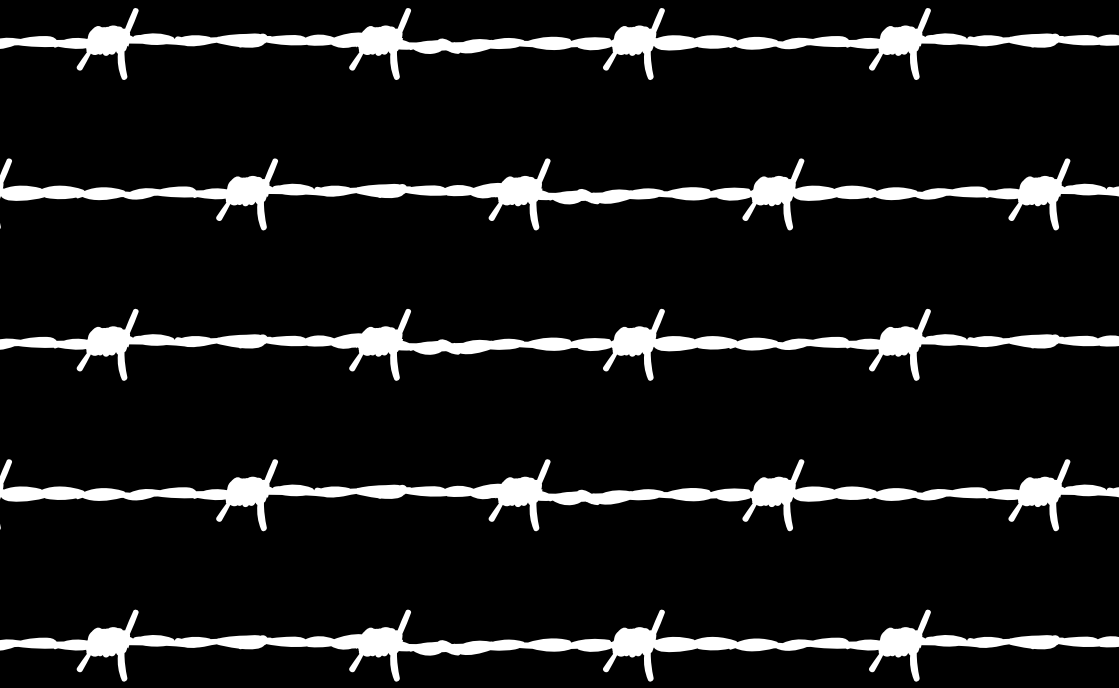
في مراجعة المجلّة الجزائيّة:

الإعتداءات على النظام العام: أيّة معالجة جزائيّة؟



الإعتداءات على الأمن الداخلي
الإعتداءات على السلطة العامّة
الإعتداءات على المال العام

Solidar
سوليدار Tunisie

www.solidar-tunisie.org

في مراجعة المجلّة الجزائيّة:

الإعتداءات على النظام العام: أيّة معالجة جزائيّة؟

الإعتداءات على الأمن الداخلي
الإعتداءات على السلطة العامّة
الإعتداءات على المال العام

رشيدة الجلاصي

رئيسة مخبر العلوم الجزائية و الإجرام

عضو المجلس الأعلى للقضاء

محمّد العيادي

قاضي إداري

عضو الهيئة الوطنية للحوكمة الرشيدة و مكافحة الفساد

مارس 2020

في إطار مرافقتها للمسار التشريعي، تشتغل سوليدار تونس منذ 2018على إصلاح المنظومة الجزائيّة من خلال رصد الهنّات و الثّغرات في النصّين المرجعيّين، مجلّة الإجراءات الجزائيّة و المجلّة الجزائيّة، اللّذان تتمّ مراجعتهما من قبل لجنتين مختصّتين كُلّفتَا في الغرض من قبل وزارة العدل في 2014.

و لمّا إنصبَّ إهتمام أغلب المنظمات و الجمعيّات منذ صدور دستور 27 جانفي 2014 على الأحكام الجزائية المهدّدة للحقوق الفرديّة و الماسّة بمبدإ المساواةِ، و أفرزت هذه الجهود تقارير قيّمةً أبرزها التقرير الصادر عن لجنة الحقوق الفرديّة و المساواة COLIBE، فقد إرتأت سوليدار تركيز الضوء على مواطن خللٍ أخرى بالمجلّة الجزائيّة، دون أن يعنيَ ذلك أنّها تُسقطُ قضايا الدفاع عن الحقوق الفردية من إهتمامها أو تعتبرها خارج دائرة الإصلاحات الأولويّة و المستعجَلة، بل أنّها ترى، من منطلق قناعتها بأن عمل المجتمع المدني قائم على المراكمة و التكامل، أنّه سيكون من الأجدى توزيع الإهتمام على "معارك تشريعية" أخرى لا تقلُّ جديّة أو إلحَاحًا.

تأسيسًا على هذا، أرادت سوليدار تنزيل عملها ضمن سياق الثورة و شعاراتها التي تركّزت حول محورين أساسيّين: مقاومة الإستبداد و مكافحة الفساد ! و لئن يُهيّأُ للكثيرين أنّ مناخ الديمقراطيّة كرّس حقوقًا مدنيّة و سياسيّة لا رجوع عنها، فإنّ القانون و الواقع شاهدان على أنّ هذه "المكاسب" مازالت هشّة في ظلّ وجود قوانين نافذةٍ تعطّل حقوق التعبير و الرأي و الإجتماع و النشر تحت ذرائع "تعكير صفو النظام العام" و "الإخلال بالراحة العامة"، و في ظلِّ تنامي الدعاوى في حقّ المدوّنين و النشطاء المدنيّين و السياسيّين على خلفيّة احتجاجات إجتماعية أو تحرّكات سياسية خلال السنوات الأخيرة الذي يُعدُّ مُنذرًا بالخطر لاسيّما في وجود إرثٍ من تكميم الأفواه و المحاكمات السياسية التي مارسها النظام القديم طيلة سنوات.

كما لا جدال في أنّ منظومة الحوكمة الرشيدة و مكافحة الفساد التي "وضعتها" الثورة و جذّرها الدستور في توطئته و مبادئه تعترض طريقها، فضلا عن الإرادة السياسيّة، أحكامٌ مطبّعة مع الفساد و متواطئة مع المفسدين. لذلك، فإنَّ مراجعة المجلّة الجزائيّة ستكون مناسبة "تاريخيّة" لتحقيق الإصلاحات المنشودة تحقيقا لإنسجام المنظومة القانونية ككلّ و تلاؤمها مع مقتضيات الدستور و ذلك في سبيل مقاومة ظاهرة الإفلات من العقاب في جرائم الفساد.

في هذا الإطار، إختارت سوليدار تونس تركيز عملها على دراسة الجزء الخاصّ بالجرائم ضدّ النظام العام بالمجلّة الجزائيّة، و خصوصا منها الإعتداءات على الأمن الداخلي و السلطة العامّة من جهة و الإعتداءات على المال العام من جهة أخرى .

و قد اعتمدت في ذلك على منهجيّة مرتكزة على رصد الأحكام الجزائية المهدّدة للحقوق و الحرّيات و المناقضة للمبادئ العامّة المضمّنة بالدستور، الواردة ضمن الباب الثاني المُعنوَن "في الإعتداءات على أمن الدولة الداخلي" و الباب الرابع " في الإعتداءات على السلطة العامة الواقعة من أفراد الناس" و تفصيل أوجه عدم انسجامها مع منظومة حقوق الإنسان فضلاً عن الوقوف عند التّماس الموجود بين هذه الجرائم و الجرائم الإرهابية المضمّنة بالقانون عدد 26 لسنة 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب و منع غسل الأموال.

بالإضافة إلى تحليل مدى اتّساق الأحكام المتعلّقة بحماية المال العام في الفصول من 82 إلى 115 من المجلّة الجزائية مع المبادئ الدستورية المكرّسة صلب الفصلين 10 و 15 من دستور2014 من ناحية و مع الاختصاصات الممنوحة لهيئة الحوكمة الرشيدة و مكافحة الفساد بمقتضى الفصل 130 من ناحية أخرى، في سبيل مواءمة الأحكام المتعلّقة بالحماية الجزائية للمال العام مع منظومة الحوكمة الرشيدة و مكافحة الفساد و تحديدا القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 و مع المعايير الدوليّة لمكافحة الفساد، تفعيلا و تحفيزًا للمؤسسات و الأجهزة المتعهّدة بذلك.

و قد إنتهَى هذا العمل، كما كان مأمولاً منه، إلى مقترحاتٍ لتدارك هذه الهنّات، تقضي إمَّا بإلغاء بعض الأحكام أو الإبقاء عليها مع تعديلها أو تعويضها بأخرى. و هي في حقيقة الأمر، ليست مجرّد مساهمةٍ تقنيّة في ملاءمة التشريعات مع الدستور و المعايير الدوليّة، و إنّما محاولةٌ للفتِ إنتباه القائمين على منظومة العدالة إلى أهميّة تحديد ملامح السياسة الجزائيّة بما يتوافق مع "إرادة الثورة" للقطع مع الإستبداد و الفساد !و أيضًا مناسبة لوضع "الإصلاح التشريعي" على طاولة المساءلة و التفكير المشترك، بين مختلفِ المهتمّين و المتأثّرين و الفاعلين في مختلفِ المواقع، صانعيٍ قرارٍ أو مؤثّرين فيه، و من مختلف الإختصاصاتِ، قانونيّة و سياسيّة و إجتماعيّة.

إشراق غديري
منسقة قسم دولة القانون
سوليدار تونس, مارس 2020

الإعتداءات على الأمن الداخلي و السلطة العامة

من إنجاز الأستاذة رشيدة الجلاصي

رئيسة مخبر العلوم الجزائية و الإجرام

و عضو المجلس الأعلى للقضاء

و فريق الباحثين/ات:

أمل حشيشة

منير العشّ

كوثر يعيش

المقدمـة

تحتلّ جرائم الاعتداء على النّظام العام للدّولة وأمنها الدّاخلي المرتبة الأولى من بين الجرائم الأكثر خطورة باعتبارها تزعزع النّظام الاجتماعي في أسسه وتهدّد أمن أفراده. وبغاية الحفاظ على أمنها واستقرارها، وضعت الدول أحكاما زجرية خاصة بالجرائم التي تستهدفها أو تستهدف النظام العام فيها. وغالبا ما تتسم هذه الأحكام بالشدة والصرامة. بل أنّ الدول لا تكتفي بزجر الجرائم التامة التي تحقّقت نتيجتها الإجرامية، وإنّما تعمد أيضا إلى تجريم الأعمال التحضيرية التي تسبق الشروع في التنفيذ، بل يصل الأمر، أحيانا، وبغاية توفير حماية استباقية للدولة، إلى حدّ تجريم مجرد التفكير والتصميم على الفعل.

كذلك هو الشأن في المنظومة الجزائية التونسية حيث تصدّرت جرائم الاعتداء على النظام العام للدولة الجزء الأول من الكتاب الثاني من المجلة الجزائية أين شكّلت حماية أمن الدّولة الدّاخلي موضوع البابين الثاني والرابع من الجزء الأول من الكتاب الثاني من المجلة الجزائية[1] الواردين على التوالي تحت عنوان **"في الاعتداءات على أمن الدولة الدّاخلي" و"في الاعتداءات على السّلطة العامة الواقعة من أفراد النّاس" من خلال الفصول 67، 69، 70، و79 الواردة بالباب الثاني "في الاعتداءات على الأمن الداخلي" من المجلة الجزائية والفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية المنضوية بالقسم الأول تحت عنوان "في العصيان" من الباب الرابع "في الاعتداءات على السلطة العامة الواقعة من أفراد الناس". إضافة الى الفصلين 125 و126 الواردان بالقسم الثاني من نفس الباب الوارد تحت عنوان "في هضم جانب الموظفين العموميين وأشباههم ومقاومتهم بالعنف".**

تتطلب كثافة هذه الفصول تقديمها بشكل مستقل (المبحث الأول) ثم التعرض للحقوق والحريات الدستورية التي قد تهددها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقديم الفصول موضوع الدراسة

تنظّم هذه الفصول الجرائم التالية: ارتكاب أمر موحش ضد رئيس الجمهوريّة (الفقرة الأولى) والمؤامرة وإبداء الرأي لتكوينها (الفقرة الثانية) والتّجمهر (الفقرة الثالثة) والتحريض على العصيان (الفقرة الرابعة) وهضم جانب موظف عمومي أو شبهه أو موظف لدى النّظام العدلي (الفقرة الخامسة).

1 - ورد الجزء الأول من الكتاب الثاني من المجلة الجزائية تحت عنوان "في الاعتداءات على النظام العام".

الفقرة الأولى: الفصل 67 م ج (ارتكاب أمر موحش ضد رئيس الجمهوريّة)

الفصل 67:

يعاقب بالسجن مدّة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينارا أو بإحدى العقوبتين فقط كل من يرتكب أمرا موحشا ضد رئيس الدولة في غير الصور المبيّنة بالفصلين 42 و48 من مجلة الصحافة.

لطالما اعتبرت جرائم الاعتداء على شخص الأمير أكثر الجنايات خطورة على الإطلاق. ففي القانون الروماني، كانت الجرائم الماسّة بشخص الإمبراطور هي ذاتها الجرائم الماسّة بالدولة باعتبار أن شخصه يجسّد الدولة. بل أنّ هذا الصنف من الجرائم لم تقتصر على الاعتداء على شخص الامبراطور، وإنّما تجاوزها ليشمل الاعتداء على ضباطه وإهانة تماثيله وتكسيرها، كما شملت الكتابات والأقوال وحتى الأفكار وعاقبت عليها كالجناية نفسها. وقد أخرج الامبراطور هذه الفئة من الجرائم عن القواعد العامة للتجريم والعقاب[2] وعوقب مرتكبوها بأشدّ العقوبات قسوة وبشاعة[3].

وقد أخذ القانون الفرنسي القديم عن القانون الروماني غالبية هذه الأحكام، حيث اعتبر كل مشروع جنائي ضد شخص الملك أو أحد أولاده جناية ماسّة بصاحب الجلالة، وكل شخص يعلم بوجود المشروع ولا يبلغ عنه السلطة المختصة يعتبر شريكا فيه. ولم يكن التتبّع في الجنايات الماسة بولي الأمر يسقط بمضي المدة، كما لم تكن هناك أعذار معفية من العقاب بما في ذلك الجنون[4]. أما العقوبة فقد كانت واحدة لا تتغيّر في كل الأحوال وهي في غاية الفظاعة، وتتمثّل في شد الأعضاء وتمزيقها...

إلا أنّ القانون الفرنسي عمل، منذ أواخر القرن التاسع عشر، على إصلاح منظومته الجزائية[5]، حيث أصبح يميّز بين أنواع عدّة من الجرائم التي يمكن أن ترتكب ضد الأمير وجعل لها عقوبات مختلفة. وفي هذا الإطار، صدر بتاريخ 29 جويلية 1881 القانون الفرنسي المتعلق بحرية الصحافة الذي تضمّن جريمة المساس بكرامة رئيس الجمهورية.

وقد نقل الفصل 68 من المشروع التّمهيدي للمجلة الجنائية التونسية[6]، الذي أصبح فيما بعد الفصل 67 من المجلة الجنائية لسنة 1913، محتوى هذه الجريمة عن المجلة الفرنسية. وقد

---

2 - إبراهيم شاكر محمود الجبوري، جرائم الاعتداء على أمن الدولة من الداخل ومن الخارج، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011، ص. 24-23.

3 - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار العلم للجميع، لبنان، دون تاريخ نشر، ص. 622.مصطفى العوجي، دروس في العلم الجنائي، الجزء الثاني، مؤسسة نوفل، 1987.إبراهيم شاكر محمود الجبوري، المرجع السابق

4 - نفس المراجع.

5 - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 110-109.

6 - **L'article 88 de l'avant-projet du code pénal Tunisien** disposait que : Est punie d'une peine de trois ans d'emprisonnement au maximum et d'une amande de 3000 francs au plus, toute offense ou diffamation commise contre S.A le Bey et les Princes de sa famille, soit par discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, soit par écrits, publics ou privés, imprimés ou affichés

جاء فيه أنّ "كل أمر موحش ضد الأمير أو أعضاء عائلته، وهو غير داخل في الصور المقررة بالفصلين السادس والثالث والعشرين من الأمر المؤرخ في 14 أكتوبر 1884 وفي ذي الحجة عام 1301 يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاث أعوام وبخطية قدرها ألف فرنك"[7].

بقي هذا الفصل ساريا بصيغته تلك إلى ما بعد الاستقلال حيث أدخل عليه الأمر العلي المؤرخ في 31 ماي 1956 تعديلا شكليا طفيفا جعل صياغته تصبح كالآتي: "كل أمر موحش ضد **رئيس الدولة** غير داخل في الصور المقررة بالفصلين 21 و24 من الأمر العلي المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1375 و9 فيفري 1956 المتعلق بالطباعة والمكتبات والصحافة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين فقط."

ولعلّه من المهم جدّا الإشارة إلى أن المشرّع، على الرغم من تعدّد التنقيحات[8] المدخلة على الفصل 67 م ج، لم يعر انتباها للغموض الذي يعتري مفهوم "ارتكاب أمر موحش"، الأمر الذي جعل من مجال انطباق هذا الفصل واسعا وغير محدّد على غرار جريمة المؤامرة.

الفقرة الثانية: الفصلين 69 و70 م ج (جريمة المؤامرة)

لفصل 69:

تحصل المؤامرة بمجرد الوفاق والتقارر والعزم على الفعل بين شخصين أو أكثر.

الفصل 70:

إبداء الرأي لتكوين مؤامرة بقصد ارتكاب أحد الاعتداءات ضد أمن الدولة الداخلي المبيّنة بالفصول 63 و64 و72 من هذه المجلة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة عامين.

ويمكن زيادة على ما ذكر حرمان الجاني من التمتع بكل أو بعض الحقوق المبيّنة بالفصل 5 من هذه المجلة.

تعود الجذور التاريخية لجريمة المؤامرة بدورها إلى القانون الروماني الذي تبنّاها عنه فيما بعد القانون الفرنسي القديم. وقد تواصل العمل بتلك الأحكام إلى حين صدور المجلة الجزائية الفرنسية لسنة 1810.

---

7 - رضا خماخم، المجلة الجزائية معلق عليها في ضوء أحدث القوانين ومثراة بفقهي القانون والقضاء، الطبعة الرابعة، تونس، 2007، ص. 148.

8 - بالرغم من صدور مجلة الصّحافة التي ألغت كل هذه الأوامر، فإنه تجدر الإشارة إلى أنّ صياغة الفصلين 21 و24 من الأمر العلي المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1375 و9 فيفري 1956 المتعلق بالطباعة والمكتبات والصحافة بقيت على حالها طيلة 49 سنة إلى حين صدور القانون عدد 46 لسنة 2005 المؤرخ في 06 جوان 2005 المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض فصول المجلة الجنائية وصياغتها. فنقح هذا القانون الفصل 67 مج بإبدال الإشارة السابقة إلى الفصلين 21 و24 المذكورين بالإشارة الجديدة إلى الفصلين 42 و48 من مجلة الصحافة. لكن الغريب هو أن الفصلين 42 و48 المذكورين ألغيا بدورهما بمقتضى المرسوم عدد 115 الذي ألغى العمل بمجلة الصّحافة، ورغم ذلك لا يزال الفصل 67 الحالي يشير إليهما.البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، التنظيم الجزائي لحرية الصحافة والطباعة والنشر، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2017، ص. 235-234.

تأثّرا منه بالقانون الفرنسي، تبنّى المشروع التمهيدي المجلة الجنائية التونسية جريمة المؤامرة وعرّفها صلب الفصل 84 [9] بكونها الاتفاق والتّقارر والعزم على الفعل بين شخصين أو أكثر. ولا يزال هذا التعريف ساريا إلى اليوم على الرّغم من تعديل مشروع الفصل المذكور الذي انقسم إلى فصلين، أحدهما، وهو الفصل 69 م ج، يعرف جريمة المؤامرة والثاني، وهو الفصل 70 م ج، يجرّم ابداء الرأي لارتكابها[10].

وربما يكون من المهم، في هذا الإطار، التعرض إلى بعض ما واكب تقنين هذه الجريمة في مشروع المجلة الجنائية التونسية من تأصيل، حيث استهلّ مقرّر اللجنة المعنية بتحرير المجلة الجنائية الباب المذكور باستشهاد مطوّل من الفقه الإسلامي يعرّف فيه الخروج على الحاكم بكونه "الامتناع عن طاعة الحاكم فيما يأمر به من غير معصية حتى ولو كان ذلك الامتناع لأسباب دينية أو سياسية". كما ذكر بأن الفقه الإسلامي يميّز بين الخروج على الحاكم الظالم والخروج على الحاكم العادل، وشدد على أنه لا ينبغي للمشرع أن يتوه في مثل هذه الاعتبارات، بل على خلاف ذلك يتعيّن على الدولة "أن تضاعف من اليقظة كلما تعلق الأمر بأمنها وذلك لمنع أي محاولة لقلب النظام الاجتماعي القائم"[11]. وعلى هذا الأساس، **دعا مقرّر المجلة إلى الاعتداد في هذا النوع من الجرائم بمرحلة التّحضير لها دون انتظار الشّروع في التنفيذ لتجريمها وذلك خلافا للمبدأ العام الوارد في باب الأحكام العامة والذي يشترط الشّروع في التنفيذ لتجريم المحاولة[12].** وقد كان لمقرر اللجنة ما أراد في الصيغة النّهائية للمجلة، وهو استثناء لا يزال قائما إلى حدّ اليوم في الفصول المتعلقة بالمؤامرة على أمن الدولة.

منذ ذلك التاريـخ، لم يشهد الفصل 69 م ج تغييرا في صياغته، خلافا للفصل 70 م ج الذي تمّ تنقيحه بموجب القانون عدد 45 لسنة 2005 المؤرخ في 06 جوان 2005، حيث ألغيت عقوبة النّفي التي كانت مقررة لمرتكب الجريمة[13]. وبذلك، يمكن الجزم بأنّ القواعد الموضوعية للتجريم في كلتا الجريمتين لم يقع المساس بها منذ صدور المجلة الجنائية، وهو الأمر الذي يدعو إلى التّساؤل حول مدى مواكبتهما للسّياسة الجزائية الحديثة التي تقوم على احترام الحقوق والحرّيات الفردية والجماعية.

---

9 - **L'article 84 de l'avant-projet du code pénal Tunisien** disposait que : Il y a complot au sens de l'article précédent dès que la résolution d'agir est concertée et arrêtée entre deux ou plusieurs personnes. La proposition faite et non agréée de former un complot pour arriver aux attentats spécifiés aux dits articles 79 à 82 inclus est punie d'un emprisonnement de 3 ans au plus

10 - بنصّ الفصل 69 م ج على ما يلي: "تحصل المؤامرة بمجرد الوفاق والتقارر والعزم على الفعل بني شخصني أو أكثر".
أمّا الفصل 70 فقد ورد فيه: "إبداء الرأي لتكوين مؤامرة بقصد ارتكاب أحد الاعتداءات ضد أمن الدولة الداخلي المبينة بالفصل 63 و64 و72 من هذه المجلة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة عامين...".

11 - رشيدة الجلاصي، "مخاض المجلة الجزائية"، في، مائوية المجلة الجزائية التونسية الماضي والحاضر والمستقبل، تحت إشراف، البشير المنوبي الفرشيشي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2016، ص. 46.

12 - نفس المرجع.

13 - **رضا خماخم**، المرجع السابق، ص. 150.

"دعا مقرّر المجلة إلى الاعتداد في هذا النوع من الجرائم بمرحلة التّحضير لها دون انتظار الشّروع في التنفيذ لتجريمها وذلك خلافا للمبدأ العام الوارد في باب الأحكام العامة والذي يشترط الشّروع في التنفيذ لتجريم المحاولة"

الفقرة الثالثة: الفصل 79 م ج (جريمة التجمهر)

الفصل 79:

يعاقب بالسجن مدة عامين كل من كان ضمن جمع من شأنه الإخلال بالراحة العامة وكان القصد منه ارتكاب جريمة أو التعرّض لتنفيذ قانون أو جبر أو حكم.

تناول الفصل 291 من المجلة الجزائية الفرنسية لسنة 1810 [14] جريمة التّجمهر التي تتكوّن إذا اجتمع أكثر من عشرين شخصا، بصفة سرية أو علنية، بدون تصريح من الحكومة، مهما كان الغرض من هذا التجمع. وقد تأثر المشروع التمهيدي للمجلة الجزائية التونسية بما جاء في القانون الفرنسي وتبنّى هذا الصنف من الجرائم صلب الفصول 96، 97 و98 منه، حيث جرّم التّجمهر المسلّح وغير المسلّح كلّما كان فيه مساس بالأمن العام[15]. إلا أن الصّياغة الواردة بتلك الفصول اختزلت لاحقا صلب فصل وحيد هو الفصل 79 من المجلة الجزائية الحالية.

---

14 - **L'article 291 de l'ancien code pénal Français** disposait que : Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. Dans le nombre de personnes indiqué par le présent article, ne sont pas comprises celles domiciliées dans la maison où l'association se réunit

15 - **L'article 96 de l'avant-projet du code pénal Tunisien** disposait que : En dehors des cas prévus par les articles 90 et suivants du présent code, est interdit, sur la voie publique, tout attroupement de nature à troubler la tranquillité publique. Est réputé et puni comme tel, tout rassemblement de plus de quinze personnes, dans le but de commettre une infraction ou de s'opposer à l'exécution d'une loi, d'une contrainte ou d'un jugement. **L'article 97: de l'avant-projet du code pénal Tunisien** disposait que : L'attroupement est réputé armé
1-Quand deux au moins des individus qui le composent sont porteurs d'armes apparentes ou cachées
2-Lorsqu'un seul de ces individus, porteur d'armes apparentes, n'est pas immédiatement expulsé de l'attroupement par ceux-là même qui en font partie
L'article 98 de l'avant-projet du code pénal Tunisien disposait que : Les attroupements, armés ou non armés, seront dissipés, et les personnes qui les composent, punies en conformité des dispositions de notre décret du 5 avril 1905

حافظ هذا الفصل الأخير على التّمييز بين صنفي التّجمهر المسلّح وغير المسلّح، إلّا أنه قَرَن تجريم التّجمهر غير المسلح بشرط المساس بالرّاحة العامة وبتوفّر قصد غير مشروع للمشاركين فيه يتمثل في ارتكاب جريمة أو التعرّض لتنفيذ قانون أو جبر أو حكم.

الفقرة الرابعة: الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج (جريمة التحريض على العصيان)

الفصل 121:
يعاقب كالمشارك في العصيان الشخص الذي دعى إليه إما بخطب ألقيت بمحلاّت عمومية أو اجتماعات عمومية أو بمعلّقات أو إعلانات أو مطبوعات.
وإذا لم يقع العصيان بالفعل فالداعي له يعاقب بالسجن مدة عام.

الفصل 121 مكرر:
يعاقب بالسجن من ستة عشر يوما إلى عام وبخطية من ستين دينارا إلى ستمائة دينار من يتولى عمدا بيع أو توزيع أو نقل مؤلفات محجّرة أو نشر أو ترويج مؤلفات محجّرة تحت عنوان آخر.
وتجري وزارة الداخلية الحجز الإداري على نسخ المؤلفات المحجّرة وما نقل منها.

الفصل 121 ثالثا:
يحجّر توزيع المناشير والنشرات والكتابات الأجنبية المصدر أو غيرها التي من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة وكذلك بيعها وعرضها على العموم ومسكها بنية ترويجها أو بيعها أو عرضها لغرض دعائي.
وكل مخالفة للتحجير المنصوص عليه بالفقرة السابقة يمكن أن يترتّب عنه زيادة عن الحجز في الحين عقاب بالسجن من ستة أشهر إلى خمسة أعوام وبخطية من مائة وعشرين دينارا إلى ألف ومائتي دينار.

ينظم المشرّع جريمة العصيان بالفصول من 116 إلى 124 الواردة صلب الباب المخصّص "للاعتداءات على السلطة العامة الواقعة من أفراد الناس". وقد ضمّن المشرع في هذا الباب قسما عنونه "في العصيان". وقد كان هذا القسم يحتوي، في البداية، ثمانية فصول أضيف لها بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ماي 2001 المتعلق بتنقيح مجلة الصحافة[16]، الفصلان 121 مكرر و121 ثالثا م ج، ليصبح العدد الجملي لفصول هذا القسم عشرة.

بالبحث في المصدر المادي[17] لهذه الفصول نجدها مستوحاة بدورها من المجلة الجزائية الفرنسية لسنة 1810. وهي تتطابق إلى اليوم مع الفصول 433-6 إلى 499-8 من المجلة الجزائية الفرنسية. فيعرف الفصل 116 م ج جريمة العصيان بكونها "كل اعتداء بالعنف أو التهديد به للتعاصي على موظف عمومي مباشر لوظيفته بالوجه القانوني أو على كل إنسان استنجد به بوجه قانوني لإعانة ذلك الموظف". وهو تعريف شبيه بذلك الوارد صلب الفصل 433-6 من المجلة الجزائية الفرنسية الذي يعرف العصيان بكونه "إبداء مقاومة عنيفة لممثلي السلطة العمومية أو

16 - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 4 ماي 2001، ص. 1184.
17 - رضا خماخم، المرجع السابق، ص. 189.

شخص يقوم بمهمة وظيفة عمومية أثناء قيامه بوظائفه في تنفيذ القوانين والأوامر الصادرة عن السلطة العمومية أو القرارات أو الأذون". وهي تختلف عن جريمة العصيان العسكري المنظمة صلب مجلة المرافعات العسكرية[18].

إن تقديم النص القانوني لا يكتمل إلا بوضعه في بقية سياقاته بصفة عامة، وفي سياقه التاريخي تحديدا. فالنصوص الوارد ذكرها، ولئن نجدها حاليا في المجلة الجزائية الصادرة بتاريخ 9 جويلية 1913، إلا أنّها أدرجت بها على مراحل تاريخية مختلفة. لذلك يتوجه، لضبط السياسة الجزائية المعتمدة بالفصول موضوع الدراسة، تحديد مصادرها المادية، في مرحلة أولى (1)، ثم دراسة المحطات التاريخية التي مرّت بها، في مرحلة ثانية (2).

1-المصادر المادية للفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية

يستدعي تتبع الجذور التاريخية للفصول المذكورة الرجوع إلى الفترة التي كانت فيها البلاد التونسية إيالة خاضعة للباب العالي أين كان القانون الجنائي الإسلامي[19]، وتحديدا المذهبي المالكي والحنفي، هو القانون المنطبق. يجرم التشريع الإسلامي التحريض على العصيان من خلال جريمة "البغي" أو "الخروج"[20]، باعتبارها "خروجا عن السلطة"[21]، وهي من جرائم الحدود التي ضبط لها النص القرآني عقابا لا اجتهاد فيه يتمثل في القتل[22].

أمّا القانون الجنائي التونسي الحالي، فقد تبلورت أولى محاولات تقنينه من خلال "قانون الجنايات الجارية أحكامه على من بمملكة تونس من مخلوقات" الصادر بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 14 ديسمبر 1860[23]، إلا أنّه لم يقطع تماما، وفي كلّ الأحوال، مع بعض قواعد التشريع

18 - ينظم الفصل 80 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية جريمة العصيان العسكري، وقد جاء نصه كما يلي يعد في حالة عصيان:

أ-العسكريون تحت السلاح الذين يجتمعون وعددهم أربعة على الأقل يرفضون بالاتفاق الإذعان لأوامر آمريهم لدى أول إنذار.

ب-العسكريون الذين يجتمعون وعددهم أربعة على الأقل ويأخذون الأسلحة بدون اذن ويعملون خلافا لأوامر آمريهم

ج-العسكريون الذين يتعمدون وعددهم أربعة على الأقل ارتكاب العنف مع استعمال السلاح ويرفضون نداء آمريهم بأن يتفرقوا أو يعودوا إلى النظام

19 - مصطفى بن جعفر، "تقنين التشريع الجزائي التونسي"، في "مائوية المجلة الجزائية التونسية"، تحت إشراف محمد الناصر الواد ومصطفى بن جعفر، 9 و10 ديسمبر 2013، الجامعة المركزية، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، تونس، ص. 20-19.

20 - عبد الواحد المكي، "انتفاضة علي بن غذاهم في 1864 ومحاولات تأسيس السلطة زمن الثورة"، في: أعمال مهداة الى عبد الفتاح عمر، مطبعة نوفامبرانت2014، صفاقس، ص. 5.

21 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 44.

22 - "وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ المُؤْمِنِيَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ المُقْسِطِيَ"، سورة الحجرات الآية 9.

23 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 24.

الإسلامي[24]. ولعلّ ذلك ما يفسّر تجريم "البغي" بالفصل 236 من قانون الجنايات لسنة 1861[25]، باعتباره من جرائم الحدود. وقد جاء نصّ هذا الفصل كالآتي: "فالطعن في تصرفات الدولة بالكتابة أو بالقول في المجامع لترغيب السامعين في البغي والعصيان والقيام ولم يقع لذلك أثر بالفعل فهو من الجنايات المؤدية إلى الفساد في الأرض وإراقة الدماء لما يثبت ذلك في المجلس على فاعله يعاقب بالسجن في الكراكة من العامين إلى الستة"[26]. فأمّا إذا كان هذا الطعن بالقول والفعل والتسهيل الذي لم ينشأ عنه "أثر في الوجود يحير الهناء" يكون العقاب السجن من أربعة أعوام إلى اثني عشر عاما، أما إذا ترتب عن هذا الفعل أثر يكون العقاب بالقتل[27]. كما اعتبر قانون الجنايات والأحكام العرفية في فصله 139 تعاصي القبائل والمجاهرة بالعصيان واستعمال القوة ضدّ أعوان الدولة بغيا يوجب القتل، في حين عاقب المشاركة في ذلك بالسجن من أربعة إلى اثني عشر عاما[28].

بعد توقيف العمل بقانون الجنايات والأحكام العرفية سنة 1864، تمت العودة إلى العمل بنفس النظام المعتمد قبل ذلك إلى حين صدور المجلة الجنائية الحالية سنة 1913.

بالرجوع للمشروع التمهيدي لهذه المجلة، نجد أن اللجنة المكلفة بإعداده اعتمدت على التشريعات الجزائية الوضعية المقارنة، من جهة، وعلى التشريع الإسلامي ممثلا في المذهبين المالكي والحنفي، من جهة أخرى[29]. ولعل هذا الخلط هو الذي جعل من المجلة الجنائية فيما بعد منتوجا "هجينا"[30]. غير أنّ اللجنة أعلنت، في مستهل مشروعها التمهيدي تخليها عن قواعد التشريع الإسلامي[31] في شأن جرائم الاعتداء على أمن الدولة، وعوّضت ذلك بالتشريعات الوضعية المقارنة، وخاصة التشريع الفرنسي.

2-المحطات التاريخية للفصول 121، 121مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية

علاوة على تجريم فعل العصيان، عمد المشرّع، صلب الفصل 81 من المجلة الجنائية، إلى التنصيص على عقاب كلّ "من ينشر أو يدعوا إلى احتقار الأمير أو الحكومة أو الإدارة أو يحمل الناس على عدم الانقياد لقوانين البلاد أو إثارة الغضب في الناس بما يحير الأمن العام"[32]. ولئن تمّ إلغاء هذا الفصل بموجب الأمر العلي المنظم لقانون الصحافة والنشر، إلاّ أنّه أعيد إدراج ذات الفصل بالمجلة الجنائية بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 8 ديسمبر 1955، ليعاد سحبه منها مرة

24 - حافظ قانون الجنايات والأحكام العرفية مثلا على التقسيم الثلاثي للجرائم. مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 31.

25 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 26.

26 - نفس المرجع، ص. 45.

27 - بعاقب التشريع الإسلامي مرتكب جريمة البغي بالقتل باعتبارها من جرائم الحدود. إلا أن قانون الجنايات يتدرج في عقوبة البغي من السجن في الكراكة إلى القتل، مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 45.

28 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 45.

29 - **رشيدة الجلاصي**، المرجع السابق، ص. 30 و31 ومصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 56.

30 - **رشيدة الجلاصي**، المرجع السابق، ص. 33.

31 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 57.

32 - نفس المرجع، ص. 67.

أخرى بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 12 جانفي 1956 [33]. ثمّ، وفي مرحلة لاحقة، عمد المشرع إلى تنظيم هذه الجرائم صلب الفصلين 61 [34] و62 [35] من مجلة الصحافة طبقا للقانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل 1975 [36].

ويجدر التنويه إلى أن هذا القانون الخاص المنظم لمهنة الصحافة لسنة 1975[37] لم يكن النص الأول الذي احتوى جرائم الفصلين 61 و62 من مجلة الصحافة، حيث تأرجحت جرائم الصحافة بين المجلّة الجنائية والنصوص المستقلة المنظمة لمهنة الصحافة طيلة الفترة الأولى من الاستقلال[38] رغم بطء نسق الإصلاحات المدخلة على القانون الجزائي عموما في تلك الفترة[39]. وقد تواصل هذا التأرجح حتى بعد إصدار مجلة الصحافة لسنة 1975 حيث سحب المشرع سنة 2001 بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ماي 2001 [40] الفصلين 61 و62 من مجلة الصحافة وأدرجهما صلب الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية تحت قسم "في العصيان".

تكشف دراسة كافة المراحل التي مرّت بها جرائم الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية عن ازدواجية حادّة في تطوّر تقنين هذه النصوص. فلئن شهد الفصل 121 م ج استقرارا تامّا منذ صدور المجلة الجنائية سنة 1913 إلى اليوم، فإنّ المشرع قد انتهج سياسة مغايرة تماما بالنسبة لجرائم الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج الذين تراوح موقعهما بين المجلة الجزائية وبين النصوص الخاصة المنظمة لمهنة الصحافة. ولعل ذلك يرجع إلى الطبيعة

---

33 - جاء بالفصل 2 من الأمر العلي المؤرخ في 12 جانفي 1956 المتعلق بتغيير القانون الجنائي ما يلي: "أبطلنا العمل بالفصل الواحد والثمانين من القانون الجنائي التونسي"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 5 مؤرخ في 17 جانفي 1956، ص. 77.

34 - ينصّ الفصل 61 من مجلة الصحافة لسنة 1975 على ما يلي: " يعاقب بالسجن من ستة عشر يوما الى عام وبخطية من من ستين دينارا الست مائة دينار من يتولى عمدا بيع أو توزيع أو نقل مؤلفا تم حجره أو نشر أو ترويج مؤلف اتم حجرة تحت عنوان اخر وتجري وزارة الداخلية الحجز الإداري على نسخ المؤلفات المحجرة وما نقل منها".

35 - الفصل 62 من مجلة الصحافة لسنة 1975 على ما يلي: "يحجر توزيع المناشير النشرات والكتابات الأجنبية المصدر أو غيرها التي من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة وكذلك بيعها أو عرضها على العموم أو مسكها بنية ترويجها أو بيعها أو عرضها لغرض دعائي.

وكل مخالفة للتحجير لمنصوص عليه بالفقرة السابقة يمكن أو يترتب عنه زيادة عن الحجز في الحين عقاب بالسجن من ستة أشهر الى خمسة أعوام وبخطية من مائة وعشرين دينارا الى ألف ومائتي دينار".

36 - القانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل 1975المتعلق بإصدار مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 29 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل 1975، ص. 992.

37 - الفصل 24 من الأمر العلي المؤرخ في 29 جانفي 1926 المتعلق بتغيير نظام الصحافة والمطبوعات.

الفصل 22 من الأمر العلي المؤرخ في 6 أوت 1936 المتعلق بالطباعة وبيع الكتب والصحافة.

الفصل 1 من الأمر العلي المؤرخ في 17 فيفري 1937 المتعلق بتغيير نظام الصحافة بالإيالة التونسية.

الفصل 21 من الأمر العلي المؤرخ في 9 فيفري 1956 المتعلق بالطباعة وبيع الكتب والصحافة.

38 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 535.

39 - فيصل عجينة، المرجع السابق، ص. 46.

40 - القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ماي 2001 المتعلق بتنقيح مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 4 ماي 2001، ص. 1184.

المزدوجة لهذه الجرائم. فهي، من ناحية أولى، تتعلّق بالنظام العام والأمن العام للدولة بما يفسّر ورود قواعد زجرها ضمن الباب المخصص لجرائم الاعتداء على أمن الدولة من المجلة الجزائية، وهي، من ناحية ثانية، تتعلق بحقوق وحريات أساسية مكرسة بالدستور تتمثل في حرية التعبير والصحافة والنشر، بما يتعيّن معه إدراجها صلب القوانين المنظمة للصحافة.

تفسّر هذه الطبيعة المزدوجة للجرائم موضوع الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا تذبذب السياسة الجزائية للمشرع للظرفية السياسية للبلاد[41]. وقد كان ذلك سببا للجدل الكبير الذي أثاره اختيار المشرع، بموجب القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001، سحب بعض فصول مجلة الصحافة وإدراجها صلب الكتاب الثاني من المجلة الجزائية، حال أنه ينظّم الجرائم المتعلقة بالصحافة والطباعة والنشر بمجلة الصحافة، ممّا يدعو إلى التساؤل عن مبرّرات هذا الاختيار.

إضافة إلى ذلك، يثير موقع هذين الفصلين في المجلة الجزائية بعض التعجب إذ أنّهما، تحت الرقمين 121 مكرر و121 ثالثا، يتوسّطان القسم المنظّم لجريمة العصيان، حال أنّهما يتعلقان بجرائم الصحافة[42] التي تختلف عن جريمة العصيان[43].

وقد تعمّقت هذه الصعوبات بإصدار المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المنظم لمهنة الصحافة والطباعة والنشر[44]، الذي أدّى إلى تنازع النصوص الجزائية بني المجلة الجزائية، في فصولها 121، 121 مكرر و121 ثالثا، والنصوص الخاصة، وتحديدا المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المنظم لمهنة الصحافة. وقد اعتبر البعض هذا التنازع صداميا[45] من شأنه أن يهدّد الحقوق والحريات الدستورية.

تستدعي جملة هذه الصعوبات التثبّت، في موقع لاحق من هذا البحث، في إمكانية نسخ المرسوم عدد 115 لسنة 2011 للفصول 121 و121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية، من ناحية أولى، وفي مدى احترام هذه الفصول للأحكام الدستورية ممثّلة في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وفي بقية الحقوق والحريات الدستورية، من ناحية ثانية.

---

41 - **Samy Ghorbal et al.**, *Le syndrome de Siliana*, éd. Cérès, Tunis, 2013, pp. 26-55.

42 - ما يؤكد ذلك هو وجود هذين الفصلني صلب مجلة الصحافة قديما.
انظر: البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 578، البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، التنظيم الجزائي لحرية الصحافة والطباعة والنشر، مجمع الأطرش، تونس، 2017، ص. 210.

43 - **Elisabeth Fortis et Mohamed Salah Ben Ayed**, « Recommandations sur le projet de code pénal Tunisien", P.A.R.J., Mai 2016, p. 67.

44 - المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، الرائد لرسمي للجمهورية التونسية عدد 84 لسنة 2011 المؤرخ في 4 نوفمبر 2011، ص. 2559.

45 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 559.

الفقرة الخامسة: الفصلين 125 و126 م ج (جريمة وهضم جانب موظف عمومي أو شبهه)

الفصل 125:

يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من يهضم جانب موظف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة أو التهديد حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها.

إنّ إقرار الحماية الجزائية لموظفي الدولة ليس بالأمر المستحدث، فقد سلّط القانون الروماني عقوبات جزائية على كلّ من يعتدي عليهم أو يتعمّد إهانتهم. وكانت الإهانة تزداد جسامة إذا توجّهت ضدّ أحد رجال القضاء، ذلك أن القاضي كان يعتبر مقدّسا لأنه يمثل شخص الملك، وبالتالي فإنّ الاعتداء عليه يعتبر تعدّيا على ذات ولي الأمر[46].

نفس هذه الحماية سوف تكرّسها المجلة الجزائيّة الفرنسيّة لسنة 1810 التي ستتبنّى جريمة إهانة الموظف مع التوسّع فيها والتدرّج في العقوبة تبعا لصفة الموظّف المعتدى عليه ومكان وظروف ارتكاب الاعتداء. مع الإشارة إلى أنّ هذه الجريمة لم تعد تصنّف ضمن الاعتداءات على ذات وليّ الأمر، بل ضمن الجرائم المخلّة بالسّلم العام في باب الجنايات والجنح المضرّة بالمصلحة العامّة[47].

أما في تونس، فقد كان الفصل 247 من "قانون الجنايات والأحكام العرفية" يتضمّن جريمة التّجاسر على موظّف زمن خدمته أو بمناسبتها بالسّلاح أو بدونه[48]. بعد ذلك، تبنّت المجلة الجنائيّة منذ سنة 1913، صلب الفصل 125، جريمة هضم الجانب المرتكبة في حقّ موظف لدى النظام الإداري أو السّلطة العامّة أو أي موظّف مكلف بخدمة مرفق عمومي[49]، في حين تعرّض الفصل 126 إلى جريمة هضم الجانب المرتكبة في حقّ أحد أعضاء السّلطة القضائية[50]. ومنذ ذلك التاريخ، لم يشهد الفصل 125 م ج أي تعديل، على عكس الفصل 126 م ج الذي أضيفت

---

46 - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار العلم للجميع، لبنان، بدون تاريخ، ص. 622.

47 - نفس المرجع، ص.623.

48 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 48-24-23-21.

49 - **L'article 150 de l'avant-projet du code pénal Tunisien** disposait que : L'outrage fait par gestes, paroles, ou menaces à un fonctionnaire public de l'ordre administratif, à un agent de la force publique, ou à toute autre personne chargée d'un service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et puni d'un emprisonnement de 3 mois au plus et d'une amande de 500 francs au plus, ou de l'une de ces deux peines seulement

50 - **L'article 151 de l'avant-projet du code pénal Tunisien** disposait que : L'outrage fait par gestes, paroles, ou menaces à un fonctionnaire de l'ordre judiciaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions est puni de l'emprisonnement pendant 3 mois au plus et d'une amande de 500 francs au plus ou de l'une de ces deux peines seulement
Si l'outrage a eu lieu à l'audience, la peine de l'emprisonnement peut être élevée jusqu'à 2 ans

له فقرة ثانية بموجب القانون عدد 9 لسنة 1985 [51] لتجريم الاعتداء بالعنف باستعمال السّلاح أو التّهديد به ضد قاض أثناء الجلسة.

تبعا لما تقدم، يمكن أن نخلص إلى أن بعض الفصول المنظمة لجرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى النظام العام حافظت على مضمونها منذ إصدار المجلة الجنائية، على غرار الفصول 69، 121، و125م ج، وذلك خلافا للبعض الآخر الذي كان موضوع تنقيحات عدة كالفصول 67، 70، 121مكرر، 121 ثالثا و126 م ج.

المبحث الثاني: مدى تكريس الحقوق والحريات بالمنظومة القانونية التونسية

شهد العالم طيلة النصف الأول من القرن الماضي نشأة الجيل الأوّل من حقوق الإنسان[52]. وقد استوعبت المنظومة القانونيّة الوطنيّة هذه الحقوق، على الأقل بصفة نظرية، وعملت على توفير الحماية الجزائيّة لها. وقد شملت هذه الحماية كلّا من حرية التعبير (الفقرة الأولى) والحقّ في التجمّع السّلمي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تكريس حرّية التّعبير صلب المنظومة القانونيّة التونسيّة

لا ريب في أنّ الحرّيات الفكريّة، وعلى رأسها حرّية الرّأي والتعبير، من أهم الحرّيات الإنسانية على الإطلاق لأنّها تمثل الجانب المعنوي أو الرّوحي للفرد وتسمح له بتنمية شخصيته، من ناحية، وبالمشاركة في الشأن العام، من ناحية أخرى. وقد ذهب المجلس الدّستوري الفرنسي إلى حدّ القول بعلوية حرية الرأي والتعبير في سلم الحرّيات باعتبارها شرطا أساسيا للديمقراطية[53]، وباعتبارها ضمانا لاحترام بقية الحقوق والحرّيات[54].

كما تعكس الصكوك الدولية المكانة الهامّة التي تحتلها حرّية الرأي والتعبير. فقد نصّت المادة

---

51 - القانون عدد 9 لسنة 1985 المؤرخ في 7 مارس 1985 المتعلق بتنقيح بعض الفصول من المجلة الجنائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسي عدد 19 لسنة 1985 المؤرخ في 8 مارس 1985، ص. 348.

52 - مجلس أوروبا وجمعية تنوير للتطور المؤسسيى والإدارة المعرفية بالأردن، اتجاهات دليل التربية على حقوق الانسان مع الشباب، منشورات مجلس أوروبا، الطبعة الثانية، 2014، ص. 291.

53 - **Décision du conseil constitutionnel n°2015-512 :** « La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés»

Arrêt Lingens contre Autriche, 8 juillet 1986, requête n° 9815/82: «La liberté d'expression constitue « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son développement et de l'épanouissement de chacun

54 - **CORDIER François**, « Le juge pénal et la liberté d'expression : influence de la Cour Européenne des droits de l'homme», *Archives de Politique Criminelle*, 2018/1, n°40, p 99-114.

19 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان على أنّ "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار ونقلها إلى الآخرين بأيّة وسيلة ودونما اعتبار للحدود".

كما ورد صلب المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أن:

1- لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.

2- لكل انسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب أو بأية وسيلة أخرى يختارها.

3- تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز اخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ- لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

ب- لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة."

وبغاية مزيد تدقيق معايير الحد الأدنى لممارسة الحقوق التي تكفلها هذه المادة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تم إصدار التعليق العام رقم 34 على المادة 19[55] من قبل اللّجنة المعنية بحقوق الإنسان التابعة لمنظّمة الأمم المتحدة الذي أكد صلب الفقرة الثانية منه على أنّ "حرية الرأي وحرية التعبير شرطان لا غنى عنهما لتحقيق النمو الكامل للفرد، وهما عنصران أساسيان من عناصر أي مجتمع، ويشكلان حجر الزاوية لكل مجتمع تسوده الحرية والديمقراطية."

فرضت هذه النصوص الدولية على عاتق الدولة التونسية واجب إدراج حرية الرّأي والتعبير صلب منظومتها القانونية. فقد ورد بالفصل 8 من دستور 1959 أنّ " حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات مضمونة وتمارس حسبما يضبطه القانون" غير أنّ هذا الفصل لم يمنع من اضطهاد أصحاب الفكر والرأي المخالف للنظام، بل والتنكيل بهم بواسطة القانون الجزائي.

أمّا دستور 2014، فقد نصّ في فصله 31 على أنّ "حرية الرأي والفكر والتعبير والاعلام والنشر مضمونة. لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات". في ذات الوقت، ورد بفصل آخر مليء بالتناقضات، أنّ "الدولة... كافلة **لحريّة المعتقد والضمير**..."[56].

---

55 - التعليق العام رقم 34 على المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بتاريخ 12 سبتمبر 2011.

56 - ينصّ الفصل 6 من دستور 2014 على ما يلي: " الدّولة راعية للدّين، كافلة لحريّة المعتقد والضّمير وممارسة الشّعائر الدّينيّة، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التّوظيف الحزبي.
تلتزم الدّولة بنشر قيم الاعتدال والتّسامح وبحماية المقدّسات ومنع النّيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التّكفير والتّحريض على الكراهية والعنف وبالتّصدّي لها".

من ناحيتها، بقيت كلّ من المجلة الجزائية وعديد النصوص الجزائية الأخرى متضمّنة لأحكام زجرية في علاقة بممارسة حرية التعبير. ويمكن تقسيم هذه النصوص الجزائية إلى مجموعتين، مجموعة أولى تتكوّن من الفصول 121 مكرر و121 ثالثا و220 مكرر و303 مكرر و303 ثالثا و315 مكرر و321 مكرر كانت مدرجة بمجلة الصّحافة الملغاة وسحبت منها لتتم إضافتها إلى المجلّة الجزائية، ومجموعة ثانية تضمّ فصولا قديمة قدم المجلّة الجزائية، من بينها الفصل 121 م ج والفصل 128 [57].

أما بالنسبة للأحكام الواردة خارج المجلة الجزائية، فنورد منها ذكرا لا حصرا:

- **المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 02 نوفمبر 2011 المتعلق بحرّية الصحافة والطّباعة والنّشر**[58]: نص الفصل الأول على أن "الحق في حرّية التعبير مضمون ويمارس وفقا لبنود العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبقية المواثيق الدولية ذات العلاقة المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية وأحكام هذا المرسوم.

يشمل الحق في حرّية التعبير وحرية تداول ونشر وتلقي الأخبار والآراء والأفكار مهما كان نوعها."

- **مجلة البريد**[59]: الفصل 29 مكرر الذي جرم الثّلب والشتم بواسطة مراسلة مكشوفة.

- **مجلة حماية الطّفل**[60]: التي نصت على أن حماية المصلحة الطفل الفضلى تقتضي الحدّ من حرّية التعبير حينما يتعلق الأمر بسمعة أو شرف الطفل أو عائلته (الفصلان 120 و121).

- **مجلة الاتصالات**[61]: تضمّنت جرائم الفصلين 85 و86 المتعلقة بإفشاء محتوى المكالمات أو الإساءة إلى الغير أو إزعاج راحتهم عبر الشبكة العمومية للاتصالات.

- **مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية**[62]: الجرائم المتعلقة بالأسرار العسكرية أو التحقير أو التحريض والتي يمكن أن ترتكب بواسطة وسائل الاعلام والاتصال.

- **قانون مكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015**[63] الذي تضمّن مجموعة من الجرائم في علاقة بحرية التعبير وخاصة الفصول 5، 14، 21، 34، 37، 58 و73.

---

57 - علي قيقة، "هل حرية التعبير بحاجة إلى قانون جديد؟"، اصلاح القضاء الآن، العدد الرابع، الحريات الفردية، ص. 8-7.

58 - المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بالصحافة والطباعة والنشر، الرائد الرسمي للجمهورية التونسي عدد 84 لسنة 2011 المؤرخ في 4 نوفمبر 2011، ص. 2559.

59 - القانون عدد 38 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 المتعلق بإصدار مجلة البريد، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 44 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998، ص. 1203.

60 - القانون عدد 92 لسنة 1995 المؤرخ في9 نوفمبر 1995 المتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 90 لسنة 1995 المؤرخ في 10 نوفمبر 1995، ص. 2205.

61 - القانون عدد 1 لسنة 2001 المرخ في 15 جانفي 2001 المتعلق بإصدار مجلة البريد، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 5 لسنة 2001 المؤرخ في 16 جانفي 2001، ص. 123.

62 - الأمر المؤرخ في 10 جانفي 1957، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 4 لسنة 1957 المؤرخ في 11 جانفي 1957، ص. 50.

63 - القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015، ص. 2163.

أمّا بشأن الحقّ في التّجمع السّلمي، فإنّه يعدّ من الحقوق المكفولة والمحمية وطنيا ودوليا باعتباره حقّا من حقوق الإنسان الأساسية وركيزة أساسية للدولة الديمقراطية. فهو ذلك الذي يمكّن من تحدّي وجهات النظر السائدة في المجتمع ومن تقديم الأفكار والآراء البديلة ومن تعزيز مصالح ووجهات نظر الأقليات والمهمشين وإتاحة الفرصة للأفراد للتّعبير عن وجهات نظرهم وآرائهم **في الأماكن العامّة** بغضّ النّظر عن سلطتهم أو ثروتهم أو وضعهم[64].

والمقصود بالتّجمع في هذا الإطار، هو الوجود الوقتي لعدّة أشخاص في مكان عامّ دفاعا عن قضيّة عامّة مشتركة[65]. وحتّ يكون التّجمع محميا، يجب أن يكون سلميّا. ويكتسب التجمّع هذه الصفة إذا أعرب منظموه عن نواياهم السّلمية وخلت مجريات التجمّع من العنف، حيث يتناقض مصطلح "السلمية" مع السّلوك الذي يمكن أن يزعج أو يسيء للآخرين أو حتى السّلوك الذي يعيق أو يعرقل نشاطهم بشكل مؤقت[66].

يتمتع الحقّ في التجمّع السّلمي بالحماية الدولية، حيث أقرّته العديد من النّصوص العالمية والإقليمية على رأسها الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي جاء في المادة 20 منه بأن "لكل شخص حق في حرّية الاشتراك في الاجتماعات والجمعيات السّلمية". كما أكّدت المادة 21 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على نفس المبدأ، حيث جاء بها أنه "يكون الحق في التجمع السّلمي معترفا به. ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم."

بعد أن كاد يغيب في ظل دستور 1959، جاء الفصل 37 من دستور 2014 ناصّا على أنّ "حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة". ونظرا لأنّ الدّستور يحتل المرتبة الأعلى في هرم القواعد القانونية، فإن جميع النّصوص التشريعية التي صدرت والتي ستصدر، بما في ذلك تلك المتعلقة بالنّظام العام للدّولة وبحماية أمنها الدّاخلي، يجب أن تكون متلائمة مع ما يقرّه وما يحميه الدّستور من حقوق وحرّيات[67].

اعتمادا على ما سبق عرضه، تتحدد نطاق دراسة الفصول المذكورة أعلاه في المحاور التالية: التعرض لمدى نسخ المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المنظم لمهنة الصحافة للفصول 121 م ج، 121 مكرر م ج و121 ثالثا م ج (الجزء الأول)، ثم بيان مدى دستورية الفصول موضوع الدراسة (الجزء الثاني)، ودراسة صور التوارد بينها وبين بين جرائم قانون مكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال لسنة 2015 (الجزء الثالث) لنخلص في الخاتمة إلى عرض التوصيات والحلول المقترحة.

---

64 - مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الانسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون في أوروبا، دليل بشأن مراقبة حرية التجمع السلمي، OSCE/ODIHR، 2013، ص. 7.

65 - مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الانسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون في أوروبا، مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي، OSCE/ODIHR، الطبعة الثانية، 2012، ص. 15.

66 - نفس المرجع.

67 - **TROPER Michel,** " Constitutionnalité des lois et droit matériel in: Mélanges offerts à **Paul AMSELEK**, Bruylant, Bruxelles, 2005, p 753 à 758

الجزء الأول : مدى نسخ[68] الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج

32. أضيف الفصلان 121 مكرر و121 ثالثا صلب المجلة الجزائية بمقتضى القانون الأساسي عدد 42 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ماي 2001 المتعلق بتنقيح مجلة الصحافة[69]. وقد نصّ الفصل الثاني من هذا القانون على ما يلي: "تسحب الفصول 35 و37 و38 و39 و45 و61 و62 من مجلة الصحافة وتدرج تباعا بالمجلة الجنائية تحت الأعداد 315 مكرر و303 مكرر و303 ثالثا و321 مكرر و220 مكرر و121 ثالثا". وقد تمّ تبرير هذه العملية بالطبيعة الزجرية لهذه النصوص بما يجعل مكانها الطبيعي هو المجلة الجزائية لا مجلة الصحافة[70].

في مرحلة لاحقة، تمَّ إصدار المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر[71]الذي نسخ، في فصله 79، أربعة أنواع من النصوص[72]؛ أولا، مجلة الصحافة الصادرة بالقانون عدد 32 لسنة 1975، ثانيا، الفصول 397 و404 و405 من مجلة الشغل، ثالثا، جميع النصوص السابقة المخالفة للمرسوم عدد 115 لسنة 2011، ورابعا، جميع النصوص اللاحقة والمتممة والمنقحة لمجلة الصحافة. فهل ينضوي الفصلان 121 مكرر و121 ثالثا م ج المضافان بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ماي 2001 صلب إحدى صور الإلغاء الواردة بالفصل 79 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011؟

تقتضي الإجابة عن هذا السؤال الرجوع إلى الفصل 542 م إ ع[73]باعتباره السّريعة العامّة المنظّم للنسخ في مختلف فروع القانون، بما في ذلك القانون الجزائي، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار لخصوصية هاته المادة[74].

---

68 - يقصد بنسخ القانون أو إنهاء نفاذ القانون تجريده من قوته الإلزامية وعدم العمل به في المستقبل.

69 - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 4 ماي 2001، ص. 1184.

70 - الأعمال التحضيرية للقانون الأساسي المتعلق بتنقيح مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33 لسنة 2001 مؤرخ في 30 أفريل 2001، ص. 33.

71 - المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 84 لسنة 2011 المؤرخ في 4 نوفمبر 2011، ص. 2559.

72 - على قيقة والبشير المنوبي الفرشيشي ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 339. محمد منوبي الفرشيشي، "النصوص الملغاة من المجلة الجزائية"، في ملتقى "مائوية المجلة الجزائية الماضي والحاضر والمستقبل"، ص. 84.

73 - ينصّ الفصل 542 م ا ع أنّه "لا تنسخ القوانني إلا بقوانني بعدها إلّا إذا نصّت المتأخرة على ذلك نصّا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها".

74 - محمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 70.

تبيّن من خلال هذا الفصل الطبيعة الاستثنائية للنسخ[75]وخضوعه لضوابط دقيقة تحدّد شروطه ونطاقه. فهو ينظّم صورتين للنسخ، النسخ الصريح والنسخ الضمني. ويكون النسخ صريحا إذا ما حدّد القانون الجديد بصفة مباشرة ودقيقة النص المنسوخ[76]، بينما يتحقق النسخ الضمني إذا ما كان التنصيص على النص المنسوخ غير مباشر وذلك إمّا بتعارض النصين أو باستيعاب النص الناسخ للنص المنسوخ.

ما يمكن ملاحظته، بالرجوع الى أحكام الفصل 79 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011، هو استعمال المشرّع لتقنيتي النسخ الصريح والنسخ الضمني في ذات الوقت. فهو يخصّ النسخ الصريح بالصورتين الأولى والثانية المتمثلتين في إلغاء مجلة الصحافة وإلغاء الفصول 397 و404 و405 من مجلة الشغل، بينما يستعمل النسخ الضمني في شأن الصورتين الثالثة والرابعة المتمثّلتين في إلغاء جميع النصوص السابقة المخالفة للمرسوم عدد 115 لسنة 2011 وإلغاء جميع النصوص اللاحقة، المتمّمة والمنقحة لمجلة الصحافة.

وبالرغم من ذلك، فإنّ صياغة الفصل 79 من المرسوم المذكور لاتزال تثير صعوبات تأويلية عديدة[77] أدّت إلى انقسام الآراء الفقهية والفقه قضائية إلى اتجاهين، الأول يتبنّى فكرة إلغاء الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج، والثاني يتمسّك بنفاذهما. ويتطلّب البتّ في هذه المسألة الرّجوع إلى الشروط القانونية التي يقوم عليها الإلغاء والتي تنقسم إلى شروط شكلية (المبحث الأول) وأخرى جوهرية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عدم توفّر الشروط الشكلية للإلغاء

من البديهي أن يكون النص الناسخ لاحقا في الزمن للنص المنسوخ وهو شرط لا يطرح إشكالا بالنسبة لموضوع دراستنا باعتبار أنّ المرسوم عدد 115 لسنة 2011 صدر بعد القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001.

كذلك، وعملا بقاعدة توازي الشكليات، يتطلب الإلغاء اتحاد النصين، الناسخ والمنسوخ، من حيث الطبيعة. فالنص الخاص لا يُنسخ إلا بنص خاص مثله وكذلك لا ينسخ النص العام إلا بنص عام. وبالنظر في المرسوم عدد 115 لسنة 2011 نجد أنّه نصّ خاصّ لتعلّقه بجرائم الصحافة والطباعة والنشر[78]. وهي نفس طبيعة الفصلني 121 مكرر و121 ثالثا م ج، بالرغم من احتلال

75 - يمكن استخلاص ذلك من خلال صيغتي النفي والحصر المعتمدتين بالفصل 542 ماع "لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا مصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها": محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، المرجع السابق، مجمع الأطرش، 2017 تونس، ص. 111.

76 - أحمد بن طالب، "القواعد العامة في فقه قضاء محكمة التعقيب"، في "خمسون عاما من فقه القضاء المدني"، ص. 168. محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، المرجع السابق، ص. 113.

77 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 560-559.

78 - "إن مرسوم الصحافة هو قانون خاص وله اجراءاته خاصة من المستوجب احترامها"، حكم جنائي اعتراضي ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت العدد 1777 بتاريخ 26 نوفمبر 2014، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي وعلي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد 5، ص. 545.

هذين الفصلين موقعا في المجلة الجزائية[79]، وذلك لأنّ كلى الفصلني يُعنى بجرائم الصحافة[80]. وبالتالي فإن اتحاد كل من الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج والمرسوم عدد 115 لسنة 2011 في الطبيعة يجعل من الشرط الثاني للنسخ قائما.

إضافة إلى ذلك، وعملا بنفس قاعدة توازي الصيغ، تستوجب تقنية النسخ أن يصدر النص الناسخ عن نفس السلطة التي صدر عنها النصّ المنسوخ[81]. أي أنّ النص الناسخ يجب أن يكون أعلى درجة أو من نفس درجة النص المنسوخ في هرم القواعد القانونية. غير أن البحث في مدى توفر هذا الشرط بالفصول موضوع الدراسة يفضي إلى قراءتين، قراءة أولية مبدئية وقراءة أخرى تتعلق بالمرسوم عدد 115 لسنة 2011.

يحتل المرسوم درجة أدنى من القوانين العادية وأعلى من الأوامر الترتيبية. وعليه، فإنّ" تطبيق مبدأ التسلسل الهرمي في القواعد القانونية وعلوية بعضها على بعض يقتضي ألاّ يتضمّن المرسوم أحكاما مخالفة للأحكام التي تم إقرارها بمقتضى قانون سابق الوضع على اعتبار أن القانون يظلّ الأعلى درجة والأولى بالتطبيق"[82].

غير أن تحديد القوة القانونية للمرسوم عدد 115 لسنة 2011 يستوجب تنزيله في إطاره التاريخي. فعلى إثر اندلاع الثورة التونسية تمّ تعليق العمل بدستور سنة 1959 وتعويضه بأحكام المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط[83]. وبالنظر لخصوصية تلك الفترة، تأسّس هذا المرسوم على خرق عديد المبادئ التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية، ومن بينها مبدأ الفصل بين السلطات. فقد أحال في فصليه 4 [84] و5 [85] سلطة سنّ

"أحكام المرسوم عدد 115 لسنة 2011 خاصة وتتعلق بجرائم محددة قانونا"، حكم ابتدائي جناحي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت العدد 12 بتاريخ 23 نوفمبر 2012، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي وعلي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد 2، ص. 528.

79 - تنظم المجلة الجزائية أحكاما عامة صلب كتابها الأول وأحكاما خاصة صلب الكتابني الثاني والثالث، البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 549.

80 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 578.

81 - محمد كمال سڤ الدين، قانون مدني، المرجع السابق، ص. 112-111.

82 - استئنافي جناجي صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت العدد 1992 بتاريخ 22 جانفي 2013، منشور في: البشير المنوبي الفرشيشي وعلي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد 1، ص. 525.

83 - الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 20 لسنة 2011 المؤرخ في 25 مارس 2011، ص. 363. توفيق الغناي، "مهام المجلس الوطني التأسيسي"، مجموعة أعمال مهداة إلى فرج القصير، الأطرش، 2016، تونس، ص. 62.

84 - ينص الفصل 4 من القانون المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط "يتم اصدار النصوص ذات الصبغة التشريعية في صبغة مراسيم يختمها رئيس الجمهورية المؤقت، بعد مداولتها في مجلس الوزراء ويسهر على نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية".

85 - ينص الفصل 5 من القانون المؤقت للسلط "تتخذ شكل مراسيم النصوص المتعلقة ب:...النظام الانتخابي والصحافة والاعلام والاتصال والنشر".

القوانين لرئيس الجمهورية بمقتضى مراسيم[86]، قبل أن يتم إلغاؤه بمقتضى القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية[87]. نتيجة لذلك، اكتسبت المراسيم الصادرة في الفترة الممتدة ما بين 24 مارس 2011 و16 ديسمبر 2011 قوة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية دون مصادقة لاحقة عليها. ويندرج المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المتعلق بالصحافة والطباعة والنشر في هذا الإطار مما يكسبه قوة دستورية مماثلة لقوة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

المبحث الثاني: عدم توفّر الشروط الجوهريّة للنسخ

إضافة إلى الشروط الشكلية، يقوم الإلغاء على شروط جوهرية تتّخذ إحدى صورتين، إما الإلغاء الصريح (الفقرة الأولى)، الذي لا يمكن أن يشمل سوى الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج، أو الإلغاء الضمني (الفقرة الثانية)، الذي قد يطال الفصل 121، إضافة إلى الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج. فهل تتوفر إحدى هاتين الصورتين بالنسبة للفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج؟

طبقا لمنطوق الفصل 79 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011، تعتبر القوانين اللاحقة والمنقحة والمتممة لمجلة الصحافة ملغاة، مما يمكن أن يفهم منه إلغاء القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 ومن ثم إلغاء الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج. انطلاقا من هذا الطرح يعتبر المتمسّكون بإلغاء الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج أنّه من غير المنطقي بقاء هذين الفصلين نافذين حال أن الأصل، وهو القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001، قد تم نسخه. فالنسخ في هذه الصورة يجب أن يشمل كافة فصول هذا القانون الأساسي بما في ذلك تلك التي أخرجها من مجلة الصحافة وضمنها صلب المجلة الجزائية[88].

إن هذا التوجه الفقهي، ولئن كان للوهلة الأولى ملفتا للانتباه، إلا أنّه يتعيّن عدم الأخذ به وذلك لوهن الأسس القائم عليها. فهذه القراءة لأحكام الفصل 79 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 حمّلته أكثر مما يستوعب، لأن نسخ الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج طبقا لنسخ مجلة الصحافة، لا تستقيم ذلك أن الفصلين موضوع الدراسة لا ينتميان لمجلة الصحافة وإنما للمجلة الجزائية. زد على ذلك فإن تقنية النسخ الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 79 تعدّ من صور النسخ الصريح التي لا يمكن تحميلها أكثر من المعنى الذي جاءت به مباشرة.

ويتدعم هذا الرد من خلال الموقف الذي كرسه فقه القضاء. فقد اعتبرت المحكمة الابتدائية

---

86 - Rafaà Ben Achour et Sana Ben Achour, « La transition démocratique en Tunisie : Entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire «, Revue française de droit constitutionnel, n. 97, 2012-14, p. 715.

87 - القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 97 لسنة 2011 المؤرخ في 20 و23 ديسمبر 2011، ص. 3111.

88 - سناء الشابي، "جريمة التحريض على العصيان" في: "مائوية المجلة الجزائية" تحت اشراف محمد الناصر الواد ومصطفى بن جعفر، 9 و10 ديسمبر 2013، الجامعة المركزية، تونس، ص. 414.

بتونس أن الخوض في إلغاء الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج يستوجب بداية طرح السؤال التالي: هل يعتبر الفصلان 121 مكرر و121 ثالثا المسحوبان بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 من مجلة الصحافة والمدرجان صلب المجلة الجزائية جزءا من المجلة الجزائية أم من مجلة الصحافة؟ لتقر أن هاته الفصول تنتمي للمجلة الجزائية[89]. كما قضت ذات المحكمة[90] بعدم جواز إلغاء الفصل 121 ثالثا م ج صراحة طبقا لأحكام الفصل 79 من مرسوم سنة 2011.

بناء على ما تقدّم وغيره، تنتفي إمكانية إدراج الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج صلب صورتي الإلغاء الصريح بمقتضى الفصل 79 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011. فهل يمكن إدراج الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج صلب إحدى صورتي الإلغاء الضمني الواردتين بالفصل 79 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011؟

يتطلب النسخ الضمني للأحكام القانونية إما توفر حالة استيعاب الأحكام الناسخة للأحكام المنسوخة، وإما حالة تعارض بينهما، يشترط لتوفرها اتحاد القانونين في الموضوع[91].

ينظم المشرع جرائم التحريض صلب الفصلين 50 و51 [92]من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المتعلق بتنظيم الصحافة والطباعة والنشر[93]. بقراءة تأليفية لهذين الفصلين مع الفصل 121 م

89 - "إن أحكام الفصل 121 فقرة ثالثة من المجلة الجزائية لم تشملها الإلغاء بموجب الفصل 79 من مرسوم 2011 لا صراحة ولا ضمنيا إذ لم تتضمن أحكام الفصل 79 تنصيصا صريحا على إلغاء الفصل 121 ثالثا م ج على غرار إلغاءه الفصول 397 و404 و405 من مجلة الشغل بل تضمنت فحسب إلغاء صريحا لقانون 28 أفريل 1975 المتعلق بمجلة الصحافة وجميع النصوص اللاحقة والمتممة لها والمنقحة له دون غيرها.

وحيث لا جدال في أن المقصود بالنصوص اللاحقة لقانون 1975 موضوع الإلغاء هي تلك النصوص التي لحقت إصداره وصدرت تفسيرا لأحكامه أو اتماما أو تنقيحا لها بإدخال تغييرات عليه سواء على مستوى التجريم أو العقاب المحكوم به وذلك بالحذف أو الحط أو الترفيع فيه خلافا للقانون عدد 43 لسنة 2001 الذي تم بموجبه ادراج الفصل 121 ثالثا صلب المجلة الجزائية أضحى بذلك جزء لا يتجزأ من أحكامها ولا يلغي إلا صراحة أو ضمنيا وذلك بإقرار أحكام مخالفة لأحكامه". قرار جزائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت العدد 3068 بتاريخ 8 مارس 2012، منشور في محمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 88.

90 - حكم ابتدائي جناحي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت العدد 15885 بتاريخ 8 ماي 2012، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي وعلي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد 16، ص. 684-683.

91 - محمد كمال سڤ الدين، قانون مدني، المرجع السابق، ص. 113.

92 - نظما هذان الفصلان سابقا صلب الفصلين 42 و53 من مجلة الصحافة لسنة 1975.

93 - ينصّ الفصل 50 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المتعلق بتنظيم الصحافة والطباعة والنشر على ما يلي:"يعاقب كمشاركين في ارتكاب ما يمكن أن يوصف بجنحة على معنى الفصل 51 ومابعدهم نهذاالمرسوم كل من يحرّض مباشرة شخصا أو عدّة أشخاص على ارتكاب ماذكر ممّا يكون متبوعا بفعل وذلك إما بواسطة الخطب أو الأقوال أو التهديد في الأماكن العمومية وإما بواسطة المطبوعات أو الصور أو المنقوشات أو الرموز أو بأي شكل من الأشكال المكتوبة أو المصورة المعروضة للبيع أو لنظر العموم في الأماكن العمومية أو الاجتماعات العامة وإما بواسطة المعلقات والإعلانات المعروضة لنظر العموم وإما بواسطة أي وسيلة من وسائل الإعلام السمعي والبصري أو الالكتروني. والمحاولة موجبة للعقاب وفقا لمقتضيات الفصل 59 من المجلة الجزائية".

ويضيف الفصل 51 من نفس المرسوم ما يلي:

ج، يمكن أن نتبين غياب أي تنازع بين الجرائم الواردة بالفصلين 50 و51 من المرسوم والفصل 121 م ج. ذلك أن المشرع ينظم صلب المجلة الجزائية جرائم التحريض على العصيان التي تستوجب أن يتسلط فعل الاعتداء ضد موظف عمومي حال مباشرته لوظيفته خلافا للفصلين 50 و51 من المرسوم الذين ينظمان جرائم التحريض على الجنح الواردة بالفصل 50، المتمثلة في جرائم القتل والاعتداء على الحرمة الجسدية للإنسان أو الاغتصاب أو النهب أو جريمة التنويه بالجرائم ضد الإنسانية. **وبالتالي تختلف جرائم الفصول المذكورة بما ينفي إمكانية تعارض أو استيعاب أحدها للأخرى**[94]**، إذ ينظم الفصل 121 م ج جريمة التحريض على العصيان بينما ينظم الفصلان 50 و51 من المرسوم عدد 115 التحريض على ارتكاب جرائم الصحافة.**

أمّا بخصوص الفصل 121 مكرر م والمتعلق بجريمة"بيع أو توزيـع أو نقل مؤلفات محجرة أو نشر أو ترويـج مؤلفات محجرة تحت عنوان آخر"، والذي كان مدرجا صلب الفصل 61 من مجلة الصحافة ثم سحب منها وأدراج صلب المجلة الجزائية بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001، **فلا يوجد تضارب بينه وبين أحكام المرسوم 115 كما أن الجرائم الواردة به لا تستوعب الجرائم المنظمة في المرسوم عدد 115 جريمة الفصل 121 مكرر م ج**[95] **بل هما نصان متكاملان، وبذلك لا يمكن الحديث عن النسخ الضمني للفصل 121 مكرر م ج**[96]**.**

أمّا بخصوص الفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية، الذي يجرّم توزيـع المناشير والنشرات والكتابات الأجنبية المصدر أو غيرها التي من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة وكذلك بيعها وعرضها على العموم ومسكها بنية ترويجها أو بيعها أو عرضها لغرض دعائي، وعلى غرار الفصل 121 مكرر م ج، فإنّه كان مدرجا بالفصل 62 من مجلة الصحافة لسنة 1975 ثم سحب منها وأدرج بالمجلة الجزائية بمقتضى القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2001 مع المحافظة على مضمونه.

وتفضي قراءة أحكام المرسوم عدد 115 لسنة 2011 إلى التساؤل حول علاقة فصله 54 بالفصل 121 ثالثا م ج[97]. فقد جاء الفصل 54 مجرّما "نسخ أخبار زائفة من شأنها النيل من صفو النظام العام". غير أنّ الفصل 54 يحيل على الوسائل الواردة بالفصل 50 من نفس المرسوم والمتمثلة في "أي شكل من الأشكال المكتوبة" في حين أنّ جريمة الفصل 121 ثالثا م ج يتطلب توفرها ارتكابها

"يعاقب بالسجن من عام إلى ثلاثة أعوام وبخطية من ألف إلى خمسة آلاف دينار كل من يحرّض مباشرة بواسطة وسيلة من الوسائل المبيّنة بالفصل 50 من هذا المرسوم على ارتكاب جرائم القتل أو الاعتداء على الحرمة الجسدية للإنسان أو الاغتصاب أو النهب وذلك إذا لم يكن التحريض متبوعا بمفعول دون أن يمنع ذلك من تطبيق الفصل 32 من المجلة الجزائية أما إذا كان التحريض متبوعا بمفعول فيرفع أقصى العقاب إلى خمسة أعوام سجنا.

ويعاقب بنفس العقاب من ينوّه بواسطة نفس الوسائل بالجرائم المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل أو بجرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية أو التعاون مع العدو".

94 - علي قيقة، المرجع السابق، ص. 907.

95 - البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص.347.

96 - البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 348.

97 - محمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 89-88.

بواسطة المناشير أو الكتابات الأجنبية المصدر وغيرها. وبذلك يجتمع كلى الفصلين على نفس وسائل ارتكاب الجريمة مما يمكن أن يحيل إلى تطابقهما.

لكن، على الرغم من وجود بعض أوجه التشابه إلا أن الفصلين 121 ثالثا م ج و54 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 ينظّمان في الحقيقة أفعالا مختلفة. فالفصل 121 ثالثا م ج يجرّم توزيع أو عرض أو بيع المناشير أو الكتابات الأجنبية أو غيرها التي من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة، أما الفصل 54 فينظم جريمة نشر أخبار زائفة لا صحة لها من شأنها تعكير صفو النظام العام عن طريق الوسائل المذكورة بالفصل 50، وبذلك **تختلف الأفعال المادية المجرمة بكلا الفصلين بما ينفي أمكانية تضاربها**. فهل يمكن القول باستيعاب الفصل 54 من المرسوم عدد 115 جزئيا أحكام الفصل 121 ثالثا م ج وذلك بالنظر إلى الصياغة المطلقة للفصل 121 ثالثا م ج؟

يتجه الرأي الغالب في الفقه[98] إلى رفض استيعاب الفصل 54 من المرسوم للفصل 121 ثالثا م ج. وقد أيدت المحكمة الابتدائية بتونس هذا الاتجاه[99] نافية إمكانية إلغاء أحكام الفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية بصفة ضمنية باعتبار وأنه ينظم أفعالا لم يستوعبها المرسوم عدد 115 لسنة 2011. **ولعلّ مرد هذه الصعوبات المطروحة يكمن في سوء صياغة الفصل 121 ثالثا م ج، لذلك يتعين مراجعته تجنبا لسوء التأويل وحسما لهذه الإشكالية[100].**

بناء على ما سبق، يمكن القول **بأن أحكام المجلة الجزائية موضوع الدراسة هي أحكام نافذة.** فالفصل 121 م ج يتعلق بجريمة التحريض على العصيان. بينما ينظم الفصلان 121 مكرر و121 ثالثا جرائم صحافية غير منصوص عليها بالمرسوم عدد 115 لسنة 2011**. وبذلك لا يوجد تصادم بين الأحكام الجزائية للفصول المذكورة وإنما ينظم المشرع بعض الجرائم المتعلقة بالصحافة والطباعة والنشر صلب المرسوم عدد 115 لسنة 2011 وبعضها الآخر بالمجلة الجزائية مما أنتج "ازدواجا[101]" في المصادر الشكلية لجرائم الصحافة.**

---

98 - البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 349، محمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 89-88.

99 - "الإلغاء الضمني الوارد صلب الفصل 79 لم يتسلط إلا على النصوص السابقة والمخالفة للمرسوم 2011 بمعنى أن تلك النصوص التي تضمنت أحكاما مخالفة له فاستوعب أحكامها وألغاها في حين أن جريمة عرض شريط أجنبي على العموم من شأنه تعكير صفو النظام العام والنيل من الأخلاق الحميدة وقد تعرض لها الفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية ولم يأت عليها أو ينظم أحكامها مرسوم 2 نوفمبر 2011 ولا مجال للحديث تبعا لذلك عن الغاءها ضمنيا بموجب المرسوم المذكور. وحيث يتضح والحال تلك أن إرادة المشرع التونسي لم تنصرف إلى الإلغاء الصريح أو الضمني للفصل 121 ثالثا مناط التتبع"، حكم ابتدائي جناحي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت العدد 15885 بتاريخ 3 ماي 2012، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي وعلي قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، التنظيم الجزائي لحرية الصحافة والطباعة والنشر، الملحق عدد 16، ص. 484

100 - انظر في عدم دستورية الفصل 121 ثالثا م ج.

101 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 537.

"لا يوجد تصادم بين الأحكام الجزائية للفصول المذكورة وإنما ينظم المشرع بعض الجرائم المتعلقة بالصحافة والطباعة والنشر صلب المرسوم عدد 511 لسنة 1102 وبعضها الآخر بالمجلة الجزائية مما أنتج "ازدواجا" في المصادر الشكلية لجرائم الصحافة"

إن هذا التوجه، ولئن كان منطقيّا إلا أنّه يصطدم بأحكام المرسوم عدد 115 لسنة 2011 الذي ينصّ في فصله 13 [102]على عدم جواز مسائلة الصحفي على رأي أو أفكار أو معلومات ينشرها طبقا لأعراف وأخلاقيات المهنة إلا إذا ثبت إخلاله بأحكام المرسوم[103]، فلا يجيز بذلك هذا النص مساءلة الصحفي على جرائم الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج وهو ما يستدعي تنقيحها بما يحقق انسجامها.

نخلص من جملة ما تقدم إلى أن الحاجة إلى تدخل المشرع لتجاوز الإشكاليات السالف ذكرها باتت حتمية، وذلك من خلال اتخاذ أحد الخيارين التاليين:

- **يتمثل الخيار الأول في تجميع النصوص الجزائية المنظمة لمجلة الصحافة صلب المجلة الجزائية وإلغاء أحكام المرسوم عدد 115 لسنة 2011[104]. وفي هذه الصورة يجب أن تتبوأ الأحكام المنظمة لمجلة الصحافة موقعا مستقلا عن بقية الجرائم الأخرى[105]. فيمكن تجميع النصوص المنظمة للعصيان وجريمة هضم جانب الموظفين عموميين وجريمة الامتناع عن الانجاد القانوني تحت عنوان "في حماية موظفي السلطة العامة"[106] وتنظيم جرائم الصحافة والطباعة والنشر صلب قسم مستقل من المجلة الجزائية.**
- **أما الخيار الثاني فيتمثّل في إعادة تنظيم الأحكام المتعلقة بجرائم الصحافة والطباعة والنشر صلب قانون أساسي مستقل مع سحب الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج، بما يحقق "التعايش السليم[107]" بين أحكام المجلة الجزائية والنصوص الخاصة، وهو التوجه الذي كان قد سلكه المشرع الفرنسي حين نظم هذه الجرائم صلب الفصلين 23 و24 من قانون 29 جويلية 1881 المتعلق بحرية الصحافة.**

---

102 - الفصل 13 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 "لا يجوز مساءلة أي صحفي على رأي أو أفكار أو معلومات ينشرها طبقا لأعراف وأخلاقيات المهنة كما لا تجوز مساءلته بسبب عمله إلا إذا ثبت إخلاله بالأحكام الواردة بهذا المرسوم".

103 - علي قيقة، المرجع السابق، ص. 907.

104 - فاتن المباركي، "هل نحن بحاجة الى مجلة جزائية جديدة"، "صلاح القضاء الآن، عدد 4، ص. 23.

105 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 582.

106 - **Elisabeth Fortis et Mohamed Salah Ben Ayed**, Article précité, p. 68

107 - البشير المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 550. - **Robert Legros**, « L'influence des lois parti-culières sur le droit pénal général «, R.S.C., 1968, p. 235

الجزء الثاني: مدى دستوريّة[108] الفصول موضوع الدّراسة

نتيجة للعلاقة الوثيقة بين القانون الجزائي وأحكام الدستور، بات من الضروري اليوم مراجعة أحكام المجلة الجزائية[109]، ومن ضمنها الفصول موضوع الدراسة، بهدف ملاءمتها مع أحكام دستور سنة 2014. وهو ما يدفعنا إلى دراسة مدى دستورية الفصول 67، 69، 70، 121، 121 مكرر، 121 ثالثا، 125 و126 م ج في علاقتهم بالفصل 28 من الدستور، أي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (المبحث الأول)، من ناحية، وعلاقتهم بالفصل 49 من الدستور، أي بضوابط تقييد الحقوق والحريات الدستورية (المبحث الثاني)، من ناحية أخرى.

المبحث الأول: مدى احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" (الفصل 28 من الدستور)

يفرض مبدأ شّرعية الجرائم والعقوبات الوارد بالفصل 28 من الدستور أن يقوم المشرع بتحديد الأفعال المجرّمة والعقوبة المترتبة عنها بكل دقة ووضوح، وأن يتجنب العبارات الواسعة وأن يتفادى تقنية التجريم بالإحالة[111] والتجريم المفتوح[112] والتفويض التسثريعي. وفي صورة اختلال هذه الشروط، يكون الحق الدستوري موضوع الحماية، المتمثل في حرية التعبير في صورة الحال، عرضة للانتهاك. انطلاقا من ذلك، يمكن التساؤل حول مدى احترام جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى النظام العام. لذلك سيتم البحث في مدى احترام الفصول 67 م ج (الفقرة الأولى)، 69 م ج (الفقرة الثانية)، 70 م ج (الفقرة الثالثة)، 121 م ج (الفقرة الرابعة)، 121 مكرر م ج (الفقرة الخامسة)، 121 ثالثا م ج (الفقرة السادسة)، 125 و126 م ج (الفقرة السابعة) لضوابط مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

> **"فرض مبدأ شّرعية الجرائم والعقوبات الوارد بالفصل 28 من الدستور أن يقوم المشرع بتحديد الأفعال المجرّمة والعقوبة المترتبة عنها بكل دقة ووضوح، وأن يتجنب العبارات الواسعة وأن يتفادى تقنية التجريم بالإحالة والتجريم المفتوح والتفويض التشريعي."**

---

108 - يقصد بدستورية القانون درجة احترامه للأحكام الدستورية وعدم مخالفته لها.

109 - تجدر الإشارة إلى أنه تمّ، بتاريخ 16 جوان 2014، تعيين لجنة وطنية أوكلت لها مهمة تنقيح المجلة الجزائية.

NajetZOUAOUI BRAHMI, " la réforme du code pénal : ou va-t-on ? ", in : *droit et droiture*, mélange en l'honneur du professeur Mohamed Zine, centre de publication universitaire, 2018, p 311.

110 - يقصد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني.

111 - **Mohamed MAHFOUDH**, « L'incrimination par renvoi «, in : **Ridha Ben Amor, Nabil Rachdi** et **Mohamed Naceur Loued**, précité, p. 91.

112 - ناجي البكوش، المرجع السابق، ص. 62.

الفقرة الأولى: مدى احترام الفصل 67 م ج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

علاوة على حماية حياة رئيس الجمهورية بالفصل 63 م ج وسلامته الجسدية بالفصل 64 م ج، حرص المشرع على حماية كرامة الرئيس، أو من يقوم مقامه، في الفصل 67 م ج[113] الذي يجرّم الاعتداء على رئيس الدولة "بأمر موحش"[114].لا شكّ في أنّ هذا الفصل يطرح صعوبة حقيقية بخصوص تحديد مفهوم "الأمر الموحش"، وبالتالي بشأن ضبط الأفعال التي قد تعدّ إهانة ومسّا من كرامة رئيس الجمهورية[115]. فالمشّرع التونيسى لم يحدّد هذه الأفعال بالفصل 67 م ج وإنما اكتفى بإخراج الجرائم الواردة بالفصلين 42 و48 من مجلة الصّحافة من نطاق هذه الجريمة.

وممّا يزيد من غموض محتوى جريمة "ارتكاب أمر موحش ضد رئيس الدولة"، هو تزاحم النصوص التي تجرّم المساس بالمكوّنات المعنوية لرئيس الجمهورية. فقد نصّت مجلة الصحافة على **جريمة النيل من كرامة رئيس الجمهورية،** إضافة إلى جريمتي الثّلب[116] والشّتم[117]، وهو ما يؤكد أن الاعتداء على رئيس الجمهورية يمكن أن يتخذ أشكالا متعدّدة[118]. وقد تضمّن المرسوم عدد 115 هاتين الجريمتين أيضا ونصّ عليهما صلب الفصلين 55 و57 منه، بحيث يتمثل الثّلب في "ادعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنية من شأنه أن ينال من شرف واعتبار شخص معين بشرط أن يترتّب عن ذلك ضرر شخصي ومباشر للشخص المستهدف[119]". أمّا الشّتم فيتمثل في "كل عبارة تنال من الكرامة أو لفظة احتقار أو سب لا تتضمّن نسبة شيء معين[120]". كما تنظم المجلة الجزائية صلب الفصل 245 جريمة القذف التي تحصل "بكل ادّعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص أو هيئة رسميّة".

يمكن أن نخلص إلى أن عبارة "ارتكاب أمر موحش ضد رئيس الدولة" مبهمة لأنّها تحتمل عدة

---

113 - ينص الفصل 67 م ج على ما يلي "يعاقب بالسجن مدّة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينارا أو بإحدى العقوبتين فقط كل من يرتكب أمرا موحشا ضد رئيس الدولة في غير الصور المبيّنة بالفصلين 42 و48 من مجلة الصحافة".

114 - يقابل عبارة الأمر الموحش في النص الفرنسي ل عبارة "offense" وهي تعني الإهانة والنّيل من الكرامة.

115 - خصوصا وأن مجلة الصحافة كانت تنصّ على جريمة النيل من كرامة رئيس الجمهورية: نصت الفقرة الأولى من الفصل 48 من مجلة الصحافة على أنه: "يعاقب بالسجن من عام إلى خمسة أعوام وبخطية من 1000 إلى 2000 دينار النيل من كرامة رئيس الجمهورية بإحدى الوسائل المبينة بالفصل 42 من هذه المجلة"

116 - نصت الفقرة الأولى من الفصل 50 من مجلة الصحافة على أنه "يعتبر ثلبا كل ادعاء أو نسبة شيء بصورة علنية من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص أو هيئة رسمية."

117 - نصت الفقرة الأولى من الفصل 54 من مجلة الصحافة على أنه: "تعتبر شتما كل عبارة تنال من الكرامة أو لفظة احتقار أو سب لا تتضمن نسبة شيء معين."

118 - البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 235.

119 - المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 02 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، الفصل 55، الفقرة الأولى.

120 - المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 02 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، الفصل 57.

معان[121]، وهو ما يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الأمر الذي يقتضي استعمال مصطلحات دقيقة بوجه يقصى معه كل تردّد في التأويل.

ويجدر، في هذا الخصوص، الاستئناس بالقوانين المقارنة التي لم تستعمل عبارة الأمر الموحش على الرغم من تجريمها لنفس الأفعال. فقد نصّ الفصل 179 من قانون العقوبات المصري على أنّه "يعاقب بالحبس كل من **أهان** رئيس الجمهورية بواسطة إحدى الطرق المتقدم ذكرها." كما ورد في الفصل 179 من مجموعة القانون الجنائي المغربي أنه "يعاقب بالحبس... كل من ارتكب قذفا أو سبّا أو مسّا بالحياة الخاصة لشخص الملك أو لشخص ولي العهد أو أخلّ بواجب التقدير أو الاحترام لشخص الملك".

أمّا المشرع الفرنسي، فقد ألغى سنة 2013جريمة إهانة رئيس الجمهورية التي كان يتضمّنها الفصل 26 من قانون 29 جويلية 1881 المتعلق بحرية الصّحافة، وذلك استجابة لما اعتبرته المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان[122] من أن هذه الجريمة تميل إلى منح رؤساء الدول وضعية أفضل من وضعية بقية الأشخاص وتهدف إلى حمايتهم من النقد بسبب وظيفتهم أو منصبهم دون أيّ اعتبار لمصلحة الناقد. في المقابل، أبقى المشرع الفرنسي على جريمة القذف ضدّ رئيس الجمهورية بالفصل 31 من نفس القانون. ويعرف الفصل 29 من قانون 1881، جريمة القذف بكونها كالإدّعاء أو إسناد فعل يحمل مساسا بكرامة أو اعتبار الشخص الذي وجهت إليه. وبذلك سعى المشرع الفرنسي من خلال تجريم القذف إلى ضمان حماية خاصة لكرامة واعتبار الأفراد

121 - وقد عكس فقه القضاء تناقضا يترجم عن هذا الغموض الذي يشوب عبارة "الاعتداء بأمر موحش". فعلى سبيل المثال، اعتبرتمحكمة أمن الدولة السّابقة، في قرارها الصادر بتاريخ 24 أوت 1974، أنّ عبارة "بورقيبة الاستغلالي الأكبر" و"بورقيبة خائن قضايا التحرير" مكوّنة لجريمة النّيل من رئيس الجمهورية. كما تبنّت محكمة أمن الدولة ذات الموقف في قرارها الصادر بتاريخ 17 أوت 1977 بمناسبة محاكمة أعضاء حركة الوحدة الوطنية الشعبية، حيث تمّ وصف رئيس الدولة ب"العربدة والتحيل" وبأنه "الكابوس الذي ابتلي به الشعب": البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص 237.

في المقابل، وفي القضية التي رفعها الرئيس الباجي قايد السبسي ضد الواعظ الديني الحبيب بوصرصار الذي رفع شعار "السبسي عدوّ الله" و"الموت للسبسي"، عدلت المحكمة عن تطبيق الفصل 67 م ج. كما لم تعتبر تقليد صوت رئيس الجمهورية مكوّنا لجريمة ارتكاب "أمر موحش" في حقه لأنّه يشترط لقيام هذه الجريمة "المساس بكرامة أو هيبة أو شرف رئيس الدولة": الحكم الابتدائي الجناحي عدد 5798 الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 18 مارس 2015:"وحيث أن ما أتاه جملة المتهمين هو تقليد المتهم لصوت رئيس الجمهورية الحالي ومحاولة إقناع رجل الأعمال المدعو... بتسليمه التسجيل الصوتي الذي دار بين زوجة هذا الأخير والصحفي. وحيث أن مجرد تقليد صوت رئيس الجمهورية لا يشكل أمرا موحشا مناط الفصل 67 من المجلة الجزائية. وحيث بالإضافة إلى ذلك، فإن الركن المعنوي ظل غير متوفر في جانب المتهمين باعتبار أن الغاية من تقليد صوت رئيس الجمهورية لم يكن بنية المساس من كرامته أو هيبته أو شرفه وإنما كان بغاية الحصول على تسجيل صوتي من زوجة الشخص المتصل به لا غير"، حكم ابتدائي جناحي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 5798 مؤرخ في 18 مارس 2015، منشور في: البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد 12، ص. 639.

122 - La décision du 25 juin 2002 rendue par la Cour Européenne des droits de l’Homme.

الذين يمثلون الدّولة[123].

وقد طبقت محكمة التعقيب الفرنسية الفصل 31 من قانون 1881 وأقرّت بأن هذه الجريمة تقوم حتى إن حصل القذف بطريقة مستترة أو عن طريق التلميح[124]، بشرط أن يكون ذلك ماسّا بكرامة واعتبار الشخص الموجهة له[125].كما أكّدت المحكمة على ضرورة تحديد الأفعال موضوع هذه الجريمة تحديدا دقيقا بشكل يجعل منها دليل إدانة[126].

بناء على ما تقدم، يمكن القول بأن المشرع التونسي لم يستحدث جريمة إهانة رئيس الدولة. فالقوانين المقارنة توفّر **حماية جزائية خصوصية لكرامة واعتبار رئيس الجمهورية** وذلك بالنظر إلى أن هذا الصنف من الجرائم لا يمسّ شخص الرئيس في ذاته فحسب وإنّما يمسّ السلطة العليا التي يمارسها وهيبة الدولة التي يمثلها. وبذلك، يكون توجّه المشرع التونسي سليما من حيث المبدأ. **غير أنّ اعتماد عبارة غير دقيقة قد يفتح المجال أمام التوسّع في تأويل الفصل 67 م ج وبالتّالي إلى المساس بحرية التّعبير**

الفقرة الثانية: مدى احترام الفصل 69 م ج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

من المتفق عليه أن طريق الجريمة يمر بمراحل أوّلها التفكير الذهني ثم التحضير للجريمة ومن ثم الشروع في التنفيذ لينتهي باستكمال تنفيذ ركنها المادي[127]. ولا تقوم الجريمة، مبدئيا، إلا بإتمام كافة مراحل هذا المسار الإجرامي، فتسمى بالجريمة التامة[128]، أو ببلوغ مرحلة الشروع في تنفيذها، فتسمى بالجريمة الخائبة[129] أو المحاولة. غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بالنسبة للجرائم التي تشكل خطرا كبيرا على أمن واستقرار المجتمع، ووسّع من نطاق التجريم ليشمل العزم على ارتكاب الجريمة[130]، وهو نفس سياق جريمة المؤامرة في الفصل 69 م ج.

يعتبر المشرع بالفصل 69 م ج بأن جريمة المؤامرة تحصل "بمجرد الوفاق والتقارر والعزم على الفعل بين شخصين أو أكثر". وبذلك فهي تقوم بدون اشتراط المرور إلى الأعمال التحضيرية أو إلى الشروع في التنفيذ، إذ يكفي العزم لقيام الجريمة[131]. لكن الإشكال المطروح هنا يتعلق

---

123 - **Agathe LEPAGE,** La délicate application de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 LEGICOM, 2002/3, n°28, p. 61 à 71.

124 - Cassation criminelle, n°16-81.925 du 25 avril 2017.

125 - Cassation criminelle, n°16-80.300 du 28 juin 2017.

126 - **Cassation criminelle, n°16-86.613 rendue le 28 novembre 2017. Emmanuel DREYER,** " infractions relevant du droit de l'information et de la communication ", revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2018/1, n°1, p 101 à 116.

127 - فرج القصير، المرجع السابق، ص. 84-83.

128 - الجريمة التامة هي الجريمة التي نفذت كاملة وتحققت نتيجتها الاجرامية.

129 - الجريمة الخائبة هي الجريمة التي يحاول الجاني ارتكابها دون التمكن من تحقيق نتيجتها الإجرامية. مصطفى بن جعفر، القانون الجزائي التونسي، القسم العام، تونس، 2009، ص. 83.

130 - فرج القصير، المرجع السابق، ص. 149.

131 - الازهر القروي الشابي، "جرائم لا يعاقب عليها"، في "مائوية المجلة الجزائية الماضي والحاضر والمستقبل"،

بكيفية إثبات توفر القصد الجزائي، إذ يكون من الصعب عمليا تأسيس حجة ودليل إدانة ضد مجموعة أشخاص تبادلوا الأفكار، حتى ولو تعلق بأفعال إجرامية، دون أن يتمظهر هذا العزم فعليا إلى الخارج. ويمكن أن يتفاقم الإشكال في صورة ما إذا عدل المتآمرون على ارتكاب الجريمة اختياريا[132]. فعملا بقرينة البراءة تحمّل النيابة العمومية عبء إثبات توجه نية الجاني لارتكاب المؤامرة، خاصة وأن هذه الجريمة هي جريمة قصدية. **وبذلك تفتح الصياغة الحالية للفصل 69 م ج الباب أمام إمكانية مساءلة الأشخاص على مجرد النوايا وهو ما يتعارض مع القواعد التي تقوم عليها المسؤولية الجزائية ومع أحكام الدستور.**

وتجدر الإشارة هنا إلى تباين مواقف القوانين الجزائية المقارنة بخصوص جريمة المؤامرة. فالعديد منها تجرّم المؤامرة وتكتفي في قيامها بحصول الاتفاق والعزم على تنفيذ الجريمة، من ذلك الفصلان 124 و125 من لمجلة الجزائية البلجيكية، والفصل 175من القانون الجنائي المغربي والفصل 59-3 من المجلة الجزائية الكندية. في مقابل ذلك، عملت قوانين مقارنة أخرى على تقديم تعريف أكثر دقة لأركان جريمة المؤامرة، من ذلك ما ورد بالمادة 260 من قانون العقوبات السوري التي عرفت المؤامرة بأنها "كل اتفاق تمّ بين شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية بوسائل معينة". كذلك استغنى القانون الجزائي الفرنسي عن صياغة الفصل 87 من المجلة الجزائية الفرنسية القديمة وعوضه بالفصل 2-412 من المجلة الجزائية الجديدة الذي يعرّف حاليا المؤامرة بأنها "قرار بين مجموعة من الأشخاص من أجل ارتكاب فعل هجومي تجسد واقعيا بفعل أو مجموعة أفعال مادية". فتجاوزت بذلك جريمة المؤامرة في القانون الفرنسي في مجرد التفكير والعزم والاتفاق إلى القيام بأي عمل مادي لارتكاب الجريمة[133]. **وبالتالي، يمكن القول بأن التوجه الذي يتبعه المشرع الفرنسي يعد أكثر تلاؤما مع قواعد القانون الجزائي واحتراما للنص الدستوري وللنصوص الدولية والإقليمية، لذلك من الأنسب النسج على منواله واشتراط تحقق عمل مادي لقيام جريمة المؤامرة. وذلك بهدف تفادي الصياغة الواسعة للفصل 69 م ج التي تؤدي إلى ضبابية نطاق جريمة المؤامرة وإلى خرق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.**

"التوجه الذي يتبعه المشرع الفرنسي يعد أكثر تلاؤما مع قواعد القانون الجزائي واحتراما للنص الدستوري وللنصوص الدولية والإقليمية، لذلك من الأنسب النسج على منواله واشتراط تحقق عمل مادي لقيام جريمة المؤامرة. وذلك بهدف تفادي الصياغة الواسعة للفصل 69 م ج التي تؤدي إلى ضبابية نطاق جريمة المؤامرة وإلى خرق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات."

تحت إشراف لطفي المشيشي، بشير المنوبي الفرشيشي وساسي بن حليمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، الأطرش، تونس، 2016، ص. 315.

132 - محمد محفوظ، المرجع السابق، ص. 140.

133 - رضا خماخم، المرجع السابق، ص. 149.

ترتيبا على ذلك، يمكن الاستعانة بالتعريف الفقهي لجريمة المؤامرة والذي عرّفها فيما يلي[134]:

1-وجود اتّفاق وعزم على الفعل: أي اتّحاد إرادة الفاعلين على الفعل واتّخاذ قرار حاسم يدعمه عزم راسخ على ارتكاب الأفعال المقررة. فلا يكفي أن يجتمع الفاعلون مع بعضهم بعض أو أن يفضي بعضهم إلى بعض بما يضمروه أو أن يتبادلوا الأماني أو أن يعبّروا عن انفعالهم. بل ينبغي أن يوطّدوا العزم على ارتكاب مخطط معيّن وأن يكون قرارهم بهذا الصدد موحّدا لا خلاف فيه.

2-الطابع الجماعي للمؤامرة: حيث يتعيّن أن يكون العزم حاصلا بين شخصين أو أكثر. فيكشف تعدد الفاعلين ارتكابها خطورة هذه الجريمة. إذ أن جوهر المؤامرة هو عنصر الجماعية، فلا يتصور ارتكابها من فردا واحد.

3-محل جريمة المؤامرة: يتمثل محل جريمة المؤامرة في إفصاح الاتفاق المعقود بين شخصين أو أكثر عن الغاية التي يتوخاها المتفقون والهدف الذي يرمون إلى تحقيقه. ذلك الهدف يجب أن يكون واضحا لا لبس فيه ولا غموض وهو ارتكاب جريمة مخلة بأمن الدولة. وفي هذا السياق، يمكن العودة للفصل 68 م ج الذي قرن قيام جريمة المؤامرة ب"ارتكاب أحد الاعتداءات ضد أمن الدولة الداخلي المبيّنة بالفصول 63[135] و64[136] و72[137] من هذه المجلة."

4-تعيين الوسائل التي تؤدي إلى تنفيذ المؤامرة: على نقيض المشرع التونسي بهذا الشرط. إلا أنّ فقه القضاء التونسي أخذ به في إحدى قراراته الصادرة في أوت 1977[138].

نستنتج ممَّا تقدم أن المشرع لم يلتزم بشرط الدقة عند صياغة الفصل 69 م ج مما يترك مجالا واسعا للاجتهادات أو للسلطة التقديرية للقاضي التي يمكن أن تحكمها اعتبارات سياسية أو شخصية أو مصلحية[139]. وتبعا لذلك، فإن الحل قد يتمثّل في التنصيص صراحة على الوسائل التي سيتّم من خلالها تحقيق الفعل على أرض الواقع وهو ما من شأنه أن يساعد على إبراز

---

134 - عماد عبيد، قانون العقوبات الخاص 2، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص. 16.

135 - ينص الفصل 63 من المجلة الجزائية على أنه: "يعاقب بالإعدام مرتكب الاعتداء على حياة رئيس الدولة."

136 - ينص الفصل 64 من المجلة الجزائية على أنه: "يعاقب بالسجن مدة خمسة عشر عاما وبخطية قدرها مائة وعشرون ألف دينار مرتكب كل اعتداء بالضرب على ذات رئيس الدولة."

137 - ينص الفصل 72 من المجلة الجزائية على أنه: "يعاقب بالإعدام مرتكب الاعتداء المقصود منه تبديل هيئة الدولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بعضا بالسلاح وإثارة الهرج والقتل والسلب بالتراب التونسي."

138 - "إن ما تلوح به الخطب السياسية الحماسية من تهديد ووعيد وما يقع التعبير عنه بواسطة الصحافة والمطبوعات والمنشورات التي وإن شكلت في بعض الحالات جرائم منصوص عليها بقانون الصحافة ولا يعتد بها كعنصر من عناصر القوة أو عمل مادي من أعمال القوة أيضا وقد تعتبر من الأعمال التحضيرية التابعة لجريمة التآمر فتكون ظرف تشديد أو عنصر إثبات للمؤامرة والاتفاق لكن دائما مع توفر الشرط الأساسي وهو تحديد الوسائل المعول عليها في التنفيذ من وسائل القوة بدون توفر هذا الشرط الأساسي لا تتكون جريمة المؤامرة"، نورة نويرة، "الجرائم الجماعية ذات الصبغة السياسية"، منتديات تونيزياسات، 16/ 12/ 2013. أطلع عليه بتاريخ 13 /08/ 2019.

139 - ناجي البكوش، المرجع السابق، ص. 63-62.

توفر النية الاجرامية لدى الفاعلين. لكن بالرغم من ذلك يبقى الإشكال قائما بخصوص كيفية إثبات جدية الاتفاق أو العزم الإجرامي بما يمكّن من عدم الخلط بين جريمة المؤامرة والتجمع السلمي المحمي دستوريا.

الفقرة الثالثة: مدى احترام الفصل 70 م ج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

تعتبر حرية الرّأي من بين الأسس الضرورية لتحقيق الديمقراطية. لهذا السبب، يرى الكثيرون أنّه لا يمكن الإقرار بوجود رأي من حق الدولة أن تقمعه[140]. وفي هذا الإطار، كرست الفقرة الأولى من المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية حق الفرد في اعتناق آراء دون مضايقة[141].

خلافا لهذا الموقف، نجد الفصل 70 م ج يجرّم "**إبداء الرأي** لتكوين مؤامرة بقصد ارتكاب أحد الاعتداءات ضدّ أمن الدولة الداخلي المبيّنة بالفصول 63 و64 و72 من هذه المجلة...". بقراءة أولى لهذا الفصل، بمكننا القول بأنّه يعاقب على مجرد إبداء الرأي بدون أي عمل مادي يمكن أن يستشف منه إمكانية المرور إلى مرحلة تنفيذ أحد الاعتداءات المشار إليها، وهو ما يتناقض والأسس التي تقوم عليها المسؤولية الجزائية.

لكن، بالتمعّن في الفصل 70 م ج، يمكن أن نتبين بأن المشرع لا يكتفي بمجرد إبداء الرأي وإنّما يشترط أن يكون الهدف منه تكوين مؤامرة. كما أن المشرع ربط المؤامرة بقصد ارتكاب جريمة اعتداء على حياة رئيس الجمهورية أو سلامته الجسدية أو إحدى الأفعال المحددة بالفصل 72 م ج. وبذلك، فإن المشرع لم يجرّم مجرّد إبداء الرأي بشأن موقف سياسي أو بخصوص آداء الدولة أو السلطة الحاكمة، بل جرّم إبداء الرأي الذي يتضمن موقفا إيجابيا لارتكاب إحدى الاعتداءات على أمن الدولة المنصوص عليها بالفصل 70 م ج. وهكذا يؤول بنا هذا التحليل إلى أنّ موضوع جريمة الفصل 70 م ج هو تبادل الأفكار الذي سيتم في مرحلة التّحضير للجريمة بما يشكل المراحل الأولى للمؤامرة.

وتدعم النسخة الفرنسية من الفصل 70 من المجلة الجزائية هذا التوجه باعتبارها تعكس المعنى الحقيقي الذي أراده المشرع من وضع الجريمة نظرا لكونها تمثّل اللغة الأصليّة التي حرّرت بها المجلة الجزائية. فقد تعرضت الصياغة الفرنسية للفصل 70 المذكور لعبارة "la proposition" التي تفيد "الاقتراح" أو "الدعوة" ولا تعني مجرد "إبداء الرأي".

إضافة إلى سوء الصياغة، يعتمد الفصل 70 م ج تقنية الإحالة لتحديد أركان جريمة إبداء الرأي لتكوين مؤامرة. فهو يشترط لقيامها أن تهدف المؤامرة إلى الاعتداء على حياة رئيس الدولة أو على خرمته الجسدية أو تبديل هيئة الدولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بعضا بالسلاح أو

---

140 - **Charles FRIED**, « liberté d'expression, liberté de pensée, libertés hors du droit ? Deux décisions controversées de la cour suprême des Etats-Unis «, *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* , 2012/3, n°36, p 157 à 164.

141 - التعليق العام رقم 34 على المادة 19 الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، الفقرة 9-10، ص. 3.

إثارة الهرج أو القتل أو السلب. **وبذلك تتجزأ أركان جريمة الفصل 70 م ج بين الفصول 63، 64، 70 و72 م ج ممّا يخل بشرطي دقة ووضوح النص التجريمي ويمس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.**

الفقرة الرابعة: مدى احترام الفصل 79 م ج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

ينظم الفصل 79 م ج صنفين من جرائم التّجمهر. أوّلهما التّجمهر المسلح وثانيهما التّجمهر غير المسلّح. كما يقرن قيام جريمة التجمهر بشرطين أولهما الإخلال بالراحة العامة وثانيهما أن يكون القصد من التجمهر ارتكاب جريمة أو التعرض لتنفيذ القانون أو جبر أو حكم. وقد جاء هذا التجريم في إطار الحرص على أن تمارس الحرّيات وتحترم الحقوق في كنف القوانين والتراتيب الجاري بها العمل باعتبار أن هذه التجمعات لها مساس متين بالأمن. وبذلك، يكون من الواجب ضبطها حتى لا تكون خطرا على استقرار الدولة والأمن العام[142].

لا يطرح تجريم التّجمهر المسلح أي إشكال نظرا لحدّ الخطر الذي يشكله على الأمن الداخلي للدولة وعلى سلامة المواطنين. لكن ما يثير الانتباه في جريمة التجمهر السلمي هو اعتماد المشرع مصطلح "الرّاحة العامة". فبالعودة للفصل 96 من المشروع التّمهيدي للمجلة الجنائية، نتبين استعمال واضعيه لعبارة " la tranquillité publique " والتي تفيد الاستقرار أو الهدوء العام. ثم تمّ تعويض هذه العبارة بمصطلح" la paix publique "، الوارد صلب النسخة الفرنسية من المجلة الجزائية الحالية، والذي يفيد الأمن أو السلام العام.

لم تكن ترجمة هذا المصطلح إلى النسخة العربية بالمجلة الجزائية التونسية دقيقة، حيث تم اعتماد عبارة "الرّاحة العامة" التي لا تعد مصطلحا قانونيا. وهو ما ساهم في طرح العديد من الإشكالات على صعيد الواقع. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اعتمد نفس العبارة في القانون عدد 4 لسنة 1969 الذي أحالت له الفقرة الثانية من الفصل 97[143]. لذلك، **احتراما لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لا بد من تجنب اعتماد العبارات الواسعة والفضفاضة التي تسمح بإدراج عديد الأفعال تحت نفس المصطلح[144] وتؤول إلى تباين في تطبيقه من قبل فقه القضاء الجزائي.**

---

142 - تقرير مشترك بين لجنة الشؤون السياسية ولجنة التشريع العام حول مشروع قانون يتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر، مداولات مجلس الأمة، جلسة يوم الأربعاء 22 جانفي 1969، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الاثنين 19 ماي 1969، العدد 12، السنة العاشرة، ص. 222-220.

143 - ورد في الفصل 13 من القانون عدد 4 لسنة 1969 أنه: "يحجر بالطريق العام أو بالساحات العمومية:

1-كل تجمهر مسلح،

2-كل تجمهر غير مسلح قد ينتج عنه اخلال بالرّاحة العامة."

وفي هذا الإطار، يمكن التعرض إلى العديد من القوانين المقارنة. من ذلك المجلة الجزائية الكندية التي قرنت تعريف التجمع غير المشروع الوارد صلب الفصل 1-63 منها بالإخلال بالسّلم. واعتمدت نفس العبارة أيضا في تعريفها للشغب الحاصل أثناء التّجمهر المنصوص عليه صلب الفصل 64 من نفس المجلة. أما المجلة الجزائية الفرنسية فقد انتهجت طريقا مخالفا من خلال الاستناد إلى مفهوم النّظام العام لتعريف التجمهر غير المشروع.

144 - **PRADEL J.**, *op. cit.*, *p.* 136.

"احتراما لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لا بد من تجنب اعتماد العبارات الواسعة والفضفاضة التي تسمح بإدراج عديد الأفعال تحت نفس المصطلح وتؤول إلى تباين في تطبيقه من قبل فقه القضاء الجزائي."

وفي هذا الإطار، يمكن التعرض إلى القرار التعقيبي الجزائي عدد 400 المؤرخ في غرة سبتمبر 1976[145] الذي قضى بأن "إصرار المتهمين على أن ما قاموا به كان بقصد استنهاض همم المسؤولين في الجهة وحثهم على القيام بواجبهم الإداري لا يدل على نية مبيّتة للاعتداء على أمن الدولة مادامت التهمة مجردة". وبذلك يثير هذا القرار عديد التساؤلات، فإن لم تكن مجمل هذه الأفعال دالة على القصد الجزائي لدى مرتكبيها في المساس بأمن الدولة الداخلي، فعلى أي معيار يمكن مساءلة أشخاص على مجرد تجمع من شأنه "الإخلال بالرّاحة العامة" وتوفر فيه قصد اجرامي على أن فيه مساس بأمن الدولة الداخلي؟

نخلص انطلاقا مما تقدم إلى القول بأنَّ عبارة "الراحة العامة" تجعل نطاق التجريم بالفصل 79 م ج مبهما، الأمر الذي يستدعي تنقيحه.

الفقرة الرابعة: مدى احترام الفصل 121 من المجلة الجزائية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يعاقب الفصل 121 م ج على التحريض على العصيان. إلاّ أن صياغة هذا الفصل تدفع إلى إبداء عدة ملاحظات بعضها يتعلق بالتجريم والآخر بالعقاب.

فبخصوص عنصر التجريم، فالملاحظ أنّ المشرع يستعمل تراكيب لغوية مبهمة تتعارض مع ضابط الدقّة في صياغة النص الجزائي. ويرجع ذلك إلى أنّ الفصل 121 م ج ينظّم جريمتين مختلفتين في ذات الوقت. فهو ينص بفقرته الثانية[146] على جريمة المشاركة في عصيان لم يقع بالفعل، في حين أنّه لا يحدّد الركن المادي لجريمة الفقرة الأولى[147] ويكتفي بالإشارة إليها من خلال تحديد صفة الجاني باعتباره مشاركا في العصيان. كلّ ذلك بدون أن يضبط إن كانت هذه

145 - تفيد وقائع هذا القرار بأن مجموعة أشخاص قاموا بإحداث الهرج والشغب بالحرق والتخريب وعمدوا إلى إضرام النار بسيارة الكاتب العام للجنة التنسيق وكتبوا عبارات معادية للنظام ورئيس الدولة على الجدران وحرقوا بعض الأعلام الوطنية وأضرموا النار بدار الشعب وصنعوا متفجرات وآلة لطبع المناشير. فتح بحث على إثر ذلك من أجل تهمة التآمر ومعاداة النظام. إلا أن محكمة التعقيب ذهبت في اتجاه مخالف وقضت بعدم توفر أركان جريمة التآمر.

146 - "إذا لم يقع العصيان بالفعل فالدايي له يعاقب بالسجن مدة عام".

147 - "يعاقب كمشارك في العصيان الشخص الذي دعى إليه إما بخطب ألقيت بمحلات عمومية أو اجتماعات عمومية أو بمعلقات أو إعلانات أو مطبوعات".

الجريمة مادية[148]، تتطلب وقوع فعل العصيان، أم جريمة شكلية[149]، لا تشترط ذلك. فكيف يتحدد الركن المادي لجريمة الفقرة الأولى من الفصل 121 م ج؟

من خلال قراءة تأليفيّة لفقرتي الفصل 121 م ج يمكن اعتبار الفقرة الأولى من الفصل 121 م ج مكمّلة للثانية. فبما أن الفقرة الثانية تتعلق بفعل المشاركة في عصيان لم يقع، تكون الفقرة الأولى منطقيا متعلقة بجريمة المشاركة في عصيان وقع بالفعل. إلا أنّ هذه الصياغة الضبابية تؤدي إلى غموض نطاق تجريم الفصل 121 م ج وإلى التباين في تأويله وتطبيقه من قبل فقه القضاء[150]. **مما يستدعي تدخل المشرع لإعادة صياغته بما يستجيب لمقتضيات الدستور بصفة عامة ولمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تحديدا.**

أما بالنسبة لعنصر العقوبة، فإنّ الفصل 121 م ج يميّز بين فعل الدعوة إلى عصيان "وقع بالفعل" وبين فعل التحريض على العصيان الغير متبوع بفعل، ويفرد كل صورة بعقاب خاص. فيعاقب، بالفقرة الثانية، مرتكب التحريض على العصيان الغير متبوع بفعل بسنة سجنا، بينما يسكت بالفقرة الأولى عن ضبط عقاب الداعي إلى عصيان متبوع بفعل. فكيف يمكن تحديد العقاب المسلط على مرتكب المشاركة في عصيان وقع بالفعل؟

يستعمل المشرع تقنية الإحالة غير المباشرة بالفقرة الأولى من الفصل 121 من خلال عبارة "يعاقب كمشارك في العصيان". غير أنّ المواقف اختلفت حول تحديد النص القانوني المحال عليه، فهل يقصد به الفصل 116 م ج[151] المنظم لجريمة العصيان، كفعل أصلي، أم الفصل 119 م ج[152] المنظم لجريمة المشاركة في العصيان؟

عملا بأحكام الفصل 33 م ج[153]، يعاقب المشارك بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي ما لم ينص القانون على خلافها. وبالرجوع إلى الفصل 116 م ج المنظم لجريمة العصيان، نجده يسلط عقوبة السجن مدة ستة أشهر وخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا. فهل يمكن القول انطلاقا من

---

148 - الجريمة المادية هي تلك التي يتطلب ركنها المادي تحقق نتيجة إجرامية تتمثل في الإضرار بالمجتمع. **Jean PRADEL**, *op .cit*, p. 365.

149 - الجريمة الشكلية هي الجريمة التي لا تتطلب تحقق نتيجة إجرامية وإنّما يتمّ تجريم مجرّد الخطر الإجرامي. **Jean PRADEL**, *op .cit*, p. 367.

150 - **Mohamed Mahfoudh**, « L'incrimination par renvoi «, in *La réforme du code pénale Tunisien* , (s. dir.) de **Ridha ben Amor, Nabil Rachdi et Mohamed Naceur Loued**, 28-29 novembre 2018, éd. Nirvana, Tunis, p. 95.

151 - "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا كل من يعتدي بالعنف أو يهدد به للتعاصي على موظف عمومي مباشر لوظيفته بالوجه القانوني أو على كل إنسان استنجد به بوجه قانوني لإعانة ذلك الموظف...".

152 - " كل إنسان شارك في عصيان وقع بالسلاح أو بدونه وفي أثناءه اعتدى بالضرب على موظف حال مباشرته لوظيفته بعاقب لمجرد مشاركته بالسجن مدة خمسة أعوام إذا كان ذلك صادرا من أكثر من عشرة أفراد بدون أن يمنع ذلك من العقوبات المقررة بهذا القانون لمرتكب الضرب والجرح...".

153 - الفصل 33 م ج "يعاقب كمشاركين في جريمة في كل الحالات التي لم ينص القانون على خلافها بالعقاب المقرر لها عليها...".

ذلك بأن الفقرة الأولى من الفصل 121 م ج تحيل ضمنيا على الفصل 116 م ج؟

من خلال وضع الفقرة الأولى للفصل 121 م ج في سياقها التشريعي[154]، وعملا بمبدأ تناسب العقوبة الجزائية، يتعين استبعاد هذا الحل لأن الفقرة الثانية من الفصل المذكور تسلط عقوبة سجنية لمدة عام للمشارك في عصيان لم يقع بالفعل، في حين تكون بذلك عقوبة المشاركة في عصيان وقع بالفعل ستة أشهر سجن وخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا، بما يجعل عقوبة المشاركة في عصيان لم يقع أشدّ من تلك المقرّرة للمشاركة في عصيان وقع بالفعل، وبالتالي يتعين استبعاد هذا الحل. فهل يمكن اعتبار الفقرة الأولى من الفصل 121 م ج تحيل ضمنيا على العقوبة الواردة بالفصل 119 م ج؟

يعاقب الفصل 119 م ج "كل إنسان شارك في عصيان وقع بالسلاح أو بدونه وفي أثناءه اعتدى بالضرب على موظف حال مباشرته لوظيفته...بالسجن مدة خمسة أعوام إذا كان العصيان صادرا عن أقل من عشرة أفراد وبالسجن مدة عشرة أعوام إذا كان صادرا من أكثر من عشرة أفراد...". فيكون العقاب الوارد بالفصل 119م ج أشد من العقاب المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 121 م ج، ممّا يحقق تناسب العقوبة وانسجام فقرتي الفصل 121 م ج.

نتيجة لكل ذلك، نخلص إلى أن النصّ المحال عليه ضمنيا صلب الفصل 121 م ج فقرة أولى هو الفصل 119 م ج في جزئه المتعلق بالعقاب، فتتحدد بالتالي عقوبة جريمة الفقرة الأولى من الفصل 121 م ج بخمس سنوات سجن إذا كان التحريض على العصيان واقعا من أقل من عشرة أشخاص وبعشرة سنوات سجن إذا كان صادرا من أكثر من ذلك.

غير أن الفصل 119 م ج المحال عليه تتخلله أخطاء في الصياغة لازمته منذ إصدار المجلة الجنائية[155] وأدّت إلى صعوبة تطبيقه. فهو يسلط عقابا بالسجن لمدة خمسة أعوام على المشارك في عصيان واقع من أقل من عشرة أفراد ويسلّط عقوبة العشر سنوات سجنا على من شارك في عصيان واقع من أكثر من عشرة أفراد. دون أن يشير إلى الصورة التي يرتكب فيها العصيان من قبل عشرة أفراد. فتخرج بذلك هذه الصورة الأخير، عملا بقاعدة التأويل الضيق للنص الجزائي، عن نطاق تجريم هذا الفصل. بناء على ذلك نخلص إلى أننا إذا ما سلمنا بأن الفقرة الأولى من الفصل 121 م ج تحيل بصفة ضمنية على أحكام الفصل 119 م ج تطال بذلك الثغرة الواردة بالفصل 119 م ج ضرورة الفصل 121 م ج، مما يزيد من سوء صياغة هذا الفصل.

تأسيسا على كل ما سبق، يمكن أن نستنتج **أن المشرع يعتمد بالفصل 121 م ج صياغة لا تحترم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهو ما يتأكد من خلال استعمال تقنية الإحالة غير الصريحة سواء في التجريم أو في العقاب[156]. وبالتالي فإنّه ينتج عن تجزئة عناصر جريمة الفصل 121 م ج بين الفصول 121 م ج، 116 م ج، و119 م ج ضرورة الرجوع إلى الفصل 116 م ج لتحديد الأفعال المجرمة، والرجوع للفصل 119 م ج لضبط العقوبة الجزائية المسلطة**

---

154 - علي قيقة، "جرائم التحريض بين المجلة الجزائية والمرسوم عدد 115 لسنة 2011"، ص. 896-895، البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 242.

155 - مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص.

156 - **Mohamed Mahfoudh**, article précité, p. 95

على مرتكب الأفعال الواردة بالفقرة الأولى. وكلّ ذلك يعدّ إخلالا بضابطي الدقة والوضوح في النص الجزائي المترتبين عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

الفقرة الخامسة: مدى احترام الفصل 121 مكرر مج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

ينص الفصل 121 مكرر م ج على خمسة أفعال مجرمة هي كالتالي:

بيع المؤلفات المحجرة، توزيــع المؤلفات المحجرة، نقل المؤلفات المحجرة، نشر المؤلفات المحجرة تحت عنوان آخر وترويــج المؤلفات تحت عنوان آخر. فتتعلق جملة هذه الأفعال بالمؤلفات المحجرة. لذلك لا يمكن ضبط نطاق تجريم هذا الفصل من خلال تحديد هذا المفهوم. فماهي المؤلفات المحجرة؟

يمكن أن تحجر المؤلّفات بمقتضى قوانين صادرة عن السلطة التشريعية، كتحجير الفصل 60 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 للمنشورات المتعلقة بجرائم الاغتصاب أو التحرش الجنسي ضد القصّر والمواد الإباحية للأطفال، وتحجير الفصل 61 من نفس المرسوم نشر الوثائق المتعلقة بالتحقيق قبل تلاوتها بجلسة علنية وكذلك صورة الفصل 9 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2018 المؤرخ في 23 أكتوبر 2018 المتعلق بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الذي يحجر نشر أي وسيلة تحمل أفكارا قائمة على التمييز العنصري والتفوق العنصري أو الكراهية العنصرية. كما يمكن أن تحجّر المؤلفات من قبل السلطة التنفيذية بمقتضى أوامر أو مناشير أو قرارات.

لا تطرح الصورة الأولى أيّ إشكال، باعتبار أن المشرّع يحيل على قوانين عادية أو قوانين أساسية أخرى لتحديد مفهوم "المؤلفات المحجرة"، خلافا للصورة الثانية التي تحجّر فيها المؤلفات من قبل السلطة التنفيذية حيث يسنّ المشرع نصا غامضا ثمّ يفوّض صلاحية تحديد عناصر التجريم للسلطة التنفيذية[157]. وهو أسلوب يتعارض مع مقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، من حيث اشتراط دقة ووضوح النص التجريمي ومن حيث احتكار السلطة التشريعية سلطة سن ذلك النص.

إضافة إلى ذلك، يستعمل المشرع صلب الفصل 121 مكرر م ج عبارة "تحت عنوان آخر" للتمييز بين جرائم بيع وتوزيع ونقل المؤلفات المحجرة، من جهة، وجريمتي نشر وترويج مؤلفات محجرة تحت عنوان آخر، من جهة أخرى، دون أن يحدد موطن الاختلاف بينهما. وبذلك تكون هذه العبارة غير واضحة الدلالة من شأنها أن توسّع نطاق التجريم ليشمل أفعالا لا حصر لها. **وبالتالي يمكن أن نخلص إلى أن الفصل 121 مكرر م ج هو نص غير دستوري لأنّ صياغته لا تستجيب لضوابط صياغة النص التجريمي، مما يستدعي تدخل المشرع لتلافي هذه الثغرات.**

157 - Ibid, p. 93.

الفقرة السادسة: مدى احترام الفصل 121 ثالثا م ج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يستدعي تحديد نطاق التجريم بالفصل 121 ثالثا م ج إبداء الملاحظات التالية:

تعد قائمة الأفعال المجرمة بهذا الفصل مطوّلة جدّا بما أنّها ت تجاوز مجموعها الأربع وعشرون جريمة تتمثّل في:

- تجريم توزيع الكتابات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام.
- توزيع الكتابات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة.
- توزيع المناشير الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام.
- توزيع المناشير الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة.
- توزيع النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام.
- توزيع النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة.
- بيع النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام.
- بيع النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة.
- عرض النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام على العموم.
- عرض النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة على العموم.
- مسك النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام بنية ترويجها.
- مسك النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة بنية ترويجها.
- بيع النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام لغرض دعائي.
- بيع النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة لغرض دعائي.
- عرض النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها تعكير صفو النظام العام لغرض دعائي.
- عرض النشرات الأجنبية المصدر التي من شأنها النيل من الأخلاق الحميدة لغرض دعائي.

بالاطلاع على هذه القائمة، يمكن أن نتبين بأنها، علاوة على طولها، قائمة **غير حصرية** لأنّ المشرع يستعمل، بعد تعداد مجموع الأفعال صلب الفصل 121 ثالثا م ج، عبارة "أو غيرها". نتيجة ذلك، يفقد أسلوب الحصر جدواه بل ويقلبه إلى مجرد ذكر بأن يفتح نطاق التجريم ليشمل عددا لا نهائيا من الأفعال[158]، وهو ما يسمّى بالتجريم "المفتوح" الذي لا يستجيب لضوابط مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. كما أن عبارة "أو غيرها" من شأنها أن تستوعب جرائم الفصل 121 مكرر م ج الذي يجرم توزيع وبيع ونقل المؤلفات المحجرة ونشرها وترويجها تحت عنوان آخر. وبذلك تكون نفس الأفعال مجرّمة بمقتضى الفصل 121 مكرر م ج و121 وبمقتضى ثالثا م ج، وهو ما لا يستقيم، خاصة وأنهما ينصّان على عقوبات جزائية مختلفة[159]. فالفصل

158 - البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 216.

159 - سناء الشابي، المرجع السابق، ص. 429.

121 مكرر م ج يسلّط عقوبة السجن لمدة ستة عشر يوما وخطية يتراوح مقدارها بين ستين دينارا وستمائة دينار، في حين أنّ الفصل 121 ثالثا م ج ينص على عقوبة بالسجن من ستة أشهر إلى خمسة أعوام وخطية من مائة وعشرين دينارا إلى ألف ومائتي دينار، وهي أشد بكثير، **مما يؤكد الصياغة غير الدستورية للفصل 121 ثالثا م ج.**

"يفقد أسلوب الحصر جدواه بل ويقلبه إلى مجرد ذكر بأن يفتح نطاق التجريم ليشمل عددا لا نهائيا من الأفعال، وهو ما يسمّى بالتجريم "المفتوح" الذي لا يستجيب لضوابط مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات."

إضافة إلى كلّ ذلك، لا يشمل نطاق التجريم بالفصل 121 ثالثا م ج توزيع النشرات والكتابات باستعمال الوسائل الالكترونية[160]، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي جرّم هذه الأفعال بداية من سنة 2004 عبر تنقيحه للفصل 23 من القانون المتعلق بحرية التعبير المؤرخ في 29 جويلية 1881. **وبالتالي يكون نطاق التجريم بالفصل 121 ثالثا م ج موسّعا، يستوعب عددا غير محدد من الأفعال المجرمة، وضيقا، لا يطال أفعال توزيع النشرات والكتابات باستعمال الوسائل الالكترونية، في الآن نفسه.**

160 - خلافا للفصل 50 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 الذي يجرم التحريض على ارتكاب جرائم بواسطة خطب أو أقوال أو كتابات معروضة لنظر للعموم أو بواسطة أي وسيلة من وسائل الاعلام السمعي والبصري والالكتروني الواردة بالفصل 51 من نفس المرسوم.

Christiane Féral-Schuhl, « La liberté d'expression sur Internet : un mirage ? «, in: *L'exigence de justice,* Mélanges offerts à Robert Badinter, , éd. Dalloz, 2016, p. 394.

الفقرة السابعة: مدى احترام الفصلين 125 و126 م ج لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

ينظم الفصلان 125 [161] و126 [162] م ج جريمة هضم الجانب في حق موظف عمومي أو شبهه وجريمة هضم الجانب في حق موظف من النظام العدلي. وتعرف الفقرة الأولى من الفصل 82 م ج الموظّف بكونه "كل شخص تعهد إليه صلاحيات السّلطة العمومية أو يعمل لدى مصلحة من مصالح الدولة أو جماعة محلية أو ديوان أو مؤسسة عمومية أو منشأة عمومية أو غيرها من الذوات التي تساهم في تسيير مرفق عمومي." كما عرّف ذات الفصل، في فقرته الثانية، شبه الموظّف العمومي بكونه "كلّ من له صفة المأمور العمومي ومن انتخب لنيابة مصلحة عمومية أو من تعيّنه العدالة للقيام بمأمورية قضائية." ولعلّ من أبلغ تعريفات الموظّف العمومي ما جاء بالقرار عدد 79474 المؤرخ في 05/ 02/ 1998 [163] الذي يتضمن ما يلي: "يؤخذ من صريح الفصل 82 من المجلة الجزائية أن صفة العمومي تنسحب على كل شخص تولّى، ولو مؤقتا، خطة يرتبط القيام بها بمصلحة من النظام العام سواء كان ذلك بأجر أو بدونه".

وتقتضي جريمة هضم الجانب أن توجّه الأفعال المجرمة ضد موظف عمومي محدد، فتعد هذه المواجهة شرطا أساسيا لقيامها[164]. كما تقتضي جريمة الفصل 125 م ج أن "لا لزوم لأن يكون الموظف الواقع هضم جانبه ماسكا للسلطة أو لجزء منها لتكون جريمة هضم الجانب متوافرة الأركان، بل يكفي أن يكون موظفا عموميّا أو مشبّها به[165]". ولا يشترط لقيام الجريمة أن ترتكب

---

161 - ينص الفصل 125 م ج على أنه "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من يهضم جانب موظف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة أو التهديد حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها."

162 - ينص الفصل 126 م ج في فقرته الأولى على أنه: "إذا كان هضم الجانب واقعا بالجلسة لموظف من النظام العدلي فالعقاب يكون بالسجن مدة عامين"

163 - البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 244.

164 - عبد الوهاب مصطفى ورابح لطفي جمعة، مرجع الفقه والقضاء في جرائم الوظيفة العامة والجرائم التي تقع على الموظفين العموميين، عالم الكتب، مصر، 1963، ص. 314.

إلا أن فقه القضاء التونسي اعتبر خلاف ذلك حين وسّع من مفهوم الموظف العمومي ليشمل جميع رجال الأمن والجيش الوطني: تع. ج. 7350 صادر بتاريخ 15/ 12/ 2014: "وحيث وخلافا لما انتهت إليه محكمة الموضوع، فإن استبعادها تطبيق الفصل 125 من القانون الجزائي بدعوى "أنه لا بد أن يكون الموظف المعتدى عليه مباشرا لوظيفته زمن الاعتداء عليه بالقول أو الإشارة أو بمناسبة ممارسة وظيفته وهو ما لم يتحقّق في قضية الحال لاكتساء الكليب على أقوال وأفعال في العموم ولم يخصّ بها موظف بعينه وأثناء ممارسته لوظيفته" في غير طريقه ومتجافيا وما انتجته الأبحاث والواقع، لكون استقراء الواقع يبرز بوضوح أن رجال الأمن والجيش الوطني ومنذ مدة طويلة في حالة مباشرة مستمرة لوظائفهم والقيام بمهامهم بصورة مسترسلة ومتواصلة دون توقف أو انقطاع ولا يزالون إلى حد الساعة رغم ما لقيه هؤلاء من صعوبات وأضرار جسيمة ذهبت بأرواح الكثير منهم وهي كلها وقائع موثقة ومحفوظة ولا يمكن لأي كان انكار حدوثها في حق هؤلاء، وهو الأمر الذي يستوجب نقض ما انتهت إليه في هذا الخصوص لتحريفها للوقائع وتجاهلها منطوق القانون". قرار تعقيبي جزائي عدد 7350 مؤرخ في -15 -12- 2014 منشور في: البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الصفحة 666.

165 - القرار التعقيبي عدد 10872 المؤرخ في 10 /03/ 1976.نزار كرمي، المجلة الجزائية، مجلة حماية الطفل، مثراة بقرارات تعقيبية، الطبعة الأولى، 2018، ص. 99.

أثناء مباشرة الموظف لوظيفته بل يمكن أن تكون بمناسبتها[166]. على عكس جريمة الفصل 126 من المجلة الجزائية التي تقوم كلما ارتكب هضم الجانب في الجلسة على موظف من النّظام العدلي (حكام، كتبة، حجاب)[167].

لكن، ما المقصود ب"هضم الجانب"؟ سعى فقه القضاء الجزائي[168] لتجاوز الغموض التشريعي للفصلين 125 و126 م ج من خلال تأويل عبارة "هضم الجانب" بكونها مرتبطة باحتقار الوظيفة أو المسّ بشرف أو كرامة أو اعتبار الموظف العمومي أو شبهه.

لا تختلف القوانين المقارنة كثيرا عن هذا الاتجاه بالرغم من الاختلاف في صياغة النص التجريمي. ففي المادة 133 من قانون العقوبات المصري يستعمل المشرع مصطلح "الإهانة" التي يعرفها فقه القضاء المصري بكونها "كل قول أو فعل يحكم العرف بأنّ فيه ازدراء وحطّا من الكرامة في أعين الناس وإن لم يشمل قذفا أو سبّا أو افتراء". وبذلك، تشمل هذه العبارة كل ما يوجه ضد الموظف ويكون ماسا بشرفه أو كرامته أو احساسه قذفا أو سبا أو غيرهما. وقد اعتمد المشرّع المغربي أيضا نفس العبارة بالفقرتين الأولى والثانية من الفصل 263 من القانون الجنائي المغربي. وكذلك فعل القانون الفرنسي الذي عدّد أركان وشروط قيام هذه الجريمة بدقّة بالفصل 5-433 من المجلة الجزائية الفرنسية

بالتّمحيص في مجمل هذه القوانين المقارنة، يمكن أن نتبيّن أنّها سعت إلى تدقيق شروط قيام جريمة هضم الجانب أو الإهانة استجابة إلى ما جاءت به النصوص الدولية المنظمة لحرية الرأي والتعبير والقيود المسلطة عليهما.

نخلص مما سبق إلى أن عبارة "هضم الجانب" تعد مفهوما غامضا يتعارض ومقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، يستوجب تعديله بهدف تحديد نطاق هذه الجريمة عبر تبني التعريف التالي: " كل قول أو إشارة يؤخذ من ظاهرها الاحتقار والاستخفاف بالموظف الموجّهة إليه أو تحتوي على مساس بشرفه واعتباره[169] حتى وإن لم يشمل هذا الفعل قذفا أو سبّا أو افتراء[170]".

166 - أحمد محمود خليل، جرائم أمن الدولة العليا معلقا عليها بأحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص. 470.

167 - رضا خماخم، المرجع السابق، ص. 196.

168 - تع ج. عدد 6079 المؤرخ في 16 أكتوبر1968: "من الأركان القانونية التي تقوم عليها جريمة الاعتداء بالقول على موظف حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة القيام بها أن يكون المجرم قاصدا احتقار الوظيفة والمس بكرامة أو بشرف أو باعتبار الموظف"، منشور في: رضا خماخم، المرجع السابق، ص. 195.

169 - عبد الوهاب مصطفى ورابح لطفي جمعة، المرجع السابق، ص. 306.

170 - طعن رقم 1116، جلسة 22/ 02/ 1933. مذكور لدى أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص. 469.

عبارة "هضم الجانب" تعد مفهوما غامضا يتعارض ومقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، يستوجب تعديله بهدف تحديد نطاق هذه الجريمة عبر تبني التعريف التالي: "كل قول أو إشارة يؤخذ من ظاهرها الاحتقار والاستخفاف بالموظف الموجّهة إليه أو تحتوي على مساس بشرفه واعتباره حتى وإن لم يشمل هذا الفعل قذفا أو سبّا أو افتراء".

المبحث الثاني: ضوابط تقييد الحقوق والحريات الدستورية: الفصل 49 من الدستور

في مستهل الباب 2 المتعلق بالحقوق والحريات جاء بالفصل 21 من الدستور أنّ الدولة تضمن للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة. مباشرة بعد ذلك، عمد المشرع الدستوري إلى تعداد هذه الحقوق والحريات بالفصول من 22 إلى 48، وقد ضمّنها حرية التعبير وحق التجمع السلمي بالفصلين 31[171] 37[172] ليخلص إلى ضبط نطاق هذه الحقوق بالفصل 49[173].

ينصّ الفصل 49 من الدستور على ما يلي: " يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك". وتترسخ هذه الحماية من خلال التأكيد على أنه "لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور".

وقد تمّ اعتماد نفس هذا التدرج صلب عديد المعاهدات الدولية ومن ضمنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسية الذي كرّس في الفقرة الثانية من المادة 19 حرية التعبير وحدد نطاقها صلب الفقرة الثالثة من نفس الفصل. كما نظّم العهد حق التجمع السلمي بالمادة 21 مؤكدا على أنه "لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا

---

171 - ينص الفصل 31 من الدستور "حرية الرأي والتعبير والإعلام والنشر مضمونة".

172 - ينص الفصل 37 من الدستور "حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة".

173 - تنقسم النظم الدستورية بخصوص تنظيم حدود حرية التعبير الى نظامين اثنين: يكتفي النظام الأول بالتنصيص على محدودية مبدأ حرية التعبير ويحيل إلى القوانين الداخلية مهمة ضبط هذه الاستثناءات، وهو النظام المعتمد بالدستور التونسي. ويرد ذلك لسببن، أن الدستور ينظم بتنظيم الأحكام العامة ولا يعنى بالجزئيات وأنه يقتصر على ضمان الحقوق والحريات العامة. أما النظام الثاني فيضبط حدود حرية التعبير بدقة صلب الدستور. محمد الزين، "مسألة التوازن بين الحرية والسلطة في الدستور التونسي"، في "ثلاثينية المجلة القانونية التونسية 1953-1983"، المجلة القانونية التونسية، 1983، ص. 19.

Thomas HOCHMANN, « Qu'est-ce qu'un délit d'opinion ? «, Les Cahiers de Droit, V. 53, N. 4, Décembre 2012, *p*. 803.

للقانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

وقد أكّد التعليق العام رقم 34[174] على المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على "أن ممارسة الحق في حرية التعبير تستتبع واجبات ومسؤوليات خاصة. ولهذا السبب، يسمح بتقييدها في صورتين، إما بمقتضى احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، أو بمقتضى حماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة". كما أكد على أن الفقرة الثالثة من الفصل 19 لا " تجيز فرض قيود إلا إذا كانت تخضع لهذه الشروط: فيجب أن تكون "محددة بنص القانون" وألا تُفرَض إلا لأحد الأسباب الواردة في الفقرتين (أ) و(ب) من الفقرة 3؛ وأن تكون متلائمة مع اختبارات صارمة تتعلق بالضرورة والتناسب. ولا يجوز فرض قيود على أسس غير الأسس المحددة في الفقرة 3، حتى وإن كانت هذه الأسس تبرّر فرض القيود على حقوق أخرى تخضع لحماية العهد. ولا يجوز تطبيق القيود إلا للأغراض التي وضعت من أجلها كما يجب أن تتعلق مباشرة بالغرض المحدد الذي تأسست عليه[175]". وفي هذا الإطار، صدرت مبادئ سيراكوزا المتعلقة بالمواد التي تضمنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[176]ثم مبادئ جوهانسبرج المتعلقة بحرية التعبير والأمن القومي والوصول إلى المعلومات[177] التي تبيح وتنظم ضوابط تسليط قيود على حقوق الأفراد وحرياتهم.

أمّا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد نصّ على حرية التعبير صلب المادة 19 وحق التجمع السلمي بالمادة 20 وضبط نطاقهما بالمادة 29، حيث أخضعهما لقيود "يقررها القانون فقط، لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي".

كما اعتمدت كالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نفس التدرج، من المبدأ إلى الاستثناء. فنظمت حرية التعبير صلب الفقرة الأولى من المادة العاشرة وأخضعتهما لعدة قيود بالفقرة الثانية[178].

---

174 - التعليق العام رقم 34 على المادة 19 الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، الفقرة 21، ص. 7.

175 - التعليق العام رقم 34 على المادة 19 الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، الفقرة 22، ص. 8.

176 - Siracusa principles on the limitation and derogation of provisions in the international covenant on civil and political rights.
تم اعتمادها في 28 سبتمبر 1984.

177 - The Johannesburg principles on national security, freedom of expression and access to information, freedom of expression and access to information.
تم اعتمادها في غرة أكتوبر 1995.

178 - "لبعض المعاملات أو الشروط أو القيود أو العقوبات المنصوص عليها في القانون، والتيتش كالتدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي، للأمن الوطني أو سلامة الأراضي أو السلامة العامة أو حماية النظام و منع الجريمة، أو لحماية الصحة أو الأخلاق، أو لحماية سمعة الغير أو حقوقه، أو لمنع الكشف عن معلومات سرية، أو لضمان سلطة القضاء و نزاهته".

كذلك ضمنت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الانسان "سان جوزيه" المؤرخة في 22 نوفمبر 1969 صلب المادة 13 [179] حرية التعبير.

باتباع التمشي نفسه، استندت محكمة التعقيب التونسية[180] لجملة هذه الأحكام، الدولية والداخلية، لتقر بأنه "لا يمكن التقييد من حرية التعبير إلا بمقتضى نص تشريعي وشرط أن تكون الغاية من تحقيقه مصلحة مشروعة تتمثل في احترام حقوق وكرامة الآخرين أو حفظ النظام العام وحماية الدفاع والأمن الوطني". وهو نفس الاتجاه الذي اتبعه فقه القضاء المقارن، كالمحكمة الأمريكية العليا التي اعتبرت أن حرية التعبير لا تعطي لصاحبها حقا مطلقا "في جميع الأزمنة وفي جميع الظروف"[181].

استجابة لهذه المتطلبات، تلتزم الدولة التونسية في الفصل 49 من الدستور بضبط قيود الحقوق والحريات الدستورية بهدف حماية بعض المصالح (الفقرة الأولى) وفق ما يتلاءم مع أحكام الدستور والاتفاقيات الدولية الواردة أعلاه، فتكون هذه القيود مشروطة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المصالح المراد حمايتها

تضبط حرية التعبير بقيدين: إما بمقتضيات النظام العام (أ) أو حقوق الآخرين (ب) فيكون في الصورة الأولى الحفاظ على النظام العام للدولة حدّا للحقوق والحريات الدستورية بينما تكون حماية الحقوق والحريات الفردية للآخرين، في الصورة الثانية، حدا لها.

---

179 - لكل انسان الحق في حرية الفكر والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في البحث عن مختلف أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، دونما اعتبار للحدود، سواء شفاها أو كتابة أو طباعة أو في قالب فني أو بأية وسيلة يختارها.
ولا يجوز أن تخضع ممارسة الحق المنصوص عليه في الفقرة السابقة لرقابة مسبقة، بل يمكن أن تكون موضوعا لفرض مسؤوليته لاحقة يحددها القانون صراحة وتكون ضرورية من أجل ضمان
أ-احترام الاخرين وسمعتهم
ب-حماية الامن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق العامة.
لا يجوز تقييد حق التعبير بأساليب أو وسائل غير مباشرة، كالتعسف في استعمال الاشراف الحكومي أو غير الرسمي على ورق الصحف، أو تردد موجات الارسال الاذاعية أو التلفزيونية، أو الآلات أو الأجهزة المستعملة في نشر المعلومات، أو بأية وسيلة أخرى من شأنها أن تعرقل نقل الأفكار والآراء وتداولها وانتشارها.
على الرغم من أحكام الفقرة 2 السابقة، يمكن إخضاع وسائل التسلية العامة لرقابة مسبقة ينص عليها القانون، ولكن لغاية وحيدة هي تنظيم الحصول عليها من أجل الحماية الأخلاقية للأطفال والمراهقين.
وأن أية دعاية للحرب أو أية دعوة الى الكراهية القومية أو الدينية، واللذين يشكلان تحريضا على العنف المخالف للقانون، أو أي عمل غير قانوني آخر أو مشابهة ضد أي شخص أو مجموعة أشخاص، مهما كان سببه، بما في ذلك سبب العرق أو اللون أو الدين أو اللغة أو الأصل القومي، تعتبر جرائم يعاقب عليها القانون".

180 - القرار التعقيبي الجزائي عدد 7350 المؤرخ في 15ديسمبر 2014، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي، على قيقة ومحمد منوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد، ص.

181 - **L'affaire CHPLINSKY, 1942.DEYSINE Anne,** « liberté d'expression et poursuite pénales aux Etats-Unis ", les archives de politique criminelle, 2018/1, n°40, p 189-209.

أ- تقييد الحقوق والحريات الدستورية بهدف الحفاظ على النظام العام

من خلال قراءة تأليفية للنصوص الواردة أعلاه يستشفّ أن الأصل هو حرية التعبير وحق التجمع السلمي، باعتبارهما حقان دستوريان، أما الاستثناء فهو التقييد من هذه الحقوق لمساسها بإحدى المصالح التي يحميها القانون الجزائي. ويمكن القول بأنّ تجريم المشرع ارتكاب أمر موحش ضد رئيس الدولة، ولإبداء الرأي لتكوين مؤامرة، وللتجمهر، وللتحريض على العصيان ولهضم جانب موظف عمومي، هي قيود يبررها الحفاظ على النظام العام. غير أن الإشكال يكمن أساسا في تحديد مفهوم النظام العام.

تتعدد استعمالات مصطلح النظام العام بالقانون الجزائي دون أن يحدد المشرع معناه. ويطرح تحديد هذا المفهوم في الفقه وفقه القضاء صعوبة حقيقية، ذلك أنه يشمل مجالات متعددة كالأمن الداخلي والخارجي للدولة[182] والمصلحة العامة والأمن الغذائي والصحة العامة[183]والأمن الاقتصادي. فيمكن عمليا ضبط بعض الأفعال التي تجسد انتهاكا للنظام العام للدولة لكنها لا يمكن أن تكون قائمة حصرية وحتمية[184]، إذ يصعب حصر هذا المفهوم في معاني محددة، ويرد ذلك إلى اختلافه طبقا للأطر الاجتماعية والسياسية والتاريخية للدول والمجتمعات[185]، وخاصة للسياسة الجزائية المتبعة من قبل المشرع[186]. لذلك لا يمكن الاتفاق على معنى موحد له ينطبق على جميع الدول وفي كل الفترات التاريخية[187]. وما يدعم هذا التوجه هو أن هذه المفاهيم جاءت

---

182 - **Mohamed MAHFOUDH**, Cours de droit pénal, éd. P.U.F., Tunis, p. 307.
ورد في الجزء السادس من مبادئ سيراكوزا الخاصة بنصوص التقييد للأحكام الواردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أنه "لا يجوز التذرّع بالأمن القومي لتبرير التدابير التي تحد من حقوق معينة إلا إذا تم اتخاذها لحماية وجود الأمة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي من خطر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها". أما بالنسبة للنظام العام، فقد عرفه المبدأ الثاني والعشرون من مبادئ سيراكوزا بكونه "مجموع القواعد التي تضمن سير أمور المجتمع أو مجموعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع". كما أكّد نفس المبدأ على أنّ "احترام حقوق الانسان جزء من النظام العام".

183 - **Abdelfattah AMOR**, « considérations sur le paragraphe 3 de l'article 19 du pacte international relatif aux droit civils et politiques «, Mélanges offerts à Kalthoum Miziou, éd. P.U.F., Tunis, 2013, p. 8.

Liberté et ordre public ", 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Ereven " du 2 au 5 octobre 2003 : " les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle ", p 3.

184 - **Abdelfattah AMOR**, *op. cit.*, p. 8.

185 - **Abdelfattah AMOR**, *op. cit.*, p. 8.

186 - **Mohamed MAHFOUDH**, *op. cit.*, p. 304.

187 - محمد الزين، المرجع السابق، ص. 20.

عرفت المحكمة الابتدائية بتونس في قرار جناحي عدد 15885 صادر بتاريخ 3 ماي 2012 النظام العام بكونه

عامة بالمعاهدات الدولية تحيل مهمة تحديدها للقوانين الداخلية للدول[188]. وبالتالي فإن محاولة حصر مفهوم النظام العام في سياقات محددة يعد من باب "المغامرة"[189]. في نفس الوقت، تكمن خطورة هذه المفاهيم في إمكانية تغليبها وإزاحة جميع الحقوق والحريات في صورة وجود ظروف استثنائية[190] تقتضي ذلك، من خلال إعلان حالة الطوارئ مثلا[191].

من بين الفصول التي تشكل قيدا على الحقوق والحريات الدستورية نجد الفصل 79 م ج المتعلق بجريمة التجمهر، حيث يعاقب "كل من كان ضمن جمع من شأنه الإخلال بالراحة العامة". فلئن كانت حريتا التعبير والاجتماع السلمي مضمونتان بالدستور فإن الإفراط فيهما يمكن أن يؤدي إلى الاخلال بالراحة العامة كتعطيل حركة المرور وتعطيل الحركة الاقتصادية، بما يشرع الحد منها[192].كذلك يجرم الفصل 79 م ج التجمهر الذي يكون "القصد منه ارتكاب جريمة أو التعرض لتنفيذ قانون أو حجز أو حكم"، إذ تكفل الدولة الحفاظ على الأمن العام من خلال الاستئثار بسلطة تنفيذ القانون[193]. وكذلك الفصل 121 ثالثا م ج الذي يجرم "توزيع المناشير والنشرات والكتابات الأجنبية المصدر أو غيرها" التي من شأنها المساس بالنظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة. وقد طبقت محكمة التعقيب[194] هذا الفصل معتبرة الاعتداء على رجال الأمن

"مجموعة المبادئ الأساسية في التنظيم الاجتماعي أو مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تكون المعتقد العام الذي يقوم عليه مجتمع معين في وقت معين وبتعبير آخر هو مجموعة القواعد القانونية الملزمة للمجتمع والتي لا يجوز مخالفتها"، منشور في البشير المنوبيالفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد، ص.

188 - **Thomas HOCHMANN,***op. cit.*, p. 810 - 188.

189 - **Abdelfattah AMOR**, *op. cit.*, p. 9 - 189.

190 - محمد الزين، المرجع السابق، ص. 20.

191 - ينظم الأمر عدد 43 لسنة 1978 حالة الطوارئ وينص على أحكام خاصة تجيز قمع الحقوق والحريات.

192 - **Rierette PONCELA,**» La pénalisation des comportements dans l'espace public ", in archives de politique criminelle, 2010/1, n 32, p. 5-21.

193 - ينص الفصل 12 من الدستور على أن "الأمن الوطني أمن جمهوري قواته مكلفة بحفظ الأمن العام وحماية الأفراد والمؤسسات والممتلكات وانفاذ القانون في كنف احترام الحريات وفي إطار الحياد التام".

194 - تع ج عدد 7350 المؤرخ في 15 ديسمبر 2014 "وحيث خلافا لما انتهت إليه محكمة الموضوع فإن استقراء فحوى ذلك العمل تحت عنوان "البوليسية كلاب" يبرز تجافيه ومبادئ دستور البلاد التي تضمن حرية الإبداع الفني وأن الدولة تشجع الابداع الثقافي وتدعم الثقافة الوطنية في تفوقها وتجددها وتأصلها بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والكراهية والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات وتحمي الدولة الموروث الثقافي وتضمن حق الأجيال القادمة فيه وهي تعمل على تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية وانتماءها الوطني وعلى ترسيخ اللغة العربية ودعمها ونشر ثقافة حقوق الانسان. ولذلك فان ما انتهت إليه في حكمها المنتقد من كون " اقتصار الفعل المجرم على كلمات نسبها المتهم لأعوان الأمن بصفة عامة يعبر فيها عن موقفه بكلمات بذيئة وإشارات مخلة بالحياء" استخلصت لذلك انتفاء أركان جريمة التآمر والتعدي على الموظفين بالعنف غير مسبوق بعمل استعدادي والمشاركة في العصيان فإن هذه النتيجة تتجافى وما أنتجته الأبحاث منطوق ذلك العمل المشين، فالخطاب يدعو إلى مناهضة رجال الأمن".

الوطني من خلال أقوال منشورة بفيديو على الانترنت يتجافى ومبدأ حرية الإبداع الفني ويشكل انتهاكا للنظام العام للدولة ويكون، بذلك، جريمة التحريض على العصيان. كما اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس[195] الذي قضت فيه بأن عرض شريط أجنبي على العموم يجسد الذات الالاهية، فيه مساس بالنظام العام للدولة.

كما يشكل الاعتداء على الموظفين العموميين وأشباههم بالقول أو بالإشارة أو التهديد مسا بالأمن وبالنظام العام للدولة، ذلك أنّ أيّ اعتداء لفظي موجّه إلى موظّفي الدولة لا يستهدف شخصهم بقدر ما يستهدف السّلطة أو الوظيفة التي يمارسونها[196] خاصة إن كانت هذه السّلطة ذات طابع أمني أو قضائي. لذلك يجرم المشرع هذه الأفعال بالفصلين 125 و126 م ج. لأنّ في حماية الموظفين من جميع أشكال الاعتداء اللفظي والمعنوي الموجه لهم حماية للوظيفة التي يمارسونها وبالتالي حماية النظام العام للدولة.

ب- تقييد الحقوق والحريات الدستورية بهدف حماية حقوق الآخرين

من المعروف أن حدود حرّية الفرد تنتهي حين تبدأ حرّية غيره، لذلك فإنّ الإضرار بالغير يمثل حدا لممارسة الحق أو الحرية[197]، وهو ما أكّد عليه الفصل 49 من الدستور من خلال اعتماد عبارة "حماية حقوق الغير". ولعلّه من المفيد التذكير أنّ حقوق الغير تعد طبقا للتعليق العام رقم 34 على المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية "أول الأسباب المشروعة لفرض القيود الواردة في الفقرة الثالثة". ويشمل مفهوم "الحقوق"، حقوق الإنسان على النحو المعترف به في العهد، وفي القانون الدولي لحقوق الإنسان بصفة عامة. أما عبارة "الآخرين" فتشمل جميع الأشخاص الذين يتصرفون بصفة فردية أو جماعية[198]".

من بين حقوق التي يمكن أن تشكّل قيدا على حرية التعبير نجد الحق في الكرامة البشرية التي وقع إقرارها صلب الفصل 23 من الدّستور الذي جاء به أنه "تحمي الدولة كرامة الذات البشرية". ويتكامل الحق في احترام كرامة الغير مع ضرورة حماية الحياة الخاصة للفرد، باعتباره حقا دستوريا[199] ومعترفا به على المستوى الدولي تم التنصيص عليه بالمادة 12 من الإعلان العالمي

---

195 - جناحي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 15885 بتاريخ 3 ماي 2012 "لا جدال في أن عرض شريط بما تخلله من مشاهد تتضمن تجسيدا للذات الالاهية وألفاظ نابية آل إلى تعكير صفو النظام العام القائم على قواعد أساسية ومخزون ثقافي واجتماعي وعقائدي أصبغت عليه صفة الالزام مما جعل من الركن المادي لجريمة الفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية قائما بثبوت واقعة عرض الشريط الأجنبي على العموم من خلال قناة تلفزية كثبوت الاثار الناجمة عن واقعة العرض والمتمثلة أساسا في تعكيرها لصفو النظام العام ومسها من الأخلاق الحميدة".

196 - **Yves MAYAUD,** " infractions contre les personnes ", revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2016/1, n°1, p 63 à 74.**FONTIER Rémy,** " à propos de l'outrage et, plus généralement, de la protection des fonctionnaires ", journal du droit des jeunes, 2002/9, n°219, page 12 à 17.

197 - **Denis RAMIND ,** *op. cit., p*. 5 à 11.

198 - التعليق العام رقم 34 على المادة 19 الصادر عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، الفقرة 28، ص. 10

199 - ينص الفصل 24 من الدستور على أنه: "تحمي الدولة الحياة الخاصة".

لحقوق الإنسان[200]، والمادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[201] إضافة إلى العديد من النصوص الإقليمية[202].

على غرار النظام العام، يصعب رصد تعريف محدد لمفهوم "الأخلاق الحميدة" وذلك لاختلاف محتواه باختلاف ثقافة كل مجتمع[203]، وهو ما أقرته لجنة حقوق الانسان في رأي أبدته في إطار قراءة الفصل 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية مؤكدة على ضرورة ضبط حدود حرية التعبير المرتبطة بالأخلاق دون التقيد بخصوصيات ثقافة محددة[204].

"على غرار النظام العام، يصعب رصد تعريف محدد لمفهوم "الأخلاق الحميدة" وذلك لاختلاف محتواه باختلاف ثقافة كل مجتمع."

200 - تنص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة".

201 - تنص المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لا يجوز تعريض أي شخص لتدخل في خصوصياته".

202 - تنص المادة 21 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على أنه "لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني للتدخل في خصوصياته".

203 - **Abdelfattah Amor**, *op. cit., p*. 9.**Stéphane Bernatches**, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal «, Les cahiers de droit, V. 53, N, 4, décembre 2012, *p*. 706.

204 - Observation n 22 du comité des droits de l'homme, **Abdelfattah Amor**, *op. cit., p*. 12.

وقد عرفت المحكمة الابتدائية[205] الأخلاق الحميدة بكونها "مشاعر الشرف ومبادئ الاحتشام والذوق العام الداخل بوجدان المجتمع، أي مجموعة القواعد والأحكام المتعلقة بالأخلاق، والقاسم المشترك بين المفهومان (أي مفهوم النظام العام والأخلاق الحميدة) كونهما مطاطين ويختلفان من مجتمع إلى آخر باختلاف المقاييس في كل منهما، كما يختلفان في المجتمع الواحد باختلاف الزمان وحتى المكان، وباختلاف مراحل تفكيره...". وعلى هذا الأساس، يقوم فقه القضاء بمعاقبة التّجاهر بالإفطار في رمضان أو تبادل القبل في الشارع...

إن اعتماد عبارات واسعة من قبيل "الأخلاق الحميدة" من شأنه أن يفتح المجال للتأويل في اتجاهات مختلفة يتّسع معها نطاق النص التجريمي[206]، ذلك أنّ "طابعها المطاطي يسمح بإقامة أنواع وصيغ مختلفة للتوازن بين الحرية والسلطة كما أنه يسمح تحت غشاء التوازن بالشطط على حساب الحرية والسلطة"[207].

إلاّ أن شقا آخر من الفقه يرى أنّه يمكن للمشرع استعمال مصطلحات واسعة بالنصوص الجزائية، كعبارة النظام العام والأخلاق الحميدة التي تحقّق "مرونة"[208] و"نجاعة"[209] الأحكام الجزائية بحيث تسمح بتولي القاضي الجزائي ضمان التوفيق بين السياسة الجزائية للمشرع، من جهة، والحقوق الدستورية، من جهة أخرى[210].

---

205 - حكم جناحي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت العدد 15885 مؤرخ في 3 ماي 2012: "مشاعر الشرف ومبادئ الاحتشام والذوق العام الداخل بوجدان المجتمع، أي مجموعة القواعد والأحكام المتعلقة بالأخلاق، والقاسم المشترك بين المفهومان كونهما مطاطين ويختلفان من مجتمع إلى آخر باختلاف المقاييس في كل منهما، كما يختلفان في المجتمع الواحد باختلاف الزمان وحتى المكان، وباختلاف مراحل تفكيره. لكن ما يمكن التنويه اليه في هذا الصدد أن جل التشاريع والقوانين عملت على صيانة الشعور العام بالحياء والمحافظة على الأخلاق الحميدة وذلك لأهمية الأخلاق في تربية الناشئين وما تمثله من أساس وجود كل أمة وقوامها، وأن تصدي القانون للعديد من الاعتداءات التي من شأنها أن تنال من حياء المجموعة يبرز في حقيقة الأمر دوره الأساسي في المحافظة على النظام العام"، قرار جناحي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت العدد 15885 بتاريخ 3 ماي 2012، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق عدد 16، ص 684.

206 - فاتن المباركي، "هل نحن بحاجة إلى مجلة جزائية جديدة؟"، إصلاح القضاء الآن، عدد 4، ص. 24.

Jean-Yves Dupeux, « Liberté d'expression et respect des croyances «, Mélanges offerts à Robert Badinter, « L'exigence de justice «, éd. Dalloz, 2016, p. 359.

207 - محمد الزين، المرجع السابق، ص. 19.

208 - **Abdelfattah Amor**, *op. cit., p*. 6.

209 - **Geneviève Guidicelli-Delace**, « Les crimes et délits conte la nation, l'Etat et la paix publique «, in « Nouveau code pénal «, R.S.C., N.3, Juillet-Septembre 1993, pp. 498-500.

210 - **منصور القديدي جراية**، "القاضي وحقوق الإنسان"، م.ق.ت.، عدد 8، أكتوبر 2003، ص. 474.

Abdelfattah Amor, *op. cit., p*. 427-428.**Mohamed Mahfoudh**, *op. cit., p*

نفس الاتجاهين نجدهما في القانون المقارن. فعلى سبيل المثال، اختار المشرع الكندي استعمال عبارات عامة لتقييد حرية التعبير صلب الفصل 181 من المجلة الجنائية[211]. خلافا للمشرع الفرنسي الذي خير تقييد حرية التعبير من خلال قائمة حصرية من الأفعال المجرمة صلب الفصل 24[212] من القانون المتعلق بحرية الصحافة المؤرخ في 29 جويلية 1881.

يمكن القول ترتيبا على ما تقدم أنّه "لا يجوز في إطار ممارسة الحق في التعبير انتهاك حقوق الآخرين والمس من كرامتهم واعتبارهم ولذلك جاءت فكرة إرساء حدود لتلك الحرية"[213]. بناء على ذلك، يمكن أن يكون الفعل مجرما لمساسه بالنظام العام للدولة، كالتنويه بالجرائم ضد الإنسانية والتحريض على الاعتداء على سيادة الدولة والتحريض على الإضرار بالاقتصاد الوطني، أو لإخلاله بالأخلاق الحميدة للمجتمع. ويمكن أن يمسّ نفس الفعل الاجرامي في الآن نفسه كلى الحدين، فيحيل على الأخلاق الحميدة المتعارف عليها في المجتمع ويمس من النظام العام للدولة[214]، كالاعتداء على حرية الضمير والتهكم على المعتقدات الدينية[215] التي تمسّ من الحق

---

211 - **Code criminel canadien, L.R.C. 1985, c.C-46, article 181** « est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public ".

212 - **La Loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse**

Article 24 « Seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes :…

Ceux qui, par les mêmes moyens, auront directement provoqué à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre Ier du livre IV du code pénal, seront punis des mêmes peines.

Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs.

Tous cris ou chants séditieux proférés dans les lieux ou réunions publics seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 5° classe ».

213 - تع ج جزائي عدد 7350 مؤرخ في 15 ديسمبر 2014، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمدالمنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الملحق 15، ص. 657.

214 - **Mohamed Mahfoudh**, *op. cit., p*. 311.

215 - **Jean-Yves Dupeaux**, « Liberté d'expression et respect des croyances «, Mélanges offerts à Robert Badinter, « L'exigence de justice «, éd. Dalloz, 2016, p. 354, **Mohamed Mahfoudh**, « Cours de droit pénal «, éd. C.U.P., 2004, Tunis, p. 331.

الدستوري للأفراد وتشكل خطرا على استقرار وأمن الدولة[216]. في هذا الإطار، يتعين الاستئناس بالقرار الجناحي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 3 ماي 2012[217] باعتباره جامعا لكل ما تقدم ذكره، إذ تتلخص وقائع هذا القرار في أن قناة تلفزية تولت عرض شريط تضمن مشاهد تجسيد للذات الالاهية وألفاظا نابية. تمت على إثرها إثارة دعوى عمومية وإحالة القضية على الدائرة الجناحية بالمحكمة الابتدائية بتونس التي اعتبرت أن بثّ تلك المشاهد شكل، من جهة، اعتداء على النظام العام، حيث كان "وقعها على المجتمع ثابتا بأن عكرت صفوه وانسجامه وقسمته بين معارض ومؤيد وآلت إلى إحداث شغب وعنف" وعلى الأخلاق الحميدة، من جهة أخرى، ذلك أنه يجب أن يكون التغيير "بصورة لا تتنافى مع القيم والعادات حسبما يمليه الموروث الثقافي والديني".

الفقرة الثانية: شرط التوازن بين القيد والحق

98. أكّدت محكمة التعقيب[218] على ما يلي "لا يمكن التقييد من حرية التعبير إلا بمقتضى نص تشريعي وشرط...أن تكون ضرورية ومتناسبة مع ما يلزم اتخاذه من إجراءات في مجتمع ديمقراطي ودون أن تمثل خطرا على جوهر الحق في حرية التعبير والإعلام". نستنتج من هذه الحيثية المنهجية أنّ التعبير المجرّم يجب أن يكون الفعل المخل بالنظام العام للدولة أو بالأخلاق الحميدة مضمنا بنص قانوني وأن يكون التقييد متوازنا مع الخطر أو الضرر الذي من الممكن أن يترتب عنه.

99. يحتل المرسوم درجة أدنى من القوانين في سلم ترتيب القوانين ذلك أنه يصدر عن السلطة التنفيذية. إلا أنه ونظرا لخصوصية المرسوم عدد 115 لسنة 2011 الصادر في إطار القانون المنظم للسلط العمومية[219] فإنه يمتلك قوة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية[220]. **انطلاقا مما تقدم، يمكن القول بأنه يتعين تحديد قيود حرية التعبير بمقتضى نصوص قانونية جزائية[221]، عامة أو خاصة[222].**

---

216 - فعلى الرغم من أن المجلة الجزائية قد أعلنت منذ إصدارها "القطيعة" مع التشريع الإسلامي إلا أنه يوجد "تواصل بين المجلة والشريعة رغم شكلية القطيعة" محمد رضا الأجهوري، "المجلة والشريعة: تواصل أم قطيعة؟"، في "مائوية المجلة الجزائية: الماضي، الحاضر والمستقبل"، ص. 652، محمد محفوظ، قانون جزائي، الأحكام العامة، الأطرش، تونس، 2018.

Jean-Yves Dupeaux, « Liberté d'expression et respect des croyances «, Mélanges offerts à Robert Badinter, « L'exigence de justice «, éd. Dalloz, 2016, p. 354.

217 - المحكمة الابتدائية بتونس العدد 15885 الصادر في 3 ماي 2012، منشور في البشير المنوبي الفرشيشي، على قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، الملحق عدد 16، ص 684.

218 - تع ج عدد 7350 المؤرخ في 15 ديسمبر 2014.

219 - القانون الأساسي عدد 9 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط.

220 - أنظر ص. 13-12.

221 - **Abdelfattah Amor**, *op. cit., p.* 7.

222 - **Abdelfattah Amor**, *op. cit., p.* 7.

"يتعين تحديد قيود حرية التعبير بمقتضى نصوص قانونية جزائية، عامة أو خاصة"

يتحقق التوازن بين الحفاظ على الحقوق والحريات الدستورية والحد منها عندما يكون هذا الحد ضروريا ومتناسبا في ذات الوقت، وهما شرطان كرستهما المحكمة الإدارية[223] والمجلس الدستوري السابق[224]. ويعتبر هذان الشرطان ضمانا لعدم التوسع في استثناءات حرية التعبير[225]. فما هو المقصود بالضرورة والتناسب؟

بداية، يجب التأكيد على ترابط هذين الشرطين، إذ لا يستقيم تطبيق مبدأ الضرورة إلاّ بالتكامل مع مبدأ التناسب. بل إنه يصعب التمييز بين مبدأ التناسب ومبدأ الضّرورة، لأن المبدأ الثاني يحتوي المبدأ الأول"[226]. إلا أنه يمكن القول بأن الضرورة تتحقق إذا ما وجدت حاجة ملحة تبررها أسباب معقولة[227].

لكي يمكن الإقرار بأن القيد المسلط على الحقوق والحريات هو قيد مشروع فإنه يكون من الضروري عرضه على اختبار التناسب. ويعدّ هذا الاختبار منهجية قضائية ابتدعتها المحكمة الإدارية العليا بروسيا في القرن التاسع عشر وطبقته المحكمة الفيدرالية السويسرية بصفة صريحة منذ سنة 1939. وقد أعادت المحكمة الدستورية الألمانية صياغته في أعقاب الحرب العالمية الثانية. وسرعان ما انتقل اختبار التناسب من فقه القضاء الدّستوري الألماني إلى العديد من أنظمة القضاء الوطنية الأخرى وإلى القضاء الدولي[228]. وتأثرت المحكمة العليا بالولايات المتحدة

---

223 - القرار الإداري عدد 10722/1 صادر بتاريخ 7 جويلية 2010: "وحيث أن ممارسة الإدارة لنشاط الضبط الإداري يخضع إلى مجموعة الضوابط التي استقر عليها القضاء الإداري والتي تقتضي ضرورة تقيد الإدارة بالقواعد التشريعية المنظمة للحقوق والحريات وألا تحدّ منها إلا في حدود ضيقة تبرّرها مقتضيات النظام العام ومستوجبات الضرورة".

224 - إن "القانون الذي يحد حق... لا يجب أن يقتصر على وضع القيود على ممارسة هذا الحق بل يتعين أن يضبط إجراءات توفر في حد ذاتها جملة من الضمانات توازن بين مقتضيات احترام هذا الحق والأساس الذي يبرر تحديده بحسب ما يقدره المشرع وبرقابة المجلس الدستوري، الرأي عدد 2007-2 الصادر بتاريخ 26 جانفي 2007.خالد الماجري، المرجع السابق، ص. 97.

225 - **Jean-Marc R**, Délit d'apologie d'actes de terrorisme, commentaire de la décision n 2018-706 GPC de 18 mai 2018 du conseil constitutionnel «, *p*. 20.

226 - **BEN ACHOUR yadh**, droit administratif, CPU, 2010, p 303. Cité chez : **LOUKIL Firas,** op cit,, p 102.

227 - خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات، تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص. 83.

Abdelfattah Amor, *op. cit., p*. 6.**Jean-Marc R**, Délit d'apologie d'actes de terrorisme, commentaire de la décision n 2018-706 GPC de 18 mai 2018 du conseil constitutionnel «, *p*. 20.Internet.

228 - خالد الماجري، المرجع السابق، ص. 96-95.

الأمريكية بهذا الاختبار ووضعت مقياسا لما يمكن اعتباره خرقا لحدود حرية التعبير يسمى "باختبار ميلر".

بدأ العمل بهذا الاختبار منذ سنة 1973 من خلال الاعتماد على ثلاثة مبادئ رئيسية تتمثل في:

- ما إذا كان غالبية الناس في المجتمع يرون طريقة التعبير مقبولة،

- ما إذا كانت طريقة إبداء الرأي تعارض القوانين الجزائية للولاية،

- ما إذا كانت طريقة عرض الرأي تتحلى بصفات فنية أو أدبية جادة[229].

ولعلّ الفصل الأول من مرسوم عدد 115 لسنة 2011 يذكّر باختبار ميلر، حيث جاء به أنه "لا يمكن التقييد من حرية التعبير إلا بمقتضى نص تشريعي وبشرط:

- أن تكون الغاية منه تحقيق مصلحة مشروعة تتمثل في احترام حقوق وكرامة الآخرين أو حفظ النظام العام أو حماية الدّفاع والأمن الوطني.

- وأن تكون ضرورية ومتناسبة مع ما يلزم اتخاذه من إجراءات في مجتمع ديمقراطي ودون أن تمثل خطرا على جوهر الحق في حرّية التعبير والإعلام".

فهل تتحقق هذه الشروط بالنسبة للقيود المضمنة بالفصول موضوع الدراسة المسلطة على الحقوق والحريات الدستورية؟

بخصوص تقييد حق التجمع السلمي يمكن الرجوع إلى القانون عدد 4 لسنة 1969 المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامّة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتّجمهر متماشيا مع المعايير الدولية المذكورة، حيث ورد في الفصل 19 منه أنه، "في صورة ما إذا كان تشتت التجمهر بالقوة يستوجب استعمال الأسلحة، فان الأمر الثاني بالتفريق ينبغي أن يكرر مرتين بإحدى الإشارات السمعية أو الضوئية المذكورة". أما "إذا وجد أعوان الأمن أنفسهم أمام متجمهرين يأبون التفريق رغم الإنذارات الموجهة لهم والمنصوص عليها بالفصول المتقدمة من هذا القانون، فان يستعملون بالتدرج الطرق التالية لتشتيتهم:

- الرش بالماء أو المطاردة بالعصي

- الرمي بالقنابل المسيلة للدموع

- طلق النار عموديا

- طلق النار فوق رؤوسهم

- طلق النار صوب أرجلهم"[230].

---

229 - قرار تعقيبي جزائي عدد 7350 صادر بتاريخ 15 /12/ 2014 منشور في: البشير المنوبي الفرشيشي، على قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، ص. 664.

230 - القانون عدد 4 لسنة 1969 المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر، الفصل 20.

وفي صورة ما إذا عمد المتجمهرون إلى بلوغ مقاصدهم بالقوة رغم استعمال جميع الطرق المنصوص عليها بالفصول المتقدمة، فان الفصل 22 من ذات القانون يأمر "أعوان الأمن (بأن) يطلقون النار مباشرة".

تعتبر القضايا الناتجة عن أحداث 14 جانفي 2011 من بين أبرز القضايا التي يجب التطرق إليها عند الحديث عن مدى تناسب التدابير والإجراءات المتخذة من قبل أعوان الأمن[231]. أمّا بعد ذلك، فإن أحداث الرش بسليانة تعتبر واقعة نموذجية بخصوص عدم تناسب التدابير الأمنية مع الخطر الذي يشكّله التجمهر بالطريق العام.

أما بخصوص حرية التعبير، يمكن القول أن فقه القضاء قد احترم هذا الشرط في معرض تطبيقه للفصلين 125 و126 م ج في قرار تعقيبي[232] تعلقت وقائعه بتوجيه عبارة "البوليسية كلاب" لرجال الأمن، والتي أثارت جدلا كبيرا حول مدى اعتبارها عملا فنيا أو خطابا يحرّض على الكراهية والعنف تجاه رجال الأمن. وقضت محكمة التعقيب بأن"ذلك العمل الوارد تحت عنوان "البوليسية كلاب" يبرز تجافيه ومبادئ دستور البلاد التي تضمن حرية الأبداع الفني وأن الدّولة تشجّع الابداع الثقافي وتدعم الثقافة الوطنية في تنوّعها وتجدّدها وتأصّلها بما يكرّس قيم التّسامح ونبذ العنف والكراهية[233]". غير أنه في سياق مخالف، وثقت "هيومن رايتس ووتش" سلسلة من القضايا التي رُفعت ضدّ أشخاص كانوا قد رفعوا دعاوى أو عبروا عن نيتهم في رفعها ضدّ أعوان أمن على أساس اهانتهم أو احتجازهم بطريقة تعسفية أو الاعتداء عليهم، فوجودا أنفسهم قد تحوّلوا من ضحايا إلى متّهمين ب"هضم جانب موظف عمومي حال مباشرته لوظيفته"، كما قد صدر الحكم بالسّجن على العديد منهم دون دليل إثبات قاطع على حقيقة توفر الإهانة من عدمها[234].

يمكن أن نخلص انطلاقا مما تقدم إلى أن **الاعتراف الوطني والدولي بمبدأي الضرورة والتناسب أدى إلى الإقرار بضرورة مراجعة جميع النصوص المقيدة للحقوق والحريات، عموما، وحرية التعبير والحق في التجمّع السلمي خاصة. مع ضرورة تفعيل الدور الرقابي[235] لممارسة هذه القيود، إذ يمارس الدور الرقابي من عدة هياكل كمحكمة التعقيب والمحكمة الدستورية التي لم تتشكل بعد.**

---

231 - للمزيد حول الموضوع، أنظر: سامي السلامي، "نواب الشعب إحالة قضية شهداء وجرحى الثورة إلى القضاء المدني"، موقع تورس، 14/ 04/ 2014. أطلع عليه بتاريخ 13 /09/ 2019.

232 - سلوى الشرفي، المرجع السابق، ص. 864.

233 - قرار تعقيبي جزائي مذكور لدى: البشير المنوبي الفرشيشي، علي قيقة ومحمد المنوبي الفرشيشي، المرجع السابق، الصفحة 665-663.

234 - هيومن رايتس واتش، تونس من ضحايا إلى متهمين، مقال منشور على موقع HUMAIN RIGHTS WATCH، 04/ 07/ 2017، أطلع عليه بتاريخ 01 /09/ 2019.

235 - **Chafik SAID**, op. cit., p. 47.

الجزء الثالث: التّوارد[236] بين قانون مكافحة الإرهاب والجرائم موضوع الدّراسة

تأخر اهتمام القوانين الجزائية الوضعية بالجريمة الإرهابية، ولعلّ السبب في ذلك يرجع إلى صعوبة الفصل بينها وبين الجريمة السياسية[237]. إلا أن سرعة انتشار الجريمة الإرهابية وتفاقم خطورتها دفع فيما بعد إلى إرساء ترسانة من النصوص القانونية الوطنية والدولية للتصدّي لها. وفي إطار ملاءمة المنظومة التشريعية الجزائية الداخلية للاتفاقيات الدولية[238]، أصدر المشرع التونسي سنة 2003 [239] قانونا خاصّا يتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال. غير أنّ الانتقادات عديدة وجّهت له لما يشكله من خرق للحقوق والحريات الدستورية[240]. لذلك، ومع إصدار دستور سنة 2014، بات من الضروري مراجعته بما يحقق انسجامه مع أحكام الدستور الجديد. ترتيبا على ذلك، أصدر المشرع التونسي قانون 7 أوت 2015 [241] المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال.

على الرغم من أن تعريف الجريمة الإرهابية ما يزال موضوع نقاش غير محسوم، إلا أن المشرع التونسي عرفها بكونها كل "فعل من الأفعال موضوع الفصل 12 والفصول 28 إلى 36 من هذا القانون ويكون ذلك الفعل هادفا، بحكم طبيعته أو في سياقه، إلى بث الرعب بين السكان أو حمل دولة أو منظمة دولية على فعل أو ترك أمر من علائقهما"[242]. من خلال هذا التعريف الذي تبنّاه فقه القضاء الجزائي"[243]، نتبين أن الجريمة الإرهابية تهدف بالأساس إلى بثّ الرّعب بين السكان

---

236 - يقصد بتوارد النصوص القانونية اتحادها في الموضوع، فينظم المشرع بفصلين مستقلين نفس الأفعال المجرمة.

237 - توفيق بوعشبة، "التشريع الجنائي في مجال مكافحة الإرهاب، مسألة المنهج"، في "مائوية المجلة الجزائية الماضي والحاضر والمستقبل"، المرجع السابق، 278-277.

238 - نفس المرجع، ص. 279.

239 - القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 99 لسنة 2003 المؤرخ في 19ديسمبر 2003، ص. 3808.

240 - أحمد القليعي، "قانون مكافحة الإرهاب بين سيادة القانون واحترام المعايير الدولية لحقوق الإنسان"، المحاماة، جويلية 2015، مركز الدراسات والبحوث للمحامين التونسيين، ص. 20.

241 - القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015، ص. 2163.

242 - الفصل 12 من القانون الأساسي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال لسنة 2015 كيفما تم تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 المؤرخ في 23 جانفي 2019 المتعلق بتنقيح واتمام القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 9 لسنة 2019 المؤرخ في 29 جانفي 2019.

243 - حكم استئنافي جزائي عدد 23264 الصادر بتاريخ 17/ 12/ 2015، منشور فينرار كرمي، فقه قضاء جزائي، جرائم الإرهاب، المغاربية لطباعة وإشهار الكتاب، تونس، 2017، ص. 84: "الجريمة الإرهابية هي كل جريمة من شأنها إشاعة الذعر وترويع الناس وتفريعا على ذلك فإنه من الشروط الأساسية لإضفاء الصبغة الإرهابية على الجريمة ارتكاب الجاني لأفعال أو اللجوء إلى استعمال وسائل من شأنها إشاعة الذعر بين الناس أو ترويعهم وأن تتجه نيته إلى ترويعهم وإشاعة الذعر بينهم. كما أن كل تنظيم يرتكب جرائم من إشاعة الذعر وترويع السكان المدنيين يعد مرتكبا لجريمة إرهابية دون الخوض فيما إذا كان هذا التنظيم قد صنف ضمن التنظيمات الإرهابية".

والاعتداء على النظام العام. حيث غالبا ما يكون الهدف من ارتكابها تهديد كيان الدولة ووجودها، وهو ما يمثل نقطة التقاء بين الجريمة الارهابية وبين جرائم الاعتداء على أمن الدولة موضوع الدراسة. وبالتمعّن في الفصول 67، 69، 70، 79، 121، 121مكرر، 121 ثالثا، 125 و126 من المجلة الجزائية، من جهة، وأحكام قانون مكافحة الإرهاب، من جهة أخرى، نتبين أن التوارد يمكن أن يقع مع جريمة الإشادة وتمجيد الأفكار الإرهابية (المبحث الأول)، وجريمة التحريض على الإرهاب (المبحث الثاني) وجريمة التكفير (المبحث الثالث) وجريمة تكوين والانضمام إلى وفاق (المبحث الرابع). فتقيد جملة هذه النصوص الحقوق والحريات الدستورية، وبذلك فإن تزاحمها من شأنه أن يؤدي إلى توسيع نطاق تلك القيود، أي إلى خرق أحكام الدستور.

المبحث الأول: التّوارد مع جريمة الإشادة والتّمجيد بالإرهاب

ينص الفصل 31 من القانون الأساسي عدد 26 المتعلق بمكافحة الإرهاب على أنه "يعد مرتكبا لجريمة إرهابية... كل من يتعمّد داخل الجمهورية أو خارجها علنا وبصفة صريحة الإشادة أو التمجيد بأي وسيلة كانت بجريمة إرهابية أو بمرتكبيها أو بتنظيم أو وفاق له علاقة بجرائم إرهابية أو بأعضائه أو بنشاطه أو بآرائه وأفكاره المرتبطة بهذه الجرائم الإرهابية". بقراءة هذا الفصل يمكن أن نتبيّن بأن التوارد يمكن أن يحدث مع جريمة هضم جانب موظف عمومي الواردة بالفصلين 125 و126 م ج، إذ تشترط هذه الجريمة أن يتمّ هضم جانب الموظف العمومي أو شبهه بالقول أو بالإشارة أو بالتهديد وبالتالي تتحد جريمة الإشادة والتمجيد بالإرهاب مع جريمة هضم جانب موظف عمومي في وسائل ارتكاب الجريمة، فهل يمكن تبعا لذلك استنتاج تطابق كلى الجريمتين؟

لا يمكن الإجابة عن هذا السؤال بالإيجاب ذلك أن جريمة الإشادة والتمجيد بالإرهاب تتطلب توفر ركن خاص يتمثل في أن يهدف الفعل "إلى بث الرعب بين السكان أو حمل دولة أمنظمة دولية على فعل أو ترك أمر من علائقهما". أما جريمة هضم الجانب فتتطلب لقيامها أن يتوجه الفعل ضد موظف عمومي أو شبهه، فإذا ما تم هضم جانب موظف عمومي بعبارات تهدف إلى بث الرعب بين السكان، كأن تتمّ إهانة موظف عمومي أو قاضي أو عون حرس أو شرطة من أجل قيامه بوظيفته باعتباره ينتمي للدولة ولسلطاتها من قبل شخص حامل للفكر الإرهابي. فكيف يمكن تكييف هذه الأفعال؟ هل نطبق الفصل 125 م ج أم الفصل 31 من قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2015؟

يكمن تأسيس الإجابة عن هذا التساؤل إمّا بتقديم النص الخاص على النص العام المنصوص عليها بالفصل 540 م إ ع، أو بتطبيق قاعدة التوارد المنصوص عليها بالمجلة الجزائية[244]. فإذا ما أخذنا بالقاعدة الأولى يطبق الفصل 31 من قانون مكافحة الإرهاب باعتباره النص الخاص، ويستبعد الفصل 125 م ج باعتباره النص العام. أما إذا ما أخذنا بالقاعدة الثانية يطبق الفصل الذي تضمّن العقوبة الأشد. وبالرجوع إلى الفصل 31 المشار إليه نجده ينص على عقوبة سجنية من عام إلى خمسة أعوام وخطية من خمسة آلاف دينار إلى عشرة آلاف دينار أما الفصل 125 م

244 - الفصل 54 م ج "إذا تكون من الفعل الواحد عدة جرائم فالعقاب المقرر للجريمة التي تستوجب أكبر عقاب هو الذي يقع الحكم به وحده".

ج فيضبط عقوبة السجن لمدة عام وخطية قدرها مائة دينار. وباعتبار أن الفصل 31 هو النص الذي يحتوي على العقوبة الأشد، فإنه، في كلتا الحالتين، يقدم الفصل 31 من قانون مكافحة الإرهاب على الفصل 125 م ج.

المبحث الثاني: التّوارد مع جريمة التّحريض على ارتكاب الجرائم الإرهابية

على غرار التشريعات الجزائية الأجنبية[245]، يجرّم الفصل الخامس من قانون مكافحة الإرهاب[246] التّحريض على الإرهاب. ويشمل فعل التّحريض عموما كل ما من شأنه التأثير على الغير ودفعه نحو إتيان الجريمة واقترافها. فالمحرّض هو من يخلق فكرة الجريمة لدى الغير أو يشجّعه على ارتكابها[247]. ونظرا لما تحمله الجريمة الإرهابية من خطر على الدولة والأفراد، جرم المشرع التحريض عليها كلما توفّر وجود خطر حقيقي بارتكاب عمل ارهابي[248]، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى تواردها مع جريمة إبداء الرأي لارتكاب مؤامرة (الفقرة الأولى) وجريمة التحريض على العصيان (الفقرة الثانية) وجريمة هضم جانب موظف عمومي أو شبهه (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: التّوارد بين جريمة التّحريض في قانون مكافحة الإرهاب وجريمة الفصل 70 من المجلة الجزائية

245 - يجرم المشرع البلجيكي التحريض على ارتكاب الجرائم الإرهابية بالفصل 140 مكرر من المجلة الجزائية
Alicia Pastor y Camarasa, « Constitution et lutte antiterroriste : le cas belge «, in Annuaire International de Justice Constitutionnelle, N 32, 2016-2017, p. 35.
وكذلك المشرع البريطاني بقانون سنة 2006
Aurli Duffy, « Constitution et terrorisme au Royaume-Uni «, in Annuaire International de Justice Constitutionnelle, N 32, 2016-2017, p. 73.
والقانون الكندي بالفصل 281 من المجلة الجنائية
Denis Buron, « Liberté d'expression et diffamation de collectivités : Quant le droit à l'égalité s'exprime «, Les cahiers de droit, V. 29, N. 2, 1988, p. 529.

246 - ينص الفصل 5 من قانون مكافحة الإرهاب كما تمّ تنقيحه بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 بتاريخ 23 جانفي 2019 أنه "يعد مرتكبا للجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون ويعاقب بنصف العقوبات المقررة لها كل من ...يحرض بأي وسيلة كانت على ارتكابها عندما يولد هذا الفعل، بحكم طبيعته أو في سياقه، خطرا باحتمال ارتكابها." المنقح بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 بتاريخ 23 جانفي 2019.

247 - نزار كرمى، تنامى الظاهرة الإرهابية في البلاد التونسية، الطبعة الأولى، تونس، 2017، ص. 116. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الأول، دار العلم للجميع، لبنان، دون تاريخ نشر، ص. 705.

248 - أحمد القعلي، "قانون مكافحة الإرهاب بين سيادة القانون واحترام المعايير الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة المحاماة، العدد السابع: مقاومة الإرهاب بين القانون والواقع ومواضيع قانونية أخرى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، جويلية 2015، ص. 22.

ينظّم الفصل 70 م ج إبداء الرأي لتكوين مؤامرة بقصد ارتكاب إحدى الاعتداءات ضد أمن الدولة الداخلي المنصوص عليها بالفصول 63، 64 و72 م ج. فإذا ما استهدف التعبير عن الرأي تكوين مؤامرة الاعتداء على حياة رئيس الدولة أو على ذاته أو لتبديل هيئة الدولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بعضا بالسلاح أو إثارة الهرج والسلب أو القتل بالتراب التونسي أو "بث الرعب بين السكان أو حمل دولة أو منظمة دولية على فعل أو ترك أمر من علائقهما[249]" فإنّ جريمتي الفصلين 70 م ج و5 من قانون مكافحة الإرهاب تتزاحمان، وهي صورة الحكم الجزائي الذي طبقت فيه المحكمة الابتدائية بتونس الفصل 5 المذكور واستبعدت الفصل 70 م ج حينما أقرت ما يلي "أفاد المتهم .... أنه تخاطب مع ابن جهته وصديق طفولته المتهم ... في سلك الجيش الوطني لغاية إقناعه حول مفهوم الطاغوت لكونه يعمل صلب دولة لا تحكم بشرع الله مستدلا بالخطب الدينية التي يستمع اليها بغاية استقطابه. وأكد حصول حوار بينه وبين المتهم وليد حول تغيير الراية التونسية براية التوحيد باعتبارها غاية يطمح إليها[250]". وبذلك، تجسد مثل هذه الآراء والأفكار التي يتم تداولها خطرا حقيقيا للمساس بالأمن الداخلي للدولة، وهو ما يجعل منها مكونة للتحريض على جريمة إرهابية في نفس الوقت الذي يمكن أن ينطبق فيه الفصل 70 م ج بما يؤدي إلى تزاحم النصوص.

249 - الفصل 12 من القانون الأساسي لمكافحة الإرهاب لسنة 2015.

250 - حكم جزائي عدد 32581 صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 13 ماي 2016، مذكور في نزار كرمي، فقه قضاء جزائي، جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص. 74.

الفقرة الثانية: التوارد بين جريمة التحريض في قانون مكافحة الإرهاب وجرائم الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا من المجلة الجزائية

من خلال قراءة أولى للفصل 5 من قانون مكافحة الإرهاب والفصول الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج المنظمة الجريمة التحريض على العصيان بالمجلة الجزائية، يمكن أن يتبادر إلى الذهن تزاحم هذه الفصول. فالأول يجرّم فعل "التحريض" وكذلك فصول المجلة الجزائية. غير أنه ولئن اجتمعت هذه الفصول على تجريم فعل "التحريض"، إلا أنّها تختلف في عديد المواطن الأخرى بما ينفي إمكانية تزاحمها. فالفصل 121 م ج يجرم الدعوة إلى العصيان. وبالرجوع إلى الفصل 116 م ج يتمثل العصيان في كل اعتداء بالعنف أو التهديد به "للتعاصي على موظف عمومي مباشر لوظيفته بالوجه القانوني أو على كل إنسان استنجد به بوجه قانوني لإعانة ذلك الموظف". أما الفصل 5 من قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2015 فيجرم التحريض على ارتكاب الجرائم الإرهابية، وهي الأفعال المذكورة حصرا بالفصل 14[251] من نفس القانون التي تهدف إلى بث الرعب بين السكان أو حمل دولة أو منظمة دولية على فعل أو ترك أمر من علائقهما. إضافة إلى ذلك، يعتبر المشرع بالفصل 121 م ج فعل التحريض على العصيان من قبيل المشاركة طبقا للفصل 32 م ج. بينما يعتبر المشرع بالفصل 5 من قانون مكافحة الإرهاب التحريض على ارتكاب جرائم إرهابية فعلا أصليا يحمل مرتكبها صفة الفاعل الأصلي المعنوي. ترتيبا على ذلك يتبين انتفاء التوارد بين جريمة التحريض الواردة بالفصل 121 م ج وجريمة التحريض المضمنة بالفصل 5 من قانون مكافحة الإرهاب.

---

251 - ينص الفصل 14 من قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2015 على ما يلي "أولا: قتل شخص.

ثانيا: إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف المقررة بالفصلين 218 و319 من المجلة الجزائية

ثالثا: إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلة فيما هو مقرر بالصورة الثانية، رابعا: الإضرار بمقر بعثة دبلوماسية أو قنصلية أو منظمة دولية.

خامسا: الإضرار بالأمن الغذائي والبيئة بما يخلّ بتوازن المنظومات الغذائية والبيئية أو الموارد الطبيعية أو يعرض حياة المتساكنين أو صحتهم للخطر.

سادسا: فتح مفرغات الفيضانات للسدود عمدا أو سكب مواد كيمياوية أو بيولوجية سامّة بتلك السدود أو المنشآت المائية قصد الأضرار بالمتساكنين.

سابعا: الإضرار بالممتلكات العامة أو الخاصة أو بالموارد الحيوية أو بالبنية الأساسية أو بوسائل النقل أو الاتصالات أو بالمنظومات المعلوماتية أو بالمرافق العمومية

ثامنا: التكفير أو الدعوة إليه أو التحريض على الكراهية أو التباغض بين الأجناس والأديان والمذاهب أو الدعوة إليهما.

يعاقب بالإعدام وبخطية قدرها مائتا ألف دينار كل من يقترف الفعل المشار إليه بالصورة الأولى أو إذا تسببت الأفعال المشار إليها ببقية الصور في موت شخص".

الفقرة الثالثة: التّوارد بين جريمة التّحريض في قانون الإرهاب وجريمة الفصلين 125 و126 م ج

تقوم جريمة الفصلين 125 و126 م ج على توجيه أقوال إلى موظفين عموميين لغاية تحقيرهم وإهانتهم والمس من الاحترام الواجب لوظيفتهم، إلا أن هذه الاقوال يمكن أن تحتوي في بعض الأحيان، بالإضافة إلى طابعها التحقيري، طابعا تحريضيا على ارتكاب جريمة إرهابية ضدهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهوما يكون جريمة التحريض على الإرهاب. مثلا، يتضمن نعت أعوان الشرطة والحرس الوطنيين ب"الطاغوت"[252] أو نعت موظفي القضاء ب"المحكمين لغير شرع الله" تحريضا ضمنيا يمكن أن تتولد عنه جرائم عنف أو قتل ضد أعوان السلط العامة أو القضاة. وقد أكّد فقه القضاء التونسي هذا التوجه حين اعتبر أنّ "الحديث عن الطواغيت والزبانية هي خطب تفيد بشكل واضح تحريضا على ارتكاب جرائم القتل والاعتداء على الحرمة الجسدية للإنسان[253]". انطلاقا من ذلك، يمكن أن تشمل الأقوال المساس بكرامة الموظفين والتقليص من احترام الواجب تجاه وظيفتهم كذلك تحريضا ضمنيا يمكن أن تتولد عنه جرائم عنف أو قتل ضد أعوان السلطة العامة أو القضاة، وهو ما يجعل منها مكونة لجريمتي هضم الجانب والتحريض على الجريمة الإرهابية في نفس الوقت.

المبحث الثالث: التوارد مع جريمة التكفير

ينص الفصل 14 من قانون مكافحة الإرهاب على أنه "يعد مرتكبا لجريمة إرهابية كل من يرتكب فعلا من الأفعال الآتية:... ثامنا: التكفير أو الدعوة إليه أو التحريض على الكراهية أو التباغض بين الأجناس والأديان والمذاهب أو الدعوة إليهما"، فيجرم الفصل 70 المذكور التكفير. وعلى خلاف جريمة الحق العام، فإن جريمة التكفير ترتبط بالمرجعية الدينية للمجتمع، وهي تعد من الجرائم الخطير ذلك أن كل من توّجه له تهمة الكفر، جاز فيه حكم الرّدة[254] وأصبح دمه حلالا.

وعلى هذا الأساس، يمكن أن تتوارد جريمة التكفير مع جريمة ارتكاب أمر موحش في حق رئيس الجمهورية أو جريمة إبداء الرأي لارتكاب مؤامرة أو هضم جانب موظف عمومي أو شبهه أو موظف لدى النظام العدلي، فيجم الفصل 10 المذكور التكفير.

تقوم جريمة ارتكاب أمر موحش المنصوص عليها بالفصل 67 م ج في حق رئيس الجمهورية من خلال توجيه عبارات مهينة مسيئة إلى شخصه وماسة بكرامته، الأمر الذي يمكن أن يتحقق في صورة توجيه عبارات ذات طابع إرهابي تدلل على التّشدد والتعصّب الديني لصاحبها من ذلك

---

252 - سعيد بن علي بن وهف القحطاني، الطاغوت، الحكم بالقوانين الوضعية والأعراف والعادات الجاهلية القبلية في ضوء الكتاب والسنة وآثار الصحابة، سلسلة مؤلفات سعيد بن علي بن وهف القحطاني، دون تاريخ نشر، ص. 209-214.

253 - حكم ابتدائي جناحي عدد 31208 صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 22 ديسمبر 2015، مذكور في: نزار كرمي، فقه قضاء جزائي جرائم الإرهاب، الطبعة الأولى، 2017، ص. 19.

254 - سعيد بن علي بن وهف القحطاني، المرجع السابق، ص. 107.

نعت رئيس الجمهورية بـ"الطّاغوت" و"الكافر" وهي عبارات مكونة لجريمة التّكفير. حيث تمسّ مثل هذه العبارات بهيبة رئيس الدولة، كما تحمل في طيّاتها إهانة له باعتبار أنها لا تقتصر على إخراجه من دين الإسلام بقدر ما تفيد عدم الاعتراف به كممثل ومسؤول عن الدولة[255]، الأمر الذي يبرّر عصيانه والتمرّد عليه.

ويمكن أن تشترك جريمة التكفير مع جريمة الفصل 70 م ج المتمثلة فيإبداء الرأي لارتكاب مؤامرة بهدف الاعتداء على حياة رئيس الدولة أو الاعتداء على رئيس الدولة بالضرب أو إحدى الأفعال الواردة بالفصلين 63 و64 م ج، فإبداء الرأي أو تبادل الأفكار حول الاعتداء على حياة رئيس الجمهورية أو على سلامته الجسدية قد يكون من خلال تكفيره بهدف تطبيق حكم الردة عليه. كما أن التّشاور حول تبديل هيئة الدّولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بعضا بالسلاح وإثارة الهرج والقتل والسلب بالتراب التونسي وهي الأفعال موضوع الفصل 72 م ج قد يكون الغاية منها تحقيق الأهداف الإرهابية المنصوص عليها بالفصل 12 من القانون الأساسي لمكافحة الإرهاب لسنة 2015 وإهانة وتهديد سلامته الجسدية وحياته الخاصة في نفس الوقت طبقا للفصل 70 م ج.

إضافة إلى ذلك، يمكن أن يكون تكفير الموظف العمومي أو شبهه جريمة إرهابية نظرا وأن جريمة التكفير تهدف للإقصاء والقتل كما أنها تمثل اعترافا صريحا بعدم احترام السلطة العامة التي يمثلها الموظف أو شبهه .وبذلك، فإن جميع ألفاظ التكفير الموجهة إلى الأشخاص المشمولين بالحماية الجزائية بالفصلين 125 و126 م ج تكوّن جريمة هضم الجانب إضافة إلى جريمة التكفير.

المبحث الرابع: التوارد مع جريمة تكوين والانضمام إلى وفاق إرهابي

تشكل الشبكات الإرهابية الحديثة تهديدا غير مسبوق للأمن الدولي والوطني[256]، ذلك أنها تقوم على تنظيم محكم يتخذ بعدا دوليا بما يصعّب مكافحتها. لذلك يجرم المشرع تكوين أو الانضمام إلى التنظيمات أو الوفاقات الإرهابية، حيث جاء في الفصل 32 من القانون عدد 26 لسنة 2015 أنه "يعد مرتكبا لجريمة إرهابية ويعاقب بالسجن من ستة أعوام إلى اثني عشر عاما وبخطية من عشرين ألف دينار إلى خمسين ألف دينار كل من انضمّ عمدا، بأي عنوان كان، داخل تراب الجمهورية أو خارجه، إلى تنظيم أو وفاق إرهابي له علاقة بالجرائم الإرهابية أو تلقى تدريبات، بأي عنوان كان، داخل تراب الجمهورية أو خارجه بقصد ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون.وتكون مدة العقوبة من عشرة أعوام إلى عشرين عاما والخطية من خمسين ألف دينار إلى مائة ألف دينار لمكوني التنظيمات أو الوفاقات المذكورة". من خلال هذا التحديد التشريعي نتبين إمكانية توارد هذه الجريمة مع كل من جريمة الفصل 69 والفصل 79 م ج.

255 - نفس المرجع، ص. 214-209.

256 - **هيكل بن محفوظ**، المرجع السابق، ص. 25.

الفقرة الأولى: التوارد بين جريمة تكوين أو الانضمام لوفاق إرهابي وجريمة الفصل 69 من المجلة الجزائية

تقوم جريمة المؤامرة بالوفاق والتقارر والعزم على الفعل بين شخصين أو أكثر. وبذلك، فإن الوفاق المجرم في إطار جريمة الفصل 69 م ج وهو ذلك المقترن بالتقارر والعزم على الفعل. أما الوفاق في إطار الجريمة الإرهابية فقد عرفه بالفصل الثالث قانون مكافحة الإرهاب لسنة 2015 بأنه "كل تآمر تكوّن لأي مدة كانت مهما كان عدد أعضائه بقصد ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون دون أن يلزم وجود تنظيم هيكلي أو توزيـع محدد ورسمي للأدوار بينهم أو أن تستمر عضويتهم فيه"، كما عرّفه فقه القضاء بأنه: "كل مجموعة تتكون من أكثر من شخصين يكون بينهما رابط في المخطط والهدف يتم للغرض تنسيق وتقسيم الأدوار بين مختلف أعضائه[257]". غير أنّ التوارد يمكن أن يقوم بين جريمة المؤامرة والجريمة الإرهابية في بعض الصور. فجرائم الفصول 63 و64 و72 من المجلة الجزائية المنصوص عليها في الفصل 68 من ذات المجلة يمكن أن تتكون منها أفعال إرهابية إذا توفر القصد الجزائي لدى فاعلها بارتكاب هذا الصنف من الجرائم. وإذا ما اقترن الوفاق بالعزم على التنفيذ، فمجرّد الانضمام إلى الوفاق ليس مجرما بالنسبة لجريمة المؤامرة على عكس الجريمة الإرهابية.

في هذا السياق عرف فقه القضاء جريمة الانضمام إلى تنظيم إرهابي بأن "حيث أن مقصد المشرع في مفهوم الانضمام هو ما يختلج الفرد في أفكار عدائية يعتقد في صحتها وسلامتها ويعتبرها من المبادئ الثابتة الواجب تكريسها بالسعي في نشرها وتثبيتها واقعا على عامة الناس وذلك قصد تقويض الأنظمة السائدة والاستعاضة عنها بنظام آخر اعتقادا منه أنه الأمثل ولا يتم ذلك إلا باستعمال القوة والسلاح والتخريب ويكون قد تهيأ لذلك واستعد مع غيره فكرة ومادة فتتحد ارادته بإرادتهم لتبني تلك المبادئ قبل ادراكهم مرحلة الشروع والتنفيذ لبرنامجهم المؤسس على التهديد والوعيد في نطاق الاتفاق والتقارر والعزم على الفعل"[258]. كما اعتبر أن "الإلتحاق المتهم بتلك الكتيبة الإرهابية وترسخ فكرة القتال لديه يؤكد استعداده لتحقيق المشروع الإرهابي الذي تأسس عليه ذلك التنظيم لما تبنى أفكاره ومبادئه واتحدت ارادته مع إرادة التنظيم على تنفيذ مشروعه الذي أصبح هدفا مشتركا يستنبطه أفراد الجماعة ويسعون إلى تحقيقه شكل ذلك الركن المعنوي المستوجب لقيام هذه الجريمة"[259].

---

257 - حكم ابتدائي جزائي عدد 31198 صادر بتاريخ 12 فيفري 2016، مذكور لدى **نزار كرمي**، فقه قضاء جزائي –جرائم الإرهاب-، المرجع السابق، ص. 64.

258 - حكم إبتدائي جزائي عدد 33522 المؤرخ في 21 أكتوبر 2016، مذكور في نزار كرمي، فقه قضاء جزائي، جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص. 80.

259 - حكم ابتدائي جزائي عدد 33184 المؤرخ في 08 جويلية 2016، مذكور فينزار كرمي، فقه قضاء جزائي، جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص. 79.

الفقرة الثانية: التوارد بين جريمة تكوين أو الانضمام لوفاق إرهابي وجريمة الفصل 79 م ج

تقوم جريمة التجمهر بانضمام الفرد إلى جمع من الأفراد القصد منه ارتكاب جريمة أو التعرض لتنفيذ قانون أو جبر أو حكم ومن شأنه الاخلال بالرّاحة العامة، وهو ما يجعل من فرضيّة توارد هذه الجريمة مع جريمة الفصل 32 من قانون مكافحة الإرهاب واردة، حيث لا يختلف مفهوم انضمام الفرد إلى تجمهر عن انضمامه إلى تنظيم أو وفاق إرهابي، ف"الانضمام كمفهوم مادي هو كل انخراط ضمن مجموعة من الأشخاص وتخضع إلى سلطة هرمية من حيث تلقي الأوامر وتنفيذها. هو في مفهومه المعنوي استعداد مطلق ولا مشروط في التنازل عن الإرادة الفردية لفائدة الإرادة الجماعية ونكران الذات مع الاشتراك في الوسائل والأهداف والعقيدة[260]". وبذلك تقوم جريمة الانضمام إلى تنظيم إرهابي أو وفاق في انخراط الفرد داخل تنظيم صنّف بكونه إرهابي. ولا يمكن أن تتحقق جريمة الانضمام إلا بموافقة الفرد والمجموعة على الانضمام مع وجود النيّة والرّغبة الكامنة في النفس مسبقا[261] على ارتكاب الجرائم الإرهابية. وهو ما أكده فقه القضاء الجزائي عندما قضى بأنه "تستوجب جريمة الانضمام إلى تنظيم اتخذ من الإرهاب وسيلة لتحقيق أغراضه أن يكون الجاني منتميا إلى جماعة تقارر أفرادها وعزموا على القيام بأعمال إرهابية وصولا إلى أهدافهم ومن شأن ذلك ترويـع الناس وتقويض الأنظمة السياسية القائمة باستعمال القوة والسلاح[262]". غير أن التوارد بين جريمة الانضمام إلى وفاق أو تنظيم إرهابي وجريمة الفصل 79 م ج لا يعتبر حتميا، حيث تفترض جريمة التجمهر أن يكون الانضمام إلى جمع في مساحات عامة وهو ما يقصي التجمّع في المساحات الخاصة. وبالتالي، فإن التوارد بين الجريمتين يمكن أن يرد في صورة انضمام الفرد إلى تجمّع لإرهابيين في مساحات عامة يسعون من خلاله إلى القيام بأعمال إرهابية

الخاتمة والتوصيات

تؤكد دراسة الفصول 67، 69، 70، 79، 121، 121مكرر، 121 ثالثا، 125 و126 م ج المتعلقة بجرائم بالاعتداء على أمن الدولة وعلى النظام العام عجز المجلة الجزائية عن مواكبة واستيعاب الظواهر الإجرامية المستحدثة، بما يجعلها مجلة "هرمة". وقد زاد دستور 2014 في تعميق هذا الشرخ. ففي الوقت الذي نجد الدستور الجديد بضمن حقوقا وحريات جديدة ويضع ملامح

---

260 - حكم استئنافي جزائي عدد 23853 صادر بتاريـخ 09 ماي 2016، مذكور لدى نزار كرمي، فقه قضاء جزائي، جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص. 83.

261 - **نزار كرمي**، تنامي الظاهرة الإرهابية في البلاد التونسية، المرجع السابق، ص. 119.

262 - حكـم اسـتئنافي جزائـي عـدد 21065 صـادر عـن محكمـة الاسـتئناف بتونـس بتاريـخ 11 فيفـري 2016، مذكـور فـي **نـزار كرمـي**، فقـه قضـاء جزائـي، جرائـم الإرهـاب، المرجـع السـابق، ص. 85.

سياسة جزائية مغايرة، فإن المجلة الجزائية التي وضعت منذ أكثر من قرن من الزمان، لم تعد قادرة على الانصهار صلب السياسة الجزائية الجديدة، وهو ما دفع إلى تكوين لجنة أوكلت لها مهمة تنقيحها. **لكن كيف يجب أن تراجع هذه الفصول بما يضمن انسجامها مع الحقوق والحريات الدستورية؟**

يجرم الفصل 67 م ج الاعتداء "بأمر موحش" على رئيس الدولة. وتطرح عبارة "الأمر الموحش" صعوبة تأويلية بما يفسح المجال للسلطة السياسية لاستعمالها كأداة لقمع الحقوق والحريات وفرض الاستبداد، وهو ما حدث سابقا مع محكمة أمن الدولة. ويتأكد سوء صياغة هذا الفصل من خلال إحالته على فصول من مجلة الصحافة لسنة 1975 حال أنّها أُلغيت بمقتضى المرسوم عدد 115 لسنة 2011. لذلك، يتعيّن تنقيح هذا الفصل واستبدال عبارة "الامر الموحش" بعبارة "الإهانة" وإلغاء الإحالة وتغيير الصياغة كالتالي: "**يعاقب بالسجن مدة... وبخطية قدرها ... أو بإحدى العقوبتين فقط، كلّ من يهين رئيس الدولة أو يمسّ من كرامته سواء تعلّق الامر بأعماله الوظيفية أو بحياته الخاصة**".

كما يجرّم الفصل 69 م ج المؤامرة دون أن يشترط اقتران الأعمال الذهنية بأعمال مادية، وبذلك يجرم هذا الفصل مجرد النوايا، وهو ما يشكّل مسّا خطيرا من حرية التعبير ويفسح المجال للتأويل طبقا لاعتبارات سياسية أو شخصية قد تؤدي إلى المساس بالحقوق والحريات الدستورية وبحرية التعبير على وجه الخصوص. ويمكن تلافي هذه الثغرات من خلال وضع تعريف واضح لجريمة المؤامرة وتحديد أركانها بدقّة مع اشتراط تحقق فعل مادي يثبتها. لذلك، يمكن تبني الصياغة التالية: "**تحصل المؤامرة بالوفاق والتقارر والعزم بين شخصين أو أكثر يتجسد واقعيا بفعل أو بأفعال مادية من أجل ارتكاب إحدى الاعتداءات على أمن الدولة الداخلي**". إضافة إلى ذلك، يتعيّن إلغاء جريمة إبداء الرأي لتكوين مؤامرة الواردة بالفصل 70 م ج إلغاء كليا لما تمثله من خرق صريح لحرية التفكير والتعبير.

أمّا الفصل 79 م ج فإنّه ينصّ على جريمة التجمهر الذي من شأنه الاخلال بالراحة العامة والتجمهر المسلح. لا تثير هذه الجريمة صعوبة خاصة ولو أنّه من الحري تغيير عبارة "الراحة العامة" بأخرى أكثر دقة.

ما تفي دراسة الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج إلى إبداء الملاحظات التالية:

أولا: لا توجد أي حالة من حالات التعارض أو الاستيعاب بين كل من الفصل 121 م ج والفصلين 50 و51 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المنظم لمهنة الصحافة والطباعة والنشر. كذلك الأمر بالنسبة للفصل 121 مكرر م ج والفصول 60، 61، 62، 63 و64 من المرسوم المذكور، وأيضا بالنسبة للفصل 121 ثالثا م ج والفصل 54 من نفس المرسوم. وبذلك تعتبر أحكام الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج أحكاما نافذة.

ثانيا: يقسم المشرع الجرائم المتعلقة بالصحافة والطباعة والنشر بين المرسوم عدد 115 لسنة 2011 والمجلة الجزائية مما أدّى إلى ازدواج المصادر الشكلية لجرائم الصحافة. وهو ما يستدعي تدخّل المشرع من خلال اتخاذ إحدى خيارين:

أ-إما تجميع النصوص الجزائية المتعلقة بمهنة الصحافة والطباعة والنشر صلب المجلة الجزائية

وإلغاء أحكام المرسوم عدد 115 لسنة 2011، حيث تتبوأ هذه الأحكام موقعا مستقلا عن بقية الجرائم الأخرى. فيمكن مثلا تجميع النصوص المنظمة لجريمة العصيان وجريمة هضم جانب الموظفين العموميين وجريمة الامتناع عن الإنجاد القانوني تحت عنوان "في حماية موظفي السلطة العامة"، وتنظيم جرائم الصحافة والطباعة والنشر صلب قسم مستقل.

ب-أما الخيار الثاني فيتمثّل في إعادة تنظيم الأحكام المتعلقة بجرائم الصحافة والطباعة والنشر صلب قانون أساسي مستقل يلغي الفصلين 121 مكرر و121 ثالثا م ج بهدف تحقيق التعايش السليم بين أحكام المجلة الجزائية والنصوص الخاصة.

ثالثا: تُردّ الصعوبات المطروحة بخصوص الفصول 121، 121 مكرر و121 ثالثا م ج لسوء صياغتها واستعمالها عبارات واسعة من قبيل "النظام العام" و"الأخلاق الحميدة". لذلك يتعين مراجعتها تجنبا لسوء تأويلها وحفظا لحرية التعبير.

رابعا: يحدّ الفصل 121 ثالثا م ج من الحقوق والحريات الدستورية وفق ضوابط الفصل 49 من الدستور، فيفوض بذلك المشرع الدستوري هذه الصلاحية للمشرع الجزائي. وبالنّظر لخطورة الأحكام الواردة بالفصل 121 ثالثا م ج على الحقوق والحريات، بأنّ للسلطة الرقابية التي تمارسها محكمة التعقيب والمحكمة الدستورية دور محدّد في ضمان عدم التوسع في تأويل الفصل 121 ثالثا م ج.

انطلاقا من هذه الملاحظات، يمكن التأكيد على ضرورة تنقيح هذه الفصول بهدف حماية الحقوق والحريات الدستورية. لذلك فإنّنا نقترح إلغاء الفصل 121 مكرر م ج وإلغاء عبارة "أو غيرها" الواردة بالفصل 121 ثالثا م ج واستبدال عبارة "النظام العام" و"الأخلاق الحميدة" بأخرى أكثر دقّة تضمن احترام الحقوق والحريات الدستورية.

إضافة إلى ذلك، تكشف دراسة الفصول 125 و126 م ج عدّة ثغرات يمكن أن تؤدي إلى انتهاك الفصل 31 من الدستور. وحتى يتم تجاوز هذا الخلل التشريعي، نقترح التوصيات التالية:

1- إلغاء عبارة "هضم الجانب" واعتماد عبارة "الإهانة".

2- وضع تعريف تشريعي دقيق لجريمة "الإهانة" وتحديد الأركان التي تقوم عليها مع اعتماد عبارات عصرية ودقيقة.

3-الغاء الفصل 126 وتعديل صياغة الفصل 125 على النحو التالي "يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من يهين موظفا عموميا أو شبهه حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها بقول أو إشارة يؤخذ من ظاهرها الاحتقار وفيها مساس بكرامته أو بشرفه أو بالاحترام الواجب تجاه سلطته أو تهديد له **وإن لم يشمل هذا الفعل قذفا أو سبا أو افتراء**".

بناء على جملة هذه الملاحظات، يمكن القول بأن الصياغة الركيكة والفضفاضة للفصول موضوع الدراسة تؤدي ضرورة إلى خرق الحقوق والحريات المكرسة بالباب الثاني من الدستور وإلى الخروج عن نطاق الفصل 49 من الدستور، فيعمم بذلك القيد ويضيق الحق. كما تؤدي هذه الصياغة إلى توارد جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى النظام العام الواردة بالمجلة الجزائية مع جرائم الصحافة والطباعة والنشر المضمنة بالمرسوم عدد 115 لسنة 2011 والجرائم الإرهابية المنظمة بالقانون الأساسي لسنة 2015.

جرائم الإعتداء
على المال العام

من إنجاز الأستاذ محمّد العيادي

و عضو الهيئة الوطنية للحوكمة الرشيدة

و مكافحة الفساد

المـقدّمـــة

لاعتبارات واقعية مرتبطة بالوضع السياسي السائد بالبلاد التونسية قبل الثورة، أجمع لملاحظون على أنّ النظام السابق كان نظاما ديكتاتوريا من إفرازاته فرض تمتّع الرئيس السابق زين العابدين بن علي وأفراد عائلته وعائلة زوجته ليلى الطرابلسي والمرتبطين معهم بحصانة مطلقة ضد التتبّع أو حتى مجرد البحث والتقصي في خصوص ما علق بشأنهم من تجاوزات وجرائم، أنتجه هذا الواقع من تداخل كبير بين مؤسسة الرئاسة كسلطة سياسية وباقي السلط الإدارية والقضائية، ولذلك كان من البديهي أن تكون مقاومة الفساد إحدى المحاور الأساسية للمطالب الشعبية التي برزت بشدة وطفت على السطح إثر الثورة، كما أدّى ذلك للمطالبة بالتعجيل بإدخال الإصلاحات الضرورية للأنظمة القانونية ولواقع عمل كل من السلطتين السياسية والقضائية والمؤسّسة الأمنية وباقي المؤسسات والمنشآت العمومية ذات الصلة.

أمّا على المستوى القانوني، فإنّ قدم المنظومة الجزائية النافذة بالبلاد التونسية والقائمة بالأساس على نصّين قانونيين يعود تاريخ صدورهما لبدايات القرن العشرين، الأوّل هو الأمر العلي المؤرّخ في 9 جويلية 1913 المتعلق بإصدار المجلة الجنائية، والثاني هو القانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرخ في 24 جويلية 1968 المتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائي والذي يعود تاريخ صدوره للأول مرة ليوم 30 سبتمبر 1921، مثّل عاملا إضافيا ميسّرا لقبول المطالب الشعبية المناهضة للفساد وتفعيلها على أرض الواقع، وذلك عبر الإعلان منذ سنة 2014 عن تكوين لجنتين مختصتين تعنى بمراجعة كل من المجلة الجزائية و مجلة الإجراءات الجزائية .

فقد أفرز التطبيق القضائي منذ سنوات خلت أنّ المنظومة الجزائية التونسية، في جانبيها الموضوعي والإجرائي، تشكو من العديد من النقائص ونقاط الضعف، بما جعلها قاصرة وغير فعآلة لمواجهة جميع أوجه صور وأشكال الفساد والرشوة والاعتداء على المال العام، وقد تعزّز هذا الوهن ببروز جرائم مستحدثة تعتمد أساليب وآليات تقنية ومعلوماتية متطورة، فضلا عن صفتها العابرة للحدود الوطنية بما يعسّر عملية تتبّعها وحصر المساهمين والمشاركين فيها.

كما أنّ المنظومة الجزائية المشار إليها أعلاه كانت في جزء منها تشجّع على الفساد وتكرّسه، بل هي أحيانا حامية ومحصّنة للفاسدين، ومن تجلّيات ذلك نذكر تدخّل المشرّع بإيعاز من السلطة السياسية قصد خلق حالات فراغ قانوني نذكر منها:

- إلى حدود سنة 2010، لم تعتمد تونس ضمن نصوصها القانونية الوطنية أيّ تعريف لمصطلح "الفساد" إذ خلت الأحكام التشريعية من أيّ إشارة صريحة أو ضمنية لذلك، وذلك بالرغم من مصادقتها على اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد منذ تاريخ 24 مارس 2008، على أنّ هذه المصادقة أبرزت تردّدا واضحا للنظام القائم آنذاك في اعتماد أحكامها وتفعيل مقتضياتها .
- لئن أمضت تونس على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد منذ 30 مارس 2004 سالفة الذكر، فإنّها استغرقت حوالي أربع سنوات قبل المصادقة عليها، بما يمثّل إشارة صريحة عن عدم الرغبة الحقيقية في اعتماد أحكامها.

- بالرغم من أنّ المادة 6 من الاتّفاقية الأممية المشار إليها ألزمت كل دولة طرف بأن تبعث هيئة أو هيئات لمنع الفساد، فإنّ تونس لم توف بتعهدها إزاء هذا الالتزام زمن النظام السابق.
- أوجبت المادة 12 من ذات الاتفاقية على كل دولة طرف أن تتّخذ التدابير الضرورية لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد، غير أنّ المشرّع التونسي لم ينضبط كذلك لهذا الإلزام الدولي لتبقى النصوص الجزائية التونسية غير مجرّمة للفساد في القطاع الخاص إلى حدّ التاريخ.

"المنظومة الجزائية المشار إليها أعلاه كانت في جزء منها تشجّع على الفساد وتكرّسه، بل هي أحيانا حامية ومحصّنة للفاسدين"

هذا ولئن اعتمد التشريع التونسي تعريفا لمصطلح "الفساد" لأوّل مرّة ضمن المرسوم عدد 7 لسنة 2011 المؤرخ في 18 فيفري 2011 والمتعلق بإحداث لجنة وطنية لتقصي الحقائق حول الرشوة والفساد، ليتكرّر ذلك بالمرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 المؤرخ في 14 نوفمبر 2011 والمتعلق بمكافحة الفساد، حيث تمّ الحديث في المرسومين المذكورين عن الفساد الإداري والفساد في القطاع الخاص، فإنّ ذلك توقّف عند مستوى تقديم التعريف ودون التوجّه لسنّ القوانين المجرّمة لهذا الصنف من الفساد والتي يمكن من خلالها التصدّي له بصفة ناجعة وفعّالة .

وبغاية دعم التمشّي الرّامي إلى تحصين البلاد من آفة الفساد وتعزيز قواعد وآليات الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في التصرف في المال العام، كانت انطلاقة التطور التشريعي بعد الثورة بإصدار دستور 27 جانفي 2014 متضمّنا مجموعة من المبادئ والقواعد الدستورية ذات العلاقة، حيث حيث تمّ التنصيص بالدستور الجديد على إحداث هيئة دستورية تعنى بمكافحة الفساد ضمن مجموع الهيئات الدستورية المستقلة الخمس، فضلا عن تضمينه عديد الأحكام الرامية إلى القطع مع الفساد وإرساء الحكم الرشيد، منها بالخصوص ما ورد بالتوطئة في فقرتيها 1 و3، إذ أورد المؤسّسون لدستور 27 جانفي 2014 بها أنّه"...ووفاء لدماء شهدائنا الأبرار ولتضحيات التونسيين والتونسيات على مرّ الأجيال، وقطعا مع الظلم والحيف والفساد"، وأنّه "تأسيسا لنظام جمهوري ديمقراطي تشاركي، في إطار دولة مدنية السيادة فيها للشعب...يكون فيها حق التنظّم القائم على التعددية وحياد الإدارة والحكم الرشيد... تضمن فيه الدولة علوية القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان واستقلالية القضاء والمساواة في الحقوق والواجبات بين جميع المواطنين والمواطنات والعدل بين الجهات".

فضلا عن ذلك، فقد كرّس الدستور الجديد ضمن الفصول 10 و11 و12 و15 و32 جملة من المبادئ التي تلزم الدولة بمختلف هياكلها السياسية والإدارية المركزية والمحلية بالعمل على منع الفساد ومقاومة التهرب والغش الجبائيين، وبوجوب اعتماد مبادئ الحياد والمساواة والشافية والنزاهة والنجاعة والمساءلة في تسيير الإدارة العمومية.

وعلاوة على ما جاء بالدستور الجديد، فقد تتالي تباعا إقرار العديد من النصوص القانونية التي تضمن مبدئيا إطارا قانونيا مقبولا للتّوقي من الفساد ومكافحته وموائما للمعايير الدولية المضمّنة بالاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد التي صادقت عليها تونس منذ سنة 2008، وقد تجسّم كل ذلك بصدور النصوص التالية:

- القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرّخ في 24 مارس 2016 المتعلّق بالحق في النفاذ إلى المعلومة.
- القانون الأساسي عدد 77 لسنة 2016 المؤرخ في 6 ديسمبر 2016 المتعلّق بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي.
- القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 المؤرخ في 7 مارس 2017 المتعلّق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلّغين، والذي تضمّن تعريفا جديدا للفساد ولحالاته.
- القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المؤرخ في 24 أوت 2017 المتعلّق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.
- القانون الأساسي عدد 46 لسنة 2018 المؤرخ في 1 أوت 2018 المتعلّق بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح المعبّر عنه بقانون "من أين لك هذا".
- ليكون الختام بصدور القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أفريل 2019 المتعلق بمحكمة المحاسبات.

ولئن يبدو في الظاهر أنّ الترسانة التشريعية الوطنية في مجال مكافحة الفساد أضحت اليوم مبدئيا مكتملة، فإنّها تبقى في تقديرنا في حاجة لمزيد التطوير تحقيقا للتناسق فيما بينها وضمانا لتلاؤمها الكامل مع المعايير الدولية في مكافحة الفساد وذلك على المستويين الموضوعي والإجرائي على حدّ السواء، وهو الأمر الذي سنحاول إبرازه عبر هذه الدراسة من خلال تحليل مدى اتّساق **الأحكام الموضوعية** المتعلقة بحماية المال العام والمنصوص عليها بالخصوص بالفصول من 82 إلى 115 من المجلة الجزائية، مع المبادئ الدستورية من جهة، وكذلك مع سائر الأحكام القانونية الأخرى ذات العلاقة من جهة أخرى **(مبحث أوّل)**، مرورا برصد مدى التناسق الحاصل بين **المنظومة الإجرائية التونسية في المادة الجزائية** مع المبادئ والقواعد الدستورية المقرّرة، ومع سائر الأحكام القانونية الأخرى ذات العلاقة **(مبحث ثاني)**، كل ذلك توصّلا إلى اقتراح التعديلات والتنقيحات التي نراها ضرورية لضمان ملاحقة فعالة وناجعة للجرائم المتّصلة بالمال العام، وتحقيقا للتناسب المطلوب بين خطورة الأفعال والعقاب المقرّر.

"ولئن يبدو في الظاهر أنّ الترسانة التشريعية الوطنية في مجال مكافحة الفساد أضحت اليوم مبدئيا مكتملة، فإنّها تبقى في تقديرنا في حاجة لمزيد التطوير تحقيقا للتناسق فيما بينها وضمانا لتلاؤمها الكامل مع المعايير الدولية في مكافحة الفساد"

المبحث الأوّل: مدى تناسق المنظومة الجزائية الموضوعية مع المبادئ الدستورية المقرّرة ومع سائر النصوص القانونية الأخرى ذات العلاقة

قصد التطرق لهذه المسألة، نرى من الضروري التعرض أوّلا للتوجهات التشريعية الدولية في مجال الحماية الجزائية للمال العام **(أ)**، لنتولى في مرحلة ثانية مقارنتها بواقع التشريـع التونسي من خلال نص الدستور، وكذلك من خلال النصوص التجريمية النافذة **(ب)**.

أ : أهمّ التوجهات التشريعية الدولية لمكافحة الفساد

بغاية الإلمام بالتوجهات العامة للتشريـع الدولي في مجال مكافحة الفساد، يكون من الضروري البحث في أهم آلياته، ونعني بها الاتّفاقيات الدولية وتوصيات مجموعة العمل المالي.

*** الاتّفاقيات الدولية**

- اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثّرات العقلية 1988، والتي أكّدت على وجوب تجريم غسل الأموال (المادة 3)، وتوفير أو حجز الوثائق البنكية والمالية والتجارية (المادة 5 فقرة 3) وعلى وجوب قلب عبء الإثبات على من يدّعي شرعية مصدره من أموال ومتأتّيات (المادة 5 فقرة 7).

- الاتّفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب "نيويورك 1999"، والتي حثّت الدول على اتّخاذ التدابير الملزمة لمؤسّساتها المالية والمهنية قصد احترام تدابير التحقّق من هوية الحرفاء ومن العمليات المالية (المادة 18 فقرة 1).

- اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية "بالرمو 2000"، والتي أكّدت على وجوب تجريم الدول عبر قوانينها الداخلية لمجموعة من الجرائم من بينها غسل العائدات الإجرامية (المادة 6) ورشوة الموظّفين العموميين بما فيهم الأجانب (المادة 8).

- اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، والتي تمثّل اليوم الإطار التشريعي الدولي الأوّل لمكافحة الفساد، والتي حثّت الدول سنّ تشريـع واتخاذ تدابير لحماية المبلّغين (المادة 33) وعلى إنشاء وحدة للاستخبارات المالية (المادتين 14 و58). كما ألزمت هذه الاتّفاقية الدول المصادقة عليها على بعث هيئة أو هيئات لمكافحة الفساد (المادة 6)، وعلى تجريم غسل العائدات المتأتّية من جريمة (المادة 23)، واعتماد تدابير لمنع غسل الأموال (المادتين 14 و52)، واتّخاذ التدابير التشريعية لتجريم رشوة الموظّفين العموميين الأجانب أو موظّفي مؤسّسة دولية عمومية (المادة 16)، وتجريم الإثراء غير المشروع للموظّفين العموميين (المادة 20)، واعتماد التدابير القانونية اللازمة لمكافحة الفساد في القطاع العام (المواد من 7 إلى 11) وكذلك في القطاع الخاص (المادة 12).

*** توصيات مجموعة العمل المالي**

أنشأت مجموعة العمل المالي بباريس سنة 1989، وهي هيئة حكومية دولية تتكوّن حاليا من 36 بلدا، وهي تتولى مهمّة دراسة تقنيات تمويل الإرهاب وغسل الأموال، حيث تعمل على

تحديد مواطن الضعف في الأنظمة المالية الوطنية بغاية منع استعمال المجرمين للنظام المال العالمي،وتقوم في هذا الإطار بإعداد وتطوير السّياسات المتعلّقة بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ومتابعة مدى التقدّم الذي تحرزه الدول الأعضاء في تنفيذ التدابير المقرّرة.

وقد أكّدت التوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي في المجال التشريعي على العديد من المعايير، لعل أبرزها في علاقة بموضوعنا الماثل، يتمثّل في فرض اتّخاذ التدابير اللازمة للإبلاغ عن العمليات المشبوهة من طرف المؤسّسات المالية والمهن غير المالية (التوصية 20)، ووجوب التعريف بالمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الاعتبارية والترتيبات القانونية (التوصيتين 24 و25)، فضلا عن تطبيق جريمة غسل الأموال على أكبر عدد من الجرائم الأصلية (التوصية 3)، والعمل على جعل المصادرة والتدابير المؤقتة من أهداف السياسة الجزائية للدول (التوصية 4).

ب: مدى تطابق القواعد الموضوعية الوطنية مع التوجهات الدولية للحماية الجزائية للمال العام :

بغاية دعم التمشي الرامي إلى تحصين البلاد من آفة الفساد خاصة عبر تعزيز قواعد وآليات الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، تضمّن الدستور الجديد للبلاد عديد الأحكام المرتبطة بهذا الموضوع، علاوة على تكريسه لعلوية القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان واستقلالية القضاء والمساواة في الحقوق والواجبات بين جميع المواطنين والمواطنات.

فضلا عن ذلك، فقد كرّس الدستور ضمن الفصول 10 و11 و12 و15 و32 جملة من المبادئ المتّصلة بإلزام الدولة بمختلف هياكلها السياسية والإدارية المركزية والمحلية بالعمل على منع الفساد ومقاومة التهرب والغش الجبائيين، وبوجوب اعتماد مبادئ الحياد والمساواة والشفافية والنزاهة والنجاعة والمساءلة في تسيير الإدارة العمومية.

***مؤشّرات التطابق والامتثال:**

تمثّل المجلة الجنائية القانون العام في مادة التجريم بالمنظومة التشريعية التونسية، وبالعودة لنصوص هذه المجلة، نرى أنّها قد خصّصت الباب الثالث من الكتاب الثاني منها لزجر الجرائم المرتكبة من الموظّفين العموميين أو أشباههم حال مباشرة أو بمناسبة مباشرتهم وظائفهم. وقد تضمّن هذا الباب 35 فصلا (من الفصل 82 إل الفصل 115 مع إضافة الفصل 87 مكرّر)، وقد تمّ تقسيم هذه الفصول إلى أربعة أقسام: الأوّل جاء تحت عنوان "أحكام عامة"، ويشمل الفصل 82، أما القسم الثاني الوارد تحت عنوان "في الإرتشاء والإرشاء، فهو يضمّ الفصول من 83 إلى 94، في حين تعلّق القسم الثالث بالاختلاس من طرف الموظفين العموميين، وهو يشمل الفصول من 95 إلى 98، أمّا القسم الرابع والأخير، فقد جاء تحت عنوان "الاختلاسات التي يرتكبها المؤتمنون العموميون، وهو يشمل الفصول من 99 إلى 115 .

ويؤكّد استعراض المجلة الجزائية التونسية للأفعال الصادرة عن الموظف العمومي، في علاقة بحماية المال العام حرص المشرّع على إيجاد التلاؤم المطلوب مع المقتضيات الدولية سالفة الذكر، ويبرز ذلك على الأقل من خلال المعطيات التالية:

- ✓ الارتباط الوثيق لحماية المال العام مع شخص الموظف العمومي، وهو المصطلح الذي تمّ تعريفه بالفصل 82 من المجلة الجزائية كما يلي:"يعتبر موظف عمومي تنطبق عليه أحكام هذا القانون كل شخص تعهد إليه صلاحيات السلطة العمومية أو يعمل لدى مصلحة من مصالح الدولة أو جماعة محلية أو ديوان أو مؤسسة عمومية أو منشأة عمومية أو غيرها من الذوات التي تساهم في تسيير مرفق عمومي، ويشبّه بالموظف العمومي كل من له صفة المأمور العمومي ومن أنتخب لنيابة مصلحة عمومية أو من تعيّنه العدالة للقيام بمأمورية قضائية".

ولعلّ ما يميّز هذا التعريف الجزائي لصفة الموظف العمومي بالقانون التونسي، هو أنه أوسع من حيث مجال الانطباق، من التعريف الوارد بقانون الوظيفة العمومية، الأمر الذي يسمح بانطباق الفصل 82 في حالات مستثنات صراحة أو ضمنيا بموجب الفصل الأول من القانون المذكور [263] .

غير أنّ هذا التوسع في المفهوم القانوني الجزائي المسند للموظف العمومي لم يحل دون بروز نقاش في أروقة المحاكم التونسية في علاقة بالقضايا المثارة ضد الرئيس الأسبق للجمهورية ووزراء النظام السياسي قبل ثورة 14 جانفي 2011، حيث تردّد كثيرا السؤال ولا زال حول مدى توفّر صفة الموظف من عدمها قي حق هؤلاء، وقد كان بالإمكان تجاوز هذا الجدل القضائي لو تمّ تعديل نص الفصل 82 من المجلة الجزائية ليتطابق مع التعريف المعتمد بالاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد لسنة 2003 والتي عرّفت الموظف العمومي بالفقرة (أ) من المادة الثانية بأنّه:

1/ أيّ شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا لدى دولة طرف، سواء كان معيّنا أم منتخبا، دائما أم مؤقتا، مدفوع الأجر أم لا،

2/ أيّ شخص آخر يؤدّي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدّم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف،

3/ أيّ شخص آخر معرّف بأنّه موظف عمومي في القانون الداخلي للدولة الطرف".

- ✓ أمّا المعطى الثاني، فيتمثل في حرص المشرّع التونسي على تجريم جميع أوجه وحالات الاعتداء الممكنة على المال العام سواء اتّخذت شكل جريمة رشوة أو استيلاء أو اختلاس، وسواء حقّقت منفعة شخصية ومباشرة للمظنون فيه أو لم تحقّق، إذ يكتفي التشريع التونسي بالفصل 96 بإثبات تحقيق المنفعة للغير أو الضرر اللاحق بالإدارة لتأكيد قيام أركان الجريمة.

263 -ينصّ الفصل الأول من القانون عدد 112 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية على ما يلي:"ينطبق هذا النظام الأساسي العام على جميع الأعوان المستخدمين بأي عنوان كان بالإدارات المركزية للدولة والمصالح الخارجية التابعة لها والجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ولا ينطبق هذا النظام على رجال القضاء و العسكريين وأعوان قوات الأمن الداخلي وأعوان المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية الذين يخضعون إلى نصوص متميزة ".

- ✓ وآخر هذه المعطيات مفاده أنّ النظر في العقوبات المقرّرة بنصوص المجلة الجزائية التونسية، يؤكد التوجه التشريعي نحو التشديد فيها، وذلك بجعل كل جرائم التعدي على المال العام معاقب عنها بصفة مزدوجة بعقاب بدني لا يقلّ في كل الحالات عن خمس سنوات سجن (باستثناء الفصل 87 مكرّر)، وبعقاب مالي يكون في شكل خطية تتراوح قيمتها بين قيمة المنفعة الواقع الحصول عليها وضعفها، هذا فضلا عن تعزيز التوجه العقابي الزجري من خلال **تمكين المحكمة من مبدأ الخيار بين الحكم بالعقوبات التكميلية المنصوص عليها بالفصل 5 من المجلة الجزائية** (الحرمان من بعض الحقوق) من عدمه بالنسبة للجرائم موضوع الأقسام 2 و3 و4، وفرض تصريحها بعقوبة مالية إضافية تتّخذ شكل الرّد لما وقع الاستيلاء عليه أو اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الفاعل أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى [264]، وذلك بالنسبة للجرائم موضوع القسم 3 وجريمة الفصل 99 المدرجة بالقسم 4 .

وبصفة أولية، تؤكد جملة المعطيات الموضوعية الواقع بيانها أعلاه في علاقة بالنصوص التجريمية وبالعقوبات المنطبقة عليها بالمجلة الجزائية التونسية، تطابقها مع المستوجبات التشريعية الدولية، وخاصة منها مقتضيات المواد من 7 إلى 11 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، والمادة 8 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000 المتعلقة باتخاذ التدابير التشريعية لمنع الفساد في القطاع العام وتجريم رشوة الموظفين، حيث تمّ استيعاب تلك المستوجبات بنصوص المجلة الجزائية، هذا بالإضافة لإستجابتها لمتطلبات التوصية عدد 4 من توصيات مجموعة العمل المالي.

وبالإضافة للنصوص التشريعية المضمنة بالمجلة الجزائية، فقد شهد التشريع التونسي بعد الثورة، في علاقة بحماية المال العام، صدور عديد النصوص التي كرّست بصفة فعلية الالتزام الوطني بالمعايير الدولية، نذكر منها بالأساس:

- الإضافة التشريعية التي قدّمها القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال والمنقّح بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 المؤرّخ في 23 جانفي 2019 [265] على مستوى التطابق المطلوب مع المعايير الدولية، ويبرز ذلك عبر عدة أمثلة نسوق منها بالأساس ما يلي:

---

264 -الفصل 98 من المجلة الجزائية: "على المحكمة في جميع الصور المنصوص عليها بالفصول 96 و 97 أن تحكم فضلا عن العقوبات المبينة بهذين الفصلين برد ما وقع الاستيلاء عليه أو اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح و لو انتقلت إلى أصول الفاعل أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى....".

الفصل 99 من المجلة الجزائية : يعاقب بالسجن .....و تنسحب وجوبا أحكام الفصل 98 على الجرائم المنصوص عليها بهذا الفصل

265 -منطلق التجريم بالقانون التونسي لغسل الأموال كان بموجب القانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال والواقع إلغائه وتعويضه بالقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 .

- ✓ تجريم غسل الأموال واعتباره جريمة مستقلة (تطابقا مع المادة 3 من اتفاقية فيانا لسنة 1988 ومع المادة 6 من اتفاقية بالرمو لسنة 2000 ومع المادة 23 من اتفاقية مريدا لسنة 2003)،
- ✓ إلزام المؤسّسات المالية والمهن المتداخلة في هذا المجال باتخاذ ما يلزم من تدابير العناية لحرفائهم(الفصول من 107 إلى 113)، والإبلاغ عن العمليات المشبوهة (الفصل 125)، بما يمثّل تطابقا إضافيا مع التوصيتين عدد 10 و20 لمجموعة العمل المالي و ومع المادتين 14 و52 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 ومع المادة 18 من اتّفاقية نيويورك لسنة 1999،
- ✓ إقرار آلية التجميد والحجز المؤقت للأموال موضوع التجريم، كإقرار المصادرة كعقوبة إلزامية تنطق بها المحكمة بالإضافة للعقوبات البدنية والمالية المقرّرة لجريمة غسل الأموال، كل ذلك استجابة من المشرع التونسي لمقتضيات التوصية عدد 4 من توصيات مجموعة العمل المالي .

- دخول القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 مؤرخ في 7 مارس 2017 المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين حيّز التنفيذ والذي حدد صيغة وإجراءات التبليغ عن الفساد وآليات حماية المبلغين كما جعل من هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد الجهة الوحيدة المخولة لتلقي الإبلاغ عن الفساد الموجب للحماية وذلك في تطابق مع مقتضيات المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003.

- صدور القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة والذي حدّد من بين أهدافه، طبق ما أورده فصله الأول، تعزيز مبدأي الشفافية والمساءلة خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام بما يجعل القانون المذكور في توائم تامّ مع مقتضيات الفصل 32 من الدستور الذي أرسى الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة.

- صدور القانون الأساسي عدد 77 لسنة 2016 المؤرخ في 6 ديسمبر 2016 المتعلق بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي والذي جاء لإرساء قضاء مالي واقتصادي متخصّص بعد أن سيطرت حالة من الضبابية على الواقع القضائي بتونس منذ تاريخ 23 جانفي 2013 تاريخ بداية العمل الفعلي للقطب المالي، حيث أحدث لأوّل بمجرد مذكرة صادرة عن وزير العدل بتاريخ 3 أوت 2012.

وتكمن مزية التركيز القانوني للقطب القضائي الاقتصادي والمالي بموجب قانون أساسي في كونه شكّل عنصر قطع نهائي للنقاش القانوني واللبس القائم حول مدى شرعية الإجراءات المعتمدة عند بعثه على الصيغة المقرّرة خلال سنة 2012، فضلا عن أنّه حقّق التطابق المطلوب مع المادة 36 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتوصية 31 من توصيات مجموعة العمل المالي.

- صدور القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 مؤرخ في 24 أوت 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد والذي أنشأ هيئة دستورية مستقلة تتمتّع بالشخصية القانونية

والاستقلالية الإدارية والمالية [266]، وذلك في تناسق محمود مع أحكام الدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014 [267] ومع مقتضيات المادة 6 من الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد لسنة 2003 .

- إصدار القانون الأساسي عدد 46 لسنة 2018 المؤرخ في 1 أوت 2018 المتعلق بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح في تناسق تامّ مع أحكام الفصل 11 من الدستور والذي اقتضى أنه "على كل من يتولى رئاسة الجمهورية أو رئاسة الحكومة أو عضويتها أو عضوية مجلس نواب الشعب أو عضوية الهيئات الدستورية المستقلة أو أيّ وظيفة عليا أن يصرّح بمكاسبه وفق ما يضبطه القانون"، فضلا عن تضمين هذا القانون عنصرين هامين لهما علاقة بموضوع بحثنا:

- ✓ الأول، يتمثّل في تجاوز قائمة المطالبين بالتصريح بالمكاسب والمصالح بموجب القانون للأشخاص الواقع التعرض لهم بصفاتهم بنص الدستور، وهو تجاوز مبرّر بالتأويل الواسع لعبارة الوظائف العليا المعتمدة بالدستور بشكل مكّن من استيعاب عديد المهن والوظائف التي تمّ التنصيص عليها بالقانون، وهو توسّع محمود لأثره المجدي في باب إرساء قواعد الشفافية والنزاهة في الحياة العامة وفي مقاومة جرائم الفساد عموما،
- ✓ أمّا الثاني، فيتمثّل في توجه المشرع التونسي وللمرة الثانية في تاريخه إلى اعتماد مبدأ قلب عبئ الإثبات[268]، وذلك بدعوة المظنون فيه لتبرير شرعية مداخيله واعتبار عجزه عن ذلك قرينة على الإدانة بجريمة الإثراء غير المشروع بحكم فساد مكاسبه بحكم القانون وبالتالي تسليط العقوبات المخصّصة لهذه الجريمة والمتمثّلة في السجن والخطية والمصادرة إذا تعلّق الأمر بشخص طبيعي، أمّا إذا كان الشخص معنويا، فتنضاف إلى قائمة العقوبات عقوبة الحلّ[269].

غير أنّه، ولئن كان هذا التوجّه التشريعي متطابقا مع مقتضيات التشريع الدولي، وخاصة منها المادة 5 فقرة 7 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتّجار غير المشروع في المخدّرات والمؤثرات العقلية "فيانا " 1988، وكذلك مع المادة 20 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة

---

266 -أوّل ظهور قانوني لهيئة مختصة في مكافحة الفساد بتونس تطبيقا لمقتضيات المادة 6 من الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد لسنة 2003 كان بموجب المرسوم عدد7 لسنة 2011 المؤرخ في 18 فيفري 2011 المتعلق بإحداث لجنة وطنية لتقصي الحقائق حول الرشوة و الفساد والذي تم إلغاؤه بموجب المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 المؤرخ في 14 نوفمبر 2011 و المنشئ للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد .

267 -الفصل 130 من دستور 2014 نص على " تسهم هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في سياسات الحوكمة الرشيدة ومنع الفساد ومكافحته ومتابعة تنفيذها ونشر ثقافتها، و تعزيز مبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة . تتولى الهيئة رصد حالات الفساد في القطاعين العام والخاص، والتقصي فيها، والتحقق منها، وإحالتها على الجهات المعنية . تستشار الهيئة وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها...."

268 -المرة الأولى التي توجّه من خلالها المشرع التونسي لقلب عبئ الإثبات كانت ضمن مجلة الديوانة الصادرة في 2 جوان 2008، حيث نص الفصل 345 منها على ما يلي:"إذا أقيمت الدعوى بناء على محجوز، فإنّ عبء إثبات عدم ارتكاب المخالفة أو الجنحة يحمل على المحجوز عليه".

269 -الفصول 4 و37 و41 و46 من القانون عدد 46 لسنة 2018 .

2003، فإنّه أثار بعض الجدل في علاقته بالفصل 27 من الدستور والذي اقتضى أنّ "المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة".

أمّا بخصوص التوجّه نحو قلب عبئ الإثبات المعتمد من طرف المشرع التونسي بالقانون المتعلق بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح، فهو في تقديرنا سليم وتفرضه الضرورة الواقعية المتّجهة نحو مكافحة جرائم الفساد المستفحلة ببلادنا، كما هو مبرّر بسبق مصادقة تونس على اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدّرات والمؤثرات العقلية "فيانا 1988" منذ 24 جويلية 1990، علما بأنّ قلب عبئ الإثبات لا يعني آليا عدم توفّر معايير المحاكمة العادلة من حيث توفير جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة طبق ما تفرضه أحكام الفصل 27 من الدستور.

والمؤكد اليوم، أنّ الزخم الذي ميّز جملة النصوص القانونية المشار إليها أعلاه لا تحجب وجود بعض أوجه النقص والخلل التشريعي في علاقة بالنصوص التجريمية المعنية بمجال حماية المال العام والذي يؤدي في بعض المجالات للإقرار بتواصل وجود عدم امتثال نسبي للمنظومة القانونية التونسية مع المعايير الدولية، ذلك أنه لوحظ تأخّر كبير في إصدار **النصوص التطبيقية** اللازمة لتفعيل أحكام القوانين على أرض الواقع على غرار تلك المتعلقة بحماية المبلّغين وتحفيزهم أو تلك المتعلقة بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح، فضلا عن عدم استكمال الإطار التشريعي المتعلق بتمويل الأحزاب والجمعيات.

"لوحظ تأخّر كبير في إصدار النصوص التطبيقية اللازمة لتفعيل أحكام القوانين على أرض الواقع على غرار تلك المتعلقة بحماية المبلّغين وتحفيزهم أو تلك المتعلقة بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح، فضلا عن عدم استكمال الإطار التشريعي المتعلق بتمويل الأحزاب والجمعيات"

ومن جهة أخرى، ولئن أسند دستور 2014 لمحكمة المحاسبات اختصاص مراقبة حسن التصرف في المال العام (الفصل 117 من الدستور) ومقاومة الفساد، ورغم صدور القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أفريل 2019 المتعلق بمحكمة المحاسبات متضمّنا لمجمل المبادئ والمعايير الدولية المعتمدة في هذا المجال لدى سائر الأنظمة القضائية المالية المقارنة، فإنّ هذه المحكمة لا تحظى بالموارد والإمكانيات اللازمة من قبل السلط العمومية، بما انجرّ عنه عدم تمكّنها من أداء دورها المنتظر على الوجه المأمول في مقاومة الفساد وفي حماية الأموال العمومية.

علاوة على ما تقدّم، فقد لوحظ تواجد بقاء بعض الحالات التي تجسّد عدم تلاؤم واضح لبعض النصوص التجريمية مع نص الدستور.

***حالات عدم الامتثال أو عدم الملائمة:**

يمثّل **غياب النصوص القانونية المجرّمة للفساد في القطاع الخاص** إشكالا جوهريا تعاني منه المنظومة الجزائية التونسية في مجال مكافحة الفساد، فهو يمثّل في ذات الوقت خللا مقارنة بالتوجهات التشريعية الدولية وحالة عدم ملائمة فاضحة على مستوى النصوص التشريعية الوطنية، ويبرز ذلك من خلال المعطيات التالية :

> **يمثّل غياب النصوص القانونية المجرّمة للفساد في القطاع الخاص إشكالا جوهريا تعاني منه المنظومة الجزائية التونسية في مجال مكافحة الفساد**

- ✓ لئن أمضت تونس على الاتّفاقية الدولية لمكافحة الفساد منذ سنة 2004 وصادقت عليها في 24 مارس 2008، وبالرغم من أنّ المادة 12 منها تفرض على كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي "اتّخاذ تدابير لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد وتفرض عند الاقتضاء عقوبات مدنية أو إدارية أو جنائية تكون فعالة ومتناسبة ورادعة"[270]، وبالرغم من مرور أكثر من 11 سنة على ذلك، فإنّ التشريع التونسي لا يزال إلى حدّ التاريخ يعاني من غياب نصوص تجرّم الفساد في القطاع الخاص.
- ✓ بالرغم من تتالي صدور النصوص القانونية بعد ثورة 14 جانفي 2011، والتي تدفع نحو تجريم الفساد في القطاع الخاص بداية من نص الفصل 130 من دستور 2014، مرورا بالمرسومين عدد 7 و120 لسنة 2011 وصولا للقانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 [271]، فقد استمرّ الفراغ التشريعي في علاقة بالنصوص التجريمية، حيث يلاحظ إلى حد اليوم غياب أي نص بالمجلة الجزائية أو بباقي النصوص الخاصة يؤسّس لتجريم الفساد في القطاع الخاص ويرتّب عنه العقوبات الجزائية الرادعة والمتناسبة.

وبالإضافة لهذا الخلل الجوهري في المنظومة القانونية الجزائية، فإنّ استعراض جملة النصوص العقابية في علاقة بحماية المال العام تبرز لنا عديد الإشكالات والتي نتولى رصد أهمها كالآتي:

270 -مقتطف من نص المادة 12 من الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد لسنة 2012.

271 -الفصل 3 من المرسوم عدد 7 لسنة 2011 و الفصل 1 من المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 و الفصلين 4 و 5 من القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 .

1: حالات عدم التلاؤم مع المجلة الجزائية :

بالإضافة لما تمت الإشارة إليه أعلاه في علاقة بقصور المفهوم القانوني المسند بالفصل 82 من المجلة الجزائية عن الإحاطة بجملة الوضعيات الواقعية ذات العلاقة بالحماية الجزائية للمال العام وما شابهه بما لا يتلاءم والمفهوم المسند لنفس المصطلح بالاتّفاقية الدولية لمكافحة الفساد، يمكن التأكيد على أنّ موضوع تحديد المفاهيم القانونية، والتي تؤثّر بصفة مباشرة على قيام الأركان القانونية للجرائم تثير إشكالات أخرى، ذلك أنّه ولئن تم تلافي النقص المسجّل صلب المجلة الجزائية من جهة غياب تعريف بها لمصطلح **"المال"** بصدور القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الفساد ومنع غسل الأموال، فإنّ **مصطلح "المكاسب"** الوارد ذكره بالفصل 96 من ذات المجلة الجزائية [272]لم يقع تعريفه قانونا بما يفتح المجال لعديد التأويلات التي من شأنها التأثير على الأحكام الصادرة ويقلّل من فعالية الحماية القانونية المسندة للمال العام صورة عامة.

وبالإضافة للإشكاليات المتعلقة بتعريف المصطلحات القانونية، فإنّ النصوص التجريمية الواردة بالمجلة الجزائية تستدعي في رأينا إبداء الملاحظات التالية:

- لئن عرّف الفصل 82 من المجلة الجزائية الموظف العمومي وربط بالفصول اللاحقة له بين الفعل الصادر عنه وقيام الجرائم الماسة بالمال العام، فلا وجود لأيّ تنصيصات خاصة بذات الجرائم والمرتكبة من الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية، وهو ما يمثّل حالة عدم امتثال مع مقتضيات المادة 16 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 ومع المادة 8 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العبر وطنية "بالرمو" لسنة 2000 .
- في غياب أي نص تجريمي للفساد في القطاع الخاص في القانون التونسي، فقد اقتصر تأسيس التجريم في مجال حماية المال العام على شخص الموظف العمومي كفاعل أصلي، مع التوجه نحو إصباغ صفة المشارك على من عداه، غير أنّ الإشكال التطبيقي يطرح بالنسبة لجريمة المشاركة التي يؤسّس لها الفصل 32 من المجلة الجزائية، ذلك أنّ هذا الأخير لا يجرّم فعل الاستفادة من الجريمة بما يفتح الباب لعديد المتّهمين من غير الموظفين العموميين والذين يثبت أنهم المستفيدون الفعليين من الجريمة قصد الإفلات من العقاب ويساهم بالتالي في تبديد المال العام .
- تمّ تقنين جريمة الرشوة بالفصول من 83 إلى 94 من المجلة الجزائية، وقد رتّب عنها المشرّع عقوبة مبدئية لا تقلّ عن 10 سنوات سجن وخطية مالية قدرها ضعف قيمة الأشياء المقبولة، على أن لا تقلّ عن 10 آلاف دينار،كما تولى المشرّع التونسي تشديد العقوبات المفروضة في وضعيتين، الأولى موضوعية وهي الحالة التي يكون فيها الموظف العمومي هو الباعث على ارتكاب الجريمة، والثانية شخصية في علاقة بصفة الفاعل

272 -أهمية هذه الوضعية تبرر بما تم ملاحظته من تهافت السلطة القضائية على إستعمال هذا الفصل في القضايا المنشورة ضد رموز النظام السابق وذلك منذ سنة 2011 .

كقاضي مثلا، وتستدعي هذه الوضعية الأخيرة بعض الملاحظات، ذلك أنّ التشديد الوارد بالفصلين 88 و89 من المجلة الجزائية اقتصر على القضاة المباشرين لقضايا جزائية بما يجعل من رشوة القاضي في غيرها من القضايا خاضعة فقط للنص العام وهو الفصل 83 من ذات المجلة،كما أنّ الفصلين 88 و89 سالفي الذكر لم يسلّطا أيّ عقاب في حال تعمّد القاضي عدم تسليط عقوبة في الجرائم التي لا تستوجب عقوبة الإعدام أو السجن المؤيد، هذا بالإضافة إلى أنّهما أسقطا عقوبة الخطية وكذلك العقوبات التكميلية في حق القاضي المرتشي في القضايا الجزائية، بما يدفع للتساؤل حول حقيقة توجّه المشرع نحو تشديد العقوبة فعليا، والحال أنّ صفة القاضي، أينما انتصب، كافية لوحدها لتكون ظرف تشديد كلما علقت بأعماله جريمة رشوة.

- تدخّل المشرع التونسي سنة 1998 من خلال تنقيح المجلة الجزائية وذلك بإضافة الفصل 87 مكرّر إليها، وقد جاء بهذا الفصل أنه "يعاقب بالسجن مدة 5 أعوام وبخطية قدرها 5 آلاف دينار كل موظف عمومي أو شبهه يقبل لنفسه أو لغيره بدون حق سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة عطايا أو وعودا بالعطايا أو هدايا أو منافع كيفما كانت طبيعتها لمنح الغير امتيازا لا حق له فيه وذلك بمقتضى عمل مخالف للأحكام التشريعية والترتيبية الضامنة لحرية المشاركة ولتكافؤ الفرص في الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية والمنشآت العمومية والدواوين والجماعات المحلية التي تساهم الدولة أو الجماعات المحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة ".

والملاحظ أنّ تدخّل المشرّع على النحو المذكور سلفا توجّه بالأساس إلى التخفيف من العقوبة المستوجبة عادة للموظف العمومي أو شبهه حين قيامه بمخالفة القانون والإجراءات لتحقيق منفعة لنفسه أو لغيره والمنصوص عليها بالفصل 96 من المجلة الجزائية، وذلك بالحط من عقوبة السجن المقرّرة بالفصل الأخير في الذكر من 10 إلى 5 سنوات، كالحط كذلك من مبلغ الخطية من قيمة المنفعة المتحصل عليها إلى 5 آلاف دينار فقط، وهو ما يعتبر في تقديرنا مثالا حيّا للفساد التشريعي باعتباره يكشف بوضوح توجّه النظام السياسي السابق (التدخل التشريعي حصل سنة 1998) بصفة غير مبرّرة لتخفيف العقوبات في خصوص بعض الجرائم التي أثبتت أعمال التقصي الواقعة من طرف الهياكل الرقابية والقضائية والهيئات المتعاقبة لمكافحة الفساد بأنها مثّلت المجال الحيوي للنشاطات المشبوهة لأفراد عائلة الرئيس الأسبق وزوجته، ونعني به مجال الصفقات العمومية.

2: حالات عدم التلاؤم الواردة ببعض القوانين الخاصة:

يمكن استخلاص حالات عدم التلاؤم في هذا المجال من خلال الحالات التالية :

- على مستوى القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال :

- في تراجع عما كان عليه الأمر بالقانون عدد 75 لسنة 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، فقد قيّد الفصل 92 من القانون عدد 26 لسنة 2015 نطاق اعتماد الجريمة الأصلية لجريمة غسل الأموال بالجرائم

المستوجبة لعقوبة بدنية بثلاث سنوات أو أكثر باستثناء التهريب، وهو تقييد تشريعي يتعارض بجلاء مع مقتضيات المادة 23 من اتّفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، وكذلك مع التوصية 3 من توصيات مجموعة العمل المالي والتي تحثّ كل الدول المصادقة على **وجوب تطبيق جريمة غسل الأموال على أوسع مجموعة من الجرائم الأصلية،** كما أنّه يتناقض مع سائر التقييمات الوطنية والمؤشرات المحلية الصادرة في هذا المجال، ذلك أنّ "تقرير التقييم الوطني لمخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب" الصادر عن اللجنة التونسية للتحاليل المالية خلال شهر أوت من سنة 2017 كشف أنّ قائمة التهديدات يتصدرها، إضافة للتهريب **جرائم التهرب الضريبي،** غير أنه ومن المفارقات العجيبة أنّ هذه الجرائم الأخيرة، لا تتجاوز أشد العقوبات البدنية المقرّرة في خصوصها طبقا للقوانين التونسية والتي منها بالأساس أحكام الفصل 92 من القانون عدد 26 لسنة 2015 سالف الإشارة، 3 سنوات سجن .

- خلافا لما تقتضيه الفقرة 7 من المادة 5 من اتّفاقية فيانا لسنة 1988، فإنّ ذات الفصل 92 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال في فقرته قبل الأخيرة لم يتوجه إلى قلب عبئ الإثبات، بل اكتفى بالتنصيص على أنّ الإثبات لا يكون إلا بتوفر ما يكفي من القرائن والأدلة على عدم شرعية الأموال.

- على مستوى القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرّخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بإصدار مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية:

تضمن هذا القانون عقوبات مخففة لجملة **الجرائم ذات العلاقة بالتصرف والاعتداء على التراث الوطني والآثار،** غير أنّ ما يثير الانتباه أنّ جريمة التنقيب عن الآثار دون الحصول على رخصة لا تتجاوز عقوبتها 6 أشهر سجن فقط و 5 آلاف دينار كحدّ أقصى[273]، كما لم ينص هذا القانون على عقوبات خاصة في صورة تصدير تلك الآثار خارج حدود الوطن دون رخصة، والحال أنّ مثل هذه الجرائم تصل عقوباتها بالقوانين المقارنة لحد الأشغال الشاقة المؤبدة[274].

وفي المحصلة، يمكن التأكيد على أنّ الخروج بتوصيف شامل لمدى تطابق التشريع التونسي القائم في مادة حماية المال العام مع سائر المبادئ الدستورية والقانونية ومع المعايير الدولية المنطبقة في مجال مكافحة الفساد، يدفعنا حتما، علاوة على ما تمت الإشارة إليه أعلاه في علاقة بالقواعد التشريعية الموضوعية، للنظر كذلك في جانب لا يقّل أهمية عن سابقه، ألا وهو مدى تلاؤم القواعد الإجرائية الجزائية الوطنية مع المعايير الدولية.

273 -الفصلين 61 و 82 من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية.

274 -مثل القانون المصري .

المبحث الثاني: مدى تناسق المنظومة الجزائية الإجرائية مع المبادئ الدستورية ومع سائر النصوص القانونية الأخرى ذات العلاقة

إنّ من أهم المبادئ الدستورية التي تقوم عليها المنظومة الإجرائية التونسية في المادة الجزائية تلك الواردة بالفصل 21 من الدستور، حيث تم إقرار مبدأ المساواة أمام القانون بين كل التونسيين و التونسيات [275]، وكذلك ما تضمّنه الفصل 27 من تكريس صريح لقرينة البراءة [276]، فضلا عما ورد بالفصل 29 من أنه "لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محاميا. وتحدّد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون" .

وينضاف لمجمل هذه مثل هذه المبادئ الدستورية العامة بعض المعايير الدولية المنبثقة عن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و الواردة خاصة بالمادة 30 فقرة 2، حيث تمّ التأكيد بهذه الأخيرة على وجوب اتّخاذ كل دولة طرف التدابير المناسبة لإرساء توازن بين أيّ حصانات أو امتيازات قضائية ممنوحة لموظفيها، وبين إمكانية القيام عند الضرورة بعمليات تحقيق وملاحقة ومقاضاة فعالة كما تفرض المادتين 30 و36 من ذات الإتفاقية الأممية، في علاقة بالحماية الممنوحة للشهود والخبراء و الضحايا، اتخاذ "ما قد يلزم من تدابير لضمان وجود هيئة أو هيئات متخصّصة أو أشخاص متخصّصين في مكافحة الفساد".

ومن هذا المنطلق، كان لزاما، في إطار هذا الجزء الثاني من الدراسة الماثلة، تسليط نظرنا وبحثنا نحو إبراز مواطن التزام التشريع الوطني وخاصة مجلة الإجراءات الجزائية وباقي القوانين ذات العلاقة بها من عدمه مع سائر المبادئ الدستورية والمعايير الدولية المشار إليها، كتحديد نقاط الضعف إن وجدت في هذا الإطار.

أعلى مستوى الحصانات القانونية:

تعدّ الحصانة القانونية الممنوحة لبعض الموظفين أو شبههم من أهم المسائل التي تثير إشكالات قانونية وتطبيقية إزاء المبدأ الدستوري المعلن عنه بالفصل 21 والذي يؤسّس لمبدأ المساواة أمام القانون، ذلك أنّ تلك الحصانة تمنع من انطلاق إجراءات التتبع والتحقيق ضدّهم بالرغم من الشبهة القائمة في بعض الحالات حول ارتكابهم لتجاوزات قد تبلغ حدّ التجريم الجزائي، وبتعلق الأمر في القانون التونسي بثلاثة أنواع من الحصانة: أوّلها تلك الممنوحة لرئيس الجمهورية، وثانيها هي الممنوحة لنواب مجلس الشعب، في حين تتعلق الثالثة بالحصانة الممنوحة للقضاة، وهي جميعها حصانات تستدعي الوقوف عند نطاقها وإجراءات حجبها.

- الحصانة الرئاسية : تمّ تنظيمها بموجب الفصل 87 من الدستور، وهي بدورها تنقسم إلى

275 -ينص الفصل 21 من دستور 2014 على أنّ "المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز".

276 -ينص الفصل 27 من الدستور على أنّ " المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة ".

قسمين، أوّلها حصانة مطلقة ضد التتبع، وتتعلق بالأعمال التي قام بها رئيس الجمهورية في إطار أداء مهامه، وثانيها حصانة نسبية تتحقق بمنع تتبعه أو محاكمته طيلة فترة توليه الرئاسة مع تعليق كافة آجال التقادم والسقوط إلى حين زوال المانع القانوني .

- الحصانة النيابية : تمّ تنظيمها بموجب الفصلين 68 و69 من الدستور وكذلك الفصول من 28 إلى 33 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب، وتشمل الحصانة البرلمانية بدورها نوعين، أحدها حصانة مطلقة ضدّ التتبع المدني أو الجزائي أو الإيقاف أو المحاكمة في ما يتّصل بالآراء أو الاقتراحات التي يبديها النائب أو الأعمال التي يقوم بها في ارتباط بمهامه النيابية [277]،أما الثانية، فهي نسبية، وتشمل الحصانة من التتبعات ضد الجرائم المرتكبة من طرف نائب الشعب أثناء المدة النيابية، وهذا النوع من الحصانات يمكن رفعه في حالات أربعة: أولاها بموجب تخلّي النائب طواعية عن الاعتصام بالحصانة، وثانيها بموجب قرار من اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب، والثالثة في حالة التلبس، والرابعة بانتهاء المدة النيابية.
- الحصانة القضائية: تمّ تنظيمها بموجب الفصل 22 من القانون عدد 29 لسنة 1967 المتعلق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة، وهي في كل الحالات حصانة نسبية يمكن تجاوزها في حالة التلبس بالجريمة، وكذلك بموجب إذن من المجلس الأعلى للقضاء.

ويستدعي النظام القانوني للحصانة في أصنافها الثلاثة بعض الملاحظات ذات العلاقة بموضوع بحثنا، حيث نورد أهمها في ما يلي:

- لئن تمّ تقييد الحصانة المطلقة المسندة لكلّ من رئيس الجمهورية ولأعضاء مجلس نواب الشعب بوجوب الارتباط بالأعمال والأقوال التي تمّت في إطار ممارسة المهام النيابية أو الرئاسية دون سواها، فإنّ إطلاق اللفظ وعموميته من الناحية اللغوية من شأنه أن يمنح الحصانة لهذه الفئة في جميع الحالات والصور، وهي وضعية ثبت واقعا إمكانية استغلالها لمخالفة القانون والإفلات من العقاب وارتكاب جرائم تمسّ المال العام، ويكفي في هذا الخصوص العودة للفترة التي تلت سقوط النظام السياسي السابق، حيث كشف القضاء من خلال عديد الأحكام القضائية، وكذا الشأن عبر ما تضمّنه التقرير النهائي للجنة الوطنية لمكافحة الفساد والرشوة، عن ضلوع الرئيس الأسبق زين العابدين بن علي وكذلك بعض نواب الشعب في تلك الفترة عن عديد التجاوزات التي تسبّبت في نهب مبالغ مالية كبيرة من المال العام .

- بخصوص الحصانة النسبية المسندة لكل من أعضاء مجلس الشعب والقضاة، ولئن تضمّنت القوانين الخاصة بهذين الصنفين من الموظفين أو شبههم، تحديدا للإجراءات الواجب اعتمادها وللجهة المعنية باتّخاذ قرار رفع الحصانة، فإنّها لم تحدّد المدة القصوى الممنوحة لكل من مجلس النواب وللمجلس الأعلى للقضاء، كل في حدود نظره، لاتخاذ القرار، الأمر الذي فتح المجال من الناحية الواقعية لعدم البتّ في عديد المطالب المقدّمة إليهما تباعا بالرغم من طول مدة تعهدهما بتلك المطالب .

277 -الفصل 68 من الدستور التونسي.

- إنّ ما تم تضمينه بالنظام الداخلي لمجلس نواب الشعب من تنظيم لإجراءات رفع الحصانة وشروطها لا يجد سندا له بنص الدستور، فالإشارة بالفصل 29 من هذا النظام الداخلي إلى إرفاق ملف القضية بمطلب رفع الحصانة المقدّم من السلطة القضائية، أنتجت في التطبيق لبسا في خصوص مدى وجوب توجيه أصل ذلك الملف أو بنسخة منه فقط، فضلا عن التساؤل حول مدى الإلزام بتوجيه كامل الملف دون الاكتفاء بالجزء المتعلّق منه بالنائب موضوع طلب رفع الحصانة، خاصة وأنّ التسليم بإطلاق الإجراء من شأنه بأن يخلّ بمبادئ قانونية جوهرية لعلّ من أهمّها سرية التحقيق .

- من جهة أخرى، فإنّ النظام الداخلي للمجلس اشترط لقبول طلب رفع الحصانة عن أعضاء مجلس نواب الشعب شكلا تعبير النائب عن عدم اعتصامه بالحصانة كتابة، غير أنّه غفل في المقابل عن تنظيم الوضعية التي لا يستجيب فيها المطلوب للاستدعاء الموجّه له من طرف السلطة القضائية للتعبير عن مدى اعتصامه بحصانته، الأمر الذي خلق عديد الإشكالات من الناحية التطبيقية بعد ثبوت هذا التخلف في بعض الحالات.

ب: على مستوى الصلاحيات المسندة للسّلط والهيئات المختصة في مكافحة الفساد

قد يكون من الضروري التذكير بأنّه، وإلى حدود سنة 2011 لم يكن النظام التشريعي التونسي يقرّ وجود هيئات أو يعترف لأشخاص معيّنين بالتخصّص في مكافحة جريمة الفساد، ذلك أنّ سلطة معاينة الجرائموالبحث مسندة قصرا بموجب الفصلين 9 و 10 من مجلة الإجراءات الجزائية للضابطة العدلية دون سواها (وهم أساسا بعض الشاغلين لخطط قضائية وأصناف من أعوان الشرطة و الحرس، وبعض أعوان الإدارات الخاصة المكلّفين بموجب القانون بمعاينة جرائم محدّدة)، كما أنّ سلطة البتّ في النزاعات وإصدار الأحكام مسندة للقضاء العدلي التقليدي بدرجتيه فحسب، وهي وضعية غير متلائمة مع النصوص الدستورية ومع المعايير الدولية، وهو ما يبرّر تدخّل المشرّع في أكثر من مناسبة انتهى بإقرار كلّ من الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد والهيئة الدستورية للحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد التي ستعوّضها والقطب القضائي الاقتصادي والمالي، كجهات حديثة مختصّة تباعا بالمعاينة والبحث والحكم في جرائم الفساد .

1-بالنسبة لهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، فهي هيئة دستورية تمّ إقرارها بموجب الفصل 130 من الدستور، وقد تمّ بعثها تفعيلا للدستور بموجب القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المؤرخ في 24 أوت 2017 لتعوّض الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد التي تمّ تركيزها بموجب المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011 المتعلق بمكافحة الفساد. وتساهم الهيئة الدستورية المرتقب تركيزها على أرض الواقع، طبقا للفصل 5 من قانونها في إرساء سياسات ونظم منع الفساد ومكافحته وكشف مواطنه، وفي متابعة تنفيذها ونشر ثقافتها.

ونرى أنّه من الضروري التأكيد على أنّ أهم إضافات القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المحدث لهذه الهيئة الدستورية، في علاقة بموضوع دراستنا الراهنة، إنما تتمثّل في ما يلي:

- ✓ منح القانون هيئة الحوكمة الرشيدة و مكافحة الفساد الحق في "رصد حالات الفساد في القطاعين العام والخاص والتقصي فيها والتحقّق منها وإحالتها على الجهات المعنية طبق القوانين الجاري بها العمل"[278]،ويعتبر هذا الدور إضافة للقانون الإجرائي التونسي على مستويين إثنين على الأقل: أوّلها يتمثّل في ولادة جهة جديدة مكلّفة **بمعاينة جرائم الفساد** ورصدها ممثّلة في الهيئة لم تكن منصوص عليها بالفص 9 من مجلة الإجراءات الجزائية، أما الإضافة الثانية، فتتمظهر على مستوى امتداد اختصاص الهيئة لجرائم الفساد في القطاعين العام والخاص على حدّ السواء، بما يمكّنها حتى في غياب النصوص الموضوعية للتجريم الجزائي للفساد في القطاع الخاص، من إجراء الأبحاث اللازمة وتعهيد الجهات الإدارية المختصة بتسليط العقوبات التأديبية، وذلك كمرحلة أولى على الأقل في انتظار استكمال المنظومة التشريعية التونسية لمكافحة الفساد واعتمادها تجريما موضوعيا للفساد في القطاع الخاص.
- ✓ مكّن الفصل 19 من القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 أعوان قسم مكافحة الفساد المحدث داخلها، وتحت إشراف السلطة القضائية المتعهدة، من **تلقّي الشهادات وجمع المعلومات والأدلة،** كما مكّنهم من القيام **بعمليات التفتيش وحجز الوثائق والمنقولات وتحرير المحاضر والتقارير والاستعانة بالقوة العامة عند الاقتضاء.** ومن شأن هذه المهام أن تمكّن أعوان قسم مكافحة الفساد بالهيئة من السلطات اللازمة للبحثوالتقصي و كشف جرائم الفساد والضالعين فيها على الجهات القضائية المختصة، بما يجعل منها بصفة قانونية وفعلية هيئة متخصّصة في معاينة وبحث جرائم الفساد في القطاعين العام و الخاص.
- ✓ أسند الفصل 19 من قانون الهيئة صفة الضابطة العدلية لأعوان قسم مكافحة الفساد، وعلاوة على ما تسنده قانونا هذه الصفة من اختصاصات في معاينة جرائم الفساد والبحث فيها، فإنّها ستتيح للسلطة القضائية من الناحية العملية اعتماد أعوان مكافحة الفساد سالفي الذكر كباحثين منوّبين، ذلك أنّ أحكام الفصل 57 من مجلة الإجراءات الجزائية وردت في صيغة لغوية مطلقة تمكّن قاضي التحقيق، في صورة ما تعذّر عليه إجراء بعض الأبحاث بنفسه أن ينيب، إمّا قضاة التحقيق المنتصبين في غير دائرته أو مأموري الضابطة العدلية المنتصبين في دائرته وخارجها،كلّ فيما يخصّه، بإجراء الأعمال التي هي من خصائص وظيفه، ما عدا إصدار البطاقات القضائية، واعتقادنا أنّ هذه الإجازة القانونية من شأنها أن تمكّن الهيئة من احتلال دور مميّز كفاعل أساسي ومتخصّص في مكافحة الفساد، وذلك بالتعهد من خلال أعوان قسم مكافحة الفساد بها، بالبحث في الملفات والقضايا التي لم تثرها هي مباشرة، كما أنّها ستسمح حتما بمزيد التنسيق بينها وبين السلطة القضائية، وخاصة منها القطب القضائي الاقتصادي والمالي .

278 - الفقرة 2 من الفصل 5 من قانون هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد .

"هذه الإجازة القانونية من شأنها أن تمكّن الهيئة من احتلال دور مميّز كفاعل أساسي ومتخصّص في مكافحة الفساد، وذلك بالتعهد من خلال أعوان قسم مكافحة الفساد بها، بالبحث في الملفات والقضايا التي لم تثرها هي مباشرة، كما أنّها ستسمح حتما بمزيد التنسيق بينها وبين السلطة القضائية، وخاصة منها القطب القضائي الاقتصادي والمالي"

في المقابل، ولئن تجلّت إضافات القانون عدد 59 لسنة 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد للمنظومة الإجرائية الجزائية في علاقة بمجال الحفاظ على المال العام، فإنّ ذلك لا ينفي تسجيل بعض الهنات الواردة في هذا المجال، قد يكون أهمّها توجّه هذا القانون نحو إسناد صفة الضابطة العدلية بصفة حصرية لأعوان قسم مكافحة الفساد دون أعضاء مجلس الهيئة بما من شأنه أن يمثّل حدّا لفعالية دور الهيئة ككلّ في البحث والتقصي، حتى أنّ هذا التوجه يعدّ تراجعا غير مبرّر بالمقارنة مع ما تمّ إسناده من صلاحيات ذات علاقة بالضابطة العدلية لأعضاء اللجنة الوطنية لتقصي الحقائق حول الرشوة والفساد بموجب المرسوم عدد 7 لسنة 2011 وكذلك لأعضاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بموجب المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011، فضلا عن أنّ القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 سالف الذكر أخضع أعوان قسم مكافحة الفساد المذكورين لإشراف رئاسي مزدوج، فهم يباشرون أعمالهم تحت رقابة وإشراف السلطة القضائية من جهة، ويخضعون كذلك للسلطة الإدارية لرئيس هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد من جهة أخرى، وهو ما سيشتّت ويربك حتما تدخلاتهم بفعل ثقل الرقابة المسلّطة عليهم.

2- بالنسبة للقطب القضائي الاقتصادي والمالي، وعلى غرار هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، يندرج بعث القطب القضائي الاقتصادي والمالي كجهة قضائية مختصة، في إطار الإصلاحات التشريعية المستوجبة للوفاء بالالتزامات الدولية في مجال مكافحة هذه النوعية من الجرائم المشعبة، ولئن لم يرتبط تركيز هذا القطب بأشخاص أو بجرائم معينة في علاقة بالنظام السياسي السابق، إلا أنه من الثابت أنّ فتح الملفات المرتبطة بتلك الحقبة كان له تأثير واضح على مستوى الاقتناع بالحاجة إلى **قضاء متخصّص وغير تقليدي** ولتنمية الوعي الكامل بضرورة الإسراع في نسق الإصلاح التشريعي في جميع جوانبه بما فيها تلك الهيكلية، وعلى هذا الأساس، وعلى إثر الانطلاق الفعلي في عمل القطب القضائي بداية سنة 2013 بناء على مذكّرتين صادرتين عن وزير العدل آنذاك، ومع ما صاحب ذلك من جدل ونقاش حول مدى قانونية إجراءات التركيز المذكور وهشاشته، صدر بتاريخ 6 ديسمبر 2016 القانون الأساسي عدد 77 كإطار تشريعي مكتمل الموجبات ينظّم بإحكام القطب القضائي الاقتصادي والمالي من حيث اختصاصه ومهامه وكيفية تعهده بالملفات.

- الاختصاص: أسند القانون عدد 77 لسنة 2016 للقطب القضائي الاقتصادي والمالي اختصاصا ترابيا واسعا يمتدّ على كامل الجمهورية التونسية، في حين تمّ تحديد اختصاصه الحكمي بناء على توفّر شرطين متلازمين في الأفعال موضوع التجريم، وهما على التوالي :
- التشعب، بمعنى الجرائم التي تتطلب **إجراء أعمال استقرائية معمّقة ودقيقة باستعمال وسائل تحري خاصة** أو فنية تقتضي **الاستعانة بخبرات متخصّصة** أو هياكل متعدّدة الاختصاصات أو اللجوء إلى **تعاون قضائي دولي،** ومبرّر ذلك قد يكون تعدّد المظنون فيهم أو المتضرّرين أو أماكن ارتكاب الجرائم أو لامتداد آثارها أو حجم الأضرار المترتبة عنها أو لصبغتها المنظّمة أو العابرة للحدود الوطنية.
- المجالات، أي أن يكون الفعل موضوع التجريم قد تعلّق بأحد المجالات المنصوص عليها حصريا بالقانون، وهي المال العام، المال الخاص الموضوع تحت يد الموظف العمومي أو شبهه بموجب وظيفته، الديوانة والجباية والصرف، السوق المالية والبنوك والمؤسسات المالية، تمويل الأحزاب والجمعيات والانتخابات، الأنشطة التجارية والاقتصادية.
- التركيبة: يتركّب القطب القضائي الاقتصادي والمالي من قسمين :
  - ✓ قسم قضائي، يتكّون من ممثّلي النيابة العمومية وقضاة تحقيق وقضاة بدوائر الاتّهام وقضاة بالدوائر الجناحية والجنائية في الطورين الابتدائي ولاستئنافي،
  - ✓ قسم فني، يتكّون من مختصين في مجال التحليل المالي، الديوان، الجباية، المحاسبة، السوق المالية، الصفقات العمومية، المالية العمومية، الإعلامية والاتّصالات والشبكات المعلوماتية، الصرف والبنوك والمنافسة[279].

غير أنّه وبالرغم من الإقرار المبدئي بدور هذا القانون في تركيز جهاز قضائي متخصّص في تطابق تام مع المعايير الدولية، فإنّه من الواجب التذكير بعدم تفعيل قسمه الفني إلى حد التاريخ، الأمر الذي يشكّل عائقا واقعيا يمنع من تطوّر أداء القضاة المنتدبين بالقطب والتسريع في آجال الفصل في القضايا المتعهد بها، فضلا عن أنّ اعتماد مبدأ عدم التخلّي من طرف قضاة التحقيق بالنسبة للقضايا الواقع فتح البحث فيها بتاريخ لاحق عن دخول القانون حيّز النفاذ من شأنه مثّل في تقديرنا إخلالا بالمبدأ الدستوري الوارد بالفصل 21 والذي يضمن المساواة أمام القانون.

ت: على مستوى الإثبات:

يستدعي التطرق للإثبات في المادة الجزائية التذكير بالمبدأ العام الوارد بالفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية [280] والذي أسّس لحرية الإثبات في هذا المجال، حيث نص الفصل المذكور على أنه : يمكن إثبات الجرائم بأيّ وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينصّ القانون على خلافه ...

وقد استمرّ العمل بهذا المنهج دون أن تسجّل التطبيقات القضائية أيّ إشكالات تذكر وذلك إلى حين صدور القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال والذي قنّن بصفة خاصة ما أطلق عليه بـ"طرق التحري الخاصة"

279 -الفصل 2 من الأمر الحكومي عدد 855 المؤرخ في 9 أوت 2017 .

280 - ورد الفصل 150 بمفتتح القسم الثالث من الباب الثاني من مجلة الإجراءات الجزائية تحت عنوان "في طرق الإثبات".

هذا وبمراجعة القسم الخامس من الباب الثاني من القانون الأساسي لسنة 2015، يتّضح أنّ المشرع قد حدّد طرق التحري الخاصة في ثلاثة نستعرضها على التوالي:

1/ اعتراض الاتّصالات (الفصول من 54 إلى 56) : طبقا لما أوردته أحكام الفصول المذكورة، يمكن في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث، اللجوء إلى اعتراض اتّصالات ذوي الشبهة بمقتضى قرار معلّل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، وذلك لمدّة أقصاها 4 أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لنفس المدة، ويتوجّب في هذه الصورة أن يشتمل القرار على بيانات المرور والتنصّت أو الإطلاع على محتوى الاتّصالات وكذلك نسخها أو تسجيلها باستعمال الوسائل الفنية المناسبة والاستعانة عند الضرورة بالوكالة الفنية للإتّصالات ومشغّلي الشبكات العمومية للاتّصالات ومشغّلي شبكات النفاذ ومزوّدي خدمات الاتّصال

2/ الاختراق (الفصول من 57 إلى 60): ويتمّ عن طريق عون متخفّي أو مخبر بموجب إذن كتابي صادر عن السلطة القضائية (النيابة أو التحقيق)، ويجب أن يتضمّن الإذن اللوحة البصمة والبصمة الجينية والهوية المستعارة للمخترق، والمدّة القصوى للعمل بهذا الإجراء لا يمكن أن تتجاوز 4 أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لنفس المدة بموجب قرار معلّل صادر عن نفس الجهة المصدرة للقرار الأصلي.

3/ المراقبة السمعية البصرية (الفصل 61): وتقع مباشرتها بموجب قرار كتابي معلّل صادر عن السلطة القضائية (النيابة أو التحقيق)، ومدّتها القصوى شهران قابلان للتمديد مرة واحدة لنفس المدة.

وقد أبرز التطبيق أنّه وبجرّد دخول القانون الأساسي لسنة 2015 حيز التطبيق، فقد خلق حالة من الإزدواجية الإجرائية غير المبرّرة مردّها أنّ تنظيم طرق التحري الخاصة ورد بالقسم الخامس من الباب الأول المتعلق بمكافحة الإرهاب وزجره بما اقتصر معه تطبيقه على هذا النوع من الجرائم فقط دون غيرها من الجرائم المتصلة بغسل الأموال، وهو الأمر الذي يستشف صراحة من الفصل 130 من قانون 2015 في صيغته الأصلية والذي أكّد على مبدأ عدم جواز سريان الإجراءات المطبقة على الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون على جرائم غسل الأموال.

فضلا عن ذلك، فإنّ القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 لم يشر بأيّ شكل لأحكام مجلة الإجراءات الجزائية بما جعل التطبيقات القضائية تتّجه نحو استعمال بعض وسائل التحري الخاصة و خاصة منها اعتراض الاتصالات في غير مجال الجرائم الإرهابية، وذلك باعتماد نص الفصل 53 من مجلة الإجراءات الجزائية والذي سمح لحاكم التحقيق في صيغة مطلقة بإتمام "جميع الأعمال المؤدّية إلى إظهار البراهين المثبتة أو النافية للتهمة"[281].

281 - نص الفقرة 2 من الفصل 53 م إ ج .

"القانون الأساسي عدد 62 لسنة 5102 لم يشر بأيّ شكل لأحكام مجلة الإجراءات الجزائية بما جعل التطبيقات القضائية تتّجه نحو استعمال بعض وسائل التحري الخاصة و خاصة منها اعتراض الاتصالات في غير مجال الجرائم الإرهابية"

وقد أدّى هذا هذا الواقع التطبيقي إلى إسناد نوع من الحصانة الإجرائية لفائدة المتّهمين في القضايا الإرهابية، والذين لا يمكن إخضاعهم لوسائل التحري الخاصة إلا بموجب أذون قضائية مسبقة ولمدة معيّنة، كما لا يمكن استعمال المعطيات المتحصل عليها في غير مجال البحث في الجرائم الإرهابية [282]، وذلك على عكس المتهمين في مجالات أخرى والذين لا يتمتعون بمثل هذه الضمانات الإجرائية.

ويتّجه التأكيد أنّه ولئن خلق التنقيح المدخل على الفصل 130 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 بموجب القانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 المؤرخ في 23 جانفي 2019 توازنا أكبر للواقع الإجرائي عبر تعميم اعتماد وسائل التحري الخاصة على جريمة غسل الأموال والجرائم المرتبطة بها، فإنّه يبقى دون تحقق المطلوب من جهة تحقيق العدالة الإجرائية والتي تقوم بالأساس على المساواة أمام وسائل الإثبات.

المبحث الثالث: التوصيات والتعديلات المقترحة

تبعا لما تمّ استعراضه أعلاه ضمن الدراسة الماثلة، وبناء على ما تمّ استخلاصه من وجود العديد من النقائص والثغرات على مستوى الحماية الجزائية المنشودة للمال العام، نرى أنه يتوجب القيام ببعض التعديلات التشريعية والمبادرات العملية.

1/ على المستوى التشريعي:

- تنقيح المجلة الجزائية في اتّجاه توسيع مفهوم الموظف العمومي الوارد بالفصل 82 حتى يتطابق مع التعريف الدولي المستمدّ من اتّفاقية مكافحة الفساد لسنة 2003.
- تجريم الفساد في القطاع الخاص قصد إتمام المنظومة الجزائية التونسية وجعلها متطابقة مع المعايير الدولية، وذلك عبر إقرار الإضافات والتعديلات التالية لأبواب التجريم المنصوص الواردة بالمجلة الجزائية:
- تخصيص قسم مستقل يتمّ من خلاله إقرار تجريم الفساد الصادر عن غير الموظّفين، تماما مثلما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي.
- تخصيص باب مستقل لتجريم الفساد المرتكب من الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية المنتصبة فروعها أو مكاتبها بتونس.
- الاحتفاظ بالتجريم المتعلق بغسل الأموال والإثراء غير المشروع وتضارب المصالح بالنصوص الخاصة الواردة بها، وذلك مراعاة لخصوصية تلك الجرائم بالمقارنة مع سائر الجرائم الواردة

282 - الفصل 65 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 07 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال .

بالمجلة الجزائية من حيث الأركان أو من حيث وسائل الإثبات، مع السعي نحو توسيع مجال انطباقها على غير الموظّفين بمناسبة توسيع مجالات التجريم بالمجلة الجزائية.
إلغاء أحكام الفصل 87 مكرّر من المجلة الجزائية لتفادي التخفيف غير المبرّر للعقوبة المقرّرة في مجال الصفقات العمومية.
-تنقيح الفصل 92 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال في اتجّاه:

- الرجوع لاعتماد كافة الجنح كجريمة أصلية لجريمة غسل الأموال والتخلي عن شرط العقوبة المستوجبة.
- اعتماد مبدأ قلب عبء الإثبات في جريمة غسل الأموال قصد تدعيم التوجه نحو مقاومتها.

- تنقيح القوانين المنظّمة لمختلف أنواع الحصانات باتّجاه حصرها فيما له علاقة بمجال العمل الرئاسي أو البرلماني أو القضائي، كتحديد مدّة قصوى للرّد على مطالب رفع الحصانة.
-تنقيح القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد باتجاه إسناد صفة الضابطة العدلية لأعضاء مجلس الهيئة المذكورة .
إدخال تعديل على مجلة الإجراءات الجزائية يتم بموجبه :

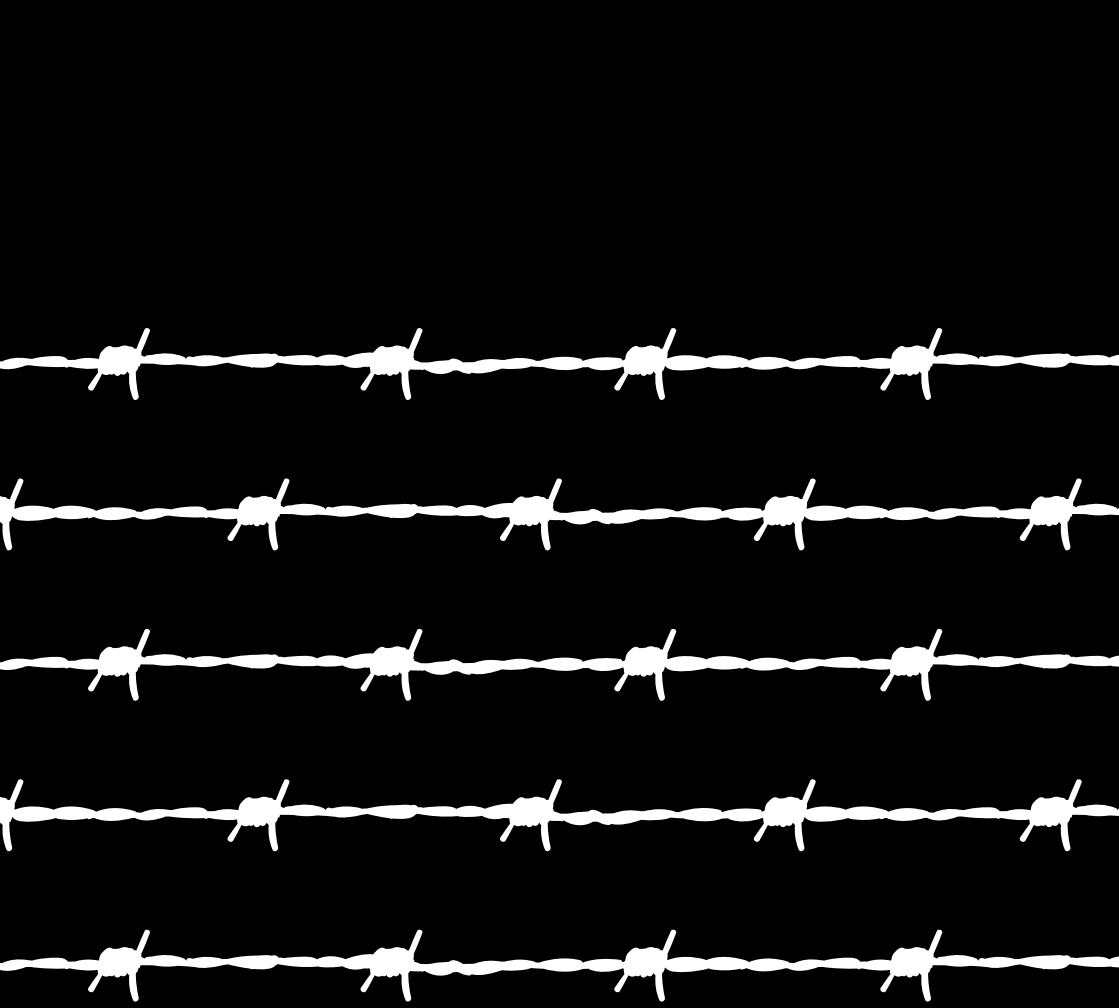
- تنظيم طرق التحري الخاصة بمجلة الإجراءات الجزائية ضمانا لتحقيق مبدأ المساواة الإجرائية.
- إضافة التسليم المراقب كأحد طرق التّحري الخاصة تناغما مع المعايير الدولية في هذا المجال.

2/ على المستوى العملي:

- تدعيم القطب القضائي الاقتصادي والمالي وذلك عبر:

- الترفيع في عدد القضاة العاملين به ودعم تكوينهم المختص.
- تفعيل القسم الفني، حيث تمّ إقراره بموجب القانون الأساسي عدد 77 لسنة 2016 المؤرخ في 6 ديسمبر 2016 المتعلق بالقطب القضائي الإقتصادي والمالي (الفصل 7 منه)، لكنه لم يفعّل على المستوى الواقعي لحدّ التاريخ رغم صدور الأمر الحكومي عدد 855 لسنة 2017 المؤرخ في 9 أوت 2017 المتعلق بضبط الاختصاصات الفنية للمساعدين الفنيين المختصين بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي وشروط وإجراءات انتدابهم وتأجيرهم، فضلا كذلك عن صدور الأمر الحكومي عدد 63 لسنة 2019 المؤرخ في 25 جانفي 2019 المتعلق بضبط مقدار منحة المساندة الفنية التي يتمتّع بها الأعوان العموميين الملحقين والمباشرين كمساعدين فنيين بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي وشروط إسنادها.

تفعيل المجلس الأعلى للتصدي للفساد واسترداد أموال وممتلكات الدولة والتصرف فيها المحدث بموجب الأمر عدد 1425 لسنة 2012 المؤرخ في 31 أوت 2012 المتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 3080 لسنة 2012 المؤرخ في 1 ديسمبر 2012 المتعلق بإحداث مجالس عليا استشارية، بوصفه إطارا قانونيا ملائما للمتابعة والتنسيق بين مختلف المتدخّلين في مجالي مكافحة الفساد ومصادرة واسترجاع والتصرف في الموال والممتلكات المنقولة والعقارية المكتسبة بطرق غير شرعية والراجعة للدولة، ولتسهيل عملية تبادل المعلومات والمعطيات بين مختلف اللجان والهياكل الإدارية والقضائية المتدخلة، ولتحقيق النجاعة والفاعلية على مستوى الأداء وخاصة منها على مستوى المساءلة القضائية.



Solidar
سوليدار تونس Tunisie

14 Rue Mohamed el Gharbi manar2, Tunis Tunisie
E-MAIL contact@solidar-tunisie.org
SolidarTUNISIE @Solidartn
www.solidar-tunisie.org