ملاحظات المترجم:

1) القانون الأساسي لجمهورية المانيا الاتحادية (Grundgesetz) هو **الدستور الألماني**. رآي المترجم استخدام تعبير **القانون الاساسي** بالترجمته لما له علاقة بالاسباب التاريخية لهذه التسمية في حينها, على الرغم من استخدام المترجم مصطلحات دستور ودستوري بعض الأحيان لما تتطلبه طبيعة الصياغة وانسجامها مع النص.

2) رآى المترجم ضرورة عدم ترجمة (Abwehrrecht) باعتبارها (حق الدفاع), وذلك للتمييز بينها وبين حق الدفاع (حق تكليف محام للدفاع عن المتهم .. الخ) وما سيثيره هذا الاصطلاح من لغط في الفهم. لهذا استخدمنا صيغة (تقييد تدخل سلطة الدولة) باعتباره حق اساسي.

Handbuch des Staatsrechts

Der Bundesrepublik Deutschland

دليل القانون الدستوري لجمهورية المانيا الاتحادية

الناشر

يوسف ايسنسي Josef Isensee و باول كرشهوفPaul Kirchhof

المجلد الخامس

نظرية القانون الدستوري العامة

.....

J. Isensee: الحق الأساسي باعتباره حق (المواطن) بتقييد سلطة الدولة وواجبها بالحماية المادة 111

أ. حق تقييد سلطة الدولة وواجبها بالحماية

ضمن نظام ونسق مبدأ الحق الاساسي

اولا. الوظائف المتعارضة لحق الحرية الأساسي

ان حق تقييد سلطة الدولة (حق الدفاع عن الحقوق الاساسية) وواجب الدولة بالحماية هي وظائف متعارضة بموضوع حق الحرية الأساسي[1]. كونهما يضمنان مكاسب لحقوق اساسية متماثلة من الانتهاكات. الا أن الانتهاكات تتهددها من جوانب متعددة, أي حق تقييد تدخل سلطة الدولة وواجب الحماية من الاشخاص. ان الموضوع هنا يتعلق بحرية المواطن وبعلاقته بهيئات ومؤسسات الدولة

وكذلك بضمان العلاقة المتبادلة بين الأفراد. بالحالة الأولى تمتلك الدولة بحكم طبيعتها امكانية صيانة نفسها وفي الحالة الثانية للحماية من طرف ثالث. حيث ان القانون يفرض على الدولة ضمان حق الحياة وسلامة الجسد بحكم وظيفتها الوقائية, ويفرض عليها ايضا الامتناع عن كل الاجراءات التي يمكنها ان تخرق هذه الحقوق. وبحكم جوهر وظيفة الدولة هذا يتطلب منها اتخاذ كل الاجراءات الايجابية لمنع حصول انتهاكات حيال الحياة والصحة وجرائم العنف مثل القتل والايذاء الجسدي ولكن بنفس الوقت ايضا لدرء الاضرار غير المباشرة على الحياة العامة مثل الاضرار بالبيئة. ان حق التقييد (المترجم: الدفاع) موجه ضد الأخطار, التي يمكن ان تنشأ من تصرف الدولة, مثل تجاوز تقوم به الشرطة والذي يتعارض مع واجب الحماية من الاخطار الناجمة عن الامتناع, و تواني الشرطة بحالة وجود اخطار آنية على حياة وشخصية أحد المواطنين.

ان حق تقييد سلطة الدولة يضع من حيث المبدأ حرية المواطنين قبل حرية الدولة ويهدف الى حمايتهم من أية انتهاكات غير قانونية قد تقوم بها الدولة. ان مجال "اللادولة" ينفصل عن مجال سلطة الدولة. ان حق التقييد يتجنب مجالات حق تقرير المصير للشخص (مجالات الحماية) ويغطيها ضد تدخلات سلطة الدولة[2]. يُوضع التدخل تحت عسف التبرير وتُربط صلاحياته بشروط شكلية ومادية. يُحدد نشاط الدولة من خلال ضوابط قانونية, كي يتمكن المواطن من تنمية شخصيته بدون اية عوائق. يضمن حق تقييد سلطة الدولة للمواطن الحرية من تدخل الدولة: الوضع السلبي[3].

تُفهم الحرية بهذا الاطار على انها غياب اكراه الدوله. تظهر الدولة من جانب واحد على انها طرف مناقض للحقوق الاساسية. يعتبر تصرفها في تقييد سلطتها مهما, عندما يخفف قدرات الحرية المتضمنه في مجالات حماية الحقوق الأساسية. يتولى القانون بهذا السياق لوحده باعتباره مقيدا للحقوق الاساسية, لكنه ايضا لايعتبر شرطا لها.

على العكس من ذلك فان واجب (او: الحقوق الاساسية) الحماية من قبل الدولة تمثل الوضع الايجابي[4]. تمتلك الدولة منع عدم انتهاك اي مكسب من الحقوق الاساسية بين الأفراد, كي تضمن أمن العلاقات بين الأفراد: "الحق الأساسي بالأمن"[5]. هذا يعني ان سلطة الدولة لاتزاح ولا تحدد كما بحق التقييد, انما يُعتبر ذلك مطلوبا منها, بمجال سن القوانين المتعلقة بالادارة والقضاء. ان واجب الحماية لايعتبر موجها الى الفرد, الذي يشكل خطرا على واجب التقييد الاساسي (المنتهك), انما الى الدولة. تتوجه الاجراءات التي تضعها الدولة لتنفيذ واجبها بالحماية ضد مصدر الانتهاك[6]. ان مجال حماية الحقوق الاساسية, والذي يعرف اساسيا في سياق حق تقييد سلطة الدولة على انه سلبي, باعتباره مجالا محدودا ومحرما,

فانه في سياق واجب الحماية يعتبر اساسا على انه مكسب للحماية, والذي تضمن الدولة سلامته من أخطار طرف ثاث.

بخصوص المفاهيم: كما يتم الحديث عن "واجب الحماية من قبل "الدولة" يتم الحديث عن واجب الحماية "للحقوق الاساسية". بهذا الصدد فان الموضوع هنا يتعلق بمترادفات. ان واجب الحماية من قبل "الدولة" موجه نحو الواجب, و "الحقوق الاساسية" موجهة نحو الموضوع والاسس القانونية للحماية.

ان حق تقييد سلطة الدولة وواجب الحماية موجهان نحو نفس الجهة, الى الدولة باعتبارها خصم للمواطن. تعتبر هذه اسس قانونية محقة, لكل من هو ملزم بالحقوق الاساسية. بالاضافة الى ذلك فبالنسبة لحق تقييد سلطة الدولة, باعتبارها مصدر للمخاطر المحتملة. ان التناقض مابين دوري الدولة, باعتبارها ضامنة من جهة وخصما ممكن من جهة اخرى, يتم تلافيه مؤسسيا ويتوازن عبر نظام الفصل بين السلطات, حيث تتواجد هيئات مستقلة للرقابة وغير تنفيذية على هيئات الدولة التفيذية التي تتصرف لخرق الحقوق الأساسية[7] لصون الحقوق الاساسية.

لاينطبق واجب الحماية على الاتحاد الشخصي. ان ذلك مخصص للدولة بمفردها ودورها الضامن للحقوق الأساسية فقط, عندما ينتهك الخصم المفترض الخصوصية الفردية, حيث يحدث المخاطر لها يؤدي ذلك الى حاجة للحماية. وبما ان ذلك حق وفق الحقوق الاساسية ايضا, تجد الدولة نفسها امام مصلحتين متناقضتين اثناء تدأيتها لسلطتها: لمن يوجه ضده الانتهاك (الضحية), ومن يسبب هذا الانتهاك (المنتهك). على الدولة واجب حماية الضحية من الانتهاك الموجه من قبل المنتهك. لكن ذلك من وجهة نظر الحقوق الاسياسية يجعلها اثناء تأدية واجبها المكلفة به من ناحية واجبها لضمان الحماية بان تتجاوز امكانية ضمان الحقوق الاساسية. حيث ان حماية الحقوق الاساسية للضحية يمكن ان يتناقض مع حق المنتهك الاساسي بتقييد سلطة الدولة (او طرف ثالث غير مشارك). اذا تم تنفيذ الحقوق الاساسية بحق الحماية من الانتهاك, فيجب ان يتناسب ذلك مع الاخذ بعين الاعتبار لحقوق منفذ الانتهاك وحقه بتقييد سلطة الدولة. ان الحماية التي تقوم بها الدولة لحماية الخصوصية الفردية اثبتت وقوعها في تناقض, وذلك لانها تتصرف لصالح طرف ضد طرف آخر. ضمن اطار ثلاثي الحقوق الأساسية الدولة ـ الضحية ـ المنتهك تحصل الضحية على حق وضع ايجابي, حق تقييد لدى المنتهك.

تحدد الجهة الثالثة من المثلث, اي العلاقة المتبادلة مابين الاشخاص ومصالحهم المتناقضة بالحقوق الاساسية فقط بشكل غير مباشر وبشكل سلبي: يمكن ان تخرق حقوق آخرين من خلال التحريم, الحياة, الملكية, تقرير المصير والحقوق الاخرى للحماية, واجب عدم الاضرار بأي شخص. ان هذا الواجب لايتطابق مع مطلب حق الضحية الاساسي ضد المنتهك بالاحجام, انما هو فقط واجب الدولة بتطبيق

التحريم وفق القانون وحماية الضحية بشكل فاعل. تظهر الحقوق الأساسية جانبا من تأثيراتها السلبية (الثالث) لصالح الخصوصية, من خلال تحريم الانتهاك وتأثير ايجابي للدولة من خلال القوانين وسلطة المؤسسات ومن خلال حمايتها القانونية قضائيا لضمان مكاسب الحقوق الاساسية. من الناحية العملية ضمنت بهذا الحقوق الاساسية للمواطن بواجب الحماية من خلال القوانين العادية. من يضر بصحة شخص آخر, لا يضع نفسه بمواجهة حقه الاساسي, لانه لا يمسه ويلزمه قانونا . انما يخرق معايير القوانين العادية, التي اصدرتها الدولة لتنفيذ واجبها, لحماية مكسب الحق الأساسي بسلامة الجسد, اي معايير حقوق المواطنة, القانون الجزائي, قانون الأمن والشرطة. لكن اذا لم تضغ الدولة قوانينا مناسبة للحماية او انها لا تضمن بفعالية الحماية القانونية بحالة وجود المخاطر بالحالات الفردية, فانها تكون هي من يخرق الحق الاساسي, لانها لم تقم بكل مايلزم لاداء واجبها بالحماية. لهذا فان الحقوق الاساسية لاتتدخل بعلاقات المواطنين فيما بينهم من حيث المبدأ وتترك المجال مفتوحا للقانون المدني [8]. ان حق تقييد سلطة الدولة منظم بشكل أبسط من قانون الحماية. ان يخلق فقط علاقة ثنائية مابين المواطن صاحب الحقوق الاساسية وواجب سلطة الدولة بالحماية المكفول بالحق الاساسي, من الجهة التي تسبب المخاطر والجهة التي تتعرض لهذه المخاطر. ان التعارض مابين الجهة الضامنة و الجهة الخارقة يكون صارخا, بحالة واجب الحماية مابين اطراف الكيانات القانونية, لكنه بحالة حق التقييد موزع بين هيئات ومؤسسات الدولة. ان صراع الادوار يدخل بنظام الفصل بين السلطات ويتم التعامل معه بداخلها. ان بساطة العلاقة الثنائية للحقوق الأساسية توضح من خلال التمييز مابين مفاصل بنى الدولة الداخلية.

ان صيغة ـ تحديدات ـ الحرية الثنائية تشكل اساسا لمبدأ التوزيع بدولة القانون: "ان حرية الفرد لا حدود لها من حيث المبدأ, بينما تكون صلاحيات الدولة للتدخل بهذا المجال محددة مبدئيا" [9]. اذن يوجد هنا التناقض الاساسي, غير محق بالحماية القانونية, حرية الفرد الشاملة مبدئيا ـ وهناك سلطة الدولة الضرورية و المرتبطة المبنية على التبرير والمحددة قانونا.

يمكن بهذه المواجهة تحقيق الحق الاساسي باعتباره حق تقييد سلطة الدولة وفق المادة 1 الفقرة 3 من القانون الاساسي ومن وجهة نظر الدستور لكل فرد متلقي مباشر لهذا الحق. يتموضع تحديد تدخل الدولة من خلال المعايير الدستورية المقتضبة, دون الحاجة عادة الى تدخل او تجسيد من قبل المشرع. بهذه الحالة يكون الحق الاساسي بحكم وظيفته حقا عمليا ذاتيا للتقاضي. لكنه شيء آخر بحكم وظيفته كواجب للحماية. حيث يحتاج ذلك لتنفيذه الى سن القوانين سواء مايتعلق منها بالوضع الايجابي للطرف المستفيد وكذلك مايتعلق بالوضع السلبي للجهة الموجه ضدها الحق الاساسي. فمن جهة يمتلك القانون بحكم تقييد التدخل, تحديد التدخل بمجال حقوق المخترق للحقوق وشرعنته ديمقراطيا [10]. من جهة اخرى فالقانون

بحاجة ايضا الى واجب اعطاء القوانين الدستورية الموجزة صيغة تطبيقية عملية, من اجل تنظيم مسألة وسائل الحماية التي (تركها المشرع مفتوحة) وتوفير هذه المسائل [11]. وفي ذلك تظهر الزامية الحماية باعتبارها موضوعا قانونيا لوظيفة الدولة, يتطور منها الحق الشخصي للفرد, بينما حق تحديد سلطة الدولة يعتبر حقا ذاتيا من الاساس.

ثانيا. المصادر السابقة ومسودة قواعد القانون الاساسي

1. صيغة تقييد سلطة الدولة بالحقوق الاساسية

تمت صياغة حقوق الحرية بالقانون الاساسي على الاغلب كونها حقوق لتقييد سلطة الدولة. حيث تُحجب فيه مجالات حماية للحرية ضد تصرفات تدخل الدولة, اما بشكل صارم كما بعدم المساس بـ"عدم التعرض" لحرية العقيدة والضمير (المادة 4 الفقرة 1 من القانون الاساسي) او مشروطة كما في الحقوق الاساسية الموضوعة في القوانين المحددة. في الاخيرة تؤثر القوانين باعتبارها "تحديدات" لحرية الرأي والصحافة (المادة 5 الفقرة 2 من القانون الاساسي). يحق "التدخل" بحق الحياة وحق سلامة الجسد بالاضافة الى حق الحرية للفرد فقط بموجب أحد القوانين (المادة 2 الفقرة 2 الجملة 2 من القانون الاساسي), والذي "تحدد" فيه حرية التجمع بموجب قانون (المادة 8 الفقرة 2 من القانون الاساسي), كما يمكن تحديد حرية التنقل (المادة 11 الفقرة 2 من القانون الاساسي) ويمكن تحت شروط معينة وصياغات مادية لايجاد "تحديدات لـ" سرية لرسائل والبريد والاتصالات (المادة 10 الفقرة 2 من القانون الاساسي) وقانونية تحديد حرمة وحرية المسكن (المادة 13 الفقرة 3 من القانون الاساسي). تعتبر قواعد الحقوق الاساسية العامة بمفردها مصانة من قانون تحديد حرية الحقوق الاساسية: منع قانون الحالة المنفردة (المادة 19 الفقرة 1 الجملة 1 من القانون الاساسي) [12], الزامية ذكر المادة القانونية (المادة 19 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي) [13], عدم جواز المساس بمضمون الحق الاساسي (المادة 19 الفقرة 2 من القانون الاساسي) [14], يمكن "تحديد" حريات معينة للجنود والخدمات البديلة المخصصة للدفاع وحماية المدنيين (المادة 17 أ من القانون الاساسي).

ان نمط تقييد سلطة الدولة يسري ايضا على القانون الاساسي, والذي يشكل بصياغته كضمانات مؤسسية [15]: "الحماية الخاصة" الحياة الزوجية والعائلة (المادة 6 الفقرة 1 من القانون لاساسي), ويشمل حسب النص ايضا المؤسسات الموضوعية للنظام القضائي, حيث عبر وفق المحكمة الاتحادية العليا "بداية" (اذا لا يمكن الغائها) باعتبارها "مباديء تتوافق مع الحقوق الاساسية التقليدية", والتي تُعنى بشكل خاص بحماية الخصوصية الشخصية للحياة الزوجية والعائلة من االتعسف الخارجي من قبل للدولة" [16], ومع نتائج قانونية عملية, يمكن التوصل الى ان الفرد له حق شخصي المادة 6 الفقرة 1 بمقاومة من يخرق حقوقه وكذلك تدخلات الدولة الضارة بحياته الزوجية وعائلته [17]. تضمن الملكية (مثل حق الارث) وفق الصيغة التحريرية باعتبارها مؤسسة حقوقية, وتوضح بالقانون مضامينها ومحدداتها (المادة 14 الفقرة 1 من القانون الاساسي). لكن حقوق تقييد الدولة الشخصية تدخل الى جانب الضمانات المؤسسية, الحماية "لشكل معين" تسليم موضوع الملكية الى الشخص المالك [18]. من البديهي ان حق تقييد سلطة الدولة يحدد نفسه على اشكال حقوق الحرية. لا توجد لها قاعدة بحقوق المساواة, حقوق الخدمات والمشاركة [19] و ضمان الحقوق القضائية.

ان الصيغة اللغوية لحقوق الحرية باعتبارها حقوق تقييد لسلطة الدولة تطابق جوهرها. "بدون ادنى شك فان الحقوق الأساسية من الناحية الأولى مخصصة لضمان الحرية الشخصية للفرد من انتهاكات سلطة الدولة, وهي حقوق تقييد وحماية الفرد من سطة الدولة" [20]. واشارت الاحكام القضائية الدستورية ونظرية القانون الدستوري للعديد من الوظائف المتعلقة بالحقوق الاساسية الاخرى [21]. على الرغم من كل ذلك يكون حق تقييد سلطة الدولة ذات أولوية. كل الوظائف الاخرى للقانون الاساسي, والتي يتداولها, تكون مكملة له. لكنها لن تستطع تعديل الوظيفة الاساسية, اي تنحيتها او تعويضها [21]. عندما تتحدث المصادر او الاحكام القضائية عموما عن "الحقوق الاساسية", فانها عادة تتحدث بمضمونها عن حقوق تقييد سلطة الدولة.

2. تضمينات حق الحماية الضرورية في القانون الاساسي

ان حق الحماية لم يكن صريحا في قائمة الحقوق الاساسية على العكس من حق تقييد سلطة الدولة.

فانها لن تُعلن بشكل صريح وكانت عامة في القانون الاساسي. لقد تُرك فهمها فقط باعتبارها تضمين لصياغات القانون الاساسي, والتي يجب ان توضح من خلال التفسير. لكن ذلك لايعني,

ان حق الحماية بشكل عام لن يذكر بنص بالقانون الاساسي. في الحقيقة فان الواقع هو كذلك, لكن بشكل غير مباشر ومخفي و جزئي فقط. ان حق الحماية شبه مُشفر. وفقط من يعرف شفرة مباديء الحقوق الاساسية, قد يكون بامكانه معرفة مقاربة قائمة الحقوق الاساسية وبامكانه فك اسرار مضامينها.

يمكن ايجاد العلاقة المبدأية للوظيفة الثنائية للقانون الأساسي باعتباره حقا لتقييد سلطة الدولة بنص القانون الاساسي مجددا, ان "واجب جميع سلطات الدولة" "مخصص لحماية كرامة الانسان" و"احترامها وحمايتها" (المادة 1 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي). ان الزام واجب الاحترام يمثل تعبيرا عن حق تقييد سلطة الدولة, حيث ان الحماية هي تعبير عن الزامية واجب الحماية [23]. لكن النص بحد ذاته لا يعتبر "إثباتاً" لوجود نموذج قانوني بعينه لأن "الحماية"، التي أُلزمت سلطة الدولة بتوفيرها، تمتد أيضاً لفرض وظيفة دفاعية يمكن سدلها على مجال الحماية القانونية وينطبق هذا كذلك على توفير المقومات الإجتماعية لحياة كريمة.
تتواجد خواص واجب الحماية من قبل الدولة ضمن قيود حقوق الحرية المذكورة. وهذا ينطبق على عبارات شروط الاحالة الغير محددة والشاملة كما في "النظام المتماشي مع الدستور" (المادة 2 الفقرة 1 من القانون الاساسي), منع التصرفات الجنائية (المادة 11 الفقرة 2 من القانون الاساسي) و "الأمن العام والنظام" (المادة 13 الفقرة الفقرة 3 من القانون الاساسي) و "الصالح العام" (المادة 14 الفقرة 2 الجملة 2 من القانون الاساسي). وينطبق ذلك في المقام الأول على القيود المتحفظ عليها لتيسير الاهداف الشخصية المتضاربة مثل "حق الشرف الشخصي" (المادة 5 الفقرة 2 من القانون الاساسي) ومنع المخاطر على الحياة للفرد الواحد (المادة 13 الفقرة 3 من القانون الاساسي) "لحقوق الاخرين" (المادة 2 الفقرة 1 من القانون الاساسي).
لكن يمكن ان لاتؤيد هذه النصوص المبعثرة تماما نظرية واجبات الحماية; بل اكثر من ذلك فانها تشير فقط بمساعدة هذه النظرية كانبثاق لواجبات الحماية. على كل حال فانها تؤدي بتصانيف الحقوق الاساسية وظيفة ليس باعتبارها جزءاً اساسيا متمما للقانون الاساسي, انما قيود متحفظ عليها, والتي ترجع لغرض تنفيذها الى القانون. ولايمكن الغاء ذلك منذ البداية على الشرط المحدد "حقوق الآخرين". بكل الحالات فانها تحتاج الى تعليل مبدأي, من احتواء واجبات الحماية بالحقوق الاساسية على ضمان مستقل بتقييد حدود سلطة الدولة.

3. النموذج النظري لواجب الحماية بالقانون الاساسي: وظيفة الدولة كمراقب (حارس) على التربية الوالدية

لايوجد بأي مكان آخر بتصانيف الحقوق الأساسية بشكل واضح ويظهر نفسه بالارتباط مابين حدود حق تقييد سلطة الدولة وواجب الحماية كما هو في وظيفة المراقب (الحارس) وفق المادة 6 الفقرة 2 الجملة 2 من القانون الاساسي: تراقب الدولة الوالدين, عند ادائهم حقهم وواجبهم بالرعاية والتربية المناطة بهم للاطفال. جعل القانون الأساسي هنا احد القيود على حق الوالدين. ويعتبر هذا حق تقييد تدخل الدولة وبنفس الوقت الحرية في المعنى التقليدي [25]. لكن موضوع كهذا يصف وضعا شاذا. "يختلف حق الوالدين عن بقية تصانيف الحقوق الاساسية بشكل جوهري من خلال عدم وجود حرية للوالدين بما يتعلق بتقرير المصير, انما لضمان حماية الطفل" [26]. يعتبر حق الوالدين حقا اساسيا خدميا, يحصر حرية الوصاية بخير ومصلحة الطفل [27]. يوضح التدخل من قبل الغير, اي وظيفة الوصاية على الحقوق الوالدية, واضفاء الحق الاساسي للوالدين واجبا اساسيا للرعاية والتربية ـ تعتبر حالة شاذه اخرى بالقانون الاساسي [28]. تكتسب مصلحة الطفل ـ حتى وان لم تكن حصريا ـ لكن بحجمها الاساسي ـ احاطة ومادة قانونية دستورية بما يتعلق بالحقوق الاساسية للطفل. حيث تمت الاشارة الى انه لم يزل غير راشدا بالحقوق الاساسية, وان الوالدين يدركون حقوقه الاساسية بما يخدمه ويحقق مصالحه.

وتضاف للوالدين من حيث المبدأ "أولوية التفسير" بتحديد مصلحة الطفل, كي يتمكنوا من ممارسة حقهم الاساسي [29], كما بموضوع حرية الاديان. على الرغم من ذلك توجد مجالات بالحقوق الأساسية لا تخضع لقرارات الوالدين الذاتية, انما حددت لهم موضوعيا و هي غير قابلة للمساس: كرامة الطفل الانسانية, حقه بالحياة وسلامة الجسد والحفاظ على ضمان ملكيته بما يتوافق ومصالحه المادية [30]. تمتلك الدولة بحكم وضعها بالحقوق الاساسية القدرة على الوظيفة الرقابية لحماية الطفل من اية اضرار قد تاتي من الوالدين. اثبتت القيود الموضوعة على حق الوالدين على انها وسيلة لتطبيق واجب الحماية من قبل الدولة لصالح الطفل, حيث يتولف فيها مغزى ومبرر واجب الحماية بتحديد الحق الاساسي. اظهرت هذه الوظيفة وتبريرات ارتباطاتها في أحكام وتفسيرات المحكمة الدستورية الاتحادية: لا تأتي واجبات الدولة وضمان الرعاية والتربية من قبل الوالدين للطفل باعتبارها مصلحة مشروعة فقط لضمان الناشئين من وجهة نظر النظام الاجتماعي العام للدولة أو من اي وجهة نظر اخرى تتعلق بالنظام العام انما "تستنتج بالدرجة الاولى, من ان الطفل بذاته باعتباره كيانا قانونيا في الحقوق الاساسية يمتلك استحقاق الحماية من قبل الدولة" [31].

وهنا تتوضح احدى نماذج حق الحماية [32]. كيف ان وظيفة الرقابة من قبل الدولة تؤثر بالنموذج المثالي الثلاثي, الدولة ـ الضحية ـ المنتهك. من جهة فان حق تقييد سلطة الدولة بالنسبة للوالدين يأخذ وضعا سلبيا, ومن جهة اخرى ياخذ وضعا ايجابيا بضمان الدولة لحق حماية الطفل.

وهنا توجد علاقة متوترة بالقانون الاساسي. على الرغم من ذلك فان الغلبة لصالح حق تقييد سلطة الدولة. لكن على الدولة من حيث المبدأ احترام ممارسة الوالدين لحقهم. ويمكن للدولة تقديم المساعدة لهم. لكن لايحق للدولة من خلال قدرتها على ممارسة حق الرقابة ان تكون بقدر متساوي من الحقوق او صاحبة اليد العليا كمشارك بالتربية. وايضا لا يحق للدولة مراقبة طريقة التربية والتربية الطبيعية. لكن الدولة تقوم ببعض الحالات الشاذة بوظيفة وقائية, عندما يتهاون الوالدين بواجبهم الاساسي (بذنب او بدون) أو الاساءة لحقهم الاساسي بتشريد الطفل أو التكيل به جسديا ونفسيا أو الاعتداء عليه اخلاقيا [33]. عندما تؤدي حماية الطفل للتدخل بحقوق حرية الوالدين, فيجب ان يمنع اي اجراء متخذ من قبل الدولة بهذا الخصوص من اي افراط ويجب ان يكون مبررا ومتناسبا. تكتسب الدولة مجالا كبيرا للتصرف عند تنفيذ مهمتها بالحماية, عندما تتعاون مع الأهل وتقدم المساعدة لهم. يتجدد حق الحماية ايضا عند تعارض الحقوق الأساسية: اذا لم يستطع الوالدين بحالة الطلاق الاتفاق على تنفيذ واجبهم الوالدي, فعلى الدولة ان تحسم هذا الخلاف قضائيا, وبشكل هادف يضمن حق الطفل ومصالحه بماهيته باعتباره كيانا قانونيا اساسيا. "بسبب ما تنص عليه المادة 6 الفقرة 2 الجملة 2 والمادة 2 الفقرة 1 من القانون الاساسي فعلى الدولة وما تحمله من حق الحماية, فيجب على الدولة توفير كل الضوابط والقواعد المناسبة لاجراءات قضايا الوصاية من الجانب المادي والجانب القضائي, والتي تضمن الوضع الحقوقي الاساسي للطفل ذات العلاقة "[34]. لاتريد الدولة ان تكون بديلا بموضوع الرعاية والتربية. حيث ان وظيفة المراقبة تعطي الدولة فقط وظيفة وصاية تكميلية لحماية الحقوق الأساسية للطفل. ان حق الوصاية الأصلي مصان بالقانون الاساسي ويكون لدى الوالدين [35].

لايتوافق واجب الحماية مع التقييد. ان التقييد بموضوع العلاقة بالحقوق الوالدية يعني السماح بالتدخل, على العكس من ذلك يعني الوجوب لمصلحة الطفل [36]. وبغير ذلك يتوجب على الدولة من حيث المبدأ الالتزام بمهمتها بواجب الحماية ايضا من اجل تحقيق ارادة حرية كل الاطراف, وان يحدث ذلك قدر المستطاع بعدم تعارضه مع ارادة التربية للوالدين ولا يتم التدخل بحقوهم الاساسية.

ثالثا. استنتاجات نظرية

1. قواعد النصوص المختلفة تطبيق استحقاقات حق تقييد سلطة الدولة وواجب الحماية

بناء على الصيغ اللغوية المتعددة لقائمة الحقوق الأساسية يُفهم تطبيق الجانب الايجابي لتقييد سلطة الدولة ايضا بذاتها. فهي لاتحتاج الى تعليل خاص بها [37]. وعلى العكس من ذلك فان واجب الحماية يتوجب اثبات تطبيقه. وذلك كون القانون الاساسي لم يذكرها بالنص, لهذا فانها تمتلك فقط نوعية دستورية, بحالة شمولها بجوهر الدستور. ان تبيانها هو موضوع متعلق بالتفسير. لهذا فان واجب الحماية من حيث الاساس هو نتاج للتفسير. وينال بهذا الصدد التفسير القانوني للمحكمة الدستورية الاتحادية بشكل خاص وضعا كمصدر للمعلومات القانونية (والتي لا يجب من حيث المبدا ان تعتبر مصدرا قانونيا اصيلا).

لقد اكتشفت المحكمة الدستورية الاتحادية واجبات الحماية على انه بعد من ابعاد الحقوق الاساسية وفسرتها ووسعتها [38]. ان الاحكام القضائية بهذا المجال تجد موافقة متطابقة سواء بالجانب التطبيقي او بالمصادر. لم تنتقد هذه الاحكام لحد الآن بشكل مبدأي. ان عدد الاصوات المعارضة ووزن المبررات يعتبر متواضعا [39]. ان الاتفاق الذي يحدثه واجب الحماية ـ قضائيا يعتبر مدهشا, لانه بالحالة العادية يشير الى تناقض مبدأي متعدد الجوانب, اذا كان يخطط لصياغة نظرية جديدة للحقوق الاساسية او اذا لزم تشريع وظائف جديدة للحقوق الاساسية. ان سبب الاتفاق القانوني في الماضي لما أحثته ارآء المحكمة الاتحادية العليا بما يتعلق بتفسيرات واجب الحماية, يكمن بتغطية واجب الحماية ـ قضائيا لمجالات تطبيقية متعددة تبدأ بحماية حياة الجنين قبل الولادة وتمر بالامن الداخلي لتشمل حتى حماية البيئية [40], حيث بامكانها ان تربط كل الاتجاهات المجتمعية والارأء السياسية وحاجاتها من خلال الاحكام المُنشأة.

لا يُطعن بيومنا هذا بتطبيقات واجب الحماية فعليا. لكن لهذا لايمكن اعتبار مبدأ الحقوق الاساسية بدون اجراءات اخرى لتطبيقه وفحص تبنيه في الاحكام القضائية. لا تعفي سلطة المحكمة الدستورية الاتحادية المبدأ من وظيفة برهنة تطبيق وفحوى واجب الحماية. وتشمل سلطتها ايضا سبر جميع جوانب الموضوع. وبالتحديد بهذا الخصوص يتجلى عدم الوضوح. منذ ان بدأ واجب الحماية يفرض نفسه باعتباره خاصية, ظهرت جهود لتوسيعه بدون حدود ومزجه مع ماهيات غير متجانسة وتحميله اكثر مما هو عليه بحيث تعاني وظيفة تحديد سلطة الدولة منه ويمكن ان تفقد سياقاته القانونية مصداقيتها. ان مخاطر المبالغة في التفسير هي الجانب الآخر للنجاح. لهذا فانه اصبح الآن من الضروري الاشارة الى حدود واجب الحماية وتشخيص الفروق, لضمان نتائجها المبدأية على سبيل المثال ضمان طابعها القانوني.

2. حق تقييد سلطة الدولة باعتباره وظيفة الحق الاساسي التقليدية

يمتلك حق تقييد سلطة الدولة ضمن اطار القانون الاساسي بدور تقليدي [42], "تقليدي" بما تحتويه هذه الكلمة من معاني. ان ذلك تقليد قديم لمئتي عام محفوظ ومعترف به ومجال حق اساسي قاوم كل مشكلات مشروعيته. حيث تتحق به جوهر الحقوق الاساسية بشكل تام. ويحتوي بداخله ارتباط دائم ومضمون. يُكون حق تقييد سلطة الدولة المقياس الذي من خلاله يتوجب قاس الوظائف "المتطورة" الاخرى. يجب ان تقاس كل الامور الاخرى وتثبت وتجذر نفسها, فيما اذا وكيف يمكن سريانها الى جانبه. يجد تقييد سلطة الدولة بتفسير الحقوق الاساسية حقلا يجب ان يُضمن دائما وباستمرار, عند محاولة فتح حقل جديد. حيث أكدت المحكمة الدستورية الاتحادية على ان ذلك بديهيا وتحققت من قاعدة الاتفاق, عندما يظهر حقل جديد بنظرية الحقوق الاساسية ويعطي الحقوق الاساسية معنى لعنوان وظائف اضافية, لمفاهيم قيمية موضوعية او لضمانات مؤسسية [43]. فمن هذه الناحية يكون لواجب الحماية مقابل حق تقييد سلطة الدولة وظائف ضمانات اقل بالحقوق الاساسية. من حيث المبدأ ينطبق ذلك فقط في سياق مباديء الحقوق الاساسية. من وجهة نظر التاريخ الدستوري يتجذر واجب الحماية تقليديا بطبقة ادنى بالدولة الدستورية من حق تقييد سلطة الدولة [44].

رابعا. تقاليد الدستور والاعراف المنظمة

أولا. هيمنة الافكار التقليدية ـ الليبرالية

يتماشى تقييد سلطة الدولة مع "الجيل الأول لحقوق الانسان", كما تم تطورها في الافكار التنويرية والليبرالية وفي الاعلانات الحقوقية الامريكية والفرنسية في القرن الثامن عشر والتي اعتبرت نموذجا متطورا يحتذى به للشكل القانوني [45]. شكل القانون الاساسي تصورا جديدا بموضوع تقييد سلطة الدولة للتقليد الدستوري الألماني, حيث اندمج مع التقاليد الاوربية ـ الاطلسية ووفر انسجاما مع دولة القانون في العالم الغربي. وأثرت تجربة الدولة الشمولية بتصور موضوع تقييد سلطة الدولة بالقانون الاساسي [46]. فقد اعطت للافكار الاساسية التقليدية الليبرالية قوة دفع جديدة لم تكن معروفة من قبل. لهذا ينطلق القانون الأساسي ومع كامل التبعات لبناء الحقوق الاساسية للانماط المستجدة بما يتوافق مع الحقوق الشخصية, لتعطيها شأنا قانوني تطبيقيا ومسبق لايصالها الى شكل قانوني نافذ أمثل.

ان مفاهيم الحقوق الاساسية للقانون الأساسي هي اقرب الى الدساتير بالقرن الثامن عشر 18 منها الى دستور فايمر الالماني قبل عام 1949. حيث ارتبطت بداخله حقوق الانسان "الجيل الأول الأول" مع "الجيل الثاني" مع برامج الدولة الاجتماعية والثقافية مع حقوق اجتماعية باهداف الدولة. على العكس من ذلك يصرف القانون الأساسي النظر وبشكل منظم عن ضوابط من هذا القبيل, ويركز على الحقوق الاساسية التقليدية, حتى ورغم حصول خروقات بالمرحلة الاولى على اصداره, حيث يذهب الى ابعد مما تحتويه الحقوق الاساسية الكلاسيكية, ليربط النظام الاقتصادي والاجتماعي مع الحقوق الاجتماعية ويضمنها بقائمة الحقوق الاساسية 47. ان هذه الجهود (التي هي بالنتيجة اقرب الى عدم النجاح) لاتلامس موضوع واجباتات الحماية بالحقوق الاساسية. ان هذه ايضا لا تعتبر موضوعا "اجتماعيا" كما هو موضوع حماية الامومة (احد المواضيع الاجتماعية القليلة التي يضمنها القانون الاساسي) او حق العمل, الذي لم يجد اتفاقا بقائمة الحقوق الاساسية 48. لم يرد في نقاشات مجلس البرلمان موضوع ضمانات شكلية لواجب الحماية في الحقوق الاساسية. 49. لكن ذلك لا يشكل خصوصية للقانون الاساسية.

لم تكن واجبات الحماية باواسط القرن 20. موضوعا معتادا في تدوين الحقوق الاساسية. يحتوي القانون حقوق الحرية والمساواة الليبرالية والكلاسيكية المعترف بها من زمن ويتضمن معها حق تقييد سلطة الدولة. توجد الضوابط النافذه بخصوص الحقوق الاجتماعية النافذه التي تعبر كحديثه. حالات من واجب الحماية تكون, اذا وجدت اصلا, بشكل غير مباشر و مضمنة جزئيا وهامشيا بشكل خاص في قيود ضوابط حق تقييد سلطة الدولة 50.

ثانيا. الضمان الكلاسيكي في الحقوق الاساسية للأمن

مع ذلك فان موضوع واجب الحماية لايعتبرغريبا باعتباره موضوعا ضابطا للتقاليد الدستورية. بشكل صريح وواضح توجد بدايات لتضمينه في الاعلانات والنصوص الدستورية المبكرة تحت شفرة "الأمن". يظهر الأمن باعلان وثيقة فرجينبا لحقوق الانسان بعام 1776 باعتباره هدفا للدولة: من كل أشكال وصفات الحكم المختلفة يمكن للافضل منها ان تكون قادره على توفير درجة عالية من السعادة والأمن (الفقرة 3) 51. ان دساتير المقاطعات المنفردة تضمن لكل مواطن الحق بالحماية من قبل مؤسسات الدولة لممارسة الحياة والحرية والملكية:

„Every member of the community has a right to be protected by is, in the enjoyment of his life, liberty and property” 52

تتحدث بعض نقاط ضمان الحماية ايضا عن الثمن, الذي يجب على المواطن دفعه. ان الحق الاساسي يتطابق مع واجب الحماية, بتقديم خدمات وضرائب شخصية:

„he is therefore bound to contribute his share to the expense of such protection and to yield his personal service, when necessary, or an equivalent" 53

لقد تم هنا تعريف العلاقة بين المواطن والدولة بشكل دستوري باعتبارها نوعا من علاقة الضمانات مابين الفرد ومؤسسات الدولة بما يتوافق و نظرية الضمانات 54. يقع تحت الضمانات الدستورية للحقوق الاساسية بالحماية الاعتراف بعلاقة اجتماعية اخلاقية للحماية والطاعة, كما كانت تدرس في مذهب الفلسفة الفردية النفعية بعقد الدولة بالقرن السابع عشر 17. يضحي الفرد بمجرد دخوله نظام (مجتمع) الدولة جزء من حقوقه الطبيعية من اجل الحصول على الحماية المجتمعية. اذا لم تحصل على هذه الحماية, فبمثل هذه الحالة يسقط خضوعه للمجتمع وتعود الحرية الطبيعية من جديد. وبمثل هذه الحالة يؤمن المواطن حمايته بنفسه.

„When men enter into a state of society, the surrender up some of their natural right to that society, in order to ensure the protection of others; and without such an equivalent, the surrender is void"55

لقد ثبتت الثورة الفرنسية "الامن" باعتباره حقا انسانيا. ان الاسس النظرية, التي وضحها توماس هوبز, حملها الأب شييُيس للجنة الدستور بالجمعية الوطنية بتاريخ 20. و21. تموز 1789, بالمسودة المقدمة من قبله بخصوص اعلان حقوق الانسان والمواطن 56. حيث طالب, بان الحرية هي حق لامساومة عليه للمواطن, ويجب ضمانها من خلال سلطة قوية وظيفتها مخصصة للدفاع ضد اية انتهاكات ممكنة. على كيان الدولة الكبير ان يتخوف من ثلاثة اعداء للحرية الفردية:

- المواطنون ذوي الارادة الشريرة: يشكلون اقل المخاطر حقا بالمقارنة مع احدى "الارادات الشريرة لسلطة المؤسسات الرسمية", كقوانين القضاء, التي لاتساعد ذلك,
- الموظفون كأفراد, دوائر الدولة, مجمل اجهزة الدولة: هي اخطار يجب ان تحدد من خلال دستور ناجع,
- العدو الخارجي: هو خطر يجب ان يحقق من خلال جيش ضروري 57.

نجد هنا ان حقوق الانسان بالحرية مهددة ايضا من خلال الاشخاص, وليس فقط من قبل سلطة الدولة, اي منه شخصيا اي الانسان نفسه وكذلك من الخارج 58. تم الاعتراف بواجب الحماية وتمت صياغته باعتباره بعدا من ابعاد حقوق الانسان: "يجب ان تخضع حرية وملكية وأمن المواطنين تحت حماية المجتمع, والذي يجب ان يضع كل التدابير اللازمة لحمايتها من لانتهاكات" (المادة التاسعة IX). يشترك الأمن بطبيعته سيادة الدولة الداخلية" "لهذا يجب على القانون ان يكون له سلطة تكون قادرة للوقوف الى جانب المواطن العادي, وتضع نفسها بوضع يمكن لها ان تخرق حق شخص آخر" (المادة العاشرة X). ان واجب الحماية هو عام ومناسب: "يجب ان يحظى الجميع بنفس الحماية وبنفس الأمن" (المادة السابعة عشرة XVII, الجملة 3) 59.

لم تُضمن أقوال الأب شييُيس فقط باعلان حقوق الانسان والمواطن بعام 1789, بل ايضا افكاره. ففيها يكون "الأمن" باعتباره أحد "حقوق الانسان الطبيعية وغير القابلة للمساومة", ويكون الحفاظ عليها هو هدف كل الاتحادات السياسية, باعتبارها حقوقا للانسان الى جانب الحرية, الملكية والمقاومة بمقامل الاضطهاد:

„Ces droits sont la liberté, la propriété, la sureté et la résistance, a l'oppression “60 (المادة 2)

كان حق الانسان بالأمن هو احد مواضيع الدستور الذي اصرت الثورة الفرنسية علىه بتطورها. لقد استمرت بمرحلة الدستور اليعقوبي الثاني تحت صيغة الحق "الطبيعي" وغير القابل للمساومة. فاصبحت الآن الحقوق الاربعة التي يجب على الحكومة ضمانها:

„légalité, la liberté, la sûreté, la propriété“

وقد وصف الامن (الضمان) sûreté بشكل صريح على انه: "الامن يكون من خلال الحماية, التي يضمنها المجتمع امام كل الفرد لحماية شخصه وحقوقه وامواله"61. الثالثة التي اضافها الدستور التنفيذي هي الاسس الاربعة لحقوق الانسان, لكنه عرف الأمن بشكل جديد: ان الامن يستنتج من تأثيرات الكل, من اجل صيانة حقوق كل فرد 62" ان الأمن يظهر كأحد الاهداف, التي تبرر للدولة باعتبارها كيان سياسي (جماعة société) وتنظيم سلطوي ("حكومة gouvernement).

لقد كان للاعلان الفرنسي تأثيرا مهما على تطور الدساتير الأوربية. لكن ذلك التأثير لم يطل حق الانسان بالأمن. ان صياغات الحقوق الاساسية التي ركزت عليها الليبرالية في القرن التاسع عشر 19, تضمت

بجوهرها حقوق تقييد سلطة الدولة وليس عناصر حق الحماية. والآن تظهر هذه باعتبارها الحقوق الاساسية "الكلاسيكية". تميل الدساتير الليبرالية لوجهة نظر احادية بخصوص المخاطر على الحرية القادمة من سلطة الدولة. ظهرت تحت تطور المسألة الاجتماعية فيما بعد مخاطر لأهداف الحقوق الأساسية, تتهدد الحرية من جانب الخصوصية. لكن الموضوع هنا يتعلق بمخاطر ناجمة عن سوء التوزيع غير المتساوي اجتماعيا وفي توزيع السلطات , ولا يتعلق بخرق القانون. ان الحقوق الاجتماعية ووظائف الدولة التي بدأت تظهر بنصوص الحقوق الأساسية تتحدث عن اهداف اجتماعية وليس عن أمن فيزيائي (جسدي) 63.

لم تظهر قضية واجب الحماية بنصوص الحقوق والدساتير بالقرنين 19. و20. حيث تظهر فقط باعتبارها موضوعا له علاقة بالقوانين البسيطة العادية وخاصة بالقانون المدني والقانون الجزائي وقانون الشرطة. ولم يكن تركيز الأب شييُيس 1789 اثناء الاستشارات بخصوص حقوق الانسان والمواطنين على ان حماية الحرية من سلطة الدولة يجب ان تُضمن بالدستور بدون مبرر, وبنفس الوقت وجوب حمايتها من خروقات الخاصة (الاشخاص) 64. توقفت مهمة الدولة بالحماية (الأمن) بان تكون موضوعا دستوريا. يرتبط ذلك بالصراعات التي حصلت بالقرن التاسع عشر 19. حيث بقيت كموضوع عام فقط (قانوني نظري وتاريخي) لنظرية الدستور 65. ان الصراعات السياسية الدستورية في القرن التاسع عشر 19. توجهت الى مسألة اخرى غير وظيفة الدولة بالحماية و حقوق الانسان. حيث اصبحت الحماية جزءا لا يتجزء من بنية سياسية احتكار السلطة للدولة الحديثة باعتبارها موضوعا بديهيا.

ثالثا. النهضة الحالية لواجبات الحماية

حصل واجب الحماية بالربع الأخير من القرن العشرين 20. على حضور واهتمام جديد بموضوع التحديات السياسية المتعلقة بالمخاطر البيئية. فقد وصلت الاستشارات القانونية الدستورية الى انه من واجب الدولة سن قوانيين للعقوبات سواء بالقانون الاساسي او من خلال احكام للدولة تكون من شأنها الحفاظ على اسس الحياة الطبيعية للبشر 66. وقد اضيفت لدساتير بعض المقاطعات احكام قانونية كأهداف للدولة بهذا الصدد 67. ورغم ان ذلك قد صيغ بشكل مقتضب, الا انه يتضمن بكل الحالات بشكل مستتر واجب الدولة بضمان حماية موارد شروط

الحياة الاساسية المرهونة بالطبيعة وسلامة الجسد والملكية ووفق الضرورة ايضا من المخاطر التي يتسبب بها الافراد 68.

تعيش النماذج النظرية لواجب الحماية حاليا نهضة تشمل كل الاتجاهات المتعلقة بتفسير الحقوق الاساسية الدستورية. حيث تتجه الأفكار عموما لتوسيع الحقوق الاساسية: من نظام جزئي الى نظام شامل ومن حقوق تقييد سلطة الدولة الى ضمانات قانونية موضوعية والى قيم اجتماعية ووظائف للدولة, والتي تطورت من جانبها لتكون مصدرا للحقوق الذاتية 69. ان ضرورة تغيير النظام نظريا يتطابق مع الحاجة التطبيقية للمجتمع التعددي, لايجاد قاعدة توافقية ضرورية دستوريا, لاسيما بعد انهيار الاتفاقات الموضوعة سابقا, من خلال جدية التحقق من التفسيرات ووتثبيته قانونيا.

يُعكر الفهم الدستوري التقليدي بالمانيا خاصة, عندما يتطور لدى شعوب اخرى الوعي الذاتي. ان الثورة الالمانية بعام 1968 (المترجم: الحركة الاجتماعية السياسية بعام 1968) حددت ايضا اسس ثقافية جذرية بما يتعلق بالحقوق الاساسية والديمقراطية ووضعت التقاليد المدنية على بساط البحث وشملت معها ايضا القواعد الاساسية لمدنية الدولة مثل احتكار الدولة للسلطة وواجب السلم. حيث وضعت كيان دولة القانون تحت ضغط التبرير. ونجد ذلك التبرير راسخا بالدستور. اظهرت السلطات القضائية بما يتعلق بواجب الحماية من ان الحق الاساسي ألحرية مشروط بالدولة ويستنبط من هذه المشروطية حدود الحقوق الاساسية بتقييد سلطة الدولة وان واجب الحماية يجب ان يتضمن الخروقات الناجمة من الاشخاص باعتباره حقا قانونيا 70. لقد اوضحت المحكمة الدستورية الاتحادية هذا الارتباط, حيث تثبتت المحكمة الدستورية من ان الاجراءات الجزائية المتعلقة بمكافحة الارهاب, والتي تنال من الحقوق الاساسية للمعتقلين, تعلل من خلال الحفاظ على "قيم اخرى مصانة دستوريا": لحفظ مبدأ دولة القانون وواجب الدولة لتأمين الحماية لمواطنيها واستمرار ثقتهم بقدرة مؤسسات الدولة على تأدية وظائفها المناطة بها 71. ان صيانة الحياة والصحة والحرية للافراد قد تكون بشروط محددة لها الاولوية مقابل حقوق تقييد سلطة الدولة للمعتقلين. "ان أمن الدولة باعتبارها سلطة للنظام والسلم مكفولة دستوريا وان تأمين وضمان امن مواطنيها تعتبر قيما دستورية ولها نفس الاهمية المعطاة للقيم الاخرى والتي لا يستغنى عنها, كون هيئات الدولة تستنبط منها أخيرا التبرير الحقيقي"72.

رابعا. ثلاثة مستويات غائية لدولة الدستور

يعتبر واجب الحماية منتميا لصيغة موروثة قديمة للدولة الدستورية مقارنة بحق تقييد سلطة الدولة. ان العلاقة بين الحماية والطاعة تعتبر تبريرا نموذجيا نوحيا (المترجم: سفينة النبي نوح) عاما للحكم. تدخل الدولة الحديثة مع بداية العصر الجديد التاريخ بمطلب تنظيم الامن الداخلي للكيان السياسي وحماية المواطن بوجوده الفيزيائي وحقوقه من اعتداءات اطراف اخرى. تستطع الدولة بحكم قدرة سيادتها الداخلية واحتكارها للسلطة مؤسسيا منع حصول الحروب الاهلية والنزاعات وتسلط الافراد 73. تحت هذا الوضع الذي تطور خلال مرحلة الحكم الاستبدادي في اوربا, لم تتراجع ديمقراطية دولة القانون, الذي حل مكانها في القرن الثامن عشر.

ينطلق هذا من حماية المواطن من الاعتداءات الناجمة عن سلطة الدولة. وهذا الهدف يخدم تمثيل سلطة الدولة وقانونية الادارة وتقسيم السلطات وحقوق الانسان ولكن ايضا بشكل خاص حقوق تقييد سلطة الدولة. ان الهدف الجديد بان الدولة هي محققة للأمن, لا يجعل الهدف المتبنى سطحيا, بان تكون الدولة ضامنة للحماية. تقوم الدولة الديمقراطية على اساس السلم ووحدة سلطة الدولة الحديثة وتستوعبها. لقد انعكس كلا االهدفين بأعلانات حقوق الانسان السابقة. بنفس الوقت فان ثورية حقوق الانسان الحقيقية تقع بخصوصية الوظائف الدفاعية (المترجم: تقييد سلطة الدولة), بان تضمن للفرد حيزا حرا وتقيد تدخل سلطة الدولة. ان حقوق الحماية التي تتضمنها, لها عندئذ طابعا قانونيا. فهي تعدل على كل حال هدفا راسخا للدولة ولشروطها ونتائجها. ان الجديد هنا حقا هو ان هذا الهدف اعطي صيغة قانونية دستورية رسمية, لتقييد سلطة الدولة معياريا وتعليم المواطن بوضعه.

ان الأمن الذي يعود اليه واجب الحماية يختلف عن الأمن الاجتماعي الذي اصبح على عاتق الدولة منذ القرن التاسع عشر 19. ان هذا الامن غير موجه ضد الاخطار التي تهدد حقوق الفرد من افراد آخرين, لكن من المخاطر التي تطال اسس حياته وحياة عائلته والتي لا يمكنها ان تؤثر على السوق وتفقده اسس قدرته على العمل من خلال المرض والحوادث والشيخوخة والبطالة. المساعدة التي بامكان الدولة تنظيمها لاتقع ضمن منع الاعتداء, انما بحق المشاركة بالحصول على الخدمات, التي تتأسس على التضامن واعادة التوزيع 74.

نشأت واجبات الحماية وحقوق تقييد سلطة الدولة والحقوق الاجتماعية ضمن ثلاثة مراحل تاريخية متتالية لاهداف الدولة وبنية الدستور. انها مجتمعة تبني سلما هرميا: باعتبارها اساس للدولة الحديثة وكوحدة للسلم وسلطة للحماية; وتبنى عليها دولة القانون الديمقراطية والحرية والمساواة حيال سلطة الدولة وضمان التأثير على تنفيذها, واخيرا مرحلة الدولة الاجتماعية, التي تكفل تحقيق وتعزيز الشروط الموضوعية بحياة حرة كريمة والعيش بأمن وسلام. ان الضمانات

القانونية التي تطبقها احدى هذه المستويات لايلغي الضمانات الاخرى. ان هذه المستويات ليس بامكانها الغاء بعضها البعض أو تعويضها 75. من خلال التأمينات ضد البطالة لم يصبح الحق الاساسي بالمثول امام القضاء معطلا وكذلك وظيفة الشرطة بحماية المجتمع و الحقوق الفردية المحققه.

وتعود المخاطر البيئية كما المخاطر الاجتماعية الى المجتمع الصناعي الحديث. لكن موضوع حماية البيئة لاعلاقة له بالأمن الاجتماعي, وايضا فهو غير مغطى من خلال أهداف الدولة الاجتماعية. فهو يطال الاسس الطبيعية لحياة البشر وبهذا, فانه وان لم يكن بشكل مباشر, يطال ايضا سلامة وجوده الفيزائي ومكتسبات حقوقه الاساسية. عندما ياتي التأثير السلبي على الطبيعة من الاشخاص, فيصبح من واجب الدولة اتخاذ كل الاجراءات الدفاعية لحماية اصحاب الحق الدستوري المتضررين من ذلك. ان مجموع هذه ـ الاجراءات ـ الدفاعية تتطابق مع النموذج النظري لواجب الحماية, لكنه لا يتعلق بالضمانات الاجتماعية. من خلال حماية البيئة, الذي اعتبرته الدولة الحديثة اعتبارا من القرن العشرين 20. جزءا من مهماتها, لم يبنى مستوا جديدا رابعا للدولة الدستورية, انما فقط المستوى الاول تم بنائه بطريقة جديدة 76.

ب. بنية ووظائف حق تقييد سلطة الادولة

أولا. خطة بناء ونموذج تطبيق حق تقييد سلطة الدولة

صحيح ان الحقوق الاساسية المنفردة تظهر خصوصيات ما في صياغاتها اللغوية وبجوهرها القانوني. لكن تتشكل ضمنها وضعية بنيوية مشتركة باعتبارها حقوق تقييد سلطة الدولة. فهي تتبع خطة بناء مشتركة. ان هذه الخطة بسيطة. انها مصممه ضد جهة واحدة هي الجهة الاخرى (المقابلة): تجاه تدخل الدولة. ان الوظيفة القانونية العملية تتمثل بالتحكم بها وتشذيبها وتخفيفها.

تعود القواعد المختلفة لحقوق تقييد سلطة الدولة الى عناصر قليلة:

ـ فاعلي الحقوق الاساسية: حاملي الحقوق الاساسية و متلقي الحق الاساسي,

ـ معايير الضمانات الموضوعية: مجال الحماية (واقعة الحق الاساسي) و القيود (التدخل)",

ـ معايير تبرير القيد: تخويل التدخل (بشكل خاص التحفظ القانوني) و ضمانات التدخل (قيود القيود) 77.

توجه المعايير والوقائع المتعلقة بحق تقييد سلطة الدولة استخداماتها بمسألة, فيما اذا كان تصرف ما للدولة يعتبر قيدا مشروعا للحق الاساسي وقابل للتبرير. نظريا يمكن وضع هذه ضمن نموذج واحد.

1. يحق للأشخاص الطبيعيين التمتع بالحقوق الاساسية, الذين يخضعون لسلطة الدولة الألمانية (وضع سلبي), ان كان يتمتع بالسيادة الشخصية, ان كان اجنبيا يتمتع بالسيادة الاقليمية وكذلك الشخصيات الاعتبارية بداخل البلد "78. كي يكون شخصاً ما قادرا على التمتع بالحقوق الاساسية (القدرة على الحق الاساسي), يجب ان يميز ويدرك الحق الاساسي (رشد الحق الاساسي). سلطة الدولة الألمانية ملزمة بالحق الاساسي بكل مظاهرها 79. ان عناصر الوقائع الذاتية هذه لا تعتبر خصوصية من خصوصيات حق تقييد سلطة الدولة. انها صالحة لكل وظائف الحقوق الاساسية ولهذا يمكن عدم اعارة الاهتمام لها فيما يلي.
2. يستنتج المحتوى الحقيقي والحجم المتعلق بالحماية القانونية الاساسية من مجال الحماية (وقائع الحق الاساسي) 80, الذي لديه قدرة تأييد حرية المحمي وتحديد صياغته من الناحية القانونية الدستورية بالارتباط مع قيود الدستور الاساسي بقانون بسيط 81, والتي طالما يمكن تبريرها, بتخفيف قدرة الحرية وبهذا تكون قادرة على تحديد مجال الحرية الفعلي. القيود الممكنة هي الاجراءات التي تقوم بها الدولة (قوانين, اجراء اداري, احكام, قرارات التنفيذ الخ), التي تطال موضوع مجال الحماية وتؤثر على حق الحماية الدستوري ضد ارادة المتمتع بالحق الاساسي (التدخل).
3. السؤال الاول بالبحث القانوني هو, فيما اذا كان تصرف ما للدولة متطابق مع الحقوق الاساسية, وتوضيحا لذلك, فيما اذا كان هذا التصرف يلامس مجالا لحق الحماية لاحدى الحقوق الاساسية واقعيا وتتعارض مع ارادة متمتع بالحق الاساسي, اي لها طبيعة التدخل. اذا اجيب على هذا السؤال بالايجاب, فبمثل هذه الحالة تحدد الابعاد بخصوص احد وقائع الحقوق الاساسية. ومن ثم ياتي نظام التقييد المعني, الذي يكتفي به التدخل. بهذه المرحلة يقرر فقط, فيما اذا كان تصرف الدولة عموما يحتاج الى تعليل دستوري واي حق اساسي يعطي قواعد اجراء التبرير القانوني.
4. ان اجراء التبرير القانوني بذاته يعتبر المرحلة الثانية للنقاش القانوني بالتدخل ويقرر اولا بخصوص قانونيته. ويشكل فقط بعد ذلك قيدا قانونيا لحق تقييد سلطة الدولة, اذا كان يستند بحق التدخل الى الدستور ـ يمكن هنا الاخذ بعين الاعتبار قبل كل شيء التحفظات القانونية ـ واذا كانت اجراءات امان التدخل ("حواجز الحواجز") الشكلية والمادية كافية, على سبيل المثال شروط القانون الشكلية أو المعايير المادية لمنع الافراط 82. الحقوق الأساسية الغير متحفظ عليها تنآى بنفسها عن التدخل, وهي منذ البداية غير قابلة للتبرير.

5. تقرر نتيجة التبرير بخصوص, فيما اذا كان صاحب الحق ألاساسي مجبرا على الموافقة أو له حقوق ذاتية لترك التدخل أو لالغائه. من الجهة الاخرى فان الدولة بحد ذاتها ملزمة ـ بغض النظرعن الحق الذاتي المقابل ـ, بالامتناع عن مجال الحماية للحق الاساسي اذا تعارض مع تدخل غير مبرر.

لم تزل هناك اسئلة مفتوحة بما يتعلق بالعناصر المنفردة ونتائج اختبارها سواء بالمصادر النظرية أو بالجوانب العملية. لكنه غير مطروح للنقاش, بان تفسر قواعد الحقوق الاساسية خطوة فخطوة بعناصرها المنفردة ويتم تطبيقها, على الرغم من انه هذه غير معزولة, انما يمكن فهمها من حيث المبدأ فقط ضمن الاطار العام للقواعد والارتباط الوظيفي والدلالي للدستور. ويمكن فقط عبر اسلوب النقاش التحليلي تحقيق الأهداف المتعددة والتحديدات الضرورية والتفكير بالصيغ. ويقود هذا الى منهجية حقوقية للتفسير والموضوعية وامكانية التعميم والشفافية 83. ويتوقف اسلوب النقاش التحليلي لتفسير الحقوق الاساسية لبعض الاعتراضات. ان قواعد الحقوق الأساسية ليس لها بنيان معياري مرصوص وتقنية قانونية متكاملة, كما هي في القوانين البسيطة عادة. اذ ينقصها الوحدة النصية التحريرية والتناسقية. حيث ان وقائعها تجريديه وبحاجة الى الدقة. فهي تشير الى مجموعة من الافكار الأخلاقية, التي تتجاوز افق القانون الايجابي (كرامة الانسان, الضمير) والى وقائع قانونية حقيقية مباشرة (العقيدة, العلم, الفن).

عندما لا يتم التعبير عنها بلغة القانون, تكون واضحة للعامة بالظاهر (ملائمة أو ظاهريا), الا انها من الناحية العملية غير قابلة للفهم من المواطنين مباشرة. ان قوة حقوق الانسان الضاغطة والمتواجدة بالحقوق الاساسية الايجابية للمواطنة تصاغ بطريقة حسية الى حد ما. مع ذلك يمكن لنوعية التفسير القانوني تحقيق ذلك فقط من خلال الزهد في صياغة وتصميم الاسلوب.

ثانيا. مجال الحماية باعتباره اساسا لصون الحقوق الاساسية

1. عناصر مجال الحماية و حق الحماية

مجال الحماية (نموذج الحقوق الاساسية) 84 هو قطاع واقعي حياتي محدد بالقانون الدستوري, الذي لا يعطي الدولة حق التدخل او بكل الحالات يمكنها التدخل فقط وفق ضوابط محددة وصارمة قانونيا ودستوريا (تحديدات التحديدات) 85. ان حق الحماية يسمي موضوع حق الحماية الاساسي (على سبيل المثال حرية الصحافة او سرية الرسائل) ويصف بهذا حق الحماية. بنفس الوقت يحدد المسافة الممكنة

لحق الحماية الأساسي. ان المسافة الحالية الفعلية لصاحب الحق الدستوري بالحماية, تحدد بداية من خلال قيود الحقوق الاساسية القادمة.

ان الموضوع الذي يعرف وقائع الحقوق الاساسية والمواضيع التي تكون حق الحماية الاساسي هو حق الحماية الاساسي 86. يمكن التفريق بين شكلين يعتبران حقي الحماية الذاتي والموضوعي:

- حق الحماية الذاتي لصاحب الحق الاساسي بتقرير المصير بمجال موضوعي محدد, مثل ممارسة الطقوس الدينية بدون عوائق, حرية التعبير عن الرأي, حرية اختيار المهنة وكذلك كل مجالات حقوق الحريات بالمعنى الضيق,

- حقوق الحماية الموضوعية بالحياة وسلامة الجسد, كرامة الانسان سرية الرسائل والبريد والمسكن - اي الجوهر المادي (الفيزياوي) والمثالي والتي تحمى على انها ليست لها علاقة بموضوع الحق الاساسي بتقرير المصير, انما هي موجودة مسبقا (مثل الحياة) او تجنبها (مثل حماية الخصوصية بالمسكن وبالرسائل) 87.

في الحقوق الذاتية لا يحمي حق تقييد سلطة الدولة الدين أو الرأي بذاته 88, انما الحرية, بممارسة الطقوس الدينية والتعبير عن الرأي. ان موضوع الحق الاساسي هنا له مكونين:

حماية الحرية وصفة المجال العملي (الدين, التعبير). تحتاج حقوق الحماية الموضوعية على العكس من ذلك فقط وقائع شروط الجوهر المادي (الفيزياوي) أوالمثالي والتي لاتمسها سلطة الدولة. توجد في حقوق الحماية الذاتية اذاً عندما يكون موضوع الحق الاساسي ثنائيا -, ومصنفا ضمن الحقوق الموضوعية. ان حق الحماية باعتباره حقا دستوريا فيكون اذاً ذو طابعين موضوعي وذاتي. ويعتبر حق الملكية ذاتيا, اذا كان استخدامه حرا كموضوع و موضعيا اذا كان ذلك يتعلق بسلامة جوهر الموضوع وحقوق الملكية.

ان التدخل يستهدف مجال داخل حق الحماية الأساسي. فهو يحدد ويستهدف حق الحماية المصان دستوريا. فهذا يصف موضوع التدخل, بالمجال المحدد, داخل تصرف الدولة والذي من الممكن ان يقود الى تدخل ما وبحالة وقوعه فهناك اجبارية تبرير حق تدخل الدولة المقيد وفق الحقوق الاساسية. ولهذا ففي البداية فان للأثنين نفس العناصر البنيوية ولكن باشكال وقواعد مختلفة. يحدد مجال الحماية من خلال قواعد حقيقية, والتي تشخص حدود بداية عناصر التدخل من قبل الدولة وتتطلب اجباريا تسويغها قانونا والى اي مسافة ستصل. ان الموضوع هنا يتعلق باحدى "القواعد", التي تحدد حجم التدخل وتحدده وفق ضوابط صارمة 89. يكون واجب الحماية على عكس ذلك فقط امرا أمثل, "المبدأ", من انه قابل على

التحقق بقيم مختلفة, اي يتحمل تدخلا مخفظا, لكنه بعد هذه الواقعه يعود الى صيغته الاساسية القديمة. يجب ان يُكفل حق الحماية وفق صيغة حساب الامكانيات القانونية والواقعية. وهو يلبي درجة فعلية من الحرية, والتي تبقى لصاحب حق الحماية بعد حصول تقييدات نافذه قانونا. وهو بهذا له القدرة على المرونة 90.

تتوقف عناصر حق الحماية الدستورية على مجال الحماية. وهو بنفس الوقت ذات بعدين فقط ويكون قادر فقط على تحديد مسافة تقييد تدخل الدولة. لكن حق الحماية يمتد الى بعد ثالث, اي يمتد الى الجسد, ويحصل بذلك على وزن محدد بثلاثة ابعاد ـ مكانية. ويمكن التعامل معه عبرالموازنه بين المصالح العامة ومصلحة طرف ثالث والذي يقع ضمن صلاحيات تدخل الدولة. ان مجال الحماية المتصور ذا البعدين يضع حدودا امام تدخل الدولة فقط, وتنسحب عناصر حق الحماية على امكانيات موضوع الحماية ـ بكل جوانبها, اي ايضا لمنع تدخلات الاشخاص, والذي هو موضوع لواجب الحماية من قبل الدولة. لكن هذا التصور يقع خارج اطار دائرة وظيفة حق تقييد سلطة الدولة.

2. أولوية مجال الحماية على القيد

تتواجد في الصياغات النظرية المتعلقة بمجال الحماية والقيد بشكل واضح قانونا العلاقة المتضاربة مابين الحرية الفردية وسلطة الدولة. ان كلاهما مرتبطان, لكن يجب التفريق بينهما بشكل دقيق من الناحية القانونية, لانهما وفق طبيعتهما الأولية غير متوافقان. تتجسد في موضوع الدستور رغبة لكرامة قانونية لحامل الحق الدستوري, وفي القيد رغبة للمصلحة العامة أو لطرف ثالث للعزوف, بان تقوم الدولة بهذه الوظيفة. يقود التفريق بين الموضوع والقيد الى توضيح وتحليل تناسب المطلب المقدم وكذلك المادة المراد تحضيرها قانونيا لعملية تعليل القيد على الحق الاساسي.

ان ضوابط مجال الحماية لها اولويتها على التدخل بالنقاش القانوني المنطقي. ان القيد يتحرك داخل مجال الحماية. هناك مجال للحماية بدون قيد, الذي يحقق شأن القدرة على الحرية بدون نقص, لكن لايوجد قيد بدون مجال للحماية قابل للقيد. ويجب النظر الى القيود بعلاقتها بموضوع الحق الاساسي وان تفسر باعتبارها لحق الحماية المجسد وليس كموضوع يتعلق بمراعاة النتائج المحتملة بمستويات القيود. وايضا من الممكن ان تنشأ فيها مشكلة لاحقة في التبرير القانوني للقيود, فبمثل هذه الحالة ترفض المحكمة الدستورية الاتحادية التفنيد, "تحديد مجال تأثير الحق الاساسي من تحفظ القيد وتعليله: لان اي تأويل عملي لتوسيع القيود يحدث صعوبات, باختيار التفسير الاضيق, الذي تصبح فيه القيود باطله. واكثر من

ذلك يجب قبل ذلك التحقق من الجوهر المادي للحق الاساسي: أولا بعد ذلك يجب الاخذ بعين الاعتبار, بحالة الشك لصالح الحرية ومبدأ التناسبية الدستوري والمعقولية لتثبيت مباديء دولة القانون باتخاذ القيود اثناء ممارسة الحقوق الدستورية 91. عموما تلتزم المحكمة الدستورية الاتحادية ايضا بأعلى قدر من مباديء الحقوق الاساسية 92. تدعم الطرائق الأولية لموضوع الحق الاساسي اخلاقيا وقانونيا من خلال مبدأ توزيع السلطات بدولة القانون. في المقدمة تكون حرية الفرد كحق اساسي حيث صيغت مبدئيا لتحقيق ارادتها الذاتية, بينما يكون تصرف الدولة محدودا بالضرورة ويعتمد على تبربر ذاته 93.

لا تعني أولوية حق الحماية الدستورية من تدخل الدولة, ان تكون ضرورة طبيعية "لما له اولوية قبل الدولة" و مواضيع الحقوق الأساسية على انه وقاية للحرية "الطبيعية" 94. تصورات رجعية من هذا النوع تعتبر بعيدة عن مفهوم حق الحماية من تدخل الدولة. "الطبيعية" هي حقوق الحماية الفيزيائية وصيانة الحياة. وبمعنى آخر "طبيعي" تعتبر الخصوصية البشرية مغطاة بحقوق الحرية, لكنها غير منتجه. ان سريان حقوق الحرية نفسها وكذلك التطبيق الحقيقي الذي يتصرف به المواطن, مشروطة بشكل طبيعة الدولة المدنية 95. ان العناصر الواقعية التي تقع ضمن حماية الحقوق الاساسية مرسخة على الأغلب من خلال قانون الدولة 96. هذا يعني ان حق حماية الحقوق الاساسية لايشترط وجود نظام الدولة بذاته, بل تدخل الدولة الذي يفحص قانونا لكل حالة منفردة. هكذا يمكن ان يقلل من شأن تقيم "ماقبل الدولة". "ماقبل الدولة" يعني هنا ـ بشكل غير فلسفي وغير دقيق ـ الوضعية القانونية للوقائع الموصوفة قبل التغييرات لتدخل الدولة الحالية.

ان تملك الحقوق الاساسية, الذي يدافع عنه من التدخل بيومنا هذا, ـ مثل وضع مهني او وضعية مصانة بالمادة 14 من القانون الاساسي لشركة ـ فهي من الممكن بالأمس ان تكون قد تم انشائها عبر قانون للتدخل. ان حماية حق تقييد تدخل الدولة يؤثر ايجابا على الوضعية الحالية. ولذلك لايحفظ هذا دستوريا. ولكنه يكون فقط مشروط على اعتباره حقا دستوريا شرعيا. وهناك امكانية لتعديله. لكن اي تعديل عبر تدخل الدولة, ضد ارادة اصحاب الحق يجب ان يكون معللا وفق ضوابط الدستور 97. اذا ارادت الدولة تعديل قوانين المهن ودساتير الشركات القائمة, فيجب على الدولة ان تضع تصورها للتعديل ضمن عملية توازن مع حقوق الحرية للمصالح المصانة دستورية لاصحاب الحقوق ويجب ان تحقق "اثبات قانون افضل" 98. ان واجب التعدليل هو مسؤولية الدولة, ولكن ليس فقط بسبب انها تغير وضعية راهنة, انما لان الدولة تتجاوز ارادة اصحاب الحق الدستوري, كونها تلامس حقا دستوريا لهم. وهذا التأثير القانوني الاساسي لحق الحماية, حيث ان الدولة تريد التدخل به وتصبح بهذا امام الزامية التبرير وان صاحب

الحق الدستوري الذي يلتزم ويتحرك ضمن الحدود المعطاة له, لا يحتاج حقا الى تفسير وتعليل تصرفه او عدمه واهدافه ووضع ملكيته: انه "على "حق بطبيعته".

ان مصطلح وحدود التفكير 99, الذي تسير عليه نظرية حق تقييد سلطة الدولة, واجه نقدا من حيث المبدأ: ان معنى حق تقييد سلطة الدولة بالحقوق الاساسية يُضيق فقط بتقييد سلطة الدولة وينطبق ذلك ايضا على القانون, ان تكون ليس فقط قيود للحرية, انما ايضا اساس لها 100. تتحرك الانتقادات ضمن مجال النظرية الدستورية. فهي تفهم القانون الاساسي, باعتباره تقييد سلطة الدولة وهي كامل الحقوق الاساسية, لكن ليس تقييد سلطة الدولة باعتباره نموذجا قانونيا وليس نظريته. ان تقييد سلطة الدولة يكون فقط وظيفة للحقوق الاساسية, ولا تلغي الوظائف الاخرى بشكل بديهي. تُفعل وظيفة تقييد سلطة الدولة لحظات معينة للقانون الاساسي. حيث انها تُقلص مجمل القانون الاساسي بعناصر قليلة مهمة وتعنى بـانها وبكل الاعتبارات قانونيا قابلة للتكيف. ان اختزال الاهمية يعتبر تطبيقا قانونيا بلمسة فنية, لكن ليس رأيا بما يتعلق بـ "جوهر" القانون الاساسي او بخصوص "جوهر" القانون او الحرية او سلطة الدولة.

اذا اردنا اختصار وجهات النظر التي تجلبها مشروعية حقوق تقييد سلطة الدولة, تظهر سلطة الدولة من جهة وكأنها تهديد للحقوق الاساسية, والقانون من طرف واحد كاعتداء والتي تتناقض مع علاقتها بالمواطنيين 101. ان وضع الحقوق الذاتية الشخصي و مجالات حريته و مصادر حياته تكون فقط تحت شيء واحد, وعموما موضوع حساس هو حق تقييد سلطة الدولة : اذا كانت اعتداءات الدولة متوقفة. ولكنها بطريقة اخرى ايضا الى حد بعيد تشترط تأثيرات, وليس آخرها وضع حدود الجانب الشخصي, والتي هي حماية متوجبة على الدولة. تقع خارج اطار وظائف تقييد سلطة الدولة الشروط القانونية والواقعية, والتي يُبني على سيرانها حقوق تقييد سلطة الدولة وترتبط بها امكانيات الممارسة الحقيقة 102. تقع ضمن واجبات الدولة ـ ضمن صلاحياتها ـ وظيفة ضمان شروط الحقوق الاساسية ورعايتها ودعمها. ان هذه الوظائف تكون مباشرة لصالح حق تقييد سلطة الدولة. لكنها ليست تقييدات دللحقوق الاساسية, والتي يمكن قياسها بحق تقييد سلطة الدولة

3. انفتاح موضوع الحق الاساسي

يشير موضوع الحق الاساسي ضمن خطة انشاء حق تقييد سلطة الدولة مع سلطة دستورية قانونية الى حدود المسافة الواقعية للحماية, لكن لم ينظم المحتوى لايدير عملية ممارسة الحقوق الاساسية. وبهذا الصدد اثبتت وقائع الحق الاساسي في المستوى المعياري (مع "برنامج معياري") 103 باعتبارها

منفتحة. تأتي في مقطع الحقيقة المحددة بموضوع الحق الاساسي شروح المحتوى الاولي لصالح صاحب الحق الدستوري; وهذا ما يصنع بالفعل الحرية للحقوق الاساسية. يقرر اصحاب الحقوق الاساسية هم فقط بخصوص فيما اذا باي التطبيقات التي يستخدمونها من حرية حقوقهم الاساسية. ان موضوع الاستخدام الصحيح للحرية ليست موضوعا للقانون الدستوري, انما (بكل الحالات) هي موضوع طموح دستوري 104.

من البديهي يمكن ايضا ان يقدم القانون الدستوري مقابل ذلك الوقائع الحياتية ووقائع الحقوق الاساسية وينظم وبهذا يصيغ حقوق الحماية الدستورية ويقوم من جانبه على صياغة المادة الاساسية لحماية الحقوق الاساسية 105. على سبيل المثال بهذا الخصوص الحقوق الاساسية "منتج قانوني" كالملكية, ومحتواها ـ الى جانب التي يحددها القانون من خلال التقييدات (المادة 14 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي). ن اوضاع قيمة الملكية والتي صاغها القانون البسيط يتم تشريعها من القانون الدستوري, اذا كانت وقائع مصنفة بما يتوافق والمادة 14 من القانون الاساسي 106. يؤسس حق الحماية المنصوص عليه بالحقوق الاساسية هنا من خلال القانون الدستوري. وينطبق هذا ايضا على وقائع تتعلق بالزواج والعائلة والتي يتم ضمانها عبر مؤسسات مؤمنة. على العكس من ذلك فان قدرة الدولة على الفعل والصياغة تعتبر مقيدة بحقوق الحماية الجسدية المتعلقة بالصحة والحياة. تعتبر من حيث المبدأ مجالات الحرية ـ وبعدها الخاص ـ وواجب الدولة بالحيادية محصنة: حرية العقيدة والضمير و حرية العلم والفن. وهنا يتضح نموذج "منتج مادي" اي "صياغة مادية" لحق الحماية بخلاف الـ "منتجات القانونية" 107. لكن القدرة على الصياغة والفعل والحاجات المختلفة لاتلبي دورا في مضمار حق تقييد سلطة الدولة. سواء اكان ذلك منتج قانوني او منتج مادي: هنا يتعلق الموضوع فقط, بتدخل الدولة مجال الحماية. واذا حدث مثل ذلك, فيتوجب تبربر ذلك دستوريا, بغض النظر من الجهة, فيما اذا وباي حجم كان حق الحماية المعني ضروريا وفق قانون الدولة.

4. نوعية قواعد القانون الدستوري بموضوع الحقوق الاساسية

يمتلك موضوع الحقوق الاساسية ضمن اطار طبيعته أهمية قانونية دستورية. وبهذا فانه محدد مسبقا سواء لمن يصوغ الحقوق الاساسية او للقانون الذي يضع العوائق الدستورية لها. حيث يجب ان تراعى اولوية الدستور. ان الضوابط المصاغة للحقوق الاساسية وكذلك العوائق الدستورية هي ـ بكل الحالات من حيث الجوهر 108 ـ ممكنة للمشرع, لكن يبقى مجال الحماية غير قابل للازاحة. وتستنتج الضوابط القانونية المحتملة بداخل مجال الحماية من ناحية اخرى من خلال ضوابط القانون الدستوري. ان تبادل

الادوار بين الضوابط القانونية الدستورية الجامدة والقواعد المتحركة للقانون البسيط تعطي من جهة للحقوق الاساسية القدرة على التكيف وفق التغيرات الوقعية الحياتية و من جهة اخرى تضمن لها القدرة المعيارية للتحكم بتصرف الدولة.

يعتبر مجال الحماية محدد بداهة. ويمكن للحدود ان توضح وتفهم من خلال قانون. لكن اية ضوابط قانونية عليها ان ـ تتبع مبدا ـ ان لها معناً تفسيريا فقط. بناء على الصياغة المجردة لوقائع المصطلحات المستخدمة خارج نطاق المحاكم ("الضمير", "العقيدة", "الفن") فان حدود مثل هذه المواضيع غالبا ما يصعب العثور عليها في القانون. لكن هنا ايضا يمنع استنتاج عدم وجود حدود ناجمه عن صعوبة معرفة الحد, استنباط عدم وجود الحدود 109.

على العكس من ذلك فان القيود من الممكن تحقيقها عبر صياغات القوانين البسيطة. حيث تعتبر بمحتواها ومداها نتيجة لخلق موازنة مابين اهداف القانون البسيط و حق الحماية المصان دستوريا. لكن هذه الموازنة لاتحتوي على خواص الوقائع المتعلقة بمجال الحماية. انها تعتبر تفسيرية وليست وازنة. ان مبدأ التناسبية لا ينطبق على تحديد مجال الحماية : انما يتوقف على مجال الحماية, فيما اذا كان هذا المبدأ قابل للتطبق 110.

ويجب هنا صياغة توضيح دلالي مناسب. تعني القيود وفق وجهة نظر فريدريش كلاين Friedrich Klein "قيود تحفظية" على خلاف "قيود الضمانات" (المادية) 111. وفق طبيعة الموضوع فان هذه تعتبر خواص للوقائع 112, اي عناصر للقاون الاساسي, التي لايمكن موازنتها, لكن يمكن اقرارها تفسيريا.

5. "القيود الداخلية الدستورية" باعتبارها مواصفات للوقائع

بكل الحالات من حيث المبدأ يتضمن مجال الحماية "القيود الداخلية", التي حدد الدستور بذاته الحقوق الاساسية, ومن الناحية التطبيقية تعتبر "القيود" مهمة وقبل كل شيء للحقوق الاساسية بدون قيد دستوري, والتي وفق رأي المحكمة الدستورية الاتحادية يمكن تحديدها من خلال الدستور فقط 113. اذا قيد احد الحقوق الاساسية من خلل احد القواعد الدستورية الاخرى, والذي يتقاطع معه من حيث الموضوع, فانه موضوع يخضع للتفسير, والذي لا تظهره نصيا الحدود الممارسة بشكل مباشر. وفق هذه الفكرة فان القيود الداخلية محددة سلفا, حيث تظهرها اولا الخبرة وفق كل حالة ووفق طبيعة وجودها ومكانها. ان القانون الذي يصاغ فيما بعد و يوضح مثل هذه الحدود الدستورية الداخلية, لايشكل قيدا من الناحية الفعلية, اي لا يشكل تخفيفا جوهريا لقوة الوقائع 114. اذا احدث

القانون اصطداما مابين احدى ضوابط القانون الاساسي مع احدى الضوابط الدستورية الاخرى, سيحدث ذلك تسوية قانونية 115, لكن ليست تسوية تقيد الحقوق الاساسية ـ مهمة بتقييد سلطة الدولة.

ان موضوع الحقوق الاساسية كما هي بحالة حرية الفن يجب ان تبين بشكل نهائي من خلال ضوابط القانون الاساسي المخض (اي هنا المادة 5 الفقرة 3 الجملة 1 من القانون الاساسي). ان قواعد القانون الاساسي لاتوجد مستقلة بذاتها, انما بعلاقة تكافلية مع قواعد الدستور الاخرى. هكذا تكون "الحدود الداخلية" للقانون الاساسي مواصفات لوقائع, يقع اساس نصوصها خارج قواعد الحقوق الاساسية المشخصة, لكن داخل الدستور.

6. وجهة النظر ذات الطابع الذاتي والموضوعي

من اجل تفريق نوعية قواعد مواصفات وقائع الحقوق الاساسية يعتبر التفسير الملزم حاسما ويتقرر بهذا محتواها. وهنا تختلف وجهات النظر الذاتانية والموضوعاتية 116. يقع الاختصاص بالنسبة للنظرة الذاتية للحقوق الاساسية ا لدى الفاعل صاحب الحق الاساسي شخصيا. وهنا يجد الممتنع عن الخدمة العسكرية نفسه بحالة, فيما اذا كانت دوافعه لها اسباب ضميرية بما يتوافق والمادة 4 الفقرة 3 الجملة 1 من القانون الاساسي 117, وفيما اذا كان انتاج الفنان "الفن" يتوافق والمادة 5 الفقرة 3 الجملة 1 من القانون الاساسي 118. ويجب ان يوجه واجب الحماية هنا حسب الفهم الذاتي الفردي. ولكن بهذا يفقد طبيعته المعيارية باعتباره مقياسا دستوريا للحرية العامة والمتساوية; ويصبح بهذا كوظيفة للتعسف الذاتي. ان الفهم الذاتي لصاحب الحق الدستوري يحدد تطبيق الحرية المصانة بالحقوق الاساسية ضمن اطار وقائع الحقوق الاساسية; لكنه لايحدد الاطار نفسه. ان ذلك هو نفسه لكل شخص. ان وجهة النظر ذات الطابع الذاتي تقود الى معضلات, اذا استخدمت بمخاصمات مابين اصحاب الحق الاساسي, كما يمكن ان تظهر بحالة صيغة واجب الحماية: حيث يتعارض فيها فهم حق المجرم الاساسي مع حق الضحية. لايحق لا لهذا الطرف ولا لذلك الطرف الزام الدولة بقانون التصرف, انما تتدخل الدولة هنا فقط القانون الموضوعي للدستور. لايحق لأي من اصحاب الحق الاساسي تجاوز التصرف خارج حدود حقوق الحرية على حساب اي طرف آخر وعلى حساب واجب حماية الصالح العام. ياتي القرار الملزم الأخير (وطبيعي ليس الوحيد) بخصوص حق الحرية الى الجهة الحيادية بالخصام اي الدولة بصفتها حاملة الوظيفة القانونية. وهي وحدها فقط التي بامكانها قانونيا وموضوعيا دستوريا بحل الصدام مابين اصحاب الحق الاساسي. عند تفسير وقائع الحقوق الاساسية تنطبق وجهة انظر الموضوعية, اذا كانت صالحة ايضا لتفسير قواعد الدستور

الاخرى 119. لا تضع القواعد المتعلقة بمحالات واجب الحماية الدستورية اية استثناء. ان مقياس التفسير بالحالات الفردية هو القدرة على تعميم النتيجة 120.

ثالثا. التدخل باعتباره تصنيفا

1. "التدخل" و "القيد"

يظهر مصطلحي التدخل والقيد في اللغة المتداولة على انهما مرادفان. ان القانون الاساسي يتداول الكلمات "قيد", "تقييد", "تدخل" كما لو انها لا تحتوي على اختلاف من حيث المعنى 121: ومثل ذلك لايظهر ايضا, اذا كان مصطلحي "تدخل و تقييد" بجانب بعضهما (المادة 13 الفقرة 3 من القانون الاساسي).122. في الحقيقة فان المصطلحان يتطابقان مع بعضهما الى حد كبير. لكنهما لا يغطيان بعضهما بشكل كامل. حيث نهما يظهران نفس الموضوع من جوانب مختلفة. ان التدخل يعني تصرف الدولة, ويعني القيد الوضع القانوني, الذي ينجم عن هذا التصرف. ان التدخل يعتبر حركيا, بينما القيد يعتبر ثابتا. انهما يرتبطان مع بعضهما كالسبب والتيجة. حيث عندما لا يكون هناك تدخل, لاينشأ تقييد. اذا لم يستطع التدخل ايجاد تعليل قانوني, فلا يمكن تقييد الحق الاساسي قانونيا.

2. الملامح العامة للمصطلح

ان الوظيفة الاساسية لحق تقييد سلطة الدولة موجه الى التدخل 123. "ان "التدخل" يعتبر تأثير جسيم من قبل الدولة بمجال حماية مصان دستوريا تجاه ارادة اصحاب الحق الاساسي. ان المصطلح يلخص اليوم المفهوم السائد للتدخل. لكن ذلك لم يزل غير ثابتا, حيث يوجد عدم وضوح بخصوصه من قبل العديد من الجهات.

لكن بكل الحالات هناك وضوح, من ان التدخل هو تصرف احادي من قبل الدولة: تدخل ضد ارادة صاحب الحق الاساسي. بحالة موافقة اطراف اصحاب الحق الاساسي, مثلا بحالة وجود التزامات تعاقدية تطرح المسألة هنا, فيما اذا كان هناك تنازل نافذ عن حق دستوري 124. لكن لا يوجد هنا اي تدخل. ان اللحظة الذاتية للتدخل ضد الارادة تعني عادة عبئا موضوعيا. لا تشكل اداءات الدولة بذاتها تدخلا. لكن تفرض الدولة الاجتماعية الحديثة حقا اعمالا خيرة وخدمات ملزمة التكاليف (اجبارية ربط و استخدام المنشآت البلدية, توسيع واجب التأمين التقاعدي القانوني, الغرامات ملزمة التسديد, ضريبة التأمين الشخصي لوسائط النقل). ان الموضوع هنا يتعلق فعلا بتدخل حقيقي بحق الحرية. لانه يرتبط بموضوع الحرية, فيما اذا كان يقبل بتأثير للدولة ام لا. يسيطر مبدأ ذاتية الارادة باطار مجال الحماية الموضوعي القانوني وليس موضوعية فهم المصلحة, "المصالح" الحقيقية"

125. ان الموضوع هنا لايتعلق بنوعية التدخل, فيما اذا يتم تقييم تصرف الدولة من وجهة النظر الموضوعية على انه مفيد او مضر.

لكنه يجب ان يتجاوز الحدود الموضوعية القانونية لمجال الحماية. لكن الوضع هنا ليس كذلك, اذا كان اجراء ما من قبل الدولة لا يطال مجال الحماية (مثل منع واقعة لتجمع مسالم غير مرخص) و وضع حدود لوقائع فيما بعد و توضيح قيد دستوري داخلي.

3. الانتقال من الفهم الكلاسيكي الى الفهم الحديث لتدخل الحق الاساسي

ان المصطلح الكلاسيكي للتدخل, الذي وجده القانون الاساسي , على الرغم من ذلك, والذي صاغ كل التطورات الجديدة حتى اليوم ايضا يشكل الجوهر الثابت المعترف به لمبدأ التدخل, وتشكل فيما بعد من خلال اربعة مراحل زمنية:

- استخدام اوامر السلطة - و التدابير القسرية,
- الاشكال القانونية للاسلوب, بجوهره تجاوز للقانون, اجراء اداري, حكم,
- غائية على حق الحماية المصان دستوريا,
- الاضرار المباشر بحق الحماية.

ان هذا الملمح التقليدي للتدخل ينتقد في مبدأ الحقوق الاساسية على الأقل باعتباره مفهوما ضيقا. عنده يصبح واجب سلطة الجولة بكل وظائفه ماخوذا حرفي بما يتماشى والمادة 1 الفقرة 3 من القانون الاساسي, ويقود الى كامل نتائج كاملة. ولغرض تحقيق فعالية الحقوق الاساسية تتوسع عندئذ وقائع التدخل ومعه مسافة ضمانات التدخل بحق تقييد سلطة الدولة 126. وعندها لا يبعد التعريف الكلاسيكي جانبا, بل سيضاف اليه جوانب جديدة.

تذهب اتجاهات التوسيع

- من تصرف سلطة الدولة مرورا بالتصرف الاداري القانوني حيال المواطن والاقتناء الاقتصادي (بالمعنى الضيق "الفعلي"),

- من اجراء قانوني رسمي الى غير رسمي, اجراءات "بسيطة" (تصرف قانوني فعلي),

- من تأثير غائي الى تأثير غير مألوف, الى نتائج ناجمة موضوعيا مثل النتائج الجانبية,

- من المباشر الى غير المباشر للاضرار المتسببة لحق الحماية القانوني الاساسي.

ان هذا التوسع ينتج الوقائع الحديثة والمرادة للتدخل. وبالنتيجة يستنفذ تعريف التدخل الموسع هذا كل مجالات تدخل الدولة127, اي اذا كانت هناك حقوق حماية يمكن المساس بها, وان الموضوع يتعلق, فيما اذا كان التدخل يحصل ضد ارادة الطرف المعني.

لكن يحدث مع التوسع ان تفقد وقائع التدخل الاحاطة بطبيعة جوهر الوقائع والتدخل المستهدف والملزم للسلطة, كما بقانون العقوبات, الذي يتدخل بحرية التعبير والاعتقال من قبل الشرطة وحق المثول امام القضاء. ان مثل هذه التدخلات يمكن فهمها والتصرف حيالها قانونيا بسهولة نسيبا. ان الاطر الشكلية للقانون مثل التحفظات القانونية تكون مفصلة لها. لكن الوضع لن يكون كذلك بخروقات فعلية وخارجة عن المألوف128, والتي تصنف على انها تدخلا غير مباشرا 129, عندئذ يجب ان تخضع لالزامية التعليل الدستوري: مثل تصرف دائرة رسمية مسيء لسمعة منتج صناعي 130, الدعم الذي تقدمه الدولة التي تؤثر على منافسين غير مدعومين من قبلها و تنافس الدولة مع الافراد 131 و الانبعاثات الملوثة لمنشآت الدولة 132.

4. ضرورة رسم حدود المعايير

ان رسم حدود وقائع التدخل الكلاسيكية تمتد الى ضرورة ايجاد معايير جديدة للتحديدات. حيث ان وقائع التدخل الغير محددة بمعايير قد يمكن ان تكون غير عملية وغير صالحة لتقرر حقوقيا بموضوع الزامية التبرير الدستوري. توجد حاليا ضمن اطار الافكار الدستورية اتجاهات متعددة, من اجل ايجاد تحديد موضوعي تحت شروط حيادية. وبهذا المجال نوضح ثلاثة اتجاهات مختلفة باختصار:

1. بموضوع التدخل نفسه ليصل الى التحفظ الطفيف,
2. في مجال حق الحماية الدستوري,
3. بالآثار القانونية, وبالخصوص من خلال عزل التدخل من التحفظات القانونية.

بخصوص 1: حدٌ يُوسم التحفظ الطفيف. يستخدم التدخل, اذا تجاوز عتبة المضايقة الى الاضرار 133. من البديهي ان هناك صعوبة لرسم معالم هذه العتبة. اذ ان المعيار هنا يتعلق بنمط كمي, حيث ان الكمية لايمكن قياسها ووزنها حقوقيا بدقة. لكن يوجد شيء اسمه المؤشرات. وهذه هي نوعية و حساسية حق الحماية وشدة الخطر والتصورات الاجتماعية السائدة والاعراف والكفاية الاجتماعية 134. لكن يجب ان

لايقود التحفظ الطفيف الى تراخ بحساسية الحقوق الاساسية وتقلل من مستوى حماية الحقوق الاساسية, الذي تطور بجمهورية المانيا الاتحادية 135.

بخصوص 2: وجهة نظر اخرى تفرق وفق طبيعة الحق الاساسي المعني (نظرية مجال الحماية الوظيفية والنمطية) 136. وبهذا لا تضع عتبة التدخل نفس المعايير لكل من الحقوق الاساسية. وتكون قابلة للتمييز ايضا مابين المخاطر الغير متوقعة والشاذة التي ترتبط بتصرف الدولة 137. ويمكن ايضا هنا ان يكسب التدخل اطارا تكون حالة تضرر الحقوق الاساسية فيه وقبل كل شيء تضرر طرف ثالث محددة بشكل دقيق 138. - واخيرا لايمكن لمعايير التدخل ان تحدد من خلال صيغة تقريبية, لكن يجب ان تنحت ويتقصى عنها ايضا وفق كل حالة مشخصة.

بخصوص 3: محاولة اخرى لمعالجة الصعوبات الناجمة عن توسيع معايير التدخل قلصت بمجال الآثار القانونية. ولا تطال الزامية التبرير المادي الذي يسبب التدخل وقبل كل شيء تطبيق منع الافراط. وعلى العكس من ذلك وضعت قيود التحديد تحت المناقشة, عندما تكون التدخلات خارج الشكل الكلاسيكي. يوافق التحفظ القانوني في الحقيقة التدخل المحدد فقط. وينطبق ذلك ايضا على الزامية ذكر الاقتباس القانوني وفق المادة 19 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي. يعتبر رفض الشروط الشكلية محقا (لكن ايضا هذه فقط) عند عدم وجود تدخل محدد 139. لكن الأحكام القضائية تذهب الى ابعد من ذلك, اذا اعتبرت ان هناك ضرورة ملحة لتخويل التدخل من خلال اصدار قوانين شكلية في تصرف سيادي بسيط, مثل التحذير من منتجات محددة أو منظمات ما 140. وهنا لايوجد مبرر للاعفاء من التحفظ القانوني.

رابعا. طريقة تبرير التدخل بالحقوق الاساسية

لا يعني التدخل بالحقوق الاساسية حصول خرق دستوري بالضرورة. لا يسحب التصنيف التقني القانوني الحكم بخصوص عدم المشروعية بدون صعوبات. ويرتبط ذلك ببنية الحق الاساسي المشخص. وبداية يجب التفريق هنا مابين الحقوق الاساسية المتحفظ عليها والغير متحفظ عليها بالتدخل. ان الاولى مقاومة للتدخل والثانية مفتوحة. لا تعتبر القاعدة التي تتدخل بحق اساسي غير قابل للتحفظ مثل حرية الضمير اي لا تظهر (واقعة) ..- "حاجز" فقط ليست مشروعة تفسيريا, على العكس من ذلك القاعدة تحدد جوهريا حقا اساسيا قابل للتحفظ دستوريا مثل حق الحرية. يجب ان يثبت التدخل من حيث المبدأ مشروعيته القانونية بالحقوق الاساسية في النوع الثاني ويكون قابلا للقياس وفق ضمانات التدخل

الشكلية والمادية ("تحديد التحديد"). وبهذا الخصوص وضمن اطار الحقوق الاساسية تعتبر التدخلات قابلة للتبيرير وبنفس الوقت ايضا فهي بحاجة الى التبرير.

تقرر كيفيات التبرير وفق طبيعة الحق الاساسي المعني. ويتم تصنيفها ايضا وفق المقيدات العامة للمادة 19 الفقرة 1 و الفقرة 2 من القانون الاساسي. حيث ان التدخل بحرية فرد ما تتبع نظاما آخر غير الذي يتعلق بحرية المهنة. من هذه الناحية يمكن " للمذاهب الدستورية العامة" فقط التطبيق وفق مرونة التحفظ المتعلقة بالحق الاساسي المعني.

ويجب ان يلتزم التدخل الهادف ـ ولكن فقط هذا 141ـ بالقواعد الشكلية للتحفظ القانوني. واذا حصل التدخل ليس من خلال القانون, يحتاج بكل الحالات القانون كاساس له. تُفعل حقوق تقييد سلطة الدولة من هذه الناحية التحفظ القانوني, والذي تنطبق عليه على كل حال المبادي الاساسية الموضوعية للديمقراطية وسيادة القانون (المادة 20 الفقرة 3 من القانون الاساسي) 142. وينسحب ذلك ايضا على وظائفه الجوهرية التقليدية باعتباره "تحفظ على التدخل" وليس فقط على التدخل بالحقوق الاساسية. ويضمن ذلك عموما قدرة تخمين الدولة عند تنفيذها الاوامر والاكراه حيال المواطن, سواء اكان ذلك سيطال احد الحقوق الاساسية ام لا 143. وهكذا ينطبق قانون التحفظ بدولة القانون ايضا بمنع تجمع غير سلمي, على الرغم من ان ذلك لم يغطيه اي مجال من مجالات واجب الحماية 144, وينطبق ايضا على الضوابط التي تسحب فيما بعد تحديات الحقوق الاساسية الداخلية او التي تخلق تصادما دستوريا 145, ويحمي الاشخاص المعنويين الاجانب ايضا, الذين لا تنطبق عليهم المادة 19 الفقرة 3 من القانون الأساسي. يشمل قانون التحفظ الدستوري القوانين الموضوعية و يوسعها لغرض تمكين القانون الذاتي على تقييد سلطة الدولة من التدخل الغير قانوني المؤسس.

يخضع قانون تحديد الحقوق الاساسية من جهته الى مباديء نوعية محددة: مبدأ العمومية و مبدأ منع قانون الحالة فردية و مبدأ الزامية الاقتباس القانوني (المادة 19 الفقرة 1 من القانون الاساسي)146. ان تدخل السلطة التنفيذية بناء على القانون تتوفر الحاجة الى شكليات خاصة, كما هي بقانون حق الاحضار بمذكرة امام القاضي المادة 104 من القانون الاساسي. الى جانب التحفظات القانونية الاساسية ينطبق تحفظ الزامية قرار من قبل القاضي مثلا مايتعلق بحرية المسكن (المادة 104 الفقرة 2ـ4, المادة 13 الفقرة 2 من القانون الاساسي) 147.

ويتم تهذيب التدخل من الناحية المادية القانونية من خلال ايجاد موازنة بين الهدف والوسيلة التي تضعها هيئات الدولة المتدخلة لنفسها. ان المقياس الذي يقاس به هدف التدخل هو مبدأ منع الافراط (قاعدة

التناسبية بالمعنى الواسع). يشمل مبدأ منع الافراط كمصطلح عام المباديء الثلاثة لملائمة الغرض (الصلاحية) و الضرورة (السماحية وفقط من خلال الوسائل الممكنة الاكثر حرصا والمناسبة) و التناسبية (بالمعنى الضيق) 148.

يعطي القانون الاساسي المشروعية لصيغ معينة بالاخلال بالحقوق الاساسية فقط لاغراض تدخل ممكنة وبشكل صريح. ومثل ذلك نجده بالقيود الموضوعة على حرية التنقل, والتي سمح بها بالمادة 11 الفقرة 2 من القانون الاساسي فقط لأغراض معدودة. وتتواجد حدود حرية التعبير في الضوابط القانونية المتعلقة بحامية الأحداث والشباب وبحق الشرف الشخصي (المادة 5 الفقرة 2 من القانون الاساسي).

الى جانب هذه الضوابط المصممة بشكل هادف ينطبق الحد المرن "للقانون العام", الذي لا يوجه بشكل مستهدف الى حق الحماية بالحقوق الاساسية نفسها وضد رأي محدد بعينه ولكن اهدافه يجب ان تكون بوزنها وبطريقتها بكل الحالات متساوية مع جوهر الحق الاساسي الذي يطاله التدخل 149.

في العادة لاتذكر أهداف التدخل بنصوص الدستور. وهنا ينظر الى اي اداء مشرع لوظيفة الدولة على انه هدف ممكن للتدخل. يترك الدستور للمشرع القياس باختيار أهدافه من داخل الميزات القليلة نسبيا وذات المحتوى الواسع, والتي تحتوي على وظائف للدولة (غير منصوص عليها بصورة عامة) 150. يعتبر واجب الحماية المنصوص عليه بالحقوق الاساسية من ضمن وظائف الدولة. ان تحقيق ذلك يمكن ان يكون الهدف, من اجل ملاحقة ارادة التدخل بالحقوق الاساسية من مصادر التدخل.

اذا تم تثبيت الهدف, فبمثل هذه الحالة يمكن فحص التدخل باعتباره وسيلة لمبدأ التناسبية اذا كان مشروعا: فيما اذا كانت خسارة قدرة حق اساسي, وفيما اذا كانت وسيلة اخرى افضل وفيما اذا كان بما يتعلق بالهدف غير تناسبية هي الوسيلة الوحيدة لتحقيق الهدف. ان مبدأ عدم الافراط يشترط مشروعية الغرض اولا: حيث تُختبر طبيعة الوسائل. وبهذا الخصوص تتوفر قواعد قانونية مستخدمة لتبرير التدخل. ان هذه الطريقة تخدم ايضا تحقيق صيانة جوهر الحقوق الاساسية و ضمان جوهر وظيفتها بما يتوافق والمادة 19 الفقرة 2 من القانون الاساسي, اذا لم يكن شاملا ولكن يحدث حجما جسيما من خلال منع الافراط 151.

خامسا. النتائج القانونية الذاتية والموضوعية

ان النتائج القانونية الاساسية لحق تقييد سلطة الدولة موجهة اولا منع سلطة الدولة, بان تقيد اي تدخل, لا يلبي شروط وضوابط قانونية الدستور 152. وبهذا يتوفر واجب قانوني موضوعي للدولة. ويتوفر ذلك بغض النظر, فيما اذا كان التدخل موجها بحالة فردية لوضع ذاتي لشخص ما حامل للحق الاساسي, اي

اذا كان هذا يريد ان اعتراض على حق ما (حقوق سلبية). اذ ان حق تقييد سلطة الدولة يحمي الحقوق الاساسية ايضا باعتباره جزءأ اساسيا من النظام الديمقراطي ويضمن بها قوام الحقوق الشخصية.

عندما يكون التدخل غير مشروعا, لانه يطال حق اساسيا ثابتا وغير قابل للمساس لحق دستوري غير قابل للتدخل, مثل التحفظ القانوني او منع الافراط, ويظهر صاحب الحق الدستوري اعتراضا سلبيا ضد الانتهاك اي اعتراض اعتراض عن امتناع او تصفية وبظروف محددة يتم الاعتراض على طلب تعويض او نتيجة تصفية 153. لكن ليس الاعتراضات السلبية هي التي تصنع حقوق التقييد لسطة الدولة بذاته. حيث تشكل هذه عقوباته; و تعتبر بشكل صحيح "حقوق مساعدة" للحقوق الاساسية 154. يتجاوز حق تقييد سلطة الدولة بطبيعة وطيفتة بالحقوقه الاساسية ويشكل منطلقا للاعتراضات الفردية ومصدرا لها. ان الحقوق الاساسية ـ السلبية لحرية الصحافة او لسلامة الجسد لا تأتي من الحقوق الذاتية الناتجة عنها.

ج. تعليل واجب الحماية

اولا. مباديء الاحكام القضائية للمحكمة الدستورية الاتحادية

من حيث الجوهر تتمحور صيغة النموذج القانوني لواجب الحماية من خلال المحكمة الاتحادية الدستورية. ولكن جوهر الافكار توجد بديهيا قبل ذلك في المصادر 155. لكن لم يحصل واجب الحماية على مضمونه القانوني وتطبيقاته العملية الا من خلال الاحكام القضائية. وتحدد المحكمة الدستورية الاتحادية نقاطا شبيهه ثلاثية الابعاد, والذي يستنتج منها البنية النظرية. ان حالات واجب الحماية النموذجية للسلطة القضائية هي:

ـ وظيفة حراسة (مراقبة) الدولة بما يتعلق بممارسة حق الوالدية,

ـ حق الطفل الغير مولود (الجنين) من الاجهاض,

ـ الاجراءات الأمنية لمنع الهجمات الارهابية,

ـ تعليل تنفيذ الاحكام الجزائية,

ـ الحماية من الانبعاثات (المضرة للبيئة) أو اية مخاطر ناجمة عن المنشئات التقنية.

ان القرار الاول يتعلق بحماية مصالح الحقوق الاساسية لسلامة (المترجم: رفاهية) الطفل مقابل الوالدين 156. تكون وظيفة حراسة الدولة المنظمة بشكل صريح وفق المادة 6 الفقرة 2 الجملة 2 من القانون الاساسي بلاشك حالة فريدة بقائمة الحقوق الاساسية, كما هي بالعلاقة بين حقوق الوالدين وحقوق الطفل

الاساسية. لم تعترفت المحكمة الدستورية الاتحادية هنا المبدأ القابل للتعميم: وحتى في وقت لاحق لم يكن ينشأ ارتباط مع واجب الحماية المصان دستوريا.

على العكس من ذلك يعتبر رائدا القرار الصادر عام 1975 بخصوص اعطاء لحرية القانونية للاجهاض ضمن اطار مهلة محددة (المترجم: حرية اتخاذ الحامل بنفسها قرار الاجهاض ضمن مهلة اثني عشر اسبوعا من بداية الحمل, بعد اجراء الاستشارات الملزمة) 157. يمكن استنتاج وظيفة الدولة مباشرة من المادة 2 الفقرة 2 الجملة 1 من القانون الاساسي, بحماية كل حياة بشرية وحتى الحياة غير المولودة. بالاضافة الى ذلك يستنتج واجب الحماية من خلال النصوص الصريحة للمادة 1 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي:

حيث تشارك الحياة بطور التطور بحق الحماية المتعلق بالكرامة الانسانية. "ان واجب الدولة بالحماية يعتبر واسعا. فهو لا يحرم ـ بديهيا ـ تدخل الدولة المباشر بالحياة البشرية بطور التطور فقط, بل تلزم الدولة ايضا, بواجب الوقوف ودعم لحماية هذه الحياة, وهذا يعني قبل كل شيء, حماية هذه الحياة من تدخلات غير مشروعة لأي طرف آخر. ويجب ان تتوجه وفق هذا الامر الجوانب المنفردة للنظام القضائي, وكل منها وفق مهماتها المخصصة لها". ان الزامية الدولة بحماية الجنين, تشمل ايضا من حيث المبدأ الأم 158. ان الحكم الصادر بقضية اختطاف شلير Schleyer يطلب حماية فعلية لحياة المختطفين, ولكنه يترك من حيث المبدأ لهيئات الدولة ان تتخذ القرار على مسؤليتها بخصوص كيفية تنفيذ واجبها ويرفض بحالة مشخصة استنباط وسائل محددة للحماية من واجب الحماية المصان دستوريا ضد ابتزاز ارهابي يشكل خطرا على الحياة 159. وعلى العكس من ذلك يخدم تعليل واجب الحماية بقرار ـ منع التواصل, تبرير اتخاذ اجراءات أمان محددة ضد عمليت ارهابية, وبشكل دقيق اجراءات, تكون حساسة لتقييد الحقوق الاساسية للمعتقل 160. وضمن هذا الارتباط تشمل ايضا القرارات المتعلقة بتنفيذ عقوبة الحبس (ايضا) بواجب الدولة على الحماية وضمان أمن مواطنيها وحماية الحياة مثل حماية كرامة الانسانية لصالح الضحايا المحتملين والحاليين لجرائم جزائية 161. ـ تم تجسيد الحق الاساسي بالحرية من خلال قانون المسؤولية عن الضرر (المادة 823 الفقرة 1 من قانون حقوق المواطنين), بحالة حصول اضرار ناجمة عن طرف ثالث. ان ضمان المشؤولية عن الضرر لأحد الخبراء المكلفين من قبل المحكمة بحالة صياغته تقرير خبير غير صحيح ومتعمد لا يسمح بتقييده 162.

ان ما يستنتج من المادة 2 الفقرة 2 الجملة 1 من القانون الأساسي المتعلق بواجب الحماية يجب ان يعطي الدولة الاتحادية "المشروعية الدستورية", لتحذير مجاميع الشباب (المترجم: التنظيمات الشبابية المغلقة كالاديان المغلقة), التي يتخوف من ان عملها يشكل مخاطر على صحة ونفسية اعضائها (على الاقل الاحداث والشباب) 163. ويتحذر المحكمة الدستورية الاتحادية ضمن واجب الحماية ايضا من

المخاطر التقنية: من مخاطر الاستخدامات المدنية للطاقة النووية 164, و من مخاطر التأثيرات الصحية لضوضاء الطيران والطرق العامة 165 بالاضافة الى الأمان في الطرق العام 166. تعني الأحكام القضائية التعليمات المادية والتقنية للطريقة التي يجب ان تتبع للموافقة على المنشآت الخطرة باعتباره شكلا تطبيقيا لما تنص عليه المادة 2 الفقرة 2 من القانون الاساسي كمهمة لواجب الدولة بالحماية 167 وتضع تطورا تقنيا مناسبا وديناميكيا لحق الحماية الاساسي مع امكانية التحسين والتعديل المستقبلي كواجب على المشرع 168. وهي تشكل بهذا معيار ردة الفعل المتعلقة بالأمان المنصوص عليه دستوريا بخصوص الحياة والصحة والسلع المادية وحددت المخاطر الاخرى, التي يجب ان يتحملها المواطنون جميعا وفق وضعهم الاجتماعي المناسب. بالاضافة الى ذلك تبنت التحفظ القانوني وفق معيار الأهمية المتعلق بالموافقات الخاصة بالمنشآت التقنية الخطرة 169.

وأخذت المحكمة الدستورية الاتحادية بحساباتها واجب الحماية الدستوري من المخاطر العسكرية,التي من الممكن ان يتعرض مواطني ألمانيا الاتحادية من دولة خارجية ما 170. وهي تعترف بالاسباب "القانونية الموضوعية واجب الدولة بالحماية بما يتعلق بالحقوق الأساسية بمجال السياسة الدفاعية ـ والخارجية 171. يُنظر الى موافقة هيئآت الدولة الألمانية لتواجد الصواريخ الخاصة بدولة حليفة 172 أو تخزين ونقل الاسلحة الكيمائية173 بالضبط وبنفس اسلوب الموافقات المتعلقة بمنشآت الطاقة النووية المشابهة لها بالمحتوى. يكمن التشابه بوجود خطر مقابل واجب الحماية, ويأتي من سلطة دولة اخرى غير المانيا, وبغض النظر فيما اذا كان المشغل المانيا أم دولة اجنبية اخرى 174. لكن هذا التوافق السلبي لايكفون كافيا, لتعليل المساولة لواجب الحماية المصان بالحقوق الاساسية بشكل ابدي. حيث ان هناك فرق جوهري, فيما اذا كان تصرف شخصي يخضع لسلطة الدولة الألملنية وبنفس الوقت يتمتع بالحقوق الأساسية أو دولة خارجية تكون خارج النظام القانوني الألماني وايضا غير مرتبطة بالحقوق الاساسية الألمانية وتتصرف مقابل سلطة الدولة الألمانية بناء على علاقة متساوية مستقلة وفق القانون الدولي 175. تظهر مقاييس ذلك التوجه في الحماية الدبلوماسية, التي تلزم الدولة الألمانية حيال مواطنيها. رغم ان المحكمة الدستورية الأتحادية تتحدث هنا عن "واجب الحماية" 176, لكن ذلك لا يصنف باعتباره انبثاق من واجب الدولة بالحماية, مثل تصنيفها بحالة حصول اعتداء فردي على حق الحماية المصان بالحقوق الاساسية.

ثانيا. الاستنباط الحقوق الاساسية الداخلية لواجب الحماية

تستنتج المحكمة الدستورية الاتحادية واجب الحماية الدستوري والذي تلزمه بداية لحياة الجنين قبل الولادة من فحوى المادة 2 الفقرة 2 الجملة 1 من القانون الاساسي. بالاضافة الى ذلك تستند المحكمة الدستورية الاتحادية بهذا الصدد الى نصوص المادة ذ الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي, حيث ان الحياة الغير مولوة بمرحلة التطور لها حق بالحماية, والذي تصونه المادة 1 الفقرة 1 الجملة 1 من القانون الاساسي المتعلق بالكرامة الانسانية 177. من هذه الناحية يوجد موقع المشرع بقواعد الدستور الايجابية القانونية وبالتحديد هبذا البعد الذي يوجد الى جانب حقوق تقييد سلطة الدولة الذاتية: "ان نظام القيم الموضوعية والتي تنطبق من الناحية الدستورية موقفا اساسيا لكل مجالات القانون و التي تعطي ضوابط وحوافر اساسية للتشريعات القانونية والادارية والاحكام القضائية" 178. ان الواجب المثبت بشكل صريح على الدولة هو حماية الكرامة الانسانية (المادة 1 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي), يعتبر توضحيا لواجب الحماية القانوني ـ الموضوع 179. منذ قرار ـ مولهايم ـ كيرليش ـ تعترض المحكمة على اعادة الربط الى قاعدة المادة 1 الفقرة 1 من القانون الاساسي, من ذلك الوقت "يعترف بالحكم القضائي" 180. ان المادة 1 الفقرة 1 الجملة 2 من القانون الاساسي تقدم خدمات المساعدة على الولادة, لكنها الآن انهت مهمتها. الجدير بالذكر هنا ان هناك صعوبة حقيقية لتوضيح العلاقة بين الحماية من المخاطر لاحدى محطات الطاقة او احدى المطارات و صيانة على الكرامة الانسانية. اقتصر رأي المحكمة الدستورية الاتحادية على جوهر واجب السلطة القضائية المثبت بخصوص الحماية وايضا على الاستناد "بنظام القيم الموضوعية" 181, لكنه لمح الى المحتوى القانوني الموضوعي "لواجب الحماية" 182.

من الناحية القانونية المنطقية فان الاستنباط القانوني للمحكمة الدستورية الاتحادية غير ملزم قانونا. ان الحماية الملزمة سلطات الدولة بها لصيانة الكرامة الانسانية لا تحتاج العودة الى الحقوق الاساسية الاخرى, وبشكل خاص الى التي صيغت باعتباره حقوق تقييد سلطة الدولة. بالاضافة الى ذلك توجد اشكال اخرى من الحماية غير حق واجب الحماية المصان دستوريا 183. في النهاية لا يعطي الرجوع الى "نظام القيم الموضوعي" تعليلا مقنعا. هناك الاتهام, بان الحقوق الاساسية تكون نظام للقيم 184, فان هذا التكوين يعتبر تعليلا قانونيا تجريديا وضبابيا, من اجل الوصول لى تعليل قانوني. ان المغزي من هذا التصنيف المشتت يهدف الى منع اجهاد وظيفة الحقوق الاساسية بتقييد سلطة الدولة بفتح امكانيات لوظائف اخرى. ان الاستناد على نظام القيم يمكن يشرح صلاحيتها الآنية.

لكن لم يمنع ضعف التعليل شبه الاجماع بقبول واجب الحماية 185. لم يحظ القرار المبدأي الأول المتعلق بمسألة الاجهاض على النقد القاسي فقط مع تصويت خاص: اذا كانت قرارات القيم الموضوعية لحماية

حق اساسي محدد التي تحتويها قاعدة الحق الاساسي كافية, لاستنتاج الزامية العقوبات, فبمثل هذه الحالة يمكن ان تصبح الحقوق الاساسية تحت مأمن ضمان الحرية لوضع قاعدة لتلبية تنظيم تقليص الحرية. وهذا يتجه بوظيفة الحقوق الاساسية الى اتجاه معاكس 186. لكن التصويت الرافض الذي يرفض استخدام واجب الحماية بما يتعلق بمشكلة الاجهاض يتوجه الى واجب الحماية بذاته 187. بقي النقد الحقيقي الاساسي المنتظر للنموذج القانوني بواجب الحماية غائبا.

ثالثا. الربط بين الأمن كوظيفة للدولة والحقوق الأساسية

يستند واجب الحماية على اسس من خارج الحقوق الأساسي, اي على وظيفة الدولة بالحماية. ان الأمن هو الهدف الرئيسي, الذي من اجله تتكون الدولة الحديثة ومن اجله تحصل الدولة على الطاعة واحتكار السلطة 189. ويستند تبرير فلسفته القانونية التي وضع طريقها كل من توماس هوبز وجون لوك بالوظيفة التي تلغي كل الأوضاع الفوضوية التي تشكل مخاطر على الأفراد من خلال الأمن العام والتناحرات بين البشر وتحويلها الى طرق الحضارة وتحقيق السلام والمتحضر واستبدال السلطة الذاتية مثل العدالة الذاتية عبر اجراءات تقوم بها الدولة لواجب الحماية 190. تكون مجموع الاوضاع التي تضمنها الدولة للحماية الشروط لامكانية تحقيق الحرية للحقوق الأساسية والمساواة بين المواطنين وللسلطة التشريعية لدولة القانون. بنفس الوقت تصان دولة القانون بذلك حصول خرق للحقوق القانونية بحياة المجتمع, أي الأمن الداخلي وتضمنه وتطبق مبدأ مقولة عدم الاضرار بأحد ومقاومة السلطة الفردية واثبات القدرة هعلى احتكار السلطة. لاتحتاج وظيفة الأمن للدولة من القانون الدستوري الى عقوبات شكلية, لانها تشكل شرطا حقيقيا لوجوده 191. تكون هذه الوظيفة, سواء ان نظمت ام لم تنظم, جزءا اساسيا من الدستور المادي 192. ويعترف بها كما هي من قبل المحكمة الدستورية الاتحادية ايضا 193.

ان المؤسسة الحقوقية, التي قادت الى وضع النموذج القانوني المتعلق بواجب الحماية ضمن اطار القانون الاساسي, تتكون من وظيفة الامن للدولة التقليدية, التي تستند عرفيا على الصيغ الموضوعية ومؤسسات النظام القضائي وربطها عندئذ مع الحقوق الأساسية وتضمينها قاعدة انونية دستورية: بحيث تعني عندئذ حقوق الحماية المصانة دستوريا: صيانة حقوق الحماية هذه بالعلاقة بين المواطنين فيما بينهم. ويمكن ان تعرف قياسيا ايضا كحق مقاومة سلطة الدولة: باعتباره حرية اي حامل للحق الدستوري لمع اي اعتداء من طرف آخر.

يعني واجب الحماية المصان بالحقوق الاساسية بداية وظيفة (قانونية موضوعية) للدولة. وبهذا الصدد يظهر الرأي السديد للمحكمة الدستورية الاتحادية في اعطاء واجب الحماية نوعية شكلية لقانونية

موضوعية, وللكنه لايحتاج لتكرار الغموض الاصلاحي لـ "نظام القيم الموضوعية". لان وظيفة الدولة تجد نفسها بحماية حقوق الافراد وان الطريق مفتوحا على استنباط واتخاذ وظائف الدولة الموضوعية لحماية الحق القانوني للفرد الذي يتعرض لمخاطر.

اذا استنفذت الحقوق الاساسية وظيفتها بحق الدفاع عن سلطة الدولة, فان ذلك سيكون بحالة حصول خرق لصالح الخارق للقانون وحده. ولم يبق للضحية سوى القانون البسيط, والذي يبدو كانه تجخل ضد الخارق للحقوق ويتم تعليله على انه كذلك. وبهذا ستتحول الحرية من تدخل الدولة الى اعطاء حرية التدخل الفردي 194. وبهذا ستصبح الحقوق الاساسية كانها امتياز لخارق القانون. تبدو سلبية الدولة بحالة المنازعات القانونية بين المواطنين من وجهة نظر تقييد سلطة الدولة الاحادية كقيمة عليا لصالح الخرق الفاعل للحق المهدد. ان مخاطر الخرق الفردي هو تمني الحالة, التي تصبح فيها حرية المواطن والقوى الاجتماعية و حدود حدود الامكانات الدستورية للدولة الاخرى مختزله. وبالنتيجة يُظهر التفسير الاحادي لقانونية الحرية للمواطنين الملتزمين بالقانون كأنه تمييز وتخفيض لحريتهم.

يُغلق حق الحماية المصان دستوريا الجانب المفتوح لحق الحماية الدستوري وتساهم علاوة على ذلك, بان الحقوق الاساسية تصيح متمتعة بضمان الالتزام تجاه كافة الاطراف. وتقوي بشكل غير مباشر حق تقييد سلطة الدولة ايضا, حيث تتقاسم بهذا الوظيفة المشتركة لحماية الحقوق الاساسية. ان الوظيفة العكسية للحقوق الاساسية ترتبط بشكل مشترك حسب مبدأ الاواني المستطرقة. الأمن لايتضارب مع حق الحرية المصان دستوريا, على الرغم من ظهوره بنوع من التدهور بالنقاشات السياسية احيانا, انما يعتبر أحد مظاهرها. يحقق مبدأ الحقوق الاساسية التوازن من خلال فهم دولة القانون ليس فقط من خلال تقييدها السلبي, أي تقييدها امام حقوق الحرية, انما يجب ان تفهم ايضا بوظائفها ايجابية ويعترف بالقانون البسيط ليس باعتبارها مقيدا للحرية, انما ايضا باعتباره شرطا للحرية. من وجهة نظر واجب الحماية تظهر قواعد الحقوق الفردية والقانون الاداري وكذلك قانون واصول المحاكمات الجزائية أهميتها الايجابية الدستورية, عندما تثبت نفسها باعتبارها وسائط لحماية القانون الاساسي بالتفاعل الاجتماعي. وبما ان أمن المواطن يعتبر موضوعا من مواضيع الدستور, فان قواعد الأمن الملزمة لن تكون مرغوبة الاستخدام للمشرع القانوني, انما تُحدد وتُشرعن بطريقة ما من خلال الدستور.

د. بنية ووظيفة واجب الحماية

اولا. وظيفة نظرية الحقوق الأساسية

تشمل صلاحية واجب الحماية المصان دستوريا كل حقوق الحرية الاساسية 195. لكن قراررات المحكمة الدستورية الاتحادية المبدأية اعتبرت موضوعها من حيث الجوهر فقط الحق بالحياة والسلامة الجسدية 196. ان المصادر تهتم وتركز على هذا المجال التطبيقي الضيق 197. لكن ذلك يعتبر شاذا. تعتبر تشكيلة ـ واجب الحماية التي تظهر هنا بسيطة, لان حق الحماية ذات طبيعة فيزيائية وان الخرق الفردي له برهان نفسي. لايمكن تعميم الاستنتاجات القانونية بصدد حماية الحياة والصحة بدون اضافات تتعلق بحقوق اساسية بنيوية اخرى مثل حرية الرأي وجعلها قواعد عامة. مع ذلك يجب ان تتواجد قواعد مهيكلة, والتي تجمع كل الحقوق الاساسية (للحرية), اذا اصبح واجب الحماية كقاعدة وظيفية عامة. ان استنتاج هذه الهيكليات هي وظيفة نظرية الحقوق الاساسية 198.

ويحتاج حل المهمة هنا الى عمل رائد وصعب. لاتكفي مصطلحات مبدأ حق تقييد سلطة الدولة لتشمل الشروط الواقعية والنتائج القانونية لواجب الحماية. ان الهيكليات معقدة لهذا البسبب, وذلك لآن العلاقة الثنائية المتبادلة مابين المواطن والدولة تتوسع الى علاقة ثلاثية مابين الدولة ـ المتدخل ـ الضحية. لايعتبر الاختصاص موضوعا للقانون الدستوري فقط, انما في مجاله الواسع يعتبر موضوعا ايضا للقانون البسيط. حيث يقع القانون الدستوري والقانون البسيط بعلاقة تبادل. يعتمد واجب الحماية المصان دستوريا على تطبيقات القانون البسيط. ويشرعن هذا مجددا من خلال واجب الحماية. الا ان واجب الحماية في التطبيق القانوني يتولى ايضا مهمة متعددة باعتباره عنوانا شرعيا للقانون السائد 199. لكن من الضروري هنا, ان تصنف المعايير الدستورية من ضمان واجب الحماية القانونية البسيطة. يجب ان يستنتج واجب الحماية المصان دستوريا بداية من مواد القانون المتفاوته.

ولهذا ينقصه الطابع القانوني الواضح, الذي اعطي لحق تقييد سلطة الدولة بالدستور. من الوظائف الحرجة بنظرية القانون الدستوري يعتبر ضمان ايجاد حدود واضحة للنموذج القانوني والتماسك الداخلي والاحاطة نحو الخارج, وليس اخيرا, تمييزها عن وظائف الدولة بمجال الحقوق الاساسية ومن الوظائف الدستورية الاخرى.

ثانيا. خطة بناء ونموذج تطبيق واجب الحماية

يُظهر واجب الحماية بخطة بنائه المبدأية مستويات متعددة:

ـ وقائع المخاطر على القانون الأساسي,

ـ الأثر القانوني: تجديد وظيفة الدولة لواجب الحماية وكذلك اختيار وسائل تحقيقه,

ـ الشروط المتعلقة باستخدام الوسائل وخاصة ماينطبق على خرق الحماية من قبل المتدخل,

ـ وضع الضحية وبوجه خاص حقه الذاتي بالحماية.

1. الوقائع

الوقائع التي يؤدي تحقيها واجب الحماية, هي التدخل الغير شرعي (خرق) لأحد الاشخاص حيال حق الحماية المصان دستوريا أو المخاطر الناجمة من هكذا خرق.

(أ) يمكن ان يكون موضوع (الخرق) اي حق للحرية مصان دستوريا (الحياة, المالكية, حرية الاشخاص الخ).

(ب) التصرف الواقعي هو خرق حالي او مهدد: تأثير جسيم على حق حماية موجه ضد ارادة حامل الحق الدستوري. ويجب ان يكون الخرق غير شرعي. يستنتج الحكم اللاقانوني مباشرة من عناصر الدستور; والمقياس هنا هي منع العنف و منع الاضرار. ولا علاقة لها هنا بذنب المتدخل مواقف ذاتية اخرى. ويستثنى من ذلك الازعاجات (البسيطة) فقط .

(ت) تعتبر غير مهمة الكوارث الطبيعية والحوادث المرتبطة بالقضاء والقدر, والتي تقع خارج المسؤولية القانونية لحامل الحق الدستوري.

(ث) يجب ان يأتي الخرق من فرد, والذي يتمتع بالأهلية الدستورية. ويستثنى منها تدخلات سلطة الدولة الألمانية او دولة خارجية بالاضافة الى تدخلات المنظمات الدولية.

(ج)الاضرار بالذات يقع خارج الوقائع.

2. الآثار القانونية: وظيفة الدولة وادائها

(أ) الاثار القانونية هي واجب قانوني موضوعي للدولة, لدرء الخرق او المخاطر المحتملة. تعتبر الدولة ملزمة بحماية فعالة للحقوق المصانة دستوريا ومن خلال وسائل تتماشى واهداف دولة القانون ووفق طبيعة الحاجة.

(ب) وفق المادة 1 الفقرة 3 من القانون الاساسي فان وجهة الواجب هي سلطة الدولة الملزمة بتطبيق القانون الاساسي وبكل صيغ تجلياتها. فالدولة تعمل وفق ضمن نظام صلاحياتها العامة وضمن الاطار العام لاسس تخويلها بالتصرف. وهذا يعني ان واجب الحماية لايعطي

هكذا سلطة ولا هكذا تخويلا بالتدخل. انما يشكل ذلك مهمة للدولة, لممارسة الصلاحيات المتوفرة وادارة التحويل بشكل فاعل.

(ت) ان حاجة الحماية الموضوعي للحقوق الاساسية يرتبط بشعور الامان لحق الحماية المعني, اي من الطريقة والمسافة والقوة (الاحتمالية والآنية) للخرق و من الامكانات المشروعة والمعقولة لما يقدم من مساعدة من قبل حامل الحق الدستوري (مبدأ التكافل).

(ث) تقع مسؤولية الدولة تحت التحفظ على الامكانات الواقعية والقانونية الدستورية. لايمكن ايجاد امان مطلق. على الدولة القبول بمخاطر متبقية ممكنة.

(ج)يحتوي واجب الحماية للسلطة التشريعية ايجاد صيغ لتشريعات قانونية, تغطي قواعد الحاجة للحماية, لتكفل بذلك بشكل دائم وكاف معيارا ادنى لاشكال الحماية, وبحالة حدوث تغييرات على الاوضاع السابقة ايجاد "تعديلات" تتناسب مع المخاطر الجديدة. ان مهمة القوانين والتشريعات ملائمة لاصدار اوامر تنفيذية للسلطة التنفيذية والقضائية لضمان الحماية الفاعلة.

(ح)يعتبر تعديل ولغاء اشكال الحماية المصانة دستوريا مشروعا. ولكن يجب ان لايلغى المعيار الادنى لقانونية الحماية. تتمتع اشكال الحماية النافذه الى حد ما بحالة مضمونة نسيبيا. ولكن يجب ان تكون احتياطاتها المناسبة, نافذه وكافية. يمكن للقانون اعطاء السلطة التفيذية تقديرالقرارات, فيما اذا كانت تتصرف حيال مخاطر فعلية او عليها الانتظار. لكن واجب الحماية يوجه ممارسة التقدير ويضع الاخفاق بالحماية الفعلية تحت الزامية التعليل الدستوري. يتولى واجب الحماية هنا بان الدولة عليها واجب اتخاذ مايلزم من اجراءات. يمكن للتقدير ان يكون صفرا ويؤدي ذلك الى نتيجة مفادها, وجود اجراء للحماية محدد ملزم دستوريا ـ وعلى القاضي الذي يقدر قياس امتناع او تصرف السلطة التشريعية او السلطة التنفيذية عن اجراء ما, يعكس مشكلة, تحديد الارتباط الدستوري القوي لهيئات الدولة الفاعلة ودرجة السلطة القضائية (كثافة الرقابة).

(خ)يجب ان تكون الوسائل التي تستخدمها لدولة لتحقيق واجبها بالحماية كافية فقط لتنفيذ الضوابط والشروط الدستورية: نظام اختصاص الدولة الاتحادي وكذلك اشكال الأختصاص الاخرى, التحفظ القانوني, شروط دولة القانون, وبشكل خاص الحقوق الأساسية لطرف ثالث, التي يمكن ان يصيبها الضرر من خلال اجراءات الحماية.

3. وضع مصدر التدخل (مصدر الخرق)

يجب ان يحقق تدخل الحماية ضد مصدر التدخل أو ضد احد الاطراف الغير معنيين بالأمر التحفظ القانوني في طبيعة التصرف لحق التدخل بالحماية و, اذا كان احد الحقوق الأساسية لتقييد سلطة الدولة يتعرض واقعيا للتدخل ويكون وسيلة لتحقيق هدف مبرر لضمان الحقوق الاساسية للأخر. وبهذا يكون تناقض حق الحماية واضحا. فمن جهة توجد الحقوق الاساسية لمصدر التدخل, والتي يتم ضمانها من خلال مبدأ حق تقييد سلطة الدولة بمنع الافراط, ومن جهة حق الضحية التي يجب ان يضمن من خلال واجب الحماية المحق.

4. وضع الضحية

أ) من وجهة نظر الضحية يطرح السؤال, بحالة عدم التزام الدولة بواجب حمايته بشكل عام او غير كافي, فيما اذا كان له حق اصلي (حقيقي) بالحماية وفق شالشروط الموضوعية لوظيفة الدولة. وهنا يتعلق الموضوع, فيما اذا حصلت اوضاع لمخاطر مباشرة, فان عدم تدخل الدولة او تركها للتدخل تلامس الحقوق الاساسية الفردية, بان يستنتج منها حق الحماية له. حسب وساعة وضيق مجال القياس, الذي تمتلكه الجهة لاتخاذ القرارات الحالية, فيكون للضحية رسميا حق شخصي لمراعاة حقوقه من خلال اجراء محدد لغرض حمايته أو حق مادي شخصي لحمايته. وهنا فان الموضوع يتعلق, فيما اذا كان تدخل الدولة بحالة حصول مخاطر حقيقية او عدم تدخلها قد لامس الحقوق الاساسية الفردية, التي تتطلب حاجة للحماية له. حسب التوسع او الانكماش بمجال المقياس, التي تتدخذه الجهة المختصة بما يتعلق بقراراها للوضع الآني, يمكن ان تصب بمراعاة الحق للذاتي الرسمي للضحية وحقوقه الاساسية بحاجته للحماية, او حق مادي ذاتي باجراء محدد للحماية. بحالة وجود حق ذاتي فترتبط امكانية الفرض القضائي بالحق الاصلي الذاتي للحماية, سواء اكان ذلك عن طريق واجب القضاء الاداري او عن طريق دعوى اجبارية اتخاذ اجراء (قارن المادة 42 الفقرة 2 من نظام المحاكم الادارية) وكذلك عن طريق شكوى دستورية (المادة 90 الفقرى 1 من قانون المحكمة الدستورية الاتحادية)

ب) على الدولة ان لاتعلق حماية نفسها. يمكن للضحية اتخاذ حقه بدرء سلطة الدولة تجاه اجراءات اكراه الحماية.

ثالثا. وقائع تشكيل مخاطر على الحق الاساسي

1. موضوع المخاطر: حق الحماية المصان دستوريا

ان موضوع الخطر, المتعلق بحق الحماية الذي تدافع عنه الدولة بحكم وظيفتها, يعتبر حق حماية مصان بالحقوق الحرية الاساسية. ان المواضيع النمطية هي

ـ حسب الاحكام القضائية الحالية ونظرية ـ صيانة الحياة والجسد. لكن حق الحماية ينسحب ايضا على الملكية 200 والكرامة الانسانية, وعلى حرية الفرد وحرية ممارسة المهنة. يرتبط هنا كل حق بالحماية لحقوق الحرية الاساسية 201. يطابق واجب الحماية تقييد سلطة الدولة ويتلائم معه بموضوع مداه.

وايضا بمداه المشخص يتلائم واجب الحماية مع حق تقييد سلطة الدولة. فهو حق للانسان حتى قبل ولادته باعتباره حياة فردية مشخصة, وبالضبط اعتبارا من الاخصاب 202. ويغطي ذلك كرامته الانسانية حتى بعد الموت 203. وينطبق ذلك سواء على الشخصية الطبيعية او الشخصية الاعتبارية بما يتوافق والمادة 19 الفقرة 3 من القانون الاساسي.

لاينسحب حق الحماية فقط على "المنتجات المادية" للحقوق الاساسية, والتي تعتبر معطاة من قبل نظام الحقوق الاساسية باعتبارها موادا فيزياوية او فكرية, انما على "المنتجات القانونية" والتي هي مصنع النظام القانوي, كما الملكية. يجب التفريق بهذا النموذج مابين تصميم وقائع الحقوق الاساسية من قبل المشرع, التي صممت حق الحماية بشكل كامل وحمايته. لاينظم واجب الحماية, كيف تكون صيغة موضوعة, انما يشترطها مسبقا. يربط ذلك مع مكون حقوق الحماية, كما يضعها الدستور والمؤسسات القضائية البسيطة وكما هي في الواقع يحصل عليها حامل الحق الدستوري باعتباره ملك واقعي محدد لحقوق الحرية الاساسية وباعتباره امكانية قانونية. وهكذا فان واجب الحماية لا يحدد ضوابط تتعلق بما حدده المشرع القانوني عن قيمة الملكية باعتباره حق اساسي للملكية وعن كيفية توزع قيم الملكية بعدل 204. لكنه يستند الى حقوق كما هي موجودة مجردة. ان موضوعه ليس حق الحماية, انما السلامة.

تحمى الحقوق الاساسية من حيث المكبدأ بمضامينها القانونية الموضوعية باعتبارها اساسا للمجتمع وباعتبارها عناصر النظام القضائي. ويرتبط بهذا حق المطالبة بالحقوق الاساسية للمستقبل. تتحمل الدولة ايضا المسؤولية امام الأجيال القادمة 205. على الدولة ان تحمي

الاجيال القادمة من المخاطر, التي تظهر مستثبلا من السلوك الحالي وعلى الدولة لن تضمن الشروط الواقعية والقانونية لبقاء الحياة البشرية والحرية والكرامة.

تشمل في اولوياتها شكل الحماية القانوني الموضوعي والذي يتضمن حقوق الحماية باعتبارها أمرا مجتمعيا واهتماما عاما. تعمم وجهة النظر هذه من قبل حامل حق الحماية واستناداتها (قابلية ورشد القانون الاساسي و المخاطر الفردية الحالية). بداية تعتبر هذه غير مهمة بالنسبة لواجب الحماية. لكنه تصبح مهمة للعواقب القانونية (الثانوية), فيما اذا كان الشخص حامل حق الحماية, يرى نفسه معرضا للخطر بحق اساسي, ويريد ان يطالب بحقه الذاتي بالحماية.

تبقى خارج نطاق مجال حق الحماية الضمانات القضائية الاجرائية (كما في المادة 6 الفقرتين 4 و 5 من القانون الاساسي) 206. لا تعتبر حقوق المساواة موضوعا للدستور 207. ان الحقوق الاساسية هي موضوع مابين الافراد والدولة وليس العلاقة المتبادلة فيما بين الافراد انفسهم. توجد هنا الاستقلالية الفردية, التي تجد فيه الفردية, عدم المساواة الواقعية امكانية تطبيقها قانونيا, اذا لم تكن هناك قوانين اجتماعية محددة لأهداف الدولة. وهكذا بستنتج من برنامج الحقوق الاساسية موضوع مساواة المرأة بالجمعيات والشركات. وايضا فان حماية الكرامة الانسانية التي تنص عليها المادة 1 الفقرة 1 الجملة 2 تلزم الدولة صيانتها اذا تعرضت لضرر من طرفغ آخر, وتكون مباشرة لصالح المساواة. اذا حصل اضطهاد ما, يهين المساواة في الكرامة الانسانية لأحد البشر 208, فيتدخل حق الحماية هنا. من خلال ذلك يتم ضمان معيار للمساواة بالحد الادنة للحقوق الدستورية وايضا ـ بدون تظلم بخصوص عقيدة مظطهدة ـ بداخل العلاقات الاجتماعية.

2. نوع المخاطر: الخرق الغير شرعي

أ) الخرق من قبل اشخاص

يزدهر واجب الدولة بالحماية اذا قام شخص بخرق حق الحماية المضمون دستوريا او اذا هناك خطر يهدد بحصول مثل هذه المخاطر. الاعتداء هو خرق غير شرعي (ظلم). يحدد الاعتداء بهذا الفهم كذلك كما المصطلح الواسع المتعلق بتقييد سلطة الدولة: باعتبارها ليست تأثير جسيم على حق الحماية ضد الارادة للطرف المحق 209. بنفس الوقت يحدث اختلافا جوهريا, فيما اذا كان الخرق قادما من قبل الدولة أو من شخص ما. وهنا تتحقق واقعة واجب الحماية.

يكفي بموضوع حقوق الحماية المصانة بالقانون الاساسي كالحياة والصحة من حيث المبدأ اي اعتداء من قبل شخص ما, يثير تدخل الدولة بالحماية 210. لكن لايمكن تعميم هذا الموضوع ويودي الى, ان يفهرس مثل هذا الاعتداء كخطر. وذلك كون القانون الاساسي من حيث قوامه يعتبر فريدا. ان التأثير على الحياة والصحة هي ذات طبيعة جسدية. فهي تخرق اذا حصلت ضد ارادة صاحب الحق الدستوري, واذا لم تحصل كحالة استثنائية للدفاع عن النفس الضروري, ضد منع العنف, فهي بهذا تعتبر من جهة الدستور شرعية. ولكن ذلك لاينطبق على اي اعتداء ضد حامل الحق بالحماية, وبكل الحالات يجب ان يوضح مفهوم الاعتداء ويفكك, فان ذلك يعتبر سائدا بعقيدة تقييد سلطة الدولة. تتطور المهنة من خلال المنافسه, فهي منفتحة على كل المتنافسين. ان حرية التحالف تغطي صراع العمل, الاخلال المنظم لخصم الاجور. تتحقق حرية الرأي من خلال مخاطر الاعتراض والنقد. لا تعلل التدخلات من هذا النوع هنا واجب الحماية من الدولة. على العكس من ذلك: يحرم على الدولة التدخل والتوسط بالتنافس المشروع والصراعات المشروعة للحرية وتكون منحازة لطرف ما. هنا تخضع الدولة وفق القانون الاساسي للحيادية, لكن ليس بمسؤليتها بالحماية.

وبهذا تظهر حقيقة قيمة اللامبالاة التي لاتكفي لتحديد التدخل, لغرض البدء بواجب الحماية. من وجهة اظر الدستور يقاوم فقط التدخل (الاعتداء) المحدد, الذي يعتبر من وجهة النظر الدستورية مستنكرا. من الناحية الموضوعية يعتبر فقط التدخل الغير شرعي المحدد, الذي لا يتطابق مع الدستور قابل للمقاومة. ان التثبيت من وجود اعتداء شخصي, لا يمكن اخذ الامور به بدون تفحص وتقييم قانوني. بل اكثر من ذلك يجب ان يكون ذلك واضحا ومعروفا. ان التدخلات الممكنة للاشخاص, التي تقع ضمن مفهوم الاعتداء, لا يجب ان تعطى صبغة العمومية بالتقييم القانوني. حيث انها ليس من الضرورة ان تستدعي اجبارية التعليل كما بنموذج تدخل الدولة, فانها لاتستدعي التحفظ المادي والشكلي كما بتدخل الدولة وضرورة تقييدها.

ب) الدستور باعتباره مقياسا لعدم الشمروعية

عدم مشروعية الاعتداء لايمكن ان يستنتج فقط من لقانون البسيط, على سبيل المثال من القانون الجزائي او من القانون الاداري المحاذي له. من هذه الناحية لا ينطبق بهذه بمواصفات هذه الواقعه المعيارية شيئ آخر غير شروط الوقائع الاخرى, التي يتبع لها واجب الحماية المصان دستوريا. قد لا يستطيع القانون البسيط ان يعلل اللاحكم التقديري بتائجه الدستورية, لكنه قادر

على تطبيقها وعلى تحديدها. ينطبق على شروط الوقائع المتعلقة بواجب الحماية اولا الدستور والذي من اجل تطبيقه ينطبق التحفظ القانوني. ويتطلب هذا ضرورة ان يجد المشرع قواعدا للحماية وان تكون التدخلات للحماية ضد طرف ثالث فقط مشروعة بناء على تخويل قانوني. بديهي بالنسبة للقانون الاساسي فان تنظيم العلاقة مابين الافراد فيما بينهم ليس موضوعا مباشرا للتنظيم, 211. لكن توضع عقوبات بشكل مباشر التي تتطلب معيارا بسيطا من التحضر وبهذا يتم ضمان اطر حياة دولة الدستور.

القواعد الاساسية لهذا محتكرة بيد الدولة, وجانبها الآخر هو واجب السلام من قبل المواطنين: الواجب الاساسي, الامتناع عن اي نوع من أنواع العنف الفيزيائي. على الرغم من ان منع لامتناع عن العنف قد ذكر بشكل هامشي بنص القانون الاساسي, لكنه يتبع للدستور المادي 212. ان معظم القرارات الاساسية للمحكمة الدستورية الاتحادية المتعلقة بواجب الحماية تعود الى مبدأ منع استخدام العنف (القوة). وتطال هذه بشكل مباشر استخدام القوة الجسدي: قتل الجنين قبل الولادةمن قبل الأم, تهديد الحياة والجسد من قبل الارهاب 213. او ينطبق ذلك على الأثير التقني الفيزياوي المباشر على سبيل لمثال الأضرار الصحية الناجمة عن ضوضاء الطرق 214 و الاشعاع النووي ومحطات الطاقة النووية 215. تتضمن الاحكام القضائية للمحكمة الدستورية الاتحادية المتعلقة بحماية الحياة والجسد بمجال منع العنف الشخصي قدره قاعدية تعميمية, التي تنطبق على كل الاشياء المطلوب حمايتها وفق الدستور وبشكل مباشر ايضا حقوق الحرية بالمعنى الضيق للكلمة: مثل حرية التحرك المكاني وكذلك منع سلب (حجز) الحرية بالاضافة الى الأكراه من خلال قطع الطرق 216, والاجبار على منع ما لحرية الرأي لابداء رأي ما أو ترك تصريح برأي محدد, وبخصوص حرية المهنة والعمل بمنع القهر النفسي أو التخلي عنه بهذه الطريقة (مصلا من خلال احتلاك معمل او من خلال حظر الدخول); وبخصوص حرية التعليم من خلال منع اعاقة محاضرة بالقوة (من خلال خطاب من الاساتذة) 217, وللملكية بما يتعلق بتخريب الممتلكات او اقتحام حرمة المكان وكذلك ايضا الانبعاثات البيئية المظرة جدا 218.

يعتبر العنف الجسدي عن طريق الاشخاص بطبيعته غير شرعي. وهنا يعتبر وسيلة التدخل غير قانونية بدون وجود اضافات على التدخل بموضوع الحقوق الاساسية. ويعتبر معللا فقط دستوريا بحالات الدفاع عن النفس والمساعدة الطارئة , اذا حصل تهديد لاعتداء على صاحب حق دستوري من خلال تدخل غير غير شرعي ولم تتوفر مساعدة من قبل الدولة, اي اذا كان احتكار

سلطة الدولة غير معاق 220. على الدولة الالتزام باحتكار العنف لمنع العنف الشخصي. وبهذا فان حماية الحق الاساسي الذي يطاله التدخل يعتبر بديهيا, باعتباره نتيجة مرغوبة. ان نظام السلام الاجتماعي بداخل الدولة الذي يتم ضمانه من خلال احتكار الدولة للعنف يعتبر أحد العوامل الاساسية للحقوق الاساسية 221. وبناء عليه فان الدولة تحمي الحقوق الاساسية بطبيعة ذاتها, من خلال احتكار سلطتها بنفسها. ويرتبط واجب الحماية بذلك ويضيف هدافا الى ذلك: ان منع العنف الشخصي يخدم ايضا امن الطرف المهدد بالعنف صاحب الحق الدستوري. بهذا الارتباط فان الموضوع لايتعلق هنا بخلافات كثيرة تتعلق بمعنى مصطلح العنف بشكل عام والمصطلح بالقانون الجزائي بشكل خاص 221. ان الموضوع يتعلق بشكل اساسي بمنع العنف باعتباره حدا مصان دستوريا لحرية التصرف بين الافراد. يحدد مصطلح لاشرعية اشتخدام العنف من قبل الاشخاص من خلال القواعد والمؤسسات وأهداف الدستور بالاضافة الى شروطه الغير مكتوبة والشروط المتعلقة وتطبيق حقوق الحرية لكل المواطنين وشروط ممارستهها الفعلية. يعتبر مصطلح العنف بنظرية الدستور واضحا من حيث جوهره, لكنه يعتبر غير واضحا من محيطه. في الواقع فانه يتناسب مع التغيير المتعلق بحاجات الحماية المصانة دستوريا, التي تنتج من خلال اضافات لتحسين مفهوم الحقوق الاساسية. ان حساية حقوق الحماية المصانة دستوريا تتضمن آراء دقيقة للامشروعية العنف.

يجد منع العنف تأكيده من خلال مبدأ المساواة و الصالح العام. يحق لكل البشر والمواطنيين ممارسة نفس القدر من الحرية دستوريا. ويجب ان تكون ضوابط محتوى حقوق الحرية من حيث ابعادها وحدودها قادرة على التعميم. لكن لايمكن اعطاء كل شخص الحرية, ان يحقق اهدافه م خلال استخدام القوة. ان هذه المسلمات تتطابق مع شروط دولة القانون كما وضعها كانت (المترجم: الفيلسوف ايمانؤيل كانت) من خلال قوانين الاكراه العامة, التي تسمح لكل شخص ان يحدد ماله بنفسه ويمنع بذلك اي اعتداء ناجم من طرف آخر, وتعمل هذه القوانين العامة على استمرار حرية شخص ما الى جانب حرية الآخر وفق القوانيين العامة التي تحددها 222. وبهذا تتصرف الدولة على اعتبارها منظم للعلاقات بين المواطنين وتضمن وجود الاطر العامة والشروط لممارسة متساوية للحرية من الجميع. وتتضمن هذه الشروط العامة قيود عدم التدخل, التي تتطابق مبدا: "(لاتحدث اذى للأخر" 223. ان قاعدة عد الاضرار بالآخرين هو مبدأ بديهي شكلي للعدالة 224. يرى القانون الاساسي بشكل صريح فقط ارتباط (الزام) لسلطة الدولة بالحقوق الأساسية لكن ليس الاشخاص ايضا. من خلال قواعد المادة 1 الفقرة 3 لايمكن استنتاج التزام كهذا تراعية الحقوق الاساسية 225. وعلى العكس من ذلك تفتح نظرية تأثير من

قبل طرف ثالث امكانية الحقوق الاساسية, والتي تأخذ هنا تطبيقا مباشرا او غير مبلشر على الاشخاص 226. ان نظريات تأثير طرف ثالث و واجب الحماية هي مشتركة بشكل بديهي, حيث لايسمح لأي حامل للحق لدستوري ان يخرق حقا لحامل حق دستوري آخر. لكن تعليل منع الخرق لايرتبط بنظرية تأثير طرف ثالث. فهي تأتي من جانب حق الحماية المصان دستوريا بالحقوق الاساسية لتقييد تدخل سلطة الدولة بنظرية الدولة. حيث ان ذلك سيكون لامعنى له اذا لم تضمن سلامة حق الحماية من الخروق الناجمة عن الاشخاص 227. ان منع اي مواطن من اكراه ارادة مواطن آخر و خرق شانه الحقوقي, يفهم بديهيا من خلال الاستقلالية الذاتية 228. ويتم استنتاج ضمان ذلك من الحقوق الاساسية المنفردة. لكنها تعتبر ايضا شرطا اساسيا من اسس نظام الحقوق الاساسية كاملة. يمكن للاستقلالية الفردية فقط ضمن اطار المساواة القانونية, اذا اعترف كل اعضاء التعامل القانوني بشكل متبادل باعتبارهم اشخاص, يخترمون حق تقرير المصير للآخر, ويحترمون حقوقه القانونية والامتناع عن الاكراه والتهديد والخداع.

ان قاعدة عدم الأضرار بالآخرين تكفي ان تبقى باعتبارها منع العنف. وتنسحب ايضا على الوسائل العنفية الغير جسدية الخارقة للقانون. وبهذا فهي تتضمن كوضوع المخاطر التي تهدد الكرامة الانسانية من أشخاص آخرين من خلال التحقير وانهاك الشرف والفضح والتجريد من الحقوق 229. يمكن لحق المساواة المرتبط بالكرامة الانسانية وحرية التصرف العامة والذي تتضمنه الحقوق الشخصية ان يطاله الضرر من خلال الخروقات الغير صادقة والمهينة للصحافة 230, على سبيل المثال من خلال اهانة برواية المفتاح 231 ومن خلال اقتيبس غير صحيح 232. ويمكن ايضا للمجال الخصوصية الشخصية المصانة دستوريا ان تخرق حق طرف ثالث بشكل غير شرعي: سرية الرسائل ـ والبريد والاتصالات 233 الثقة بمحرر باحدى الصحف 234, الحق بالمعلومات الشخصية 235. وبهذا سيقود جمع المعلومات المتعلقة بالاشخاص من خلال الصحافة وارشفتها واشتخدام نشرها الى مخاطر على الحقوق الشخصية ويستدعي واجب الحماية المصان دستوريا من قبل الدولة 236.

من حيث المبدأ يلزم الحماية من قبل الدولة, اذا حصل خرق غير شرعي من شخص ويكن مخالفا للشروط العامة لامكانات الحرية والمساواة الدستورية واذا كان يخرق قاعدة اخلاقية قانونية, على سيبيل المثال الاحتيال أو الابتزاز, الذي تحدده ضوابط القانون الايجابية. وتهتم المحكمة الدستورية الاتحادية بوجهة النظر هذه من خلال تفسيرها بان وضع الخارق من البداية يعتبر مقيدا, ويمكن ان تمنع عليه بعض التصرفات تحت اوضاع محددة من اجل حماية الضحية,

وفق واجب الحماية المصان دستوريا, بحيث يكون منعها لايتطلب الزامية تبرير تقييد سلطة الدولة (نظرية الوقائع الضيقة). وبهذا تخضع لمجالات الحماية المصانة دستوريا كل: الاخبار الكاذبة التي تخرق الحقوق الشخصية والاقتباسات الغير صحيحة 237., والاحتيال بالمعلومات المهنية (معلومات العمل) الداخلية 238, وتوظيف الضغط المالي لتحقيق التأثير السياسي 239 و التظاهر العنفي 240.

ج) عتبة المخاطر, المضايقة, مخاطر متبقة

تحتوي وقائع واجب الحماية الخروقات القانونية الآنية وكذلك الاحتمالات المستقبلية التي يمكن توقعها منطقيا: المخاطرة (العواقب). ويجب ان يكون حدوث ذلك واقعيا. لاتعتبر المخاوف الذاتية مهمة. ويكفي احتمال حدوث اي ضرر, وايضا اذا كان التنبوء به فقط نظريا. تكفي المخاطرة كمفهوم غير تقني بان تصبح مفهوما تقنيا بما يتعلق بالمخاطر, الذي تستخدمه الشرطة ودوائر النظام العام. المخاطر, هي الاوضاع, التي تحصل فيها مخاطر غير مسيطر عليها محتملة بشكل كبير ان تحدث ضررا. ان الخطر يشمل ايضا بالاضافة الى ذلك أو الأضرار الغير معروفة والمجردة الممكنة الحدوث, وتتضمن الاضرار الغير مستنكرة قانونا 241. تغطي وقائع واجب الحماية ايضا الخطر 242. تضع قواعد دقيقة اذا اصبح تقييم اجراءات محددة لحماية الحق القانوني. وبغير ذلك فان الفرق الغير ملموس والضبابي للمصطلح يعتبر غير مثمرا لمفهوم واجب الحماية. تعتبر المصطلحات الرديفة غير مضرة.

تعتبر القواعد القانونية المخصصة لدرء المخاطر عتبة الخطر بشكل مختلف. يجب وفق حساسية الأمن للموضوع المطروح ان تكون امكانية حدوث اضرار منه قريبة جدا (مخاطر "ملحة", " آنية"), ويكفي بحالتها وجود امكانية لحدوث ضرر. لايمكن تقييم مرحلة المخاطر مسبقا وفق مستوى طبيعتها, حيث يجب ان تبقى الشروط مفتوحة وواسعه. ان ضرورة التفريق بين مستويات المخاطر تظهر وفق نتائجها القانونية. ويجب هنا التفريق وفق حساسية الامان للحق الدستوري ووفق طبيعة الضرر ووفق طبيعة الشروط الوظيفية للمؤسسة الحكومية التي تقوم بالتصرف ووفق الوسائل اللتي تم اختيارها. وهكذا فهناك ضرورة لوجوب وجود مواصفات محددة للمخاطر وتقييم مقنع, اذا توجب تدخل للحماية ضد المسبب, الذي يجب عليه ان يبرر حقوقه الدستورية المتعلقة بتقييد سلطة الدولة.

من جهة عتبة المخاطر يكفي حدوث ازعاج بسيط 243. ان الازعاج لم يصل لحد الاعتداء بعد, الذي يتطلب حدا ادنى كميا ونوعيا لتدخل جسيم. بموضوع واجب الحماية ينطبق التحفظ القانوني على الجريمة البسيطة للاعتداء الشخصي وكذلك ايضا بحالة تقييد سلطة الدولة 244. ان تصنيف الازعاج يوصف نوعا من المنطقة المحرمة مابين مجال التصرف الغير مشروع دستوريا, الذي يؤدي الى واجب حماية الدولة و مجال نشاط الحرية الدستوري الاعتيادي. يبدأ واجب الحماية مع حدوث خرق للحقوق الدستورية, لكن ليس باي نوع من الاحتكاك 245 او عند اي تأثيرات, تعتبر غير قابلة للتفادي اثناء التعاملات بين البشر شائعة او مقبولة اجتماعيا او على الاقل يمكن قبولها على انها ذات معقولية; نوعية غير مهمة حقوقيا. يمكن للحقوق الأساسية بوظيفتها الدفاعية ان تضمن مسافة بين سلطة الدولة والمواطنين, لكن لاتوجد بوظيفتها الحمائية مسافة بما يتعلق بالمواطنين فيما بينهم. الحقوق الاساسية لايمكن لها ولاتريد ان تعزل المواطنين وتوفر عليهم نتائج الازعاج الناجم عن وجودهم كبشر وتعاملهم فيما بينهم, وتحديد الحياة الاجتماعية والشخصية وخنق العفوية والبساطة. وهنا فالأمر يتطلب قواعد شخصية, وتوافق وكياسة وشجاعة المدنية والتسامح والمبالاة و الايثار. لايلزم الدستور الدولة ان تتخذ اجراءات ضد الازعاد, والدولة غير ملزمة دستوريا على تبرير عدم تدخلها 246. في المنطقة العازلة التي تستنتج من واجب الحماية لتهميش الوقائع والخروقات البسيطة تتوفر صيغ نظرية قانونية لمعالجتها بامكانيات لتوازن مصالحها بدون العودة القانون الاساسي. من البديهي فانه ليس محرما على الدولة ان تمنع ازعاجات معينة 247. لم تحدد حدود الازعاج المتعلقة بالخرق القانوني نهائيا. انها تخضع للتصورات والمفاهيم الاجتماعية السائدة المتعلقة بالقبول الاجتماعي والمعقواية. ان التدخين السلبي يعتبر ازعاج فقط, لكنه يعتبر في يومنا هذا اضرار بالصحة 248.

في المصادر القانونية يدافع عن وجهة النظر التالية, القبول بالمخاطر الناجمة عن الحضارة التي لايمكن تفاديها ياعتبارها مناسبة اجتماعيا وتواجد خارج مجال واجب الحماية 249. تصبح وفق هذا التفسير المخاطر المتبقية للاستخدام المدني للطاقة النووية منذ البداية معرفة بمجال تطبيق واجب الحماية, أي المخاطر التي يبقى فيها احتمال ما من الخطر على الرغم من اتخاذ كل امكانات اجراءات المتعلقة بالحماية, والذي قد يظهر غير ممكنا الحدوث عمليا وفق المعطيات العلمية والتقنية الحالية, لكن وقوعه لا يمكن افتراض الغئه بشكل مطلق 250. حيث لايمكن ايجاد امان مطلق. لهذا يلم على المجتمع العيش مع المخاطر المتبقية 251. لكن ولهذا لا يقع بداهة خارج نطاق مسؤولية الدولة. ان وقائع موضوع واجب الحماية لاتفرق بين المخاطر

الفعلية والخطر المتبقي. يصبح التفريق بداية ذات أهمية في ضوابط النتائج القانونية, فيما اذا كانت الدولة قد اقلت المجتمع بمخاطر متبقية أو فيما اذا يسمح لها (الدولة) منع الأعمال القابلة لامكانية مخاطر متبقية252,. اذا كان الخطر المتبقي لمنشأة ما وفق التشخيص العميق ماثلا, على سبيل المثال حدوث كارثة باحدى المفاعلات, فعلى لدولة الفرض على المسبب (ليس فقط الفردي) بازالة الاضرار. ان الخطر المتبقي بهذا لايعفي مسؤولية الدولة بحكم وظيفتها. حيث ان الدولة لايمكن لها ان تهرب من مسؤوليتها بما يتعلق بامان الطرق العامة, على الرغم من اتخاذ افضل الاجراءات لمنع مخاطر الحوادث.

د) المسؤولية, السببية, الخطر

يجب ان تصنف مسؤولية الخطر على حامل للحق الاساسي. يمكن لها بحالات تصرفات معينة ان تعلل (مسبب بالتصرف) أو وضع حالة ما, لديه المسؤولية باتخاذها (مسبب باحالة) 253, وهنا تعلل المسؤولية الأجتماعية للملكية (المادة 14 الفقرة 2 من القانون الاساسي) والذي يعتبر نوعا خاصا من المسؤولية وفق القانون الاساسي 254. ان هذه الخاصية الواقعية واسعة ومفتوحة. ان الموضوع هنا يتعلق فقط بالصلاحيات المعطاة لوظيفة الدولة. وتحدد الحاجة لتحديد معالمها القانونية الدقيقة بداية, اذا كانت الصلاحيات المحددة لتنفيذ المهمة يجب فحصها, خاصة امكانية تدخل للحماية.

لايتوقف واجب الحماية الموضوعي القانوني على فيما اذا كان المسبب يمكن معرفته كشخص. تصبح مسؤولية مسبب المخاطر في مجال الواقعة غير محددة اولا بمعنى من خلال المواصفات المباشرة أو المناسبة. تصبح تقييدات من هذا النوع مهمة في مجال النتائج القانونية وفي سياق التعاملات القانونية لحماية القانون الاساسي. وهنا يطرح السؤال, فيما اذا كان مسبب مخاطر محدد بما يتوافق وقانون الشرطة وقانون العقوبات الخ, مسؤولا وبهذا توجه له عقوبات ممكنة.

لا تعلب الوقائع الذاتية بشخص المسبب اي دور, كالخطر على اعبتارها واقعة بالتجاوز 255. حيث يتطلب خطر بدون ذنب ايضا على الحياة والملكية تفعيل واجب الحماية. حيث ان معناها الاساسي هو ضمان حماية الحقوق من التجاوزات الشخصية. للذنب معنى بالنسبة للنتائج القانونية الجزائية و والجرمية لواجب الحماية, لكن ليس بشروطها الواقعية.

هـ) المخاطر الطبيعية

تقع كوارث القدر والكوارث الطبيعية أو الاوبئة خارج وقائع واجب الحماية 256. لكن هذا لايعني, ان الدولة مطالبة هنا, ان تتخذ الاحتياطات وتقدم المساعدة. على عكس ذلك: بمثل هذه الحالة توجد وظائف ضرورية للدولة, والتي عليها ان تقاوم كل التحديات "الاوضاع" 257. يخصص القانون الاساسي اجراءات خاصة بحالة حدوث الكوارث (المادة 13 الفقرة 3, المادة 35 الفقرتين 2 و 3). لكنها لاتلامس هنا واقعة واجب الحماية المصان دستوريا. حيث ان مسؤولية الخطر الأصلي لاتقع هنا لدى أحد حاملي الحق الدستوري. ينقص هنا التجاوز القابل للمحاسبة والمسؤولية. ولايمكن تطبيق قواعد مخالفة النظام على الكوارث الطبيعية. وتستدعى هنا دولة القانون ليس بحكم وظيفتها الدستورية الخاصة باعتبارها منظما لمجال الحرية, انما فقط ضمن قدرتها الدفاعية التقنية الواقعية. من البديهي ان الدولة هنا تمارس ايضا حماية لموضوع مصان دستوريا.

تتزايد مجالات تطبيق واجب الحماية, كلما يغير البشر وبدون خطط وعشوائيا مجالهم الحيوي البيئي ويكثفوا من خلال ذلك امكانات المخاطر أو انتاج مخاطر جديدة. وتعتبر هذه المخاطر حينها ذات صلة, اذا كانت قد حصلت ولايمكن السيطرة عليها تقنيا. تصبح مهمة, اذا كان اسابها قابلة للتلافي.

و) الاضرار بالنفس

تذكر في المصادر فرضية مفادها, من ان واجب الدولة بالحماية يشمل ايضا المخاطر التي تأتي من حامل الحق الدستوري شخصيا, وتعتبر الاضرار من حيث المبدأ بالذات بنفس المستوى مع الاضرار بالآخر 258. المساواة ليست متفقة مع الحقوق الاساسية. انه لفرق مهم, فيما اذا كان الفرد ضد ارادته يتعرض للخطر من طرف آخر أو اذا كان بمحض ارادته يعرض نفسه للمخاطر. تتضمن الحرية المصانة دستوريا ايضا امكانية احداث المخاطر للشخص بنفسه لنفسه ويقبل الاضرار الناجمه عنها, اذا لم يتعرض من خلال ذلك طرف ثالث او المجتمع لهذا الأذى 259. ان الموضوع برتبط بالمسؤولية الفردية للمواطن نفسه, ان يستخدم حريته بمخاطر أو بحذر. انها ليست مهمة الدولة ان تظهر له الطريق "الخطر" من الطريق "الأمين للتعاطي مع حريته أو لاجباره على السعادة أو الأمن المتعلق به 260. على الدولة ان تضمن اطر الشروط العامة للأمن وفق الدستر ولكن ليس فرض الأمن الشخصي الفردي كهدف للممارسة الذاتية للحقوق الاساسية 261. لاتتناسب "حماية مصانة دستوريا للشخص من نفسه" مع التصور الليبرالي للحقوق الاساسي 262.

ان حماية الدولة بالاضرار بالنفس لايعتبر حالة من تطبيقات الزامية الحماية 263. حيث ينقصها الشروط الموضوعية, التدخل من الآخر, وكذلك لاتعتبر مخالفة للنظام العام. ولايُفعل هنا مبدأ عدم ايذاء الآخر. لاتتوفر هنا حالة من حالات تركيب الدولة ـ المتدخل (المعتدي او الخارق) ـ الضحية التي تستدعي تطبيق واجب الحماية. حيث ان وضع المتدخل والضحية اثبت لنه غير قابل للتطبيق هنا. تتوفر هنا فقط صيغة ثنائية. لكن هذه الصيغة تتوافق وموضوع حق تقييد سلطة الدولة. ان منع الدولة للاضرار بالنفس يتدخل عندها ايضا بحالة سلبية ويفتح بهذا اجراء يحتاج الى تبرير دستوري. على سبيل المثال يعتبر اكراه سجين جزائي مضرب عن الطعام على التغذية حالة من حالات التدخل بحقوق حرية التصرف العامة وبموضع سلامة جسده, حيث لايمكن تبرير ذلك, طالما ان الشخص المعني قادر على تقرير مصيره بنفسه 264. لكن موضوع واجب الحماية المصان دستوريا هنا لايلعب اي دور اطلاقا. ولكن ذلك لاينطبق اذا اذا تم تنفيذ التغذية الاجبارية, بعد ان فقد المضرب عن الطعام وعيه وان الاجراء الذي تتخذه مؤسسة السجن غير مرتبطة بأرادة الشخص المعني. وهنا فان المساعدة الدستورية بمثل هذه الحالة مسموح بها, باعتبارها اجراء للرعاية من قبل مؤسسة السجن لحياة وصحة الشخص الغائب عن الوعي.

تعتبر الدولة كمسؤولة بمجال الرعاية المصانة دستوريا لكل الأشخاص, الذين بسبب العمر او القدرات العقلية يكونوا غير قادرين على ادراك حريتهم بنفسهم 265. ويمكن اعتبار تدخل للرعاية مشروعا, وفي بعض الحالات والاوضاع ضروريا بحالة وجود مخاطر الانتحار او القتل بناء على طلب, حيث ان ذلك لايرتبط, فيما اذا كان الشخص الذي يتعرض للخطر بكامل قدراته العقلية ام لا. يمكن للمرء هنا ان يختلف بالرأي, فيما اذا كان تنطبق القاعدة الاساسية وفق المادة 2 الفقرة 1 الجملة 1 من القانون الاساسي 266. ان كرامة الانسان تقع في المقدمة بكل مالها من امكانيات تقرير المصير, اي بالحرية الذاتية. لكنها لا تظهر الا بشيء ما من الذاتية. وتبقى موضوعيا لحظة كرامة متخلى عنها, والتي لايمتلكها لشخص ولايستطع التخلي عنها بنفس الوقت 267. ان مثل هذه اللحظات موجودة ايضا بالحقوق الاساسية الاخرى. وهي جزء لايتجزأ من قانون الاعراف والتقاليد وفق المادة 2 الفقرة 1 من القانون الاساسي, الذي يؤكد جرية الشخص الى جانب "حقوق الآخرين" و "النظام المتماشي مع الدستور" 268. وعلى الدولة وظيفة ضمان مثل هذه الحقوق الاساسية الغير متاحة. ويمكن للمرء هنا ان يتحدث عن رعاية الحقوق الاساسية. لكن لاتمتلك هذه الوظيفة قاسم مشترك مع النص الاساسي باحقوق الاساسية لواجب الحماية.

3. مسبب المخاطر: المتدخل الشخصي

أ) استبعاد الدولة كمسبب للمخاطر

يحدد موضوع واجب الحماية للافراد وليس لتدخل الدولة. اي ان المخاطر تأتي من احد الاشخاص, الذي يخضع لسلطة الدولة (الوضع السلبي) والذي من جهة اخرى بالعادة يمكن ان يتعارض مع الحقوق الاساسية (الوضع المتلقي) 269. فقط بهذه الحالة من التدخل الشخصي ينتج موضوع الثلاثية مابين واجب الدولة بالحماية ومابين طرفي اثنين من حاملي الحقوق الدستورية والذين يتعارضون بادوارهما صاحب الحاجة للحماية والمسبب للمخاطر. ان إعداد الاتجاه الحقوقي فيما اذا كان نقاش القانون الاساسي بالعادة يتبع واجب الحماية أو ما يتضمنه من تقييد لسلطة الدولة فان ذلك لموضوع يتعلق فيما اذا كان المتدخل شخصا او دولة او فيما اذا كان حوضعه الدستوري باحتماره حاملا للحقوق الاساسية أم ان القانون الاساسي موجه اليه. ان التفريق للشخصيات الاعتبارية ليس واضح منذ البداية, الذي اما وفق المادة 19 تافقرة 3 من القانون الاساسي لهم الاهلية الدستورية اي مسببين محتملين لتفعيل واجب الحماية أو بما يتوافق والمادة 1 الفقرة 3 من القانون الاساسي ملزمين بالقانون الاساسي اي الموجه لهم الدستور بما يتعلق بحق تقييد سلطة الدولة 270. تتضمن المجموعة الثانية الشركات المنظمة رأسماليا بمجالات النقل والطاقة, والتي يكون القسم الاكبر من حصصها للبلديات او لشركات محلية وبغذ النظر عن شكلها الاقتصادي ونشاطها فهي بشكل مباشر شركات عحكومية عامة والتي تظهر شرعنة ديمقراطية والتي وفق الحقوق الاساسية غير مخولة بل ملزمة ولذلك فهي مؤهلة لتقييد سلطة الدولة ولكن ليس لتدخلات بواجب الحماية 271. ان لمثير للبس حين تعتبر المحكمة الدستورية الاتحادية تطبيقات واجب الحماية باعتباره "مسؤواية الدولة" لوحدها للحماية من المخاطر 272. تعتبر حاسمة هنا مسألة, فيما اذا كان مصدر الخطر قادما من الدولة او من نصف الكرة الآخر االنظمة الدستور المتعلقة بالحقوق الاساسية.

كمثال هنا تخدمنا حالة الاجهاض (للجنين) وبالضبط الحالة التي يمكن تبريرها قانونيا ودستوريا والتي لاتتعارض مع خصوصية الحقوق الاساسية 273. اذا اجبرت الدولة وقف الحمل تتفعل هنا الحقوق الاساسية بمجال تقييد سلطة الدولة لصالح الام, وتنبعث بذلك وظيفة واجب الحماية من قبل الدولة. اذا وافقت الدولة على تنفيذ الاجهض بناء على سحب المنع القانوني أو من خلال عمل وقائي فان الدولة اخلت بواجب الحماية من خلال عدم التدخل 274. اذا كانت الدولة مطالبة من خلال اجراء مثالي او مادي (مثلا من خلال المساعدة وفق قانون موظفي الدولة)

275, فتبقى مسؤولية الام تحتوي على اسس واجب الحماية. لكن مثل هذا الطلب يشكل مخاطر على حياة الطفل ويبقى ذلك باعتباره تدخلا, يعمل كل من واجب الحماية وحق تقييد تدخل الدولة الى جانب بعضهما 276. اذا كانت الدولة نفسها قد نظمت وعرض الاجهاض باعتباره خدمة موضوعية ضمن اطار التأمين الصحي الرسمي (... الاجهاض عبر وثيقة تحويل طبية), فان القتل يحتسب عليها بكل جوانبه, حيث لا تتوفر هنا صيغة الجهات الثلاثة لواجب الحماية, انما جهتين مرتبطتين بحق تقييد سلطة الدولة: مابين الجنين الغير مولود والدولة 277.

ان المخاطر التي تأتي من مسبب شخصي ومن الدولة كمسبب, لاتحتاج الى التفريق بينهما وفق طبيعتها وقوتها. وهذا ينطبق قبل كل شيء على الاخلال بالحقوق الاساسية, والتي تقع بالتعريف الموسع للتدخل 278. ويعتبر هذا بنفس المعنى لواجب الحماية وكذلك لتقييد سلطة الدولة 279. وهكذا لاوجد فرق بالنسبة للضحية من الضوضاء, فيما اذا كان المطار الذي تصدره من الضوضاء ملك شخصيا او ملك عاما. فالحاجة لواجب الحماية المصانة دستوريا هو نفسه. ويجب ان تضمن بنفس الوقت واجب الحملية المصان دستوريا وكذلك حق تقييد سلطة الدولة بمثل هذه حالات الاخلال هذه من الناحية الفعلية مستوى معينا من الامان 280. اذا كان احد القوانين العامة يرى نفس المستوى من المنشآت التي تشكل مخاطر سواء اكانت ملكا شخصيا او عاما, فبمثل هذه الحالة تطفي مصالح الجيران سواء الحقوق الاساسية المنتهكة او واجبات الحماية المماثلة. من الجهة الاخرى يجب ان تقاس تدخلات الحماية القانونية تجاه اصحاب المنشآت الاشخاص او الدولة وفق حق التقييد لصاحب الحقوق 281.

عند النقاش القانوني يجب ان يوضح منذ البداية, فيما اذا كان مصدر الخطر يقع تحت مجال الحقوق الاساسية ام الدولة. اذا توفر الثاني (اي الدولة), فبمثل هذه الحالة يكون تطبيق معيار القانون الدستوري بتقييد سلطة الدولة 282, حيث ان اللجوء الى معيار غير مكتوب لواجب الحماية يعتبر غير ضروري وغير مناسب 283. النموذج القانوني لواجب الحماية عليه الابداع القضائي بالحقوق الاساسية ونظرية الحقوق الاساسية, وله وظيفة اغلاق الفراغات لحماية الحقوق الاساسية التي يتركها القانون الاساسي مفتوحة. وتنطبق في تطبيق الحقوق الاساسي القاعدة العامة, بحالة وجود شك يجب تطبيق وظيفة التقييد للحقوق الاساسية.

ب) نظرية تقارب سلطة الدولة: التدخل الفردي باعتباره تدخلا للدولة

يعاد غالبا التفريق مابين حق تقييد سلطة الدولة وواجب الحماية الى نظرية تنظر الى التدخل الفردي باعتباره تدخلا من النظام القانوني للدولة ولهذا يجتسب على الدولة 284. ان الدولة من الضروري ان تكون مؤثرة بالتصرف الفردي المخالف للحقوق الاساسية, وبنفس المدى فيما اذا كانت قد وافقت عليه او سمحت له, فيما اذا كانت مساهمة بموافقة ادارية ووفق قوانين منظمة او من حق مكتسب بالمحاكم او تنفيذ على خرق للقانون على فرد ما او اذا كتنت الدولة غير فاعلة اطلاقا 285. فما لم تمنعه الدولة, فانها تسمح به. وهي تضع المعني بكل الحالات واجب, ان يوافق على التدخل 286. وايضا اذا لم تكن صيغة قانونية متوفرة, فهنا يتوفر واجب التحمل. فهو يستنتج من خلال الضوابط العامة لمنع العنف الفردي, الذي يلغي منذ البداية اية مقاومة تجلهه 287. اذا اخل المشرع بمنع المواطنين من الاضرار بعضهم ببعض, فبمثل هذه الحالة فان الموضوع لايتعلق بترك لايعاقب عليه, انما يعتبر تدخل فعال بالحقوق الاساسية للطرف المعني والذي تكون نتيجته, من ان المتضررين يمكن لهم تطبيق حق تقييد سلطة الدولة. ان النموذج الحالي للقانون الاساسي المتعلق بمواجب الحماية يصبح غير ضروريا. تكفي هنا الصيغة الثنائية لحق تقييد سلطة الدولة.

ان تقييدات الدولة في الحقوق الاساسية لا يقع وفق نظرية التقارب بالموافقة على تدخل الافراد, انما في واجب الضحية, السماح لمثل هذا التدخل. وعلى الدولة ان تخضع للحساب للنتائج المتوقعة بعدم منعها مثلما تحاسب على نتائج الموافقة الواضحة. ولهذا فان الدولة الديمقراطية تتحمل مسؤولية كبرى بموضوع التحفظ بالمنع باعتباره توازنا لمبدأ الحرية 288. اذا وضعت الدولة قيمة للانبعاث اوكسيد النتروجين, فبمثل هذه الحالة فانها لاتتدخل فقط بحرية المسبب, لحماية طرف ثالث, انما اكثر من ذلك تتدخل بنفس الوقت بالحقوق الاساسية لطرف ثالث, والتي تلزمه الموافقة على قيم الانبعاثات الموضوعه من قبلها 289. ان هذا التركيب يمكن من تحويل المسؤولية الدستورية في الانبعاثات المرتبطة بالغابات ووضع المالكين بموقع المسؤولية من خلال تجخل بتأميم او مشابه بذلك 290, بدون مشكلة النموذج القانوني للتدخل تحل من خلال الترك 291 و ويجب ان تحل المعضلات المتبقية لتوضحي الارتباطات السببية.

في الحقيقة فان نظرية التقارب تبسط النقاش الحقوقي للخلافات المتعلقة بالحقوق الاساسية مباشرة من خلال انها تضع كل الامور على سكة حق تقييد سلطة الدولة. فهي تحسن وضع الضحية, لانها تضع امامه كل الصراعات البيئية ونتئجها المضره ماليا على جهة قادرة على التسديد (وايضا عبر حدود

الدولة) هي الدولة. لكن النتيجة هنا, ان الاوزان القانونية تتحرك من حماية الحقوق الاساسية للمتدخل الى الضحية, من ضمانات الحقوق الاساسية للفرد بالحرية للمسؤولية وبهذا لسلطة الدولة.

ان الحل الوحيد من خلال حق تقييد سلطة الدولة يستند الى مبدأ نظري, من ان حق الحرية المضمون دستوريا لايعطى للدولة 292, انما يسند الى مندوبيها 293. يظهر حامل الحق الدستوري وفق هذه النظرية كما هو مشارك مستعار او بالضبط كـ "مالك سلطة بحقوق دستورية فردي تنازل للدولة عنها" 294. وبناء على المسؤولية الواسعة والغير مميزة للدولة لايمكن اعطائها المسؤولية لأي فرد والذي ترتبط به الابعاد الثلاثة لواجب الحماية. وتكون الصورة ايضا غير مميزة بنظام الدولة "الكلية" 295. حيث يصبح التمييز متساويا مابين مجالات المسؤولية للمواطن والدولة, مابين الخصوصية الفردية والتنوع 296. وتحل بهذا من جهة واحدة ايضا قطبية الشرعية الدستورية والديمقراطية 297, والتي تحدد المسؤولية الذاتية للمواطن ومسؤولية الدولة.

اذا كان عدم فعل او تدخل الدولة يعتبر بنفس الحجم فان ذلك بهذه الحالة لا قيمة فيما التزمت الدولة بالتحفظ على القانون او لا, او ان الدولة تتصرف بما يتوافق والدستور ام لا: ان الدولة تضمن دائما. ان التحفظ على القانون, الذي يفقد قيمة ما بالنسبة للدولة, يصبح بالنسبة للأفراد ذات اهمية من نوع جديد: ومثل ذلك ينطبق على ممارسة حقه الدستوري, اذا كانت الممارسة يمكن لها ان تعمم تدخل الدولة, وتجعله يخضع لترخيص سابق. ان هذه النتيجة جعلت المحكمة الادارية بكاسيل والذي تستنتج من واجب حماية الدولة على الحياة والصحة, وجوب تنظيم التقنية الجينية بقوانين بخصوص استخدام التقنية الجينية من قبل المنشآت التي يسمح لها للعمل بهذا المجال 298. وبما ان التنازل عن خرق لحق دستوري له تأثير, فتصبح ممارسة الحقوق الاساسية للباحثين العلميين واصحاب المنشآت (المادة 5 الفقرة 3 الجملة 12 و 14 من القانون الاساسي) ممنوعة بحكم واجب الحماية لطرف ثالث ممزوجا بموافقة مشروطة للعاملين بهذا المجال. يصبح مبدأ توزيع واجب الحماية لدولة القانون بهذا مقلوبا على رأسه: صاحب المنشأة باعتباره صاحب حق دستوري يكون مجبرا لتبرير ممارسة حقوقه الدستورية. حيث ان عدم وجود قانون يؤثر باعتباره منعا لممارسة الحقوق الاساسية, حيث يصبح بغير حاجة لقانون مانع خاص بهذا المجال. تدخل اجبارية التبرير الدستورية بداية, اذا وافقت الدولة للمواطنين من خلال قانون, ممارسة حقوق الحرية المصانة دستوريا. ان نظرية التقارب تقود الى ان حقوق الحرية المصانة الدستورية يمكن ان تخضع لضرورات الامن والسلم المصانة دستوريا. ان المساواة المحسنة يمكن ان يعاد تنظيمها من خلال التمييز بين تدخل وحماية الدولة مابين وظائف التقييد والحماية بالحقوق الاساسية.

ج) حماية انماط ـ السلطة الرسمية لوظائف الدولة الخارجية

عناك اتجاه بالمصادر العلمية وكذلك بالقرارات القضائية الدستورية, فان وقائع واجب الحماية يتضمن ايضا مثل هذه المخاطر على الحقوق الاساسية, التي تأتي من جولة خارجية او من منظمات دولية او من المجموعة الاوربية 299. وتتحدث عدة اسباب لصالح هذا المبدأ: من انه من الممكن ان تؤثر تدخلات قوة خارجية على الحقوق الاساسية لمواضيع الحماية. لكن حامليها ليسوا كما المواطنين الألمان, ليسوا عنوانا لارتباط قانوني وفق المادة 1 الفقرة 3 من القانون الاساسي. لهذا ينظر لهم "طرف ثالث" كما المتدخل الفرد ايضا 300.

حيث ان الدولة الالمانية لا تخضع وفق القانون الدولي لعلاقة تبعية للدولة الخارجية, كما بحالة مسبب المخاطر المرتبطة بوقائع واجب الحماية, انما وفق تنظيم لقوانين دولية. ولهذا فان سلطة الدولة الالتمانية يمكن ان تلزم وفق الدستور فقط, ان تبذل جهدها لحماية الحقوق الأساسية, لكنها غير ملزمة بنجاح هذه الجهود. ان السلطة الخارجية تتحرك من جهتها خارج النظام الدستوري الألماني ولهذا فهي غير ملزمة, على مراعاة حقوق الحماية بالصيغة المنصوص عليها بالحقوق الاساسية. ولا ينطبق هنا مبدأ عدم ايذاء الآخر, وكذلك لاتنطبق وظيفة دولة القانون بتنظيم حقوق الحرية. ان المواطنين الألمان لايمكنهم المطالبة بحقوقهم الاساسية من دولة خارجية وفق الدستور الألماني, لكن من حقهم المطالبة بتطبيق حقوق الانسان العامة وعلى الاقل حدا أدنى لمتطبيق معايير القانون الدولي. وينطبق ذلك على المجموعة الاورية ايضا فانها ليست مرتبطة بدساتير الدول الاعضاء 301.

ان النموذج القانوني لواجب الحماية مفصل فقط على المتدخل الداخلي, الذي يخضع لسلطة الدولة الألمانية. لاتغطي سلطة دولة خارجية سواء من حيث الوقائع او من حيث النتائج القانونية مخاطر التهديد المحتملة للحقوق الاساسية.

بالاضافة الى ذلك فان المخاطر المهددة للحقوق الاساسية القادمة من الخارج تعتبر من الناحية الدستورية القانونية غير مهمة. حيث ان الدولة الالمانية تخضع لوظيفة حماية الحقوق الاساسية بشكل شامل ايضا تجاه تدخل اجنبي. لهذا لايوجد نموذج قانوني موحد لواجب الحماية خارجيا كما لو انه صيغة مقابلة لواجب الحماية من قبل الدولة. ان المخاطر القادمة من الخارج على الحقوق الاساسية تعتبر متنوعة. حيث لايمكن تحديدها ضمن مصطلح ما ووصفها بحالة موضوعية واحدة مشخصة. حيث يجب هنا التفريق بين المخاطر المختلفة, والتي وفق طبيعتها يتطلب على الدولة وظائف حماية مختلفة ايضا. لاتوجد وظيفة واحدة محددة للحماية الخارجية للدولة, انما عليها واجبات دستورية متعددة ومتنوعة وفق تبريرها المبدأي والتصرف الفعلي ضمن مقاييسها وشدتها الدستورية.

Konrad-Adenauer-Stiftung, 2020
Translated by Dr. Ali Al-Mousawi for the Rule of Law Programme Middle East/North Africa

يمكن لنظرة عامة ان تعطي تصنيفا للحماية الخارجية.

أأ) حماية الحقوق الاساسية من خلال السياسة الخارجية وسياسة المجموعة (المترجم: المقصود المجموعة الأوربية)

ان جمهورية المانيا الاتحادي مرتبطة بالحقوق الاساسية بتنظيم علاقاتها الخارجية وبالالتزام بالتعاون مع السلطات الاخرى, وبشكل اساسي فهي ملزمة بحقوق الانسان وطبيقاتها العاملمية باعتبارها قاعدة لكل التجمعات البشرية والسلام والحق في العالم (المادة 1 الفقرة 2 الجملة 3 من القانون الاساسي) 302. فالدولة الالمانية ملزمة بتطبيق الحقوق الاساسية وحقوق الانسان بالتعاملات الدولية وعند توقيع العقود وعند دخولها وتاثيرها باية منضمانات دولية. ان هذه الوظيفة هي وظيفة محددة اساسا من خلال القرارات الواقعية والانون الدولي. ويمكن وفق حاجة الدولة ان تصبح تلك الالتزمات من الناحية القعلية التطبيقية نسبية وكذلك وفق مشروعيتها وطبيعة التزامات الدولة الخارجية وحركتها وقدرة على التصرف ويمكن تحديدها ايضا وفق وتعديلها وفق طبيعة الحاجة لتطبيق الحقوق الاساسية والضرورات بالعلاقات الدولية. وبشكل عام فان تطبيق الحقوق الاساسية بالعلاقات الخارجية له أهمية دولية وليس قانونية. وهذا لايعتبر انقاصا بالارتباط بالحقوق الاساسية لهيئات الدولة الالمانية عند تاثيرها بالمنظمات العائدة للمجموعة الاوربية 203.

ب ب) الحماية الدبلوماسية

ان الحماية الدبلوماسية التي تقدمها جمهورية المانيا الاتحادية لمواطنيها لغرض ممارسة حقهم ومصالحهم والدفاع عنها ضد انتهاكات القوانين الدولية في الخارج 204, تخدم بشكل غير مباشر الالتزام بالحقوق الاساسية حتى وان كانت هذه الحقوق الاساسية غير ملزمة للدول الخارجية والتي تكون ملزمة فقط بالقوانين الدولية وقوانينها الخاصة بها فقط. يعترف حاليا من الناحية العامة, من ان الحماية الدبلوماسية هي حق مؤسساتي مصان ملزم بالقانون الدولي, ويجد في القانون الدستوري الالماني اساسا قانونيا ثانيا ويستنتج من التقاليد الدستورية الألمانية ان تقوم الدولة بحماية وضع المواطنين الألمان في الخارج واتخاذ الاجراءات المناسبة لحمايتهم وحماية مصالحهم 305. ان توضحيح حق الحماية يعتبر موضوعا خلافيا في الدستور: فيما اذا تستنتج الحماية من نص دستوري غير مكتوب 306 او من خلال نص دستوري حقيقي بواجب الحماية 307 والذي يوضح فيه بالضبط االمخالفات القانونية الناجمة من

الخارج (تقريبا المادة 14 من القانون الاساسي) 308. ان المكان المناسب هو الضمان المؤسساتي للمواطنين الألمان (المادة 16 الفقرة 1 من القانون الاساسي), الذي يرتبط به الاستحقاق 309.

ج ج) الحماية العسكرية

ان دولة القانون ملزمة لمواطنيها ومن يعش على أراضيها ايضا بالحماية الخارجية العسكرية. ان هدف الدولة هذا يربط بين تقاليد الدساتير الاوربية و الحقوق الاساسية منذ اعلان حقوق الانسان والمواطنين بعام 1789: "ان ضمان وحماية المواطنين وحقوق الانسان يتطلب قوة عسكرية. ان هذه القوة تطبق لصالح المجتمع عامة وهي ذات فائدة للجميع, وليس مخصصة فقط بشكل خاص للذين لهم سلطة اوامرها" (المادة 12). اعترفقت المحكمة الدستورية الاتحادية السياسة الدفاعية 210, وتعني الدفاع عن البلد باعتبارها الزاما للدولة دستوريا وقانونيا, لحماية وصون الكرامة الانسانية والحياة والحرية والكية باعتبارها حقوقا اساسية وتعترف المحكمة الدستورية "حق الحماية بالحقوق الاساسية الفردية" للمواطنين باعتبارها تيريرا لواجب الدفاع العام 311.

د د) الحماية من المخاطر الداخلية

تقدم الدولة الألمانية لمواطنية الحماية من المخاطر الناجمة من الدولة الخارجية او المنضمات الدولية التي تقع على اراضيها والتي تكون اسبابها بناء على موافقتها مثل تخزين او نقل السلاح 112. ان الدولة ملزمة ايضا للحماية من الانبعاثات الناجمة من المنشآت (الخارجية والداخلية) على اراضيها 313.

هـ هـ) حماية الاجانب

من الملاحقة المنافية لحقوق الانسان بالخارج

تقدم جمهورية المانيا الاتحادية الحماية المصانة بحقوق الانسان بحالة وجود المخاطر على الافراد التاجانب من السلطات الاجنبية. يتضمن الاجراء القانوني الوضع الايجابي بحق اللجوء, الذي يعطي المواطنين الاجانب الذين يتعرضوا للملاحقة السياسية حق اللجوء باراض المانيا الاتحادية, لغرض توفير الحماية له من الملاحقة التي قد تطاله خارج حدودها 314. من الجهة الاخرى لايحق لجمهورية المانيا

الاتحادية ترحيل او تسليم اجنبيا من اراضيها الى البلد, الذي من الممكن ان يتعرض فيه الى خرق حقوق الانسان 315.

و و) التمييز بين المواطنين

يتم توسيع تطبيق واجب الحماية ايضا على مشكلة التمييز بين الموطنين الذي يعيشوا بداخل البلد, اذا ـ كلنت بشكل خاص نتيجة جزئية لتراكب القانون الالماني مع قانون المجموعة الأوربية ـ اذا تم بالمانيا وضع مواطن اجنبي او منتج داخلي او خدمة داخلية من دول المجموعة الاوربية (EG) بحالة اسوأ قانونا. من خلال مبدأ المساواة العام أو من خلال مبدأ التوازن فان المشكلة من الصعب التحكم بها. لهذا اوجد "واجب حماية": على المشرع الألماني وفق الزامية الدستور ان يضمن, ان يحصل توافق بالنظام القانوني وان تكون اضرار المنافسه لمن بداخل المانيا ليست كبيرة 316. ان "واجب الحماية" هذا لاينطبق على سلامة حقوق الحرية انما يتعلق الموضوع بمشكلات المساواة, تفادي الاضرار التنافسية. ليست وظيفة الدولة هنا تنظيم الخصوصيات الشخصية, انما تنظيم النظام القانوني. ان سبب شرعية "واجب الحماية "هذا هو مسؤولية جمهورية المانيا الاتحادية لنتائج عضويتها باتحاد دولي.