتعلقة باللباس التي يعتبرها الشخص مُلزمة له حسبما يميله عليه ضميره.

تضمن المادة 4 من القانون الأساسي في الفقرة 1 حرية العقيدة والضمير والقناعة الدينية والرؤية الكونية، وتكفل الفقرة 2 الحق في ممارسة الدين بحرية. وتحتوي كلتا الفقرتين من المادة 4 من القانون الأساسي على حق أساسي واحد، ينبغي أن يفهم بشكل كامل (انظر رقم 236/24 [245]

ورقم 98/32 [106] ورقم 39/44 [47] ورقم 341/83 [354] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يشمل هذا الحق فقط الحرية الداخلية في الاعتقاد من عدمه، بل يمتد ليشمل أيضا حرية الفرد الخارجية في الجهر بالدين ونشره (انظر رقم 236/24 [245] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويندرج ضمن هذا الحق أيضا حق الفرد في توجيه سلوكه برمته تبعا لتعاليم دينه والتصرف أيضا وفق قناعاته الدينية العميقة.

ولا يتعلق ما سبق فقط بالقواعد الدينية ذات الطابع الإجمالي، وإنما يتعلق أيضا بالقناعات الدينية التي تحدد سلوكا معيناً - بالنظر إلى الحالة الحيوية المعينة - بأنه السلوك الصحيح (انظر رقم 98/32 [106] والتي تليها) ورقم 23/33 [28] ورقم 29/41 [49] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتم ضمان الحرية الدينية التي تحظى بالحماية المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي بدون أي تحفظ. ويجب، بالتالي، أن يستمد أي تقييد محتمل لهذه الحرية من الدستور. وتندرج ضمن هذه القيود الحقوق الأساسية للآخرين، وقيم المجتمع التي تتمتع برتبة الحق الدستوري (انظر الحكم رقم 243/28 [260] والتي تليها) ورقم 29/41 [50] والتي تليها) ورقم 88/41 [107] ورقم 37/44 [49] والتي تليها، [53] ورقم 223/52 [247] ورقم 1/93 [23] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتطلب تقييد الحق في الحرية الدينية (الذي يتم ضمانه بدون أي تحفظ) أساسا قانونيا محمدا (انظر الحكم رقم 130/83 [142] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

3. تشير أيضا القرارات المطعون فيها إلى الفقرة 3 من المادة 33 من القانون الأساسي. ويعتبر حسب العدد الأول من هذه المادة، بأن تولي الوظائف العمومية مستقل تماما عن القناعات الدينية، ولا يمكن حسب العدد 2 من نفس المادة، أن يتعرض أي شخص للأذى بسبب انتمائه أو عدم انتمائه لدين ما أو تيار إيديولوجي.

ويجب، بالتالي، أن تستبعد أية روابط بين القناعات الدينية والالتحاق بالوظيفة العمومية. وتوجه الفقرة 3 من المادة 33 من القانون الأساسي من جهة، إلى تقادي التعامل بشكل غير متساو على أساس الانتماء إلى ديانة معينة. ومن جهة أخرى، تمنع هذه القاعدة القانونية أن يرفض التحاق شخص بالوظيفة العمومية لأسباب تتنافى والحرية الدينية التي تضمنها الفقرتان 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 69/79 [75] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).



لا يستثنى مما سبق إطلاقاً وجود التزامات متصلة بالوظيفة العمومية، يمكن أن تؤثر بشكل من الأشكال على حرية العقيدة للذين يتولون وظائف عمومية أو الذين يسعون إلى الالتحاق بها، والتي تقيد أو تعرقل على هذا النحو التحاق مترشحين لهم علاقة بالدين.

غير أن ما سبق يربط هذه الالتزامات بمقتضيات التعليل التي ينبغي أن تمتثل لقيود الحرية الدينية كحق مضمون دون أدنى تحفظ. ويجب، زيادة على ذلك، أن يخضع لمبدأ المساواة بين مختلف التيارات الدينية في مجال الواجبات المتعلقة بالوظائف العمومية وتنفيذها عملياً.

4.1) يندرج ارتداء الطاعة للحجاب الإسلامي داخل المدرسة ضمن مجال الحرية الدينية التي تضمنها الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي. وتعتبر الطاعة أن ارتداء الحجاب يمثل لها قاعدة مُلزمة مستمدة من تعاليم دينها، ويشكل ما سبق عنصراً واقعياً، لم تشكل فيه المحاكم المختصة قط، كما أنه لم يكن موضع شك في إجراء الحماية القضائية الراهنة للطاعة، ويعتبر هذا الامتثال لقاعدة اللباس تعبيراً عن التزامها بدينها. ولا داعي في هذه القضية لكشف اللبس عن المسألة المثيرة للنقاش لتحديد ما إذا كانت قواعد الإسلام تفرض على النساء ارتداء الحجاب، وإلى أي حد؟

وبالتأكيد، فليس أي سلوك يستند بالخصوص إلى تحديد ذاتي، يجب أن يعتبر تعبيراً عن الحرية الدينية، ويجب بالتالي أن يحظى بالحماية. وكى يطالب الشخص، من أجل تقييم سلوك معين كتعبير عن الحرية الدينية، يجب بالأحرى، أن ينظر في التصور الذي يكون للجماعة الدينية عن نفسها (انظر رقم 236/24 [247] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن، بالنظر إلى محتوى وشكل وجوب ارتداء النساء للحجاب أمام المأ تطبيقاً لقاعدة دينية إسلامية أن يدرج ضمن مجال الحماية التي تضمنها الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي (راجع بهذا الخصوص أيضاً الحكم رقم 341/83 [353] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)؛ وهذا ما ذهب إليه المحاكم المختصة أيضاً، وأن هذا التقييم لا يشكل أي تعارض من الناحية الدستورية.

ب) وأن اعتبار الطاعة تفتقر إلى الأهلية والخبرة الضرورية للامتثال بشكل كامل لواجبات المدرسة بالتعليم الابتدائي والتعليم الأساسي العام - على أساس عزمها على ارتداء الحجاب داخل المدرسة وأثناء الحصص الدراسية (الذي تبرزه الطاعة من خلال انتمائها للجماعة الدينية الإسلامية بوضوح في انتهاكات مزعومة للواجب المتعلق بالوظيفة العمومية) - ورفض السماح لها أيضاً بالالتحاق بالوظيفة العمومية القائم على هذا السبب، يتطابق مع ما تنص عليه الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي إذا تعارضت ممارسة الحرية الدينية مع الحقوق القانونية ذات الطابع الدستوري.

وإذا كان تقييد ممارسة الحرية الدينية القائم على أساس قانوني والمحدد بشكل كاف، من بين الحقوق القانونية ذات الطابع الدستوري التي يمكن أن تدخل في نزاع مع الحرية الدينية، فيجب أن يؤخذ بعين الاعتبار هنا المهمة التعليمية المخولة للدولة (الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي) التي يجب أن تتولاها مع احترام واجب الحياد الإيديولوجي والديني، وضمان حق الآباء في تعليم أولادهم (الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي) وضمان الحرية الدينية للتلاميذ (الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي).

أ- يُكرس الدستور في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، والعدد 1 من الفقرة 3 من المادة 3 و للفقرة 3 من المادة 33 وفي الفقرتين 1 و 4 من المادة 136 و الفقرة 1 من المادة 137 من دستور فيمار المرتبطة بالمادة 140 من القانون الأساسي، واجب الحياد الإيديولوجي والديني للدولة.

ولهذا يمنع القانون الأساسي وضع أية أشكال قانونية ذات طابع ديني، ويمنع أيضا التحيز لمعتقدات محددة، كما أنه يمنع التمييز ضد أشخاص يدينون بدين مختلف أو إقصاءهم (انظر الحكم رقم 206/19 [216] ورقم 236/24 [246] ورقم 23/33 [28] ورقم 1/93 [17] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب على الدولة أن تتعامل مع مختلف الجماعات الدينية والإيديولوجية، وتسترشد بواجب المساواة (انظر الحكم رقم 206/19 [216] ورقم 236/24 [246] ورقم 1/93 [17] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويمنع بالتالي أن تتعاطف الدولة مع جماعة دينية محددة (انظر الحكم رقم 415/30 [422] ورقم 1/93 [17] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تتميز الدولة التحررية المنصوص عليها في القانون الأساسي بانفتاحها على المعتقدات الدينية والإيديولوجية المتعددة، ويستند ما سبق إلى مفهوم الإنسان الذي ينطلق من كرامة الشخص، ويعتبر أن حرية تطوير الشخصية يجب أن تقوم على الجد والمسؤولية الشخصية (انظر رقم 29/41 [50] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يجب أن يفهم واجب الحياد الديني والإيديولوجي المفروض على الدولة أن تعزل (بمعنى انفصال الكنيسة عن الدولة) بل يجب أن يكون سلوكا متفتحا وشاملا، يعزز الحرية الدينية لكافة الجماعات الدينية على قدم المساواة.

وتقضي الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي أن يتم ضمان المجال الضروري لممارسة المعتقدات الدينية، وتطوير الذاتية للشخصية على الصعيدين الديني والإيديولوجي (انظر رقم 29/41 [49] ورقم 1/93 [16] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمنع على الدولة بشكل خاص أن تمارس أي شكل من أشكال التأثير المباشر لصالح تيار سياسي أو إيديولوجي محدد، أو رؤية كونية معينة، كما يمنع عليها أن تتعاطف - من خلال تدابير منبثقة عن الدولة أو منسوبة إليها - صراحة أو ضمناً مع طائفة دينية أو تيار إيديولوجي، وتجنب ما يعرض السلم الديني في المجتمع للخطر (انظر رقم 1/93 [16] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمنع مبدأ الحياد الديني والإيديولوجي أيضاً على الدولة أن تقوم بتقييم معين لمحتوى ومبادئ جماعة دينية (انظر رقم 23/33 [29] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتناسب ما سبق مع النظرة التقليدية إلى العلاقة بين الدولة والدين كما أقرها الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية، خاصة في مجال التعليم الإلزامي الذي تتكلف به الدولة، والذي كانت القناعات الدينية والإيديولوجية به ولا تزال ذات أهمية، بالنظر إلى طبيعته (انظر رقم 29/41 [49] ورقم 223/52 [241] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وليست الإشارات المسيحية حسب - في تصميم المدارس العمومية - مبدئياً ممنوعة، لكن يجب على المدرسة أن تفسح أيضاً المجال لمحتويات وقيم دينية وإيديولوجية أخرى (انظر رقم 29/41 [51] ورقم 223/52 [236] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وستحافظ الدولة التحررية بفضل هذا الانفتاح، التي ينص عليها القانون الأساسي على حيادها الديني والإيديولوجي (انظر رقم 29/41 [50] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويكون من الصعب عند تعليم أطفال لديهم معتقدات دينية ونظرة كونية مختلفة جنبا إلى جنب، أن يتم تفادي ظهور توترات. ويجب أمام هذه الوضعية، أن يتم البحث عن توازن (انظر رقم 29/41 [63] ورقم 223/52 [247، 251] ورقم 1/93 [21] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، ولتفاصيل أوفى، أنظر ت.ت. أعلاه) استناداً لمبدأ التسامح الذي يعتبر بمثابة تعبير عن كرامة الإنسان (الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي).

ب-ب) يضمن العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي حق الآباء الطبيعي في رعاية وتربية أبنائهم، الذي يشمل أيضاً ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي، ويضمن أيضاً حق تربية الأبناء بالمعنى الديني والنظرة الكونية. ويمثل بالتالي في المقام الأول مهمة وحق الآباء في نقل تلك القناعات في المسائل المتعلقة بالإيمان والنظرة العالمية التي يرونها صحيحة إلى أبنائهم (انظر رقم 29/41 [44 و 47] والتي تليها) ورقم 223/52 [247، 251] ورقم 1/93 [17] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتطابق ما سبق مع حق الأباء في إبعاد الأبناء عن القناعات الدينية التي يعتبرونها خاطئة أو مسيئة (انظر رقم 1/93 [17] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). غير أن الحق المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي لا يقتصر فقط على الآباء، وإنما أسند جزء منه إلى الدولة من خلال الاعتراف لها بمهمة السهر على النظام التعليمي برمته. وتمارس الدولة على هذا الأساس في المدرسة - بشكل مستقل وضمن مجال تصرفها وبتنسيق مع الآباء - المهمة التي عهد إليها بها من خلال الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي (انظر رقم 165/34 [183] ورقم 29/41 [44] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تخضع الكيفية التي يجب بها على الدولة أن تفي بالمطلب المذكور، وتحديد جميع الوسائل للتعامل بها مع العناصر الدينية في المدرسة، وتحديد القيود على حرية التصميم المخولة للولايات الفيدرالية - لما هو منصوص عليه في القانون الأساسي، خاصة منه ما هو منصوص عليه في الفقرتين 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي - (انظر رقم 29/41 [44 و 47] والتي تليها) ورقم 223/52 [242] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ت-ت) وتتوجه أخيراً حرية ممارسة قناعاتها الدينية من خلال ارتداء الحجاب الإسلامي في المدرسة، وخلال الحصص الدراسية التي طالبت بها الطاعنة، مع الحرية الدينية - التي تُفهم بشكل سلبي - للتلميذات والتلاميذ. وتحمي الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي مختلف أشكال الحرية الدينية على قدم المساواة، أي بمعناها الإيجابي والسلبي على حد السواء.

وعليه أيضاً، يتم ضمان حرية البقاء بعيداً عن المظاهر التعبدية لمعتقد غريب. ويتعلق هذا أيضاً بالشعائر والرموز التي يقدم بها معتقد أو دين معين نفسه. وتترك المادة 4 من القانون الأساسي لكل فرد الحرية في اتخاذ القرار بخصوص الرموز الدينية التي يقرأها ويعظمها، أو التي يرفضها. وتتعايش بالتأكيد، في المجتمع المتعدد معتقدات دينية مختلفة.

ولا يحق للفرد أن يبتعد وينعزل [تماماً] عن المظاهر الدينية والممارسات التعبدية أو الرموز الدينية. ويجب أمام هذا الوضع، أن يتم التمييز بين تلك الحالات التي خلقتها الدولة بنفسها، والتي ليس بإمكان الفرد أن يتجنب فيها بتاتا تأثير معتقد ديني معين، وبين الحالات التي يبرز من خلالها المعتقد المذكور، وبين الرموز التي بواسطتها يعرف هذا المعتقد بنفسه (انظر الحكم رقم 1/93 [15] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتؤكد في هذا الصدد الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي على ضمان الحق في الحرية للمواطنين، خاصة منها في المجالات الحيوية التي لا يسمح للمواطنين بتنظيمها، وإنما أسندت مهمتها إلى الدولة (انظر رقم 29/41 [49] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)

ويتم تعزيز ما سبق من خلال المادة 140 من القانون الأساسي المرتبطة بالفقرة 4 من المادة 136 من دستور فيمار التي بموجبها يمنع إجبار شخص ما على المشاركة في ممارسات دينية رغما عنه.

ج-ج) يسند القانون الأساسي (للدول) للولايات الفيدرالية هامشا واسعا في مجال التعليم، وتسند المادة 7 من القانون الأساسي المسؤولية الواسعة عن الاستقلال الذاتي للولايات الفيدرالية في مجال هيكل المدارس العمومية في المجال الديني والمنظور الكوني - على هامش سيادتها على المجال التعليمي - وصلاحياتها أيضا لصياغة المنظومة التعليمية الإلزامية بحرية (انظر رقم 29/41 [44] والتي تليها] ورقم 223/52 [242] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويعود إلى المشرع المحلي الذي تم انتخابه بشكل ديمقراطي مهمة أن يمنع النزاع الحتمي القائم بين الحرية الدينية (التي تُفهم بشكل إيجابي) لمدرس معين، وواجب الدولة في الحفاظ على الحياد في المجال الديني والمنظور الكوني. ويمنع أيضا النزاع بين واجب الآباء في تربية أبنائهم والحرية الدينية (التي تُفهم بشكل سلبي) للتلاميذ، بالإضافة إلى ذلك الأخذ بعين الاعتبار مبدأ التسامح.

ويجب على المشرع المحلي، من خلال العملية الديمقراطية لتشكيل إرادة الجمهور، أن يجد عند إعداد هذا التنظيم القانوني توازنا مقبولا ومعقولا بين كافة الأطراف. كما يجب عليه أن يسترشد من جهة، بالمادة 7 من القانون الأساسي التي تسمح بتأثير معين للدين وللمنظور الكوني على مجال النظام التعليمي شريطة احترام حق الآباء في تربية أبنائهم، ومن جهة أخرى، بالمادة 4 من القانون الأساسي التي تنص على القضاء على أي شكل من أشكال الإكراه في المجال الديني، والمنظور الكوني على قدر المستطاع، عند اختيار شكل تعليمي معين.

وينبغي تحليل هذه المبادئ بشكل مشترك، كما يجب أن ينسجم تفسيرها مع مجال تطبيقها. ويفهم مما سبق بأن الولايات الفيدرالية قادرة على وضع تنظيمات مختلفة؛ ذلك لأن بإمكانها إيجاد الوسيلة المضبوطة، والأخذ بعين الاعتبار أيضا العادات والتقاليد المدرسية الخاصة، وتوزيع مختلف الديانات في الولايات، وأيضاً تمسك السكان بالدين بشكل أكبر أو أقل في الولاية المعنية (انظر رقم 29/41 [50] والتي تليها] ورقم 1/93 [22] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتكون هذه المبادئ سارية لتحديد مدى إمكان أن تُفرض على مدرس - على حساب حقه الأساسي الفردي - التزامات معينة حول طريقة لباسه وتصرفه داخل المدرسة المرتبطة بواجب الدولة في ضمان الحياد في المجال الديني والمنظور الكوني.

5. يمكن لإدراج المدرسين داخل المدرسة لعناصر ذات طابع ديني، أو لها علاقة بتصور معين عن الكون أن تكسر الحياد الذي يجب على الدولة أن تحافظ عليه من خلال المهمة التربوية الموكلة

إليها. ويتيح هذا الأمر على الأقل أيضا المس بحق الآباء في تربية الأبناء وحق التلاميذ في الحرية الدينية (التي تُفهم بشكل سلبي). وبالتالي خلق نزاع بينهم وبين الآباء.

ويمكن لهذا الأمر، أن يقوض السلم في المدارس، ويهدد مهمتها التربوية. ويمكن لطريقة لباس الأساتذة التي تستجيب للتعاليم الدينية، أن تفسر كتعبير عن معتقد ديني معين، ويكون له نفس الأثر.

يمكن أن يشكل سلوك معين لمدرس معين - الذي يهدف إلى التأثير على التلاميذ الذي كلف بتدريسهم - وأعمال التبشير بالدين أيضا، انتهاكا للالتزامات المنبثقة عن النظام البيروقراطي، أو يمكن أن تعتبر غيابا للكفاءة (تشكل عائقا) من أجل الوصول إلى وضع البيروقراطية.

ويتطلب الأمر في المقابل لكي يتم اعتبار إمكانية ظهور مخاطر أو نزاعات - بناء على المظهر الخارجي لمدرس وطريقته في اللباس - بشكل مماثل كانتهاك لواجبات المنصب أو كعدم الأهلية، إقرار أساس قانوني كاف لذلك، لأن الأمر تعلق بحق أساسي منصوص عليه في الفقرتين 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي، يجب أن يضمن دون أي تحفظ.

6. يُترك، بالرغم من ذلك، للمشروع المحلي سلطته التقديرية، أن ينشأ هذا الأساس القانوني، على سبيل المثال. بواسطة تنظيم جديد يعتمد المعايير الدينية الأساسية، التي يمكن أن تكون حاضرة بشكل صحيح في المدرسة، وذلك ضمن إطار المعايير القانونية والدستورية المقررة. ويجب أن يأخذ هذا التنظيم بعين الاعتبار، بما يكفي، الحرية الدينية للتلاميذ وللمدرسين، وحق الآباء في تربية أبنائهم، وواجب الدولة في الحفاظ على الحياد في المجال الديني والمنظور الكوني [...]

ت

تمت الموافقة على هذا الحكم بواقع خمسة أصوات مقابل ثلاثة [...]

## سادسا: حرية الرأي والمعلومة والطباعة

تنص المادة 5 من القانون الأساسي في:

**الفقرة 1 :** يحق لكل إنسان أن يعبر أو ينشر بحرية رأيه بالكتابة أو الصورة، كما يحق له أن يحصل على كل مصادر المعلومات بدون أية عراقيل، وتضمن حرية الصحافة وحرية المعلومات بالذيع والتلفزيون، والسينما. ولا يمارس عليها أية رقابة.

**الفقرة 2 :** تكون قيود على هذه الحقوق في أحكام القوانين العامة، وفي أحكام نصوص القوانين المتعلقة بحماية الطفولة، والحق في الشرف الشخصي.

**الفقرة 3 :** تضمن حرية الفن والعلم والبحث والتعليم. ولا تعفي حرية التعليم من الخضوع للدستور.

### أ - حرية الرأي والتعبير والمعلومة

العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5.

(انظر أيضا الحكم رقم 130/34 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)

### الحكم 82

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 198/7 يتعلق بلوث

1. تعتبر الحقوق الأساسية أساسا: هي حقوق المواطن في الدفاع أمام الدولة، غير أنه يندرج أيضا ضمن أحكام الحقوق الأساسية المنصوص عليها في القانون الأساسي نظام القيم الموضوعي والتي تهدف، كقرار دستوري أساسي، أن تسري على كافة مجالات القانون.
2. يطور في القانون المدني بشكل غير مباشر المضمون القانوني للحقوق الأساسية من خلال أحكام القانون الخاص، ويتضمن أساسيا أحكاما قانونية ذات طبيعة إجبارية، يمكن تنفيذها بشكل غير مباشر من قبل القضاة عن طريق شروط الامتثال العامة.
3. يمكن أن ينتهك الحكم الصادر عن القاضي المدني الحقوق الأساسية (المادة 90 من قانون المحكمة الدستورية) إذا أغفل آثار الحقوق الأساسية على القانون المدني. ولا تفحص المحكمة الدستورية الفيدرالية أحكام المحاكم المدنية إلا إذا انتهكت الحقوق الأساسية، دون الأخطاء القانونية.
4. يُقصد أيضا بأحكام القانون المدني «القوانين العامة» بما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي، ويمكن أن تختزل الحقوق الأساسية في حرية الرأي.
5. ينبغي أن يتم تفسير «القوانين العامة». للديمقراطية على ضوء المفهوم الخاص للحق الأساسي في حرية الرأي.
6. ولا يحمي الحق الأساسي المنصوص عليه في المادة 5 من القانون الأساسي فقط التعبير عن الرأي في حد ذاته، بل يحمي أيضا الآثار الروحية التي تصاحب التعبير عن رأي معين.
7. يتضمن التعبير عن الرأي الدعوة إلى المقاطعة، ولا ينتهك بالضرورة الأخلاق الحميدة بالمفهوم المنصوص عليه في المادة 826 من القانون المدني، ويمكن أن يكون مبررا من الناحية الدستورية عن طريق حرية الرأي بعد موازنة كل حيثيات القضية.

## القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 15 يناير 1958

في الإجراء المتعلق بطعن الحماية التي رفعها إريك لوث، رئيس نادي الصحافة بهامبورغو ضد القرار الصادر عن محكمة ولاية هامبورغو.

[...] أصدرت محكمة ولاية هامبورغو بتاريخ 21 أكتوبر 1951 القرار التالي:

«يُحكم على المدعى عليه، تحت طائلة السجن أو الغرامة (التي يجب تحديدها قضائياً) بما يلي:

• الكف عن مطالبة - أصحاب قاعات المسرح الألمانين وموزعي الأفلام - بالأيدرجوا ضمن برنامجهم فيلم «الحب السرمدي»<sup>29 30</sup> الذي تم إخراج وتوزيعه على صعيد ألمانيا من طرف الطاعنين.

• الكف عن تحريض الجمهور على عدم مشاهدة الفيلم.

واعتبرت محكمة الدولة أن عبارات الطاعنة تشكل دعوة إلى المقاطعة المخالفة للأخلاق الحميدة.

يمثل قرار محكمة الدولة تصرفاً من تصرفات السلطة العمومية على غرار «تصرف السلطة القضائية»، ويمكن أن ينطوي محتواها على انتهاك الحق الأساسي للطاعن، وأنه يجب خاصة أن يراعى إصدار الحكم هذا الحق الأساسي.

يمنع الحكم على الطاعن أن يستعمل عبارات، يمكن أن يؤثر من خلالها على الآخرين إلى الانضمام إلى رأيه حول ظهور [المخرج] هارلان، وتوجيه سلوكهم ضد الأفلام التي أخرجها هذا الأخير. ويشكل موضوعياً، هذا المنع تقييداً لحرية التعبير عن آراء الطاعن.

واستندت محكمة الدولة في حكمها إلى الاعتبارات التي تعني أن العبارات الصادرة عن الطاعن تشكل «تصرفاً غير مشروع» ضد المدعية وفقاً لمفهوم المادة 826 من القانون المدني 29، وأقرت بالتالي للمخرجة، على أساس أحكام القانون المدني، بالحق في أن يكف المدعى عليه عن التعبير عن آرائه. وأيدت بهذا دعوى المدعي، في مجال القانون المدني، التي قبلتها محكمة الدولة، من خلال حكم المحكمة ضد حكم للسلطة العامة فقيّد حرية الطاعن في التعبير.

يمكن لهذا الحكم أن ينتهك الحق الأساسي للطاعن الذي كرسه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي فقط عندما يتأثر محتوى الأحكام المدنية المنطبقة بالحقوق الأساسية بحيث لا يستدعي الأمر الاستدلال بها في الحكم.

29. للمخرج السينمائي فايت هارلان الذي صور الفيلم المعادي للسامية «اليهودي سوس».

30. تنص المادة 826 من القانون المدني على أن: «كل من تسبب، عمداً ودون مراعاة الأخلاق الحميدة، في إلحاق ضرر بالغير، فإنه ملزم بدفع تعويضات».



التساؤل الأساسي يدور حول ما إذا كانت قواعد الحقوق الأساسية ستكون لها آثار على القانون المدني وكيف يجب أن تفهم هذه الآثار بالخصوص؟

وقد تمت مناقشة المسألة بشكل مستفيض من خلال الاجتهاد القضائي (انظر بخصوص الوضع الحالي للآراء، الكتاب الحديث للأوفكي «كتابات على شرف هاينريش ليهمان، 1956، مجلد 1 ص. 145 والتي تليها ودوريك في «كتابات على شرف هوياسكي» 1956، ص. 157 والتي تليها).

وترتكز المواقف الأكثر تطرفا في هذه المناقشة، من جهة، على فرضية ترى بأن الحقوق الأساسية موجهة حصرا ضد الدولة، ومن جهة أخرى على مسألة تعني أن الحقوق الأساسية - على الأقل بعضها وفي جميع الأحوال أهمها - تسري أيضا في النظام القانوني الخاص وعن أي شخص. لم يكن بمقدور مجموعة من الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تنحاز إلى أي موقف من هذين الموقفين المتناقضين.

وكانت النتائج التي استخلصتها محكمة العمل الفيدرالية في حكمها المؤرخ في 10 ماي 1957 - الجريدة القانونية الجديدة، 1957، ص. 1688 - هي القائمة إلى حد الآن في أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الصادرة يوم 17 و23 يناير 1958 (الحكم رقم 55/6 ورقم 84/6 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولم تتوفر في هذا الشأن أسباب للفصل بشكل تام في مسألة الحقوق الأساسية لأطراف ثالثة من أجل الوصول إلى نتائج مناسبة، ولهذا يكفي أن يؤخذ بعين الاعتبار ما يلي:

أن تكون الحقوق الأساسية بلا شك موجهة، أساسيا، لضمان حرية الأفراد ضد تدخلات السلطات العمومية، بمعنى أنها تمثل حقوق المواطنين في الدفاع ضد الدولة. وينبثق عن هذا التطور الروحي لفكرة الحقوق الأساسية وللأحداث التاريخية التي أدت إلى إدراج الحقوق الأساسية في دستور كل دولة على حدة. ويطبق هذا المعنى أيضا على الحقوق الأساسية المنصوص عليها في القانون الأساسي الذي أراد - بتكريس الحقوق الأساسية في الباب الأول من الدستور - تسليط الضوء على أهمية الإنسان، وكرامته في مواجهة سلطة الدولة. وينسجم هذا التصور أيضا مع إسناد وسائل متميزة للمشرع يضمن بها الطعن القانوني لحماية هذه الحقوق - طعن الحماية - حصرا ضد إجراءات السلطة العمومية.

ومن جهة أخرى، صحيح أن القانون الأساسي لا يتطلع إلى أن يصبح نظام قيم محايد (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/2 [ص. 12]، 85/5 [ص. 184 والتي تليها، ص. 197 والتي تليها]، 32/6 [ص. 40 والتي تليها]) ومع ذلك نص على نظام قيم موضوعي - في باب الحقوق

الأساسية - يبرز من خلاله القرار الأساسي لتعزيز الحقوق الأساسية وتوسيع نطاقها (كلاين ف. مانكولدت، «دستور بون»، مجلد 3، ص. 4، ملاحظات ملحقة بالمادة 1، ص. 93).

وتشكل كرامة الإنسان، إلى جانب حرية تطوير الشخصية (التي تتطور داخل طائفة اجتماعية)، نواة لنظام القيم الذي يمثل بدوره قرارا قانونيا ودستوريا أساسيا يسري على كافة مجالات القانون، ويقدم بهذا مبادئ توجيهية، ويعطي دفعة للسلطة القضائية وللإدارة ولجهاز القضاء، أن تؤثر بالطبع على القانون المدني، بحيث لا يمكن لأي حكم من أحكام القانون المدني أن يتعارض معها، ويجب بالتالي أن يُفسر ويُفهم وفق مقاصدها.

ويتبلور المحتوى القانوني للحقوق الأساسية في القانون الخاص كأحكام قانونية موضوعية من خلال الأحكام السائدة في مجال هذا القانون. ولهذا، فكما يجب أن يتسق القانون الجديد مع نظام القيم في القانون الأساسي، يجب أن يسترشد القانون القديم (قبل إقرار الدستور) - فيما يتعلق بمحتواه - بهذا النظام للقيم، وينشأ عنه مضمون دستوري نوعي يحدد تفسيره من الآن فصاعدا. ولازال الخلاف بين الأفراد حول الحقوق والواجبات في قضية قواعد السلوك في القانون المدني التي تأثرت بالحقوق الأساسية من الناحية المادية والمسطرية. وسيُفهم وسيطبق القانون المدني حتى لو كان تفسيره يجب أن يتمسك بالقانون العام، أي بالدستور.

يكتسب تأثير الأحكام التقييمية التي تنص عليها الحقوق الأساسية الشرعية عندما يكون الأمر متعلقا بأحكام القانون الخاص، التي تشمل قواعد قانونية ملزمة (جامعة مانعة) والتي تندرج بالتالي ضمن النظام العام (بمعناه الشامل)، أي أن الأمر يتعلق بالمبادئ التي يجب، من أجل المصلحة العامة، أن تكون ملزمة لتنظيم العلاقات القانونية بين الأفراد، وبالتالي فهي تعلق وتسود على إرادة الأفراد.

وتهدف هذه الأحكام القانونية إلى ربط علاقة وثيقة مع القانون العام وتتميمه، ويجب أن تتأثر بشكل كبير بأحكام القانون الدستوري. ويتحول هذا التأثير إلى واقع ملموس، ويعتمد جهاز القضاء بشكل خاص على «الشروط العامة» التي تُحيل، شأنها شأن المادة 826 من القانون المدني، على تقييم السلوك الإنساني على أحكام قانونية خارجة عن إطار القانون المدني كمعيار «الأخلاق الحميدة» على سبيل المثال.

ولهذا يجب لتحديد مضمون ومدى المتطلبات الاجتماعية في قضية خاصة، أن يتم الانطلاق أساسا من المفاهيم الأخلاقية التي استطاعت - في فترة من فترات تطورها الثقافي والروحي - أن تثبتتها في الدستور. ويتم، بالتالي، تحديد الشروط العامة «كنقطة برون» للحقوق الأساسية في القانون المدني (شاونير، «الحقوق الأساسية»، مجلد 2، ص. 525).

ويجب أن ينظر القاضي، من خلال القاعدة الدستورية، إلى أحكام القانون المدني التي نفذت، وأثرت في الحقوق الأساسية على النحو الموصوف. إذا كانت هذه هي القضية، فيجب عندئذ أن يراعي في تعديلات القانون الخاص تفسير وتطبيق هذه الأحكام. ويسري هذا المفهوم أيضا على ربط القانون المدني بالحقوق الأساسية (الفقرة 3 من المادة 1 من القانون الأساسي).

وإذا أغفل المشرع هذه المعايير، واستبعد دوره من تأثير القانون الدستوري على أحكام القانون المدني، فسيكون في هذا الأمر قد انتهك الحق الدستوري الموضوعي، ويكون أيضا أغفل محتوى القاعدة التي تنص على الحق الأساسي (كقاعدة موضوعية)، وانتهك أيضا، كصاحب السلطة العامة، من خلال تشريعه الحق الأساسي للمواطن، وهو حق دستوري يجب أن يحترم، ولهذا يمكن اللجوء من خلال طعن الحماية إلى المحكمة الدستورية الفيدرالية في حالة عدم تصدي المحاكم للنظر والبت في الحق المدني - دون المساس بطعن الخطأ في المحاكم المدنية - [...] ]

يعتبر الحق الأساسي في حرية التعبير، كتعبير مباشر عن الشخصية الإنسانية في المجتمع، وكحق من الحقوق العليا (وفق المادة 11 من الإعلان عن حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789). ويندرج ضمن نظام الدولة الديمقراطية والحرية في تيسير الخلاف الإيديولوجي المستمر، وتباين الآراء (الحكم رقم 85/5 [ص. 205] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) ويعتبر نوعا ما، هو أساس كل حرية.

وينشأ عن هذا المفهوم الأساسي لحرية التعبير للدولة الديمقراطية الحرية، عدم ترك أي تحديد متنسق لنسبية النطاق الموضوعي لهذا الحق الأساسي، كمنطلق لهذا النظام الدستوري، إلى القانون العادي (وللمحاكم التي تفسر القانون عن طريق الاجتهاد القضائي). ويطبق هنا مبدأ أيضا ما سبق ذكره حول العلاقة بين الحقوق الأساسية ونظام القانون الخاص. ويجب النظر في القوانين العامة ذات الآثار التقييدية على الحق الأساسي، على ضوء مفهومه وتفسيره، بحيث يؤدي محتواه القيم والخاص في ديمقراطية حرة ويؤدي أيضا في جميع الأحوال إلى ضمان الافتراض الأساسي لفائدة حرية التعبير في جميع المجالات.

لكن لا يجب بشكل رئيسي في مجال الحياة العامة والعلاقة المتناقضة بين الحق الأساسي و«القانون العام» أن تعتبر كتقييد أحادي لسريان القانون الأساسي من خلال «القانون العام»، إذ يحدث تفاعل يجب تقييده أيضا، ويحدد من خلاله «القانون العام» بالتأكيد المضمون وفق حدود الحق الأساسي، لكن بعد تفسيره بدوره على أساس الاعتراف بالمفهوم الذي يُعطى لهذا الحق الأساسي في دولة ليبرالية ديمقراطية كمحدد للقيم، ويكون أيضا بأثره المحدد للحق الأساسي [...] ]

وقد تمت مناقشة مفهوم «القانون العام» منذ البداية. ويتعين تحديد ما إذا تم الإبقاء على هذا المفهوم في المادة 118 من دستور فيمار لعام 1919 فقط بسبب خطأ في الصياغة (انظر في هذا

الصدد هانتس شيل في «دليل القانون الألماني»، 1932، المجلد II، ص. 658). على أي حال، فقد تم تفسير هذا الدستور خلال سريانه تفسيراً يفيد بأنه يجب أن تفهم «كافة القوانين» على أنها قوانين «لا تمنع رأياً في حد ذاته، ولا تتصدى للتعبير عن رأي بعينه، وتساعد، زيادة على ذلك، بشكل مباشر على حماية حق قانوني تجب حمايته دونما حاجة إلى أخذ رأي معين بعين الاعتبار، أو إلى حماية قيمة من قيم المجتمع تغلب عليه ممارسة حرية الرأي».

وباختصار، إذا تم استيعاب مفهوم «القانون العام» على هذا النحو، فسيصبح معناه هو حماية الحق الأساسي.

وهي مسألة تفيده أنه يجب أن تحمي حرية التعبير عن رأي فقط كحق أساسي وليس بسبب الأثر الذي يترتب عليه أو ينشده أو ينطوي عليه للآخرين، ويجب أن ينطلق مفهوم التعبير عن الرأي من «تأثيره الروحي على المحيط» (هانتس شيل، المصدر السابق، ص. 655).

وبالتالي، فالآراء القيمة التي تهدف إلى إحداث تأثير روحي، أو تسعى بشكل رئيسي إلى إقناع الآخرين، فإنها تحظى بالحماية المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، وتتعلق حماية الحق الأساسي في المقام أساسياً بالآراء الشخصية التي يعبر عنها صاحبها في حكم ذي قيمة، ويهدف من خلاله إلى التأثير على الآخرين. ويكون التمييز بين التصريحات (التي تحظى بالحماية) وآثار العبارات (التي لا تحظى بالحماية) عديمة الجدوى.

وتتمتع حرية التعبير عن الرأي، بالمعنى المشار إليه أعلاه، أي بتأثيره الروحي المحض، بالحرية في حد ذاته، لكن عندما يتم الإضرار، بالحق القانوني الذي يحمي قانونياً طرفاً ثالثاً، وتُعطى الأولوية لحمايته على حساب حرية الرأي، فلن يسمح عندئذ بهذا التدخل بدعوى أنه يحدث من خلال التعبير عن رأي. ويقتضي الأمر بالتالي «موازنة الحقوق القانونية». ويجب أن يخضع أمام المصلحة الكبرى لطرف ثالث، ويمكن أن يتم انتهاكها من خلال ممارسة حرية الرأي.

ويجب أن يتم إثبات وجود تلك المصلحة الكبرى في ذهن طرف ثالث على أساس كل ملابسات القضية [...]

والمحكمة الدستورية الفيدرالية مقتنعة، بناء على هذه الاعتبارات، بأن محكمة الدولة أغفلت في تقييمها لسلوك الطاعن بالمعنى الدقيق الذي يُعطى للحق في حرية التعبير، وفي كل الأحوال، فهو يدخل في تناقض مع الحقوق الكبرى للآخرين. كما أن حكم محكمة الدولة أغفلت الأحكام القانونية التي تستند إلى الحقوق الأساسية، وينتهك بذلك الحق الأساسي للطاعن الذي ينص عليه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، وبالتالي فهو ملغي.

## الحكم 83

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 113/12

## يتعلق بشميد ضد جريدة شبيجل

أحدث الدفاع عن المصلحة المشروعة أيضا ردود فعل في الصحافة كرد على منشوراتها وتأثيرها على الرأي العام (الفقرتان 1 و2 من المادة 5 من القانون الأساسي والمادة 193 من القانون الجنائي).

## الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 25 يناير 1961

بخصوص الإجراء المتعلق بدعوى طعن الحماية التي رفعها رئيس المحكمة العليا الدكتور شميد. نشر الطاعن يوم 17 مارس 1957 في صحيفة «جريدة شتوتكارت العامة» موقفا [ضد مقال تم نشره في صحيفة شبيجل] من قبل لجنة الاستطلاع الراي تحت العنوان التالي: «كلما كانت العثرة كبيرة، [...] وتحت عنوان فرعي: «يمكن جني أموال طائلة من وراء أدب الإثارة». وكان نص المقال كما يلي:

«... سألتموني عن رأيي حول المقال الذي نشرته مجلة شبيجل عني [...] لا أدري من اخترع هذه الكذبة؛ لكن جريدة شبيجل عممتها. وكثيرة هي الأخبار الخاطئة المقصودة والأباطيل الملفقة بسبب عدم الكفاءة، وهي أساسا عمل من أعمال الدعاية، وتعادل في المجال السياسي الفن الإباحي في مجال الأخلاق، والفرق الوحيد بينهما هو أنه يمكن للأول أن يُقرأ علنا. يتعلق الأمر بأدب الإثارة الذي يبدو ضروريا للاقتصاد.. والمعيار الرئيسي هو حجم الأرباح. بالمقابل، لا يمكن الإعراب عن جودة المنتج بشكل أفضل وببساطة إلا كما عبر عن ذلك كارل كراوس: «كلما كانت العثرات كبيرة كلما كانت المبيعات كثيرة»<sup>31</sup>.

قام رئيس تحرير الصحيفة المتعلقة بألمانيا من مجلة شبيجل يوم 20 يونيو 1954 برفع دعوى ضد الطاعن عن مقال في جريدة بوتنانجر رونداشاو يتهمه فيه بالقذف والشتم المشين، كما رفع مدير المجلة يوم 23 يونيو 1954 دعوى في نفس هذا السياق [...]

وقد أُدين الطاعن بتهمة القذف بموجب حكم محكمة ولاية كوتنجن بتاريخ 11 يناير 1956 يقضي بأداء غرامة قدرها 150 مارك ألماني أو، بدلا عنها، السجن لمدة أسبوعين والسماح للمدعين بالنشر.

31. بالحرف الواحد: «كلما كان الحذاء كبيرا، كلما كان الكعب أعلى»، تورية لفظية حيث تؤدي كلمة «absatz» معنى كعب وبيع في نفس الوقت [ملاحظة المترجم].

دعوى طعن الحماية قائمة على أسس.

بتطبيق المحكمة التي تنظر في جريمة القذف للأحكام المتعلقة بحماية الشرف والمنصوص عليها في المادة 185 من المدونة الجنائية فهي تنفذ القانون العادي، وبالتالي فهي تتملص، إن صح التعبير، من الفحص بعدم الدستورية المحكمة الدستورية الفيدرالية. ومن ثمة، لا يمكن الفحص بعدم الدستورية إلا إذا حاد القانون كله عن نظام القيم المكرسة في القانون الأساسي.

عند تنفيذ الأحكام المتعلقة بحماية الشرف تكون أحكام محكمة ولاية كوتنجن والمحكمة العليا لولاية سيل قد انتهكت بذلك الحقوق الأساسية للمدان. وخاصة منه الحق المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، لأن هذه الأحكام أغفلت المفهوم الدستوري للشخصيات المرموقة وبالتالي فهي تقيم بشكل غير لائق تأثير الحق الأساسي في حرية التعبير من خلال تفسير وتطبيق الأحكام المتعلقة بحماية الشرف.

قد أوضحت الغرفة يوم 15 يناير 1958 (الحكم 108/7 [ص. 207 والتي تليها) بأن العلاقة بين الحق الأساسي في حرية التعبير و«القوانين العامة» التي تقيده، لا يمكن اعتبارها كتقييد أحادي لسريان الحق الأساسي من خلال هذه القوانين. وإنما الأولى أن يحدث تفاعل من خلاله يضع القانون العادي بلا شك قيودا على الحق الأساسي، ويقيد بدوره من جديد إمكانية تحديده، إذا تم تفسيره بناء على الاعتراف بالمفهوم التقييمي لهذا الحق في الدولة الديمقراطية الحرة.

ويولي القانون الأساسي أهمية كبيرة لحرية التعبير. وكما أشارت المحكمة في أحكام سابقة، إلى أن حرية التعبير، هي مظهر من المظاهر المباشرة للشخصية في المجتمع، وحقا من الحقوق الإنسانية التي تكتسي أهمية كبيرة، وهما أمران يمنحان وزنا خاصا. ويندرج، بالإضافة إلى ذلك، الحق الأساسي بالدرجة الأولى ضمن النظام الديمقراطي الحر الذي يضمن النضال الإيديولوجي وحرية الاختلاف، وهما أيضا أمران جوهريان في تسيير النظام الحكومي (انظر الحكم رقم 85/5 [ص. 205] ورقم 198/7 [ص. 208] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

كما تعتبر المناقشات العمومية المتعلقة بقضايا المصلحة العامة هي التي تكفل التكوين الحر للآراء في الدولة الديمقراطية الحرة التعددية بالضرورة، ورغم الاختلاف فإنها تنتهي بالأفكار التي تم عرضها بحرية بحجج و حجج مضادة. وتضمن لكل فرد الحق في المشاركة في هذا النقاش العام. كما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. وتعتبر الصحافة، إلى جانب المذيع والتلفاز، الوسيلة الأكثر أهمية في تكوين الرأي العام، لذلك تحظى حرية الصحافة وفق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي بالحق في الحماية من نوع خاص كحق أساسي.

يجب أن يؤثر مدى حرية الرأي على موازنة الحقوق القانونية المنصوص عليها في المادة 193 من القانون الجنائي بين الشرف، وحرية الرأي - في حالة كون وجهات النظر تلعب دورا - . وقد أخذت المحكمة الفيدرالية هذا الأمر لدى تقييمها لمبررات المادة 193 من القانون الجنائي «كتعبير» عن الحق الأساسي في حرية الرأي، ولدى أخذها بعين الاعتبار أهمية تكوين الرأي العام لتنفيذها (القرار رقم 287/12 [ص. 293] من قرارات المحكمة الدستورية الفيدرالية المتعلقة بالقضايا الجنائية) والتي أقرت بهذه الطريقة - بعيدا عن الأحكام القضائية الأخرى - حماية المصلحة العامة من خلال الصحافة ووظائفها في الدولة الديمقراطية كضامنة للمصالح العامة وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 193 من القانون الجنائي (الحكم 308/31 [ص. 312] من مصنفات الأحكام القضائية المدنية للمحكمة الدستورية الفيدرالية).

من وجهة النظر التفاعلية التي تتناسب مع التأثير المترتب على الرأي العام، قررت أيضا تحديد حدود التجاوزات التي تستوجب العقاب.

2. قد فسرت المحاكم هذا الأمر بطريقة خاطئة في هذه القضية، لأنها لم تنظر فيه إلا من وجهة نظر الدفاع عن الشرف الشخصي، والنزاعات المترتبة على انتهاك الشرف، وأغفلت تقدير خصوصيات الاعتداءات في الصحافة والعناصر الأصلية في بناء الرأي العام. [...] وقد قدمت مجلة شبيجل لقراءها نصف الحقيقة على أنها حقيقة كاملة.

كرد للطاعن على ذلك، فالشكل الذي كان بإمكانه صياغة رده به على الموضوع قيد المناقشة أمام الرأي العام، كان يحدده الشكل الذي قامت مجلة شبيجل بتقديم المعلومة به وضرورة التصدي للتأثير على الرأي العام. وقد تعرضت مجلة شبيجل في تقرير لها بأن المعلومات حول الطاعن لم تكن دقيقة، رغم وجود عناصر ثابتة لافتراض ذلك.

وهكذا فالمقال المدروس الذي يثير النقاش العام، يمكن أن يكمن في كونه بصفة عامة وكصاحب هذا التفسير قابلا للانتقاد بشكل مناسب. في هذا الصدد كانت مجلة شبيجل في حد ذاتها هي التي أتاحت جوابا مهينا للطاعن (القرار رقم 287/12 [ص. 294] من قرارات المحكمة الدستورية الفيدرالية المتعلقة بالقضايا الجنائية). وبالتالي كان عليه أن يسمح بهذا الرأي، وحتى عندما ينطوي على تشويه سمعته.

وقد خولت محكمة الدولة للطاعن الحق في أن ينشر بيانا توضيحيا للرد على الشبهات التي حامت حوله «بموضوعية»، غير أن هذا لم يكن كافيا للتصدي لتأثير مقال «فولجا» على الرأي العام. وتعود الآثار المترتبة على المقال أساسا إلى كون بعض الوقائع قد تم إغفالها، وأخرى تم عرضها بتحويل اللهجات بشكل متحيز، وأكثر مما تعود إلى الافتراءات الملفقة بمعناها الضيق،

ولهذا فإن القيام بتفنيذ هذه الافتراءات عملية صعبة في حد ذاتها، قد تعجز عن منع تأثير مقال منشور في جريدة أسبوعية واسعة الانتشار.

ويمكن في الأخير أن يستخلص ما يلي: للردود عن القيام بوصف أخلاقي، كأدب للإثارة الذي يشبه إلى حد ما الفن الإباحي، إذا لم تأخذ المحاكم بعين الاعتبار الأسباب التي تبرر حماية المصلحة المشروعة، فسيعني هذا أنها انطلقت من افتراض أن الطاعن كانت لديه مصلحة مشروعة بالمفهوم المنصوص عليه في المادة 193 من القانون الجنائي في الدفاع عن شرفه الشخصي. ويسمح آثار العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي على هذه القاعدة القانونية بالرغم من ذلك بالاعتراف بمصلحته المشروعة في التأثير على تكوين الرأي العام، وبتقييم عباراته أيضا كرد فعل على المعلومة العلنية غير الدقيقة. ومادام لم يتم القيام بهذا الفحص في الحكم المطعون فيه، فسيكون قد تم انتهاك الحق الأساسي للطاعن الذي تنص عليه الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

#### الحكم 84

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 256/25

#### يتعلق بجريدة بلنكفاور الأسبوعية

لا يحظى استطلاع الرأي على المقاطعة الذي تقوم به جريدة معينة، بناء على دوافع سياسية والذي يتم تعميمه أساسا باستعمال الموارد الاقتصادية بحماية الحق الأساسي في حرية الرأي، وينتهك بالتالي الحق الأساسي في حرية الصحافة.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 26 فبراير 1969 يتعلق بطعن الحماية**

**رقم 619/63**

كان الطاعن كاتباً ورئيس تحرير جريدة بلنكفاور الأسبوعية التي كانت توزع بشكل رئيسي في هامبورغو. في طبعة جديدة منفصلة عن الصحيفة تم نشر البرامج التلفزيونية والإذاعية لقنوات ألمانيا الغربية والوسطى وأيضاً برامج قنوات قطاع برلين الشرقية.

كانت دور النشر - فيما يلي المدعى عليهن - أكسيل سبينجر وسون ك.ج. وهامريش وليسر ك.ج. ودي ويلت فيرلاكس ج.م.ب.ه. في تلك الفترة هي التي تنشر صحيفة ومجلة راديو «استمع» والمجلة المصورة «التطوير». في أواخر 1961 قام المدعى عليهن بإرسال رسالة إخبارية إلى بائعي الصحف والمجلات كان مضمونها هو كالتالي:



«أصدقاءنا الأعزاء:

سلطت الأعمال الوحشية التي قاساها الشعب في برلين الشرقية والمنطقة المحيطة بها من طرف السلطة منذ بضعة أسابيع خلت، الضوء على استياء العالم الحر. ولم تنقطع سلسلة انتهاكات القانون والتدابير القسرية ضد إخواننا وأخواتنا في الشرق. ونحن في المنطقة الغربية من ألمانيا لا نستطيع ترك الأمور على ما هي عليه، مقتصرين على قراءة الأحداث، قد أخرجنا الحنق دون القيام بأي شيء. على كل فرد أن يحمي الحرية، كل في مجاله. وتفرض الأحداث الخاصة التي وقعت في السنوات الأخيرة على موزعي الصحف والمجلات الألمانية أن يتخذوا قرارات واضحة.

ويلاحظ بشكل متزايد كيف يستخدم أصحاب القرار التلفاز وإذاعة المنطقة كمجرد وسيلة للدعاية. ويتم قطع الأفلام والبرامج الترويجية التي لا تمت بصلة إلى البرنامج السياسي بشكل تعسفي لكي يتسنى للمكلفين بالدعاية للحزب الاشتراكي الألماني الموحد أن يقدموا لنا خطاباتهم المغرضة، وهكذا فهم يهينوننا بشكل مشين، ويتم تشويه الأحداث في برلين بطريقة مسيئة.

وبالتالي يبدو من غير المنطقي بتاتا أنه ما زال هناك مضاربون متحمسون لبث برامج المنطقة الشرقية ونشر أكاذيب بانكاو. وفي هذا يكون الاختبار الذي اجتازه شعبنا، ننتظر من موزعي الجرائد والمجلات المسؤولة أن تنأى بنفسها عن بيع تلك الصحف التي لا تنوي التخلي بعد عن نشر البرامج التليفزيونية والإذاعية لقنوات المنطقة الشرقية، كما هو الحال على سبيل المثال بالنسبة لبرنامج الصورة المرسله وبرامج التلفزيون ولوطو لوطو إكسبريس.

ودور النشر أكسل سبرينجر ودي ولت مقتنعة بأن أغلب زبائنها يشاطرون هذا الرأي ويتصرفون على هذا النحو. وعلى عكس ذلك، لا يمكن في نظرنا بالطبع أن تترتب على موقفها أضرار نتيجة لذلك. إذا حدث، لهذا السبب، أن الموزعين يرغبون في الاستفادة من هذا الوضع والاستمرار، بالرغم من كل هذا، في نشر منشورات تسهل الدعاية لوالتر أولبريشت، فعندئذ ستدرس دور النشر المذكورة ما إذا كان أمرا مسؤولا أن يتم الاستمرار في التعامل التجاري مع هؤلاء الموزعين.

ستفهمون حضراتكم، في هذه الحالة ضرورة هذه الدعوة. ولكي تستطيعوا أن تشرحوا لزبائنكم بشكل مناسب، فإننا نحن تجار العدد سنوفر لكم منشورا (انظر العينة المرفقة). بينوا من خلال موقفكم كموزعي الصحف والمجلات أنكم واعون كامل الوعي بمسؤوليتكم إزاء القراء الألمان.

مع تحياتنا الودية.

دار النشر أليكسل سبرينجر دار النشر دي ويلت»

أرفقت هذه الرسالة الدورية بنموذج من المنشور المذكور مع النص الآتي:

«لا مزيد من برامج الشرق !

تتطلب منا هذه الاضطرابات السياسية في زماننا أن نتخذ قرارا واضحا. وقد اتخذت دور صناعة النشر هذا القرار. وحسب رأيها فهناك واجب وطني يكمن في عدم البيع مؤقتا أي منشور يحتوي على البرامج التليفزيونية والإذاعية لمنطقة الشرق. وتحولت الإذاعة والتلفزة لمنطقة الشرق إلى مجرد وسيلة للدعاية. وتقوم باحتقارنا وتلطيح سمعتنا جميعا بصورة مشينة. كما شوهدت أحداث برلين بطريقة مسيئة، إذ تم وقف برامج ترفيهية جيدة وأفلام قديمة قيمة لكي يقدموا لنا خطابات مرشحي الحزب الاشتراكي الألماني الموحد. صناعة النشر الألمانية تعي تماما ماذا ينبغي فعله؛ فهي غير مستعدة لتحمل تعسف أولبريشت.

وهناك مجالات جيدة للبرمجة التي تتيح معلومات مفصلة عن الإذاعة والتلفزة وأنا أنصح بها دوما بكل سرور. لكن المنشورات التي تحتوي على برامج الشرق لا مكان لها عندنا انطلاقا من يومنا هذا. ويجب أن تفهموا هذا جيدا.

مع تحياتنا.

موزعو الصحف والمجلات».

وعلى أساس كون المدعى عليهم قد مارسوا منافسة غير نزيهة نظرا لأن الرسائل الدورية التي تم إرسالها كانت تتضمن دعوة إلى المقاطعة موجهة ضد شركاتهم، فقد قام الطاعن برفع دعوى لكي يتم إثبات أن المدعى عليهم قد أرغموا على دفع تعويض. وحكمت محكمة ولاية هامبورغو والمحكمة العليا بقبول الطلبات. وخلال الفحص بعدم دستورية الطلب، قامت المحكمة بموجب الحكم المؤرخ 10 يوليو 1963 (الجريدة القانونية الجديدة، 1964، ص. 29. آراء الحقوقيين، 1964، ص. 95) بإلغاء الحكم المطعون فيه وسداد التكاليف من طرف الطاعن.

قام الطاعن برفع طعن الحماية ضد قرار المحكمة الفيدرالية يدعى وقوع انتهاك للمواد 2 و3 و4 و5 من القانون الأساسي.

قوبلت دعوى طعن الحماية بالقبول لكونها قائمة على أسس.

كان الإجراء أمام المحاكم القضائية الابتدائية يكتسي طابع الخلاف القانوني المدني، والذي يجب أن يتم البت فيه وفقا للقانون الخاص. ويوجه نظام القيم موضوعيا المقرر في الباب المتعلق بالحقوق الأساسية، الذي يؤثر رغم ذلك كله، على تفسير هذه الأحكام القانونية بالقدر الذي يحتمل على ضوء الأحكام الدستورية (الحكم رقم 198/7 [ص. 205] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتبرز أهمية القانون الدستوري في إطار الفقرة 1 من المادة 823 من القانون المدني من أجل تحديد عدم شرعية الانتهاك. ويجب من جهة، أن يتم الفحص بعدم دستورية المدى الذي يحظى بتغطية الحق في حرية الرأي، ومن جهة أخرى، المدى الذي يمكن معها للطاعن أن يطالب بحقه في حرية الصحافة. وقد أقرت المحكمة في الحكم المطعون في مدى الحق في حرية الرأي من منظور المدعى عليه، ولم تراعى من منظور الطاعن الحق الأساسي في حرية الصحافة.

واعتبرت المحكمة الفيدرالية أن هناك ما يبرر ذلك، بناء على العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، الدعوة التي وجهها المدعى عليهم إلى الموزعين لكي يتوقفوا عن بيع الصحف التي تنشر برامج قنوات ألمانيا الوسطى وأيضا المبادئ التوجيهية المتعلقة بإمكانية عرقلة توزيعها. وبهذه الطريقة قامت بتوسيع نطاق حماية جوهر الحق الأساسي أكثر مما كان مسموحا به.

تعتبر الدعوة التي وجهها المدعى عليهم إلى موزعي المجلات، دون المساس بالأسباب التي كانت أساسا لها، بمثابة دعوة إلى المقاطعة لكونها تكتسي طابع النداء لمنع الطاعن بشكل منتظم، ولو جزئيا، من بيع مجلة بلنكفاور. وكنيجة للموقف الاجتماعي السائد للمدعى عليهم وتهديد الموزعين بإلغاء الشحنات، فلم تكن هذه الدعوة ملائمة لكي تتمكن الجهات المعنية من اتخاذ القرار بحرية.

تحظى الدعوة إلى المقاطعة التي تستند إلى ظهور رأي معين بالحماية وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، إذا ما تم استعمالها كوسيلة للنضال الإيديولوجي في قضية مهمة جدا للرأي العام، وكانت لا تستند إلى نزاع خاص، بل استعملت للحرص على المصلحة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للناس (الحكم رقم 198/7 [ص. 212] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن أن تخضع نفس الدعوة للحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي إذا كان للداعي للمقاطعة علاقة مهنية أو صناعية أو تجارية تنافسية، أو موقف اقتصادي سائد، أو كان هذا الوضع بصفة عامة لا يتعلق في حد ذاته بالخلاف الإيديولوجي. وكان لرأيه لهذه الأسباب، وما اعتمد عليه في الدعوة إلى المقاطعة وزن كبير. ولا يؤدي عدم المساواة الاقتصادية وحده بين كلا الموقفين إلى عدم قبول الدعوة إلى المقاطعة، لأنه طبقا للدستور، لا يمنع على من يملك سلطة اقتصادية كبيرة أن يقوم بنضال إيديولوجي.

غير أن الوسائل التي يستعين بها من يدعو إلى المقاطعة يجب أن تحظى بموافقة الدستور. ولهذا لا تحظى الدعوة إلى المقاطعة بحماية الحق الأساسي في حرية التعبير، إلا إذا كانت لا تركز الا على حجج أخلاقية، أو تقتصر على قدرة الأفكار والتوضيحات والتحليل على الإقناع، وإنما تستعين أيضا بوسائل لا تتيح للجهة المستهدفة أن تتخذ القرار بحرية كاملة وبدون ضغط

اقتصادي. ويندرج ضمن هذا التهديد إلحاق أضرار جسيمة، وأيضا استغلال التبعية الاجتماعية والاقتصادية إذا ساعدت هذه الأخيرة على الضغط على المقاطعين.

تعتبر حرية الخلاف الإيديولوجي سببا من الأسباب الثابتة لحسن أداء الديمقراطية الحرة، نظرا لكونها تضمن النقاش المفتوح حول قضايا المصلحة العامة التي تهم سياسة الدولة (انظر الحكم رقم 85/5 [ص. 205] و198/7 [ص. 212، 219] و162/20 [ص. 174 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وينتهك ممارسة الضغط الاقتصادي الذي يسبب في أضرار جسيمة بالشخص المعني، إذا كانت تهدف إلى الحيلولة دون نشر الآراء والأخبار التي تحظى بالحماية الدستورية، وتمس مبدأ المساواة في عملية تكوين الرأي التي تتناقض مع مفهوم وجوه الحق الأساسي، في حرية الرأي الذي يستهدف ضمان الخلاف الإيديولوجي.

يبين الفحص بعدم الدستورية تصرفات المدعى عليهم، وعلى أساس هذه الأحكام القانونية، قامت المحكمة الفيدرالية بتمديد نطاق الحق الأساسي بشكل واسع في حرية التعبير عن الآراء [...]

لا تتوافق الوسائل التي استعملها المدعى عليهم للقيام بالدعوة إلى المقاطعة مع الحق الأساسي الذي يكرسه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. إذا عبر المدعى عليهم عن رأيهم في نشر برامج قنوات ألمانيا الوسطى بشكل علني، في الصحف التي ينشرونها مثلا، واقتصروا على هذا النحو على دعوة القراء إلى مقاطعة صحف ومجلات معينة، فلن يكون بالإمكان الطعن في هذا الإجراء من الناحية الدستورية.

إن فسحصل المدعى عليهم الذين تبنوا مصلحة عامة على الإمكانيات التي ينطوي عليها هذا الأمر. ولم تكن على عكس ذلك، الرسالة التي بعثوا بها إلى موزعي الصحف والمجلات مناسبة لتيسير الخلاف الإيديولوجي، وقبول النشر لبرامج قنوات ألمانيا الوسطى من خلال الرأي العام، نظرا لكون المرسل إليهم تابعين للمدعى عليهم قانونيا أو اقتصاديا [...]

وتختلف القضية في هذا الصدد بشكل أساسي عن حكم لوث المعروف (انظر الحكم رقم 198/7 وما بعده من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولا يمكن أن تقيد حرية التعبير لمدير مجلس الشيوخ لوث، الذي ناشد فقط من أجل المسؤولية السياسية والأخلاقية، بطريقة مباشرة وفعالة، وتسمح لإمكانيات التطور الفني والإنساني للمخرج هارلان. نظرا لأن لوث لا يملك أية وسيلة يعزز بها دعوته. ولم يستطع إلا أن يناشد من أجل الوعي بالمسؤولية والقناعات الأخلاقية للأشخاص الذين قام بدعوتهم وترك لهم الحرية ليقرروا. ويشمل على العكس من ذلك، التهديد بوقف التوزيع

الذي هدد به المدعى عليهم، نتيجة للهيمنة السوقية، على الموزعين بالعدد وبالتنسيق الذين تم انتقاؤهم، وتشمل إمكانية أن يفضي ذلك إلى وقوع أضرار [...]

وكان من الممكن أن يُسمح للطاعن، بناء على الحق الأساسي في حرية الصحافة بتقديم معلومات عن برامج قنوات ألمانيا الوسطى التي يريد المدعى عليهم عرقلتها كما يفهم من مضمون رسالتهم الدورية. ولم تعتبر المحكمة الفيدرالية بالتأكيد بأن إعادة بث البرامج في الجريدة الأسبوعية بلنكفاور كان ممنوعا بالقانون، وإنما على العكس، اعتبر ذلك مسموحا به.

غير أنها لم تأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة التباين القائم بين الحق الأساسي في حرية الرأي التي يتمتع بها المدعى عليهم وحق الطاعن في حرية الصحافة، الذي كان على أساسه ينشر برامج قنوات ألمانيا الوسطى، وإنما اكتفت فقط بمراعاة الخلاف بين حق المدعى عليهم الأساسي في حرية الرأي، والحق القانوني للطاعن الذي يحظى بحماية القانون المدني. وأغفلت المحكمة الفيدرالية كنتيجة لهذا مفهوم حرية الصحافة في تحديد الوضع القانوني والموضوعي للطاعن.

ويمكن بالتأكيد لأجهزة الصحافة أمام ممارسة الحق في حرية الرأي، أن تستدل بحقوق أخرى وليس بحرية الصحافة إذا تعرضوا لأضرار اقتصادية.

وتهدف حرية الصحافة والرأي إلى حماية حرية ممارسة النشاط الفكري، وعملية تكوين الرأي في الديمقراطية الليبرالية، ولا تعمل على ضمان المصلحة الاقتصادية.

لكن يجب لحماية حرية الصحافة أن يضمن استقلالية أجهزة الصحافة إزاء التدخلات التي تمارسها المجموعات ذات النفوذ الاقتصادي عن طريق أساليب غير مناسبة لتكوين ونشر الإنتاج الصحافي (انظر الحكم رقم 162/20 [ص. 174 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتطلب بالتالي الهدف من وراء حرية الصحافة (تيسير وضمان تكوين رأي عام حر) حماية حرية الصحافة أمام محاولات عرقلة تباين الآراء عن طريق استعمال وسائل اقتصادية للضغط.

تنتهك مقاطعة أسبوعية بلنكفاور هذه الحرية التي يضمنها الدستور. لأنها كانت تهدف أساسا إلى أن يستمر نشر برامج قنوات الإذاعة والتلفزيون لألمانيا الوسطى وحجب المعلومات عن الجمهور، ولأجل هذا وجب أن يوقف الموزعون بيع هذه الأسبوعية. وكان الطاعن هو المستفيد من معدات البيع. وكان تصرف المدعى عليهم يستهدف، خاصة عن طريق الوسائل الاقتصادية، حرية الإعلام أكثر من استهداف قمعها.

## الحكم 85

حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 197/44  
يتعلق بتضامن الجنود ضد المحطة الذرية

قرار الغرفة الثانية الصادر بتاريخ 2 مارس 1977

## منطوق القرار

قوبلت دعوى طعن الحماية بالرفض.

## أسس القرار

أ

## أولا

شرع الطاعن في أداء الخدمة العسكرية الإجبارية في الجيش الفيدرالي ابتداء من فاتح يناير 1976. وقد صدرت في 13 نونبر 1976 في الجريدة الشعبية الاشتراكية «مذكرة تضامن الجنود المرابطين في ثكنة أنمينديجن ببلدة كأيسيرستول»:

«نحن معشر الجنود المرابطين في ثكنة أنمينديجن المتضامنين مع معارضتكم القوية لإنشاء محطة نووية في ويل، وقد جاء كثير منا من مناطق قد أنشأت فيها محطات للطاقة النووية التي تهدد الحياة، أو يُخطط لبنائها. ولاحظنا في بروكدورف أن الدولة حاولت بكافة الوسائل القمعية من شرطة وجنود أن تفرض مراكز اتحادية للطاقة الذرية ضد إرادة البلدة. وقد قامت الشرطة والقوات المساعدة بالهجوم على المتظاهرين بالعصي والماء والغازات المسيلة للدموع والخيول.

كما تم تأمين المكان المعد للبناء بالأسلاك الشائكة والأسوار والدوريات والكلاب المدربة كما يقع في معسكرات الاعتقال. وتؤكد في ولاية ويل مرارا أن الدولة حرصت على القضاء على احتجاجات السكان بالاستعانة بالقوات المسلحة، وإرسال حرس الحدود إلى مكان البناء.

نحن معشر الجنود لن نسمح لأنفسنا بالتدخل في هذا العمل القذر. ونطلب من حضرتكم استباق مخططات حكومة الولاية واحتلال المكان الذي ستشيد فيه المحطة بأنفسكم. لا للمحطات النووية في ويل ولا في أي مكان آخر !!!

ووقع خلال يومين ثلاثون جنديا على المذكرة، وانضم معظمهم إلى سرية أنمينديجن رقم 292/4.

وفي 20 نونبر 1976، أمر قائد كتيبة الوحدات المدرعة، بعد الحصول على موافقة قضائية، باعتقال الطاعن اعتقالا تأديبيا لمدة أربعة عشر يوما. وكان الباعث على هذا الإجراء التأديبي يتضمن ما يلي:

«أوائل نونبر 1976 وفي أنمينديجن، في ثكنة أوبير فيلد وبيل شرايبر وفي يوم غير مسمى وفي الإقامات العسكرية، حاول الطاعن أن يؤثر على باقي الجنود لمساندة رأي سياسي، وطلب منهم لهذا الغرض أن يعترضوا على إنشاء محطة نووية في ويل وعزز هذا الالتزام بالتوقيع على قائمة، كان قد أعدها هو بنفسه وأرفقها بمذكرة تضامن الجنود المرابطين في ثكنة أنمينديجن ببلدة كابسيرستول. وتكلف شخصا بتمرير القائمة على دوائر رفاق السرية».

ويعتبر طعن الحماية غير قائم أساس لها. وأن العقوبة التأديبية لا تتدخل بصفة غير مقبولة في الحق الأساسي للطاعن الذي يكرسه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. كما لم يلاحظ انتهاك للحقوق الأساسية الأخرى.

1. تمت العقوبة التأديبية التي نفذها قائد الكتيبة والقرار الصادر عن المحكمة العسكرية بناء على أن الطاعن انتهك الواجب القائم على القواعد المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 15 من القانون المتعلق بالجنود. وبناء على هذا، يكون الحق في الحرية في أماكن الإقامة ومرافق الخدمات، أثناء وقت الفراغ مقيدا بالقاعدة الأساسية لاحترام الزملاء.

ويجب على الجندي أن لا يتصرف بشكل يسبب خطرا أو اضطرابا في المرافق العسكرية التابع لها. ولا يمكن له، على سبيل المثال، أن يتصرف كوكيل دعاية لحزب سياسي، من خلال إلقاء الخطب، أو توزيع وثائق أو يعمل كممثل لمنظمة سياسية. كما لا يمكن له أن يخل بالاحترام المتبادل.

ولم تنتهك الفقرة 2 من المادة 15 من القانون المتعلق بالجنود القانون الأساسي. وتنطوي بالفعل القيمة الخاصة التي يتضمنها الحق الأساسي في حرية الرأي في ديمقراطية ليبرالية معينة، على الافتراض الأساسي لحرية التعبير في كافة المجالات خاصة منها في مجال الحياة العامة (انظر الحكم رقم 198/7 [ص. 208] ورقم 113/12 [ص. 124] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

غير أنه يمكن للجنود، طبقا للمادة 17 من القانون الأساسي وفي إطار شروط الخدمة العسكرية (الفقرة 2 من المادة 6 من القانون المتعلق بالجنود) وبهدف الحفاظ على القدرة الوظيفية للقوات المسلحة الفيدرالية (انظر الحكم رقم 288/28 [ص. 292] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، أن يقيد الحق الأساسي في حرية الرأي، إلى جانب حقوق أخرى، عن طريق التزامات ينص عليها القانون [...]

ب) لا تسمح التدابير التأديبية المطعون فيها بالإقرار بأي انتهاك دستوري يُذكر. وبالتالي فإن تفسير الفقرة 2 من المادة 6 من القانون المتعلق بالجنود، الذي يستند إليه قرار المحكمة العسكرية، لا يقيد الحق الأساسي للطاعن الذي تنص عليه الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي بحيث يتجاوز الأحكام القانونية التي يمكن قبولها طبقاً للدستور.

وتهدف الفقرة 2 من المادة 6 من القانون المتعلق بالجنود إلى استبعاد التصرفات التي ترغم أعضاء ثكنة عسكرية معينة على التورط خلال وقت فراغهم في نزاعات سياسية ضد إرادتهم. ولا يمكن أن يغفل تنفيذ القرار بأن الجندي لا يعيش منعزلاً في الثكنة، ولا يستطيع بالتالي أن يحمي مجاله الخاص إلا في ظروف صعبة. كما أن حقه الأساسي في احترام غير مشروط لمجال حياته الخاص (العدد 1 من الفقرتين 1 و2 من المادة 1 من القانون الأساسي) وحقه في أن يعيش في سلام (الحكم رقم 32/6 [ص. 41] ورقم 1/27 [6] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، يكونان في البداية وفي هذه الحالة مهددين وبالتالي يمثلان قيمة تحظى بحماية خاصة. وهذا الظرف يستبعد أن يتم تناول الفقرة 2 من المادة 6 من القانون المتعلق بالجنود فقط على ضوء الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي أو أن يتم تفسيرها بشكل ضيق فقط من وجهة نظر المصلحة في ممارسة «فعالة» لهذا الحق الأساسي.

ويتطلب، بالإضافة إلى ذلك، وفي ظل الظروف الخاصة لمجال الحياة العسكرية، أن يحمي حق الآخرين من التعرض، رغماً عن إرادتهم للمضايقة أو التأثير بأفكار من قبل زملائهم من نفس الدرجة. ويمكن أن تقيد كافة الحقوق الأساسية المعنية، خلال وقت الفراغ، على الأنشطة السياسية للجنود في المجال الخاص للقوات المسلحة، ومنها الاستبعاد المسبق لإمكانية حدوث نزاعات بين الزملاء. ومن هنا تعتبر بأنه لم يتم المساس بحرية الطاعن في القيام بنشاطه السياسي وبالدعاية لأفكار سياسية خلال وقت فراغه وخارج مرافق الخدمة العسكرية.

### الرأي المخالف للقاضي الدكتور روتمان

لست متفقاً مع رأي الأغلبية في غرفة المحكمة. فالعقوبة التأديبية انتهكت الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي للطاعن. ويتطلب المفهوم السائد للحق الأساسي في حرية الرأي في ديمقراطية ليبرالية أن يتم تفسير وتنفيذ الفقرة 2 من المادة 15 من القانون المتعلق بالجنود، بحيث لا تقتصر المعاقبة على التهديد بالتدخل في حق الآخرين، بل بالأحرى، يجب القيام في كل حالة فردية على حدة بموازنة بين الممتلكات التي تحظى بحماية القانون، إلى جانب الحق الأساسي المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.



وعلى نحو آخر، فصورة «المواطن بزّي عسكري»<sup>32</sup> تكون مهددة بالاختفاء من الذاكرة. وإن السلوك الذي يُعاب على الطاعن هو المساهمة في تجاذب الآراء في قضية جوهرية تهم الرأي العام برمته. وتؤثر العقوبة التأديبية بالتالي على حرية الرأي في مفهومها المركزي كداع من دواعي العملية السياسية الحرة والمفتوحة (الحكم رقم 163/42 [ص. 170] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) التي يُسمح فيها مبدئياً للطاعن بالمشاركة كجندي يؤدي الخدمة العسكرية الإلزامية [...].

أضّم صوتي إلى الرأي المخالف للزميل الدكتور روتمان.

إمضاء: الدكتور جيجر.

### الرأي المخالف للدكتور هيرش

أوافق القاضي والدكتور روتمان رأيه المخالف وأضيف ما يلي:

يأتي انتهاك الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي واضحاً جلياً إذا اعتقدنا، طبقاً للظروف الخاصة الواقعية، أن الطاعن لم يحم بالشيء الكبير بالنظر إلى واجب التسامح والتقدير إزاء ما كان بمقدوره، أن يفعله، وما يحق له أن يفعل، على سبيل المثال، أثناء مشاركته في حصة التدريب على المواطنة. وإذا تمت مناقشة مسألة إنشاء محطة نووية مثلاً وردود فعل المواطنين المحتملة، فستكون مناقشات يصعب أن تكون خاضعة للمنع «كالتجربة في دهلين المحكمة أثناء الاستراحة». وجاء القرار المطعون فيه، على عكس ذلك، كما لو أن كل المحادثات خارج الخدمة، حول سياسة البهو الأدبي، تستوجب العقاب.

إذا كان يمكن بناء المادة 15 من القانون المتعلق بالجنود، بصفة عامة في أن يتم التعامل مع الجنود بطريقة مماثلة للقضاة والموظفين العموميين، وأن يتم احترام مصالح الزملاء والرفقاء وضمن «سلام المؤسسة»، فيجب عندئذ أن يتم التخلي في حالة معينة عن دراسة ما إذا كان السلوك محل التجريم بالفعل مناسباً لانتهاك الهدف الذي يحظى بحماية القانون (في نفس هذا المنحى بتت المحكمة الإدارية الفيدرالية في حكم ستراشويتز بتاريخ 14 نونبر 1974، الجريدة القانونية الجديدة، 1974، ص. 874 والتي تليها، والجريدة الجديدة للقانون العسكري، 1974، ص. 107 والتي تليها).

32. يعتبر القانون الأساسي والقانون المتعلق بالجنود أن الجندي، شأنه شأن أي مواطن آخر، هو صاحب حقوق أساسية، ومن هنا تأتي فكرة أن الجندي «مواطن بزّي عسكري».

ويمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية إذا أحس أحد الأشخاص بالضرر جراء ذلك، بناء على الاستجابة لكلا الافتراضين، أن تقوم بهذا الفحص في القضية التي تكون فيها التدخلات الجسيمة في الحقوق الأساسية (الحكم رقم 120/43 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، والمجلة الأوروبية للحقوق الأساسية، 1977، ص. 109) وهذا أيضا هو رأي الأغلبية.

وفي النهاية، نشير إلى أن لمحكمة الدستورية أغفلت الأسباب التي يجب بموجبها أن يسترجع الحق الأساسي على سبيل المثال، وينبغي أن يتفادي استفسار أحد الرفاق عن رأيه حول مبادرة وطنية معينة، أو عن نيته بالمشاركة في مظاهرة أو موكب. وربما يمكن أن نفهم بوضوح العواقب التي قد تترتب عن رأي الأغلبية على اعتبار أن الطاعن كان قد جمع التوقيعات، مثلا، من أجل مبادرة مسيحية مناهضة لعقوبة الإعدام، أو لعدم تجريم الإجهاض أو لإغلاق حديقة يلعب فيها الأطفال، وأن الجريمة الناطقة باسم الكنيسة كانت قد أعلنت عن هذه المبادرات.

### الحكم 86

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 266/93 يتعلق بالجنود هم قَتَلَة بخصوص العلاقة بين حرية الرأي وحماية الشرف في حالة تصريح جماعي عن الجنود

القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 10 أكتوبر 1995 دعوى طعن الحماية رقم 1476،  
1991/1980 و 102، 92/221

أ

يتعلق طعن الحماية - التي تراكت من أجل إصدار قرار مشترك - بأحكام جنائية متصلة بأضرار تلحق القوات المسلحة الفيدرالية وبعض الجنود بشكل خاص بواسطة عبارات مثل: «الجنود قتلة» أو «الجنود مجرمون» [...]»

ت

يقوم طعن الحماية على أسس؛ وبذلك فهو مقبول. ولم تحترم الأحكام المطعون فيها كما يجب الحق الأساسي للطاعن الذي ينص عليه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

أولا

تحظى بالحماية العبارات التي تم بسببها معاقبة الطاعن، التي يتضمنها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

تخول هذه القاعدة القانونية الدستورية لكل فرد الحق في التعبير عن آرائه ونشرها عن طريق الصوت أو الصورة أو الكتابة. وتتميز الآراء، عكس المعطيات المتعلقة بالوقائع، بالمواقف الذاتية للذي يعبر عن مسألة معينة (الحكم رقم 241/90 [ص. 247 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وتشمل هذه المعطيات رأيه حول قضايا أو أفكار أو أشخاص. وهذا الموقف الشخصي هو الذي تستهدفه حماية الحق الأساسي.

ويفرض بالتالي وجوده بغض النظر عما إذا كانت العبارة تقوم على أساس عقلائي، أو عاطفي أو ليست أيضا كذلك، أو كانت تعتبر مسيئة، أو تافهة من طرف الآخرين (الحكم رقم 336/30 [ص. 347] ورقم 1/33 [ص. 14] ورقم 1/61 [ص. 7 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا تستهدف الحماية فقط مضمون العبارة، بل تستهدف أيضا شكلها. فإذا تمت صياغة بيان معين بشكل مثير ومسيء للنقاش، فهذا لا يُفصّلها من نطاق حماية الحق الأساسي (الحكم رقم 129/54 [ص. 138 والتي تليها] ورقم 1/61 [ص. 7 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتحمي زيادة على ذلك اختيار المكان واللحظة للإدلاء بتصريح معين، ولا يحق للذي يعبر عن رأيه فقط أن يقوم بذلك أمام المثلأ، بل يُمكن له أيضا أن يختار الظروف التي تُتيح له نطاقا أوسع وفعالية أكبر لإبداء رأيه.

وفي حالة العبارات التي عوقب بسببها الطاعن، فإن الأمر يتعلق بآراء تحظى تماما بحماية الحق الأساسي. خاصة وأن الطاعنين لم يقصدوا بعبارات الجنود القتلة أو المجرمين جنودا بأعينهم كانوا قد ارتكبوا جريمة قتل في الماضي، بل عبروا عن رأيهم بخصوص الجنود ومهنة الجندي التي تفرض عليه في ظروف معينة قتل أناس آخرين. وبما أن الأمر يتعلق بأحكام مسبقة وليس بتأكيد للواقع، فهذا الأمر ليس من اختصاص المحاكم الجنائية.

يعتبر تجريم هذه العبارات، تدخلا في مجال الحق الأساسي، وخاصة منه حرية الرأي.

ولا يحظى الحق الأساسي في حرية الرأي بالحماية بدون تحفظ. وإنما يقيد طبقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي وبموجب أحكام القوانين المشتركة، بما فيها الأحكام القانونية المتعلقة بحماية الشباب، والحق في الشرف الشخصي.

وتندرج ضمن هذه الأحكام القانونية الأخيرة أيضا، المادة 185 من القانون الجنائي<sup>33</sup> التي تستند إليها الأحكام المطعون فيها. لإصدار حكم قضائي معين، ويجب أن تكون الأحكام، مع ذلك،

33. المادة 185 من القانون الجنائي: السب. يعاقب على المظلمة بعقوبة سالبة للحرية قد تصل إلى سنة أو غرامة، وإذا ارتكبت عن طريق العنف، فبالسجن لمدة تصل إلى سنتين أو غرامة.

منسجمة مع القانون الأساسي، وأن يتم تفسيرها وتنفيذها طبقاً للدستور (الحكم رقم 198/7 ص. 208 والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

## ثانياً

لا يوجد ضد المادة 185 من القانون الجنائي أدنى شك جدي حول موافقتها للدستور.

تتطابق القاعدة القانونية الجنائية مع ما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي.

أ) تحمي هذه القاعدة القانونية الجنائية، في المقام الأول، شرف الأشخاص في إطار الحقوق الشخصية المستمدة من الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

ويتمتع الشرف كحق أساسي بحماية الدستور (الحكم رقم 148/54 ص. 153 والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وهذا الحق يمكن أن ينتهك بشكل رئيسي من خلال التعبير عن الآراء. ويعترف به لهذا السبب في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي كمبرر من أجل تقييد حرية الرأي.

غير أنه لا يُستمد من هذا أن للمشرع الحرية المطلقة في أن يقيد حرية الرأي لفائدة الشرف الشخصي (الحكم رقم 198/7 ص. 202) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). أضف إلى ذلك يجب عليه أن يراعي، عند استعمال الترخيص المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي، المحتوى الجوهري للحق الأساسي ويتجنب التقييد المفرط لحرية الرأي.

وقد أخذت المادة 193 من القانون الجنائي هذه الشروط بعين الاعتبار<sup>34</sup> التي تستبعد العقوبة بسبب تصريح عندما يهدف إلى ضمان المصلحة المشروعة. ويجب أن تراعى هذا القاعدة القانونية قبل أية إدانة على أساس المادة 185 من القانون الجنائي بصيغته الكاملة، كما يجب أن يفسح المجال بشكل خاص لتأثير حرية الرأي التي تُتيح الفرصة لاقامة توازن بين الحقوق القانونية المتضاربة (الحكم رقم 113/12 ص. 125 والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

34. المادة 193 من القانون الجنائي: ضمان المصالح المشروعة. الأحكام المتعلقة بالإنتاج الاقتصادي والثقافي والصناعي إلى جانب التصريحات التي يدلى بها من أجل تنفيذ الحقوق والدفاع عنها أو ضمان المصالح المشروعة وأيضاً عبارات اللوم والتوبيخ التي يوجهها الرؤساء لمروؤسيهم، والتصريحات أو الأحكام التي يدلى بها الموظفون في حالات مماثلة تستوجب العقوبة إذا ترتب عليها ضرر بسبب الطريقة التي تم الإعراب بها عن التصريح أو الظروف التي تم الإدلاء به فيها.

ب) وعلى غرار ما يُستفاد من العدد 2 من الفقرة 3 من المادة 194 من القانون الجنائي<sup>35</sup>، فالحماية المنصوص عليه في المادة 185 من القانون الجنائي، لا تتعلق في الواقع فقط بالأشخاص، ولكن تتعلق أيضا بالسلطات، أو المكلفين بمناصب محددة التي تضمن وظائف الإدارة العمومية. ولا يمكن في هذا الصدد، أن تبرر القاعدة القانونية من منظور شرف الأشخاص، ذلك أن مؤسسات الدولة ليس لها شرف «شخصي» وليست صاحبة الحق العام في الشخصية. ويجب على العكس من ذلك، أن تعتبر القاعدة القانونية مصدرا لحماية المؤسسات العمومية، وتوجد كقاعدة للحماية على الرغم مما هو منصوص عليه في المادة 185 من القانون الجنائي، القوانين العامة وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي.

ويندرج ضمن هذه الأخيرة كافة القوانين التي لا تمنع رأيا معينا، ولا توجه ضد التعبير عن الرأي الذي يجب أن يحظى بالحماية مباشرة دون وجوب مراعاة رأي معين في حد ذاته (الحكم رقم 198/7 [ص. 209] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة).

وهو الحال بالنسبة للمادة 185 من القانون الجنائي، فبدون أدنى معيار للقبول الاجتماعي، ستفتقر مؤسسات الدولة إلى السلطة لأداء مهامها. وبالتالي يجب أيضا حمايتها ضد الشتائم التي تهدد بتقويض هذا الافتراض (الحكم رقم 278/81 [ص. 292] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا يسمح القانون الجنائي، رغم ذلك، بأن تتحصن مؤسسات الدولة ضد الانتقادات العلنية، حتى لو تم القيام بها بطريقة معينة، نظرا لأن هذه الأخيرة يجب أن يتم ضمانها بشكل خاص من خلال الحق الأساسي في حرية الرأي (الحكم رقم 1919/28 [ص. 202] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

إلا أن هذه الشروط قد أخذتها بعين الاعتبار المادة 193 من القانون الجنائي التي أفسحت المجال في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، واكتست طابعا حادا لما امتدت المادة 185 من القانون الجنائي لتشمل حماية المؤسسات العمومية، ما عدا حماية الشرف الشخصي.

35. المادة 194 من القانون الجنائي: دفع الخصوم. (3) إذا تم ارتكاب جريمة ضد الموظف الذي يُرغم بسبب الخدمة العامة أو ضد جندي من جنود الجيش الفيدرالي خلال أدائه لخدمته العسكرية فسيستابع عندئذ بطلب من الرئيس. وإذا ارتكب الجرم ضد سلطة أو منصب معين يؤدى بان وظائف عمومية، فسيتم محاكمتهم بناء على طلب من مدير المؤسسة أو مدير سلطة الرقابة. نفس الشيء ينطبق على المكلفين بأداء مهام إدارية وعلى المسؤولين عن الكنائس ومؤسسات دينية أخرى نظامية.

فالمادة 185 من القانون الجنائي غير محددة، كما أنها لا تتعارض مع الفقرة 2 من المادة 103 من القانون الأساسي، وتتميز فعلا عن باقي أحكام القانون الجنائي بالقدر الذي يحدد سلوكا نمطيا وفقا لما هو منصوص عليه في الشتم بكل بساطة، لكنها لم تعرفها لاحقا.

ورغم كونها قاعدة قانونية جنائية صدرت في ظل سريان القانون الأساسي الذي يظهر غير كاف، فإن مفهوم الشتم كان متفقا عليه بإجماع على امتداد مائة عام من الفقه القانوني، ويكون له مضمون واضح بما فيه الكفاية، يخول للمحاكم معايير كافية للتطبيق والذي يجعلها بديهية للمخاطبين إذا أرادوا الاعتماد على عقوبة بسبب الاعتداء (انظر الحكم رقم 108/71 [ص. 114 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وحتى عندما توجد الإهانة الجماعية فهي مسائل لم تتم تسويتها بعد، فلن تتأثر بذلك بيقينية القاعدة القانون.

### ثالثا

ومسألة تفسير وتنفيذ القانون الجنائي تعني المحاكم الجنائية. إذا تعلق الأمر بقوانين تقييد حرية الرأي، فيجب أن تحترم - وفق للأحكام القضائية المتكررة للمحكمة الدستورية الفيدرالية - الحق الأساسي الذي يرمي القانون إلى تقييده على مستوى التنفيذ لكي يتمكن من الحفاظ على مفهومه التقييمي (الحكم رقم 198/7 [ص. 209 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتتطلب على مستوى تفسير الأحكام القانونية، وفقا للعدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي أن يوازي في إطار الخصائص الظرفية للقانون المنوط بها، بين مفهوم حرية الرأي من جهة، والحق القانوني الذي من أجله تم تقييد هذه الحرية من جهة ثانية، ومن ثم لن تتوافق المادة 185 من القانون الجنائي التي تشمل مفهوم الشتم الذي يتجاوز شروط حماية المؤسسات أو الشرف (الحكم رقم 162/71 [ص. 181] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

أو لا يفسح المجال لأخذ حرية الرأي بعين الاعتبار (الحكم رقم 130/43 [ص. 139] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويمنع أيضا العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي تفسير المادة 185 والتي تليها من القانون الجنائي التي ينشأ عنها أثر تقييدي. لممارسة الحق الأساسي، الذي قد يؤدي إلى إسكات الانتقادات المقبولة خوفا من التعرض للعقوبة (الحكم رقم 130/43 [ص. 136] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة).

من أجل تفسير المادة 193 من القانون الجنائي، يكون من المهم أن تشكل حرية الرأي مكونا من مكونات النظام الليبرالي الديمقراطي، (انظر الحكم رقم 198/7 [ص. 208 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا يمكن أن تظهر بالتالي مصلحة مشروعة إلا إذا كان المتورط نفسه من أدلى بالتصريح أو إذا دافع شخص معين ضد الاعتداءات الشخصية، وأيضاً إذا شارك في مناظرة عامة حول الشؤون السياسية والاجتماعية المهمة (الحكم رقم 113/12 [ص. 125 و127] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب أن يراعى هذا الأمر إذا لم تستهدف الأحكام المنصوص عليها في المادة 185 والتي تليها من القانون الجنائي المتعلقة بحماية شرف الأشخاص، من طرف مؤسسات الدولة، التي لا تهدف بالتالي إلى حماية الشرف الشخصي، وإنما تهدف أيضاً إلى ضمان الاعتراف التام والعلمي الذي تتطلبه أجهزة الدولة للاضطلاع بمهامها.

ويجب إذا دخل الهدف من هذه الحماية في نزاع مع حرية الرأي، أن يتم تقييم أهميتها، لأن الحق الأساسي ينشأ عن الحاجة الخاصة بالتحديد إلى حماية السلطة ضد النقد، وتظل بالتالي دلالتة سليمة.

2. على مستوى تطبيق المادة 185 وما يليها من القانون الجنائي على الحالات الفردية، يتطلب العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي أن يتم تقييم الأضرار التي تهدد الشرف الشخصي من جهة، وحرية الرأي من جهة أخرى. ولهذا يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كافة الظروف الأساسية (انظر الحكم رقم 198/7 [ص. 212] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة).

لا يمكن أن تستبقت نتائج هذا الموازنة نظراً لطابعه الخاص والغامض. غير أنه تم في الأحكام القضائية تطوير سلسلة من وجهات النظر التي تهدف بالتحديد إلى وضع المعايير للتقييم في الوجه الصحيح.

ويجب في هذا السياق أن تتراجع حرية الرأي إلى الوراء إذا انتهكت كرامة الآخرين. ويسري هذا المبدأ الذي يخدم الحرية الفنية (انظر الحكم رقم 369/75 [ص. 380] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) على حرية الرأي، لأن كرامة الإنسان تعتبر مصدر كافة الحقوق الأساسية، وغير قابلة للموازنة مع أي حق أساسي آخر. وتعمل الحقوق الأساسية في مجملها على إدخال مبدأ كرامة الإنسان حيز التنفيذ. كما أن الأمر يستدعي دائماً تبريراً دقيقاً عند الشك بأن ممارسة الحق الأساسي يمكن أن ينتهك كرامة الإنسان غير القابلة للتصرف.

وتأتي على غرار ذلك، في حالة العبارات المهينة على شكل شتم ممنهج أو إهانة، ويجب أن تتراجع حرية الرأي أمام حماية الشرف (انظر الحكم رقم 1/61 [ص. 12] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وقامت المحكمة الدستورية الفيدرالية بسبب أثر حماية الشرف على درجة تحول

حرية الرأي، بتحديد بشكل دقيق مفهوم النقد القدحي الذي تم تفصيله في الأحكام القضائية المتخصصة.

ولا يمكن وفقا لهذه الأحكام أن يعتبر النقد المبالغ فيه القائم على الإثارة في حد ذاته بمثابة تشويه وافتراء، وأخرى أن يعتبر من الأمور الأخرى، كأن تكون للرأي خلفية، للمناظرة حول القضية، وليس خلفية الرغبة في تشويه صورة الآخر، كما ينبغي أن لا تتمثل في انتقادات جدلية مبالغ فيها، وتهدف إلى التشهير بالأشخاص (انظر الحكم رقم 272/82 [ص. 283 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا تأتي لهذا السبب الانتقادات القدحية، إلا بشكل استثنائي في حالات الآراء المتعلقة بقضايا ترتبط بشكل أساسي بالرأي العام، وتقتصر فيما عدا ذلك على الخلافات الخاصة (المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1974، ص. 1762). وإذا اعتبرت المحكمة خطأ رأياً معيناً بأنه شتيمة ممنهجة أو إهانة، فتصبح الموازنة المعينة غير ضرورية استناداً إلى كل ملابسات القضية بالتحديد، وسيترتب على ذلك خطأ دستوري واضح، يُفضي إلى بطلان حكم المحكمة الذي استند إليه هذا الأخير (انظر الحكم رقم 272/82 [ص. 282] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

إذا تعذر تصنيف الرأي كتدخل في كرامة الإنسان أو كشتم ممنهج أو إهانة، فيجب عندئذ أن يؤخذ بعين الاعتبار عند الموازنة، جسامة الضرر الذي يلحق الحق القانوني المعني. غير أنه لا يلعب هنا أدنى دور، على خلاف ما يحدث عندما تتأكد الوقائع، لأن الانتقادات المشروعة أو الأحكام المسبقة تكون «صحيحة» (انظر الحكم رقم 116/66 [ص. 51] ورقم 236/28 [ص. 232] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يتم استعمال الحق الأساسي في حرية الرأي على عكس ذلك، في إطار الخلاف الخاص بهدف تحقيق مصلحة شخصية، أو مصلحة لها علاقة بقضية تؤثر على الرأي العام. وستعزز ضمناً حرية التعبير إذا تعلق الأمر، في حالة الرأي المثير للنقاش، بتقرير موجه لتكوين رأي عام، وفق الأحكام القضائية المتكررة للمحكمة الدستورية الفيدرالية، (انظر الحكم رقم 198/7 [ص. 208 و212] ورقم 1/61 [ص. 11] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويقتضي الأمر للتراجع عن هذا الموقف أن يأخذ التبرير بعين الاعتبار المفهوم التأسيسي لحرية الرأي من أجل الديمقراطية، الذي يترسخ في قاعدة الافتراض السابقة.

3. يكون الباعث عند كل تقدير قانوني يتعلق بالآراء إذا تمت مراعاة معناه بشكل كامل. وإذا انعدم هذا الأمر عند الحكم على جريمة رأي، فإن سن سترتب على ذلك قمع رأي مقبول. ويكون من هذا الحكم تهديد يؤثر سلبياً بصفة عامة على ممارسة الحق الأساسي في حرية الرأي، نظراً



لأن التفاسير البعيدة والغامضة وحتى المعطيات التي تنم عن حسن النية قد تستوجب العقوبة (انظر الحكم رقم 130/43 [ص. 136] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

بما أن هذه الظروف التي تندرج ضمن مخطط التفسير والقرارات المسبقة حول قبول أو عدم قبول التصريحات، ففي العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، لم تضع فقط الشروط اللازمة لتفسير وتنفيذ القوانين التي تقيد الحق الأساسي، وإنما أيضا تفسير التصريحات التي تثير النقاش.

ولن يكون الهدف من وراء التفسير أن يحدد المعنى الموضوعي لتصريح معين بشكل حاسم، ولا أن يكون بالتالي الهدف الشخصي الذي يعبر عن رأي معين، ولا الفهم الشخصي للمعنى بالتصريح، وإنما يكون الهدف هو أن يفهم الجمهور فهما متيقظا. ويجب من ثم، الانطلاق دائما من مضمون التصريح، الذي لا يحدد معناه بشكل حصري، وإنما يحدد المعنى في إطار السياق اللغوي للتصريح القابل للمناقشة والظروف المحيطة به، ويمكن أن يتعرف عليه في المستقبل. وسيتكيف بالتالي التقدير المنفرد، والقابل للنقاش مع شروط الفحص المنتظم لمعناه (انظر الحكم رقم 43/82 [ص. 52] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتنتهك الأحكام التي توضح معنى التصريح المثير للنقاش، وترتكز لهذا السبب على تقديرها القانوني حول الحق في حرية الرأي. ويطبق نفس الشيء عندما تتبنى المحكمة في حالة تصريحات متناقضة، بناء على المعنى الذي يُصدر به الحكم دون أن تستبعد مسبقا التفاسير الممكنة الأخرى (انظر الحكم رقم 43/82 [ص. 52] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا داعي لهذا السبب ببساطة أن تنطلق المحكمة من بدائل مستبعدة تستند فيها إلى مضمون التصريح أو إلى ظروفه ولا أن تطور بشكل تام إمكانيات التفسير المجرد الذي لا يجد أي منطلق في الظروف المعنية. لكن إذا سمحت الصياغة أو الظروف بتفسير يميل إلى معنى الشرف، فسيكون التفسير الذي ارتكب هذا الخطأ، قد انتهك العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

ويجب، بالتالي، أن يؤخذ بعين الاعتبار بعض العبارات والمصطلحات التي يكون لها عدة معانٍ في سياق التواصل المختلف. ويكون هذا هو الحال، إلى جانب حالات أخرى، بالنسبة للمفاهيم المستخدمة في المصطلحات القانونية المتخصصة بشكل مغاير عن استعمالها في اللغة المشتركة.

ويُرتكب بالتالي خطأ دستوري جسيم، إذا استند الحكم نوعيا إلى معنى التخصص، رغم أن التصريح ينصب داخل سياق لغة مشتركة (انظر الحكم رقم 198/7 [ص. 227] ورقم 1/85 [ص. 19] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يوجه تحليل الشروط المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، لمفهوم التصريح، ويخضع للمراجعة من قِبَل المحكمة الدستورية الفيدرالية، بصفة خاصة عندما يتعلق الأمر، بالأحكام الجنائية، التي يكون لها تدخل عميق في الحقوق الأساسية.

وهذا ما أكدته مرارا المحكمة الدستورية الفيدرالية أنظر الحكم رقم 130/43 [ص. 136] والتي تليها] ورقم 129/54 [ص. 136] والتي تليها] ورقم 1/61 [ص. 6 و9 والتي تليها] ورقم 43/82 [ص. 50] ورقم 272/82 [ص. 280] ورقم 1/85 [ص. 13] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). كما تستبعد هنا أي تحويل للأحكام القضائية المتكررة عن مسارها بشأن صلاحية المحكمة الدستورية الفيدرالية للمراجعة (انظر الحكم رقم 85/18 [ص. 92] ورقم 248/85 [ص. 257] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتقوم المحكمة الدستورية الفيدرالية بالتالي في حالة الإدانة عن الجرائم ضد حرية الرأي، بإعادة النظر في الأحكام إذا أغفلت المحكمة مفهوم ومدى الحق الأساسي في حرية الرأي. وتترك فيما عدا ذلك الأمر - خاصة - لصلاحية المحكمة المختصة.

وتوجد أسئلة تتعلق بالجرائم ضد حرية الرأي حول ما إذا تم بالفعل تقديم التصريح المعني، وماذا كان مضمونه ومن قام بتقديمه وفي أية ظروف، خاصة إذا تعلق الأمر بالتحقيقات التي توجت في شريط التسجيل العام للتقرير الشفوي (انظر الحكم رقم 130/43 [ص. 137] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا تعطي الحجج المقدمة في التصويت الخاص، التي تفصل الأحكام القضائية المتكررة، الفرصة لترك التطبيق المتبع إلى حد الآن، أو تقييد الحق الأساسي في حرية الرأي.

## رابعاً

لم تتوفر هذه الشروط كاملة في الأحكام المطعون فيها [...]

## خامساً

لا يمكن في أي من الحالات الأربع أن يستبعد المحاكم التي أخذت بعين الاعتبار إمكانيات أخرى من التفاسير الموجودة، أو راعت التمييز بين تصريح مهين لكافة جنود العالم ولجنود الجيش الفيدرالي، أو طبقت مفهوم النقد الهدام موافقا للدستور لتحقيق نتيجة مغايرة.

ويجب بالتالي أن تلغى القرارات المطعون فيها، وإعادة إحالة المسألة من جديد. غير أن هذا لا يعفي لا الطاعنين، ولا يعلن قبول الإساءة إلى الجنود خاصة، أو إلى أعضاء القوات المسلحة المحددين بواسطة عبارات مثل «الجنود قتلة».

ويجب بالإضافة إلى ذلك، أن يعاد من جديد الفحص بعدم الدستورية هذه التصريحات استناداً إلى الشروط التي تم عرضها من أجل تطبيق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

وتم اتخاذ هذا القرار لطعن الحماية 1 و3 و4 بموافقة ثلاثة ضد ثلاثة أصوات وطعن الحماية 2 بأغلبية الأصوات وبإجماع.

## المحكم 87

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 44/103 يتعلق بتسجيل جلسات المحاكم على أشرطة الفيديو

لا يستمد الحق في الكشف عن مصدر المعلومات، لا من حرية الإعلام التي يكرسها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، ولا من حرية البث الإذاعي المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. ولا يقرر لهم الحق في التصرف بخصوص الوصول إلى مصدر المعلومات وأنماطها إلا عندما يسمح بالوصول إلى مصدر المعلومات بصفة عامة، يمكن للتدخل في الحق الأساسي أن يؤثر على مجال حماية حرية الإعلام.

يشمل الحق الأساسي الذي ينص عليه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي الحق في الحصول على المعلومات، الذي يسري عندما يستهدف مصدر المعلومات - الذي يدخل في نطاق مسؤوليات الدولة - حصول الجمهور عليها (المرخص به قانونياً) ورفضت الدولة السماح بالحصول عليها.

تعتبر جلسات الاستماع في المحاكم بمثابة مصدر للمعلومات. ويقرر المشرع - في إطار صلاحياته من أجل تنظيم الإجراءات القضائية - الحصول عليها من طرف الجمهور.

يكون استبعاد التسجيلات التليفزيونية والإذاعية والصوتية خلال جلسات الاستماع الذي ينص عليها العدد 2 من المادة 69 من القانون المنظم للمحاكم القضائية موافقاً مع الدستور.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 24 يناير 2001 يتعلق بطعن الحماية  
رقم 95/2635 و99/622**

**منطوق القرار**

يرفض طعن الحماية.

**الأسس**

**أ**

يتعلق طعن الحماية بقبول التصوير التلفزيوني أثناء جلسات الاستماع وخلال النطق بالأحكام.

**أولا**

تدرج الأسس القانونية للدعوى لجلسات الاستماع القضائية وعرض تقارير من قبل وسائل الإعلام ضمن نطاق القضاء العادي حسب العدد 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم.

وتنص المادة 169 على ما يلي:

تكون المرافعات أمام المحاكم علنية بما فيها تلك التي يتم فيها النطق بالأحكام والقرارات. ولا يمكن أن تعرض المشاهد والتسجيلات المرئية والمسموعة وأيضا التسجيلات واللقطات أمام الجمهور أو نشرها.

ويكون مراقبة الامتثال للمنع المنصوص عليه في العدد 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم يتطابق مع المادة 176 من قانون تنظيم المحاكم.

وتنص هذه الأخيرة على ما يلي:

يكون الحفاظ على النظام في أثناء الجلسات من اختصاص الرئيس.

**ثانيا**

يتوافق العدد 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم مع حرية الإعلام والإنذاعة التي ينص عليها العدان 1 و2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي باتساق مع مبدأ الديمقراطية ودولة القانون، ودعاوى طعن الحماية لا أساس لها.

يحمي العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي التغطية الإعلامية الإذاعية، ويندرج ضمن حرية الإذاعة على غرار ما يحدث في حرية الصحافة بموجب العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي حماية المعلومات منذ نشأتها إلى حين بث الخبر وتكوين الرأي (انظر الحكم رقم 118/10 [ص. 121] ورقم 125/91 [ص. 134] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة).

وينقل مبدئياً الحصول غير المحدود على المعلومة الحماية التي يسند إلى وسائل الإعلام لها في إطار الديمقراطية الحرة. ويندرج ضمن المعلومات التي يتضمنها الحق الأساسي إمكانية النقل المرئي والمسموع، الكامل أو الجزئي، المباشر أو الأجل لأي حدث إلى المستمعين والمُشاهدين. ويعود للإمكانيات النوعية لوسائل الإعلام استعمال أجهزة التسجيل والبث (انظر الحكم رقم 125/91 [ص. 134] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تحظى إمكانية الحصول على المعلومة بحماية حرية الإعلام التي يكرسها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي بالقدر الذي تساهم به وسائل الإعلام في مصدر المعلومات التي يمكن للجميع أن يحصل عليها، ولا تتميز في هذا وسائل الإعلام عن المواطنين بصفة عامة. ويهدف استعمال أجهزة التسجيل والإرسال الخاصة بالإذاعة إلى بث المعلومة عن طريق المذياع، ولهذا يكون مشمولاً أيضاً بحرية الإذاعة المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

ويدخل في نطاق حمايتها - بالرغم من ذلك، كما هو الحال في حرية الإعلام - الحق في نشر مصدر المعلومات. ولا تتجاوز في هذا الصدد حرية الإذاعة حرية الإعلام التي يكرسها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، التي لا تضمن مثلاً الدفاع، سوى الحصول على المعلومات المسموح بها عموماً ضد القيود التي تفرضها الدولة. ولا يمكن خاصة بعد السماح بالحصول على المعلومات إلا في هذا النطاق للحماية المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي أن يتأثر. وهنا تكتسي القيود التي تفرضها الدولة على الحصول على المعلومات طبيعة التدخل في الحق الأساسي.

ويمكن الوصول إلى مصدر المعلومات عامة، إذا كانت محددة ومناسبة، تسمح للجمهور - أي لمجموعة من الأشخاص الذين يمكن تحديدهم بشكل فردي - أن يحصلوا من خلالها على المعلومات (انظر الحكم رقم 71/27 [ص. 83] والتي تليها) ورقم 27/90 [ص. 32] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة). ويمكن اعتبار مصدر المعلومات مناسباً، كل من لديه معلومات بما فيها الأحداث والتطورات. ولا يحظى بالتالي الحصول على المعلومة من مصدرها بالحماية فقط، وإنما يحظى بالحماية أيضاً أخذ المعلومات من أي مصدر.

غير أن الحق الأساسي لا يضمن فقط عدم عرقلة الحصول على المعلومات التي يمكن للجمهور الحصول عليها من مصدر معين. وإنما يلاحظ غياب ضمان حماية الحصول على المعلومات التي يضمنها الحق الأساسي في حرية الإعلام في هذا الحكم (انظر الحكم رقم 116/66 [ص. 137] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويشمل الحق الأساسي الذي يضمنه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، الحق في الحصول على المعلومات إذا كان مصدر المعلومات يندرج ضمن نطاق مسؤولية الدولة، وموجها للحصول الجمهور على المعلومات لأسباب قانونية، ولو كانت تعترض عليها الدولة. ويقرر من له الحق في التصرف بخصوص الوصول إلى مصدر المعلومات وشكلياته.

لا ينطوي ممارسة هذا الحق على قيود من الأطراف الأخرى بالمفهوم المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي. ويخضع حق الأفراد في التصرف للأحكام العامة للأشخاص المدنيين، وحق الدولة لأحكام القانون العام. ويمكن أيضا للأشخاص أن يمارسوا حقهم في التصرف بشكل مغاير، ويحددوا طرق الحصول على المعلومات، على سبيل المثال عن طريق شرط شراء تذكرة الدخول أو الحصول على ترخيص لأخذ صور في حفل موسيقي، ويمكن أيضا للدولة، حسب حقها في التصرف، أن تحدد في إطار مهامها وصلاحياتها شكل ونطاق الحصول على المعلومة.

وإذا حدد المشرع طرق الوصول إلى الأحداث التي تقع في الدولة، وأبعد الوصول إلى مصدر المعلومة، سيكون مجال حماية حرية الإعلام له نفس الامتداد. وإذا كان لوسائل الإعلام الحق في الحصول على المعلومة بهدف الإخبار، لكن بصفة قانونية تماما. يستثنى منها التقاط الصور ونشر المشاهد التلفزيونية والإذاعية، فإن هذا التقييد سيكتسي طابع التدخل في الحقوق الأساسية.

وإذا سُمح بالوصول إلى مصدر المعلومات بقيود - على سبيل المثال الوصول الخاص إلى الإذاعة - فعندئذ ستتوقف دستورية الأحكام القانونية المقيدة، ما إذا كان هذا التقييد مشمولا بالحق في تحديد الحق في الحصول على المعلومة دونما حاجة إلى تقييمه على أساس الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي.

لكن إذا انبثق عن الحق الدستوري، بأن الحق في الحصول على المعلومة في حد ذاته يجب أن يسمح به بأكبر قدر ممكن أو بشكل كامل. فيمكن لصاحب الحق الأساسي في حرية الإعلام أن يؤكد ما سبق إذا تم استبعاد إمكانية استعمال معدات الاتصال اللاسلكي للقيام بالتسجيلات ونشرها.

2. تعتبر جلسات المحاكم بما فيها تلك التي ينطق فيها بالحكم، بمثابة مصادر للمعلومات. وينظم المشرع في إطار صلاحياته التي تخول له تنظيم الإجراءات القضائية وصول الجمهور إليها، ويكون الاستناد في ذلك إلى الجوانب الدستورية، كمبدأ دولة القانون ومبدأ الدولة الديمقراطية، ومبدأ حماية الشخصية. وتنظم المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم، للقضاء العادي، الدعاية في المحاكم.

ويحق، وفق ما سبق، لكل فرد أن يحضر الجلسات في المحاكم، ما لم يرد ما يمنع ذلك. ويكون من بين المستفيدين أيضاً ممثلو وسائل الإعلام الذين يسمح لهم بالمشاهدة والاستماع ويرخص لهم بنشر المعلومات بمساعدة الصحافة والإذاعة والوسائل الإلكترونية الأخرى. ويضمن القانون الطابع العمومي للجلسات وقاعاتها في المحاكم.

ولا يطال المنع المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم، التسجيلات واللقطات التلفزيونية والإذاعية وأيضاً التسجيلات والمشاهد التصويرية بهدف نقلها إلى الجمهور أو نشر محتواها، والمنشورات التي تبثها وسائل الإعلام بطريقة غير مباشرة وتسهيلها التقنيات الجديدة من أجل أخذ اللقطات أو القيام بالبحث. ويستعين بالتالي المشرع الفيدرالي بحقه في التصرف لإقرار عدم السماح بالحصول على المعلومة بها عموماً إلا للأشخاص الذين يرغبون في متابعة الجلسات القضائية في الأماكن المعدة لهذا الغرض.

تنص الفقرة 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم على الوصول إلى مصدر المعلومات المقيد في هذا السياق فقط. ولا يتعلق الأمر بقانون تقييدي وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي.

ب) لا يُجبر المشرع من الناحية الدستورية على إصدار تنظيم قانوني يسمح بالاستثناءات.

أ-أ) يندرج مبدأ إشهار الجلسات العلنية المنصوص عليه في القانون الدستوري ضمن مبدأ دولة القانون وأيضاً ضمن مبدأ الإشهار الديمقراطي العام (انظر الحكم رقم 324/70 [ص. 358] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). يعتبر المبدأ الدستوري للإشهار ساري المفعول ولو بدون استثناءات (انظر الحكم رقم 74/4 [ص. 94] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يمكن أن يستبعد الجمهور بشكل كامل أو جزئي بسبب المصلحة العامة الملحة، في الحالات التي يقضي فيها الدستور بذلك (انظر الحكم رقم 324/70 [ص. 358] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويشير مبدأ الإشهار على الخصوص إلى الأساليب التي يسمح في ظلها للجمهور.

يرتكز مبدأ إشهار الجلسات العلنية في ألمانيا على التقاليد العريقة التي يعود أصلها إلى عصر التنوير. ويجب أن يساعد الإشهار ما يجري في المحكمة من جهة، كضمان قانوني على حماية

المشاركين في الجلسات، بصفة خاصة المتهمين خلال محاكمة جنائية، وضد إقامة العدل بإجراءات سرية تتمص من الرقابة العامة.

ويجب، من جهة أخرى، أن ينطلق مبدأ الإشهار من أنه يمكن «للشعب»، من أجل استعمال حقوقه، أن يمثل أمام «المحكمة». ويطلع على ما يجري داخلها، كموقف قانوني للشعب، ويتمكن بهذه الطريقة من إخضاع سلطة العدالة التي تمارسها الدولة، من خلال المحاكم، إلى الرقابة العامة. وتشمل كلتا وجهتي النظر بالقانون الأساسي وبمبدأ دولة القانون وهما مسألتان أساسيتان أيضا للديمقراطية.

ب-ب) تتطلب المبادئ الديمقراطية ومنها مبدأ دولة القانون ومبدأ الديمقراطية تنظيمًا قانونيًا من المشرع. ويسري هذا أيضا على تحديد دواعي وأساليب الإشهار في المحاكم. ويجب على المشرع أن يخضع - من أجل تنظيم الإشهار في المحاكم - لصلاحياته الدستورية، ويراعي المصالح المختلفة. ويعمل على ضمان إشهار الجلسات العلنية القائم على اللامساواة بين المحاكمات. وتعتبر المعلومات حول الأحداث بمثابة دواعي الرقابة في السعي لتحقيق هذه الغايات.

غير أن الإشهار غير المحدود للجلسات في محاكم القرارات تواجهه مصالح مهمة. ومن بين المصلحة التي تواجهه الحق في الشخصية للمشاركين في المحاكمة (الفقرة 1 من المادة 1 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي) وحق المشاركين في المساطر الواجبة (الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 3 من المادة 20 من القانون الأساسي، أنظر في هذا الصدد الحكم رقم 250/57 [ص. 274 والتي تليها] ورقم 120/89 [ص. 129] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وأيضا الكفاءة الوظيفية لإدارة العدل، خاصة البحث عن الحقيقة والمشروعية (انظر في هذا الصدد الحكم رقم 367/33 [ص. 382 والتي تليها] ورقم 65/77 [ص. 76] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

لا يُجبر الدستور المشرع، رغم أنه منحت إليه الصلاحية لتحديد حضور الجمهور إلى قاعات الجلسات التي تجري داخل المحاكم. ويمثل هذا التحديد مصالح دولة القانون والمراقبة العامة للإجراءات القضائية ومبدأ الحصول على المعلومات الذي يكرسه مبدأ الديمقراطية والذي يكتسي أهمية كبيرة لتكوين الرأي العام والرأي الفردي.

يضمن عنصر الإشهار في المحاكم المعنية مبدأ دولة القانون ويسعى إلى تطبيق القانون الموضوعي والشكلي وإتاحة الفرصة إلى دراسة الشكل الذي يشتغل به النظام القانوني لهذه الغاية.

ويجب على المشرع، في غياب المشاركين، أن يخضع لمبدأ الحياد. ويجب على التساؤل: هل كان سلوك المشاركين في المحاكمة مناسبًا وهل كانت الكلمات المنتقاة أو حدة الصوت أو تسامح القاضي أو قساوته في الوضع المسطري المنوط بهم صحيحًا؟ ويترك تقدير ذلك كله من الأفضل وعلى قدر المستطاع للحاضرين.



ولم يأت مبدأ الحصول على المعلومات من أجل تكوين الرأي العام، المتأصل في مبدأ الديمقراطية، بأي شيء جديد في الإشهار في قاعات المحكمة والسماح لوسائل الإعلام الولوج إلى قاعات المحاكم. ويمكن للمذيعين أن يشاركوا في الجلسات وتقديم التقارير عنها. وأخذت المحكمة لهذا الغرض بعين الاعتبار المعلومات التي تنقل للجمهور من خلال وسائل الإعلام بشكل كاف.

ولا تقوم وسائل الإعلام إلا بتقديم تقارير حول الأحداث التي تكتسي أهمية بالغة للجمهور. ولا تندرج جلسات الاستماع بصفة عامة ضمن هذا الإطار، حتى لو كانت الإجراءات لها صدى شعبي كبير، كما توضح ذلك التجربة الأجنبية التي يسمح فيها بمشاركة وسائل الإعلام؛ فعادة ما تكون هناك عموماً مصلحة محدودة لوسائل الإعلام في نقل إجراءات المحاكمة في مجملها أو جزء منها، لا تستهدف نتائج الإجراءات القضائية مصالح وسائل الإعلام.

تجري الجلسات في أجواء رسمية من الدقة والتكرار وأيضاً في أجواء التأمّلات وإعادة البناء التدريجي للوقائع التي لا تتناسب مع متطلبات فن التمثيل المسرحي لوسائل الإعلام، أضف إلى ذلك مصلحة وسائل الإعلام في إنجاز تقارير وجيزة لإرضاء فضول الجمهور.

ج-ج) من خلال منع استعمال تقنيات معينة خاصة بالمحطة الإذاعية للتصوير أو التدوين أو البث، الذي تنص عليه الفقرة 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم، يمنع أيضاً على الإذاعة أن تسجل الأصوات والصور الأصلية وتحريها واستعمالها. كما يمنع عليها خاصة أن تعرض تقريرها باستعمال الصور الحية المأخوذة أثناء الجلسة.

ويؤثر هذا الأمر على التليفزيون قبل كل شيء حسب رأي المحاكم المختصة، ولا يُسمح إلا بالرسوم المتحركة والصور الثابتة مادام لم يتم استبعادها بناء على تدابير الشرطة. ولا تمنع الفقرة 2 من المادة 169 من قانون تنظيم المحاكم، التقارير التليفزيونية نظراً إلى الأهمية المتزايدة التي عرفتتها التقارير المصورة في الآونة الأخيرة. بالإضافة إلى تقارير المراسلين، يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار التسجيلات واللقطات الحركية قبل وبعد الجلسات وحتى أثناء الاستراحة (انظر الحكم رقم 125/91 [ص. 134] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

د-د) يأخذ تقييد إشهار قرارات المحاكم عن طريق المنع القانوني لتسجيل جلسات الاستماع وتصويرها بعين الاعتبار مصالح حماية الحق في الشخصية (1) وأيضاً شروط الإجراءات القانونية الواجبة والبحث عن الحقيقة وتحقيق العدالة (2).

(1) تتطلب حماية الحق في الشخصية في المسطرة القضائية أكبر حماية من تلك التي يقر بها النظام القانوني العام. ولا يطبق هذا فقط على حماية المدعى عليهم، وإنما يطبق في المسطرة الجنائية على من يجب عليه أن يظهر كرها أمام الجمهور في حالة مثيرة للمشاعر والتوتر. ويطبق أيضاً

على جمع المعلومات بمساعدة المحاكم وتحت الإكراه في حالة محددة. وسيظهر واضحا التدخل في الحق في الشخصية إذا تم التسجيل والتصوير الشرائطي وتوارت بالتالي عن الأنظار الخاطفة للحاضرين في القاعة، من أجل تقديمها في مجملها أو جزئيا في سياق برنامج تليفزيوني.

قد يكون لنشر لقطات من أطوار الجلسة تأثير كبير على إجراءات المحاكمة، بسبب الخجل الذي ينطوي عليه العرض العلني لسلوك معين أمام أنظار المحكمة، على سبيل المثال، أو بسبب ذكريات المحاكمة السلبية التي تظل راسخة في ذهن الجمهور، وهو أمر من المحتمل أن يعرقل مسألة إعادة الإدماج في المجتمع لاحقا (انظر الحكم رقم 202/35 [ص. 219 والتي تليها وص. 226 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويوجد أيضا في خطر، الذي يغير محتوى المعطيات إذا تم تقطيع اللقطات، أو تحريرها باستعمالها بترتيب آخر، أو في سياق آخر بعد ذلك. ويساعد استبعاد أخذ اللقطات، ونشرها على التصدي للمخاطر التي يتعرض لها الحق في التحديد الذاتي للمعلومة (انظر الحكم رقم 1/65 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

(2) ينبغي أيضا أن يستبعد إمكانية التسجيل والتصوير الشرائطي لفائدة الإجراءات الواجبة والأمن للوصول إلى الحقيقة وتطبيق القانون. ويختلف إشهار وسائل الإعلام تماما عن الإشهار في قاعات المحاكم. فمن الناس من يغير سلوكه أمام وسائل الإعلام، ومن يحس بالاطمئنان أمامها، ومنهم من يربع، وتتعرض هكذا الإجراءات الواجبة للتهديد، خاصة منها ما يتعلق بالمتهمين في محاكمة جنائية، عندما يخافون نظرا لحضور وسائل الإعلام من الإشارة إلى مسائل قد تكون مهمة للوصول للحقيقة، أو إلى ظروف حميمة أو محزنة أو معيبة على سبيل المثال. يمكن أيضا أن تتضرر إجراءات البحث عن الحقيقة إذا قام الأشخاص الذين يشاركون في المحاكمة بتحويل سلوكهم من أجل إحداث التأثيرات التي ترغب فيها وسائل الإعلام.

يمكن أن تتأثر أيضا التطورات الخارجية لإجراءات المحاكمة بحضور ونشاط طاقم التصوير، خاصة منها بتثبيت وتشغيل معدات التسجيل. ويمكن للأحكام المناسبة بالتأكيد أن تقلص من التأثير السلبي على تطور إجراءات المحاكمة ومحتواها، وذلك بالسماح، على سبيل المثال، لطاقم واحد للتسجيل من خلال مؤتمر صحفي، وبتقليص عدد الأشخاص من طاقم التصوير وعن طريق الإرشادات لوضع آلات التصوير. ويمكن أن يمنع أيضا أن تلتقط الصور عن قرب للمتهمين أو للشهود، رغم أن هذا لا يضمن عدم حدوث آثار سلبية.

لا يتطلب الإشهار من خلال وسائل الإعلام الترخيص للمشاركين، ويجب حتى في حالة وجوده أن يبت فيما إذا كانت مصالح إدارة العدل تتعارض مع التسجيل والتصوير. ويمكن للمشرع أن ينطلق من اعتبار الأولوية لهذا النوع من المصلحة.

## الحكم 88

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 347/102

## يتعلق ببينيتون-الإعلان المزيج

1. يمكن انتهاك حرية الصحافة لناشري المجالات إذا تم منعهم من نشر الإعلانات التجارية التي يتمتع المسؤول عن الإعلانات من خلالها بحرية التعبير.
2. بخصوص التقييم القانوني الدستوري للإشهار من خلال صور مرفقة بمواضيع النقد الاجتماعي.

القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 12 دجنبر 2000 يتعلق بطعن الحماية رقم 95/1762 ورقم 95/1787

## أسس القرار

أ

رفعت الطاعنة - دار الطباعة والنشر - طعنين للحماية ضد حكمين من أحكام المحكمة الفيدرالية العليا، منع عليها بسبب الإعلانات التجارية للشركة بينيتون لخرقها للأخلاق الحميدة (المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة)<sup>36 37</sup>.

## أولا

في مجلة شتين - الطاعنة هي مديرة النشر فيها - تم نشر ثلاثة إعلانات تجارية عن الشركة بينيتون التي تباع المنسوجات في كل أرجاء العالم. ويظهر إعلان فيه بطة ملطخة بالبترول وهي تسبح، وأخرى تبين أطفالا يمارسون أعمالا شاقة في العالم الثالث، ويظهر الإعلان الثالث مؤخرة شخص عار ختم عليها مصاب بالإيدز. ويوجد على هامش كل صورة شريط أخضر يحمل عنوان «الألوان المتّحدة لبينيتون».

كان الإعلانان الأوليان موضع طعن حماية رقم 95/1787، أما الإعلان الثالث فكان طعن الحماية رقم 95/1762. وطالبت المركزية لمنع ومتابعة المنافسة غير النزيهة من الطاعنة أن تكف عن نشر

36. المركزية لمنع ومتابعة المنافسة غير النزيهة.

37. قوانين مكافحة المنافسة غير النزيهة.

الإعلانات السالفة الذكر، ثم قامت باللجوء إلى المحكمة لما رفضت الطاعنة هذا الطلب، وقد تلقت المحكمة العليا كلتا الدعوتين.

ورفعت الطاعنة كلتا دعوتي الطعن بالنقض ولم تحصل على أي نتيجة أمام المحكمة الفيدرالية العليا ولجأت أيضا شركة بينتون إلى المحاكم المدنية للاعتراض - بدون جدوى - على الإنذار القضائي الموجه إليها (مقتطفات من الأحكام القضائية المدنية للمحكمة الفيدرالية العليا 196/130)، غير أن هذه الشركة لم ترفع أية طعن للحماية بعد ذلك [...]

## ب

دعاوى طعن الحماية قائمة على أسس. وينتهك كلا الحكمين من أحكام المحكمة الفيدرالية العليا التي طعن فيها الطاعنة حقها في حرية الصحافة المنصوص عليه في العدد 1 و2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

## أولا

يشمل مجال حماية حرية الصحافة محتوى أجهزة الصحافة كلها، ويدرج فيها الإعلانات التجارية (الحكم رقم 271/21 [ص. 278 والتي تليها] ورقم 108/64 [ص. 114] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وإذا كان التعبير عن رأي من قِبَل طرف ثالث - الذي يحظى بحماية العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي - تم نشره في جهاز من أجهزة الصحافة، فإن حرية الصحافة تشمل أيضا الحماية المذكورة.

لا يمكن أن يمنع جهاز للصحافة من نشر تعبير عن رأي غريب، وإذا لم يمنع الشخص الذي عبر عن الرأي المذكور من إعلان رأيه ونشره. ويمكن في هذا الصدد لدار الطباعة والنشر أن تحتج بانتهاك حرية تعبير الآخرين في حالة المنازعات القضائية. ويمكن أن يقال نفس الشيء عن حالة المنازعات ذات الطابع المدني التي يفرض من خلالها على طرف ما أن يكف عن القيام بسلوك معين على أساس الحق في المنافسة.

تشمل حماية العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي (إذ أنه في الحالة الراهنة تم إدماج حماية حرية الصحافة) التعبير عن رأي ذي طابع تجاري، وأيضا الإعلانات التجارية ذات الطابع القيمي الذي يؤثر على تكوين الرأي (الحكم رقم 162/71 [ص. 175 والتي تليها] ورقم 108/64 [ص. 114] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ومادام تم التعبير عن الرأي - وجهة نظر أو حكم قيمي أو مفهوم أو موقف محدد - من خلال صورة، فإنه يندرج ضمن مجال حماية العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي

(الحكم رقم 336/30 [ص. 352 والتي تليها] ورقم 162/71 [ص. 175] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتستجيب الصور الثلاث المثيرة للنقاش لهذه المتطلبات. وتبرز الحالات العامة للظلم (التلوث البيئي وتشغيل الأطفال واستبعاد المصابين بداء السيدا وممارسة التمييز ضدهم). وتنطوي بهذا على حكم قيمي سلبي إزاء مسائل مهمة اجتماعيا وسياسيا. وإنها تشكل صورا ناطقة يساعد محتواها على تكوين الرأي، وهذا أيضا هو منطلق الأحكام المثيرة للنقاش عندما يشار فيها إلى أن الإعلانات تتهم بؤس العالم والتعبير عن الآراء التي تسعى إلى تحقيق هذا الهدف - وتثير بهذه الطريقة انتباه المواطنين إلى المشاكل العامة - ويحظى بقدر كبير من الحماية التي تضمنها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي (الحكم رقم 91/28 [ص. 202] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتناولت شركة بينتون هذه المواضيع في إطار حملة موجهة حصرا لإبراز صورته بعيدا عن أي تعليق، ويتم الإفصاح عنها حصريا من خلال شعار الشركة، ولا يغير هذا شيئا مما سبق الإشارة إليه. ويمكن من خلال هذا التأكيد أن يعطي الانطباع بأن شركة الدعاية والإعلان لا يههما بتاتا المساهمة في تكوين الرأي، وإنما يههما فقط إثارة الانتباه.

ويتم الاستهانة من خلال هذا التفسير بالعلاقة الذاتية للجهة المصدرة لمحتوى هذا التعبير، وهو تفسير من بين عدة تفاسير كثيرة ممكنة، كما أنه ليس هو التفسير الأقرب في تقدير الجمهور، وأن الرسائل التي تسفر عنها الإعلانات تنسب إلى شركة بينتون، وفي هذا السياق حتى المحاكم لم يراودها أدنى شك [...].

2. يقيد المنع المفروض على مجلة شتيرن الذي تم التأكيد عليه في الأحكام المطعون فيها بإعادة نسخ إعلانات شركة بينتون المثيرة للنقاش في المجلة المذكورة، حق الطاعة في حرية الصحافة [...].

3. لا مبرر لهذا المنع من وجهة النظر الدستورية.

أ) تؤسس المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية منع النشر بناء على المادة 1 من قانون محاربة المنافسة غير النزيهة التي تشكل قانونا ذا طبيعة عامة بالمفهوم المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي (الحكم رقم 230/62 [ص. 245] ورقم 248/85 [ص. 263] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وتهدف هذه القاعدة القانونية إلى حماية المتنافسين والمستهلكين والجهات الفاعلة الأخرى المعنية في السوق وأيضا المجتمع المحلي.

لا يجب أن تؤدي حرية العمل الاقتصادي إلى أن يحصل أشخاص بالتحديد على مزايا إزاء منافسيهم عن طريق ممارسات غير مقبولة. ويجب أن تكون الأهداف المشار إليها متسقة مع

نظام القيم الأخلاقية للقانون الأساسي (الحكم رقم 311/32 [ص. 316] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

(ب) تدعي الطاعنة أن المادة 1 من قانون محاربة المنافسة غير النزيهة، غير محددة بما فيه الكفاية، وأنها لا تسمح بتفسير هذه الحالات، ولهذا لا يمكن أن تكون مقبولة [...] ]

(ج) احتجت الطاعنة مع ذلك بأن المحكمة الفيدرالية العليا لم تأخذ بعين الاعتبار، لدى قيامها بفحص الإعلانات التجارية من منظور قانون المنافسة، مفهوم ومدى حرية الرأي.

أ-أ) إذا أثير قرار ذو طابع مدني في حرية الرأي، فإن العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي يقتضي من المحاكم أن تعتبر بشكل مناسب أهمية هذا الحق الأساسي عند تفسير وتطبيق القانون الخاص (الحكم رقم 198/7 [ص. 206] والتي تليها) ورقم 122/86 [128] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة).

وترتكز الأحكام المتعارض عليها على المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة، أي على قاعدة من أحكام القانون المدني. ويكون تفسيرها وتطبيقها على الحالة المعينة من اختصاص المحاكم المدنية بالدرجة الأولى. ولا تتدخل المحكمة الدستورية إلا عندما تظهر أخطاء تعود إلى الفهم الخاطئ لمعنى الحقوق الأساسية، خاصة منها الحقوق التي تستمد امتداد نطاق حمايتها - والتي في معناها - انطلاقاً من وجهة النظر المادية وتكون لها أهمية بارزة للقضية القانونية المعينة (الحكم رقم 85/18 [ص. 92] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة). وهذا ما يحدث في القضية الراهنة.

ب-ب) أقرت المحكمة الفيدرالية العليا بأن الإعلانات التجارية تمثل تعبيراً عن رأي ينطوي مضمونه على مشاكل ذات طبيعة اقتصادية وسياسية واجتماعية وثقافية، وتحظى بالتالي بشكل خاص بالحماية المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. ويشمل تفسير المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة - وللإعلان الثالث (مصاب بداء السيدا) فيما يخص تطبيق هذه القاعدة - أما الأحكام المطعون فيها فإنها لا تفي بما فيه الكفاية وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا الحق الأساسي.

ويكتسي الحق في التعبير عن الأفكار طابعاً تأسيسياً في نظام الدولة الحرة الديمقراطية (الحكم رقم 56/20 [ص. 97] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة). ويتطلب وضع قيود على هذا الحق أساساً إيجاد مبرر لها من خلال متطلبات المصلحة العامة، وحماية حقوق الآخرين ومصالحهم المشروعة. ويسري ما سبق بصفة خاصة عندما يتعلق الأمر

بآراء انتقادية حول القضايا الاجتماعية أو السياسية. لا تتوفر الأحكام المطعون فيها على الأدلة لتبرير القيود المذكورة، ولا يوجد هناك دليل واضح في هذا السياق.

أ-أ) حسب رأي المحكمة الفيدرالية العليا، تمنع المادة 1 من قانون محاربة المنافسة غير النزيهة السلوك الإعلاني الذي يثير الشعور بالشفقة عن طريق تمثيل المعاناة الجسيمة للأشخاص أو الحيوانات، ويستغلون هذه الأحاسيس - دون أن يكون لها مبرر موضوعي - لأغراض المنافسة التجارية، ويتم ذلك بتقديم الشخص الذي يقوم بالإعلان كشخص لحقه ضرر محقق، ويتضامن بذلك المستهلك مع إسم ونشاط الشخص المعلن عنه.

وتم صياغة هذا الرأي المتعلق بالسلوك المنافي للأخلاق الحميدة من طرف المحكمة الفيدرالية العليا في تفسيرها للمادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة، كقاعدة أخلاقية للأداب العامة، فهو رأي جدير بالموافقة، ويمكن أن يقبل من قبل شرائح واسعة من المجتمع. وتأتي خلف هذه القاعدة الرغبة في العيش في مجتمع يسود فيه التعاطف والمواساة مع المعاناة، ويتصدى الجميع استجابة لهذه المعاناة بسرعة وليس بدافع الرغبة في تحقيق الأرباح.

ولا يمكن أن يجزم بتحديد طريقة تحقيق حماية المصلحة المهمة العامة والشخصية على حد السواء، إلا إذا لم تقتنع المحكمة الفيدرالية العليا بأنه يمكن للإعلانات أن ينشأ عنها إزعاج كبير للجمهور، كما أكد على ذلك الفاعل في إجراءات المحاكمة الأولية.

لم تعتبر المحكمة الفيدرالية العليا بأن المساس «بالذوق الرفيع» أو بالشكل الفاحش للإعلانات، تتعارض مع الآداب العامة بالمفهوم المنصوص عليه في المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة. لا ينطوي ما سبق عن أي تناقض من وجهة النظر الدستورية.

لا يكفي أن يتصدى الجمهور لصور تعكس واقعا بشعا أو تثير الشفقة، وحتى خارج مجال تحرير وسائل الإعلام لكي تعتبر عنصرا مزعجا، يمكنه أن يبرر التنظيم القانوني المُقيد للحقوق الأساسية. ويسري ما سبق أيضا حتى في حالة وجوب تحمل إمكانية الارتفاع المتزايد لهذا النوع من الإعلانات بسبب تأثير التقاليد كما أشارت إلى ذلك الجمعية الألمانية لحماية الملكية الصناعية وحقوق المؤلف.

لا تشكل مسألة واجب الدولة أن تحمي المواطنين - الذين لا يكثرثون بيؤس العالم - من خلال تقييد الموقف القانوني المتعلق بالحقوق الأساسية للآخرين. ويجب أن يحسم الأمر إذا تعلق بعرض صور تهدد الشباب، أو تسبب الخوف أو تثير الاشمئزاز.

ويتسم قيام الطرف الفاعل في المحاكمة الأولية بوصف الإعلانات التجارية بأنها تتسم بطابع الاقتحام والإزعاج، وأنها تثير بقوة إيحائية، لا علاقة لها بمنتجات الشركة صاحبة الإعلان أو بنشاطها التجاري، مشاعر المستهلكين؛ فهذا أمر غير مُقنع.

يتميز جزء كبير من الدعاية الحالية بالرغبة في التحفيز وإثارة الانتباه وكسب العطف عن طريق الأحاسيس. في كل مكان تظهر إعلانات تجارية تستخدم صوراً ذات قوة إيحائية، لاستحضار الشوق إلى الحرية والاستقلال، أو بريق المكانة البارزة التي تتبوّؤها القضايا الاجتماعية. ولو صح هذا القول، فإن المستهلك يكون قويا أمام هذه الدوافع، كما أكد على ذلك الطرف الفاعل في المحاكمة الأولية. غير أن تأثير هذا الاعتقاد لا يبرر أن يعتبر إثارة مشاعر الشفقة لدى الأشخاص، وهي مشاعر أقل استهلاكاً واستغلالاً، ومزعجة للمستهلكين.

ب-ب-ب) لم يلحق الضرر بمصالح المجتمع في هذه القضية [...] بالإعلان التجاري الذي يندب بحالات غير إنسانية (تشغيل الأطفال والتمييز وتصنيف المصابين بداء السيدا، إلخ.) ويمكن أن يعزز الميولات القاسية والوحشية، أو يسفر عن أضرار لثقافة التضامن ضد معاناة بقية الجنس البشري، فهذا أمر لا يمكن تحديده؛ على الأقل بالارتباط بالإعلانات المثيرة للنقاش.

ج-ج - ومجمل القول، لا يمكن أن تتم إثارة أو استغلال الشفقة، إزاء المعاناة لأغراض تجارية أو إخبارية، حسب المبدأ الذي صاغته المحكمة الفيدرالية على ضوء العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي (الذي يعتبر كجزء مكمل للأدب العامة للتاجر)، وهو مبدأ لم يستجب إلى ادعاء الفاعل الذي يطلب فيه المجالات بأن تكف عن نشر الإعلانات المشار كما تم توضيحه سابقاً، ولا ينبغي أن تتأثر مصالح المجتمع ولا مصالح الأفراد التي تستحق الحماية.

يُلاحظ، من جهة أخرى، أن هناك تقويضا قاسيا لحرية الرأي في هذه القضية. وتشير الإعلانات إلى مواضيع مهمة من الناحية السياسية والاجتماعية، وهي زيادة على ذلك مناسبة لإثارة انتباه الجمهور إلى هذه المواضيع. ولا تنقص الحماية الخاصة التي يخولها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي لهذا النوع من التعبير، لكونها لا تضيف أي شيء جوهري إلى النقاش الضعيف الظاهر، كما أكدت على ذلك المحكمة الفيدرالية العليا.

ويمكن أيضا أن يشكل مجرد وصف وضع بالظلم الاجتماعي، إفادة مهمة للنقاش الفكري الحر، أو أن يضيف رأي معين إفادة أخرى أو يمتنع، على عكس ذلك، عن اقتراح حلول، فهذا لا يؤثر مبدئيا على حماية الحق الأساسي المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.



وتستمر هذه الحماية بصرف النظر عن كون التعبير عن الرأي أمراً عقلانياً أو عاطفياً، قائماً على أساس أم لا، أو أن البعض يعتبره مفيداً والبعض الآخر مسيئاً، أو ذا قيمة أو غير ذي قيمة (الحكم رقم 336/30 [ص. 347] ورقم 266/93 [289] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، مع مزيد من الشروحات).

ولا يطعن سياق الإعلانات التجارية في التأثير اللاذع والانتقاد الاجتماعي لهذه الأخيرة. ويكون التطرق بالتأكيد لمشاكل اجتماعية في الإعلانات التجارية أمر غير معتاد، ويمكن أن يبدو في الواقع غريباً بالنظر إلى الاتجاه التجاري لعلامة بينتون. غير أن ذلك لا يشكك في نظر المنقرج المحايد في جدية الرسالة. ولن يحرك هذا فيه على نحو آخر أي شعور بالشفقة.

د-د - يُستفاد من كل ما سبق أن المحكمة الفيدرالية العليا قامت عن طريق القاعدة القانونية السليمة التي اختارتها كأساس لإصدار حكمها، وفسرت المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة، بأنها لم تتصد بالفحص لحرية الرأي. ولا يمكن بسبب هذا الفعل فقط، وهذه القاعدة - إلى جانب هذا التفسير - أن يتم التبرير تدخل في الحق في حرية الصحافة للطاعة ويلغى بالتالي الحكم الذي صدر في المحاكمة المتعلقة بدعوى الحماية رقم 95/1787 (بطة ملطخة بالبتروول وتشغيل الأطفال وإلخ.) الذي يستند إلى تفسير المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة وفقاً لما هو منصوص عليه في القاعدة المشار إليها.

يجب أن تحال القضية مرة أخرى إلى المحكمة الفيدرالية العليا.

ه-ه - لا يركز الحكم الذي تم النطق به في المحاكمة المتعلقة بدعوى الحماية رقم 95/1762 حصراً على تفسير المادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة المشار إليه سابقاً. واعتبرت المحكمة الفيدرالية العليا في هذه الدعوى أن الإعلان التجاري (مصاب بداء السيدا) الذي نشأت عنه المحاكمة، يشكل - زيادة على ذلك - ممارسة من ممارسات المنافسة غير النزيهة، لأنها تنتهك بطريقة خسنة مبادئ الدفاع عن كرامة الإنسان، عندما قدمت المصابين بداء السيدا كأشخاص منبوذين وبالتالي كأشخاص مستبعدين من المجتمع الإنساني.

أ-أ) (ميدنيا، هذا الأساس جدير بالقبول، ولا يبدي التفسير للمادة 1 من قانون مكافحة المنافسة غير النزيهة - بحيث أن استعمال الصور في الإعلان الذي يجرح كرامة الأشخاص الذين تم تصويرهم مخالف للأخلاق الحميدة - أي تعارض من الناحية الدستورية.

فهو تفسير أعطى بهذه الطريقة تعاملًا عادلاً وصحيحاً للحق القانوني الذي يحظى بالحماية، وبرر فرض القيود على حرية التعبير ومجال النقد السياسي والاجتماعي. وتجبر الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي الدولة على حماية كافة الأفراد ضد الاعتداءات المخالفة لكرامة

الإنسان، مثل التشهير، والوصم بالعار، والمتابعة، والإبعاد، إلخ. (الحكم رقم 97/1 [ص. 104] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن مبدئياً أن تمنع بالتالي الإعلانات التي تتعامل مع الأفراد بشكل خاص، أو مجموعة من الأشخاص تعاملًا تمييزياً يجرح كرامتهم أو تحتقرهم، أو تسخر منهم أو تهينهم بأي شكل من الأشكال، على أساس أسباب المنافسة غير النزيهة، ولو كانت تحظى في حد ذاتها بحماية الحق الأساسي في الإعلام المنصوص عليه في المادة 5 من القانون الأساسي، أو بحماية حق آخر من الحقوق الأساسية.

ب-ب) غير أن تطبيق هذه المبادئ على الإعلان المعني (المصاب بداء السيدا) لا يقاوم التحليل حسب معيار المحاكمة المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، مبدئياً تفسير العبارات التي تحظى بحماية العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، ولا يمكن أن يراجع إلا من قبل المحكمة الفيدرالية العليا، بالقدر الذي يجب أن تضمن به المحكمة المعايير التي يتطلبها الدستور.

ليس من اختصاص المحكمة الدستورية أن تحدد بشكل قطعي معنى عبارة مثيرة للنقاش، وأن تبدل تفسيراً تم القيام به إلا بتفسير آخر أكثر صواباً في نظرها، شريطة الأخذ بعين الاعتبار المتطلبات التي تفرضها الحقوق الأساسية. وتقتضي أيضاً في المقابل المقتضيات التي تفرضها الحقوق الأساسية، وتفسر التعبير عن رأي معين مع مراعاة سياقه، وأن لا تنسب إليه معنى لا يناسبه في الواقع.

ويجب على المحاكم، في حالة العبارات الغامضة - التي تقبل معاني مختلفة - أن تدرس إمكانيات التفاسير المختلفة (مع استحضار تعدد المعاني) وتأتي بالحجج المنطقية للدواعي التي حملتها على اعتماد حل معين (الحكم رقم 1/94 [ص. 10] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وقد فسرت المحكمة الفيدرالية العليا الإعلان بـ «مصاب بداء السيدا» وصم المصابين بمرض السيدا وتصنيفهم وبالتالي إقصاؤهم من المجتمع الإنساني. وقالت في مقطع آخر بأن الإعلان وصم بالعار المصابين بمرض السيدا ومعاناتهم وإبعادهم من المجتمع الإنساني. ويجب أن يتم التصدي لعقلية «الوصم» الناشئة عن بعض مكونات المجتمع. واعتبار هذه العقلية على الأقل من طرف الأشخاص المصابين بداء السيدا محرجة بشكل خشن ومسيئة لكرامة الإنسان. ولا يمكن أن يتم تجاهل هذا التأثير حتى على المتفرجين الآخرين.

ولا يقبل في هذا السياق الإعلان المذكور تفسيراً لا لبس فيه. على عكس ذلك، يُظهر الإعلان - بدون أي تعليق يذكر - شخصاً يبدو أنه مصاب بداء السيدا. ويمكن القول بأنه من خلال الإعلانات المذكورة يتم تعزيز أو تشجيع أو تهوين التمييز الاجتماعي، والتفرقة إزاء الأشخاص المصابين بمرض السيدا - وهي أفعال محرّجة بالفعل لكن لها صلة بالواقع - لا يمكن الجزم به نهائياً. على الأقل بأن هناك تفسيراً قريباً مفاده أنه ينبغي إثارة الانتباه - وذلك بتبني موقف يميل للاتهام - إزاء وضع يمكن أن تقوده كما هو الحال للتمييز ضد المصابين بداء السيدا، وكانت الطاعة على صواب عندما أشارت إلى أن الصورة يمكن أن تستخدم للترويج لمؤتمر حول السيدا.

وتكون لغة الصور مثيرة بالتأكيد، وبالمعنى الاصطلاحي، غير لائقة من الشخص الذي أُخذت له صورة يمكن رؤية فقط الجزء العلوي من الورك العاري، وقد كتب عليه اختصاراً وبأحرف كبيرة «س ي د ا» وتحتها وُضعت بشكل مائل كلمة «مصاب» على شكل طابع. ولا تسمح هذه الصورة باستنتاج ميل إيجابي ولا سلوك تهكمي. ويهدف هذا التمثيل إلى أخذ انتباه المتفرجين أخذاً يتناسب مع الإعلان التجاري.

ولا يمكن التشكيك أيضاً في تفسير الإعلان الذي يصفه نداء انتقادي استناداً إلى السياق الدعائي الذي وضع فيه. وإن كان ما قامت به شركة في قطاع النسيج من إشهار صورة تتضمن مواضيع سياسية واجتماعية جدية، يظهر أمراً غير مألوف ومتناقض بشكل صارخ مع الطريقة التي يقدم بها المنافسون أنفسهم في هذا القطاع.

ويمكن لهذا الأمر أن يثير شكوكاً حول جدية النوايا الانتقادية لصاحب الإعلان، واعتبارها محرّجة، لذلك يجب التصحيح الذي وضعته المحكمة الفيدرالية العليا. غير أنه بالنظر إلى سياق الإعلان، فلا يمكن أن تتولد أي قناعة بأن الإعلان يتضمن وصف الأشخاص المصابين بداء السيدا بالعار، أو يمارس التمييز ضدهم. لكن لا يمكن أن يغفل بأن في ميله الانتقادي تأثيراً مزعجاً.

ربما من الممكن أن يكون الحكم مغايراً، لو أن الإعلان قام بالدعاية لمنهج معين، أو تعلق بأشياء مستخدمة أو مرافق معينة، يمكن أن يترتب عنها تأثير مهين أو محرّج. والشريط الذي يحمل عنوان «الألوان المتحدّة لبينتون» في حد ذاته لا يثير أي تأثير غير الذي يشير إليه. وأمام هذا، فاللتفسير الذي قامت به المحكمة الفيدرالية العليا والذي يعني أن الإعلان يجرح كرامة الأشخاص المصابين بداء السيدا، يبدو غير مقبول إلى حد ما، وليس هذا هو التفسير الممكن الوحيد في كل الأحوال.

وهذا يتبين أيضاً من خلال تصريح المصور أوليفيرو توسكاني بخصوص هذا الإعلان: «كنت أرغب من خلال هذا الإعلان المذهل أن أقول أن شركة بينتون ما زالت متمسكة باستعدادها للانضمام إلى الآخرين مؤكدين على التزامنا بمناهضة التمييز ضد المصابين بفيروس نقص المناعة المكتسبة بنفس القوة التي نعارض بها التمييز العنصري» [...]»

و-و) لا يستجيب الحكم الصادر في دعوى طعن الحماية رقم 95/1762 (مصاب بدء الإيدز) والذي تم استئنافه في هذا الطعن للحماية بالمتطلبات الدستورية المنصوص عليها، التي تتعلق بحماية حرية الرأي، وتجاهلت المحكمة الفيدرالية العليا في تفسير التعبير عن الرأي بأن الإعلانات يكون الهدف منها إثارة انتباه الجمهور بشكل انتقادي إلى التمييز والفرقة - التي يمكن ملاحظتها في الواقع - ضد المصابين بفيروس نقص المناعة المكتسبة. وليس في هذا مساس بكرامة الإنسان. ويجب على المحكمة إذا أرادت أن تعيد تحليل القضية من جديد، أن تعتمد تفسيراً بديلاً عن الذي تم عرضه سابقاً<sup>38</sup>.

## ب - حرية المعلومة عن طريق الإذاعة والتلفزيون والسينما

ينص القانون الاساسي في المادة 5:

**الفقرة 1 :** يحق لكل إنسان أن يعبر أو ينشر بحرية رأيه بالكتابة أو الصورة، كما يحق له أن يحصل على كل مصادر المعلومات بدون أية عراقيل، وتضمن حرية الصحافة وحرية المعلومات بالذيع والتلفزيون، والسينما ولا يمارس عليها أية رقابة.

**الفقرة 2 :** تكون قيود على هذه الحقوق في أحكام القوانين العامة، وفي أحكام نصوص القوانين المتعلقة بحماية الطفولة، والحق في الشرف الشخصي.

**الفقرة 3 :** تضمن حرية الفن والعلم والبحث والتعليم، ولا تعفى حرية التعليم من الخضوع للدستور.

## الحكم 89

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 205/12 يتعلق بالبحث الإذاعي 1

#### القرار الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 28 فبراير 1961

[...] تشكل الإذاعة، إلى جانب الصحافة، جزء لا يتجزأ من وسائل الإعلام العصرية، نظراً لتأثيرها، ودورها في تكوين الرأي العام. فالإذاعة هي أكثر من مجرد «وسيلة» لتكوين الرأي العام ويمكن القول بأنها بمثابة «عامل» من العوامل البارزة لتكوين الرأي العام. ولا تقتصر

38. وأخيراً تم سحب الإعلان بطلب من غرفتي التجارة والصناعة وأجهزة التنظيم الذاتي وبسبب ضغط المجتمع المدني [ملاحظة المترجم].

هذه المشاركة في تكوين الرأي العام فقط على بث الأخبار والتقارير السياسية وبرامج على شكل سلسلات حول المشاكل السياسية في الماضي أو الحاضر أو المستقبل.

ويحصل تكوين الرأي العام أيضا في البرامج الموسيقية ونقل البرامج الفنية وحتى في التمثيليات والفن المسرحي كل برنامج إذاعي له اتجاه معين تعكسه الطريقة التي يتم بها انتقاء البرامج، خاصة عندما يتعلق الأمر بالبث في البرامج، التي لا يجب بثها والتي يراد منها ألا تهم المستمعين، وتلك التي لا تهمهم، دون المساس بتكوين الرأي العام، يمكن الاستغناء عنها وأيضا عن الشكل والطريقة التي يقرر بها ما سيتم بثه.

ب) يتضح جليا بالنظر إلى هذه الاعتبارات، أن الإذاعة - كوسيلة أساسية من وسائل الإعلام العصرية، إلى جانب الصحافة، أو على الأقل كوسيلة لها نفس الأهمية، وكعامل من عوامل تكوين الرأي العام - تعتبر حرية المؤسسات ذات أهمية كما هو حال الصحافة المنصوص عليه في المادة 5 من القانون الأساسي، وتم التعبير عنه هنا بطريقة واضحة، في الفقرة 2 من المادة 1 من قانون حرية الإعلام والإذاعة والسينما...».

ومع هذا، فلم يتم بعد الحديث عن الطريقة التي يجب أن تضمن بها الحرية العامة للبث الإذاعي، وحرية بث الأخبار من خلال الإذاعة بشكل خاص، وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 5 من القانون الأساسي. وتأتي هنا خاصية تميز الإذاعة عن الصحافة؛ فلا يمكن طبعا أن ينفي بأن دور النشر والصحف نشأت بالقدر المراد والمطلوب.

ومع ذلك، هناك فرق بين الإذاعة والصحافة يكمن في أن صناعة الصحافة الألمانية تشمل عددا هائلا من المنتجات المتنافسة فيما بينها؛ منها ما هي مستقلة وموجهة طبقا للتوجهات والأطراف السياسية أو المواقف الإيديولوجية، في حين أن عدد المشاركين في هذه العروض يكون قليلا نسبيا في مجال الإذاعة، لأسباب تقنية أو نظرا إلى التكاليف المالية الاستثنائية لعرض برنامج إذاعي.

ويتطلب هذا الوضع الخاص بمجال الصناعة الإذاعية اتخاذ احتياطات خاصة من أجل ضمان والحفاظ على حرية الإذاعة المنصوص عليها في المادة 5 من القانون الأساسي. ويظهر من بين الوسائل التي تساعد على تحقيق هذا الهدف المبدأ الذي - طبقا لمقتضياته - تم إنشاء المحطات الإذاعية القائمة حاليا، لتقديم البرامج الإذاعية، الذي يجب أن يقوم به بموجب قانون شركات من القطاع العام لا تخضع لتأثير الدولة، أو تخضع لمراقبة مقيدة من قبلها، كما يجب أن تشكل أجهزتها الجماعية بشكل يراعي الواقع، ويشارك ممثلو كافة الفرق السياسية والإيديولوجية والاجتماعية المهمة والقادرة على مراقبة وتصحيح القوى التي تساهم في هيكل البرمجة لتنفيذ المبادئ المنصوص عليها في القانون، ويضمن أيضا الحق في ذلك بشكل مناسب لكل من له مصلحة في الإذاعة.

ولهذه الأسباب السابقة لا يتنافى احتكار مؤسسة بث البرامج الإذاعية في ظل هذه الظروف التقنية وفي أرجاء البلد كله، مع المادة 5 من القانون الأساسي، لكن لا يُستفاد من المادة 5 من القانون الأساسي ضرورة خلق احتكار من هذا القبيل في البلد.

ولا تتطلب فعليا المادة 5 من القانون الأساسي الكيفيات التي تكرسها قوانين الدولة المتعلقة بالإذاعة، والتي تم اعتمادها من طرف مؤسسات الإذاعية الفيدرالية. ولم يقرر الدستور بشكل خاص ضمان حرية الإذاعة فقط للأشخاص القانونيين في القانون العام الذين يمكن لهم أن يقدموا برامج إذاعية. وإنما يمكن أيضا لشركة القانون الخاص المؤهلة قانونيا أن تقدم هذه البرامج عندما يتيح تنظيمها تكريس الضمانات الكافية للقيام بذلك، مثل ما هو الحال عليه في مؤسسات القطاع العام.

ويمكن لجميع القوى الاجتماعية البارزة أن تعبر عن رأيها، ويجب أن يتم الحفاظ على سلامة حرية الإعلام. ولا يوجد أدنى شك على مستوى الدستور بخصوص وجود هذا النوع من الشركة، وعندما، يفرض على سبيل المثال، بموجب قانون شكلا من أشكال المشاركة الخاصة، ويضمن هذا القانون أيضا الأهداف الخاصة للإذاعة، خاصة منها الحفاظ على حريتها المؤسساتية، وتخضع كل شركة لمراقبة الدولة عندما تستوفي المتطلبات المشار إليها من أجل بث البرامج الإذاعية بنفس الشكل الذي تُراقب به الأبنك وشركات التأمين.

وتقتضي المادة 5 من القانون الأساسي في جميع الأحوال أن لا تخضع هذه الآلية المعاصرة من أجل تشكيل رأي ولا تضع بيد الدولة أو بيد فريق شريكي. ويجب أن يكون مقدمو البرامج المبتة منظمين، بطريقة تمكن جميع القوى التي يجب أن تراعى، ويحق لها أن تساهم، ويمكن أن يسمع صوتها في كافة البرامج، وتكون المبادئ التوجيهية المتعلقة بمحتوى البرامج مُلزمة، وتضمن أقل قدر ممكن من التوازن والموضوعية والاحترام المتبادل. ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا إذا أصبحت هذه المبادئ التنظيمية والموضوعية مُترابطة فيما بينها وتقتضي بالتالي المادة 5 من القانون الأساسي أن يتم إصدار قانون في هذا السياق.

## الحكم 90

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 293/57 يتعلق بالبث الإذاعي رقم 3

يتطلب العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي لتقديم برامج إذاعية خاصة، تنظيميا قانونيا يشتمل على التدابير التي تهدف إلى ضمان حماية الإذاعة. وتظل أيضا هذه الحاجة قائمة عندما يكون هناك وضع خاص مميز للإذاعة بغياب الترددات وارتفاع التكاليف المالية لتقديم البرامج الإذاعية، الذي قد تم تجاوزه بفضل التطور الحديث.

يكون من ضمن الأسئلة: ما الذي يجب على المشرع أن يقرره بخصوص معايير تنظيم الإذاعة. ويجب في إطار النماذج من النظام القانوني الموجود أن يضمن المشرع تناسب عرض البرامج الوطنية في مجملها مع اختلاف الآراء وتنوعها. ويجب أيضا أن يمنحها صفة الترابط بالمبادئ التوجيهية، ليضمن الحد الأدنى من التوازن في المضمون والموضوعية والاحترام المتبادل.

ويجب أن يقرر رقابة محدودة للدولة على تنظيم حصول مقدمي البرامج الخواص على البرامج الإذاعية وتحديد قواعد الانتقاء في حالة عدم التمكن من إتاحتها لجميع من يهمهم الأمر. إذا تطلب تمويل الإذاعة الخاصة أيضا تنظيما قانونيا، فهذا شأن لا يستدعي الأمر البت فيه هنا.

لا تستجيب النصوص القانونية في القانون المتعلق بتقديم البرامج الإذاعية في ولاية سارلاند للبرامج الإذاعية الخاصة المسموعة باللغة الألمانية، ولا بالجوانب الجوهرية لهذه الشروط الدستورية، وبالتالي فهي نصوص ملغية.

### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 16 يونيو 1981

موضوع الدعوى هو التساؤل حول مدى توافق أحكام القانون المتعلقة بتقديم البرامج الإذاعية في ولاية سارلاند والتي تنظم البث الخاص للبرامج الإذاعية باللغة الألمانية، مع القانون الأساسي؟ يتطلب العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، من أجل البث الإذاعي الخاص، تنظيما قانونيا. ويجب أن يقرر هذا الأخير الأحكام القانونية الضرورية لضمان حرية الإذاعة. تتطلب حرية الإذاعة التي يضمنها العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، تنظيما قانونيا. لكي يمكن أن تكون فعالة، يجب أن:

1.1) تؤدي حرية البث الإذاعي نفس الوظائف التي تؤديها الضمانات التي يكفلها العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي في حماية تكوين الرأي العام بحرية، وبشكل فردي أو بشكل واسع. ولا يقتصر فقط على المعلومات أو نقل الآراء السياسية، وإنما يمتد إلى نقل المعلومات والآراء على نطاق واسع (انظر الحكم 205/12 [ص. 260] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية - التلفزيون الألماني - ورقم 314/31 [ص. 316] - ضريبة المبيعات - ورقم 202/35 [ص. 222] والتي تليها) [مدينة ليباخ].

ويتم تكوين الرأي بحرية من خلال عملية التواصل، بالقدر الذي يضمنه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي لحرية التعبير عن الآراء ونشرها وتبليغها، وتبحث في نفس الوقت عن حماية هذا الإجراء دستوريا، إلى الدرجة التي تدعم الحقوق الذاتية، ويتم بالتالي في هذا السياق تنظيم حرية الرأي كمبدأ موضوعي من مبادئ النظام برتمته، حيث تكون العناصر

القانونية الموضوعية والذاتية تتأقلم وتتكاثف فيما بينها (انظر الحكم 198/7 ص. 204 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، لوث).

تعتبر الإذاعة عبارة عن «وسيلة» أو «عامل» في عملية تكوين الرأي الذي يحظى بالحماية من الناحية الدستورية (الحكم 205/12 ص. 260] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتعتبر وفق هذا الرأي، حرية البث الإذاعي مبدئياً بمثابة حرية تعمل على تكوين الرأي الحر بعواملها القانونية الذاتية والموضوعية، وتشكل (في ظل شروط وسائط الإعلام الحديثة) حلقة تكميلية ضرورية ودعامة أساسية لهذه الحرية، كما أنها تضطلع بوظيفة ضمان التكوين الحر والشامل لحرية تكوين الرأي من خلال الإذاعة.

تحدد هذه المهمة خصائص ومفهوم حرية البث الإذاعي.

تتطلب حرية تكوين الرأي العام والفردى من خلال الإذاعة مبدئياً حرية البث الإذاعي تجاه هيمنة الدولة ونفوذها. ويكون لحرية البث الإذاعي تبعاً لذلك كما هو الشأن بالنسبة للحرىات الكلاسيكية دلالة دفاعية، ولا يكفي ذلك لضمان هذا الحق. وبالتالي فإن الحرية التي تضمنها الدولة لا تعني أن حرية تكوين الرأي من خلال الإذاعة متاحة 100 % في هذه الوظيفة، ولا يمكن تبريرها من خلال هيكله قائمة على الرفض.

ويتطلب هذا أكثر من نظام وضعي يضمن التعبير عن الآراء المختلفة والقائمة عبر الإذاعة على نطاق واسع وكامل، وأن تُتاح الفرصة بهذه الطريقة للمعلومة المقررة، ويتطلب تنظيم هذا الأمر إصدار قواعد مادية وتنظيمية ودستورية توجه حرية البث الإذاعي، وتتلاءم بالتالي مع ما ترمي إليه الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي هو ضمانه.

ب) تخضع الهيكله القانونية التي تقتضى الخضوع للمجال المحفوظ للقانون (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 46/47 ص. 78 والتي تليها] - دروس في التربية الجنسية - ورقم 89/49 ص. 126 والتي تليها] - مع مزيد من التفاصيل - مدينة كالكار):

وتعتبر القرارات الضرورية زيادة على ذلك أنها أساسية، بغض النظر عن المفهوم المادي للإذاعة على مستوى الحياة الفردية والعامه الحالية، وتمنح في مجال بارز للحقوق الأساسية، وتعتبر جوهرية لتطوير الحقوق الأساسية (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 46/47 ص. 79).

وتتحد هنا إسمياً مختلف المواقف للحقوق الأساسية، ويمكن أن يصطدم بعضها ببعض، حيث من جهة، يكون الحق في إعلام شامل ودقيق ومستمد من حرية الإعلام، ويكون من جهة أخرى، حرية التعبير لمنجى البرامج والأشخاص الذين يشاركون في نقلها. ويجب على المشرع أساسياً أن يحقق التوازن بين هذه الاصطدام.



ويكون هذا المجال المحفوظ للقانون خاصا بالبرلمان - للولايات - (انظر الحكم 46/47 [ص. 79] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، ويحدد الأمر الأساسي لضمان حرية البث الإذاعي، ولا تتخذ هذا القرار السلطة التنفيذية، على سبيل المثال، في ممارسة ترخيص واسع من أجل قيم هذه الوظائف، ولو بشكل ضمني، إذا تم ذلك بتنظيم قانوني غير محدد بما فيه الكفاية. ولا يسمح بتنظيم حرية البث الإذاعي عن طريق إصدار أنظمة أساسية من طرف منظمي البرامج، أو عن طريق قواعد تعاقدية.

ولا تسمح مهمة هيكلية حرية البث الإذاعي المنبثقة عن الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، على عكس ذلك، بتقييد الحق الأساسي. ويكون هذا ممكنا فقط على أساس الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي، وتجد هذه الحقوق حدها التي تنص عليها الفقرة 1 في أحكام القوانين العامة، والأحكام القانونية المتعلقة بحماية الأحداث، وحق الشرف الشخصي.

وتعتبر الطريقة التي يؤدي بها المشرع واجباته بمثابة قضية من القضايا التي يجب أن يقرر فيها بنفسه. ولم يصف القانون الأساسي شكلا معيناً لتنظيم البث الإذاعي، وإنما نص فقط على ضمان تكوين رأي صادق، ومفهوم وحر يعمل على تفادي الأضرار والتطورات الفاشلة.

ويجب أن يقرر المشرع بصفة خاصة الأحكام التي تضمن عدم استمرار الإذاعة حُرًا على فريق واحد فقط، وتمكن القوى التي يجب أخذها بعين الاعتبار من التعبير عن نفسها في البرمجة برمتها، وتستمر حرية الإعلام بكامل قوتها (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 205/12 [ص. 262] ورقم 314/31 [ص. 325] والتي تليها).

ت) تستمر هذه الحاجة إلى إصدار أحكام قانونية لتنظيم تصميم البث الإذاعي، رغم الأوضاع الخاصة للإذاعة التي تتأثر بانعدام الترددات اللاسلكية وارتفاع التكاليف المالية لتقديم البرامج الإذاعية، التي تم تجاوزها بفضل التطورات الحديثة. وانطلقت من هذا الوضع الخاص إلى حدود الآن الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 205/12 [ص. 262] ورقم 314/31 [ص. 326]). ولم يحسم بالمقابل فيما يجب فعله أمام هذا الوضع الجديد (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 314/31 [ص. 326]).

ويحتفظ في هذه الحالات أيضا بالمتطلبات الدستورية للأحكام القانونية من أجل حماية حرية البث الإذاعي. ويمكن بالتأكيد أن تكون هذه المتطلبات مهمة في الحالة التي يتم فيها تقييد حرية قلة قليلة من مقدمي البرامج بشكل لا محيد عنه، ويتطلب فيها الأمر وسائل أخرى كوضع لا يحدث فيه المزيد من التقييد، على سبيل المثال. لا تزال هناك حاجة إلى ضمانات لحرية البث الإذاعي بالمفهوم الذي تم الإعراب به عنها من خلال أحكام قانونية.

وحتى في حالة ما إذا تم التخلص من القيود القائمة الآن، فلا يمكن أن نتوقع تقديم البرامج في مجملها، وسيُفي بمتطلبات حرية البث الإذاعي المتعلق بخصوصيات المنافسة، ويؤدي هذا بالتأكيد بالبعض إلى تأييد التنوع المحدود، كما يحدث حاليا في مجال الصحف الوطنية.

يُبد أنه في هذه الحالة، لا يتعلق الأمر إلا بإمكانية من الإمكانيات، في حين أنه، بالنسبة للصحافة، ساهم التطور التاريخي في خلق توازن إلى حد كبير - يمكن أن يكون كافيا في وقتنا الراهن لضمان حرية الإعلام وتكوين الرأي العام من خلال الصحافة وضمان ما هو موجود -، إذ أنه لا يمكن في ميدان البث الإذاعي الخاص أن يتم الانطلاق مبدئيا من تطبيق نفس الشيء. وسيكون عند الأخذ هذا بعين الاعتبار، - التي يُفهم منها كافة البرامج التي يتم بثها على الصعيد الوطني -، كافيا لكي تتمكن جميع الفئات الاجتماعية والتيارات الإيديولوجية (أو على الأقل جُلها) من التعبير عن نفسها، وذلك بالسماح بإنشاء «سوق للآراء» يمكن لمختلف التيارات الفكرية أن تعبر فيه عن نفسها بدون أدنى حرج.

يجب أيضا أن يؤخذ بعين الاعتبار الوسيلة المهمة بشكل كبير، كما هو الحال، للإذاعة توجد إمكانية تركيز سلطة الرأي، وأيضا إمكانية الخوف من إساءة استعمال هذه السلطة للتأثير على الرأي العام بشكل أحادي (الحكم 159/39 [ص. 167] من أحكام المحكمة الفيدرالية العليا الخاصة بالنزاعات الإدارية والحكم رقم 78/30 [ص. 90] من أحكام المحكمة الدستورية لبافاريا).

وسيتم أمام هذا الوضع الذي آلت إليه الأمور، مخالفة الأحكام الدستورية لضمان حرية التعبير عن الرأي إذا تم فقط استبعاد تدخلات الدولة، وجعل حرية البث الإذاعي تعتمد على الحركة التلقائية لقوى السوق (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 314/31 [ص. 326])، ويزداد هذا الوضع خطورة إذا تم اعتبار أنه بدأ بداية سيئة، سيكون من الصعب جدا، أن تنمو أو تتطور، أو تصحح.

ويقع على الأرجح على عاتق المشرع مسؤولية خلق الظروف لتوفير عروض كافية تعكس تنوع الرأي الذي هو أساس الديمقراطية الليبرالية. ويجب أن يتخذ تدابير للتصدي لخطر استبعاد الآراء المعبر عنها من البث، وليتصدى أيضا لخطر هيمنة من لديهم آراء، ويملكون محطات للبث الإذاعي، ولديهم إمكانيات مالية، على تكوين الرأي العام (انظر المحكمة الإدارية العليا لمدينة مونستر، الجريدة الألمانية للإدارة، 1977، ص. 210).

ولا يمكن بالتأكيد أن يتم ضمان هذا بيقين تام، لكن يجب أن يكون هناك على الأقل احتمال كاف بأن يُدرج توزيع متوازن لهذا النوع ضمن نظام البث الإذاعي المنظم قانونيا.

ولا تغير هذه الحاجة بدورها من واقع الأمر شيئا إذا تم اعتبار أن متطلبات حرية البث الإذاعي، على أقل تقدير، قد تم الاستجابة لها من خلال مؤسسات القانون العام القائمة، بحيث تكون

كافة الفئات الاجتماعية - التي لها الحق في كل الأحوال - ومختلف التوجهات حاضرة في إطار البرمجة العامة، ويمكن أن يتم إخبار المشاركين بشكل تام.

ويعتبر تولي محطات الإذاعة الخاصة الاهتمام فقط لنوع واحد من الآراء انتهاكا إن لم يكن تقويضا، للتوازن الأساسي الذي يتيح «الحق في فرصة للحديث» القابل للتطبيق على سائر البرامج الوطنية، والذي يجب أن يتمتع به كافة فئات المجتمع.

فما هي الشروط التي يقرها عليها القانون الأساسي لتنظيم القانوني البث الإذاعي الخاص طبقا للمعايير المحددة بشكل خاص؟

لا يمكن أن يحدد في هذه العملية بشكل قطعي. ويسري هذا بشكل أساسي أيضا على التساؤل حول الأمر الأساسي الذي يجب أن ينظمه المشرع؟ ويتطلب إدراج البث الإذاعي الخاص بالتالي أساسا قانونيا وقرارا من البرلمان، ويطبق هذا أيضا على المحاولات المحدودة زمانيا ومكانيا، وتسد نفس العلاقة مع القانون الأساسي ومع التنظيم النهائي. في الأخير، للمشرع في هذا الصدد حرية واسعة للتنظيم، ولهذا تساعد هذه المحاولات على اكتساب التجربة (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 73/54 [ص. 202] مع مزيد من التفاصيل).

(ب) لن يكون المشرع راضيا عن هذا القرار الأساسي.

يتطلب الأمر، زيادة على ذلك، أن تصدر أحكام قانونية تضمن نماذج التنظيم يتأسس عليها عدم ترك البث الإذاعي حكرا على فئة اجتماعية واحدة بشكل خاص، وتُتيح للقوى التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار في العرض العام للبرمجة، وإمكانية التعبير عن نفسها.

بما أن المشرع قرر لصالح بنية «داخلية تعددية» للتنظيم - طبقا للحكم حول التلفاز، ولم يعترض دستوريا (انظر الحكم 205/12 [ص. 262] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية مع مزيد من التفاصيل) - فيمكن عن طريق هذه البنية تيسير تأثير القوى التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار من خلال أجهزة التنظيمات الخاصة بها، والتي تقتضي أساسيا نصا قانونيا مناسباً، يراعي مبدئيا التباينات الموجودة، وتعطي الأهمية التي تتطلبها القوات الاجتماعية، وتضمن لها تأثيرا فعلا في الأجهزة التي يتم فيها تمثيلها.

يمكن للمشرع، على عكس ذلك، أن يختار أشكالا هيكلية أخرى شريطة أن تضمن، عن طريق الأحكام القانونية المناسبة، توافق العرض الإجمالي للبرامج الوطنية بشكل رئيسي مع تنوع الآراء القائمة. كما أن المشرع يمكن له أن ينشئ ويحافظ على حرية البث الإذاعي عن طريق التباينات الخارجية لـ «التعددية الممتازة».

ولا يعفي هذا الأمر المشرع أن يصدر قانونيا، لأن ضمان الحرية ستبقى مسؤوليته (انظر الفقرة 1/ت). ويقتصر القيام بهذه المسؤولية بقدر عدم توفره على عدد الترددات الكافية، على تحديد قطاعات الرأي التي يمكن له أن يستعمل نفس الترددات بشكل محدود مؤقتا.

ت) يجب أيضا على المشرع أن يضمن المبادئ التوجيهية المُلزمة التي يكرسها لمضمون البرمجة برمتها، ويوازى في المحتوى والموضوعية والاحترام المتبادل (الحكم 205/12 [ص. 263] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويطبق هذا الشرط في حالة البنية الداخلية «التعددية» للمنظمات على برمجة المؤسسة في مجملها بشكل خاص. ولا تطالب المؤسسة ما يخص النموذج «التعددي الخارجي»، بواجب الحفاظ على التوازن، لكنها مطالبة بتوفير إعلام موضوعي بشكل متفهم وصادق وضمان لأقل قدر من الاحترام.

طبقا لما سبق، تكون كافة المؤسسات خاضعة للقيود المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي. ويجب أن يتم الحرص في القانون المتعلق بالإذاعة على مراعاة ما يتعلق أساسا بالشباب.

ث) يعود تنظيم مراقبة الدولة المقيدة إلى التنظيم القانوني المنظم للإذاعة بشكل خاص، ولا تضطلع الدولة إلا بمهمة ضمان تنفيذ الأحكام التي ترمي إلى حماية البث الإذاعي (الحكم 205/12 [ص. 262] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ج) وأخيرا، فلا مفر من المراجعة المسبقة لتشكيل النظام القانوني المتعلق بالبث الإذاعي، والتأكد من تحديد مدى تلبية الشروط المنصوص عليها في قبول المحطات الإذاعية الخاصة أو للإشراك في أخرى. ويجب على المشرع، مادام قد قرر شكل التنظيم الذي يشمل المحطات الإذاعية الخاصة، أن يضع أحكاما قانونية تضمن هذه المراجعة وتكرس إجراء قانونيا للفحص والبت، ويمكن له، إذا استدعى الأمر، أن يرفض دخولها ضمن المحطات الإذاعية المقبولة. ويجب أن يستهدف إجراء للترخيص من هذا القبيل - يستطيع فعلا مراجعة الشروط العامة مثل الأهلية القانونية ومصداقية مقدم الطلب - فقط ضمان حرية البث الإذاعي كما تم التنصيص عليه دستوريا.

ويسند للمشرع في هذا الصدد أن يحدد الأسباب لقبول أو رفض الترخيص. ويمنع على البرلمان أن يحيل إلى السلطة التنفيذية حق البث في المحطات الإذاعية (انظر الفقرة 1/ب).

ويقضي التحفظ ومبدأ فصل السلطات أن يحدد المشرع المجال القانوني للتدابير المتبقية والخاصة بالدولة. ويجب أن ينظم القانون مضمون نشاط الإدارة، ولا يمكن لهذا القانون أن يقتصر على وضع مبادئ عامة (الحكم 1/52 [ص. 41] - البساتين الصغيرة - من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويطبق نفس الشيء على رفض منح الترخيص.

ح) يجب أن يتم التنصيص في القانون على قواعد الولوج إلى تنظيم انتقاء مقدمي الطلب، مادامت إمكانات البث التي تتوفر عليها لا تسمح بفسح المجال لكافة المعنيين للولوج إلى محطة الإذاعة خاصة. ويقتضي هذا مراعاة مبدأ المساواة المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي.

التساؤل عن يتعين أن يكون هو المستفيد من بين إحدى الإمكانيات لإنشاء محطة إذاعية لا يجب أن يترك الأمر للتقدير أو أن يعتمد على الحركة التلقائية لقوى السوق. كما لا يكفي أن يحيل القرار التعسفي إلى السلطة التنفيذية، لأن هذا يتنافى مع المجال المحفوظ للقانون (الحكم 303/33 [ص. 345] - نظام الحصاة - من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب على المشرع، من باب أولى، أن يحدد الأسباب التي تفضي إلى قبول أو رفض الولوج إلى المحطة الإذاعية، ويكرس إجراء قانونيا لضمان البث في هذا الشأن. ويبرر المساواة في التعامل بدون أية صعوبات في إطار نظام يسهل توزيع فترات البث وتخفيف المشاركة في الحالات الطارئة.

ويجب على المشرع، إذا لم يكن هذا كافيا، أن يختار نظاما آخر، يمكن من خلاله فقط أن يمنح الترخيص لمحطة إذاعية لبث برامج كاملة، ويجب عليه أيضا أن يحدد مبادئ الانتقاء التي ينبغي أن تضمن لمقدمي الطلبات المساواة في الفرص (الحكم 303/33 [ص. 345] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). كما يجب عليه أن يحدد مستوى تنفيذ مبدأ المساواة في الفرص من خلال معايير موضوعية وذاتية (الحكم 291/43 [ص. 316] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

## الحكم 91

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 118/73 يتعلق بالبث الإذاعي رقم 4

1.1 (أ) تعتبر مسألة «توفير الخدمات الأساسية»، في النظام القانوني المزدوج للبث الإذاعي - كما تم تطويره في الوقت الراهن في جل ولايات ألمانيا على أساس القانون المتعلق بوسائل الإعلام - شأننا يعني مؤسسات القطاع العام التي تصل برامجها الأرضية إلى كافة السكان، والتي يمكن لها أن تقدم برامج بمحتويات شاملة. وتشمل المهمة المسندة إليها الوظائف الأساسية للبث الإذاعي للنظام الديمقراطي وأيضا للحياة الثقافية في جمهورية ألمانيا الفيدرالية. ويستمد البث الإذاعي في القطاع العام مبرراته وخصوصياته من هذا النحو. وتقتضي المهام التي أسندت لها طبقا لما سبق أن تضمن المتطلبات التقنية والتنظيمية والشخصية والمهنية للقيام بها.

1.ب) تضمن أيضا بالقدر الذي يجب أداء الوظائف المذكورة بفعالية من طرف المحطات العمومية للبث الإذاعي، ويبدو من العدل أن تقرر فيها شروط مختلفة عن شروط المحطات العمومية، مقارنة مع نطاق البرمجة وتنوع المشاركة في البث الإذاعي الخصوصي.

ويجب على المشرع أن يحدد في النصوص القانونية التي يصدرها، بالرغم من ذلك، ملاءمة وضمان وتحقيق أكبر قدر ممكن من المشاركة في المحطات الخاصة. ويحدد المراقبة التي تمارسها النقابات المهنية (الخارجية)، التي تم انشاؤها لضمان تعددية الآراء، وتكمن مهمة المشرع في ضمان الامتثال لهذه المعايير الأساسية عن طريق وضع قواعد مسطرية مادية وتنظيمية.

2. تستجيب شروط حرية الإذاعة مبدئيا لمفهوم النظام القانوني الذي يُعبر عنه في التمويل الخاص للإذاعة بواسطة الإشهار، إلى جانب الشروط العامة الأساسية، التي تحدد بوضوح افتراض ضمان المشاركة والتوازن في البرامج، وتحدد أيضا واجب ضمان محتواها، ومحتوى كل القرارات المهمة لمضمون البرامج من طرف أجهزة خارجية مستقلة عن الدولة، التي تخضع لتأثير القوى والمجموعات الاجتماعية الحاسمة والتي تقرر أحكاما قانونية فعالة ضد احتكار سلطة الرأي.

[...]

### **الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 4 نونبر 1986 طعن الحماية رقم 84/1**

في الدعوى المتعلقة بطلب إعادة النظر في دستورية قانون البث الإذاعي في ولاية نيدر زاكسن والمؤرخ 23 ماي 1984 (الجريدة التشريعية، ص. 147). والمدعون هم: هانس يوخن وفوجل و200 عضوا من أعضاء البرلمان الألماني.

## **الحكم 92**

### **حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 202/35 يتعلق بجريمة اغتيال جنود ليباخ**

1. يمكن مبدئيا لمحطة البث الإذاعي أو التلفزيوني أن تحتج عند كل بث بالحماية المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. وتشمل حرية البث الإذاعي المادة التي سيتم تقديمها، والشكل الذي سيتم البث بواسطته، ولا يمكن أن تدخل حرية البث الإذاعي في نزاع مع الحقوق القانونية الأخرى، إلا عندما تدرج المصلحة المراد تحقيقها من خلال برنامج معين وشكل العرض ونوعه والتأثير المنشود أو المتوقع منه.

2. تفسح أحكام المادتين 22 و23 من قانون الملكية الفنية المجال لموازنة المصلحة، وتراعي التأثير البارز لحرية البث الإذاعي، من جهة، طبقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، ومن جهة أخرى، في حماية الحق في الشخصية طبقا للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي. ولا يمكن مع هذا كله لأي من القيم الدستورية أن يعلن سموها. ويجب في حالة خاصة أن يوازن بين حدة التدخل في مجال الشخصية والمصلحة العامة.

3. يأتي في حالة التقارير المتعلقة بالجرائم الجسيمة في الوقت الراهن، اهتمام الجمهور بالإعلام في المقام الأول بصفة عامة إزاء حماية شخصية المجرم. غير أنه يجب، إضافة إلى ذلك، أن يراعى استقلالية مجال الخصوصية، واحترام مبدأ التناسب. ومن ثمة، فلا يقبل دائما تسمية أو تصوير أو تحديد هوية المجرم.

غير أن الحماية الدستورية للشخصية لا تسمح بأن يهتم التلفزيون، إضافة إلى تغطية القضايا الراهنة، على سبيل المثال، على شكل برامج وثائقية بدون قيود زمنية، بشخص مرتكب الجريمة وحياته الشخصية.

ويعتبر التقرير البعدي غير مقبول، في جميع الأحوال، إذا أُلحق بالمعلومات الحالية، ضرا جديدا، أو إضافيا لمرتكب الجرم، خاصة إذا عرض إعادة إدماجه في المجتمع للخطر. ويكون من المفترض أن يوجد تهديد لإعادة الإدماج الاجتماعي من خلال برنامج حول جريمة معينة تُحدد فيه هوية مرتكب الجرم بعد ما تم إطلاق سراحه، أو كان على وشك أن يطلق سراحه.

### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 5 يونيو 1973، طعن الحماية رقم 72/563

شارك الطاعن المزداد عام 1945 في جريمة خطيرة معروفة باسم «جريمة قتل جنود ليبيا» والتي كانت موضع محاكمة جنائية أمام جهاز المحلفين.

وتوجه طعن الحماية ضد رفض طلب الطاعن لكي يتم إصدار قرار مؤقت من خلال أمر إجرائي من طرف محكمة مدنية، عن طريق القرار المؤقت المطلوب، وكان يجب أن تمنع قناة التلفزيون الألمانية الثانية<sup>39</sup> من تقديم برنامج وثائقي قامت بإنتاجه، مادام ظهر فيه الطاعن، أو ذكر فيه اسمه.

ويندرج إلى جانب الصحافة، الإذاعة والتلفزيون ضمن وسائل الإعلام الضرورية التي تمارس تأثيرا حاسما على ربط العلاقة بين المواطنين وأجهزة الدولة، كما يندرج فيها أيضا مراقبة وإدماج المجتمع في شتى مجالات الحياة. فهذه الوسائل توفر للمواطن المعلومات المطلوبة حول أحداث الساعة والتطورات التي تقع في الدولة وفي المجتمع.

39. دائرة البرمجة العامة للتلفزيون.

كما أنها تتيح النقاش العام وتفسح المجال للاطلاع على مختلف الآراء ونشرها، وتُمكن الأفراد ومختلف فئات المجتمع من التأثير على تكوين الرأي، حيث يكون لهم دور حاسم ومستمر في عملية تكوين الإرادة والرأي العام (انظر الحكم رقم 113/12 [ص. 125] ورقم 250/12 [ص. 260] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا تختلف في المقابل (دقة عبارة «تقديم تقارير») حرية البث الإذاعي من حيث الجوهر عن حرية الصحافة التي تسري بنفس الشكل على برنامج إخباري بسيط، كما تسري على أي برنامج من نوع آخر. ويمكن أن تنقل المعلومات والآراء من خلال برنامج تلفزيوني، أو برنامج موسيقي أو من خلال الأخبار أو التعليقات السياسية، ويؤثر كل برنامج إذاعي على تكوين الرأي حسب نوع البرامج وهيكلتها بطريقة محددة (انظر الحكم رقم 205/12 [ص. 260] ورقم 314/31 [ص. 326] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)<sup>40</sup>.

وتسمح حرية المذيع مسبقاً بتمييز البرامج الإذاعية طبقاً للمصالح المنشودة أو لجودة العرض، ويؤدي تقييد المنتجات التي تخدم بجدية المصلحة العامة أو الخاصة، التي يتم الاعتراف بقيمتها، في النهاية إلى التقييم والتوجيه من قِبَل المؤسسات العمومية، الذي ينتهك جوهر هذا الحق الأساسي (انظر الحكم رقم 296/25 [ص. 307] ورقم 269/24 [ص. 282] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن، كنتيجة لذلك، لقناة تليفزيونية أو محطة إذاعية مبدئياً أن تحتج بالحماية التي يخولها العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، عن كل بث سواء تعلق الأمر ببرنامج سياسي، أو مناقشة نقدية للقضايا المتعلقة بالمصلحة العامة، أو تعلق الأمر ببرنامج موسيقي أو أي برنامج ترفيهي آخر.

ولا يتوقف تدخل الضمانات الدستورية على تعليلها للمصلحة «المشروعة» أو «المبررة» للبث المعني (أدولف أرندت، المصدر السابق). ولا تشمل هذه الحرية للمذيع فقط انتقاء اللقطات التي سيتم عرضها، وإنما تشمل أيضاً القرار حول نوع العرض وشكله، بما في ذلك تحديد مختلف أشكال البث التي سيتم تقديمها.

ويجب، بمجرد دخول ضمانات حرية المذيع في نزاع مع الحقوق القانونية الأخرى، أن يؤخذ بعين الاعتبار المصلحة، ونوع وشكل هيكل البرنامج والآثار التي يسعى البث إلى تحقيقها بالتحديد. وقد نظم الدستور النزاعات المحتملة بين حرية المذيع، والمصلحة المناسبة للأفراد، أو لفريق أو جماعة

40. كلاهما في هذا المجلد.



بواسطة الإحالة على النظام القانوني العام، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي. ويخضع تقديم البرامج الإذاعية للقيود التي تنص عليها القوانين العامة.

ولا يمكن تبعا لأحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، بالرغم من ذلك، أن ينظر إلى حرية المذيع بطريقة نسبية مع إمكانية الأخذ بعين الاعتبار الحقوق القانونية الأخرى. ويجب إضافة إلى ذلك، أن تفسر القوانين التي تقيد حرية المذيع على ضوء الضمانات الدستورية، ويجب في حالات معينة، أن يتم تحديدها بهدف ضمان التطبيق الملائم لحرية الصحافة (انظر الحكم رقم 162/20 [ص. 176 والتي تليها] ورقم 198/7 [ص. 208 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويتطلب هذا، في حالة معينة، أن تتم موازنة عامة ومحددة بين الحقوق القانونية المتضاربة فيما بينها.

وتندرج ضمن القوانين العامة، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي أيضا، أحكام المادتين 22 و23 من قانون حقوق النشر والتأليف المتعلق بالفن التشكيلي والتصوير الفوتوغرافي الصادر يوم 9 يناير 1907 المعتمدة كأساس للحكم المطعون فيه (الجريدة الرسمية للرايخ، ص. 7) [...]

ويمكن، في حالات تضارب المصلحة، أن يطبق من جهة، مبدأ عدم جواز التطبيق الصارم للمادتين 22 و23 من قانون حقوق النشر والتأليف المتعلق بالفن التشكيلي والتصوير الفوتوغرافي على برامج التليفزيون والإذاعة؛ ومن جهة أخرى، فيما يخص بعض القوانين العامة وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي تأتي من أجل ذلك خاصية تفيد بأن تقييد حرية البث الإذاعي تساعد بدورها على حماية قيمة دستورية رفيعة المستوى.

وما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار في إطار المادة 23 من قانون حقوق النشر والتأليف المتعلق بالفن التشكيلي والتصوير الفوتوغرافي، المتعلق بعرض أو تكرار وجهة نظر تهم الشخص المعني، أساسا التعزيز المباشرة للضمانات الدستورية لحماية الشخصية.

ويمكن، أمام هذا التضارب - طبقا لإرادة الدستور - أن توجد تسوية له عن طريق قيمتين دستوريتين تشكلان جزءا أساسيا لا يتجزأ من النظام الديمقراطي الليبرالي للقانون الأساسي، حيث لا يمكن لأي واحدة منهما أن تطالب مبدئيا لنفسها بالأولوية على الأخرى. ويتطلب مفهوم الكائن الإنساني المنصوص عليه في القانون الأساسي وهيكله مجتمع الدولة الخاص أن يتم الاعتراف باستقلالية الشخصية الفردية من جهة، وأيضا ضمان مناخ الحياة ليبرالية التي لا يمكن تصورها بدون اتصال حر.

ويمكن، في حالة النزاع، أن يوجد توازن بين كلتا القيمتين الدستوريتين، ويجب إذا تعذر تحقيق هذا، أن يبت في أي مصلحة من المصالح، التي ينبغي أن تكون لها الأولوية على الأخرى، ويجب،

استنادا إلى الخصائص النمطية وملايسات القضية الخاصة، أن يتم تحليل كلتا القيمتين الدستوريتين في علاقتهما بكرامة الإنسان كمركز لنظام القيم الدستورية.

ويمكن، طبقا لما سبق، أن ينشأ عن حرية البث الإذاعي تقييد الادعاءات المستمدة من حق الشخصية؛ غير أن إلحاق الضرر «بالشخصية» الناجم عن التمثيل العام، لا يمكن أن يخرج عن سياق مفهوم ما هو عام لحرية الاتصال (انظر أدولف أرندت وآخرين).

وينتج، زيادة على ذلك، في هذا الواجب أن تأخذ بعين الاعتبار الموازنة المنشودة، من خلال وحدة التدخل في مجال الشخصية عن طريق برنامج مشكوك في شكله من جهة، أو المصلحة المعينة التي يسعى بث البرنامج إلى تحقيقها من جهة أخرى، والتي يجب أن تقيم ويعاد النظر فيها، ويتم التوفيق في هذا الصدد بين مدى إمكانية توفير المصلحة، بدون إلحاق ضرر - أو ضرر كبير - بحماية الحق الشخصية [...]

ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار بأن الحرية الفنية رغم أنها لا تسري عليها القيود المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي، فإنها لا تشمل حماية الحق في الشخصية التي تضمنها الفقرة 1 من المادتين 1 و2 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 173/10 [ص. 193 والتي تليها] -مفيستو- [لاحقا] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتنتهك بالتالي الأحكام القانونية المطعون فيها الحقوق الأساسية للطاعن المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 والمادة 1 من القانون الأساسي، وتعتبر طبقا للفقرة 2 من المادة 95 من قانون المحكمة الدستورية ملغية.

### ج - حرية الإبداع الفني والعلمي

تنص المادة 5 من القانون الأساسي في:

**الفقرة 1 :** يحق لكل إنسان أن يعبر أو ينشر بحرية رأيه بالكتابة أو الصورة، كما يحق له أن يحصل على كل مصادر المعلومات بدون أية عراقيل، وتضمن حرية الصحافة وحرية المعلومات بالذيع والتلفزيون، والسينما ولا يمارس عليها أية رقابة.

**الفقرة 2 :** تكون قيود على هذه الحقوق في أحكام القوانين العامة، وفي أحكام النصوص القوانين المتعلقة بحماية الطفولة، والحق في الشرف الشخصي.

**الفقرة 3 :** تضمن حرية الفن والعلم والبحث والتعليم. ولا تعفي حرية التعليم من الخضوع للدستور.

## الحكم 93

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 173/30 يتعلق بميفيستو**

يعتبر العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي قاعدة أساسية، تُحدد بواسطتها المبادئ التي ينبغي أن تنظم العلاقات بين المجال الفني والدولة. وتضمن هذه القاعدة في نفس الآن حق الأفراد في الحرية.

لا تعني ضمانات الحرية الفنية فقط النشاط الفني، وإنما تعني أيضا عرض ونشر الأعمال الفنية. يمكن لمؤلف الكتب أيضا أن يستند إلى الحق في الحرية الفنية.

لا تطبق القيود المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 5 والفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي على الحرية الفنية.

يجب أن يحل التنازع بين ضمانات الحرية الفنية ومجال الشخصية - الذي يحظى بالحماية من الناحية الدستورية - وفقا لمعايير نظام القيم للحقوق الأساسية، ويجب في هذا السياق أن يؤخذ بعين الاعتبار بشكل خاص كرامة الإنسان التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 24 فبراير 1971**

يوجه طعن الحماية ضد منع الإبن بالتبني، الوريث الوحيد للمؤلف والمخرج الفني جوستاف جروندجنس من استنساخ كتاب ميفيستو أو توزيعه أو نشره.

وقد نشر الكاتب، الذي غادر ألمانيا عام 1933، الرواية سنة 1936 في دار للنشر كيريدو فيرلاج في أمستردام. وقد تم نشر روايته بعد وفاته سنة 1946 من طرف دار اوف باو فيرلاج للنشر في برلين الشرقية سنة 1956.

وتحكي الرواية صعود الممثل الموهوب هيندريك هوفن الذي تخلى عن قناعاته السياسية، وعن أية رابطة شخصية وأخلاقية باتفاق مع من لديهم السلطة في ألمانيا الاشتراكية الوطنية لممارسة مهنته الفنية. وقدمت الرواية البواعث النفسية والروحية والاجتماعية التي ساعدته في هذا الرقي.

واستعان مؤلف الرواية بالممثل جوستاف جروندجنس للقيام بدور الشخصية هيندريك هوفن

[...]

### ثالثا

يعلن العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي حماية حرية الإبداع الفني إلى جانب البحث العلمي والتعليم. وأقر هذه الضمانات القانونية للحرية، بالتنصيص في العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي - في صياغتها ومضمونها - على قاعدة قانونية موضوعية للمبادئ، التي تنظم مباشرة العلاقة بين المجال الفني والدولة. ويضمن النص القانوني بنفس الطريقة الحق في الحرية لكل من يمارس نشاطه في هذا المجال.

1. يجب أن يتم تحديد مجال الحياة «الفنية» من خلال خصائصه البنوية الخاصة به التي تتسم بجوهر الثقافة. وعلى هذه الأخيرة يجب أن يعتمد التفسير الدستوري للقانون. فالمهم والأساسي للنشاط الفني هو حرية هيكل الإبداع الذي ينشأ بشكل بديهي عن انطباعات الفنان وتجاربه ودهائه عن طريق استعمال شكل من الأشكال اللغوية. جميع الأنشطة الفنية عبارة عن عمليات تمييز أو لا تمييز بالوعي، ولا يمكن الفصل بينها منطقيا. ويشترك في الابتكارات الفنية الحدس والإلهام والدراية الفنية، لكن لا يتعلق الأمر بمجرد «الإشراك»، بل أولا وقبل كل شيء «بالتعبير» وطبعا بالتعبير الصريح عن الشخصية الفردية للفنان.

تشمل ضمانات الحرية الفنية أيضا «مجال العمل» و«نطاق النشاط» أو نفوذ الإبداع الفني. ويشكل كلاهما وحدة غير قابلة للتجزؤ. كما يشمل بجانب النشاط الفني (مجال العمل) عرض ونشر العمل الفني (نطاق النشاط) ويعتبر مجال العمل ونطاق النشاط أساسيين لاكتشاف المؤلف كعملية فنية بالتحديد. ويمكن في «نطاق التغطية» أساسا - للجمهور أن يطلع على العمل الفني - أن تنشأ وتطور الضمانات القانونية للحرية الفنية المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي [...]

تضمن الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي حرية ممارسة النشاط في المجال الفني بشكل تام. لعمل الوسطاء (وأیضا دور الإشهار) لربط علاقة بين الفنان والجمهور. ويتمتع أيضا الأشخاص الذين يمارسون نشاط الوساطة بحماية ضمانات الحرية الفنية [...]

يكتسي الفن طابعا مستقلا، ويخضع للقوانين الخاصة، ويحظى بالحماية بدون أي تحفظ من خلال الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي. ويجب أن تستبعد محاولات تقييد الحرية الفنية - سواء عن طريق التفسير التقييدي لمفهوم الفن أو عن طريق التفسير الشامل للقيود المتضمنة في الأحكام الدستورية الأخرى، أو بتطبيقها عن طريق القياس على الحرية الفنية - استنادا إلى الصياغة الواضحة للعدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي.

وتعتبر غير قابلة للتطبيق، بصفة خاصة كما قبلت بذلك المحكمة الدستورية الفيدرالية، وتنظم الفقرة 2 من المادة 5 من القانون الأساسي التي تقيد الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي. بشكل منفصل مجالي الحماية المختلفين.

ويشكل هكذا تنظيم الفقرة 3 قانونا خاصا أمام تنظيم الفقرة 1، ويمنع بالتالي تطبيق القيود المنصوص عليها في الفقرة 2 وعلى المجالات التي تنص عليها الفقرة 3. ويتناسب ما سبق مع التفسير المنطقي والمنهجي للدستور. غير أنه لا يقبل أن تحذف بعض الأجزاء من مؤلف روائي التي تعتبر كتعبير عن الرأي، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، ويفسح ذلك المجال لتنفيذ التدابير التقييدية التي تنص عليها الفقرة 2. كما أن التاريخ التشريعي للفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي لا يُتيح أية دعامة للتأكيد على أن واضع الدستور كان يقصد اعتبار الحرية الفنية كصنف فرعي من أصناف حرية التعبير [...]

وينبغي أن يدحض الرأي الذي يقول بأن الحرية الفنية، وفقا للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، مقيدة بحقوق الآخرين وبالدستور وبالآداب العامة. وهو رأي يتنافى مع مبدأ التبعية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي الذي يتعلق بمجال الحرية الفردية، الذي أقرته المحكمة الدستورية الفيدرالية في أحكامها القضائية المتكررة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/6 [36] والتي تليها) ورقم 73/9 [77] ورقم 338/9 [343] ورقم 55/10 [58] ورقم 185/10 [199] ورقم 234/11 [238] ورقم 227/21 [234] ورقم 50/23 [55] والتي تليها).

وهو مبدأ لا يقبل أن تبسط عليه التحفظات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، لتشمل مجالات الحياة المحمية عن طريق الحقوق الأساسية الخاصة. ويمنع، بناء على نفس الاعتبارات، الاستعانة بالفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي كقاعدة لتفسير العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي. كما أنه لا يمكن تطبيق هذه القاعدة على مجال «آثار» الفن.

يضمن من جهة أخرى، هذا الحق في الحرية بشكل كامل وبدون أي قيد. وتنشأ الحرية التي يضمنها العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي - شأنها شأن كافة الحقوق الأساسية - عن المفهوم الذي يعطيه القانون الأساسي للإنسان أي كشخص مسؤول عن نفسه ويتصرف بحرية داخل المجتمع (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 7/4 [15] والتي تليها) ورقم 198/7 [205] ورقم 119/24 [144] ورقم 1/27 [7]).

وبالرغم من ذلك، فغياب التحفظات التي تميز هذا الحق، يعني أن تقييد الضمانات القانونية للحرية لا يمكن أن تحدد إلا من طرف الدستور نفسه. وبما أن الحرية الفنية في الدستور لا تنص على أي تحفظ للمشرع العادي، فإنه لا يمكن أن يتم التحايل عليها لا من النظام القانوني العام، ولا بشروط غير محددة قد تعرض الحقوق الضرورية لاستقرار المجتمع، إذا لم تستند إلى الدستور وإلى الأمن الذي توفره دولة القانون.

ويجب بالأحرى أن تسوى النزاعات - التي يمكن أن تطرأ في إطار الضمانات القانونية - بواسطة التفسير الدستوري، وبناء على نظام قيم للقانون الأساسي، واستنادا إلى وحدة نظام القيم الأساسية. وتخضع الحرية الفنية كجزء لا يتجزأ من نظام القيم للحقوق الأساسية، لكرامة الإنسان التي تضمنها المادة 1 من القانون الأساسي، وكقيمة عليا تسود على نظام كل قيم الحقوق الأساسية (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/6 [41] ورقم 1/27 [6]). غير أنه يمكن للضمانات القانونية للحرية الفنية أن تدخل في نزاع مع مجال الشخصية الذي يصونه الدستور، وأنه لا يمكن للحرية الفنية أن تطور أيضا مدلولاتها على الصعيد الاجتماعي.

## رابعاً

يتعين بالتالي على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تثبت فيما إذا كانت المحاكم قد راعت بما يكفي المبادئ التي سبق تناولها، في قضية الموازنة التي قامت بها بين مجال الشخصية الذي تضمنه الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي للهلك جوستاف جروندجن ولإبنه بالتبني، وبين الحرية الفنية التي تضمنها العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي. وتعادلت الأصوات في قاعة المحكمة بمجرد البت في القضية المذكورة، ولا يمكن بناءً على ذلك، أن يثبت وفقا للعدد 4 من الفقرة 2 من المادة 15 من قانون المحكمة الدستورية أن الحكم المطعون فيه قد انتهك الدستور.

## سابعاً : الزواج والعائلة والأبناء

تنص المادة 6 من القانون الأساسي.

**الفقرة 1 :** يخضع الزواج والأسرة للحماية خاصة من النظام الرسمي للدولة.

**الفقرة 2 :** تعتبر رعاية الأطفال وتربيتهم حقين طبيعيين للأبوين، ويقع عليهما أولاً وواجب رعايتهم، وتسهر الجماعة الرسمية على الاستجابة لهما.

**الفقرة 3 :** لا يمكن للأشخاص المرخص بتعليمهم أن يفصلوا ضد إرادتهم عن عائلاتهم إلا بمقتضى قانون، وإذا لم يرقم الأشخاص المكلفون بواجب التربية، أو إذا تعرض الأطفال لخطر الإهمال.

**الفقرة 4 :** لكل أم الحق في الحماية والمساعدة من طرف الجماعة.

**الفقرة 5 :** يجب أن يضمن التشريع للأطفال المولودين خارج إطار الزواج نفس الظروف غيرهم من الأطفال المولودين في إطار الزواج ما يتعلق بنموهم البدني والنفسي، ومكانتهم في المجتمع.

## الحكم 94

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 55/6

#### يتعلق بالضرائب المشتركة للزوجين

1. لا يعبر ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي فقط عن «حق أساسي كلاسيكي» لحماية المجال الخاص للزوج والأسرة، وضمان مؤسسة الزواج، وإنما أيضا تتضمن قرارا تقييميا مُرتبطا بمجال الزواج والأسرة في إطار القانون العام والقانون الخاص. ويعتبر هذا الأخير، على الأقل في نظر المشرع، حقا دستوريا مترابطا، مادام يمنع تقويض أركان الزواج والأسرة عن طريق التدخلات الارتجالية من طرف الدولة نفسها. ويعتبر التمييز بين الزوجين من خلال التسعير المشترك للضريبة على الدخل - وفقا للمادة 26 من قانون الضريبة على الدخل في صيغته المؤرخة 17 يونيو 1952 - قانون الضريبة على الدخل للأشخاص الاعتباريين، (الجريدة الرسمية الفيدرالية، عدد 1، ص. 33) - بمثابة تدخل ارتجالي.

5. ينسب للمساواة في الحقوق تمكين النساء من الولوج إلى اقتصاد السوق في مساواة تامة مع المواطنين الذكور من حيث الفرص.

#### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 17 يناير 1957

يعتبر في هذه القضية أمرا حاسما بأن يتم التعامل بالتسعير الموحد للضريبة على الدخل للزوجين - بالنظر إلى أن معدلات الضريبة التصاعدية تكون محددة حسب أداء الفرد ودخله - بناء على النتائج الاقتصادية، وبشكل أسوأ مقارنة مع الأشخاص الآخرين [...] <sup>41</sup>.

وتعتبر الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي بمثابة قاعدة قانونية أساسية، لأنها تُخضع الزوجين والأسرة لحماية نظام الدولة كخلفية جوهرية لأي مجتمع من المجتمعات، ولا يمكن أن تقارن أهميتها مع أي رابطة إنسانية أخرى.

41. قانون الضريبة على الدخل لعام 1939 ينص على أن الزوجين، إذا كانا ملزمين بدفع الضرائب وفق القانون المذكور، ينبغي أن تتراكم مداخلهما كما لو كانا شخصا واحدا. وبهذه الطريقة تصبح النسبة الضريبية المطبقة (التي كانت تصاعدية) أكبر بكثير. ويرمي هذا الحكم (كما أقر بذلك المشرع) إلى ثني المرأة المتزوجة عن الخروج للعمل.

ويتعلق الأمر بالتالي بقاعدة قانونية في سياق الحقوق الأساسية الكلاسيكية (بالنظر إلى تجارب الفترة التي سيطر فيها الحزب الاشتراكي الوطني). ويجب أن يضمن حماية المجال الخاص للزوجين والأسرة ضد الضغوطات الخارجية للدولة، ويؤيد القانون الأساسي عكس النظام الشمولي للاشتراكية القومية استقلالية ومسؤولية الإنسان.

ويشمل من دون شك، الاعتراف الدستوري بالزواج والأسرة، ضمان كلا جانبي الحياة، جانب الزواج، وجانب الأسرة ويتضمن أيضا الضمانات القانونية للمؤسسات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال. ويؤمن بهذه الضمانات البنية الأساسية للزوجين وللأسرة بالقدر الذي يكون فعاليتها في الواقع القانوني، ويحدد الضمانة الدستورية لجوهر القاعدة القانونية لحق الأسرة والزوجين.

ولا يستنفد الأثر القانوني للفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي بالرغم من ذلك في هذه الوظائف، وتتضمن هذه المادة كل القواعد القانونية الدستورية - خاصة منها تلك التي تحدد علاقة الدولة بالمواطنين وتنظم الحياة داخل المجتمع - وظائف أخرى مترابطة ومتألفة فيما بينها. وتكمن مهمة القضاء الدستوري في تطوير مختلف وظائف الأحكام القانونية الدستورية، وبصفة خاصة الحقوق الأساسية ومن ثم يجب أن تعطى الأسبقية لكل تفسير «قد تطور الفعالية القانونية للقواعد القانونية الخاصة به».

ولا يشير تفسير الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي على أساس هذا المبدأ إلى إقرار وتكريس ضمانات مؤسسة معينة، وإنما يكتسي أيضا طبيعة القاعدة القانونية ذات المبادئ الجوهرية، التي تنطوي على قرار تقييمي مرتبط بمجال حق الزواج والأسرة في نطاق القانون العام والخاص.

وتنص المادة المذكورة، حسبما ورد في نصها، على توفير الحماية الخاصة للزوجين والأسرة من خلال نظام الدولة. وتميز هذه الصياغة الواسعة في القاعدة القانونية بشكل جلي - أيضا - كقاعدة مبدئية لحقوق الزوجية والأسرة برمتها. ولا يتناسب هذا التفسير إلا مع المبادئ التوجيهية لدولة القانون الاجتماعية، ومع تصنيف القاعدة القانونية ضمن الحقوق الأساسية التي ينص عليها الدستور.

ويكون لتقييم المادة 26 من قانون الضريبة على الدخل العام 1951 في جميع الأحوال الأثر الملائم المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي كقاعدة قانونية للحماية، ويتعارض بالتالي التسعير المشترك للزوجين المتعلق بالضريبة على الدخل مع مبدأ الضرائب الفردية، وينطوي بالتأكيد على ضرر للأشخاص المتزوجين ويمثل تدخلا مربكا في الزواج.



يستفاد مما سبق بأن المادة 26 من قانون الضريبة على الدخل لعام 1951 تشكل قاعدة قانونية استثنائية مجحفة في حق المتزوجين، وتنتهك بالتالي إحدى القيم الدستورية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي.

## الحكم 95

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 46/47 يتعلق بدروس التربية الجنسية

تدرج التربية الجنسية الفردية في المقام الأول ضمن الحق الطبيعي للأباء في تربية الأبناء وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي. غير أنه يمكن للدولة على أساس التوصيات الدستورية المتعلقة بالتربية والتنشئة (الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي) أن تدرس التربية الجنسية في المدارس.

يجب أن تكون التربية الجنسية في المدارس منفتحة على مختلف المفاهيم والقيم القائمة في هذا الموضوع، ويجب أن تأخذ بعين الاعتبار الحق الطبيعي للأبناء في التربية، وقناعاتهم الدينية، أو الإيديولوجية بالقدر الذي يكون مهماً في المجال الجنسي. ويجب أن تكف المدرسة بشكل خاص عن أي محاولة للشحن العقائدي للشباب.

لن تتوقف التربية الجنسية على موافقة الآباء إذا تم احترام هذه المبادئ، كمادة تغطي مختلف التخصصات.

يحق للأباء، على عكس ذلك، أن يطلعوا بشكل ملائم على المحتوى والمناهج التدريسية المعتمدة للتربية الجنسية في المدارس.

يجبر المجال المحفوظ للقانون المشرع أن يتخذ قراراً حول إدراج التربية الجنسية في المدارس. ولا يطبق هذا ما دامت المعارف المتعلقة بالحقائق البيولوجية وغيرها تدرس بكل بساطة.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 21 دجنبر 1977 المتعلق بطعن الحماية رقم 147/75**

تكون المعايير المعتمدة للإجابة عن الأسئلة الدستورية المطروحة في هذا السياق بالأساس فيما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي المتعلق بحق الآباء في التربية، والفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي المتعلقة بوظيفة التربية والتعليم المسند إلى الدولة، والفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي المتعلقة بحق الإبن في الشخصية.

وتؤكد الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي على رعاية الأبناء وتربيتهم «كحق طبيعي للأباء وواجب يقع على عاتقهم» وتراقب الدولة بالاستجابة له. ويكون للأباء حق وواجب تحديد رعاية وتعليم أبنائهم بكل حرية، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 7 من القانون الأساسي، ووفق أفكارهم الخاصة والسائدة تجاه المسؤولين آخرين عن التربية. وتحترم حرية الآباء في اتخاذ القرار بهذا الخصوص وأيضا شرعية هذه المسؤولية، ويحمى كل ذلك تدخلات الدولة بواسطة الحق الأساسي، ماعدا التدخلات المتعلقة برقابة الدولة المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي (الحكم رقم 194/31 [204] والتي تليها] في اتساق مع الأحكام رقم 52/4 [57] ورقم 320/7 [323] ورقم 119/24 [138] و143 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتؤكد التوصيات التي خرج بها مؤتمر وزراء التعليم حول مسألة حق الآباء في تربية أبنائهم في المجال الجنسي على أن: «تكون التربية الجنسية هي في المقام الأول مهمة الآباء». وتدعو أسباب وجيهة بالفعل إلى إدراج التربية الجنسية ضمن مجال الآباء - والمنزل - يعتبر حق طبيعي للأباء في التربية وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي. ويمكن أن يتم تلقين الثقافة الجنسية بشكل طبيعي في المجال الأسري الذي يسود فيه الأمن والحماية [...]. ويجب من هذا المنطلق أن يتم التساؤل لاحقا عما إذا كان يمكن للدولة - عند الاقتضاء وضمن أي إطار - أن تدرس التربية الجنسية؟

وتشير التوصيات التي خرج بها مؤتمر وزراء التعليم في هذا الصدد إلى أن «المدرسة ملزمة، بناء على واجب التربية والتعليم المسند إليها، بأن تتعاون في التربية الجنسية». ويوجد الأساس الذي يركز عليه واجب التربية والتعليم المسند إلى الدولة وفقا للمحكمة الدستورية الفيدرالية في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي (الحكم رقم 165/34 [ص. 180] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وكما أوضحت ذلك المحكمة الدستورية الفيدرالية (نفس المصدر السابق، [ص. 181]).

وتشمل مراقبة الدولة للمدارس المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي في جميع الأحوال صلاحية التخطيط وتنظيم التربية لضمان نظام تعليمي يوفر لكافة المواطنين الشباب - وفق مهاراتهم - إمكانيات للتكوين تواكب العصر. ويندرج ضمن مجال سلطة الدولة صلاحية هيكلية التعليم، وتنظيم المدارس، وأيضا تحديد محتويات المناهج الدراسية والأهداف التربوية.

ويمكن بالتالي للدولة أن ترسم مبدئيا أهدافا تربوية خاصة بها، بغض النظر عن أهداف الآباء. ومع ذلك، فلا تخضع التوصيات العامة للمدارس المتعلقة بتعليم الأبناء وتربيتهم لحق الآباء، وإنما لها نفس المكانة التي لحق الدولة. فلا يوجد سيادة مطلقة، لحق الآباء ولا لصلاحيات الدولة.

ولا يمكن، خلافا لما أكد عليه الفقه، أن تقتصر التوصيات العامة للمدارس المتعلقة بتعليم الأبناء وتربيتهم على تقييد أو نقل المعارف، وإنما هي مهمة الدولة تشمل، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي أيضا، إعداد الأبناء ليصبحوا أفرادا مسؤولين في المجتمع. ولهذا يمتد عمل المدارس ليشمل المجال التربوي.

وتشير عدة عناصر طبعا إلى أن المنزل هو المكان المناسب للتربية الجنسية الفردية، كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقا. ويجب أيضا أن يعتبر بأن للجنس له عدة معانٍ ضمنية ذات طابع اجتماعي. وأن السلوك الجنسي جزء لا يتجزأ من السلوك العام، ويجب بالتالي أن تمنع الدولة من اعتبار التربية الجنسية عنصرا مهما من عناصر التربية المتكاملة للشباب. ويندرج ضمن هذا أيضا تنبيه وحماية الأطفال ضد مخاطر محتملة لها علاقة بالجنس.

ولا ينبغي مبدئيا أن يتم الاعتراض، بالنظر إلى الأسباب التي تم عرضها آنفا، (من الناحية القانونية والدستورية) على تحويل الدولة مواضيع تتعلق بالجنس إلى مواد دراسية [...] .

ويشمل أيضا حقوق الطفل المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي التربية الجنسية في المدرسة.

وقد أدرج القانون الأساسي مجال الحياة الجنسية والحياة الحميمة للإنسان - كجزء من مجاله الخاص - ضمن الحماية الدستورية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. وتضمن هذه الأحكام القانونية للإنسان أن يحدد بنفسه موقفه من الجنس. ولهذا يمكن لكل شخص أن يحدد علاقته مع حياته الجنسية، ويقرر المدى والغرض الذي يقبل بتأثير طرف ثالث على موقفه.

لكن إذا كانت علاقة الإنسان بالجنس تخضع لحماية الدستور، فيجب عندئذ أن يخص هذا الحق المستمد من الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي كل شاب بشكل خاص يمكن أن يتأثر مجاله الحمي بشكل أساسي بالطريقة والشكل الذي تدرس به التربية الجنسية في المدارس. ولن يكون الشاب فقط هدفا للتربية التي يلقتها الآباء والدولة، منذ البداية (وقبل كل شيء) وإنما يكون للشباب شخصيته الخاصة به تنمو وتتطور بقدر ما يزيد في العمر. وتحظى هذه الشخصية بالحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. وتؤكد التجربة أنه يمكن للشباب بالخصوص أن يتأثروا روحيا ونفسيا ويصيب تطور شخصيتهم ضرر جسيم بسبب التدابير التربوية الفاشلة في مجال التربية الجنسية.

يُستفاد مما سبق أن التربية الجنسية توجد في مجال مشحون يتجاوزه حق الآباء في تربية أبنائهم، الذي تكرسه الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي، وحق الإبن في الشخصية، المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، ومهمة التربية والتعليم المخولة للدولة، المنصوص عليها ضمناً في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي [...] ]

يجب أن ينطلق التقييم القانوني للتصادمات التي تحدث بسبب التوتر المذكور، بأن التربية الجنسية تتهم مبدئياً بوجود تشابه كبير مع مجال الآباء مقارنة مع مجال المدرسة [...] ]

وقد احتل اهتمام المحكمة الدستورية الفيدرالية إلى حد الآن ثلاثة أحكام بطريقة خاصة في إقرار المجال المحفوظ للقانون في العلاقات التعليمية (الحكم رقم 165/34 [ص. 192 والتي تليها] ورقم 251/41 [ص. 259 والتي تليها] ورقم 400/45 [ص. 417 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وفي هذا الحكم الأخير تم إقرار بناء على الأحكام السابقة، على ما يلي:

يُلزم مبدأ دولة القانون، ومبدأ الديمقراطية المكرسين في القانون الأساسي، أن يتخذ المشرع القرارات الأساسية في مجال التعليم المدرسي [...] ] ويطبق هذا بصفة خاصة على هيكل الدولة للميادين المفتوحة للمجال القانوني المرتبطة بممارسة الحقوق الأساسية.

ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار التقدم الرئيسي لهذا الموقف القانوني الذي يكمن في كون المجال المحفوظ للقانون قد قطع علاقته مع الصيغ التي عفا عليها الزمن (التدخل في الحرية والملكية). وقد أقر انطلاقاً من وظيفته في إطار الديمقراطية ودولة القانون، أساساً آخر جديداً، الذي يمكن أن يحدد من خلاله مدى ونطاق هذه المؤسسة القانونية.

ويتعلق انتقاد هذا الموقف أساساً بحدود مفهوم «أساسي» الذي يُوصف به مجال الصلاحية الخاصة بالمشرع، أثناء النقاش المثار في المؤتمر 51 لرجال القانون الألمان (انظر المصدر السابق، ص. 108 والتي تليها وص. 115 والتي تليها) والذي تم التطرق فيه لعبارة «أساسي» الذي يجب أن يفهم مبدئياً على أنها مصطلح كاشف وتوجيهي، ولا يفهم منه بأنه مساهم في تحويلها إلى معتقد قانوني أي كمصطلح لا يعني في الأصل شيئاً: «أي أن الأشياء المهمة لدولة ديمقراطية برلمانية تدخل ضمن اختصاصات البرلمان».

ويجب لوضع القيود بشكل خاص، أن يتوخى، ويؤخذ بعين الاعتبار المخاطر التي ينطوي عليها التنظيم المفرط والشمولي الذي قد يفرض على عواقب وخيمة على العلاقات المدرسية. فالقول بأن تدبيراً معيناً يدخل في عبارة «أساسي» - الأمر الذي ينبغي أن يظل من اختصاص المشرع (أو

على الأقل يتطلب ترخيصاً محدد المحتوى من البرلمان لكي يتم تفويضه) - يجب أن يحدد قبل كل شيء وبشكل عام على أساس القانون الأساسي.

وتتيح حماية الحقوق الأساسية وجهة نظر مهمة في هذا السياق. حيث معظم المواد التي ترد فيها الحقوق الأساسية تنص، لا أقل ولا أكثر، على أن التدخلات التي لا يمكن القيام في الحقوق الأساسية إلا بموجب قانون أو على أساس قانون. وتتوافق مساهمة البرلمان في ضمان حماية الحقوق الأساسية - في جوهرها - مع المذهب التقليدي «للمجال المحفوظ» للقانون (دونما حاجة بالرغم من ذلك للتمييز بين التدخل وإسداء الخدمة). في المجال البارز للحقوق الأساسي، ويعني «أساسي» كقاعدة عامة أساسي من أجل تطبيق الحقوق الأساسية (الحكم رقم 165/34 [ص. 192 والتي تليها] ورقم 37/40 [ص. 248 والتي تليها] ورقم 251/41 [ص. 260 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويكون لأهمية الحقوق الأساسية دور كبير في العلاقة المدرسية. وفي حدود المهام المعهود بها إلى الدولة في مجال التربية والتعليم وفقاً للفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي، وحق الآباء في التربية وفقاً للفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي وأيضاً حق الطفل في الشخصية وفقاً للفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي) غير أنها حقوق غامضة يصعب التمييز بينها. ويكتسب بالتالي تحديدها مفهوماً حاسماً لممارسة هذه الحقوق الأساسية. ويرجع هذا التحديد إلى اختصاص المشرع.

ولا يعني هذا على الرغم من ذلك أنه بموجب قاعدة دستورية يجب أن تنظم في قانون شكلي كافة أنماط التربية الجنسية، كما تم اعتبار ذلك على سبيل المثال في المبادئ التوجيهية لهامبورغو (الحكم رقم 251/41 [ص. 265] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويتعلق الأمر بالأحرى برسم في مقتضيات عامة - عن طريق مبادئ توجيهية برلمانية محددة على النحو المطلوب - نطاق المهمة المسندة إلى المدارس في مجال التربية والتعليم. ويجب أن يتخذ الحيطة والحذر في إقرار قانون بأحكام ملزمة ومبادئ توجيهية لإعداد الدروس.

وينبغي أن يفحص عدم الدستورية هذا التحديد دوماً للتأكد من أنه تم ترك المجال الكافي للمعلمين لممارسة حريتهم ومسؤولياتهم التربوية. ولا يمكن أن تكون تفاصيل المناهج التعليمية والتعليمية مبدئياً محصورة على التنظيم القانوني، ما دام أن تلك التفاصيل لا تكون دائماً قابلة للتنظيم، ويجب أن تفسح هيكله الأقسام الدراسة المجال للتأقلم مع ظروف الحالات المحددة.

(انظر بخصوص المجال المحفوظ للقانون الحكم رقم 89/49 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

## الحكم 96

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 313/105**  
**يتعلق بجمعيات التعايش المسجلة**

[...]

إذا قسمت الحكومة الفيدرالية، أو البرلمان الفيدرالي مادة إلى مختلف القوانين من أجل تفادي منع موافقة مجلس الشيوخ على هذه الإصلاحات (إذا تعلق الأمر بمواد لا تقتصر من تلقاء نفسها على موافقة مجلس الشيوخ) ولا ينطوي هذا الأمر على أي اعتراض من الناحية الدستورية.

لا ينتهك إدماج الشكل القانوني لجمعيات التعايش المسجلة على الأزواج من نفس الجنس ما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي. ولا يمنع المشرع أن يوفر الحماية الخاصة للزواج المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي بالتنصيص على حقوق وواجبات متساوية أو مماثلة لجمعيات المثليين للتعايش. ولا يهدد أيضا الشكل القانوني الخاص بأشخاص لا يتمكنون من عقد القران فيما بينهم بتقويض مؤسسة الزواج.

لا يشكل رفض حصول الجمعيات المسجلة للتعايش بين أشخاص من جنس مختلف على الشكل القانوني لجمعيات التعايش المسجلة وأيضا جمعيات الدعم والمساعدة المتبادلة في حد ذاته انتهاكا للفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 17 يوليو 2002 يتعلق بطعن الحماية 01/1،  
01/2**

## صيغة القرار

لا يتعارض القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين («جمعيات التعايش») الصادر في 16 فبراير 2002 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، عدد 1. ص. 266) في صيغة القانون المؤرخ 11 دجنبر 2001 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، عدد 1. ص. 3513) مع القانون الأساسي.

## أسس القرار

أ

تتعلق دعوى عدم الدستورية بتطابق القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين («جمعيات التعايش») المؤرخ 16 فبراير 2001 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، عدد 1. ص. 266) مع القانون الأساسي الذي دخل حيز التنفيذ في فاتح غشت 2001.

## أولا

يهدف هذا القانون إلى القضاء على التمييز بين الأزواج من نفس الجنس، وتمكينهم من منح علاقتهم إطاراً قانونياً. وتم من أجل هذا الغرض إنشاء الجمعيات المسجلة للتعايش، وهي صورة قانونية للحق في الأسرة، ينطوي على عدة آثار قانونية لمجموعات من الأشخاص من نفس الجنس تم إنشاؤها رغبة في البقاء [...]»

## ب

لا تقوم طعون الحماية بعدم دستورية القانون على أساس، ويتطابق القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين («جمعيات التعايش») مع القانون الأساسي.

## أولا

تم إصدار القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين («جمعيات التعايش») وفق القانون الأساسي في هذه القضية، لا داعي لمصادقة مجلس الشيوخ عليه.

لا يحتوي القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين على أحكام، يجب، حسب الفقرة 1 من المادة 84 من القانون الأساسي، أن تتم المصادقة عليها من طرف مجلس الشيوخ [...]»

3. مشروع القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين («جمعيات التعايش») الذي قدمته أقسام من السلطة، الذي تم تقسيمه خلال المسطرة التشريعية بتوصية من اللجنة القانونية للبرلمان إلى مشروع قانون: الأول - يحمل نفس إسم مشروع القانون وهو موضوع القرار الحالي - يحتوي على تنظيم ذي طابع مادي للجمعيات المسجلة للتعايش، ويتعلق مشروع القانون الثاني بقانون قواعد التنفيذ ذي طابع قانوني مسطري. ولا ينتهك هذا التقسيم للمواد أحكام الدستور. ولا يؤدي بشكل خاص توزيع المواد إلى أن تتم المصادقة على القانون من قِبَل مجلس الشيوخ.

أ) لا يمنح البرلمان من وجهة نظر القانونية والدستورية - في ممارسة حريته التشريعية - أن يسحب مشروعا تشريعيا على شكل قوانين مختلفة. ويمكن للبرلمان خلال العملية التشريعية - كما هو شأن القضية الراهنة - أن يجمع أحكام مشروع تنظيمي ذات طابع قانوني ومادي في قانون واحد لا يتطلب موافقة صريحة من مجلس الشيوخ (والذي بصدده يملك مجلس الشيوخ فقط حق الاعتراض أو الفيتو). ويمكن في قانون آخر بأن يضم الأحكام التي يجب أن تنظم الإجراءات الإدارية داخل الولايات. ويتطلب هذا القانون بالضرورة مصادقة مجلس الشيوخ. (الحكم رقم 9/34 [ص. 28] ورقم 363/37 [382] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يمكن للبرلمان الفيدرالي أن يقسم مادة يجب تنظيمها تشريعياً إلى قانونين أو أكثر، وأن يقيد «حق المصادقة» مجلس البرلمان في جزء واحد فقط من التنظيم المنشود، ويتفرع هذا عن حق البرلمان في سن التشريعات. ولا ينتهك هذا التقسيم، ولا يقيد بشكل غير مقبول حق الولايات في المساهمة في التشريع. كما لا ينطوي ما سبق على اختلال في الوزن والأهمية اللذين يولييهما الدستور مجلس البرلمان وللبرلمان في سن القوانين [...]»

وينطوي ضم أحكام قانونية ذات طابع موضوعي ومسطري في نفس القانون على إظهار «حق المصادقة» مجلس البرلمان على القواعد القانونية ذات الطابع الموضوعي، ويمنع تقسيم المجالات في قانونين منفصلين ظهور هذا «الحق المصادقة» مجلس البرلمان. ويؤكد في نفس الوقت هذا التقسيم على أنه يمكن للبرلمان أن ينظم المجالات التي أسندت له فيها صلاحية التشريع بشكل حصري، دونما حاجة إلى خضوعها إلى مصادقة» مجلس البرلمان.

إذا قرر البرلمان الفيدرالي أن يتبع نفس الشكل، فسيتحقق له ذلك عن طريق تكييف صلاحيته التشريعية مع توزيع الاختصاصات بين الفيدرالية والولايات، وفقاً لما هو منصوص عليه في الدستور. ولا ينطوي ما سبق على أي نقص للاختصاصات الدستورية للولايات الفيدرالية. وتعتمد هذه الولايات أثناء ذلك، على أساس اختصاصاتها الحصرية لها القواعد القانونية ذات طابع مسطري الضرورية لتنفيذ القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين.

(ب) يمكن في هذه القضية أن يفسح المجال لمسألة تحديد مدى إمكانية إخضاع صلاحية وضع النصوص القانونية للبرلمان الفيدرالي لتقسيم المجال القانوني في حالات محددة إلى عدة قوانين، ويمكن أن تخضع إلى حدود ذات طابع قانوني- دستوري ويمكن أيضاً أن تخضع إلى الافتراضات التي تؤدي إلى انتهاك هذه الحدود (الحكم رقم 184/24 [ص. 199 والتي تليها] ورقم 84/77 [103] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) [...]

## ثانياً

القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين، من وجهة النظر الموضوع، مطابق للدستور.

يتوافق القانون مع الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي. ولا ينتهك إدماج الشكل الجديد لجمعيات التعايش المسجلة للأزواج من نفس الجنس ومواصفاتها القانونية، حرية عقد القران التي تنص عليها الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، ولا ضمانات المؤسسة القانونية للزواج المنصوص عليه في هذه المادة. وتتوافق أيضاً الجمعيات المسجلة للتعايش مع القاعدة الأخلاقية الأساسية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي.



أ) تحمي الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي حرية كل فرد كحق أساسي في إبرام عقد الزواج مع أي شخص يختاره (الحكم رقم 58/31 [ص. 67] ورقم 1/76 [42] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويكون هذا الحق في عقد الزواج بدون قيود، ولا يتأثر بالقانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين.

ب) لم يتصرف المشرع من خلال إدماج الجمعيات المسجلة للتعايش من خلال القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين، خلافاً للأحكام القانونية الدستورية المتعلقة بالزواج (الحكم رقم 59/10 [ص. 66] والتي تليها] ورقم 58/31 [69] والتي تليها] ورقم 81/80 [92] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولم يكن الزواج هو الموضوع الذي تم تنظيمه في هذا القانون.

أ-أ) لا يتضمن القانون الأساسي أي تعريف للزواج، بل افترضه كشكل خاص جداً للتعايش الإنساني. يتطلب الحماية القانونية الدستورية في هذا الصدد تنظيماً قانونياً يحدد شكل التعايش الذي يعتبر زواجا، ويجب أن يتمتع بالتالي بالحماية الدستورية؟

ويعتقد المشرع لهذا بهامش واسع من التصور لتحديد شكل، ومضمون الزواج (الحكم رقم 58/31 [70] ورقم 146/36 [162] ورقم 1/81 [6] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولم يضمن القانون الأساسي المؤسسة القانونية للزواج بشكل مجرد، وإنما ضمنها وفق صورة متعددة التوجهات السائدة في المجتمع والتي يعبر عنها من خلال التنظيم القانوني (الحكم رقم 58/31 [82] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب على المشرع مع ذلك عند تصور المؤسسة القانونية للزواج، أن يحترم المبادئ البنوية الأساسية التي تنفرد من الإحالة على شكل الحياة الموجودة، والمنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، والتي تنفرد أيضاً من العلاقة ذات الطبيعة للحق في الحرية، التي ترتبط بالحق الأساسي المحمي ومن قواعد دستورية أخرى (الحكم رقم 58/31 [69] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويندرج ضمن مضمون الزواج - بغض النظر عن التطورات الاجتماعية والتعديلات التي تنطوي عليها هذه الأخيرة لتشكيلها القانوني - ما يشكل اتحاداً بين الرجل والمرأة تنشأ بموجبه معايشة بينهما على الدوام، ويقوم هذا التحديد على حرية الاختيار، وتدخل الدولة (الحكم رقم 59/10 [66] ورقم 166/22 [176] ورقم 323/62 [330] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). في هذه المجموعة التي تتألف من الرجل والمرأة، ويتمتعان بالمساواة في الحقوق والواجبات (الحكم رقم 219/37 [249] والتي تليهما] ورقم 89/103 [101] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) ويحق لكليهما أن يشكلا حياتهما المشتركة بحرية (الحكم رقم 169/39 [183] ورقم 327/48 [338] ورقم 84/ 66 [94] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وقد تم الاعتراف بما سبق في الدستور والذي صور بدوره المؤسسة القانونية للزواج على هذا النحو.

ب-ب) لا تشمل هذه الحماية الشكل القانوني لجمعيات التعايش وتمثل المساواة بين الجنسين فارقا يتعلق بالزواج، في الوقت الذي تتحول فيه هذه المساواة إلى عنصر تأسيسي لجمعيات التعايش. ولن تكون بالتالي جمعية التعايش زواجا حسب ما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، وإنما يعترف لجمعية التعايش ببساطة بحقوق الأزواج من نفس الجنس. ويجب على المشرع لهذا أن يأخذ بعين الاعتبار ما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 2 والفقرتين 1 و3 من المادة 3 من القانون الأساسي، مادام أنها تقر مساعدة الأشخاص على تطوير شخصيتهم بشكل أفضل وتساهم في القضاء على التمييز.

ت-ت) لم يؤثر المشرع في القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين على مؤسسة الزواج في حد ذاتها، ولا على مبادئها القانونية الدستورية ولا على تشكيلها. ولم يقدم هذا القانون أي تغيير في الأساس القانوني لمؤسسة الزواج. وظلت كافة الأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بالزواج، التي تشكل إطاره القانوني والآثار القانونية لهذه المؤسسة القانونية سليمة (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية المؤرخ 18 يوليوز 2001، الأوامر المؤقتة 01/23 و01/26 - الجريدة القانونية الجديدة، ص. 2457 والتي تليها). ولا يُستمد من ضمانات الزواج كمؤسسة قانونية - لكونها تتعلق أساسا بالزواج - أن يمنع تمكين الأشخاص من نفس الجنس من الزواج بالاعتماد على جمعية التعايش لها شكل قانوني مشابه.

ت) لا تقتصر الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي على ضمان الزواج في بنيته الجوهرية، لأنها تنطوي على قاعدة أخلاقية ملزمة ترغم النظام القانوني برمته - وكافة فروع القانون العام والخاص المرتبطة بالزواج والأسرة - أن يضمن حماية خاصة للزواج من خلال نظام الدولة (الحكم رقم 5/6 [72] ورقم 14/55 [126] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويسند إلى الدولة لتحقيق هذه الحماية، التي يجب من جهة أن تمنع كل ما يضر بالزواج أو يمس به بشكل من الأشكال، ومن جهة أخرى، يجب عليها أن تعزز وتحمي الزواج من خلال التدابير المناسبة (انظر الحكم رقم 55/6 [76] ورقم 104/28 [113] ورقم 224/53 [248] ورقم 1/76 [41] ورقم 81/80 [92] والتي تليها] ورقم 216/99 [231] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويكون المشرع لهذا السبب بإصداره القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين، لم يخرق القانون الأساسي.

أ-أ) لم يلحق القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين الضرر بالزواج، ولا يمس به بأي شكل من الأشكال الحماية الخاصة للزواج طبقا للفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، ولم تلغ منع معاملة دونية أو مسيئة مقارنة مع أشكال الحياة الأخرى للزواج (انظر الحكم رقم 55/6 [76] ورقم 290/13 [298] والتي تليها] ورقم 324/28 [356] ورقم 186/67

[195 والتي تليها] ورقم 324/87 [256 والتي تليها] ورقم 216/99 [232 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

(1) لا يلحق القانون المتعلق بوضع حد للتمييز ضد جمعيات المثليين الذي يسمح بالزواج من نفس الجنس من خلال إمكانية الانضمام إلى جمعيات التعايش بحقوق وواجبات مماثلة للزواج، أي ضرر بمؤسسة الزواج.

وقد قام المشرع بالتأكيد، في مختلف مجالات القانون بصياغة الآثار القانونية للشكل القانوني الجديد لجمعيات التعايش على غرار القواعد القانونية للزواج. ولا ينشأ عن هذا أي إضرار بمؤسسة الزواج، أو بالأزواج في وضعها السابق، كما أنه لا يمثل الشكل القانوني الذي يخص الأشخاص الذين لا يستطيعون عقد الزواج فيما بينهم، إساءة ضد جمعيات التعايش ولا ضد المتعاشين، ولا يهدد بالمس بمؤسسة الزواج [...]

ب-ب) لم ينتهك المشرع بإدماج هذا الشكل القانوني الجديد لجمعيات التعايش، القاعدة الدستورية الأمرة التي تقضي بالتشجيع على الزواج وتعزيزه كنمط من أنماط الحياة. كما أن القانون لم يتهرب من تقديم أي نوع من أنواع الدعم الذي كانت تستفيد منه مؤسسة الزواج إلى ذلك الحين. فهو ببساطة يضع شكلاً آخر من أشكال التعايش يخضع للحماية القانونية ويخول له حقوقاً وواجبات.

ت-ت) لا تمنع الحماية القانونية والدستورية للزواج، المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، على المشرع أن يعتمد قواعد لتأييد الزواج من نماذج أخرى للحياة (الحكم رقم 5/6 [76] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). غير أنه يمكن للدولة أن تمنح الأولوية للزواج إزاء شكل آخر من أشكال الحياة من خلال خضوعها للأمر الدستوري بتعزيز الزواج، وهذا لا يعني أن الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي ترغم على المس بأشكال الحياة الأخرى تجاه الزواج.

وقد تنصلت القاضية هاس في رأيها المخالف مما سبق عندما فسرت واجب مناصرة الدولة، المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، كأمر بالتعامل الدولي مع أشكال الحياة المغايرة للزواج. وقد آثرت الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي الزواج عن طريق الحماية القانونية الدستورية التي توفرها فقط لمؤسسة الزواج، وأرغمت المشرع على تعزيز الزواج بوسائل مناسبة. ولا يستفاد من هذا وجوب التعامل مع أشكال الحياة الأخرى تعاملًا دوليًا [...]

## ثامنا : النظام المدرسي

تنص المادة 7 من القانون الأساسي :

**الفقرة 1 :** يخضع نظام المدرسة كاملا إلى إشراف الدولة.

**الفقرة 2 :** يحق للأشخاص المرخص لهم بتربية القاصر أن يقرروا مشاركة أبنائهم في اختيار التعليم الديني.

**الفقرة 3 :** يكون تدريس مادة التعليم الديني عادية في برامج المدارس العمومية، ويستثنى منها الطوائف غير الدينية معينة. مع احترام حق الدولة في الإشراف، ويدرس التعليم الديني وفقا لمبادئ «الجماعة الدينية» ولا يمكن أن يجبر أي أستاذ ضد إرادته أن يدرس تعليما دينيا.

**الفقرة 4 :** يضمن الحق في إنشاء المدارس الخاصة. ويتطلب تأسيسها محل المدارس العمومية ترخيصا من الدولة، وتخضع لقوانين الولاية المعنية، ويجب أن يمنح لها الترخيص، إذا كان مستواها لا يقل عن المدارس العمومية، في برامجها، ومنشآتها والتكوين العلمي لجهاز التدريس، ولا تقر تمييزا بين التلاميذ على أساس الوضعية الاجتماعية لأبائهم. ويرفض الترخيص إذا لم يضمن وضعية اقتصادية وقانونية ملائمة لجهاز التدريس.

**الفقرة 5 :** لا يُرخص لإنشاء أي مدرسة ابتدائية خاصة إلا إذا أقرت الإدارة التعليمية بأن لهذه المدرسة فائدة تربوية خاصة، أو إذا قدم الأشخاص المرخص بإنشاء مدرسة لمجموعة من الطوائف الدينية، أو طائفة واحدة دينية أو إيديولوجية، ولا توجد مدرسة ابتدائية عمومية مماثلة في البلدية.

**الفقرة 6 :** يستمر إلغاء المدارس الإعدادية<sup>42</sup>.

42. تمثل هذه الجملة ذكرى من ذكريات دستور فيمار. يتعلق الأمر بنوع من المدارس الإعدادية - تتميز بسنة دراسية أقصر من السنة الدراسية العادية - التي ينبغي أن يدفع فيها التلاميذ رسوما مرتفعة (فقط الطبقات الميسورة تستطيع اللوج إلى هذه المدارس) وكانوا هم المفضلين للتسجيل في الجامعة. تم إلغاؤها من طرف دستور فيمار سنة 1918 ومن ثمة انتقل المنع إلى القانون الأساسي لسنة 1949 [ملاحظة المترجم].

## الحكم 97

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 223/52 يتعلق بالصلاة في المدارس**

يترك في إطار استقلالية المدارس المضمونة في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي، للمدارس المجتمعية غير المذهبية أن يشارك الأطفال بحرية في صلاة مشتركة بين الأديان، التي تتم خارج إطار حصة الدين.

لا يوجد مبدئياً اعتراض على الصلاة في المدارس من المنظور الدستوري، حتى إذا اعترض عليها طالب أو والده، فإنه لا يخرق حقه الأساسي في الحرية الدينية وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي، إذا أمكن لهم أن يتخذوا القرار بكل حرية وبدون ضغوطات حول مشاركتهم في أداء الصلاة.

لا تضمن حرية الإرادة التي تعتبر بمثابة داع من الدواعي المألوفة لاحترام التسامح، استثنائياً، إذا لم يكن بإمكان الطلبة أن يتفادوا المشاركة في ظروف خاصة.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 16 أكتوبر 1979 يتعلق بطعن الحماية رقم 70/647 و 74/7**

تتعلق الطعون الدستورية المتراكمة لإصدار قرار مشترك بمسألة قبول الصلاة خارج حصة الدين في المدارس الحكومية إذا رفضها آباء الطلبة.

## أولاً

ترتكز معايير تقييم المسألة الدستورية التي أثارته الصلاة في المدارس: أولاً، ما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي المتعلق بحق الآباء في التربية. وما هو منصوص عليه في الفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي المتعلق بحرية الفكر والحق في ممارسة الشعائر الدينية بحرية، وما هو منصوص عليه أيضاً في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي المتعلق بصلاحيات التربية والتعليم المسند للدولة.

ويضمن العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 6 من القانون الأساسي للآباء حق تحديد رعاية وتعليم أبنائهم بناء على أفكارهم بحرية، - مع حفظ ما هو منصوص عليه في المادة 7 من القانون الأساسي -، وتسمى بذلك أيضاً على أفكار آخرين الذين لديهم صلاحية التعليم (انظر الحكم رقم 55/6 [76] ورقم 119/24 [138] و148 والتي تليهما] ورقم 46/47 [69] والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويندرج في هذا أيضاً الحق في تعليم المسائل الدينية والإيديولوجية للأبناء (انظر الحكم رقم 29/41 [44] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتشمل الفقرة 1 من المادة 4 من القانون الأساسي حق الآباء في نقل المعتقدات الدينية والإيديولوجية التي يرونها مناسبة إلى أبنائهم (انظر الحكم رقم 29/41 [47 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتسند من جهة أخرى الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي إلى الدولة صلاحية الدستورية في مجال التربية المتعلقة بالتعليم المدرسي (انظر الحكم رقم 165/34 [181 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويسند إلى الولايات ضمن مجال هيكل الدولة مهمة التعليم المدرسي (انظر الحكم رقم 309/6 [355] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يسند للدولة فقط تنظيم المدارس، وإنما أيضا تحديد مضامين البرامج التعليمية والمقررات الدراسية. وتكون صلاحية الدولة في المجال التعليمي مستقلة بذاتها، ولحق الآباء في التربية نفس المكانة: فلا حق الآباء ولا صلاحية الدولة يعلو أحدهما على الآخر (انظر الحكم رقم 29/41 [44] ورقم 46/47 [72] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يجب أن ينظر لمشكل الصلاة في المدارس ميدئيا في إطاره الشامل، فهل التعاليم الدينية مقبولة في المدارس الحكومية الإجبارية؟ وهل الدولة مُلزمة بالتخلي تماما عن أي مفهوم ديني أو إيديولوجي في هيكله التعليم المدرسي - باستثناء حصة الدين التي تضمنها صراحة الفقرة 3 من المادة 7 من القانون الأساسي - في المدارس غير الدينية ؟

1. وقد عالجت المحكمة الدستورية الفيدرالية بشكل مفصل هذه التساؤلات في قرارات 17 دجنبر 1957 المتعلقة بالمدارس العمومية في ولاية بادن (انظر الحكم رقم 29/41 [44 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وبالمدارس العمومية في ولاية بايرن (الحكم رقم 65/41 [77 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وسنتناول هذه التوضيحات لاحقا.

لا يتم طبقا لهذه القرارات، أن يمنع مطلقا إدراج المعتقدات المسيحية في تنظيم المدارس العمومية، ولا يمكن حتى في حالة الأقلية الذين يمارسون السلطة الأبوية أن يتجنبوا الاستعانة بهذه المدارس لتعليم وتربية أبنائهم، ولا أن يرغبوا في أي نوع من التربية الدينية. ولا ينبغي مع ذلك للمدرسة أن تكون مدرسة تبشيرية أو تفرض المعتقدات المسيحية. بل يجب أن تنفتح أيضا على مضامين وقيم إيديولوجية ودينية أخرى. ولا ينبغي أيضا أن يحدد الهدف من التعليم في المدرسة - باستثناء حصة الدين التي لا يُرغم أحد على حضورها - على أساس معايير الديانة المسيحية.

ويتعلق الأمر في قبول الديانة المسيحية في المقررات العادية قبل كل شيء بالاعتراف بتأثيرها الثقافي ووظيفتها التكوينية الذي كان لها في الثقافة الغربية، ولهذا السبب تكتسب الشرعية أيضا تجاه

المسيحيين عن طريق التأثير المستمر للأحداث التاريخية. ويندرج ضمن هذا العامل إلى جانب عوامل أخرى، مسألة التسامح لدى الذين يفكرون بشكل مغاير [...]»

أ) إذا فهمت المبادئ التي طورتها المحكمة الدستورية الفيدرالية، تكون المفاهيم الدينية مقبولة في المدارس العمومية الإجبارية، فعندئذ لن يكون لإقامة الصلاة في المدارس أي تناقض دستوري، وإذا تم تنفيذها أيضا في إطار الهيكلية المخولة للولايات في الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي، فلا تنتهك بالتالي مبادئ دستورية أخرى، خاصة منها الحقوق الأساسية للمشاركين المنصوص عليها في المادة 4 من القانون الأساسي.

تمثل الصلاة في المدارس موضوع طعن الحماية هذا ابتهاجا إلى الله، ولها طبيعة مشتركة بين الأديان وذات طابع عالمي (كوني) على أساس المعتقدات المسيحية [...]

لا تندرج الصلاة كعمل ديني، يؤدي خارج حصص الدين، ضمن التعليم المدرسي العام المقرر في إطار الاختصاص في مجال التعليم والتكوين. ولا يتعلق الأمر «بالتعليم» الذي يعتبر عاملا من العوامل التي تميز الحصص الدراسية، حيث لا تنطوي على أي نقل لمعارف المتدرسين، كما أنها لا تعني أن المدرسة والمدرسين يهدفون إلى ممارسة التأثير التعليمي على الأطفال، بل فقط بنشاط ديني تتم مزاولته عموما بشكل مشترك مع المدرسين.

2. ويتضح طبقا لما سبق، بأن الصلاة في المدارس لا تندرج ضمن نقل القيم والأفكار المسيحية، ولهذا اعتبرتها المحكمة الدستورية الفيدرالية مقبولة في إطار الحصص الدراسية للمدارس المسيحية (انظر الحكم رقم 29/41 [52] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). لا يجب أن يفهم من ممارسة الصلاة في هذا النوع من المدارس أنه يشكل مخالفة للقواعد الدستورية.

ب) لا تندرج الصلاة في المدارس ضمن الحصص الدراسية وفقا لما هو منصوص عليه في برنامجها التعليمي، مادام أيضا أنها لا تنتمي إلى المخطط التعليمي الإجباري، ويجب أن يتأسس تطويرها على إرادة حرة بشكل كامل، أي بموجب التنظيم القانوني المنصوص عليه بشكل لا يقبل للنقاش، في الفقرتين 1 و2 من المادة 4 من القانون الأساسي وأيضا في المادة 140 من القانون الأساسي المرتبطة بالفقرة 4 من المادة 136 من دستور فيمار. ولا يطبق هذا فقط على المدارس، وإنما أيضا على مدرسي كل مادة تقام خلالها الصلاة (انظر في هذا الصدد العدد 3 من الفقرة 3 من المادة 7 من القانون الأساسي) [...]

وحتى عندما لا تشكل الصلاة في المدارس (ولا يمكنها أن تكون كذلك) جزءا إجباريا من الحصص الدراسية، فلا تترك لهذا السبب - في أي شكل من الأشكال المذكورة سابقا - أن تكون نشاطا

مدرسياً يُسند إلى الدولة. ولا يصح هذا على الأقل إذا تمت إقامة الصلاة بطلب من الأستاذ خلال الساعات الدراسية.

ت) إذا كانت الدولة تقبل في هذا الصدد بالصلاة خارج أوقات الدراسة، فيكون الدين كمارسة دينية وكجزء من «البرنامج الدراسي»، وستكون الدولة بذلك تعزز مفهوماً مسيحياً، وبالتالي عنصرًا دينياً في المدرسة، يتجاوز الأفكار الدينية التي تنشأ عن الاعتراف بالديانة المسيحية كعنصر تأسيسي ذي تأثير ثقافي (انظر الحكم رقم 29/41 [52] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وترتبط الصلاة أيضاً في شكلها المشترك بين الأديان، بحقيقة الإيمان، أي بالاعتقاد بأن الله يمكن أن يمنحنا ما نطلبه منه. بيد أن قبول هذه العناصر الدينية في المدارس العمومية - شريطة أن تُضمن إرادة المشاركين الحرة - يتم الإبقاء عليه في إطار التحديد الذاتي للولايات، وفي مجال استقلالية المدارس التي تكرسها لها الفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي. ولذلك يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الحق الأساسي المنصوص عليه في المادة 4 من القانون الأساسي لمن لديهم أفكار مغايرة، ويتم تقييمهما من أجل إيجاد حل منسجم.

إذا قبلت الدولة إقامة الصلاة في المدارس العمومية، فإنها تمارس بذلك حق التخطيط طبقاً للفقرة 1 من المادة 7 من القانون الأساسي، بحيث تمكن الطلبة الذين يرغبون في ذلك من ممارسة معتقدتهم الديني - وحتى على شكل ابتهاج إلى الله ذي طابع عام ومشترك بين الأديان [...]

يجب على الدولة أن توازن مسبقاً المجال الحر لممارسة الحرية الإيجابية في التعبير عن دين معين، من خلال قبول الصلاة في المدارس، مع الحرية السلبية في المعتقد للأباء والطلبة الآخرين الذين يرفضون الصلاة في المدارس. ويجب أن يتم تحقيق التوازن هنا بشكل خاص عن طريق ضمان حرية إرادة المشاركة للطلبة والمدرسين.

وإن كان يدخل قبول الصلاة في المدارس، على نحو ما سبقت الإشارة إليه، في نطاق حرية الولايات - المؤهلة لهيكلية التعليم المدرسي - فهذا لا يعني، من جهة أخرى، أنها ملزمة دائماً بقبول إقامة الصلاة في المدارس العمومية.

يمكن للولايات، بموجب قاعدة دستورية، أن تقرر مادة التربية الدينية في المدارس الدينية كمادة عادية وفقاً لما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 7 من القانون الأساسي. ولا يحق للأباء أن يدرجوا الصلاة في المدارس رغم أن لهم الحق في إنشاء مدارس ذات توجه ديني أو إيديولوجي معين [...]



## ثانيا

ولا يوجد بالتأكيد مبدئياً أي تعارض من الناحية الدستورية لإقامة الصلاة في المدارس، غير أن النتيجة قد تكون مختلفة إذا رفض طالب أو أبواه المشاركة في الصلاة.

ورأت محكمة ولاية هيسن بأنه يجب أن تمنع الصلاة إذا رفضها أحد الطلبة، لأنه لن يُسمح بوضع الطالب في هذه الحالة أن يجهر برفضه الصلاة في المدارس لأسباب دينية أو إيديولوجية بعدم المشاركة. غير أن التفسير الشامل للحق في التزام الصمت، ينظر إليه بأنه لا يمكن فقط المساس به من خلال إرغام الشخص على الجهر بما يعتقد أو بما يفكر فيه، وإنما أيضا يمكن أن يكون بإبراز شخص معين يؤيد أو لا يؤيد سلوكا محمدا لأسباب دينية، وبالتالي لا يمكن أن يشمل الحق الأساسي في الحرية السلبية للمعتقد [...].

3. لا يمكن لامتناع الطالب الذي له توجه إيديولوجي مختلف أو للمكلفين بتعليمه، أن يفضي إلى عدم قبول الصلاة في المدارس إلا إذا تم ضمان حق الطالب في اتخاذ القرار بحرية، وبدون ضغوطات بخصوص مشاركته في الصلاة في المدارس. ويمكن كمبدأ عام للطالب أن يتفادى بشكل معقول المشاركة إذا تمكن من اتخاذ القرار بكامل الحرية بشأن مشاركته في الصلاة.

أ) تعتبر كإمكانيات عدم المشاركة: أن يخرج الطالب من قاعة الدرس أثناء إقامة الصلاة، ويمكن له على سبيل المثال أن يدخل إلى القاعة إذا تم الانتهاء من الصلاة، أو أن يغادر القاعة بعد الفراغ من الدرس وقبل بداية إقامة الصلاة. ويمكن في نفس الوقت للطالب الذي له قناعات أخرى أن يظل في القاعة رغم أنه لا يشارك في الصلاة، ويمكن له أيضا في هذه الحالة أن يبقى جالسا في مقعده خلاف زملائه الذين يصلون.

ب) يجب أن يقبل بأن الطالب الذي يتصرف وفق هذه الإمكانيات، كلما أُقيمت الصلاة في المدرسة يضع نفسه في موقف مغاير لموقف زملائه الآخرين. ويصح هذا إذا تعلق الأمر بطالب واحد يعتنق ديانة أخرى، طبيعياً أن يتصرف بشكل مختلف عن زملائه. ويكون التمييز على هذا النحو مزعجاً. ويكون الطالب المعني يقوم بتصرف يحمله على لعب دور «الشخص غير الاجتماعي» الأمر الذي من شأنه أن يعرضه للتمييز في المدرسة.

4. لا يمكن، مع ذلك، أن يفترض بأن الامتناع عن المشاركة في الصلاة في المدرسة يجر دائماً الطلبة (أو في عدد هائل من الحالات) من لهم قناعات أخرى إلى وضع مزعج، كما أشرنا سابقاً، ولهذا يجب أن تقيم ظروف النطاق التي تقام في ظلها الصلاة، والمهام المُسندة للمدرس، وظروف المجال التعليمي المحددة، حتى يستبعد الخوف - على الأقل بشكل عام - من التمييز ضد الذين لا يشاركون في الصلاة.

## تاسعا : حرية التجمع

تنص المادة 8 من القانون الأساسي:

**الفقرة 1:** يحق لكل الألمان أن يعقدوا تجمعا سلميا بدون سلاح، ولا يحتاج ذلك إلى إبلاغ، أو ترخيص مسبق بذلك.

**الفقرة 2:** لا يمكن أن يقيد هذا الحق إذا كان التجمع في الأماكن العمومية المفتوحة، إلا بقانون أو بناء على قانون.

### الحكم 98

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 315/69 يتعلق بحرية التجمع

يمثل حق المواطن في المشاركة النشيطة في عملية تشكيل الرأي والإرادة السياسية، عن طريق ممارسة حرية التجمع، عنصرا أساسيا من عناصر المجتمع الديمقراطي. ويجب على المشرع أن يحترم هذا المفهوم الأساسي لهذا الحق في الحرية عند إصداره لأحكام قانونية تقيد الحق الأساسي، ويجب نفس الشيء على السلطات والمحاكم عند تفسير القانون أو تطبيقه.

ينظم القانون عقد التجمعات المرتبط بالإشعار بالتجمعات في الهواء الطلق، ودواعي فضها أو منعها وفقا لما هو منصوص عليه في المادتين 14 و15، ويجب أن يستوفي الشروط الدستورية، شريطة أن يؤخذ، بعين الاعتبار من أجل تفسيرها وتطبيقها، ما يلي:

واجب الإشعار لا يطبق إذا تعلق الأمر بالمظاهرات التلقائية، وانتهاكه لا يسمح بفضها أو منعها.

لا يمكن مباشرة أن تفض التجمعات أو تمنع إذا كان الهدف منهما حماية الممتلكات القانونية المتساوية القيمة، في ظل الضمانات الصارمة لمبدأ التناسب إلا في حالة تعرض هذه الممتلكات للخطر الناشئ عن الظروف المباشرة المتعارف عليها.

تجبر سلطات الدولة بالتعامل وديا مع المتظاهرين على غرار المظاهرات التي تجري بشكل سلمي، ولا تترك وراءها التجارب المشهودة دونما سبب كاف. فكلما كان المنظمون على استعداد تام لاتخاذ التدابير الأحادية لخلق الثقة أو للتعاون الودي خلال المظاهرة، كلما كان تقيد تدخلات السلطات كبيرا حتى في حالة تعريض الأمن العام للخطر.

إذا لم يكن هناك خوف من تطور المظاهرة بشكل غير ودي أو أن المنظمين وأتباعهم يسعون لتحقيق هذا النوع من التطورات أو يوافقون على الأقل على ذلك، فإن المظاهر السلمي يحتفظ بحماية

الحق في حرية التجمع التي يضمنها الدستور لكافة المواطنين، وحتى عند حدوث تجاوزات من قبل بعض المتظاهرين من أقلية محدودة، فإن الأمر لا يتطلب سوى المنع الوقائي لأي تنظيم أو شروط صارمة لتوقع الخطر، وذلك بعد استنفاد جميع الوسائل الملائمة والقابلة للتطبيق التي تتيح للمتظاهرين السلميين ممارسة حقهم الأساسي.

وقد راعت المحاكم الإدارية، في إجراءات مسبقة للحماية المؤقتة من خلال مراجعة صارمة، الظروف التي يؤدي فيها المنع الفوري لمظاهرة، على العموم، إلى عرقلة الحق الأساسي.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى في 15 مايو 1985 يتعلق بطعن الحماية 233، 341/81**

## الأسس

أ

يهدف طعن الحماية في قرار منع المظاهرات التي تم التخطيط لها ضد بناء المحطة النووية في بغوغ دوغف. وكان الهدف منه هو المنع الفوري لمظاهرة عامة الذي أصدره مجلس الدولة المختص على شكل قرار عام تمت المصادقة عليه من قِبَل المحكمة الإدارية العليا.

وكقاعدة دستورية لضمان الحرية في الاحتجاج، وحرية الرأي، والحق الأساسي في حرية التجمع بشكل خاص، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار:

## المادة 8

**الفقرة 1:** يحق لكل الألمان أن يعقدوا تجمعا سلميا بدون سلاح، ولا يحتاج ذلك إلى إبلاغ، أو ترخيص مسبق بذلك.

**الفقرة 2:** لا يمكن أن يقيد هذا الحق إذا كان التجمع في الأماكن العمومية المفتوحة، إلا بقانون أو بناء على قانون.

ينص هذا التنظيم القانوني على القانون المتعلق بالتجمعات والمظاهرات (قانون التجمع) المؤرخ 24 يوليو 1953 في صيغته الصادرة في 15 نونبر 1978 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، عدد 1، ص. 1789). وتؤكد المادة 1 على حق كافة الأشخاص في تنظيم التجمعات العامة والمظاهرات والمشاركة فيها. وتضمّن الباب الثالث الأحكام التالية المتعلقة «بالتجمعات والمظاهرات التي تعقد في الهواء الطلق»، وتنص المادة 14:

يجب على كل من يريد أن يعقد تجمعا أو مظاهرة في الهواء الطلق، أن يُشعِرَ بذلك السلطات المختصة مسبقا قبل 48 ساعة على الأقل ويبلغها عن هدف التجمع أو المظاهرة.

يجب أن يتم تعيين الشخص الذي سيقود التجمع أو المظاهرة في الإبلاغ.

## المادة 15

يمكن للسلطات المختصة أن تمنع التجمع أو المظاهرة أو تخضعها لبعض الشروط، إذا خالفت الظروف المتعارف عليها، وقت إصدار القرار، بتعريض الأمن أو النظام العام للخطر عند القيام بالتجمع أو المظاهرة.

يمكن للسلطات أن تفرق تجمعا أو مظاهرة إذا لم يتم الإخطار عنها، أو إذا تم تجاوز ما تم الإبلاغ عنه في الإشعار، أو إذا تم خرق الأوامر، أو إذا طرأت دوافع تستدعي المنع طبقا لما جاء في الفقرة 1. يجب أن تفرق المظاهرات المنوعة.

ب

أولا

يكون المعيار الدستوري للمراجعة هو الحق الأساسي في حرية التجمع المنصوص عليه في المادة 8 من القانون الأساسي).

تُقيد التدابير المتخذة في المحاكمة الأولية، والأحكام القانونية التي تتأسس عليها، حرية الطاعن في تنظيم مظاهرة مخطط لها، وهي حرية تضمنها المادة 8 من القانون الأساسي. وتحمي التجمعات والمظاهرات - خلافا لأعمال الشغب أو الاحتفالات الشعبية - كتعبير عن التطور الاجتماعي. ولا تقتصر هذه الحماية على المظاهرات التي يتم فيها الاحتجاج والنقاش، بل تشمل العديد من أشكال السلوك المشترك بما فيه أشكال من التعبير غير الشفهي.

وتندرج فيها أيضا كل الأشكال التي تكتسي طابع المظاهرة، الذي يكون الهدف منها هو إبراز رأي معين بشكل معين أو بواسطة اللافتات التي يتم الاحتجاج فيها بحرية التجمع. وبما أنه ليس هناك منطلق في المحاكمة الأصلية يشير إلى أن التعبير عن آراء محددة يمكن أن تمنعه، - على سبيل المثال في الإعلانات والخطابات والأغاني والشعارات -، فلا يستدعي الأمر أن تفحص التدابير ضد المظاهرات التكميلية، وفقا للمادة 8 من القانون الأساسي أن يأمر بالتنصيص على كيفية الاحتجاج كقاعدة قانونية مرتبطة بالحق الأساسي في حرية الرأي.

يهدف كحق للدفاع بشكل خاص إلى تفضيل الأقليات ذات الإيديولوجيات الأخرى، وتضمن المادة 8 من القانون الأساسي للمستفيدين من الحق الأساسي، الحق في التحديد الذاتي لمكان التجمع وساعته ومضمونه وشكله، وتمتع في نفس الوقت على الدولة أن تكره الناس على المشاركة أو الامتناع عن المشاركة في المظاهرة. ويحتل في هذا السياق الحق الأساسي في الدولة الحرة مكانة متميزة، ويعتبر الحق في الاجتماع مع الآخرين بدون عوائق، ودونما حاجة إلى ترخيص خاص هو بمثابة تعبير عن الحرية والاستقلالية وقدرة المواطنين الواعين.

وينطوي تطبيق هذا الحق في التجمعات السياسية على ضمان الحرية، كما تنطوي أهميته على منع الدولة من التدخل في التطوير الحر للشخصية. ويفهم في نطاق القانون الأنجلو الأمريكي الحديث، بأن حرية التجمع تتجذر في إيديولوجيا القانون الطبيعي كتعبير عن سيادة الشعب، وبالتالي كحق ديمقراطي للمواطنين في المشاركة النشيطة في العملية السياسية.

أ) لم يتطرق القضاء الدستوري، لحد الآن لحرية التجمع، وكانت حرية الرأي تعتبر في فترة طويلة ضمن العناصر الوظيفية والضرورية والأساسية للمجتمع الديمقراطي. ويكتسي المجتمع الديمقراطي طابع التعبير المباشر عن الشخصية الإنسانية، الذي يعتبر كأحد الحقوق الإنسانية المهمة والتأسيسية للنظام الديمقراطي الليبرالي، ما دام أنه يسهل الجدل الفكري المستمر وتضارب الآراء كعنصر حيوي لنمط الدولة هذا (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 198/7 [208] و [113/12] [125] و [56/20] [97] و [163/42] [169]).

وإذا كان يفهم من حرية التجمع على أنها حرية التعبير عن الرأي الجماعي، فلا يمكن مبدئياً أن يحل محلها شيء مختلف آخر. ولا شيء يمنع أن يتم الاحتجاج بالنقاش الذي يميز كقاعدة عامة ممارسة حرية الرأي في المظاهرات بشكل خاص. ويمكن للمتظاهر في هذا الصدد أن يعبر عن رأيه بحضوره شخصياً وبطريقة علنية وبدون وساطة الإعلام، ويطور شخصيته بشكل مباشر في شكلها النمطي والمثالي.

تعتبر المظاهرات بمثابة تمثيل تجسدي لقناعات المجتمع، يتأكد المشاركون فيها من جهة، من قناعات مشاركين آخرين، ومن جهة أخرى، يتخذون موقفاً عاماً بمعناه الضيق - إما عن طريق مجرد الحضور، أو الشكل الذي يظهر به، أو علاقتهم بالآخرين أو اختيار المكان - ويوافقون على وجهات نظرهم. الخوف من جعل التعبير عن هذا الرأي قابلاً للتأثر عند استعماله لأغراض ديماغوجية وبشكل مثير للشك، ولا يمكن أن يكون حاسماً في مجال حرية الرأي للتقييم الأساسي كما هو الحال في مجال حرية الرأي والصحافة.

ب) يعترف بالمفهوم الأساسي لحرية التجمع بشكل خاص عندما تأخذ بعين الاعتبار خصوصية عملية تكوين الإرادة في المجتمع الديمقراطي. ويتأكد النظام الديمقراطي الليبرالي في حكم الحزب

الاشتراكي الألماني الذي كان ضروريا وقابلا للتحسن في السياق الاجتماعي والرسمي الراهن، الذي تم تطويره تاريخيا، ومن ثم فمزال هناك عمل يجب إنجازه من خلال التعبير المتجدد دائما عن الإرادة. (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 85/5 [197]).

ويكون السبيل الوحيد لتكوين هذه الإرادة كعملية «التجربة والخطأ» التي تشكل عن طريق النقاش الفكري المستمر والرقابة والانتقادات المتبادلة، وتكون أيضا أفضل ضمانة للخط السياسي الصحيح، كنتيجة وتوازن بين القوى السياسية الفعالة للدولة (المصدر السابق 135، أنظر أيضا حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 113/12 [125]).

ويجب لهذه الاعتبارات - كما سبق في حكم يتعلق بتمويل الأحزاب الذي أكد على تكوين الإرادة في الديمقراطية - أن ينطلق الحكم من الشعب نحو الدولة، وليس العكس، من الدولة نحو الشعب، وحق المواطن في المشاركة في تكوين الإرادة السياسية، لا يعبر عنه فقط في الانتخابات، وإنما أيضا يعبر عنه من خلال إمكانية التأثير على العملية الدائمة لتكوين الرأي السياسي الذي يتم الامتثال له في الدولة الديمقراطية بشكل حر ومنفتح، وغير منظم وبدون تدخل الدولة بشكل أساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 56/20 [98] والتي تليها).

يشارك المواطنون في هذه العملية بطرق مختلفة. فيمكن للجمعيات الكبيرة والممولين الأقوياء أو وسائل الإعلام أن يمارسوا تأثيرا كبيرا، بينما ليس لحضور المواطنين أية سلطة. ويحدد في المجتمع الذي يحصل فيه مباشرة على الوسائل والفرص للتعبير عن نفسه على شيء قليل من التأثير، ولا يبقى للفرد بالإضافة إلى المشاركة المنظمة في الأحزاب والجمعيات بصفة عامة، إلا إمكانية التأثير الجماعي من خلال ممارسة حرية التجمع في المظاهرات.

ولا تقاوم حرية ممارسة الحق في الحرية فقط في غياب السلطة السياسية والتوجهات الخطيرة للتعبير عن الغضب ضد الدولة. وإنما تشكل بالتالي أيضا جزءا من المصلحة المشتركة التي تفهم فهما صحيحا، لأنه في «توازي للقوات» تتكون الإرادة السياسية بصفة عامة، ويمكن فعلا أن تتحقق نتيجة صحيحة نسبيا، عندما تتطور القوات الماثلة في القطاعات الأخرى.

وتم بسبب هذا كله، اعتبار القوات في الثقافة كعنصر أساسي من عناصر الانفتاح الديمقراطي: «تتيح [...] الفرصة إلى إمكانية التأثير علنا في العملية السياسية وتطوير المبادرات والخيارات التعددية وتصعيد الانتقادات والاحتجاجات [...]». وتتضمن أجزاء من الديمقراطية المباشرة، التي يتعذر أن تكبح في أصولها، وتكون هي مناسبة لحماية المسعى السياسي من تبرم الروتين اليومي» (هيس، المصدر السابق، ص. 157. وفي هذا السياق ذاته، بيتر بلومينويتز، المصدر السابق، ص. 132 والتي تليها).

وتكتسي حرية التجمع في الديمقراطية ذات النظام البرلماني التمثيلي، وقلة حقوق المشاركة في الاستفتاء، معنى العنصر الوظيفي والضروري والأساسي. ويطبق هنا مبدأ الأغلبية - كما هو الحال في القرارات التي ترتب آثارا خطيرة على الجميع، والتي لا يمكن التراجع عنها بسهولة بعد تغيير السلطة - ويبقى، من جهة أخرى، تأثير الأغلبية نفسه في الانتخابات محدودا.

وتُمارس سلطة الدولة من خلال أجهزة خاصة وتُسَيَّر بشكل أساسي من طرف جهاز بيروقراطي. وتكون القرارات التي تتخذ من طرف هذه الأجهزة على أساس مبدأ الأغلبية تكسب مزيدا من الشرعية، ما دام أنها تضمن بشكل فعال حقوق الأقلية، وسيتأثر قبول تلك القرارات بإمكانية تأثير الأقلية على تكوين الرأي والإرادة بشكل كاف (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 85/5 [198] والتي تليها).

يمكن أن تكون مظاهرات الاحتجاج ضرورية إذا أبلغت الأجهزة التمثيلية عن السلبات المحتملة والاختلالات، أو لا تعترف بها بشكل مناسب، أو تأخذ بعين الاعتبار مصالح أخرى (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 191/28 [202]). ويسود في ثقافة وأدب المجتمع قناعة على دور حرية التجمع في تحقيق الاستقرار في النظام التمثيلي، وأيضا على الدور الذي يسمح بمناقشة وإبراز الاستياء والغضب والنقد علناً، ويعمل كشرط ضروري للنظام السياسي الوقائي، ويحذر من المشاكل المحتملة وعدم الإدماج الظاهر للعيان، ويتيح على هذا النحو اتخاذ الإجراءات التصحيحية في السياسة الرسمية (بلانك/ستيرزل، المصدر السابق [ص. 69]).

## ثانيا

تستوفي أحكام قانون التجمعات التي تم الاستناد إليها في المحاكمة الأصلية، الشروط الدستورية إذا تم تنفيذها على أساس المفهوم الأساسي لحرية التجمعات.

1. لم يتم ضمان حرية التجمعات بدون تحفظ يُذكر رغم مكانتها السامية، فلا تضمن المادة 8 من القانون الأساسي إلا «الحق في التجمعات بشكل سلمي وبدون أسلحة» وتُخضع الحق في التجمعات في الهواء الطلق للمجال المحفوظ للقانون. ويراعي الدستور على هذا النحو مسألة ممارسة حرية التجمع في الهواء الطلق، ويتطلب الاتصال بالعالم الخارجي، تعديلا دستوريا وتنظيما خاصا، يثبت من جهة الدوافع الحقيقية لممارسته، ويحمي، من جهة أخرى، بشكل مناسب المصلحة المتضاربة للأخرين.

في حين أنه في المادة 123 من دستور فيمار يحدد صراحة أن التجمعات في الهواء الطلق، ينبغي أن يتم الإخطار عنها مسبقا وفق لقانون الإمبراطورية، وأنه يمكن أن تمنع إذا كانت تهدد الأمن العام، وإن كان القانون الأساسي اكتفى ببساطة بحفظ هذا الحق للقانون بهدف عدم تقييدها

على ما يبدو. غير أن هذا لا يعني أنه يمكن للمشرع أن يقيد هذه الضمانة القانونية إلى أقصى حد، بحيث تقتصر على نطاق مضمونها الأساسي. ويطبق نفس الشيء، كما أشار إلى ذلك وزير الداخلية المعني، على حرية الرأي التي تنتقيد، طبقاً لنص الدستور، بالقيود التي يحددها القانون العام، ولا يحصر نطاقها بالرغم من ذلك على السلطة التقديرية للقانون العادي (في هذا السياق، أنظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 198/7 [207] والتي تليها] بالإضافة إلى 377/7 [404]).

يجب أن يحترم المشرع القرار الدستوري الأساسي المتضمن في المادة 8 من القانون الأساسي على كافة التنظيمات التي تستوجب التقييد، ويمكن له فقط تقييد حرية التجمعات من أجل حماية الممتلكات القانونية من نفس القيمة للآخرين في ظل التطبيق الصارم لمبدأ التناسب.

إذا فسرت السلطات والمحاكم ونفذت القوانين التي يصدرها المشرع من أجل تنظيم القيود المضروبة على الحق الأساسي، يُطبق في جميع الأحوال نفس الشيء على تفسير الأحكام المتعلقة بفرض القيود على حرية الرأي (انظر في هذا الصدد حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 198/7 [208] 234/60 [240] وعلى حرية التجمعات 135/26 [137]).

يمكن أن يطلب التدخل لتقييد الحرية، إذا مس المتظاهرون، في نطاق حرية التجمعات، الأوضاع القانونية للأطراف الأخرى. ويجب أيضاً في حالة هذه التدخلات أن تفسر أجهزة الدولة القوانين التي تقيد الحقوق الأساسية دائماً على ضوء المفهوم الأساسي لهذا الحق في الدولة الديمقراطية الليبرالية، وتقتصر تدابيرها على ما هو ضروري لحماية الممتلكات القانونية المتساوية القيمة.

وستعارض بهذه الشروط، أولاً، التدابير الإدارية المبالغ فيها التي تحول بشكل غير قانوني - في تنفيذ القوانين التقييدية - دون الوصول إلى مظاهرة عن طريق عرقلة المداخل واستعمال الضوابط الوقائية، أو تغيير طابع عدم تدخل الدولة بواسطة التعديلات أو الضوابط المشددة، أو المراقبة والتحقيق (انظر في هذا الصدد حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 1/65 [43]).

2. تكون حاسمة بشكل كبير أحكام قانون التجمعات، التي كان بإمكان المشرع أن يصدرها بموجب المجال المحفوظ للقانون المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 8 من القانون الأساسي، وللمحاكمات الابتدائية (الفقرة 1 من المادة 14 والمادة 15) التي تنص على أسباب تفريق التجمعات أو منعها. ولا تتطلب الأحكام القانونية أي فحص بعدم الدستورية بخصوص الأجل للإشعار وتعيين المسؤول. غير أن السلطات والمحاكم لم تقم بتبرير قرارها على أساس هذه الأحكام القانونية.

أ) كان واجب الإخطار المنظم في الفقرة 1 من المادة 14 من قانون التجمعات، منصوصاً عليه صراحة في دستور فيمار كتقييد لحرية التجمعات. ويقيد هذا الواجب، في نظر المحكمة الإدارية



الفيدرالية، الحق الأساسي بشكل غير معقول (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 135/2 [137] والتي تليها))، (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 46/23 [58])، ويعتبر الاجتهاد القضائي السائد أيضا بأن القانون موافق للدستور. ويمكن أن يقبل هذا إذا تم لهذا الغرض مراعاة واجب الإخطار الذي لا يطبق بدون استثناءات، وأن انتهاكه لا يضيفي الشرعية على منع التجمعات أو فضها.

لا يطبق واجب الإخطار إلا على التجمعات المنعقدة في الهواء الطلق، لأنها تتطلب أحكاما قانونية خاصة نظرا للآثار التي ترتب عنها في المحيط. وتتوخى القواعد المستمدة من الإخطار ضرورة إبلاغ السلطات، لكي تتمكن من تكوين تصور، من جهة، عن التدابير والقواعد التي يمكن أن يترتب عليها أقل قدر ممكن من المشاكل على تطور التجمع. ومن جهة أخرى، عما تتطلبه مصالح الأطراف الأخرى، وأيضا على مصالح المجتمع وكيفية التوفيق بينها، وفقا للرأي السائد.

كما لا يجب أن يكون واجب الإخطار في المظاهرات التلقائية التي تندلع من وقت لآخر (انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 135/26 [138])، المحكمة العليا لبافاريا، الجريدة القانونية الجديدة، 1974، ص. 479، ألفريد دييتل وكورت جنتزل، فقرة 23 من المادة 1 والفقرات 18 والتي تليها من المادة 14 من قانون التجمعات، هيرزوك، المصدر السابق، والفقرات 42 و82 و95 في المادة 8 من القانون الأساسي، ف. ميونيخ، المصدر السابق، الفقرة 10 في المادة 8 من القانون الأساسي، هوفمان ريم، المصدر السابق، الفقرة 47 في المادة 8 من القانون الأساسي، فروفاين، المصدر السابق، [1085] والتي تليها)، أوسينبول، المصدر السابق، [65] والتي تليها)، ب. شنايدر، المصدر السابق، [264] والتي تليها)).

وتتمسك هذه الأخيرة بالضمانة المنصوص عليها في المادة 8 من القانون الأساسي، ولا تطبق عليها الأحكام الدستورية، ما دامت الغاية التي تتوخاها المظاهرات التلقائية لا يمكن بلوغها عن طريق مضامين هذه الأحكام القانونية. ويمكن أن يبرر قبولها، بالرغم من عدم الامتثال لهذه الأحكام، لأن المادة 8 من القانون الأساسي تضمن في فقرتها 1 مبدئيا حرية التجمعات «بدون إخطار أو ترخيص» وأن هذه الحرية، وفقا للمادة 2، للتجمعات في الأماكن المفتوحة، قابلة للتقييد على أساس القانون. ولا يمكن لهذه القيود أن تترك الضمانة المنصوص عليها في الفقرة 1 بدون تنفيذ تماما لنوع محدد من التجمعات. أضف إلى ذلك أن هذه الضمانة تعفي من واجب الإخطار في الظروف السالفة الذكر.

ويرجع هذا التقييم للمظاهرات التلقائية إلى أن الأحكام القانونية التي تنظم التجمعات، يجب أن تطبق على ضوء الحق الأساسي وتكون عند الاقتضاء خاضعة له. ويضمن القانون الأساسي وليس القانون المتعلق بالتجمعات قبول التجمعات والمظاهرات، ولا ينص القانون المتعلق بالتجمعات إلا على القيود التي تكون ضرورية.

ولا يؤدي، من ثم، انتهاك واجب الإخطار بطريقة تلقائية إلى منع المظاهرات أو فضها. ويستوجب بالطبع من قام كمسير أو منظم بمظاهرة دون سابق إشعار أو ترخيص، العقوبة وفقا للمادة 26 من قانون التجمعات. فيما عدا ذلك، ينص القانون المتعلق بالتجمعات ببساطة، في الفقرة 2 من المادة 15 أنه يمكن للسلطات أن تفض التجمعات والمظاهرات في الأماكن المفتوحة إذا لم يتم الإخطار عنها مسبقا.

ويرتئي وزير الداخلية الفيدرالي، كعقوبة محتملة، المنع الوقائي إذا كان هذا الأخير يشكل تدبيرا أقل مساواة من تفرقة التجمعات. ولا يكتسي منع التجمعات أو فضها طابع واجب قانوني يقع على عاتق السلطات المختصة، بل طابع ترخيص يمكن للسلطات، بالنظر إلى الأهمية السامية لحرية التجمعات، أن تستخدمه طبقا لواجبها فقط إذا طرأت دواعي للتدخل، ويسهل عدم الإخطار وإغفال تقديم المعلومة في هذا الصدد هذه التدخلات ببساطة.

ولا يؤدي في حالة عدم تطبيق واجب الإبلاغ بدون استثناءات، إلى انتهاكه بطريقة تلقائية لمنع المظاهرات أو فضها، ولا يعتبر عندئذ الواجب الذي يستند إلى أهمية المصلحة العامة، بصفة عامة بأنه غير متناسب.

ويبرر التحديد في ظل وجود خصائص للمظاهرات الكبرى بطريقة مماثلة لما يحدث مع المظاهرات التلقائية، أن يتم التعامل معها تعاملًا مغايرًا، فهذا أمر ينبغي تحليله في سياق آخر (انظر الفقرة 2 أدناه).

ب) عند القيام بتفسير يتطابق مع الدستور، فإن أحكام المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات تقاوم الفحص الدستوري، ما دام أن هذه المادة تسمح للسلطات المختصة أن تفرض الخضوع لشروط محددة في الترخيص لهذه التجمعات أو منعها أو فضها «إذا كانت هناك، وقت إصدار القرار، أمور ظاهرة للعيان تؤكد أن القيام بها يُشكل خطرا على الأمن أو النظام العامين».

قام الطاعن والجمعية الفيدرالية لمبادرات المواطنين في المجال البيئي بالتأكيد على الاعتراضات بسبب عدم تحديد دواعي التدخل - «تهديد الأمن أو النظام العامين» - التي تثير المشاكل شأنها شأن القرار المتعلق بالتدخلات بناء على تقدير السلطات الإدارية والشرطة. بالمقابل، تم إعطاء المفهومين السالفين - كما أعرب عن ذلك وزير الداخلية الفيدرالي - مضمونا واضحا في قانون الشرطة (انظر على سبيل المثال درويز/وين/فوجل/مارتينز في «درء الخطر»، الطبعة الثامنة، 1977، مجلد 2، ص. 127 والتي تليها و133 والتي تليها).

ويشمل، طبقا لما سبق، مفهوم «الأمن العام» حماية الحقوق القانونية المركزية، كحياة الفرد وصحته وحرية وشرفه وملكيته وأمواله، وأيضا سلامة النظام القانوني ومرافق الدولة،

وتستحق العقوبة الجنائية، إذا ترتب عنها انتهاك الأمن العام أو تهديد ضد الأمن العام، أو إذا خيف أن تنتهك الحقوق القانونية ويُقصد وفقا لما هو منصوص عليه في «النظام العام» كافة القواعد التي لم تُدون ويأتي رصدها، وفقا للمفاهيم الاجتماعية والأخلاقية السائدة، كعبث ضروري للتعایش الإنساني المنظم داخل منطقة محددة.

ولا يضمن هذا التوضيح للمفاهيم وحده تطبيق القانون وفقا للدستور. ويكون لابد لتقييم الدستور من توفر تقييد مهمين تم إجمالهما في القانون نفسه، ويترتب عليهما بأنه لا يتم اللجوء إلى منع التجمعات أو فضها إلا لحماية الحقوق القانونية الأساسية، في حين أن مجرد تهديد النظام العام ليس كافيا على العموم.

يفترض المنع أو الفض من جهة أنهما الملاذ الأخير، أو الوسيلة الأقل قساوة (في هذا الصدد حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 55/64). ويستند ما سبق إلى مبدأ التناسب، غير أنه لا يقيد فقط السلطة التقديرية لاختيار الوسائل، بل أيضا يقيد السلطة التقديرية للسلطات المختصة لاتخاذ قرار معين. ولا يجب أن تنتقل حرية التجمعات، التي تتم حمايتها كحق أساسي، إلى المستوى الثاني إلا عندما ينتج عن موازنة الحقوق التي تخضع لمفهوم الحق في الحرية، ويكون أيضا ذلك ضروريا لحماية حق قانوني آخر له نفس القيمة.

ولهذا السبب، فليست كل مصلحة تبرر تقييد هذا الحق في الحرية؛ فالإزعاج الذي يمكن أن يترتب بطريقة لا محيد عنها على الممارسة «الجماعية» للحق الأساسي، الذي لا يمكن تفاديه دون المساس بالعرض من التجمعات، ويجب عموما أن تتحمله أطراف ثالثة. ولا يؤخذ لأسباب المرور التقنية البحتة منع التجمعات بعين الاعتبار، كما ينبغي إذا تم تحقيق استعمال المتظاهرين للشوارع بالموازاة مع حركة المرور المتدفقة، عن طريق فرض شروط خاصة.

يتم تقييد صلاحية التدخل المخولة للسلطات لدرجة لا يمكن أن تمنع التجمعات أو فضها إلا في حالة «التهديد الوشيك» للنظام أو الأمن العام وتكون أسباب التدخل - نظرا للمطلب الملحّ - أكثر صرامة من الأسباب التي يقرها قانون الشرطة بشكل عام. ويقضي الأمر في حالات معينة، أن يتم توقع الخطر. وعليه يؤسس دائما قرار الترجيح الذي يمكن أن تتم الإشارة إلى أسسه.

ويؤكد القانون بالتالي على وجوب الاستناد إلى «ظروف متعارف عليها» وإلى وقائع وأمر وبعض الخصائص، فلا يكفي مجرد الشبهات والقرائن استنادا إلى المفهوم الأساسي لحرية التجمعات، ولا يمكن للسلطات أن تضع شروطا قليلة للغاية لتوقع الخطر، خاصة منها الشروط المتعلقة بإصدار قرار المنع الوقائي.

هل يمكن للسلطات أن تفض التجمع في حالة ما إذا كان التقييم خاطئاً. ما هي الشروط التي يجب مبدئياً فرضها؟

سيكون هذا التقييم مبدئياً من اختصاص المحاكم المختصة (انظر على سبيل المثال، من جهة، ألفريد دييتل وكورت جنتزل، المصدر السابق، الفقرة 12 من المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات مع الإحالة إلى حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 51/45 [61]، من جهة أخرى، المصدر السابق، الفقرة 5 من المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات، سكوت ويربك، الجريدة القانونية الجديدة، 1972، ص. 1 [2]، وبشكل مماثل، المحكمة العليا لبريمن، جريدة القانون العام والعلوم الإدارية، 1972، ص. 101 [102]، المحكمة العليا لساار لوييس، جريدة القانون العام والعلوم الإدارية، 1973، ص. 863 [864]، وأيضاً تقرير اللجنة الخاصة بتعديل قانون 1978، مشروع قانون الحكومة الفيدرالية 1845/8، ص. 11).

لا يمكن لهذه الأخيرة أن تنفصل بسهولة عن الظروف المحددة المنصوص عليها في الدستور. وفي المقابل، يمكنها أن تعتمد على سبيل المثال إلى أي حد تكون حالة المظاهرات الكبيرة منظمة ومستعدة للتعاون، ولا تكون حالة الخوف من الإزعاج إلا من قِبَل أطراف ثالثة أو أقلية قليلة (أنظر الفقرة الثالثة، 1 و3 أدناه).

وإجمالاً، تتطابق المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات، على أي حال مع المادة 8 من القانون الأساسي عند ضمان لتفسيرها وتطبيقها أن لا يتم المنع والفض إلا من أجل حماية الممتلكات العامة المهمة، وضمن مبدأ التناسب فقط في حالة الخطر الوشيك المنبثق عن ظروف متعارف عليها.

### ثالثاً

لا يُعترض من الناحية الدستورية على أن الأحكام القانونية المتعلقة بقانون التجمعات التي سبق تحليلها سابقاً تطبق أيضاً على المظاهرات. لكن من أجل تنفيذها، يجب أن تستعمل التجارب التي تراكت وتم إثباتها في الفترة ذاتها، والتي تتيح أيضاً التطور السلمي لهذه المظاهرات.

طبقاً للتقارير التي تم إدراجها في المحاكمات الابتدائية، وعلى أساس نتائج مناقشات شتوتكرات (انظر الفقرة أ. أولاً. 2) هناك ظروف أخرى يمكن أن تساهم في التطور السلمي للتجمع، كما وقع في مظاهرة كورلين تريك لسنة 1979، أو في المظاهرة السلمية لبون في 1981 أو في السلسلة البشرية لألمانيا الجنوبية في 1983.

ويستدعي الأمر في هذه الحالة الأخيرة، - إلى جانب التوضيح المناسب للوضع القانوني -، أن تُحذف الاستفزازات والاعتداءات من كلا الجانبين، ويفرض المنظم للتظاهرة على المشاركين أن يتعاملوا تعاملًا سلميًا، ويتبعوا عن الأشخاص العنيفين، وتنسحب سلطات الدولة بحذر،

ويكون في كل الأحوال في ظل تكثيف الأماكن الخالية من الشرطة تجنب ردود الفعل المبالغ فيها، وبصفة خاصة القيام بالتواصل المناسب، لكي يتمكن الطرفان من التعارف فيما بينهما، ويتبادلا المعلومات، ويحققا على قدر المستطاع تعاوناً قائماً على الثقة التي تتيح إنهاء حالات النزاع غير المتوقعة.

ليس واضحاً تماماً ما إذا كان واجباً أن تراعي هذه التجارب الحماية التي تُسند إلى سلطات الدولة، من خلال مفهوم نقابة الشرطة السابق، وعلى أساس التكريس الدستوري المنصوص عليه في المادة 8 من القانون الأساسي، بشكل مماثل لما يحدث مع ضمانات الحقوق الأساسية الأخرى، والتي تتوخى تيسير تطور التجمعات والمظاهرات وأيضاً حماية ممارسة الحق ضد أعمال الشغب والتجاوزات؟

وعلى أي حال، فقد أبرز اجتهاد القضاء الدستوري أن الحقوق الأساسية لا تؤثر فقط في بنية القانون الموضوعي، وإنما تؤثر أيضاً في إقرار المعايير التي تمكن من تشكيل التنظيمات والمساطر لحماية الحق الأساسي بفعالية كبيرة (انظر المبادئ التوجيهية لحكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 30/53 [65] والتي تليها و72 والتي تليها] ولاحقاً حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 216/56 [236] و76/65 [94] ورقم 131/63 [143] ورقم 1/65 [44 و49]).

ولا يوجد أدنى شك بأن هذه الأحكام القضائية تطبق أيضاً على حرية التجمعات، مادام أن هذا الحق الأساسي له أيضاً مضمون مسطري وتنظيمي خاص [...] ولا يشمل، كحق للحرية، أي تصريح يتعلق بماهية المحتويات الواجب توفرها لهيكل التجمعات والمظاهرات، بل يترك ذلك لحرية تقدير المنظمين، ويكتفي بإملاء التعليمات من أجل تنظيم تطور هذه التجمعات والمظاهرات.

ويجب أن يتناسب طلب سلطات الدولة بمباشرة عملها ودياً تجاه التجمعات مع هدف إدراج الحقوق الأساسية في القانون المسطري، على غرار نموذج المظاهرات الحاشدة التي جرت بشكل سلمي، وأن لا تستمر بدون أسباب كافية في انتظار ما ستسفر عنه الأحداث.

ويمكن أن تبرر ضرورة مراعاة هذه التجارب وأيضاً التدريب عليها، من الناحية الدستورية، ما دام أن هذا التمرين يعتبر بمثابة وسيلة أقل قساوة من التدخلات في شكل المنع أو الرفض. فكلما ساهمت سلطات الدولة بجدية في التطور السلمي للمظاهرات الكبرى، كلما صمد منع التجمعات أو فضها، اللذان يخضعان للمراجعة من طرف المحكمة الإدارية، بعد فشل مجهوداتها.

لا يمكن للشروط المسطرية السالفة الذكر المتعلقة بسلطات الدولة، أن تمتد أكثر، حتى لا تغير أساساً طبيعة المهام البوليسية للمدافعين ضد الخطر، أو تعرقل تطبيق الاستراتيجيات المرنة. ولا يمكن، زيادة على ذلك، أن تفض التجمعات والمشاركين في المظاهرات الحاشدة، وأن توضع

شروط تختزل طبيعة المظاهرات في مساهمات غير منظمة، وبدون تدخل الدولة في تكوين الإرادة السياسية والرأي، وفي التصميم الذاتي المنظم لشكل ومضمون المظاهرة. لكن هذا لا يحدث ما دام أنه يجب على المنظمين والمشاركين أن يتخلوا عن السلوك العدائي، ويقللوا من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالآخرين.

ويُستمد هذا الواجب مباشرة من ضمانات الحقوق الأساسية، ومن احترامها من طرف حقوق الآخرين. تُبرر الالتزامات الدستورية الشاملة من خلال الطابع الجماعي لممارسة الحقوق الأساسية، والمسؤولية المشتركة المترتبة على نتائج المظاهرات الحاشدة. ويجب أن تترك للمشرع السلطة التقديرية في تدقيق تلك الالتزامات، في إطار وضمن حدود حفظ القانون، واستنادا إلى تقييم التجارب التي تم تحليلها على مستوى القانون العادي.

وحتى بدون وجود الدقة التشريعية، فقد أحسن المنظمون والمشاركون، لما امتثلوا على قدر المستطاع للتوصيات المستمدة من الخبرات المشهود لها في المظاهرات الحاشدة. وعلى أي حال، فقد أحجمت الممارسة الإدارية والاجتهاد القضائي من الناحية الدستورية عن تفضيل هذه الأحكام القانونية؛ فكلما كان المنظمون على أتم استعداد لاتخاذ تدابير أحادية من شأنها أن تولد الثقة، أو التعاون الودي خلال المظاهرة، كلما كان تقييد تدخلات الدولة أكبر في حالة تعريض الأمن العام للخطر.

2. خلافا لرأي جمعية مبادرات المواطنين حول البيئة، لم ينص الدستور على إمكانية استثناء المظاهرات على غرار ما يحدث مع المظاهرات التلقائية، من واجب الإخطار المنصوص عليه في المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات.

ولئن كان صحيحا بأن القانون المتعلق بالتجمعات لسنة 1953 يستهدف التجمعات المألوفة، المنظمة والموجهة بشكل صارم (انظر أيضا تقارير حول الدورة 87 للبرلمان الألماني المؤرخة 12 شتنبر 1950، ص. 3123)، فإنه منذ سنوات خلت تم فسح المجال لذلك، وكان على العكس من ذلك، للتحويل في المجتمع وإلى تطور المظاهرات على حد سواء من حيث العدد من أفراد المجموعات والمبادرات تقتقر إلى التنسيق في التنظيم وكانت لها أهداف مختلفة، ثم اتحدت بدافع واحد - أساسا لمواضيع تتعلق بالبيئة وضمان السلام - يتعلق مباشرة بمناقشة وتنظيم المظاهرات جماعيا.

ويتحمل، بالتالي، المشرع قبل كل شيء، مسؤولية يأخذ منها بعين الاعتبار النتائج المترتبة على تلك التحولات وتطوير قواعد قانون التجمعات. ولا يمكن - حتى لا يحدث شيء من هذا القبيل - أن يجزم بأن القواعد القانونية المتعلقة بالتجمعات، يجب أن يعاد النظر فيها بغرض سد الثغرات، وأن الحماية التي تنص عليها المادة 8 من القانون الأساسي، تتجاوز التجمعات

التي أصدر المشرع بشأنها قواعد قانونية سنة 1953. ولم تراع التحولات الواضحة، على الرغم من الحذف المنظم دستوريا لواجب الإخطار في حالة نشوب مظاهرات حاشدة، بل بكل بساطة إلى تغيير وظيفة الإشعار.

وبعد الدعاية والنقاش العام، التي قامت به مسبقا فئة من بين العديد من الفئات التي تشارك في المظاهرة، يتم إبلاغ السلطات المختصة عن المكان والساعة، وأيضا عن الخصوصيات الإيديولوجية. ويكون للإشعار أهمية كبيرة للمظاهرات الحاشدة لأن فرض الشروط يفترض مسبقا وجود مستهدفين.

وزيادة على ذلك، فهذا يُتيح التواصل الذي يرتبط بالإخطار، ويتجاوز التعارف المتبادل والتأزر الذي ينبغي أن تكون السلطات، للأسباب الميينة، على أتم استعداد للتعامل معها، ونصح المتظاهرين. وتتجلى على هذا النحو المصلحة المتضاربة وحالات النزاع المحتملة والمسؤولية المتبادلة. ويزداد، بالإضافة إلى ذلك، التأكد من احتمال وقوع ما كان متوقعا وإمكانيات رد فعل السلطات. ويقلص التحضير الدقيق لمظاهرة حاشدة من طرف المنظمين، وقوات حفظ النظام وأيضا التعاون بينهما، من إمكانيات خروج المظاهرة عن حالتها السلمية. ويجب في حالة حدوث هذا، أن يحافظ على سريان واجب الإخطار.

ويبدو من خلال تفسير المادة 14 والفقرة 2 من المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات، وفق الدستور أنهما يشيران إلى ضرورة القيام بإخطار عام، وتعيين مسير في الحالة التي لا تسمح فيها الظروف لأفراد المجموعات أو للأشخاص القيام بذلك. وفي الواقع، يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار التكليف بمهام مهمة كانت مقيدة، والتحضير لمباشرة الحوار وتحمل المسؤوليات، ومناقشة العقوبات الممكنة بسبب عدم الإشعار.

ويمكن في حالة غياب شخص يتولى الإبلاغ الذي يترتب عليه ببساطة، أن ترتفع جاهزية السلطات المختصة للتدخل عند وقوع المشاكل - بطريقة مماثلة لما يحدث مع المظاهرات التلقائية - ما دام أن السلطات بدورها قامت بكل ما هو ممكن لأداء واجباتها المسطرية - على سبيل المثال عرض التعاون بطريقة صحيحة وعادلة - من أجل إتاحة التطور السلمي للمظاهرة.

يطرح في حالة المظاهرات الحاشدة عادة تساؤل تم طرحه أيضا في المحاكمة الابتدائية حول ما إذا كانت، وفي ظل أية ظروف تبرر تجاوزات بعض الأشخاص، أو أقلية لمنع المظاهرة، أو فضها بسبب التهديد الوشيك للأمن والنظام العامين وفق المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات.

أ) لا يضمن الدستور إلا «التجمع السلمي بدون سلاح». ويتضح من خلال اشتراط التجمع «سلميا» الذي كان واردا في دستور الكنيسة سان بابلو ودستور فيمار، أن الطبيعة القانونية

لحرية التجمع يتوخى منها، أن تكون أداة من أدوات النقاش الفكري والتأثير على تكوين الرأي السياسي (المحكمة الفيدرالية العليا، الجريدة القانونية الجديدة، 1972، ص. 1571 [1573]).

ولا تتيح الظروف التي نشبت فيها أحداث عنف في المحاكمة الأصلية الفرصة للتقييد المستفيض بين الآثار المقبولة والسلوك القائم على العنف. ويمكن القول بأن المشارك يعتبر بأنه لم يتصرف بشكل ودي، إذا ارتكب أفعالا عنيفة ضد الأشخاص أو الممتلكات.

ويجب من أجل تفادي هذا السلوك، أن يكون هناك نظام قانوني صارم - سمة العصور الوسطى - يمنح للدولة أن تحتكر ممارسة العنف في قيادة الدولة ولصالح الأقليات المستضعفة، ويكون هذا هو الشرط المسبق لضمانة حرية التجمع كوسيلة من وسائل المشاركة النشطة في العملية السياسية؛ وبالتالي - كما أكدت على ذلك التجارب مع قتال الشوارع خلال جمهورية فيمار - لا يمكن أن يتم التنازل عنها في الدولة الديمقراطية الليبرالية، لأن الدفاع ضد أعمال العنف يؤدي إلى اتخاذ تدابير مقيدة للحرية. على أن هذه الحرية تحقق للمتظاهرين مكاسب عديدة من وراء التظاهر السلمي، أحسن من المواجهات العنيفة التي تنتهي دائما بالخضوع للدولة، وبالتالي تضعح الأهداف التي كانوا ينشدونها.

ب) لا يترتب عن إصدار الأمر بمنع التجمع أي مشكل دستوري، ولو أثناء المظاهرات الحاشدة، إذا كان متوقعا من المنظمين ومساعدتهم أن يخططوا للقيام بأعمال عنف، أو أنهم على الأقل موافقون على سلوك من هذا القبيل من طرف أشخاص آخرين. ولن يكون هذا النوع من المظاهرة مكرسا ضمن الضمانة التي تنص عليها المادة 8 من القانون الأساسي، ولا يمكن بالتالي أن ينتهك فضاها أو منعها هذا الحق الأساسي.

وتقدم الوضعية القانونية العامة بوضوح مماثل، إذا تصرف المنظمون ومساعدوهم، على العكس من ذلك، سلميا وجاء الإزعاج والاستفزاز من جهات خارجية (مستفزون ومعارضون). فقد طالب فقهاء القانون في هذه الحالات أن تستهدف التدابير الإدارية، في المقام الأول، مشيري الفتنة، وأن لا يقع التدخل في المظاهرة في مجملها إلا في ظل وجود أسباب تقتضي حالة الطوارئ الخاصة بالشرطة (انظر على سبيل المثال هوفمان ريم، المصدر السابق، الفقرة 23 و53 في المادة 8 من القانون الأساسي، ألفريد دييتل وكورت جنتزل، المصدر السابق، الفقرة 14 في المادة 14 و15 من القانون المتعلق بالتجمعات، ف. ميونيخ، المصدر السابق، الفقرة 39 حول المادة 8 من القانون الأساسي، دروسدزول، المشكل الأساسي لحرية التظاهر، 1983، فروفاين، المصدر السابق، [1084]).

إذا لم يكن هناك خوف من عرقلة السلم والأمن الجماعي، ولم يكن هناك جزم بأن المظاهرة في مجملها ستتطور بشكل عنفي وتحريضي وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 13



من القانون المتعلق بالتجمعات، أو أن المتظاهرين أو مساعديهم سيقومون بسلوك من هذا القبيل وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات، أو على الأقل يوافقون على ذلك، عندئذ سيحظى المشاركون السلميون بحماية حرية التجمع التي يضمنها الدستور لكل مواطن، ولو ارتكب متظاهرون آخرون أو أقلية، بشكل فردي، تجاوزات (انظر ف. ميونيخ، المصدر السابق، الفقرة 18 حول المادة 8 من القانون الأساسي، هيرزوك، المصدر السابق، ص. 229 و234 والتي تليها، شميدت- بلايبترو/كلالين، الفقرة 4 حول المادة 8 من القانون الأساسي).

إذا أدى السلوك غير السلمي للفرد إلى إلغاء الحق الأساسي لكافة المشاركين في المظاهرة وليس فقط لمن ارتكب الفعل، عندئذ سيترتب عن هذا الإلغاء تغيير الهدف «الوظيفي» للمظاهرات، وسيدفعها، رغما عن إرادة المشاركين الآخرين، إلى انتهاك القانون (في هذا الصدد المحكمة العليا لسار لويس، جريدة القانون العام والعلوم الإدارية، 1973، ص. 863 [864]). ويمكن أن تمنع كل مظاهرة حاشدة من الناحية العملية، نظرا لأنه يمكن دائما «الاطلاع» على الخط غير السلمية للمشاركين.

يمكن توفير الحماية الفعالة المنصوص عليها في المادة 8 من القانون الأساسي إذا طبقت القواعد التي تقيد الحق الأساسي (للتدابير الموجبة للعقاب والاعتقال في حالة مظاهرة تم القيام بها بطريقة غير سلمية إلى حد ما) قرار 165/32 [169] من قرارات المحكمة الفيدرالية المتعلقة بالقضايا الجنائية وقرار 383/89 [395] من قرارات المحكمة الفيدرالية المتعلقة بالقضايا المدنية، أنظر بالإضافة إلى ذلك قرارات اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، 1981، ص. 216 و[217].

لا تستبعد ضمانات الحقوق الأساسية التي تخضع للمجال المحفوظ للقانون إمكانية إصدار تدابير إدارية، على أساس المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات ضد المظاهرات برمتها، من أجل حماية الأمن العام، قد تصل إلى حد منعها. غير أنه يمكن النظر في اختيار التفرقة اللاحقة للمتظاهرين الذي يتيح الفرصة للمشاركين السلميين ممارسة حقهم الأساسي بدون عرقلة مسبقة، ويتيح أيضا للمنظمين أن يتولوا عزل المشاركين غير السلميين.

ولا يكون المنع الوقائي للمظاهرة في مجملها إلا إذا خيف أن تُرتكب تجاوزات من طرف أقلية تميل إلى العنف، ولا يمكن أن يتم إلا في ظل وجود أسباب صارمة، ويأتي الاحتمال الكبير لوقوع ما كان متوقعا في ظل تطبيق المادة 15 من القانون المتعلق بالتجمعات وفقا للدستور. وضمن هذه الأسباب (انظر المحكمة العليا لسار لويس، جريدة القانون العام والعلوم الإدارية، 1973، ص. 863 [864] المحكمة العليا لبايرن، جريدة القانون العام والعلوم الإدارية، 1979، ص. 569 [579] وبشكل مماثل شوابل، المصدر السابق، ص. 229 ودروس دزول، المصدر السابق، ص. 415)،

ويكون أيضا بعد الاستنفاد المسبق لجميع الوسائل التي يكون تطبيقها معقولا، والتي تتيح تطوير الحقوق الأساسية للمشاركين السلميين (على سبيل المثال عن طريق تقييد الحيز المكاني للمنع).

يفترض المنع الكامل للمظاهرة بشكل خاص، كملاذ أخير، ويكون الوسيلة الأقل قساوة، إذا فشل التعاون مع المتظاهرين السلميين لتفادي الخطر، أو أن التعاون، للأسباب التي يحتج بها المتظاهرون، لم يتحقق. واستدعى الأمر في ظل هذه الظروف القيام بمنع تام ذي طابع وقائي، وسيكون إذًا ضروريا، للمظاهرات التي يشارك فيها حشد كبير من المشاركين السلميين، أن يتم الإبلاغ في أجل يتيح مناقشة المخاطر المحتملة والتدابير المناسبة للتصدي لها.

## الحكم 99

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 69/85 يتعلق بالمظاهرة دون إشعار مسبق

1. يجب أن تفسر المادة 14<sup>43</sup> من القانون المتعلق بالتجمعات على ضوء المادة 8 من القانون الأساسي من الدستور ويجب في هذا السياق أن يتم الإشعار عن التجمعات الطارئة كلما كان ذلك ممكنا.
2. تتضمن المادة 26 من القانون المتعلق بالتجمعات أيضا شروط التجمعات الطارئة بناء على مبدأ اليقين الدستوري (الفقرة 2 من المادة 103 من القانون الأساسي).

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 23 أكتوبر 1991 يتعلق بطعن الحماية رقم 85/88

- أدين الطاعن لقيامه بالتظاهر في الهواء الطلق دون إشعار مسبق وقام برفع طعن الحماية ضد هذه الإدانة.
- [...] لا يثير أجل 48 ساعة للإخطار عن التجمع المنصوص عليه في القانون المتعلق بالتجمعات أي نوع من تعارض دستوري.

تطلب المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات تقييدا. ويتضمن واجب الإخطار حسب منطوق النص دون أدنى تمييز بين جميع التجمعات المنعقدة في الهواء الطلق. غير أن هذا لا يطبق على التجمعات التلقائية، كما أقرت ذلك المحكمة الدستورية الفيدرالية. ويندرج ضمن هذه الأخيرة

43. المادة 14: من عزم على عقد تجمع أو مظاهرة في الهواء الطلق، يجب إشعار السلطات المختصة بهما مسبقا بـ 48 ساعة على أكبر تقدير وذلك بتقديم تقرير عن موضوع التجمع أو المظاهرة.

التجمعات التي تتطور بظروف آنية، وغير مخطط لها، وبدون تنظيم. ويكون الإخطار في هذه الحالة مستحيلا لأسباب وقائية. وينطوي الإصرار على واجب الإخطار المنصوص عليه في المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات، وينتج عن ذلك، استحالة القيام بمظاهرات تلقائية. وهذا لن يتوافق مع الحق الأساسي في حرية التجمع (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 69، ص. 350 والتي تليها).

ولم يقرر على العكس من ذلك، إلى حد الآن كيف يجب أن يتعامل مع التجمعات الطارئة. وتندرج ضمن هذه الأخيرة عموما، التجمعات الطارئة تكون - مثل التجمعات العادية التي يُخطط لها بالطبع ويسيرها منظم -، لكن لا يجب الإخطار عنها خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات.

وفي حالة التثبيت بالأجل المنصوص عليه في المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات، سترتب على ذلك أن تكون التجمعات الطارئة غير مقبولة مسبقا، وهذه النتيجة تتنافى مع الحق الأساسي لحرية التجمع.

وفي شكل مختلف، كما يحدث في حالة التجمعات التلقائية، لن يكون الإخطار عن التجمعات الطارئة، بالاستجابة للأجل مستحيلين. ومن ثمة لا يتطلب الأمر التخلي عن الإخطار، بل يجب بكل بساطة أن تخفض الأجل مع مراعاة نوع التجمع. ويمكن أن يتم الإخطار عن التجمعات الطارئة على قدر الاستطاعة، وفق تفسير المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات طبقا للدستور، كما يجب أن يراعى عموما في نفس الوقت زمن اتخاذ القرار بعقد التجمع.

ولا يمس هذا التفسير الحق الأساسي في حرية التجمع. ولا يعدل خطر التفسير وفقا للمادة 14 من القانون أي شيء في معنى القاعدة القانونية. ويفقد المنظمون المحتملون الشجاعة أمام التهديد بالعقوبة القانونية عن تنظيم تجمع طارئ. ويكون صعبا أن يتم الاجتماع بناء على تفسير وفقا للدستور، ويعلن بدلا عنه عن عدم توافق المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات طبقا للدستور مع المادة 8 من القانون الأساسي.

يتطلب تفسير المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات وفقا للدستور، أن لا يمنع النص القانوني الجنائي ما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 26 من القانون المتعلق بالتجمعات<sup>44</sup> الذي يتطلب اليقين القانوني. ولا يشمل تفسير المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات طبقا للدستور الاحتراس من أنواع السلوكيات المعاقب عليها، وإنما هو تفسير يسعى إلى تضييقها، ويُلغى بالتالي

44. المادة 26: يعاقب كل من قام كمنظم أو مسير بعقد تجمع أو مظاهرة في الهواء الطلق بدون إخطار مسبق (المادة 14)، بعقوبة سالبة للحرية لمدة قد تصل إلى سنة أو بأداء غرامة.

واجب الإخطار عن التجمعات التلقائية، وينقص من الأجل للإخطار عن التجمعات الطارئة. ولا يمكن نتيجة لذلك، في هذه الحالة، أن يبرر اللجوء إلى العقوبة بسبب إغفال الإخطار.

ويكون إغفال الإخطار وَثِيقَ الصَّلَةِ بِالْمَوْضُوعِ مادام أنه كان يمكن أن يتم القيام به. ومن ثمة، فلا داعي لإضافة أي جديد إلى ملابسات الفعل؛ بل يجب، من باب أولى، أن يخفف من الأحكام القانونية الموجودة بشأن الإخطار.

غير أن القاعدة القانونية تدفعنا، على غرار ذلك، إلى القول بأن التجمعات، التي يستحيل فيها الاستجابة إلى الأجل المنصوص عليه في المادة 14 من القانون المتعلق بالتجمعات، أن تعفى من واجب الإخطار. ويكون هناك تهديد واضح بإيقاع العقوبة في حالة عدم الإخطار للمستهدفين بهذه القاعدة، الذي تستوجبه المادة 103 من القانون الأساسي.

### عاشرا : حرية تكوين الجمعيات

تنص المادة 9 من القانون الأساسي في:

[...]

**الفقرة 3 :** يُضمن لكل شخص ولكل مهنة الحق في تأسيس جمعيات للحفاظ وتحسين ظروف العمل والاقتصاد. وتعتبر الاتفاقات التي تعيق أو تنقص من هذا الحق لاغية، والتدابير المتخذة لتحقيق هذا الهدف غير قانونية، لا يمكن أن توجه التدابير المتخذة وفقا لما هو منصوص في المادة 12 أ، والفقرتين 2 و3 من المادة 35، والفقرة 4 من المادة 87 أ، أو المادة 91 ضد نزاعات العمل المنظمة بالجمعيات بالمعنى المنصوص عليه في الفقرة 1 من هذه المادة من أجل الحفاظ وتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية.

### الحكم 100

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 303/19 يتعلق بمحطة القطار لدورتموند

تضمن الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي لأعضاء النقابة الحق في المشاركة في أنشطة نقاباتهم التي تحظى بالحماية الدستورية.

تحمي الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي مجال النشاط النقابي الذي يتعلق بالتمثيل في مجلس إدارة الموظفين.

تحظى الدعاية التي تقوم بها النقابات لاختيار مجلس إدارة الموظفين بالحماية الدستورية، في مكان العمل وأيضا في مدة الخدمة.

### القرار الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 30 نونبر 1965

الطاعن موظف عمومي يشغل منصب مراقب الشحن والتفريغ في السكك الحديدية الألمانية، في محطة القطار لدورتموند، وهو أيضا عضو في نقابة السككيين الألمان. قام خلال انتخابات ممثلي مجلس إدارة الموظفين، خارج فترة العمل وذلك يوم 15 و16 فبراير 1960، بتوزيع منشورات النقابة في مرافق محطة القطار لدورتموند، التي تنتقد فيها سياسة أجور الموظفين العموميين المنضويين تحت لواء الفيدرالية الألمانية، وتخلى هذه الأخيرة عن الزيادة في الأجور باستخفاف في خضم المفاوضات الصعبة حول أجور المستخدمين العموميين.

ولهذا يتعين أن يختار الموظفون العاملون في مؤسسة السكك الحديدية الفيدرالية مرشحين لنقابة السككيين الألمان عوض اختيار مرشحي نقابة الموظفين التابعين لمؤسسة السكك الحديدية الألمانية المنضويين تحت لواء فيدرالية الموظفين العموميين (يُشار إليها فيما بعد بنقابة موظفي السكك الحديدية الألمانية). وسلم الطاعن بعض هذه المنشورات إلى مراقب الشحن والتفريغ الذي كان عضوا في نقابة موظفي السكك الحديدية الألمانية قائلا: «انظر كيف تشتغل نقابتك». ونقل هذا الأخير المنشور إلى مفتش السكك الحديدية الفيدرالية [...] وبما أن رئيس منطقة نقابته كان خارجا في مهمة مراقبة، فقد ناقش مع الطاعن واعتبر بأن توزيع المنشور يتنافى مع قانون الخدمة.

تمت معاقبة الطاعن بموجب قرار تأديبي صادر من الرئيس الإداري لمحطة القطار لدورتموند بتاريخ 25 أبريل 1960 بأداء غرامة قدرها 5 مارك ألماني، وذلك لانتهاك ما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 7 من «المبادئ التوجيهية العامة لدائرة موظفي السكك الحديدية الألمانية»، طبعة 1958، التي تم إصدارها بموجب قرار إداري من طرف مؤسسة السكك الحديدية الألمانية بتاريخ 11 نونبر 1954، وينص هذا القرار على أنه:

«لا يمكن أن يتم الإخلال بممارسة الخدمة عن طريق اختلاف في الآراء الشخصية خاصة منها السياسية، أو الدينية، أو النقابية».

وتضمن الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي للنقابات ولأعضائها حق تمثيل الموظفين. ويندرج ضمنها أيضا إمكانية القيام بالدعاية للانتخابات الخاصة بمجالس إدارة الموظفين في مكان العمل.

ولا تحمي الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي فقط الحق في تكوين النقابات الذي يتمتع به أي فرد أو مهني والموظفين العموميين، وإنما تحمي أيضا النقابة نفسها، وتحمي أيضا حقها في تحقيق الأهداف المحددة في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، من خلال أنشطة مرتبطة خصيصا بالنقابة؛ ونخص بالذكر منها تحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية وضمانها (حكم رقم 96/4 [101] والتي تليها و106)، ورقم 319/17 [333] ورقم 18/18 [26] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتكفل الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي أيضا حق الفرد في المشاركة في الأنشطة النوعية للنقابة التي تحظى بالحماية الدستورية (انظر حكم رقم 319/17 [333] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية وفينكلير، «سن تشريعات تهم قضايا العمل»، 1967، ص. 47 والتي تليها، وأيضا المادة 91 من القانون الأساسي). ويمكن أن يحمي الحق الأساسي في تكوين النقابات فقط تلك الأنشطة النقابية التي تخدم أغراض النقابة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي [...]

إذا كان الهدف من نشاط مجلس إدارة الموظفين هو حماية وتحسين ظروف العمل، وكان القانون يعترف صراحة بالنشاط النقابي لممثلي الموظفين عن طريق تخويلهم الصلاحيات، وتم اعتباره أيضا ضروريا من أجل تمثيل فعال للموظفين، فعندئذ سيعمل نشاط التمثيل النقابي للموظفين على حماية وتحسين ظروف العمل. ولا يتنافى هذا مع تطلع النقابات إلى التأثير، ليس بطريقة مباشرة بل غير مباشرة، - على مجلس إدارة الموظفين وانتخابه - على ظروف العمل.

لا تحدد الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي ما إذا كانت النقابات تباشر حماية وتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية بطريقة مباشرة، وغير مباشرة؟

تضمن الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي للنقابات أن تقرر شروط العمل والشروط الاقتصادية عن طريق اتفاقيات جماعية (انظر حكم رقم 96/4 [106] ورقم 18/18 [26] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن مناقشة ما إذا كانت الضمانات الدستورية المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي تحمي أيضا الأنشطة النقابية التي تهدف إلى ضمان وتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية بشكل مختلف، أي عن طريق عقد اتفاقية جماعية. وقد تركت المحكمة الدستورية الفيدرالية، في الحكم رقم 319/17 [333] المؤرخ 14 أبريل 1964، المسألة مفتوحة حول نشاط النقابات في تمثيل الموظفين. ويجب أن يكون الجواب في هذه القضية بالإيجاب.

يمكن أن يحدد نشاط النقابات المحمي بالحق الأساسي في حرية تكوين الجمعيات فقط طبقاً للأحكام الخاصة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، ولا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/6 [37] ورقم 73/6 [77])، إلا في حالات أخرى: نيبردي، المصدر السابق، ص. 108 والتي تليها). ويجب لتحديد مدى الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي أن يؤخذ بعين الاعتبار التطور التاريخي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [101] والتي تليها، 106، 108) ورقم 18/18 [28] والتي تليها) [...]

ستُجرد حرية تكوين النقابات من المعنى الذي اكتسبته على مر التاريخ، إذا لم يتم حماية النشاط النقابي في تمثيل الموظفين بما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [102]، 106).

وإذا كان النشاط النقابي يدخل ضمن النطاق الذي يحظى بحماية الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، فعندئذ يجب أن يحمي الدستور الأنشطة الدعائية للنقابات في أن تنتخب مجالس إدارة الموظفين. ويندرج ضمن وظائف مجلس إدارة الموظفين حماية وتحسين ظروف العمل. ويجب حسب هذه الاعتبارات أن تحمي أهداف النقابات المكرسة في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي وخاصة منه الهدف المتمثل في التأثير على انتخاب مجالس إدارة الموظفين [...]

لا يمكن أن تخاض الحملة الانتخابية لانتخاب مجالس إدارة الموظفين التي تبرر اتجاه هذه الانتخابات، خارج مكان العمل أو خارج المصلحة، في مجال المنتخبين الخاص. وتكون بالتالي الدعاية النقابية أيضاً لانتخاب مجالس إدارة الموظفين في مكان وخلال أوقات العمل، وتحظى مبدئياً بالحماية الدستورية.

وستفقد هذه الحملة الانتخابية معناها إذا تم منع نقابة أو أعضائها من انتقاد نقابات أخرى. ولا يمكن أن يتصور حملة انتخابية بدون تضارب الآراء، ولا من ردود فعل النقابات الأخرى ورفضها لهذه الأقوال، ويجب أن يقبل ذلك كله.

ويعتبر تنظيم حق النقابات وهيكلته اللاحق للمشاركة في تمثيل الموظفين - رغم ذلك - من الاختصاص المحفوظ للمشرع. ولا يختلف هذا عما يحدث مع سلطة التسريع للاتلافات التي تضمنها الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [107] ورقم 18/18 [27]).

ويمكن للمشرع أن يأخذ بعين الاعتبار، في هذا التنظيم، وظائف المرفق العمومي واختلافه مع أنشطة الشركة الخاصة وأيضاً مع خصوصيات قطاعات المرفق العام (حكم المحكمة الدستورية

الفيدرالية رقم 319/17 [334]. ويجب أن يحترم ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

يمكن القول أيضا بأنه لا تقبل الأنشطة النقابية في مجال تمثيل الموظفين إذا ترتب عنها ضرر في ممارسة الخدمة أو أداء واجبات ووظائف المرفق، أو احترام النظام داخل أماكن العمل. ولا يقبل أيضا أن تقيد حرية بعض الأشخاص، - على سبيل المثال، مدير المكتب وموظفون آخرون حسب منصبهم أو أعضاء مجلس إدارة الموظفين - في ممارسة النشاط الدعائي للنقابات في انتخابات مجالس إدارة الموظفين.

ويبقى المجال مفتوحا هنا للإشارة إلى مدى اتساع نطاق هذه القيود. ولا تحمي الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي في حالة مجالس إدارة الموظفين، إلا مجالا محدودا من مجالات النشاط النقابي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [106، 108]، [334] 319/17 ورقم 18/18 [27]). وسينتهك هذا المجال ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي إذا خضعت الدعاية لانتخابات مجالس إدارة الموظفين للقيود التي لا علاقة لها أو غير مطلوبة لضمان اتجاه وغاية الانتخابات الحرة لمجالس إدارة الموظفين (انظر أيضا المادة 26 من قانون تمثيل مجالس الموظفين)، وأداء مهام المصلحة، والنظام في مكان العمل ورفاهية الموظفين العموميين (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 18/18 [27]). ولا يوجد أي مبرر لمنع العام للقيام بالدعاية النقابية لانتخابات مجالس إدارة الموظفين في مجال المرفق العام.

ويتمتع بالحق الأساسي في حرية تكوين النقابات المكفول لكل فرد وأيضا لجميع العمال الموظفين العموميين (انظر المادة 91 من قانون الوظيفة العمومية). رغم أنه لم يُنظر لحد الآن فيما إذا كان هذا الحق الأساسي، مقيدا أو يمكن أن يقيد، في ارتباط بالطاعن كموظف عمومي. يمكن أن يتم تفسير التقييد الواسع للحق الأساسي على ضوء الفقرة 5 من المادة 33 من القانون الأساسي. ومع ذلك، لا يمكن أن يندرج المنع العام للمشاركة للنشطة للموظفين العموميين في النقابات ضمن مبادئ وظيفة الموظف العمومي، كما لا يمكن أن تفرض بواسطة مفهوم المرفق والغاية منه.

ويمكن أن يكون تقييد الحقوق وفقا للفقرة 5 من المادة 33 من القانون الأساسي ممكنا ومطلوبا بناء على الامتثال لمفهوم مركز الموظف العمومي والمقصود منه<sup>45</sup> (المادة 2 من قانون الوظيفة العمومية الفيدرالية). ولم يتم تحديد إلى أي حد يمكن أن تستمد هذه القيود على النشاط النقابي من مركز الموظف العمومي الذي يشغله الطاعن كمراقب الشحن والتفريغ في السكك الحديدية الفيدرالية.

45. المادة 2: يقصد بالموظف العمومي الفيدرالي الشخص المتعاقد في القطاع العام (موظف القطاع العام) مع الاتحاد أو مع مؤسسات تجارية غير مباشرة أو منشآت أو مؤسسات القطاع العام. الشخص الذي يرأس اتحادا عماليا يعتبر موظفا عموميا فيدراليا. الموظف الذي يرأس مؤسسة فيدرالية غير مباشرة أو منشأة أو مؤسسة من القطاع العام، يعتبر موظفا عموميا فيدراليا غير مباشر.



وينتج عن هذا أنه لا يمكن أن يفرض المنع العام للقيام بأنشطة دعائية نقابية في مجال الخدمة لانتخابات مجالس إدارة الموظفين الذي يطال نقابات أخرى، على موظف عمومي دون انتهاك الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

وتنتهك أيضا الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي إذا استنتجت المحكمة قاعدة معينة واعتبرتها متسقة مع القانون الأساسي، من خلال تفسير هذا المنع. وهذا هو ما فعلته - بالرغم من ذلك - الغرفة التأديبية التابعة للفيديرالية، ويستند حكمها هذا إلى هذا التفسير الذي تجاهل مدى الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

ويعتبر بالتالي القرار الصادر عن الغرفة والقرار التأديبي اللذان تم التأكيد عليهما بناء على حكم ملغيين.

## الحكم 101

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 133/42 يتعلق بالدعاية الانتخابية

لا تحمي الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي الدعاية الانتخابية لاتحاد نقابات العمال في إجراء الانتخابات السياسية العامة.

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 28 أبريل 1976 يتعلق بطعن الحماية رقم 71/73

لا يندرج نشر الدعوات النقابية من أجل إجراء الانتخابات البلدية ضمن الحماية الخاصة التي يوليها الدستور للنشاط النقابي (الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي) والتي ينشدها الطاعن.

تتمتع النقابات بالحرية في إطار القوانين الجاري بها العمل لتحديد بنفسها على أي نحو تريد تحسين ظروف عمل أعضائها وظروفهم الاقتصادية.

وتستهدف الحماية الدستورية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي الأنشطة ذات الطابع النقابي خاصة (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 319/17 [333] ورقم 18/18 [27]). وتشمل بالتالي حماية الدستور أنشطة تتجاوز هيكله ظروف العمل والظروف الاقتصادية عن طريق الاتفاقيات الجماعية (حكم رقم 303/19 [313]). غير أن تحديد مدى صحة ما سبق، كما يقترح الطاعن ذلك، للأنشطة السياسية للنقابات، لا ينبغي البت فيه هنا. لكن على أي حال لا تتمتع الدعاية الانتخابية التي تقوم بها النقابات للانتخابات السياسية العامة بالحماية المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 9 من القانون الأساسي.

يتنافى قبول طعن الحماية المتعلق بالدعاية الانتخابية التي يقوم بها للمجموعات الفردية مع طبيعة الانتخابات من منظور تمثيل الشعب في الفيدرالية والولايات والمقاطعات والبلديات المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 38 والعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 28 من القانون الأساسي. وتسعى الديمقراطية البرلمانية، كما حددها القانون الأساسي، إلى ضمان المساواة بين كافة القوى السياسية من أجل البحث عن التأثير على الانتخابات وتكوين إرادة الشعب، سواء تعلق الأمر بالمجموعات أو الأفراد.

ويعبر عن هذه المساواة دستوريا من خلال المساواة في الحماية للدعاية في الانتخابات السياسية ذات الطابع العام التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 38 والعدد 1 من الفقرة 1 من المادة 28 والعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 28 والمادة 5 من القانون الأساسي.

وسيرتب عن قبول الحماية الدستورية الخاصة بالدعاية الانتخابية التي يقوم بها أفراد المجموعات التي تتجاوز على سبيل المثال، الدعاية التي تضمنها الوظيفة العمومية، تفضيل تلك الفرق التي تعترض على مبدأ الديمقراطية البرلمانية. ولهذا لا يمكن أن تطبق حماية نشاط نقابي معين بناء على ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

ولا تندرج، وفقا لذلك، الدعاية للنقابات في الانتخابات العامة، ضمن «المجال المركزي» للأنشطة النقابية المحمية (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [108] ورقم 303/19 [321] ورقم 295/28 [303]). ولا تكون الحماية الدستورية للدعاية الانتخابية التي تقوم بها الجمعيات والنقابات في الانتخابات السياسية العامة لا ضعيفة ولا قوية كحماية الدعاية الانتخابية لفرق أخرى.

## الحكم 102

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 295/28

#### يتعلق بانضمام الأعضاء إلى النقابة

يندرج في النشاط المضمون دستوريا للنقابات وأعضائها أيضا قبول انضمام أعضاء جدد. ويمكن للمشرع أن يقيد الحق في هذا النشاط مادام الأمر يتطلب ذلك من أجل حماية الحقوق القانونية الأخرى.

يتوافق منع أعضاء من مجلس إدارة الموظفين المنظمين نقابيا من إدماج أعضاء في نقاباتهم خلال أوقات العمل وداخل أماكن العمل، مع ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 26 مايو 1976 [....]

## الحكم 103

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية 290/50 يتعلق بقانون التعاون بين الإدارة والموظفين

يتوافق مشاركة العمال في إدارة الشركات وفقا لقانون التعاون بين الإدارة والموظفين المؤرخ 4 ماي 1976 مع الحقوق الأساسية للشركات المشمولة بالقانون ولحملة الأسهم ولأرباب الجمعيات.

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ فاتح مارس 1979 يتعلق بطعن الحماية 532، 533/77 و 21/78

لا يتفق طعن الحماية والحكم الابتدائي لمحكمة الدولة بناء على قانون التعاون بين الإدارة والموظفين؛ ويكون متعارضا مع حرية تكوين النقابات التي تضمنها الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي. ويضمن هذا الحق الأساسي التأسيس القانوني لحرية التفاوض الجماعي في حد ذاته وبواعثه التي نذكر منها: ضمانات حرية تكوين النقابات والاستقلالية للمعارضة التي لا تتمتع بها نقابات العمال فقط وإنما يتمتع بها أيضا أرباب العمل [...]

ولهذا ينتهك قانون التعاون بين الإدارة والموظفين الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، لأن هذا القانون يسمح بتأثير المنافسين الاجتماعيين على جمعيات أرباب العمل، وبشكل بالتالي ضررا على وجود ونشاط نقابات أرباب العمل - وبشكل خاص على قدرتها وجاهزيتها في حالة نشوب نزاعات - ويمنع وظيفة نظام التفاوض الجماعي المضمونة من السريان.

كما يشير منطوق الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي والتطور التاريخي، إلى حرية تكوين النقابات، أولا وقبل كل شيء، وهو أولا حق في الحرية، إذ أنها تضمن الانسواء تحت لواء النقابات لتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية والتحقيق المشترك لهذه الأهداف (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [106] ورقم 386/38 [393]).

ويجب، في كلا الحالتين، أن يحدد المشاركون بأنفسهم تحت مسؤوليتهم الخاصة، بعيدا عن أي تأثير للدولة، عناصر الحماية، التي تكمن في حرية تكوين النقابات والانخراط فيها، وحرية الدخول والمكوث فيها، وحماية النقابات في حد ذاتها (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [101] والتي تليها) ورقم 303/19 [312، 319] [295/28 [304]] وحماية حقهم في تحقيق الأهداف المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي عن طريق أنشطة معينة ذات طبيعة نقابية (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 303/19 [312]، ولزيد من التفاصيل الحكم رقم 295/28 [304]).

ويندرج ضمن ما سبق عقد المفاوضات الجماعية التي تنظم من خلالها الجمعيات النقابية، خاصة منها الأجور وظروف العمل الأخرى ذات الطابع المادي في المجال الذي تراجعت فيه الدولة عن صلاحياتها التنظيمية، ويكون ذلك تحت مسؤوليتها بدون أي تأثير للدولة (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 322/44 [340] مع مزيد من التفاصيل).

وتأتي في هذا السياق حرية تكوين النقابات لترتيب الحياة العملية (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [107] وأيضا الحكم رقم 18/18 [27]). ويجب عليها، كشريك في العقود الجماعية، أن تهيك نفسها بحرية دون معارضين ومنظمة بناء على أسس قطاع الأعمال (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 18/18 [28]).

ويجب أن تكون بنيتها مستقلة بما فيه الكفاية، كي تتمكن من تمثيل مصالح أعضائها في المجال المهني والاجتماعي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [107] وأيضا الحكم رقم 18/18 [27]) وتقر بإجبارية القانون الجماعي المعمول به (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، المصدر السابق). تسند الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي للجمعيات النقابية، مبدئيا، أن تختار الوسائل التي تعتبرها ملائمة لتحقيق أهدافها (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 18/18 [29] والتي تليها خاصة منها 32).

وتتطلب أيضا حرية تكوين الجمعيات النقابية التي تضمنها الفقرة 1 من المادة 9 من القانون الأساسي بشكل خاص، تنظيما تشريعيا مسبقا، لا ينص فقط على إنشاء المؤسسات القانونية والإطار التنظيمي المطلوب لممارسة الحريات التي يضمنها الحق الأساسي، وإنما ينص أيضا على مجموعة من المصالح التي تتضرر بفعل النشاط النقابي، وخاصة منه، في مجال التنظيم الاقتصادي والاجتماعي، التي تتطلب تنظيمات قانونية يمكنها أن تقيد حرية تكوين النقابات. فموضوع الضمانات مرتبط بالأحرى بالظروف الاجتماعية والاقتصادية التي هي في طور التحول والتي تتطلب على الدوام، خلافا لحريات أخرى، مزيدا من التحول والتطور.

وانطلقت المحكمة الدستورية الفيدرالية نتيجة لذلك، في أحكامها القضائية، بأن الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي لا تحمي سوى حرية تكوين الجمعيات في جانبها الأساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 303/19 [321] والتي تليها) مع مزيد من الإشارات ورقم 295/28 [304] ورقم 281/38 [305] ورقم 386/38 [393]).

ويفسح الحق الأساسي للأشخاص المحميين وللجمعيات، التي ليس لها وضع دستوري، مجالا للقيام بأنشطتهم بشكل غير محدود وغير قابل للتقييد (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 386/38 [393]). أضف إلى ذلك أن تحديد مدى حرية تكوين النقابات وهيكله وتنظيم صلاحيات النقابات بشكل خاص هو شأن يدخل أساسا في اختصاص المشرع.

ويمكن لهذا الغرض، أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار المتطلبات الخاصة للقضية التي هو بصدد تنظيمها. غير أن الحق الذي تتمتع به الجمعيات النقابية في تطوير أنشطتها لا يمكن أن يخضع إلا للقيود المطلوبة لحماية حق قانوني آخر. وعلى هذا النحو تنتهك التنظيمات التي ليس لها مبرر المضمون الأساسي للنشاط النقابي الذي يحظى بحماية الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 303/19 [321] والتي تليها) رقم 295/28 [306].

ويطبق هذا أيضا على ضمانات التفاوض الجماعي العام، إذ لا تضمن هذه الأخيرة فقط المطلب الخاص الذي حققه نظام التفاوض الجماعي لدى دخول قانون الاتفاقية الجماعية المشتركة حيز التنفيذ. لأن هذا القانون يخول للمشرع مجالا واسعا للتنظيم (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 312/20 [317]) ويتيح له إمكانية تكييف القدرة على التفاوض مع الواقع الاجتماعي، بحيث تتمكن النقابات من أداء مهامها (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 312/20 [318]).

ويمنع فعلا الحق الأساسي في حرية تكوين النقابات أن تخضع القدرة على التفاوض إلى الظروف التي لا تتطلبها القضايا في حد ذاتها، بل لا يراعى فيها إلا تنظيم الحياة العملية التي تركز على مصالح عامة (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 18/18 [27]).

ولا يقتصر عمل المشرع بعد هذا كله، على التطوير المناسب لنظام التفاوض الجماعي، ولا تقتيد سلطته التنظيمية بالمجال المركزي لحرية تكوين النقابات المضمون دستوريا؛ وعلى ضمان نظام التفاوض الجماعي المحمي والمنظم قانونيا الذي يجب أن يتمتع أعضاؤه بحرية تكوين الجمعيات طبقا للمنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 96/4 [106] وأيضا الحكم رقم 281/38 [305] والتي تليها).

لا تتدخل المواد 7 و27 و29 و31 من قانون التعاون بين الإدارة والموظفين في المجال المركزي لحرية تكوين النقابات الذي يحظى بحماية الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، كما أنها لا تؤثر على حرية تكوين النقابات والالتحاق بها، ولا على ضمان النشاط النقابي بعيدا عن تدخلات الدولة، بل تضيف، بطريقة لا تنتهك الدستور إلى نظام الاتفاقية الجماعية، شكلا إضافيا لتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية. إلا أنه لا يمكن القول بأن ذلك قد يؤدي إلى العجز الوظيفي لاستقلالية التفاوض الجماعي.

لن تتأثر حرية إنشاء النقابات وحرية الانضمام إليها أو الانسحاب منها أو المكوث فيها، بالأحكام المطعون فيها. وتسري هذه الأخيرة على النقابات التي ينتمي إليها أرباب العمل [...].

يمكن لمسألة توافق القواعد المطعون فيها التي يجري الفحص بعدم دستوريته على ضوء الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي أن تؤثر على الضمانات المنصوص عليها في القانون الأساسي المرتبطة بنظام التفاوض الجماعي.

يُحتفظ بهذا الأخير بدون أي تعديل. ويعزز قانون التعاون بين الإدارة والعاملين، إلى جانب التفاوض الجماعي، المشاركة في تقرير شؤون العمال كشكل موسع لتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية، لن يتعارض عندئذ مع الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

لا يضمن الحق الأساسي، كما تمت الإشارة إلى ذلك، وجود نظام التفاوض الجماعي والنزاعات العمالية في تشكيلها بالتحديد. كما لا يمكن أن تفسر الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي على نحو يضمن نظام التفاوض الجماعي كشكل خاص لتحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية. وسيتعارض هذا مع الفكرة الأساسية والتطور التاريخي لحرية تكوين النقابات الذي يكسبه مفهوما مناسباً للتفسير.

يضمن كحق في الحرية، وفقا ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، في مجال حر لتنظيم الدولة فيه، ويمكن أن يحدد المشاركون، تحت مسؤوليتهم، كيف يرغبون في تحسين ظروف العمل والظروف الاقتصادية. ولا يعترف بأن هذا لا يكون ممكناً إلا عن طريق التفاوض الجماعي، بحيث يفرضي هذا الحل إلى تقييد الحرية المضمونة. وأخرى أن ينظم ويستجيب لحياة العمل، كما تنص على ذلك الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

ويمكن أن يتم الوصول إلى ذلك بطرق مختلفة؛ لن تكون فقط عن طريق بنيات تتحدد، شأنها شأن نظام التفاوض الجماعي، من خلال العناصر الأساسية لتضارب الآراء والنزاعات والنضال، بل أيضا من خلال تلك التي تسمح في الحقيقة باتفاق تعاون وحتى عندما لا تستبعد النزاعات وحلولها. والسبيل الثاني يسمح بتبرير عمل الاستجابة للطلبات [...]

ويجب في هذا السياق أن يؤخذ بعين الاعتبار أولا حالة التعارض بين مدى تحقيق استقلالية الشريك ونظام التفاوض الجماعي، وحالة نشوء خلاف بين الإدارة المشتركة ونظام التفاوض الجماعي، ويراعى أيضا ضمان استقلالية المعارض بشكل كاف لكي يتمكن من تمثيل مصالح أعضائه بشكل مناسب وفعال في المجال الاجتماعي والاقتصادي.

ويكون بإمكان قانون التعاون بين الإدارة والموظفين، في حالة استحالة تحديد ذلك في الواقع، أن يفسح المجال لتأثير النقابات أو العمال على نقابات أرباب العمل. رغم أنه تأثير غير واضح للامتثال للأحكام القانونية، ومع ذلك لا يمكن أن يستبعد تماما. ولا يدخل تقييد استقلالية

المعارضين في نقابات أرباب العمل التي يمكن أن تنشأ عن هذا في المجال الأساسي للفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

ويخدم اشتراط استقلالية نقابات أرباب العمل قبل كل شيء مصالح شركاتهم. ويجب أن تراعى هذه المصلحة أعضاء الأجهزة التمثيلية للشركات المساهمة، ويجب عليهم بالتالي أداء وظائفهم لفائدة الشركات بصرف النظر عن النزاعات الشخصية المحتملة أو تضارب المصلحة، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 93 من قانون العمل والمادة 43 من قانون الشركات ذات المسؤولية المحدودة والمادة 34 من قانون التعاونيات التجارية والصناعية.

ويطبق هذا أيضا على المدراء حسبما هو منصوص عليه في المادة 33 من قانون التعاون بين الإدارة والموظفين. ويتيح التنظيم القانوني الوسائل الكفيلة بإنزال العقوبة على عدم الامتثال لهذا الواجب. ويطبق نفس الشيء على الوظائف المسندة لأعضاء الأجهزة التمثيلية في إطار نظام التفاوض الجماعي.

إلى حد الآن تم الانطلاق أساسا، لمراجعة الدستور، بأنه يجب على ممثل الشركات الخاضعة لإدارة مشتركة في نقابات أرباب العمل، أن يتصرفوا وفقا لهذا الواجب القانوني، الذي يمنع عليهم ضمان مصالح نظرائهم. ولا يمكن أن ينسب هذا السلوك غير القانوني للمشاركين. وتثار مع ذلك في حالات معينة شكوك حول هذا الواجب القانوني، ولا يمكن أيضا أن يستبعد تأثير الآراء المتضاربة على الأفكار وأشكال التفكير التي تتحدد هنا، وتوجد تأثيرات للمخططات وتجارب حياة للمشاركين ولا يمكن في هذا الصدد أن يتم مقارنة المساهمين ولا العمال.

يلاحظ بالرغم من الأهمية الكبرى للشركات الخاضعة لإدارة مشتركة في نقابات أرباب العمل، بأنه يوجد تقليص بشكل واضح لتأثير عمال ونقابات الشركات المساهمة على جمعيات أرباب العمل، وتأثير هذه الأخيرة على نقابات أرباب العمل.

وأخيرا، لا يمكن أن يترك الأخذ بعين الاعتبار بأن جمعيات أرباب العمل تنتمي أيضا إلى الشركات غير الخاضعة لإدارة مشتركة. وتكون أمام هذا الوضع درجة تأثير العمال على جمعيات أرباب العمل ونقاباتهم ضعيفة بشكل كبير مقارنة بدرجة تأثير العمال على الشركات الخاضعة لإدارة مشتركة. ويجب أيضا أن يؤخذ بعين الاعتبار أنه يوجد في الاتفاقيات الجماعية إضعاف أو إلغاء تأثير العمال والنقابات عن طريق الأنظمة الأساسية القانونية.

حسبما سبق، لا يثير - التأثير القائم - مبدئيا أية شكوك حول استقلالية المعارض في نقابات أرباب العمل ولا يتنافى بالتالي مع الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

## الحكم 104

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 212/84 يتعلق بإغلاق المصانع والمنشآت في وجه العمال

تطبق أيضا حرية تكوين الجمعيات النقابية المنصوص عليها في المادة 9 الفقرة 3 من القانون الأساسي على العمال وعلى أرباب العمل. كما تحمي وجود النقابات والأنشطة التي تؤديها من أجل حفظ وتعزيز ظروف العمل والظروف الاقتصادية، وبقدر ما يتوقف تتبع أهداف تكوين النقابات على استعمال وسائل معينة، فإن هذه الأخيرة تكون محمية بموجب القانون الأساسي.

يتم إدراج إجراءات النضال العمالية الكفيلة بإبرام العقود الجماعية في إطار الوسائل المحمية بمقتضى الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، ويندرج في هذا الإجراء الأعمال التي تضمن حرية تكوين النقابات نظرا لكونها ضرورية لضمان استقلالية التعرفة. وتشمل في ظل هذه الظروف الحرية التي يخولها القانون الأساسي أيضا والمتعلقة بعقود التوظيف من طرف رب العمل («بطالة تقنية»)، ولن يكون لهذا التعليق أثر إيقافي، ويكون هدفه إعادة إقامة المساواة التفاوضية أثناء الإضرابات الجزئية أو الإضرابات في قطاع معين.

يمكن تقييد حرية تكوين النقابات، وذلك بهدف حماية الحقوق الأساسية لأطراف ثالثة، أو لأشخاص آخرين يتمتعون بحقوق ذات طابع دستوري. ومع ذلك، فإن هذا يتطلب هيكل النظام القانوني، ويكرس تأثيرا متبادلا في العلاقة بين الأطراف أثناء التفاوض الجماعي.

يتوافق تقييد تدابير النضال العمالي، الذي يهدف إلى تحقيق توازن تفاوضي (مساواة تفاوضية) في حالة حدوث نزاع أثناء التفاوض الجماعي، مع الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي. ويمكن أن يقيد إغلاق المصانع والمنشآت في وجه العمال من أجل الدفاع تجاه الإضراب الجزئي وذلك استنادا إلى مبدأ التناسب.

تكون المحكمة الفيدرالية بذلك مختصة بالنظر في علاقات العمل بأنها لم تنتهك الدستور، خاصة منها الفقرة 3 من المادة 9 والفقرة 3 من المادة 20 من القانون الأساسي بعد تطور مبدأ الحق في النزاع العمالي، دون الاستناد إلى النظام المنظم قانونيا.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 26 يونيو لسنة 1991 يتعلق بطعن الحماية  
رقم 779/85**

يوجه طعن الحماية ضد حكم المحكمة الفيدرالية للعمل الفيدرالية المختصة بعلاقات العمل التي تعتبر قرار إغلاق المنشآت في وجه العمال الذي اعتمده الطاعنة غير قانوني، وذلك في إطار منازعات العمل التي تشارك فيها جمعيات أرباب العمل.



لم يتم انتهاك الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي؛ ذلك أن الحكم الذي تم الطعن فيه يتدخل بالفعل في حرية الجمعية النقابية للطاعة، ومع ذلك فإن هذا التدخل لا يتعارض مع القانون الأساسي.

تطبق حرية تكوين الجمعيات النقابية طبقاً للفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي على جميع الأشخاص والمهنة. ورغم أن العمال ظفروا بها عبر التاريخ وتمتعوا بها، فإنها لم تهيكلك حق أساسي خاص بالعمال، وبأنها أصبحت متاحة أيضاً لأرباب العمل، وينص عليه القانون الأساسي في نفس هذا الاتجاه تماشياً مع ما يقتضيه تنظيم سير دستور فايمار (المادة 65)<sup>46</sup>. كما لا تنحصر الحقوق الأساسية على حرية الخواص في تكوين الجمعية النقابية من هذا النوع أو الانخراط أو البقاء فيها أو مغادرتها. إضافة إلى ذلك، فهذا القانون يوفر الحماية للجمعية النقابية نفسها ولبقائها ونشاطها بالقدر الذي تساهم به في تعزيز وحفظ الظروف الاجتماعية والاقتصادية. - ورغم أنه لم يقل هذا صراحة - على عكس ما كان سائداً في دستور فايمار، فإنه مع ذلك يستنتج من اعتماد مقاصد الجمعية النقابية في مجال حماية الحق الأساسي (انظر الحكم رقم 96/4 -ص. 101 والتي تليها)، 290/50 [ص. 367] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يكن الهدف الأساسي للنقابات التي تتمتع بالحماية، حسب الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، في عقد الاتفاقيات الجماعية. ويجب طبقاً لهذا بمقتضى القانون الأساسي أن تكون الجمعيات حرة (انظر الحكم رقم 322/44 [ص. 34] مع مراجع أكثر، 290/50 [ص. 367] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) ويترك القانون الأساسي صلاحية اختيار الوسائل التي تراها ملائمة لبلوغ هذه الأهداف لتقدير الجمعيات النقابية (انظر الحكم رقم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 18/18 [ص. 29 والتي تليها] 290/50 [ص. 368]).

وبقدر ما يتوقف تحقيق أهداف الجمعية على استعمال وسائل معينة، فإن هذه الأخيرة سيتم التنصيص عليها في مجال حماية الحقوق الأساسية. ويوجد أيضاً ضمن الوسائل المحمية التدابير من أجل النضال العمالي التي تسير في اتجاه عقد اتفاقية جماعية، ويتم التنصيص عليها في جميع الحالات ضمن حرية تشكيل الجمعيات النقابية بالقدر التي تكون ضرورية لضمان فعالية استقلال التفاوض الجماعي، وفقاً لما ينص عليه العدد 3 من الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

فإذا كان شأن إغلاق المنشآت في وجه العمال يهم وسائل النضال العمالي المحمية، لم تثبت فيه المحكمة الدستورية الفيدرالية، ولا المحكمة الفيدرالية للعمل، ولا أيضاً الحكم المطعون فيه (انظر

46. العمال والمستخدمون مدعوون للمشاركة بنفس الحقوق التي يتمتع بها أرباب المقاولات في تعديل شروط المرتب والعمل وأيضاً التأهيل الاقتصادي الإجمالي للقوى الإنتاجية. كما يتم الاعتراف بمنظمات واتفاقيات كلا الطرفين [...]

الحكم رقم 386/38 [ص. 394]، 195/48 [ص. 203] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، فإنه بالمقابل تعتبر المحكمة الفيدرالية للعمل لإغلاق المنشآت في وجه العمال، كرد فعل على الإضراب المحدود جزئياً، وفي ظروف اقتصادية معينة كوسيلة جوهرية لتمديد العقد الجماعي، وهذا أمر لا جدال فيه من المنظور الدستوري.

يا لها من حماية شاملة تلك التي يحظى بها إغلاق المنشآت في وجه العمال من الناحية الدستورية ! ذلك أنه لا يتطلب حكماً نهائياً؛ فالحماية في جميع الحالات تشمل إغلاق المنشآت من النوع الذي نحن بصدد مناقشته هنا، ويُدرج بأثر واقف في الدفاع ضد الإضرابات الجزئية - أو وجهات النظر - لتحقيق المساواة التفاوضية. ولا ينتج بصفة عامة عن هذا الصنف من إغلاق المنشآت أي ضرر، ذلك أنه عن طريق الاعتراف بالحق في الإضراب، يلقي من جديد بعبء تحقيق المساواة التفاوضية المنشودة على عاتق العامل.

فبأي إمكانيات، وإلى أي مدى يمكن للجمعية النقابية أن تدخل هذه الوسيلة التي تحظى بالحماية من الناحية الدستورية؟

على خلاف الأمر في حال الإضراب الذي لم يقرر في مجال الحماية، وإنما قرر في مجال التنظيم في إطار القانون الأساسي من طرف النظام القانوني.

2. لم تنتهك بالتالي المحكمة الفيدرالية للعمل حرية إنشاء الجمعيات النقابية للطاعة، وتكون بذلك قد طورت مبادئ تنظيمية دون أن تعتمد على نظام يجري تنظيمه قانونياً.

أ) وعليه، فإن المحكمة الفيدرالية المختصة بعلاقات العمل لم تكن في وضع يسمح لها بتحديد سلطة الطاعة لإغلاق المنشآت، ذلك أن هذا الأمر شأن يرجع إلى اختصاص المشرع. ويذهب اجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية الذي سهرت على تطويره، إلى أنه يجب على المشرع أن يتخذ القرارات الجوهرية في المجالات التنظيمية الأساسية (نظرية الجوهرية، أنظر الحكم رقم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية [ص. 126 والتي تليها] مع مزيد من الشروحات) التي تطبق على العلاقة بين الدولة والمواطنين.

وتخضع الدولة، في حالة التدخل في مجال الحريات الأساسية، إلى المجال المحفوظ للقانون. ولا يمكن لها في عدة مجالات، أن تتصرف إلا بعد حصولها على ترخيص بواسطة قانون صادر عن البرلمان. وقد حدد حجم هذا المبدأ الاجتهاد القضائي على أساس نظرية الجوهرية.

ب) ويتعلق الأمر في هذه الحالة بسرد أصحاب الحقوق الأساسية من نفس الترتيب. وقد أعلنت بالتأكيد المحكمة الدستورية الفيدرالية في أكثر من مناسبة بأن تنظيم حرية إنشاء الجمعيات

النقابية «شأن يخص المشرع». (انظر الحكم رقم 290/50 [ص. 368 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية والحكم رقم 220/57 [ص. 245 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وبأسلوب يوغن بيزن الانتقادي حول واجب التنظيم، (المجلة الإدارية الألمانية) 1984، [ص. 1102-1105].

لكنه، في مقابل ذلك، لا تنشأ آثار عن حل النزاعات بين الجمعيات النقابية، ويجب على المحاكم في حال عدم وجود أسس قانونية كافية، أن يتفرع الحق المادي من مبادئ الحق ذي طبيعة عامة، قائم على مناهج معترف بها لتحديد الحق، حتى تكون ملائمة مع الحالة الخاصة. ويطبق هذا كلما دعت الحاجة إلى قاعدة قانونية ضرورية، - مثلا - يقتضيها واجب الحماية الدستورية (انظر الحكم رقم 242/81 [ص. 256] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) ولا يمكن للمحاكم إلا بهذه الطريقة أن تؤدي الواجب المسند إليها في القانون الأساسي، والذي يكمن في البت قانونيا في جميع المنازعات القانونية التي ترفع إليها.

3. لا ينتهك أيضا القرار المطعون فيه محتوى الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي

أ) يضمن الحق الأساسي في حرية إنشاء الجمعيات النقابية بدون أي تحفظ، لكن هذا لا يعني أنه تم استبعاد أية إمكانية مسبقا لإخضاعها لقيود. ويمكن أن تبرر هذه الأخيرة استنادا إلى الحقوق الأساسية لأطراف ثالثة وأشخاص آخرين يتمتعون بحقوق دستورية (انظر الحكم رقم 243/28 [ص. 260 والتي تليها] ورقم 173/30 [ص. 193] ورقم 70/57 [ص. 98 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة).

تتطلب حرية إنشاء الجمعيات النقابية، زيادة على ذلك، تنظيما في النظام القانوني، بهدف توطيد العلاقة بين الأطراف في الاتفاقية الجماعية، ويسمح لها هذا التنظيم أن تُكسب كلا الطرفين الحماية المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي. فإذا كان المشرع يتمتع بصلاحيات تنظيمية واسعة تُمكنه من حماية الحقوق القضائية (انظر الحكم رقم 295/28 [ص. 306] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، فهذه مسألة لا ينبغي التعمق فيها هنا. فالقيود المنصوص عليها في الحكم القضائي المطعون فيه هو اختصاص من أجل الإغلاق المؤقت الذي يمكن أن يبرر بدعوى حماية الحقوق الأساسية للعامل الذي اعتُرض عليها.

ولا تمنح هذه القضية فرصة لتحديد حدود «النواة المركزية» غير القابلة للتصرف، بدقة شديدة، لحرية إنشاء الجمعيات النقابية (انظر الحكم رقم 96/4 [ص. 106] ورقم 319/17 [ص. 333 والتي تليها] ورقم 386/38 [ص. 393] ورقم 233/58 [ص. 247] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويوجد ضمن هذه الأخيرة بالتأكيد الأهلية التي يتمتع بها كلا الفاعلين الاجتماعيين للتفاوض فيما بينهما، بمن فيهم رب العمل في حال حدوث منازعات في العقد الجماعي، غير أنه لم

تتم مناقشة ما إذا كان بوسع هذه الأهلية أن تقود إلى نضال عمالي فعال. ولهذا فالقيود المفروضة على الطاعة في ممارسة حقها في القيام بإغلاق المنشآت لا تنتهك المحتوى الجوهرى لحرية إنشاء الجمعيات المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، ولا تتدخل بطريقة غير مقبولة في الحق الأساسي (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 159/55 [ص. 163]).

ب) وإذا كانت المحكمة الفيدرالية للعمل لطورت بالقدر نفسه المبادئ التي كانت تفتقر إليها مسائل الإجراءات حول التنازع العمالي العمالية، فإنه يجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تفحص ما إذا كان المشرع قد أقر هذه المبادئ التوجيهية القانونية دون أن ينتهك الحق القانوني للطاعة (انظر الحكم رقم 231/59 [ص. 256 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن أن ترصد هذه الحدود إذا كانت القدرة التفاوضية لأرباب العمل مضمونة عند حدوث خلافات حول الاتفاقيات الجماعية، بما في ذلك القدرة على القيام بنضال عمالي فعال، كما أن هذا النشاط النقابي لا يخضع لقيود أكثر مما تفرضه حماية الحقوق الأساسية للعمال. ولقياس هذا، فقد راعى هذا الحكم المطعون فيه وضعية الفحص الدستوري.

ولا يُناقش، من الناحية الدستورية، الرأي الأساسي للمحكمة المختصة بقضايا العمل الذي يعتبر الإجراءات المتخذة من أجل النضال العمالي صالحة لتحقيق توازن تفاوضي في حال حدوث نزاعات خلال التفاوض الجماعي (المنافسة تفاوضي). ومن أجل هذا الغرض يجب تقويمها.

ولا يقيد اتخاذ التدابير من أجل نضال العمال من خلال هذا المبدأ إلا إذا لم ينتج عن ذلك عدم التوازن في المفاوضات الجماعية. وتتوافق مثل هذه القيود مع الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، كما تُستعمل استقلالية المفاوضات الجماعية لإحداث توازن بشكل فردي في النقص الهيكلي للعمال في حال إبرام اتفاقية عمل بواسطة مفاوضات جماعية، وتسهيل تعاقد متوازن للأجور وظروف العمل. وما دام النضال العمالي يؤدي إلى اختلال التوازن، فهذا سيُخل بالقدرة الوظيفية لاستقلالية التفاوض الجماعي.

وتكون الشكوك المثارة حول «مبدأ المنافسة» التفاوضي من طرف الطاعة غير مناسبة، ولا يمكن أيضا التشكيك في قدرة رب العمل على القيام بنضال عمالي فعال بواسطة تنظيم يؤدي إلى إقامة توازن تفاوضي بين الأطراف خلال المفاوضات الجماعية. ومادام لا يمنع رب العمل من اتخاذ الوسائل المطلوبة لتحقيق هذا التوازن، فلن تنتهك حرية إنشاء الجمعيات والحرية النقابية، ويمكن أن تهيك هذه الحرية الأخيرة من خلال إمكانية منع وقوع اختلال في توازن المفاوضات. فالفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي تكفل الاختصاص اللامحدود من أجل استعمال جميع أشكال النضال الممكنة.

ج) يُؤثر الإغلاق المؤقت للمنشآت على حوالي 130.000 عامل مُقابل 4300 مُضرب عن العمل، بنسبة ثلاثين مقابل واحد. ويكون، بسبب إغلاق المنشآت في وجه العمال، قد ضاع في يوم واحد ضِعْف ما ضاع في عدة أيام من العمل خلال أسبوعين من الإضراب النقابي. وتمكنت المحكمة الفيدرالية للعمل من اتخاذ هذا القرار كدافع لتصنيف إغلاق المنشآت كعمل غير قانوني وذلك دون التضييق بشكل غير متناسب وبواسطة تقييم على النشاط النقابي للطاعة.

## الحكم 105

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 365/92 يتعلق بأجرة ساعات العمل الأقصر

يتوافق العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 116 من قانون دعم العمالة مع القانون الأساسي. فإذا نتجت عن هذه القاعدة تفاوتات هيكلية بين أطراف عقد العمل الجماعي، التي لا تسمح بإجراء مفاوضات متوازنة حول الظروف الاجتماعية والاقتصادية، فإنه لا يمكن أيضاً إيجاد حل لها بواسطة تطبيق الأحكام القضائية، ويجب على المُشرع عندئذ أن يصدر التدابير اللازمة لحماية استقلالية التفاوض الجماعي.

يجب أن تطور الحق الأساسي في حرية إنشاء الجمعيات النقابية بواسطة نظام قانوني، يتعلق بتنظيم العلاقات بين أصحاب المصلحة المتضاربة. ويُمنح للمُشرع مجال عمل واسع، يكون له فيه الامتياز لتقييم ما إذا تم المس بمبدأ المساواة بين أطراف عقد العمل الجماعي، وما هي آثار التنظيم على حجم القوات.

الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 4 يوليو لعام 1995 يتعلق بطعن الحماية رقم 2/86 ورقم 1، 2، 3، 4/87 و طعن الحماية رقم 1421/86

أ

توجه التماسات الرقابة على أحكام القواعد القانونية، وطعون الحماية ضد التنظيم المُستجد في قانون دعم العمل حول استحقاقات العمل في المؤسسات الفيدرالية أثناء الإضراب.

أولاً

تُنظم الأحكام القانونية التي تفحص الميزانيات التي يتم بموجبها أداء المستحقات خارج الأجر (بصفة عامة استحقاقات البطالة الجزئية) في حالة حدوث احتجاجات عمالية مقيدة على المستوى الجهوي، وتؤدي نفس المستحقات للعمال من نفس المهنة في دوائر عمل أخرى، عندما تكون هذه

الأخيرة كنتيجة للإجراءات المتخذة في إطار النضال العمالي. وتأمّر الفقرة 3 من المادة 116 من قانون دعم العمالة بتعليق هذه الحقوق عندما تنشئ شرطا من نفس النوع والمدى. على هؤلاء العمال. وتعتمد نتائج الاحتجاجات العمالية في دائرتها كما هو منصوص عليه (في مبدأ المشاركة). وتنص الفقرتان 5 و6 على قواعد إجرائية إضافية.

يتم أداء استحقاق البطالة الجزئية في الدوائر التي لم تكن في حالة إضراب على أساس الوضع القائم قبل إصدار القواعد التي تخضع للفحص في الإضرابات التي تُخاض والتي شاركت فيها الطاعة. ويرى المُشرع في هذا خرقا لحياذ وزارة الشغل الفيدرالية في حالة اندلاع احتجاجات عمالية [...]

## ت

يُعتبر ملتزم الرقابة على الأحكام القانونية، وطعن الحماية غير قائمين على أساس، ولم تخرج القواعد الخاضعة للفحص حرية إنشاء الجمعيات النقابية للطاعة، وتتطابق فيما عدا ذلك مع القانون الأساسي ويصح هذا جزئيا - فقط - في حالة وجود تفسير متطابق مع الدستور.

## أولا

لا تتعارض الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي مع العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 116 من قانون دعم العمالة، ويؤثر هذا التنظيم القانوني مع ذلك على حرية الجمعيات النقابية، ويضمن هذا التنظيم مع ذلك حماية حدود الاختصاص التنظيمي للمشرع المُسند له طبقا للدستور.

1.1) تتضمن الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، قبل كل شيء، الحق الأساسي في الحرية، الذي يضمن للأفراد حرية تكوين جمعيات لتعزيز الظروف الاجتماعية والاقتصادية، ويعمل على تحقيق هذه الغاية بصورة مشتركة. ويجب، لتحقيق هذا الغرض، أن لا تمارس الدولة نفوذها على المشاركين، لكي يتمكنوا من اتخاذ القرار بأنفسهم وعلى مسؤوليتهم الخاصة بهم. وهو أمر يحمي أيضا حرية إنشاء الجمعيات نفسها وتحقيق الأهداف المذكورة في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي من خلال أنشطة نقابية نوعية (انظر الحكم رقم 290/50 [ص. 367] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية إضافة إلى نقاط أخرى).

وتسند مبدئيا الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي إلى نفس الجمعيات النقابية الوسائل التي تراها هذه الجمعيات ملائمة لبلوغ أهدافها. ويحمي زيادة على ذلك القانون الأساسي - كتنشيط نقابي - تدابير الاحتجاج العمالي الرامية إلى إبرام عقود جماعية.

وتدخل هذه التدابير على أي حال، طبقا لما سبق، في إطار حرية إنشاء الجمعيات النقابية بالقدر الذي يقتضيه ضمان وظيفية استقلالية المفاوضات النقابية (انظر الحكم رقم 212/84 [ص. 224 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويوجد ضمن هذه الأخيرة أيضا الحق في خوض الإضراب.

ب) يتطلب الحق الأساسي في حرية تكوين الجمعيات النقابية تنظيما بواسطة النظام القانوني عندما يهدف إلى توطيد العلاقات بين ذوي المصالح المتضاربة، ويتمتع طرفا الاتفاقية الجماعية بالحماية المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي بشكل متساوٍ، لكنهما في الممارسة يتعارضان [...] ويكونان أيضا محميين من أي نفوذ للدولة عندما يستعملان وسائل ذات آثار ضارة على المعارضين وعلى المجتمع بصفة عامة لتحقيق مصالحهما المتضاربة. وتتطلب هذه الحماية قواعد متناسقة فيما بينها، وكفيلة لضمان الحقوق الأساسية للجميع، والتي يمكنها، رغم تعارضها، أن تتعايش. وتقتضي إمكانية استعمال وسائل الاحتجاج أن تكون هناك شروط إدارية، تضمن المفهوم والغاية من هذه الحرية، وكما تقتضي أن تدرج ضمن القانون الدستوري (انظر الحكم رقم 103/88 [ص. 115]).

يعتمد المشرع، من أجل تحقيق هذا التنظيم القانوني، على مجال واسع للعمل، والقانون الأساسي لم يشخص كيفية تحديد المواقف المتضاربة بشكل منفرد، كما أنه لم يُحدد أسباب تحسين ظروف الاحتجاج، مع أنه يُجيز بشكل جوهري لأطراف الاتفاقية الجماعية أن تكيف وسائل النضال مع الظروف المتغيرة، لكي يستطيع الطرف المقابل الاستمرار والوصول إلى إبرام اتفاقيات متوازنة. ولم يمنع المشرع، من جهة أخرى، من تعديل الشروط الإطارية لنضالات العمال، سواء عندما تستند إلى المصلحة العامة، أو عندما يتعلق الأمر باستعادة مبدأ المناصفة من جديد (انظر الحكم رقم 212/84 [ص. 228 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ت) يوجد حدود الحيز التنظيمي للمُشرع في المضمون الموضوعي المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي. ويجب أن يحافظ على استقلالية العقد الجماعي كمجال محمي، يمكن من خلالها لأطراف العقد الجماعي أن يُنظمو شؤونهم تحت مسؤوليتهم الخاصة، وبدون تأثير الدولة (انظر الحكم رقم 290/50 [ص. 367] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يمكن أن تكون الأهلية الوظيفية للجمعيات النقابية مُهددة. بل يجب أن تكون الجمعيات النقابية قادرة على تحقيق أهدافها المُعترف بها دستوريا، وقادرة أيضا على حماية وتعزيز الظروف الاجتماعية والاقتصادية لأعضائها، خاصة عند إبرام عقود جماعية. ويجب أن يكون نظام العقد الجماعي يهدف إلى خلق توازن في النقص الهيكلي للعمال من أجل إبرام عقود عمل أثناء إجراء مفاوضات جماعية، ويمكن بهذا الشكل أن يجرى تفاوض متوازن بشأن الأجور وظروف العمل.

ولا تكون استقلالية العقد الجماعي من الناحية الوظيفية قادرة على تحقيق أهدافها إلا إذا كان هناك توازن في القوى - المساواة - بين أطراف العقد. (انظر الحكم رقم 212/84 [ص. 229] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يتطابق التنظيم القانوني في كل الأحوال مع منطوق الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي، إذا كان لا يضمن القدرة التفاوضية للأطراف عند وقوع نزاع في عقد جماعي، ولا يضمن أيضا العمال على خوض نضال فعال، ولا يقيد، زيادة على ذلك، النشاط النقابي اللازم لموازنة الحقوق الأساسية بين كلا الطرفين (أنظر الحكم رقم 212/84 [ص. 228 التي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يمكن أن يتم تقييم المعايير المعينة لتوازن القوى بين الأطراف في العقد الجماعي بناء على ما هو مقرر في الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي [...]

ج) يجب أن يتم الانطلاق من تقويم مسألة تنظيم النقابات، وأهليتها في خوض احتجاج فعال للعمال مما أنجزه المشرع، وتتوقف القوة الكافية لائتلاف العمال على سلسلة من العوامل الفردية التي يصعب الإحاطة بها، أو التي لا يمكن توقع نتائجها، كما لا يمكن قطعاً أن يحيط الإدراك بالإمكانات التي تُمنح للنقابة للتكيف مع الظروف المتغيرة من خلال أنماط مُعينة لقيادة احتجاج العمال. ويتحمل المشرع أمام هذا الوضع المسؤولية السياسية لتدوينها في السجل المناسب وتقييم العوامل الحاسمة فيها.

ولا يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية، في هذا الصدد، أن تقوم مقام المشرع من خلال تقييم خاص بها، وتُصبح حدود عدم الدستورية مُتجاوزة عندما يُبرهن بطريقة بديهية أنه قد تم تقديم تقويم للثغرات، وأن التدابير المتعارض عليها تقود مُسبقاً إلى زعزعة ميزان القوى أو إلى تفاقم الاختلالات.

ح) يمكن أن يكون التقييم الذي ينطلق منه المشرع غير مضر مبدئياً أثناء إنجاز تنظيم قانوني وأن لا تكون له آثار على نضال العمال، وبعد ذلك يتبين أنه كان خاطئاً.

ويمكن للافتراضات المعتمدة في الأصل مقبولة ظاهرياً، أن تسير في اتجاه عكس اتجاهها الأصلي نظراً للتطورات اللاحقة، وأن تُحبط التوقعات التي تقوم على أساس سليم بشأن الآثار المعقدة. ويمكن بهذا الشكل أن يحدث لاحقاً اضطراب في القدرة الوظيفية لاستقلالية العقد الجماعي رغم اعتبار التنظيم القانوني في الأصل دستورياً.

ويتطلب تطور من هذا القبيل إجراءات تصحيحية، نظراً لكونه يعاني من اختلالات هيكلية تحول دون إجراء تفاوض متوازن بشأن الظروف المهنية والاقتصادية، التي لا يمكن أن توازن في إطار



الاجتهاد القضائي. ويجد المُشرع بالتالي نفسه مضطرا لإصدار إجراءات جديدة لحماية حرية إنشاء الجمعيات النقابية (انظر الحكم رقم 1/25 [ص. 13]، 89/49 [ص. 130]، 290/50 [ص. 335] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

2. يتم الفحص بعدم دستورية القواعد القانونية المطعون فيها على أساس هذه المعايير :

المبدأ التنظيمي المعتمد من طرف المشرع يتوافق مع الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي. اعتمد المشرع هذا التنظيم القانوني لأنه يشاطر الرأي القائل بأنه، بأداء استحقاق البطالة الجزئية، يتم التدخل لصالح النقابات في المنازعات العمالية، وترتفع بذلك بشكل ملحوظ قدرتها غير المتناسبة في النضال، وتنتهك حيادية وزارة الشغل الفيدرالية عن طريق أداء استحقاق البطالة الجزئية لعمال يتواجدون خارج الدوائر التي تُخاض فيها الإضرابات، عندما يخرج هؤلاء بشكل متوقع لمتابعة نتائج الإضراب المحصل عليها.

ينطلق التنظيم القانوني الجديد من المبدأ الذي يخاطر بفقدان الأجر، ويجب في حالة اندلاع النضالات العمالية، أن يمس أيضا العمال الذين لم يُشاركوا في هذا النضال، ذلك لأنهم سيكونون معنيين بالاستفادة بشكل متساو أو مماثل بنجاح العمال المضربين، ولأنهم سيستفيدون من الإضراب أيضا على الأرجح.

ولا يشكل هذا أي اعتراض من الناحية الدستورية. فالمشاركة، في نهاية الأمر، معيار بديهي لنقل تهديد فقدان الأجر من التأمين الخاص بالبطالة إلى العامل، وتكون فوائده متطابقة مع فوائد زملائه الذين يتواجدون بشكل مباشر في النضال العمالي. ويؤخذ هذا الاتفاق بشكل واضح كمبرر لتعليق استحقاق البطالة الجزئية.

ب) ينطلق المشرع، من ظروف الحالة الخاصة بافتراض أن الطاعنة، كنتيجة لدرجة عليا من اختلاط الإنتاج في الصناعة المعدنية، عن طريق الإضراب في دائرة خاصة، وكانت قد استطاعت أن تطلق بسهولة انقطاع الإنتاج في دوائر تعريفية أخرى.

ولم ينكر الطاعن هذا الافتراض، وتم تأكيده أثناء الاحتجاج العمالي لعام 1984 وبقيادة هذا الأخير على هذا النحو يُمارس ضغطا كبيرا على أرباب العمل. ويجد هؤلاء أنفسهم متضررين عن بُعد، وتسعى جمعياتهم الجهوية إلى تهديد العمال الذين يتأثرون بشكل مباشر بسبب نضال العمال بالقدر الذي يكونون هم أنفسهم معرضين للأضرار المادية الناتجة عن تعليق الإنتاج. ويعتبر أيضا مقبولا الافتراض الذي يعني أن العمال المستفيدين من إعانة صاحب العمل سيكونون عن ممارسة الضغط الداخلي اللازم داخل النقابة أو التقليل من شدته.

ت) ينشئ التقويم التقييمي للمشرع بشأن منطوق المادة 116 من قانون دعم العمالة من خلال التفسير الذي أعطاه اجتهاد المحاكم الاجتماعية لهذه القاعدة القانونية، أو على أساس السوابق القضائية لمحاكم العمل بخصوص التهديد بفقدان الأجر، وإزاحة مبدأ اللامساواة الذي ليس محل جدال. ويقوم المشرع بهذا النوع من التقويمات للمسائل المعقدة على أساس المسؤولية السياسية لحماية المصلحة العامة.

لا توجد أية إشارة كافية إلى المساس بالأهلية الوظيفية لاستقلالية المفاوضات بواسطة التنظيم القانوني قيد الدراسة، إلى تبرير الشكوك الدستورية للطاعة والمتسمين [...].

ولا يمكن، طبقاً لهذا، أن يقود التنظيم القانوني المطعون فيه خلال الاحتجاجات العمالية مستقبلاً إلى اختلال قدرة أطراف عقد جماعي على الاحتجاج، سواء تعلق الأمر بالأسس الواقعية أو الأسس القانونية، يمكن أن تكون درجة المفاوضات بالكاد تجرى على أسس متوازنة. ويجب أن يجبر المشرع في حالة حدوث ذلك على إصدار تدابير مناسبة لضمان استقلالية التفاوض الاجتماعي، وإذا لم يقم بذلك سيظل تطبيق وتفسير القواعد الجاري بها من وظيفة المحاكم ضوء الفقرة 3 من المادة 9 من القانون الأساسي.

### إحدى عشر: حرمة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية

ينص القانون الأساسي في المادة 10 على :

**الفقرة 1:** لا تنتهك سرية الرسائل ولا سرية البريد ولا الاتصالات.

**الفقرة 2:** لا يمكن أن تصدر أوامر لتقييد هذا الحق إلا بمقتضى قانون. إذا كان هذا التقييد يوجه لحماية النظام الأساسي الحر والديمقراطي، أو الضرورة أو أمن الفيدرالية المساعدة المعينة بتمثلي الشعب بالطعن القضائي.

### الحكم 106

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 299/107

#### يتعلق بحرمة سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية

1. يُمكن لحماية سرية مصادر المعلومات والعمل على الاستطلاع أن تتمتع المحطات الانذاعية العمومية بالحق في حرمة الاتصالات السلكية واللاسلكية المنصوص عليه في المادة 10 من القانون الأساسي، وتمتع، قياساً على ذلك، بضمانات الحماية القانونية المنصوص عليها في المادة 19، الفقرة 4 من القانون الأساسي.

2. تؤثر الأوامر القضائية الموجهة ضد شركات الاتصال السلكية واللاسلكية في إطار متابعة الجرائم قضائياً التي بموجبها يصدر أمر بإعطاء المعلومات حول معطيات الاتصال<sup>47</sup> - سواء كانت رهن إشارتها لأغراض المحاسبة والتسجيل، أو كان ضروريا القيام ببحث موجه - على حرمة الاتصالات السلكية واللاسلكية للأشخاص المتضررين عن طريق توفير هذه المعلومة.

3. لا يجد هذا النوع من التدخل مبرراً له إلا إذا كانت وسيلة لا غنى عنها للمتابعة القضائية للجرائم الخطيرة، التي تحوم حولها شكوك محددة بخصوص ارتكاب الجرائم نفسها، ويتوفر أيضاً أساس متين وكاف لاعتبار الشخص، الذي صدرت في حقه مذكرة تفتيش قضائية، كان يتصل عن بعد مع المتهم المحتمل عبر وسائل الاتصال.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 12 مارس 2003 يتعلق بطعن الحماية، رقم 330/9، 348/99**

تتعلق دعاوى حماية الطعن بالأوامر القضائية التي تُطالب بتسليم معطيات الاتصال الخاصة بالاتصالات السلكية واللاسلكية والمتعلقة بالمكالمات الهاتفية لأصحاب الشكوى في إطار أنشطتهم الصحافية [...].

المدعية في دعوى حماية الطعن رقم 99/348 هي صحافية تعمل لصالح المجلة «شتيرن» وقت إصدار الحكم المطعون فيه هنا.

أ) أجرت المدعية مرارا وتكرارا تحقيقات وقامت بنشر معلومات بخصوص الإرهابي المشتبه فيه (هانس جواكيم كلاين).

في عام 1998 علمت النيابة العامة التي كانت تحقق في القضية أن المدعية تُجري تحقيقات من جديد حول قضية كلاين وأنها على الأرجح كانت على اتصال معه.

ب) أمرت المحكمة الابتدائية المحلية بتجميع معطيات الاتصال لمحطة راديو متنقلة ومحطتين للهاتف الثابت التي كانت مستعملة من طرف المدعية وزوجها [...].

أدت المعطيات التي تم تجميعها إلى اعتقال المتهم في شتنبر 1998 في فرنسا [...].

ج) دعاوى حماية الطعن لا أساس لها من حيث المضمون.

47. يُشار إلى المعطيات التي يحق لجهة مقدّمة لخدمة أن تخزنها: مدة، مستلم، ساعة، الخ. المكالمات التي يُجريها المُستخدم من أجل تحديد تكلفة الخدمات المقدّمة وفرض أدائها.

1. معيار الحكم لإجراء الفحص القانوني الدستوري وفقا لما تؤسسه الفقرة 1 و2 من المادة 5 والمادة 10 والفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي.

وتتخذ هنا تدابير لمراقبة الاتصالات السلكية واللاسلكية، وتُقاس مشروعية هذه التدابير على ضوء المادة 10 من القانون الأساسي (انظر أسفله II). وحق تقرير المصير المعلوماتي المُستخلص الفقرة 1 من المادة 2 بموجب الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ولا تطبق هذه التدابير في هذا السياق إلى جانب الفقرة 1 من المادة 10 من القانون الأساسي. وتنص فيما يتعلق بتبادل الاتصالات السلكية واللاسلكية المادة 10 على ضمانات محددة، والتي تزيح ضمان القاعدة العامة (ق.أ. الحكم رقم 157/67 [ص. 171]، 313/100 [ص. 358] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وبالنظر إلى أنه في هذه القضية يؤثر على المحطة الإذاعية وعلى الصحافيين في ممارسة نشاطهم الصحافي، ويجب أن يحدد زيادة على ذلك ما إذا كانت الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي تُخول نوعا من الحماية بعيدا عما تنص عليه المادة 10 من القانون الأساسي<sup>48</sup>.

## ثانيا

لم تلحق الأحكام المطعون فيها الضرر بالمشتكيات في حقهن الأساسي المتضمن في الفقرة 1 من المادة 10 من القانون الأساسي.

1. غير أن حكم القاضي الذي يأمر بتوفير معلومات حول معطيات الاتصال لشركة الاتصالات السلكية واللاسلكية، يكون له تأثير على مجال حماية الحق في حرمة سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية.

ولا يشمل هذا الحق فقط حماية مضمين الحادثة، وإنما يشمل أيضا ظروف الاتصال القريبة، وتكون هذه الأخيرة محل «تجميع المعلومات»<sup>49</sup> الذي تم تنظيمه في المادة 12 من قانون دعم العمالة والمادة 100 من قانون المسطرة الجنائية. ويشمل أيضا الحق في حرمة سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية المحمي في المقام الأول مضمون الحادثة وظروفها [...]

48. لا ينتج عن ذلك أي دعم للإدعاء بمعناه السلبي.

49. في الدعوى الجنائية (ملاحظة المترجم).

يمثل طلب تنظيم معطيات الاتصال التي تم تجميعها مُسبقاً بغرض المحاسبة والتسجيل تدخلاً في حق سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية، الذي يكون رغم ذلك مُبرراً طبقاً للمنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 10 من القانون الأساسي.

لا يمكن طبقاً للعدد 1 من الفقرة 2 من المادة 10 من القانون الأساسي أن يتم التنصيص على أي تقييد لحق سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية إلا على أساس قانون. وكانت القرارات القضائية المطعون فيها على أساس الفقرة 12 من (FAGG)، واستند الحكم فضلاً عن ذلك في الدعوى الذي أفضى إلى حماية الطعن رقم 99/348 إلى الفقرة 100 أ و 100 ب من قانون المسطرة الجنائية.

من جهة، تم تعويض الفقرة 12 من (FAGG) ابتداء من فاتح يناير 2002 بالفقرة 100 د والفقرة 100 ن من قانون المسطرة الجنائية.

ومن جهة أخرى، يجب أن يفسر القانون الذي يُقيد الحقوق الأساسية انطلاقاً من الاعتراف بالأهمية الجوهرية التي يكتسبها الحق في حرمة سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية ويجب على هذا النهج من جديد أن يفسر تأثيره المُقيد للحقوق الأساسية على ضوء القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 157/67 [ص. 172 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويتوقف الفحص الذي يُسند القيام إلى المحكمة الدستورية الفيدرالية، على مدى احترام المحاكم المختصة لتأثير الحق الأساسي على تفسير وتطبيق قواعد القانون العادي، الذي يحدد الحقوق الأساسية، ذات المضمون الأخلاقي، التي تضمن الحقوق الأساسية على مستوى تطبيق القانون (انظر الحكم رقم 85/18 [ص. 92] ورقم 185/99 [ص. 195 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية [...]).

أ- يهدف توفير المعلومات المنظمة على أساس المادة 12 من (FAGG) والفقرات 100/أ و 100/ب من قانون المسطرة الجنائية الذي تتعلق معطيات الاتصال الخاصة بالاتجار في وسائل الاتصالات السلكية واللاسلكية، إلى تحقيق هدف عام ومشروع، ويكون هو الكشف ومتابعة الجرائم الخطيرة قضائياً. وقد كشفت المحكمة الدستورية الفيدرالية مراراً عن الحاجة التي لا غنى عنها في تحقيق متابعة قضائية فعالة للجرائم.

كما أكدت نفس المحكمة على المصلحة العامة في تحقيق الكشف عن الحقيقة - خاصة الجرائم الخطيرة - في الدعاوي الجنائية على أكمل وجه ممكن. كما أشارت إلى أن الكشف عن الجرائم الخطيرة يمثل شأنًا جوهرياً. لدولة القانون، ولأي جهاز عمومي (القانون الأساسي، أنظر الحكم رقم 183/29 [ص. 194] ورقم 65/77 [ص. 76] ورقم 367/80 [ص. 375] ورقم 313/100 [ص. 338 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ب-ب) كانت المعلومات حول معطيات الاتصال السلبي واللاسلكي للمشتكية ملائمة بغية الوصول إلى الأهداف المتوخاة من القانون [...]

ت-ت) لا يظهر بشكل واضح أية وسيلة أخرى أقل عدوانية، تكون بدورها قادرة على كشف مكان تواجد المتهم.

ج-ج) تمثل أيضا التدابير المطعون فيها لمبدأ التناسب وفقا لما هو منصوص عليه في الضيق. ولا يوجد ضرر جسيم، الذي يمكن للمشتكية أن تتحمله في مجال حريتها المحمية بالحقوق الأساسية، ولا توجد علاقة غير مناسبة للمصلحة العامة المنشودة من خلال تقييد الحق الأساسي. زيادة على ذلك، تم تحقيق الشروط اللازمة التي يقتضيها مبدأ المجال المحفوظ للقضاء [...]

لا تعتبر التدخلات الجسيمة في حق حرمة سرية الاتصالات السلكية واللاسلكية بمعناه الضيق متناسبة إلا إذا كانت المصلحة المتعارضة ذات أهمية مماثلة. وتتوقف الأهمية التي تكتسيها الفائدة من وراء متابعة الجرائم قضائيا بالأخص على مدى خطورة وأهمية الجريمة المراد الكشف عنها (القانون الأساسي، الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 313/100 [ص. 375 وما بعدها و.ص. 392].

قياسا على هذا، لا تتحقق المؤشرات المطلوبة دستوريا، عندما تكون الغاية من ذلك تجميع معطيات الاتصال هو البحث عن متابعة الجرائم بصفة عامة (انظر أعلاه أ.أ.)، بل يجب من باب أخرى أن يتم البحث - عندما يتعلق الأمر بجريمة بارزة جدا - عن شبهة محددة حول ارتكابها، والبحث عن أساس موضوعي مضمون كاف يضمن الاعتبار للشخص الذي صدرت بحقه مذكرة تفتيش يتصرف كوسيط في الحادثات [...].

## إثنى عشر: حرية ممارسة المهنة

ينص القانون الأساسي في المادة 12 على :

**الفقرة 1:** يحق لكل ألماني أن يختار بحرية مهنته، ومكان العمل وتكوينه المهني، ويمكن أن تُمارس المهنة المنظمة بالقانون أو بمقتضى قانون.

**الفقرة 2:** لا يمكن أن يجبر أحد على ممارسة عمل معين إلا في إطار خدمة عمومية إجبارية التي تكون معهودة، وتطبق على الجميع بشكل عام ومتساوي.

**الفقرة 3:** لا يُقبل العمل الإجباري إلا في حالة الحرمان من الحرية، وبأمر قضائي.

## الحكم 107

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 377/7

## يتعلق بقانون خاص بالصيديات

1. لا تنص الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي فقط على حرية ممارسة المهنة كمبدأ موضوعي للنظام الاقتصادي والاجتماعي بل يتضمن للخواص الحق الأساسي في اختيار أي نشاط مسموح به كمهنة، وحتى عندما لا يتوافق هذا النشاط وصورة «شكل المهنة» التقليدية أو الثابتة قانونياً.
  2. يشمل مفهوم المهنة المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي مبدئياً أيضاً المهن التي تنطوي على نشاط خاص بالدولة، والأنشطة «المرتبطة بالدولة» غير أنه توجد أنشطة يضاف عليها طابع «الخدمة العمومية»، يجري تسهيلها بموجب المادة 33 من القانون الأساسي، وقواعد خاصة.
  3. تعد ممارسة نشاط ما بشكل مستقل، أو غير مستقل أو اختيار شكل آخر من النشاط، أو الانتقال من نشاط إلى آخر اختياراً مهنيًا حسب منطوق المادة 12 من الفقرة 1 من القانون الأساسي.
  4. يمكن أن يحدد مضمون نطاق كفاءة المشرع التنظيمية طبقاً للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي بواسطة تفسير يأخذ بعين الاعتبار مفهوم الحق الأساسي، ومعناه في الحياة الاجتماعية، ولا يستدعي بالتالي اللجوء إلى محددات المحتوى الجوهري (الفقرة 2 من المادة 19 من القانون الأساسي).
  5. تمتد القدرة التنظيمية وفق العدد 2 من الفقرة 1 من القانون الأساسي إلى ممارسة المهنة واختيار المهنة، لكن ليس بنفس الحدة بينهما. وتعطي هذه القدرة لممارسة المهنة، ولا تتدخل حرية ممارسة المهنة إلا حسب وجهة النظر هذه، المتعلقة بالمضمون، وتكون هذه الحرية ثابتة، كلما تعلق الأمر بتنظيم بسيط لممارسة المهن، ومقيدة كلما أثرت على اختيار ممارسة المهنة.
  6. يمكن أن تصبح حرية ممارسة المهنة مقيدة بالقدر الذي يجعلها ملائمة مع الاعتبارات المنطقية للمصلحة العامة، وتقييد حماية الحق الأساسي بالدفاع ضد عدم دستورية، يمكن ملامستها مثلاً عندما تفرض شروط جد مرهقة وغير منطقية:
- (أ) لا يمكن أن تفرض قيود على حرية ممارسة المهنة، إلا عندما تقتضي ذلك حماية المصلحة العامة ذات الأهمية الخاصة. وكان لابد لتدخل من هذا القبيل، ويجب على المشرع حينئذ أن يختار شكل التدخل الذي يقيد بقدر أقل الحق الأساسي.

ب) يجب، إذا تم التدخل في حرية اختيار مهنة عن طريق وضع ميزانيات محددة لاعتماد المهنة، أن يتم التمييز بين الميزانيات الموضوعية والذاتية، ويحترم مبدأ التناسب على مستوى الميزانيات الذاتية (خاصة منها التأهيل والتدريب) على اعتبار أن هذه الأخيرة يجب أن تبقى على علاقة مع الغاية المتوخاة منها، وهي ممارسة النشاط المهني اللازم. والتحقق من الحاجة إلى الميزانيات الموضوعية للقبول، يفرض شروطاً جد صارمة، ولا يمكن بصفة عامة أن تبرر هذه الإجراءات إلا بالدفاع عن المصلحة العامة المهمة من خطر محتمل يمكن التحقق منه.

ج) يجب دائماً، طبقاً للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، أن يتم اعتماد الأنظمة الداخلية «بالمستوى» الذي ينطوي على أقل قدر من التدخل في حرية اختيار ممارسة مهنة، ويمكن للمشرع للوصول إلى هذا المستوى، إذا أمكن أن يحدد باحتمال أكبر الأخطار والتهديدات المخيفة، التي لا يمكن أن تواجه بشكل فعال عن طريق وسائل المستوى السابق (الدستورية).

7. يجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تتحقق، إذا كانت صلاحية المشرع التنظيمية قد أخذت بعين الاعتبار المحددات التي تم تناولها إلى حد الآن، أو إذا كانت تقيد حرية اختيار المهنة عن طريق ميزانيات القبول الموضوعية، ويمكن لها أيضاً أن تحقق من أن هذا التدخل يكون لازماً بطريقة إجبارية لحماية المصلحة العامة المناسبة.

8. يجد المجال التنظيمي للصيديات صده في الحقل الدستوري الحالي المتعلق بحرية الإنشاء، التي يقصد بها الغياب الموضوعي لقيود القبول.

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 11 يونيو 1958

تنص الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الخاص بالصيديات على ما يلي:

1. لا يمنح ترخيص عمل لإنشاء صيدلية إلا إذا:

أ) كان إنشاء الصيدلية يهدف إلى المصلحة العامة التي تتمثل في تزويد الساكنة بالأدوية.

ب) تفرض بأن المحيط الاقتصادي يكون آمناً، وأن إنشاءها لا يلحق أضراراً اقتصادية بالصيديات المجاورة، حتى لا تبقى الميزانيات الخاصة بالتشغيل المناسب لهذه الصيدليات غير مضمونة.

2. يمكن أن يخضع الترخيص لشرط إنشاء الصيدلية في مكان معين من أجل توفير متساو للأدوية.



برر قرار حكومة مقاطعة بافاريا بتاريخ 29 نونبر 1956 رفض طلب الطاعة على أساس الفقرة 1/أ من المادة 3 والفقرة 1/ب من المادة 3 من قانون الصيدليات.

لم يكن إنشاء الصيدلية المطلوبة يهدف إلى المصلحة العامة. وكان يوجد في مدينة ترانغوت حوالي 6000 شخص للتزويد بالأدوية، وكانت الصيدلية الموجودة آنذاك قادرة على توفير كل هذا. ولا يمكن أن يقبل طلب المزيد من الصيدليات إلا بناء على الاعتبارات الرامية إلى الحفاظ على الصحة العامة فقط في مكان ذي مساحة شاسعة للتزويد. وأثبتت التجربة أن الصيدليات المؤسسة على معيار اقتصادي خاطئ، حيث قامت بعد إنشائها على توزيع الأدوية بدون وصفة طبية، وتوزيع المواد الأفيونية المسببة للإدمان المنوعة بموجب القانون.

ولا يمكن، زيادة على ذلك، أن تأمن الأسس الاقتصادية للصيدلية الجديدة بدعوى أن العدد المتراوح بين 7000 و8000 من السكان يعتبر أساسا كحد أدنى لعدد من السكان، الذي يجب أن تعتمد عليه الصيدلية لضمان بيع أدويتها. ويجب على ملتزم الطعن أن يكون متحفظا في مصلحته الخاصة في إنشاء صيدلية غير قابلة للاستمرار.

وأخيرا سيتأثر المحيط الاقتصادي للصيدليات القائمة بترخيص إنشاء صيدلية أخرى جديدة، لأن الميزانيات المخصصة للوظيفة المناسبة لصيدلية تبقى دون ضمان.

التساؤل المطروح حول مدى توافق الفقرة 1 من المادة 3 من قانون الصيدليات مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي يوضح بعض الأبعاد الأساسية لمعنى هذا النص الدستوري.

1. تحمي الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي حرية المواطنين بشكل خاص في مجال مهم للمجتمع العصري الذي يتميز بتقسيم العمل. ويضمن للخواص الحق في أي نشاط يعتبرونه مناسباً «كمهنة»، وهذا يعني تحويله إلى أساس معيشتهم.

[...] يجب أن يفسر مفهوم «المهنة» بشكل أوسع، لأنه لا يشمل فقط جميع المهن التي تُتمثل «بأشكال المهن» التقليدية المحددة، أو التي تكون ضمنيا منظمة قانونيا، وإنما يشمل أيضا الأنشطة غير النمطية (المباحة) المختارة بحرية من طرف الأفراد، التي يمكن أن ينتج عنها أصناف جديدة من المهن (بشكل أساسي قرارات المحكمة الإدارية الفيدرالية رقم 89/2 [ص. 92] ورقم 250/4 [ص. 254 والتي تليها]).

(ب) إذا تم تقويم إمكانات التدخل التي يعتمد عليها المشرع في مجال حماية الحقوق الأساسية، وتم الانطلاق من نفس الأحكام الدستورية، يمكن حينئذ أن يبين منطوق الفقرة 1 من المادة 12 بأنه لا تقبل التدخلات إلا من أجل المهنة، بينما يسقط اختيار المهنة لكل تنظيم قانوني. ولا يمكن مع ذلك لهذا الأخير أن يكون منطوق النص القانوني، لأن مصطلحي «اختيار» و«ممارسة» المهنة

لا يمكن أن يفصل بينهما، حيث يكون كل واحد منهما لا يمثل إلا حيزا محددًا من زمان الحياة المهنية ولا يتقاطع أحدهما مع الآخر.

يمثل اعتماد النشاط المهني من بداية ممارسة المهنة، الذي يعبر عنه بحرية اختيار ممارسة المهنة - وعموما فقط في هذا الصدد - ويعبر أيضا من خلال ممارسة الحياة المهنية على المحافظة على المهنة، وأخيرا يعبر عن الإنهاء الطوعي للممارسة المهنية بشكل مماثل على أساس اختيار المهنة، ويشمل كلا المصطلحين المركب الموحد «للنشاط المهني» من زوايا مختلفة (بشكل مماثل، كلاين-ف. مانكولدت، ملاحظة IV-2 [ص. 370 والتي بعدها] بخصوص المادة 12 على أساس «حول حرية ممارسة المهنة»، 1952).

ويكون، من هذا المنطلق، التفسير الذي يريد المشرع أن يعطيه لأي تدخل في حرية اختيار مهنة غير صحيح ولا مقبول، وأنه لا يتماشى مع الواقع، ولن يؤدي بالتالي إلى نتائج مقبولة من الناحية القانونية. ويكون المقتضى القانوني الذي يتم تقديمه كتنظيم لممارسة المهنة مقبولا مبدئيا، رغم أنه يؤثر بشكل غير مباشر على حرية اختيار المهنة، وهذا يحدث خاصة عندما تحدد الميزانيات لاعتماد مهنة أو بمعنى آخر بداية ممارستها.

وإذا كانت ممارسة مهنة تتوقف على ترخيص، ولم يكن القانون الأساسي يقصد إقصاء إمكانية إنشاء تراخيص بشكل مباشر، فإن الفقرة 19 من المادة 74 تؤكد بأنه يحق للمشرع أن يقرر الأهلية لقبول مهن معينة. وتشير المصادر أيضا إلى تفادي إعطاء ترخيص لإقرار قيود للقبول، ومن جهة أخرى، لم تكن هناك رغبة في إعلان عدم قبول العديد من القيود القائمة (...). ولم تعتمد مع ذلك السلطة التأسيسية للدستور على الوضوح الكامل المفاهيمي والموضوعي للمشكلة، بل اختارت في الأخير صياغة اعتمدت الفصل بين «اختيار» و«ممارسة» الصناعية الناشئة عن الحق الصناعي وخولت للقانون تنظيم ما تبقى (انظر الكتاب السنوي للقانون العام، مجلة 1، ص. 134-136).

وعلى هذا النحو، تكون الفقرة 1 من المادة 12 حقا أساسيا محادا (حق ممارسة المهنة) وتفيد على أي حال بأن المجال المحفوظ للقانون المنصوص عليه في العدد 2 «بموجب» ينطوي على معنى ممارسة المهنة، واختيارها معا. ولا يعني هذا رغم ذلك أن الصلاحيات المخولة للمشرع المتعلقة بكل جانب من جوانب النشاط المهني على حدة، تكون متساوية من ناحية المحتوى. ويجب بالتالي، من أجل القدرة على تنظيم ممارسة المهنة، أن يراعى دائما إرادة الدستور التي يعبر عنها بطريقة واضحة بموجب الفقرة 1 من المادة 12، التي تنص على أن اختيار المهنة يجب أن يكون حرا.

ويعود هذا التفسير الذي يعني أن الصلاحية التنظيمية لا تشمل كلا «الجانبيين» بنفس الحدة الموضوعية، وأن الحدود التي تفرض على المشرع قد تكون أكثر قوة، بقدر تدخله الأكثر في

حرية اختيار المهنة، ويتوافق هذا التفسير دائما مع التصور الأساسي للدستور، ومع صورة الرجل التي يفترضها مسبقا (انظر الحكم رقم 1/2 [ص. 12] ورقم 7/4 [ص. 15 وما بعدها] ورقم 32/6 [ص. 40] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب أن يكون اختيار المهنة نابعا من عزم ذاتي يعبر عن قدرة الفرد الحرة، ويبقى قدر الإمكان محصنا من أي تدخل للسلطة العمومية، ويتدخل الفرد عن طريق ممارسة المهنة، مباشرة في الحياة الاجتماعية، ويمكن بالتالي أن تُفرض عليه قيود لفائدة الآخرين أو لفائدة المصلحة العامة.

وباختصار، يُستخلص ما يلي:

تمتد الصلاحية التنظيمية لتشمل ممارسة واختيار المهنة. ومع ذلك توجد رغبة للتعبير عن ممارسة المهنة، ولا يمكن أن تكون مراقبة إلا في سياق من هذا القبيل. وتكون أيضا مرتبطة بحرية اختيار المهنة، أما فيما يتصل بالمحتوى فهذه الأخيرة تصبح حرة أكثر كلما تعلق الأمر بتنظيم الممارسة ومقيدة أكثر كلما أثرت على اختيار المهنة.

ت) فيما يتعلق، بوجه خاص، بالصلاحية التنظيمية المحددة من حيث النطاق بشكل جد عام، يجب مبدئيا أن يتم توضيح مفهوم مصطلح «التنظيم» خاصة إذا تعلق الأمر بالحرية في اختيار المهنة. ولا يعني هذا أن المشرع يملك مساحة كاملة للتقييم الشامل، كذلك التي يمتلك في حالة المجال المحفوظ للقانون بصفة عامة، أو أنه يمكن له أن ينظم بشكل كامل مجال المهنة، دون أن يأخذ بعين الاعتبار بشكل جوهري مضمون الحق الأساسي (في هذا السياق يراجع كتاب شيونينغ «القواعد التنظيمية للصناعة التقليدية والحرية المهنية»، طبعة خاصة في «مجلة الصناعة التقليدية الألمانية»، 1956 [ص. 21، 27 والتي بعدها، 31]).

وسيقبل تبني هذا النوع من قيمة الحق الأساسي كلما استند في مضمونه على النهج الشامل للمشرع الذي يكون رغم ذلك مرتبطا بالحق الأساسي (الفقرة 3 من المادة 1 من القانون الأساسي)، ويكون لهذا الأخير معنى غير متطابق مع الحق الأساسي، ويتلاءم قليلا مع حرية اختيار المهنة المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي وفيما عدا ذلك يكون متناقضا مع التوجه العام للفصل الأول من القانون الأساسي الذي أعربت عنه المحكمة الدستورية الفيدرالية في حكمها الصادر يومه 16 يناير 1957 (انظر الحكم رقم 32/6 [ص. 40 وما بعدها]) لن يعترف في المستقبل بمزيد من الحقوق الأساسية الفارغة بالمفهوم السابق.

يطبق هنا غالبا المبدأ الذي تم تطويره في الحكم الصادر يومه 15 يناير 1958 (انظر الحكم رقم 192/7 [ص. 208 والتي تليها]) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) والذي أقر بأنه يجب على المشرع، عندما يتحرك في مجال محمي في إطار الحقوق الأساسية، أن ينطلق، من أجل تنظيمه، من معنى الحق الأساسي في النظام الاجتماعي. إذ لا يمكن له أن يحدد محتوى الحقوق

الأساسية بحرية، بل يخضع على العكس من ذلك محتوى الحق الأساسي الذي ينشأ عنه تقييد للمضمون تقدير المشرع التشريعي. ويوجد في الفقرة 1 من المادة 12 قرار تقييمي موضوعي واضح، للقانون الأساسي. ولا يمكن للمشرع بالتالي - من أجل تحقيق مجال محدد ومهم للحق في الحياة - أن يكون حرا بما يكفي، كما هو الأمر في حالة تطبيق المبدأ العام للمساواة، الذي يمثل مبدأ للحق، الذي يطبق على القانون العام، حيث يجب أن يحدد محتواه العلاقات المحددة للحياة امتثالا لمبدأ العدل المعمول به.

ولا يعني، من جهة أخرى، «تنظيم» بأنه لا يمكن للمشرع أن يقيد الحق الأساسي في أي معنى، ويتوقعه من كل تنظيم أن يفرض ضمنا حدودا، غير أن عبارة «التنظيم» التي استعملتها السلطة التأسيسية - كان المقصود منها «تحديد» أو «تقييد» - المستعملة عادة في الأحكام القانونية للحقوق الأساسية، وهذا يعني بالتالي أنه تم التفكير في تحديد مباشر للحدود من الداخل أي في الحدود التي يتضمنها جوهر القانون الأساسي نفسه أكثر من التفكير في القيود التي يتم الحصول عليها من خلال المشرع نفسه.

ج) يهدف الحق الأساسي إلى حماية الفرد، وتضمن السلطة التنظيمية الحماية الكافية للمصالح العامة ويسري حق الفرد في الحرية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، بالقدر الذي يكون حقه في اختيار المهنة بحرية محل شك، تشتد فيه حماية المجتمع، بقدر حجم الأضرار والتهديدات التي يمكن أن يواجهها المجتمع في ممارسة المهنة.

ويمكن أن يكون الحل، إذا كان الأمر يستدعي تبريرا، كلا المقتضيين بشكل أكثر فعالية - المشروعين في ظل دولة الحق والقانون - إيجادهما فقط من خلال الفحص الدقيق للمصالح المتضاربة، والتي يمكن أن تكون متناقضة. ويجب بالتالي إذا تأكدت زيادة على ذلك أن حرية الإنسان - طبقا للمفهوم العام للقانون الأساسي - هي قيمة عليا أن تضمن إلى أقصى حد ممكن من الحرية، ويمكن أيضا أن تقيد اختيار المهنة عندما يُستنتج أن تلك الحرية لا يمكن أن تقيد إلا بقدر ما هي لازمة بشكل جوهري للمصلحة العامة.

يحتوي الدستور، فيما يخص تدخلات المشرع، على قاعدة دستورية آمرة للتمييز، ويمكن أن يختصر مبادئها على سبيل الحصر كالتالي:

يمكن أن تقيد حرية ممارسة المهنة عن طريق «التنظيم» بالقدر الذي تجعله الاعتبارات المعقولة حول المصلحة العامة يبدو ملائما. ويمكن أن تكون حرية اختيار المهنة مُقيدة بالقدر الذي تفرضه بصفة إجبارية حماية المصلحة العامة المهمة (سائد)، أي بقدر ما يجب إعطاء الأولوية لحماية المصلحة المعينة إثر إجراء تقييم دقيق لحق الفرد في الحرية وبالقدر الذي لا يمكن أن تضمن هذه الحرية أساسا بطريقة أخرى، وبوسائل لا تُقيد حرية اختيار المهنة أو تقيدها بقدر أقل.

إذا اتضح أن التدخل في اختيار المهنة لا بد منه فعندئذ يجب على المشرع أن يختار باستمرار شكل التدخل الذي يحدد الحق الأساسي بدرجة أقل.

لبلوغ الصلاحية التنظيمية، تتضافر، إذا صح التعبير، «عدة مستويات».

يعتمد المشرع على حرية أكبر عندما يتبنى تنظيماً بسيطاً لا يؤثر على حرية اختيار المهنة، ولا يضع حدوداً منها إلا بالطريقة والشكل الذي يطور في إطاره المهنيون نشاطهم المهني بشكل خاص. وهنا تصبح الحدود وسيلة ومظهراً للتعويض التي يجب أن تفهم حجم الأعباء التي ينبغي أن يتحملها المهنيون لتقادي الأذى والخطر على المجتمع.

ويمكن لمفهوم تعزيز المهنة وبالتالي الحصول على أكبر إنتاجية اجتماعية من طرف أفرادها، أن يبرر بعض المقتضيات التي تطوق حماية ممارسة المهنة. ويقتصر حماية الحق الأساسي عن طريق طعن الحماية الدستورية الذي يتم اللجوء إليه عندما تُفرض شروط قانونية جد مرهقة وغير معقولة، ودون المساس بهذه الاستثناءات، فإن تقويض حرية المهنة، الذي هو قيد الدراسة هنا، يواجهه صاحب الحق الأساسي بحيث لا يؤثر عليه بشكل مفرط، بالقدر الذي يتوفر على مهنة، لم تتأثر قدرته على ممارستها.

وعلى العكس، فالتنظيم الذي يجعل تبني المهنة متوقفة على أداء ميزانيات معينة، هو أمر يؤثر على حرية اختيار المهنة ولا يجد له مبرراً إلا بالقدر الذي تستدعيه الضرورة لحماية مصلحة عامة تسود على مصلحة الفرد. ويوجد بناء على ذلك بشكل واضح فرق شاسع - كما أكد عليه أيضاً الاجتهاد والفقهاء القضائي (انظر المرجع المذكور لشونيج، صفحة 25 والتبريرات التي أدرجها) - سواء تعلق الأمر بميزانية «ذاتية» لأولئك المرتبطين بالتكوين والتأهيل، أو تعلق الأمر بشرط موضوعي للقبول الذي لا علاقة له بالمؤهلات الشخصية لمن يتطلع إلى ممارسة مهنة لا يستطيع بتاتا أن يمارس أي تأثير عليها.

ويشكل التنظيم الذاتي للميزانيات من أجل تبني المهنة جزءاً من النظام القانوني العام للمؤهلات المهنية، كما لا يسمح بالولوج الحر إلى المهنة إلا للمرشحين المؤهلين بطريقة معينة - أكثر رسمية بكل تأكيد - . ويؤدي هذا التقييد إلى إضفاء الشرعية على نفسها، إذ أنه يعتمد في ذلك على كون العديد من المهن تتطلب معارف تقنية محددة وتحضيراً (بمعناه الواسع) لا يمكن اكتسابهما إلا عن طريق التعليم التقني والعملية، حيث سيكون مستحيلاً أن تمارس هذه المهن بدون دراية معرفية هامة، أو غير مناسبة أو أنه سينطوي على أضرار ومخاطر تهدد المجتمع.

ولا يُحدد المشرع شكلياً إلا الشروط الناشئة عن ظروف الحياة؛ فالأفراد يكونون ملحين فقط فيما يخص تنظيم التعليم الرسمي الإلزامي، حيث يجب عليهم مبدئياً أخذ الأمر دون مزيد من

اللغظ إذا كانوا يرغبون في ممارسة المهنة بشكل مناسب. ويصبح هذا التقييد للحرية واضحا كوسيلة للدفاع ضد أضرار ومخاطر ممكنة، ويكون بالتالي غير متساو، لأنه لا يتساوى فيه جميع المرشحين للمهنة، وهم على علم به مسبقا لدرجة أنه يمكن للفرد، قبل اختيار المهنة، أن يقدر مدى قدرته على الاستجابة للشروط المطلوب استيفاؤها. ويُطبق هنا مبدأ التناسب، حيث لا يمكن استبعاد الميزانيات «الذاتية» المُخصصة لبلوغ الغاية من ممارسة المهنة.

هناك شيء آخر يتعلق في حالة إقرار الشروط الموضوعية اللازمة للقبول في المهنة، ويسقط بالاستجابة لها من تأثير الفرد، وهذا يصد بقوة مفهوم الحق الأساسي خاصة منه ما يتصل بحالة الذين يُرفض طلبهم في ممارسة المهنة، رغم أنهم استطاعوا أن يستوفوا جميع الميزانيات الواجب استيفاؤها، لاختيار المهنة بكل حرية.

ويكون لهذا التقييد للحرية أهمية كبيرة، ويصعب بالتالي اعتباره، بين فترة التكوين والتأهيل أكثر طولا وتخصصا، وبين هذا التكوين أكثر حسما من أجل المهنة التي يراد اختيارها بالتحديد. ولأنه لا يكون مبدئيا وواضحا تمام الوضوح.

ما هي الأضرار المباشرة التي يمكن أن تلحقها ممارسة المهنة من طرف مرشح مؤهل أخلاقيا ومهنيا بالمجتمع. فلا يمكن عادة أن تحدد آثار العلاقة بين تقييد الحرية لاختيار المهنة والنتيجة المنشودة؟

ويكون الخطر الذي يطال إقحام دوافع خارجية بالتالي خطرا جسيما، لا سيما بسبب فرضية تقييد أن تقييد الولوج إلى المهنة يهدف إلى حماية أهلية من يمارسون حاليا نشاطا - وهو دافع لا يمكن أبدا، طبقا للرأي السائد، أن يبرر التدخل في حق اختيار المهنة - . يمكن أن تنتهك حرية الفرد بشكل حساس للغاية عن طريق اختيار وسيلة متطرفة ووحشية لإقصاء المرشحين الذين تثار شكوك حول أهليتهم مهنيا وأخلاقيا، وذلك دون المساس بالنزاع المحتمل مع مبدأ المساواة.

ويُستنتج مما سبق من خلال الأدلة على وجود حاجة إلى تقييد الحرية من هذا القبيل، يستدعي الأمر شروطا صارمة للغاية، ولا يمكن عموما أن تضيء الشرعية على هذا النوع من التدخلات إلا عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن مصلحة عامة مهمة للغاية إزاء تهديدات خطيرة، يمكن التحقق منها أو تكون محتملة الوقوع، وتكون الغاية من هذه التدخلات تعزيز المصلحة العامة، ولن يكون الاهتمام الكبير بالمكانة الاجتماعية للمهنة عن طريق تقييد عدد الأفراد كافيا، إلا إذا استطاع أن يحقق تلك الأهداف من خلال التدابير التشريعية.

يجب على المشرع أن يعتمد تنظيمات وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12، تتعلق «بالمستوى الأول» التي تنطوي على أقل درجة ممكنة من التدخل في حرية اختيار مهنة. ولا يمكن الصعود

إلى المستوى الموالي إلا عند إمكانية إثبات أن الأخطار المحتملة لا يمكن أن تواجه بشكل فعال بالوسائل (الدستورية) «المستوى السابق».

5. إن حدود الصلاحية التنظيمية التي تنشأ عند اعتبار الحق الأساسي، هي موضوعاً قاعدة أمره دستورية، والتي توجه المشرع في المقام الأول. ويجب أن يراقب احترامها رغم ذلك من طرف المحكمة الدستورية الفيدرالية. إذا كان تقييد حق في ممارسة مهنة ما من «المستوى الأول» (الباعث الموضوعي للقبول) محل شك، فيجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تدقق في المقام الأول فيما إذا كان الحق القضائي مهدداً، وفيما إذا كان التنظيم القانوني صالحاً لمواجهة هذا التهديد بشكل فعال، ويجب أن تفحص ما إذا كان هذا التدخل هو الوحيد المناسب لحماية كل حق قضائي على حدة. بعبارة أخرى، أن تحقق مما إذا كان المشرع لم يستطع تحقيق هذه الحماية بوسائل (دستورية) «من المستوى السابق» [...] .

فيما يخص الفحص الذي يلي التوجيهات المشار إليها سابقاً، إذا وقع الشك حول تجاوز صلاحية المحكمة، فلا يمكن للمحكمة أن تقدر ما إذا كانت وسيلة تشريعية محددة مناسبة، لأنه لا يمكن أيضاً أن يعرف هل توجد وسيلة أخرى أكثر فعالية. وهل يمكن لهذه الأخيرة أن تتحقق من طرف المشرع؟ ولا يمكن أن يفهم المقصود من هذا إلا عندما تُعرف الشروط والإمكانات التشريعية التي تُنظم الحياة برمتها.

ويهدف هذا المصطلح، قبل كل شيء، ولأسباب عملية، إلى إقرار حدود صارمة على صلاحية المراجعة التي تكون بيد المحكمة الدستورية الفيدرالية، والتي تركز نظرياً على مسألة أن المحكمة عندما تستعمل صلاحيتها الواسعة في الفحص بعدم دستورية القانون، تكون بذلك تتدخل في مجال المشرع، ويمكن بهذه الطريقة أن تنتهك مبدأ فصل السلطات.

لا يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن توافق على هذا المصطلح. فالمحكمة أسندت إليها حماية الحقوق الأساسية ضد المشرع. وعندما ينشأ عن تفسير الحق الأساسي حدود على المشرع، فيجب على المحكمة أن تقوم بمراقبتها. ولا يمكن لها أن تتنصل من هذه الوظيفة إذا لم يكن هناك خيار آخر يقلل بنسبة أكبر من الحقوق الأساسية، وتؤدي هذه الوظيفة المسندة إليها بموجب القانون الأساسي على الوجه الأكمل.

كان المطلب المقرر تنظيمياً في هذا السياق، يقود إلى أنه يجب على المشرع أن يختار بين الوسائل المختلفة والمناسبة أيضاً، في حين أن المشرع كان متخلفاً في هذه الإشكالية. وتم فحص عدم دستورية حالة حق أساسي، لم يراعي مجال الحماية المقسم (كمثال على ذلك، الحكم رقم 266/2 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويكون المشرع في هذه الحالة حراً بالتأكيد في الاختيار

بين تدابير قانونية مناسبة - في حدود معينة - لأنه يعتبر الحقوق الأساسية كوحدة وليست في مضمونها التشهيري.

لكن عندما يتعلق الأمر بحق أساسي يراعي في مجالاته القوية والضعيفة حيث تكون الحرية محمية أكثر، فيجب عندئذ أن يتم العمل على الفحص بعدم دستورتيتها من المنظور الدستوري، إذا توافرت البواعث للتنظيم على هذا المستوى، وتكون فيه الحرية محمية أكثر، ويجب بعبارة أخرى أن يتم العمل على مراجعة ما إذا كانت التدابير التشريعية للمستويات الدنيا غير كافية، وما إذا كان التدخل الفعال «ضروريا بصفة مطلقة».

وإذا خول للمشرع الحرية في الاختيار من بين «الوسائل المناسبة» التي تنتمي إلى مستويات مختلفة، فيمكن لهذا أن يؤدي عمليا إلى تدخلات، تضع قيودا قوية للغاية على الحق الأساسي، - تكون هي التي تُنتقى عادة - لأنه يفعل أثرها غير المتوقع من أجل تحقيق الأهداف المنشودة تعتبر ملائمة أكثر. ويمكن بالتالي أن تكون مقبولة بدون أي تنقيحات. وتكون الحماية الفعالة لنطاق الحرية، الذي تطمح إلى حمايته بالتأكيد الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، كافية لضمانها [...]

ولا يناقش بأن صحة الشعب تعتبر مصلحة عامة مهمة، ويمكن أن تبرر حمايته فرض قيود على الحرية، ومما لا يناقش أيضا أن التزويد المنتظم بالأدوية لا غنى عنه من أجل حماية صحة الشعب [...]

## ساسا

من المحتمل أن لا تكون المخاطر التي يخشى منها عند الاعتراف بحرية إنشاء الصيدليات، كتلك التي تم تناولها في الشروحات السابقة، كافية، في هذه الظروف - مع الاحتفاظ بقانون الصيدليات والأدوية المعمول به في المتبقي - من أجل مساندة تقييد شديد للممارسة الحرة للمهنة خاصة منها ولوج المرشحين المؤهلين إلى ممارسة مهنة الصيدلة [...]

تعتبر الفقرة 1 من المادة 3 من قانون الصيدليات غير دستورية؛ فالأحكام القانونية لحكومة أوبربايرن الصادرة على أساس هذا النص تنتهك للطاعة بالتالي الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي التي يجب أن تلغى. ويصرح أيضا ببطلان الفقرة 1 من المادة 3 من قانون الصيدليات والتي توجد ضمنا في علاقة غير منفصمة مع العديدين 1 و 2 (نفس المصدر، الحكم رقم 95، العدد 2 من الفقرتين 2 و 3، من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).



## الحكم 108

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 378/41 يتعلق بالاستشارة القانونية**

لا يتطابق العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 1 من المرسوم التنظيمي لقانون الاستشارة القانونية مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، لا ينشأ عنه تقييد محلي للترخيص بتقديم المشورة القانونية.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 25 فبراير 1976، يتعلق بطعن الحماية رقم 74/275**

يجب أن يتم تقييم التقييد الخاص المُستمد من المادة 1 من المرسوم التنظيمي الأول، كتنظيم لممارسة مهنة، على أساس الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي. ويكون هذا النوع من التنظيمات دستورياً، شريطة أن يمتثل بشكل صارم لمبدأ التناسب. ويجب - طبقاً لهذا المبدأ - أن يتأسس التدخل في الممارسة الحرة للمهنة على اعتبارات معقولة وملائمة. ويجب زيادة على ذلك أن تكون الوسيلة المستعملة مناسبة وضرورية لبلوغ الأهداف المنشودة، ويجب أيضاً أن يراعى حدود المعقولة بحالة الموازنة النسبية بين قوة التدخل ووزن وإلحاحية الدوافع التي تُبرر هذه الوسيلة.

فكلما كان الضرر الذي يلحق بالممارسة الحرة للمهنة أكثر حساسية، كلما كان يجب أن تكون مصالح المجتمع الذي من أجل خدمته يخصص هذا التنظيم أكثر قوة (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 292/30 [ص. 315 والتي تليها]، شروحات إضافية). ولا تؤخذ هذه الشروط بعين الاعتبار النص القانوني الذي جرت مناقشته في التفسير الذي تم تحليله.

## الحكم 109

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 378/39****يتعلق بقانون حول بنية طواحين الهواء**

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 19 مارس 1975 يتعلق بطعن الحماية رقم 20، 21، 22، 23، 24/173**

يجب، من أجل فحص عدم دستورية الأنظمة الداخلية لممارسة المهنة في مجال النشاط الاقتصادي، أن يتم الانطلاق من أن القانون الاقتصادي يترك للمشرع مجالاً للتقييم والتصرف لتحديد الأهداف الاقتصادية والسياسية، ومتابعة التدابير التي يعتبرها مناسبة لكل ذلك (انظر الحكم 7/4 [ص. 262 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - دعم الاستثمار -، 263/14

[ص. 275] - عمال النظافة -، 250/30 [ص. 262 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) والتي يمكن أيضا للمشرع أن يصححها من خلال نظم تحديد المسارات وقوى السوق (انظر الحكم 101/19 [ص. 114] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - ضرائب قطاعية -، 292/21 [ص. 299] - قانون الخصم -، 50/23 [ص. 59 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمتد هذا الفحص لدستورية القانون مبدئيا إلى مدى توصل المشرع إلى فهم دقيق وكاف للظروف القائمة أثناء إصدار القانون. ويمك المشرع لتقييم التهديدات التي تطال المجتمع مجالا شاسعا للتقييم. ولا يمنع المشرع حتى لو ظهر له أن احتمال تعرض المصلحة العامة للخطر أثناء مزاولته للنشاط التشريعي، أن يفرض تدابير وقائية بالقدر الذي لا تتعارض فكرته حول التطورات المحتملة التي يمكن أن تسفر عن مخاطر، في حالة كسل مع القوانين الاقتصادية أو التجارب التطبيقية التي لا يمكنها أن تنشئ بشكل معقول أساسا للتدابير التشريعية (انظر الحكم رقم 1/25 [ص. 17] ورقم 61/38 [ص. 87] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب بناء على ما سبق، أن يتم الانطلاق أساسا من تقويم الشروط المتاحة للمشرع لتحضير القانون (انظر الحكم 1/25 [ص. 12 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وبقدر ما يقوم باستعمال وسائل الفهم التي بين يديه بقدر ما يجب أن تقبل الأخطاء التي تظهر أثناء مزاولته للنشاط الاقتصادي. ويجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية، كي يكون الفحص مقبولا في هذا الإطار، أن توازن بين مصالح المجتمع، والإجراءات اللازمة في نظره لحماية الحق الأساسي للفرد في مزاولته لمهنة بكل حرية (مبدأ التناسب).

ويأتي التقييد أيضا كوسيلة مناسبة وكشرط لا غنى عنه لبلوغ الأهداف التشريعية. وتعتبر أية وسيلة ملائمة، عندما يمكن أن تحقق نجاحا، لا غنى عنها أو عندما لا يمكن للمشرع أن يختار وسيلة فعالة أخرى. أيضا قد يُقيد بأقل قدر ممكن الحق الأساسي للذي الحقه ضرر (انظر الحكم 292/30 [ص. 316] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب من أجل التقييم الدستوري لمدى ملاءمة وسيلة ما، أن يحسم في تحديد ما إذا كان المشرع قد استطاع من منظوره الخاص أن ينفذ أفكاره بهذه التدابير المعتمدة. وكانت توقعاته لتقويم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية ملائمة وقابلة للدعم، فلن تستطيع المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تنكر أو ترفض إذا تمكن المشرع، بعد استنفاد جميع الإمكانيات عند إصدار القانون، أن يثبت بشكل واضح وبديهي أن الإجراءات لم تكن ملائمة لبلوغ الأهداف ويمكن بالتالي لتطبيق المبادئ المفصلة من طرف قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية، أن يحدد عدم دستورية إجراء قانوني من

منظور عدم ملاءمة تحقيق الأهداف فقط في فرص قليلة وفي حالات خاصة (انظر الحكم 250/30 [ص. 263] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب، من أجل مراجعة دستورية الحاجة إلى إجراء، يؤخذ بعين الاعتبار فيه أن المشرع أسندت إليه مجال التنظيم الإضافي للاختيار وهيكله تقنية الإجراء الاقتصادي. ويمكن فقط عندما يثبت أنه يتوفر على وسائل أخرى أقل تقييدا، أن يقال بأن التنظيم القانوني مُرهِق للغاية، وأنه بالتالي غير دستوري (انظر الحكم 1/37 [ص. 21] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

## الحكم 110

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 30/11

#### يتعلق بالتأمين الطبي للأطباء المرخص لهم

يُعيد القانون الجاري به العمل المتعلق بالتأمين الطبي والذي بموجبه يلزم توفير عدد متناسب من المناصب التي يمكن أن يتولى كل واحد منها مُلْتَمَس واحد لممارسة المهنة الطبية، فيما يخص الأطباء الذين لم يتم قبولهم على نحو يؤدي إلى تقييد التنظيم للممارسة الحرة للمهنة، وطبقا للمعايير المنصوص عليها في الحكم 377/7 [ص. 407] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، فهذا التنظيم غير متطابق مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 23 مارس 1960 يتعلق بطعن الحماية رقم 261/51**

إذا كان نشاط شركات التأمين الطبية عبارة - أساسا - على شكل معين من ممارسة المهنة الحرة في المجال الطبي، ولا يكون القبول في شركة تأمين بالضرورة قبولا في مهنة «المؤمن الطبي»، حيث لا يتعلق الأمر إلا بتنظيم المجال المهني «للمهنة الطبية الحرة» من الداخل. ويجب اعتباره «كتنظيم لممارسة المهنة» حسب منطوق الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي والقرار الصادر بتاريخ 11 يونيو 1995 (انظر الحكم رقم 7/377 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب، من أجل الفحص بعدم دستورية هذا التعديل، أن يُؤخذ بعين الاعتبار وجود نطاق واسع من الإمكانيات التي تتناسب مع المقدار القليل أو الكثير من الحرية التنظيمية التي يراعيها المشرع، ضمن محتوى هذه التعديلات. ويعتبر مجال تنظيم ممارسة المهنة بالأكيد عموما أكثر حرية من أنظمة القبول الداخلية.

وتصلح القاعدة الدستورية الأمرة للتمييز (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 7/377 [ص. 403 والتي تليها]) أيضا لتنظيم ممارسة المهنة، ويملك المشرع حرية تحديد المحتوى بالقدر الذي لا يقيد ممارسة المهنة، وتكون هذه الحرية محدودة أيضا بالقدر الذي يؤثر على حرية اختيار المهنة (المرجع السابق «من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية»). ويجب أيضا هنا أن يوازن بعناية بين مدى تقييد حرية الأفراد، وضرورة التنظيم لحماية المجتمع. فكلما قُيدت حرية ممارسة المهنة، كلما وجب أن تكون شروط المصلحة العامة التي أدت إلى تبرير تلك القيود أكبر.

إذا كان الطبيب الذي يُزاوِل مهنته بحرية لا يستطيع أن يمارسها بنجاح من الناحية الاقتصادية، ولم يقبل في شركة تأمين، ويكون آثار التنظيم الحالي الذي يجعل القبول متوقفا على عدد مخطط متناسب، لا يكون فيه أي تأثير للطبيب ويقترّب من «ميزانية موضوعية للقبول» في شكل «حكم ضروري» (انظر الحكم 7/377 [ص. 406 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولا يبرر ذلك بالتالي إلا عندما تقتضيه المصلحة المهمة للمجتمع، والتي لا يمكن أن تحمي بشكل آخر بصفة خاصة. ويمكن أن يستنتج من خلال الموازنة بأن الإفراط في تقييد حرية المهنة ليس ضروريا من أجل الدفاع ضد المخاطر المتوقعة.

واحتجت الحكومة الفيدرالية وحكومات الولايات على تحرير القبول في شركة التأمين. لكافة الأطباء «المرخص لهم»، لأن ذلك سيققل من الموارد المتوسطة لأطباء شركة التأمين المقبولين سابقا، ويدفع أغلبهم إلى الانسحاب من المهنة. وسينتج عن هذا منافسة قوية بين الأطباء، ونقص في أخلاقية المهنة، وارتفاع تشعب الأعمال، وميل كبير إلى وصف أدوية. وسيتولد عن الحاجة الاقتصادية للأطباء إلى شركة التأمين في الأخير ضغط سياسي شديد القوة، لدرجة يكون فيها المدفوعات لأطباء شركات التأمين، ويستوجب بالتالي الرفع من الإسهامات. ويكون التأثير الأخير بالإفراج عن القبول في شركة التأمين تترتب عنه أضرار كثيرة، قد تعرض وجودها للخطر.

ولم تقتنع المحكمة الدستورية الفيدرالية بوجود أخطار من الحجم المخيف [...].

كنتيجة لذلك نستخلص الآتي: من جهة، يؤدي التنظيم الجاري به العمل، الذي يتميز بترابط العناصر، مثل العدد المناسب، ومناصب الأطباء في شركة التأمين، والمباريات، وقبول شركة التأمين الواحدة في منصب شغل واحد، إلى تدخل عميق في الممارسة الحرة لمهنة للأطباء الذين لم يقبلوا، من جهة أخرى لم يتبين أن المصلحة العامة ذات الأولوية لا يمكن أن تتحقق بشكل آخر، حتى يصبح هذا النظام الداخلي أمرا لا غنى عنه. ولهذا لا يتوافق بالتالي مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

## الحكم 111

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 97/13 يتعلق بالنظام الداخلي للحرف اليدوية

1. تتوافق شهادة الأهلية لممارسة الحرف اليدوية مع القانون الأساسي.
2. لا تكون الميزانيات الذاتية مقبولة ومبررة إلا لحماية الممتلكات العامة الأكثر أهمية، ولا تكون جديرة بالحماية إلا القيم المشتركة التي تكون معروفة بصفة عامة، بل أيضا تلك التي تنشأ عن أهداف خاصة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية، كمثال على ذلك: المحافظة على خصائص وأنماط الحرف اليدوية، وضمان النسب للاقتصاد التصنيعي برمته.
3. يسند إلى المشرع الصلاحية في تحديد هيكله المهني، وتقبيد حرية اختيار المهنة في هذا المجال، ويستطيع بهذه الطريقة لهذا الغرض أن يجسد الخصائص، ويحتاج، فقط إلى درجة معينة، أن يأخذ مختلف توجّهات التخصص بعين الاعتبار.
4. ينسجم مع مصطلح «الحماية» المبين في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي مع منح المرشح لمهنة ما ترخيصا استثنائيا بموجب الفقرة 2 من المادة 7 والمادة 8 من قانون تنظيم الحرف اليدوية، عندما يشكل إسناد اختبار الكفاءة عن طريق وضع امتحان صعب ومبالغ فيه وغير معقول.

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 17 يوليوز 1961 يتعلق بطعن الحماية رقم 44/54

في عملية الفحص بعدم الدستورية لدى دستورية الفقرتين 1 و 2 من المادتين 1 و 7 من قانون تنظيم الحرف اليدوية المؤرخ 17 شتنبر 1953.

لا يُرخص للنشاط الحرفي المستقل طبقا للفقرة 1 من المادة 1<sup>50</sup> من قانون تنظيم الحرف اليدوية كنشاط اقتصادي قائم إلا للأشخاص المسجلين كصناع تقليديين، وللشركات التي يُمكنها أن تطور نشاطها في مجال الصناعة التقليدية المشار إليها في الملحق أ من القانون (المادة 1،

50. قانون تنظيم الحرف اليدوية، المادة 1: (1) يرخص بالممارسة المستقلة للنشاط الحرفي كنشاط اقتصادي قائم، فقط للأشخاص الاعتباريين والطبعيين والشراكات (حرفيون مستقلون) الذين تم تسجيلهم. الشراكات في مفهوم هذا القانون هي المؤسسات التجارية الخاصة وشركات القانون المدني.

الفقرة 2) <sup>51</sup>، كما يمكن أن يسجل كصناع تقليديين الذين نجحوا في اختبار الكفاءة للقدرة على ممارسة النشاط الحرفي <sup>52</sup>.

تتطابق المادتان 1 و 7، الفقرة 1 و 2 من قانون تنظيم الحرف اليدوية مع القانون الأساسي.

## أولا

عرضت المحكمة الدستورية الفيدرالية في حكم حول الصيدليات (الحكم رقم 7/737 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) مبدأ يجب الانطلاق منه لتفسير الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، والذي يضمن للأشخاص بموجبه الحق الأساسي في الممارسة الحرة للمهنة، ويمكن في اعتماد المهني كل مؤهل لممارستها، ويمكنهم بكل حرية اختيار نشاط يكونون فيه محترفين وتحويله إلى مصدر معيشتهم الأساسية. هذا الحق هو تعبير عن الحق في التنمية الحرة للشخصية المضمون في المادة 2، الفقرة 1 من القانون الأساسي. ويجب أن يمارس هذا الأخير بتوافق مع مصالح المجتمع التي يمكن أن تتصدى لممارسته اللامحدودة.

وتدخل إمكانية تحقيقه في إطار الصلاحية التنظيمية التي يخولها العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي للمشرع، كما أن الأحكام القانونية الصادرة حول الصيدليات قامت باستخلاص حدود هذا الحق من مفهوم الحق الأساسي. وتكون فرضية «المستويات» التي تم تفصيلها سابقا نتيجة للتطبيق الصارم لمبدأ التناسب في مسألة التدخل في الممارسة الحرة للمهنة من أجل خدمة المصلحة العامة. وينطلق من مسألة (المرجع السابق، ص. 405) تفيد بأن حرية الشخصية الإنسانية، طبقا للقانون الأساسي، تُعتبر قيمة عليا.

ويجب بالتالي أن يُضمن أكبر قدر ممكن من الحرية لاختيار المهنة، كما أنه لا يمكن أن تقيد هذه الحرية إلا بالقدر الذي يكون ذلك أمرا لاغنى عنه لفائدة المصلحة العامة. وينشأ عن القرينة الأساسية التمييز بين التعديلات البسيطة لممارسة المهنة، ومُتطلبات حرية اختيار المهنة. وينشأ ضمن هذه الأخيرة «مرة أخرى» افتراضات ذاتية وموضوعية للقبول في ممارسة المهنة، وينشأ

51. قانون تنظيم الحرف اليدوية المادة 1: (2) يعتبر نشاط اقتصادي ما نشاطا حرفيا في مفهوم هذا القانون عندما يشتغل بمعايير خاصة بمجال الصناعة التقليدية وتشمل كليا نشاطا من الأنشطة الاقتصادية التي تم إدراجها في قائمة في الملحق أ، أو يزاوُل أنشطة تعتبر جوهرية بالنسبة لهذا الفرع من النشاط الاقتصادي (أنشطة اقتصادية).

52. قانون تنظيم الحرف اليدوية المادة 7: (1) يسجل كحرفيين أولئك الذين نجحوا في اختبار الكفاءة لإقامة نشاط حرفي أو أي نشاط له علاقة بالصناعة التقليدية. تحدد الوزارة الفيدرالية للاقتصاد والتكنولوجيا عن طريق مرسوم بموافقة البرلمان والحرف المرتبطة بحيث يسهل إتقان حرفة ما الممارسة المتخصصة لنشاط جوهري لمهنة أخرى (مهنة شبه حرفية).

زيادة على ذلك مبدأ يفيد بأن التدخلات لا تُبرر إلا في «مستوى» يؤدي إلى أقل تقييد لحرية ممارسة المهنة.

ويقتضي الأمر للبت في قبول تقييد قانوني لحرية ممارسة المهنة تحديدا بالموازنة بين المصلحة المتضاربة للأفراد وللمجتمع. ويجب لهذا الغرض أن يتم الانطلاق من مبدأ سيادة الحرية، غير أنه يمكن للقاضي أن يتجاهل الفحوصات والتقويم التي أدت بالمشرع إلى إقامة قيود على الحرية، وكانت في نظره ضرورية وغير دائمة عند مقارنتها بمعايير القانون الأساسي.

## ثانيا

تعتبر المبادرة لممارسة نشاط اقتصادي من بين تلك المنصوص عليها في القانون التنظيمي للحرف التقليدية تصرفا نابعا من حرية ممارسة المهنة حسب منطوق الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

## ثالثا

يعتبر شرط شهادة الكفاءة افتراضا ذاتيا من أجل القبول. يُعتمد النشاط المهني، كنشاط حر في مستقل منفصل عن امتلاك قدرات ومهارات مهنية التي يمكن أن يمتلكها الأفراد عبر عملية تدريب - مع بعض الاستثناءات - والتي يمكن أن تعتمد بشكل أساسي من خلال امتحان خاص.

لا تُبرر أسباب القبول الذاتية إلا من أجل حماية المصلحة العامة، لأنها تقيّد بشكل حساس الحق في الحرية للفرد - الذي يعتبر كمسألة مبادئ - لأنها تمنعه من الشروع في ممارسة المهنة المختارة إلى درجة يصبح فيها الشخص غير متأكد من معارفه الدراسية لمدة طويلة ولا من النجاح في امتحان خاص.

ولا يعتبر في هذا السياق إلا قيم المجتمع «المطلقة» هي الجديرة بالحماية (مثلا صحة الشعب) أو القيم المعترف بها بشكل عام أو مستقل عن المنظور السياسي للمصلحة العامة. يمكن للمشروع أيضا أن يتخذ المصلحة العامة كدافع لتنظيم مهنة، في مجالات لم تكن منظمة سابقا، وتنشأ الصعوبة من مفاهيم وأهداف السياسة الاقتصادية والاجتماعية التي تجعلها في مرتبة المصلحة العامة الأكثر أهمية.

ولا يمكن مع ذلك للمحكمة الدستورية الفيدرالية في هاته الحالات أن تعارض الأنظمة الداخلية للمهن بسبب أن المفاهيم السياسية التي يستعان بها كأساس يمكن الطعن فيها. ويجب على المحكمة بالتالي أن تقتصر على تفحص ما إذا كانت المصلحة العامة التي ينظمها هذا النظام الداخلي أو يمكن أن تمثل قيمة مشتركة ذات مرتبة جد عالية، ويمكنها أن تفسر سبب تقييد حرية اختيار

المهنة. ولا تسمح آراء المشرع في هذا الموضوع أن تنكر الاعتراف بحرية ممارسة المهنة، إلا عندما تكون هذه الأخيرة خاطئة بشكل فادح أو غير متوافقة مع ترتيب القيم في القانون الأساسي.

## رابعاً

يرتبط النظام القانوني الذي يقوم القانون التنظيمي للحرف اليدوية بفحصه هنا بالمفهوم الأساسي الذي يعني المحافظة على الوضع الحالي وعلى إنتاجية الحرف اليدوية وسلامة السلالة، ويكون من المصلحة الأكثر أهمية للاقتصاد برمته أن يتم ترك الممارسة المستقلة للحرف اليدوية في متناول الجميع. فلا يمكن من المنظور الدستوري أن يتم الاعتراض على منطلق النظام الداخلي للحرف اليدوية.

يصور المشرع الفيدرالي الحرف اليدوية كقطاع صناعي لا غنى عنه للاقتصاد، وتوجد أهميته بشكل خاص للطبقة الوسطى. وبانسجام مع دساتير أكبر عدد من ولايات الجمهورية الفيدرالية الألمانية التي أدرجت بشكل علني حماية الحرف اليدوية في برامجها السياسية والاقتصادية، وأراد المشرع أن يحمي ويعزز الحرف اليدوية ككل لا يتجزأ، وزيادة على ذلك أن يضمن للاقتصاد برمته عن طريق تكوين الأحفاد، ورأى أن تدرج شهادة الكفاءة كوسيلة ملائمة لبلوغ هذه الأهداف.

[...] لا يمكن للمشرع أن يتجنب الأخطار المنفرعة عن المجتمع أو الأفراد أثناء ممارسة المهنة غير الملائمة، التي تكون مشتركة بين العديد من الحرف اليدوية، كما يحدث مثلاً في حرفة البناء أو مجموعة ميكانيكي السيارات والكهربائيين. وتكون المصلحة العامة من باب أولى حاسمة في حماية وتعزيز وضعية حرفة يدوية سليمة وكفاءة ككل لا يتجزأ [...]

1. وتدرج في إطار سياسة اقتصادية واجتماعية الاعتبارات التي يبرر بها المشرع المصلحة الخاصة للمجتمع للمحافظة وتعزيز الحرف اليدوية طبقاً للقانون الأساسي، ولا تحدد بالتالي إلا على أساس معيار تشريعي لا يتعارض مع المبادئ الأساسية، ولا مع القيم الخاصة المنصوص عليها في الدستور، وتكون هذه القيم مشمولة بأحداث وتجارب حياتنا الاجتماعية والاقتصادية.

## خامساً

إذا كان يمكن للمشرع أن يرصد المصلحة العامة المهمة على أساس المحافظة والاعتناء بالوضعية الإنتاجية التي تتخبط فيها الحرف اليدوية، فحينئذ يثار التساؤل حول ما إذا كان يمكن لهذه المصلحة العامة أن تفرض هيمنة على حق الفرد في الحرية - إذا كان الجواب بالإيجاب على التساؤل السابق - حول ما إذا كان القانون لم يبالغ كثيراً في القيود المفروضة على الحق الأساسي.



وينطوي الحق الأساسي للحرية المهنية على محتوى، يعني أنه يجب على الفرد لاختيار مهنة أن يملك حرية أكثر، وبالقدر الذي تسمح به المصلحة العامة الجديرة بالحماية. بعبارة أخرى، فمتطلبات الحرية لاختيار المهنة لا يتحمل عبئها الفرد إلا عندما يستدعي ذلك حماية المصلحة العامة المهمة، ويجب أن تكون احتياجات المصلحة العامة ومتطلبات حرية المواطن في علاقة متوازنة.

وهذا يعني - طبقاً للمبادئ التوجيهية لهذه القاعدة، المستخلصة من أحكام الصيدليات - أنه يجب مبدئياً أن ينظر إذا كان ضرورياً، وأمكن معها للمشرع أن يبلغ هذه الأهداف، اعتماداً على متطلبات حرية اختيار المهنة عوض أن يقتصر على تنظيم الممارسة الحرة للمهنة، وما إذا كانت افتراضات القبول التي أدرجها المشرع لحماية الكفاءة لا تشكل وسيلة غير ملائمة بشكل سافر، وكانت هذه الافتراضات للقبول في حد ذاتها لا ترهق الأفراد بشكل مبالغ فيه وغير قابل للتنفيذ، وأيضاً لا يمكن أن تعترض المحكمة الدستورية الفيدرالية على قضيتي الموازنة والتقويم اللتين تثاران في كل جانب في هذا السياق، في حين أنه ليس واضحاً أنها انطلقت من افتراضات كاذبة أو أنها كانت في تعارض مع الدستور.

كان بإمكان المشرع أن يحيل الحماية ويعزز الوضعية والقدرة الإنتاجية لأصحاب الشركات الحرفية والحركة الحرة لقوى السوق. وكان بإمكانه أيضاً في هذه الحالة أن ينطلق من أن المنافسة الحرة ستقصي القوى غير المنتجة أو أقل إنتاجية، ويكون عن طريق «الاختيار الذاتي» ويحقق الأفراد الأكثر إنتاجية استقلاليتهم وإثبات وجودهم فيها. وكان أيضاً بالإمكان أن يعزز هذه الغاية عن طريق التنظيم القانوني لممارسة المهنة.

وكان بالإمكان في هذا الصدد على سبيل المثال، أن يتم حصر الحصول على المهنة على أرباب عمل يحملون شهادة «متدرب» ونجحوا في الامتحان، ويثبت علانية بهذه الطريقة (أو يُتَبَارَى ب) كفاءة شركة يسيرها متدرب بارع. كان يمكن للتدريب المهني أيضاً أن يبقى حكراً على المعلمين، كما كان سائداً في الشهادات الأولى للكفاءة.

وينص قانون النظام الداخلي للحرف اليدوية كافتراض ذاتي للقبول في ممارسة مستقلة للمهنة ببساطة على اعتماد شهادة الخبرة المتخصصة التي تمنح بناء على تدريب وعرض اختبار محددتين. يعتبر هذا العرض - ودون المساس بالحالات الخاصة المدرجة في قوائم في الفقرة الرابعة - الشكل الأكثر سلاسة لممارسة مهنة ما. وتكون هنا صالحة تماماً التوجيهات المستنبطة من أحكام الصيدليات (انظر الحكم رقم 377/7 [ص. 460 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) التي بموجبها تُقَنَّ بشكل ذاتي محدّدات المحتوى على أساس هذه القضية.

تقتضي الممارسة السليمة لحرفة تقليدية الدراية والمهارة التي لا تُكتسب إلا من خلال تدريب نظري وتطبيقي. فعندما يحدد المشرع بصورة منفردة الخبرات والمهارات المطلوبة، ويحدد

أيضا شكل وطريقة اكتسابها، فإنه ينفذ ويضفي الطابع الرسمي على افتراضات تأهيل طبيعة القضية.

يمكن أن يبرهن على وجود قيود للحرية بناء على كون المشرع في الملحق أ. يحصر حرية اختيار المهنة في القطاعات المدرجة في هذا الأخير، الشيء الذي يستحيل معه على الأفراد اختيار مهنة، مثلا، قطاع النشاط الحرفي الذي تتداخل فيه جميع الأنشطة المحددة سابقا، ويقيد بالتالي تكوينهم. فمن أراد التخصص مثلا في عمل محدد ومقيد بشكل مقبول كالعامل في مهنة الميكانيك أو الخياطة، يمكنه أن يسمح بأن يفرض عليه تدريب واختبار الكفاءة، قد يتجاوز متطلبات طبيعة العمل نفسه الذي يجب الاضطلاع به.

غير أنه لا يمكن للقانون من هذا المنظور أن يكون محل طعن من الناحية الدستورية، فإذا كان يمكن للمشرع مبدئيا أن يحدد مهنا معينة بشكل قانوني، فهذا أمر تم الإعراب عنه في الأحكام حول الصيدليات. فإنه لا يمكن أن يقوم بالجمع بين أنشطة مشابهة في مهنة واحدة امتثالا للتقاليد والممارسة الفعالة للمهنة. فإذا تجاوز حدوده في «تخصص المهن» فيمكن لهذا الأمر أن يقدم في قضايا فردية.

ويمكن القول إجمالاً إنه يجب أن يترك للمشرع مجال للعمل، فهو ملزم بتجسيد الخصائص، ويمكنه في هذا المجال أن ينطلق من متطلبات مُعدلة للتأهيل والتي سبق تبريرها. ويمكن له في هذا الصدد أن يراعي توجهات التخصص الشاملة فقط في حدود معينة، عندما يكون الهدف منها المحافظة على طابع الحرفة المهنية تجاه «العمل المتخصص» البسيط.

إذا كان التنظيم لا يؤدي في مجمله إلى تشويه العلاقات القائمة والمستقبلية في مجال نفس المهنة، فيجب حينئذ أن يقبل في حدود معين «لفائض» من شروط التدريب والاختبار خاصة منها القيود على الحرية «بدون أهمية» والتي تعوض بمعنى معين من خلال الزيادة من فرض التدريب المهني والمكانة الاجتماعية [...].

## سادسا

لا يُنتهك المبدأ العام للمساواة بدعوى أنه لا يلزم شهادة الكفاءة من أجل الإنتاج الصناعي الذي يقوم أيضا على منتوجات تقليدية.

إذا أقر المشرع افتراضات ذاتية مسبقة للقبول في شكل شهادة الكفاءة فلا يلزمه طبقا للفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي أن يتعامل مع المهن بشكل متساو، لأنه يقرر في حالة كهذه تحقيق المساواة الخارجية لمجالات النشاط أو المهن الفردية. ويمكن له أيضا أن يميز بين الشكل والمجال للتنظيم المهني بمقدار واسع طبقا للعلاقات الخاصة بين مختلف ميادين الحياة المهنية، خاصة

منها طبقا للهيكلية الاجتماعية لمهن معنية (انظر الحكم رقم 9/338 [ص. 350] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولا يمكن لتطبيق هذه المعايير أن تعتبر كانتهاك لمبدأ المساواة العام، وتكون أنشطة المؤسسات الصناعية غير مرتبطة بشروط القبول التي تخضع للحرف اليدوية.

تكون المنشآت الحرفية خلافا للمنشآت الصناعية عبارة عن منشآت صغيرة، وما يميزها هو التعاون الشخصي لمالك المؤسسة الذي يكون حسب تأهيله المتخصص في قيمة استحقاق الحرف اليدوية. وعلى العكس من ذلك، لا يساهم مالك المنشأة بشكل مباشر في الإنتاج، بل يقتصر على الإدارة التقنية والمحاسبية. ويترتب عن هذا الفرق الهيكلي أن توقف الممارسة المستقلة لحرفة يدوية على شهادة الأهلية الشخصية يبدو منصفًا.

## الحكم 112

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 330/19 يتعلق بالشهادة الخاصة بالمهارات - التاجر بالتقسيط

لا يتوافق أن تفرض شهادة المعارف المهنية لإقامة مشروع للبضائع من جميع الأصناف مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، ويستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة 3، الفقرة 3 العدد 2 من قانون تجارة.

#### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 14 دجنبر 1965 يتعلق بطعن الحماية رقم 60/14

تقتضي ممارسة التجارة بالتقسيط ترخيصا وفقا للفقرة 1 من المادة 3 والذي يجب، طبقا للفقرة 3 من المادة 3 من قانون التجارة بالتقسيط، أن يرفض إذا:

أ) لم يكن يمكن للشركة أو الشخص المكلف بتمثيل أو إدارة الشركة أن يمنح شهادات خاصة بالمهارات المطلوبة.

وجدت ظروف يطرح فيها انعدام الارتياح لأحد الأشخاص المذكورين في الفقرة 1 والمطلوبين لإدارة الشركة في إطار التجارة والتقسيط، ويميز قانون التجارة والتقسيط بين مجموعات الأعمال التالية :

تجارة المواد الغذائية طبقا للفقرة 1 من المادة 1 من القانون الخاص بالمواد الغذائية، وتجارة الأدوية ولوازم الرعاية الطبية بالتقسيط - باستثناء الأدوية الخاضعة للمراقبة - والمتاجرة في بضائع أخرى بالعدد (من الآن فصاعدا سيتم تسميتها التجارة العامة بالعدد) وتفرض الفقرة 2

من المادة 42 من قانون التجارة بالتقسيط على تجارة المواد الغذائية والأدوية بالتقسيط، شروطا خاصة خلافا للتجارة العامة التي تعمل بترخيص.

وتبين الشهادة الخاصة بالمهارات اللازمة لحالة التجارة العامة من نجاح في امتحان مساعد تاجر في أي فرع من فروع النشاط الاقتصادي، وكان مارس بعد ذلك نشاطا تطبيقيا للتجارة لمدة عامين على الأقل وفقا للفقرة 1 من المادة 1 من قانون التجارة بالتقسيط، ويكفي في الشهادة الخاصة بالمهارات، زيادة على ذلك، القيام بنشاط تجاري لمدة 5 سنوات على الأقل أو بدلا عنه، القيام بنشاط إداري لمدة سنتين وفقا للفقرة 2 من المادة 4 من قانون التجارة بالتقسيط.

لا ينظم القانون الخاص بالتجارة بالتقسيط، رغم تكريسه، ممارسة المهنة؛ بل الحصول عليها شرط المهارات المتخصصة، ويعتبر افتراضا مسبقا من أجل القبول الذاتي حسب مفهوم الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية الفيدرالية (الحكم رقم 7/377 [ص. 400 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويتوقف اعتماد المهنة كتاجر بالتقسيط على التوفر على مهارات محددة، يمكن الإشهاد عليها عن طريق تدريب خاص، ولا تبرر قبل كل شيء وبواسطة اختبار افتراضات القبول الذاتية المسبقة إلا من أجل حماية المصلحة العامة المهمة.

ويترتب عن تقييد حرية اختيار المهنة أن تمنع أصحاب الطلب من الشروع في أداء المهنة التي اختاروها إلى حين إدلائهم بشهادة تثبت أنهم أمضوا وقتا طويلا في الدراسة وأنهم اجتازوا امتحانا خاصا بنجاح (الحكم رقم 13/97 [صفحة 107] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يمكن أن يتصور حماية المستهلكين (أي زبناء التجار بالتقسيط) ضد أضرار صحية أو اقتصادية كمصلحة عامة مهمة، يمكنها أن تبرر أيضا المطالبة بشروط ذاتية لممارسة التجارة بالتقسيط، غير أنه تكون الوسائل المختارة لبلوغ هذه الأهداف هنا غير سليمة.

يتعاون تجار التقسيط «على توزيع البضائع» لتلبية الحاجيات. وتكمن الوظيفة الاقتصادية لهؤلاء التجار في توفير وتخزين وتسليم البضائع - بصفة عامة للمستهلكين الخواص - وتحويل وإعداد البضائع (التلاعب)؛ وهي وظيفة تعود إلى عهد قديم جدا، ويمارسها التجار، وشركات الإنتاج بشكل كامل، وتُستثنى عموما السلع الجاهزة للاستهلاك.

قد تهدد المخاطر الصحية المستهلكين جراء عمل لا يصلح للمتاجرة بالمواد الغذائية والأدوية وما شابه ذلك، وتطبق على هذه القطاعات أحكام خاصة ليست موضع الفحص هنا. فبصفة عامة، لا تعرض التجارة بالتقسيط صحة الزبناء للخطر، غير أنه لا يستبعد إمكانية وقوع ضرر

اقتصادي عندما يعرض التاجر مثلاً سلعة معينة، أو احتفظ بها بشكل غير سليم أو قدمها بشكل مشورة للزبناء.

ويمكن أن تستبعد هذه المخاطر أو يقلل على الأقل من حدوثها، عندما يُفرض على التاجر بالتقسيط الإداء بشهادة خاصة بالمهارات في تخصصه. ولا يفرض القانون، بخصوص هذه الشهادة، شيئاً؛ فهو يكفي بالشهادة الخاصة بالمهارات التجارية الخاصة التي تم اكتسابها في تخصص آخر.

ب) ويجب ضرورة أن يَصْلُحُ افتراض القبول القائم على مهارات متخصصة بطريقة بديهية، أو لا لخدمة مصالح الوضعية المهنية نفسها؛ وثانياً، للمحافظة على القدرة الإنتاجية ومكانتها الاجتماعية، غير أنه لا يجبر المشرع من أجل الوصول إلى هذه الأهداف - التي تبرر نفسها - أن يأخذ بعين الاعتبار الحدود التي تخضع لها طبقاً لمبدأ التناسب [...]

ويتجاوز المشرع نطاق المتطلبات عندما يفرض على كافة أعمال التجارة بالتقسيط - كافتراض من أجل اعتماد المهنة - شهادة خاصة بالمهارات التي تعتبر تجارية عن طريق التدريب التقني وعن طريق امتحان. ويجب - إذا كانت الظروف الخاصة بفروع محددة للتجارة بالتقسيط في نظر المشرع، تستدعي ضرورة إدراج افتراض من أجل القبول - أن يعرض بالتفصيل للمخاطر التي تهدد المجتمع والتي يحتمل وقوعها.

كما يجب على المشرع أن يستحضر هذه المخاطر أولاً، على مستوى تنظيم ممارسة المهنة، لأنه لا ينسجم، على العكس من ذلك، إخضاع المهنة برمتها لمحددات ملموسة لحرية المهنة بشكل وقائي، نظراً لوجود مخاطر في حالات معزولة، مع الضمانة الدستورية لحرية اختيار المهنة.

يوجد قلق من أن إنتاجية ومكانة مهنة بكاملها يمكنهما تبرير فقط، وبشكل استثنائي إذا تدخلت افتراضات ذاتية من أجل القبول؛ فقد أخذت المحكمة الدستورية الفيدرالية هذا الاحتمال فيما يخص قضية الحرف اليدوية (أنظر الحكم رقم 13/97 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) وتوجد مصلحة عامة في الحفاظ السليم والمنتج على الحرفة اليدوية، خاصة وأن الحرفة اليدوية البعيدة عن التدريب تؤثر على باقي فروع الاقتصاد التصنيعي، وبالأخص منه على الشركات الصناعية من أجل حماية الحرف اليدوية.

ويمكن للمشرع بالتالي أن يتجاوز مستوى تنظيم ممارسة المهنة، ويفرض ما يسمى بشهادات الكفاءة على شكل امتحان، ويكون في هذه الحالات لا محل لها في قضية التجارة بالتقسيط، لأنه في هذا المستوى لا تخضع السلعة لأية عملية إعداد، ولا يتطلب الأمر بالتالي أن تتم الاستجابة لشروط كثيرة بخصوص القدرات الشخصية لرجل الأعمال، وترتبط من جهة أخرى تجارة

التقسيم بشركات متعددة الحجم والشكل؛ فهناك الموزعون الأكيون (كما في عملية الدرجة الأولى) وأيضا المستودعات.

ولا يمكن بالتالي، مع الاحتجاج بالمصلحة العامة للحفاظ على «التجارة بالتقسيم»، أن يبرر القيود على الحق الأساسي، فوضعيات ووظائف كلا الفرعين المهنيين المختلفين في الحياة الاجتماعية والاقتصادية واضحة ومشهورة، ويعود فيها الأمر أيضا إلى التطورات القانونية: شهادة الكفاءة والاختبار في الحرف اليدوية وإلى عادة قديمة، فكانت التجارة بالتقسيم، ولا تزال إلى الآن، متحررة من أي تقييد قانوني لممارستها.

### الحكم 113

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 86/26 يتعلق بالتعيين الرسمي للخبراء

يتوقف التعيين العمومي للخبراء طبقا للمادة 36 من النظام القانوني للأنشطة الاقتصادية على الأهلية المهنية وشخصية المرشح وأيضا على الحاجة العامة لتخصصه في مجال محدد للتخصص، لكن لا يتوقف على عدد الخبراء القائم. وفحص الاحتياجات الخاصة يتعارض مع مضمون الفقرة 12 من القانون الأساسي.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 25 مارس 1992 يتعلق بطعن الحماية رقم 86/298**

#### الأسس

يرتبط طعن الحماية بمسألة ما إذا كان بالإمكان أن يرفض التعيين العمومي للخبير، طبقا للمادة 36 من النظام القانوني لممارسة الأنشطة الاقتصادية<sup>53</sup>، على أساس أن عدد الخبراء الناشطين الذين تم تعيينهم عموميا، كان كافيا.

#### أولا

الأساس القانوني للتعيين العلني وتعيين الأشخاص الذين يزاولون أو يرغبون في ممارسة مهنة الخبير هو المادة 36 المذكورة أعلاه.

53. النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية.

تنص المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية على :

### التعيين العمومي للخبراء

يمكن أن يعين الأشخاص الذين يوظفون أو يرغبون في العمل كخبراء، بشكل رسمي في مناصب محددة، وفي مجالات تخصص معينة من طرف الحكومات المركزية حسب معاييرهم، إذا توفروا على مهارات متخصصة، ولا يثار أدنى شك حول كفاءتهم [...] عرضت المحكمة الدستورية الفيدرالية، في حكم حول الصيدليات (الحكم رقم 7/737 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، مبدأ يجب الانطلاق منه لتفسير الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، والذي يضمن للأشخاص بموجبه الحق الأساسي في الممارسة الحرة للمهنة، واعتبرت كمهنة كل نشاط يقوم مؤهلون بمزاولته، والذين يمكنهم أن يختاروا بكل حرية نشاطا حرفيا وتحويله إلى مصدر معيشتهم الأساسية. واعتبرت هذا الحق تعبيرا عن الحق في التنمية الحرة للشخصية المضمون في المادة 2، الفقرة 1 من القانون الأساسي. ويجب أن يمارس هذا الحق بتوافق مع مصالح المجتمع.

قانون تنظيم الحرف اليدوية المادة 1: (1) يرخص بالممارسة المستقلة للنشاط الحرفي كنشاط اقتصادي قائم، فقط للأشخاص الاعتباريين والطبيعيين والشراكات (حرفيين مستقلين) الذين تم تسجيلهم. والشراكات في مفهوم هذا القانون هي المؤسسات التجارية الخاصة وشركات القانون المدني.

قانون تنظيم الحرف اليدوية المادة 1: (2) يعتبر نشاط الاقتصادي نشاطا حرفيا في مفهوم هذا القانون عندما يشتغل بمعايير خاصة بجال الصناعة التقليدية، وتشمل كل نشاط من الأنشطة الاقتصادية التي تم إدراجها في قائمة في الملحق/أ، أو يزاول أنشطة تعتبر جوهرية. لهذا الفرع من النشاط الاقتصادي (أنشطة اقتصادية).

قانون تنظيم الحرف اليدوية المادة 7: (1) يسجل كحرفيين أولئك الذين نجحوا في اختبار الكفاءة لإقامة نشاط حرفي أو أي نشاط له علاقة بالصناعة التقليدية. وتحدد الوزارة الفيدرالية للاقتصاد والتكنولوجيا عن طريق مرسوم يوافق عليه البرلمان الحرف المترابطة التي يسهل إتقان الحرفة والممارسة المتخصصة لنشاط جوهرية مهنة أخرى (مهنة شبه حرفية) يمكن أن تتصدى لممارسته اللامحدودة.

وتدخل إمكانية تحقيقه في إطار الصلاحية التنظيمية التي يُخوّلها العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي للمشرع، كما أن الحكم الصادر حول الصيدليات قام باستخلاص حدود هذا الحق من مفهوم الحق الأساسي أن فرضية «المستويات» التي تم تفصيلها سابقا هي نتيجة لتطبيق صارم لمبدأ التناسب لقضية التدخل في الممارسة الحرة لمهنة ما من أجل خدمة

الصالح العام. وينطلق من فكرة (المرجع السابق، ص. 405) تفيد بأن حرية الشخصية الإنسانية، طبقاً للقانون الأساسي، تُعتبر قيمة عليا وبالتالي يجب أن يضمن أكبر قدر ممكن من الحرية من أجل اختيار مهنة ما.

كما أن هذه الحرية لا يجب أن تقيد إلا بالقدر الذي يكون أمراً لا غنى عنه للمصلحة العامة. وينشأ عن القرينة الأساسية التمييز بين التعديلات البسيطة لمزاولة المهنة ومحددات حرية اختيار المهنة، ويكون ضمن هذه الأخيرة «مرة أخرى» افتراضات ذاتية وموضوعية من أجل القبول في مزاولة مهنة، وينشأ، علاوة على ذلك، مبدأ يفيد بأن التدخلات لا تُبرر إلا في «مستوى» يؤدي إلى أقل تقييد لحرية مزاولة مهنة ما.

ويقتضي الأمر، للبت في قبول تقييد قانوني لحرية مزاولة المهنة، تحديداً بالموازنة بين المصالح المتضاربة للأفراد وللمجتمع. ويجب لهذا الغرض أن يتم الانطلاق من مبدأ سيادة الحرية؛ غير أنه يمكن للقاضي أن يتجاهل الفحص والتقويم اللذين أديا بالمشروع إلى إقامة قيود على الحرية، وكانا في نظره ضروريين وغير دائمين عند مقارنتهما بمعايير القانون الأساسي.

## ثانياً

تُعتبر المبادرة لمزاولة نشاط اقتصادي، من بين تلك المنصوص عليها في القانون التنظيمي للحرف التقليدية، تصرفاً نابعا من حرية مزاولة المهنة حسب منطوق الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

## ثالثاً

ينطوي رفض طلب التعيين العمومي للخبير على تدخل في حرية ممارسة هذه المهنة.

إذا أنشأ المشرع إقراراً رسمياً للتأهيل المهني من خلال تيسير مزايا للمنافسة المهنية، فعندئذ يأتي هذا الاعتراف كتدخل في حرية ممارسة مهنة. ولا يؤخذ بعين الاعتبار كمحددات للحرية إلا كتفويضات وموانع، ويكفي للإجراءات الرسمية أن تؤثر على الكفاءة، لتعتبر طريقة تعرقل ممارسة مهنة (انظر بصفة خاصة الحكم رقم 82/209 [صفحة 223 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يمكن، طبقاً للمادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية، أن يعين الأشخاص كخبراء إلا عندما يثبتون أنهم يملكون دراية في تخصصهم ولا تثار شكوك حول أهليتهم. ومن ثم، فالخبير يثبت أمام الإدارة بالتعيين العلني، الذي هو من الخصوصيات التي تعتبر حاسمة



لنجاحه المهني: من خلال الكفاءة والنزاهة الشخصية. ومن ثم تنشأ ميزة تنافسية لا يستهان بها بخصوص الخبراء الذين لا يستطيعون إثبات كفاءتهم من خلال اعتراف حكومي.

2. يعتبر حدة التدخل في حرية الطاعن التي تم تقييم هذه الأخيرة في الأحكام القضائية المطعون فيها.

(أ) يجب مع ذلك، تبعا للمحاكم الإدارية، بأن الأمر لا يتعلق بتقييد حرية اختيار المهنة وإنما يتعلق بتنظيم ممارستها. ويتميز الخبراء الذين تم تعيينهم علنا وتسميتهم في المنصب عن الخبراء الآخرين، ولن يكون بانتمائهم إلى مهنة مستقلة، وإنما فقط بالاعتراف الحكومي بأهليتهم كخبراء. إذا تم تعيين خبير علنا وتسميته في المنصب فلن تتغير بذلك صورة نشاطه الاقتصادي. ولا يبرز في الواقع الاجتماعي الخبراء المعينون علنا كفاءة مهنية خاصة. ويتطابق في هذا الإجراء مع آراء أعضاء الجمعيات المهنية وأيضاً نظرياتهم.

(ب) لا يمكن مع ذلك أن تحدد حدة التدخل بشكل كاف من خلال هذا التصريح. ويمكن أن تكون القيود على حرية ممارسة المهنة في مستويات مختلفة، كما يمكنها أن تقرب ضمنها تقييد حرية اختيار المهنة (انظر بصفة خاصة الحكم رقم 33/125 [صفحة 161] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة). لكن عندما لا تكون هذه القيود غير مبالغ فيها، فإنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كيف تؤثر الأعباء والقيود خاصة على مدى قدرتها على تقليص الأرباح والفرص التنافسية لأفراد المهنة.

إذا تم تفسير الأحكام المطعون فيها، على ضوء هذه المعايير في تقييم المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية، فيجب عندئذ أن يعتبر التأثير المقيد لحرية هذه الأنظمة الداخلية الذي تمت مناقشته بخصوص ممارسة المهنة على أنه جد عال، ويقارب هذا التفسير تقييد حرية ممارسة المهنة للخبير على أنها لا تمس لا بالأسس الاقتصادية ولا القانونية لممارسة مهنة الخبير، لكنها تتجاوز تنظيم الممارسة المحايد من وجهة نظر المنافسة.

(ت) لا يجب تقييم حدة التدخل في حرية ممارسة المهنة من منظور آثارها الاقتصادية، فقط وإنما أيضاً من أساس الافتراضات القانونية التي ترتبط بها، ومن الحكم القضائي حول الصيدليات (انظر بصفة خاصة الحكم رقم 85/360 [صفحة 372 وما بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

طبقاً لتفسير الأحكام المطعون فيها للرأي السائد، تربط المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية بين الخصائص الموضوعية والذاتية. ويفترض التعيين العلني قبل كل شيء، طبقاً لمنطوق النص القانوني الواضح، أنه يمكن لصاحب الطلب أن يوضع بالإشهاد على المهارات الخاصة التي لا يُثار أدنى شك حول ملاءمتها.

ويعزى كلا الافتراضين إلى دائرة صاحب الطلب الخاصة، فالخصائص الذاتية تتلاءم والتأهيل الذي يتناوله الاعتراف الحكومي. فعندما تُثبِت الأحكام القانونية المطعون فيها، زيادة على ذلك، أن التعيين العلني يتوقف على حاجة، فهي بذلك تفسر المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية على أنها تقييد على أساس خصائص ذاتية.

هنا يُطرح تساؤل حول ما إذا كان الأساس القانوني لهذا الغرض كافياً، وحول ما إذا كانت الاعتبارات الحاسمة للمصلحة العامة قادرة على تبرير تدخل شديد في حرية ممارسة المهنة؟

## ثانياً

لا يسمح العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي بتدخلات في حرية ممارسة المهنة إلا على أساس تنظيم قانوني، يحدد بطريقة واضحة مجال وحدود التدخل. ويخضع الإجراءات المرتبطة بحرية اختيار مهنة للمجال المحفوظ للقانون، وأيضاً الإجراءات التي تؤثر ببساطة على ممارستها. كما يمكن للمشرع أن يُسند تنظيم التفاصيل إلى الأنظمة الداخلية التي يُصدرها جهاز يخضع للقانون العام كما نصت عليه صراحة الفقرة 3 و4 من المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية.

ويمكن للمشرع رغم ذلك، أن يقرر لضمان استقلالية القبول في مدى وبأي طريقة يجب أن تقدم المصلحة العامة على حقوق الأفراد، وما هي الشروط التي يجب وضعها في الأسس القانونية؟

ويتوقف هذا على حدة التدخل نفسه. ويجب في حالة تنظيم ممارسة المهنة كلما تأثر حكم أساسي للفرد والمصلحة العامة بشدة، أن يتم تحديد ذلك بوضوح حجم قبول للتدخل في إطار الترخيص القانوني (انظر بصفة خاصة الحكم رقم 33/125 [صفحة 160] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وتجد الدواعي الذاتية لتعيين الخبير بشكل علني بأنها تُرهق على الأقل صاحب الطلب، وتجد نفسها منظمة بشكل كاف في الفقرة 1 من المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية. فالخبرة والكفاءة هما في الحقيقة مصطلحان قانونيان غير محددتين ولا ينطوي تجسيدهما على أرض الواقع - على العكس من ذلك - على صعوبة غير معتادة ويُسهّل بصفة خاصة عن طريق بعض الظروف الإضافية المنصوص عليها في المادة 2 من النظام الداخلي للخبراء.

غير أن ما يحدث في افتراضات القبول الذاتية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية، أنها لم تذكر المتطلبات الموضوعية للحاجة للخبير. على أي حال فالفقرة 1 من المادة 2 من النظام الداخلي للخبراء تنص على أنه: «يجب من أجل

التعيين أن تتوافر حاجة عامة»، ويمكن لهذه الأخيرة أن تفهم بشكل مقيد، ويكون الامتحان حاجة مجردة ومتخصصة.

ويجب، على العكس من ذلك، عن طريق هذا كله، تفادي التبذير في تقييم واختبار وتعيين الخبراء ما دام أن الأمر لا يستدعي شؤوننا تخصصية. عندما لا يتطلب الأمر على سبيل المثال، مفاهيم أو مصطلحات في مجال التخصص أو أن ذلك يحدث نادرا أو أنه يمكن لهذه الأخيرة أن تستعمل بسهولة الخبراء المكلفين بمجال أوسع بكثير، فلا حاجة عندئذ إلى شخص مكلف من قبل الدولة.

لا يمكن، على العكس من ذلك، أن يُستخلص من المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية أي مبدأ توجيهي لكي تتمكن الغرف، في حالة وجود احتياج عام، من الحصول على ترخيص من أجل اعتماد انتقاء حصري بين العديد من مقدمي الطلب المؤهلين، إذا كان المشرع مؤهلا لتوزيع المناصب العامة راغبا بذلك في منحها مزايا تنافسية، فيجب عليه حينئذ أن يقرر على الأقل معايير لعملية الانتقاء.

ولا يحتاج إلى مثل هذه المتطلبات الدنيا في حالة المهن المرتبطة بالدولة (انظر بصفة خاصة الحكم رقم 73/280 [صفحة 295 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وكان يجب، على هذا النحو، أن توضع ضوابط تنظيمية لانتقاء دور حاسم في ترتيب الطلب أو المدة التي زاول فيها المهنة أو المؤهلات الخاصة. ويجب على النظام الداخلي من منظور الحق الدستوري أن يحدد أي شكل سيتم به تقييم الاحتياجات الخاصة، وكيفية إبلاغ واقتراح المعنيين (نفس المصدر السابق، ص. 269 وما بعدها). ولا يمكن على أي حال لغرف الصناعة والتجارة أن تلج على التساؤل بشكل انفرادي وطبقا لرأيها الحر حول ما إذا كان عدد الخبراء المعيّنين علنا، يبدو غير كاف ومن هم أصحاب الطلب المؤهلون الذين يجب في جميع الأحوال منحهم ميزة التعيين العلني؟

### ثالثا

لا تتوافق القرارات المطعون فيها، زيادة على ذلك، مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي لأنها تتدخل بشكل غير متناسب في حرية ممارسة المهنة.

1. يجب إضفاء المشروعية على محددات لممارسة المهنة عن طريق اعتبارات المصلحة العامة المعقولة (انظر الحكم رقم 7/377 [صفحة 405 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية، الأحكام القضائية المتكررة). ويفترض الرفض للتعيين العلني كخبير بسبب أثره المشوّه للكفاءة، لهذا سيكون هذا تدخلا ملحوظا لا يستهان به في ممارسة المهنة (انظر أعلاه 1.2.ب) ولا يستجيب للأهداف التقنية والإدارية البحتة، ويجب أن يكتسى في جميع الأحوال هدف التنظيم أهمية كبرى.

يكمّن الهدف من تنظيم المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية، طبقاً للرأي السائد، في إيلاء الأهمية للمعاملات القانونية الحرة، وتوفير عدالة لجميع السلطات والمحاكم والأفراد المعنيين والأشخاص الأكفاء والمتخصصين من أجل تحديد الظروف المعقدة وإنجاز الاختبارات، وتصبح التحقيقات الصعبة والدقيقة حول مكانة وكفاءة الخبير غير مجدية مع التعيين العمومي (انظر مستندات لاندمان/ رومر، الفقرة 9 و10 من المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية).

تستجيب هذه الأهداف للنظام الداخلي بشكل مباشر لدواعي القبول الذاتي، ولن تكون لها مشاكل من المنظور الدستوري، كما أنها لم تكن مثار اعتراض من طرف الطاعن.

2. لا يترتب عن مبدأ التناسب أي شك إزاء الفحص بعدم دستورية الاحتياج ذي الطابع العام الذي يحدد ببساطة ما إذا كان هناك طلب كبير على خبير في مجال تخصص محدد، بقدر ما تنعدم الدوافع لتدخل الدولة - ليست هذه قضيتنا هنا - . ولا يخضع المهنيون المؤهلون لتقييد مبالغ فيه مع عجز المؤسسات المختصة، لأنه لا يمكن لهذه المؤسسات أن تُيسر لهم تعيينا كخبراء، كي لا تعرقل أهلية الخبراء المعيّنين علنا.

3. يتدخل الفحص المحدد للاحتياج، على عكس ذلك، بشكل غير متناسب في حرية ممارسة المهنة ويحمي الطرف المستفيد ضد المنافسة، وهو أمر غير منصوص عليه في المادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية، وتكون أيضا بعض اعتبارات المصلحة العامة غير مناسبة لتبرير هذا الشكل من التدخل في حرية ممارسة المهنة، وتظل الحجج التي قُدمت من الآراء والاجتهاد القضائي، الذي تم تدوينه من أجل تقييد عدد الخبراء العموميين المعيّنين بدون أساس كاف.

أ) ويجب أن تكون مراجعة العرض على هذا النحو ليساعد على إيجاد خبراء أكثر كفاءة. وهذه الحجة غائبة في مسألة الانتقاء التي يرمي المشرع إلى إيجاد حلول لها. فالمادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة الاقتصادية لا تهدف إلا إلى تسهيل الانتقاء بين خبراء مؤهلين وغير مؤهلين؛ ولهذا الغرض، فالفحص المحدد للاحتياج يظل وسيلة مناسبة [...] ]

ويكون فيما عدا ذلك نتيجة الممارسة للجمعيات الخصوصية تؤول إلى الاعتراف الإضافي للخبراء، لأن الرأي العام لا يهيمه تقليص العرض وفرص الانتقاء وتوسيع نطاقها.

ب) لن يكون مقنعا، زيادة على ذلك، أن يكون تقييد الخبراء المعيّنين عموميا قد تم ترتيبهم من أجل ضمان مستوى التأهيل المطلوب.

ويمكن أن يبرر هذا بحجة أن التجربة والتحفيز للخبراء بالاستمرار في التدريب، ويمكن أن يكون خاضعا لتأثير وتيرة الخبرات. لكن يجب، طبقاً للمادة 36 من النظام الداخلي لممارسة الأنشطة

الاقتصادية، أن يكون التأهيل المتخصص مشفوعا عن طريق التعيين العمومي، فلا يكتسب الخبير مهاراته وتجربته إلا من خلال نشاطه؛ بل قبل كل شيء بممارسة مهنته [...] ]

ج) يوجد في استقراء جميع الآراء خلفية الحجة التي تعني، أنه ينبغي أن يحدد ويحصر عدد الخبراء المعيّنين العموميين بالقدر المطلوب ضرورة لتسهيل تطبيق التعيين الاقتصادي والرقابة الفعالة. رغم هذا كله، فلا يمكن لوجهة النظر هذه أن تبرر الفحص بعدم دستورية - بناء على - الحاجة المحددة.

زيادة على ذلك، لا يكون تفادي التكاليف الإدارية دافعا كافيا للتدخلات في الحريات المحمية بواسطة الحقوق الأساسية. إضافة إلى ذلك، قررت المحكمة الدستورية الفيدرالية في عدة مناسبات، أنه طبقا للقانون الأساسي لا يسمح بتقييد حرية المواطنين في اختيار المهنة، بذريعة أن الرقابة الحكومية أكثر سهولة (انظر بصفة خاصة الحكم رقم 41/378 [صفحة 397] ورقم 65/116 [صفحة 129] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

#### الحكم 114

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1353/53 يتعلق بحلويات الشوكولاتة والأرز المطبوخ

بخصوص المتطلبات الكفيلة بتنظيم ممارسة مهنة ما طبقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي في مجال الحق في الغذاء.

#### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 16 يناير 1980 يتعلق بطعن الحماية رقم 79/249

يكون الهدف من طعن الحماية هو التساؤل عن مدى تطابق إخضاع حركة المواد الغذائية التي يتعذر التمييز بينها وبين الشوكولاتة للمنع المطلق مع مقتضيات القانون الأساسي.

وكان موضوع المحاكمة بالدائرة الابتدائية هو الحلويات الموسمية من قبيل: سانتا كلوز، أرانب عيد الفصح المصنوعة من الأرز المنتفخ والمعجونة بكرميما مركبة من دهن الصوجا ومسحوق السكر ومسحوق الكاكاو.

ويقوم طعن الحماية على أساس.

1. لا تطابق الفقرة 2 من المادة 14 من التنظيم المتعلقة بالكاكاو مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي إذ أنها تنص على منع حركة المواد الغذائية المدرجة في النص القانوني.

وتنص القاعدة القانونية على تنظيم ممارسة المهنة، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تتم طبقاً للفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي إلا بموجب القانون أو على أساس القانون، وإذا كان تنظيم ممارسة مهنة ما ممكناً عن طريق نظام قانوني، فعندئذ يجب أن يسند منح الترخيص إلى إحدى مقتضيات القانون الأساسي، وأن يكون محتواه مشمولاً بترخيص. ويفرض تنظيم ممارسة من الناحية المادية، وتبرير بالدوافع المعقولة المصلحة العامة وتكون الوسائل التي تم اختيارها مناسبة وضرورية لبلوغ الأهداف المنشودة، وأن يكون تقييد حرية المهني في هذه الحالة معقولاً (أنظر الحكم رقم 46/120 [صفحة 145] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وهذه الدواعي تناولتها الفقرة 2 من المادة 14 من الأنظمة المتعلقة بالكاكاو.

ويجب أن يستوفي الترخيص المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الخاص بتسويق المواد الغذائية التي يستند إليها للقاعدة القانونية المنصوص عليها في الفقرة 1 و2 من المادة 80 من القانون الأساسي. ويتعارض التنظيم الذي اعتمده السلطة المكلفة بالسلطة التنظيمية رغم ذلك مع مبدأ الضرورة، ويكون بالتالي تنظيمًا غير متناسب.

من أجل الفحص بعدم دستورية التساؤل حول مدى تناسبية المحددات المتضمنة في تنظيم ممارسة المهنة، يجب أن يراعى، على الرغم من ذلك، الحرية المسندة للمشرع وللسلطات الإدارية من أجل التنظيم - في إطار منح تراخيص - في مجال النشاط الاقتصادي. ويترك القانون الأساسي ما يتعلق بتحديد الأهداف السياسية والاقتصادية والتدابير الملائمة لمتابعته للتقييم والتصرف إلى الحركة الحرة لقوى السوق التي يمكن لها أيضاً أن تصححها من خلال تدابير الواجهة السياسية والاقتصادية.

ولا تعتبر الفقرة 2 من المادة 14 من الأنظمة المتعلقة بالكاكاو مستحقة للاعتراض من المنظور الدستوري، ويجب بالتالي عندما يتجاوز مجال التصرف المذكور الحدود الدستورية الواسعة النطاق نسبياً (أنظر الحكم رقم 46/246 [صفحة 257] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية مع مزيد من الشروط)، أن تراعى الكفاءة الكافية لكي يستطيع أن يُثبت بطريقة حاسمة أنه من أجل تحقيق الأهداف المنشودة يجب أن يتم التوفر على وسائل أخرى أقل تقييداً (انظر الحكم رقم 39/210 [صفحة 231] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، مع مزيد من الشروط).

فهذه هي القضية، تكمن وظيفة أحكام القانون الخاص المتعلقة بالمواد الغذائية في تفادي الإضرار بمصلحة المستهلك، وتغيير المواد الغذائية، وحماية المستهلكين من الأخطار التي تهدد الصحة. ويمكن أن يفهم هذا من خلال مقتضيات المادة 8 والتي تليها والمادة 17 من القانون الخاص بتسويق المواد الغذائية. فالفقرة 2 من المادة 14 من الأنظمة المتعلقة بالكاكاو تهدف أساساً إلى حماية المستهلك من التدليس.

تعتبر هذه الحماية بدون أدنى شك حافزا معقولا للمصلحة العامة، التي يمكنها أن تبرر محددات ممارسة المهنة. ولا يقتضي تحقيق هذه الأهداف فقط أوامر قانونية بل أيضا تقضي منع تسويقها. ويعتبر هذا المنع على عكس ذلك، من بين الوسائل الأكثر تقييدا، والتي يمكن أن تستعمل لحماية المستهلك من التزوير والتدليس.

ويمكن عموما أن يتم التصدي لهذا المنع بشكل فعال، وأقل تقييدا عن طريق اجبارية منح المنتج بطاقة مناسبة. ولا يستند في الحقيقة قرار المستهلك لاقتناء المنتجات التي تتوافق مع الواقع، عموما إلى دراسة مقبولة لخصائص البضائع، بل يوجد توجه إلى اعتماد الشكل الخارجي الذي تعرض به البضاعة (انظر الحكم رقم 46/246 [صفحة 260] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

غير أن هذا لا يبرر الافتراض الذي يعني أنه يجب، لحماية المستهلك العرضي، أن يمنع أساسا تسويق أي نوع من أنواع المواد الغذائية المدرجة في الفقرة 2 من المادة 14 من الأنظمة المتعلقة بالكاكاو، وتعطى الأولوية لمنع المنتجات عبر المنافسة، ولا يمكن أن تبرر باعتبارات أخرى. وبالطبع، يمكن للمشروع مثلا أن يتخذ الاجراءات المناسبة في حالة خلط بين منتجات الحليب والزبدة، من أجل الحفاظ على قطاع الفلاحة بعيدا عن الهدف المباشر لحماية المستهلك (أنظر الحكم رقم 46/246 [صفحة 256] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ولا يوجد في هذه القضية أي تبرير من أجل تقييد يتجاوز منع الالتباس. وكان يجب أن يلبي هذا الإجراء التدابير المطلوبة لحماية المستهلك.

ويكفي لبلوغ هذا الهدف ضرورة منح للمنتج بطاقة بطريقة مناسبة.

## الحكم 115

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 173/95

#### يتعلق بتحذيرات بشأن منتجات التبغ

بخصوص التساؤل حول ما إذا كان واجبا أن ينشر في علب منتجات التبغ تحذيرات تتعلق بالمخاطر الصحية التي يتعرض لها المدخن، فهل هذه التحذيرات تتوافق مع الحقوق الأساسية.

الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 22 يناير 1997 يتعلق بطعن الحماية

رقم 1915/91

## الأسس

لا يقوم طعن الحماية على أساس.

## ثانيا

يجب أن يتدخل وضع التحذيرات في التوسط بين المنتجين وتجار منتجات التبغ في توزيع بضائعهم. ولا يمكن أن تعتبر المشاركة في عملية التعبير ونشر الآراء، وبالتالي منح الطاقة للمنتج أن تقاس بمعيار حرية ممارسة المهنة وفقا للفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، ولا بمعيار حرية الرأي وفقا للفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

ويمكن للطاعنات أن يتذرن، كأشخاص القانون الخاص الاعتباريين، بالفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 30/292 [صفحة 312] ورقم 50/290 [ص. 363] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويأتي التمثيل المهني الذي يتضمن الدعاية لمنتجاتهن التي تدخل في نطاق الأنشطة المهنية التي تحميها الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي (أنظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 85/248 [صفحة 256]). وتعتبر الإجراءات الحكومية التي تُحدد ممارسة نشاط اقتصادي، تدخلات في حرية ممارسة مهنة (انظر المصدر السابق)، في هذا الصدد لا يوجد هناك انتهاك للحق الأساسي.

1.1) يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار الحق الأساسي في حرية الرأي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي، وتطبق في قضية الإشهار إذا كان يتضمن محتوى تقييميا يؤثر على تكوين رأي عام، أو ينطوي على إشارات تساعد على تكوين رأي (انظر الحكم رقم 71/162 [ص. 175] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويلاحظ أن هذا الأمر غائب هنا. وبقدر ما يجب على منتجي التبغ أن يضعوا تحذيرات حكومية على علب منتجاتهم يجب على الدولة أن لا تُراعي سوى هذا الأمر دون أن تؤثر الدعاية على ما تبقى. ولا يوجد في هذا الإجراء أي تأثير على الحق في التعبير، ونشر الآراء التي تعتمد عليها المؤسسة. بل حتى على حقها في ممارسة المهنة.

ويتعلق شيء بمدى كون الإشارات لا تعبر بشكل واضح عن الرأي الخارجي، أم أنها يمكن أن تنسب إلى منتجي التبغ. فإذا كان صاحب الحق الأساسي ينسب إلى نفسه نشر رأي الآخر، ويعتبره ملكه الخاص، فهذا سيؤثر طبعاً على حرية التعبير عن الآراء، وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 5 من القانون الأساسي.

وإذا كان للمستهدفين انطباع من الدعاية بأن منتجي التبغ يساندون طوعياً نشر إشارات تذيع بنفسها هذا التصريح، فعندئذ ستتحول حرية نشر الآراء إلى معيار للاختبار. وإذا كان واضحاً، على العكس، أن الآراء التي تم بثها على علب السجائر يجب أن تنسب إلى الغير، وأن



نشر هذه الإشارات عبارة عن شرط عام لتسويق منتجات التبغ، فيجب أن تمنح للمنتج بطاقة تنظم ممارسة المهنة.

1.ب) لا تؤثر الأحكام التنظيمية المطعون فيها على أساس هذا المعيار في حرية الرأي للطاعات. ويجب أن تطبع التحذيرات التي تصلح لنشر رأي الغير وهو أمر يجب أن تقوم به جميع الشركات التي تتاجر في السجائر، ولا يحق لها أن تثير مسألة أن الشركات التي تنشر هذا الرأي تنشرها لنفسها.

ويجب أن يتم تقييم الإشارات على أساس أنها تعبير عن رأي الغير، وتعتبر أيضا عن إرادة وزارات الصحة العمومية للمجموعة الأوروبية، ويدعم بالرأي القائل بأن التدخين يسبب السرطان وأمراض القلب [...].

2. وجوب طبع الإشارات من طرف الشركات يجد له وقعا في مجال الحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

أ) تتطلب التدخلات في حرية ممارسة المهنة، طبقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، الأساس القانوني للقوانين التي تقيد الحقوق الأساسية، الذي يستجيب للمقتضيات المنصوص عليها في الدستور.

ويكون الأساس القانوني بالتالي متطابقا مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي عندما تجد تبريره في المصلحة العامة، التي تستند على مبدأ التناسب، وهو مبدأ مناسب أيضا وضروري لتحقيق الأهداف المنشودة، خاصة عندما لا يضمن حدا من المعقولة في الموازنة بين جسامته التدخل، وأهمية الدوافع التي تبررها (أنظر الحكم رقم 76/196 [صفحة 207] ورقم 85/248 [ص. 259] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). تتحقق كل الافتراضات هنا.

يستفيد المرسوم الذي يأمر بوضع تحذيرات على منتجات التبغ من سلطة الدولة، ويكتسب بهذه الطريقة الثقة على أساس القانون. ولا يظهر أي اعتراض للحقوق العليا من المنظور الدستوري، لأن محتوى التحذيرات تنسجم مع معارف العلوم الطبيعية، وتدخل هذه التحذيرات من المخاطر على الصحة في إطار الوظائف العليا، وتستجيب للتدابير المتطلبات الحرية في ممارسة المهنة.

ويكون الأساس القانوني للمرسوم هو الفقرة 1 من المادة 21 من القانون الخاص بتسويق المواد الغذائية الذي على أساسه تمت صياغة الواجبات في المرسوم المتعلق بالتبغ بالتحديد.

أ-أ) تساهم التحذيرات في حماية المدخن من مخاطر التدخين على الصحة. ويوجد عموما اعتراف بالإجماع على أن التدخين يضر بالصحة.

كنتيجة لهذا، وحسب الحالة الحالية للخبرات الطبية، يكون من المؤكد أن التدخين يسبب السرطان وأمراض القلب، ويؤدي بالتالي إلى الإصابة بأمراض مميتة، ويعرض أيضا حياة المدخنين غير المستهلكين للخطر [...] .

ب-ب) يدخل التحذير من هذه المخاطر على الصحة بالدرجة الأولى في الوظائف القانونية للدولة، ويجب أن تسعى سياسة الحكومة في مجال الصحة إلى التحذير من الأخطار الطبية الجسيمة على المدخن، وتحسيس المستهلكين بأن المدخنين يُؤذون المدخنين غير المستهلكين. وتدفع الصيغة اللغوية البسيطة التي تميز هذا التحذير المستهدفين إلى التفكير، على أساس مخاطر التدخين على الصحة، وتوضع في قرار الشراء، وعلى علب السجائر، ويكون الهدف من ذلك، بالتالي، حماية السكان ضد المخاطر التي تهدد الصحة.

ج-ج) يمكن للمشرع أن ينطلق من اتخاذ تدابير وقاية للصحة، ويرتبط تقييم مدى ملاءمتها أساسا بتقديره (أنظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/25 [صفحة 12-17] ورقم 30/292 [ص. 317]).

ويلاحظ بالطبع في الوقت الراهن ارتفاع استهلاك السجائر رغم التحذيرات. ففي سنة 1994 ارتفع الاستهلاك في ألمانيا بنسبة 1,131 مليون سيجارة (انظر «الموسوعة المعاصرة المُحيّنة» لدانييل هارنبرغ، المدخل: التدخين [ص. 339]) وعلى أي حال، يكون التقييم القانوني الذي يتضمن التحذيرات ممكنا لن يؤدي إلى تفادي استهلاك التبغ، ولهذا فإن هذه التحذيرات ليست مثار اعتراض ولا غضاضة من المنظور الدستوري، وتظل التحذيرات كافية على الأقل لإبعاد المدخن عن الاستهلاك غير العقلاني للتبغ.

وتستجيب الأحكام التنظيمية المُحدّدة للتحذيرات أيضا لمتطلبات الكفاءة. وتكون - بالتأكيد - العلاقة الموجودة بين التدخين ومرض السرطان، وأمراض أخرى، ومخاطر على صحة الآخرين تتوافق مع نتائج الأبحاث في ميدان العلوم الطبيعية، ولا يعني هذا أن غير المدخن في مأمن من أي إصابة بالسرطان أو غيره من الأمراض. وتحيل التحذيرات، زيادة على ذلك، طبقا للمعنى المشترك لمصطلح «أسباب»، إلى سياق سببي نمطي ومعمم للتدخين وأضراره على الصحة، ويكون لهذه الأحكام التنظيمية بالتالي دور في إنكاء الوعي للكف عن التدخين، وتفادي المخاطر على الصحة.

د-د) تعتبر التحذيرات أيضا ضرورية، لأن إمكانية الحماية من المخاطر التي تنشأ عن التدخين ليست واضحة ولا بارزة [...] .

وما عدا ذلك، يعتبر منع الدعاية إلى جانب الرسوم التوضيحية الخاصة بالصحة، كإجراء مناسب لمكافحة الاستهلاك غير المعقول للسجائر، كما يجب أن تحلل ظروف التسويق (كمنع المتاجرة

عبر الآلات الأوتوماتيكية وبيع السجائر للشباب). ويظهر التنظيم القانوني المطعون فيه أمام هذه البدائل، كإجراء ملائم أكثر.

هـ-هـ) لا يتجاوز واجب إدراج التحذيرات من مخاطر التبغ حدود المعقولة. لأن التدخل في حرية ممارسة المهنة يسمح لصناعة التبغ بالممارسة البعدية لنشاط التسويق، ويمنح ببساطة للمستهلك أساسا طلب وقت اتخاذ قرار شراء المنتج. وتعتبر وسيلة التقييد المختارة - تأثير لغوي بسيط عن طريق التحذير - شكلا من أشكال التصرف التي لا تؤثر على تبادل المصلحة عن طريق قانون العرض والطلب، وتذكى إحساس الطاعن أمام الاعتبارات التي يجب أن تكون على أساس معرفة عامة طبقا للوضعية الحالية للخبرة الطبية.

و-و) يتوافق إيفاد القوات المالية والتنظيمية الخاصة للقيام بالوظائف الحكومية في مجال سياسة الصحة مع الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 68/155 [صفحة 170] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويوجد واجب طباعة التحذير مبررا له في المسؤولية الخاصة، وتقريب المنتج والمستهلك لمنتجات التبغ مع وظائف الحماية ضد التهديدات التي ينطوي عليها استهلاك التبغ الذي تنتجه هذه الشركات.

### ثالثا

لا تنتهك الأنظمة الداخلية المطعون فيها الحق الأساسي للطاعة، المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

1. يقلل واجب طباعة التحذيرات بالتأكيد من فرص إجراء صفقات وأرباح للطاعة، غير أنه لا يؤثر على حقوق الملكية. ولا تحمي الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي إلا المواقف القانونية التي تنسب إلى صاحب الحق، (انظر الحكم رقم 20/31 [صفحة 34] ورقم 30/292 [ص. 353] ورقم 45/272 [ص. 296] ورقم 68/193 [ص. 223] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية مع شروحات أخرى).

### رابعا

غير أن ذلك يستبعد انتهاك حرية إقامة المشاريع المضمونة في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي، ويرتبط التنظيم المطعون فيه بحرية التصرف في مجال ممارسة المهنة المتضمنة في المادة 12 من القانون الأساسي. إلا أنه ليس هناك فضاء للفحص على أساس المعايير المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 70/1 [صفحة 32]).

## الحكم 116

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 303/33 يتعلق بنظام الحصة**

1. حول التقييم الدستوري للمحددات المطلقة من أجل قبول الطلبة الذين يرغبون في الشروع في الدراسة في مجال تخصص محدد نظرا لاستنفاد القدرات لإنجاز تكوين (يتعلق الأمر هنا بنظام الحصة لدراسة الطب).
2. يشتق الحق المضمون في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي المتعلق بحرية اختيار المهنة، والتدريب عن مبدأ الدولة الاجتماعية ويمكن أن يكون الحق في القبول في الجامعة قابلا للتقييد، بموجب القانون أو على أساس القانون.
3. لا تعتبر محددات القبول المطلقة للطلبة الذين يرغبون في الشروع في الدراسة في مجال خبراتهم الخاصة دستورية فقط:
  - أ) إلا إذا تواجدت في حدود المتطلبات اللازمة بسبب استنزاف القدرات التكوينية القائمة،
  - ب) إذا أجري انتقاء وتوزيع المرشحين طبقا لمعايير عادلة وسليمة، وإعطاء الفرصة لكل واحد من المرشحين لولوج الجامعة والاستجابة على قدر المستطاع للاختيار الفردي لمكان التدريب.
4. يجب على المشرع أن يتخذ القرارات الأساسية بخصوص افتراضات الرسوم المتعلقة بقيود القبول المطلقة ومعايير الانتقاء القابلة للتطبيق، ويمكن أن يرخص للجامعات أن تقوم بتنظيم الخصوصيات الإضافية في حدود معينة.
5. لا تتوافق المادة 17 من القانون الخاص بالجامعات المصادق عليه في هامبورغو بتاريخ 25 أبريل 1969 مع القانون الأساسي، إذا لم يصدر المشرع من جهته قرارا بشأن القيود المطلقة وشكل ومرتبة ومعايير للقبول.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 18 يوليوز 1972 يتعلق بطعن الحماية 32/70 و25/71**

في كلتا العمليتين المتعلقةتين بقبول طلبة الطب في جامعات هامبورغو وميونخ، دعت المحاكم الإدارية إلى إصدار قرار من المحكمة الدستورية الفيدرالية بخصوص ما إذا كانت الأحكام المحددة لقانون الولايات حول القيود من أجل القبول في الجامعات (نظام الحصة) متطابقة مع القانون الأساسي.

يدور موضوع المراجعة الدستورية حول نظام الحصة المطلق الذي ينشأ عن استنفاد القدرة الكاملة من أجل تكوين الطلبة في مجال تخصص محدد، وذلك باستبعاد القيود المحلية والهيكلية

التي تعرقل اختيار جامعة محددة أو القيود التي تؤثر ببساطة على الطلبة المقبولين في فصول دراسية عالية. ويتميز بهذه القيود نظام الحصص المطلق بآثاره المقيدة الخاصة.

ويؤدي هذا بالتالي إلى أن عددا كبيرا أو صغيرا من المترشحين مُلزمين بتأجيل بدء الدراسة التي يرغبون فيها إلى أجل بعيد نوعا. وفي حالة ارتفاع الطلب بدرجة كبيرة، وقائمة الانتظار المتعلقة به طويلة، فإن هذا النوع من القيود من أجل القبول لا يلحق فقط ضررا على اختيار نوع التكوين، بل أيضا يمكنه أن يؤثر على اختيار المهنة إلى درجة معينة حيث أن الشخص قد يتخلى عن نواياه الأصلية. المترشحون الذين يتوفرون على موارد قليلة لا يتوفرون على نفس الإمكانيات التي يتوفر عليها أولئك الميسورون من أجل تسوية الانتظار الطويل أو محاولة التكوين في الخارج.

## أولا

كمعيار للاختبار من أجل التقييم الدستوري للقيود المفروضة على القبول، كما صرح به أيضا الاجتهاد والفقهاء القضائي (أنظر الجدول المختصر لشميدت، 1971 ص. 382)، يمكن أن يتم التدرج قبل كل شيء بالحق في الاختيار الحر لنوع التكوين المضمون لكافة الألمانين في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

من أجل إدراج هذا الحق في القانون الأساسي وتفسيره الأولي تأتي قبل كل شيء فكرة، بأن الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي تضمن للفرد حق الدفاع ضد القيود على الحرية في اختيار صنف من أصناف التكوين. وتم التأكيد في هذا السياق خلال اجتماعات مجلس البرلمان على أنه يجب في جميع الظروف أن تضمن حرية الاختيار بين مختلف الجامعات والتعلم على أيدي أساتذة رفيعي المستوى، وذلك للتمكن من التكوين بشكل مناسب.

ويجب أيضا أن تتجنب كل الولايات السماح بالدراسة في جامعاتها فقط للطلبة الموجودين في نفس الولاية (شتنبينغ بخصوص الاجتماع الأربع والأربعين للجنة المركزية بتاريخ 19 يناير 1949 [ص. 575 والتي تليها]). ويقتصر هذا، في الواقع، على الجانب الأساسي لحماية الحقوق الأساسية الذي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار على أوسع نطاق ممكن، عندما يستحيل تقادي توزيع المترشحين على برامج التكوين المختلفة كنتيجة لاستنفاد القدرة الكاملة للتعليم.

في حالة استنفاد قدرة التعليم، يطرح جانب أساسي من جوانب الحق في حرية اختيار التكوين الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق في اختيار المهنة الذي تضمنه الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي. وكقاعدة عامة، فالتكوين هو الخطوة التي تسبق اختيار المهنة، وكلاهما جزء لا يتجزأ من دائرة الحياة الكاملة.

وفي هذا السياق، تم التأكيد منذ فترة في الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية الفيدرالية على الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي التي تنص على أن مسألة اختيار المهنة المستعملة مسبقاً، ومن بعدها ممارسة المهنة ليستا فقط متلازمتين وتشكلان مركباً وحيداً للنشاط المهني، وأساساً لطريقة العيش، بل إن التنظيم القانوني لهذا النشاط ينتمي أيضاً للأحكام المتعلقة بالتكوين الذي يسبق ممارسة المهنة (انظر الحكم رقم 7/377 [ص. 401-406] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

واستنتجت المحكمة الإدارية الفيدرالية من هذا الارتباط الوثيق بين الاختيار والممارسة بأن القيود من أجل القبول في التكوين لا يمكن أن تخدم مسارات المهنة (انظر قرارات المحكمة الإدارية الفيدرالية رقم 6/13 و7/287). ويؤدي، زيادة على ذلك، إلى أن هذه العلاقة الوطيدة بين الدراسة والاختيار تؤدي إلى أن قيود حرية الولوج إلى مراكز التكوين يجب تقييمها تقييماً صارماً كما هو الحال في حالة الافتراضات للحصول على المهنة نفسها.

لا تقتصر الحماية الدستورية للحقوق الأساسية في مجال التكوين على وظيفة الحماية المخولة عادة للحريات الأساسية إزاء تدخلات السلطة العمومية. وقد أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية في مناسبات عديدة بأن الحقوق الأساسية، كقواعد موضوعية تقوم على نظام القيم، وعلى القواعد الأمرة الدستورية الأساسية، وطالبت باحترام الشرعية في كافة ميادين القانون، وبالتالي، ليست الحقوق الأساسية فقط حقوقاً للدفاع أمام الدولة (انظر الحكم رقم 21/362 [ص. 372] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية مع مزيد من الشروحات).

كلما ألحت الدولة على الضمان الاجتماعي وتشجيع الجانب الثقافي لدى المواطنين، كلما توطدت العلاقة بينهم وبين الدولة إلى جانب الفرضية الأولى للحق الأساسي في الحرية تجاه الدولة، ومتطلبات المساعدة التي يضمنها الدستور، والتي تمكن من المشاركة في المزايا التي تقدمها الدولة.

ويتضح هذا التفصيل بشكل بدهي في ميدان التعليم بالقدر الذي يبرز اختيار المهنة رغم نقص الوعي بصلته الوثيقة مع التعليم والتكوين، وتحقق حرية ممارسة المهنة في الوقت الراهن - دون المساس بالقواعد الخاصة للخدمة المدنية المنصوص عليها في المادة 33 من القانون الأساسي (انظر في هذا السياق الحكم رقم 7/377 [ص. 387] ورقم 17/371 [ص. 379] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - على نطاق واسع في ميدان قانون العمل وقانون المهن الحرة، والذي يتجه أساساً إلى حماية الحق في الشخصية والتمكين في الحياة وضمان الحرية إزاء الإكراه والمنع المتعلق باختيار ممارسة المهنة.

وتهدف، على النقيض من ذلك، حرية اختيار التعليم، بطبيعة الحال، إلى ضمان حرية الولوج إلى المؤسسات، وستكون الحرية، دون الافتراض الفعال للقدرة على ممارستها، عديمة القيمة. ولهذا

السبب ينطلق مشروع قانون إطار الجامعات من الحق الذي يملكه كافة الألمان في الولوج إلى الجامعة التي يختارونها عند تمكنهم من إثبات المؤهلات اللازمة لهذه الدراسة.

ولا يتأتى الاعتراف بهذا الحق فقط حسب رغبة المشرع. ومن ثم يُطرح التساؤل حول ما إذا كان حق المشاركة ناشئا إلى حد ما عن كون الدولة الاجتماعية تتبنى موقف الجهة الضامنة من أجل تنزيل نظام القيم الدستورية على الواقع الدستوري (انظر في هذا الخصوص قرارات المحكمة الإدارية الفيدرالية رقم 27/360 المرتبطة بتمويل المدارس الحرة). وحتى لو تم التأكيد مبدئيا أيضا على أن القرار القاطع للمشرع في إطار الدولة الاجتماعية المعاصرة يتوقف على مدى قدرتها، في ظل إدارة مختصة، على ضمان حقوق الشركاء، وإن الدولة عندما أسست مرافق تعليمية فمن الواجب أن تنشئها بناء عن مبدأ المساواة، طبقا للفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، ومبدأ الدولة الاجتماعية، ويجب أن يدرج هذا الحق في هذه المؤسسات.

ويطبق هذا، بصفة خاصة، على مجالات احتفظت فيها الدولة لنفسها على موطئ قدم، كميدان الجامعات؛ وعلى مجالات، كمجال التدريب على المهن الأكاديمية، تكون فيها المساهمة في الاستحقاقات التي تقدمها الدولة في نفس الوقت بمثابة ميزانية ضرورية لتحقيق الحقوق الأساسية. في دولة اجتماعية ذات قانون ليبرالي، لا يمكن أن يظل حصر دائرة المستفيدين وإقصاء فئة عريضة من المواطنين قاصرا على حرية قرار الأجهزة الحكومية، وبصفة خاصة إذا كان هذا الأمر يؤثر على اختيار المهن.

وينتج عن هذا أيضا أن الدولة ملزمة بتوفير تعليم عال لكافة المواطنين والسماح لهم بالمشاركة على قدم المساواة في الفرص التي يستلزمها هذا كله. وتضمن الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي وفقا للفقرة 1 من المادة 3 من نفس القانون بأن الولاية الاجتماعية للدولة تمنح الحق للمواطنين المؤهلين في أن يُقبَلوا في البرنامج الاجتماعي الذي وقع عليه اختيارهم.

2. وفقا للرأي السائد، فطبيعة الحق في القبول في الجامعات يجب أن يقيّد مسبقا وبشكل خاص بالحق في الاستفادة من فرص الولوج إلى مراكز التعليم القائمة. وعلى العكس من ذلك، فقد انطلقت المحكمة الإدارية لهامبورجو في مشروع حكمها من وجوب توسيع نطاق التعليم. وكنتيجة لذلك، فالمرسوم قد يتضمن فقط نظام الحصص المطلق في حالة الطلبة الذين يشعرون في الدراسة عندما يُصرَّح في القانون بتنفيذ هذا الواجب. غير أنه في كلا الموقفين تُطرح بإيجاز وجهات النظر الضرورية لحماية الحقوق الأساسية في السياق الحالي.

تتميز إشكالية التقييد المطلق للقبول بأن القدرة الحالية غير كافية لتخصيص مقعد لكل واحد من الطامحين في متابعة دراستهم العليا. إذا قُيِّد أصلا الاعتبار الدستوري للمعنيين بالترغ، فسيكون ممكنا عندئذ تخطي الصعوبات، بينما في حالة قضية عادية، أي في ظل الحماية التي

يتيحها مبدأ الدولة الاجتماعية للشركاء وبالخصوص في حالة التسهيلات المالية، يمكن إلى حد ما تفادي الآثار السلبية لتقييد الوسائل القائمة عن طريق إعادة التوزيع.

ويؤدي نظام الحصص المطلق إلى تفاوتات جسيمة؛ لأنه يمنح لفئة من المترشحين كل شيء في حين تبقى الفئة الأخرى بلا شيء، على الأقل لفترة طويلة شيئا ما والتي يمكن للقرارات أن تصبح مرتبطة بفترة حاسمة. إذا ارتفع عدد المرفوضين كما يحدث لطلبة الطب حيث يُرفض أحيانا أكثر من نصف المترشحين لدراسة الطب. إذن فالحق في القبول الذي يحظى بالحماية الدستورية سيصبح مجرد حبر على ورق.

ونظرا لهذه الآثار، فما من شك في أن نظام الحصص المطلق يدور في إطار الحدود الدستورية المقبولة، وبما أن هذه الآثار يمكن تفاديها فقط بشكل دائم عن طريق توسيع نطاق القدرات، فالسؤال المطروح هو ما إذا كان ينشأ عن البت الدستوري في القيم وفي احتكار التعليم واجب دستوري موضوعي في إطار مبدأ الدولة الاجتماعية، لامتلاك القدرات التربوية الكافية لمختلف التوجهات التربوية؟

إذا كان الجواب بالإيجاب على هذا السؤال، وإذا نشأ عن هذا الواجب الدستوري، لدواع خاصة، حق فردي يمكن للمواطن المطالبة به قضائيا من أجل أن تُوفَّر أماكن الدراسة، فلا داعي لأي حكم هنا. فأية نتيجة دستورية تكون مناسبة في حالة انتهاك واضح لواجب الدستور، ولا يمكن تحديدها في مجال كليات الطب.

وبينما لا يتم تقييد حقوق المشاركة مسبقا، إلا أنها تخضع لما هو ممكن، أي ما يمكن للفرد أن يفرضه على المجتمع بشكل معقول. وهذا الأمر قام بتقييمه المشرع في المقام الأول كمسؤولية خاصة به، عندما يُلزم بالاستجابة أيضا لمصالح اجتماعية من أجل تحضير ميزانيته، وعندما يجب عليه، طبقا للشروط الصريح المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 109 من القانون الأساسي، مراعاة متطلبات التوازن الاقتصادي، ويرجع إليه القرار للبت في مدى وأولويات إنشاء مدارس عليا، حيث يجب الأخذ بعين الاعتبار أن بناء وإعادة بناء الجامعات طبقا للمادة 91/1 من القانون الأساسي يخص الوظائف التي يجب على الفيدرالية والولايات من أجل تنفيذ هذه القرارات أن توجه الأجهزة المختصة، في المقام الأول، على أساس اتجاهات الطلب حسب أماكن الدراسة التي يمكن معرفة مصدرها؛ ذلك أن الاتجاه المبني حصريا على نظام المسارات غير المقبول وعلى أن تفحص للتأكد من الاحتياجات، يمكن أن يؤدي إلى أن تقلص معنى حرية التمكين وتقرير المصير كعنصر مكون للنظام الليبرالي.

من جهة أخرى، لا يُلزم الواجب الدستوري بأن يكون في متناول كل طالب، وفي كل حين مكان الدراسة الذي يرغب فيه. وتتوقف بهذه الطريقة الاستثمارات القابلة للتطبيق حصريا في مجال



الجامعات على العوامل المتغيرة عادة والمتأثرة بالطلب الفردي. ويقود هذا إلى فهم خاطئ للحرية في حالة الاعتراف بأن الحرية الشخصية لا تتحقق بمعزل عن القدرة الوظيفية، وبأن التصور الذاتي للامحدود على حساب المجتمع لا يتوافق مع تصور الدولة الاجتماعية.

ويكرس القانون الأساسي - كما أكدت عليه مرارا المحكمة الدستورية الفيدرالية وفقا للحق الأساسي في الحرية العامة للتصرف (انظر الحكم رقم 4/7 [ص. 15] ورقم 8/274 [ص. 329] ورقم 27/344 [ص. 351] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - ويفصل في النزاع الذي يحدث بين الفرد والمجتمع. وبعبارة أخرى، بمعنى الارتباط والانقياد للمجتمع، يجب على الفرد أن يقبل بالتالي القيود على حريته في التصرف التي أقرها المشرع في حدود المعقول، من أجل حماية وتعزيز الحياة الاجتماعية في المجتمع، شريطة أن تُضمن حرية الشخص.

وتقتضي هذه الاعتبارات أن تكون مشروعة في مجال ضمانات حق المشاركة التي تقدمها الدولة. فالإطار المرجعي للعدالة الاجتماعية المحدد في مبدأ المساواة يتعارض مع الوسائل العامة المحدودة على حساب المصلحة العامة الأخرى أكثر أهمية وتحابي في الغالب الفئة المتميزة من السكان. ولا يُمنع المشرع بالتالي من أن يستهدف أيضا، على أساس قوة الحاجة، مهنا مختلفة بالقدر الذي لا يتفوق فيه الطلب الفردي، وتُلبَّى في نفس الوقت حاجة المجتمع عن طريق تقديم الاستشارة للطلبة.

كما لا يعني أن اعتماد هذه المعايير كنقطة انطلاق لانتهاك الدستور لا يرفض أي جهاز حكومي ضرورة الإسراع على قدر المستطاع في القيام بالواجب. ففي المادة 2 من قانون تعزيز بناء المدارس العليا، يُقر صراحة أن على الفيدرالية والولايات، عند القيام بوظائفها المشتركة، يجب أن توجه بناء وإعادة بناء المدارس التعليمية العليا إلى خلق منظومة على أساس التخصص والعدد والحجم والمكان في المدارس العليا [...]. ويضمن عن طريق التوفير الكافي والمتوازن لأماكن البحث العلمي والتكوين.

فيما يتعلق بأداء الواجب وفقا للرأي السائد، فلن تكون الوضعية الحالية رهينة في واقع الأمر فقط بصعوبات موضوعية، بل تكون أيضا مرتبطة بالإجراءات المتعلقة بمجال بناء المدارس العليا وإصلاح التعليم. وتم في الماضي على عكس ذلك، استعمال جزء مهم من الوسائل المتوفرة لبناء المؤسسات اللازمة لدراسة الطب.

3. إذا كان الاعتراف القانوني الصريح لواجب توسيع نطاق القدرات التربوية في أجل ما، طبقا للاعتبارات القائمة، لا يمثل حاليا افتراضا من أجل الأهلية المطلوبة دستوريا، لنظام الحصص المطلق، فعندئذ يجب تعزيزه بصورة تقيد الالتحاق ببرامج التعليم القائمة فقط بافتراضات قانونية ورسمية ومادية.

يكون حق المترشحين في مدرسة عليا قابلاً أن يكون مقيداً، وهو يستنبط - بقدر استناد هذا الحق إلى الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي - من التحفظ التنظيمي المنصوص عليه في العدد 2. ويتضمن هذا الأخير أيضاً حق اختيار برنامج تعليمي كما ورد بيانه في مسألة إنشائه [...] ]

[...] يستخلص أيضاً من اتساق الفقرة 1 من المادة 12 التي سبق تحليلها أن التحفظ التنظيمي لا يتعلق فقط بممارسة المهنة (كما صرحت به أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 377/7 [ص. 402 والتي تليها])، وإنما يمتد نطاقه باختيار المهنة ليشمل اختيار برنامج الدراسات. وإذا فسر الحق في القبول كحق في المشاركة، فقابلية تقييده إذن تُستمد من أن تلك الحقوق - كما تمت مناقشتها - تكون بالضرورة قابلة للتنظيم.

ب) لا تكون القيود المقبولة للحق في القبول ممكنة إلا عن طريق قانون أو على أساس قانون [...] ] بقدر ما تكون الكفاءة من أجل استحداث هذا النوع من القيود ناشئة عن التحفظ التنظيمي المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، يُستخلص أن المقضيات الشكلية المذكورة نابعة من هذا الحق الأساسي. إذا كانت الأنظمة من أجل ممارسة المهنة التي تمت الإشارة إليها سابقاً تقتضي أساساً قانونياً، فمن الصواب أن يكون هذا الصنف من القيود لحرية اختيار برنامج دراسي مؤثراً على اختيار المهنة، وإذا تم تفسير الحق في القبول في المدارس العليا القائمة كحق في المشاركة، فلن يكون هناك أي تغيير في هذا السياق.

وبهذا يُبَيَّنُ إذن في ما إذا كانت مبادئ دولة القانون واحترام مبدأ المجال المحفوظ للقانون ومراعاة الأصول القانونية للدولة لا تطبق عادة إلا على التدخلات، وليس على استحقاقات الإدارة (انظر الحكم رقم 8/155 [ص. 167 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويقتضي الأمر، في هذا الصدد، الأساس القانوني؛ لأن المشاركة في الاستحقاقات التي تقدمها الدولة تتوقف على الميزانية اللازمة لتحقيق الحقوق الأساسية. ويجب على المشرع هنا، كأى أحد آخر، أن يستعين في إصدار قراره في نطاق التفويض له، ويتحمل مسؤوليته عندما يقيد عدد المستفيدين كنتيجة لعدم الكفاءة إذا تمت معاملتهم بشكل غير متساو.

ج) يستنتج من الملاحظات التي أثّرت إلى حد الآن، من الناحية القانونية والمادية، على أنه يجب أن توضع شروط صارمة للتقييد المطلق للقبول. وطبقاً لنظرية «مستويات» المحكمة الدستورية الفيدرالية المعروفة (انظر الحكم رقم 7/377 [ص. 402 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، فإن الكفاءة التنظيمية، وفقاً للفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، تكون مقيدة أكثر كلما تأثرت حرية اختيار المهنة. ويتوقف على اختيار برنامج التكوين بعد ذلك اختيار المهنة، ونظراً لأن نظام الحصص المطلق المتعلق باستنفاد القدرة التربوية يعادل التقييد

الموضوعي للقبول في مفهوم نظرية المستويات (انظر الحكم رقم 7/377 [ص. 407 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا يقبل المرسوم، وفقا للمبادئ العامة المفصلة في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، إلا من أجل الدفاع ضد التهديدات الخطيرة إزاء المصلحة العليا التي يمكن أن تحقق أو من المحتمل أن تقع بشكل كبير، ولا يمكن من خلال الامتثال الصارم لمبدأ التناسب أن يتم تجاهل الآثار الإضافية الممكنة - الانتقال إلى كليات أخرى أو الهجرة إلى الخارج - وينشأ عن مفهوم الحق في المشاركة - الذي تم تنقيحه في مبدأ التناسب - مقتضيات صارمة أخرى نظرا لأنه يمكن لهذا النوع من القيود من أجل القبول أن تفسر كشكل من أشكال توزيع فرص الحياة إذا صح التعبير.

ويعتبر نظام الحصة مطلقا للمقبلين على الدراسة دستوريا وفقا للتجربة الحالية إذا:

(1) اقتصر على ما هو أساسي بالضرورة عند استنفاد جميع القدرات التربوية القائمة التي تم إنشاؤها بواسطة المال العام؛

(2) يؤدي الاختيار والتوزيع على أساس معايير عادلة، إلى منح الفرصة لكل مقدمي الطلب للحصول على مكان متابعة الدراسة والاستجابة على قدر المستطاع للاختيار الفردي لمكان التكوين [...]

## الحكم 117

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 98/169 يتعلق بإجبارية العمل

يفرض القانون الأساسي على المشرع أن يطور المفهوم الفعال لإعادة الإدماج الاجتماعي وهيكلية تنفيذ العقوبة على أساس هذه المعايير. لهذا ترك له مجال واسع للتنظيم.

أ) يعتبر العمل المفروض على السجناء، كعمل إجباري خلال فترة تنفيذ العقوبة، وسيلة فقط لإعادة الإدماج الاجتماعي عندما يتم الاعتراف بالعمل المنجز. ولا يجب أن يكون هذا الاعتراف بالضرورة ذا طابع مالي، لكن يجب أن يكون ملائما؛ لكي يكشف للنزلاء عن مزايا العمل المنتظم من أجل حياة مستقبلية على مسؤوليتهم الخاصة في ظل الحرية.

2.ب) يمكن أن يساهم المفهوم القانوني، حصريا أو إلى حد كبير، لإعادة الإدماج الاجتماعي عن طريق العمل الإجباري مقابل أجر مالي في القاعدة الدستورية الأمرة فقط إذا أدرك عن طريق المبلغ الذي يتقاضاه كأجر، وأن العمل أساسي لخلق ظروف ملائمة للحياة.

3. تُقيد المادة 3 من القانون الأساسي العمل القسري المقبول بإنجازه أو تنفيذه، ومن أجل ذلك تتحمل السلطات المكلفة بتنفيذ العقوبة مسؤولية السجناء الذين وُكلوا إليها.

**الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 1 يوليوز 1998 يتعلق بطعون الحماية**  
رقم 441/293/293/90/618/92

## الأسس

أ

ترتبط دعاوى طعن الحماية المتراكمة من أجل اتخاذ قرارات مشتركة في نطاق العمل الإجباري خلال فترة تنفيذ العقوبة بتحديد أبعاد الأجر مقابل ممارسة عمل معين والوضع القانوني للسجين المتعلق بالضمان الاجتماعي وحضانته.

ت

أولا

1. يأمر الدستور بأن يتجه تنفيذ العقوبة نحو إعادة الإدماج الاجتماعي، ويحق دستوريا للسجين، بصورة فردية وعلى أساس الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، أن يستفيد لهذا الهدف من الوسائل التي في متناوله.

يكون الإطار المرجعي للعقوبة السالبة للحرية، التي يقوم الجهاز التنفيذي بتحديد إطارها على نطاق واسع للظروف الفردية لنمط العيش، ويكون أهمية متميزة للسعي لإعادة السجين في الإدماج الاجتماعي. وقد طورت المحكمة الدستورية الفيدرالية هذا الإطار بنفس المسألة ممارسي المهن القانونية الذين يرون أن الكرامة الإنسانية توجد في مركز نظام قيمهم الذي يرتبط به مبدأ الدولة الاجتماعية.

ويجب أن تعزز القدرة والإرادة لدى المسجونين لاتخاذ القرار المسؤول بشأن ظروف حياتهم. ويجب عليهم أن يطمحوا في المستقبل، وفي ظل ظروف المجتمع الحر، ودون أدنى انتهاك للقانون، والعمل على استغلال الفرص ومقاومة الأخطار. ويساعد إعادة الإدماج الاجتماعي أيضا على حماية المجتمع نفسه الذي تكون له مصلحة خاصة ومباشرة في أن لا يعود السجين، ويُلقح من جديد أضرارا بالمواطنين وبالمجتمع (انظر الحكم رقم 35/202 [ص. 235] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية - لبياخ -) [...]

2. يرتبط الإطار المرجعي الدستوري لإعادة الإدماج الاجتماعي قبل كل شيء بسلطة الدولة، ويهم مبدئياً المشرع الذي أسندت إليه القواعد القانونية لتنفيذ العقوبة (انظر الحكم رقم 33/1 [ص. 10 والتي بعدها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وتفرض هذه القواعد على المشرع أن يطور مفهوم إعادة الإدماج الاجتماعي الفعال ويضبط تنفيذ العقوبة عن طريق هذه المعايير. ويكون أيضاً للإطار المرجعي الدستوري ما يبرره إزاء الإدارة والولاية القضائية إذا استوجبت الضرورة تفسير مفاهيم قانونية غير محددة أو شروط عامة، أو عندما يمنح المشرع للسلطات المختصة بالتنفيذ إمكانية تقييم العواقب القانونية.

3. لم يقرر المشرع الإطار المرجعي الدستوري لإعادة الإدماج الاجتماعي على أساس مفهوم محدد قد تم تنظيمه، ويمكن له أن يعتمد زيادة على ذلك على مجال واسع لتطوير المفهوم الفعال، على أساس مختلف المعارف، خاصة منها: علم الأجناس البشرية (الأنثروبولوجيا)، وعلم الجرائم والعلاج الاجتماعي وعلم الاقتصاد، والقيام بتنظيم ما يتعلق بالتكاليف الذي يكون متطابقاً مع نطاق وحاجة وظائف أخرى للدولة. (انظر الحكم رقم 82/60 [ص. 80] و90/107 [ص. 116] و96/288 [ص. 305 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

4. لا يعتبر العمل الذي يُكلف به السجين بصفة إجبارية خلال مدة تنفيذ العقوبة وسيلة لإعادة الإدماج الاجتماعي إلا عندما يكون العمل المنجز جديراً بالتقدير. ليس ضرورياً أن يكون هذا التقدير ذا طابع مادي، بل يجب ببساطة أن يكون ملائماً، لكي يستطيع السجين أن يأخذ بعين الاعتبار المزايا التي يمكن أن يحصل عليها من خلال العمل المنتظم في حياته المستقبلية، وفي ظل الحرية وتحمل المسؤولية. ويمكن للمشرع فقط عندما يدرك السجين أهمية العمل أن يتأكد بأسلوب العمل الإجباري للعمل، كما يمكن له أن يفك العزلة الاجتماعية عن السجين، ويدعم تطوير قدراته المهنية وتطوير شخصيته عن طريق العلاقات الإيجابية التي يتيحها العمل.

أ) لا يطبق المقتضى المشتق من الإطار المرجعي لإعادة الإدماج الاجتماعي والمتعلق بالاعتراف بشكل ملائم بالعمل إلا على السجناء الذين أسند إليهم أو وُزع عليهم عمل أو شغل خاص، أو الذين يُفرض عليهم القيام بنشاط مساعد (العمل القسري). وتطبق معايير خاصة على السجناء الذين لم يسند إليهم أي عمل لأن أمامهم فرصة التعليم أو التكوين أو المشاركة في برامج أخرى للتكوين (انظر المادة 37، الفقرة 3 من القانون المتعلق بالسجون) أو أن عليهم إتمام الدراسة الثانوية أو لأن ذلك مستصوب من الناحية العلاجية.

ب) يعد العمل خلال فترة تنفيذ العقوبة للسجين كتمارس الحياة في ظل الحرية بشكل خاص عندما يتم تقديره بواسطة أجر. غير أنه يمكن أن يتم التعبير عن مزايا الاستحقاق بعدة طرق،

ولن يكون للتقدير معنى مادي محض. ويتميز العمل المسند أو المنجز طواعية في المجتمع المعاصر بإمكانية أن يكون مؤدى عنه بأشكال غير مالية أخرى.

ويجب، بصفة عامة، أن يكون الاعتراف به ملائماً. فيمكن خلال تنفيذ العقوبة أن يتم إعادة النظر أيضاً في التعويضات المالية، من أجل تعزيز الحق في الضمان الاجتماعي، أو في مساعدات لأداء الديون. ويمكن للمشرع أن يطور، من أجل تنظيم تنفيذ العقوبة والإعداد لإطلاق السراح، أشكالاً مبتكرة لتقدير العمل الإيجابي والربط بين المبادرات الخاصة. ويوجد مانع من أجل النص على التقدير المناسب للعمل كما يحدث مثلاً عندما يمكن للسجين - مادام لا يُخالف ذلك الأساس العام والاجتماعي للوقاية - من تقليص أو تيسير تنفيذ إدانته عن طريق العمل (وقت ممتع).

5. يمكن للمفهوم القانوني لإعادة الإدماج الاجتماعي عن طريق العمل الإيجابي الذي يُعوّض عليه فقط أو بشكل رئيسي بأجر مالي (انظر المادة 43 من القانون المتعلق بالسجون) أن يساهم في الإطار المرجعي الدستوري لإعادة الإدماج الاجتماعي فقط إذا تمكن السجين من خلال المبلغ الذي يتسلمه كأجر، وأن يكون واعياً بأن ما يتسلمه من خلال العمل مهم لضمان ظروف الحياة في المستقبل.

غير أنه يمكن للمشرع أن يأخذ بعين الاعتبار، بغية تنظيم الأمر ما يراه مناسباً، من الظروف النمطية لتنفيذ العقوبة، خاصة منها العزلة عن السوق. وتلعب في هذا الصدد، تكاليف العمل في السجن دوراً مهماً للشركة والكفاءة، إضافة إلى إمكانيات أخرى للإنتاج المتعلق بسوق العمل المعني.

ويكون بالتالي للمشرع هنا مجال واسع للتقييم [...]

ب) إذا قرر المشرع أن يتم اعتماد نظام الأجر المادي، فلا يُمنع عليه مبدئياً أن يقرر أيضاً المساهمة مقابل التكاليف الإدارية. ولا يتعارض إقرار هذه التكاليف الإدارية (عن طريق خصومات عن السكن والرعاية) مع الإطار المرجعي لدفع الأجر بطريقة مناسبة عن العمل. ويفرض على العكس من ذلك الإطار المرجعي لإعادة الإدماج الاجتماعي، في الحالة النمطية للسجون، توازناً في تضارب مصالح الدولة عن طريق تغطية التكاليف والمصلحة المادية للسجين. ويدفع هذا إلى افتراض تنظيم قانوني يمكن من خلاله أن يتم تقييم المساهمة مقابل التكاليف، حيث يبقى للسجين في جميع الأحوال مبلغ مالي.

## ثانياً

إذا أدرج المشرع العمل ضمن مفهومه لإعادة الإدماج الاجتماعي، وأقر بالتالي على أن السجين يجب أن يؤدي العمل الموكل إليه، فعندئذ يجب عليه أن يراعى منطوق الفقرة 3 من المادة 12 من القانون الأساسي من أجل تعيين العمل الإيجابي. ويقتصر الترخيص المشار إليه في هذه القاعدة

للعمل الإجباري على تنفيذ العقوبة، وهي الحالة التي تتحمل فيها السلطات المختصة المسؤولية القانونية العامة بتنفيذ العقوبة على السجناء المكلفة بهم.

وقد انطلق المشرع التأسيسي للترخيص من منطوق الفقرة 3 من المادة 12 من القانون الأساسي من أشكال شائعة للعمل الإجباري خلال فترة تنفيذه العقوبة. وكان يجب عليه، زيادة على ذلك، أن يهيكل تنفيذ العقوبة بالشكل المناسب عن طريق ممارسة مهنة من أجل المساهمة بهذه الطريقة إلى جانب إعادة الإدماج الاجتماعي للمدان بعقوبة سالبة للحرية.

ولا يمكن أن تُحرَم الإجراءات التي جرى تطبيقها في هذا المجال والتي كان بالإمكان أن يجري اختبارها في الماضي بشكل فعال من أساسها القانوني (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 74/102 [ص. 115 والتي تليها]) ولا أيضاً بعض التقديرات المتعلقة بالخلفية التاريخية لإنشاء المادة 12، الفقرة 2 و3 من القانون الأساسي (انظر أيضاً الحكم رقم 83/119 [ص. 126 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب أن يتم إجراء المزيد من التحليل لمحتوى الاستثناءات المعتمدة في الفقرة 3 من المادة 12 من القانون الأساسي المتعلقة بمنع العمل القسري على أساس أنماط العمل المعروفة في السجن، والتي تتأثر أعرافها القانونية والحكومية بمبدأ يقضي أن عمل السجناء يخضع للمسؤولية القانونية العامة للسلطات المكلفة بتنفيذ العقوبة، كما أن «تعيين» المسجونين الذين يخضعون لمسؤولية جهات أخرى، والمبرر بخصائص الاستحقاق لا يتناسب مع الصورة الحالية للعمل القسري [...]

## الحكم 118

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 197/102 يتعلق بامتياز

#### لتشغيل نوادي القمار (الكازينوهات)

يعتبر تشغيل ناد عام للقمار - مادام أن هذا النشاط غير ممنوع قانونياً، وفي متناول الشركات الخاصة - كممارسة لمهنة أو حرفة وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

تعتبر القيود على الولوج إلى هذه المهنة مقبولة، إذا كان المقصود منها تحقيق المصلحة العامة، واحترام مبدأ التناسب.

تعديل قانون نوادي القمار للولاية الفيدرالية لبادن فورتمبرغ لعام 1995 و1996 المتعلق برعاية نوادي القمار العامة في ولايتي بادن-بادن وكونستانز لا يتوافق مع الحق الأساسي في اختيار

العمل بحرية (حرية اختيار المهنة) المشتق من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي وبالتالي فهو ملغي نظرا لعدم احترامه لمبدأ التناسب.

**القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 19 يوليوز 2000 يتعلق بطعن الحماية رقم 539/96**

## أسس القرار

أ

يتصل تعديل قانون نوادي القمار لولاية بادن فورتنبرغ بعقود امتياز لتشغيل النوادي العامة للقمار.

### I

يندرج في الجمهورية الفيدرالية الألمانية تنظيم نوادي القمار في الحق وفي النظام والأمن العام الذي تتنافس عليه الولايات طبقا للفقرة 1 من المادة 70 من القانون الأساسي المتعلق بالتشريع [...] يُعاقب وفقا للمادة 284 من القانون الجنائي بالحبس أو بغرامة مالية كل من نظم بطريقة علنية أنشطة القمار أو أتاح منشآت تزاوّل فيها هذه الأنشطة دون ترخيص من السلطة المختصة.

يوجد على مستوى جمهورية ألمانيا الفيدرالية لألمانيا حاليا 46 ناديا عاما للقمار من بينها ستة معتمدة، وتشغل كمؤسسات حكومية في ولاية بافاريا الفيدرالية، وخمسة وعشرون ناديا يشتغل من خلال شركات، يكون المساهمون فيها هي الولايات، والخمسة عشر الباقية هي في أيدي الخواص [...]

وتشارك الولايات أيضا في النوادي العامة للقمار بشكل كبير في الموارد المالية الناتجة عن تشغيل الكازينو، ويُلزم رجال الأعمال الذين يسيرون نوادي القمار بتقديم ضريبة عن تشغيل النادي التي ترتفع عموما إلى 80% من العائدات الصافية الإجمالية عن كل يوم عمل [...]

ويحتفظ رجال الأعمال الخواص، رغم ذلك كله، بأرباح ملحوظة في إطار تقييد عدد نوادي القمار المسموح به، وتقدر هذه المداخل بـ 20% تقريبا من العائدات الصافية.

## ثانيا

تسير الطاعنات من خلال شركة ذات مسؤولية محدودة، والشركة المساهمة ناديا للقمار في ولايتي بادن-بادن وكوستانز. يتعلق الأمر في كلتا الحالتين بنوادي القمار الوحيدة التي تفتح



في وجه العموم، والتي توجد في حوزة الخواص في هاتين الولايتين. وقد منع القانون الصادر سنة 1995 نوادي القمار الخاصة.

## ت

تُقبَل دعوى طعن الحماية للطاعنات في الحدود المسموح به. والقواعد المطعون فيها غير متطابقة مع القانون الأساسي.

## أولا

المعيار البارز والمتعلق بالتحليل القانوني والدستوري هو الحق الأساسي في حرية العمل المستنبط من الفقرة 1 من القانون الأساسي. ويحمي هذا المقتضى إلى جانب الممارسة الحرة للمهنة، الحق في ممارسة مهنة أو حرفة بكل حرية. ويقصد بـ «حرفة» أي نشاط مستمر في الزمان يؤدي إلى الحصول على مدخول، ويساعد في خلق فرص العيش لشخص معين، ويحافظ عليها بهذا المفهوم الشاسع للمهنة أو النشاط.

ولا يرتبط هذا الحق الأساسي بمجموعة من الأشخاص بشكل خاص، ويكون بالتالي قابلا للتطبيق على أشخاص اعتباريين للقانون الخاص طبقا للمنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 12 من القانون الأساسي (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 7/228 [ص. 252] مع مزيد من المراجع). ويضمن أيضا للأشخاص المذكورين بشكل أساسي الحق في فتح مؤسسة تجارية، والاستمرار في تشغيلها أو إغلاقها (انظر الحكم رقم 44/105 [ص. 117]، 84/133 [ص. 146] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويكون أيضا ما هو منصوص عليه في العدد 2 من المادة 12، وفي الفقرة 1، 2 من القانون الأساسي قابلا للتطبيق على الإجراءات المتعلقة بحرية اختيار مهنة، ولا يمكن أن يسمح بالتدخلات في هذا الحق إلا إذا كان منصوصا عليها في القانون، شريطة أن تُنفذ المقتضيات التي يفرضها الدستور على القوانين المحددة للحقوق الأساسية (انظر الحكم رقم 7/377 [ص. 399 ح.ح.، 86/28 [ص. 40] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

وهذه هي الحالة التي يصدر فيها الجهاز المختص قاعدة قانونية تحدد الحق الأساسي، التي تجد مبررا لها بموجب دوافع أساسية للمصلحة العامة وتحدد أيضا حدة التدخل الذي يجب أن يتناسب مع مبدأ التناسب (انظر الحكم رقم 95/193 [ص. 214] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

## ثانيا

لا يتوفر هذا القانون على هذه المعايير.

من آثار القانون المذكور أيضا أن تسيير وتشغيل نوادي القمار في ولايتي بادن-بادن وكونستانز، طبقا لمنطوق الفقرة 3 من المادة 1 من قانون نوادي القمار<sup>54</sup> لا يُرخص فيه إلا للشركات التي تم إنشاؤها وفقا لنوع اجتماعي معين للقانون العام، والذي تنتمي بموجبه جميع الأطراف الاجتماعية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى الولايات [...]

ويؤثر الأمر السابق على حرية اختيار العمل، كما يؤثر معه أيضا على مجال الحماية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي. فمادام لم يتم منعه بموجب قانون أو جعله في متناول الشركات الخاصة، فإن تشغيل ناد للقمار يمثل «ممارسة عمل» وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي (انظر أيضا قرارات المحكمة الإدارية الفيدرالية رقم 96/302). ويكون، بسبب طبيعته بالذات، موجها لتطوير نفسه بنفسه في غضون فترة طويلة، ويستجيب بالتالي إلى شرط «الداومة» بالمعنى المقصود في هذا الحكم. ويوجه أيضا تشغيل كازينو للحصول على الأرباح التي تؤدي إلى إرساء سبل العيش الحيوي والحفاظ عليها، ويستجيب في سياق ما تقدم إلى مقتضيات مفهوم «الحرفة» المنصوص عليه في القانون الدستوري.

ب) تؤثر التعديلات السابقة على هذا الحق الأساسي للشركات التي يملكها الخواص كما هو الحال للطاعنة. ولن يكون، من الآن فصاعدا، بإمكان ولايتي بادن-بادن وكونستانز أن يحصلوا على ترخيص لتشغيل نوادي القمار. ويعمل هذا الترخيص كمقتضى موضوعي لا غنى عنه من أجل الحصول على ترخيص لممارسة هذا النشاط نظرا لكون الحصول على عمل كمقاول مُسَيَّر ل نوادي القمار لا يتوقف على تأهيل الشركة، أو على معايير أخرى لا يؤثر عليها الشخص الذي يطالب بترخيص (انظر الحكم رقم 7/377 [ص. 406]، 11/168 [ص. 183] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن، بصفة عامة، وطبقا لأحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، أن تقبل هذا النوع من القيود للحقوق الأساسية فقط عندما يكون ضروريا بشكل صارم لصد خطر جسيم - محتمل بشكل كبير أو يمكن التحقق منه - أو عندما يتعلق الأمر بخطر كبير يهدد الممتلكات العامة (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 7/377 [ص. 408]، 11/168 [ص. 183]).

54. قانون نوادي القمار. تنظيم نوادي القمار مسألة محلية، وبهذا فإن كل ولاية اتحادية تعتمد على القانون التنظيمي ل نوادي القمار الخاص بها.

ويتمتع هذا الحق الأساسي في حرية العمل بحماية واسعة النطاق، غير أن هذه الحماية لا تطبق حصرياً إلا على أعمال لا تتميز بين نوع النشاط المزاوّل والفرصة الحقيقية للحصول على هذا العمل، ولا يندرج فرض مقتضيات خاصة وغير نمطية المنظمة لمشغل لنوادي القمار في هذا التبويب، إلا أن هذا العمل يكتسي بعض الخصائص التي تؤثر أساساً على دراسة مدى دستوريته القانونية.

ويمثل تشغيل نادي للقمار في حد ذاته النشاط «غير المرغوب فيه» الذي تسمح به الدولة، رغم ذلك، من أجل التقليل من أعباء الحظ اللامشروعة، ومنح غريزة اللهو للإنسان - وهي غريزة لا يمكن كبتها - إمكانية العمل تحت مراقبة الدولة، ويكون بهذه الطريقة حماية الولوج باللهو من الاستغلال الإجرامي (انظر الحكم رقم 28/119 [ص. 148] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ومن ثم، فإن عدد النوادي المسموح به عرفياً جد محدود وأن التقييد المذكور لا ينطوي على أي تعارض من الناحية الدستورية.

ويجب بالتأكيد أن ينظر في خصائص «السوق» بشكل مناسب، فلا يُنفذ ما سبق إذا قامت الولاية بتدخلات في الحق في حرية اختيار الشغل من طرف مسيري نوادي القمار ويكون بشكل حصري على أساس أن هذا أمر لا غنى عنه لحماية الممتلكات المهمة للمجتمع، وأيضاً للتصدي لأخطار جسيمة قد تهدده. ويفرض المشرع على مستوى الولايات في هذه الحالة تقييد السوق وخصائص «هدف» النشاط المهني، ويصبح ذلك بالتالي كافياً - من أجل حماية فعالة للحق الأساسي - أن تتوقف بشكل حصري محددات الحصول على هذا العمل، ويكون الهدف من التقييد المطلوب حماية أوضاع للمصلحة العامة، ويجب أن يفرض هذا الصنف من القيود احتراماً صارماً لمبدأ التناسب.

ت) وباعتماد هذا كميّار، فإدخال تعديل على القانون غير مبرر من الناحية الدستورية.

أ-أ) وطبعاً فقد تم القيام بالتعديل من طرف السلطة المختصة بذلك (انظر الحكم رقم 28/119 [ص. 114 ح.ح] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويسعى هذا التعديل إلى المساهمة بشكل كبير في المصلحة العامة. وحسب مذكرة مشروع التعديل التفسيرية، فالمراد أولاً وقبل كل شيء هو تفادي الأخطار التي تهدد السكان والأشخاص الذين يشاركون في ألعاب القمار عن طريق اتخاذ تدابير للإعلام والمراقبة والتدخل الرامية إلى صد المخاطر الناجمة عن القمار سواء للسكان أو للمشاركين في اللعب [...]

كما يسعى التعديل، زيادة على ذلك، كما تبين من خلال مذكرة مشروع التعديل التفسيرية، إلى الحصول من قبل الدولة على عائدات نوادي القمار العمومية لتوجيه الأرباح المكتسبة من القمار على أوسع نطاق ممكن لصالح المجتمع [...]

ب-ب) بَيِّدَ أن هذا التعديل المطروح هنا لا يستجيب لمتطلبات مبدأ التناسب.

(1) وبالطبع فالتعديل مناسب لتحقيق الأهداف التنظيمية السالفة الذكر أعلاه المرتبطة بكازينوهات بادن-بادن وكونستانز [...]

(2) غير أن القانون ليس ضروريا لبلوغ غاية الحصول على أكبر إيرادات نوادي القمار ببادن-بادن وكونستانز لكي يتم بعد ذلك توجيه هذه الإيرادات لصالح المجتمع. وكان بإمكان المشرع، عوض منع الخواص بشكل مطلق من تشغيل نوادي القمار، أن يستعين بوسائل أخرى فعالة أيضا لبلوغ الأهداف المشار إليها، والتي كانت ستكون في نفس الوقت أقل إرهاقا لمسيرى الكازينوهات (انظر الحكم رقم 83/1 [ص. 18] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

فمثلا كان بالإمكان الزيادة في الضرائب على الأرباح بحيث يتحقق التوازن المنشود من طرف المشرع بين العدالة في التوزيع وحشد الموارد. كما كان بإمكانه أيضا أن يستعين بوسائل أخرى أقل إرهاقا. وسيتمكن بهذه الطريقة من استقصاء ما إذا كان تأثير الإيرادات المنشود قد تم تحقيقه أيضا عن طريق تدابير أخرى، ويمكن مثلا أن يتصور تعديل يجب بموجبه بيع رخصة تشغيل الكازينو بالمزاد العلني في حالة ظهور العديد من المتنافسين وتسليمها لمقدم العطاءات الذي يقدم أحسن عرض (وذلك باعتبار ليس فقط العرض الأولي للحصول على الامتياز بل أيضا على عرض يتوخى في نهاية المطاف التسليم الدوري لنسبة الأرباح).

فيما يتعلق بأهداف القانون المنشودة - المتعلقة بالتصدي لمخاطر ضد المجتمع - فمبدئيا لا يمكن أن يرفض ضرورة الحكم المطروح. ويتمتع المشرع، على نطاق واسع، بالسلطة التقديرية بصفة خاصة لتقييم واختيار التدابير التي يجب أخذها بعين الاعتبار فيما يخص مشاريع التعديل التي تمتد لتشمل تقييم الآثار البعدية للأحكام القانونية.

ولا يمكن بموجب هذه السلطة التقديرية، مادامت التدابير التي تم اتخاذها من طرف المشرع أساسية من أجل حماية المصلحة العامة البارزة للمجتمع والتصدي للمخاطر المتعلقة بزيارة نوادي القمار، أن يطعن فيها من الناحية الدستورية إلا في حالة الحقائق المعروفة لدى المشرع، ويمكن بالنظر إلى التجارب التي خاضها إلى حد الساعة، أن يستنتج أن القيود المفروضة على حرية الخواص التي تأتي كبدائل عن المحددات المعنية تُعد بنفس الكفاءة للتدابير المتعارض عليها في الوقت الذي تمثل عبئا أقل للمتضررين.

ولا يمكن لهذا أن يحدد بالتأكيد ما يتعلق بتشغيل نوادي القمار في ولايتي بادن-بادن وكونستانز [...]

[...] كما لا يمكن أن يستبعد مراقبة نوادي القمار وأيضا تقييد الولوج باللعب، ويمكن أن يكون أكثر فعالية عندما تكون النوادي في حوزة كل من ولاية بادن-بادن وكوستانز.

ويكون التوقع القانوني بأن المراقبة الداخلية للولاية على مؤسساتها الرقابية الخاصة لنوادي القمار - عن طريق استعمال ضوابط رقابية عامة وصلاحيات التدخل المتعلقة بالميزانية وقانون الشركات - أكثر فعالية بحيث أن التحكم الخارجي في الشركات التي يسيرها الخواص لا يمكن دحضه، ذلك لأنه لا توجد أدلة قاطعة تناقضه. ويقال نفس الشيء على أن المراسيم المتعلقة بألعاب الحظ يمكن أن تستعمل بفعالية أكبر في نوادي الدولة للقمار لتفادي الأخطار - وذلك مثلا بتخفيض السقف الأقصى للمراهنات أو بإخضاع تشغيل ألعاب الحظ لقيود جد صارمة سواء كانت ذات طابع شخصي أو زمني.

ويمكن أخيرا أن يتم القيام بالإشهار بطريقة أكثر موضوعية، لكازينوهات الولايتين المذكورتين سابقا لكونهما خاضعتين للدولة، وبما أن التركيز في هذه الحالة ليس على الزيادة في الأرباح في المقام الأول، بل على التوعية بهدف وظيفة الكازينوهات المعنية، الأمر الذي يسمح أيضا بتوجيه وترشيد الشغف بألعاب القمار لفائدة المصلحة العامة للجماعة المحلية. في ظل هذه الظروف، يمكن للمشروع أن ينطلق من التعديل المطروح بتحسين التدابير المعتمدة ضد المخاطر والتهديدات المتعلقة بتشغيل الكازينو.

غير أن المادة 1 من المرسوم المتعلق بالتعديلات - عندما يكون التعديل مؤسسا على أسباب ذات طابع سياسي - لا تستجيب لمبدأ التناسب وفقا لما هو منصوص عليه في معناها الضيق، نظرا لآثاره الكبيرة على تلك المؤسسات التي لا تخضع لما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 1 من القانون المذكور، وبإجراء موازنة شاملة بين مدى التدخلات وحجم الأسباب التي تبرره، يُستخلص أن حدود الافتقار إلى الاستدامة قد تم تجاوزها (انظر الحكم رقم 57/284 [ص. 298] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية مع المزيد من الإشارات) [...]

يكتسي التدخل الذي استدل به المرسوم المتعلق بالتعديلات في حرية اختيار شغل ما، أهمية كبيرة [...] ]

وتبدو جسامة وأمد التدخل في الحق الأساسي واضحة من خلال الآثار الناجمة عن القانون المعني. وسيحرم هذا التعديل في المستقبل جميع الأشخاص الذين يرغبون في فتح ناد عام للقمار في ولايتي بادن-بادن وكوستانز - سواء كان ذلك بشكل فردي أو بالاشتراك مع شركاء آخرين - من حقهم في اختيار ممارسة عمل «مقاوم مسير للكازينوهات»، وسيحرمون أيضا من فرصة المنافسة للحصول على رخصة لممارسة العمل السالف الذكر، ومن منافسة المؤسسات الحكومية أو مؤسسات ذات حصة إجمالية أو عمومية بشكل كبير. ويكون الإقصاء المطلق من الاستفادة

من فرصة من هذا القبيل غير مناسب؛ خاصة عندما تكون الكازينوهات التي في ملكية الخواص في ولاية بادن فورتمبرغ مُشغَّلة منذ عقود دون أي اعتراض وبشكل نموذجي، كما أنه لم يتم الكشف عن السلبيات أو النواقص التي ساهمت في تفجير المخاطر المتعلقة بتشغيل الكازينوهات [...] ]

[...] لم تؤخذ بعين الاعتبار جسامة القيود المفروضة على الخواص المتعلقة بتحسين تدابير التصدي للمخاطر. ولن يكون هذا التحسين أكثر فعالية ولن يعطي ثماره إلا إذا استطاع تعويض - وبالتالي تبرير - جسامة التدخل في الحق الأساسي [...] ]

## الحكم 119

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 105/252 يتعلق بأثير جليكول

لا تمس المعلومات التي توفرها الدولة المرتبطة بالسوق بمجال حماية الحق الأساسي في حرية التنافسية بين المتنافسين المضمون في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي شريطة أن ينصب مفعول المعلومات المذكورة على العوامل البارزة لحرية المنافسة دون تشويه العلاقات التجارية. ويتطور على أساس مراعاة المعايير القانونية المقررة للنشاط الإعلامي للدولة. ويكون في هذا الصدد، مهما جدا من المنظور الدستوري أن يسند هذا النشاط إلى الدولة ويمارس بتوافق تام مع توزيع السلطات، وأيضا مع المقتضيات المقررة لها في دقة وموضوعية المعلومات.

تستمد الحكومة الفيدرالية مشروعيتها لإنجاز عمل ذي طابع إعلامي - على أساس مهمة تسيير شؤون الولاية التي وُكِّلت إليها - في كافة الحالات التي تضطلع فيها بمسؤولية حكومية شاملة، والتي يقتضي القيام بها الاستعانة بمعلومات.

القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 26 يونيو 2002 يتعلق بطعن الحماية رقم 91/558

### صيغة القرار

ترفض طعون الحماية.

### الأسس

تتعلق طعون الحماية المتراكمة بإصدار قرار مشترك حول مسألة تحديد ما إذا تم المس بالحقوق الأساسية للمشتكين منتجي وتجار الخمور بدعوى أن وزارة الشباب والأسرة والصحة

الفيدرالية أصدرت ونشرت قائمة للخمور ومنتجات أخرى، التي تحتوي على مادة الجليكول (مادة مخمرة)<sup>55</sup> ويُرْمَزُ إليه من الآن فصاعداً بـ «ديج» والتي تمت الإشارة فيها إسمياً إلى المشتكين [...]»

## ت

طعن الحماية المتعلق بنشر قائمة الخمور التي تحتوي على مادة أثير الجليكول وكذا القرارات المطعون فيها من خلال دعاوي طعن الحماية لا أساس له، ولا ينتهك الحقوق الأساسية لأصحاب الدعوى المتضمنة في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي والعدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 والفقرة 1 من المادة 2 والفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي.

لم يتعرض أصحاب الدعوى لانتهاك حقهم الأساسي المتضمن في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي.

أ) الحق في الحرية المتضمن في الفقرة 2 من المادة 12 من القانون الأساسي وفي القانون الاقتصادي الحالي تناول بالخصوص سلوك المؤسسات أو الأشخاص الرامي إلى تطوير شغلٍ ما (انظر الحكم رقم 32/311 [ص. 317] من أحكام المحكمة الدستورية الاتحادية).

غير أن الحق الأساسي لا يمنح الحماية ضد نشر معلومة صائبة أو موضوعية يمكن أن تكون ذات صلة لسلوك المتدخلين في السوق وفقاً لحرية المنافسة، وحتى عندما يمكن أن يحدث محتوى المعلومة المذكورة تأثيراً سلبياً إزاء بعض المنافسين فيما هو فردي. إلا أن على الحكومة الاتحادية الامتثال للدواعي القانونية عند قيامها بمهمتها الإعلامية [...]»

ضمان الحقوق الأساسية لا يشمل حماية ضد التأثيرات التي يمكن أن تنتج العوامل التي تحدد المنافسة الحرة. وبشكل خاص فالحق الأساسي لا يشمل الحق الذاتي في النجاح في السوق (إزاء المنافسين) كما لا يشمل كذلك الحق في أن يضمن فرصة لتحقيق أرباح في المستقبل (انظر الحكم رقم 24/236 [ص. 251] و 34/252 [ص. 256] من أحكام المحكمة الدستورية الاتحادية). بيد أن الموقف الذي يتخذه كل منافس على حدة في السوق - ومن ثم أيضاً حجم المبيعات والأرباح والمردوديات - يخضع لحظر التغييرات المستمرة وفقاً لظروف السوق.

ب) فالشركة التي تشارك في السوق معرضة لأن تُنتَقَدَ جودة منتجاتها أو سلوكها وبهذا تكون معرضة كذلك للانتقاد [...]»

55. مادة سامة، معروفة كذلك كأثير جليكول [ملاحظة المترجم].

لا تمنح الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي للشركات الحق في أن تُمثَّل حصريا بالطريقة التي يجب تلك الشركات أن يُنظر إليها بها أو بالشكل الذي تنظر به إلى نفسها أو إلى منتجاتها [...]

ت) يشكل التوفر على أعلى قدر ممكن من المعلومات للمنافسين والعوامل البارزة المتعلقة بالسوق الأساس الذي بموجبه تكون المنافسة الحرة وظيفية، فالمعلومة التي يمكن أن يتوفر عليها المتدخلون حصريا في السوق تسمح باتخاذ القرارات الرامية إلى بلوغ المصلحة الخاصة، وفقا لظروف المشاركة في السوق خاصة منها العرض وطلب المصلحة والخدمات. وتؤثر وفرة المعلومات المناسبة أيضا بطريقة غير مباشرة على جودة وتنوع المنتجات المعروضة في السوق.

[...] غير أن السوق - باعتباره منظمة - لا يضمن توفير قدر (أقل من «قدر عال») من المعلومات. فعادة ما تكون المعلومات المتوفرة عن السوق غير كاملة. وتنتشر في مناسبات عديدة المعلومات بطريقة انتقائية، ولا تتوفر من جهة أخرى جميع المعلومات المتوفرة عن السوق بنفس الظروف الجيدة لكي تكون مُستوعَبة ومُعالَجة بطريقة ملائمة من طرف المستقبلين. ويمكن في هذه الحالات أن تقيم المعلومة الإضافية - في نهاية المطاف أيضا تلك المُستَمَدّة من الدول - توازنا أو أن تعوض وفرة المعلومات (القوة الإعلامية) لدى بعض المنافسين، الأمر الذي يعزز بدوره وظيفية السوق [...]

ح) لا تُخل المعلومات المتعلقة بالسوق والتي قدمتها الدولة بمجال الحماية للحق الأساسي للمنافسين، شريطة أن يقع التأثير على العوامل البارزة للمنافسة الحرة دون تشويه لعلاقات السوق، وأن يُمارَس مع مراعاة المعايير القانونية المنصوص عليها للنشاط الإعلامي للدولة. ويبرز في هذا الصدد عاملان أساسيان من الناحية القانونية والدستورية ألا وهما:

(أ-أ) أن يوكل النشاط للدولة، ويمارس باحترام توزيع السلطات؛

(ب-ب) والمقتضيات المقررة لدقة وموضوعية المعلومات.

(1) إذا كانت المهمات التي يجب أن تزاولها الإدارة العمومية والحكومة يمكن أن تنجَز عن طريق المعلومات الرسمية، فيجب عندئذ أن يُفهم بأنه ضُمّن توزيع هذه المهام، مبدئيا تدرج صلاحية القيام بالأعمال الإعلامية المتعلقة بها.

ففي هذه الحالة، تعالج قيادة شؤون الولايات من طرف الحكومة. وتكون مهمة تهدف إلى كسب الحكومة طابع الشرعية السياسية (وهو أمر مهم في الديمقراطية) وهي مهمة تشمل تعاون الدولة من أجل إيجاد مهام محددة للمصلحة العامة، وتشمل حتى التي توجد خارج نطاق الإدارة نفسها.



ولا تتحقق قيادة شؤون الولايات حصريا من خلال التشريع أو ممارسة التأثير لتوجيه تنفيذ القوانين في اتجاه محدد بل أيضا عن طريق إتاحة المعلومات للعموم [...]

ولا يشمل في هذا السياق، قيادة شؤون الولايات فقط مهمة تسهيل التغلب على النزاعات داخل الولاية والمجتمع بواسطة النشر المناسب لمعلومات ذات الطابع العمومي، وإنما أيضا يشمل مهمة إزاحة التحديات الجديدة والاحتياجات (التي تبرز في أغلب الأحيان فجأة)، والتصرف بطريقة سريعة ومناسبة - حسب الظروف - إزاء الأزمة وأيضا المساهمة في توجيه المواطنين.

وقد بينت الأزمات الحالية، مثلا في مجال الفلاحة والتغذية، عن الأهمية الكبرى للتوفر على المعلومة والمتيسرة لعامة الناس والمصادق عليها من طرف السلطة المحلية من أجل تخطي تلك الأوضاع المشحونة بشكل مناسب. ولا يمكن للحكومة في هذه الأوضاع أن تنهرب من مسؤوليتها في تقديم التوجيه للمواطنين (عن طريق إسداء النصح والمعلومات واقتراح سلوكات محددة) عوض أن يقتصر دورها على اقتراح مشاريع قوانين أو انتظار أجهزة أخرى للقيام بتنفيذ إجراءات إدارية. إذا تصرفت على هذا النحو فسيتخلف عندئذ عن الامتثال للإلتزام الدولة بالتحكم وتخطي الأزمة بسرعة وفعالية وتفاذي إلحاق الأضرار بالغير على قدر المستطاع. وسيكون السكوت، أخيرا، عن هذه المشاكل في نظر كثير من المواطنين بمثابة فشل ذريع للدولة، وهذا قد يؤدي بها إلى فقدان الشرعية.

(2) يجب على الدولة، زيادة على ذلك، أن تحترم أثناء أداء العمل الإعلامي توزيع الصلاحيات والمسؤوليات على المستوى الفيدرالي - لمستشار جمهورية ألمانيا الفيدرالية ووزراء الحكومة الفيدرالية والحكومة الفيدرالية (التي تتصرف ككيان جماعي) - مستمد من المادة 65 من القانون الأساسي، ويجب عليها أيضا أن تحترم توزيع الصلاحيات بين الجمهورية الفيدرالية والولايات الفيدرالية (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 44/125 [ص. 149]). ويتوقف في هذا الصدد، النشر على القدرات الجماعية، وإلى من أسندت إليه المهمة الإعلامية الفيدرالية هل إلى الولايات أم أن الأمر يتعلق باختصاص مشترك؟

وتعتبر مهمة قيادة شؤون الولايات والعمل الإعلامي للحكومة الفيدرالية جزءاً لا يتجزأ من هذه المهمة، وتعتبر بمثابة تعبير عن المسؤولية العامة للحكومة، وبأن يؤخذ بعين الاعتبار ما يتعلق بمجال اختصاص الحكومة الفيدرالية، - بخلاف ما يجري في المجال التشريعي وفي مجالات الاختصاص ذات الطابع الإداري - عدم وجود أحكام في القانون الأساسي تنص صراحة على مهمة تسيير شؤون الولايات.

غير أن القانون الأساسي ينطلق من الوجود الضمني لتلك الاختصاصات المذكورة؛ ينطلق مثلا من القواعد القانونية في تشكيل ومهام الحكومة الفيدرالية (المادة 62 والتي تليها من القانون

الأساسي)، أو من التزام الحكومة الفيدرالية بإعلام البرلمان ولجانه الخاصة. ويطبق نفس الشيء لالتزام الحكومة وأجهزتها المكونة لها بالإجابة عن الأسئلة وكذا بتوفير المعلومات الضرورية للبرلمانيين لكي يستطيعوا الوفاء بالتزاماتهم فيما يتعلق بهذه الأخيرة (أنظر الحكم رقم 13/123 [ص. 125 ح.]. ورقم 57/1 [ص. 5] ورقم 67/100 [ص. 129] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تملك الحكومة الفيدرالية الصلاحية من أجل القيام بعملها الإعلامي في جميع تلك الحالات التي توكل إليها فيها مسؤولية قيادة شؤون الولايات التي يمكن، بل يجب، أن تُنجز عن طريق المعلومات. وتمثل مختلف الأحكام المتعلقة باختصاص الحكومة الفيدرالية - مثلا، تلك التي تشير إلى الصلاحيات التشريعية (بغض النظر عن وجود مبادرات تشريعية معينة) - مرجعا لتلك المسؤولية.

تملك الفيدرالية صلاحية قيادة شؤون الولايات، خاصة منها ما يتعلق بالقضايا والأنشطة والعمليات المرتبطة بدول أخرى أو عندما تكون القضايا المذكورة ذات الطابع فوق الإقليمي، وتكتسي أهمية لمختلف الولايات، حيث يساهم العمل الإعلامي للحكومة المنجز على مستوى الولاية في تخطي العقبات بشكل فعال. ويمكن للحكومة الفيدرالية في مثل هذه الحالات أن تتكلف بالقضايا المعنية، ورفعها أمام البرلمان والرأي العام، وتقييمها وإصدار توجيهات أو تحذيرات، بقدر ما يبدو ذلك في نظرها ضروريا، من أجل تجاوز المشاكل المذكورة.

إلى جانب هذه الصلاحيات التي يمنحها الدستور للحكومة الفيدرالية لتحقيق عمل إعلامي، ينص القانون الأساسي أيضا - فيما يتعلق بالولايات - على تعديل آخر في المادة 30 من القانون الأساسي. ويعد التنصيص على صلاحية الحكومة الفيدرالية في مجال العمل الإعلامي، في المادة 83 والتي تليها من القانون الأساسي مسألة غير حاسمة. ولا تمثل هذه الأحكام الأنشطة الحكومية [النشاط المنجز. لتسيير شؤون الولايات] إجراءات إدارية وفقا لما هو منصوص عليه في هذا الصدد.

ولا تملك الحكومة الفيدرالية الصلاحية - على أساس وظائفها في تسيير شؤون الولايات - من أجل اعتماد التدابير الإدارية المتعلقة بتنفيذ القوانين. ولا يتأثر في هذا السياق النشاط الإعلامي للحكومة الفيدرالية بالأحكام الخاصة التي تُحوّل الصلاحيات للأجهزة الإدارية لنشر المعلومات لعامة الجمهور (في إطار تنفيذ القوانين) مثل المادة 8 من القانون المتعلق بسلامة المنتجات<sup>56</sup>

والفقرة 4 من المادة 69 من القانون المتعلق بالأدوية<sup>57</sup> أو المادة 6 من القانون المتعلق بسلامة الأجهزة<sup>58</sup>.

لا تنتهي الصلاحية الإعلامية للحكومة الفيدرالية إذا اقتضى الأمر - من أجل تجاوز أزمة ما - أيضا نشاط أجهزة الدولة الأخرى التي تملك صلاحية جماعية أخرى، ويجب في هذا الخصوص أن يتم النظر في حكومات الولايات أثناء أدائها لمهام تسيير القضايا الحكومية والمحلية، أو في الإدارة العمومية في إطار أنشطة الشرطة التي تهدف إلى تفادي الخطر. فبإمكان الولاية عدم الاستجابة لأهدافها إذا اقتصر النشاط الإعلامي للحكومة الفيدرالية - الرامي إلى تفادي خطر ما - بشكل حصري على القضايا الأكثر أهمية واستغنى عن تحذير المواطنين بخصوص خطورة بعض الظروف المحددة (أو المنتجات).

تمثل المعلومة الكاملة عنصرا مهما ويكون لها مصداقية. ولا يبدي مهمة الإعلام بطريقة فعالة وملائمة حسب الظروف أي اعتراض من ناحية توزيع اختصاصات الفيدرالية، وحتى إذا مس هذا بمجالات اختصاص أجهزة حكومية أخرى، فإنه لا يقصي النشاط الإعلامي السابق ولا يعرقل النشاط الإعلامي للولايات (لمجال مسؤوليتها الخاصة)، كما أنه لا يمنع الأجهزة الإدارية العامة الأخرى من أداء مهامها الإدارية.

ب-ب) لا تُوفر الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي الحماية ضد نشر المعلومات الدقيقة من طرف أجهزة الدولة، شريطة أن يفي بمتطلبات الموضوعية وأن تتم صياغتها بالتحفظ المناسب. وتمثل صحة ودقة محتوى المعلومة مطلباً أساسياً لتعزيز الشفافية؛ ومن ثم، القدرة الوظيفية للسوق. إلا أنه يمكن لأجهزة الدولة، باستجابتها لبعض المقتضيات المحددة، أن يكون لها صلاحية نشر المعلومة، وحتى في حالة عدم التثبت من صحة وصدق المعلومة بطريقة قاطعة.

ويجب على السلطة في هذه الحالات - لكي يكون بث المعلومة السالفة الذكر مشروعا - أن تعمل، قبل نشر المعلومة قدر المستطاع، على استجلاء الحقائق بعناية، وبالاستعانة بمصادر المعلومات المتوفرة - وفي نهاية المطاف بالاستماع أيضا إلى الأشخاص المعنيين - وأن تُضاعف الجهود للوصول إلى أكبر درجة من المصداقية حسب الظروف. أما إذا استمرت الشكوك ذات الطابع المسطري والوقائعي - رغم هذا كله - يمكن للدولة عندئذ أن تنشر تلك المعلومة إذا كانت هناك

57. القانون المتعلق بالأدوية من نسخة تاريخ إصدارها هو 11 دجنبر 1998، الجريدة الرسمية الفيدرالية 1، ص. 3586.

58. القانون المتعلق بسلامة الأجهزة من نسخة تاريخ إصدارها هو 11 ماي 2001، الجريدة الرسمية الفيدرالية 1، ص. 866.

مصلحة عامة تستدعي أن يكون المتدخلون في السوق على علم بأي ظرف يكون وثيق الصلة بسلوكهم (أن يكون مثلاً ثمة خطر ما على المستهلكين).

ويجب في هذه الحالات أن يحذر المتدخلون في السوق بوجود شكوك حول دقة المعلومات لكي يتمكنوا من اتخاذ القرار بأنفسهم بشأن الطريقة التي يجب عليهم التعامل بها مع تلك الشكوك [...]

3. لا يمثل، حسب المعايير المشار إليها سابقاً، نشر قائمة الخمر التي تحتوي على أثير الجليكول أي تعارض. ولا يمثل إصدار قائمة بمعلومات دقيقة وصحيحة بشأن الخمر التي تحتوي على أثير الجليكول تدخلاً في مجال حماية الحق الأساسي لأصحاب الدعوى في حرية ممارسة المهنة، وحتى لو أن المعلومة المذكورة يمكن أن تؤثر أيضاً في إمكانيات بيع خمر أخرى لا تحتوي على أثير الجليكول، فلا يكتسي نشر القائمة طابع التدخل في المجال الأساسي. وقد التزمت الحكومة الفيدرالية بالحدود ذات الطابع القانوني المتعلقة بممارسة نشاطها الإعلامي [...]

### ثلاثة عشر : حرمة المسكن

ينص القانون الأساسي في المادة 13 على :

**الفقرة 1 :** لا تمس حرمة المسكن.

**الفقرة 2 :** لا يمكن أن تخضع السجلات للتفتيش إلا بأمر من القاضي أو بأمر من أجهزة أخرى منصوص عليها في القوانين، إلا إذا كان الإبطاء يسبب في خطر وشيك الحدوث.

**الفقرة 3 :** يمكن أن تستعمل وسائل تقنية لعلم الأصوات في إجراء مراقبة السكن الذي يوجد فيه الشخص بترخيص قضائي إذا بررت أفعال معينة مثيرة للشبهات، بأن هذا الشخص ارتكب جريمة يصفها القانون بأنها خطيرة، وتبين أن الكشف عن حيثيات الجريمة بطرق أخرى قد يصبح صعباً تماماً، أو عديم الجدوى، ويجب أن يكون هذا الاستعمال لمدة محدودة. ويجب أن يصدر الترخيص القضائي ثلاثة قضاة يكون الوقت حاسماً، يمكن أن يقوم بذلك إذا كان الوقت لا يسمح<sup>59</sup>.

**الفقرة 4:** لا يمكن أن يتخذ القرار إلا الجهاز المحدد بالقانون إذا كانت الوسائل التقنية المتوقع بصفة خاصة لحماية الأشخاص الذين يتدخلون بترخيص في المنزل وبعد ترخيص قضائي، لتجنب مخاطر شديدة على السلامة العامة، وخاصة مخاطر على الحياة أو الجمهور، وعندما يكون الوقت عنصراً حاسماً، يمكن أيضاً أن تتولى إصدار الأمر باستعمال هذه التدابير جهات أخرى يحددها القانون، على أن يتم إلحاقها بقرار قضائي دون تأخير<sup>60</sup>.

**الفقرة 5:** يمكن أن يصدر الأمر باتخاذ إجراءات التدخل في تفتيش مرخص به لمنزل من طرف جهة يحددها القانون، إذا تم استعمال الوسائل التقنية المخصصة فقط لحماية الأشخاص، ولا يمكن في هذه الحالة، أن يسمح باستعمال المعلومات في أي غرض آخر إلا لأغراض المتابعة الجنائية، أو منع الخطر، وأن يخضع قانونية الإجراء مسبقاً إلى مراقبة القاضي، ويصدر القاضي فوراً الأمر القضائي إذا كان الخطر حالاً وحاسماً<sup>61</sup>.

**الفقرة 6:** ترفع الحكومة الفيدرالية تقريراً سنوياً إلى البرلمان الفيدرالي حول الوسائل التقنية المستعملة وفقاً للفقرة 3، التي تدخل في مجال اختصاص الفيدرالية وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 4، وبالقدر الذي تقتضيه الرقابة القضائية، لما هو منصوص عليه في الفقرة (5) من هذه المادة. وتمارس لجنة منتخبة من البرلمان الفيدرالي الرقابة البرلمانية حول أساس هذا التقرير. ويضمن للدول رقابة برلمانية مماثلة<sup>62</sup>.

**الفقرة 7:** لا يمكن أن تتم في بقية الحالات التدخلات أو القيود إلا لدفع خطر عام أو خطراً أخلاقياً على الأشخاص، وبمقتضى قانون يمكن لهذه التدابير أيضاً أن تمنع خطراً مباشراً على الأمن والنظام العام أو أن تتغلب بصفة خاصة على ندرة المساكن، أو تكافح تهديد الأوبئة، أو تحمي القاصرين من الخطر<sup>63</sup>.

60. أضيفت بتاريخ 1981/03/26.

61. أضيفت بتاريخ 1981/03/26.

62. أضيفت بتاريخ 1981/03/26.

63. أضيفت بتاريخ 1981/03/26.

## الحكم 120

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 554/32

## يتعلق بالحق في الانضمام إلى الشركة

1. يجب أن تفسر مفهوم المسكن وفقا لمنطوق الفقرة 1 من المادة 13 من القانون الأساسي بشكل واسع. ويشمل مجال الأعمال، والشركة والعمل.
2. يجب أن يراعى في تفسير مفهوم «التدخلات والمحددات، المشار إليها في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي، ومختلف متطلبات حماية الأماكن الخاصة، من جهة، وأماكن الأعمال والشركة، والعمل من جهة أخرى.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 13 أكتوبر 1971 يتعلق بطعن الحماية رقم 280/66**

[...] حق الحصول على المعلومات والتحقيق المنصوص عليه في المادة 17 من قانون تسيير الممتلكات. ينص الحكم على ما يلي:

المادة 17 من قانون تسيير الممتلكات.

(1) يُلزم العمال المستقلون المسجلون أو الذين سيسجلون كحرفيين بتقديم التقارير المطلوبة لغرفة الصناعة التقليدية حول شكل ومدى شركتهم، وحول عدد المشاركين والمتدربين المستخدمين في شركتهم وحول إمتحانات الحرفي الذي تم إعفاؤه من طرف مالك ومدير الشركة.

(2) يحق للمكلفين بغرفة الصناعة التقليدية أن يدخلوا إلى المباني والمنشآت التجارية التي يفرض عليها تقديم التقرير، من أجل تحقيق الأهداف المشار إليها في الفقرة 1 والقيام بالتدقيق والتحقيق. ويجب على الذين يفرض عليهم التحقيق أن يقبلوا بهذه الإجراءات. ويقتصر الحق الأساسي في حرمة المسكن المنصوص عليه في المادة 13 من القانون الأساسي على هذا الإجراء [...]

الطاعنون هم أصحاب شركات غسل الملابس. وجهوا طعن الحماية الدستورية مباشرة ضد أحكام النظام الداخلي للحرفيين، وطالبوا بإصدار حكم من المحكمة لإعلان أن [...] الفقرة 2 من المادة 17 من قانون تسيير الممتلكات [...] تنتهك المادة 13 من القانون الأساسي.

ويرى الطاعنون أن طعن الحماية الدستورية معقول وعادل، ويعتبرون أنفسهم متضررين حاليا وبصفة مباشرة من الأحكام المطعون فيها، ويطلب هذا أيضا على الفقرة 2 من المادة 17 من

قانون تسيير الممتلكات، لأنهم يتوقعون في أي لحظة أن يدخل المكلّف بغرفة الصناعة التقليدية إلى أماكن الأعمال والمشاريع التجارية، وإلى شركاتهم للتفتيش والتحقيق.

ولا يسمح وقفا لمنطوق وهدف هذه الأحكام إلا للأشخاص المرخص لهم بالدخول إلى الأماكن المستعملة للأعمال، دون المنشآت الخاصة بمالكها، ولن يكون لادعاء الطاعين أي أثر إذا لم تكن أماكن الأعمال والمشاريع التجارية تابعة لمفهوم «مسكن» حسب منطوق المادة 13 من القانون الأساسي.

التفسير الضيق المعتمد من طرف وزير العدالة الفيدرالي لمفهوم «مسكن» مُحدد بشكل واضح بسبب الاهتمام بإدراج أماكن الأعمال والمشاريع التجارية في مجال الحماية التي تضمنها المادة 13 من القانون الأساسي تجاه العديد من الحقوق العرفية للسلطات الإدارية في الدخول، ولا يمكن أن تواصل التحقيق، في الإطار الضريبي والاقتصادي وتفتيش أماكن العمل لأنها لا يشملها أحكام المادة 13 من القانون الأساسي.

وحتى لو كان هذا هو الحال يبدو من المشكوك فيه أن مجال الفعالية للحق الأساسي سيكون خاضعا لقيود محددة، وهذا سيقودنا إلى الحجة التالية: نظرا لكون التفسير الشامل للتعاقد الخارجي على مستوى القيود يُولد صعوبات عملية، فينبغي اختيار تأويل دقيق تكون بسببه تلك القيود غير ذات أثر.

ويجب، زيادة على ذلك، أن يتم الانطلاق من الفحص بعدم دستورية الجوهر المادي للحق الأساسي، كما ينبغي طبقا لهذا وبناء على القرينة الأساسية للحرية، وعلى مبدأي التناسب والعقلانية الدستوريين، أن يتم تحديد مُحددات ممارسة الحقوق الأساسية في إطار القانون. ويمكن أن يتم التصدي للصعوبات العملية التي يخشى منها الوزير الفيدرالي للعدل، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، عن طريق تأويل مميّز.

4.1) ويُقصد بإدماج فضاء الأعمال التجارية ضمن مجال الحماية التي تضمنها المادة 13 من القانون الأساسي قبل كل شيء أن لا يتم «تسجيل» هذه الأماكن إلا بأمر من القاضي (الفقرة 2). ويقر الوزير الفيدرالي للعدالة في هذه الحالة، مبدئيا، بوجود نفس الاحتياج إلى الحماية، كما هو الحال تماما للمسكن، وتسود نفس المسألة في جميع النظم الديمقراطية المبنية على أساس دولة القانون، وتندرج فيها جمهورية ألمانيا منذ أمد بعيد، وتكون الحماية إزاء التحقيق المعترف بها أيضا لمناطق الأعمال والمشاريع التجارية، لا تتضمن تقييدا للشرط الأساسي للأمر القضائي؛ غير أنه لا يمكن يقينا أن يتم تحقيق هذه النتيجة من المنظور الدستوري في حالة التفسير الضيق لمفهوم المسكن.

لم يقصد هنا الإشارة إلى أي مدى يجب أن يحدد المفهوم الدستوري «للتفتيش» بشكل فردي (انظر في هذا الصدد الحكم رقم 28/285 من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، وبالتالي فحق الدخول والتحقيق في مجال الأعمال التجارية الحرفية لا يكتسي طابع التحقيق.

ب) تُضمن حرمة المسكن بواسطة المادة 13 نظرا للتدخلات والقيود، التي لا تكتسي طابع «التحقيق» والتي لا يمكن أن تمارَس افتراضيا، وتكون مقيدة ومحددة بما فيه الكفاية. وبالنسبة لأماكن السكن وفقا لما هو منصوص عليه في هذا المجال، يكون تقييد التدخلات المسموح بها يخص الإجراء الأساسي لاحترام المجال الخصوصي للمواطن بدون شروط. ويكون هذا الأمر مبالغاً فيه بالتأكيد عندما افترض وزير العدل الفيدرالي أن القيود الاحتياطية المنصوص عليه في المادة 13 تشير إلى «مسألة مقيدة حصريا بالمسكن».

ويمكن لهذا السبب أن يكون «التصدي لخطر العدوى» وأيضا «حماية الشباب المهددين» (من وجهة نظر حماية عمل القاصرين أساسا) ودخول السلطات المختصة إلى الشركات وأماكن العمل ضروريا ولازما. غير أنها يمكن أن تكون مشكوكا فيها إذا كان عن طريق إدماج أماكن العمل في نطاق الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي، ويستند الحق المُخَوَّل، إلى سلسلة من القوانين، التي تمنح للسلطات الإدارية الولوج إلى الشركات بهدف المراقبة والقيام بأنواع مختلفة من التحقيق والتدقيق، على أساس دستوري كاف.

ويبرر بالطبع، في بعض الحالات الهدف من التدخل «الوقاية من الأخطار المُحدقة بالسلامة والنظام العامين»، خاصة في حالة التفسير الواسع، لهذا البند الذي يتضمن الوقاية من الأخطار، كما أسس ذلك قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الصادر يوم 13 فبراير 1964 (انظر في هذا الصدد الحكم رقم 17/232 [ص. 251 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

غير أنه بقدر ما يُخوَّل للسلطات المكلفة بالمراقبة الاقتصادية والمالية ومراقبة أماكن العمل الحق في الدخول إلى الشركات وأماكن الأعمال التجارية لاستقصاء المعلومات في سجلات الشركات التجارية والعقود ومعاينة البضائع والمنشآت، سيمكن الحصول على أساس دستوري لهذه الإجراءات، طبقا للتفسير العرفي، فقط، ومن خلال تحديد غير مستدام لأبعاد مجال تطبيق الفقرة الثالثة.

ويرى الوزير من جهته أن حقوق الدخول والتحقيق لا تُمثل أي شيء من غير أنها وسيلة من وسائل الرقابة التي لا غنى عنها للإشراف العصري على الاقتصاد، ويلتقي معناها بالتنفيذ الفعال والمناسب للقانون مع إدخال عناصر عامة وقانونية للإدارة على الإدارة الاقتصادية للشركات الخصوصية، وتنقيح وتشديد المراقبة الاقتصادية التي تخصها على أوسع نطاق ممكن.



كما انطلق وزير العدل الفيدرالي من أن مجلس البرلمان لم يكن يقصد إقصاء حقوق الإدارة في الولوج والتحقيق - المعروفة لديه - وإنما كان يقصد ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي؛ فهذه الحالات «معترف بها دون أدنى اعتبار».

وهذا الرأي مُسَلَّم به من حيث المبدأ (انظر على سبيل المثال تعليقات ماونز دوريك هيرزوك، الفقرة 22 بخصوص المادة 13، مانكولد كلاين، الطبعة الثانية، مجلد 1. ص. 405 والتي تليها، وكيرن نيورمان نيبدي شيونينغ، الحقوق الأساسية، مجلد 2. ص. 105 والتي تليها).

ويجب بالتالي على المشرع الفيدرالي - كما أكد عليه هو بنفسه - منذ دخول القانون الأساسي حيز التنفيذ، أن يؤكد على عدم استبعاد حقوق الدخول والتحقيق بواسطة الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي.

ويطرح في هذه الحالة بصفة إجبارية وذات صلة بالموضوع تفسير يحدد مفهومي «التدخلات والقيود» ويترجمهما بفهم يُبرران استناداً إلى الحماية التي تُعتمد كغاية للحق الأساسي، يتناسب مع إرادة واضعي الدستور، ولكن بمراعاة الاحتياجات المادية لإدارة الدولة المعاصرة. وينطلق هذا التفسير من كون - إدراج الأعمال والشركات ضمن نطاق انطباق المادة 13 من القانون الأساسي - من مقتضيات حماية فضاءات مبنية ضمن «المجال الخاص» الذي تكون له أبعاد متعددة.

وتتمتع فضاءات الأعمال والمشاريع التجارية، نظراً لأهدافها، بانفتاح «على الخارج»، وتُوجَّه هذه الأهداف لتحقيق التواصل الاجتماعي، الشيء الذي يجعل رب العمل يبعد إلى حد ما المجال الخاص لما هو حميمي وينتمي إلى المسكن وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا المجال.

ويستجيب مفهوم «التدخلات والقيود» للحاجة الملحة للتغاضي عن اضطرابات الحياة الخاصة ومجالها. فعندما يشير إلى المسكن وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا المجال، فإنه يُفسر بشكل ضيق. وهذا يعني أن الحق في الدخول والتحقيق، كما تم تنظيمه هنا، يجد نفسه مُستبعداً لقضية المسكن، ويكون بالتالي معقولاً أن تحمي الحق الأساسي لكي يُضمن للفرد الحق في «العيش بسلام على الدوام» (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 27/1 [ص. 6]).

ويطبق هذا أيضاً على الأماكن التي تُزاوَل فيها أنشطة مهنية أو تجارية وتكون الأماكن المخصصة للأعمال والمشاريع التجارية البسيطة، الحاجة فيها إلى الحماية تتضاءل بسبب الهدف الذي يجب تحقيقه تبعاً لرغبة رب العمل. وتؤثر بالضرورة على الأنشطة التي يقوم بها رب العمل في هذا الفضاء على المجال الخارجي، ويمكنها بالتالي أن تؤثر على مصالح الآخرين ومصالح المجتمع.



## الحكم 121

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 51/97 يتعلق بالتنفيذ القضائي**

لا يمكن أن يتم التنفيذ الجبري طبقا للمادة 758 من قانون المسطرة المدنية الذي تقتضي أيضا الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي، إلا عندما ينطوي التأخير على خطر ما، ويجب أن يصدر أمر قضائي لتفتيش مسكن المدين لكي تُسحب منه ممتلكات رهن الحجز.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 3 أبريل 1979 يتعلق بطعن الحماية رقم 994/76**

يتعلق طعن الحماية بالتساؤل حول ما إذا كانت الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي تخالف مسلك المحكمة في الإجراءات التنفيذية وفي القرارات التي تحدد فيها التكاليف والتدابير التنفيذية، قد أمر بالدخول قهرا إلى مسكن المدين بدون أمر تفتيش قضائي، خاصة منه البحث عن ممتلكات قابلة للحجز.

تنص المادة 758 من قانون المسطرة المدنية على:

يحق للعون القضائي أن يفتش المسكن وممتلكات المدين، بالقدر الذي يفرض به الغرض من الإجراءات التنفيذية.

يملك العون القضائي الصلاحية أن يفتح أبواب المنزل والغرف والصهاريج المغلقة.

[...] يقضي الحق الدستوري الجاري به العمل، المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي، أن تتم عمليات التحقيق في إطار عملية تنفيذية، وعلى أساس المادة 758 من قانون المسطرة المدنية، ويجب في إطار هذا النص القانوني أن تصدر أوامر من طرف القاضي، شريطة ألا يترتب عن التأخير في ذلك خطر وشيك.

ويجب أن ينطلق تفسير الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي من منطوقها: «لا تصدر أوامر التحقيق إلا من طرف القاضي، ويكون عندما ينطوي التأخير على خطر وشيك، من طرف الأجهزة الأخرى المنصوص عليها في القوانين [...]».

بقيت الإشارة إلى أي حد يمكن اعتبار مفهوم التحقيق بمنطوق الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي كافيا، وكيف يمكن أن يحدد لمواجهة «التدخلات والقيود» المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 32/54 [73] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ولا تقتصر، لهذا السبب، المحددات المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي فقط على عمليات التحقيق ذات الطابع الجنائي، وإنما تطبق أيضاً على عمليات تفتيش المسكن التي تقوم بها سلطات أخرى وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 13 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 32/54 [73] ورقم 16/239 [ص. 240 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، في نفس السياق بيترمان في بيترمان نيبردي شيونير نيبردي شيونير في كتابه الحقوق الأساسية، مجلد 3، ص. 894، كنيماي، نفس المصدر السابق، مع المزيد من الشروحات، جنتز في كتابه حرمة المسكن، 1968، ص. 53 والتي تليها، فريدرش كلاين مانكولدت كلاين، في كتابه دستور بون، الطبعة 2، 1957. المادة 13، النقطة 2. IV. أ. لفهوم المسكن، أنظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 32/54 ص. 68 والتي تليها، بصفة خاصة ص. 68 و72).

يمكن، في هذا الإجراء، أن يتم الاستدلال بالاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية الفيدرالية (انظر أيضاً الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/54 [ص. 73])، ويتميز، طبقاً لهذا الأخير، مصطلح التحقيق بالبحث، بأمر من القاضي، أو من الأجهزة الحكومية عن أشخاص أو أغراض، أو التحقيق بخصوص أحداث، من أجل العثور على شيء ما، وذلك في الحالة التي يتمتع مالك المنزل إتاحتها أو تسليمها عن طوعية (انظر الحكم رقم 47/34 [ص. 37] ورقم 28/285 [ص. 287 والتي تليها]) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). فعمليات التحقيق بهدف العثور على أغراض قابلة للحجز وحجزها للعملية التنفيذية المتوقعة تنتمي من حيث المفهوم إلى عمليات التحقيق وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي.

فيما عدا ذلك، فمنطوق الحكم، بقدر ما هو جلي وواضح، لا يقبل أي تفسير، فإنه يخضع ما يتعلق بعملية التحقيق للمجال المحفوظ للقضاء المنصوص عليه هنا. ولا يتميز في أي جانب من الجوانب ولا يكون طبقاً للأشكال المختلفة ولا وفقاً لمجالات التطبيق المختلفة.

يعبر عن الغاية من الحماية التي يسترشد بها الحق الأساسي لفائدة التفسير النصي. ولا تشكل مسألة التحقيق عن طريق هيئة التنفيذ القضائي، إلا خطر إساءة الاستعمال الضئيل مقارنة مع قضايا أخرى. غير أنه لا يمكن الانطلاق من كون عمليات التحقيق لا تقع ضمن أهداف حماية التنظيم القانوني. وينطوي الإقحام العنيف للأجهزة الحكومية داخل المسكن وتفتيشه على تدخل في المجال الشخصي للمعني.

كما تتناسب الحماية المعززة دستورياً، شأنها شأن قضية الحق الأساسي لحرية الشخص (انظر العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 104 من القانون الأساسي) وحقه في المسكن وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا المجال، مع الإطار المرجعي الأساسي للاحترام للامشروط للمجال الخاص للمواطن

(انظر الحكم رقم 32/54 [ص. 73] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بحماية تطوير الشخصية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي.

ويجب أن يضمن للفرد الحق في «العيش بسلام» في مسكنه (انظر الحكم رقم 32/54 [ص. 75] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). كما لا يمكن أن يتم القيام بتدخل من خلال عملية تفتيش إلا عندما يستتسي جهاز مختص بشكل مسبق ما إذا كانت هناك افتراضات قانونية.

ويمكن، من أجل تبرير تفسير المضمون، أن يتم الاستشهاد بالخلفية التاريخية لإنشاء الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي [...]

وحتى عند الانطلاق - كما تم افتراضه جزئياً في الاجتهاد القضائي - من أن الأمر هنا يتعلق بشأن مرتبط بمنطوق قاعدة دستورية، ومع أن هذه القاعدة لا تنتمي طبقاً لمضمونها إلى هذه المجموعة، ذلك نظراً لأن واضع الدستور كان يستهدف شؤوناً أخرى، فلا يمكن النظر في إمكانية سد «الثغرات» القائمة عبر قناة «التخفيض الغائي» (انظر لارنز في كتابه طريقة الحصول على إجازة في القانون، الطبعة الثالثة، 1975، ص. 377 والتي تليها). فالتفسير ذو الطابع التقييدي من هذا القبيل مخالف من باب الأحرى للمبدأ المعبر عنه في الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية الفيدرالية الذي ينص على أنه «في حالة وجود شكوك يجب اختيار ذلك التفسير الذي طور بشكل صارم فعالية القانون الأساسي (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 6/55 [ص. 72] ورقم 32/54 [ص. 71] ورقم 39/1 [ص. 38]).

وحرمة المسكن حق أساسي يهدف إلى ضمان «منزل أساسي» للفرد على أساس الكرامة الإنسانية ولفائدة التطوير الحر للشخصية (انظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 42/212 [ص. 219]) إشارة إلى داغوغلو في تعليقات مواطن من بون [المراجعة 2] بخصوص الفقرة 33 من المادة 13 من القانون الأساسي). كل عملية تفتيش - بما فيها تلك التي تجري في إطار المادة 758 من قانون أصول المحاكمات المدنية - تمثل بطبيعتها بالذات تدخلاً قوياً في مجال الحق المحمي بالحقوق الأساسية. وينطوي القانون الأساسي في المادة 13، بالتالي، على قدر كبير من الفعالية عندما تخضع كل عملية تفتيش للمجال المحفوظ للقضاء.

لتفسير منطوق الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي الذي يتعلق بالغاية من حماية هذا الحق، وطبقاً لمبدأ أكبر قدر ممكن من الفعالية القانونية الذي يتسق أيضاً مع الأصل التاريخي للقاعدة القانونية، لا يمكن إتاحة التطبيقات المعروضة هنا [...]

ويمكن أن يعتبر، كما يسود أيضاً في الفقه، بأن كل تصرف في إطار عملية تنفيذية يتم القيام بها بعلم القاضي، هو أمر من طرفه (انظر في هذا الصدد، مثلاً، داغوغلو، نفس المرجع السابق، الفقرة 99)، ولا يمكن أيضاً أن يستمر في كل وقت طويل. ولا يمكن أن يعتبر الحكم القضائي

الذي يقضي بدفع مبلغ من المال للاستدلال على عملية تفتيش، حيث يستلزم الأمر أيضا تصريحا بالتنفيذ. ولا يعني ادعاء وجوب التسليم بأي شكل من الأشكال القيام بعملية هو بمثابة تفتيش للمسكن بدعوى إجراء الحجز. يمكن للمدين - كما يحدث عادة - أن يرضخ للحكم والشروع في الأداء عن طواعية تاركا للدائن حرية اتخاذ القرار بشأن ما يمكن فعله بسند الملكية المتنازع عليه. وبمجرد رفع أمره للقاضي، يشرع في المحاكمة وأثناء هذه الأخيرة لا يكف القاضي عن التصرف.

ويجب أمام المطالبة بقاعدة قانونية ذات مرتبة دستورية، بالإضافة إلى ذلك، أن تعطل جميع الحجج التي تستند إلى تعاون قاضٍ ما في قضية عمليات التحقيق في إطار عملية تنفيذية، ذلك أن هذا سيؤدي إلى شحنة زائدة من العمل ومزيد من الجهود دون جدوى [...]

ويجب أخيرا أن يؤخذ بعين الاعتبار أن العون القضائي، لم يتعسف إلى حد الآن في استعمال سلطته في عملية التحقيق.

ومع ذلك، وبالرغم من القاعدة الدستورية الأمرة الواضحة - كما عبرت عنه الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي - التي تجبر القاضي على إصدار الأمر بالتحقيق (شريطة ألا ينطوي التأخير على خطر وشيك)، لأن الأمر يكتسي أهميته الخاصة. ولا يمكن أن تصحح هذه القاعدة الدستورية الأمرة إلا عن طريق التفسير للأسباب المذكورة سابقا الذي هو من اختصاص المحكمة الدستورية الفيدرالية.

[...] [تعتبر الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي قانونا ساريا يطبق بشكل مباشر (انظر الحكم رقم 3/225 ص. 239 والتي تليها)] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية. للفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي ورقم 10/302 ص. 329]. للعدين 1 و 2 من الفقرة 23 من المادة 104 من القانون الأساسي)]. وتتمّ الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي المادة 758 من قانون المسطرة المدنية، مادامت عملية التحقيق لا تتطلب أمرا قضائيا، شريطة ألا ينطوي التأخير على خطر وشيك.

## الحكم 122

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 103/142 يتعلق بأمر التحقيق

1. أ) يجب أن تفسر عبارة «عندما ينطوي التأخير على خطر وشيك [لفعالية الإجراء]» المتضمنة في الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي، تفسيراً دقيقاً. كما يجب أن تصدر الأمر بالتحقيق من القاضي، فهذه هي القاعدة العامة، أما الاستثناء فهو أن يصدر الأمر بالتحقيق عن سلطة غير السلطة القضائية.

1.ب) يجب أن يتأسس الشرط على تأخير ينطوي على خطر وشيك [لفعالية الإجراء] على أحداث واقعية تتعلق بقضية معينة، أما التخمينات الصرفة والاعتبارات الافتراضية والفرصيات المبنية حصريا على التجربة اليومية في ميدان علم الإجرام والمستقلة عن القضية المعنية، فلا تكفي.

2. يجب على المحاكم والاجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم أن تعتمد - على قدر المستطاع - إجراءات ذات طابع قانوني، كي يستطيع القضاة القيام بالواجب بشكل تام في القضايا الموكلة إليهم من طرف الدستور، وذلك رغم حجم القضايا التي يجب أن تعالج كل يوم.

3.أ) يخضع تفسير عبارة «عندما ينطوي التأخير على خطر وشيك [لفعالية الإجراء]» وتطبيقها بدون قيود للرقابة القضائية. غير أنه يجب على المحاكم أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تعيشها الأجهزة غير القضائية، وبصفة خاصة، الحالة التي تكون عليها أثناء إصدار أمر بالتحقيق، والحدود التي تلتزم بها الأجهزة للحصول على المعلومات الضرورية للقيام بما يلزم.

3.ب) لكي تكون الرقابة القضائية لأمر بالتحقيق صادر عن جهاز غير قضائي - باعتبار الشرط أن لا ينطوي التأخير على خطر وشيك لفعالية الإجراء -، يجب أن يكشف في ملف التحقيق عن نتيجة أمر التحقيق والأسباب التي ترتب عنها القرار وأن إصدار الأمر بالتحقيق قد تم على الفور.

**الحكم الصادر عن الغرفة 2 بتاريخ 20 فبراير 2001 يتعلق بطعن الحماية رقم 00/1444**

## الأسس

أ

I. يتعلق طعن الحماية بأمر بالتحقيق في منزل، في حالة ما إذا انطوى التأخير على خطر وشيك [لفعالية الإجراء].

### - I -

1. تحدد الفقرة 1 من المادة 13 من القانون الأساسي حرمة المسكن. وتضمن بذلك للفرد الحد الأدنى من فضاء الإقامة، مع الأخذ بعين الاعتبار كرامته الإنسانية، حتى يتمكن من تطوير شخصيته بكل حرية (انظر الحكم رقم 42/212 [ص. 219] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويكون للفرد الحق في عدم الإزعاج داخل جميع مساحات مسكنه (أنظر الحكم من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية (انظر الحكم رقم 51/97 [ص. 107] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويكون مكان الإقامة الخاص هذا محميا من الناحية الدستورية، ويشكل التحقيق تدخلا قاسيا في هذا المجال (انظر الحكم رقم 51/97 [ص. 107] ورقم 96/27 [ص. 40] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويتوافق إنَّ مع جسامته هذا التدخل ومع الأهمية التي يوليها الدستور لحماية المجال الخاص، حيث تفوض الفقرة 2 من المادة 13 (الجزء الأول) من القانون الأساسي صفة عامة إصدار أوامر التحقيق للسلطة القضائية.

أ) يهدف تفويض اتخاذ تدابير معينة إلى السلطة القضائية، إلى تحقيق رقابة وقائية لهذه التدابير من خلال أجهزة مستقلة ومحايدة (انظر الحكم رقم 57/346 [ص. 355] والتي تليها) ورقم 76/83 [ص. 91] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وينطلق القانون الأساسي من افتراض أن القضاة، بفضل استقلالهم الشخصي والمادي وحجهم الشديد للقانون (المادة 97 من القانون الأساسي)، هم الذين يستطيعون - على نحو آمن - ضمان حقوق المتضررين والمحافظة عليها في كل قضية معينة على حدة (انظر الحكم رقم 1/77 [ص. 51] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

تقوم النيابة العامة، في مجال القانون الجنائي، بالتحضيرات السابقة للمحاكمة تحت مسؤوليتها المسندة إليها من المادة 100 من قانون الإجراءات الجنائية. ففي ألمانيا، أقرت المسطرة الجنائية الفصل القاطع بين جهاز الاتهام المدعية والمحكمة، ويكون القاضي، نتيجة لذلك، طرفا ثالثا محايدا لا يتصرف إلا بناء على طلب من النيابة العامة (المادة 162 من قانون المسطرة الجنائية) (ويكون الهدف عندما يتعلق الأمر بتدابير كمذكرة التحقيق أو أمر بإلقاء القبض - التي يتم اتخاذها عموما دون الاستماع مسبقا إلى المتضررين -، هو مشاركة القاضي بشكل خاص في ضمان مصالح وحقوق الأطراف المعنية بشكل صحيح (انظر الحكم رقم 9/89 [ص. 97] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يجب على القاضي أن يدرس الإجراء المراد تحقيقه على مسؤوليته الخاصة، كما يجب عليه، زيادة على ذلك، أن يعمل على أن تحترم الشروط، وتُنجز بدقة الافتراضات المفروضة من طرف الدستور والتشريعات العادية للقيام بتفتيش (انظر الحكم رقم 9/89 [ص. 97] ورقم 57/346 [ص. 355] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويقوم القاضي أيضا بوظيفته كجهاز لرقابة الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم، ويجب عليه في هذا الصدد، أن يصيغ لائحة الاتهام كتابة، وبالشكل المناسب، حيث بموجبها يتم تنفيذ أمر أو مذكرة التحقيق - في إطار الممكن والمطلوب عقلا - ويضمن أن يكون التدخل في الحقوق الأساسية للمتضرر قابلا للقياس والمراقبة. ويجب أن تكون لائحة الاتهام التي تأمر بالقيام بتفتيش تتضمن وصفا للأعمال المنسوبة إلى المتضرر، ويكون الإطار الذي ينبغي أن يُتخذ فيه التدبير القسري مُحدَّ النطاق.



ويتيح ما سبق في نفس الوقت للمتضرر نفسه إمكانية ضبط التحقيق، ويسمح له أن يرفض - في إطار إمكانياته القانونية - الآثار الزائدة التي قد ترتكب أثناء إجراء التحقيق (انظر الحكم رقم 42/212 [ص. 220 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). وباختصار، فإحالة هذه القضايا على السلطة القضائية يرمي إلى تعزيز حماية الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 13 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 57/346 [ص. 355] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ب) تفرض المادة 13 على كافة الأجهزة الحكومية أن تتخذ التدابير الضرورية، ليكون أيضا المجال المحفوظ للقضاء - كوسيلة لحماية الحقوق الأساسية للمتضرر - فعالا من حيث الممارسة. ويجب أن يتصرف مختلف الأشخاص المعنيين (المحاكم وقضاة التحقيق والأجهزة المكلفة بانتقاء قضاة التحقيق والتناوب على القضايا وأيضا الأجهزة المختصة في متابعة الجرائم، الخ.) من أجل رفض كل ما من شأنه أن يقلل من فعالية هذا الضمانة.

ويجب أيضا على الأجهزة الحكومية والفيدرالية المسؤولة عن تنظيم المحاكم ومراقبة الوضع القانوني لقضاة التحقيق، بموجب المادة 13 من القانون الأساسي، أن تخلق الظروف اللازمة لتحقيق رقابة قضائية وقائية فعالة. وينتقد الفقه اتجاه الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم، خاصة منها الشرطة، في الاستعمال المفرط - والتعسفي أيضا في بعض الحالات - للصلاحيات الاستثنائية في حالات الطوارئ (راجع على سبيل المثال نيلز في كتابه الصلاحيات والاستثنائية في قانون المسطرة الجنائية، 1980، ص. 247 والتي تليها، شافيج في لوو المادة 98 رقم 35 من قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة والعشرين، وشناويل في الخطر المشيك، لمجلس الجمعية الجديدة للقضاة، 1989، ص. 12، دوبيرس في هذا المؤلف نفسه، ص. 36 والتي تليها، فركنتن في هذا المؤلف نفسه، ص. 26)، وانتقدت أيضا ثغرات الرقابة القضائية.

ويجب عموما أن تنسب هذه الأوجه من القصور إلى أن قضاة التحقيق الذين يخضعون غالبا لضغط الوقت الشديد في مناسبات عديدة نظرا لقلّة عدد الموظفين، بهذه الطريقة - عندما يتعلق الأمر بشكل خاص بمحاكمات معقدة وكثرة الملفات - يكون من المستحيل على القضاة أن يحصلوا على خبرة تامة للولاية القضائية التي تحفظ فيها كل الأشياء. ويضاف إلى هذا كله، أن القضاة يفتقرون أحيانا إلى المعارف التقنية الضرورية في بعض الفروع الخاصة من المعارف والوقائع.

لا يمكن أن تسد هذه الثغرات حصريا من طرف القاضي المعني. فالقاضي ملزم - من الناحية الدستورية - باستغراق الوقت اللازم في دراسة النصوص التي بموجبها تطلب منه النيابة إصدار أمر بالتحقيق، وأن يكون أيضا على علم بالقضية، وأن يحصل عند الاقتضاء، على الخبرة التقنية الضرورية، وينبغي من أجل القيام بهذا الواجب أن يتم توزيع المهام المنوطة بالقضاة، وتعتمد المحكمة على الموارد المادية والبشرية الكافية، وأن يعول القاضي على إمكانيات التخصص

والتحديث في مختلف فروع القانون، وتوفير الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم على المعلومات التامة بخصوص القضية المعنية.

2. تنص الفقرة 2 (الجزء الثاني) من المادة 13 من القانون الأساسي بأن أوامر التحقيق، «عندما ينطوي التأخير على خطر وشيك [ . لفعالية الإجراء]» يجب أن تفسر تفسيراً دقيقاً، وأن لا يتعلق الأمر فقط بقضايا الاستثناء، بل تجدر الإشارة بشكل أساسي إلى المجال المحفوظ لوظيفة القضاء الحمائية؛ أي وظيفة ضمان احترام الحقوق الأساسية.

أ- يمكن الوصول إلى هذه النتيجة بالخضوع للمبدأ العام الذي يشير إلى أنه: «عند تفسير قواعد الحقوق الأساسية، ينبغي أن يتم تفضيل ذلك التفسير الذي يسمح بتطوير قوة أثر الحق الأساسي المضمون» (انظر الحكم رقم 51/97 [ص. 110] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويجب التأكيد على أن التأخير، في حالة معينة، ينطوي على خطر لفعالية الإجراء، ويؤشر على وجود تقليص ضخم لحماية الحق الأساسي المتضمن في الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي.

إذا أصدرت الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم الأمر بالتحقيق، فعندئذ يضمن أي نوع من أنواع الرقابة الوقائية من طرف جهاز محايد ومستقل. وكبدأ عام، سيكون في حالات إصدار مذكرة التحقيق القضائية تحليل من طرف الشرطة لتحديد ما إذا تم الاستجابة للمتطلبات اللازمة للقيام بالإجراء بعد ذلك من طرف النيابة العامة - التي يوكل إليها وفقاً لأحكام العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 162 من قانون المسطرة الجنائية مطالبة المحكمة الابتدائية بإصدار مذكرة تفتيش - وفي نهاية المطاف، فإن قاضي التحقيق هو الذي يقوم بتفحص ما إذا تمت الاستجابة للمتطلبات الضرورية للأمر باتخاذ التدابير اللازمة.

بالمقابل، عند اعتبار أن التأخير ينطوي على خطر لفعالية الإجراء، فإن الرقابة تقتصر على التحقيق الذي قامت به الشرطة، وفي أحسن الأحوال، على التحقيق الذي تقوم به النيابة أيضاً. غير أنه لا يحق لا للشرطة ولا للنيابة أن تكونا محايدتين؛ فعليهما معاً القيام بمهمة استجلاء الأحداث عند الاشتباه في ارتكاب جريمة (العدد 1 من الفقرة 1 و 2 من المادة 160 والفقرة 1 من المادة 163 من قانون الاجراءات الجنائية) ولا يُنتظر منهما العمل بحياد صارم عكس القاضي الذي يُفرض عليه ذلك.

بالإضافة إلى ذلك، عند إجراء تفتيش في حالات ينطوي فيها التأخير على خطر على فعالية الإجراء، يتلاشى التأثير الوقائي والمقيد للأمر القضائي بالتحقيق - التي يجب إصدارها كتابة كالمعتاد (انظر الحكم رقم 20/162 [ص. 227] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) - وتقتصر على هذا النحو الرقابة التي قد يمارسها قاض محايد ومستقل على المهمة القمعية، التي لا يمكن فيها أن يتراجع عن الانتهاك عند وقوعه.

ب-ب) يجب أن ينظر أيضا بالتأكيد عند تقييم افتراض أن التأخير ينطوي على خطر لفعالية الإجراء، في الأهداف المنشودة من طرف الدستور وينظر المشرع عند إقرار صلاحيات استثنائية لحالات الطوارئ. وتفسح هذه الصلاحية المجال للأجهزة غير القضائية لإصدار الأمر بالتحقيق، عند وجود تهديد بفقدان وسائل الإثبات أو إتلافها.

ويجب بالتالي وفي جميع الحالات التي يُعْرَضُ فيها إجراء الأمر القضائي المسبق نجاح التدبير للخطر، أن يتم العمل على تحقيق متطلبات الفقرة 2 من المادة 13 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 51/97 [ص. 111] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويكون في إطار الإجراءات الجنائية، عندما يتعلق الأمر بعمليات التحقيق الموجهة للحصول على وسائل الإثبات وفقا للمادة 102، البديل الثاني، المادة 103، العدد 1، البديل الثاني من قانون الإجراءات الجنائية، التي تهدف من خلال الصلاحية الاستثنائية في حالات الطوارئ أن تمكن الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم لتفادي إتلاف أو اختفاء تلك الوسائل.

ويتوافق ما سبق من الضرورة الدستورية مع دولة القانون لضمان إدارة منظمة للعدالة، التي يجب عليها أن تضمن بشكل مستمر حقوق المتهمين، في الوقت الذي تشمل متابعة فعالة للجرائم (انظر الحكم رقم 77/65 [ص. 76] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب بالتالي على الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم أن تحدد ما إذا كان هناك - على أساس الظروف المعينة للقضية الخاصة - تهديد حقيقي باختفاء أدلة، وعليه يجب أن تتخذ التدابير الضرورية للتصدي للتهديد المذكور في الوقت المناسب.

ب) يوحي مفهوم الصلاحيات الاستثنائية لحالات الطوارئ للأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم، بأن على هذه الأجهزة نفسها أن تُحدد ما إذا تمت الاستجابة لمتطلبات الصلاحيات المنوطة بها. وهذا أمر لا بد منه - امتثالاً لنفس طبيعة الأشياء - عندما ينطوي التأخير على خطر. لفعالية الإجراء، غير أن هذا يستلزم اتخاذ سلسلة من التدابير ذات الطابع المادي والقانوني تعمل على أن يكون الاختصاص العادي للقاضي - القائم على أساس دستوري - مضمونا باستمرار في الممارسة العملية.

أ-أ) يجب بصفة عامة على كل من الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم وقضاة التحقيق ومنظمة المحاكم أن يعملوا قدر المستطاع على ضمان - رغم كمية القضايا التي يتوجب عليهم النظر فيها يوما بعد يوم - «تقاسم الأعباء» المنصوص عليه في الدستور (انظر الحكم رقم 95/1 [ص. 15] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، بمعنى أن يُحترم الاختصاص العادي للقاضي.

ب) لا يكفي بصفة خاصة مجرد التكهّنات والاعتبارات الافتراضية والفرضيات المبنية حصريا على التجربة اليومية في علم الإجرام بغض النظر عن القضية المعينة، أن يتم النظر بأن التأخير

ينطوي على خطر. لفعالية الإجراء ويجب أن يوجد أساس يستند إلى أحداث واقعية تتعلق بالقضية المعنية. كما لا يكفي مجرد احتمال ضياع أو تلف الأدلة.

ولا يمكن من الناحية القانونية أن يعتبر التأخير الذي ينطوي على خطر فعالية الإجراء عندما تكون الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم نفسها هي التي أدت إلى بروز الافتراضات الوقائية للتأخير. ولا يمكن للأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم أن تؤخر الطلب على قاضي التحقيق، بحيث يجري تحديث خطر ضياع أو إتلاف الأدلة من أجل تجنب الاختصاص العادي للقاضي المنصوص عليه دستوريا.

ويبقى بالتأكيد لأجهزة الشرطة مجال لاختيار مرحلة البحث على أساس اعتبارات ذات طابع تكتيكي وإجرامي، لكن لا يسمح لها هذا بتجنب الاختصاص العادي للقاضي (كلاينكيشيت/ مايركوبنير، قانون تسيير الممتلكات، الطبعة 44، 1999، المادة 161، الفقرة الفرعية 7 والمادة 163، الفقرة الفرعية 47).

ويجب على الأجهزة المكلفة بمتابعة الجرائم، كقاعدة عامة، أن تحاول الحصول على الأمر بالتحقيق من القاضي (مع مراعاة كل من الاختصاص بسبب الجهاز وأيضا الاختصاص الموضوعي) قبل الشروع في أي إجراء. ولا يمكن لهذه الأجهزة أن تصدر أمرا بالتحقيق دون التوجه مسبقا إلى القاضي إلا في حالات استثنائية - عندما ينطوي التأخير الناشئ عن الطلب يُعرض فعالية عملية التحقيق للخطر -. ولا يمكن أن يؤسس تحديد ما إذا كان التأخير ينطوي على خطر لفعالية الإجراء، إلا على الاعتبار المجرد الذي لم يتم الحصول عليه من خلال الأمر بالتحقيق في لحظة معينة، أو لا يمكن عادة الحصول عليه قبل أجل محدد. ويرتبط ما سبق ذكره بواجب المحاكم - الذي صدر به أمر دستوري - إزاء ضمان استعداد قاضي التحقيق في أي لحظة، وهذا يستدعي أيضا، إذا لزم الأمر، انشاء مرافق من أجل الحالات الملحة أو حالات الطوارئ [...] ]

## الحكم 123

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 109/279

#### يتعلق بالمراقبة الصوتية للمسكن الخاص

1. تتوافق الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي في نسخة من مرسوم القانون المتعلق بتعديل المادة 13 من القانون الأساسي بتاريخ 26 مارس 1998 مع الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي.

2. لم تنتهك حرمة كرامة الانسان وفقا لأحكام الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، التي تشمل الاعتراف بفضاء كحيز لتطوير الحياة الخاصة والمحمية بشكل مطلق. فلا يمكن

أن تقتحم المراقبة الصوتية للمسكن الخاص من أجل متابعة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي هنا في مجال الحماية. ولا ينبغي في هذا الصدد أن يتم القيام بموازنة الحقوق - على أساس مبدأ التناسب - بين حرمة المسكن المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 13 مقارنة مع الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، ومصصلحة الدولة في متابعة الجرائم.

3. لا تمس كل مراقبة صوتية للمسكن الخاص حيز الكرامة الإنسانية المقررة في الضمانات المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 13 من القانون الأساسي.

4. يجب أن يتضمن القانون الذي يرخص بالمراقبة الصوتية للمسكن الخاص إجراءات لضمان حرمة الكرامة الإنسانية، ويجب في نفس الوقت أن يحترم الافتراضات الوقائية اللازمة بموجب الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي، وأيضاً الاستجابة لباقي المعايير الدستورية.

5. إذا أدى الترخيص بإجراء مراقبة المسكن الخاص في نفس الوقت إلى جمع المعلومات التي تنتمي إلى المجال - المحمي تماماً - الذي تجري بداخله الحياة الخاصة، فيجب في هذه الحالة أن توقف المراقبة على الفور وتمحى المعلومات التي تم جمعها، ويمنع منعاً كاملاً أن تستعمل المعلومات المذكورة بأي شكل من الأشكال.

6. لا تستجيب أحكام قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بالمراقبة الصوتية لأماكن السكن من أجل متابعة الجرائم بالمعايير القانونية والدستورية بشكل تام، ولم تأخذ بعين الاعتبار ضرورة حماية الكرامة الإنسانية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، ومبدأ التناسب المفروض من طرف دولة القانون، وضمانات توفير الحماية القانونية الفعالة المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، وضمن الجلسة العلنية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 103 من القانون الأساسي).

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 30 مارس 2004 يتعلق بطعني الحماية رقم 237/989 ورقم 1084/99**

الأسس

أ

تم توجيه طعون الحماية مباشرة ضد الفقرتين 3 و6 من المادة 13 من القانون الأساسي وأيضاً ضد بعض أحكام قانون المسطرة الجنائية التي يرخص بواسطتها القيام بالمراقبة الصوتية بهدف متابعة الجرائم [...]

أ) يمكن للمشتكين في كلا المسطرتين المجمعتين أن يستعملوا مباشرة طعن الحماية في الأحكام التشريعية المطروحة [...]

ويمكن استثنائياً أن يوجه طعن الحماية مباشرة ضد القوانين غير المتجانسة، عندما يكون لا يمكن للمشتكي أن يلجا إلى الإجراء العادي، أو تكون المسطرة القضائية غير موجودة (انظر الحكم رقم 67/157 [ص. 170] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) أو لم يكن يعلم بالإجراء (انظر الحكم رقم 100/313 [ص. 354] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويمكن للفرد في هذه الحالات أن يلجأ فوراً إلى طعن الحماية ضد هذا القانون، ويمكن أن يقع نفس الشيء في الحالات التي يتم فيها التدخل في الحقوق الأساسية دونما حاجة إلى تنفيذ، بمعنى أن التدخل يأتي من جهة القانون نفسه (انظر الحكم رقم 30/1 [ص. 16] والتي تليها) ورقم 67/157 [ص. 169] والتي تليها) ورقم 100/313 [ص. 354] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

## ت

تعتبر طعون الحماية مؤسسة في هذا الإجراء. وتتوفر فيها الشروط المطلوبة في التعديل الدستوري الذي تم التنصيص عليه في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي، وتتوفر على الشروط المطلوبة بموجب المادة 79 من القانون الأساسي. ولا تتوافق، بالمقابل، أحكام قانون المسطرة الجنائية المطعون فيها اطلاقاً مع القانون الأساسي.

## أولاً

تعتبر الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي التي أدخلها التعديل الدستوري مطابقة للدستور [...]

للتعديل، فقد وفى المشرع الدستوري («السلطة التأسيسية الدائمة») أيضاً بالمعايير ذات الطابع الموضوعي اللازمة بموجب الدستور المتعلقة بالتعديلات الدستورية.

أ) تمنع الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي إجراء تعديلات على الدستور قد تمس بالمبادئ المشار إليها في المادتين 1 و20 من القانون الأساسي. ومن بين هذه المبادئ نجد: ضرورة احترام وحماية الكرامة الإنسانية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي والاعتراف من قبل الشعب الألماني بحقوق السلام والعدل غير القابلة للانتهاك، أو التصرف، ويعتبر الإنسان كأساس لكافة المجتمعات الإنسانية (الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون الأساسي).

وتحيل الفقرة 3 من المادة 1 من القانون الأساسي بدورها إلى «الحقوق الأساسية المنصوص عليها أدناه»، ويخضع ذلك، ضمان هذه الحقوق، مبدئياً، إلى قيود من طرف المشرع، بحيث يصبح الحفاظ عليها أمراً أساسياً لاغنى عنه لضمان النظام المنصوص عليه في منطوق الفقرتين 1 و2 من المادة 1 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 84/90 [ص. 121] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويجب، بنفس الطريقة، أن تُحترم العناصر الأساسية اللازمة في إطار مبدأى دولة القانون، والدولة الاجتماعية المنصوص عليهما في الفقرتين 1 و3 من المادة 20 من القانون الأساسي.

وتأتي الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي كقاعدة استثنائية، ويجب أن تفسر تفسيراً دقيقاً. لأنها لا تمنع المشرع الدستوري أن يُعَدِّل، تبعاً لأسباب مناسبة، الشكل الذي تم الإعراب به عن هذه المبادئ في القانون الوضعي (انظر الحكم رقم 84/90 [ص. 120] والتي تليها) ورقم 94/49 [ص. 102] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

يجب على المحكمة الدستورية الفيدرالية أن تحترم صلاحيات المشرع الدستوري المتعلقة بتعديل الحقوق الأساسية، أو تقييدها أو حتى إلغائها، شريطة ألا تنتهك المبادئ المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة العشرين من القانون الأساسي.

ولا يمنع مبدئياً أيضاً على المشرع الدستوري - للأسباب المنصوص عليها - أن يعدل الشكل الذي تم الإعراب به عن هذه المبادئ من طرف القانون الوضعي (انظر الحكم رقم 94/49 [ص. 103] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية). ويجب عن طريق التفسير القانوني أن يُحدَّد بطريقة مستقلة - في إطار كل حق أساسي على حدة - أي جزء معين من الحق الأساسي المضمون بموجب الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

لا تقاس التعديلات الدستورية على ضوء «ضمان المضمون الجوهرى [للحقوق الأساسية] المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 19 من القانون الأساسي. ويقيد هذا الضمان حرية المشرع بصفة عامة وليس المشرع الدستوري. ويمكن أن يعتبر بالتأكيد تقييد المضمون الجوهرى لحق أساسي، المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 19 من القانون الأساسي - في قضية معينة - تدخلًا في نفس الوقت في «المضمون الجوهرى لحماية الكرامة الإنسانية للحق الأساسي المعنى» المضمون بموجب الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي.

ولا يجب مع ذلك أن يمزج بين «المضمون الجوهرى لحق أساسي» و«المضمون الجوهرى لحماية الكرامة الإنسانية كحق أساسي». فلا يمكن أن تعتبر إمكانية النقاء كلا الضمانين في كل حالة عائقاً، للإشارة إلى أن التعديل الدستوري الذي يقيد بموجبه حق أساسي، والذي يجب أن يحل

حصريا على ضوء «المحتوى الجوهرى لحماية الكرامة الإنسانية» الذي هو حق أساسي منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي.

ب) تتوافق الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي، مع ضمان حماية الكرامة الإنسانية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويجب أن يتحقق معيار الكرامة الإنسانية على ضوء الظروف المعينة التي يمكن أن يثار فيها نزاع. ولا تخل المراقبة الصوتية للمسكن الخاص بهدف متابعة الجرائم بشكل عام، بالمحتوى الجوهرى لحماية الكرامة الإنسانية المضمون بموجب الفقرة 1 من المادة 13 من القانون الأساسي والفقرة 1 من المادة 2 بالمقارنة مع الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي.

غير أنه يمكن للشكل والنحو الذي تتم به المراقبة الصوتية للمسكن الخاص، أن يؤدي إلى وضع قد تُجرَح فيه الكرامة الإنسانية. وتشير على نحو صريح الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي إلى إجراءات قانونية يجب اتخاذها للحيلولة دون ارتكاب الانتهاكات. وتُضاف إلى هذا أحكام قانونية أخرى - يتم الحصول عليها عن طريق التفسير - المنصوص عليها في الدستور.

لا تنتهك الصلاحيات التي يخولها الدستور [للمشرع] في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي من أجل إدراج المراقبة الصوتية للمسكن الخاص وفقا للفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي، ذلك أن القواعد التنظيمية التي يجب أن يتبناها المشرع بالضرورة يمكن بل ويجب أن تضمن سلامة الكرامة الإنسانية في كل حالة على حدة. وتشمل الصلاحيات التي تُخولها الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي بشكل حصري صلاحية إصدار لوائح تنظيمية قد تضمن هذه المعايير.

فالكرامة الإنسانية لا تُجرَح بمجرد أن يصبح الشخص مُستهدفاً بإجراءات تهدف إلى متابعة الجرائم، وبالمقابل إذا شكك نوع الإجراء المتخذ بطريقة أساسية في «موضوع التحقيق» للشخص المتضرر. ويصدق هذا في حالة ما إذا تجاهلت المعاملة التي تقوم بها السلطات العمومية «القيمة» التي يستحقها كل شخص بمجرد أنه إنسان. ولا يمكن أن تتخذ تلك الإجراءات سواء من أجل فعالية إدارة العدل، أو تقصي حقيقة الأحداث.

ومن حق الفرد أن تُحترم كرامته الإنسانية بصفة مطلقة، ولهذا فإجراءات التحقيق التي تتخذها الدولة سرا لا تنطوي في حد ذاتها على انتهاك لهذا الحق. وأن التحقيق مع الشخص حتماً انتقاص من قيمته كإنسان. غير أن هناك حيزاً لا يمكن أن تنتهك حرمة، وهو المجال الذي يمارس فيها الشخص حياته الخاصة، وهو مجال يجب أن يحترم من قِبَل الدولة عند القيام بإجراءات المراقبة (بشأن هذا الضمان أنظر الحكم رقم 6/32 [ص. 41] ورقم 27/1 [ص. 6]



ورقم 32/373 [ص. 378 والتي تليها] ورقم 34/238 [ص. 245] ورقم 80/367 [ص. 373] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

إذا قامت الدولة بأي نوع من التدخلات داخل هذا الحيز، فإنها ستتمس بذلك الحرية المخولة لكل شخص في ممارسة أنشطته دون قيد، وخاصة عندما يتعلق الأمر بشؤون خاصة للغاية. فلا يمكن حتى المصلحة الرئيسية للمجتمع أن تبرر التدخل في نطاق شخصية الفرد المحمية بشكل مطلق (انظر الحكم رقم 48/238 [ص. 245] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

(2) تتجسد أيضا حماية الكرامة الإنسانية في الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 13. ويكون لحرمة المسكن علاقة وطيدة بالكرامة الإنسانية، وترتبط في نفس الوقت ارتباطا وثيقا بأوامر قانونية ودستورية تنص على ضرورة احترام مجال المواطن الذي يمكن أن يمارس في نطاقه حرية الخاصة. كما يجب أن يضمن حق الفرد - بصفة خاصة داخل مسكنه الخاص - في عدم إزعاجه (انظر الحكم رقم 75/318 [ص. 328] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية)، أنظر أيضا الحكم رقم 51/97 [ص. 110] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية).

ويشمل تطوير الشخصية في نطاق تشكيل الحياة الخاصة، إمكانية التعبير عنها دون قيد في العمليات الداخلية - على سبيل المثال المشاعر والأحاسيس وأيضاً الأفكار، ووجهات النظر والتجارب ذات الطابع الخصوصي جدا - بدون خوف من المراقبة من طرف الأجهزة الحكومية. ويشمل الحماية أيضا الكشف عن المشاعر والتجارب من اللاوعي وأيضاً أشكال التعبير عن النشاط الجنسي.

وتفترض إمكانية تطوير الشخصية المناسبة مسبقاً أن يكون الفرد يمتلك فضاء حراً ومناسباً لهذا الغرض. كما أن المكاملة السرية تتطلب ركيزة «مجالية»، على الأقل في تلك الحالات التي يمنح فيها النظام القانوني حماية مجالية - من أجل تنمية الحياة الخاصة - ويثق المواطنون في هذه الحماية. ويكون الأمر أيضاً، على العموم، داخل المسكن الخاص الذي قد يظل مغلقاً إزاء تطفل الآخرين.

إذا كان الفرد يملك مجالاً من هذا النوع، فيمكنه حينئذ «أن يمارس حرية بدون قيد» ويتصرف على أساس معايير الخاصة. فالمسكن الخاص يمثل «الملجأ الأخير» للكرامة الإنسانية. وأنه لا يقتضي حماية مطلقة لكافة أماكن المسكن الخاص، ولكن يجب أن يحترم السلوك الذي يجري داخل الأماكن المذكورة بشكل مطلق بالقدر الذي يشكل ذلك السلوك تطويراً للحياة في حد ذاتها.

(3) لا يمكن أن تضاف صفة النسبية على هذه الحماية عن طريق ترجيح مصالح الدولة في متابعة الجرائم، تبعاً لمعايير مبدأ التناسب (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 34/238 [ص. 245]) (انظر أيضاً أحكام المحكمة الدستورية رقم 75/369 [ص. 380] ورقم 93/266 [ص. 293]).

وبالتأكيد، ستكون هناك دوما حالات الجرائم الجسيمة، بالإضافة إلى حالات الاشتباه المنوطة بها، وفعالية إدارة العدالة الجنائية التي قد تبدو أكثر أهمية من حماية الكرامة الإنسانية للمتهم. غير أنه يمنع على الدولة أن تقوم بأي تقييم من هذا النوع بناء على الفقرة الأولى من المادة 1 والفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي.

ب-ب) تنتهك المراقبة الصوتية للسكن، التي تهدف إلى متابعة الجرائم، الكرامة الإنسانية عندما لا تحترم المجال الذي يتعلق بالحياة الخاصة.

ويجب لتحديد ما إذا كان ضروريا إيلاء سلوك معين أهمية في إطار هذا المجال المحمي كاملا، أن يعيد النظر في كون محتواه يكتسي طابعا خاصا، وأيضا الطريقة والشدة التي يؤثر بها السلوك المذكور في مجال الآخرين أو في شؤون المجتمع (انظر الحكم رقم 80/67 [ص. 374] من أحكام المحكمة الدستورية). ولهذا تكون خصائص القضية المعنية حاسمة (انظر الحكم رقم 34/238 [ص. 248] ورقم 80/367 [ص. 374] من أحكام المحكمة الدستورية).

وأصبح لهذه القضية وجود أوضاع يتأثر فيها المجال المعنوي لمجال الحياة الخاصة، على أساس دلائل ملموسة، أو عندما يتعلق الأمر بالأوضاع التي عادة ما تنتمي إلى المجال الخاص، دون أن تظهر عناصر موضوعية في القضية المعنية تؤدي إلى الحكم بخلاف ذلك. ويطبق هذا على سبيل المثال، عندما يتعلق الأمر بمظهر من مظاهر المشاعر الحميمة أو بشكل من أشكال التعبير عن النشاط الجنسي.

ت-ت) إن التفويض المشار إليه في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي الذي يرخص للمشرع أن ينظم المراقبة الصوتية للسكن الخاص لا ينتهك الفقرة 3 من المادة 79 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. إذن الشيء الوحيد الذي يقوم به هو الترخيص بإصدار القوانين والإجراءات التي تستند إلى هذه الأخيرة التي تمثل للمعايير الدستورية [...]

وقد حدد المشرع الدستوري تدابير أمنية - عن طريق قواعد المسطرة الجنائية - من أجل ضمان الامتثال للأحكام الدستورية عند صدور أمر قضائي لتدبير المراقبة. وهكذا نص المشرع الدستوري على أن هذا التدبير يجب أن يكون مفروضا من طرف محكمة جماعية مكونة من ثلاثة أفراد، ويجب أن يحدد هذا التدبير بزمن معين [...]

ج) يجب أن تفسر الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي تفسيراً يجب على التنظيم التشريعي للمراقبة الصوتية للسكن الخاص، أن يستبعد جمع المعلومات عند تأثير التحقيقات على مجال تطوير الحياة الخاصة المحمية بالفقرة 1 من المادة 13 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 والفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي.

ج-أ) يصبح بالتالي ضروريا أن يتم اعتماد قواعد قانونية تضمن - امتثالا لمبادئ التوضيح المعيارية - عدم المساس بأي شكل أو نوع تدابير المراقبة بالكرامة الإنسانية.

(3) يمنع على السلطات، من أجل تفادي التدخل في مجال تطوير الخصوصية، أن تنتصت على المحادثات الخاصة التي يجريها الشخص داخل مسكنه الخاص، سواء كان الشخص وحده أو رفقة أشخاص آخرين تربطه بهم علاقة ثقة خاصة - ينتمون إلى حيز محمي تماما -، قد يكون أفراد الأسرة، أو أقرباء عند انعدام أدلة معينة على كون المحادثات المزمع إجراؤها - استنادا إلى مضمونها - لها ارتباط أو علاقة مباشرة مع ارتكاب جريمة. وحتى في الحالة التي تكون فيها المحادثات التي يجريها في مسكنه الخاص مع أقرب الأشخاص إليه، لا تمتُّ في حد ذاتها بأي صلة بمجال تطوير الحياة الخاصة، ومع ذلك توجد قرينة في هذا السياق ترمي إلى تحقيق حماية فعالة للكرامة الإنسانية. وتكون هكذا تدابير المراقبة الصوتية مستبعدة عند وجود احتمال بأن تشمل محادثات تنتمي إلى مجال محمي تماما [...]

(5) يجب أن تقتصر المراقبة الصوتية للمسكن الخاص - وحتى عندما يُسمح بها بشكل أساسي - حصريا على محادثات وحالات يحتمل أن يكون محتواها وثيق الصلة بالموضوع، وفي إطار إجراء جنائي. يجب على السلطة عند الاقتضاء أن تتأكد - عن طريق تحقيقات مسبقة تؤمِّن حماية مجال تطوير الخصوصية - من أن المراقبة الصوتية ستظل مقتصرة حصريا على عمليات وأحداث، تكون لها صلة بالموضوع من الناحية المسطرية. فمثلا، لا يُسمح بتدخلات في مجال تطوير الحياة الخاصة من أجل تحديد ما إذا كانت المعلومات لا توجد ضمن هذا المجال.

ولا يمكن بالتالي بصفة عامة أن يسمح بمراقبة صوتية ذات طابع «شامل» - فيما يتعلق بالزمن والمكان - نظرا لاحتمال أن تشمل المحادثات المعلومات ذات الطابع الشخصي بشكل كبير جدا.

ج-ب) تنتهك الكرامة الإنسانية أيضا عندما تمتد المراقبة لفترة زمنية طويلة، وتكون أكثر شمولاً لدرجة أنها تقيد - بدون ثغرات تقريبا - جميع الحركات وكافة مظاهر حياة المتضرر، الشيء الذي قد يؤدي إلى خلق «ملف شخصي» للمتضرر (بشأن هذا الخطر، أنظر الحكم رقم 1/65 [ص. 42 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية) [...]

يمكن على هذا النحو أن تنطوي الحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي على إمكانية استغناء السلطات - عند مراقبتها لمسكن خاص - عن استعمال آليات أوتوماتيكية للتسجيل، التي تمكنها من إيقاف التسجيل في أي لحظة.

في إطار تدبير المراقبة الصوتية، وفي حالة وجود وضع ينبغي أن يُنسب إلى مجال تطوير الحياة الخاصة غير القابلة للانتهاك، يجب أن يتوقف تدبير المراقبة فوراً. ويجب أيضاً أن تتلف التسجيلات التي تم الحصول عليها. ويمنع على طرف ثالث أن يسرب، أو يستعمل المعلومات المحصل عليها [...]

## ثانياً

ترخيص المشرع بناء على الفقرة 1 رقم 3 من المادة 100 (ت) و2 و3 من قانون تسيير الممتلكات التي، باتخاذ تدابير المراقبة الصوتية للمسكن الخاص وأيضاً بتنظيم المنع المفروض على جمع وتقييم الأدلة المتضمنة في الفقرة 3 من المادة 100 (ج) من قانون تسيير الممتلكات، لا يمثل تماماً للمعايير القانونية والدستورية المنصوص عليها في الفقرتين 1 والثالثة من المادة 13 من القانون الأساسي، وسعى بذلك إلى حماية مجال تطوير الحياة الخاصة غير القابل للانتهاك وضبط دليل (كتالوج) الجرائم، وأخذ مبدأ التناسب بعين الاعتبار. لكن مع ذلك لا تتطابق تلك الأحكام إلا جزئياً مع القانون الأساسي [...]

ويقضي الدستور - من أجل حماية مجال تطوير الحياة الخاصة - باعتماد شتى أنواع المنع المتعلق بتدابير حماية وجمع الأدلة، ولم يقرر المشرع تلك التدابير بالشكل الكافي [...]

ولم يتم أيضاً في الفقرة 3 من المادة 100 (ج) من قانون تسيير الممتلكات اعتماد التدابير الكافية بهدف ضمان إيقاف المراقبة على الفور، في حالة ما إذا نشأ بطريقة غير متوقعة وضع ينبغي أن يُنسب إلى مجال تطوير الحياة الخاصة غير القابل للانتهاك. ولهذا تعتبر مواصلة التدابير المتخذة في تلك الحالات مخالفة للقانون.

د) ينقص هناك بنفس الطريقة التنظيم الكافي لضمان استبعاد الأدلة (والتي لم يتم استعمالها في العملية) للحصول على معلومات بشأن انتهاك مجال تطوير الحياة الخاصة، ويتم في تلك الحالات محو المعلومات المحصل عليها [...]

د-أ) عندما تتعلق المراقبة الصوتية للمسكن الخاص بمسائل توجد خارج مجال تطوير الحياة الخاصة، تقتضي حينئذ دستورية تلك التدابير أن يُحترم مبدأ التناسب المُجسّد جزئياً بالتحديد في الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي.

وبالطبع، فالأحكام تتوخى تحقيق أغراض قانونية (أ-أ) تتعلق بملاءمة بلوغ تلك الأهداف (د-أ) وضرورية (د-ب). غير أن الفقرة 3 من المادة 13 من القانون الأساسي تقيد استعمال تدابير المراقبة الصوتية للمسكن الخاص بالجرائم الجسيمة بشكل خاص ولكن الفقرة 1 رقم ثلاثة من

المادة 100 (ت) من قانون تسيير الممتلكات لا تأخذ بعين الاعتبار هذا التقييد إلا بشكل جزئي (ج-أ) [...] ]

#### رابعاً

يتوافق التنظيم الذي اعتمده المادة 101 من قانون تسيير الممتلكات لتدابير المراقبة الصوتية للمسكن الخاص المتعلقة بوجود إخطار الأشخاص المعنيين، جزئياً مع الفقرة 4 من المادة 19 والفقرة 1 من المادة الثالثة بعد 100 من القانون الأساسي [...]

#### أربعة عشر : الملكية الخاصة ونزعها للمنفعة العامة

##### الحكم 124

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 348/38

#### يتعلق بتخصيص المسكن لأغراض متعددة

تنص المادة 14 القانون الأساسي في:

**الفقرة 1 :** تضمن الملكية وحق الإرث، وفقاً للمضمون والحدود التي يحددها القانون.

**الفقرة 2 :** ينشئ حق الملكية التزاماً، يجب أن يكون استعمالها في نفس الوقت يخدم المصلحة العامة.

**الفقرة 3 :** لا تنتزع الملكية إلا للمصلحة العامة، وبواسطة قانون، أو بمقتضى قانون يحدد نوع ومقدار التعويضات، ويحدد التعويض بشكل يوازي بين المصلحة العامة ومصلحة المعني، وتقدم الدعوى القضائية أمام المحاكم العادية في حالة النزاع عن مقدار التعويض.

#### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 4 فبراير 1975 يتعلق بطعن الحماية رقم 74/5

[...] في الدعوى المتعلقة بالفحص الدستوري للعدد 1 من الفقرة 1 من المادة 6 والمادة 2 من القانون التعديلي من قانون الإيجار وتحديد ارتفاع قيمة الإيجار والاستئجار، وأيضاً قانون تنظيم الخدمات المعمارية والهندسية بتاريخ 4 نونبر 1971 - تم عرض دواعي ومشروع حكم المحكمة العليا لفرانك فورت أم ماين بتاريخ 21 يناير 1974.

## منطوق القرار

توافق العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 6 والمادة 2 من القانون التعديلي لقانون الإيجار وتحديد ارتفاع قيمة الإيجار والاستئجار، وأيضاً مع قانون تقديم الخدمات الهندسية والمعمارية بتاريخ 4 نونبر 1971 (الجريدة الرسمية، العدد الأول، صفحة 175) مع القانون الأساسي. تُعتمد هذه الأحكام بالصيغة التالية:

المادة 6 : منع استعمال المسكن لأغراض مختلفة:

### الفقرة 1

(1) يرخص للحكومات الفيدرالية أن تقرر بواسطة مراسيم، في المقاطعات التي تشكل فيها إمكانية توفير السكن الكافي للسكان في ظروف ملائمة، إذا ما اقتضى الترخيص الذي تمنحه السلطة الفيدرالية من أجل تخصيص المساكن لغرض آخر في إطار الغرض من السكن وفقاً لما هو منصوص عليه في العدد 1، ويجب أن ينظر أيضاً إلى أن المسكن بأنه يستعمل لغرض دائم، أي لاستضافة أجنب، بصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بالإيجار والاستئجار التجاري لغرف أو لموامة أماكن للمبيت. ولا يقتضي الأمر الترخيص لتحويل غرفة النوم إلى غرفة فرعية أو إلى حمام [...]

يستجيب العدد 1 من الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 1 من المادة 6 من القانون التنظيمي للخدمات المعمارية والهندسية لمبدأ مشروعية الإدارة المتفرع عن مبدأ دولة الحق والقانون (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 6/32 [ص. 43]).

عندما يقرر المشرع الفيدرالي [...] المنع القمعي المشروط بالمرونة مع مراعاة إمكانية دخول المنع المبرر من الناحية المادية - في قضية فردية - في نزاع بين مبدأي التناسب، ويمنع الإفراط في القواعد التنظيمية التي تنشأ عنها المبادئ التوجيهية لكافة تصرفات دولة القانون (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 35/282 [ص. 400 والتي تليها]). ولا تفرض بالتالي المادة 6 من القانون التنظيمي للخدمات المعمارية والهندسية حماية كل منزل على حدة وكل سعر، بل تترك المجال مفتوحاً أمام الإدارة لتطبيق مبدأ التناسب من خلال منح الترخيص.

ولا يخالف العدد 1 من الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 1 من المادة 6 من القانون التنظيمي للخدمات المعمارية والهندسية المادة 100 من القانون الأساسي.

ويخول العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي للمشرع وظيفة تحديد محتوى وحدود حق الملكية والقيام بمهمة تطوير النموذج الاجتماعي الذي تنشأ عناصره القانونية والاعتراف من جهة، بالملكية الخاصة بموجب الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي،

(انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 37/132 [ص. 149] مع مزيد من التفاصيل). ويشمل المضمون الدستوري للملكية الخاصة صلاحية التصرف في محل الملكية (انظر الحكم رقم 26/215 [ص. 222] من أحكام المحكمة الدستورية).

يُخلّ المنع القمعي الذي يتيح إمكانية التخفيف لتغيير الغرض من المسكن بصلاحية التصرف المذكورة. غير أن هذا الترخيص يبرر من خلال السلطة التنظيمية للمشرع وفقا للفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي، من أجل فرض هذا المنع، كما هو منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 1 من المادة 6 من القانون التنظيمي للخدمات المعمارية والهندسية.

يشمل المطلب الدستوري لاستعمال الملكية الخاصة لفائدة المصلحة العامة (الفقرة 2 من المادة 100 من القانون الأساسي) القاعدة الدستورية الأمرة التي تعطي الاعتبار لمصلحة المواطنين الذين يحتاجون إلى استعمال محل الملكية المعنية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 37/132 [ص. 140]).

ويستند هذا التضمن إلى التوزيع الاجتماعي وإلى الوظيفة الاجتماعية الخاصة، ولأهداف الملكية الخاصة. ولا يوجد في متناول فئات عريضة من السكان، بصفة خاصة في المدن، إمكانية لاقتناء مسكن بإمكانياتهم الخاصة، وبالتالي لا غنى عن استئجار منزل.

ويساعد نطاق الخدمات الكافية الموجهة للسكان في مجال السكن في ظروف ملائمة، وبشكل مباشر للفرد وعائلته أن يحصلوا على السكن الذي لاغنى عنه. وإذا تعرض نطاق هذه الخدمات للتهديد، كما فرضت المادة 6 من القانون التنظيمي للخدمات المعمارية والهندسية، عندما نصت على إقرار إمكانية تدخل السلطة الإدارية المكلفة بالتنظيم في تقديم المساعدات في مجال السكن، وهذا يعني إذن أن عددا كبيرا من الأشخاص سيحصلون على سكن.

ويُعزّز التوزيع الاجتماعي المرتبط بالسكن بصورة ملحوظة. ويهدف هذا الوضع إلى التدبير المناسب والموجه لفائدة المصلحة العامة، وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي إلى بلوغ الغرض من السكن القائم، نظرا لأن تغيير الغرض من السكن ممنوع قانونيا، ويجب في جميع الأحوال - كما هو الحال هنا - أن تحمي مصلحة صاحب المسكن الجديرة بالحماية.

يحتفظ مالك المسكن بالعائد من عقد الإيجار وتكاليف الإيجار أو القيمة العادية للإيجار في المكان المعني (انظر في هذا الخصوص الحكم رقم 37/132 [ص. 141] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية) كما يمكن في حالات محددة أن يرخّص له فيها وتستبعد استثناءا ومبدئيا إمكانية استخدام المرخص له فورا، وبأقصى حد ممكن أية إمكانية متأتية للحصول على أعلى مكسب عن طريق ملكيته. غير أن هذه الإمكانية لا تحمي من الناحية الدستورية في حالة السكن الذي يقوم على المساعدة الكافية من الدولة.

## الحكم 125

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 263/14 يتعلق بطاحونة الحقول

1. في ممارسة الترخيص المشتق بالعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي لتحديد محتوى وقيود الملكية، يجب على المشرع أن يحترم كل أحكام القانون الأساسي المتعلق بالملكية الخاصة، وأيضا كافة القواعد الدستورية المتبقية، خاصة منها مبدأ المساواة، والحق الأساسي في تطوير الشخصية ومبدأي الدولة الاجتماعية ودولة الحق والقانون.

2. لا تخالف بالتالي أحكام حق المساهمين في قانون الأسهم المالية القانون الأساسي نظرا لطابعها المتناقض، شريطة أن يتوفر المساهمون على إمكانيات فعالة للدفاع عن أنفسهم. وتأتي هذه الإمكانية في حالة تغيير في الأغلبية، لأنه في تلك الحالات، وحتى عند وفائها بالشروط الشكلية، لا تكون معفاة من إجراءات إعادة النظر.

## الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 7 غشت 1962

## منطوق القرار

لا تتطابق المادة 15 من القانون المتعلق بتعديل الشركات الرأسمالية ونقابات عمال المناجم مع القانون الأساسي بقدر ما تدعم تحويل الممتلكات من شركة مساهمة إلى شركة مساهمة أخرى التي توجد في حوزتها ثلاثة أرباع رأس المال<sup>64</sup>.

واعتربت المحكمة أن تحويل معظم رأس المال لا يتوافق مع الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي لأن الحق في الأسهم المالية للأقلية من حملة الأسهم - مبدئيا غير قابل للتصرف فيه - يسقط.

وتكفل المساهمات للمساهم بالإضافة إلى حقوق العضوية، الحقوق المالية في المشاركة في الأرباح، إذا رغب في الاكتتاب من جديد، بعد تسوية الاشتراكات المقررة، ويكون في هذا الإجراء هو من يحيل حق الملكية اجتماعيا. وتتمتع بحماية المادة 100 من القانون الأساسي كحق مالي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 4/7 [ص. 26]).

ورفضت المحكمة بحجة أن المادة 15 تمثل في حد ذاتها، أو تسمح بنزع الملكية وفقا لمفهوم الفقرة 3 من المادة 100 من القانون الأساسي. ويجب أن ينطلق نزع الملكية من الدولة أو من شركة منحت

64. يتجلى أثر هذا الأمر في كف مالكي الجزء الرابع المتبقي عن المشاركة في شركة ذات رأس مال متغير ويجب أن تُعوّض عن طريق تحويل الشركة.



لها الدولة صلاحيات زجرية. وعندما يمنح المشرع للجمعية العامة للمساهمين صلاحية اتخاذ القرار في تعديل الأغليات، فإنه لم يمنحها صلاحية نزع الملكية، وإنما رخص لها فقط أن تعدل علاقات القانون الخاص بين المساهمين.

ولا يشكل أيضا قرار محكمة التسجيل بتسجيل التحويل تدخلا في ملكية الأقلية من حملة الأسهم، كما أنه ليس تدبيرا ينص على هذه الحقوق، وإنما يدل ببساطة على عدم وجود أية عراقيل قانونية من أجل التسجيل.

ولا يعني تحويل الصلاحية للجمعية العامة من أجل التحويل بأنه «نزع الملكية بواسطة القانون» ذلك أن قانون التحويل في حد ذاته لا يتدخل بصفة مباشرة في الحقوق القائمة. وتحد هذه الحقوق الأخيرة من حالة التحويل من الصلاحيات بين الأقليات والأغليات في شركة مساهمة، ولا تعتبر بالتالي هذه الأحكام القانونية في حد ذاته ترخيصا لنزع الملكية.

ويكون، بالتالي، معيار فحص بعدم دستورية المادة 15 من وجهة نظر الملكية بناء على الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

وتعتبر الملكية، شأنها شأن الحرية، حقا أساسيا أوليا لدولة القانون والدولة الاجتماعية. فالملكية هي المؤسسة الشرعية الأكثر أهمية من أجل تحديد المجال المالي الخاص، ويتطلب هذا الأمر تشكيلا من خلال النظام القانوني. وينص بالتالي العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 على منح المشرع ترخيصا لتحديد مضمون ومحددات قانون الملكية، لا يبدو أن الصلاحية التنظيمية للمشرع لا تتضمن وفقا لمنطوق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 أي نوع من التقييد.

ويجب مع ذلك أن يوضح بأن كل قاعدة قانونية على حدة، من حيث المضمون والتقييد، أن تحترم ما قرره القانون الأساسي لصالح الملكية الخاصة بالمفهوم الحالي (انظر الحكم رقم 1/264 [ص. 276] ورقم 4/219 [ص. 240] من أحكام المحكمة الدستورية) وأيضا كل القواعد القانونية الدستورية التي تنسجم، خاصة مع مبدأ المساواة، ومع الحق الأساسي في حرية تطوير الشخصية، ومع مبدأي دولة القانون والدولة الاجتماعية.

الملكية المجتمعية المدرجة ضمن سوق الأسهم غير مضمونة بدون شروط في مجملها إزاء قرارات الأغليات [...]

وتكون القضية الرئيسية التي يعمل بها في تحويل الأغليات من شركة مساهمة إلى شركة أخرى مساهمة تحويلا في إطار مجموعة الأعمال التجارية. وتستخدم الشركة المساهمة السائدة تحويل الأغليات من أجل الاستحواذ على الشركة مع إقصاء الأقليات.

وكانت الآراء بخصوص السياسة الاجتماعية والاقتصادية لمجموعة الأعمال التجارية متباينة. فتمركز النفوذ الاقتصادي والمالي تنتج عنه مخاطر، لكن من جهة أخرى يُسمح بالترشيد من أجل رفع وتقييم الإنتاج، وهذا أمر مرغوب فيه وحتمي خاصة في ظل حدة المنافسة العالمية. ويعترف القانون الاقتصادي وقانون الضرائب المعمول بهما بمجموعات الأعمال التجارية دون تنظيم علاقتها القانونية بالتحديد [...]

ويأتي إلى جانب قبول مجموعات الأعمال التجارية، مبدئياً، الاعتراف بحريتها في إقامة المشاريع التجارية. ولم يعبر المشرع مع ذلك إلى حد الآن عن إعطاء الأسبقية لهذه الحرية أيضاً. وللبنية الداخلية لمجموعات الأعمال الاجتماعية، وبعبارة أكثر تدقيقاً لحق الأقلية من حملة الأسهم في جزء من الثروة المالية، والمساواة في التعامل.

وبالتالي، يتعلق الأمر بتساؤل حول ما إذا كان القانون يولي أهمية «لمصالح مجموعة الأعمال التجارية» إزاء مصالح الملكية الفردية، من منظور الشركة السائدة لمصالح الشركة الرئيسية إزاء حاملي أسهم الأقلية [...]

[...] لا يمكن أن نؤكد على أن التنظيم القانوني ينتهك القانون الأساسي؛ لأن المشرع يمكن له، لأسباب المصلحة العامة، أن ينظر في إمكانية تراجع حماية ملكية حاملي أسهم الأقلية إزاء المصلحة العامة عن طريق تطوير المشاريع في مجموعة الأعمال التجارية. ويكون هذا القرار نابعا من نظام الترجيح بين مفهوم الحقوق الأساسية المجسدة في الفقرة 1 من المادة 2 وفي الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي في إطار شركة تابعة لمجموعة الأعمال التجارية.

[...] ويتجلى الافتراض المسبق بقبول هذا التقييم التشريعي في إمكانية ضمان المصلحة المشروعة للأقليات التي يفرض عليها الانسحاب. ويفترض في هذا الإطار من جهة، أنهم يتوفرون على سبل العدالة القانونية المناسبة للدفاع عن نفسها ضد الشطط في استعمال السلطة الاقتصادية ومن جهة أخرى، يجب أن تتأكد من أنها قد تم تعويضها بشكل تام بسبب فقدان موقعها الاقتصادي. وتتوفر هذه الشروط، رغم تغيير الأغليات.

## الحكم 126

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 21/73

#### يتعلق بقانون المتاجرة بالأموال الثابتة

1. بشأن حدود صلاحية المشرع لتحديد مضمون وقيود الملكية وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

2. تتطابق الفقرة 1 من المادة 9 من القانون المتعلق بالأموال الثابتة مع القانون الأساسي.
3. لا يمكن أن يرفض منح الترخيص بموجب هذا النص القانوني نظرا لكون المعاملات القانونية تمثل. للمشتري استثمارا رأسماليا.

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 12 يناير 1967 بطعن الحماية رقم 63/169

اشترى الطاعن (محامي وأستاذ ومستشار في إدارة الشركات) ملكية مشجرة مساحتها 34 هكتارا بمبلغ 290 000 مارك ألماني. وقد رفضت السلطة المختصة بالترخيص له، على أساس القانون المتعلق بالمعاملات العقارية بتاريخ 28 يوليو 1961 - قانون الإحالة العقارية - لأن المشتري لم يكن فلاحا ولا غابويا، وسنحت الفرصة للبائع فباع الغابة بدون ترخيص من الإدارة الفيدرالية للغابات لولاية نوردرغاين-وستفالين.

ويجب، طبقا للفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية، أن يرفض الترخيص إذا كان البيع ينطوي على توزيع ضار بالتربة والأرض الذي ينص مضمونه المادي، وفقا لهذه العناصر الواقعية، على التقييد القانوني لأهلية للبيع وللحق في الشراء في حالة الممتلكات في المناطق الريفية والبرية. ويتعلق الأمر بالتالي بقاعدة قانونية حاسمة بخصوص مضمون المؤسسة القانونية للملكية. ويندرج الحكم، بناء على ذلك، ضمن مجال الحماية المنصوص عليه في المادة 100 من القانون الأساسي، ويجب أن يتم تقييمه على هذا الأساس.

وينص العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي على أن يكون مضمون وقيود الملكية محددة من طرف المشرع. ويجب أن يكون القانون المترتب عن ذلك متمشيا من حيث الشكل والمضمون مع الدستور (انظر الحكم رقم 14/263 [ص. 278] من أحكام المحكمة الدستورية).

الطعون التي وجهها الطاعن ضد البنية الشكلية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية لا أساس لها.

لا يمكن الاعتراض من الناحية الدستورية على استعانة المشرع في هذا القاعدة القانونية بمصطلح قانوني غير محدد (انظر الحكم رقم 3/225 [ص. 243] ورقم 13/153 [ص. 161] من أحكام المحكمة الدستورية). فالتساؤل لا يزال قائما حول ما إذا كان يمكن أن تقسم القضايا التي تم جمعها في الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية إلى بنود وقائية ذات طابع خاص.

إذا استخدم المشرع مصطلحا من أجل تحديد بند قانوني يشمل مجموعة من القضايا، أو قرر بدقة بنودا وقائية مميزة، فهذه مسألة يجب عليه أن يقرر فيها حسب تقديره. ولا يمكن للمحكمة

الدستورية الفيدرالية أن تنظر الا في مدى احترامه للحدود التي فرضها عليه الدستور، ويجب الرد على هذا الأمر، في هذه الحالة، بالإيجاب. وهذا ما تم التنصيص عليه.

لا يعفي المشرع قبول المصطلحات القانونية غير المحددة من وجوب تصور الأحكام القانونية التي تتماشى مع مبادئ دولة القانون، ويجب أن يصيغ بوضوح القواعد وأهلية التقاضي، وافتراضاتها ومضمونها، حيث يفهم المعنيون الوضع القانوني، ويوجه سلوكهم وفقا لها. ويأمر باحترام مبدأ شرعية الإدارة زيادة على ذلك، أن يقوم المشرع بنفسه بتنظيم، ما يتعلق بمحتوى الحقوق والواجبات الفردية التي تشكل جوهر الملكية.

ولا يمكن له أن يفوض هذا الأمر للسلطة التقديرية للإدارة عندما تمثل قاعدة من هذا القبيل في نفس الوقت الأساس المادي ومعيار الفحص في إجراءات الترخيص الإداري. ويجب أن يوجه نفس القانون العقاري العراقي التي تواجه البيع والشراء، فلا يمكن للإدارة ولا للمحاكم أن تحددها بشكل تعسفي. وهذه المعايير لم تستوف في الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية.

إذا لزم الأمر تمكين الطاعن من تأويل وتطبيق المصطلح غير الدقيق لـ «التوزيع غير المناسب للتربة والأرض»، فهذه مسألة تثير الشكوك. بيد أنه يمكن، انطلاقاً من أغراض القانون والسياق المادي للأحكام والإيضاحات المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية، أن يتم تحديد الهدف والمضمون بشكل كاف، واستحضار المعايير الموضوعية التي من شأنها أن تمنع تفسيراً تعسفياً من قِبَل السلطات والمحاكم [...]

ومن حيث المضمون، تتسق أيضاً الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية، للتفسير القضائي، مع الدستور.

وتعتبر وظيفة المشرع في تحديد مضمون وقيود حقوق الملكية المخولة له بمنطوق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي غير محدودة، بحيث يجب أن تمثل المضمون الأساسي للحق المضمون في الملكية المجسدة في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي ولباقي الأحكام الدستورية (انظر الحكم رقم 14/263 [ص. 278] ورقم 18/121 [ص. 132] من أحكام المحكمة الدستورية).

ولم ينظم القانون الأساسي، خلافاً لرأي الطاعن، أن يكون الاتجار في العقار في البوادي حراً شأنه شأن الاتجار في أصول رأسمالية أخرى. وأن التربة والأرض أساسيان لا يمكن الزيادة فيهما، وهذا يمنع أن يترك استعمالهما لهيمنة وهوى الأفراد، زيادة على ذلك، يفرض النظام الاجتماعي والقانوني العادل أن تؤخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة للتربة بأكبر قدر ممكن كما هو الحال بالنسبة لقضية الممتلكات المالية الأخرى.

ولا يمكن أن يقارن الأرض والبلاد من حيث معناهما الاقتصادي والاجتماعي بقيم مالية أخرى، كما لا يمكن أن يتم التعامل معهما في الاتجار القانوني كمتلكات منقولة، وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي بشأن المادة 3 من القانون الأساسي، ولا يمكن أن يستخلص بأن المشرع مجبر على إخضاع جميع المتلكات التي يمكن تقييمها من الناحية الاقتصادية لنفس المبادئ القانونية. كما أن تمييز الرأسمال المالي عن رأس مال مستثمر في الملكيات في المناطق البدوية والغابوية.

ويُخول القانون الأساسي نفسه للمشرع لتحديد مضمون الملكية، في الفقرة 2 من المادة 100 من القانون الأساسي مجالا واسعا للتنظيم. ومن ثم، لا تنطوي الملكية فقط على التزامات، وإنما يجب أن يكون «استعمالها يخدم المصلحة العامة»، خاصة وأن واضع الدستور قد راعى قبل كل شيء إدارة الأراضي، فهذا أمر توضحه الوثائق المتعلقة به (الجمعية العامة الثامنة للجنة العامة، ص. 62 والتي تليها).

وليست القاعدة الدستورية الآمرة المتعلقة بالاستعمال الموجه اجتماعيا رغم ذلك، مجرد إشارة لسلوك معين للمالك بالتحديد، بل هي قبل كل شيء توجيهيا للمشرع أن يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة في إطار تنظيم محتوى الملكية. ويتجلى هنا واضحا بأن رفض تنظيم ملكية تفضل فيها المصلحة الفردية بدون شرط على مصالح المجتمع. وتأتي الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية في إطار هذا القرار الأساسي، عندما يُرفض بيع التربة والأرض الذي يعني ضمناً توزيعا غير مناسب لأراضيها من النوع المشار إليه سابقا [...]

ورغم أن الفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية تعتبر دستورية، فلا يمكن للمحكمة، في الحقيقة، أن توافق أيضا على تفسير وتطبيق المحكمة الفيدرالية للحكم القضائي المطعون فيه.

وتنتقل المحكمة الفيدرالية على الأصح في حكمها من أن العناصر الوقائية للفقرة 1 من المادة 9 من قانون الإحالة العقارية قد تم تفسيرها تفسيراً دقيقاً. وتنتقل بالفعل من وجود حاجة إلى ملكيات في البوادي، وفي المناطق الغابوية تمتلكها شركات أخرى، لكنها تبرر شراءها من طرف أشخاص ليسوا مهندسين زراعيين ولا مزارعين إذا لم يهتموا بهذه المتلكات. غير أن المحكمة الفيدرالية توقف العمل بهذا التفسير التقييدي إذا كان الشراء بمثابة «استثمار رأسمالي صرف».

ويعتبر هذا النوع من المشتريات بمثابة توزيع غير مناسب للأرض، «إذا لم تراعى، في حالة فردية معينة، ما إذا تم استعمال الأموال التي تم التصرف فيها من أجل تحسين البنية الزراعية». وإذا كان القانون يحتوي على هذا المضمون، فلن يكون إذن متماشيا مع الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

يجب أن تكون القيود القانونية المفروضة على الملكية المتعلقة بالمجال المادي المنوط بها، ولا يمكن لها من أجل ذلك أن تقتصر فقط على الغاية من الحماية والمقصود من التنظيم. وسيتم تجاوز هذه الحدود إذا منع شراء الأرض نظراً لأن الأمر يتعلق باستثمار رأسمالي. وقد اتخذت المحكمة الفيدرالية، خطأً، أسباب الشراء كمعيار، عوض أن تعتمد على آثار المعاملات القانونية للبنية الزراعية، وهو المعيار الوحيد الذي يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار أساس النص القانوني المشار إليه. ولا يعتبر دافع الشراء، في حد ذاته، من وجهة نظر التي تبرر تقييد الملكية. ولم ينظم الغرض من الحماية التي يخولها القانون العقاري، هذا التقييد.

## الحكم 127

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 25/112 يتعلق بقانون سدود نيدرسان

بخصوص التساؤل حول الافتراضات التي على أساسها يمكن للمشرع أن يمنع بناء سد.

### القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 15 يناير 1969 يتعلق بطعن الحماية رقم 3/66

تنص الفقرتان 1 و 2 من المادة 100 من قانون سدود نيدرسان لفتاح مارس 1963 على:

(1) يُمنع أي استعمال للسدود (الاستعمال، والانفراج) ويستثنى منها التي يقوم بها المكلفون بهذه الأخيرة وتتعلق بالغاية منها [...]

(2) يمكن للسلطات المختصة، بناء على إقرار استثناءات للمنع المنصوص عليه في الفقرة 1.

أن لا ترخص بإقامة وتوسيع مبانٍ إلا في حالات خاصة ذات أهمية اقتصادية عمومية أو عامة بموافقة سلطات السدود، شريطة أن تُضمن سلامة السد [...]

يعتبر منع البناء المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من قانون سدود نيدرسان حكماً متعلقاً بمضمون الملكية المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

1. يجب على المشرع، من أجل القيام بالوظيفة التي أسندها إليه العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي لتحديد مضمون وقيود الملكية القانونية، ويحقق توازناً عادلاً في التنظيم القانوني بين حرية الفرد وحقه للملكية، ومصالح المجتمع. ورسم القانون الأساسي، لهذا الغرض، مخططاً واضحاً للمشرع في الفقرة 2 من المادة 100 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 21/73 [ص. 83] من أحكام المحكمة الدستورية) بأن يراعي، في تنظيم مضمون الملكية، المصلحة العامة، وعقلنة حقوق وواجبات الملاك وفقاً لمبدأ الدولة الاجتماعية.

ويطبق هذا - كما تم إيضاحه في الحكم المذكور - قبل كل شيء على الأحكام القانونية المرتبطة بالتربة والأرض. ويجب، من جهة أخرى، أن يؤخذ بعين الاعتبار بأن الصلاحية التنظيمية للمشرع ليست محدودة؛ ويجب على المشرع أن يضمن المضمون الأساسي لضمان الملكية، التي يجب أن تتماشى أيضا وقواعد الدستور الأخرى.

ويجب، من ثم، أن ترتبط المحددات القانونية لحق الملكية بالمجال المادي وأن تكون بنيته مناسبة. ولا يجب أن تتجاوز القيود المفروضة على حق الملكية الهدف الذي يرمي إليه التنظيم (انظر الحكم رقم 21/73 [ص. 82-86] ورقم 21/150 [ص. 155] من أحكام المحكمة الدستورية، أنظر أيضا الحكم رقم 24 [ص. 367-389] من أحكام المحكمة الدستورية بخصوص قانون سدود هامبوركو).

يقرر القانون الأساسي الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، ولهذا أوجب ضمنا على المشرع أن يقوم بالموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية في تنظيم مضمون الملكية. وتعتبر المصلحة العامة بوصلة، ولكنها أيضا تعتبر حدا فاصلا لفرض القيود على المالك. وبالتالي، فإن العدد 1 من الفقرة 1 بالتزامن مع الفقرة 2 من المادة 100 من قانون سدود نيدرساسن، تتسق مع هذه المبادئ [...].

3. علمت المحكمة أن المشرع الذي أصدر قانون سدود نيدرساسن، عند ما قام بمنع إقامة مبان قريبة من السدود بدعوى المصلحة العامة، كان يقيد بشكل غير متناسب الوضعية القانونية للمالك. واتضح في سياق تعليقه أن إقامة بنايات يجب أن يسمح بها، لا ينبغي منعها إلا في الحالة التي يشكل فيها خطرا على سلامة السد.

ويطرح التساؤل من المنظور الدستوري حول ما إذا كانت العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي تتطابق مع إقرار المشرع منعا شاملا لإقامة مبان، وليس تحفظا على المنع في حالة محددة يمكن أن تتعرض فيها سلامة السد للخطر.

4. إذا كانت وظيفة السد تكمن في حماية المجتمع من المخاطر المترتبة عن الماء، فيجب أن تغلب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد. ومن ثم، يجب أن يراعى، في جميع الأحوال، أن تكون القيود المفروضة على حق المالك محددة في إطار الدستور، نظرا لأنها تقتضي الحفاظ على سلامة السد وبالتالي حماية الأشخاص إزاء المخاطر التي قد تحدث.

ومن وجهة النظر هذه، فمن الناحية الدستورية لا اعتراض على منع بناء السدود لتحقيق مصلحة خاصة. غير أن هناك تساؤلا حول ما إذا كان ممكنا تبرير وجوب منع بناء السدود بشكل عام أم أنه يكفي الانطلاق من تنظيم الحالات بشكل خاص.

5. وموقف المحكمة يرى بأن المنع العام مبالغ فيه، ولا يمكن له أن يستمر، وأن مبدأ التناسب لم ينتهك.

لا يمكن للمشرع أن ينتهز فرصة تقوم على ظرف يشكل خطرا لإلغاء حقوق المالك. ويجب أن تتوافق الوسيلة المستعملة لدرء الخطر، مع الخطر المحتمل الذي يجب التصدي له. وتحدد الوضعية الفعلية مجال التنظيم للحل التشريعي.

ويُبرر منع البناء بشكل عام، باعتبار أن كل بناية بجوار السد لا تصلح للحفاظ عليه، فهي تهدد سلامته بشكل خطير وسلامة سكان المنطقة المراد حمايتهم أيضا. وهذا لا اعتراض عليه من الناحية الدستورية.

وكل استثمار في البناء بجوار السد لا يهدف إلى الحفاظ عليه، فلا يشكل هذا البناء فقط جسما غريبا، وإنما يعيق وظيفة السد، ويعرض استقراره للخطر، ويضعف قدرته الدفاعية في حالة طارئة. وهذا ما أكدته التجربة.

إذا اعتبر مشروع قانون سدود نيدرسانن الذي كان له الذاكرة الكارثية التي وقعت سنة 1962 بأنه من الضروري، إزاء الوضعية القانونية القائمة إلى حد الآن، أن يمنع البناء بشكل عام، ولا يمكن أن يعتبر هذا كانتهاك أو كتحقيق خاطئ للخطر.

ويجب، من ثم، على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار عدم استبعاد إمكانية القيام بفحص هذه القضية بالتحديد المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 2 من الفقرة 2 من المادة 100 المتعلقة بالسدود، ويتيح قانون سدود نيدرسانن إمكانية السماح باستثناء.

## الحكم 128

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 229/31

#### يتعلق بحقوق التأليف والنشر والكتب المدرسية

1. تدرج حقوق التأليف والنشر، بالقدر الذي يسمح بحق الاستغلال، ضمن مفهوم «الملكية» المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

2. ينص مبدئيا العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي على تخصيص نفس القيمة المالية المخصصة لكتاب ف. للمؤلف، غير أن هذا لا يعني أن جميع إمكانات استغلال الكتاب مضمونة دستوريا.



يسند للمشرع، في إطار مضمون حقوق التأليف والنشر، أن يضع المعايير المادية التي تضمن تقييما مناسباً واستعمالاً للحق طبقاً لطبيعته ومفهومه الاجتماعي المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي).

3. الفائدة العامة من وراء الحصول غير المحدود على الثروات الثقافية تبرر أن المؤلف المحمي، بعد صدوره، يمكن استعماله - بدون موافقة المؤلف - في مصنفاًت للكنيسة والمدارس والفصول الدراسية، وهذا لا يعني أن المؤلف ملزم بإتاحة مؤلفه بدون أي أجر (المادة 46 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر)

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 7 يوليوز 1971 يتعلق بطعن الحماية رقم 66/765**

### منطوق القرار

تتعارض المادة 46 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر وحقوق المشابهة المؤرخ 9 نونبر 1965 (الجريدة الرسمية، 1، ص. 1273) مع العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي بالقدر الذي يسمح بالمضاعفة والنشر بدون أجر للحالة التي تكون فيها أجزاء من المؤلفات الأدبية والأعمال الموسيقية أو أعمال فردية لفن التصوير مستنسخة في مجموعة بعد ظهورها حيث تجتمع أعمال العديد من المؤلفين والتي نظراً لطبيعتها ليست موجهة لاستعمالها في الكنائس أو المدارس أو الفصول [...]

يتعلق الأمر بالسؤال حول مدى توافق تقييد القيمة المالية لحقوق التأليف والنشر، التي تم إدراجها ضمن الأحكام القانونية المطعون فيها، مع الدستور. ويعتبر الدستور هو مجال حماية الحق المضمون للملكية المنصوص عليه في المادة 100 من القانون الأساسي. ويخول الدستور لهذا الأخير وظيفة ضمان لصاحب الحق الأساسي، من خلال منح وتأمين حقوق الملكية والاستعمال والتصرف، وتكون حرية في مجال الحقوق المالية وتمكينه بهذه الطريقة من نشر وهيكل الحياة على مسؤوليته الخاصة، ويكون على هذا النحو مرتبطاً بصفة مباشرة بالحق المضمون للحرية الشخصية (انظر الحكم رقم 21/73 [ص. 86] ورقم 24/367 [ص. 389، 396، 400] من أحكام المحكمة الدستورية). ويحمي، زيادة على ذلك، الحق المضمون للملكية الأصول المالية المعينة التي تم اقتناؤها من خلال العمل، إزاء التدخل غير المنصف من قبل السلطة العمومية.

هذا المفهوم المؤمن والحامي لضمان الملكية ينظر إليه كحق الملكية للمؤلف لمؤلفه «كملكية» وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة 100 من القانون الأساسي ووضعه ضمن مجال الحماية. ويجب مع ذلك للتقييم الدستوري أن يؤخذ بعين الاعتبار بشكل مناسب العلاقة الوثيقة لاستنفاد الشخصية

الاعتبارية (انظر الفقرة 2 من المادة 22 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر) بالاستعمال الاقتصادي وأيضا بالطبيعة والبنية الخاصة لهذا الحق المالي [...] ]

وتعتبر القاعدة المنصوص عليها في المادة 46 بمثابة تقييد لحق التأليف والنشر وفقا لما هو منصوص عليه في الجزء الأول من الفصل السادس من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر، ولا يتوافق مع الحق المضمون للملكية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

ونظرا لعدم وجود مفهوم محدد وشامل للملكية، ولأن تكييف مضمون ووظيفة الملكية مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية مناسب وضروري، فإن الدستور قد أسند للمشرع مهمة تحديد محتوى وقيود الملكية (العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي). ويطبق هذا أيضا على الحقوق المالية للمؤلف، والتي تتطلب، شأنها شأن الملكية، تنظيما من النظام القانوني.

ولا يمكن للمشرع، مع ذلك، نظرا لخضوعه للقانون الأساسي، أن يتصرف حسب تقديره. وإنما يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار، الحقوق والواجبات التي يتضمنها القانون، وأيضا المحتوى الأساسي للملكية، ومدى مطابقتها لكافة القواعد الدستورية الأخرى. ولا يكون حق التأليف والنشر، من خلال المضمون الذي تم توضيحه، محميا إلا من الناحية الدستورية (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 396] من أحكام المحكمة الدستورية).

وتضمن العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي الملكية الخاصة كمؤسسة قانونية تتميز أساسا بالاستعمال الخاص وبإمكانية التصرف في موجودات الملكية (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 389 وما بعدها] ورقم 26/215 [ص. 222] من أحكام المحكمة الدستورية). وهذا يعني لحق التأليف والنشر أنه يُنسب تخصيص الحصيلة المالية للخدمة المنجزة للمؤلف إلى الخصائص المكونة لهذا الحق كـ «ملكية» وفقا لما هو منصوص عليه في الدستور، ويكون عن طريق تنظيم الحق الخاص، وحرية إمكانية التصرف فيه على مسؤوليته. ويساير هذا جوهر حق التأليف والنشر المحمي بالقانون الأساسي.

ولا يعني هذا التخصيص المالي لحق التأليف والنشر، لكي يتصرف فيه صاحبه بحرية، مع ذلك تؤمن أن كل إمكانية استغلال مؤمنة من الناحية الدستورية. وضمان الحق الضماني للمؤسسة تنظم مجموعة أساسية من القواعد التي يجب أن تعمل على أن يعين هذا الحق كـ «ملكية خاصة». ويجب على المشرع بعبارة محددة، في إطار صياغة مضامين حق التأليف والنشر، وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي، أن يضع أحكاما قانونية مناسبة تتلاءم مع الطبيعة والمفهوم الاجتماعي للحق، ويضمن الاستعمال والتقييم المناسب.

وقد أخذ المشرع بعين الاعتبار هذه المتطلبات الأساسية للتنظيم المناسب لضمانة للملكية، والحق حصري للتنظيم في المادة 15 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر. وعلى العكس من رأي الطاعن، فلا يمكن أي تقييد لهذا الحق المنصوص عليه في القانون أو إقصاء عناصر وقائية محددة، أن يعتبر كتدخل في المجال المحمي بالقانون للمؤلف.

ويمنح للمشرع، حق حصري، طبقاً للمادة 15 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر، بالإضافة إلى حقوق أخرى، أن ينظم الاستغلال المادي للمؤلف، ويمكنه من أن يتصرف بحرية في إمكانية هذا الاستغلال، أي عن طريق من الترتيبات التعاقدية.

لكن لم يخول له هذا الحق بشكل غير محدود. يرتبط بحق التأليف والنشر «قيود» من جهات نظر مختلفة مقررة في المواد 45 والتي تليها من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر. وتكون هذه القيود منظمة ومتباينة الشدة. وفيما يتعلق بالأحكام قيد المناقشة، فاستعمال المؤلف من قبل أطراف ثالثة بدون موافقة مسبقة من المؤلف يمكن قبوله ولا يستدعي أي مكافأة.

يجب، من أجل التقييم الدستوري لهذه القيود القانونية، أن لا ينطلق المشرع فقط من ضمان المصلحة الفردية، بل يجب عليه أيضاً أن يحدد الامتيازات والحقوق الفردية ضمن دائرة الحدود المطلوبة لضمان المصلحة العامة، ويجب عليه أن يحقق توازناً بشكل مناسب بين النطاق الفردي والمصلحة العامة. وتتوقف دستورية الأحكام القانونية المطعون فيها - مع احترام تطابقها مع القانون الأساسي - على مدى وجود مبررات لأسباب المصلحة العامة [...].

فالحكم لم يعد دستورياً بقدر ما يتم إعفاء استنساخ الأعمال المحمية في المجموعات المذكورة من أي أجرة.

ويُلغى إنكار الحق في المضاعفة والنشر في المجموعات المنصوص عليه في العدد 1 من المادة 46 من القانون المتعلق بحقوق التأليف والنشر، حق المؤلف في التصرف، ويكون ذلك لعدم قدرته على الاعتراض على استعمال مؤلفه، وأيضاً لعدم قدرته على الاتفاق على الشروط التي على أساسها تتم الموافقة على القيمة المالية.

ويؤدي بالتالي هذا التقييد إلى تخفيض أساسي للقيمة الاقتصادية للاستحقاق المحمي عندما لا تقوم إمكانية الاتفاق على الأتعاب مقام الحق في تعويض قانوني وأيضاً عندما يتم تسليم المؤلف بدون أي مقابل مادي.

يكون للمؤلف أساساً، طبقاً لمحتوى الحق المضمون في الملكية، الحق في الاستغلال الاقتصادي لعمله، شريطة أن لا تكون دواعي المصلحة العامة تتغلب على المصلحة الخاصة للمؤلف. ويجب

طبقا لما سبق، أن يؤخذ بعين الاعتبار نتائج الخدمات الفكرية والشخصية للمؤلف وليس، على سبيل المثال، الربح المالي غير المبرر.

ولا يمكن، بناء على ذلك، أن يبرر إقصاء الحق في التعويض عن طريق أي اعتبار للمصلحة العامة. بمعنى أدق، لا يكفي التذرع بالمصلحة العامة بشكل خاص حتى يتم الحصول على مؤلف محمي بحق التأليف والنشر. ويجب أن يتم التأكيد فقط على المصلحة العامة الكبيرة لكي يكون أساسا لتنظيم من هذا القبيل وجود إزاء الدستور.

ولا توجد، كما نوقش ذلك سابقا، دواعي المصلحة العامة هنا.

### الحكم 129

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 325/46 يتعلق بالمزاد العلني القضائي

حول مفهوم ضمانات الملكية المتعلقة بتطبيق الأحكام الخاصة بالمناقصات الإجبارية في الحالات التي يظل فيها العرض الأعلى دون قيمة للبناء.

#### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 7 دجنبر 1977 دعوى طعن الحماية رقم 734/77

يوجه طعن الحماية ضد إمكانية بيع بناية بالمزاد العلني في مسطرة تنفيذية مقابل مبلغ يقل عن عشرة آلاف وخمسمائة مارك ألماني المتعلق بالسعر التجاري أي خمسة وتسعين ألف مارك ألماني، دون أن يقوم أمام القوة القانونية (الحجية) لقرار المناقصة، ويؤدي الفحص بعدم الدستورية الى البحث عن ما إذا كانت هناك افتراضات لحماية التنفيذ. وينتهك في هذه الحالة المسطرة التي بدأت بهدف القيام بتطبيقها على التنظيم القانوني للحق الأساسي للطاعن المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي الذي تدرج ضمن حمايته بنية المساطر في إطار دولة الحق والقانون.

#### [...] المفهوم الخاص لضمانات الملكية في الدولة الاجتماعية والقانون

تهدف هذه الضمانة لتأمين وجود محدد للملكية بيد المالك (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 400] ورقم 38/175 [ص. 181]) من أحكام المحكمة الدستورية). فقد أسندت له دستوريا وظيفة الضمان إلى المالك الحق الاساسي وفضاء في مجال الحقوق المالية وتمكين الفرد بالتالي من إمكانية تطوير وهيكلته حياته بشكل مسؤول (انظر الحكم رقم 31/229 [ص. 239] من أحكام المحكمة الدستورية مع مزيد من التفاصيل).

ولا تؤثر هذه الوظيفة الضمانية فقط على هيكله الحق المالي، بل تؤثر أيضا على الحق المسطري المتعلق بها. ويستخلص بناء على ذلك، مباشرة من المادة 100 من القانون الأساسي، واجب ضمان الحماية القانونية الفعالة في حالة وقوع تدخلات في هذا الحق الأساسي (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 401] ورقم 35/348 [ص. 361 والتي تليها] ورقم 37/132 [ص. 141-148] من أحكام المحكمة الدستورية).

ويندرج هذا الحق في «مسطرة عادلة» تنتمي طبقا للسوابق القضائية للمحكمة الدستورية، في الخصائص الجوهرية لمبدأ دولة القانون (انظر أيضا الحكم رقم 38/105 [ص. 111] ورقم 40/95 [ص. 99] ورقم 46/202 من أحكام المحكمة الدستورية).

ويطبق هذا أيضا على تطوير المناقصات الإجبارية التي تقوم فيها الدولة، لصالح الدائن، ويؤدي ذلك بتدخل شديد للدولة في ملكية المدين المحمية دستوريا. ويبدو هذا التدخل كأنه مدافعة عندما تكون بالقدر الذي يساعد على تلبية المتطلبات الاقتصادية للدائن. ويجب، رغم ذلك، أن يضمن في نفس الوقت مصالح المدين لكي يحافظ على الأقل على إمكانية طلب الحماية القانونية إزاء التبذير غير المتناسب لثروته.

ويستنتج في هذه الحالة، بأن القاعدة الدستورية الأمرة المطبقة في الأحكام القانونية وفقا للدستور أن لا يتم اتخاذ قرار المناقصة فورا في غضون أجل المزداد العلني فقط، بل أيضا في أجل لاحق لتيسير تطبيق الحماية على الطاعن إزاء العملية التنفيذية في غضون ذلك.

## الحكم 130

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 52/1 يتعلق بالبساتين

1. تحديد بين القواعد القانونية التي تحدد مضمون وحدود الملكية (وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي) ونزع الملكية (بمنطوق الفقرة 3 من المادة 100 من القانون الأساسي).

2. يجب في قضية التقييم الدستوري للقواعد التنظيمية وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي أن تراعي التعديلات المدخلة على الأوساط الاجتماعية والاقتصادية.

3. لا يتوافق إقصاء الحق في إنهاء عقد الإيجار الخاص بالبساتين، في الإطار التنظيمي للقانون المعمول به المتعلق بالبساتين (إقصاء العقود الآجلة، الاتفاقية حول تحديد الأسعار) مع القانون الأساسي.

4. لا يستجيب التحفظ على الترخيص الإداري المرتب ضمن القانون المتعلق بالبساتين من أجل الإنهاء السابق لأوانه لعقود إيجار البساتين لمقتضيات دولة القانون.

#### **القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 12 يونيو 1979 يتعلق بطعن الحماية رقم 19/76**

يكون موضوع طلب القاضي عن مسألة تتعلق بمدى توافق إمكانية إنهاء عقود إيجار البساتين من مستأجرين خواص مسبقا فقط بافتراضات صارمة مع الدستور.

وتستند الدعوى في المحكمة الابتدائية إلى المتنازع القانوني حول الترخيص الإداري لإنهاء عقد إيجار بستان بشكل مسبق.

أوقفت المحكمة الإدارية لبافاريا في الاستئناف المحاكمة وعرضت على أنظار المحكمة الدستورية الفيدرالية، مسألة حول ما إذا كانت المادة 2 من القانون المتعلق بتعديل وإتمام الأحكام القانونية المتعلقة بالبساتين المؤرخ 28 يوليوز 1969 والفقرة 1 من المرسوم المتعلق بالحماية من إنهاء العقود وأحكام أخرى تتعلق بالبساتين في صيغة 15 دجنبر 1944 تتطابقان مع المادة 100 من القانون الأساسي.

لا يتسق النظام التنظيمي للحق المتعلق بالبساتين بشكل كامل مع القانون الأساسي.

### **أولا**

يجب أن يتم الانطلاق، طبقا للقانون العادي، من الأسس القانونية الآتية [...] .

يخضع إبرام عقود الإيجار المتعلقة بالملكيات المستعملة كبساتين أساسا لأحكام القانون المدني.

غير أن إنهاء العقود المبرمة بالتراضي يخضع لمرسوم 1944 المتعلق بإنهاء العقود والقانون المعدل لسنة 1969. وتشكل هذه الأخيرة نظاما عاما للأحكام القانونية الإكراهية المترابطة فيما بينها. وهي تحدد حقوق وواجبات المؤجرين والمستأجرين في مسألة فسخ العقد.

يتميز هذا النظام للقواعد القانونية مبدئيا بالمبادئ الآتية : عقود الإيجار مبدئيا غير قابلة للإنهاء (أنظر العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 1 من المرسوم المتعلق بالحماية ضد إنهاء العقود). ويمكن إنهاؤها فقط للأسباب المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 1 من المرسوم المتعلق بالحماية إزاء إنهاء العقود). ويجب على المؤجر في حالة إنهاء العقد أن يؤدي تعويضا أو يمنح أرضا أخرى كبديل لسابقتها (من المادة 3 من المرسوم المتعلق بالحماية إزاء إنهاء العقود). وتطبق على العقود المحددة بأجل مسمى نفس الأحكام التي تطبق على العقود غير المحددة بأجل (انظر العدد الثاني من الفقرة 1 من المادة 1 من المرسوم المتعلق بالحماية إزاء إنهاء العقود). ويتطلب

الإنهاء المحتمل، مبدئياً، الترخيص الإداري (من الفقرة 3 من المادة 1 من المرسوم المتعلق بالحماية  
إزاء إنهاء العقود) [...]

## ثانياً

انطلقت المحكمة الإدارية من أجل التقدير الدستوري للقواعد المتعلقة بإنهاء الحق في البساتين الصغيرة من الاعتبارات الآتية: يشكل الإقصاء التام تقريباً للإنهاء، إلى جانب إجبارية الإيجار والتحفيز على الترخيص، التدخل العميق في الموقف القانوني للمالك المضمون من الناحية الدستورية الذي يفرغ حق الملكية من محتواه. ولا يمكن أن يعتبر التنظيم المتعلق بشدة القيود القانونية، كنص قانوني يتعلق بالمضمون والقيود المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي. ويغلب عليها بالأصح طابع نزع الملكية الذي ينتهك بالتالي الدستور لأنه لا يشمل التعويض الذي يأمر به القانون الأساسي.

وهذه الحجة غير مقبولة، لأنه :

1. ينطوي نزع الملكية المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 100 من القانون الأساسي على تدخل الدولة في ملكية الفرد. ويرمي كهدف إلى الإلغاء الكامل أو الجزئي للموقف الشخصي المعين الذي يضمه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 38/175 [ص. 180] ورقم 45/297 [ص. 316] من أحكام المحكمة الدستورية).

لا يتجلى نزع الملكية عن طريق إجراء إداري على أساس قانون، في القيود القانونية المفروضة على إنهاء عقود إيجار البساتين. لكن نزع الملكية لا يحدث إلا عن طريق القانون، ولأن القانون نفسه بطريقة مباشرة وبدخوله حيز التنفيذ ودونما حاجة إلى إجراء إداري، يمكن أن يسقط أو ينقص من دائرة الحقوق الفردية لأشخاص معينين أو لمجموعة من الأشخاص طبقاً للقانون المعمول به (انظر الحكم رقم 45/297 [ص. 325] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية).

ويشمل القانون الأساسي، على العكس من ذلك، إلى جانب تحديد المضمون المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي، تحديد الحقوق والواجبات من طرف المشرع المتعلقة بالملكيات القانونية التي يجب فهمها كملكية وفقاً لما هو منصوص عليه في الدستور. ويهدف هذا الأخير إلى تنظيم الأحكام القانونية الموضوعية التي تحدد مضمون حق الملكية منذ دخول القانون حيز التنفيذ. وبناء عليه، فهذه الأنظمة لا تدخل ضمن الدستور لأنها أصدرت كقانون عاد، بل أكثر من ذلك، يجب أن تتماشى مادياً مع القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 21/73 [ص. 79] ورقم 24/367 [ص. 389] ورقم 25/112 [ص. 118] ورقم 37/132 [ص. 140] ورقم 42/263 [ص. 305] من أحكام المحكمة الدستورية).

ستكون الأحكام التنظيمية إذا تم تجاوز الحدود الدستورية، غير قابلة للتنفيذ، لكن لن يشكل هذا نزاعاً للملكية وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 100 من القانون الأساسي. ولا تكون «التعديلات القانونية» المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 100 ونزع الملكية وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 100 سارية المفعول إلا عند ملاءمتها لقواعد الدستور. ولا يمكن لإقرار قانوني غير دستوري أن يؤدي إلى مصادرة، كما لا يمكن للانتهاك الدستوري أن «يعالج» عن طريق منح تعويض غير منصوص عليه قانونياً.

2. إذا كان الدستور، وفقاً لهذا، ينظم مضمون وحدود الملكية ويميزها بوضوح عن نزع الملكية بموجب قانون، فلا يستبعد هذا عن طريق إصدار أحكام قانونية التي سيجري العمل بها في المستقبل وفقاً لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي، إلغاء أو تقليص الحقوق الشخصية التي حصل عليها الأفراد على أساس قانون سابق (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 25/112 [ص. والتي تليها 121]).

ويمكن، من خلال تخصيص الموقف القانوني للأفراد بواسطة أحكام موضوعية وقانونية جديدة، أن يحدث نزاع للملكية على أساس قانون، لا يمكن أن يقبل إلا استناداً إلى افتراضات المادة 100 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 31/275 [ص. 292-284 والتي تليها] ورقم 45/297 [ص. 330]).

ولا يوجد في هذه الحالة وضعية من هذا القبيل [...]

ويطرح تحت سريان القانون الأساسي التساؤل حول ما إذا كان مرسوم 1944 المتعلق بإنهاء العقود والقانون المعدل لسنة 1969 يفرض بالشروط التي ينص عليها القانون الأساسي، المتعلقة بالتنظيمات المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي.

### ثالثاً

يجب على المشرع، من أجل القيام بالوظائف المسندة إليه بناء على العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي، أن يحدد مضمون وحدود الملكية، ويطور النموذج الاجتماعي الذي تندرج فيه عناصره القانونية من جهة، ويضمن الاعتراف الدستوري بالملكية الخاصة في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي من جهة أخرى، القاعدة الأمرة الدستورية الاجتماعية المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي. ويجب، على غرار ذلك، أن تخدم الملكية المصلحة العامة (انظر الحكم رقم 37/132 [ص. 140] ورقم 38/348 [ص. 370]) من أحكام المحكمة الدستورية المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي. وعلى غرار ذلك، فاستعمال الملكية ينبغي أن



يخدم المصلحة العامة (انظر الحكم رقم 37/132 [ص. 140] ورقم 38/348 [ص. 370] من أحكام المحكمة الدستورية).

يجب على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار من أجل التنظيم المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، بمساواة الشروط، كلا العنصرين للعلاقات المنظمة من طرف القانون الأساسي، والموقف القانوني المضمون دستوريا والقاعدة القانونية الأمرة الدستورية لنظام الملكية الموجه اجتماعيا، كما يجب عليه، زيادة على ذلك، أن يراعي مصالح المشاركين الجديرة بالحماية على غرار الظروف وبشكل متوازن. ولا يمتاشى التفضيل أو الضرر الأحادي الجانب مع المفهوم الدستوري للملكية الخاصة ذات الوظيفة الاجتماعية (انظر الحكم رقم 37/132 [ص. 140] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية).

ويستجيب خضوع المشرع لمبدأ التناسب الدستوري عندما لا يعتبر المصلحة العامة فقط أساسا بل يعتبرها أيضا حدا للقيود التي تُفرض على المالك. ويجب، لكي تضمن الاستمرار إزاء الدستور، أن تتوافق مع المجال الذي تنظمه وأن تكون مُهيكلّة بشكل مناسب. كما يجب أن لا يقتصر تقييد قانون الملكية على بلوغ الهدف الذي يرمي إليه التنظيم (انظر الأحكام رقم 21/150 [ص. 55] ورقم 25/112 [ص. 117] التي تليها) ورقم 37/132 [ص. 141] من أحكام المحكمة الدستورية).

ولا يعني هذا أيضا أن المعايير المتعلقة بها، يجب أن يكون لها نفس الوزن في كل وقت وحين وفي كل سياق. فالقواعد التي يمكن تبريرها في فترة الأزمات أو الحروب قد تواجه تقديرا دستوريا آخر في سياق اجتماعي أو اقتصادي مختلف. غير أنه يجب في جميع الأحوال أن يحافظ على جوهر الملكية (انظر الحكم رقم 42/263 [ص. 295] من أحكام المحكمة الدستورية) واحترام القاعدة الدستورية الأمرة الخاصة بالمساواة المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 34/139 [ص. 16] ورقم 37/132 [ص. 143] ورقم 42/263 [ص. 305]).

ولا توجد هذه المبادئ في هذه الأحكام القانونية المعرضة للفحص، وتنطوي العناصر القانونية التي تم تحليلها على وضع أعباء غير معقولة على عاتق صاحب العقارات في القطاع الخاص، وبالتالي لا تتوافق مع الضمانات الدستورية للملكية. ويتعارض زيادة على ذلك التحفظ على الترخيص مع متطلبات دولة القانون.

2. تتميز الملكية المضمونة بواسطة العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، من حيث مضمونها، والفائدة الخاصة، وإمكانية التصرف في محل الملكية التي يتمتع بها المالك (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 24/263 [ص. 389] ورقم 26/215 [ص. 222] ورقم 31/229 [ص. 240] ورقم 37/132 [ص. 140] ورقم 42/263 [ص. 294]). وتأتي هذه الأخيرة بمثابة

أساس للمبادرة الخاصة والمصلحة الخاصة التي تعتبر مسؤولة عنها. (انظر الحكم رقم 50/290 من أحكام المحكمة الدستورية).

ويشمل هذا الموقف القانوني المضمون من الحقوق الأساسية أيضا حرية المالك في بيع ملكيته. وتؤثر الأحكام القانونية المذكورة بشكل ملموس في هذا الوجود الأساسي لحرية التصرف في مجال النظام القانوني للملكية، الذي لا يمكن التدخل فيه إلا تحت افتراضات صارمة (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 26/215 [ص. 222] ورقم 42/263 [ص. 295]) [...]

فلا يمنع القانون في الحقيقة صراحة البيع، غير أن هذا الاحتمال لا يمكن أن يتحقق بطريقة معقولة من الناحية الاقتصادية بموجب التنظيم القانوني. فتقييد من هذا القبيل يؤثر على مادة الملكية المضمونة بالحقوق الأساسية. ولا يمكن بناء على التقدير الدستوري أن يكون له معنى قاطع لمنع البيع عن طريق قاعدة صريحة، أو أن هذا الأخير ليس له وجود في التطبيق كنتيجة لتنظيم آخر.

ويكون الموقف القانوني للمؤجر المضمون دستوريا مقيدا تقييدا كافيا؛ ذلك أنه قبل فسخ العقد يجب عليه أن يحصل على ترخيص إداري يُفحص من خلاله مدى تأثير فسخ العقد على المصلحة العامة [...]

1. لا يمكن أن يستمر نظام القواعد هذا إلا إذا تم تبريره عن طريق دواع تراعي مبدأ التناسب بالمفهوم المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 14 من القانون الأساسي. ولا يوجد مثل هذه الدواعي هنا.

أ) تشمل المسلمات الدستورية لاستعمال الملكية الخاصة من أجل تحقيق المصلحة العامة، ولاية النظر أيضا في مصالح المواطنين إزاء استعمال الملكية. ويتوقف قياس ونطاق هذا الالتزام، الذي يفرض على المالك أن يمثل له على أساس الدستور الذي يجب على المشرع تيسيره، على مدى ارتباط محل الملكية ارتباطا اجتماعيا ومدى إنجازه لوظيفة اجتماعية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 37/132 [ص. 140] ورقم 38/348 [ص. 370] ورقم 42/263 [ص. 294]). وبناء عليه لا تبرر الفقرة 2 من المادة 14 من القانون الأساسي التقييد المبالغ فيه لحقوق الأفراد الأساسية على أساس المصلحة الاجتماعية (انظر الحكم رقم 37/13 [ص. 141] من أحكام المحكمة الدستورية).

فالمحكمة الدستورية الفيدرالية كانت قد أعربت بالفعل في الأحكام القضائية رقم 21/73 [ص. 82] والتي تليها، كون التربة والأرض أساسيين ولا يقبلان الزيادة، فهذا يمنع كليا ترك استعمالهما لهيمنة وهوى الأفراد. زيادة على ذلك، فالنظام الاجتماعي والقانوني يفرضان أن تراعى المصلحة العامة للأرض بمقدار أكبر لقضية الممتلكات المالية الأخرى.

وتندرج أيضا في الوظيفة الاجتماعية، أساسا في سياق هذا الحكم القضائي، التربة والأرض اللذان يُستخدمان كبستان [...]

إذا كان البستان الصغير، وفقا للقصد الأصلي للمشرع، عبارة عن بستان يمكن الاستفادة منه، ويوجه للحصول على منتجات البستنة باستمرار، ويتحول الآن بشكل كبير إلى حديقة نباتات الزينة، فهذا لا يعني، مع ذلك، التسليم بأن حرية الاستفادة أيضا من البستان الصغير قد تكون لها منفعة عامة مهمة. وقد تعني البساتين الشيء الكثير. لصحة السكان نظرا لأنها تساعد على تحقيق توازن للقيام بنشاط مهني وحيد، الذي يخضع له الإنسان عادة في المجتمع الصناعي، ويكون إضافة إلى ذلك يساهم في التحسين الهام للعلاقات الاجتماعية.

وتبين على العكس من ذلك التغييرات في البنية التي تمت الإشارة إليها سابقا أن امتلاك بستان صغير بعدد كبير من مزارعي الخضروات له بالتأكيد قيمة كبرى، ويجب أن يراعى هذا التغيير في الوظيفة الاجتماعية من أجل إضفاء المشروعية الدستورية على القانون المتعلق بالفسخ. وإذا لم تكن رغبة ومصصلحة المؤجر، بشكل خاص، في امتلاك بستان صغير كبيرة ولا مشروعة بما يكفي، فلا يمكن القول عندئذ أنه يحتاج إلى استعمال ملكية الغير بنفس الشكل الذي يستخدم به مسكنا على سبيل المثال، والذي يمثل افتراضا أساسيا للحياة الكريمة ولظروف الحياة الشخصية.

وبالرغم من أهمية المسكن للمؤجر، وأيضا لمستأجر البستان، فإن القانون المعمول به يمنح لمزارعي الخضروات مكانة قانونية أقوى لا تتوافق مع الالتزام بتحقيق المساواة والعلاقة المتوازنة بين المصلحة الجديرة بالحماية لكلا الطرفين. وتحمي اللائحة التنظيمية في بنيتها الراهنة بشكل أحادي مصالح المؤجر المعترف بها للحفاظ على البستان الذي يحتاجه لسد أغلب حاجياته المثالية دون مراعاة مصلحة المستأجر بشكل كبير، وقد أدى هذا إلى أن الملكية المضمونة في الدستور أصبحت منتهكة بشكل واسع بالرغم من أن مالك العقار لم يحمى إلا بنقل ملكية الأجزاء الخالية إلى المستأجر، وهو الشيء الذي أبرزه هو بنفسه. فمصالح المستأجر التي يمكن حمايتها لا تسمح بهذا التقييد الشامل. فالقيمة المفرطة التي تم منحها بشكل أحادي للموقع القانوني للمؤجر لا تتماشى مع مبدأ التناسب الدستوري [...]

ت) يجب، زيادة على ذلك، أن يراعى آثار الحماية إزاء الفسخ الذي تم تعزيزه بشكل ملموس عن طريق تنظيم عقد الإيجار [...]

إذا كان يعتبر استعمال البستان بشكل أساسي بمثابة هواية وتسلية في الوقت الراهن، فمن الصعب أن يبرر ضرورة احتفاظ المستأجر لصالح المؤجر بملكية تناهز مساحتها، على سبيل المثال، 300 متر مربع مقابل 2500 مارك ألماني في الشهر. وبالإضافة إلى متوسط الأجر الأقصى الذي يتقاضاه المؤجر هناك تجميد السعر والحماية إزاء الفسخ. وإذا كان المؤجر يستخدم العقارات في وقت فراغه، فيجب عليه أن يؤدي سعر السوق العادل، ويؤدي هذا على الأقل إلى ظهور

الشكوك حول تجميد سعر السوق، ويؤثر على مبدأ المساواة العام المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي. غير أن المسألة هنا لا يمكن أن تحل في السياق قيد التحليل.

ج) وطبقا لما سبق فالنظام التنظيمي للحق المتعلق بالبساتين في بنيتها الحالية التي لا يقبل، من جهة، أي نوع من أنواع تأجيل العقد، ومن جهة أخرى، يقيد بشكل صارم إمكانية فسخه ويؤدي في نفس الوقت إلى أن ينخفض مبلغ الإيجار عن القدر المتعارف عليه، ولا يقتصر على إطار الأحكام المميزة للملكية المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة 14 من القانون الأساسي. ويبقى للمشرع أن يقدر تحديد كيفية حل المسائل الدستورية القائمة. ولا تندرج ضمن هذا القرار قيد التحليل مسألة تحديد مدى وعلى أي افتراضات، في قضية العقود بأجل مسمى بالإضافة إلى المتطلبات الخاصة، يمكن الاعتراف بمصلحة المالك في تغيير استعمالات العقار كداع من دواعي فسخ العقد.

4. ووفقا للفقرة 3 من المادة 3 من القواعد التنظيمية لحماية الشغل والفقرة 2 من المادة 2 من (KGAndG) يقتضي كل فسخ ترخيصا إداريا. وتقيد هذه الأحكام القانونية بشكل إضافي الحق في الفسخ، حيث يمكن أن يعرقل إنهاء عقد بقرار إداري بالرغم من وجود داع للفسخ [...]

تم تبرير المراجعة الإدارية بحجة أن التحفظ على الترخيص يساعد على تحديد ما إذا كانت المصلحة العامة ستتأثر عند الإعلان عن الفسخ.

ويخالف التحفظ على الترخيص القانون الأساسي، وفقا لمبدأ شرعية الإدارة، ومبدأ فصل السلطات تبعا للسلطة وتكون الوظيفة التنفيذية. وتنفيذ القانون مهنا تنبثق، من ضرورة أن يحد المشرع المجال القانوني الذي يوجد منفحة على الإجراءات الحكومية. ويجب أن يعالج القانون محتوى نشاط الإدارة، وأن لا يقتصر بالتالي على إقامة مبادئ عامة (انظر الحكم رقم 21/73 [ص. 79] من أحكام المحكمة الدستورية). ويجب، زيادة على ذلك، أن يحترم مبدأ دولة القانون عند صياغة أسس ومضامين الأحكام الأساسية المتعلقة بها بشكل أكثر وضوحا، حيث يتم الاعتراف بالوضع القانوني من طرف المعني لكي يستطيع توجيه سلوكه وفقا لهذا الوضع (انظر الحكم رقم 21/73 [ص. 79] من أحكام المحكمة الدستورية).

يجب على المشرع، إذا كان يرى الحاجة إلى إخضاع ممارسة الحقوق الأساسية لمسطرة الترخيص، أن يضع أحكاما قانونية تحدد افتراضات لمنح الترخيص، والدواعي التي بسببها قد يُرفض الترخيص (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 20/150 [ص. 57] والتي تليها) ورقم 21/73 [ص. 79] والتي تليها) وهذا أمر تفرضه الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي. ولا يمكن أن تكون الرقابة القضائية إلا إذا اعتمدت المحاكم المعايير القانونية لاتخاذ القرار، وطبقا لهذه المبادئ فالقانون الذي لا يسمح بالترخيص بشكل واضح ومبرر بالمصلحة العامة يكون قانونا غير دستوري.

## الحكم 131

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 300/58 يتعلق باستخراج الرمل والحصى

1. يجب على المحاكم الإدارية المختصة، إذا وقع نزاع حول مشروعية إجراء المصادرة، أن تتحقق من مشروعيته على أوسع نطاق. ويجب عليها بالتالي أن تكشف عما إذا كان القانون الذي يستند إليه التدخل ينظم الشكل ومبلغ التعويض المستحق.
2. تحقق المحاكم العادية، في حالة حدوث نزاع حول مبلغ التعويض عن نزع الملكية، وتنتظر فيما إذا تم منح تعويض مناسب للمتضررين، حسب الأحكام القانونية (القائمة) (انظر الحكم رقم 46/268 [ص. 285] من أحكام المحكمة الدستورية).
3. يمكن للمتضرر إذا رأى، بسبب إجراء اتخذ ضده لنزع الملكية، أن يطالب بتعويض فقط عند وجود أساس قانوني لهذا الغرض. إذا تعذر ذلك، فعليه أن يطالب بإلغاء القرار المعروض أمام المحاكم المختصة.
4. يكون تحديد الوضع القانوني لمالك الأصول غير المنقولة طبقاً للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 والقانون المدني وأحكام القانون العام.
5. يخضع القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية لقواعد القانون العام التنظيمية المنفصلة عن قانون ملكية الأصول غير المنقولة من أجل ضمان إدارة عاملة للماء خاصة منها التزويد العام، ويعتبر هذا الإجراء دستورياً.

### الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 15 يوليو 1981 يتعلق بطعن الحماية رقم 77/78

في عملية الفحص بعدم الدستورية مدى دستورية الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 3 من المادة 1 (أ) والفقرة الفرعية 6 من الفقرة 1 من المادة 3 والمادتين 6 و 17 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية في صيغته المؤرخة 16 أكتوبر 1976 - خلال الاستشارة التي جرت في المحكمة العليا الفيدرالية بتاريخ 13 يوليو 1978.

### منطوق الحكم

الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 3 من المادة 1 (أ) والفقرة 1 من المادة 2 والفقرة الفرعية 6 من الفقرة 1 من المادة 6 والمادة 17 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية في صيغته المؤرخة 16 أكتوبر 1976 (الجريدة الرسمية الفيدرالية I، ص. 3017) مطابقة مع القانون الأساسي.

ويطبق نفس الشيء على المادة 17 بحيث لا يخول هذا النص القانوني الحق في فرض منح امتيازات بمنطوق المادة 8، فإذا تمت الاستفادة من الماء على أساس ملكية الأصول غير المنقولة وفقا للقانون الحكومي الجاري به العمل وقت دخول القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية حيز التنفيذ.

## الأسس

أ

تتعلق الاستشارة بالتساؤل حول مدى تطابق قانون الملكية الذي لا يسمح للمالك بإمكانية استعمال المياه الجوفية مع الدستور، بسبب أنه وفقا للقانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية، يتطلب ترخيصا إداريا لهذا الغرض.

وتنبثق افتراضات الحصول على ترخيص لاستعمال المياه الجوفية من الفقرة الفرعية 1 من الفقرة 3 من المادة 1 (أ) والفقرة 1 من المادة 2 والفقرة الفرعية 5 و6 من الفقرتين 1 و2 من المادة 3 وأيضا المادة 6 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية. وتنص هذه الأحكام على:

## المادة 1

أ

### المبادئ

(1)....

(2)....

(3) لا تفضي الملكية الشرعية إلى:

1. استعمال المياه التي، وفقا لهذا القانون أو وفقا لنظام مياه الدولة، يتطلب ترخيصا أو امتيازاً؛

2. إنشاء نظام للتزويد بالمياه السطحية.

## المادة 2

يتطلب شروط الترخيص (1) باستعمال المياه ترخيصا إداريا (المادة السابعة) أو تعهدا (المادة الثامنة) مادام لم تستنبط أشياء أخرى من أحكام هذا القانون أو من الأحكام الحكومية الصادرة في إطار هذا القانون.

(2) [...]

### المادة 3 : الاستعمالات

(1) يقصد بالاستعمالات وفقا لما هو منصوص عليه في هذا القانون :

[...]

5. أن يطرح أي نوع من المواد في المياه الجوفية.

6. أن تستخرج المياه الجوفية وتسحب ويعاد تحويلها واستخلاصها.

(2) تندرج أيضا الأنشطة التالية ضمن الاستعمالات :

1. انحباس منسوب المياه وتخفيضه وإعادة توجيه المياه الجوفية عن طريق منشآت موجهة أو مناسبة لهذه الأعراض.

2. التدابير المناسبة لإجراء تغييرات مخرطة بالخصائص البيولوجية أو الكيميائية أو الفيزيائية للماء سواء بشكل دائم أو بدرجة كبيرة.

(3) لا تعتبر التدابير التي تعمل على إنشاء نظام للتزويد بالمياه السطحية استعمالا لها.

### المادة 6: رفض إصدار التراخيص

يرفض الترخيص والتعهد في حالة توقع حدوث ضرر بسبب الاستعمال على المصلحة العامة خاصة منها تهديد إمدادات المياه العامة الذي لا يمكن تفاديه أو موازنته عن طريق فرض ظروف أو تدابير الوكالات أو المؤسسات العمومية (الفقرة 2 من المادة الرابعة).

ويُستشف مضمون الوضع القانوني، الذي يكتسبه الفرد عن طريق منح الترخيص، من المادتين 7 و8 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية التي تنص عليها في فقرة منطوقها [...]

### المادة 7 : الترخيص

(1) يضمن منح الترخيص الحق القابل للنقض في استعمال المياه لغاية نوعية وبشكل وعلى نطاق محدد، ويمكن الالتزام بالترخيص لفترة محددة.

(2) [...]

## المادة 8

يضمن منح الترخيص الحق في استعمال المياه بشكل وعلى نطاق محددين [...] (5) يمنح الترخيص لفترة محددة قد تصل في حالات خاصة إلى أكثر من ثلاثين سنة.

(6) [...]

## ثانيا

يدير المدعي في دعوى ذات الأصل الإداري لشركة تطهير المسطحات المائية في شمال مونسترلاند، حيث توجد ممتلكاتها العقارية في منطقة تتواجد بها مصانع التجهيز. وكانت الشركة تستخرج منذ 1936 الرمال والحصى من الطبقات الصخرية المائية المتواجدة بالقطع الأرضية المجاورة كان قد استأجرها الفلاح لهذا الغرض.

وتتواجد المساحات التي تم فيها الحفر في منطقة الحماية III/أ. التي تنتمي لشركة توزيع المياه التي تم بناؤها من طرف مدينة راين. وتم تحديد قطعة الأرض المحمية بواسطة مرسوم 24 أكتوبر 1973. ومنذ 6 فبراير 1968 تم وضع القطاع تحت الحماية.

وطلب المدعي في 6 فبراير 1965 ترخيصا وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية ليستمر في استخراج الرمال والحصى. ورفضت السلطات طلبه في أكتوبر 1973 على أساس أن المسافة الفاصلة بين مكان الحفر والآبار الإرتوازية لشركة توزيع المياه، لا تتجاوز في بعض الأطراف 120 مترا، ويمكن أن يصل تلوث الخزان المائي (الذي أنشأه التجريف) إلى الآبار الإرتوازية ويعرض التزويد العام بالماء للخطر. ولم يقبل التماس إعادة النظر الذي تقدم به المدعي، ولم يرفع هذا الأخير دعوى قضائية للحصول على الترخيص المطلوب.

وعلى غرار ذلك، تم رفض طلب المدعي الذي يطالب فيه أن يُمنح له ترخيص، وقدم المعني كنتيجة لذلك دعوى ضد ولاية نوردرين وستفالن طالب فيها بتعويض مناسب، يحدد حسب تقدير المحكمة. وادعى المدعي أن رفض الترخيص لاستخراج الحصى الرطب يشكل تدخلا قد يفضي إلى مصادرة، ويؤثر بالتالي على شركته وعلى مصلحته الخاصة المتعلقة بالملكية في الممتلكات غير المنقولة. كما طالب المدعي أيضا كمحال إليه بتعويض المالك الضيعات المجاورة.

وأعلنت محكمة الدولة عن تبريرات أسس الطلب. وأنه، على العكس من ذلك، لم يحصل ضرر.

2. علقت المحكمة أثناء المراجعة الإجراءات، والتمست القرار من المحكمة الدستورية الفيدرالية التساؤل حول ما إذا كانت الفقرة 3 من المادة 1.1.أ. والفقرة 1 من المادة 2 والمادة 6 من القانون



المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية بالصيغة المؤرخة 16 أكتوبر 1976 متوافقة مع العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

3.أ) يحق للمواطنين المتضررين بتدخل يفرضي إلى نزع الملكية إمكانية - دون المساس بالمعايير الخاصة التي ليست قيد الدراسة هنا - وفقا للعدد 1 من الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي بموجب المادة 4 من قانون الإجراءات الإدارية، أن يلجوا إلى المحاكم الإدارية. ويجب على هذه الأخيرة أن تفحص مشروعية الإجراء الإداري من الناحية الوقائية وأيضاً من الناحية القانونية، وبشكل كامل (انظر الحكم رقم 32/195 [ص. 197] من أحكام المحكمة الدستورية).

وستكون من ثم صلاحيتها أوسع من صلاحية المحاكم العادية. ويجب عليها من جهة، أن تحقق في مدى استيفاء التدخل للافتراضات الدستورية المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 19 من القانون الأساسي، وأيضاً مدى توفر مبدأ التناسب (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 404 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية). ويجب عليها من جهة أخرى، أن تحلل بطريقة خاصة ما إذا تم اتخاذ التدابير على أساس دستوري، ويجب عليها لهذا السبب أن تفحص ما إذا كان القانون الذي يستند إليه التدخل ينص على تنظيم حول شكل ومبلغ التعويض الذي يجب أن يدفع للفرد. وإذا كان هذا القانون الذي لا يتوفر على هذه الافتراضات غير دستوري، فإنه يمنع على المحاكم الإدارية أن تطبق هذا القانون.

ويجب أيضاً على هذه المحاكم أن تطالب من الحكمة الدستورية الفيدرالية وفقاً للفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي التي تعلن قرار صحة القاعدة القانونية (انظر على سبيل المثال أحكام المحكمة الدستورية رقم 25/112 [ص. 114] ورقم 51/193 [ص. 210 والتي تليها] ورقم 52/1 [ص. 14]). ويجب إذا أعلنت المحكمة الدستورية عدم دستورتها، أن تلغي الإجراء الإداري المستند إليها نظراً لكون الحق الأساسي المجسد في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي قد تم انتهاكه [...]

ب) ينبثق من صلاحية البت التي تتمتع بها المحاكم العادية في العمليات المتعلقة بالعدد 4 من الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي الآثار التالية: يحق للمواطن إذا اعتبر أن الإجراءات ضده تمثل مصادرة، أن لا يطالب إلا بتعويض إذا كان هناك أساس قانوني لهذا الغرض. ويجب عليه في حالة انعدام الأساس القانوني أن يتقدم بطلب إلغاء الإجراء المعني أمام محكمة إدارية. لكن لا يمكن له - بالتخلي عن الطعن في الإجراء - أن يطالب بتعويض لم يقرره القانون، ولا يمكن للمحاكم أن تمنح تعويضاً ينعدم له الأساس القانوني.

كما لا يمكن للمتضرر أن يختار المطالبة بالحماية إزاء «نزع الملكية» - نظراً لكونها لا تشمل أي تعويض - أو المطالبة بالتعويض مباشرة عن طريق التخلي عن الاعتراض على إجراء التدخل،

يكون هذا الأخير صارما بحيث أن مطالبته بالحصول على تعويض قد تُقَابَل بالرفض. ولا يمكن بعد ذلك لمن لم يستغل الإمكانيات التي يمنحها القانون الأساسي للمطالبة باستعادة الوضع المتعلق بالدستور أن يطالب بتعويض مالي على نفقة الدولة بسبب فقدان حق كان هو نفسه من أنشأه [...]

## ثانيا

1. يجب، من أجل الفحص بعدم الدستورية للتنظيم القانوني على أساس معايير القانون الأساسي، الانطلاق من أنه يمكن للمشرع، في إطار المادة 14 من القانون الأساسي، أن يصدر أحكاما قانونية ذات صلة وثيقة بقانون الملكية وذلك بثلاثة طرق.

أ) تقتضي الملكية الخاصة - التي تُفهم على أنها إسناد حق قانوني لحامل حقوق - تنظيما قانونيا ضروريا، لكي يمكن تطبيقها في الحياة القانونية. وقد أسند بناء عليه القانون الأساسي للمشرع في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي مهمة تحديد مضمون وقيود الملكية. وتنص هذه القواعد التنظيمية بشكل عام ومجرد على حقوق وواجبات المالك، كما أنها تحدد مضمون الملكية (انظر الحكم رقم 52/1 [ص. 27] من أحكام المحكمة الدستورية) وينص المشرع على هذا النحو في إطار القانون الموضوعي على تلك القواعد القانونية التي تؤسس وتنظم الوضع القانوني للمالك والتي قد يكون له طبيعة عامة وخاصة.

ب) يمكن للمشرع، زيادة على ذلك، وفقا للعدد 2 من الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي، أن يلغي بموجب قانون الحق المعين لمجموعة محددة أو قابلة للتحديد من الأشخاص الذي تم اكتسابه قانونيا على أساس القانون العام المعمول به وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 (نزع الملكية بموجب قانون، أحكام المحكمة الدستورية رقم 24/367 [ص. 395 والتي تليها] ورقم 45/297 [ص. 325 والتي تليها] ورقم 52/1 [ص. 27]).

ج) يمكن للمشرع أخيرا - أيضا طبقا للعدد 2 من الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي - أن يمنح ترخيصا للسلطة التنفيذية لنزع ملكية محددة. ويتطلب نزع الملكية على أساس قانون (مصادرة إدارية) اتخاذ إجراء تنفيذي إداري، الذي يمكن الطعن فيه على خلاف نزع الملكية بموجب قانون.

وتخضع، وفقا لما سبق، التنظيمات المتعلقة بالملكية التي يمكن النظر فيها من الناحية الدستورية من خلال مختلف المتطلبات المسطرية. ولا يطبق هذا فقط على الأحكام المتعلقة بمضمون قانون الملكية والمصادرة. كما لا يمكن أن تعوض إحدى الطريقتين لنزع الملكية بإحداهما عن الأخرى حسب الرغبة المرتبطة بالضمانة الدستورية للحماية الشاملة والفعالة (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 24/367 [ص. 401] ورقم 45/297 [ص. 331-333]). بالإضافة إلى ذلك،

فحتى الآثار ليست متماثلة نظرا لأن الحرمان من الحق يحدث في أحيان مختلفة (انظر الحكم رقم 45/297 [ص. 326] من أحكام المحكمة الدستورية).

وبخلاف الرأي القانوني المعروف في مشاوره المحكمة الدستورية الفيدرالية، تقضي المصادرة القانونية والمصادرة الإدارية للملكية أن يتم إقصاء إحداهما للأخرى. ولا يمكن للوضع القانوني الذي تم إلغاؤه سابقا من طرف المشرع أن يلغى من جديد بواسطة إجراء إداري. ولا يمكن لنفس القاعدة القانونية أن تقضي بمصادرة قانونية، وتمنح في نفس الوقت ترخيصا للسلطة التنفيذية للقيام بالمصادرة المذكورة.

وهذا يعني أنه بدخول القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية حيز التنفيذ يُلغى الحق الذي تُخوله - حسب رأي المحكمة - المادة 905 من القانون المدني (62)، ولا ينشأ عن تطبيق المادة 6 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية مصادرة الحقوق التي تخولها تلك القاعدة القانونية.

وتعتبر الأحكام القانونية المتعلقة بمضمون [قانون الملكية] ونزع الملكية القانونية ونزع الملكية الإدارية بمؤسسات قانونية مستقلة، ويميز القانون الأساسي بوضوح بين كل واحدة منهما على حدة. غير أن هذا لا يمنع أن يولد التنظيم القانوني والموضوعي الجديد والقابل للتطبيق في المستقبل، وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، ويلغى في نفس الوقت نزع الملكية القانونية - وبقدر ما - الحقوق الشخصية التي تمارس على أساس القانون الجاري به العمل سابقا (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 45/297 [ص. 332] ورقم 52/1 [ص. 28]).

ولا تعتبر - وفقا لهذا النظام - الأحكام القانونية المطعون معايير لنزع الملكية، لأنها لا تنص على ترخيص للسلطة<sup>65</sup> التنفيذية للتدخل في ملكية رب الأرض الذي يضع تطهير المسطحات المائية نصب عينيه، ولا يوجد نزع الملكية بموجب قانون، بل إنها تنظم مضمون وحدود الملكية وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

2. يجب لتقدير ما إذا كان إجراء قانوني ذا طابع نزع الملكية، يحدد أولا وقبل كل شيء ما إذا كان المتضرر، أثناء وقوع التدخل، كانت ملكية الطاعن تتمتع بوضع قانوني يمكن أن تتم مصادرتها (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 25/122 [ص. 121] ورقم 29/348 [ص. 360]).

65. المادة الثالثة بعد المائة التاسعة من القانون المدني، حدود الملكية. يشمل حق مالك في ملكية المجال المتواجد فوق السطح وباطن الأرض المتواجد تحت السطح. غير أن المالك يمنع عليه القيام بأنشطة في الطول أو في العمق لكونهما منفصلين. (تم تعديل هذه المادة بتاريخ ثاني يناير 2002).

أ) تنطلق المحكمة في هذا الصدد، من الرأي الذي يعني أن الملكية المتعلقة بالمتعلقات الثابتة تشمل أيضا المياه الباطنية، وتندرج هذه الأخيرة ضمن طبقة الأرض السفلى التي تشمل وفقا للمادة 509 من القانون المدني، حق مالك الأرض. فلا داعي للرد إذا كانت المياه الجوفية تعتبر شيئا [بعبارة القانون المدني]، على أي حال فالحق في التوفر على المياه الجوفية التي تم العثور عليها هناك يعود إلى الملكية المتعلقة بالمتعلقات الثابتة.

وتقيد إدارة القانون العام التي تنظم استعمال المياه، التي تم تكريسها في القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لمتعلقات المياه الجوفية «الحق الأصل في الملكية» من أجل «الوصول مباشرة إلى المياه الجوفية». ولا يمكن أن يؤخذ بهذا الرأي القانوني.

وفقا للدستور الإمبراطوري لعام 1871 الذي صدرت المدونة المدنية في ظل سريانه، لم يكن للمشرع إمكانية ولا حتى قصدا لتنظيم العلاقة القانونية بين المياه الجوفية والملكية العقارية تنظيما كاملا، ولم يكن يملك سوى صلاحية إصدار أحكام قانونية مدنية أي الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقات القانون الخاص بالمواطنين فيما بينهم، وبناء عليه لم يكن يملك صلاحية لإصدار أحكام القانون العام المطلوبة لتنظيم علاقات المالك مع المجتمع (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 42/20 [ص. 28 والتي تليها]). فيما يخص صلاحية إصدار أحكام القانون الخاص، فقد أحالت المادة 65 من القانون الاستهلاكي للمدونة المدنية (63) بشكل صريح إلى الولايات لتنظيم الحق في المياه [...]

ولا يمكن، بناء على هذا، أن يؤخذ بالرأي القائل بأن أحكام القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لمتعلقات المياه الجوفية قيد الفحص قد ألغت الموقف القانوني المسند لمالك الأصل غير المنقول وفقا للمادة 509 من القانون المدني، كشكل من أشكال نزع الملكية والذي يترتب عنه بالتالي وجوب التعويض، خاصة وأن هذا الموقف القانوني قد تم إقصاؤه عن طريق تطبيق تلك الأحكام القانونية. إذا كان المدعي، طبقا لقانون الولايات، يتمتع خلال إجراءات المحاكمة الابتدائية بموقع قانوني غير قابل للمقارنة لحظة دخول القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لمتعلقات المياه الجوفية حيز التنفيذ، وهذه مسألة ستناقش فيما بعد في سياق آخر.

ب) تعالج استشارات المحكمة، زيادة على ذلك، مسألة وجوب النظر في الملكية مبدئيا، في إطار الاستعمال الممكن والمعقول من الناحية الاقتصادية، الذي يتأثر من حيث مضمونه بالقانون المدني وخاصة منها بالمادة 903 من القانون المدني. وهو أمر يؤدي أيضا إلى أمور أخرى، وتعالج المحكمة أيضا الملكية وفقا لمنطوق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي والمادة 903 من القانون المدني<sup>66</sup>.

66. القانون الاستهلاكي للمدونة المدنية.

ويبدو من هذا المنظور بأن ضوابط القانون العام المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية التي تقيد حرية الفرد في ممارسة حقه في التصرف في ملكيته وسيلة للتقييد في «حد ذاته» للحق في الملكية المضمون دستوريا. ويؤدي القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية، كما يشير إليه مشروع القرار، إلى «تدخل في مجال الحق الخاص» المائل بشكل كبير لنزع الملكية. ويتوقف القرار المتعلق بطابع نزع الملكية بالتالي على حدة و«شكل وجسامته» التدخل. ولا يمكن مع ذلك أن يؤخذ بهذه الافتراضات بشأن نزع الملكية.

والرأي القانوني القائل بأن الوضع القانوني للمالك المحدد في المادة 903 من القانون المدني قد تم تحديده في شكل نزع الملكية من قبل الأحكام العامة للقانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية، ويتوافق مع الموقف المعتمد في دستور فيمار الذي يقول بوجود نزع الملكية «إذا تأثر حق المالك في التصرف في محل ملكيته لصالح طرف ثالث» (...). ولا يتوافق هذا الرأي القانوني المتعلق الموجه لتنظيم القانون المدني للملكية حول أحكام القانون العام مع القانون الأساسي.

ويوجد مفهوم الملكية الذي يضمه القانون الأساسي في الدستور نفسه. ولا يشتق مفهوم الملكية بمنطوق الدستور من معايير القانون العادي، الذي يأتي من حيث الرتبة بعد الدستور، كما أنه لا يحدد مدى الحق المضمون للملكية، خاصة للوضع القانوني للحق الخاص.

وقد أسند القانون الأساسي للمشرع صلاحية تنظيم الملكية، التي تضمن مصالح الفرد ومصالح المجتمع (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 73/21 [ص. 83] ورقم 25/112 [ص. 117] والتي تليها] ورقم 37/132 [ص. 140] والتي تليها] ورقم 50/290 [ص. 340] ورقم 52/1 [ص. 29]) وينطوي هذا على وظيفة مزدوجة: من جهة يجب أن ينص في القانون الخاص (انظر الحكم رقم 42/20 [ص. 30] من أحكام المحكمة الدستورية) على الأحكام القانونية المناسبة المتعلقة بالتجارة القانونية والعلاقات القانونية للمواطنين فيما بينهم (على سبيل المثال لإحالة الملكية أو رهنها، حق الجوار وأيضا التعويض في حالة وقوع أضرار على الملكية من طرف الغير) ومن جهة أخرى، يجب عليه أن يراعي مصالح المجتمع - والتي تلزم أي مالك - في أغلب نظم القانون العام.

إذا تم تصور علاقات القانون المدني - كما يحدث عادة - ضمن مفهوم الحق الخاص الشخصي، فعندئذ تقف قوانين الحق العام وقوانين الحق الخاص على قدم المساواة مع الوضع القانوني للمالك. فقواعد القانون المدني المتعلقة بالملكية لا تنظم بشكل قاطع مضمون وحدود الملكية. ولا تتمتع أحكام الحق الخاص بالأولوية في إطار المادة 14 من القانون الأساسي لأحكام الحق العام التي تنظم الملكية.

ويجب، لمعرفة الحقوق التي يتمتع بها المالك في وقت معين، أن تحلل الأحكام القانونية التي تنظم الملكية والمعمول بها في هذا الوقت. ومن ثم، فإذا تبين أن المالك ليست له إمكانية محددة، فإن

لا يمكن أن يجزم بأن هذه الإمكانية تندرج ضمن حقه في الملكية. ويعتبر الشكل الذي يقصيه به المشرع بمثابة مشكل تقني تشريعي. إذا حدد الوضعية القانونية، مبدئياً بشكل عام، من أجل أن يستثنى فيما بعد في نص قانوني آخر حقوقاً معينة، فلن يمنح حينئذ للمتضرر مسبقاً سوى وضعية قانونية محددة (انظر الحكم رقم 49/382 [ص. 393] من أحكام المحكمة الدستورية).

ينشأ من بين كافة القوانين الدستورية التي تحدد مضمون الملكية موضوع ومدى الحماية المضمونة في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، ويمكن، بناء على هذا، أن تحدد أيضاً متى يحدث الحرمان من الحق القابل للتعويض.

3. يؤخذ من الوضع القانوني ما يلي :

أ) لا ترخص الأحكام القانونية المطعون فيها للسلطة التنفيذية، أن تلغي الحقوق المحمية دستورياً لملاك الأصل غير المنقول، فهي تنظم علاقة الملكية بالمياه الجوفية، وتحدد الوضع القانوني للملاك خاصة في مجال القانون هذا. ولا يملك المالك أي حق طبقاً للتنظيم القانوني الموضوعي للقانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية، - دون المساس بالاستثناءات التي ليست قيد النظر هنا - في إطار استعمال الملكية، في استعمال المياه الجوفية. ولا يستغني تطبيق القانون بالتالي عن هذا الحق.

لا يمثل رفض الترخيص لاستعمال المياه الجوفية على أساس المادة 6 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية إجراء لنزع الملكية. ويعمل ببساطة تطبيق هذا النص القانوني على تحديث التنظيم المعتمد من طرف المشرع وفقاً لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، ويقوم بنشر القيود التي تفرض على المالك لممارسة حقه في الملكية [...]

ب) يطبق استناداً لمجال التنفيذ المؤقت، تنظيم القانون العام للاستفادة من المياه على حالات الاستعمال التي يجب أن يسري مفعوله، بعد دخول القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية حيز التنفيذ. ويلاحظ بشأن ذلك عدم توقع نزع الملكية قانونياً لحق قائم سابقاً يخول المالك المال غير منقول (على غرار، مثلاً، القانون البروسي للمياه) الحق في استعمال الماء. وببساطة، فقد حدد القانون لكي يتم تطبيقه في المستقبل في جميع ربوع الفيدرالية على صعيد القانون الموضوعي، في حق الملكية. والمياه الجوفية. لا يؤدي تعديل هذا الصنف من القوانين الموضوعية إلى إلغاء الوضعية القانونية المعينة الذي تضمنه العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، كما لا يؤدي بالتالي إلى نزع الملكية.

تُطرح إشكالية نزع الملكية القانونية في حالة تعديل القانون الموضوعي إذا كان يمكن أن يمارس حق الاستعمال على أساس النظام القانوني السابق، وهذا الأخير قد تم حذفه (انظر أعلاه ج.). وفيما يتعلق بالمشكل القانوني المطروح (المادة 81 من أحكام المحكمة الدستورية) حول ما إذا كان القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لمتلكات المياه الجوفية يمثل نزع الملكية بموجب قانون «الحقوق القديمة» قيد المجادلة، وهنا، تجب الإجابة عن التساؤل مسبقاً حول ما إذا كانت الأحكام القانونية والموضوعية تتماشى مع الدستور (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 231/275 [ص. 285] ورقم 51/193 [ص. 207]). وكان لا بد من رفض دستورية تنظيمات الحق العام المتعلقة بالاستعمال، المنصوص عليها في الأحكام المذكورة، فإن الإجراءات الانتقالية التي تم إنشاؤها من أجل هذه القضايا ستفقد معناها.

### ثالثاً

ويوضح الفحص البعدي بأن الأحكام القانونية المطعون فيها تحدد بشكل مقبول مضمون وحدود الحق في الملكية.

1. يجب على المشرع أن يراعي، من أجل الاضطلاع بوظائفه تحديد مضمون وحدود قانون الملكية المسندة إليه في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 14 من القانون الأساسي، ويقرر الاعتراف بالحق الأساسي للملكية الخاصة المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، وأيضاً الوظيفة الاجتماعية للملكية المكرسة في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 37/132 [ص. 140] ورقم 52/1 [ص. 29]). ويخضع المشرع للقيود في تحديد حقوق الملكية كما أعربت المحكمة الدستورية الفيدرالية عن ذلك في عدة مناسبات.

ويكون في هذه الحالة قطعاً قد انتهكت ضمان الملكية لأن الحق في استعمال المياه الجوفية منفصل مبدئياً عن الملكية وخاضع إلى النظام القانوني للقانون العام.

أ) لا يمكن مبدئياً أن يتفرع وجوب إدراج المياه الجوفية في حق الملكية من المادة 14 من القانون الأساسي، باعتبار أن المياه الجوفية والملكية توجدان في علاقة طبيعية. ولوضع ترتيبات وفق الدستور، لا يخضع المشرع مفهوم الملكية الذي نشأ عن «طبيعة الأشياء» (انظر الحكم رقم 31/229 [ص. 248] من أحكام المحكمة الدستورية).

وتمنع ضمانات الملكية الخاصة كمؤسسة قانونية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 20/351 [ص. 355] ورقم 24/367 [ص. 389]) أن تلغى المجالات المادية للحق الخاص الذي ينتمي

المضمون الجوهري للنشاط المالي المحمي في إطار الحقوق الأساسية، وأن تلغى أو يُنتقص أساسا مجال الحرية المضمون في المادة 14 من القانون الأساسي.

غير أنه لم يستنتج من هذا أي حق قانوني يجب أن يخضع بموجب الدستور لنظام من أنظمة القانون الخاص (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 389] من أحكام المحكمة الدستورية). ويجب أن لا ينتهك ضمانات المؤسسة القانونية للحقوق الحيوية للمجتمع الخاضعة لنظام القانون العام، عوض الخاص. ويكون ذلك بهدف ضمان مصالح المجتمع البارزة وحمايتها من المخاطر (انظر الحكم رقم 24/367 [ص. 389] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية).

وتتعلق الاعتراضات المقدمة ضد التنظيم القانوني بالافتراض الخاطئ الذي يقوم على اعتقاد بأن المياه الجوفية ترتبط بالملكية بموجب الدستور.

أ) وكانت الفكرة من البداية غير دقيقة بأن أحكام القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية، تؤدي إلى «إفراغ جوهري للملكية»، نظرا لأنها تخضع كليا «للوظيفة الاجتماعية». ولا تنقص ملكية الأموال غير المنقولة بالتالي من خصائص المنفعة الخاصة والحق في التصرف (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 37/132 [ص. 140] ورقم 50/290 [ص. 339] ورقم 52/1 [ص. 31]) نظرا لكون المالك هو الوحيد الذي يمكن له استعمال المياه الجوفية إذا حصل على موافقة إدارية.

كما أن الحق في استعمال الملكية، يتعلق أولا وقبل كل شيء بمساحة الملكية، في حين أن الحصول على شرعية للاستيلاء على المواد الموجودة تحت التربة يخضع لقيود واسعة. ويخضع الحق ذاته في التصرف في ملكية عقارية واستعمالها لقيود دستورية من شتى الأنواع (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 73/21 [ص. 83] ورقم 112/25 [ص. 117]).

ولا تقتصر إمكانية الاستعمال الاقتصادي للملكية عموما على جواز استعمال المياه الجوفية فيها، أو على وجوب احتجاج صاحب الملكية للمياه الجوفية. كما لا ينبثق عن الضمانة الدستورية للملكية إمكانيات الاستعمال التي تُعد المالك بامتيازات كبيرة محتملة.

ب) كما أن الأحكام القانونية المطعون فيها أيضا لا تنتهك القاعدة الدستورية الامرة المتعلقة بالمعاملة على قدم المساواة التي تركزها الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي.

أ-أ) ولا يساير الواقع كون مبدأ المساواة من حيث الأعباء قد يُنتهك، لأن الشخص الذي لحقه الضرر بالمصادفة بسبب «التدخل» في المجال الخاص للحرية مُلزم أيضا بتحمل الأعباء المرتبطة بهذه الأخيرة. عن طريق رفض منح ترخيص للمتضرر يمنع عليه فقط تخويل حق الاستعمال - أي الامتياز - الذي لم يكن يتمتع بأي حق قانوني مُلزم، لكنه لا يُفرض عليه أي عبء.



في سياق الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي يُطرح تساؤل حول ما إذا كان مبدأ المساواة سيُنتهك إذا تم رفض حق المالك في استعماله للمياه الجوفية بحكم وجود شركة مجاور لتوزيع المياه، بينما يُعترف بهذا الحق للملاك الآخرين الذين لا توجد ملكيتهم قريبة من هذه الشركة، ويمكنهم أن يرفعوا الجرف<sup>67</sup> عن ملكيتهم. على ضوء هذا لا يكون الجواب على هذا السؤال إلا بالنفي.

كما لا يكون اعتباطيا، في مفهوم مبدأ المساواة، أن لا يرخص باستعمال المياه الجوفية الذي قد يعرض توزيع المياه للخطر. ويختلف المشروع من هذا القبيل بشكل جوهري عن الاستعمال الذي لا يتوقع منه إلحاق أضرار بالمجتمع. ولا توجد بالتالي أية معاملة غير عادلة عندما يُرفض منح الترخيص في قضية ويُمنح في أخرى [...] ]

### ج

وفقا لما هو مقرر في إجراءات المحاكمة الابتدائية، كان المدعي يستخرج الرمال بشكل لا محدود منذ 1936. ويمكن من ثم أن يتوقف قرار المنازعة القانونية على ما إذا كان القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لامتلاكات المياه الجوفية قد ألغى بطريقة مباشرة وضعا قانونيا يحمي الدستور، والحال أنه حق كان يتمتع به المدعي قبل دخول القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لامتلاكات المياه الجوفية حيز التنفيذ. ويجب في هذا الإجراء أن يتم الربط بين الفحص بعدم دستورية القانون الذي كان قائما سابقا والقواعد الانتقالية المنصوص عليها في المادة 1 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لامتلاكات المياه الجوفية.

يجب أن ينطلق الفحص بعدم الدستورية [...] لكون المالك، خلال سريان مفعول القانون البروسي للمياه، لم يكن مقيدا بالأحكام القانونية المتعلقة باستخراج الرمال، ومن أن مالك الأصل غير المنقول الذي يمنح له الحق في الاستعمال الممنوح له - والذي كان يمارسه - وفقا للقانون القديم، كان يخضع للحماية الضمانة للملكية، وسيتعارض مع مضمون الحق الأساسي الذي يخول للدولة الصلاحية، ويمنع بشكل مفاجئ وبدون فترة انتقالية الحق في مواصلة الاستفادة من الملكية الذي يتطلب استثمارات كبيرة.

والتنظيم من هذا القبيل من شأنه أن يفضي، من يوم لآخر، إلى تقليل قيمة العمل المنجز واستثمار الرأسمال، وذلك بفقدان الثقة في استقرار النظام القانوني الذي لا يمكن بدونه أن يتم القيام

67. في اللغة العربية يطلق معنى فعل جرف كسح الجاني الذي أكله الماء من حاشية النهر للمزيد، المنجد في اللغة والعلام دار الشروق، 1983، ص. 87 و88.

بهيكله الحياة الخاصة في المجال المالي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 31/229 [ص. 239] ورقم 50/290 [ص. 339]، 51/193 [ص. 217 والتي تليها]) [...]

لا يوجد ما يثير الاعتراض على أن القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية، لاستعمالات الملكية القديمة قيد المناقشة هنا لا تخول حقا في الحصول على ترخيص ولا على تعويض.

لا يمكن أن تنبثق الضمانة الدستورية لاستعمال الملكية الذي مارسه المدعي، ويجب أن يستمر هذا الحق، منذ بدايته وفي المستقبل، بدون أي قيد، ولا يمكن أيضا التدخل فيه إلا عن طريق نزع الملكية. ولقد حرصت المحكمة الدستورية الفيدرالية في عدة مناسبات على أن لا يجد المشرع نفسه، من أجل تنظيم مجال القانون، أمام خيار وجوب الاختيار بين المجال المحفوظ للوضع القانوني القديم، وبين إلغاءه مقابل تعويض.

يمكن لمشرع، في إطار العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي أن يعيد هيكله الأوضاع القانونية الفردية عن طريق أحكام قانونية انتقالية مناسبة ومعقولة، وعندما توجد دواعي المصلحة العامة، التي تغلب عليها الثقة المضمونة شرعيا (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 31/275 [ص. 285] ورقم 36/281 [ص. 293]، 43/242 [ص. 288]) [...]

ويمنح العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 17 من القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية لأصحاب الحق [...] إمكانية الاستمرار في الاستعمال لخمس سنوات من تاريخ دخول القانون حيز النفاذ دون حاجة إلى رخصة أو تعهد بالتمديد. ونظرا لدخول القانون المتعلق بوضع لائحة تنظيمية لممتلكات المياه الجوفية حيز النفاذ واحدا وثلاثين شهرا بعد صدوره، فقد كان على المتضررين انتظار ثماني سنوات للتأقلم مع الوضعية القانونية الجديدة. ويمكن، زيادة على ذلك، أن يمتد هذا الأجل إذا تم رفع طلب ترخيص أو تعهد قبل انتهائه.

وينتهي في جميع الأحوال حق الاستعمال إلى اتخاذ قرار - الذي يكون نافذا بقوة القانون - بشأن الطلب. ويمكن على هذا النحو للمدعي أن يستمر في تطهير المسطحات المائية بشكل غير محدود لمدة سبعة عشرة سنة أخرى تبتدئ من تاريخ دخول القانون حيز التنفيذ [...]

وتعتبر بالتالي الأحكام الانتقالية المتعلقة باستخراج الرمال التي بدأ العمل بها قبل دخول القانون حيز التنفيذ بمثابة أحكام قانونية مناسبة، وتأخذ بعين الاعتبار مصالح المتضرر بشكل كاف. ويطبق هذا أيضا بقدر ما يلحق الاستغلال الاقتصادي من أضرار وحمايته لا تتجاوز حماية أصله الاقتصادي.

## الحكم 132

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 361/68  
يتعلق بفسخ عقد الإيجار (الضرورة الشخصية)**

1. تتوافق 2 من المادة 564 من القانون المدني مع الحق المضمون للملكية المكرس في العدد 1 من الفقرة 1 من القانون الأساسي، وشرط المشرع حسب هذه الفقرة بوقف حق مؤجر المسكن في الفسخ على وجود مصلحة مشروعة لإنهاء العلاقة التعاقدية (الاستعمال الشخصي).
2. حول آثار ضمان الملكية على تقييم الاستعمال الشخصي.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى 8 يناير 1985 يتعلق بطعن الحماية رقم 792 و83/501**

تنظم المادة 564 (ب) من القانون المدني كنواة لقانون الإيجار الاجتماعي الحماية ضد الإنهاء المسبق للعلاقات التعاقدية بشأن المسكن، ولا تسمح بإنهاء عقد الإيجار إلا من طرف المؤجر عندما تكون لهذا الأخير مصلحة مشروعة في الإنهاء.

ويقر النص القانوني في :

المادة 564 (ب) من القانون المدني:

(1) لا يمكن للمؤجر أن ينهي العلاقة التعاقدية حول مسكن مشتمل على تحفظ بخصوص التنظيم المنصوص عليه في الفقرة الرابعة إلا إذا كانت لديه مصلحة مشروعة في إنهاء العلاقة التعاقدية.

(2) تكون للمؤجر مصلحة مشروعة في إنهاء العلاقة التعاقدية في حالة:

1. إخلال المستأجر بشكل مخالف لالتزاماته التعاقدية.
2. احتياج المستأجر إلى مكان يسكن فيه بنفسه، أو يسكن فيه أشخاص ينتمون إلى منزله أو عائلته. وإذا باع المستأجر مسكنه بعد تسليمها للمستأجر، فلا يحق للمشتري بعد أن يحتج بالمصلحة المشروعة وفقا لما هو منصوص عليه في المشار إليه في العدد 1 قبل انصرام ثلاث سنوات على الشراء.
3. يمنع استمرار الإيجار، على المؤجر أن يبيع الأصل غير المنقول وسيتحمل الضرر الاقتصادي المعتبر.

(3) [...]

(4) يحق للمستأجر في حالة إبرام عقد إيجار بشأن مسكن في عمارة تحتوي على منزلين على الأقل يسكن فيها المؤجر نفسه، أن يفسخ عقد الإيجار ولو في غياب افتراضات العدد 1 [...]

من (5) إلى (7) [...]

## أولا

1. تُوقَف المادة 564 (ب) من القانون المدني الممارسة الفعلية في الفسخ على وجود مصلحة مشروعة في إنهاء العلاقة التعاقدية. وينظم الحكم بشكل عام ومجرد حق المالك في التصرف في المساكن المستأجرة ويحدد مضمون وقيود الملكية وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 1/52 [ص. 27] ورقم 58/300 [ص. 330 والتي يليها]).

يسند إلى المشرع، من أجل القيام بوظائفه المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، أن يقوم بإقرار النموذج الاجتماعي الحقيقي، الذي تنشأ عنه عناصره القانونية، من جهة يقرر الاعتراف بالملكية الخاصة كحق أساسي منصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، ومن جهة أخرى يقر المبادئ التوجيهية الملزمة المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 25/112 [ص. 117] ورقم 1/52 [ص. 29]).

وتتميز الملكية الخاصة وفقا لما هو منصوص عليه في الدستور من حيث مضمونها القانوني بخاصيتي: المنفعة الخاصة، والحق في التصرف فيها (انظر الحكم رقم 31/229 [ص. 240] من أحكام المحكمة الدستورية مع مزيد من الشروحات). غير أن استعمالها يجب أن «يخدم أيضا المصلحة العامة للمجتمع». ويجب بالتالي أن يكون للملكية الخاصة وظيفة اجتماعية (انظر الحكم رقم 37/132 [ص. 140] من أحكام المحكمة الدستورية).

ويزداد من ثم مدى صلاحية المشرع في تحديد المضمون والقيود على الملكية الخاصة كلما كان محلها خاضعا للوظيفة الاجتماعية. ويؤدي منطوق ما هو مكرس في الفقرة 2 من المادة 14 من القانون الأساسي بأنه لا يظل الاستعمال والتصرف، في جميع الأحوال، في سيطرة المالك، بل يمكن أن يشمل مصالح أشخاص آخرين يستخدمون أيضا محل الملكية (انظر الحكم رقم 50/290 [ص. 340 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية).

وتبعا لهذه الافتراضات، فالوظيفة الدستورية لاستعمال الملكية الخاصة الذي يخدم الصلحة العامة، تعني ضمان الحق لغير المالكين الذين يستعملون محل الملكية لضمان حريتهم وهيكلة حياتهم بشكل مسؤول (انظر الحكم رقم 37/132 [ص. 140] من أحكام المحكمة الدستورية). ويجب، حتى عند وجود إمكانية إخضاع الملكية لقيود واسعة، أن يفرض ضمان الحق المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، للحفاظ على علاقة وجوهري الملكية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 42/263 [ص. 295] ورقم 50/290 [ص. 341]).

ويكون من وظائف المشرع، في سياق أداء واجب التنظيم طبقاً للفقرة 2 من المادة 14 من القانون الأساسي، أن يراعي بشكل مماثل ضمان الحق المنصوص عليه في العدد 2 من المادة 14 رقم 1 من القانون الأساسي، ويضمن الوظيفة الاجتماعية للحق في الملكية وفقاً للفقرة 2 من المادة 14 ويوازن أيضاً مصالح كافة المشاركين الجديرة بالحماية (انظر الحكم رقم 25/112 [ص. 117 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية).

ويمكن، بنفس الطريقة التي يحمي بها ضمان الحق في الملكية، أن يراعي الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 14 ويمكنه أن يبرر التقييد المفرط للحقوق الخاصة التي لا تقرر الوظيفة الاجتماعية للملكية (انظر الحكم رقم 37/132 [ص. 141] من أحكام المحكمة الدستورية) (انظر أيضاً الحكم رقم 58/137 [ص. 148] من أحكام المحكمة الدستورية).

ويمثل تقييد حق المؤجر لمسكن في حرية الفسخ، بناء على مقتضيات المصلحة المشروعة لتقييداً لحق المالك في حرية التصرف. وتكمن الوظيفة الاجتماعية للملكية في كونها لن تكون رهن إشارة التصرف بشكل غير محدود، وينظر إليها على أنها محور تركيز حياة المستأجر. ولن يكون ممكناً لأغلب السكان أن يملكوا مسكناً إلا حسب إمكانياتهم، وبالتالي يضطرون إلى استئجار مسكن (انظر في هذا السياق الحكم رقم 38/348 [ص. 370] من أحكام المحكمة الدستورية).

ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار التكاليف المنظمة، غير الكبيرة ولا المقلقة التي ينطوي عليها تغيير المسكن للمستأجر من الناحية الشخصية والعائلية والاقتصادية والاجتماعية (انظر مبررات مشروع الحكومة، منشورات البرلمان الألماني (البوندستاغ) 7/2011 ص. 7).

يأتي تقييد الحق في الفسخ في الحالات التي تكون فيها للمؤجر مصلحة مشروعة في إنهاء العلاقة التعاقدية عن طريق النص القانوني الذي يحمي المستأجر الذي يثق في العقد، ضد الفسخ التعسفي، وبالتالي ضد فقدان مسكنه (انظر مبررات مشروع الحكومة، منشورات البرلمان الألماني (البوندستاغ) 7/2011 ص. 7 وأيضاً تقرير اللجنة، منشورات البرلمان الألماني (البوندستاغ) 7/2638).

لا يمكن أن يعترض على الاستبعاد التعسفي المعتمد بدون سبب موضوعي، من المنظور الدستوري؛ لأن هذا النوع من الممارسة لحق الملكية لا يتمتع بالحماية الدستورية نظراً لأهمية المسكن للوجود الإنساني. ولا تؤدي أيضاً المادة 564 (ب) من القانون المدني إلى تقييد مفرط للحقوق المضمونة في القانون الخاص، والتي لا تندرج ضمن مفهوم الوظيفة الاجتماعية للملكية. فلا يتدخل هذا النص القانوني في العلاقات، ولا في جوهر الملكية، وإنما تراعى مصالح المالك الجديرة بالحماية كلما كان ممكناً إنهاء العلاقة التعاقدية على أساس الضرورة الخاصة.

زيادة على ذلك، تسند المادة 564 (ب) من القانون المدني للمالك الحق في أن يفسخ العقد دونما حاجة إلى وجود مصلحة مشروعة، في الحالة الخاصة التي يكون فيها التفاهم مع المستأجر ضيقا جدا، الأمر الذي تتأثر معه حياته ومنزله بشكل عميق ومباشر، وقد راعى المشرع في هذه الحالة أيضا أن يكون المسكن هو مركز وجوده هو كما هو الحال للمستأجر. وأخيرا، فمن خلال المادة 564 (ب) من القانون المدني، لا يوجد أي تأثير على حق المؤجر في إنهاء العلاقة التعاقدية في حالات خاصة (المادة 553 والتي تليها من القانون المدني).

يمكن، كخلاصة، التأكيد على أن يراعى المشرع وضع المادة 564 (ب) من القانون المدني، كما ينبغي أن تراعى مصالح المستأجر. فالمحابة أو الضرر الأحادي، بهذه الصفة لن يتسق مع المفهوم الدستوري للملكية الخاصة ذات الوظيفة الاجتماعية (انظر في هذا السياق الحكم رقم 38/348 [ص. 370] من أحكام المحكمة الدستورية)، لا وجود له هنا [...]

### الحكم 133

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 100/226 يتعلق بحماية المعالم الأثرية

1. لا تتوافق الأحكام القانونية التي تحمي المعالم الأثرية التي تحدد مضمون وقيود الملكية، مع ما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، إذا لم يتم استبعاد الأعباء غير المتساوية للمالك ولم تقرر أي إشارات لتفادي هذا النوع من القيود على الملكية.
2. تكون قواعد التوازن التي تهدف إلى ضمان مبدأ التناسب في حالات صعوبة جدا، وقواعد غير كافية عندما تقتصر على منح المعنى حقا في التعويض. ويقتضي ضمان تحقيق الاستقرار المكرس في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي قبل كل شيء أن تُعتمد الأحكام القانونية التي تحول فعلا دون إثقال كاهل المالك وتسمح بالحفاظ على الانتفاع بملكيته على قدر المستطاع.
3. يجب على المشرع عند تحديد مضمون وقيود الملكية، أن ينظم شكل ومدى التعويضات بغية تجنب إثقال كاهل المالكين غير المتناسبة على صعيد السياسة العامة، ويجب على الإدارة عند تحديثها للقيود على الملكية، أن تثبت في نفس الوقت - على الأقل مبدئيا - في التعويضات المطلوبة، كما يجب على المشرع أن يضع على ذلك الافتراضات.
4. يتعارض ما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الحماية والاعتناء بالمعالم الأثرية لراينلاند فالز مع ضمان الحق في الملكية المكرس في الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

## الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 12 مارس 1999 يتعلق بطعن الحماية رقم 91/7

### الأسس

أ

تتعلق المسطرة بمسألة ما إذا كان يتوافق مع ضمان الحق في الملكية، لأن المشرع لم يأخذ بعين الاعتبار مصالح المالك لاتخاذ القرار في حذف نصب تذكاري.

#### - I -

تعتبر في راينلاند فالز مآثر تاريخية «أشياء من الماضي» التي تحظى باهتمام عام وتاريخي وثقافي للمحافظة عليها والاعتناء بها، وفقا للمادة 3 من قانون الدولة لحماية المآثر الثقافية والاعتناء بها ولا يسمح بإلغاء أثر ثقافي إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة وفقا للفقرة 1 من المادة 13. ولم تؤخذ بعين الاعتبار مصالح المالك.

المادة 13 : الترخيص بإجراء تعديلات وتوجيهات للإصلاحات.

(1) بناء على ترخيص مسبق، فالمعلمة التاريخية يمكن أن تكون :

1. قد تم تفكيكها أو إسقاطها أو تجزيئها أو سحبها.
2. قد تم تحويل هيكلتها أو تغييرها.
3. قد تم الإضرار بشكل عرضها بشكل دائم.
4. قد تم سحبها من مكانها.

ولا يمكن في الحالات المنصوص عليها في الفقرة 1 أن يمنح الترخيص إلا عندما تسود متطلبات أخرى لها علاقة بالمصلحة العامة والمصلحة في حماية المآثر والاعتناء بها. ويجب في هذه الحالة أن تفحص إمكانية تلبية الاحتياجات الملحة للمصلحة العامة بشكل آخر.

من (2) إلى (6) [...]

يجب على الدولة أن تعوض المالك إذا كان لا يستطيع الاستمرار في استعمال ملكيته بالشكل الذي كان يستخدمها به حتى الآن بسبب إجراء متعلق بالقانون حول الآثار، وإذا لاحظ أن المزايا الاقتصادية للملكية قد تم تقييدها بشكل كبير وفقا للعدد 1 من الفقرة 1 من المادة 31. ويجب أن ينص القانون أيضا على تعويض ملائم للحالة التي يعمل فيها الإجراء المرتبط بحماية الآثار «بطريقة مماثلة للتي تعمل بها نزع الملكية» (العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 31).

## ثانيا

1. تملك الطاعنة في دعوى المحاكمة الابتدائية، شركة صناعية مكونة كشركة مالية (ويشار إليها فيما يلي بالطاعنة)، فيلا بنيت في أواخر القرن الماضي، وكانت تُستخدم كمسكن للمدراء، وتشمل منطقة صالحة تبلغ مساحتها تسعمائة وخمسين كيلو مترا مربعا [...]

وأعلن سنة 1983 بأن الفيلا توجد رسميا تحت الحماية [...]

3. رفضت السلطات في نفس الآن الذي تم فيه إعلان الحماية، الطابع الخاص للفيلا، وطالبت الطاعنة ترخيصا للهدم على أساس القانون المتعلق بالآثار. لم تكن هناك دواعي مصلحة عامة يمكنها تبرير الترخيص. لم يكن ممكنا أن يؤخذ بعين الاعتبار عدم إيجاد أي فائدة من وراء البناء وكون صيانة الملكية بسبب ارتفاع التكاليف للمحافظة عليها غير مجد من الناحية الاقتصادية من أجل البت وفقا للعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها.

لم يفشل الطعن والطلب.

وأوقفت محكمة الاستئناف إجراءات المحاكمة وفقا للفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي وأحالت إلى المحكمة الدستورية الفيدرالية طلبا عن العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها بتاريخ 23 مارس 1978 (جريدة القوانين، ص. 159) واعتبرته غير دستوري لأنه يحدد في حالة العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها، لا يمكن أن يعطي الترخيص إلا عندما تسود الاحتياجات الأخرى للمصلحة العامة على مصالح حماية الآثار والاعتناء بها [...]

## ت

تعارض القاعدة القانونية الخاضعة للفحص مع الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

## - I -

1. في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها المتعلقة بمضمون وقيود الملكية التي يجب أن تحلل على أساس الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، وليس على أساس الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي.

وتتدخل الدولة في نزع ملكية الفرد. وهذا التدبير يهدف بالتالي إلى الإلغاء الكامل أو الجزئي لأوضاع قانونية معينة تحمي من خلال الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي بهدف القيام



بوظائف عمومية محددة (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 56/249 [ص. 276 والتي بعدها] - الآراء المتباينة - ورقم 70/191 [ص. 199 والتي تليها] مع مزيد من التفاصيل ورقم 71/137 [ص. 143] ورقم 72/66 [ص. 176]).

ويتم ذلك بموجب القانون الذي يحرم مجموعة محددة من الأشخاص من حقوقهم في الملكية - نزع الملكية قانونية - أو بإجراء تنفيذي ذي طبيعة إدارية على أساس قانوني يسمح لهذا النوع من التدخل - نزع الملكية إدارية - (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 52/1 [ص. 27] ورقم 58/300 [ص. 330 والتي تليها]، الأحكام القضائية المتكررة).

ولا توجد هذه الافتراضات في هذه الحالة، فلا الأحكام القانونية الخاضعة للفحص، المتعلقة بوجود طلب ترخيص لسحب الآثار الثقافية المحمية، ولا رفض الترخيص في حد ذاته يمثلان نزع الملكية بالمفهوم المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي.

ولا يلغي التنظيم القانوني أي حق للملكية للقيام بوظائف عمومية محددة، بل إنه يقيد هذا الحق بشكل عام ومجرد من أجل استعمال بناءة قد تم قطع الأثر الثقافي فيها، ويقوم إجراء الرفض بتحيين هذا التقييد. وبالتالي، فالعدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها يحدد مضمون وقيود الملكية بالمفهوم المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

وتصنيف هذه الأحكام القانونية منفصل بشكل حاد عن الأحكام التي كان سيرهن بها صاحب الحق، ولا هذه الأحكام القانونية السارية، في الحالات التي تكون فيها آثار التدخل على المتضرر قريبة أو مماثلة لنزع الملكية (انظر الحكم رقم 83/201 [ص. 211 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية).

ونظرا لوجوب دراسة وتحليل دستورية الأحكام القانونية قيد الفحص على أساس الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي المرتبطة بالفقرة 2 من القانون الأساسي، يُطبق ما هو مطلوب وفقا للعدد 2 من الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي، الذي يعني: يجب على قانون نزع الملكية أن ينظم في نفس الوقت شكل ومدى التعويض، وينظم أيضا الإجراءات القضائية المنصوص عليها في العدد 4 من الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي.

يجب على المشرع، من أجل تحديد مضمون وقيود الملكية بالمفهوم المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، أن يراعي بشكل متساو ومتوازن مصالح المالك الجديرة بالحماية والمصلحة العامة، ويجب لهذا الغرض أن يأخذ بعين الاعتبار كافة الأحكام الدستورية الأخرى، ويخضع صلاحياته بشكل خاص لمبدأي التناسب والمساواة المكرسين في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي.

ولا تعتبر مصلحة المجتمع فقط هي الأساس، وإنما هي حد للأعباء المفروضة على الملكية، ولا يمكن للقيود المفروضة على حقوق المالك أن تتجاوز هدف الحماية التي من أجلها وُضعت القواعد القانونية، ولا يمكن أيضاً أن تقوض جوهر ضمان الحق في الملكية، ويندرج ضمن الحق في الملكية، الحق في المنفعة الخاصة، ومنح محل الملكية لصاحب الحقوق التي تدعم المبادرة الخاصة للاستعمال وأيضاً الحق الأساسي في التصرف في الممتلكات موضع الملكية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 70/191 [ص. 200] ورقم 79/174 [ص. 198] ورقم 87/114 [ص. 138] والتي تليها) ورقم 91/294 [ص. 308].

وتخضع صلاحيات المشرع التنظيمية لعدة قيود. وبقدر ما تضمن الملكية الحرية الشخصية للفرد في المجال المالي، فهي تتمتع بحماية خاصة (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 42/263 [ص. 294] ورقم 50/290 [ص. 340] ورقم 70/191 [ص. 201] ورقم 95/64 [ص. 84]). وستكون حرية التنظيم التي يتمتع بها المشرع كبيرة حسب الوظيفة الاجتماعية للملكية، ويكون في هذه النقطة بالذات معنى حاسم لخصائصها ووظائفها (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 53/257 [ص. 292]).

ويجب، في هذا الإطار، أن تحمل مبدئياً حدود قانون الملكية كمنع للوظيفة الاجتماعية للملكية وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 14 من القانون الأساسي، بدون أي تعويض. وإذا تجاوز المشرع في تحديده لمضمون وقيود الملكية الحدود المشار إليها سابقاً، فلن يكون عندئذٍ للتنظيم القانوني أي أثر (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 52/1 [ص. 27] والتي تليها). وتعتبر القيود أو الأعباء المستندة إلى هذا التنظيم غير قانونية، ويمكن التصدي لها عن طريق الحماية الأولية للحق. ولا ينشأ على أساس الدستور الحق في التعويض (انظر الحكم رقم 58/300 [ص. 320] من أحكام المحكمة الدستورية).

## ثانياً

لا يتوافق، وفقاً لهذه المبادئ، العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها مع الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

1. يقيد التنظيم القانوني الذي لا ينص على مراعاة مصالح المالك - بخلاف قوانين حكومية أخرى حول المآثر - بشكل غير متناسب وعميق على حقوق المالك المتضرر بسببه في حالات محددة.

أ) تمثل حماية الآثار الثقافية مصلحة تشريعية مشروعة، ويؤدي الاعتناء بالمآثر وظيفية سامية لفائدة المصلحة العامة، الأمر الذي يبرر التنظيمات القانونية المقيدة بالمفهوم المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من القانون الأساسي.

ب) تكون أسس الترخيص الواقعية المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 13 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها مناسبة وضرورية لتنفيذ أهداف القانون [...]

ت) لا يؤدي عموماً تطبيق الأحكام القانونية أيضاً إلى إثقال كاهل المالك بشكل غير متناسب وبالمفهوم الضيق. ولا يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة في الحفاظ على المآثر المحمية إلا عن طريق فرض واجبات على مالك الأصل وعلى البناية الذي ترتبط ملكيتها كلياً بأداء الوظيفة الاجتماعية. وينشأ هذا عن الطبيعة الترابطية بين وضعية وطبيعة الملكية (أنظر الحكم رقم 94/1 [ص. 4] من أحكام المحكمة الإدارية الفيدرالية والحكم رقم 105/15 [ص. 18] من أحكام القضائية المدنية للمحكمة العليا الفيدرالية على التوالي مع مزيد من الشروحات والحكم رقم 87/114 [ص. 252] من أحكام المحكمة العليا الإقليمية لبافاريا والأوراق الإدارية لبافاريا).

لا يكون منع الهدم الحالي للمعلمة إلا مقيداً. ونظراً للمكانة السامية التي تتمتع بها حماية المآثر وبمراجعة المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من القانون الأساسي، يجب على مالك الأرض أن يقبل باحتمال أن يمنع من استعمال الملكية استعمالاً نفعياً.

ولا تحمي الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي الاستعمال النفعي للملكية (انظر الحكم رقم 91/294 [ص. 310] من أحكام المحكمة الدستورية).

ج) يحدث مع ذلك شيء آخر في الحالة التي يترك فيها الأثر الثقافي المحمي لإمكانية عملية للاستعمال. ويمكن أن يحدث هذا عند تراجع الاستعمال الأصلي بسبب تغير الظروف، وعند عدم قدرة المالك على استعمال الأصل بطريقة أخرى مناسبة أكثر. عندما لا يستطيع مالك الأثر أن يستعمله فلا يمكن عملياً أيضاً أن يبيعه، وتفيد عندئذ كلياً أي إمكانية للحصول على منفعة خاصة. وإذا تم قبول واجب الحفاظ القانوني فالحق إذن سيكون عبئاً ينبغي على المالك أن يحمله على أساس المصلحة العامة دون أن يتمتع بمزايا الاستعمال الخاص.

ويشبه الوضع القانوني للمتضرر الذي لا تصلح فيه كلمة «الملكية» لأي شيء. فرفض الترخيص للهدم لم يعد معقولاً إذا كانت المصلحة العامة، في نظر المشرع، تتطلب الحفاظ على الأثر الثقافي المحمي، كما هو الحال للبنائيات ذات الأهمية التاريخية والثقافية الكبيرة، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا عن طريق نزع الملكية (الفقرة 1 من المادة 30 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها).

إلى أين تصل حدود ما هو معقول بالخصوص وإلى أي حد يتضرر الملاك بسبب المعايير المعروضة هنا للفحص؟

لا يسع المقام للإجابة عن هذا التساؤل الآن. فعدم توافق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 30 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها للدستور، يرجع إلى أن القاعدة القانونية

لا تقصي إمكانية إرهاب المالك بشكل غير متناسب ولا تتوقع أي نوع من الأحكام لتفادي هذا النوع من التدخلات في الملكية.

2. لا يعدل العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 31 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها مسألة منع الهدم - في حالات محددة - ولن يكون متناسبا. ويجب على الدولة، وفقا لهذا الشرط، أن تمنح تعويضا مناسباً، عندما لا يؤثر الإجراء الصادر على أساس قانون حماية المآثر على الاستعمال الممنوح إلى حد الآن للملكية (العدد 1/ى) والذي يعمل رغم ذلك («بطريقة أخرى») كنزع الملكية.

ويمكن للمشرع بالتأكيد عن طريق إجراءات التوازن، أن يجنب (أ) الآثار غير المعقولة في التنظيم القانوني الذي يحدد مضمون الملكية، ولو كان ذلك بشكل غير محدود. غير أن العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 31 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها، لا يمكنها أن تؤدي هذه المهمة، لأنها لا تلبى (ت) المتطلبات التي يجب أن تستوفيها القواعد القانونية المتعلقة بالتعويض (ب).

(أ) يمكن أن تكون الأحكام المتعلقة بالمضمون والقيود - التي تم اتخاذها من طرف المشرع وحدها بشكل مؤقت، لكنها تكون متعلقة بالتدابير التعويضية - متسقة مع الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي.

أ- (أ) لا يمنع على المشرع أن يفرض، في الحالات الصعبة، التدابير التقييدية المفروضة على الملكية التي يعتبرها ضرورية للمصلحة العامة عندما يتم تفاديها عن طريق إجراءات تعويضية الأعباء غير المتناسبة التي تنتهك مبدأ المساواة، ويراعي بشكل كاف الثقة الجديرة بالحماية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 35/137 [ص. 149 والتي تليها] ورقم 79/174 [ص. 192] ورقم 83/201 [ص. 212] والتي تليها). ويمكن عن طريق هذا التوازن أن يحقق في حالات معينة دستورية تحديد الملكية بشكل غير متناسب أو غير متساو وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 79/174 [ص. 192] ب-ب من أحكام المحكمة الدستورية)

ب- (ب) لن تكون معايير التوازن بصفة عامة وسيلة مقبولة من المنظور الدستوري، لكي تتماشى مع الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي ولا مع القيود غير المتناسبة المفروضة على الملكية. ويجب أن تضمن القواعد القانونية التي تحدد مضمون وحدود الملكية، ولو بدون قاعدة تعويضية، لكن تضمن جوهر الملكية وتحقق مبدأ المساواة، وحين يؤدي تطبيق القانون بشكل خاص إلى إنقال كاهل المالك بطريقة غير معقولة، يمكن أن ينظر في قواعد التوازن من أجل ضمان التناسب والمساواة لضحايا انتهاك مبدأ التناسب الاستثنائي.

ت-ت) لا تساعد التدابير التعويضية، أخيراً، في الحالات التي لا يمكن أن تحقق لا بواسطة وسائل تقنية أو إدارية توازناً يتناسب مع مبدأ التناسب، ويقوم بالتالي بتحليل على ضوء الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي. ويمكن لوضع كهذا أن يدرج ضمن النقاط قيد المناقشة هنا، إذا أوليت للحفاظ على المآثر - في وضعية محددة - قليلاً من الأهمية أمام مصالح المالك، التي يجب وبطريقة خاصة أن تكون جديرة بالحماية، وأن لا تكون ذات طبيعة مالية صرفة. ويكون القانون في هذه الحالات الصعبة ملزماً بالسماح بهدم المعلمة في إطار حكم الإعفاء لكي تكون، على هذا النحو، متماشية تماماً مع الحق المضمون للملكية.

ب - ينبغي أن تستوفي قواعد التوازن، في إطار تطبيق العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، الشروط الآتية:

أ-أ) تستوجب أساساً قانونياً. ويكون تحديد مضمون وحدود الملكية مجالاً محفوظاً للمشرع، فهو وحده الذي يملك صلاحية إصدار قوانين تضع الحدود الدستورية لمضمون الملكية، ويمكنه إذا صرح أن يمنع إذا لم يثق في قدرة الإدارة أو المحاكم على تفادي انتهاك الحق المضمون للملكية في حالة محددة، ويقرر تدابير وقائية أو على إعانات نقدية. ولا يتم دعم المطالبة بالتعويض إلا بموجب قانون دونما حاجة إلى النظر في قواعد الميزانية التي يتم إصدارها من طرف البرلمان.

ب-ب) لا تعتبر بصفة خاصة مساطر التوازن التي تضمن مبدأ التناسب في حالات صعبة بشكل خاص، وسيلة مقبولة دستورياً، إذا اقتصر على منح المتضرر الحق في تعويض نقدي. ويقضي ضمانة الاستقرار المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، أن تتخذ التدابير الوقائية التي من شأنها أن تحول حقيقة دون إرهاب المالك بشكل غير متناسب، وتسمح له على قدر المستطاع باستعمال الملكية.

ويتوفر المشرع لهذا الغرض على قواعد انتقالية وأحكام الاستثناء والاستطلاع وأيضاً إمكانية تطبيق بعض الإجراءات التقنية والإدارية. ويمكن، إذا استحال تحقيق هذا التوازن في حالة خاصة - أو أن ذلك ممكن فقط بتكاليف باهضة - في هذه الحالات، أن ينظر في منح تعويض مالي للمالك، أو تدفع إليه القيمة التجارية من ميزانية الدولة.

ت-ت) يجب على المشرع، عند إقرار النص على مضمون وحدود الملكية، أن ينظم أيضاً، على مستوى السياسة العامة، افتراضات، وشكل ومدى التوازن لتجنب فرض وضعيات قانونية غير مناسبة، ويجب على الإدارة عند تحيين القيود المفروضة على الملكية، أن تبت على الأقل على أساس التوازن المطلوب (في نفس السياق، هرمس الجريدة الجديدة للقانون الإداري، 1990، ص. 733 والتي تليها).

ويمكن للمالك الذي يعتبر إجراء إداريا غير متناسب ويُضِر بحقه الأساسي المكرس في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي، أن يطعن فيه عن طريق التقاضي. وإذا قَبِل بأن يظل هذا الأخير نافذاً، فعندئذ لن يكون بإمكانه المطالبة بتعويض كتوازن في إطار العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 58/300 [ص. 324]).

ويجب بالتالي على المشرع أن يضيف قواعد القانون الموضوعي الخاصة بالموازنة عن طريق أحكام قانون المسطرة المدنية التي تضمن البت، في نفس الوقت مع الإجراء الإداري الذي يحين قيود الملكية، ويجب في التوازن في حالة معينة أن يُضمن للمالك الخاضع للضريبة الحق في الدعاوى القانونية، في حالة تعويض مالي على الأقل.

لا يستجيب الشرط المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 30 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها بهذه المقتضيات، ومن جهة لم ينص على الاستفادة من عدم دستورية الملكية، ويجب من جهة أخرى، أن يتفادى عن طريق المساطر الاستثناء والاستطلاع والإجراءات التقنية أو الإدارية.

كما أنه لم ينظم الإجراء الإداري بشكل كاف الحماية القانونية للمتضرر، ولم يؤخذ بعين الاعتبار ما سبقت الإشارة إليه. وهذا يكفي للنظر في أنه لا يُعول على أساس دستوري كاف لموازنة التدخلات غير المتناسبة التي تم القيام بها على أساس العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 30 من قانون الولاية لحماية الآثار الثقافية والاعتناء بها.

ويحق للمحاكم الابتدائية أن تبث فيما إذا كان هذا النص القانوني - الذي لا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار كأساس للتعويض عن نزع الملكية، وفقا لما هو منصوص عليه في العددين 2 و3 من الفقرة 3 من المادة 14 من القانون الأساسي ولا كميّار للتوازن في إطار التحديد القانوني لمضمون وحدود الملكية وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 14 من القانون الأساسي - يخضع لنصها الصريح، ولنسقية القانون وإرادة المشرع مازال يحافظ عليها في مجال التطبيق [...].

### الحكم 134

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 93/121 يتعلق بوحدة الضريبة

1. إذا حدد المشرع ضريبة وحيدة تطبق على الأموال الخاضعة للضريبة بأكملها، فلن يمكن عندئذ أن تضمن الضرائب الموحدة إلا على أساس حساب الوحدات الاقتصادية التي يمكن تقييمها. ويجب بالتالي أن يرتبط أساس هذا الحساب من الناحية المادية بإنتاجية الوحدات الاقتصادية، كما يجب أن تتأقلم قيمه مع الواقع.

2. تقييد حدود الضريبة على صافي الممتلكات عن طريق فرض ضرائب على الدخل والثروة، والضريبة على الدخل في المجال العقاري. ويستهدف التمييز المنصوص عليه على أساس الحق في المساواة حدود العبء الضريبي الشامل على صافي الممتلكات.
3. لا يمكن أن تقترب الضريبة على الممتلكات إلا فيما يتعلق بالأرباح، حيث يكون العبء الضريبي للفحص النمطي للإيرادات والنفقات القابلة للخصم وبعض الإعفاءات في منطقة وسيطة بين الميزانية العامة والخاصة.
4. يجب على المشرع، استنادا إلى المعلومات المفصلة عن الضرائب على الموجودات، أن يحمي في جميع الأحوال الأسس الاقتصادية لنمط الحياة الشخصية تجاه الضريبة على الأرباح.
5. تفرض حماية الزواج والعائلة وفقا للفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي بقدر إمكانية العثور على الملتزمين بدفع الضريبة على الممتلكات في إطار الزواج أو الأسرة، حيث يوجد أساس اقتصادي مشترك - عال - ويجب على المشرع أن يراعي استمرار هذا الزواج وهذه العائلة.

### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 22 يونيو 1995

#### الأسس

يجب أن يحدد العبء الكامل من خلال فرض الضرائب على شراء الممتلكات والأصول، ويستعمل المشرع الأصول بشكل منفصل على نحو يضمن المساواة في الأعباء، ويجنب العبء المبالغ فيه. ومن ثم يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار بأنه لا يمكن للمشرع أيضا أن يتدخل بناء على سلطته التقديرية في الممتلكات الخاصة. ويحق لأصحاب الحقوق دستوريا أن يحافظوا على أرباح المشتريات، والحصول على الأوضاع القانونية التي اكتسبت قيمة مالية (انظر الحكم رقم 87/153 [ص. 169] من أحكام المحكمة الدستورية).

لا يفرض تساوي جميع البشر أمام القانون وفقا للفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي، مساهمة متساوية من طرف جميع المواطنين في تمويل الأعباء المشتركة، وإنما يفرض، أن يساهم كل مواطن في تمويل الوظائف الحكومية حسب قدرته المالية، من حيث تطبيقه في مجال معين في القانون الضريبي الحالي. ولم يقرر المشرع عدم إجبار الأفراد حسب قدرتهم الشرائية، بل حسب الممتلكات الاقتصادية التي اكتسبوها. أما من يعمل بمهنته للحصول على مداخيل من خلال عمله بصفة عامة فلن يُرهن بالضرائب.

3. تقييد الحدود الدستورية على الضريبة على الممتلكات عن طريق فرض ضرائب على الدخل والثروة. ويحدد التدخل الضريبي في الذمة المالية، وتوجه هذه الحدود إلى العبء الضريبي الكامل

على الممتلكات على أساس الحق في المساواة، وهذا يجعل الغرفة مختصة بالنظر في الضريبة على الدخل وفي المسطرة الحالية أيضا والنظر في الضريبة على صافي الممتلكات كمعيار أساسي لتفحص مدى دستوريتها :

أ) تستهدف الضريبة على صافي الممتلكات كضريبة تنازلية الثروة التي تظل ثابتة كقاعدة عامة على الدخل المرهون الذي تم إنشاؤه. وتتدخل هذه الأخيرة في حرية العمل المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي التي يقصد بها إمكانية التصرف واستعمال الثروة المرتبطة بتطوير الشخصية في المجال المالي وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 14 من القانون الأساسي.

وهذا يعني أن الحق في الحرية المحمية لا يكون إلا محدودا، حسب قدرة الملزمين بالضريبة للمحافظة على حصيلته أنشطتهم في الميدان الاقتصادي وكتعبير عن المنفعة الخاصة للاقتناء، وللحق الأساسي في الحصول على الوضع القانوني للقيم المالية التي تم إنشاؤها (انظر الحكم رقم 87/153 [ص. 169] من أحكام المحكمة الدستورية). وإعارة وضع القيم المالية القانونية للمالك ولجوهر الملكية يجب أن تظل محمية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 42/263 [ص. 295] ورقم 50/290 [ص. 341]).

ب) طبقا لهذه المعايير ونظرا لشروط القانون الضريبي الحالي الذي يربط الثروة بالضرائب على الدخل وعلى الأرباح، ويخضعها زيادة على ذلك لضرائب غير مباشرة. فلم يبق هناك مجال - وفقا للدستور - لضريبة إضافية. ولا يمكن أن تحدد أبعاد الضريبة على صافي الممتلكات إلا بالقدر التي لا تمس مساهمتها من خلال الأعباء الضريبية الاستثنائية بجوهر الثروة، أو أساسها وبقدرتها على أداء المداخل الممكنة المنشودة بشكل عام. وعلى نحو آخر، فالضريبة على الثروة من نتائجها نزع الملكية التدريجية التي سترهن بشكل مبالغ فيه الملزمين بالضريبة، وستضر أساسا بالعلاقات المالية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 14/221 [ص. 241] ورقم 82/159 [ص. 190]، الأحكام القضائية المتكررة).

## خمسة عشر : الجنسية وتسليم المجرمين وحق اللجوء

ينص القانون الأساسي في:

### المادة 16

الفقرة 1 : لا يمكن أن يحرم أحد من الجنسية الألمانية، ولا تفقد الجنسية إلا بمقتضى قانون، ولا يجرى المعنى ضد إرادته من الجنسية.



**الفقرة 2 :** لا يمكن أن يتم تسليم أي ألماني إلى دولة أجنبية. ويمكن مع ذلك أن يقرر القانون تبادل تسليم المجرمين إلى إحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، أو إلى محكمة دولية، شريطة احترام دولة القانون<sup>68</sup>.

## المادة 16/أ

**الفقرة 1 :** سيتمتع المتابعون سياسياً بحق اللجوء.

**الفقرة 2 :** لا يمكن أن يستند على الفقرة 1 من هذه المادة لأي دولة من إحدى الدول الأعضاء للمجموعات الأوروبية، أو من دولة أخرى لكن تضمن تطبيق الاتفاقية الدولية حول النظام الأساسي للاجئين، وتضمن أيضاً تطبيق الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ويحدد القانون الذي يوافق عليه مجلس البرلمان الدول من خارج المجموعات الأوروبية التي تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة. ويمكن أن تخضع الإجراءات التي يترتب عنها إنهاء الإقامة إلى طعن قضائي.

**الفقرة 3 :** يمكن أن يحدد بمقتضى قانون، يقتضي موافقة مجلس البرلمان عليه، الدول بناء على الوضعية القانونية، وتطبيق القانون بها، والأوضاع السياسية العامة. ويظهر ضمان عدم وجود المتابعات السياسية، ولا العقوبات أو المعاملات غير الانسانية، أو المهينة. وتفرض أن الأجنبي القادم من هذه الدول لا يعاني من متابعة سياسية في بلده، إلا إذا قدم أدلة تؤكد أنه متابع سياسياً.

**الفقرة 4 :** لا يوقف تنفيذ الإجراءات التي تضع حدا للإقامة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من هذه المادة، وفي الحالات الأخرى التي تبدو غير مبررة، أو تُعتبر بشكل واضح غير مبررة إلا من طرف المحكمة، إذا كانت هناك مجموعة من الشكوك حول شرعية الإجراءات، ويمكن أن تقيد من توسيع التحقق، ولا يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار الطعون المقدمة خارج الأجل المحدد، ويكون التنظيم بواسطة القانون.

**الفقرة 5 :** لا تعارض الفقرات من 1 إلى 4 من هذه المادة مع الاتفاقيات الدولية بين الدول الأعضاء في المجموعات الأوروبية، أو مع دول أخرى التي تم اتخاذها بناء على الالتزامات الناتجة عن الاتفاقية الدولية حول النظام الأساسي للاجئين السياسيين، ويجب أن يضمن تطبيق اتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في كل الدول المتعاقدة، وتحدد قواعد الاختصاص النظر في طلبات اللجوء، وتشمل الاعتراف المتبادل للقرارات في مجال اللجوء.

## الحكم 135

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 74/51

## يتعلق بحق اللجوء يتعلق بأسباب النجاة

1. يفرض الحق الأساسي في اللجوء المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي بسبب ظروفه الواقعية الأساس الذي تكون فيه العلاقة السببية بين المتابعة والهروب. ولا تطرح تمديد الظروف المفضية إلى اللجوء بعد مغادرة البلاد إلا عند الضرورة، وذلك وفقاً لمفهوم وهدف حق اللجوء، كما يسند إلى إرادة القاعدة القانونية التي وضعتها السلطة التأسيسية.
2. في حالة الظروف الشخصية للجوء التي ينشئها مقدم الطلب بعد مغادرته الوطن من تلقاء نفسه (الظروف التي أنشأها هو بنفسه) لا يمكن أن تتولد إلا عن حق اللجوء عند تعبيرها عن قناعة تكونت لديه أثناء وجوده في دولته، والتي اهتم بها طالب اللجوء بشكل متعارف عليه.

## الحكم الصادر عن الغرفة الثانية المؤرخ 26 نونبر 1986

يتعلق طعن الحماية بالتساؤل عن الافتراضات التي تسقط بها ظروف اللجوء في مجال حماية الحق الأساسي للجوء.

## - I -

استند الطاعن (عضو في منظمة حركة غانا الديمقراطية يوجد في المنفى) إلى المتابعة التي سيتعرض لها عند رجوعه إلى غانا كظرف أنشأه من تلقاء نفسه أثناء إقامته بالجمهورية الألمانية الفيدرالية (ما يعرف باللجوء بسبب الظروف التي ينشئها اللاجئ من تلقاء نفسه). ويمكن في مثل هذه الظروف أن لا يقع الاعتراف بشخص كلاجئ إلا في حالات استثنائية - تخضع لمعايير خاصة - (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 9/174 [ص. 181] ورقم 38/398 [ص. 402] ورقم 64/46 [ص. 59] والتي تليها).

لأن الحق الأساسي للاجئ المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي لا يشمل ضمن مجاله الحماية للمتابعة السياسية (التهديد) المترتبة عن الظروف التي أنشأها المعني نفسه.

1. لا يمكن أن يتم تحديد معنى العبارة «يتمتع المتابعون السياسيون بحق اللجوء» على أساس صياغتها الضيقة والسطحية [...]. بل أكثر من ذلك، فإن معناها ينشأ عن اعتبار كامل يشمل بطريقة خاصة العرف التنظيمي وتاريخ نشأته.

وترتبط القاعدة القانونية المنصوص عليها في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي من حيث مضمونها بمؤسسات القانون الدولي لحق اللجوء التي تهدف إلى هيكلة اللجوء

كحق أساسي فردي شخصي (يمكن الحصول عليه عن طريق القضاء) والذي كان في فترات سابقة يطلق عليه اللجوء وحماية اللاجئ.

ولا يهدف حق اللجوء إلى إنشاء مؤسسة قانونية جديدة، وإنما يعترف بمؤسسة كانت قائمة ومعروفة ومترسخة في القانون الدولي، وتمنح لطلاب اللجوء فرصة التقييم الرسمي الحر على أساس القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 54/341 [ص. 356] وقرارات المحكمة الإدارية الفيدرالية رقم 67/184 [ص. 185]).

أ) يفترض، في حالة إنشاء مؤسسة اللجوء المتعارف عليها حتى الآن، وجود علاقة سببية بين المتابعة (التهديد) والهروب [...].

ت) لا تتعارض الظروف الواقعية المقررة في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي المحددة بهذا الشكل مع المقصد الإنساني الذي تنبني عليه حماية حق اللجوء (انظر الحكم رقم 54/341 [ص. 360] من أحكام المحكمة الدستورية) وإنما على الأصح أنها تتممها. ويرمي هذا المقصد الإنساني إلى ضمان استقبال وحماية الذين يوجدون في حالة ميئوس منها. وهذا هو حال المتابعين السياسيين الذين يضطرون إلى الفرار من وطنهم، أو من الدولة التي يقطنون بها للحفاظ على حريتهم وحياتهم وسلامتهم البدنية. ولا تنشأ هذه الحالة، على العكس من ذلك، للأشخاص الذين يوجدون في حالة فرار متواصل.

ولا يستجيب توسع نطاق الظروف الواقعية للجوء، خلافاً للذي تم طلبه بعد مغادرة البلد الأصلي، إلا لأهداف إنسانية لحق اللجوء، وإلا سيتحول هذا الحق إلى الحق في الهجرة لأي شخص. ويمكن للأجانب أو لعديمي الجنسية الاعتداد، بعيداً عن التهديد بالمتابعة من مكان آمن، أن يكون لهم حق البقاء في جمهورية ألمانيا الفيدرالية، من خلال توسع هذا المقصد الإنساني لضمان حق اللجوء، ومع ذلك لن يكون على سبيل المثال مؤكداً أو معززاً بل سيفقد قيمته.

2. يفترض هذا الشرط في التفسير الذي يولده الحق الأساسي للجوء المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي، مسبقاً وجود العلاقة السببية بين المتابعة والفرار، ويستهدف في مستهله ضمان الحماية واللجوء للمتابعين السياسيين، وتمديد الظروف التي تفضي إلى طلب اللجوء بعد مغادرة البلد الأصلي. ولا يمكن النظر فيه إلا إذا اقتضى ذلك المقصود والغاية من حق اللجوء، ويرجع هذا لإرادة السلطة التأسيسية.

أ) يمكن، انطلاقاً من وجهات النظر هذه، أن تعتبر أهمية اللجوء للظروف الموضوعية المعروفة التي تؤدي إلى طلب اللجوء بعد مغادرة البلد الأصلي، والتي تنشأ عن طريق السوابق والأحداث بغض النظر عن الشخص الذي يقدم الطلب.

ب) في حالة الظروف الشخصية التي تقضي إلى طلب اللجوء بعد مغادرة البلد الأصلي والتي أنشأها من تلقاء نفسه بعد مغادرة البلد الأصلي (الظروف المعروفة لطلب اللجوء لاحقا التي ينشئها اللاجئ من تلقاء نفسه) هناك أمر، على عكس ذلك، يقوم أكثر على التحفظ.

[...] لا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار الترخيص باللجوء إلا إذا كانت الظروف التي ينشئها اللاجئ من تلقاء نفسه، تقضي إلى طلب اللجوء بعد مغادرة البلد الأصلي بمثابة تعبير عن قناعة اهتم بها بشكل متعارف عليه وتكونت لديه أثناء مكوثه في موطنه. وتبدو بالتالي كنتيجة ضرورية لنمط حياة دائمة وهوية خاصة، ومنفتحة على الخارج.

لهذه القضية قيد الفحص، فإن النشاط السياسي في المنفى والانتماء لمنظمة المهاجرين، يُستفاد منها بأن أهمية اللجوء منفصلة تماما عن تلك الأنشطة.

ولا يمكن لهذا، أن يفض الطرف بأن حق اللجوء بالمفهوم المنصوص عليه في العدد 2 الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي، لا تمثل الدعامة القانونية الوحيدة لبقاء الأجانب على أراضي جمهورية ألمانيا الفيدرالية، أو في جميع الأحوال ضد حمايتهم من الطرد.

إذا لم يتم منح شخص معين الحق الأساسي في اللجوء، لا تُستبعد بأي طريقة إمكانية - مثلا، وفقا لقواعد قانون الأجانب التي تخول مجالا فسيحا للتحليل - أن يمنحه وضع الإقامة في إقليم جمهورية ألمانيا الفيدرالية. وهي الحالات التي يمكن فيها - رغم غياب الشرعية للجوء - أن يقترح ضمانات للإقامة الآمنة على إقليم جمهورية ألمانيا الفيدرالية لأسباب سياسية أو غيرها، وتبقى هذه الإمكانية مفتوحة. إزاء الطرد إلى الولاية التي يمكن أن يتعرض فيها للتهديد بالمتابعة - أو إلى ولاية أخرى يحتمل أن يطبق فيها تسليم المطلوبين إلى ولاية يوجد فيها هذا التهديد - ويملك كافة الأجانب إمكانية تخول لهم الحماية وفقا للمادة 33 من اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين<sup>69</sup> المؤرخة في 28 يوليو 1951 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، 1953، II، ص. 559) ووفقا للمادة 14 من قانون الأجانب المؤرخ في 28 أبريل 1965 (الجريدة الرسمية الفيدرالية I، ص. 353). وعلى الأرجح أيضا المادة 3 من الاتفاقية الخاصة بحماية حقوق الإنسان والحريات - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - لرابح نونبر 1950 (الجريدة الرسمية الفيدرالية، 1952، II، ص. 686). ويجب أن تؤخذ بعين الاعتبار هذه الروابط القانونية المؤسسة في جزء منها على القانون الدولي في جميع الأحوال التي تتأتى فيها الظروف التي تدعم طلب اللجوء بعد مغادرة البلد الأصلي.

69. المادة 33: الطرد والإعادة القسرية.

1. لا يمكن لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئا أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية.
2. إلا أنه لا يسمح بالاحتجاج بهذا الحق لأي لاجئ تتوفر دواعي معقولة لاعتباره خطرا على أمن البلد الذي يوجد فيه أو لاعتباره يمثل، نظرا لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرما استثنائي الخطورة، خطرا على مجتمع ذلك البلد.

## الحكم 136

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 315/80 يتعلق بالتاميل

1. تعتبر المتابعة السياسية أساسا وفقا للمفهوم المنصوص عليه في العدد 2 الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي بمثابة متابعة حكومية.
2. تعتبر المتابعة سياسية عندما تكون متابعة شخص بسبب آرائه السياسية أو قناعاته الدينية، أو لديه خصائص تجعله مختلفا. ولا يمكن له التنازل عن انتهاكات لحقوقه التي لشدها تتعدى حدود النظام السلمي لوحدية الولايات.
3. تمثل المتابعة الرسمية من قِبَل الدولة على تصرفات لقناعة سياسية على أرض الواقع، يمكن أن تكتسي طابع المتابعة السياسية إذا دافعت الدولة على هذا النحو عن الحق القانوني لوجودها أو عن هويتها السياسية. ويتطلب هذا أساسا خاصا لتبقى هذه المتابعة خارج نطاق المتابعة السياسية.
4. يعتبر افتراض وجود متابعة من قبل الدولة أو تعود للدولة استعمالا فعالا للسلطة الحكومية في سياق التفوق الحكومي، ويغيب هذا الافتراض عندما يتعلق الأمر بإقرار سياسية المتابعة في حالة حرب أهلية، حيث تلعب الدولة بالفعل دور الطرف العسكري الذي يقاتل في الحرب المدنية، وتنتهي السلطة الفعلية، بانتهاء حالة أزمة محددة، أو في حالة حرب العصابات المدنية. وتتم بالفعل المتابعة السياسية في جميع الأحوال عندما تقوم سلطات الدولة بخوض معركة، ينتج عنها التصفية الجسدية للطرف المعارض أو عندما تقرر توجيهها ضد الأشخاص ذوي خصائص محددة، ولهم علاقة من وجهة نظر حق اللجوء، رغم أن هؤلاء لا يريدون أو لا يستطيعون المقاومة أو أنهم لا يشاركون في الأحداث العسكرية وأخيرا عندما تهدف تصرفاتهم إلى القيام بالإبادة أو التصفية الجسدية للهوية العرقية أو الثقافية أو الدينية لفتة من السكان لها خصائص تبرر بشكل كبير اللجوء.
- 5.أ) يعتبر من تضرر بسبب متابعة سياسية ذات طابع إقليمي فقط كملاحق سياسيا وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي إذا كان لهذا السبب يعيش في بلده في حالة ميئوس منها. وسيكون هذا حاله إذا لم يستطع اللجوء إلى منطقة أخرى من بلده (خيار اللجوء إلى منطقة أخرى من البلد).
- 5.ب) يفترض مسبقا وجود خيار اللجوء إلى منطقة أخرى من البلد أن من يلتمس اللجوء، إلى البلد الذي يعتبره آمنا بشكل كاف لكي تمنح له الحماية إزاء المتابعة السياسية شريطة أن لا يكون مهددا هناك بأضرار ومخاطر أخرى التي تعادل شدتها وجسامتها تقويض الحق القانوني لأسباب سياسية بحيث يغيب هذا التهديد في البلد الأصلي.

## الحكم 137

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 142/81 يتعلق بالتعذيب كسبب من أسباب اللجوء

1. يكون التعذيب شرطا كافيا لطلب اللجوء إذا مورس بشكل له صلة باللجوء، أو إذا كانت هناك أدلة بأنه يمكن أن يمارس بشكل أكثر حدة.
2. لا يمكن أن يطلب اللجوء من قام بأنشطة إرهابية في بلده، أو من قام بدعمها بشكل من الأشكال انطلاقا من الجمهورية الفيدرالية.

#### القرار الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 20 دجنبر 1989 طعن الحماية 86/1000,961

يتعلق طعن الحماية بالتساؤل حول إمكانية تمتع مجرم سياسي بحق اللجوء إذا أيد أنشطته إرهابية في بلده، فوجد نفسه مهددا بالتعذيب من قبل الشرطة، أو الجيش. واستمر في دعم الأنشطة الإرهابية انطلاقا من الجمهورية الفيدرالية.

ولقد قررت الغرفة سابقا في مناسبات أخرى أن تدابير الدفاع عن النفس للدولة يمكن أن تستخدم لتأسيس الحق في اللجوء. كما لا يمكن أن ترفض المتابعة السياسية وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي إذا كانت الدولة تفرض عقوبات جنائية على الأنشطة الانفصالية أو الثورية لكي تدافع بهذه الطريقة عن الحق القانوني لوجودها الخاص أو لهويتها السياسية. ويتطلب الأمر من أجل إضفاء طابع المتابعة السياسية على هذا الصنف من التدابير الحكومية زيادة على ذلك، معايير مرتبطة بالظروف الموضوعية.

ويعتبر مبدئيا معيارا من هذا القبيل إذا كان بمثابة حماية للحق القانوني. ولن تكون المتابعة الحكومية للأنشطة الإجرامية، والجرائم التي تستهدف الحقوق القانونية لمواطنين آخرين «متابعة سياسية» وليس الأمر أيضا إذا ارتكب الجرائم بسبب قناعة سياسية. ولا وجود للمتابعة السياسية إذا أقصت الظروف الموضوعية إمكانية عدم متابعة الجريمة التي تستهدف حقا سياسيا ولا تطبق على القناعة السياسية التي على أساسها تم ارتكاب الجريمة. وإنما تقوم على العنصر الجنائي الذي يتم الإعراب عنه بشكل إضافي، وكانت العقوبة عنه شائعة في مجال الممارسة الحكومية. غير أنه يمكن هنا أيضا أن تقبل المتابعة السياسية إذا تعرض الشخص المعني لمعاملة أكثر قساوة من المعاملة التي تستعمل عادة في متابعة الجرائم المماثلة - غير السياسية - (انظر الحكم رقم 80/315 [ص. 336 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية السابقة).

إذا كانت المعاملة غير الإنسانية كالتعذيب للاجئ غير مقبولة وفقا لمنطوق ومفهوم العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي، فإنه إذا قام اللاجئ بتصرف يبرر به اللجوء أو

قام بممارسته بشكل قاس، واعترف بأن العنصر القانوني هو الذي أدى به إلى ارتكاب الجريمة، يمكن عندئذ أن يربط بالنشاط السياسي، وبالتالي سيستخدم لتبرير اللجوء. وترجع هذه المعاملة إلى الهجوم على الحق القانوني ذي الطابع الحكومي، وإلى الخطر الذي يشكله هذا الأخير على وحدة الولايات وعلى الأسس السياسية للدولة.

بغض النظر عن هذا يطبق ما يلي : يظل خارج نطاق حق اللجوء إذا كان الأمر لا يتعلق إلا بالبحث عن مكان جديد - ولو أنه وفقا لما سبق يجب قبول الطابع السياسي للمتابعة - فإن طلب اللجوء قد يفشل نظرا للحدود القائمة بمنح حق اللجوء المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي. وتأتي هذه المادة الأخيرة لتسمح لطالب اللجوء عن قناعاته عن طريق استعمال الوسائل الإرهابية. ويكون نزاع سياسي من هذا القبيل غير مقبول في الجمهورية الفيدرالية، تماشيا مع نظام القانون الدولي الذي تنتمي إليه.

لا تعتبر بالتالي تدابير الولايات لمكافحة الإرهاب متابعة سياسية عند تطبيقها على الإرهابيين النشطين وعلى المشاركين في الأنشطة التي يعاقب عليها جنائيا، أو على الذين يمولون أنشطة الدعم لأنشطة إرهابية دون المشاركة فيها. غير أنه توجد في بعض الأحيان أيضا متابعة يمكن أن تنوء بها إجراءات اللجوء، على سبيل المثال حدة التدابير الخاصة بالمتابعة، التي قد يعلن تأييد قبولها (انظر أحكام المحكمة الدستورية، نفس المصدر السابق [ص. 339 والتي تليها]).

لا يمكن الاستمرار في الأنشطة الإرهابية أو دعمها. ولا يمكن بالتالي أن يطالب اللجوء من قام بأنشطة إرهابية في بلده أو دعمها انطلاقا من الجمهورية الفيدرالية الألمانية بمختلف الأشكال المتاحة. فمن جهة، لا يبحث عن الحماية والسلام للذين يهدف حق اللجوء إلى حمايتهما. ومن جهة أخرى، يركز حق اللجوء أساسا على حماية أولئك الأشخاص الذين يوجدون في حالة ميئوس منها بسبب (التهديد) المتابعة السياسية (انظر الحكم رقم 51/74 [ص. 64] من أحكام المحكمة الدستورية). ويجب أن يسمح النزاع السياسي الذي يهدد الوجود أو الحياة، للذين فروا بسبب متابعة سياسية بتوفير الحماية من جديد للسلام على مستوى الولايات الذي نزعته منهم الدولة المضطهدة.

### الحكم 138

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 49/94 يتعلق بالنقل إلى دولة ثالثة

1.1 أ) أنشأ المشرع بموجب قانون تعديل القانون الأساسي المؤرخ 28 يونيو 1993 أساسا بشأن قاعدة قانونية عامة أوروبية لضمان حماية اللاجئين لتحقيق تقسيم الأعباء بين الدول المشاركة في النظام.

1.ب) يمكن للمشرع بكامل الحرية أن يعدل ويعيد هيكلة القوانين، حتى الأساسية منها، شريطة ألا يؤثر ذلك على ما هو منصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي، ويمنح للمحكمة الدستورية الفيدرالية المعايير. ولا يندرج الحق الأساسي في اللجوء ضمن مضمون الحق المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي، ويجب على السلطة الفيدرالية الألمانية أن تحدد مضمونه وآثاره بشكل مستقل.

2. تضع الفقرة 2 من المادة 16 (أ) حدودا لمجال سريان الحق الأساسي في اللجوء، وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي. ولا يطلب كل من انتقل إلى دولة ثالثة لأسباب أمنية وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي أن تضمن له الجمهورية الفيدرالية الألمانية حماية الحق الأساسي الذي تم تكريسه في الفقرة 1 لأنه قد يجد اللجوء الحماية المطلوبة في الدولة الثالثة ضد المتابعة السياسية.

3. تعتبر بفضل الدستور الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية دول أطراف ثالثة آمنة.

4.أ) يتطلب تطبيق اتفاقية جنيف المتعلقة بالنظام الأساسي للاجئين، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وجود نص قانوني في الدولة الثالثة، ويفترض مسبقا أن الدولة قد انضمت إليها، وأنه وفقا لنظامها القانوني لا يمكن لها أن تطرد أجنبيا إلى الدولة التي يدعي أنها تتابعه، ولا يجب أن يتم التحقق مسبقا من هذا التهديد بالمتابعة وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 33 و30 من اتفاقية جنيف المتعلقة بالنظام الأساسي للاجئين أو بالتعذيب أو العقوبات أو المعاملة الإنسانية والمهينة بالمفهوم المنصوص عليه في المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

4.ب) يُسند إلى المشرع مجال واسع لاختيار الوسائل لإقرار تحديد الدول كدول ثالثة آمنة. ويجب أن يظهر تقييم المشرع لذلك في شكل يمكن تبريره.

5.أ) لا يمكن للأجنبي الذي يجب أن يرجع أو يرسل إلى دولة ثالثة، أن يطلب الحماية من الجمهورية الفيدرالية الألمانية بدعوى المتابعة السياسية أو بدعوى أضرار أخرى في بلده الأصلي، أو اعتبار أن الدولة الثالثة لا توفر له الأمن الكافي، ولا تفي بالالتزامات الناتجة عن اتفاقية جنيف المتعلقة بالنظام الأساسي للاجئين ولا عن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وليس هناك بالتالي مفهوم مناسب للقناعة المعيارية المتعلقة بالأمن في الدولة الثالثة المكرس في الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي اعتبارا للوضع القانوني المادي الذي يمكن أن يستند إليه الأجنبي لتفادي الطرد (خاصة منها الفقرة 1 من المادة 51 والمادة 53 من قانون الأجانب).

5.ب) غير أنه يجدر بالجمهورية الفيدرالية الألمانية أن تضمن الحماية إذا برر اللجوء عراقي لا الطرد وفقا للفقرة 1 من المادة 51 والمادة 53 من قانون الأجانب، ومن خلال الظروف التي لا



يمكن بسبب خصائصها أن ينظر فيها من تلقاء نفسها أو بأمر دستوري في إطار مفهوم القناعة المعيارية، وتوجد بالتالي مسبقا الدولة المعنية خارج الحدود المعينة لتطوير مفهوم من هذا القبيل.

5.ت) يجب أن يخضع التحقيق ما إذا كانت توضع قيود للرفض أو للإرسال الفوري إلى دولة ثالثة التي يمكن الأجنبي أن يستدل بها فقط عندما توظف أحداث محددة متعلقة به في الحالات الخاصة التي لا يشملها المفهوم المعياري. وقد خضع هذا التفسير لشروط صارمة.

6.أ) لا يستهدف العدد 3 من الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي فقط المشرع، وإنما يستهدف أيضا السلطات الإدارية والمحاكم. ولا يجب أن يكون للطعن في التدابير التي يؤمر بها لإنهاء الإقامة تأثير توقيفي. كما لا يجب أن يكون تقديم الطلبات أمام السلطات المختصة من أجل إيقاف تنفيذ هذه التدابير ملائمة مؤقتا.

6.ب) لا يتجاوز التأثير الإقصائي للعدد 3 من الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي الحدود التي يضعها مفهوم القناعة للقاعدة القانونية.

### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية المؤرخ 14 ماي 1996

#### الأسس

#### ثانيا

لا يتعدى التنظيم الجديد للحق الأساسي في اللجوء المكرس في المادة 16 (أ) من القانون الأساسي حدود الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي. وقد استوفى أيضا المشرع الذي عدل الدستور شروط العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي.

1.أ) تتمتع الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي التعديلات الدستورية التي تشير إلى المبادئ المنصوص عليها في المادتين 1 والمادة 20 من القانون الأساسي. ولا يندرج فقط ضمن هذه المادة مبدأ احترام وحماية الكرامة الإنسانية المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 1 من القانون الأساسي. وإنما تدرج فيه أيضا القناعات المتضمنة في الفقرة 2 من المادة 1 من القانون الأساسي المتعلقة حرمة حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتصرف كأساس للسلام والعدل للمجتمع الإنساني.

وتكتسي هذه المسألة أهمية خاصة بالإحالة على الحقوق الأساسية الأخرى المتضمنة في الفقرة 3 من المادة 1 من القانون الأساسي التي تخلو ضماناتها أساسا من أي تقييد، أو إمكانية التنازل عنها من أجل المحافظة على النظام بالشكل المنصوص عليه في الفقرتين 1 و2 من المادة 1 من القانون الأساسي.

يجب، زيادة على ذلك، أن تؤخذ العناصر الأساسية لمبدأي الدولة الاجتماعية ودولة القانون بعين الاعتبار المنصوص عليهما في الفقرتين 1 و3 من المادة 20 من القانون الأساسي، وما تفرضه الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي بعدم المساس بهذه المبادئ. ولا يمنع المشرع على الرغم من ذلك أن يعدل لأسباب ذات طابع مادي تفاصيل القانون المتعلقة بهذه المبادئ (انظر الحكم رقم 90/84 [ص. 120] من أحكام المحكمة الدستورية).

ب) ككل قاعدة قانونية دستورية، فإن القانون الأساسي للحث في اللجوء أيضا، يمكن للمشرع أن يعدله وفقا للعدد 1 من الفقرة 1 والفقرة 2 من المادة 79 من القانون الأساسي. ولا تنتهك الحدود التي يخضع لها المشرع بموجب الفقرة 3 من المادة 79 من القانون الأساسي التي تفرض عليه أن لا يعدل المبادئ المنصوص عليها في المادتين 1 و20 من القانون الأساسي، وإن حماية الأجانب ضد المتابعة السياسية لا تضمن عن طريق الحق الأساسي.

غير أن المحكمة الدستورية الفيدرالية ترى بأن تحديد مفهوم المتابع سياسيا وفقا لما هو منصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من المادة 16 من القانون الأساسي - في صيغتها القديمة - يجب أن تنبني على القناعة المحددة لاحترام حرمة الكرامة الإنسانية، وأنه لا يحق لأي ولاية أن تعرض السلامة البدنية أو الحياة أو الحرية الشخصية للخطر، أو انتهاكها لأسباب تتأسس فقط على القناعة السياسية أو المذهب الديني أو على خصائص لا يتوفر عليها المتابع سياسيا (اللاجئ) (انظر الحكم رقم 80/315 [ص. 333] من أحكام المحكمة الدستورية) (انظر أيضا أحكام المحكمة الدستورية رقم 54/341 [ص. 357] ورقم 76/143 [ص. 157] والتي تليها).

ولا يمكن أن يغفل بأن الحق الأساسي يندرج ضمن مضمون الحماية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. ويجب أن يحدد محتوى هذا الحق الضمان والآثار التي قد تترتب عنها للسلطة الحكومية الألمانية بطريقة مستقلة.

إذا لم يتم، طبقا لما سبق، ومنع المشرع من إلغاء الحق الأساسي في اللجوء كما هو، فيواصل عندئذ تنظيم المادة 16 من القانون الأساسي، الذي يشمل التنفيذ الشخصي للحق الأساسي وفقا لما هو منصوص عليه في العددين 1 و2 من الفقرة 2، ويقيد من خلال الفقرة 3 المحتوى المسطري للحق المضمون، كما يعدل ضمانات الحماية القانونية المكرسة في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي بواسطة العدد 3 من الفقرتين 2 و4 من القانون الأساسي، وينشئ في الأخير بواسطة الاتفاق الدولي أساسا لتنظيم أوروبي لحماية اللاجئ ضمن الحدود المقبولة لتعديل دستوري.

ت) يعتبر العدد 3 من الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي قاعدة خاصة على أساسه يتم قرار إنهاء الإقامة بعدما تم السفر إلى دولة ثالثة توفر الأمن. وعلى هذا النحو تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة التاسعة والعشرين من القانون الأساسي.

إذا اعتبر المبدأ المنصوص عليه في المادة 20 من القانون الأساسي، مبدأ دولة القانون للحماية القانونية الفردية، كمبدأ لا يتغير وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة الرابعة من المادة 29 من القانون الأساسي (انظر الحكم رقم 30/1 [ص. 39 والتي تليها] من أحكام المحكمة الدستورية) فهو ليس شأننا يمكن الحسم فيه في هذا الميدان. كما لا ترتبط على أي حال العدد 3 من الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي بمبدأ من هذا القبيل. ويطبق هذا خاصة إذا تم إرسال الأجنبي بدون تحقيق مسبق إلى دولة ثالثة بموجب طلب للمراقبة شريطة أن يكون هذا التدبير مسبقاً بقناعة وجود قاعدة قانونية حول الأمن عند الدولة الطرف الثالث، وستطبق فيها اتفاقية جنيف المتعلقة باللاجئين والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

2. والقاعدة الأمرة المنصوص عليها في العدد 1 من الفقرة 1 من المادة 79 من القانون الأساسي تعني أن التعديل الدستوري - تعديل الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي عن طريق العدد 3 من الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي يجب أن يعترف بها في نفس النص من القانون الأساسي - يتم تنفيذه بإضافة العدد 3 من الفقرة 2 من المادة 16 (أ) من القانون الأساسي إلى نص الدستور [...]

### سنة عشر : الحقوق الأساسية للأشخاص القانونيين

المادة 19 تنص في الفقرة 3 تسري الحقوق الأساسية أيضاً على الأشخاص القانونيين داخل الدولة، وتطبق عليهم بنفس الطبيعة.

### الحكم 139

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 362/21 يتعلق بطعن الحماية للأشخاص القانونيين العموميين

#### المادة 19 (3)

لا تطبق الحقوق الأساسية مبدئياً على الأشخاص القانونيين العموميين، ولا يتمتعون أثناء القيام بوظائف عمومية، بالحق في طعن الحماية.

الحكم الصادر عن الغرفة الأولى المؤرخ في ثاني مايو 1967 دعوى طعن الحماية رقم 578/36

[...] في العملية المتعلقة بدعوى طعن الحماية للشركة المؤمنة بولاية وست فالن.

كانت الطاعنة [...] مؤسسة عمومية ذات أهلية قانونية تنتمي إلى مجال الإدارة غير المباشرة. وتخضع أهليتها القانونية على أساس الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 19 من القانون الأساسي.

وتسري الحقوق الأساسية أيضا وفقا للفقرة 3 من المادة 19 من القانون الأساسي على الأشخاص القانونيين الوطنيين إذا كانت هذه الحقوق في جوهرها صالحة لأن تطبق عليهم. ويشكل منطوق النص القانوني جزءا من إمكانية الأهلية القانونية للمقاضاة على أساس الحقوق الأساسية، ويحقق ما إذا كان الحق الأساسي في قضية معينة قابلا للتطبيق على الطاعنة.

وأصدرت المحكمة الدستورية الألمانية في هذا الصدد حكما الذي قررت فيه إمكانية تطبيق الحقوق الأساسية على الشخص القانوني الوطني الذي يخضع للقانون الخاص في مسطرة عامة، كما أعلنت في العديد من الحالات إمكانية الحقوق الأساسية التي تندرج ضمنها الحقوق الأساسية التي يراد إعمالها هنا، والتي تم تكريسها في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي والمادة 14 من القانون الأساسي (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 3/383 [ص. 390] ورقم 4/7 [ص. 12 و17]).

ولا يمكن أن تعطي هذه المساطر والنتائج التي نتجت عنها ببساطة هذا الحق للأشخاص القانونيين الذين يخضعون للقانون العام. رغم أن الفقرة 3 من المادة 19 من القانون الأساسي تتحدث فقط عن «أشخاص قانونيين» لا تنص بالتالي على المساواة بين الأشخاص القانونيين الذين يخضعون للقانون العام وبين الأشخاص القانونيين الذين يخضعون للقانون الخاص، أضيف إلى ذلك أن «جوهر الحقوق الأساسية»، الذي يندرج فعلا ضمن محتوى النص القانوني يميز بين هذين الفريقين (النوعين من الأشخاص القانونية).

ينطلق نظام قيم الحقوق الأساسية من كرامة وحرية الإنسان الفردي كشخص طبيعي. ويجب أن تحمي الحقوق الأساسية، قبل كل شيء، دائرة حرية الأفراد إزاء تدخلات السلطة الحكومية، وتضمن لهم في نفس الوقت الميزانيات للتعاون والتنسيق في المجتمع الوطني. ويجب، انطلاقا من هذه الفكرة المركزية، أن يفسر تطبيق الفقرة 3 من المادة 19 من القانون الأساسي.

فهذه النص الدستوري لا يبرر علاقة الشخص القانوني بمجال حماية الحقوق الأساسية إلا عندما يعرب تأسيسها ونشاطها عن التطوير بحرية الأشخاص الطبيعية، خاصة منها عندما يبدو تصرف الناس المتواجدين خلف الأشخاص القانونيين ضروريا ويرتبط بالموضوع.

ومن ثم توجد شكوك حول إمكانية مد الحقوق الأساسية لتشمل الشخص القانوني الذي يخضع للقانون العام في مجال حماية الوظائف العمومية، خاصة إذا كانت هذه الحقوق الأساسية تتعلق

بالعلاقة القائمة بين الأفراد والسلطة العمومية، وهو أمر يترتب عليه أن تكون الدولة نفسها عندئذ الحاملة والمستفيدة من الحقوق الأساسية، ويصبح معه الوضع غير متسق، إذ لا يمكن لها أن تكون مستفيدة وضامنة للحقوق الأساسية في نفس الوقت (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 15/256 [ص. 262]).

ولا يطبق هذا فقط عندما تبدو الدولة مباشرة كسلطة اتحادية للفيدرالية أو للولاية، بل يطبق أيضا عندما تستخدم البنية القانونية المستقلة لأداء مهامها.

إذا كانت الحقوق الأساسية وطعن الحماية الذي أنشئ للدفاع عن هذه الحقوق غير قابل للتطبيق مبدئيا على الأشخاص القانونيين الذين يخضعون للقانون العام ويؤدون مهامهم العامة، فيجب حينئذ تطبيق شيء آخر عند إدراج الدولة، بشكل استثنائي، كحاملة للحقوق بصفة مباشرة ضمن مجال الحياة الذي تحميه تلك الحقوق الأساسية.

ولهذا السبب اعترفت المحكمة الدستورية الفيدرالية للجامعات والكليات بالحق الأساسي المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي ويكون بالتأكيد بشكل مستقل عن أهليتها القانونية (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 15/256 [ص. 262]).

يستوحى الحق الأساسي في هذه الحالة من مضمون امتداده إلى تلك المؤسسات التي عهد إليها بالعلم والبحث والتعليم. ويمكن أن يقال نفس الشيء عن الاعتراف بالحقوق الأساسية المحددة للكنائس والجامعات الدينية الأخرى التي لها نفس الوضعية التي تكون للأجهزة العمومية.

## الحكم 140

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 31/314

#### يتعلق بالحكم الثاني يتعلق بالمذيع

#### الحكم الصادر عن الغرفة الثانية المؤرخ 27 يوليوز 1971

[...] اعترفت المحكمة الدستورية الفيدرالية للجامعات والكليات بالحق الأساسي المنصوص عليه في العدد 1 من الفقرة 3 من المادة الخامسة من القانون الأساسي، وأكدت على أهليتها القانونية المستقلة (انظر الحكم رقم 15/256 [ص. 262] من أحكام المحكمة الدستورية). ويطبق نفس الشيء على محطات الإذاعة العمومية، التي تعتبر مؤسسات الدولة التي تدافع عن حقوق الإنسان في ميدان تكون فيها مستقلة عن الدولة.

ويهدف القانون الأساسي إلى إتاحة الفرصة لحرية الإذاعة والبرامج الإذاعية المستقلة عن الدولة التي تعتبر مؤسسات عمومية تُسير مباشرة ويتم إنشاؤها بموجب قانون، وتنظم بطريقة يستحيل على الدولة أن تؤثر أو تهيمن على برامجها. وتفرض الفقرة 3 من المادة 5 من القانون الأساسي أن يتم إصدار هذه القوانين لتنظيم البرامج الإذاعية بشكل مستقل عن الدولة (انظر الحكم رقم 12/205 والذي يليه من أحكام المحكمة الدستورية). ويمكن بفضل تدبير الحماية المؤقتة بالتالي أن تدافع عن نفسها ضد انتهاك حقها الأساسي في حرية الإذاعة.

## سبعة عشر : الولوج إلى المحاكم

### الحكم 141

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 264/10 يتعلق بالسلف المقدم لتغطية النفقات القضائية

#### اللجوء إلى الدعاوى القضائية المادة 19 (4)

#### المادة 19

**الفقرة 1 :** يجب أن يأخذ الطابع العام وغير المحدد على حالة الفرد إذا قيد وفقاً لهذا القانون الأساسي أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بموجب قانون، كما يجب أن يطبق هذا القانون بشكل عام، ويشار أيضاً إلى هذا الحق الأساسي المعني، والمادة المتعلقة به.

**الفقرة 2 :** لا يمكن أن يؤثر في أي حال بالحق الأساسي في جوهره.

**الفقرة 3 :** تسري الحقوق الأساسية أيضاً على الأشخاص القانونيين داخل الدولة، وتطبق عليهم بنفس الطبيعة.

**الفقرة 4 :** يمكن لكل شخص أن يرفع الدعوى القضائية ضد السلطات العمومية إذا انتهكت حقوقه، وتكون الدعوى أمام المحاكم العادية إذا لم يكن هناك قضاء مختص آخر، ولا يؤثر العدد الثاني من الفقرة 2 من المادة 10.

النص القانوني الذي يوجب على المدعي أن يؤدي تكاليف مسبقة في إجراء إداري، وما يترتب عن ذلك من اعتبار الدعوى مرفوضة إذا لم يتم بتسديدها، يتوافق مع القانون الأساسي.

## الحكم الصادر عن الغرفة الأولى المؤرخ 12 يناير 1960 يتعلق بطعن الحماية رقم 17/59

تكمن أهمية الفقرة الرابعة من المادة 19 من القانون الأساسي في كونها تمنع على السلطة التنفيذية إمكانية التعامل مع المواطن معاملة «استبدادية»، فلا يمكن أن لا يخضع أي إجراء من إجراءات السلطة التنفيذية الذي قد يتدخل في الحقوق الأساسية للمواطن للرقابة الدستورية اللاحقة. وتظل جميع الطرق القانونية للجوء إلى المحاكم متاحة بدون أي قيد.

وتضمن الفقرة الرابعة من المادة 19 من القانون الأساسي للمواطن حماية قانونية واسعة ضد السلطة العمومية. وهذا لا يعني أن جميع المبادئ التي يجري العمل بها في القانون المسطري التي تعرقل قانونيا أو فعليا للجوء إلى المحاكم توجد خارج نطاق القانون، وإنما أغلب هذه المبادئ تهدف إلى ضمان الأمن القانوني والولوج المنظم إلى العدالة، وتهدف في جميع الأحوال إلى توفير الحماية القانونية للمواطنين.

وبالتالي لا داعي إلى إثارة الشكوك حول ضمان الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي للسبل القانونية فقط في إطار النظام المسطري المنوط بها، الذي يجعل إمكانية اللجوء إلى المحاكم متوقفا على إنجاز بعض الواجبات المسبقة، مثل استيفاء آجال محددة والنيابة الشرعية الإجبارية، الخ. (انظر الحكم رقم 9/194 [ص. 199] والتي تليها) من أحكام المحكمة الدستورية).

لكن إذا عرقلت الأحكام القانونية تلك الطرق للجوء إلى المحاكم بطريقة غير معقولة، وغير مبررة، فتكون هذه الأحكام القانونية تتعارض مع العدد 1 من الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي.

ويعتبر بالتالي مقبولا أن تقرر الدولة في نصوص قانونية تكاليف لاستعمال محاكمها، كما أنه لا تثار شكوك حول دستوريته بخصوص سداد المحكمة لتلك التكاليف بشكل أساسي، وبقدر عدم توقف منحها على أن تفحص الحصول على نتيجة ناجحة (انظر أحكام المحكمة الدستورية رقم 7/53 [ص. 55] ورقم 9/256 [ص. 257]).

## الحكم 142

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 33/24 يتعلق بطعن الحماية

#### ضد أعمال السلطة التشريعية

3. لا ينتمي الجهاز التشريعي إلى «السلطة العمومية» وفقا لمفهوم الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي.

## الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 25 يونيو 1968 يتعلق بطعن الحماية رقم 163/25

لا ينتمي الجهاز التشريعي إلى «السلطة العمومية» وفقا لمفهوم الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي.

لم يكن يمكن للمواطن قبل دخول القانون الأساسي، طبقا للقانون الألماني المشترك والعرف الدستوري، أن يتوجه مباشرة إلى المحاكم ضد قانون معين. ويستمد هذا المبدأ نفسه من خلال العلاقة بين سلطات الدولة.

إذا أراد القانون الأساسي أن يفصل هذا العرف بإدخال صراحة إمكانية رفع المواطن دعوى ضد القانون المصادق عليه من طرف البرلمان ضمن الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، بسبب انتهاك حق من حقوقه.

وإذا كان يعتبر القانون طبقا للفقرة 3 من المادة 20 من القانون الأساسي والفقرة 1 من المادة 97 من القانون الأساسي، أساس القرارات القضائية، فيجب أن تستند إلى قاعدة قانونية تقبل بهذه الدعوى إذا استوجب الأمر أن يخضع القانون لقرارات هذه الأخيرة، ولا تنص الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي على هذه القاعدة القانونية.

ولا توجد مراجعة دستورية منظمة بطريقة خاصة، في العدد 2 من الفقرة 1 من المادة 93 من القانون الأساسي وفي الفقرة 1 من المادة 100 من القانون الأساسي. ويجب أن تعتبر هذه المساطر قطعية، ولا يمكن المساس بها.

وتهدف المسطرة القانونية بشكل خاص إلى حماية حقوق الأفراد. ولا يمكن أن يقبل بفحص دستورية القوانين التي تكون طرفا في افتراضات محددة، كما لا يمكن في حالة الرقابة المجردة للأحكام القانونية أن تطلب من طرف أشخاص محددين، ويجب على كل مواطن أن يطلب أمام محكمة عادية يدعي فيه أن قانونا ينتهك حقوقه، وبصفة خاصة منها حقوقه الأساسية. ويجب في النهاية أن يطبق القرار القضائي بصفة عامة في حالة الدعوى التي رفعت بطريقة مباشرة ضد قانون معين، ويجب أن تكون المحكمة مؤهلة إلى إعلان إلغاء القانون إذا اقتضى الأمر، ولا يمكن أن يحدد القرار القضائي غايته في صحة القانون، ويعتمد بسبب نفس الخصائص في الدعوى، على قرار مشترك باتفاق الطرفين، ويعلن على أن القانون الجاري به العمل، ينتهك حقوق الطاعن ولهذا لا يمكن أن يطبق عليه. وبالتالي فإن العدد 2 من الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي يهدف إلى حماية الحقوق الفردية.



ويمكن أن يستفاد من هذا النص القانوني أنه يحق للمواطن عند انتهاك حق من حقوقه، أن يحصل على قرار من محكمة عادية بخصوص صحة القانون، بنفس الشكل المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 98 من القانون الأساسي من دستور بافاريا لعام 1946 الذي كان ساريا أثناء أشغال مجلس البرلمان حيث باشر مطلباً شعبياً بمقتضى نص دستوري.

### الحكم 143

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 382/35 يتعلق بطرد الأجانب

لا تنتهك الفقرة 1 من قانون الأجانب مبدأ دولة القانون.

تطبق الحماية القانونية المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي بشكل كامل على الأجانب.

لا ينبغي لضمان الحماية القانونية للقانون الأساسي أن تكون شروط التنفيذ الفوري لأمر الطرد، لأغراض المصلحة العامة، أقل صرامة من الشروط اللازمة للتحقق على الطرد في حد ذاته، بل يجب بالأحرى أن تكون هناك مصلحة عامة خاصة لكي يتحقق التنفيذ الفوري.

ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار في حالة الموازنة المنظمة بين المصلحة العامة في التنفيذ الفوري ومصلحة الأجنبي الخاصة في المكوث لمزيد من الوقت في البلد، ويمكن للتنفيذ الفوري للأمر بطرد الأجنبي، أن يعرقل متابعته في الإجراءات الرئيسية.

ويجب على السلطات والمحاكم الإدارية أن تسرع الإجراءات إذا طرأت عن طريق التنفيذ الفوري للطرد أسباب لمراجعته القضائية، وإلا سيكون الأمر المعلل للطرد الفوري مخالفاً للدستور.

تنص الفقرة 1 من المادة 6 باتساق مع الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي على أن المصلحة العامة في التنفيذ الفوري للأمر بطرد الأجنبي، يجب أن تأخذ بعين الاعتبار أيضاً مصلحة الزوج الألماني.

**الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 18 يوليو 1973 يتعلق بطعن الحماية 23،**

**155/73**

تكون طعون الحماية ضد قرار مشترك، يتعلق بحماية الحق الأساسي للأجانب في حالة التنفيذ الفوري للأمر بالطرد والتحقيق معهم بناء على الفقرة 3 من المادة 80 من قانون المسطرة الإدارية.

الطاعون طلبه عرب، جاء طردهم في سياق التدابير الإدارية ضد المنظمات العربية والفلسطينية التي تم اتخاذها بسبب اعتداء ارتكبه (إرهابيون) فلسطينيون ضد الفريق الأولمبي الإسرائيلي يومي 4 و5 شتبر في ميونيخ.

قوبلت الطعون لأنها تقوم على أسس.

تنتهك الأحكام المطعون فيها الحقوق الأساسية للطاعنين التي تم تكريسها في الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي في اتساق مع مبدأ قانون الدولة، والفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، وتنتهك في حالة الطاعن (2)، هذه الأحكام أيضا حقه الأساسي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي.

## أولا

يخول أيضا للأجانب الحق الأساسي في التطوير الحر للشخصية، في جمهورية ألمانيا الفيدرالية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي، كحق إنساني ذي طابع عام، ولا يدخل في الحق الأساسي حرية تحديد السكن والإقامة إلا للألمان وللإقليم الفيدرالي (المادة 6 من القانون الأساسي)، ولا يستبعد تطبيق الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي أيضا على بقاء الأشخاص الأجانب في جمهورية ألمانيا الفيدرالية (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 32/6 [ص. 36]).

غير أن هذه الحماية المنبثقة عن ذلك لا تضمن إلا في إطار ما تكرسه الفقرة 1 من المادة 2 من القانون الأساسي وخاصة منها الحماية الناتجة عن قيود النظام الدستوري، وتعزى لهذا الأخير كل قاعدة قانونية تكون متسقة من الناحية الشكلية والموضوعية مع الدستور (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 23/6 [ص. 27] والتي تليها)، أنظر أيضا الحكمين رقم 89/10 [ص. 99] ورقم 54/21 [ص. 59]. ويكون المشرع بالتالي مختصا في تنظيم بقاء وطردهم الأجانب.

## ثانيا

ينبغي طبعا أن يأخذ المشرع بعين الاعتبار، في حالة هذا التنظيم، مبدأ دولة القانون (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 306/17 [ص. 313] والتي تليها) ورقم 342/19 [349]. ويتطلب هذا المبدأ ضرورة وجود أساس قانوني واضح وكافي يراعي مبدأ التناسب للتمكن من عدم إرهاب فرد معين بالتدخل الحكومي. وإذا امتثلت كافة أحكام قانون الأجانب لهذه الشروط، فلا داعي للبت في هذه المسألة الآن.

ولا يعترض على الأحكام القانونية التي تستند إليها أوامر الطرد المطعون فيها، والقرارات اللازمة لتنفيذها الفوري من وجهة النظر هذه. ويطبق هذا، خلافاً لرأي الطاعن، على الفقرة 1 من المادة 10 من قانون الأجانب. ويجب، كما عبرت عن ذلك الحكومة الفيدرالية، أن يفحص مضمون هذه القاعدة القانونية والغرض منه، ويجب خاصة أن يفسر المفهوم القانوني غير المحدد لـ «المصلحة العظمى لجمهورية ألمانيا الفيدرالية»، على ضوء تعدد الأسباب التي يتأسس عليها الطرد المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 10 من قانون الأجانب [...].

2. لا تنص بالضرورة الفقرة 1 من المادة 10 من قانون الأجانب على الطرد تبعا للبواعث الواقعية، وإنما يجب بناء على هذه القاعدة القانونية أن يأتي هذا القرار من خلال التحليل الذي تقوم به السلطات الإدارية. ويجب على الأحكام القانونية التي ينبغي أن تطبقها السلطات، كما تؤكد ذلك الحكومة الفيدرالية، أن تفسح المجال الكافي للأخذ بعين الاعتبار تطبيق مبدأ التناسب في الحالات الخاصة الذي يتأثر بها بشكل خاص مبدأ دولة القانون (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 306/17 [ص. 314]). ويحتل هذا المبدأ طبقاً لذلك مكانة دستورية هامة (الأحكام القضائية المتكررة، انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 342/19 [ص. 348] والتي تليها) ورقم 127/23 [ص. 133] مع مزيد من الإشارات).

ولا يسمح بالتدخلات في مجال الحرية إلا إذا اقتضى ذلك ضرورة حماية المصلحة العامة، ويجب أن ترتبط الوسائل المختارة بشكل معقول، بالنتائج المتوقعة. كما يجب بالتالي لتطبيق الأسباب الواقعية المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 10 من قانون الأجانب، أن توازن المصلحة العامة التي تحظى بحماية الأحكام القانونية مع المصلحة الخاصة للأجانب، أي يراعى، على سبيل المثال، الآثار المترتبة على الطرد من الناحية الاقتصادية والمهنية والشخصية. خاصة منها الآثار التي تلحق بالزوجة التي لا تستطيع أو لا ترغب في الالتحاق بزوجها في الخارج وأيضا الآثار من أي نوع آخر عن الأواصر الاجتماعية.

### ثالثا

يُستوفى الشرط العام لحماية قانونية مناسبة، الذي ينشأ عن مبدأ دولة القانون، إزاء انتهاكات القانون من قِبَل السلطة العمومية على أساس القاعدة الدستورية الإيجابية المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي. وتطبق هذه القاعدة بشكل تام على الأجانب.

تصبح الحماية القضائية المضمونة هنا بشكل واسع وفعال (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 264/10 [ص. 267] ورقم 352/25 [365] ورقم 263/35 [274]) تضليلية إذا نفذت السلطات الإدارية تدابير يتعذر إصلاحها، ويجب على السلطات أن تفحص مشروعيتها.

يعتبر الأثر الإيقافي للطعن ورفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 80 من قانون المسطرة المدنية بمثابة تعبير عن ضمانات الحماية القانونية الدستورية و«لمبدأ أساسي في المسطرة الادارية في القانون العام» (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 263/35 [272]). ومن جهة أخرى، فالفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي تضمن بالضرورة الأثر الإيقافي للطعون في الإجراءات الإدارية (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 232/11 [ص. 233] ورقم 263/35 [274]).

يمكن أن تبرر المصلحة العامة السائدة عدم ضمان مطالبة المدعي بحماية قانونية لاتخاذ تدابير غير قابلة لإيقاف التنفيذ لفائدة المصلحة العامة. غير أن هذه الأخيرة ينبغي أن تشكل استثناء. فالتجربة الإدارية التي تستثمر العلاقة قاعدة/استثناء يُعلن من خلالها، على سبيل المثال، أن الأعمال الإدارية العامة يجب أن تنفذ فوراً، ويجب أن يكون القانون الذي يكرس هذه الممارسة متطابقاً مع الدستور.

يتطلب الأمر بالتالي، من أجل التنفيذ الفوري لعمل إداري، أن تكون هناك مصلحة عامة خاصة، تتجاوز كل مصلحة يبررها العمل الإداري في حد ذاته. ولا يمكن في الواقع أن تحدد المصلحة بشكل عام وإنما يجب أن تحدد بشكل خاص. ويثور التساؤل حول متى يجب أن يتراجع طلب المدعي بحماية قانونية بشكل استثنائي أمام المصلحة العامة، ومتى يمنع الجهاز التنفيذي بمقتضى الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي من القيام بإجراءات للتحقيق القضائي الذي ينشأ عن غرض ضمان الحماية القانونية وعن مبدأ التناسب الدستوري، ويجب على الأقل، أن يكون طلب المواطن بالحماية القانونية قويا وبارزا، كما يجب أن تكون المهمة التي تسند إليه هامة والآثار الناجمة عن إجراءات الإدارة حاسمة.

2. لا يسمح تعليل الأحكام القضائية المطعون فيها أن يتم التأكيد بأن المحاكم الإدارية قد قامت بواجبها في التمديد المعبر عنه [...]

[...] فيما يخص الضمانة الدستورية للحماية القانونية، لا يمكن أن يكون شرط المصلحة العامة أقل تقييدا من الشروط التي يتأسس عليها قرار الطرد في حد ذاته، ويتطلب من باب أولى التنفيذ الفوري الذي تقتضيه المصلحة العامة.

يجب أن يتوفر سبب معقول للاشتباه بأن الخطر الذي ينطلق من الأجنبي، يمكن أن يحقق التصدي للطرء، إلى حد الحصول على قرار قضائي يقضي بمشروعية الأمر بالطرء، ولن يكون الاشتباه العام بتقويض المصلحة العليا لجمهورية ألمانيا الفيدرالية سببا كافيا للطرء.

لا يمكن أيضا أن تتجاهل القرارات المطعون فيها بأن الأضرار الجسيمة التي لا يمكن إصلاح آثارها، بأنها تلحق بالأجانب بسبب التنفيذ الفوري لأمر الطرد في مثل هذه الحالات، وتضر بالدفاع عن حقوقهم وتقيد، بشكل خاص، إمكانية حماية حقوقهم المسطرية في الجلسة العمومية أمام المحكمة الإدارية.

#### رابعاً

ولا تضمن أخيراً القرارات المطعون في حالة للطاعن الثاني المتزوج بمواطنة ألمانية بشكل كاف لحماية الحق الأساسي الذي يتمتع به كلا الزوجين، الذي تكرسه الفقرة 1 من المادة 6 من القانون الأساسي. لقد أقرت المحكمة الإدارية بالتأكيد بأن زوجة الطاعن قد تم إخضاعها لأعباء مرهقة جدا بواسطة التنفيذ الفوري لأمر الطرد. لأنه انطلق في طعنه دون أن يؤيد ادعائه هذا بأية أدلة من أن الزوجة - بدون أن يأخذ بعين الاعتبار أو أصرها - يمكن لها أن ترافق زوجها إلى الخارج قبل أن يحصل هذا الأخير على قرار نهائي حول بقاءه في الجمهورية الفيدرالية.

ولا يتناسب هذا الرأي مع الرأي القائل بأن أهمية الضمانة الدستورية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 6 من القانون تكمن في ضمان حماية الزوجين كشريكين يتمتعان بنفس الحقوق [...] باتساق مع الفقرة 2 من المادة 3 من القانون الأساسي، وطرده الزوج الأجنبي، يجبر زوجته الألمانية على مغادرة وطنها للبقاء مع زوجها، أو تقرر أن تترك حياتها الزوجية للبقاء في بلدها. ويعرض هذا الضغط الزواج للخطر. لا يستفاد من هذا أن الزواج من مواطن ألماني يحمي بشكل مباشر الشريك الأجنبي من الطرد. غير أنه يجب، من أجل موازنة مصلحة الزوج الألماني، أن يتم التصدي تلقائياً للمصلحة العامة في التنفيذ الفوري.

#### الحكم 144

#### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 150/37

#### يتعلق بالتنفيذ الجنائي الفوري

2. لا تتناقض الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي إذا نص المشرع، في المسطرة الجنائية وتنفيذ العقوبة، على التنفيذ الفوري كقاعدة، وعلى إيقاف التنفيذ كاستثناء. ويجب على العكس من ذلك، أن يضمن تمكين المعني بالأمر من المطالبة بحكم قضائي حول ما إذا كان يسود في هذه القضية المصلحة العامة في التنفيذ الفوري، أو مصلحة الفرد في إيقاف التنفيذ، ويجب أن يتم إثبات مشروعية الإجراء.

**الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 24 أبريل 1974 يتعلق بطعن الحماية 236،**

**74/308، 245**

لا تضمن الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي فقط الحق الشكلي والإمكانية النظرية للمثول أمام المحاكم، وإنما يخول للمواطن الحق في مراقبة قضائية فعالة. ويجب أن يستفاد من هذه الضمانة الأساسية أيضا بناء على القاعدة الدستورية الآمرة التي تمنع قدر المستطاع التنفيذ الفوري لإجراء حكومي، ويمكن - على سبيل المثال - أن يعتبر إصدار القاضي للأمر بعقوبة السجن انتهاكا للقانون، (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 263/35 [ص. 274] ورقم 382/35 [ص. 40 والتي تليها]).

لا تنتهك الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي إذا أقر المشرع، في مجال الإجراءات الجنائية وتنفيذ العقوبات - خلافا لما يحدث مع التنظيم المعمول به بخصوص الطعن في القوانين الإدارية في العملية الإدارية (المادة 80 من قانون الإجراءات الإدارية) - التنفيذ الفوري كقاعدة، وإيقاف التنفيذ كاستثناء، لأنه يعتبر التنفيذ الفوري للتدابير الصادرة أمرا أساسيا بسبب تغليب المصلحة العامة.

غير أنه يجب أن تضمن إمكانية تمكين المطالبة المعني بحكم قضائي حول ما إذا كان تسود المصلحة العامة، في التنفيذ الفوري، أو تسود مصلحة الفرد في إيقاف التنفيذ في هذه القضية إلى أن يتم إثبات مشروعية الإجراء. وسترجح الموازنة ما بين مصلحة المعني، والمصلحة العامة من خلال مطالبة المواطن بالحماية القانونية، لأنه كلما كانت الأعباء مرهقة للطاعن، كلما كانت تدابير السلطة التنفيذية غير قابلة للتصحيح (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 382/35 [ص. 402]).

## الحكم 145

### حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 34/84

#### يتعلق بالمراقبة القضائية للامتحان المهني

يجب طبقا للفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، أن تتم هيكلة الإجراءات المتعلقة بممارسة المهنة، وحماية الحق الأساسي في حرية اختيار المهنة. ويجب أن يكون الحق لكل من تقدم للامتحان في الدعوى القضائية الفعالة ضد النقط النهائية. ولا يصدر على العكس من ذلك أمر برفع دعوى إدارية ثانية من أجل القيام بتقييم الامتحان قيد النقاش.

تتوافق الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية حول مجال تقييم السلطات الإدارية مع الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، مادام الأمر يتعلق بتقييم نوعي للامتحان.

ولا يستبعد على العكس من ذلك، اختلاف الآراء بين الممتحن والممتحن عموماً من الرقابة القضائية.

يستمد من الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي المبدأ العام لتقييم الامتحانات المرتبطة بمظاهر مهنية والذي يعني أن الحل المبرر والقائم على أسس وحجج وازنة لا يمكن تقييمه على أنه خاطئ.

### **الحكم الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 17 أبريل 1991 بطعن الحماية 81/419 و83/213**

رفع الطاعن دعوى ضد القرار المتعلق بنتيجة الامتحان التي يعتبرها خاطئة. ويطعن بصفة خاصة في النتيجة التي كان يمكن أن تفحص بشكل محدد للرد على الطعون الموجهة ضدها أثناء تقديم الدعوى أمام المحكمة الإدارية.

[...] يتعلق القرار الإداري بتطبيق مفاهيم قانونية محددة، حيث يكون النظر فيها من اختصاص المحاكم، التي يجب عليها أن تراجع بدون أدنى تقييد لتطبيق الأنظمة التي تصدرها السلطات الإدارية، ولا تطبق القواعد المتعلقة بالرقابة غير المحدودة لتحليل قرار الإدارة على تفسير وتنفيذ المفاهيم القانونية غير المحددة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 129/7 [ص. 154] رقم 261/64 [ص. 279]).

يمكن أن تكون المفاهيم القانونية غير المحددة نظراً لتعقيدها أو نظراً لدينامية المادة المنظمة، أو غامضة جداً، ويمكن أن يكون تدقيقها في القرارات الإدارية صعباً جداً لدرجة أنه يُعيق الرقابة القضائية في الحد من وظائف الجهاز القضائي. ويجب على السلطات المكلفة بتنفيذ القواعد في مثل هذه الحالات أن تتخذ قراراً محدوداً، دون المساس بمبدأ دولة القانون، (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 173/54 [ص. 197] رقم 82/61 [ص. 114] ورقم 130/83 [ص. 148])، شميدت أصمان في مانوز دوريج.

ولا تقتضي هذه المسألة، وفقاً للفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، توضيحاً واسعاً لتقييم الامتحانات من أجل ممارسة مهنة ما، كما ورد في الأحكام القضائية المطعون فيه، وتطبق عليها بعض الخصوصيات في جميع الأحوال.

2. تتطلب امتحانات الدولة التي تقيد الوصول إلى ممارسة المهن الأكاديمية تقييماً شاقاً، لا يمكن القيام به إلا بمراعاة المساواة بين كافة الطلبة لممارسة أي مهنة وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي، ولا يمكن في السياق العام لعملية الامتحان أن يتم القيام في دعوى التنازع الإداري المعزولة (أ).

ويتفرع من هنا بأنه يوجد مجال للتقييم (ب). غير أن هذا الأخير يقتصر على تقييم معين للامتحان ولا يشمل الأسئلة المختصة التي تشكل موضوع الامتحان (ت):

1. يعتبر تقييم الأداء في اختبارات القبول المعينة بمثابة قرار قانوني يخص الممتحن. يُقبل هذا القرار، كتدخل في حرية ممارسة المهنة المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 12 من القانون الأساسي، على أساس القانون وفي إطار مبدأ التناسب [...]:

رغم هذا المدلول العملي والأهمية الكبيرة في مجال الحقوق الأساسية التي يكتسبها هذا القرار المعرض للفحص، فإن معايير التقييم تظل محددة بشكل غير كاف. ويكون الشكل الذي تحدد به الأعمال في شتى الأنظمة المتعلقة بالتكوين القضائي في مجالات مواضيعية واسعة. ويتراوح مقياس الدرجات بين «غير كاف» و«حسن جدا» - مرتبة في جداول متوسطة بواسطة النقط - بدون تعريفها بمعناها الضيق، بل فقط بشكل عام [...].

تكون سلطة الموجه في هذه المسطرة القانونية محدودة.

أ) يمكن أن نضيف بأن الممتحنين عند إصدار حكم تقييمي، يجب عليهم أن ينطلقوا من المعارف والتجارب التي طوروها وطبقوها بصفة عامة طيلة تطبيقها من خلال امتحانات مماثلة. ويتطلب تحديد نقط نظام الامتحان أيضا وبشكل صريح أن يتم تجميعها في معدل. ولكن لا يمكن أن يحدد بشكل صارم أيضا الحد والمعيار للتأكيد على أن الشخص الذي لم يكن أداءه كافيا في الامتحان، وبدون النظر إلى متوسط النتائج [...].

ويستفاد من ثم بأن النقط المحصل عليها في الامتحان، لا يمكن أن ينظر فيها بمعزل عن غيرها، بل يجب أن يوجد نظام لاعتماد التنقيط يتأثر بالتجربة الشخصية وبالمفاهيم الإيديولوجية للممتحن. ويصعب خلال الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية، على المرشح بالتحديد أن يبرز - ولو بمساعدة خبير - معايير التقييم التي تم اتخاذها لتقييم جميع الممتحنين لاستعمالها في رسم مخطط لإعادة وضع الامتحان. ويجب أن يتم تطوير معايير التقييم الخاصة ووضع أنفسهم مكان الممتحنين.

ب) لا يتعلق الأمر في هذه الحالة فقط بعائق عملي يحول دون تطبيق القانون، بل أيضا بمشكل دستوري. فوفقاً لمبدأ المساواة في الفرص المرتبطة بالامتحانات (أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 342/37 [ص. 352 والتي تليها] رقم 212/79 [ص. 218]). يجب أن تطبق شروط الامتحان ومعايير التقييم المماثلة على الأشخاص الذين سيمتحنون. ولن ينسجم مع هذا المبدأ أن تحدد إمكانية التقييم المستقل من خلال إجراءات إدارية على المرشح. وسيعرض التقييم المسوي بين كافة المرشحين الذين يمتحنون في ظروف مماثلة للتقويض بشكل خطير. ولا



يكون هذا التقييم ممكناً إلا عندما تحتفظ السلطات المكلفة بالامتحانات، في حالة التقييم المعين، بمجال لاتخاذ القرار الذي يخضع بدوره للرقابة القضائية [...] .

ت) تنشأ قيود على مجال تقييم الامتحان عن شرعيته الدستورية. فهي تحدد في نفس الوقت نطاق الرقابة التي تمارسها المحاكم الإدارية، والتي تنظمها الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي. ولا تحافظ التقييمات المعينة للامتحان - المرتبطة بشكل ملازم بشتى الطرق بالأحكام المتخصصة - إلا على الصلاحية التي حُوِّلت للسلطات المكلفة بوضع الامتحان من أجل البت نهائياً. لكن لا يستثنى الجواب على هذه الأسئلة التقييمية من الرقابة. ويكون لمجال التقييم حدوده واحتراماته، ويمكن أن يراقب وفق المنصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي.

يجب أن تكون الرقابة التي تقوم بها المحاكم في حالة الامتحانات المتعلقة بممارسة مهنة ملائمة ومناسبة لحماية فعالة لحرية ممارسة المهنة (حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 253/60 [ص. 269]).

يبدو من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية التي جاءت بعد الموقف المبين في الأحكام المطعون فيها، بأن القرارات انتهكت مجال التقييم، ولهذا يقتضي الأمر بالضرورة تصحيحاً قضائياً، متى ارتكبت السلطات المكلفة في وضع الامتحانات أخطاء مسطرية، أو تجاهلت القانون الواجب تطبيقه، أو انطلقت من ظروف واقعية غامضة، أو انتهكت معايير التقييم العامة، أو استرشدت باعتبارات غير مناسبة [...]. ولا يمكن بهذه الطريقة أن يتم وضع مبدأ عام للتقييم القابل للتطبيق، يمنع من خلاله أن تقيم الآراء الصحيحة، على أنها خاطئة، أو الآراء المبررة كغير المبررة (المحكمة الفيدرالية العليا المختصة في النزاعات الإدارية، بوخولز 421، المصدر السابق، عدد 121، ص. 195، سيباس، المصدر السابق، ص. 527).

ولا تقتصر المراقبة التعسفية على الحالات الشاذة التي يمكن أن تقيم دونما حاجة إلى الخوض في اعتبارات ذات طابع معين إلا عندما يرتبط الأمر «بالتقييم الخاطئ لوجهة نظر علمية متخصصة، حيث يكون خارج إطار المعقول» و«يجب على القاضي أن يعتبر نتيجته غير مقبولة» ويتجاوز بذلك حدود التعسف (المحكمة الفيدرالية العليا المختصة في النزاعات الإدارية، بوخولز 421، ص. 195).

لا يتوافق بتاتا التراجع الواسع النطاق للرقابة القضائية مع الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، عندما يتعلق الأمر بامتحانات تقيد ممارسة المهنة [...]

يجب أن يفترض وجود تقييم خاطئ وتعسفي إذا اعتبرها الخبراء غير مقبولة. ولا يمنح لهذه المحكمة إمكانية تقييمه عموماً إلا عن طريق خبرة، لكن الصعوبات العملية البسيطة ليست في حد ذاتها سبباً كافياً لتقييد الحماية القانونية المضمونة في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي.

## الحكم 146

## حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 220/104

## يتعلق بالاعتقال لأغراض تسليم الفارين

يشكل فقدان الحرية نتيجة الاعتقال (هنا كان الاعتقال لأغراض التسليم) دلالة على وجود مصلحة في إعادة تأهيل الشخص المتضرر. ويتم حماية هذه المصلحة من خلال ما هو منصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي التي تضمن حق الأفراد في خضوع أعمال السلطة - التي تنتهك حقوق الأفراد - للرقابة القضائية. ويظل هذا الحق حتى بعد انصرام مدة عمل السلطة. ولا يمكن أن يتوقف تحويل الحماية القانونية على طريقة محددة يتم بها تطوير الدعوى، ولا تتوقف أيضا على الوقت الذي تم فيه القيام بالفعل، ولا على الظرف الذي يمكن أن تتم فيه الحماية قانونيا، قبل إنهاء الاعتقال (تتميم حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 27/96).

الحكم الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 5 دجنبر 2001 يتعلق بطعون الحماية:  
أرقام 99/527 و 00/7/133 و 00/1777

## أسس القرار

أ

تتعلق دعاوى طعون الحماية المجمعّة لإصدار قرار مشترك بالتساؤل لتحديد ما إذا كان الدستور ينظم بأن يحافظ الشخص المتضرر من الاعتقال بهدف التسليم، بإمكانيات الطعون القانونية للشكوى التي تتطلب شكاية فورية<sup>70</sup>، أو شكاية إضافية فورية» وذلك حتى بعد انتهاء الاعتقال (وهذا يعني الحالات التي وقعت فيها «تجاوزات إجرائية»).

ت

يقوم طعن الحماية على أسس.

70. ينص قانون الإجراءات الجنائية على طعن الشكوى ضد مراسيم وقرارات المحكمة الجنائية كلها إلا ضد الحكم الذي يتطلب، في هذه الحالة، طلب استئناف أو مراجعة. تقدم الشكوى على ثلاثة أوجه: أ) الشكوى البسيطة التي لا ترتبط بأي أجل ويمكن البت فيها من طرف السلطة التي أصدرت الحكم؛ ب) الشكوى الفورية المنصوص عليها بالنسبة لقضايا استئنائية يجب على المسفرع أن يحصل من خلالها على قرار آن ونهائي، ويتم بموجبه رفع الشكوى في أجل أقصاه أسبوع واحد ويجب البت فيها من طرف محكمة عليا. ت) مبدئيا الحكم الذي بموجبه يبت في شكوى لا يقبل أي طعن أجل شريطة أن يكون الحكم المطعون فيه ابتداء هو الاعتقال؛ في هذه الحالة يستلزم الأمر شكوى إضافية «فورية» [ملاحظة المترجم].

## أولا

تتضمن الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي الحق الأساسي في الحصول على الحماية القانونية الكاملة من طرف المحاكم، ضد أعمال السلطة العمومية (انظر الأحكام رقم 274/8 [326] ورقم 43/67 [58] ورقم 27/96 [39] من أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، الأحكام القضائية المتكررة). وتضمن فعالية الحماية القانونية المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، أولا من طرف القوانين (أو المراسيم) التنظيمية التي تعتمد على أحكام قانونية، يمكن للفرد بموجبها أيضا أن يستوفي حقوقه بطريقة فعالة.

وتخضع بصفة عامة النتائج الناتجة عن تدخلات الدولة التي يجب أن يتحملها الأفراد للرقابة القضائية (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 166/94 [213] ورقم 27/96 [39]). ولا تتطلب الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي دائما وجوب استنفاد جميع درجات التقاضي (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 329/49 [343] ورقم 24/83 [31] ورقم 48/87 [61] ورقم 365/92 [410] ورقم 27/96 [39]، الأحكام القضائية الثابتة). ومع ذلك يمكن للقانون المسطري أن ينص على درجة إضافية من التقاضي.

وستضمن عندئذ الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي فعالية هذه الحماية القانونية في السياق الذي يخول الحق الشخصي في الحصول على رقابة قضائية فعالة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 272/40 [274] والتي تليها) ورقم 94/54 [96] والتي تليها) ورقم 76/65 [90] ورقم 27/96 [39]، الأحكام القضائية المتكررة). ولا يمكن بالتالي للمحكمة المختصة في البت في الطعن القضائي أن تقرر عدم تفعيل الطعن القانوني المنصوص عليه في القانون المسطري المعني، وتسمح للمشتكين بالرجوع «فارغي اليديين» (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 88/78 [98] والتي تليها) ورقم 27/96 [39]).

يخضع الطعن القانوني لوجود وبقاء المصلحة القانونية، ويتنافى مع القاعدة الآمرة لتوفير الحماية القانونية الفعالة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 27/96 [39])، ويفترض مسبقا حسب المبدأ القانوني المتعارف عليه بصفة عامة بأن كل قرار قضائي صادر بناءً على طلب أحد الطرفين، أن تكون هناك مصلحة قانونية (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 126/61 [135]).

ويعتبر هذا الافتراض، المشترك بين جميع القوانين المسطرية، ضروريا للفصل في أساس المسألة، وهو مبدأ يتفرع عن مبدأ حُسن النية - المعمول به في القانون المسطري - ومبدأ منع التعسف في استعمال القانون في المجال المسطري وأيضا عن مبدأ «فعالية النشاط الحكومي» المعمول به أيضا في المحاكم.

ولا ينبغي أن تُفهم الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي في سياق بأنها ضمانة عامة لطلب المحاكم «من الحصول على المعلومة» حول وضع قانوني تم استعماله، ولم ينتج عنه أي أثر عملي. يصلح ما سبق للتخفيف من الأعباء على المحاكم، إذ بهذه الطريقة تتمكن من التركيز على توفير الحماية القانونية بشكل سريع وفعال لمعالجة القضايا الأخرى بشكل عام.

ويمكن مع ذلك أن تستمر الحاجة إلى القرار القضائي حتى لو كان الهدف الأصلي للحماية القانونية تم التخفيف منه بسبب مصلحة الأشخاص - الجديرة بالحماية - في معرفة وضعيتهم القانونية بلا أدنى شك. ولا تستمر في هذا السياق، المصلحة القانونية موجودة فقط، وإنما تتغير أيضاً «بسبب الهدف» المسطري. ويتم الاعتراف بصفة عامة باستمرار وجود المصلحة القانونية، إذا كان يوجد إجراء قضائي لمواجهة خطر التكرار، أو أيضاً إذا استمر انتهاك حق معين، حتى إذا توقف التدخل الذي نشأ عنه هذا الانتهاك (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 27/96 [40]) فإنه:

(ب) يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار، بالإضافة إلى الحالات السابقة بأن المصلحة القانونية تظل قائمة - رغم استبعادها من المسألة - في حالة الانتهاكات الجسيمة التي حصرها القانون الأساسي على النشاط القضائي، كما هو منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 13 وفي الفقرتين 2 و3 (انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 27/96 [40]).

فقد أخذت المحكمة الدستورية بعين الاعتبار بالحديث عن مثل هذه التدخلات الخطيرة في الحقوق الأساسية، بوجود مصلحة قانونية - تحظى بحماية الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي - وتوجد في الحالات التي فيها أعباء ناتجة مباشرة عن عمل السلطة المطعون فيه، ويحدد هذا التخصيص - مع أخذ بعين الاعتبار التطور المعتاد للإجراء - بفترة زمنية لا يتمكن الشخص المتضرر منها، حسب ما هو منصوص عليه في مدونة المساطر، من الحصول على حكم قضائي استناداً إلى الوضع المسطري الذي تقوم عليه هذه المحاكمة. واعتبرت هذه الغرفة أن ما سبق يتحقق في حالات تفتيش البيوت المستمدة من مذكرة تفتيش (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 27/96 [40]).

(ت) يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار في مجال الاعتقال لأغراض التسليم وجود مصلحة قانونية، رغم «التجاوزات المسطرية». ففي حالات الأمر بإلقاء القبض - على سبيل المثال - التي لا تعدى، أو يجب ألا تعدى مدة الاعتقال القصوى ستة أسابيع [...]

4.4) يحتل الحق في الحرية الشخصية - ضمن الحقوق الأساسية المضمونة دستورياً - مكانة معتبرة بشكل خاص. ويشكل إلقاء القبض تدخلاً قاسياً في هذا الحق. وبالتالي يحتفظ الفرد

بمصلحة مشروعة ليتم تحديد مشروعية الاعتقال، وتكون هذه المصلحة المشروعة جديرة بالحماية حتى في حالة توقف التدخل.

يمكن أن تكون للأفراد مصلحة كما تمت الإشارة إلى ذلك - محمية قانونيا من خلال ما هو منصوص عليه في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي - ويجب أن يتم تحليل (ولو لاحقا) مشروعية عمل من أعمال السلطة، وينبغي أن تضاف هذه المصلحة، كما تم إقرار ذلك على نطاق واسع، كما يمكن أن تستمد أيضا من الطبيعة التمييزية الذي يمكن أن يكتسبه التدبير المطعون فيه [...].

ويشكل فقدان الحرية نتيجة للاعتقال في حد ذاته، دليلا على وجود مصلحة لإعادة تأهيل [السمعة الحسنة] الشخص المتضرر. وتؤثر التدخلات في حرية الحركة التي تتفاعل معها الدولة للتصدي لسلوكيات الأفراد المخالفة للقانون (سواء تم إثبات عدم مشروعية السلوك، أو تعلق الأمر بقرينة قاطعة، أو أن ارتكاب السلوك ممنوع وشيك الوقوع)، في صميم الحقوق الشخصية للمتضرر، وحتى في الحالات التي تكون هذه التدخلات غير مرتبطة بأحكام القيم (وهذا يعني حتى عندما لا تنطوي في حد ذاتها على تقييم يتعلق بسلوك المتورطين المخالف للقانون).

ب) تحتاج، على ضوء ما تقدم، طعون الحماية التي تؤدي إلى القرار الراهن إلى الحماية القانونية، من خلال ضمان الإجراءات القانونية الواجبة، والمنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي. ويشكل الأمر بإلقاء القبض الصادر بهدف ضمان تسليم المجرمين الفارين تدخلا جسيما في الحق الأساسي، المنصوص عليه في العدد 2 من الفقرة 2 من القانون الأساسي، غير أن هذا التدبير كما يستنتج من الدوافع التي تبرر اعتقال أجنبي منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 57 من القانون المتعلق بالأجانب.

سيتمكن الأجنبي إذا لم يتم تنفيذ اعتقاله، بشكل محتمل عرقلة، أو منع تسليمه، أو سيعمل المستحيل للاختفاء. ويكون القرار القضائي الذي يقضي باعتقال شخص أجنبي ينطوي ضمنا على أن الشخص الأجنبي المعني، قد تصرف بشكل مخالف للقانون أو أنه هدد بالتصرف بشكل من شأنه أن يبرر اعتقاله. ويكون الأمر بإلقاء القبض بالتالي مناسبا للتأثير على السمعة الطيبة التي يتمتع بها الشخص الأجنبي. ولا ينبغي أن يتوقف توفير الحماية القانونية - بغية تحقيق إعادة التأهيل الذي يبرز في حالة الحرمان من الحرية - على الطريقة المحددة التي تتطور بها المحاكمة، ولا على اللحظة التي تُتخذ فيها الإجراءات، ولا على حقيقة أن الحماية القانونية، في حالات الاعتقال لأغراض التسليم، يمكن الحصول عليها عادة قبل انتهاء الاعتقال.

5. إذا كان يوجد على ضوء ما سبق، حالات الحرمان من الحرية بواسطة إلقاء القبض لأغراض ضمان تسليم شخص ما، وتكون هناك مصلحة جديرة بالاحترام قانونيا، والتي ستتحدد (لاحقا)

بعد مشروعية الاعتقال - وحتى بعد انتهاء هذا الأخير -، فيجب في هذه الحالات أن تأخذ المحاكم المختصة هذا الوضع بعين الاعتبار عند الإجابة عن التساؤل المتعلق بوجود مصلحة قانونية جديرة بالحماية طبقاً للفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي، وتراعي توزيع المهام بين المحاكم المختصة والقضاء الدستوري، وتقع مسؤولية واجب حماية الحقوق الأساسية في المقام الأول على عاتق المحاكم المختصة (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 182/47 [191] ورقم 252/49 [258] ورقم 77/63 [79] ورقم 322/73 [327] ورقم 27/96 [40]، الأحكام القضائية المتكررة).

إذا لحق ضرر جسيم بالمشتكي في مجال حماية حقوقه الأساسية في الحرية بمقتضى الأمر بإلقاء القبض عليه، لا يمكن للمحاكم أن تكتفي بالإشارة إلى أنه يجب عليها أن تظهر طعن الحماية لكي يتمكن - ويمكن فقط بهذه الطريقة - من تحقيق حماية حقوقه الأساسية عندما يُتيح القانون المسطري للأفراد اختصاصاً قضائياً إضافياً [...]

رفضت قرارات المحكمة الابتدائية لمدينة أولدنبورغ، والمحاكم العليا المختصة شكاية (بيسشويدي) وبطريقة غير مباشرة شكاية (سوفورتيغ بيسشويدي) الطاعن ضد الأوامر القضائية بإلقاء القبض لأغراض التسليم.

ونظراً لأن القرارات المطعون فيها «وقع فيها التجاوز» من الناحية المسطرة، فإنها تشكل انتهاكاً لما تنص عليه الفقرة 4 من المادة 19 من القانون الأساسي [...]

«نحن نخضع للدستور، لكن الدستور هو ما يقول القضاة أنه دستور»

شارل هاجز

«... وصف رئيس محكمة دستورية بأمريكا الوسطى القضاء الدستوري، عن حق، بكونه «بمثابة الربيع للزهور»، اعتبارا للدور الذي يضطلع به هذا القضاء في تأويل أحكام الدستور واستنطاق روحه واستجلاء مقاصده وتوليد مبادئ ذات قيم دستورية من رحم نصوصه، والسهر من خلال ذلك على حماية سمو الدستور وصيانة الحقوق والحريات العامة... ولعل المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، التي كرسها القانون الأساسي الصادر في يوم 28 مايو من سنة 1949، ثم شرعت في مباشرة مهامها سنة 1951 بموجب القانون الصادر في 12 مارس 1951، تجمع في طبيعتها ووظائفها بين النموذجين المعروفين في مجال القضاء الدستوري: النمساوي والأمريكي، تعد مثلا أساسيا في هذا المجال...»

لقد أضفى بعض الفقهاء على المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية صفة «سلطة رابعة» بحكم الاختصاص المخول لها لمراقبة السلطة السياسية والسلطة القضائية وكذا السلطة التنفيذية والسلطات الإدارية بطريقة غير مباشرة. ويفضل ذلك ساهمت المحكمة الدستورية الألمانية، ليس فحسب في تطوير القانون الدستوري الألماني، بل أيضا في إغناء القانون الدستوري عموما داخل وخارج أوروبا. فخلال ما يقارب ستة وستون سنة من وجودها، أبدعت هذه المحكمة العديد من المبادئ، لاسيما في المجالات المتعلقة بسيادة دولة القانون وبالقوق الأساسية، مما جعلها نموذجا استوتحت منه العديد من الدول الأوروبية، الحديثة العهد بالحياة الديمقراطية، نظام قضائها الدستوري...»

د. محمد أشركي، رئيس المجلس الدستوري للمملكة المغربية سابقا