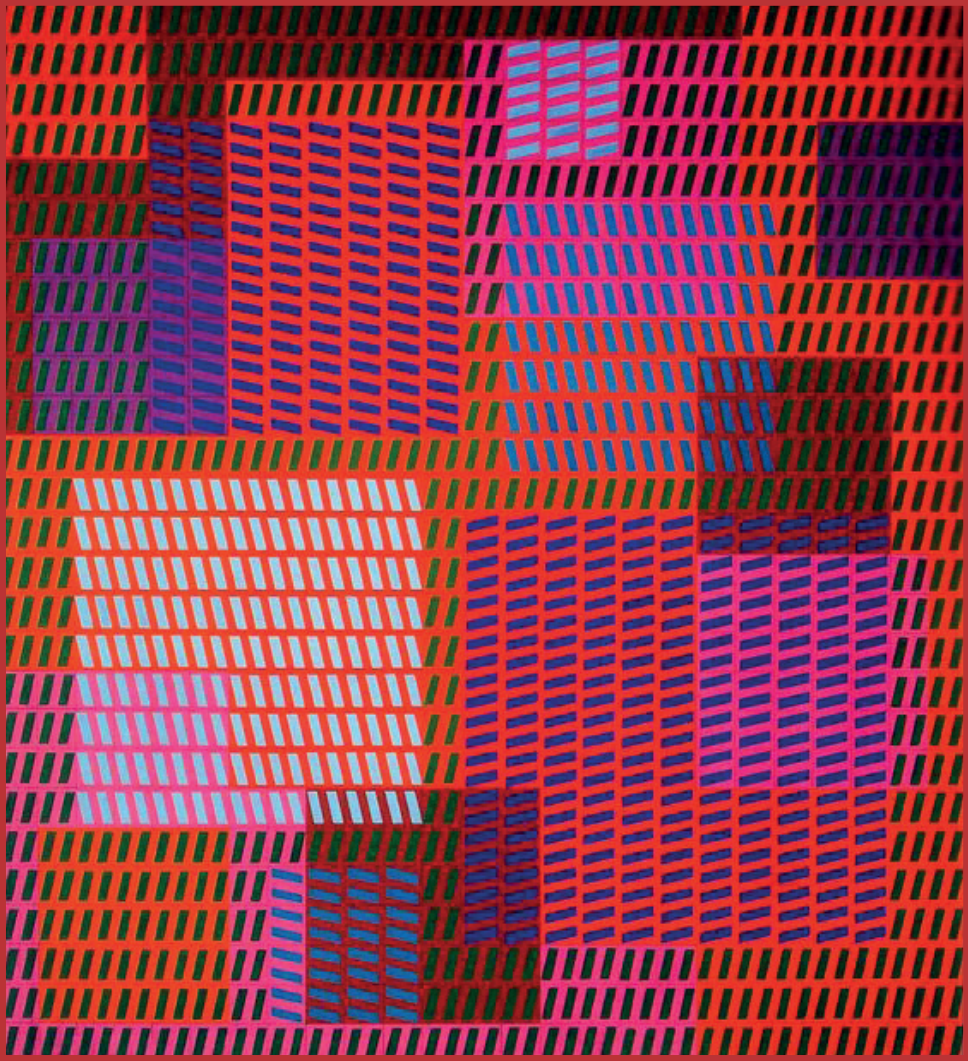


الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟



الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟

إعداد
كوثر دباش

فريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع

سليم اللغماني

سلسبيل القليبي المعز شرف الدين

تم إنجاز هذه الدراسة في إطار أنشطة المشروع المتعلق بتطبيق الفصل 49 من الدستور والموسوم:
"معاً من أجل حقبة جديدة لحماية الحقوق الأساسية في تونس"
بتمويل من وزارة الخارجية الألمانية

إهداء

إلى "الأنوار" التونسية القادمة حتماً،

إلى تونس الأخرى الممكنة المتصالحة مع تاريخها، التوّاقة إلى أفق أرحب بالحرية والمساواة والكرامة واحترام
الذات البشريّة،

إلى الآخر الذي قد لا يقاسمني الأفكار لكن يشاركني الوطن،

من أجل حرية بالقانون وقانونٍ لأفراد أحرار في مجتمع حر ...

شكر وتقدير

لم تكن رحلة الفصل 49 لتكون ممكنة وشيقة لولا دعم بعض الأشخاص الذين رافقوا بشكل ما مسار التفكير والكتابة والمراجعة.

فشكرا جزيلاً لفريق المراجعة من بين مجموعة العمل المتابعة للمشروع والمتكون من الأساتذة الأعزّاء سليم اللّغمانى وسلسبيل القليبي والمعز شرف الدّين على ما أبدوه من عناية واهتمام عند مراجعة العمل وعلى ملاحظاتهم القيّمة.

ولا يفوتني أن أعبر عن خالص امتناني للسيدة منية بلعربي مسؤولة برامج بالمؤسسة الدوليّة للديمقراطية والانتخابات على الشّغف بالفصل 49 الذي تقاسمناه معا وعلى تفانيها في تدليل كلّ الصعاب من أجل إصدار العمل.

كما أودّ أن أشكر العزيزة داليا العزب مصمّمة العمل والتي أشرفت على إخراجه الفني لرحابة صدرها وحرّفيّتها الاستثنائية.

وأنا ممتنة أيضا لكل من شاركني المسار في لحظة ما وأخصّ بالذكر الأساتذة ماجدة مرابط ووحيد الفرشيشي والسادة مالك الغزواني وشهر الدّين غزالة ومن مجموعة العمل المتابعة للمشروع السيدة وفاء زعفران الأندلسي والسيد أشرف الماجري ومن فريق مشروع الفصل 49 السيدة آمال الماجري، مسؤولة برامج معاونة بالمؤسسة الدوليّة للديمقراطية والانتخابات. والشكر موصول إلى فريق المشورات بالمؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات لجهوده في نشر هذا التقرير وبقية الأوراق حول مشروع الفصل 49 من الدستور.

© 2021 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟

منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA) مستقلة عن أية مصالح وطنية أو سياسية معينة. كما أن الآراء الواردة في هذا المنشور لا تمثل بالضرورة وجهات نظر المؤسسة أو هيئتها العامة أو أعضاء مجلسها أو آراء الجهات المانحة.



النسخة الإلكترونية من هذا المنشور متاحة بموجب رخصة المشاع الإبداعي (CC)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (3.0). يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبه وكذلك تعديله وتمهينه بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة. لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، أنظر:

<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0>>

تُوجّه الطلبات لترخيص إعادة إنتاج أو ترجمة كل هذا المنشور أو أي جزء منه إلى:

International IDEA	Federal Foreign Office
Strömsborg	Werderscher Markt 1
SE -103 34 Stockholm	11013 Berlin
Sweden	Website: www.auswaertiges-amt.de
Tel: +46-8-698 37 00	
Email: info@idea.int	
Website: www.idea.int	

التصميم والإخراج الفني: داليا العزب، القاهرة

صورة الغلاف: Keiho C1' was created in 1963 by Victor Vasarely in Op Art style

الرقم المعياري الدولي للكتاب (PDF): 978-91-7671-467-6

(المطبوع): 978-91-7671-468-3

مُعَرَّف الوثيقة الرقمي (DOI): <https://doi.org/10.31752/idea.2021.81>

المحتويات

تجارة وخدمات
المحتويات

11	المقدمة
	الجزء الأول- مجال الفصل 49: الإمكانيات التي يحملها الفصل بين محاذير التضييق وفرص التوسيع من أجل تأمين المجال الحيوي للحريات الفردية.....
27	المبحث الأول - التماس: هل أن الفصل 49 مادة عامة وأصلية clause générale أم مادة احتياطية clause résiduelle ؟
33	الفقرة الأولى- التحديدات الدستورية الحصرية: التّحفظ الدستوري.....
37	الفقرة الثانية- التحديدات المشتركة
41	أ- تخفيف شروط التّحفظ التشريعي: الفصل 49 كسقف في التّحديد
42	ب- تشديد شروط التّحفظ التشريعي: الفصل 49 كحد أدنى في التّحديد.....
45	1- تعزيز حماية بعض الحقوق
46	1-1- الحق في الأمان
46	1-2- حرية الرأى والفكر والتعبير والإعلام والنشر
50	2- تحديد بعض الحقوق بمعايير سلوك des standards de comportement مؤسّسة على القيم الدستورية.....
52	3- تدقيق الصّوابط بشأن بعض الحقوق
56	الفقرة الثالثة- التحديدات التشريعية الحصرية
58	المبحث الثاني- التنافر: أيّ قراءة لفرضيات استبعاد الفصل 49؟.....
63	الفقرة الأولى- حول التعليق الزمّني للفصل 49: مأزق الفصل 80
64	الفقرة الثانية- حول التعليق المادّي للفصل 49.....
72	أ- هل يجب استبعاد الفصل 49 في خصوص الحقوق الأساسية غير القابلة للتّحديد؟
72	ب- هل يجب استبعاد الفصل 49 في المجال العقابي la sanction ؟
80	الجزء الثاني- مقتضيات الفصل 49 كأساس للـ«حوار» بين المشرّع والقاضي الدستوري من أجل حماية قصوى للحريات الفردية
85	المبحث الأول - عنوان اختصاص: المشرّع.....
87	الفقرة الأولى- صاحب الاختصاص ما بين المبدأ والاستثناء: حول اختلاف درجات الشّرعية
90	أ- الشّرعية المعززة
90	

- ب- الشَّرعية المحصَّنة 95
- ج- الشَّرعية المؤجَّلة أو خطورة نصوص العجلة على الحريات الفردية 100
- الفقرة الثانية- ضوابط ممارسة الاختصاص 109
- أ- اختصاص مقيد زمنياً بعدم التراجع: هل من تنافر مع الحريات الفردية؟ 110
- ب- اختصاص مقيد مادياً بضرورة استنفاد الاختصاص: تفادي عيب الاختصاص السلبي 115
- المبحث الثاني- المنهج: الامتحان الثلاثي 127
- الفقرة الأولى- الامتحان الأول: ضرورة الحد في دولة مدنية ديمقراطية، طوق نجاة أم «سيف ديموقليس» مسلط على الحريات الفردية؟ 128
- الفقرة الثانية- الامتحان الثاني: مشروعية الهدف بين ضرورة التوفيق وخطورة المفاضلة 150
- أ-الأهداف المشروعة التي تؤدي إلى البحث عن التوازن بين حق الفرد وحق الفرد الآخر:
حقوق الغير..... 151
- 1- الغير كذات محمية في سلامتها وأمنها 151
- 2- الغير كذات متمتع بحقوق صدامية مع الحق موضوع التحديد 152
- ب-الأهداف المشروعة التي تؤدي إلى البحث عن التوازن بين حق الفرد وحق المجموعة ... 161
- 1-النظام العام أو الحاضر الغائب في الفصل 49..... 161
- 1-1- الأمن العام 163
- 2-1- الصحة العامة 168
- 1-2-1 الصحة العامة والحريات، علاقة متشجعة بطبيعتها..... 169
- 2-2-1 جائحة كورونا أو «حالة الاستثناء» الصحية شبه المعلقة للحريات الفردية 171
- 3-1- الآداب العامة 176
- 2-الدفاع الوطني 180
- الفقرة الثالثة- الاختبار الحاسم: اختبار التناسب 184
- أ- حتمية الاختبار الثلاثي أو ثوابت المنهج القضائي: نحو نمذجة منهج التناسب 187
- ب- بين خطوات الاختبار واختبار الخطوات في دراسة القوانين المنظمة للحريات الفردية ... 193
- 1- الخطوة الأولى: الملاءمة أو قياس العقلانية 193
- 2- الخطوة الثانية: الضرورة 224
- 3- الخطوة الثالثة: التناسب بالمعنى الضيق 249
- ج- «من سيحرس الحراس»؟ 274

281	المبحث الثالث - العتبة: عدم المساس بجوهر الحقّ
291	المبحث الرابع - الوسيلة: جذاذة الفصل 49 كوسيلة لاستبطان الاختصاص والمنهج والعتبة
303.....	قائمة المراجع
348.....	حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المقدّمة

المقدّمة

في العدد الثالث من المفكرة القانونية الصادر بتاريخ 23 نوفمبر/ تشرين الثاني 2015، أي سنة وثيّف بعد إصدار دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014، تساءل الأستاذ وحيد الفرشيشي «هل قرأنا الفصل 49 من الدستور؟»¹ مستهجننا صدور قانونين² اعتبرهما خرقا واضحا لموجبات الفصل 49 وانتهاكا لما يعبر عنه من «إرادة... صريحة لإعلاء الحقوق والحريات»³. ومن الضروري في تقديرنا أن نعيد اليوم طرح هذا السؤال بعد ست سنوات من الممارسة التشريعية تحت طائلة دستور جديد شكّل فيه الفصل 49 تغييرا برادغياتيا في المنظومة القانونية المتصلة بالحقوق والحريات حقّق بها هذا الفصل قطعا مع المنظومة القديمة تحت طائلة دستور 1959⁴.

ولنعترف أن «الإرادة الصريحة لإعلاء الحقوق والحريات» التي يتحدث عنها الأستاذ وحيد فرشيشي لم تكن سهلة التصريح إذ تعكس الأعمال التحضيرية لدستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014⁵ ولادة عسيرة لباب المبادئ الأساسية وباب الحقوق والحريات عكس فيها الجدل حول المرجعية القيمية للدستور تشنجات هويّة ناتجة عن تركيبة غير متجانسة للمجلس الوطني التأسيسي ذي الأغلبية الإسلامية، في جوّ عام من الخشية على المكتسبات والعودة إلى الوراثة بشأن ما كان يُعتقد أنه محسوم أمره كالطابع المدني للدولة وحقوق المرأة. وكلّنا يذكر السجال حول صيغة الفصل الأوّل من الدستور والمصادر الشكلية للتشريع و«كونية حقوق الإنسان»⁶. في هذا المناخ الحذر والمتشجّج، ولدت المادة الجامعة الواردة في الفصل 49 كمفتاح لضبط الحريات⁷. والمسألة لم تكن تخلو من رهانات جوهرية، إذ في الخيار رسالة في حدّ ذاتها حول بنود العقد الاجتماعي الجديد الذي سيتمّ الاتفاق عليه.

- 1 الفرشيشي (و) «حين حدّث الدستور ولم يقل»، المفكرة القانونية، عدد3، 2015، يمكن تحميله على الرابط التالي: <https://www.legal-agenda.com/article.php?id=1291>
 - 2 القانون الأساسي عدد 37 لسنة 2015 مؤرخ في 22 سبتمبر/ أيلول 2015 يتعلق بالتسجيل والإيداع القانوني، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 79، 2 أكتوبر/ تشرين الأول 2015، ص. 2812 - 2813، والقانون عدد 11 لسنة 2015 مؤرخ في 27 أفريل/ نيسان 2015 يتعلق بتسوية وضعية المباني المنجزة والمخالفة لخص البناء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 36، 5 ماي/ أيار 2015، ص. 1211-1213.
 - 3 الفرشيشي (و)، المرجع سابق الذكر.
 - 4 دستور 1 جوان/ حزيران 1959، آخر صيغة محيئة على موقع البوابة الوطنية للإعلام القانوني: <http://www.legislation.tn>
 - 5 دستور 27 جانفي/ كانون الثاني 2014، على موقع البوابة الوطنية للإعلام القانوني: <http://www.legislation.tn>
 - 6 DEBBECHE (K.) « Le droit international dans le projet de Constitution du 1er juin 2013 », in. *Mouvances du droit, Tome II, Etudes en l'honneur du Professeur Rafâa Ben Achour*, en partenariat avec Konrad -Adenauer-Stiftung, Tunis, 2015, pp. 363-400.
 - 7 بخصوص مسار صياغة الفصل 49، أنظر: GUELLALI (A.) « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution: Genèse, portée et défis », in. *La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 412-414, disponible au lien suivant: <http://www.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/34%20La%20clause%20g%C3%A9n%C3%A9rale%20de%20limitations%20dans%20la%20nouvelle%20Constitution.pdf>
- أنظر أيضا:
الماجري (خ)، ضوابط الحقوق والحريات. تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017، ص. 16-18.

ذلك أنّ مسألة تقييد الحريات لا تطرح إشكالية في حدّ ذاتها طالما أنّ وضع ضوابط للحقوق والحريات أمر حتمي بالنظر إلى صبغتها الصدامية التي تجعل كل حق أو حرية حدًا لحق أو حرية أخرى⁸، ممّا يستوجب أولاً ضبط الجهة أو السلطة التي يجوز لها وضع قيود على الحق أو الحرية وثانياً ضبط المعايير التي على هذه الجهة أو السلطة الالتزام بها عند وضعها هذه القيود. لكن الإشكال في طريقة التقييد في حدّ ذاتها. والمسألة لم تكن محسومة لتعدد النماذج التي تطرحها التجارب المقارنة والمعايير الدولية ولكن أيضاً لوجود تركة ثقيلة في منهج تقييد الحريات موروثه عن دستور 1959. وكان من الضروري الحسم في المنهج انطلاقاً من جملة الخيارات التي تطرح على كلّ مؤسس عندما يهّم بوضع دستور جديد، ناهيك عندما يتعلّق الأمر بدستور مفروض فيه تجسيد مبادئ ثورة شعارها «ثورة الحرية والكرامة».

والواقع أنّ التجارب المقارنة تعكس أربع طرق في ضبط حدود الحقوق والحريات: إمّا الصّمت تماماً عن التّقييد كدستور الولايات المتّحدة الأمريكيّة الصادر في 1787، حيث ترك ضبط الحريات للقانون وفقه القضاء تحت رقابة المحكمة العليا⁹؛ أو طريقة التحديد الخاص التي تتمثّل في وضع الحدود ضمن كلّ فصل يكرّس حقاً أو يعلن عن حرية حسب خصوصياتها، وهو المنهج المتبع في الدّستور المغربي المؤرّخ في 29 جويلية/ تموز 2011¹⁰.

وأما الخيار الثالث، فيتمثّل في المادة الجامعة، حيث يتمّ تخصيص فصل واحد في الدستور لوضع الضوابط المنطبقة على جميع الحقوق والحريات. وهذه الطّريقة التي انتهجها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹¹ وميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية¹²، قد اعتمدها عدّة دساتير كالمادة 36 من دستور سويسرا المؤرّخ في 18

8 اللّغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، ضمن اللّغامي (س.)، كتابات في السياسة والدستور على أثر الثورة، تونس، منشورات نيرفانا، 2020، ص. 93.

9 تمّ إدراج الحقوق والحريات في الدّستور الاتحادي بمقتضى التعديلات منها التّعديل الدّستوري الأوّل بتاريخ 15 ديسمبر/ كانون الأوّل 1791 والمتّصل بحرية العبادة والتّعبير، والصحافة وحقّ الاجتماع والمطالبة برفع الأجور والذي ينصّ على ما يلي: "لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يجد من حرية التّعبير أو الصحافة، أو من حقّ الناس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بانصافهم من الإجحاف" وقد كان للمحكمة العليا دور كبير في بيان نطاق حرية التّعبير في قرارات شهيرة كقرار Buckley v. Valeo الصادر في 1976 بشأن القانون المتصل بتمويل الحملات الانتخابية (U.S. Supreme Court, Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), 424 U.S. 1, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/com/cases/federal/us/424/1/). أو قرار Beauharnais v. Illinois الصادر في 1952 حيث اعتبرت التّشهير خارجاً عن الحماية الدّستورية لحرية التّعبير (U.S. Supreme Court, Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/).

أنظر أيضاً:

International IDEA, *Limitation clauses*, Novembre 2014, p. 6.

10 يمكن تحميل الدّستور المغربي على الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf?lang=ar

11 تنصّ المادة 29 من الإعلان في فقرتها الثّانية على ما يلي: "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي"، مفاوضات الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2006، ص. 7، على الرابط التالي:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiesar.pdf>

12 تنصّ المادة 52 من هذا الميثاق في فقرتها الثّانية على ما يلي: "كلّ تحديد لممارسة الحقوق والحريات المعترف بها في هذا الميثاق يجب أن ينصّ عليها القانون وأن تحترم الجوهر الأساسي للحقوق والحريات. لا يمكن وضع تقييدات إلا إذا كانت ضرورية ومستجيبة فعلاً لأهداف المصلحة العامة المعترف بها من الاتحاد أو عند الاقتضاء حماية حقوق وحريات الغير ومع احترام مبدأ التناسب". أنظر:

أفريل/ نيسان 1999¹³ والمادة 24 من دستور كينيا المؤرخ في 6 ماي/ أيار 2010¹⁴.

وأما الطريقة الرابعة، فتتمثل في طريقة التحديد المزدوج التي تزوج بين المادة الجامعة والتحديدات الخاصة والتي اعتمدها الميثاق الكندي للحقوق والحريات 17 أفريل/ نيسان 1982¹⁵ ودستور جنوب إفريقيا¹⁶

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, *Journal officiel de l'Union européenne*, (2012/C 326/02), 26-12-2012, p. 406, disponible au lien suivant : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT>

13 ينص الفصل 36 من الدستور السويسري على ما يلي: " تقييد الحقوق الأساسية
1. يجب توافر أساس قانوني لكل تقييد لحق أساسي. ويجب النص على القيود الهامة في قانون اتحادي.
وتستثنى من ذلك حالات الأخطار الكبيرة والمباشرة وشبكة الحدود.
2. كل تقييد لحق أساسي يجب أن تبرره المصلحة العامة أو حماية الحقوق الأساسية للآخرين.
3. يجب أن يتناسب كل تقييد لحق أساسي مع الهدف المنشود.
4. جوهر الحقوق الأساسية مقدس إلى أبعد الحدود"، دستور سويسرا الصادر عام 1999 شاملا تعديلاته لغاية عام 2014، يمكن تحميله على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar

14 تنص المادة 24 من الفصل الخامس من دستور كينيا المؤرخ في 6 ماي/ أيار 2010 على ما يلي: " وضع حدود للحقوق والحريات الأساسية
1. لا توضع حدود لأي من الحقوق أو الحريات الأساسية المنصوص عليها في ميثاق الحقوق إلا بقانون، وفي تلك الحالة وحدها توضع حدود معقولة ومبررة في مجتمع منفتح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية مع مراعاة العوامل ذات الصلة التي تتضمن:
أ. طبيعة الحق أو الحرية الأساسية؛
ب. أهمية الغرض من وضع الحدود؛
ج. طبيعة ودرجة الحدود؛
د. الحاجة إلى ضمان أن استمتاع أي فرد بالحقوق والحريات الأساسية لا يؤثر على الحقوق والحريات الأساسية للآخرين؛ و
هـ. العلاقة بين الحدود والغرض منها وما إذا كان هناك طرق أقل تقييدا لتحقيق الغرض"، دستور كينيا الصادر عام 2010، يمكن تحميله على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010.pdf?lang=ar

15 نصّ الفصل الأول من هذا الميثاق على ما يلي: "الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حر وديمقراطي"؛ مع حدود واردة في فصول أخرى:
"الضمانات القانونية:
7- لكل شخص الحق في الحياة والحرية والحق في الأمان على النفس. لا يمكن المساس بهذا الحق إلا وفقا لمبادئ العدالة الأساسية.
8- لكل شخص الحق في الحماية ضدّ عمليات التفتيش والمداهمات والحجز التعسفيّة.
9- لكل شخص الحق في الحماية ضدّ الإيقاف أو السجن التعسفيين.
11- كل متهم له الحق في:
أ- أن يعلم بدقّة بالتهمة المنسوبة إليه في أجل عادي.
ب- أن يحاكم في أجل معقول.
ت- ألا يكون مجبرا على الإدلاء بشهادة تدنيه في كلّ تتبعات مثارة ضده بشأن التهمة المنسوبة إليه.
ث- أن يتمتع بقربنة البراءة طالما لم يتمّ التصريح بإدانته طبقا للقانون من قبل محكمة مستقلة ومحيدة إثر محاكمة علنيّة وعادلة.
ج- ألا يجرم دون وجه حق من الإفراج بكفالة معقولة.
ح- فيها عدا المخالفات الراجعة بالنظر إلى القضاء العسكري، أن يتمّ بمحاكمة أمام هيئة محلفين عندما تكون العقوبة القصوى للمخالفة التي ارتكبتها هي السجن لمدة خمس سنوات أو عقوبة أشدّ خطورة.
خ- ألا يتمّ التصريح بإدانته من أجل فعل أو امتناع عن فعل لم يكن عند اقترافه مشكّلا لجريمة حسب القانون الداخلي الكندي أو القانون الدولي ولم يكن لها طابع جزائي حسب المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل مجموعة الأمم.
د- ألا تتمّ محاكمته من جديد من أجل جريمة سبق أن تمّ التصريح نهائيا بإدانته من أجلها وعوقب عليها.
ذ- أن يتمتع بالعقوبة الأخفّ إذا كانت العقوبة عن الجريمة التي تمّ التصريح بإدانته من أجلها تمّ تغييرها بين لحظة ارتكاب الجريمة والحكم.
12- لكل شخص الحق في الحماية ضدّ أي معاملة أو عقوبة قاسية وغير عادية".

16 ينص الفصل 7 من دستور جنوب إفريقيا المؤرخ في 10 ديسمبر/ كانون الأول 1996 على ما يلي: 7. الحقوق
1. تعد وثيقة الحقوق حجر الزاوية للديمقراطية في جنوب أفريقيا، وترسخ حقوق جميع المواطنين في بلدنا وتؤكد على القيم الديمقراطية للكرامة الإنسانية، والمساواة، والحرية.
2. تحترم الدولة الحقوق الواردة في ميثاق الحقوق وتحميها وتعززها وتراعيها.
3. تخضع الحقوق الواردة في ميثاق الحقوق للقيود الواردة أو المشار إليها في القسم 36، أو في أي مكان آخر في الميثاق.
36. تقييد الحقوق

والقانون الأساسي الألماني¹⁷.

ولعلّه من نافلة القول أنّ لكلّ طريقة مزايا ومحاذير، فالصمت عن التقييد خطير في الدّول التي لا تملك تقاليد فقه قضائية تحول دون التعسّف في اتجاه أو في آخر، وطريقة التّحديد الخاص تسمح بأخذ خصوصيات كلّ حق أو حرية بعين الاعتبار لكنّها تفقد التنظيم الدّستوري للحقوق والحريات تماسكه كما تتعارض ومبدأ ترابط الحقوق والحريات وتكاملها رغم ما يمكن أن تثيره من تصادم عند ممارستها. أمّا طريقة المادّة الجامعة فتعبّر بوضوح عن خيارات المؤسّسين وتسمح بمنهجية وضع الضوابط لكن من الصعب الوصول إلى قائمة لهذه الأخيرة تنسحب على جميع الحقوق والحريات بقطع النّظر عن خصوصياتها.

وأما طريقة التّحديد المزدوج، فتسمح بالزواجة بين منهج مبدئي في وضع الضوابط على الحريات مع تحديدات خاصّة تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات بعض الحريات ونظرة المؤسّسين لها لكن تفتح باب التّأويل على مصراعيه حول طبيعة العلاقة بين المادّة الجامعة والتّحديدات الخاصّة ومتى تطبّق كلّ واحدة منها.

وبقطع النّظر عن الإشكاليات القانونيّة التي تثيرها كل طريقة، فإنّ حسم الخيار بشأنها أثناء المسار التأسيسي اعترته كثير من التّعثّرات نظراً لتبعات كلّ خيار. ومن المثير للانتباه أنّ منهج تقييد الحريات في دستور 1959 حاز في البداية على ثقة المؤسّسين. ولنذكر أنّ دستور 1959 كان يتضمّن تقييدات خاصة في كل فصل متعلق بالحرية مع إحالة آليّة إلى ممارسة الحق والحرية «في حدود ما يضبطه القانون» أو «طبقاً

1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلا بمقتضى قانون يطبّق على الناس كافة بقدر ما يكون التقييد معقولاً وله ما يبرره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية، مع مراعاة كل العوامل ذات الصلة، بما فيها:

- أ. طبيعة الحق؛
- ب. أهمية الغرض من التقييد؛
- ج. طبيعة ونطاق التقييد؛
- د. العلاقة بين التقييد وغرضه؛ و
- هـ. الوسائل الأقل تقييداً لتحقيق الغرض.

2. باستثناء ما ينص عليه القسم الفرعي (1) أو أي حكم آخر من أحكام الدستور، لا يقيد أي قانون أي حق منصوص عليه في وثيقة الحقوق"، دستور جنوب أفريقيا 1996 (المعدل 2012)، يمكن تحميله على الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=ar

17 ينص القانون الأساسي الألماني في فصله العاشر المخصّص لسرية الرسائل والبريد والاتصالات على ما يلي: "لا تُنتهك سرية الرسائل والبريد والاتصالات.

2- لا يجوز تقييدها إلا بأمر يستند إلى القانون. وإذا كانت هذه التقييدات تخدم حماية النظام الأساسي الديمقراطي الحر، أو حماية كيان أو أمن الاتحاد، أو إحدى الولايات، فيجوز أن ينص القانون على عدم إبلاغ الشخص المعني بهذا التقييد، والاستعاضة عن اللجوء إلى المحاكم بنظر الدعوى بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة تحددها السلطة التشريعية".

ثمّ ورد في الفصل 19 المخصّص لتقييد الحقوق الأساسية - حق التقاضي ما يلي: "1. إذا أجزى وفقاً لهذا القانون الأساسي تقييد أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن ينطبق هذا القانون بشكل عام، ولا يقتصر على حالة مفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يُحدد هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادة الخاصة به في القانون الأساسي.

2. لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي.

3. تنطبق الحقوق الأساسية أيضاً على الأشخاص الاعتباريين داخل الدولة، وإلى الحد الذي تسمح به طبيعة هذه الحقوق.

4. إذا انتهكت أحد السلطات العامة حقوق أي شخص، يجوز له اللجوء إلى المحاكم، ويكون ذلك أمام المحاكم النظامية، إن لم يكن هناك داغ للجوء إلى محكمة مختصة أخرى لا تتأثر الجملة الثانية من الفقرة (2) من المادة 10 بأحكام هذه الفقرة"، دستور ألمانيا الصادر عام 1949 شاملاً تعديلاته لغاية عام 2012، يمكن تحميله على الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar

لشروط يضبطها القانون»¹⁸ وفصل سابع يصعب تكييفه على أنّه مادّة جامعة شمّالة لمنهج ديمقراطي في تقييد الحريات بتنصيبه على ما يلي: «يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يجد من هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي».

مع ذلك، كان منهج التقييدات الخاصّة هو المتبع في ثلاث نسخ من الدّستور اكتفت بضبط قيود لممارسة بعض الحقوق الخاصّة¹⁹، قبل أن تدرج المادّة الجامعة في مشروع دستور الجمهورية التونسية (غرة جوان/ حزيران 2013) دون مبدأ التناسب في إطار الفصل 48: «يقرر القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمنة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا يتخذ القانون إلا لحماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة. وتسهر الهيئات القضائية على حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك»²⁰. وهي صياغة تعود إلى مقترح تقدّم به الخبراء الأساتذة سليم اللغماني وسلوى الحمروني وسلسبيل القليبي تمّ الأخذ فقط بجزء منه هو المتعلق بالتحديد وتمّ التخلّي عن الفقرتين الثانية والثالثة المتعلقةتين بالحقوق التي لا يمكن المساس بها في حالة التعليق وبطريقة تأويل المحاكم لهذه القيود. وقد نصّ المقترح على ما يلي:

« الفصل 41: 1- لا تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها بهذا الدستور إلا للحدود المقرّرة في القانون ما لم تمسّ من جوهرها وشريطة أن تشكّل هذه الحدود تدابير ضروريّة في مجتمع مدني ديمقراطي تُتخذ لحماية حقوق الغير وحرياته أو الأمن الوطني أو الأمن العمومي ولا بدّ من وجود تناسب بين القيود المفروضة والأهداف التي تبرّرها ومن توفير سبل الطعن فيها.

2- لا يجوز في صورة تفعيل الفصل 73 من هذا الدّستور أو إعلان حالة الطوارئ المساس من أحكام الفصول التّالية: الفصل 12 (المساواة أمام القانون) والفصل 13 (الحق في الحياة)، الفصل 14 (كرامة الذات البشريّة وحرمة الجسد ومنع كلّ أنواع التّعذيب)، والفصل 15 (تحجير سحب الجنسيّة ومنع التّغريب ومنع تسليم اللاجئين السياسيين) والفصل 16 (حقّ التّقاضي على درجتين وحقّ الدّفاع لدى قضاء مستقل ومحايّد وفي آجال معقولة) والفصل 17 (قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة وشخصيّة

18 من ذلك تنصيص الفصل 8 على أنّ «حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات مضمونة وتُمارس حسبما يضبطه القانون» وتنصيص الفصل 9 على أنّ «حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية مضمونة إلا في الحالات الاستثنائية التي يضبطها القانون» والفصل 10 على أنّ «لكل مواطن حرية التنقل داخل البلاد وإلى خارجها واختيار مقر إقامته في حدود القانون» والفصل 13 على أنّ «كل فرد فقد حريته يعامل معاملة إنسانية في كنف احترام كرامته طبقاً للشروط يضبطها القانون»، دستور 1 جوان/ حزيران 1959، آخر صيغة محدّثة على موقع البوّابة الوطنيّة للإعلام القانوني:

<http://www.legislation.tn>

19 مسودة مشروع الدّستور نسخة 13 أوت/ آب 2012، مسودة مشروع الدستور نسخة 14 ديسمبر/ كانون الأوّل 2012 (يمكن تحميلها على موقع مجلس نواب الشعب على الرابط التالي: http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/anc/projet_constitution_14_12_2012.pdf ومسودة مشروع الدستور نسخة 22 أفريل/ نيسان 2012 (يمكن تحميلها على موقع مجلس نواب الشعب على الرابط التالي:

http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/anc/projet_constitution_22_04_2013.pdf

أنظر أيضاً: الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 16.

20 مشروع الدستور بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013، ص. 9، يمكن تحميله على موقع مجلس نواب الشعب على الرابط التالي: http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/anc/projet_constitution_01_06_2013.pdf

العقوبة ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات) والفصل 18 (الحق في الأمان) والفصل 19 (حقّ السجين في معاملة إنسانية تحفظ كرامته) والفصل 20 (حرمة الحياة الخاصة وسرية المراسلات وحرمة المسكن وحماية المعطيات الشخصية وحقّ اختيار مكان الإقامة وحرية التنقل) والفصل 21 (حرية الفكر والضمير والمعتقد وحرية ممارسة الشعائر الدينية).

3- على المحاكم عندما تنظر في قضايا متعلّقة بالحدّ من الحقوق والحريات أن تؤوّل هذه القيود تأويلاً ضيقاً وعلى ضوء مبادئ الديمقراطية والكرامة الإنسانية والمساواة والحرية²¹.

وتمّ في النهاية في إطار لجنة التّوافقات وبعد انطلاق الحوار الوطني، إدراج المادة الجامعة²² مع إقرار مبدأ التّناسب بحيث ورد الفصل 49 ناصباً على أن القانون:

«يحدد 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 لمتعضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها، وتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور».

ولن نغوص الآن في مجال انطباق الفصل 49 لأنّها مسألة سيحددها منظورنا لهذا الفصل انطلاقاً من إشكاليتنا ولنكتفي بالقول أن الفصل 49، بنويّاً، يختم الباب الثاني من الدستور المخصّص للحقوق والحريات والذي تلى الباب الأوّل المخصّص للمبادئ الأساسية، مشكّلين بذلك وحدة مرجعية في تكريس الأجيال الثالث لحقوق الإنسان من حقوق مدنية وسياسية (من مساواة أمام القانون وحقّ في الأمان على النفس والحق في الحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات وحرية التنقل وحرية الضمير والمعتقد وحرية الرّأي والتّعبير والحق في الانتخاب) وحقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية (من حقّ نقابي وحق في الإضراب وحقّ في الصحة وحق في العمل وحق في التّعليم وحق في الثقافة) وحقوق التضامن عبر تكريس الحقّ في بيئة سليمة كفله الفصل 45 من الدّستور.

ولنلاحظ أنّ هذا التصنيف التقليدي في الحقيقة لحقوق الإنسان على أساس الترتيب الزمني للإعلان عن الحقوق يسمح بعض الشيء بتلمّس الطّريق إلى الحريات الفردية موضوع هذه الدّراسة والتي يشكّل تحديدها في حدّ ذاته مسألة دقيقة، فمع التّسليم بأنّ «الحق الأكثر أهميّة بالنسبة إلى الفرد يتمثل في الممارسة الحرّة

21 اللّغاني (س)، الحمروني (س)، القليبي (س) "الحقوق والحريات"، ضمن قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، 15 جانفي/ كانون الثاني 2013، نشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/ آذار 2013، ص. 55-58.

22 GUELLALI (A.), *op. cit.*, pp. 413-414.

أنظر أيضاً الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 17-18.

لفردانيته»²³، فإنّ دراسة الحريّات الفردية تستوجب تحديدها وضبط معيار يمكن من فرزها من جملة الحريّات والحقوق، مع التسليم مبدئيًا بما يطرحه تصنيف الحريّات من إشكاليّات جعلت بعض الفقهاء يصفونه بـ«المتناهة»²⁴ وحملت البعض الآخر على التسليم بأن «كلّ تصنيف يحمل شيئًا من الاعتباريّة ولا يوجد تصنيف واحد مرضي بطريقتة مطلقة»²⁵، علاوة على أن عمليّة التصنيف تمسّ من ترابط الحقوق والحريات وعدم قابليّتها للتجزئة. ورغم وجود تصنيفات «بسيطة ووظيفية»²⁶ كتلك القائمة على موضوع الحقوق والحريات والتي تسمح بالتمييز بين الحريات المتصلة بالجسد أو الحريات الجسديّة (حق الحياة، الحق في الحرمة الجسديّة والحق في الأمان، حرمة المسكن، حرية التنقل...) والحريات الفكرية (حرية الفكر والضّمير والمعتقد، حرية التعليم، حرية الصحافة...) والحريات المتعلقة بالإنسان كفرد من المجموعة أو الحريات العلائقيّة (حرية الاجتماع والتظاهر والجمعيات، الحرية النقابيّة، حق الإضراب...)،²⁷ بحيث تتقاطع الحريات الفردية إلى حدّ ما مع الحريات الجسديّة والحريات الفكرية، لكن لا تستنفذ هذه الأخيرة الحريات الفردية إذ لا تشمل مثلًا حماية الحياة الخاصّة²⁸، وهو ما يبرز هشاشة التصنيف.

ولذلك، سيتمّ ضبط جملة من المتضادّات²⁹ oppositions التي قد تساعد في النّهاية على تحديد مفهوم الحريات الفردية وضبط قائمة الحريات التي ستشملها هذه الدراسة:

موضوع الحريات الفردية: حريات فردية/ حقوق وحريات فردية؟

تتعلّق هذه الدّراسة مبدئيًا بالحريات الفردية دون الحقوق وهو ما يطرح إشكالا بالنظر إلى صياغة الفصل 21 من الدّستور الذي أحال إلى «الحقوق والحريات الفردية»، وهي نفس المقاربة التي كرّسها تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة -الذي يعدّ وثيقة مرجعية في هذا المجال- والذي خصّص الجزء الأوّل منه للدّ «حقوق والحريات الفردية»³⁰ والذي أدرج في قائمة الحريات الفردية جملة من الحقوق كالحق في الحياة والحق في الكرامة وفي الحرمة الجسديّة والحق في الأمان وفي الحرية والحق في حماية الحياة الخاصّة.

23 VON IHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3ème édition par Octave DE MEULENAERE, Tome II, Paris, A. Marescq, Aîné, 1886-1888, §33, p. 88. التّرجمة لنا.

24 BRIBOESIA(E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 7.

25 SUDRE(F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12ème édition, Paris, PUF, 2015, p. 414. التّرجمة لنا.

26 نفسه، ص. 414. التّرجمة لنا.

27 LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, 2ème édition refondue, Bruxelles, Bruylant, Memesis, 2008, p. 71.

28 نفسه، ص. 72.

29 استلهمنا هذه المقاربة من المرجع التّالي:

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2015, pp. 9-29.

30 رئاسة الجمهوريّة، تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، 1 جوان/ حزيران 2018، ص. 22-129، يمكن تحميله على الموقع الرّسمي لرئاسة الجمهوريّة على الرّابط التّالي:

<https://colibe.org/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1/?lang=ar>

وليس من البديهيّ مبدئيًا التّمييز بين الحقوق والحريات لترابطهما «حدسا»³¹، بل التّمييز بينهما يعدّ من أوّل وجوه «الترّد الاصطلاحي»³² الذي يميّز النظريّة العامّة لحقوق الإنسان. ويتّجه جانب من الفقه إلى التّمييز بين الحقوق والحريات على أساس أسبقية الحرّيّة عن الحقّ فهي سابقة عن القاعدة القانونيّة وتعني حسب الأستاذ ريفيرو و Rivero «إمكانية أو سلطة الخيار التي تسمح للإنسان باختيار تصرّفه الشّخصي»³³ في غياب أيّ إلزام قانوني، فالحرية يكرّسها القانون ولا ينشئها إذ يولد النّاس أحرارًا ثمّ يتولّى القانون الاعتراف بهذه الحرّيّة. وعلى هذا الأساس، تختلف الحرّيّة عن الحقّ الذي لا يمكن أن يترتب إلّا عن نظام قانوني ينشئه القانون وليس بسابق له، بحيث يكون الحقّ في النّهاية وسيلة لتحقيق هدف الحرّية³⁴.

ومسألة التّمييز بين الحقوق والحريات لا تعدّ من قبيل التّرف الفكري طالما أنّ التّمييز بين الصّنفين ضروري لتحديد مفهوم الحريات الفرديّة ومنه لتحديد القائمة التي ستكون موضوع الدّراسة، هذا مع التّسليم بأنّ التّصنيفات الفقهيّة لا تسهّل مهمّة الباحث. ويكفي لبيان هذه الصّعوبة أن نحيل إلى تمييز الفقيه الألماني جيلينك Jellinek بين الحقوق-الحريات أو «الحقوق السّلبية» *status negativus droits de statut négatif* التي يكون فيها الفرد حرّ التصرّف ويمنع فيها على الدّولة التّدخل في مجال الحرّية، بحيث يقف دورها عند الامتناع (لا تحتاج لممارستها سوى حماية الدّولة)، والحقوق الإيجابيّة *status positivus* أو الحقوق - الدّين التي تحتاج لتكريسها مطالبة الأفراد بها وتدخلًا للدّولة بصفقتها مديّنة، إضافة إلى الحقوق - المشاركة *status activus* التي تقتضي مشاركة الفرد في تكوين إرادة الدّولة. علما وأنّ الحريات الفرديّة تجد مكانها في الصّنف الأوّل أي صنف الحقوق-الحريات التي تكون فيها الحريات رديفة للحقوق³⁵.

وللخروج من هذا المأزق، سيتمّ اعتبار الحقوق رديفة *corollaires* للحريات الفرديّة طالما كان الحقّ وسيلة للفرد لممارسة فردانيّته أو لحمايتها وهو ما يمكن من إدراج الحقّ في الحياة طالما كان شرطًا لممارسة الحرّية وطالما كان مرتبطًا تاريخيًا بـ«حماية الفرد ضدّ الدّولة التي كانت تملك سلطة سيّدة أي حقّ الحياة والموت على رعاياها»³⁶، ونضيف بالتّبعيّة الحقّ في الكرامة وفي الحرمة الجسديّة والحقّ في الأمان وفي الحرّية الذي يجسّد حماية الحرّيّة الجسديّة ضدّ الإيقافات التّعسفيّة. وبالاستناد إلى نفس هذا المعيار، لن يتمّ إدراج حقّ الملكيّة في دائرة الحريات الفرديّة لارتباطه بالحقّ في حماية الممتلكات *le droit au respect des biens*³⁷

31 HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 9. التّرجمة لنا.

32 نفسه، ص. 9.

33 RIVERO (J.), MOTOUH (H.), *Les libertés publiques*, Tome I, 9ème édition, Paris, PUF, 2003, p. 5. التّرجمة لنا.

34 HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *op. cit.*, pp. 9-10.

35 JELLINEK (G.), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892, pp. 89-183. Voir à propos de la classification FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 172.

36 HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 342. التّرجمة لنا.

37 FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, pp. 533-534.

لا بحرية جسدية وإن كان جون لوك مثلاً يعتبر الحق في الملكية امتداداً لجسد الفرد طالما أن الفرد مالك لجسده ومنتوج عمله³⁸. ولذلك، لن نتعرض إلى حق الملكية إلا فيما يقتضيه تحليل الفصل 49 وعلاقة المادة الجامعة بالتحديدات الخاصة.

وعلى هذا الأساس تشكل هذه «الحقوق-الحريات الجسدية» الدائرة الأولى للحريات الفردية. التي تمّ تكريسها في الفصول 22³⁹ و23⁴⁰ و27⁴¹ و28⁴² و29⁴³ و30⁴⁴ من دستور 2014 والتي ستشملها هذه الدراسة.

مجال الحريات الفردية: حريات فردية/ الحق في حماية الحياة الخاصة/ الحرية الشخصية؟

تبدو حماية الحياة الخاصة مركز الثقل في مجال الحريات الفردية طالما أن الحياة الخاصة هي المجال الذي سيبارس فيه الفرد خصوصيته وفردانيته، بل أنها تجسّد «القطيعة بين الفضاء العام الذي يتحرك فيه مجموع المواطنين والفضاء الخاص الذي سيتم فيه التصرف في العلاقات الإنسانية وحدها»⁴⁵.

وإن كان من غير السليم الإقرار بأن حماية الحياة الخاصة رغم محوريتها في الحريات الفردية تستنفذ هذه الأخيرة، إلا أنها تشمل جزءاً هاماً منها رغم أن الفصل 24 من الدستور ذكر حماية الحياة الخاصة -وأفردا بصنف- إلى جانب مكوناتها الطبيعية أي حرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية، والمكونات التي تتجانس معها أي حرية التنقل وحرية اختيار مكان الإقامة. ومن الجدير بالذكر أن محتوى الفصل 24 من دستورنا يوافق صنف الحرية الشخصية الذي كرّسه المجلس الدستوري الفرنسي انطلاقاً من الفصلين 2 و4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن⁴⁶، وهو ما يبرز الإمكانات الحماية للحق في حماية الحياة الخاصة *les potentialités protectrices du droit au respect de la vie privée*.

Voir dans ce sens LEVINET (M), *op. cit.*, pp. 71-72

38

39 ينص هذا الفصل على ما يلي: "الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون".

40 ينص هذا الفصل على ما يلي: "تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم".

41 ينص هذا الفصل على ما يلي: "المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة".

42 ينص هذا الفصل على ما يلي: "العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم".

43 ينص هذا الفصل على ما يلي: "لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون".

44 ينص هذا الفصل على ما يلي: "لكل سجين الحق في معاملة إنسانية تحفظ كرامته".

تراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع".

45 ALMEIDA (F.), « Des usages de la vie privée dans la (dé)légitimation politique », *Quaderni*, n° 72-Printemps 2010, p. 77. الترجمة لنا.

46 Voir pour cette jurisprudence FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 176 et s.

وهي نفس المقاربة التي تستخلص من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي كرّست حماية الحياة الخاصة والعائلية والمسكن والمراسلة على أساس الفصلين 7 و8 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية⁴⁷.

وعلى هذا الأساس، سنعتبر الحرية الشخصية الدائرة الثانية للحريات الفردية، دائرة تشمل الخصوصية (l'intimité) في عناصرها اللامادية (سرية الحياة الخاصة والمهنية، حرية الضمير والمعتقد...) والمادية (حرمة المسكن، سرية المراسلات...) ⁴⁸ التي تمّ تكريسها في الفصل 24 من دستور 2014⁴⁹ والتي ستملها هذه الدراسة، إضافة إلى ما يرتبط بها من ضرورة حمايتها وهو ما يجلبنا إلى الفصل 7 من الدستور⁵⁰.

كيفية ممارسة الحرية: حريات فردية/ حريات عامة/ حريات جماعية؟

تخصيص «الحريات الفردية» بصنف على أساس معيار كيفية ممارسة الحرية يفترض مقابلتها بصنف آخر وهو «الحريات الجماعية»، بحيث تعتبر فردية تلك الحريات التي يمارسها الإنسان بمفرده وباعتبارها تجسيدا لخصوصيته على خلاف الحريات الجماعية التي لا يمكن ممارستها إلا بصفة جماعية، وهو ما يمكن من إدراج حرية الاجتماع وحرية تكوين الجمعيات وحرية الصحافة وحرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم ضمن الحريات الجماعية، خلافا لحرية الفكر والمعتقد والضمير وحرية الرأي والتعبير.

وتجدر الإشارة إلى أن دستور 2014 يكرّس ضمناً هذه المقابلة، إذ نصّ في الفصل 21 على ما يلي: «تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامة وتضمن لهم أسباب العيش الكريم»، ذلك أنّ لفظ «العامة» يمكن أن يستوعب مفهوم الحريات الجماعية، ويعكس النص الفرنسي للدستور هذه المقابلة إذ ينصّ على التالي: «L'État garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs. Il leur assure les conditions d'une vie digne»⁵¹.

مع ذلك، تفرض الإشارة إلى الحريات العامة بداهة التذكير بأنّ هذه الأخيرة تعدّ من الإرث الاصطلاحي⁵² للمنظومة القانونية الفرنسية التي كرّسها الفصل 9 من دستور 24 جوان/ حزيران 1793 والفصل 25 من دستور 1852 والفصل 34 من دستور 1958، وتحيل إلى الحريات التي تقوم السلطة السياسية بتنظيمها في إطار الدولة ضماناً لفاعليتها وذلك ما يسبغ عليها الصبغة «العامة». فهي ليست عامة لارتباطها بالعلاقة بين الدولة والمواطن ولا تتعارض مع ما هو خاصّ، إذ لا توجد حريات خاصة تهمّ العلاقة بين الأفراد، بل هي

47 نفسه، ص. 688-703.

Voir pour cette classification: HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 489.

49 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته.»

50 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وعلى الدولة حمايتها.»

51 Constitution de la République tunisienne, *Journal Officiel de la République Tunisienne*, Numéro Spécial, 20 avril 2015, p. 5.

52 HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 13.

حريات عامة لضرورة تدخل السُّلْط العموميَّة لتنظيمها⁵³. وبهذا المعنى، «كُلُّ الحريات هي حريات عامة»⁵⁴ ويعرفها جيل لوبروتون Gilles Lebreton بأنها «تنتمي إلى حقل القانون وتقتصر على التصريح بما هو كائن وتمثّل في القواعد القانونيّة التي تضمن ممارسة الحقوق والحريات في دولة معيّنة»⁵⁵، بحيث أنها حسب الأستاذ ريفرو Rivero حقوق إنسان «تمّ تكريسها في القانون الوضعي»⁵⁶. وبالتالي تعدّ الحريات العامّة جزءاً من حقوق الإنسان التي تنزّل في إطار القانون الطبيعي وتوجد بقطع النظر عن تكريسها في القانون الوضعي⁵⁷. وفي الواقع، استعمل مصطلح الحريات العامة أساساً للتدليل على الحريات التي يحميها القانون من السلطة التنفيذية والتي يعود بالتالي بالأساس للقاضي الإداري حمايتها⁵⁸. وقد تمّ اليوم تقريباً التخلي عن هذه التسمية لاعتماد تسمية بديلة هي الحريات الأساسية⁵⁹.

ومهما يكن من أمر، فإنّ «الحريّات الفرديّة» يمكن أن تعتبر جزءاً من «الحريّات العامّة»⁶⁰ وعلى هذا الأساس من الأوجه مقابلتها بالحريات الجماعيّة. لكن هذا التّضاد لا يخلو من «مآزق»⁶¹، إذ أين يمكن تصنيف حريات كالحرية الدّينيّة التي تشمل جانباً داخلياً يتمثّل في حرية المعتقد وحرية تغيير الدين وجانباً خارجياً يتمثّل في إقامة الشعائر الدّينيّة⁶²؟ وهي ثنائيّة تعكسها صياغة الفصل 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينصّ على التّالي: «لكلّ شخص حقّ في حرّية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرّيته في تغيير دينه أو معتقده، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة»⁶³.

ونفس الثنائيّة تميّز حرية الرّأي، وهو ما يعكسه الفصل 19 من ذات الإعلان: «لكلّ شخص حق التمتع بحرّية الرّأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرّيته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء

- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *op. cit.*, pp. 6-7. 53
- LACROIX (C.), *Protection des droits et libertés fondamentaux – Tome I*, Prépa Dalloz, Paris, Dalloz, 2016, p. 15. التّرجمة لنا. 54
- LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7ème édition, Paris, A. Colin, 2005, p. 4. التّرجمة لنا. 55
- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *op. cit.*, p. 7. التّرجمة لنا. 56
- LEVINET (M.), *op. cit.*, p. 42. 57
- نفسه، ص. 43. 58
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.) « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »: effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n°5, décembre 2010, disponible au lien suivant : <http://juspoliticum.com/article/Des-libertes-publiques-aux-droits-fondamentaux-effets-et-enjeux-d-un-changement-de-denomination-290.html> 59
- قد نجد المقابلة بين الحريات الفرديّة والحريات العامّة ما يؤسّس لها في النّظام الفرنسي بالاعتماد على رأي مجلس الدّولة الفرنسي الصّادر في 13 أوت/ آب الذي أقرّ فيه أنّ «مصطلح الحريات العامّة يشمل، بقطع النّظر عن الحرية الفرديّة، الحريات الكبرى التي لا تقتصر على الفرد وحده، تتمظهر خارجياً وتتضمّن تدخلاً من مشاركين آخرين أو دعوة العموم. وبالتالي، تندرج في هذا الصّنف حرية الاجتماع، حرية تكوين الجمعيات ومعها الحرية الثّقائيّة، حرية الصّحافة وبصفة عامّة حرية نشر الأفكار، حرية الضّمير وممارسة الشعائر الدّينيّة، حرية التّعليم». أنظر: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n°10, p. 64. التّرجمة لنا. 60
- LEVINET (M.), *op. cit.*, p. 72. التّرجمة لنا. 61
- نفسه، ص. 72. 62
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص. 5. 63

والأفكار وتلقّيها ونقلها إلى الآخرين، بآية وسيلة ودونما اعتبار للحدود»⁶⁴، أو حرية الفنون التي تشكّل «حرية فردية للفنان المبدع وحقًا جماعيًا للجمهور لمتابعة الحياة الثقافية» أي «حرية النفاذ إلى الثقافة»⁶⁵، وهي أيضا ثنائية يعكسها الفصل 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁶⁶.

ورغم هذه المآزق، ستشكّل الحريات الفكرية في بعدها الداخلي والتي تمّ تكريسها في دستور 2014 الدائرة الثالثة للحريات الفردية التي ستشملها هذه الدراسة من حرية الفكر والمعتقد والضمير⁶⁷ وحرية الرأي والتعبير⁶⁸ والحريات الأكاديمية⁶⁹ وحرية الفنون⁷⁰.

بقي أن نلفت انتباه قارئنا إلى أنّ ما قمنا به من تحديد لمكونات موضوع الدراسة - أي الحريات الفردية - للضرورة المنهجية لن يمنعنا من التعرّض إلى الحقوق والحريات الأخرى في حدود ما يقتضيه؛ أولاً، الوعي بأنّ منظومة حقوق الإنسان مترابطة وغير قابلة للتجزئة، وما يقتضيه؛ ثانياً، تفكيك الفصل 49 لفهم منهج التحديد، وثالثاً لأنّ طموحنا الذي يعبر عنه عنوان هذه الدراسة وهو إشكاليّتها هو البحث عن إمكانية قراءة للفصل 49 تسمح بحماية قصوى للحريات الفردية وهو ما يفترض توسيع الأفق في حدود ما يسمح به الانضباط المنهجي.

64 نفسه، ص. 5.

65 MOURON(Ph.) « La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016 », *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2017, chronique n°30, disponible sur le site de la revue, au lien suivant: <http://www.revuedf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016/> الرّجعة لنا.

66 ينص هذا الفصل على ما يلي "1. تقر الدول الأطراف في هذا العهد بأن من حق كل فرد: أ) أن يشارك في الحياة الثقافية، ب) أن يتمتع بفوائد التقدم العلمي وتطبيقاته، ج) أن يفيد من حماية المصالح المعنوية والمادية الناجمة عن أي أثر علمي أو فني أو أدبي من صنعه. 2. تراعى الدول الأطراف في هذا العهد، في التدابير التي ستتخذها بغية ضمان الممارسة الكاملة لهذا الحق، أن تشمل تلك التدابير التي تتطلبها صيانة العلم والثقافة وإنائها وإشاعتها.

3. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام الحرية التي لا غنى عنها للبحث العلمي والنشاط الإبداعي. 4. تقر الدول الأطراف في هذا العهد بالفوائد التي تجني من تشجيع وإنهاء الاتصال والتعاون الدوليين في ميداني العلم والثقافة"، ضمن المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذكر، ص. 16.

67 نجد في هذا الصنف الفصل الأول الذي ينصّ على أنّ "تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها. لا يجوز تعديل هذا الفصل"، والفصل 2 الذي ينصّ على أنّ "تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون. لا يجوز تعديل هذا الفصل" والفصل 6 الذي ينصّ على أنّ: "الدولة راعية للمدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي. تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدّسات ومنع النيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتحريض على الكراهية والعنف وبالتصدي لها".

68 يشمل هذا الصنف الفصل 31 الذي ينصّ على أنّ "حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة. لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات".

69 ينص الفصل 33 في هذا الإطار على أنّ "الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي مضمون. توفر الدولة الإمكانيات اللازمة لتطوير البحث العلمي والتكنولوجي".

70 ينص الفصل 42 على ما يلي: "الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة، وتشجع الدولة الإبداع الثقافي، وتدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات. تحمي الدولة الموروث الثقافي وتضمن حق الأجيال القادمة فيه".

وهذه القراءة الواسعة لا تعني تلاشياً لخصوصية الحريات الفردية بل هذه الأخيرة في تقديرنا هي رهان تأويل الفصل 49 لما تكتسيه من خصوصية في مجتمعاتنا بحيث سيكون الفصل 49 مفتاحاً للإجابة عن سؤال «ماذا يعني أن نفكر عربياً في الحرية؟»⁷¹، في حرية لصيقة بمفهوم الفرد الذي ولد خارج ربوعنا. فظروف نشأة مفهوم الفردانية تثبته في مرجعية غربية بامتياز، توفرت فيها «شروط موضوعية أنتجت الحاجة إلى هذا المبدأ (استقلالية الفرد) والحاجة إلى إعادة تكوين التنظيم المؤسسي للمجتمع وفقاً لمقتضياته»⁷²، من ظروف اقتصادية واجتماعية ساهمت في بروز الرأسمالية واهتراء النظام الاجتماعي الإقطاعي الذي ترك المكان لنظام اجتماعي محوره الفرد واحترام ذاتيته، وثورة معرفية سمحت - عبر ارتباط العلم الحديث بالوعي بما تحمله المعرفة نظرياً وتقنياً من إمكانيات - بنقل الحرية من مجال التفكير النظري إلى العقلانية العملية، ثم سياسياً بالتأسيس التدريجي للفصل بين السياسة واللاهوت وبين الفضاين العام والخاص وتركيز مفهوم السيادة في إطار الدولة-الأمة⁷³. غير أنّ هذا السياق الذي تبلورت فيه الفردانية في إطار تجديد للفلسفة السياسية الغربية يظلّ خاصاً بالمجتمعات الغربية، وما ينتهي إليه من إعلاء للفردانية كميّاراً للـ «الحر»⁷⁴ اقتصادياً ومعرفياً وسياسياً وربطها بالعقلانية، «(يربك) الباحث العربي المعاصر... لأنه لا يجد في مصادره التراثية سندا قوياً لتبني مفهوم «الاستقلال الذاتي للفرد»»⁷⁵. وبقطع النظر عن الإمكانيات النظرية المفتوحة لهذا التّأصيل، فإنّ مفهوم الفرد يربك خاصّة المجتمعات الشرقيّة التي لم تتمّ فيها القطيعة التي كانت ضرورية لتركيز الفردانية في ارتباطها بالحدّات ولم يتمّ فيها خلق ظروف الوعي بالذات وباستقلال الفرد بحيث يظلّ «الفرد دائماً مغموراً في المجموعة»⁷⁶ بمختلف تظاهراتها وتنظيماتها الاجتماعية والسياسية من العائلة إلى القبيلة إلى المجتمع، هذا بقطع النظر عن سلطة الدولة وتدخّلها في الشأن الفردي. وبالتالي لم ينضج مفهوم الفرد في مجتمعاتنا الشرقيّة بما يجعلها تمنع الحريات الفردية وتعتبرها خطراً على تماسك البنية الاجتماعية.

ومن ثمة، نعدّ الفصل 49 باباً للتفكير «تونسياً» في الحرية الفردية بتفكيك فصل على غاية من التعقيد فيما يتعلّق بالمفاهيم التي اعتمدها والسلط المعنوية به، تفكير يضاف إلى الدراسات الفقهية القيمة التي قدّمت إلى حدّ الآن حول الفصل 49 والتي تلتقي في التركيز على وجود تراكمية في الشّروط التي يضعها الفصل 49 في الحدّ من الحريات⁷⁷، بحيث تمّ بعدُ تفكيك بنيته من حيث التّحقّق التشريعي وتفصيل حدود الحدود بما في

71 السراجي (أ) «ماذا يعني أن نفكر عربياً في الحرية؟»، تبين، العدد 5/17، صيف 2016، ص. 37-60.

72 نفسه، ص. 40.

73 نفسه، ص. 40.

74 نفسه، ص. 40.

75 نفسه، ص. 40.

76 الترجمة لنا. MEZGHANI (A.), *Lieux et non-lieu de l'Identité*, Tunis, Sud Editions, 1998, p. 223.

77 من ذلك مثلاً الماجري (خ)، ضوابط الحقوق والحريات. تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المرجع سابق الذكر؛ اللّغاني (س) «الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة»، المرجع سابق الذكر؛ القرقوري (م) «الضوابط الدستورية للحقوق والحريات من خلال الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014»، قراءات في دستور الجمهورية الثانية (دستور 27 جانفي 2014)، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، عدد 4، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، مارس/آذار 2017، ص. 83-110. أنظر أيضاً:

ذلك اختبار التناسب والاتفاق على أن الإشكال الرئيسي يتمثل في كيفية إعمال أو إنفاذ المنهج وهي بالأساس مهمة القاضي «الذي يشبه في ذلك هرقل من حيث صعوبة مهمته» حسب الأستاذ سليم اللغاني⁷⁸.

ولتفق أن فصلا بهذا التعقيد يفتح إمكانيات عدّة للتأويل. ودون أن نغوص في غياهب عملية التأويل والوظائف التي تؤمنها بين من يعتبرها «ضرورية لأن القاعدة التي ستطبق، أو منظومة القواعد، تفتح عدّة إمكانيات للمؤول»⁷⁹، وبين من لا يقرب بحرية الخيار للمؤول بل بحتمية المعنى الذي لا يعدد التأويل إلا «كشفا عنه» «un déchiffrement du sens des dires juridiques»⁸⁰، فإن طرنا يطمح إلى تأويل واسع للفصل 49 يسمح بترتيب كل آثاره مع ما يفترضه هذا التوسيع في نطاقه.

ففي دستور تميز بالازدواجية l'ambivalence في القيم المؤسسة له وفي المبادئ التي يعبر عنها منطوقه، قد يشكل الفصل 49 إحدى آليات الانسجام بين أحكام قد تبدو متعارضة. ويكفي أن نذكر بالجدل الذي طرحه الفصل 6 من الدستور في تكريسه من جهة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ومنعه من جهة أخرى التيل من المقدسات. ونخال الدستور وضع مفتاحين للتسويق والانسجام منها الفصل 146 الذي بتنصيبه على أن أحكام الدستور «تفسر... ويؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة» من المفروض أن يؤدي إلى التصريح بعدم دستورية كل تأويل انتقائي للدستور، وثانيهما الفصل 49. فروح الموازنة الذي يميزه و«الضرورة (التي) تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية» التي أقرها تجعله ذا حمولة تحييدية للتأويلات الهويوية un potentiel neutralisant des interprétations identitaires التي تعدد الحريات الفردية موضوع هذه الدراسة مرتعا خصبا لها، بما قد يؤهل الفصل 49 للعب دور حاسم أولا في ضبط نظام للحريات الفردية لا يؤدي إلى المساس من جوهرها ويحميها من اعتبارية المشرع، وثانيا ليكون معيارا لتأويل متوازن للدستور الجديد⁸¹، ومحرارا في تحديد مواضع اللادستورية البيئة في identification des lois d'une inconstitutionnalité flagrante في منظومتنا التشريعية بما فيها السابقة على دستور 2014 لتنتقيتها من الشوائب. ومنظومتنا، التي دون أن ندعي جردا كاملا لنصوصها ذات العلاقة بالحريات الفردية، ستصاحب

GUELLALI (A.) « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution: Genèse, portée et défis », *op. cit.*, p. 411-418; les interventions de Madame Amna GUELLALI et de M. Xavier PHILIPPE, in. *Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie: La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne*, Rapport d'un séminaire organisé par DRI, IDEA et le PNUD, les 27 et 28 novembre 2014, respectivement aux pages 18-22 et 23-28, disponible au lien suivant : http://democracy-reporting.org/wp-content/uploads/2016/03/rapport_article_49_1.pdf

78 اللغاني (س)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات "العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس"، جلسة 13 جويلية/ تموز 2019، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2019، ص. 3.

79 الترجمة لنا. KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2ème édition, Trad. Française Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 459.

80 الترجمة لنا. AMSELEK (P.) « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen », in. *Interpretatio non cessat*. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté, Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, 2011, p. 40.

81 DEBBECHE (K.), « Les valeurs constitutionnelles entre identité et universalité », in. *L'ambivalence constitutionnelle*, colloque international à la mémoire d'Amir Ouechati, Faculté des sciences juridiques, économiques et de gestion de Jandouba, les 24 et 25 avril 2019, à paraître.

تفكيكنا للفصل 49 الذي سيكون أداة «مسح مقطعي» علّه يمكن من تشخيص أهمّ «أمراضها»⁸² على ضوء القانون وفقه القضاء الدّولي والمقارن وعلّنا نتمكّن من تصوّر حلّ عملي يمكن من اتّقاء أمراض المستقبل في علاقة بتقييد الحريات.

وعليه، سيتمّ التساؤل من هذا المنظور عن مجال الفصل 49 بين محاذير التّضييق وفرص التّوسيع طالما كان هذا الأخير ضروريًا لتأمين مجال حيوي للحريات الفرديّة (الجزء الأوّل) قبل البحث في مضمونه كمدّة جامعة في ضبط الحقوق والحريات- بما في ذلك الحريات الفرديّة -تشكّل أساسا للـ«حوار» بين المشرّع والقاضي الدّستوري (الجزء الثّاني).

82 نستعير هنا عبارة الأستاذ محمد ميدون في ترجمة لـ"Les maux de la loi". أنظر:

MIDOUN(M.) « Les maux de la loi. Brefs propos au sujet de la production législative », in. *Mélanges offerts au doyen Sadok Belaid*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2004, pp. 577-588.

الجزء الأول

مجال الفصل 49:

الإمكانات التي يحملها الفصل بين
محاذير التضييق وفرص التوسيع من أجل
تأمين المجال الحيوي للحريات الفردية

الجزء الأول

في دراسة متصلة بالحريات الفردية في إطار الفصل 49، يبدو تحديد مجال هذا الأخير مسألة جوهرية وإن استوجب الأمر الإتيان على مختلف الحقوق والحريات المضمونة دستوريا سواء كانت فردية أو جماعية، بل أن تحديد هذا المجال والبحث عن قراءة واسعة يعدّ أمرا حيويًا إذ أنه لا يمكن تحقيق مناخ ملائم لممارسة الحريات الفردية إلا إذا تمّ تأمين ممارسة بقية الحريات الأخرى، فالحريات الفردية هي «الحرية - الاستقلالية»، حرية الجدد التي لا ضمانة فعلية لها إلا حرية القدامى أي «الحرية - مشاركة»، أو الحرية السياسية.

ونستعيد هنا التمييز الأصولي الذي اقترحه Benjamin Constant أحد رواد المدرسة الدستورية وأحد مؤسسي الفردانية كنسق فكري يركّز على محورية استقلال الفرد التي تعبّر عنها «حرية الجدد» *liberté des modernes* والتي ربطها كونستان بالحدائثة نشأة وفلسفة. ففي خطابه الشهير في 1819 «حول حرية القدامى مقارنة بحرية الجدد»، اعتبر كونستان أنه عند القدامى في العهدين الإغريقي والروماني، «الفرد سيّد بطريقة شبه عادية في الشؤون العامة، عبدٌ في كلّ علاقاته الخاصة. يقرّر السلم والحرب كمواطن ويُقيّد ويُراقب ويُقمع كشخص في كلّ تحركاته، يُسائل كجزء من الجسم الجماعي حكامه ورؤساءه ويعزّلهم ويدينهم وينفيهم ويسلبهم ويعدمهم ... وكخاضع للجسم الاجتماعي تُسلب منه بدوره كرامته ويُنبذ ويُعرض إلى الموت بالإرادة التقديرية للمجموعة الذي هو جزء منها»¹. وبالتالي تتمثّل حرية القدامى في الاعتراف للمواطنين بالحق في المشاركة في السلطة السياسية بواسطة هذه الحرية إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة عن طريق الانتخاب مع مراقبة الحكام. فحرية القدامى تهدف إلى «توزيع السلطة الاجتماعية بين المواطنين»، أمّا هدف حرية الجدد، الحرية - استقلالية فهو «التمتع الآمن بالاستقلالية الخاصة»، هي «الحق في ألا يخضع الفرد إلا للقوانين وفي القدرة على ألا يتمّ إيقافه أو الاحتفاظ به أو إعدامه أو معاملته معاملة مهينة بأيّ شكل من الأشكال بفعل الإرادة الاعتبارية لبعض الأفراد، هو حق كل شخص في التعبير عن رأيه، في اختيار صناعته وممارستها، في التمتع بملكيته، حقه في التنقل دون ترخيص ودون أن يبلغ عن أسبابه أو مساعيه، الحق في الاجتماع مع أفراد آخرين للحديث عن مصالحه أو في ممارسة الشعائر الدينية التي يفضلها هو وشركاؤه أو بكل بساطة الحق في أن يعيش أيامه وساعاته وفق ميوله وخياله»². ولتحقق ذلك، يجب أن تمتنع الدولة عن التدخل في الفضاء الخاص، فوظيفتها سلبية ويجب أن ينحسر مجال تدخلها حتّى تتحقّق السعادة.

لا يتعلّق الأمر فقط ب«نداء من أجل الحريات الفردية»³ بل بدفاع عن ترابط مختلف الحريات، بنسق فكري

1 Benjamin Constant « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », disponible sur le site de PHILOLOG, 8 mai 2009, au lien suivant : <https://www.philolog.fr/de-la-liberte-des-anciens-comparee-a-celle-des-modernes-benjamin-constant/comment-page>. التّرجمة لنا.

2 نفسه. التّرجمة لنا.

3 DELBOUILLE (P) « Aux sources de la démocratie libérale : Benjamin Constant », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2006/2 Vol. 106, p. 268. التّرجمة لنا.

ترتبط فيه الحرية الفردية، الحرية-استقلالية بالحرية-مشاركة، إذ يتساءل كونستان: «كيف يمكن أن نكون سعداء إذا فصلت إمكانيات التمتع بالحقوق عن الضمانات؟ أين سنجد هذه الضمانات إذا تخلينا عن الحرية السياسية؟ فالتخلي عنها ضرب من ضروب الخرف شبيه بذلك الذي يصيب شخصا يتذرع بأنه يقطن الطابق الأول ليشيد على الرمل مبنى دون أساس»⁴. فالحرية السياسية وغيرها في الواقع من الحريات الجماعية هي وسائل نضال من أجل ضمان الحرية الفردية، الهدف والنتهى، ومن ثمة لا يمكن تأمين مجال حيوي واسع للحريات الفردية إذا تم التضييق في مجال الفصل 49.

لكن يجب أن نحذر من الانزلاقات الممكنة لتأويل ضيق للحرية-استقلالية لا يرى فيها سوى تحجير للتدخل من أي جهة كانت في شأن الفرد وعرقلة تصرّفه، إذ أن ذلك يمكن أن يشكّل تهديدا للحرية ذاتها، وهو ما يبعدها عن مقاصد الفصل 49. لذلك يجب أن نسلك مسارا ذهنيا يأخذ بعين الاعتبار أن التمتع بالاستقلالية الخاصة يشمل كما عبّر عن ذلك بنجمان كونستان «عدم الخضوع إلا إلى القوانين» في نضال ضد الإرادة الاعتبارية للبشر التي يعتبرها كونستان «أكثر خطورة من أسوأ القوانين. لكن القوانين ذاتها يجب أن تكون لها حدود»⁵. ولعل هذه نقطة التقاء للتصوّر الليبرالي مع الفكر الجمهوري Republicanisme في دعوته إلى «اليقظة الأبدية التي هي ثمن الحرية»⁶ وإن كان الفكر الجمهوري يرى في الحرية أبعد من عدم التدخل في شأن الفرد فهي «رفض للهيمنة» *la liberté comme non-domination* التي «تقتضي شيئا أكثر من غياب التدخل، وهو الضمانة بعدم التعرّض إلى التدخلات وخاصة منها التدخلات التعسفية»⁷. وهذا يفتح إمكانية وجود تدخل غير تعسفي ومقبول إذ «يمكن للبرلمان أو عون الشرطة، القاضي أو حارس السجن، ممارسة تدخلات غير مهيمنة بشرط جوهري هو وجود آليات دستورية تسمح بتأطير تصرفاتهم بشكل كاف وأن تعمل هذه الآليات بنجاعة»⁸. وبالتالي، «القانون لا يشكل بالضرورة شكلا للهيمنة»⁹ فإذا احترم الإطار الذي ذكرناه، فإنه لا ينسف الحرية بل يضع ضوابط و«حدود مبررة لأنه يخلق شروط تحقيق حرية أكبر وسعادة أكثر»¹⁰. وها نحن إذن في قلب منهج الفصل 49 الذي يهدف إلى تجنب التدخل التعسفي.

ومن هنا فإن البحث عن التأسيس لقراءة للفصل 49 تضمن حماية قصوى للحريات الفردية في إطار تصوّر يستشعر أهمية ترابط الحريات، يفترض التساؤل عن مجال الفصل 49 بما هو مفتاح لتجنب الهيمنة.

4 CONSTANT (B.), *op. cit.* الترجمة لنا.

5 نفسه، الترجمة لنا.

6 PETTIT(Ph.), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, traduit de l'anglais par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, Paris, Gallimard, 2004, p. 23. الترجمة لنا.

7 نفسه، ص. 76. الترجمة لنا.

8 نفسه، ص. 93. الترجمة لنا.

9 نفسه، ص. 94. الترجمة لنا.

10 نفسه، ص. 94. الترجمة لنا.

في الواقع، يفترض تحديد المجال الإجابة عن سؤالين أولهما في علاقة بالحريات نفسها المشمولة مبدئياً بالفصل 49 في علاقة بالدستور كوثيقة حاوية لها، وثانيهما في علاقة بآليات تحديد هذه الحريات.

فأما بالنسبة إلى السؤال الأول، فقد يبدو من باب التزييد التساؤل عن إمكانية انطباق الفصل 49 على الحريات غير المكرسة في الدستور لأن ذلك تساؤل قد يؤدي إلى تأويل يخرجنا تماماً من المنظومة الدستورية ومن نطاق الفصل 49 الذي أحال صراحة إلى «الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور»، رغم أن قائمة الحريات الواردة به، على ثرائها وتنصيبها على مختلف أجيال حقوق الإنسان، غير شاملة. ومن بين «الحقوق المنسية»¹¹ حرية الصناعة والتجارة ومنع العمل القسري وحرية العمل¹². بحيث تبقى مسألة التوسيع في قائمة الحقوق والحريات ومدى إمكانية تطبيق المادة الجامعة عليها¹³ رهينة الدور الإنشائي الذي سيلعبه القاضي الدستوري الدائم وقدرته على استنباط حريات غير مكرسة دستورياً بصفة صريحة¹⁴.

لكن وفي المقابل، بإحالته إلى «الحقوق والحريات المضمونة بالدستور»، يجدر التسليم بأن مضمون الفصل 49 ينسحب لا فقط على قائمة الحريات الواردة بالباب الثاني فحسب (من الفصول 21 إلى 48) بل كذلك الحقوق والحريات الواردة في الباب الأول المخصص للمبادئ العامة، أي حرية الاعتقاد والضمير وممارسة الشعائر الدينية الواردة في الفصل 6 والحقوق والحريات الواردة بالفصل 108 من الباب الخامس المتعلق بالسلطة القضائية¹⁵. وبالتالي، يتجاوز صنف «الحقوق والحريات المضمونة بالدستور» القائمة الواردة في بابي المبادئ العامة والحقوق والحريات¹⁶.

11 BACCOUCHE (N.) « Les droits économiques et sociaux et la Constitution », in. *La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, p. 479, disponible au lien suivant: <https://www.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/40%20Les%20droits%20c3%a9conomiques%20et%20sociaux%20et%20la%20Constitution.pdf>. الترجمة لنا

12 نفسه، ص. 479-480.

13 حول مسألة تطبيق المادة الجامعة على الحقوق غير المنصوص عليها بالدستور، أنظر: الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 27.

14 يمكن أن نذكر في هذا الإطار الدور الذي لعبه المجلس الدستوري الفرنسي في توسيع قواعده المرجعية les normes de référence en matière d'identification des droits et libertés أو ما يسمى بكتلة الدستورية التي تشمل نصوصاً مكتوبة ومبادئ فقه قضائية أي تباعاً نصّ دستور 4 أكتوبر/ تشرين الأول 1958 وإعلان حقوق الإنسان والمواطن لـ 1789 وتوطئة دستور 1946 التي أسس عليها صنف المبادئ الأساسية المعترف بها من قوانين الجمهورية - Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - بما في ذلك حرية تكوين الجمعيات وحرية التعليم - والمبادئ التي تعرف بـ Principes particulièrement nécessaires à notre temps والتي تشمل الحق في المساواة والحق في الحرية والحق في التضامن، هذا إضافة إلى المبادئ ذات القيمة الدستورية principes à valeur constitutionnelle والأهداف ذات القيمة الدستورية وميثاق المحيط (2004). حول مختلف هذه العناصر وفقه القضاء الإنشائي للمجلس الدستوري الفرنسي، أنظر: HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, Dalloz, pp. 213-220.

15 ينص هذا الفصل على ما يلي: «لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء.

حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان، ويسر القانون اللجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماليا الإعانة العادلة. ويضمن القانون التقاضي على درجتين.

جلسات المحاكمة علنية إلا إذا اقتضى القانون سريتها ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية».

16 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 24.

وهنا تنتهي في تقديرنا الأبواب المفتوحة ويتعين علينا النظر في آليات تحديد الحريات في ظل وجود تحديدات خاصة في بعض الفصول تلزمنا بالبحث في التّمفصل بين المادة الجامعة والتّحديدات الخاصة، وهي إذن منطقة اتّفق على أنّها منطقة تماس أو تقاطع بين الصّنفين (المبحث الأوّل)، لكن أيضا في ظلّ تكريس حقوق غير قابلة للتّحديد وتدابير استثنائية علّق فيها مبدئيّا تطبيق الفصل 49 وتساؤل عن دور ممكن للفصل 49 في المجال الجزائي الخاضع لسلطان مبدأ تناسب الجرائم والعقوبات رغم وجود رابط خفي بين «التناسبين» بما يوحي بأنّ هذه المسائل تُعدّ في تنافر مع الفصل 49، ولا نخالها كذلك (المبحث الثّاني).

المبحث الأول - الخامس:

هل أن الفصل 49 مادة عامة وأصلية

clause générale أم مادة احتياطية

clause résiduelle ?



وضوح خيار المؤسس في اعتماد طريقة التّحديد المزدوج التي تزواج بين المادّة الجامعة الواردة في الفصل 49 والتّحديدات الخاصّة الواردة في الفصول 1722 و1826 و1929 و2034 و2138 و2241 و53 و23 و2454 و2574 من الدّستور لا يعفي من ضرورة التّساؤل عن طبيعة هذا الفصل طالما أنّه عبر طريقة المادّة الجامعة لا يعدّ الشكل الوحيد لتنظيم الحريات - بما فيها الفردية موضوع هذه الدّراسة - الذي كرّسه الدّستور كاختصاص حصري للمشرّع حسب الفصل 65 منه، فالتّحفّظ التّشريعي أخذ أيضا شكل التّحديدات الخاصّة. وبالتالي لا مناص من البحث في التّمفصل بين المادّة الجامعة والتّحديدات الخاصّة، فهل سيُحسم الأمر بتطبيق «مبدأ القانون»: «حكم النص الخاص يُستثنى من حكم النص العام» (Le spécial déroge au général)؟²⁶

الواقع أن أهمية التّحديدات الخاصّة واتّساع مجالها يبرّران الخشية من انحسار مجال تطبيق الفصل 49 وتحوّله إلى مادّة احتياطية لا أصلية وعامة لا تنطبق إلّا فيما لم يستثنه الدّستور بشكل قد ينسف في تقديرنا الإمكانيات الحمايية للفصل 49 وقدرته على أن يؤسس لمنهج ثابت في وضع ضوابط للحريات التي ضمنها الدّستور. والواضح أن القانون المقارن ورغم تباين التّطبيقات فقه القضائية أحيانا يسمح باستخلاص نزعة نحو اعتبار المواد الجامعة قابلة للتّطبيق على مختلف الحقوق المكرّسة دستورياً أو في إعلانات الحقوق بما في ذلك الحقوق التي وردت بشأنها تحديدات خاصّة.

في هذا السّياق، وبالنّظر إلى التّجربة الكنديّة، يزواج العهد الكندي للحقوق والحريات بين مادّة أولى جامعة وبين تحديدات خاصّة، وأقرّت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984 بتعارض قانون صادر في مقاطعة الكيبك بخصوص التّعليم باللّغة الفرنسيّة مع الفصل الأوّل من العهد - أي المادّة الجامعة - ومع الفصل 23 من ذات العهد المتعلّق بالحقوق المتّصلة بالتّعليم بلغة الأقلية، حيث اعتبرت المحكمة صراحة أن القيود الواردة في القانون المطعون فيه «ليست قيوداً مشروعة على معنى الفصل الأوّل من العهد بالقدر

17 "الحق في الحياة لا يمكن المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون".

18 "حق اللّجوء السياسي مضمون طبق ما يضبطه القانون".

19 "تحدّد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون".

20 "حقوق الانتخابات والافتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون. تعمل الدولة على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة".

21 "تضمن الدولة الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون".

22 "حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلّا في الحالات والظروف التي يضبطها القانون. الملكية الفكرية مضمونة".

23 "الترشح لعضوية مجلس نواب الشعب حق لكل ناخب تونسي الجنسية منذ عشر سنوات على الأقل، بلغ من العمر ثلاثاً وعشرين سنة كاملة يوم تقديم ترشحه، شرط أن لا يكون مشمولاً بأي صورة من صور الحرمان التي يضبطها القانون".

24 "يعدّ ناخباً كل مواطن تونسي الجنسية بلغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة وفق الشروط التي يحددها القانون الانتخابي".

25 "الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغا من العمر خمساً وثلاثين سنة على الأقل. وإذا كان حاملاً لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهداً بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيساً للجمهورية. تشترط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين الرسميين حسبما يضبطه القانون الانتخابي".

26 اللّغائي (س)، "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 107.

(pour autant que) الذي ينطبق فيه هذا الفصل على الحقوق التي كرّسها الفصل 23²⁷. والواضح إذن أنّ تحديد هذا «القدر» أو منطقة التّعايش والتّقاطع بين المادّة الجامعة والتّحديدات الخاصّة هي رهان المنهج القضائي عبر اختبار التّناسب، وهذا ما تؤكّده التجربة الألمانيّة.

في هذا الإطار، اعتمد القانون الأساسي الألماني المؤرّخ في 23 ماي/ أيار 1949 طريقة التّحديد المزدوج مزاجاً بين مادّة تضع ضوابط وضع الحدود على الحقوق الأساسيّة في الفصل 19²⁸ وتحديدات خاصّة ذات نوعين. إذ يكتفي بالنّسبة إلى بعض الحريات بالتّصيص على أنّه «لا يجوز التّدخل في هذا الحقّ إلاّ بموجب قانون» أو «لأسباب قانونيّة» كما هو الشّأن بالنّسبة إلى الحقّ في الحياة (الفصل 2 فقرة 2) أو حرية التّجمّع (الفصل 8 فقرة 2)، وهناك حقوق أضاف بشأنها القانون الأساسي ضوابط إضافيّة متّصلة بموضوع الحدّ أو شروطه أو وسائله²⁹ كما هو الشّأن بالنّسبة إلى سرّيّة الرّسائل والبريد والاتّصالات الهاتفية في الفصل 10 أو حرية التّنقّل في الفصل 11. وقد كيّف الفقه الألماني في هذا الإطار النّوع الأوّل من التّحقّق التشريعي بـ«التّحقّق البسيط» (réserve simple, einfacher Gesetzesvorbehalt) والنّوع الثاني بـ«التّحقّق الموصوف» (qualifizierter Gesetzesvorbehalt réserve qualifiée)³⁰. والمهمّ أنّ المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة قد أدرجت عناصر الفصل 19 في اختبار التّناسب الذي تطبّقه بشأن الحقوق الواردة في شأنها تحديدات خاصّة³¹.

في تونس، وفي انتظار استكمال مسار إرساء المحكمة الدّستوريّة، يبدو فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين مرجعياً لتحديد طبيعة المادّة الجامعة. لكن التّمعن في قرارات هذه الهيئة التي أثّرت فيها مسألة تطبيق الفصل 49 يبرز أنّ الهيئة لم تتعرّض إلى التّمفصل بين المادّة الجامعة والتّحديدات الخاصّة بل

Supreme Court of Canada, *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, [1984] 2 S.C.R. 66, case number 17821, 1984-07-26, p. 67, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/26/1/document.do> التّرجمة لنا.

أنظر في هذا الشّأن: الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 33.

28 لنذكر بالفصل 19 من القانون الأساسي الألماني الذي ينصّ على ما يلي: "إذا أجزى وفقاً لهذا القانون الأساسي تقييد أحد الحقوق الأساسيّة بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن ينطبق هذا القانون بشكل عام، ولا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يُجدد هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادّة الخاصّة به في القانون الأساسي.

2. لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي.

3. تنطبق الحقوق الأساسيّة أيضاً على الأشخاص الاعتباريين داخل الدولة، وإلى الحد الذي تسمح به طبيعة هذه الحقوق.

4. إذا انتهكت أحد السلطات العامّة حقوق أي شخص، يجوز له اللجوء إلى المحاكم، ويكون ذلك أمام المحاكم النظامية، إن لم يكن هناك داع للجوء إلى محكمة مختصة أخرى لا تتأثر الجملة الثانية من الفقرة (2) (من المادّة 10 بأحكام هذه الفقرة"، النص سابق الذّكر.

29 GRIMM(D.) « Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence », *University of Toronto Law Journal*, 2007/57, p. 386.

30 PIEROTH (B.), SCHLINK (B.), *Grundrechte Staatsrecht II*, 25ème édition, CF Müller, 2009, p. 64. Voir BOLL (P.-H.), NGOTO (B.) « La jurisprudence constitutionnelle allemande au secours de la liberté de crier « les poulets hors de la manifestation ! », *La revue des droits de l'homme*, septembre 2014, disponible en ligne au lien suivant: <https://journals.openedition.org/revdh/872> التّرجمة لنا.

31 أنظر مثلاً بخصوص حرية التّجمّع:

BVerfG 1 BvR 2135/09, 26 juin 2014, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle fédérale au lien suivant : https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20140626_1bvr213509.html

المثير أكثر للاهتمام أنّ الفصل 49 يعدّ آلياً من «قواعدها-المرجع» كلّما تعلّق الأمر بالحريات، بقطع النظر عن مدى تطبيقها الفعلي لاختبار التناسب من عدمه، وهذا يدلّ على أنّ الهيئة تفادت تماماً البتّ في مسألة طبيعة المادة الجامعة واعتبرتها مادة عامة ذات تطبيق آلي حتّى في قراراتها بشأن دستورية مشاريع قوانين تعلّقت بحقوق وردت فيها تحديدات خاصّة كحقّ الملكية³² وحقّ الترشّح للانتخابات الرئاسية³³.

ويتعارض هذا التّطبيق للفصل 49 وللتحديدات الخاصّة مع التّأويل الوارد في الدّراسات الفقهيّة التّونسيّة حول الفصل 49 التي تتفق على التّمييز بين الحقوق الخارجة عن مجال تطبيق الفصل 49 والحقوق المنصوية تحت نطاقه. فنجد الأستاذ سليم اللّغمان يقيس من مجال الفصل 49 الحقوق غير القابلة للتّحديد وتلك التي مكنّ النصّ الدّستوري بخصوصها من التّيل من جوهر الحقّ أو لأنّه تمّ إدراج طبيعة الحدّ المسلّط على الحقّ أو الحرّيّة وشروطها صلب النصّ الدّستوري والحقوق التي تلزم الدولة ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، في حين ينطبق الفصل 49 على الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحدّ وشروطه وعلى الأحكام الدّستورية التي لم تُحلّ على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49³⁴.

أمّا الأستاذ خالد الماجري، فقد أدرج في «الحقوق الخارجة عن نطاق الفصل 49»³⁵ الحقوق التي لا تقبل أيّ تحديد و«الحقوق التي تقبل التّحديد بسقف أعلى من الفصل 49»³⁶، أي الحقّ في الحياة، ومميّزا في الصّنف الثّاني أي الحقوق الدّاخلية في نطاق الفصل 49 بين «الحقوق التي تتعلّق بها تحديدات خاصّة تجب مراعاتها عند تطبيق الفصل 49 عليها»³⁷ و«الحقوق التي تتعلّق بها حماية إضافية»³⁸ ثمّ بقية الحقوق التي «لا تقبل التّحديد إلّا من خلال الفصل 49»³⁹.

والواضح أنّ هذين التّصنيفين المهمّين يشتركان في خانتي الحقوق الدّاخلية في نطاق الفصل 49 والحقوق الخارجة عنه مع اختلاف في تأويل التّدقيقات الواردة في بعض فصول الدّستور عدّد الأستاذ سليم اللّغمان بعضها إطلافاً ليد المرشّع الدّستوري في تحديد الحرّيّة وعدم الاكتفاء بالإعلان عنها. ونخال هذا مدخلنا للبحث في التّمفصل بين المادة الجامعة والتّحديدات الخاصّة من وجهة نظر توزيع الاختصاص في تحديد الحريات بين المرشّع الدّستوري والمرشّع، طالما أنّ الفصل 49 مادة ضابطةً لكيفية ممارسة المرشّع

32 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بتاريخ 22 ديسمبر/ كانون الأوّل 2014 بخصوص القضية عدد 08 / 2014 المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2015، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 104، 26 ديسمبر/ كانون الأوّل 2014، ص. 3761-3767.

33 القرار عدد 04 / 2019 مؤرّخ في 8 جويلية/ تموز 2019 يتعلّق بالطعن في دستورية مشروع القانون الأساسي عدد 63 / 2018 المتعلق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي/ أيار 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء كما نفع وتممّ بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 14 فيفري/ شباط 2017، غير منشور.

34 اللّغمان (س) " الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 107-115.

35 الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 28.

36 نفسه، ص. 30.

37 نفسه، ص. 34.

38 نفسه، ص. 36.

39 نفسه، ص. 38.

لاختصاصه في تنظيم الحريات، متعايشة في نصّ الدستور مع أحكام يبدو أنّ المشرّع الدستوري استنفذ فيها اختصاص تحديد الحرية وأخرى تولى تدقيق بعض الشروط وجب تحديد مدى إمكانية إعمال الفصل 49 فيها.

وبالتالي تتوزّع في نظرنا الأحكام الدستورية المتعلقة بالحريات بين ما خصّ به المشرّع الدستوري نفسه في تحديد الحريات كمجال لا يملك معه المشرّع شيئاً ولا يمكن فيه البتة تطبيق الفصل 49، أي التّحديدات الدستورية الحصرية للحريات والتي يمكن أن نتحدّث بشأنها عن تحفّظ دستوري *réserve de la Constitution* (الفقرة الأولى) وبين تحديّدات مشتركة للحريات بين المشرّع الدستوري والمشرّع وفق منهج الفصل 49 *des limitations partagées* (الفقرة الثانية) وتحديّدات تشريعية حصرية *limitations des libertés législatives exclusives* بشأن الحريات التي اكتفى الدستور بالإعلان عنها تاركاً للمشرّع اختصاص تحديدها وفق الفصل 49 حصرياً والتي تعدّ مجاله الطبيعي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى - التّحديدات الدستورية الحصرية: التّحفظ الدستوري

تشمل التّحديدات الدستورية الحصرية للحريات الحقوق التي يجدها الدستور بطريقة يقصي معها تماماً أي إمكانية لتدخل المشرّع -إلا بتكريس الحرمان- ويبلغ فيها الدستور أقصى حدّ في التقييد وذلك بالحرمان نهائياً من حقّ، إلا إذا ما تدخل المشرّع الدستوري الفرعي بالتعديل لإرجاع هذا الحقّ للفتة التي حرمت منه وهذا ممكن طالما أنّه لا يعدّ تراجعا وفقاً للفصل 49 فقرة 2 من الدستور. وخطورة هذا التّحديد تبرّر أنّ المشرّع الدستوري خصّ به نفسه وأقصى المشرّع تماماً من أي إمكانية للتّقدير. ويخصّ هذا التّحديد حصراً الفصل 36 من الدستور في فقرتيه الثانية والثالثة، إذ ينصّ الفصل المذكور على ما يلي:

«الحقّ النقابي بما في ذلك حقّ الإضراب مضمون.

ولا ينطبق هذا الحقّ على الجيش الوطني.

ولا يشمل حقّ الإضراب قووات الأمن الداخلي والديوانة».

يطرح هذا الفصل أولاً إشكالية في تعريف الحقّ النقابي في علاقة بالفصل 35 من الدستور الذي ينصّ على أنّ «حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة»، وهي حرية تدخل كما سنرى في إطار الفصل 49 مع قيود إضافية. ومن المثير للاهتمام أنّ المشرّع الدستوري أفرد الحقّ النقابي بفصل وميّزه عن حرية تكوين النقابات وتنظيمها وممارسة أنشطتها. ففي القانون والفقهاء المقارنين تُعدّ هذه الأخيرة مع الحقّ النقابي المعترف به للعمّال للتّجمّع والدّفاع عن مصالحهم المهنية وحماية الممثلين النقابيين من أبعاد الحرية النقابية، فهي تعرّف أولاً بأنّها حرية فردية وحقّ أساسي للعامل تشمل حرية تكوين النقابات وحرية الانخراط فيها من عدمه. كما

تعرف على أنّها حرية جماعية للشغالين في التنظيم للدفاع عن منظورهم⁴⁰. وما تكررّه الدساتير هو التمييز بين هذه الحرية النقابية⁴¹ - التي تشمل حرية التنظيم داخل نقابة - ورديفها وهو حق الإضراب⁴² كوسيلة للدفاع عن المصالح المهنية عبر التوقف عن العمل بطريقة جماعية⁴³. فما الذي يبقى من الحق النقابي لو استثنينا حرية تكوين النقابات وممارسة أنشطتها والانخراط فيها سوى حق الإضراب؟ ولو قصد المشرع الدستوري بالحق النقابي فقط الحق في الانخراط في نقابة وحق الإضراب، أعني هذا أنّ حرمان قوات الجيش الوطني منها لا ينفى بالتبعية حقها في تكوين نقابات؟!!

نخال إذن المشرع الدستوري قد قصد أفراد ما أطلق عليه الحق النقابي بحكم، وأولا لتكريس القطيعة مع دستور غرة جوان/ حزيران 1959 الذي فتح فيه إقرار فصله الثامن للحق النقابي دون التخصيص على حق الإضراب صراحة جدلا حول مدى تكريس هذا الأخير، وثانيا للتصريح بحرمان الجيش الوطني منه ولإعادة تعريفه بالنسبة إلى قوات الأمن الداخلي والديوانة بحيث يصبح الحق النقابي بالنسبة لهذين الصنفين مرادفا فقط لحرية تكوين النقابات والانخراط فيها دون حق الإضراب مما يدخل تنظيم هذه الأخيرة إذن تحت طائلة الفصل 35 بالأساس، علما أنّ الفصل 36 لم يرق سوى بدسترة حرية تكوين النقابات لسلك قوات الأمن الداخلي الذي فتح له باب تكوين النقابات بعد الثورة⁴⁴.

40 FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 2016, pp. 330-337.

41 يمكن أن نستشهد على سبيل الذكر بالفصل 39 من الدستور الإيطالي (1947) الذي ينص على أنّ "التنظيم النقابي حرّ" (يمكن تحميل هذا النص على الرابط التالي: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/it1947.htm>، الترجمة لنا) والفصل 28 من الدستور الإسباني في فقرته الأولى (1978) الذي ينص على أنّ "لكل شخص الحق في الانخراط في نقابة. ويمكن للقانون أن يحد من ممارسة هذا الحق أو يقصيه بالنسبة لقوات الجيش والمؤسسات والأسلاك الخاضعة إلى الانضباط العسكري ويضبط القانون خصوصيات ممارسته بالنسبة إلى الأعراف العموميين. وتشمل الحرية النقابية الحق في تكوين نقابات والانخراط في إحداها بكل حرية... ولا يمكن إجبار أحد على الانخراط في نقابة" (يمكن تحميل هذا النص على الرابط التالي: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm>، الترجمة لنا). كما ينص الفصل 55 من الدستور البرتغالي في فقرته الأولى (1976) على ما يلي: "الحرية النقابية كشرط لضمان وحدة الشغالين للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم مضمونة". (يمكن تحميل هذا النص على الرابط التالي: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976.htm#1-1>، الترجمة لنا).

42 ورد بالفصل 40 من الدستور الإيطالي الذي ينص على أنّ "حق الإضراب يمارس في إطار القوانين التي تنظمه" والفصل 28 من الدستور الإسباني في فقرته الثانية: "حق الإضراب مضمون للشغالين للدفاع عن مصالحهم ويتولى القانون الذي يضبط ممارسة هذا الحق إقرار التدابير التي من شأنها أن تضمن استمرارية المرافق الضرورية للمجموعة"، كما ينص الفصل 57 من الدستور البرتغالي في فقرته الأولى على أنّ "حق الإضراب مضمون"، النصوص سابقة الذكر، الترجمة لنا.

43 FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 337.

44 بمقتضى الفصل الأول من المرسوم عدد 42 لسنة 2011 مؤرخ في 25 ماي/ أيار 2011 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت/ آب 1982 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي، أصبح الفصل 11 من القانون عدد 70 لسنة 2011 ينص على ما يلي: "لأعوان قوات الأمن الداخلي الحق في ممارسة العمل النقابي، وهم لهذا الغرض تكوين نقابات مهنية مستقلة عن سائر النقابات المهنية واتحاداتها. على مؤسسي النقابة المهنية إبداع نظير من قانونها الأساسي وقائمة في مسيرتها بمجرد تأسيسها، وذلك لدى السلطة الإدارية التي يرجع إليها بالنظر أعوان قوات الأمن الداخلي المنخرطون فيها. كما يجب أن يتم بنفس الكيفية إعلام ذات السلطة الإدارية بكل تغيير يتعلق بالقانون الأساسي للنقابة أو بقائمة الأشخاص المكلفين بإدارتها أو بتسييرها. يجتزأ على أعوان قوات الأمن الداخلي، في ممارستهم العمل النقابي، الإضراب عن العمل أو تعطيل سيره بأي وجه"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 39، 31 ماي/ أيار 2011، ص. 794.

وليس من النادر بالنظر إلى القانون المقارن أن يتمّ الحدّ من حقّ الإضراب بالنسبة إلى بعض الأصناف من الأعوان الذين يعدّ حضورهم ضرورياً «لتأمين سير بعض عناصر المرفق التي قد يؤدي تعطيلها إلى الإضرار بالمصالح الأساسية للبلاد» حسب تعبير مجلس الدولة الفرنسي⁴⁵، وهو ما ينطبق على «المرافق العمومية الدستورية» التي تشمل بالأساس مرافق السيادة من جيش وشرطة وقضاء⁴⁶ وكذلك الاتصالات. لكن عادة ما يعهد إلى المشرع الحدّ من حقّ الإضراب لا أن يتولّى المشرع الدستوري حرمان فئات منه.

وبالتالي، هذا التّحديد الأقصى للحقّ النقابي بحرمان الجيش الوطني منه وبحرمان قوّات الأمن الداخلي والديوانة من أحد أهمّ مكوناته - أي حقّ الإضراب - يوحي بأنّ المشرع التأسيسي أعمل بصفة مسبقة اختبار التّناسب بين هذا الضّابط الصّارم للحقّ النقابي وموجبه - أي مقتضيات الأمن العام والدّفاع الوطني التي تبرّر ضرورة عدم انقطاع المرفق العام المتّصل بهما والذي قد يضطرب بطريقة ملموسة ومهدّدة للأمن نتيجة ممارسة الحقّ النقابي - لكن بطريقة أدّت إلى المساس بجوهره طالما كان مآل الضّبط حسب تعبير الأستاذ سليم اللّغمان «إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية»⁴⁷.

ويبدو أنّ المشرع الدستوري خيّر حسم مسألة الحقّ النقابي للأسلاك الحاملة للسلاح، ولا أدلّ على ذلك من أنّ مشروع الدّستور المؤرّخ في 1 جوان/حزيران 2013 لم يكن يتضمّن هذا الحرمان الصّريح إذ كان الفصل 12 من المشروع ينصّ فقط على ما يلي: «الحقّ النقابي مضمون بما في ذلك حقّ الإضراب ما لم يعرّض حياة النّاس أو صحتهم أو أمنهم للخطر»⁴⁸. وبالتالي تمّت دسترة الحرمان من الحقّ كلياً بالنسبة إلى العسكريين⁴⁹ والتّضييق الجوهرية فيه بالنسبة إلى قوّات الأمن الداخلي كما رأينا. وبالتالي أغلق باب التّأويل في مسألة عدّها المشرع الدّستوري محورية ولم يتركها لتقدير المشرع أو لإمكانية التّطور خلافاً لمسألة الحقّ في الانتخاب حيث جاء الفصل 34 مكرّساً لحقوق الانتخاب والاقتراع والتّرشّح «طبقاً لما يضبطه القانون» ممّا سمح بتطور في هذا المجال وبمنح صفة النّائب أخيراً للجيش الوطني وقوّات الأمن الداخلي⁵⁰.

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, considérant n°78, 45
الترجمة لنا : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm>

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (E.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), 46
PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 342.

47 اللّغمان (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 117.

48 مشروع دستور الجمهورية التونسية، سابق الذّكر.

49 لم يعرّض التّشريع التونسي إلى الحقّ النقابي للعسكريين وتكفي مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية الصّادرة بالأمر العلي المؤرّخ في 10 جانفي/كانون الثاني 1957 في القسم الثاني عشر (الفصول من 128 إلى 131) بمنع انتفاء العسكريين إلى الأحزاب السياسيّة واشتراكهم في الأعمال السياسيّة ويعاقب على ذلك، مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية ونصوص ملحقة، نسخة محيئة، تونس، منشورات المطبعة الرّسمية للجمهورية التونسية، 2020، ص. 38-39.

50 بعد أن شكّل حرمان العسكريين وقوّات الأمن الداخلي من صفة النّائب أحد ثوابت القانون الانتخابي التونسي رفع هذا المانع بمقتضى الفصل الأوّل من القانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 14 فيفري/شباط 2017 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي/أيار 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء (الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية، عدد 14، 17 فيفري/شباط 2017، ص. 564) إذ ألغى هذا الأخير أحكام الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي/أيار 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء الذي كان ينصّ في فقرته الثانية: "لا يرسم بسجل النّائحين".

2- العسكريون كما حدّدهم القانون الأساسي العام للعسكريين وأعوان قوّات الأمن الداخلي"، القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرّخ في 26 ماي/أيار 2014 يتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية، عدد 42، 27 ماي/أيار 2014، ص. 1382.

هذا التحفظ الدستوري، بإخراجه لتنظيم الحق النقابي للقوات الحاملة للسلاح من مجال القانون، حصّن إذن الحرمان من الحق من أي إمكانية للطعن لا في الدستورية ولا في إطار رقابة المعاهداتية بالنظر للفصل 22 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموقع في 16 ديسمبر/ كانون الأول 1966 الذي صادقت عليه تونس⁵¹، والذي بعد إعلانه عن الحق في حرية تكوين الجمعيات بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها، نصّ في الفقرة الثانية على أنه «لا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون 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. ولا تحول هذه المادة دون إخضاع أفراد القوات المسلحة ورجال الشرطة لقيود قانونية على ممارسة هذا الحق»⁵². وتبقى في غياب التحفظ الدستوري مسألة تقدير هذه «القيود القانونية» وما إذا كان بالإمكان أن تصل إلى حد الحرمان من الحق رهين تقدير المشرع والقاضي. ويمكن أن نضرب كمثال على ذلك النزاع القضائي الذي أثير في فرنسا حول هذه المسألة أمام مجلس الدولة قبل أن تُرفع المسألة إلى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

ويتعلّق الأمر بدعوى في تجاوز السلطة رفعها إطار أمميّ ضدّ قرار صادر عن وزير الدفاع حول منع انضمام أعوان الجيش إلى جمعية تشكّل تجمعاً نقابياً⁵³، وقد رفض مجلس الدولة الدعوى التي استند فيها الطاعن إلى الفصل 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية الذي يكرّس حرية التعبير والفصل 11 من ذات الاتفاقية الذي ينصّ في فقرته الثانية على أنّ ممارسة الحق في حرية الاجتماعات السلمية وحرية تكوين الجمعيات لا تخضع «لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق». واعتبر مجلس الدولة أنّ الحكم التشريعي المطعون فيه من مجلّة الدفاع تشكّل حدّاً مشروعاً على معنى الفصلين 10 و 11 المذكورين⁵⁴. ثمّ بعد رفع طعن ضدّ فرنسا أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية *Matelly c. France* اعتبرت المحكمة في قرارها الصادر في

51 القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر/ تشرين الثاني 1968 يتعلق بالترخيص في انخراط البلاد التونسية في الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 51، 29 نوفمبر/ تشرين الثاني - 3 ديسمبر/ كانون الأول 1968، ص. 1477.

52 العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموقع في 16 ديسمبر/ كانون الأول 1966، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذكر، ص. 33.

53 استند الطاعن إلى مجلّة الدفاع التي تمنع في الفصل 4121 L. في فقرته الرابعة تكوين تجمّعات مهنية تدافع عن حقوق منظورها من قبل أعوان الجيش وتعتبر ممارسة الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب غير متلائمة مع النشاط العسكري. أنظر:

Article L. 4121-4 du Code de la défense, version en vigueur du 30 mars 2007 au 30 juillet 2015, disponible sur le site de Légifrance au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=02D-D822E1AA0019B47C5B2D752336AE1.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000006540246&cidTexte=LEGIT-EXT000006071307&categorieLien=id&dateTexte=20150729

54 CE, *M. Jean Hugues Matelly*, 26 février 2010, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2010-02-26/322176>

2 أكتوبر/ تشرين الأول 2014 أن حرمان قوّات الجيش من الحقّ النقابي يعدّ خرقاً للفصل 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الذي يسمح فقط بفرض «حدود مشروعة» على الحقّ النقابي بالنسبة إلى قوّات الجيش والشرطة مع ضرورة تأويل هذه الحدود تأويلاً ضيقاً حتى «لا تمسّ هذه الحدود إلا ممارسة هذا الحقّ لا جوهر حقّ التّنظيم»⁵⁵، وذكرت المحكمة بأنّها «لا تقبل التّضيقات التي تمسّ العناصر الأساسية للحريّة النقابية التي لا يمكن في غيابها إفراغ مضمون هذه الحرية من محتواها... ومنها حقّ تكوين نقابة والانخراط فيها»⁵⁶. ولتنفيذ هذا القرار، تمّ تعديل التشريع الفرنسي في 2015⁵⁷ والتّخفيف من التّضييق السابق على التّجمّعات المهنيّة للعسكريين مع الإبقاء على الحرمان من حقّ تكوين النقابات.

يبدو إذن أنّ الدّستور التونسي أغلق الجدل المتّصل بالحقّ النقابي للقوّات الحاملة للسّلاح ولو إلى حين. ويعدّ هذا الحرمان من حقّ بقوة الدّستور أمراً استثنائياً للغاية وهو ما يفسّر ندرته في دستور من المفروض أن يكون إعلاناً للحقوق لا حرماناً منها. لذلك خصّ المشرّع الدّستوري بها نفسه، بطريقة لا مجال فيها لتدخّل المشرّع ولا للفصل 49 بأيّ طريقة كانت، خلافاً للتّحديدات الأخرى بما في ذلك الحقّ النقابي وحقّ الإضراب للأصناف الأخرى من الشّغالين سواء تعلّق الأمر بالوظيفة العموميّة أو بالقطاع الخاصّ حيث وجب تدخّل المشرّع لتنظيمها ويمكنه تحديدها وفق ضوابط الفصل 49.

الفقرة الثانية - التّحديدات المشتركة

تشمل التّحديدات المشتركة في التّصنيف الذي نقترحه الحقوق التي لم يكتف في شأنها المشرّع الدّستوري بالإعلان عنها بل تولّى إضافة إلى ذلك تحديدها مع الإحالة إلى المشرّع لاستكمال نظامها القانوني ووضع حدود إضافية إمّا صراحة أو ضمناً بما يترك مجالاً لتطبيق الفصل 49 لكن بطرق مختلفة بحسب ما نخاله مقصد المشرّع الدّستوري من وراء التّحديد المشترك.

وإذا حللنا المسألة إذن من جانب قابليّة الفصل 49 للتّطبيق، يمكن في تقديرنا أن نميّز بين حقوق سيكون فيها منهنج الفصل 49 سقفاً في التّحديد، إذ أنّ تدخّل المشرّع الدّستوري بالمساس من جوهر الحقّ لن يمكن من إعمال شروط الفصل 49 برمته دون أن يقضي ذلك ضرورة اعتماده كمنهنج بحيث سيتمّ تخفيف شروط التّحفّظ التشريعي الوارد في الفصل 49 بشأنها (أ)، وبين حقوق دقّق الدّستور ضوابطها بإضافة شروط أو

55 CEDH, *Affaire Matelly c. France*, Requête no 10609/10, arrêt du 2 octobre 2014, § 57, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%22languageisocode%22:%22FRE%22,%22documentcollectionid%22:%22JUDGMENTS%22,%22itemid%22:%22001-146695%22> التّرجمة لنا

56 نفسه، § 58. التّرجمة لنا.

57 Loi n°2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense, disponible sur le site de Légifrance au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=02DD822E1AA0019B47C5B2D752336AE1.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000030949072&cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20200412

ضمانات تاركا للمشرع حيزاً ضيقاً للتدخل وهو ما يترك مجالاً أضيقت للفصل 49 الذي سيكون حدّاً أدنى أو عتبة لتصريف الحقوق طالما وضع بعد الدستور ضوابط أو ضمانات، ويمكن أن نشبه هذا الصنف بما اعتبره الفقه الألماني كما ذكرنا أعلاه «تحفظاً تشريعياً موصوفاً»⁵⁸(ب).

أ - تخفيف شروط التحفظ التشريعي: الفصل 49 كسقف في التحديد

أُعتبر المساس من جوهر الحق في بعض الحقوق المكرّسة دستورياً معياراً لإقصاء الفصل 49 بشأنها⁵⁹ طالما كان عدم المساس من جوهر الحق أحد شروط تطبيق الفصل 49. وإذا كنّا نوافق هذا التسمّي في خصوص الحق النقابي بالنسبة إلى العسكريين وحق الإضراب بالنسبة إلى قوات الأمن الداخلي والديوانة - طالما أن المشرع لا يملك شيئاً بشأنها ولا يمكنه التدخل تماماً إلا لتكريس الحرمان منها دون زيادة أو نقصان وذلك لانعدام موضوع التحديد التشريعي - فإن إقصاء الفصل 49 بالنسبة إلى الحقوق الأخرى التي ورد فيها مساس بجوهر الحق يعتبر في تقديرنا قابلاً للنقاش طالما أن المساس من جوهر الحق فيها لا يقضي تدخل المشرع بل يستوجب تنظيمها تشريعياً لها في إطار الضوابط التي وضعها الدستور.

ويُعدّ الحق في الحياة أهمّ هذه الحقوق، فقد نصّ الفصل 22 من الدستور في شأنه على ما يلي: « الحق في الحياة مقدّس، لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون». وطالما أن المساس بحق الحياة يؤدي إلى الحرمان منها تحقّق المساس بجوهر الحقّ ممّا يبرّر حسب الأستاذ سليم اللغماني عدم انطباق الفصل 49⁶⁰. واعتبر الأستاذ خالد الماجري في نفس السياق أنّ الحماية التي يوفّرها للحق في الحياة أعلى من منهج ضبط الحريات كما ورد في الفصل 49 بتحسينه من المساس إلا «في الحالات القصوى»، معتبراً أنّ «تحديده ... لا يكون بالطريقة العادية التي ينصّ عليها الفصل 49 وإنّما يتعلّق به في إطار طريقة التحديد المزدوج التي كرّسها الدستور التونسي تحديد خاص قائم على فكرة أنّ أيّ مساس به يجب أن يكون استثنائياً للغاية يتعلّق بـ«حالات قصوى» لا بتصريف عادي للحقوق والحريات في إطار المجتمع كما هو الشأن بالنسبة إلى غيره من الحقوق. أضف إلى ذلك أنّ مهمّة ضبط هذه الحالات القصوى تعود إلى المشرع عبر القوانين، فلا يمكن الاكتفاء بالاحتجاج بوجود «حالة قصوى» للمساس بالحق في الحياة، بل إنّ هذه الحالة القصوى يجب أن يكون منصوفاً عليها صلب قانون. وبالتالي فإنّ هذا الحق لا يخضع إلى منطوق الموازنة الذي يرسيه الفصل 49 بل إلى تحديدات خاصّة يضبطها القانون لا في صيغة أهداف (كما هو الشأن بالنسبة للحقوق المتعلقة بها تحديدات خاصّة) بل في صيغة حالات مضبوطة يحددها المشرع، وهو مقيد في ضبطها لها بطبيعتها القصوى. ولعلّ أهمّ تحديدين للحق في الحياة هما عقوبة الإعدام من ناحية والدفاع الشرعي عن النفس من ناحية أخرى»⁶¹.

58 أنظر أعلاه، ص. 35.

59 اللغماني (س) «الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة»، المرجع سابق الذكر، ص. 117.

60 نفسه، ص. 117.

61 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 30.

لكن لو سلّمنا بذلك، يظلّ التساؤل ضروريًا عن معايير تقدير هذه الحالات وهل أنّ يد المشرّع ستطلق لضبطها، ممّا قد يجعل الاستثناء - واقعيًا - حدًا أقلّ حمائيّة من الفصل 49 لا «سقفًا أعلى»⁶² منه، خاصة إذا علمنا أنّ النظام القانوني التونسي كرّس عقوبة الإعدام في 170 موضعًا، 143 منها في نصوص تشريعيّة⁶³. ضف إلى ذلك أنّ التساؤل عمّا هو «حالة قصوى» يرتبط بتحديد ما هو ضروري في إطار دولة مدنية ديمقراطية، وهنا يطرح التساؤل حول معنى «الحالات القصوى» إذا تحوّل مبدأ الحق في الحياة إلى استثناء والاستثناء (الحالات القصوى) إلى مبدأ⁶⁴.

ويمكن أن نسحب نفس المنطق على الفصل 41 المتعلّق بحق الملكية الذي خصّه الدستور بتحديد خاصّ في الفصل 41 من الدستور الذي ينصّ على التالي: «حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلاّ في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون.

الملكيّة الفكرية مضمونة».

وقد يبدو أنّ المشرّع الدستوري استثنى حقّ الملكية من نطاق الفصل 49 بالنظر إلى الانتزاع من أجل المصلحة العامة، إذ من الضروريّ التسليم بأن الانتزاع وحتى مع احترام الضمانات التي يضبطها القانون هو مساس بجوهر الحقّ لأنّ هدف الانتزاع هو نقل غير رضائي للملكيّة من المنتزع منهم إلى المنتزع ولا تغير الضمانات الإجرائيّة فضلًا عن التعويض العادل من حقيقة المساس بجوهر حقّ الملكية شيئًا. ولا أدلّ على ذلك من الفصل 10 من القانون عدد 53 لسنة 2016 المؤرّخ في 11 جويلية/ تموز 2016 والمتعلّق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية الذي ينصّ على التالي: «بقطع النّظر عن جميع الوضعيّات والحالات الاستحقاقية، تنتقل الملكية إلى المنتزع بمفعول أمر الانتزاع مع مراعاة أحكام الفصل 305 جديد من مجلّة الحقوق العينية بالنسبة إلى العقارات المسجّلة الخاضعة للمفعول المنشئ للرّسيم»⁶⁵.

لكن حريّ التساؤل عن وجهة إخراج حق الملكية برّمته من منهج الفصل 49 وإن كان ذلك سيحقّق التوازن المطلوب بين حماية حقّ الملكية وبين مقتضيات المصلحة العامة وهو التوازن الذي تسعى مؤسّسة الانتزاع من أجل المصلحة العامة لتحقيقه، بل أنّ التناسب بين ضابط لحقّ الملكية كالانتزاع وموجبه وهو المصلحة العامة يكتسي أهميّة قصوى بالنسبة إلى هذا الحقّ، علما أنّ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مثلا قد أقرت رقابة متباينة على التناسب بحسب حدّة الانتهاك وإن كان يمسّ من جوهر الحقّ عبر الحرمان من

62 نفسه، ص. 30.

63 الفرشبي (و)، القصاب (ا)، الماجري (خ)، مذكّرات الد(أ)دستورية، الجمعية التونسيّة للدّفاع عن الحريات الفردية، تونس، نوفمبر/ تشرين الثاني 2017، ص. 12.

64 نفسه، ص. 12.

65 القانون عدد 53 لسنة 2016 المؤرّخ في 11 جويلية/ تموز 2016 يتعلّق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسيّة، عدد 62، 29 جويلية/ تموز 2016، ص. 2678.

الملكيّة⁶⁶ أو يتولّى فقط تنظيم ممارسته⁶⁷. ولعلّ رقابة التّناسب تجد أوسع مجال لها في حالات الحرمان من الملكيّة ويثبت فقه قضاء هذه المحكمة أنّها تسلّط رقابة التّناسب على التّعويض الذي يجب أن يكون «متناسبا بطريقة معقولة مع قيمة العقار»⁶⁸، بحيث يجب أن يكون التّعويض موائما *une indemnisation adéquate*⁶⁹، وتمّ خلاصه في أجل معقول⁷⁰ وأنّ الإجراءات التي أدّت إلى الحرمان من الملكيّة تمّت في آجال معقولة⁷¹، أي أنّ رقابة التّناسب تسلّط على الضّمانات الإجرائيّة التي أحال إليها الفصل 41.

وبقطع النظر عن الحرمان من الملكيّة خاصّة في إطار مؤسّسة الانتزاع، كيف يمكن تحقيق التّوازن المطلوب بين حماية حقّ بأهمية حقّ الملكيّة وبين مقتضيات المصلحة العامّة في ظلّ كلّ الحدود التي تفرضها الإرتفاقات في قانون التّعير (التي يعدها البعض «انتزاعا مقنّعا»)، أو إرتفاقات الاتصالات مثلا، والتي لا تمسّ كلّها من جوهر حقّ الملكيّة بل تنال من ممارسته وتحدّ من استعمالها واستغلالها بطريقة تضع أحيانا أعباء صارخة على المالكين دون ضمانات متناسبة. ويمكن أن نستدلّ على هذا بمجلّة الاتّصالات الصّادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي/ كانون الثاني 2001 والمتعلق بإصدار مجلّة الاتصالات، حيث نصّ الفصل 43 على تمتيع مشغلي «الشّبكات

A titre d'exemple, *Affaire Sporrang et Lönnroth c./ Suède*, n°s 7151/75 et 7152/75, Arrêt du 23 septembre 1982, §69, 66 disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22appno%22:%227152/75%22,%22itemid%22:%222001-57580%22>. Voir à ce propos ROLAIN (M.) «Les limitations au droit de propriété en matière immobilière», thèse de doctorat en droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2015, p. 307.

A titre d'exemple: CEDH, *Affaire Chassagnou et a. c./ France*, n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Arrêt du 29 avril 67 1999, §85, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-62843%22>. Voir à ce propos ROLAIN (M.), *op. cit.*, p. 312.

CEDH, *Affaire James c./ Royaume-Uni*, n° 8793/79, Arrêt du 21 février 1986, §54, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-62065%22>; CEDH, *Affaire Häkanson et Sturesson c./ Suède*, 21 février 1990, §54; CEDH, *Affaire Perdigo c./ Portugal*, n°24768/06, Arrêt du 16 Novembre 2010, § 68, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22Perdigo%20c.%20Portugal,16%20novembre%202010,%20Requete.%20n%C2%B024768/06%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%222001-101741%22>. Voir à ce propos ROLAIN (M.), *op. cit.*, p. 310. التّرجمة لنا.

CEDH, *Affaire Guillemin c./ France*, n° 19632/92, Arrêt du 21 février 1997, §54, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%222001-62578%22>; CEDH, *Affaire Scordino c./ Italie*, n° 36813/97, Arrêt du 29 mars 2006, § 10, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%222001-72924%22>. Voir à ce propos ROLAIN (M.), *op. cit.*, p. 311.

CEDH, *Affaire Yetis et a. c./ Turquie*, n° 40349/05, Arrêt du 6 juillet 2010, §50, disponible au site suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22Yetis%20et%20autres%20%20c.%20Turquie,%206%20juillet%202010%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%222001-99782%22>. Voir à ce propos ROLAIN (M.), *op. cit.*, p. 311.

CEDH, *Affaire Hentrich c./ France*, n° 13616/88, Arrêt du 22 septembre 1994, §§ 48-49, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22Hentrich%20c.%20France,%2022%20septembre%201994%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%222001-62458%22>; CEDH, *Affaire Piron c./ France*, n° 36436/97, Arrêt du 14 novembre 2000, §44, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22Piron%20c.%20France,%2014%20novembre%202000%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%222001-63536%22>. Voir à ce propos ROLAIN (M.), *op. cit.*, p. 311.

العموميّة للاتّصالات بحقوق ارتفاع تنشأ عند الضرورة وبعد التصريح بالمصلحة العموميّة للأشغال»⁷². ونصّ الفصل 45 على أنه إذا ترتب عن حقوق الارتفاع هذه «ضرر لأصحاب الأملاك أو المنشآت، فإنه يدفع لهم أو لمن انجر له حق منهم تعويض عن ذلك الضرر. ويجب أن يبلغ مطلب التعويض بواسطة رسالة مضمونة الوصول أو وثيقة إلكترونية موثوق بها مع الإعلام بالبلوغ إلى مشغل الشبكة الذي يهّم الأمر وإلى الوزير المكلف بالاتصالات في ظرف ستة أشهر بداية من تاريخ حصول الضرر وإلا سقط حقهم في التعويض.

في صورة عدم الاتفاق بين الطرفين، ترفع النزاعات المتعلقة بالتعويض لدى المحكمة ذات النظر⁷³. والواضح إذن أن المشرّع رغم إقرار مبدأ الاتفاق والرضائية كوسيلة لتحديد مبلغ التعويض وتحديد أجل وإقرار مبدأ التقاضي كضمانة للمتضررين، إلا أن عدم تحديد معايير موضوعية لتقييم الضرر القابل للتعويض ومرونة الإجراءات وحمل طلب التعويض على كاهل المتضرر وعدم ثبوت المساواة بين الطرفين يبرز انحرافا للتناسب بين الارتفاع كحدّ للملكية وما نجم عنه من ضرر وبين موجبات المصلحة العامة، مما يبرر وجهة تطبيق الفصل 49 على حق الملكية لأنّ الإحالة إلى الحالات والضمانات التي يضبطها القانون لا تشكل ضوابط صارمة⁷⁴.

وبالتالي، تمكين الدستور من المساس بجوهر حق كحق الحياة أو حق الملكية لا يقضي بالضرورة الفصل 49 بل يمكن أن نوّول التّحديدات الخاصّة وعلى وجه الخصوص المساس بجوهر الحقّ - كما يشكّله من خطورة على الحريات - على أنّه امتياز خصّ المشرّع الدستوري نفسه به دون المشرّع كضمانة للحقوق *un privilège de compétence* تاركا له فيما عدا ذلك مسألة التنظيم وفق المنهج الوارد في الفصل 49. فالمساس من جوهر الحقّ كما سنراه لاحقا عتبة *un seuil* لا ينزل دونها سوى المؤسّس. وفيما عدا ذلك لا مناص من تطبيق الفصل 49 فيما يتعلّق باختبار التناسب خاصّة، وهذا يعني أنّه من الصّوري فكّ التّراكميّة الوارد في شروط الفصل 49 الذي يبدو بالنسبة للحقّين المذكورين سقفا. لكن في المقابل كرّس الدستور تحديداً للحقوق مضيفا شروطا إضافية أو ضمانات إضافية وجب معها المحافظة على تطبيق الفصل 49 لكن كحدّ أدنى أو عتبة.

ب- تشديد شروط التّحفّظ التشريعي: الفصل 49 كحدّ أدنى في التّحديد

يتعلّق الأمر هنا بالحقوق التي تولّى المشرّع الدستوري ضبط بعض شروط تحديدها دون أن ينفي ذلك تدخل المشرّع لاستكمال هذه التّحديدات، وهو ما اعتبرنا إمكانية إدراجه في ما كيّفه الفقه الألماني بـ«التّحفّظ التشريعي الموصوف» الذي يقتضي إذن تدخل المشرّع وفق الفصل 49 الذي سيكون منهجه حدّا أدنى أو عتبة تضاف إليه شروط وضوابط أخرى إما لتعزيز حماية بعض الحقوق (1) أو لإضافة ضوابط وفق أهداف مخصوصة حدّدها المشرّع الدستوري (2).

72 مجلة الاتصالات (الصادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي/ كانون الثاني 2001) ونصوصها التطبيقية، محيطة، تونس، منشورات المطبعة الرسميّة للجمهورية التونسية، 2019، ص. 19.

73 نفسه، ص. 19.

74 أنظر بخصوص التطبيقات الفقه قضائية الأوروبية للتناسب بخصوص الارتفاعات:

ROLAIN (M.), *op. cit.*, pp. 337-338.

1- تعزيز حماية بعض الحقوق

نحسب أنه يمكننا في هذا المجال إدراج الحقوق التي ورد بشأنها التّحديد الدستوري لتعزيز حماية الحق ذاته دون أن يقضي ذلك تدخل المشرّع وفقا لمنهج الفصل 49 الذي سيكون حدًا أدنى طالما لا تعارض للتحديدات التي وضعت مع جوهر الحق، وهو ما يشمل في تقديرنا الحق في الأمان الذي كرّسه الفصل 29 من الدستور (1-1) وحرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر التي كرّسها الفصل 31 من الدستور (1-2).

1-1- الحق في الأمان

نصّ الفصل 29 من الدستور بشأن الحق في الأمان على ما يلي: « لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبّس أو بقرار قضائي، ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً. وتحدّد مدّة الإيقاف والاحتفاظ بقانون».

الواضح إذن أنّ حقّ الأمان موضوع تحديد مشترك بين المشرّع الدستوري الذي ضبط «طبيعة الحد المسلط على الحق ... وشروطه»⁷⁵ بإقرار إمكانية الإيقاف أو الاحتفاظ والمشرّع الذي تركت له مهمة تحديد مدّة الإيقاف أو الاحتفاظ التي تكون بقانون يخضع بداهة لمنهج الفصل 49، إذ أنّ تقدير طول مدّة الإيقاف من عدمها والضمانات المرتبطة بذلك تخضع ضرورة إلى منهج التناسب، وتدرج مراجعة مجلّة الإجراءات الجزائية بمقتضى القانون عدد 5 لسنة 2016 المؤرّخ في 16 فيفري/ شباط 2016 في هذا السياق⁷⁶.

بقي أنّنا نعدّد أيضا السّؤال حول قابليّة تطبيق الفصل 49 على الجزء الأول من الفصل 29 الذي منع الإيقاف أو الاحتفاظ إلا بشروط حرياً بالطرح رغم أنّ هذا الفصل قد وضع في الواقع بوضوح حدوداً للحدّ من الحقّ في عدم الإيقاف التّعسّفي - أي منعه إلا في حالة التلبّس أو بقرار قضائي - فضلاً عن إحالته إلى تدخل السّلطة القضائية ممّا قد تنعدم معه أيّ جدوى للفصل 49 في تحديده للحدود وفي إحالته إلى تكفّل الهيئات القضائية «بحماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك». فهل أنّ تطبيق الفصل 49 في مجال الحماية من

75 اللّغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 109.

76 أصبح الفصل 13 مكرّر (جديد) من مجلّة الإجراءات الجزائية ينصّ على ما يلي: " في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث، وفي ماعدا ما وقع استثناءه بنص خاص، لا يجوز لمأموري الضابطة العدلية المبينين بالعدد 3 و 4 من الفصل 10 ولو في حالة التلبس بالجناية أو بالجنحة ولا لمأموري الضابطة العدلية من أعوان الدّيوانة في نطاق ما تحوله لهم مجلّة الدّيوانة الاحتفاظ بذّي الشبهة، إلا بعد أن يأذن لهم وكيل الجمهورية بذلك، ولمدة لا تتجاوز ثمانية وأربعين ساعة، ويتمّ الإذن بأيّ وسيلة تترك أثراً كتابياً.

أما في المخالفات المتلبس بها فلا يجوز الاحتفاظ بذّي الشبهة إلا المدّة اللازمة لأخذ أقواله على ألا تتجاوز مدة الاحتفاظ أربعة وعشرين ساعة، وبعد أن يأذن لهم وكيل الجمهورية بذلك بأيّ وسيلة تترك أثراً كتابياً.

وعلى مأمور الضابطة العدلية بعد انقضاء المدّة المذكورة عرض المحتفظ به مصحوباً بملف البحث على وكيل الجمهورية الذي يتوجب عليه ساعه حيناً. ويمكن لوكيل الجمهورية التمديد كتابياً في أجل الاحتفاظ مرّة واحدة فقط لمدة أربعة وعشرين ساعة في مادة الخنخ وثمانية وأربعين ساعة في مادة الجنائيات، ويكون ذلك بمقتضى قرار معلّل يتضمن الأسانيد القانونية والواقعية التي تبرّره.

وعلى مأموري الضابطة العدلية عند الاحتفاظ بذّي الشبهة أن يعلموه بلغة يفهمها بالإجراء المتخذ ضده وسببه ومدته وقابليته طبق مدة التمديد في الاحتفاظ المبيّنة بالفقرة الرابعة وتلاوة ما يضمنه له القانون من طلب عرضه على الفحص الطبي وحقه في اختيار محام للحضور معه"، قانون عدد 5 لسنة 2016 مؤرّخ في 16 فيفري/ شباط 2016 يتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلّة الإجراءات الجزائية، الرائد الرّسمي للجمهورية التّونسية، عدد 15، 19 فيفري/ شباط 2016، ص. 559.

الإيقاف التّعسفي يعدّ غير وارد كما ذهب إلى ذلك الأستاذ سليم اللّغامي لتنصيص الفصل 29 على الحدّ⁷⁷ أم أنّه يعدّ من باب التّزيّد؟

يجدر الذكر أولاً أنّ مسألة تطبيق المادّة الجامعة في وجود فصل يكرّس الحماية من الاحتفاظ التّعسفي طرحت في كندا بشأن تطبيق المادّة الجامعة الواردة في الفصل الأوّل من العهد الكندي للحقوق والحريات في مجال الحماية من الاحتفاظ والسّجن التّعسفيّين التي يكرّسها الفصل 9 من ذات العهد إضافة إلى الفصل 10 الذي يكرّس الضّمانات القضائيّة من حيث حقّ المتّهم في الإعلام بحقوقه وبالتّهمة المنسوبة إليه ومن حيث حماية حرّيته الجسديّة⁷⁸. وقد طبّقت المحكمة العليا اختبار التناسب الوارد في الفصل الأوّل في قضايا تتصل بالاحتفاظ والسّجن التّعسفيّين الممنوعين بالفصل 9، من ذلك مثلاً في قرار هوفسكي *Hufsky*. وتتعلّق هذه القضية بتوقيف سائقي السيارات بطريقة عشوائيّة ودون معايير مسبّقة للاختيار تطبيقاً لمجلّة الطّرق وللتّثبت من أوراق الهوية بما يمكن أن يؤدّي إلى الاحتفاظ بهم ولو لمُدّة قصيرة في صورة مخالفة أو رفض الامتثال لأوامر أعوان الشرطة. وقد أقرّت المحكمة العليا في هذا الإطار أن « التّقييد الذي تفرضه القاعدة القانونيّة على الحقّ في الحماية ضدّ الاحتفاظ التّعسفي يستنتج ضمناً من الفصل 189 أ(1) من مجلّة الطّرق. ونظراً لأهميّة السّلامة المروريّة والدور الذي يمكن أن تلعبه سلطة الايقاف العشوائي من أجل تعزيز الكشف... عن المخالفات المروريّة التي لا يمكن الكشف عن جلّها بمجرد معاينة طريقة السّياقة، يعتبر التّقييد الذي يضعه الفصل 189 أ(1) على الحماية ضدّ الاحتفاظ التّعسفي معقولاً ويمكن تبريره في مجتمع حرّ وديمقراطي على معنى الفصل الأوّل للعهد. وبالنّظر إلى طبيعته ودرجته، يعدّ التّطفّل الذي يشكّله الإيقاف العشوائي الذي يتمّ القيام لغرض الرّقابة المروريّة العادية متناسباً مع الهدف المنشود، علماً وأنّ قيادة سياره هي نشاط مسموح به ومنظّم وخاضع إلى الرّقابة». واستنتجت المحكمة أنّ الإيقاف العشوائي للقيام بالرّقابة المروريّة العادية «يعدّ انتهاكاً مبرّراً للحقّ في الحماية ضدّ الاحتفاظ التّعسفي»⁷⁹.

ويسمح هذا التّطبيق القضائي بالكشف عن المأزق الذي تطرحه صياغة الفصل 29 التي مزجت الحقّ في الحماية ضدّ الاحتفاظ والإيقاف التّعسفيّين وبين الضّمانات القضائيّة، لأنّ تدخّل السّلطة القضائيّة هو ضمانة لا حدّ في حدّ ذاته ممّا لا يسمح بتقدير إمكانيّات الاحتفاظ أو الايقاف في إطار رقابة أوراق الهوية أو التّدابير الإداريّة السّالبة للحرّيّة بمعزل عن الفصل 49.

77 اللّغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 109.

78 أنظر الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 36.

79 Cour suprême du Canada, *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, n°19028, 28/4/1988, pp. 623-624, disponible au lien
الترجمة لنا : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/ft/316/1/document.do>

فبالنسبة إلى التدابير الإدارية للحرمان من الحرية « les mesures de privation de liberté en lien avec la matière administrative »⁸⁰، فإنّها لا تبدو لأوّل وهلة واقعة تحت طائلة فصل ذي شحنة جزائية واضحة تفترض خرقا للقانون *une infraction* بما أنّ الفصل 29 يشترط حالة التلبّس أو وجود قرار قضائي مع إعلام الشخص المعنيّ أي المتهم بـ « حقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه » وحقّه في إنابة محامي. لكن لو سلّمنا بذلك، فكيف يمكن إذن تقدير دستورية القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية كما نَقَحَ بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004 (السابق لا محالة لدستور 2014) والذي يمكن من إيواء الأشخاص المصابين باضطرابات عقلية دون رضاهم بطلب من الغير بل ويكرّس في الفصل 24 الإيواء الوجوبي الذي يعدّ حرمانا من الحرية الجسدية *une rétention* لا فقط حدّا من حرية التنقّل؟

وفي هذا الإطار، نذكر بالفصل 24 من القانون المذكور الذي ينصّ على ما يلي: « يكون قرار الإيواء الوجوبي بالمستشفى من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها محلّ إقامة الشخص الذي سيقع إيواؤه. ويرفع الأمر لرئيس المحكمة بطلب كتابي صادر عن أيّ سلطة صحّية عمومية أو من وكيل الجمهورية ويكون الطلب مشفوعا برأي طبي كتابي.

(فقرة ثانية جديدة) ويأذن رئيس المحكمة الابتدائية بالإيواء الوجوبي للأشخاص الذين تشكل اضطراباتهم العقلية خطرا على سلامتهم أو على سلامة غيرهم وذلك بأقرب مؤسسة استشفائية عمومية من مقر إقامة الشخص الذي سيخضع للإيواء يتوفر بها قسم مختص في الأمراض العقلية ويتم ذلك بعد سماع المريض بالجلسة من قبل رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وإن تعدّد ذلك فيتم سماعه بمقر إقامته. ولا يتم الإيواء في هذه الحالة إلا بعد الإدلاء بقرار رئيس المحكمة المعنية في هذا الغرض »⁸¹. وهذا يعني توفّر الضمانة القضائية بشأن ما يمكن اعتباره « احتفاظا إداريا » لحماية المريض من نفسه وحفاظا على الآخرين.

لا يمكن في تقديرنا أن نعدّ هذه المسألة غير ذات علاقة بالحرّيات وبالقانون الدستوري ولا أدلّ على ذلك من أنّ المجلس الدستوري الفرنسي قد تعهّد أربع مرّات في إطار المسألة الدستورية ذات الأولوية (Question prioritaire de constitutionnalité) بدستورية فصول مجلّة الصحة العمومية المنظمة لإيواء الأشخاص المصابين باضطرابات عقلية دون رضاهم⁸²، واعتبر المجلس الدستوري في أحد قراراته

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 207.

81 القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 يتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52، 7 أوت/ آب 1992، ص. 992) كما نَقَحَ بالقانون عدد 40 لسنة 2004 المؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004 يتعلق بتبني وإتمام القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 37، 7 ماي/ أيار 2004، ص. 1267).

82 Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201071QPC.htm>; Décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office], disponible au lien suivant: <https://www.conseil->

أن «إيواء شخص مصاب باضطرابات عقلية دون رضاه في مصحة يجب أن يحترم المبدأ الوارد في الفصل 66 من الدستور الذي ينص على أنه لا يمكن الحد من الحرية الشخصية بتقييد لا يكون ضرورياً، ويحمل على المشرع الالتزام بالتوفيق من ناحية بين حماية صحة الأشخاص الذين يعانون من اضطرابات عقلية والحماية من انتهاكات النظام العام التي تعد ضرورية لحماية المبادئ ذات القيمة الدستورية، ومن ناحية أخرى ممارسة الحريات المضمونة دستورياً ومن بينها حرية التنقل واحترام الحياة الشخصية المحمية بالفصلين 2 و4 من إعلان 1789 لحقوق الإنسان والمواطن وكذلك الحرية الفردية التي يسند الفصل 66 من الدستور حمايتها إلى السلطة القضائية. كما أن الحدود المسلطة على ممارسة هذه الحريات يجب أن تكون متلائمة وضرورية ومتناسبة مع الأهداف الموضوعية»⁸³. وبالتالي، طبق المجلس الدستوري الفرنسي اختبار التناسب على تقييد تشريعي للحق في الأمان استناداً للفصل 66 من الدستور الفرنسي رغم أن هذا التقييد السالب للحرية ليس له طابع جزائي بل إداري⁸⁴.

وعليه، يمكن أن نعتبر تطبيق الفصل 49 على حدود حق الأمان ضرورياً رغم ما يبدو من صيغة تخصيصية في الفصل 29 من الدستور التونسي حتى لا تبقى التقييدات الإدارية للحق في الأمان منطقة رمادية لا يلجها القانون الدستوري⁸⁵. ويمكن على غرار الفقه الكندي أن نعتبر أن الفصل 29 يستبطن منهجاً فكرياً شبيهاً بالمادة الجامعة في تعريف الاحتفاظ التعسفي للمخالف للفصل 29 «طالما أن الاحتفاظ يكون تعسفياً إذا كان

constitutionnel.fr/decision/2011/2011135_140QPC.htm; Décision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011174QPC.htm>

Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012235QPC.htm>

أنظر أيضاً:

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 208.

Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *op. cit.*, considérant n°16. الترجمة لنا 83

84 يمكن أن نضيف في نفس الاتجاه في إطار القانون الفرنسي الفصل 1-3341 L. من مجلة الصحة العمومية الذي ينص على أنه "في إطار التدابير الضبطية يقاد الشخص الذي يوجد في حالة سكر في الأماكن العمومية إلى مركز الشرطة أو الحرس الأقرب أو قاعة مهتأة للغرض chambre de sûreté لكي يتم التحفظ به إلى أن يستعيد وعيه". وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي الذي تمت إثارة دستورية الفصل أمامه في إطار المسألة الدستورية ذات الأولوية أنه "لا يخرق لزوم أن يكون الحرمان من الحرية ضرورياً ومتلائماً ومتناسباً مع الأهداف المنشودة من الحفاظ على النظام العام وحماية للصحة" مضيفاً أنه «نظراً لقصر مدة الحرمان من الحرية التي نظمها الحكم موضوع الطعن في إطار الضبط الإداري فإن غياب تدخل السلطة القضائية لا يخرق مقتضيات الفصل 66 من الدستور».

Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, M. Mickaël D. [Ivresse publique], considérants n°7 et 8, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012253QPC.htm>. الترجمة لنا

أنظر أيضاً:

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 215.

85 تحدث بعض الفقهاء الفرنسيين بشأن قانون الصحة العقلية قبل قرارات المجلس الدستوري السابقة الذكر عن «منطقة مستثناة من القانون الدستوري» *une zone de non-droit constitutionnel*. أنظر:

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 208. الترجمة لنا

غير مستند إلى القانون ولم يكن مبرراً وكان غير متناسب»⁸⁶ وأقصى تدخل السلطة القضائية، وكأنا بالفصل 29 قد طُبّق بصفة استباقية منهج الفصل 49 مع إعطائه منحى محدداً في طبيعة الحد الذي سيكون مطابقاً للدستور. ويمكن أن نعتمد نفس المنهج فيما يتعلق بحرية الرأي والتعبير.

1-2- حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر

تعدّ حرية التعبير بمختلف مكوناتها، أي حرية الرأي والفكر كـ «تظهر للبعد الفردي لحرية التعبير»⁸⁷ وحرية الإعلام والنشر كـ «تظهر لحرية التعبير في بعدها الاجتماعي»⁸⁸ حرية مفصلية في المجتمع الديمقراطي خاصة لصبغتها التنافسية وإمكانية تصادمها مع حقوق الغير كالحق في حماية المعطيات الشخصية والحق في الخصوصية وفي حماية السمعة⁸⁹ هذا فضلاً عن النظام العام. وبالتالي، فإن تقييد هذه الحرية -على ضرورته- يجب أن يبقى استثنائياً كما أقرت ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي اعتبرت في قرار *Handyside c/Royaume-Uni* الصادر في 7 ديسمبر/ كانون الأول 1976 في «حيثية مبدئية»⁹⁰ أن «حرية التعبير تعدّ إحدى الدعائم الأساسية للمجتمع (الديمقراطي) وإحدى الشروط الضرورية لتطوره وتنمية (ازدهار) كل شخص. وفي حدود الفقرة الثانية من الفصل 10، تنطبق هذه الحرية على «المعلومات» أو «الأفكار» التي... تعدّ غير هجومية أو محايدة كما تنطبق على المعلومات أو الأفكار التي... تصدم أو تزعج الدولة أو شريحة من الشعب. فهذا ما تقتضيه التعددية وروح الانفتاح الذين يندم في غيابهما «المجتمع الديمقراطي». وبالتالي يجب أن يكون كل «إجراء»، «شرط»، «تقييد» أو «عقاب» مفروض في هذا المجال متناسباً مع الهدف المشروع المنشود»⁹¹.

إذن، يندرج تقييد حرية التعبير في هذا الإطار الذي يستروح منه الفصل 31 من الدستور الذي ينص على ما يلي: «حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة.

لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات».

تلخص الفقرة الثانية من هذا الفصل القطعية التي مثلتها ثورة 2011 وكرّسها دستور 2014 في مجال الحريات، قطعية مع منظومة قانونية استعمل فيها القانون للجم حرية كان قد كرّسها الفصل 8 من دستور 1959 في فقرته

AUBERT (J-f.) « Limitations des droits de l'homme : le rôle respectif du législateur et des tribunaux », in. 86 DEMESTRAL (A.) (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, 1986, p. 192. الترجمة لنا.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN 87 (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 527.

88 نفسه، ص. 529.

89 نفسه، ص. 529.

90 نفسه، ص. 530.

CEDH, *Affaire Handyside c/Royaume-Uni*, Requête n°5493/72, 7 décembre 1976, §49, disponible au lien suivant: 91 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kdate%20Ascending%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-62057%22%5D%7D>.

الأولى التي كانت تنصّ على ما يلي: «حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع وتأسيس الجمعيات مضمونة وتمارس حسبها يضبطه القانون». غير أنّ مجلة الصحافة الصادرة بالقانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل/ نيسان 1975⁹² كانت «أشبه بقانون جنائي خاص بالصحافة بسبب العدد الكبير من الأحكام السالبة للحرية التي كان يتضمنها»⁹³ والذي كرّس رقابة مسبقة عبر إرساء «نظام ترخيص مقنّع للمطبوعات» تحت رقابة وزارة الداخلية⁹⁴، تمّ إلغاؤه إبان الثورة بمقتضى المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 والمتعلّق بحرية الصحافة والطباعة والنشر⁹⁵، حيث أبعدت وزارة الداخلية تماما من التصّرف في قطاع الإعلام ومجال حرية التعبير ونُقلت صلاحياتها إلى القضاء⁹⁶. وجاء دستور 2014 لتعزيز هذا المكسب، إذ بتنصيبه على منع الرقابة المسبقة، أي «النظام الوقائي القائم على الرقابة المسبقة من قبل السلطة الإدارية» عبر التراخيص الإدارية المسبقة⁹⁷، وضع الفصل 31 من الدستور ضمانا لا يمكن أن ينتهكها النظام القانوني الذي سيتمّ اعتماده لتنظيم حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر والذي يمكن تقييده إذن وفق نظام الرقابة اللاحقة التي تعدّ أكثر ضمانا للحرية. ويتمثّل في «السّاح بالممارسة المطلقة لحرية التعبير مع إمكانية المعاقبة اللاحقة للتجاوزات»⁹⁸، والتي تعكس إذن فكرة الحرية كمبدأ والتقييد كاستثناء، لكن في إطار الفصل 49 ضرورة.

ويجدر الذكر هنا أنّ صياغة الفصل المنظم لحرية التعبير لم تشهد تقلّبات جوهرية أثناء المسار التأسيسي، وكان منع الرقابة السابقة من ثوابت مختلف المشاريع من صيغة 14 ديسمبر/ كانون الأول 2012⁹⁹ مروراً بصيغة 22 أفريل/ نيسان 2013¹⁰⁰ وصولاً إلى مشروع 1 جوان/ حزيران 2013¹⁰¹ نظراً للشحنة السلبية

92 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 29، 29 أفريل/ نيسان 1975، ص. 992-999. ونقّح هذا القانون تباعاً بالقانون الأساسي عدد 89 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت/ آب 1988 ينقح ويتمّم القانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل/ نيسان 1975 والمتعلّق بإصدار مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52، 2 أوت/ آب 1988، ص. 1085-1086 والقانون الأساسي عدد 85 لسنة 1993 مؤرخ في 2 أوت/ آب 1993 يتعلّق بتنقيح مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 58، 6 أوت/ آب 1993، ص. 1116-1117 والقانون الأساسي عدد 1 لسنة 2006 المؤرخ في 9 جانفي 2006 يتعلّق بتنقيح مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 4، 13 جانفي/ كانون الثاني 2006، ص. 92.

93 باللطيف (م) "حرية التعبير والإعلام في تونس: النصوص والسياق"، ضمن حرية التعبير في الدول المغاربية: تنافر بين النصوص القانونية والممارسة القضائية، منظمة دعم الإعلام الدولية وجمعية يقظة من أجل الديمقراطية والدولة المدنية، فبراير 2018، ص. 44، يمكن تحميله على الرابط التالي: <https://menamedialaw.org/sites/default/files/library/material/compiledreportar.pdf>

94 نفسه، ص. 47.

95 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 84، 4 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011، ص. 2559-2568.

96 باللطيف (م)، المرجع سابق الذكر، ص. 47.

97 التّرجمة لنا. HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 430.

98 نفسه، ص. 426. التّرجمة لنا.

99 نصّ الفصل 36 في مسودة مشروع الدستور نسخة 14 ديسمبر/ كانون الأول 2012 على ما يلي: "حرية الرأي والتعبير والإعلام والإبداع مضمونة. لا يجوز الحد من حرية الإعلام والنشر إلا بموجب قانون يحمي حقوق الغير وسمعتهم وأمنهم وصحتهم. لا يمكن بأي شكل من الأشكال ممارسة رقابة سابقة على هذه الحريات. الملكية الفكرية والأدبية مضمونة"، المرجع سابق الذكر، ص. 8.

100 نصّ الفصل 40 من مسودة مشروع الدستور صيغة 22 أفريل/ نيسان 2013 على ما يلي: "حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة. لا يمكن الحد من حرية التعبير والإعلام والنشر إلا بموجب قانون يحمي حقوق الغير وسمعتهم وأمنهم وصحتهم. لا يمكن ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات"، المرجع سابق الذكر، ص. 8.

101 حافظ الفصل 30 من مشروع دستور الجمهورية التونسية لـ1 جوان/ حزيران 2013 على نفس صياغة نسخة أفريل/ نيسان 2013، المرجع سابق الذكر، ص. 7.

للرقابة السابقة بالنظر إلى تاريخ التقييدات على حرية الصحافة ولنضال المجتمع المدني وأهل المهنة أثناء المسار التأسيسي. لكن في نفس الوقت، كانت حرية التعبير والإعلام والنشر في مختلف الصيغ المذكورة أعلاه موضوع تحديد خاص، بحيث «لا يمكن الحد منها إلا بموجب قانون يحمي حقوق الغير وسمعتهم وأمنهم وصحتهم» أي تقريبا ثلاث من أصل خمس موجبات تقييد الحرية الواردة في الفصل 49. وأثناء المسار التأسيسي، كان إدراج التناسب في الفصل المنظم لحرية التعبير وفق مقتضيات الفصل 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹⁰² من أهم توصيات منظمة الفصل 19 المختصة بالدفاع عن حرية التعبير¹⁰³.

وبإدراج منع الرقابة السابقة في أي نظام قانوني يقره المشرع لتقييد حرية التعبير وفق ضرورات الدولة المدنية الديمقراطية، وفي إطار منهج الفصل 49، وضع المشرع الدستوري حدا إضافيا إلى الحدود المضروبة على المشرع في الفصل 49 تعزيزا لحماية حرية التعبير، ولذلك اعتبرنا منهج الفصل 49 حدا أدنى في شأن حرية التعبير التي تعدّ موضوع تحفظ تشريعي موصوف، شأنها في ذلك شأن بعض الحقوق الأخرى وإن كانت المقاصد مختلفة.

2- تحديد بعض الحقوق بمعايير سلوك *des standards de comportement* مؤسسة على القيم الدستورية

إذا كان المشرع الدستوري قد خصّ بعض الحقوق بضمانات إضافية لتعزيز بعض الحقوق، نجد أنه بشأن حقوق وحرّيات أخرى يضع حدودا مخصوصة بصفة دقيقة وصرّحية يجب أن يتضمّن تنظيم الحرية وهو شأن حرية ممارسة الشعائر الدينية المكرّسة في الفصل السادس وحرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات المكرّسة في الفصل 35 من الدستور وحرية الإبداع المكرّسة في الفصل 42 فقرة 2.

أما فيما يتعلق بحرية ممارسة الشعائر الدينية، فقد نصّ الفصل 6 من الدستور على ما يلي: «الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياة المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي.

تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدّسات ومنع النيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتّحريض على الكراهية والعنف والتّصدي لها».

102 ينصّ الفصل 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ما يلي:

1- لكل إنسان الحق في اعتناق آراء دون مضايقة.
2- لكل إنسان الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرّيته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دون اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.
3- تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك، يجوز إخضاعها 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، المرجع سابق الذكر، ص. 32.

Article 19, *Tunisie: La protection de la liberté d'expression et la liberté d'information dans la nouvelle constitution*, 103 Document d'orientation, Mars 2012, p. 37, disponible au lien suivant: <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/3013/12-04-03-tunisia.pdf>

وتبدو الفقرة الأولى واضحة في تكريسها لحرية ممارسة الشعائر الدينية التي من الطبيعي أن يقع تنظيمها تحت طائلة الفصل 49 خلافا لحرية المعتقد والضمير الخارجة عن إمكانية التحديد. بقي أن نحدد وظيفة الفقرة الثانية التي تضع على كاهل الدولة في نفس الوقت التزاما بنشر قيم الاعتدال والتسامح وحماية المقدسات ومنع النيل منها ومنع دعوات التكفير والتحرير على الكراهية والعنف والتصدي لها، فهل أن الأمر يتعلق أيضا «بحدود لممارسة هذه الحرية يجب أخذها بعين الاعتبار عند تطبيق الفصل 49 على هذا الحق»¹⁰⁴؟

تبرز الأعمال التحضيرية لهذا الفصل حدة الصراع السياسي والإيديولوجي الذي ميز مناقشته¹⁰⁵ والتي تفسر صياغته المتميزة بالازدواجية التي هي في النهاية وليدة توافق وتخطب مبدئيا الدولة، لكن يمكن تصور ترجمتها في حدود على حرية ممارسة الشعائر الدينية التي يجب أن تظل في حدود الاعتدال والتسامح واحترام مقدسات الآخرين وممارستهم لشعائرهم الدينية وحرية الضمير لديهم التي قد تترجم بالحق في عدم الإيمان بأي معتقد، كل ذلك في مناخ متسامح ينبذ العنف والكراهية والتحرير عليها.

والمثير للاهتمام أننا نجد نبذ العنف في فصل آخر هو الفصل 35 من الدستور الذي ينص كما رأينا على ما يلي: «حرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات مضمونة.

تلتزم الأحزاب والنقابات والجمعيات في أنظمتها الأساسية وفي أنشطتها بأحكام الدستور والقانون وبالشفافية المالية ونبذ العنف».

يشير هذا الفصل الاهتمام من الناحية البنوية البحتة، فأى وظيفة للشفافية المالية ونبذ العنف في فصل يرتبها بعد الالتزام بأحكام الدستور والقانون؟ وهو نفس السؤال الذي تثيره حسب تقديرنا الفقرة الثانية من الفصل السادس وكذلك الفقرة الثانية من الفصل 42 الذي ينص على ما يلي:

«الحق في الثقافة مضمون.

حرية الإبداع مضمونة، وتشجع الدولة الإبداع الثقافي، وتدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات».

اعتبر الأستاذ خالد الماجري هذه الحدود الخاصة «من جوهر هذه الحقوق نفسها أي أنها جزء لا يتجزأ من تعريفها على الأقل ضمن المنظومة القانونية المعبرة»¹⁰⁶. حال أنه من الصعب في تقديرنا اعتبارها من جوهر الحقوق بل نخالها منزلة في إطار المنظومة القيمية للدستور. فقيم الاعتدال والتسامح ونبذ العنف وردت لا

104 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 35.

105 تم فرض إدراج منع التكفير في صيغة الفصل 6 إثر الهجوم الذي تعرض له النائب عن حزب الوطينين الديمقراطيين منجي الرحوي من قبل النائب عن حركة النهضة الحبيب اللوز والذي أدى إلى تعرضه إلى تهديدات بالقتل. أنظر بهذا الشأن:

LAKANI(B.) « Mongi Rahoui sous menace de mort », *L'économiste maghrébin*, 6 janvier 2014, disponible au lien suivant: <https://www.leconomistemaghrébin.com/2014/01/06/mongi-rahoui-sous-la-menace-de-mort/>

106 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 34.

فقط في الفصل السادس والفصل 42، بل يمكن أن تستروح أولاً مما نصت عليه توطئة الدستور من «التأسيس لنظام جمهوري ديمقراطي تشاركي، في إطار دولة مدنيّة السيادة فيها للشعب عبر التداول السلمي على الحكم بواسطة الانتخابات الحرّة... ويكون فيه حقّ التّنظّم القائم على التعدّدية، وحياد الإدارة والحكم الرّشيد هي أساس التّنافس السياسي». فسلميّة التّنظّم التي تؤدّي إلى التّداول السلمي على السّلطة تقتضي بدهاءة نبذ العنف.

ويمكن أن نسوق نفس المنطق بالنسبة إلى الشّفاية الماليّة التي يمكن أن نعتبرها رافدا لقيمة دستوريّة هي الشّفاية والنّزاهة التي بحث المشرّع الدستوري عن تكريسها عبر التّنصيب في الفصل 10 على مقاومة التّهرب والغش الجبائين وجعلها من مبادئ الإدارة العموميّة التي يجب أن تنظّم وتعمل حسب الفصل 15 «وفق قواعد الشّفاية والنّزاهة والتّجاعة والمساءلة»، وبحث عن ضمانها عبر اشتراط الفصل 11 «على من يتولّى رئاسة الجمهوريّة أو رئاسة الحكومة أو عضويّتها أو عضويّة مجلس نواب الشعب أو عضويّة الهيئات الدستوريّة المستقلّة أو أيّ وظيفة عليا أن يصرّح بمكاسبه وفق ما يضبطه القانون».

ووجود هذه الفصول المؤسّسة لما يمكن أن نعتبره قيما دستوريّة des valeurs constitutionnelles خاصّة في التّوطئة والباب الأوّل المخصّص للمبادئ العامة ليس من قبيل الصدفة، فالتّوطئة هي «روح الدستور»¹⁰⁷ كما ورد ذلك في التّقرير العام حول مشروع الدستور وباب المبادئ العامة يجمع ما يعتبره المؤسّسون «العنصر الخالص للمنظومة التّقعيدية الوطنيّة»¹⁰⁸. ودون أن نخوض في متاهة التّمييز بين المبادئ principes التي تحيل «لا بالضرورة إلى بداية... بل إلى نتيجة أو أثر»¹⁰⁹ والقيم valeurs التي تحيل الى قناعة عامّة ومعتقدات يتقبّلها الجميع¹¹⁰، فإنّ الأولى مشروطة بالثانية ويحتاج كلاهما إلى وساطة القاعدة القانونية لولوج مجال القانون واكتساب شحنة تقعيدية¹¹¹ خاصّة أنّ وظيفة المبادئ والقيم هي التأسيس «لمشروع القواعد القانونية وسلامة إجراءات سنّها»¹¹²، ولا أدلّ على ذلك من استناد المجلس الدستوري الفرنسي مثلا لإحدى القيم الدستوريّة المكوّنة لشعار الجمهوريّة وهي الأخوة التي اعتبرها «مبدأ ذي قيمة دستوريّة»¹¹³.

وبالتّالي، يمكن أن نعتبر قيم الاعتدال والتّسامح والنّزاهة والشّفاية ونبذ العنف قيما دستوريّة تؤسّس لمعايير سلوك des standards de comportement تلزم لا فقط السّلط العموميّة بل كذلك الأفراد في

107 التّقرير العام حول مشروع الدستور، المرجع سابق الذّكر، ص. 19.

CANIVET(G.) « La fraternité dans le droit constitutionnel français », Conférence en l'honneur de Charles Doherty 108 -Gonthier, 20-21 mai 2011, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-fraternite-dans-le-droit-constitutionnel-francais>. التّرجمة لنا.

MODERNE(F.) « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 14(3) mai-juin 1998, p. 496. التّرجمة لنا. 109

GILLES (D.) et LABAYLE (S.) « L'irrédentisme des valeurs dans le droit: la quête du fondement axiologique », *RDUS*, 110 2012, volume 42, numéro 1-2, p. 359.

111 نفسه، ص. 339.

112 نفسه، ص. 337. التّرجمة لنا.

Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre (Délit d'aide à l'entrée, à la circulation 113 ou au séjour irréguliers d'un étranger), disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm. التّرجمة لنا.

ممارسة حرياتهم الفردية - من ممارسة الشعائر الدينية وحرية الإبداع في الفضاء العام - ومكونات المجتمع المدني والسياسي من نقابات وجمعيات وأحزاب في ممارسة نشاطاتهم.

وبالتالي، تعدّ هذه القيم ضوابط خاصة تلزم المشرع في تنظيم حرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية الإبداع وحرية تكوين الأحزاب والجمعيات والنقابات وممارستها الحرة لنشاطاتها إضافة إلى تلك التي يمكن فرضها بمقتضى الفصل 49. والمسألة لا تخلو من رهانات بالنسبة إلى الحريات الثلاث المعنية، سواء تعلّق الأمر بحرية ممارسة الشعائر الدينية لطابعها الصّدامي مع حقوق الغير أو بحرية الإبداع التي أفردتها الدستور بفصل خاص - مع حرية الثقافة - مع ضرورة الحسم في ما إن كان يمكن إخضاعها إلى الرقابة المسبقة بما أنّ الدستور أقر «استقلاليتها» عن حريات الفصل 31 التي تدور في فلك حرية التعبير¹¹⁴، رقابة تمارس بالنظر إلى قيمة التسامح ونبد العنف الواردة في الفصل 42.

كما لا يفوتنا أن نذكر الإشكاليات التي تطرحها الشفافية المالية التي يمكن أن تعتبر خرقة لحرية نشاط الأحزاب والجمعيات والنقابات خاصة بالنظر إلى مصادر التمويل. وقد أثرت المسألة أمام المجلس الدستوري الفرنسي الذي اعتبر أنّ اشتراط المشرع «نشر قائمة الذوات المعنوية التي مولت أحزابا أو مرشحين يُعدّ ضماناً من أجل حسن إعلام المواطنين ومن أجل شفافية أكبر للحياة السياسية ولا يعدّ بالمرّة خرقة لحرية تبليغ الأفكار والآراء أو لنشاط الأحزاب والتجمّعات السياسية»¹¹⁵. ورغم غياب حكم في الدستور التونسي مماثل لما ورد في الفصل 4 من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي من أنّ الأحزاب والتنظييات السياسية تساهم في التعبير عن الاقتراح، إلّا أنّه من البديهي أنّ الانتخاب الحرّ الذي نصّ عليه الفصل 55 بخصوص أعضاء مجلس نواب الشعب والفصل 75 بخصوص رئيس الجمهورية يقتضي إحاطة الأحزاب والمرشحين بالشفافية اللازمة في سياق عامّ تميّز بالتّحديد بتدقّق المال السياسي وعدم وضوح مصادر التمويل.

في النهاية، يشكّل نبد العنف والشفافية المالية معايير سلوك *des standards de comportement* مستمدة من القيم الدستورية للنزاهة والشفافية والتسامح، وما التّنصيص عليها كضوابط في تقييد أنشطة الأحزاب والنقابات والجمعيات إلّا تأكيد على حرص المشرع الدستوري على هذه القيم الذي لا يعفي المشرع من ضرورة تطبيق الفصل 49 إذا ما رام فرض ضوابط أخرى على الحرية المعنية، بل أكثر من ذلك، يمكن أن نعتبر الفصول 6 و35 و42 تطبيقاً خاصاً للفصل 49 مستمداً من منهجه في التوفيق بين الحرية وضرورات الدولة المدنية الديمقراطية، يمكن تبعاً لذلك إدراجها في مجال التّحفّظ التشريعي الموصوف، تماماً مثل حقّ التّرشّح للانتخابات الرئاسية وإن كنّا نخال مقصد المشرع الدستوري مختلفاً.

114 يمكن التّذكير بأنّ نصّ الفصل 36 في مسودة مشروع الدستور نسخة 14 ديسمبر/ كانون الأوّل 2012 كان ينصّ على ما يلي: "حرية الرأى والتعبير والإعلام والإبداع مضمونة"، قبل أن يتمّ فصل حرية الإبداع عنها في النسخ الموالية لمشروع الدستور.

Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, considérant n°19, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/92316DC.htm>. التّرجمة لنا.

3- تدقيق الضوابط بشأن بعض الحقوق

ينص الفصل 74 من الدستور على ما يلي: «الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناخبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام.

يشترط في المترشح يوم تقديم ترشحه أن يكون بالغا من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل، وإذا كان حاملا لجنسية غير الجنسية التونسية فإنه يقدم ضمن ملف ترشحه تعهدا بالتخلي عن الجنسية الأخرى عند التصريح بانتخابه رئيسا للجمهورية.

تشرط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس نواب الشعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي».

أدى هذا التدقيق في شروط الترشح للانتخابات الرئاسية إلى اعتبار أن الفصل 74 قد أدرج «طبيعة الحد المسلط على الحق... وشروطه»¹¹⁶ فيما يتعلق بالسن والجنسية والدين مما يقضي حسب الأستاذ سليم اللغماني تطبيق الفصل 49 فيما عدا شرط التزكية¹¹⁷ الذي تمت الإحالة بشأنه إلى القانون في الفصل 74¹¹⁸. وهذا يطرح ضرورة التساؤل إن كان المشرع الدستوري استنفذ اختصاص تحديد الحق مما يجعل إضافة المشرع لشروط تحد منه استنادا إلى الفصل 49 غير دستوري. وقد طرح هذا الإشكال أمام الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين التي تدخلت مرتين في هذا الشأن بمناسبة طعون في مشاريع قوانين أضافت شروطا أخرى للفصل 74 من الدستور. وكان ذلك أولا بشأن شرط الضمان المالي في قرارها عدد 4 لسنة 2014، واعتبرت الهيئة أن الطعن بعدم دستورية أحكام الفصل 42 من القانون الانتخابي «بحجة أنه أضاف قيда للترشح لمنصب رئاسة

116 اللغماني (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 112.
117 نفسه، ص. 113.

118 أثرت هذه المسألة أمام المحكمة الإدارية بخصوص الفصل 41 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 والمتعلق بالانتخابات والاستفتاء على ما يلي: "تم تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية من عشرة نواب من مجلس نواب الشعب، أو من أربعين من رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو من عشرة آلاف من الناخبين المرسمين والموزعين على الأقل على عشرة دوائر انتخابية على أن لا يقل عددهم عن حسنة ناخب بكل دائرة منها.

يمنع على أي مذك تزكية أكثر من مترشح.
وتضبط الهيئة إجراءات التزكية والتثبت من قائمة المرشحين.

وتتولى الهيئة، خلال الأجل المنصوص عليه بالفصل 45 من هذا القانون، إعلام المترشحين الذين تبين تزكيتهم من نفس الناخب أو من شخص لا تتوفر فيه صفة الناخب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا وذلك لتعويضه في أجل 48 ساعة من تاريخ الإعلام، وإلا ترفض مطالب ترشحهم" (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 42، 27 ماي/ أيار 2014، ص. 1386). وقد تم الطعن في دستورية هذا الفصل عن طريق الدفء أمام المحكمة الإدارية التي أقرت في الحكم الصادر في القضية عدد 30006 2014 (نزاع انتخابي) بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأول 2014، العادل بن الهادي العلمي ضد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، باختصاصها في النظر في دستورية القوانين معتبرة أنه: "وحيث لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن بتت في مسألة التزكيات المتمسك بها من قبل المدعي مما يجوز معه بالتالي هذه المحكمة النظر فيها"، ثم اعتبرت أن دستورية الفصل المذكور "يكون بالرجوع إلى أحكام الفصل 49 من الدستور الذي اقتضى أنه يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير أو لمتعضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها وتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك." "وحيث خلافا لما تمسك به المدعي فإن اشتراط تزكية المرشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب ليس أمرا تعجيزيا ولا يضيق من حق الترشح المضمون بالدستور ولا ينال من جوهر حق الترشح للانتخابات المنصوص عليه بالفصل 34 منه بل أن الغاية من هذا الشرط هي التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المترشح له. كما أن عدد المرشحين المطلوب مناسب ولا يؤدي إلى الإقصاء المتعمد لبعض الراغبين في الترشح باعتبار أن القاعدة الجمالية للناخبين المسجلين تفوق الخمسة ملايين ناخب"، غير منشور.

الجمهورية لا يستقيم تحليله بدون العودة إلى أحكام الفصل 34 من الدستور الذي يقضي بأن حقّ الترشح والانتخاب والاقتراع يضبط بالقانون، وحيث أن القيود الواردة على هذا الحق وعلى الحقوق الأساسية التي ضببت في باب الحقوق والحريات مقيّدة هي الأخرى بأحكام الفصل 49 من الدستور والذي اشترط في الضوابط ألا تنال من جوهر الحق وأن تتناسب مع ضرورة تحديده، بغاية حماية النظام العام بشتى أوجهه، وحيث أن شرط تأمين مبلغ عشرة آلاف دينار الذي لم يذكر في الفصل 74 من الدستور لاقتصره على التزكية من عدد معين من النواب لا يعطل الحق في الترشح لرئاسة الجمهورية إذ يبقى مبلغا معقولا وضامنا لجدية الترشح وهو بذلك لا يخرق مبدأ التناسب، وليس من شأنه أن ينال من جوهر الحق كما اقتضى ذلك الفصل 49 من الدستور»¹¹⁹.

وذهبت الهيئة في نفس الاتجاه في قرارها عدد 04/2019 المؤرخ في 8 جويلية/ تموز 2019 بشأن الطعن في مشروع قانون أساسي عدد 63 لسنة 2018 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 يتعلق بالانتخابات والاستفتاء كما نَقح وتمم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرخ في 17 فيفري/ شباط 2017، مشروع أضاف شروطا اعتبرها الطاعنون خرقا للفصل 74. في هذا الإطار، أقرت الهيئة ما يلي: «حيث تمسك العارضون بأن الترشح لمنصب رئيس الجمهورية خاضع لشروط وردت على سبيل الحصر لا الذكر طبق الفصل 74 من الدستور، وبالتالي فإن إضافة شروط أخرى بمقتضى نصّ أدنى كمشروع القانون المطعون فيه من شأنها أن تحدّ من حقّ الترشح. وعملا بمبدأ توازي الصيغ والاجراءات، فإنّ هذه الشروط لا يمكن تعديلها إلا بمقتضى الدستور، وحيث ينصّ الفصل 34 من الدستور على أنّ حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون، كما ينصّ الفصل 65 من الدستور على أنّ يتخذ القانون الانتخابي شكل قانون أساسي، وحيث ينصّ الفصل 146 من الدستور على أنّ تفسّر أحكام الدستور ويؤوّل بعضها البعض كوحدة منسجمة، وحيث أنّه عملا بذلك فإنّ الشروط التي اقتضاها الفصل 74 من الدستور لم ترد على سبيل الحصر وإنّما هي من قبيل الشروط الموضوعية الأساسية التي لا شيء يحول دون إتمامها بشروط أخرى عملا للفصلين 34 و65 من الدستور، وحيث أنّ اشتراط الإدلاء بالبطاقة عدد 3 أو وصل الاستلام وبها يفيد القيام بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبها يفيد القيام بالتصريح السنوي بالضريبة على الدّخل على النحو المنصوص عليه بالفصل 40 من المشروع لا يعتبر مخالفا للفصل 74 من الدستور طالما أنّ هذه الشروط لا تنال من جوهر الحقّ طبق الشروط والضّورات التي اقتضاها الفصل 49 من الدستور، وحيث أنّ الشروط التي جاء بها الفصل 40 هي شروط معقولة وضامنة لحرية الترشح لنزاهة الانتخابات ولا تعطلّ الحقّ في الترشح لرئاسة الجمهورية ولا تخرق مبدأ التناسب الوارد في الفصل 49 من الدستور وعليه يتجه ردّ هذا المطعن»¹²⁰.

119 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص القضية عدد 04/2014، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 41، 23 ماي/ أيار 2014، ص. 1346.

120 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص القضية عدد 04/2019، 8 جويلية/ تموز 2019، سابق الذكر.

بقطع النظر عن التّحقّظ الذي يمكن أن نبديه حول تمثّي الهيئة التي وإن استندت إلى الفصل 49 من الدّستور فهي لم تجر فعلياً اختبار التّناسب، فإنّه يمكننا أن نخلص إلى دستوريّة إضافة شروط غير واردة في الفصل 74 في علاقة بالفصل 49 بالاعتماد على الفصل 146 من الدّستور في تنصيبه على ضرورة تفسير أحكام الدّستور وتأويل بعضها البعض كوحدة منسجمة، وذلك بالنّظر لا فقط إلى الفصل 34 من الدّستور، بل كذلك إلى الفصل 75 الذي نصّ على انتخاب رئيس الجمهوريّة «... انتخاباً عامّاً، حرّاً، مباشراً، سريّاً، نزيهاً وشفافاً». وما اشترط التّصريح بالمكاسب إلّا تكريس حقّ الناخبين في الاطّلاع الكامل على مختلف المعطيات المتّصلة بالمرشّحين ومدى التزامهم بالمبادئ الأخرى للدّستور، كالفصل 10 الذي ينص على وضع الدّولة لآليّات ضمان استخلاص الضّريبة ومقاومة التّهريب والغشّ الجبائيّين حتّى يكون الخيار حرّاً ومستنيراً وبالتالي ضمان أن يكون الانتخاب حرّاً.

من ناحية أخرى، حتّى وإن كان الالتزام الوارد في الفصل 11 من الدّستور بضرورة التّصريح على المكاسب بالنّسبة لمن يتولّى عدّة مناصب منها رئاسة الجمهوريّة محمولاً بعد تولّي المنصب لا قبله، فإنّ الفصلين 10 و11 يسمحان باستخلاص قيمة النزاهة والشفافيّة كما ذكرنا أعلاه، وإضافة شروط أخرى متّسقة مع المنظومة الدّستوريّة بقانون ممكنة ما دام التّحديد مستندا للفصل 49. فمراد المشرّع الدّستوري في النهاية من الضّبط الدقيق لشروط التّرشح لمنصب رئيس الجمهوريّة هو تحصين شروط يعدّها جوهرية بالنّسبة إلى منصب بأهميّة رئاسة الجمهوريّة يقتضي ضمان جدية التّرشح، وطالما كانت الشّروط المضافة متلائمة مع هذا المقصد وتمّ بشأنها إعمال الفصل 49، أمكن قبول دستوريّتها.

الفقرة الثالثة - التّحديدات التّشريعيّة الحصريّة

تعلّق التّحديدات التّشريعيّة الحصريّة بالحقوق التي اكتفى فيها الدّستور بإعلان الحقوق تاركا للمشرّع مهمّة تحديدها وفق الفصل 49، أي أنّ الأمر يتعلّق بتطبيق هذا الفصل بوصفه المنهج العادي في تحديد الحريات *une clause de droit commun*. ويشمل هذا الصّنف حسب الأستاذ سليم اللّغمانّي «الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحدّ وشروطه»¹²¹ كالفصل 22 المتعلّق بالحقّ في الحياة فيما يتعلّق بالحالات القصوى التي يضبطها القانون والفصل 26 المتعلّق بحقّ اللّجوء السّياسي والفصل 29 المتعلّق بتحديد مدّة الإيقاف والاحتفاظ والفصل 34 المتعلّق بحقوق الانتخابات والاقتراع والترشح والفصل 38 المتعلّق بالحقّ في التّغطية الاجتماعية والفصل 53 المتعلّق بحقّ التّرشح لعضوية مجلس نواب الشعب والفصل 54 المتعلّق بصفة الناخب والفصل 108 المتعلّق بضمان القانون التّقاضي على درجتين¹²². كما ينطبق الفصل 49 حسب الأستاذ الجليل على «الأحكام الدستورية التي لم تحل على القانون ويمكن الحدّ منها بمقتضى الفصل 49

121 اللّغمانّي(س) «الفصل 49 من دستور 27 جانفي في ثمانية أسئلة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 112.

122 نفسه، ص. 113.

ذاته»¹²³، أي الفصل 24 المتعلق بحماية الدولة للحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية والفصل 32 المتعلق بالحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة والفصل 37 المتعلق بحرية الاجتماع والتظاهر السلميين والفصل 38 المتعلق بالحق في الصحة والفصل 39 المتعلق بالزامية التعليم إلى سن السادسة عشر والفصل 40 المتعلق بالحق في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل والفصل 41 المتعلق بالملكية الفكرية والفصل 44 المتعلق بالحق في الماء والفصل 45 المتعلق بالحق في بيئة سليمة ومتوازنة والفصل 46 المتعلق بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة ودعم مكاسبها وضمان تكافؤ الفرص والفصل 47 المتعلق بحقوق الطفل والفصل 108 في تنصيبه على علنية الجلسات¹²⁴.

وإذ نوافق تماما الأستاذ سليم اللغماني في التصنيف الذي اعتمده للحقوق التي ينطبق عليها الفصل 49 وحده، فإننا نخالفه الرأي حول إقصاء الحقوق التي تلزم الدولة ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة من نطاق الفصل 49، كالفصل 21 المتعلق بتهيئة أسباب العيش الكريم والفصل 30 المتعلق بالعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع والفصل 32 المتعلق بضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال والفصل 39 المتعلق بتحقيق جودة التربية والفصل 40 المتعلق باتخاذ الدولة للتدابير الضرورية لضمان حق العمل على أساس الكفاءة والإنصاف والفصل 43 المتعلق بتوفير الإمكانيات اللازمة لممارسة الأنشطة الرياضية والترفيهية والفصل 45 المتعلق بتوفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي والفصل 46 المتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة وسعي الدولة إلى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل في المجالس المنتخبة والفصل 48 المتعلق باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة من كل تمييز وضمان الاندماج الكامل في المجتمع¹²⁵.

في الواقع، يبدو أن الأستاذ سليم اللغماني استثنى من تطبيق الفصل 49 هذه الحقوق لأن عدم ثبوت تحقيق النتيجة قد يؤدي إلى زوال موضوعها أي الحق ذاته مما يعدم معه إذن موضوع التحديد في حد ذاته. ويتعلق الأمر بالأساس، لا حصرياً، في القائمة التي اقترحها الأستاذ سليم اللغماني، بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وهي تقع في دائرة الحقوق-الدّين les droits-créances التي تتميز عن الحقوق-الحريات في كونها لا تقتضي كما في هذه الأخيرة امتناعاً من الدولة عن انتهاكها بل تدخلاً فعلياً للسلطات العمومية لتحقيقها. ولهذا الالتزامات الإيجابية شحنة اجتماعية تهدف إلى تقليص الفوارق الاقتصادية¹²⁶. لكن، وعلى عكس الحقوق-الحريات التي تعدّ «حقوق إنسان حقيقية» يمكن حمايتها قضائياً، عادة ما تعتبر هذه الحقوق-الدّين مجرد «حقوق بديلة ورهانات وبرامج سياسية وسياسات عمومية». فهذه الحقوق-الدّين لا يمكن أن

123 نفسه، ص. 113.

124 نفسه، ص. 113-115. وقد أدرج الأستاذ سليم اللغماني في هذا الصنف أيضاً الفصل 6 المتعلق بممارسة الشعائر الدينية والفصل 31 المتعلق بحرية التعبير والإعلام والنشر والفصل 42 المتعلق بالحق في الثقافة وحرية الإبداع والفصل 74 المتعلق بالترشح لمنصب رئيس الجمهورية فيما يتعلق فقط بشرط الترقية وهي فصول تنظم حقوقاً كنا اعتبرناها موضوع تحديرات مشتركة بين المؤسسين والمشرع وفق الفصل 49 للاعتبارات التي ذكرناها.

125 نفسه، ص. 110-111.

تتمتع بحماية قضائية وتشكو من نوع من الهشاشة التقييدية والمنازعاتية: فإذا كان ممكنا للقاضي حماية حرية التعبير أو حماية الحياة الخاصة، لن يمكنه إسناد مسكن أو توفير شغل¹²⁷، والواضح أن لهذا الفارق في الطبيعة تبعات قانونية في كيفية تنظيم الحقوق. وفي هذا الإطار، اعتبر الأستاذ جون ريفيرو Jean Rivero أن «تأمين الحقوق - الدين تترك... للدولة سلطة تقديرية واسعة، بحيث أن موضوع الحق يظل تقريبا غير محدد إلى أن يتدخل المشرع بالقيام بالخيارات الضرورية، وهذا خلافا للحريات التي تكون بشأنها التزامات الدولة واضحة ومحددة ويتعلق الأمر فقط بالامتناع. وأخيرا يفترض إنفاذ سلطات المطالبة مستوى معيناً من التنمية وتظل رهينة موارد الدولة أكثر من أعمال الحريات، وهذا ما يؤكد الطابع الافتراضي والنسبي للحقوق الدين. وبالتالي، فإن الحريات والحقوق - الدين لا تتصل من حيث إعمالها بنفس التقنيات القانونية»¹²⁸، وهذا ما يبرز صعوبة عملية تحديد الحقوق لا استحالتها.

ويجدر التذكير هنا بالانتقادات التي وجهت إلى التمييز بين الحقوق - الحريات والحقوق الاقتصادية والاجتماعية بالنظر خاصة إلى الطبيعة المزدوجة لمختلف الحقوق طالما أن بعض الحقوق - الحريات تقتضي تدخلا من السلط العمومية لتحقيقها (كحاجة حق الاقتراع إلى آليات تنظيم العملية الانتخابية) وحاجة بعض الحقوق الاجتماعية إلى امتناع الدولة عن التدخل فيها. وهناك اتجاه اليوم على مستوى المؤسسات الدولية لحقوق الإنسان إلى اعتبار أن مختلف الحقوق مهما كانت طبيعتها تضع على كاهل الدول ثلاث أنواع من الالتزامات: التزام باحترام الحقوق بالامتناع عن انتهاكها سواء تعلق الأمر بالحقوق المدنية والسياسية أو بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية من ذلك تحجير التمييز في ما يتعلق بأعمال الحقوق الاجتماعية وهو ما يقتضي تحديد الالتزامات الايجابية لتفادي الاستناد إلى إكراهات المالية العمومية لتبرير انتهاك الحقوق الأساسية. ويتمثل النوع الثاني في التزام بحماية المنتفع بالحق ضد الانتهاكات التي يرتكبها الغير وهو ما يفرض اتخاذ تشريرات حمائية بما في ذلك في خصوص الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي يمكن المحاججة بها وإعمالها والمطالبة بحمايتها قضائيا بما يجعلها حقوقا ذاتية *droits subjectifs* بآتم معنى الكلمة. ويتمثل النوع الثالث في الالتزام المحمول على الدولة للتدخل لإنفاذ الحقوق مهما كانت طبيعتها مع ضرورة الاعتراف بأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية تظل مرهونة بالإمكانات الاقتصادية والمالية، بحيث أن الدولة ملزمة بإنفاذ الحق إلى أقصى ما تسمح به الموارد المتوفرة لديها¹²⁹. وهناك جانب من الفقه قد اعتبر بشأن الحق في الشغل مثلا أن الأمر لا يتعلق بحق فردي في الشغل بل بـ«حق جماعي في التشغيل الكامل»¹³⁰ الذي يجب أن يسعى المشرع إلى تحقيقه.

وبالتالي، ورغم الهشاشة النسبية للالتزام المحمول على الدولة بالنسبة إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية

127 نفسه، ص. 18. الترجمة لنا.

RIVERO(J.), MOTOUH (H.), *op. cit.*, pp. 90-91. الترجمة لنا. 128

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, pp. 19-20. 129

COUTURIER(G.), *Droit du travail*, 1996. Voir à cet égard JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.) « L'incertain 130 droit d'emploi », *Travail, genre et société*, 1999/2 N° 2, p. 37. الترجمة لنا.

والتي تترجمها طبيعة الالتزام ببذل عناية، فإنّ هذا لا يمنع إمكانية تطبيق طريقة التّحديد الواردة في الفصل 49 على هذه الحقوق لأنّها حقوق فعلية ولأنّه لا بدّ من معايير لقياس تقصير الدّولة في وضع سياسات عمومية تسمح بتهيئة العيش الكريم كما ينصّ على ذلك الفصل 21 من الدّستور التونسي أو تحقيق جودة التّربية والتعليم والتّكوين كما ينصّ على ذلك الفصل 39 من ذات الدّستور، في علاقة خاصّة بحقوق أخرى قابلة للتّحديد وخاصّة المساواة وعدم التّمييز. فالدّولة مطالبة باتّخاذ التدابير الصّوريّة في المجالات المذكورة من تشغيل وصحّة وتعليم ونفاذ إلى وسائل الاتّصال في احترام لمبادئ المساواة وعدم التّمييز.

وعلى سبيل الذّكر مثلاً، وفي مجال التّشغيل، وضع الفصل 40 شرطي الكفاءة والإنصاف كأساس للتّدابير الصّوريّة التي تعدّ الدّولة مطالبة باتّخاذها لضمان الحقّ في العمل، فهي إذن مبادئ سياستها العموميّة في هذا المجال وفق «الحقّ الأساسي الهيكلي للمساواة»¹³¹. فمعيار الانتداب بالكفاءة رديف لمبدأ المساواة بين المترشّحين حتّى أنّهم يشكّلان أساساً للانتداب في نموذج الوظيفة العموميّة الذي اعتمده تونس¹³²، وإضافة الإنصاف هي وجه من وجوه تحقيق عدالة أشمل تقوم على قراءة متحركة لمبدأ المساواة. ولا يخفى السّياق العامّ لدستور 2014 الذي جاء عقب ثورة يعدّ التّشغيل أحد استحقاقاتها الحارقة، فيمكن أن تضطرّ الدّولة إلى اعتماد سياسة عموميّة للتّشغيل تدعم فرص بعض الفئات الهشّة في إطار التّمييز الإيجابي بطريقة تشكّل في النّهاية وجهاً من وجوه الإنصاف وضمانة للحقّ في الشّغل. وقد ذهب المجلس الدّستوري الفرنسي في هذا الاتجاه في قراره الصّادر بتاريخ 30 مارس / آذار 2006 حول القانون المتعلّق بالمساواة في الفرص، حيث اعتبر أنّه «لا وجود لمبدأ أو قاعدة ذات قيمة دستوريّة تمنع المشرّع من اتّخاذ تدابير من شأنها مساعدة الفئات المهمّشة، وأنّه يمكن للمشرّع بالنظر إلى هشاشة وضعيّة الشّباب في سوق الشّغل، وخاصّة الشّباب غير المؤهلين، اعتماد عقد جديد للشّغل يهدف إلى تسهيل الاندماج المهني» دون أن يكون الفرق في المعاملة الذي ينجّر عن ذلك مخالفاً للدّستور¹³³. فالأمر إذن يتعلّق في النّهاية بتطبيق لمبدأ المساواة في إطار السياسات العموميّة وهذا الحقّ -أي المساواة- قابل للتّقييد في إطار الفصل 49.

تصبح الحقوق الاجتماعيّة والاقتصاديّة عندئذ حقوقاً شخصيّة قابلة للتّحديد¹³⁴ وللحماية القضائيّة. ضف إلى ذلك أنّ هناك جوهر لهذه الحقوق وحدّ أدنى لا يمكن التّزول تحته عند تحديدها مهما كانت الموارد الماليّة

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, cité par FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PEN A (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.) *op. cit.*, p. 636. التّرجمة لنا.

MRABET (M.) « Les modes de recrutement dans la fonction publique tunisienne », thèse de doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2011, p. 34.

Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, considérant n°17, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006535DC.htm>

134 أنظر مثلاً بخصوص الحقّ في السكن في علاقة بالكرامة الانسانية:

MATHIEU (B.) « Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », *in*. GROS (D.) et DION-LOYE (S.) (*dir.*), *La pauvreté saisie par le droit*, Paris, Le Seuil, 2002, p. 218.

للدولة ورغم وجود «شرط الممكن»¹³⁵. وفي هذا الإطار، وعلى الصعيد الدولي، أقرت لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أنه «يقع على عاتق كل دولة من الدول الأطراف (في ميثاق 1966 للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) حد أدنى من الالتزام الأساسي بضمان الوفاء، على أقل تقدير، بالمستويات الأساسية الدنيا لكل حق من الحقوق... فإذا قرئ العهد على نحو لا يحدد هذا الالتزام الأساسي الأدنى، يكون قد جُرد إلى حد كبير من سبب وجوده... وكما تتمكن دولة ما من الدول الأطراف من عزو تخلفها عن الوفاء على الأقل بالتزاماتها الأساسية الدنيا إلى قلة الموارد المتاحة، يجب عليها أن تثبت أنها قد بذلت كل جهد من أجل استخدام كل الموارد التي هي تحت تصرفها في سبيل الوفاء، على سبيل الأولوية، بهذه الالتزامات الدنيا»¹³⁶.

بقي أن تحديدنا لمجال الفصل 49 أقصى الحقوق غير القابلة للتحديد، هذا فضلا عن المادة التعليقية التي تعدّ منطقة رمادية بالنسبة إلى الفصل 49، والمأزق «العقابي».

التّرجمة لنا HENNETTE-VAUCHEZ(S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 20.

135

136 اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 3: طبيعة التزامات الدول الأطراف (الفقرة 1 من المادة 2 من العهد)، فقرة 10، E/1991/23، الدورة الخامسة، 1990، على الرابط التالي:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2f-GEC%2f4758&Lang=ar

المبحث الثاني - الثأف:

أيّ قراءة لفرضيات استبعاد

الفصل 49؟



تتفق عدّة قراءات قيّمة للفصل 49 على إقصائه تماما من حيث الموضوع *rationae materiae* في خصوص الحقوق غير القابلة للتحديد¹³⁷ وزمناً *rationae temporis* في الحالة الاستثنائية المنظمة في الفصل 80 أو ما يسمّى بالمادة التعليقية¹³⁸. ويتعلّق الأمر بمسألتين مترابطتين لأنّ الحقوق غير القابلة للتحديد يبدو أنّها علّقت أيضا في الحالة الاستثنائية طالما لم ينصّ الفصل 80 من الدّستور على حمايتها. كما تطرح مسألة التقاطع بين تناسب الفصل 49 والتناسب في المادة الجزائرية الخاضعة لسلطان مبدأ تناسب الجرائم والعقوبات. لذلك، يبدو من الوجهة التساؤل إن كان يجب استبعاد الفصل 49 من الناحية المادية في المسائل التي ذكرناها (الفقرة الثانية) بعد التساؤل عن التعليق الزمني للفصل 49 في إطار الفصل 80 من الدّستور (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى - حول التعليق الزمني للفصل 49: مأزق الفصل 80

«تعدّ الحالة الاستثنائية لحظة حرجة لدولة القانون وليست تعليقا نهائيا لها، لهذا بالضبط يعود للقانون تنظيمها. فهي تحدّد المستوى الأدنى للتمفصل مع القانون. وهي لا تقطع حبل الشريعة، طالما أنّ كسوف الضمانات القانونية مسموح به ومراقب. فالحالة الاستثنائية تتأسس على الثقة في قدرة النظام الديمقراطي على مواجهة فترات الأزمة. وهو ما يعني التفكير في القانون كأفق قيمي لا كحاجز للفعل»¹³⁹، ومن هنا تنبثق أهمية تحديد العلاقة بين الحالة الاستثنائية في تونس والفصل 49.

في هذا الإطار، يمكن الفصل 80 من الدّستور رئيس الجمهورية «في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها، يتعدّر معه السير العادي لدواليب الدولة، أن يتخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الاستثنائية». ودون أن ندخل في تفاصيل النظام القانوني الذي وضعه هذا الفصل، فمن الواضح أنّه أطر سلطات الأزمة بوضع جملة من الشروط التراكمية الموضوعية والشكلية والإجرائية لتفعيل الفصل 80 أولا وتوضيح كيفية تطبيقه عند سريان التدابير الاستثنائية ثانيا والبتّ في إمكانية استمراريتها قبل إنهاء العمل بها ثالثا¹⁴⁰.

137 مثلا اللّغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 108، الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 29-28.

138 مثلا اللّغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 120-121، الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 22-21.

139 الترجمة لنا. SALAS (D.) « La banalisation dangereuse de l'état d'urgence », *Etudes*, Mars 2016, n°4225, p. 32.

140 لإعمال الفصل 80، يتعلّق الشّرطان الموضوعيان بوجود "خطر داهم مهدّد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها" وبأنّ هذا الخطر المتمثّل في "تعدّر... السير العادي لدواليب الدولة" وشروط شكلية تتمثّل في الاستشارة الوجوبية والمسبقة لرئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وواجب إعلام رئيس المحكمة الدستورية ثمّ الإعلان عن التدابير في بيان إلى الشعب.

وأما فيما يتعلّق بتطبيق الفصل 80، فقد وضع هذا الأخير شرطين موضوعيين يتمثّلان في أن يكون الهدف من التدابير "تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الأجل" دون تحديد أجل أقصى وثانيا في موانع سلطات الأزمة، إذ لا يمكن ممارسة رئيس الجمهورية لسلطة حلّ مجلس نواب الشعب الذي لا يمكنه بدوره توجيه لائحة لوم للحكومة أيّ أنّه يتمّ تعطيل الآليات الدستورية التي ترتبط عادة بالأزمة السياسية وذلك في محاولة لضمان تواصل مؤسسات الدولة، وأما الشرط الإجرائي فيتمثّل في اعتبار "مجلس نواب الشعب في حالة انعقاد دائم طيلة هذه الفترة".

والمهم أن الفصل 80 في تأطيره للحالة الاستثنائية ركّز كامل السلطات بين يدي رئيس الجمهورية، وهذا ما يميّزها عن حالة الطوارئ التي تزوّد الإدارة بسلطات استثنائية¹⁴¹ في حالة «خطر داهم ناتج عن نيل خطير من النظام العام، وإما في حصول أحداث تكتسي بخطورتها صبغة كارثة عامة» كما ينصّ على ذلك الفصل الأوّل من الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرّخ في 26 جانفي / كانون الثاني 1978 المتعلّق بتنظيم حالة الطوارئ¹⁴².

والواضح أنّ من طبيعة التدابير الاستثنائية التي يمكن لرئيس الجمهورية اتّخاذها استهدافها للحريات. وقد اعتبر الأستاذ سليم اللغماني في هذا الإطار أنّه «يمكن أن تتمثّل هذه التدابير، وهي ليست قوانين، في تعليق حقوق وحريات وعدم اعتماد الفصل 49»¹⁴³. وهو ما يستوجب النّظر فيما إذا كان الفصل 80 يشكّل بصورة مطلقة مادّة تعليلية توقف أعمال الحقوق والحريات في هذا الفاصل الاستثنائي في حياة الدولة، وهو ما يحيلنا إلى علاقة هذه المادّة بالفصل 49، أي المادّة التّحديديّة¹⁴⁴، والتّساؤل إن كان نطاق هذا الأخيرة قد علّق زمنياً *rationae temporis* في الحالة الاستثنائية.

في هذا الإطار، اعتبر الأستاذ سليم اللغماني تنظيم الحريات في إطار الفصل 80 «مسألة منسيّة في دستور 27 جانفي / كانون الثاني 2014»¹⁴⁵ رغم أنّه قد تمّ اقتراحها في مشروع المادّة الجامعة الذي تقدّم بها الخبراء أثناء أشغال المجلس الوطني التأسيسي¹⁴⁶. واعتبر الأستاذ خالد الماجري أنّ «تحديد الحقوق والحريات هو عمل مختلف في جوهره عن تعليقها الذي يتعرّض إليه الفصل 80، ففي حين يشترط في التّحديد أن يكون بقانون، يكون التعليق من خلال «تدابير» يتّخذها رئيس الجمهورية. كما أنّه لا يمكن للتّحديد أن يمسّ بجوهر الحقّ، فهو عمل لا يقصي الحقّ من التطبيق بل يضيق من نطاقه أو من مجالات إعماله حسب الحالات. أمّا التعليق، فإنّه يمكن أن يؤدي إلى إيقاف إعمال الحقّ تماما وهو ما يمكن من القول بعدم وجود حدود للتّدخل في الحقوق والحريات إذا كان أساس هذا التّدخل الفصل 80 من الدستور. ولعلّ من أهمّ معايير التّفارقة بين الحالتين هو أنّ أعمال التّحديد هي أعمال عادية ويمكن أن تكون دائمة باعتبار أنّها تنظّم تعريف الحقوق والحريات في المجتمع على الدوام ولا تتغيّر إلا بتغيّر الأسس الاجتماعيّة التي فرضت اعتمادها على عكس أعمال التعليق التي

ثالثا، وللبتّ في مدى استمراريّة الحالة الاستثنائية، وضع الفصل 80 في فقرته الثالثة حدّا زمنيا هو «مضيّ ثلاثين يوما على سريان هذه التدابير، وفي كلّ وقت بعد ذلك»، وإجراء يتمثّل في تعهّد المحكمة الدستورية بالبتّ في استمرار الحالة الاستثنائية من عدمه بطلب من رئيس مجلس نواب الشعب أو ثلاثين من أعضائه ثمّ أجلا تصرّح فيه المحكمة بقرارها علانية وهو أجل 15 يوما، علما وأن دورها يتوقّف على تقدير مدى استمراريّة توفر شروط الحالة الاستثنائية أي الخطر الداهم دون أن يتعلّق الأمر بنتيجته أي مواصلة العمل بالتدابير الاستثنائية من عدمها طالما أنّه قرار يعود إلى رئيس الجمهورية وفقا لمبدأ توازي الضيق والاجراءات الذي يقتضي أنّ رئيس الجمهورية هو الذي يقرّر إنهاء العمل بالتدابير الاستثنائية «متى زالت أسبابها» ويوجّه في ذلك بيانا إلى الشعب، دون أن يضع الدستور إذن أجلا أقصى لهذه التدابير. فحدّها الزمني مرتبط بحدّ موضوعي هو استمرار الحالة الاستثنائية، وهذا ما يعني أنّ الرّقابة على سلطات رئيس الجمهورية رخوة بها في ذلك رقابة المحكمة الدستورية رغم أنّها تصدر قرارا لا رأيا وإن كان من الصّعب سياسيا تصوّر عدم أخذ هذا القرار بعين الاعتبار وترتيب الآثار عليه في إطار قرار يتمّ به التصريح علانية. ضف إلى ذلك ضعف أفق رقابة القضاء الإداري على «التدابير الاستثنائية» وهذا ما ستعرّض له لاحقا.

SALAS (D.), *op. cit.*, p.32.

141

142 الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 7، 24-26 جانفي / كانون الثاني 1978، ص. 218.

143 اللغماني (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 120.

144 الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 21-22.

145 اللغماني (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 120.

146 أنظر أعلاه، ص. 16-17.

تكون بطبيعتها مؤقتة باعتبارها إجابة عن حالة استثنائية تتعلق بخاطر معين وهي إن دامت بدوام الخطر تبقى لصيقة به ولا بدّ من زوالها بزواله»¹⁴⁷.

ونفهم من هذه القراءات مبدئيًا أنّه لا ضمانة تذكر للحقوق والحريات في الفصل 80، فلم ينصّ على حقوق لا يمكن المساس بها بمناسبة التدابير الاستثنائية أو يتضمّن شرط «أضيق الحدود التي يتطلّبها الوضع» الذي كرّسه الفصل 4 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والذي ينصّ على ما يلي: «1- في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميًا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلّبها الوضع، تدابير لا تنفيذ بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منفاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرّره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي»¹⁴⁸ أو الفصل 15 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ممّا يجعل صاحب سلطات الاستثناء مطلق العنان في الحدّ من الحريات، فلا منهج في التّحديد يضبطه ولا حقوق غير قابلة للتقييد تمّ تحصينها، كما أنّها حالة لا يمكن تنظيمها تشريعيًا خلافا لحالة الطوارئ، ضف إلى ذلك أنّ التدابير بالنظر إلى سلطة وضعها هي مبدئيًا غير تشريعية، ممّا قد يؤكّد خروج الحالة الاستثنائية تماما عن نطاق الفصل 49.

لكن حريّ بنا أولاً الاعتراف بصعوبة الجزم بخصوص الطبيعة غير التشريعية للتدابير الاستثنائية التي يتّخذها رئيس الجمهورية بالنظر إلى فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أقرّ في قرار *Ruben de Servens* الصادر بتاريخ 2 مارس/ آذار 1962 أنّ القرار الصادر عن رئيس الجمهورية بتاريخ 23 أبريل/ نيسان 1961 تطبيقاً للفصل 16 من دستور 1958 والذي يؤهله لممارسة السلطة التشريعية في المجالات المذكورة في الفصل 34 من الدستور، هو من أعمال السيادة التي لا يمكن لمجلس الدولة مراقبة شرعيتها أو مدّة تطبيقها. كما اعتبر مجلس الدولة أنّ القرار المطعون فيه الصادر عن رئيس الجمهورية بتاريخ 3 ماي/ أيار 1961 تبعاً للقرار الأوّل والقاضي بإحداث محكمة عسكرية خاصّة وضبط الإجراءات الجزائية الواجب العمل بها أمامها هو عمل ذو صبغة تشريعية يندرج في إطار التدابير الاستثنائية «une décision qui présente le caractère d'un acte législatif» ولا يمكن للقاضي الإداري تسليط رقابته عليه¹⁴⁹. وهذا يبرز غياب أيّ أفق لرقابة القاضي الإداري طالما أنّ الأعمال الصادرة في إطار العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية هي أعمال سيادة محصنة ضدّ الطعن¹⁵⁰. لكن يمكن الاستناد إلى الطبيعة التشريعية التي قد تكتسبها هذه التدابير إذا ما

147 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص 22.

148 المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذكر، ص 25.

149 أنظر بخصوص نصّ القرار:

Conseil d'Etat, Assemblée, *Ruben de Servens*, N° 55049 55055, 2 mars 1962, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636269>

150 يجدر الذكر أنّ مجلس الدولة قبل في *ordonnance Rolin* في 2005 دعوى استعجالية في توقيف التنفيذ ضدّ أمر إعلان حالة الطوارئ، Conseil d'Etat, Juge des référés, 14/11/2005, 286835, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008255110>

مما يقضي ضمناً تكييفاً محتملاً كعمل سيادة في إطار سلطات الأزمة. أنظر:

تدخلت في مجال القانون، وهذا لدحض أحد مبررات إقصاء الفصل 49 في الحالة الاستثنائية وهي الصبغة غير التشريعية للتدابير. بقي أنه من الصعب إيجاد مخرج لتطبيق الفصل 49 على الفصل 80 في غياب شرط وقائي *une clause de sauvegarde* متصل بحماية نواة أساسية من الحقوق والحريات في الحالة الاستثنائية.

مع ذلك، ومن منظور حمائي، اعتبر الأستاذ سليم اللغامي أن « نسيان » حماية هذه النواة الصلبة من الحقوق والحريات لا « تمثل ... ثغرة في النظام القانوني التونسي بما أنه بمقتضى الفصل 20 من الدستور « المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدستور ». ولقد صادقت تونس بدون تحفظ على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية¹⁵¹ الذي لا يجوز في الفقرة الثانية من فصله الرابع المذكور أعلاه المتعلق بالتضييق على الحقوق أثناء حالة الطوارئ الاستثنائية « مخالفة لأحكام المواد 6 و 7 و 8 (الفقرتين 1 و 2) و 11 و 15 و 16 و 18 » المتعلقة تباعا بالحق في الحياة وحظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة وحظر الاسترقاق والرق والاتجار بالرقيق والعبودية وحظر سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدية ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وحق كل إنسان بأن يعترف له بالشخصية القانونية والحق في حرية الفكر والوجدان والدين. وهذا يعني أن الفصل 4 يميز بين الحقوق غير القابلة للتقييد وبين الحقوق التي يمكن تقييدها لكن « في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع ». ونجد هنا تطبيقا واضحا لمبدأ التناسب وهذا ما أقرته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام عدد 29 الصادر بتاريخ 24 جويلية/ تموز 2001، حيث اعتبرت أن « الالتزام بأن تكون الاستثناءات في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع يجد مصدره في مبدأ التناسب الذي يعتبر مشتركا لنظام التحديد ونظام الاستثناء أو التعليق. إضافة إلى ذلك، حتى لو كانت الظروف هي التي تبرر الاستثناء المسموح به لحكم خاص، فهذا لا يعني من ضرورة إثبات أن التدابير الخاصة التي تم اتخاذها استنادا إلى هذا الاستثناء قد أملت الضرورة¹⁵² ».

وهذا يعني أن الضرورة والتناسب يهيمنان على النظام القانوني للحالة الاستثنائية كما النظام القانوني للمادة التحديدية الواردة في الفصل 49، ونخال هذا المدخل للدفاع عن قابلية تطبيق أدنى للفصل 49 في الحالة الاستثنائية التي ينظمها الفصل 80 رغم صمت هذا الأخير، بل يمكن أن نعتبر أن الفصل 80 يتضمن العناصر الدنيا لنظام التحديد الوارد في الفصل 49 ومنهجه رغم التقليل من الضمانات وخفض سقف الشريعة. فإعمال الفصل 80 مشروط بخاطر داهم، وهنا تتجلى الضرورة القصوى. فالتدابير الاستثنائية المتخذة يجب أن « تحتّمها الحالة الاستثنائية »، وهو ما يميل في النهاية إلى التناسب بين التدابير وموجبها أي تأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة، وهذا هو هدف التدابير الاستثنائية. بل إن الإحالة إلى أن الطابع الاستثنائي

PLATON(S.) « Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'État de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 HS n°2, p. 102. الترجمة لنا.

151 اللغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 120.

Comité des droits de l'homme, Observation générale n°29, États d'urgence (art. 4), adoptée le 24 juillet 2001 à sa 152 1950e session), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, point 4, p. 3, disponible au lien suivant: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-gencom29.html>. الترجمة لنا.

للحالة هو الذي يحتم التدابير يذكرنا بالعنصر الثالث في اختبار التناسب أي التناسب بالمعنى الضيق الذي يتمثل في الموازنة بين المصالح المتعارضة بطريقة معقولة والذي يفترض أن تكون خطورة انتهاك الحرية بأهمية الهدف. فكلما تعاظمت خطورة الانتهاك، وجب أن يكون الهدف المنشود من ورائه بالغ الأهمية وفق فقه قضاء المحكمة الدستورية الألمانية خاصة¹⁵³. وهذا ما يفسر أن التدابير الاستثنائية يمكن أن تتضمن تضييقاً جدياً وخرقة للعادة على الحريات نظراً لجدية الخطر على الدولة واستمرارها. لذلك لا تعدّ ثلاثية الفصل 49 من ضرورة وهدف مشروع وتناسب غريبة عن الفصل 80، بل هي جوهره ويجب أن تكون جوهر كل نظام قانوني يتعلّق بسلطات الأزمّة. لذلك نجد هذه الثلاثية حاضرة بقوة في فقه قضاء سلطات الأزمّة المقارن حتى وإن كان لا يتعلّق مباشرة بالحالة الاستثنائية التي تركز فيها السلطات بين يدي رئيس الجمهورية.

ففي فرنسا، طوّر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية التي على أساسها يمكن للقاضي التصريح بشرعية القرارات الإدارية التي «تنتهك بعض القواعد التي يعدّ خرقها مصدراً للأشعية في الحالة العادية» وذلك بالنظر إلى الظروف الاستثنائية التي اتخذت فيها. ويتّبت القاضي الإداري من التناسب بين التدابير موضوع القرار الإداري وضرورة المحافظة على الأمن العام. وقد نشأت هذه النظرية في قرار مجلس الدولة *Heyriès* الصادر في 28 جوان/ حزيران 1918، حيث صرح بشرعية أمر رئيس الجمهورية الذي علّق تطبيق الفصل 65 من قانون 22 أبريل/ نيسان 1905 المتصل بالضمانات التأديبية، والذي ينص على ضرورة تمكين الموظف من الاطلاع على ملفه قبل اتخاذ عقوبة تأديبية في شأنه «وذلك» نظراً للظروف التي كانت تمارس فيها السلطات العمومية فعلياً¹⁵⁴. وفي قرار *Dames Dol et Laurent* الصادر بتاريخ 28 فيفري/ شباط 1919، رفض مجلس الدولة دعاوى تجاوز السلطة ضدّ قرارات إدارية استندت في حالة حرب إلى قانون 9 أوت/ آب 1849 المنظم لحالة الحصار ومنعت أصحاب محلات بيع المشروبات من استقبال متعاطيات الخناء وتقديم المشروبات لهم، كما حجّرت عليهنّ تعاطي الخناء خارج المنطقة المحددة لهمّ وتشغيل الفتيات والنساء في هذه المحلات أو الإشراف عليها. واعتبر مجلس الدولة أنّ «حدود سلطات الضبط الموكولة إلى السلطات العمومية بغاية الحفاظ على النظام والأمان وفق قانون 9 أوت/ آب 1849 والتشريع المحلي لا يمكن أن تكون نفسها في وقت السلم ووقت الحرب الذي توسّع فيه مصالح الدفاع الوطني في مبدأ النظام العام إلى درجة كبيرة وتفرض تدابير أكثر صرامة في سبيل الأمن العام، ويعود للقاضي الذي تمارس السلطات الضبطية تحت رقابته، أن يأخذ بعين الاعتبار في تقديره ضرورات حالة الحرب وحسب ظروف المكان والزمان، صنف

BverfGE 35, 382 (401), *Ausländerausweisung*, 18 juillet 1973, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035382.html> ; BverfGE 51, 324, *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*, 19 juin 1979, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html>

أنظر هذا الشأن:

BOUSTA (R.) « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4, n° 88, p. 920.

Grands arrêts de la jurisprudence administrative, GAJA, n° 31, p. 188. الترجمة لنا

الأفراد المستهدفين وطبيعة المخاطر اللازم التوقّي منها»¹⁵⁵. وخلص المجلس إلى أنّه إذا كان «من أجل هذا الهدف من الصّوروي إقرار بعض التّصويقات على الحرّية الفرديّة لفتيات وحرية التّجارة بالنّسبة لبائعي المشروبات الذين يتولّون استقبالهنّ، فإنّ هذه التّصويقات بالنّظر إلى كيفية تنظيمها وظروف اتخاذها لا تتجاوز الحدّ الذي كان يعود إلى الإدارة فرضه. وبالتالي، وبالتّالي، باتخاذ هذه القرارات استعملت الإدارة السّلطات الممنوحة لها بصفة مشروعة»¹⁵⁶.

وبالتّالي، نلاحظ اعتماد القاضي الإداري لتقدير الشّرعية على ثلاثيّة الضرورة والهدف المشروع والتّناسب التي ميّزت فقه القضاء الغزير لمجلس الدّولة بعد ذلك¹⁵⁷. وهي تسلّط الصّوء على أهمّية التّناسب في مختلف وضعيات الأزمة التي تتدخل فيها الإدارة (من حالة طوارئ وحالة حصار) والدّور الذي يمكن أن يلعبه في الحالة الاستثنائية رغم أنّ نظرية الظروف الاستثنائية لا تشمل حالة الاستثناء الدّستورية التي ينظمها الفصل 16 من الدّستور الفرنسي وإن كان التّماس بينهما ممكن حسب فقه قضاء مجلس الدّولة نفسه¹⁵⁸، لكن أيضا حسب حزمة النّصوص القانونيّة الصّادرة مؤخّرا في تونس لمجابهة وباء الكورونا المستجدّ والتي تعدّ إذن مثلا حيا على إمكانية التّقاطع بين الحالة الاستثنائية الدّستورية والأنظمة القانونيّة الأخرى لسّلطات الأزمة التي تستدعي تطبيق الفصل 49 إذا افترضنا أنّه تمّ فعلا تفعيل الفصل 80. وهو تحفّظ نسوقه لما يمكن أن يعتبر خلافا إجرائيا تمّ فيه اللجوء إلى الفصل 80 بطريقة شبه خافتة وإن ورد في أطلاعات الأوامر الرّئاسية التي تعدّ سندها القانوني¹⁵⁹.

Conseil d'Etat, *Dames Dol et Laurent*, n°61593, 28 février 1919, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007637155&dateTexte=>. التّرجمة لنا.

156 نفسه، التّرجمة لنا.

157 أنظر في هذا الغرض:

MASSOT (J.) « Le Conseil d'Etat face aux circonstances exceptionnelles », *Les cahiers de la justice*, 2013/2, pp. 27-39.

158 رغم أنّ حالة الاستثناء الدّستورية لا تؤدي آليا إلى تفعيل نظرية الظروف الاستثنائية فإنّه لا شيء يمنع توارد تطبيقها حسب قرار الصّادر عن مجلس الدّولة في 23 أكتوبر/ تشرين الأوّل 1964. فبعد الطعن في قرار فردي اتّخذ تطبيقا لتدابير متخذة في 7 جوان/ حزيران 1961 في إطار الفصل 16 للدّستور الفرنسي أقرّ مجلس الدّولة الفرنسي أنّه " لا وجود لظرف استثنائي يبرّر استحالة احترام السّلطات الإدارية المكلفة بتطبيق القرار الرّئاسي المذكور للشكليات (التي يجب احترامها قبل اتّخاذ أيّ قرارات فرديّة والتي تمثّل ضمانات جوهرية لحقوق المعنّين)".

CE, *d'Oriano*, 23 octobre 1964, *Recueil Lebon*. p. 486.

أنظر أيضا:

PLATON (S.), *op. cit.*, pp. 104-105.

159 أعلن رئيس الجمهورية في خطاب تلفزي بتاريخ 17 مارس/ آذار 2020 حظر الجولان من الساعة السادسة ليلا إلى الساعة السادسة صباحا دون ذكر صريح للفصل 80 وتلا ذلك أعلان رئاسيّا منع الأوّل جولان الأشخاص والعربات بكامل تراب الجمهورية من الساعة السادسة مساء إلى الساعة السادسة صباحا (الأمر الرّئاسي عدد 24 لسنة 2020 المؤرخ في 18 مارس/ آذار 2020 يتعلّق بمنع الجولان بكامل تراب الجمهورية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 23، 20 مارس/ آذار 2020، ص. 783) وجاء الثّاني أكثر تضييقا بتحويل جولان الأشخاص والعربات بكامل تراب الجمهورية خارج أوقات منع الجولان ومنع كلّ تجمّع يفوق ثلاثة أشخاص بالطريق العام وبالسّاحات العامّة (الأمر الرّئاسي عدد 28 لسنة 2020 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020 يتعلّق بتحديد الجولان والتجمّعات خارج أوقات منع الجولان، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 24، 22 مارس/ آذار 2020، ص. 794). والمهمّ أنّ الأمرين ذكرا في أطلاعاتها "الدستور وخاصة على الفصل 80 منه" واستشارة كل من رئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الحكومة. غير أنّ النظام القانوني للحالة الاستثنائية لا يمكن أن يحتزل في الطّلاع في أمر وكذلك هو الشّأن بالنّسبة إلى الاستشارات. فهناك في النّهاية خلل إجرائي واضح لا يعود لغياب إعلام رئيس المحكمة الدّستورية طالما أنّ الأمر يتعلّق بإجراء مستحيل في غياب هذه الأخيرة، وإن كان بالإمكان الاستعاضة عنها بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في وجود سابقة هامة، حيث تمتّ دعوتها في 25 جويلية/ تموز 2020 لإقرار الشّعور النّهائي إثر وفاة الرّئيس الراحل الباجي قايد السّيسي. فالخلل الإجرائي يتمثّل في عدم الإعلان بطريقة صريحة عن التّدابير الاستثنائية في بيان يوجّه إلى الشّعب دون لبس. أنظر بهذا الشأن المقالات التالية:

والمهم في إطار هذا التحليل أنه تمّ تقييد حرية التنقل المكفولة بالفصل 24 من الدستور وحرية التّجمّع المكفولة بالفصل 37 منه وذلك بمقتضى الأوامر الرئاسية التي صدرت في هذا المجال واستندت إلى الفصل 80، أي الأمر الرئاسي عدد 24 لسنة 2020 مؤرخ في 18 مارس/آذار 2020 يتعلق بمنع الجولان بكامل تراب الجمهورية¹⁶⁰ والأمر الرئاسي عدد 28 لسنة 2020 مؤرخ في 22 مارس/آذار 2020 يتعلّق بتحديد الجولان والتجمّعات خارج أوقات منع الجولان¹⁶¹. من ناحية أخرى، تمّت الإحالة بصفة واضحة إلى الفصل 49 في القانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أبريل/نيسان 2020 المتعلّق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19)¹⁶² الذي، استناداً إلى الفصل 70 من الدستور¹⁶³، فوّض إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم لمدة شهرين «لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) وتأمين السير العادي للمرافق الحيوية». و«يقصر التفويض على (...) ميادين (...) أربعة» منها «ميدان الحقوق والحريات وضبط الجنايات والجرح والمخالفات والعقوبات والإجراءات أمام المحاكم ويشمل التدابير الهادفة إلى: ... - تنظيم الحقوق والحريات بما يتلاءم مع التدابير الوقائية المستوجبة لمقاومة تفشي فيروس كورونا وانتقال العدوى به وبما يتماشى مع مقتضيات الفصل 49 من الدستور»¹⁶⁴. وتمّ بناء على ذلك اتخاذ حزمة من المراسيم منها مرسومان ذوي صبغة جزائية، أي المرسوم عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديد الحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا «كوفيد - 19»¹⁶⁵ والرسوم عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام خاصة لزجر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار اللذين أشارا في أطلاعاتهما إلى الفصل 49¹⁶⁶.

ووضعت المراسيم المتّصلة بالحريات إذن تحت طائلة الفصل 49 الذي ينصّ على أنّ تقييد الحريات يتمّ بقانون رغم أنّ المراسيم نصوص قانونية تدخل في مجال القانون بحيث أنّ محتواها تشريعي ولكن لا تمرّ عبر الإجراءات التشريعية، لا عند التداول بشأنها ولا عند إصدارها، إذ تصبح سارية المفعول بمجرد صياغتها

BEN MAHFOUDH (H.) « L'article 80 de la Constitution et « l'état d'exception sanitaire » », *Leaders*, 25/03/2020, disponible au lien suivant: <https://www.leaders.com.tn/article/29476-haykel-ben-mahfoudh-l-article-80-de-la-constitution-et-l-etat-d-exception-sanitaire> ; KRAIEM-DRIDI (M.) « L'état d'exception ne se déduit pas, il se déclare et s'assume », *Leaders*, 02/04/2020, disponible au lien suivant: <https://www.leaders.com.tn/article/29562-mouna-kraiem-dridi-l-etat-d-exception-ne-se-deduit-pas-il-se-declare-et-s-assume>

160 نصّ سابق الذكر.

161 نصّ سابق الذكر.

162 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 31، 12 أبريل/نيسان 2020، ص. 894.

163 الفصل 70 من الدستور في فقرته الثانية على ما يلي: "يمكن لمجلس نواب الشعب بثلاثة أحماس أعضائه أن يفوض بقانون لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين ولغرض معين إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم تدخل في مجال القانون تُعرّض حال انقضاء المدة المذكورة على مصادقة المجلس".

164 القانون سابق الذكر، ص. 894.

165 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/نيسان 2020، ص. 930-931.

166 نفسه، ص. 931-933.

ونشرها من قبل رئيس الجمهورية ومن المفروض أن تظل ذات منزلة تريبية إلى حين المصادقة التشريعية¹⁶⁷، وهو ما ستتعرض له لاحقاً¹⁶⁸. مع ذلك استندت المراسيم إلى الفصل 49 الذي أحال له القانون المؤسس لها أي قانون التفويض، أي أن «الرخصة»¹⁶⁹ الممنوحة للسلطة التنفيذية للتدخل في مجال تضيق الحريات الذي هو مجال تشريعي حُدّد بالفصل 49 رغم أن احترام الشرط الشكلي لهذا الأخير مؤجل بما أن المراسيم المتخذة بناء على تفويض السلطة التشريعية هي «قوانين بالقوة»¹⁷⁰ لا بالفعل، وشرط المصادقة اللاحقة هو الذي سيسبغ عليها الصبغة التشريعية بصفة رجعية. وفي صورة رفض المجلس التشريعي المصادقة اللاحقة عليها فإن جانباً من الفقه التونسي يعتبر أن هذا الرفض يجعلها منسوخة من تاريخ الرفض¹⁷¹. ونستنتج إذن أن تصرف السلطات العمومية إزاء أزمة صحة عامة، رغم الارتباك في شأن تفعيل الفصل 80، جعل من الفصل 49 أفقاً لا يمكن تجاوزه في مجال التضيق على الحريات حتى ولو كان الأمر في إطار نظام قانوني آخر وهو المراسيم التي تعتبر في النهاية «أعمالاً هجينة تأخذ من التشريع مجاله فيما تصدر عن السلطة التنفيذية... والمراسيم بهذه المقاربة أعمال مجافية لاستتباعات مبدأ التفريق بين السلط»، «ما يجعل اتخاذها في منظومة ديمقراطية - أو تريد أن تكون - من قبيل الرخصة المقدرة بقدرها»¹⁷²، شأنها في النهاية شأن التدابير الاستثنائية وإن كان سقف الشرعية فيها أعلى. وهو ما يسمح في النهاية بالدفاع عن ضرورة تطبيق الجوهر الخالص للفصل 49 أي التناسب بمناسبة تطبيق الفصل 80 المتصل بالحالة الاستثنائية.

ونخال هذا الاستحضار الدائم لمبدأ التناسب ضرورياً بما في ذلك عند اتخاذ التدابير الاستثنائية في تونس على أساس الفصل 80 بل خاصة بمناسبة هذه التدابير التي تعدّ امتحاناً للديمقراطية كما بينا أعلاه حتى لو كان المخاطب بهذا الفصل 80 هو أساساً رئيس الجمهورية خلافاً للفصل 49 الذي يخاطب بالأساس المشرع والقاضي الدستوري، لأن منطق الاعتدال والتناسق الذي ينضوي عليه مبدأ التناسب يجب أن يكون منطلقاً لتعميم ثقافة التناسب كي يرتقي هذا الأخير إلى مصاف المبدأ في التدخل العمومي بجميع أذرعه بما فيها جهازه التنفيذي «principe de portée générale s'appliquant à l'ensemble de l'action publique»¹⁷³ خاصة عندما تواجه الدولة أزمات تستدعي سيرا مختلفاً للسلط العمومية وانتهاكات ضرورية للحريات دون أن تنزل عن حدّ أدنى يعدّ التناسب المحكّ في تقديره. فطبيعة المبدأ تسمح بالمواءمة مع الظروف، هذا إذا ما افترضنا أن مفتاح تأويلنا للدستور سواء في تنظيمه للحالة العادية للمؤسسات أو الاستثنائية يجب ألا ينفصل

167 بوعوني (ال)، الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي، تونس، مركز النشر الجامعي، 2002، ص. 336 - 337.

168 أنظر أدناه، ص. 104.

169 الضيف (أ) «المراسيم في المرحلة الانتقالية»، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمد صالح بن عيسى، تونس، مركز النشر الجامعي، 2020، ص. 317.

170 نفسه، ص. 333.

171 نفسه، ص. 345.

172 نفسه، ص. 317.

SAUVE (J-M.) « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention à l'Institut Portalis, Aix en 173 Provence, 17 mars 2017, disponible sur le site du Conseil d'Etat au lien suivant: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>

عن مقاصد العقد الاجتماعي الذي جدده هذا الدستور والذي تعدّ الحماية الفعلية للحريات أحد أهم محاوره. فلا تغيب الشرعية في الحالة الاستثنائية لكنّ سقفها ينخفض بالضرورة ويكون التناسب محدّدها، كما هو الشأن بالنسبة إلى الحقوق الخارجة عن الفصل 49 أي الحقوق غير القابلة للتحديد.

الفقرة الثانية - حول التعليق المادّي للفصل 49

يشير مجال تطبيق الفصل 49 من الناحية المادية سؤالين في تقديرنا: هل يجب استبعاد الفصل 49 في خصوص الحقوق الأساسية غير القابلة للتحديد (أ) وهل يجب استبعاده أيضا في المادة الجزائية (ب)؟

أ- هل يجب استبعاد الفصل 49 في خصوص الحقوق الأساسية غير القابلة للتحديد؟

قد يبدو من غير الوجيه التساؤل عن إمكانية وجود تقاطع بين مادة تحديديّة وحقوق غير قابلة بطبيعتها للتحديد وهو الاتجاه الذي ذهبت إليه عدّة دراسات فقهية حول الفصل 49، وقد صنّف الأستاذ سليم اللغماني في هذا الصنف « (ال) حقوق و(ال) حريات (ال) أساسية (التي) لا يمكن الحدّ منها البتة»¹⁷⁴. وتهمّ حرية المعتقد والضمير (الفصل 6) والمساواة وعدم التمييز (الفصل 21) وكرامة الذات البشرية وحرمة الجسد (الفصل 23) وتجويز سحب الجنسية التونسية من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه (الفصل 25) وقرينة البراءة (الفصل 27) وشخصية العقوبة وشرعية الجرائم والعقوبات (الفصل 28) وحق كلّ سجين في معاملة إنسانية تحفظ كرامته (الفصل 30) وحرية الرأى والفكر (الفصل 30) والحقّ في محاكمة عادلة (الفصل 108)¹⁷⁵. وفي نفس الاتجاه، أفصى الأستاذ خالد الماجري من الفصل 49 هذه الحقوق «المطلقة»¹⁷⁶. لكن القائمة التي اقترحها مختلفة نسبيا لا تتضمن المساواة واقتصرت على حظر التعذيب دون الحقّ الذي هو يؤسّس له ألا وهو كرامة الدّات البشريّة وحرمة الجسد¹⁷⁷.

هذا التباين في حدّ ذاته يبرز أحد مآزق صنف الحقوق غير القابلة للتحديد التي ترتبط بهرمية للحقوق والحريات استنتجها الفقه من تنسيبات دستورية ونصوص دولية أو لا وفقه قضاء دستوري ودولي¹⁷⁸ ثانيا.

فأمّا فيما يتعلّق بالتنسيبات الدستورية، تنصّ شرعة الحقوق الأمريكية *Bill of rights* وفق التعديل الأوّل (1791) على ما يلي: «لا يمكن للكنغرس أن يسنّ أيّ قانون يتّصل بحرية المعتقد أو يحدّ من حرية ممارسته، أو يقيّد حرية التعبير أو الصحافة أو يمسّ من حقّ المواطنين في التّجمّع السّلمي»¹⁷⁹ أو الفصل الأوّل

174 اللغماني (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 108.

175 نفسه، ص. 108.

176 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 28.

177 نفسه، ص. 28-30.

LEVINET(M.), *op. cit.*, pp. 84-94.

178

Texte disponible sur le site du National Center for constitutional studies, au lien suivant : <https://nccs.net/blogs/> 179

من القانون الأساسي الألماني الذي ينصّ على أنّ «كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها. فاحترامها وحمايتها يمثلان واجبا إلزاميا على جميع سلطات الدولة»¹⁸⁰.

وفي نفس الاتجاه، وبخصوص النصوص الدوليّة، يكرّس الفصل 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسيّة المتعلّق بحالة الطوارئ سبع حقوق غير قابلة للتقييد كما ذكرنا أعلاه، في حين تکرّس المعاهدة الأوروبيّة لحقوق الإنسان خمس حقوق غير قابلة للتقييد مهما كانت الظروف، وهي الحقّ في الحياة (الفصل 2) والحقّ في عدم التعذيب والتعرض إلى المعاملة اللاإنسانيّة والحاطّة من الكرامة (الفصل 3) ومنع العبوديّة والعمل القسري (الفصل 4) وشرعيّة الجرائم والعقوبات وعدم رجعيّة القانون الجنائي (الفصل 7) ومبدأ عدم جواز المحاكمة عن ذات الجرم مرّتين (الفصل الرابع من البروتوكول السابع) وهي مجموعة من الحقوق التي ميّزتها المعاهدة عن «الحقوق المشروطة»¹⁸¹.

من ناحية أخرى، نجد لهذا الصنف من الحقوق غير القابلة للتّحديد صدى في فقه القضاء الدّستوري، كتمييز المجلس الدّستوري الفرنسي بين حريات محميّة بصفة خاصّة بحيث لا يمكن إخضاعها إلى نظام التّرخيص المسبّق ولا يتدخل القانون إلّا لتوسيع ممارستها والتي اعتبرها الفقه «حريات عامّة ومطلقة»¹⁸² كحرية الصحافة¹⁸³، وحرّيات «ليست بعامة ولا بمطلقة»¹⁸⁴ كحقّ الملكية¹⁸⁵. وهو تمييز سمح للفقه باستنتاج «هرميّة مادّيّة»¹⁸⁶ على «أساس الأهمية التي يوليها القاضي الدّستوري لبعض الحقوق والحريات وما يترتّب عن ذلك من أنّه في صورة وجب التّوفيق بينها وبين مبادئ وحقوق وحريات «أقل أهمية»، فإنّه يجب الحرص على أن تكون ممارستها بأقلّ ما يمكن من التّضحية»¹⁸⁷. وذهبت المحكمة الدّستوريّة الإسبانيّة إلى أنّ الحقّ في الحياة «المعترف به والمضمون بالفصل 15 من الدّستور في جانبيه الجسدي والمعنوي يعبر عن قيمة عليا في النّظام القانوني الذي يحدده الدّستور» و«حقّ أساسي جوهري بما أنّه الافتراض الوجودي الذي تنتفي في غيابه

الترجمة لنا. americas-founding-documents/bill-of-rights-amendments-1-10.

180 القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحاديّة، المرجع سابق الذكر، ص. 13.

LEVINET (M.), *op. cit.*, pp. 87-88.

181

182 نفسه، ص. 88-89.

183 من ذلك أنّ المجلس الدّستوري الفرنسي قد أقرّ بشأن حرية الإعلام أمّا «حرية أساسيّة تتجلّى أهمّيّتها في أنّ ممارستها تعدّ من الضمانات الجوهريّة لاحترام حقوق وحريات أخرى ولاحترام السيادة الوطنيّة» ولا يمكن للقانون أن ينظّم ممارستها إلّا لجعلها أكثر فعاليّة أو للتوفيق بينها وبين قواعد أو مبادئ أخرى ذات قيمة دستوريّة.

Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, considérant n°37. الترجمة لنا.

LEVINET (M.), *op. cit.*, p.88. الترجمة لنا.

184

185 أنظر مثلا:

Décision n° 83-167 DC du 19 janvier 1984, Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83167DC.htm>

LEVINET (M.), *op. cit.*, p.89. الترجمة لنا.

186

VEDEL (G.) « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1990, p. 61. الترجمة لنا.

كلّ إمكانية لوجود بقيّة الحريات. ويعدّ الحقّ في الكرامة البشريّة قيمة قانونيّة أساسيّة أقرّها الفصل 10 من الدّستور كـ«نواة للحقوق المتأصّلة في حقّ الحياة»¹⁸⁸.

أمّا على الصّعيد الدّولي، فإنّ المحاكم الدّوليّة كثيرا ما تحيل إلى الحقوق الأساسيّة غير القابلة للتقييد. فالمحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان صرّحت في قرار *Streletz et a. c. Allemagne* أنّ الحقّ في الحياة يشكّل «سمة غير قابلة للتقييد للذات البشريّة... والقيمة الأعلى في سلّم حقوق الإنسان»¹⁸⁹. ثمّ اعتبرت في قرار *Al-Adsani c. Royaume-Uni* أنّ «الحقّ المنصوص عليه في الفصل الثالث في حظر التعذيب وغيره من ضروب العقوبات والمعاملة اللاإنسانيّة والحاطّة من الكرامة تكرّس إحدى القيم الأساسيّة للمجتمعات الديمقراطيّة. فهي حقّ مطلق لا يقبل أيّ استثناء تحت أيّ ظرف»¹⁹⁰، بل أكثر من ذلك، اعتبرت المحكمة في ذات القرار أنّ حظر التعذيب محميّ بالقواعد الأمرة للقانون الدّولي (*jus cogens*)¹⁹¹، وهو ما ذكّرت به في قرار *Demir et Baykara c. Turquie* في 12 نوفمبر/ تشرين الثاني 2008¹⁹². وقد ذهبت المحكمة الأمريكيّة لحقوق الإنسان في نفس الاتجاه معتبرة أنّ «الحظر المطلق للتعذيب في شتى أشكاله هو الآن جزء من القواعد الأمرة للقانون الدّولي»¹⁹³. وتكون بذلك المحاكم الجهويّة قد سبقت في تكريس هذه الأخيرة محكمة العدل الدّوليّة التي عرفت «باستراتيجيّة حقيقيّة في تفادي القواعد الأمرة»¹⁹⁴، حيث صرّحت في قرارها الصّادر في قضية *Diallo* بتاريخ 30 سبتمبر/ أيلول 2010 أنّ حظر التعذيب يعدّ من «قواعد القانون الدّولي العام التي وجب على الدّول احترامها في كلّ الظروف وحتى خارج كلّ التزام معاهداتي»¹⁹⁵.

STC 53/1985, du 11 avril 1985, BOE-T-1985-9096, disponible au lien suivant : https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1985-9096. التّرجمة لنا.

أنظر أيضا:

LEVINET (M.), *op. cit.*, p. 90.

CEDH, *Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, Requêtes nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98), Arrêt du 22 mars 2001, §94, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22%20%2001-63911%22>. التّرجمة لنا.

CEDH, *Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Requête 35763/97, Arrêt, 21 novembre 2001, § 59, disponible au lien 190 suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22%20%2001-64442%22>. التّرجمة لنا.

191 نفسه، §§60-61.

CEDH, *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, requête n°34503/97, Arrêt du 12 novembre 2008, §73, disponible au lien 192 suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22%20%2001-89555%22>.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment of November 27, 2003 193 (Merits, Reparations and Costs), para. 92, disponible au lien suivant : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_ing.pdf. التّرجمة لنا.

حول فقه قضاء المحكمة الأمريكيّة لحقوق الإنسان في علاقة بالقواعد الأمرة أنظر:

MAIA (C.) « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in. HENNEBEL (L.) et TIGROUDJA (H.) (*dir.*), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 271-311.

RIVIER (R) « Droit impératif et juridiction internationale », thèse en droit, Université de Paris II, 2001, p. 379. التّرجمة لنا 194
Cour internationale de justice, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c. République démocratique du Congo*, arrêt du 30 novembre 2010, §87, disponible au lien suivant : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-FR.pdf>. التّرجمة لنا.

ويسمح هذا العرض السريع لمكانة الحقوق غير القابلة للتحديد بالوقوف على وظيفتها نصًا وقضاء، إذ أنها تؤسس شئنا أم أبيننا لهرمية للحقوق ترتب عليها النصوص استحالة المساس بها في الحالة الاستثنائية وحالات الطوارئ وتجعل منها حدًا ماديًا لتعديل الدساتير الذي يجب ألا يطالها، في حين رتب عليها فقه القضاء الدستوري آثارا فيما يتعلّق بعلاقتها بالحقوق الأخرى «الأقل أهمية» عند البحث عن التوفيق بينها، وأسبغ عليها جانب من فقه القضاء الدستوري مرتبة «فوق-دستورية»¹⁹⁶، كما أصلها فقه القضاء الدولي في القواعد الآمرة للقانون الدولي الملزمة للدول.

لكن رغم هذا الحضور المكثف للحقوق الأساسية غير القابلة للتحديد في الفقه والقانون الوضعي وفقه القضاء، فإنها تطرح مآزق بالجملة. ففضلا عن التباين في تعدادها بين مختلف المعاهدات وكذلك في الدراسات الفقهية كما رأينا، فإن الحقوق غير القابلة للتحديد جزء من التضمّن المفهومي المرتبط بالحقوق الأساسية مما يؤدي إلى انزلاقات وضبابية أكيدة، لأن الحق قد يصنّف مثلا في بعض المعاهدات في صنف الحقوق غير القابلة للتقييد indérogeables أي لا يمكن أن يكون موضوع استثناء حتى أثناء وضعيات الأزمة وحالات الطوارئ دون أن يكون حقًا مطلقا droit absolu كالحق في الحياة لوجود استثناءات قد تطاله¹⁹⁷. ونضيف إلى ذلك الحقوق التي لا يمكن أن يطالها أيّ تغيير droits inaliénables والتي تخصّ مثلا حقوق الأشخاص المحميين باتفاقيات جنيف للقانون الدولي الإنساني حيث لا يمكن حرمانهم منها ولا يمكنهم التخلي عنها طواعية¹⁹⁸، وكذلك المبادئ غير القابلة للخرق principes intransgressibles المتصلة بمبادئ القانون الدولي الإنساني المنطبقة أثناء النزاعات المسلحة التي تكتسب هذه الصفة «لصبغتها الأساسية في احترام الذات البشرية»¹⁹⁹. كما نجد أيضا إحالة للحقوق غير القابلة للانتقاص droits intangibles يستعملها الفقه للدلالة على «نواة حقوق الإنسان» التي تشمل الحقوق غير القابلة للتحديد المشتركة بين مختلف المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان²⁰⁰ وتشمل أربع حقوق وهي الحق في الحياة وحظر التعذيب وحظر العبودية والاسترقاق وعدم رجعية القوانين الجزائية.

ونظرا للتداخل بين مختلف الأصناف، فإن الحدود بين المفاهيم التي تحيل إليها لا تبدو فاصلة إلى درجة كبيرة. صف إلى ذلك المآزق الذي يطرحه صنف الحقوق غير القابلة للتقييد بالنظر إلى فكرة الهرمية التي يحيل إليها والتي تحرق وحدة حقوق الإنسان وتربطها وكونيتها وعدم قابليتها للتجزئة «والتي ترفض فكرة تجزئة حقوق الإنسان بحسب طبيعتها الأساسية من عدمها... والسّاح إذن بعدم احترام بعضها أحيانا»²⁰¹.

LEVINET(M.), *op. cit.*, p.90.

196

HAYIM(D.) « Le concept d'indérogeabilité en droit international: Une analyse fonctionnelle », thèse de doctorat 197 en Etudes internationales Spécialisation en droit international, Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Genève, 2012, p. 26.

SALMON(J.) (*dir.*), *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, Bruylant, Universités Francophones, 2001 p. 565. 198 HAYIM(D.), *op. cit.*, p. 28

أنظر أيضا:.

CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil 1996*, § 79, disponible 199 au lien suivant: <https://www.icj-cij.org/public/les/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>

HAYIM(D.), *op. cit.*, p. 28.

200

LÖWENTHAL (P) « Ambigüités des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, 201 p. 18, disponible au lien suivant: https://www.crdh.fr/wp-content/uploads/ambiguités_des_droits_de_lhomme.pdf. الترجمة لنا

من ناحية أخرى، من غير الوجيه ربط الحقوق غير القابلة للتقييد بفكرة ما فوق الدستورية «غير القابلة للبناء منطقياً»²⁰² فضلاً عن «خطورتها بالنسبة إلى النظام القانوني الديمقراطي»²⁰³ الذي تكون فيه السيادة لسلطة أولى ومطلقة وعليها هي السلطة التأسيسية الأصلية.

والسؤال إذن: ألا تقينا كل هذه المحاذير عناء البحث في هذه الحقوق غير القابلة للتحديد في الدستور التونسي خاصة إذا ما اعتبرنا أنها تخرج بالضرورة عن الفصل 49؟

يفترض احترام الشكلائية القانونية وعلوية الدستور أن ما صرح الدستور بعدم قابليته للتحديد وفق الفصل 49 نظراً لصبغته الأساسية التي تعلي قيمته على بقية الحقوق يكون كذلك بقوة الدستور، وهو ما لا ييسر الأمر في غياب تنصيص صريح من الدستور التونسي على حقوق أسبغ عليها هذه الصفة دون لبس رغم الصياغة الإطلاعية لبعض الحقوق كالفصل 23 المتصل بالكرامة البشرية والفصل 28 المتصل بشرعية الجرائم والعقوبات أو الفصل 108 فيما يتعلق بعلمية التصريح بالأحكام أو حظر سحب الجنسية وحظر التغريب. ولنلاحظ أن الفصول المذكورة لا ترتقي في المقابل إلى صرامة الفصل الأول من القانون الأساسي الألماني المذكور أعلاه. فوحده مبدئياً الحق في الحياة المكفول بالفصل 22 كاد أن يكون حقاً غير قابل للتحديد بلا منازع في ظل تنصيص الفصل على أن «الحق في الحياة مقدس، لا يجوز المساس به» لولا إضافة الاستثناء «إلا في حالات قصوى يضبطها القانون».

قد يكون من الصعب إذن تحديد محتوى الحقوق غير القابلة للتحديد طبقاً للفصل 49 استناداً للدستور بصفة جازمة خاصة أن هذا الأخير لم يرتب عليها آثاراً، بل لم يرتب عليها أهم أثر لتكريسها والمرتب بتعريفها. فهي تصنف كذلك لصبغتها الأساسية التي تجعلها غير قابلة للتقييد مهما كانت الظروف، أي أثناء الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ²⁰⁴. لكن الدستور لم يستثن قائمة من الحقوق لا يمكن المساس بها في إطار التدابير الاستثنائية موضوع الفصل 80 كما بينا أعلاه. كما أنه لم يعتبرها حدوداً مادية لتعديل الدستور على شاكلة القانون الأساسي الألماني الذي رتب عليه الفصل 93 فقرة 2 من ذات القانون الأساسي ما يلي: «لا يجوز إجراء تعديلات على هذا القانون الأساسي... بشكل يمس القواعد الأساسية الواردة في المواد 1 و20»، ولندكر أن الفصل الأول يكرس الكرامة كحق جوهري لا يمكن المساس به.

فرغم تنصيص الفصل 49 في فقرته الثانية على مبدأ عدم التراجع الذي يمنع أي تعديل ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته والذي يهّم أولاً تعديل الدستور، فإن هذا المبدأ ينطبق على كل الحقوق والحرريات المكفولة دستورياً لا بعضها، مما يصعب معه استنتاج أي هرمية في ترتيب الحرريات يعلو فيه صنف الحقوق غير القابلة للتحديد بقية الحقوق «المشروطة». وهذا الفصل 49 فقرة 2 الذي لا يمنع التعديل الذي يعزز مكتسبات حقوق الإنسان يختلف إذن عن الفصول الأخرى من الدستور غير القابلة للتعديل بصفة مطلقة أي الفصل 1 و2.

202 الترجمة لنا. VEDEL (G.) «Souveraineté et supraconstitutionnalité», *Pouvoirs*, n°63, 1993, p.87.
بالنسبة إلى هذه المسألة أنظر أيضاً: LEVINET (M.), *op. cit.*, p. 99.

203 الترجمة لنا. VEDEL (G.) «Souveraineté et supraconstitutionnalité», *op. cit.*, p. 92.

204 HAYIM (D.), *op. cit.*, p. 251.

خلاصة القول أنّ المشرّع الدستوري لم يرتب الآثار «الطبيعية» على الحقوق غير القابلة للتّحديد طالما لم يستثن المساس بها في الحالة الاستثنائية ولم يخصّها بعدم قابليّة التعديل. لكن لا يمنعنا ذلك من استنتاج أنّ تكريس بعضها في نصّ الدستور يؤسّس لهرميّة ما وخاصّة «للنظام القانوني اللّصيق بالحقوق المطلقة وهو استحالة الموازنة»²⁰⁵ أو المفاضلة مع حقوق أخرى هي محلّ تقييد حسب الفصل 49، وبالتالي لا يكفي اعتبار كلّ تقييد تشريعي لهذه الحقوق المطلقة خرقاً للدستور، بل نخال أنّه لا يمكن استبعادها في المنهج الذي رسمه هذا الأخير في الفصل 49.

في هذا الإطار، أقرّ الأستاذ ديتير غريم Dieter Grimm بالرجوع إلى التجربة الألمانيّة أنّ «هناك حق مطلق في الدستور الألماني لا يمكن تقييده وهو الحق في الكرامة، وأي تقييد لهذا الحق هو في حدّ ذاته خرق للدستور. كما لا يمكن الموازنة بين هذا الحق وحقوق أخرى حيث أن العلويّة دائمة لهذا الحق فلا يمكنها أن تتعارض معه. وللإقرار بعلوية أحد الحقوق استتبعات أهمها أنه يتعين:

تحديد نطاق هذا الحق بصفة مضيقّة، بحيث يتم تبادلي التنافس بين هذا الحق وحقوق أخرى وبالتالي المفاضلة بينها، والتي هي في الواقع غير واردة إذ أنه لا يمكن أن تكون المفاضلة إلا لفائدة هذا الحق المطلق. التوجه فقط نحو حماية الفرد من كل معاملة قد تتضارب مع هذا الحق.

الاكتفاء بحق مطلق وحيد على مستوى الدستور، ذلك أنه في حالة تعدد هذه الحقوق المطلقة فإنه من الممكن أن تتعارض فيما بينها. هذا ويمكن عدم التنصيص على أي حق مطلق»²⁰⁶. وبقطع النظر إذن على قائمة الحقوق المطلقة الواردة في الدستور، فإنّ الرّهان إذن بالنسبة إلى الحقوق المطلقة هي وظيفتها في حلّ التنافس بين الحريات والمفاضلة بينها وهو ما يفسّر ضرورة أن يكون عدد الحقوق المطلقة مختصراً.

المهمّ إذن أنّ المشرّع عند وضع قيود على الحريات المشروطة والقاضي الدستوري عند النظر في دستوريّتها لا يمكنهما التّغاضي عن الحقوق المطلقة التي تشكّل «نظاماً موضوعياً للقيم»²⁰⁷ كما عبرت عن ذلك المحكمة الدستوريّة الألمانيّة في قرار *Luth* الصّادر بتاريخ 1 جوان/ حزيران 1977، نظام يعلو بالضرورة الحقوق المشروطة ويستوجب أخذها بعين الاعتبار عند إجراء الموازنة بين القيود على الحقوق المشروطة وموجباتها، أي أنّ أخذ الحقوق المطلقة بعين الاعتبار هو رديف اختبار التّناسب، وهو ما يبرزه فقه قضاء المحكمة الدستوريّة الألمانيّة ذاتها. فقد اعتبرت في قرار *Luth* المذكور أنّ عقوبة السّجن مدى الحياة دون إمكانيّة الخطّ من المدّة

GREWE(C.) « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de 205 l'homme », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, 2014, numéro 3, p. 3, disponible au lien suivant: www.revuegeneraledudroit.eu. التّرجمة لنا.

206 غريم (د) «تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات» العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس، جلسات الأيام 19 إلى 22 سبتمبر/ أيلول 2019 و 25 و 26 سبتمبر/ أيلول 2019، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2019، ص. 55.

BVerfGE, 45, 187, *Lebenslange Freiheitsstrafe*, 21 juin 1977, disponible au lien suivant: https://www.servat.unibe. 207 ch/dfr/bv045187.html. التّرجمة لنا.

ومع إقصاء أي أمل في السّراح قبل نفاذ المدّة مخالف للحقّ في الكرامة المحمي بالفصل الأوّل من القانون الأساسي الألماني ولبدأ التناسب²⁰⁸.

بل أكثر من ذلك، أدّى التّأويل فقه القضائي لعلويّة حقّ مطلق ما على بقيّة الحقوق إلى اعتباره لا فقط «قيمة-مرجع» وريفاً للتّناسب، بل إلى اعتباره جزءاً من النّظام العام الذي يعدّ أحد موجبات التّقييد على الحقوق، وهو ما كرّسه القرار الشّهير لمجلس الدّولة الفرنسي المعروف بقضيّة «قذف الأقرام» *l'affaire du lancer de nain*، حيث أقرّ مجلس الدّولة بشرعيّة القرار البلدي القاضي بمنع حفلة «قذف الأقرام» المبرجة في أحد المقاصف معتبراً أنّه «يمكن للسلطة المزوّدة بالصّبط الإداري اتّخاذ أيّ تدبير للتّوقّي من أيّ إخلال بالنّظام العام. وحيث أنّ احترام كرامة الدّات البشريّة تعدّ إحدى عناصر النّظام العام، وحيث أنّه يمكن للسلطة المزوّدة بالصّبط الإداري حتّى في غياب ظروف محلّية خاصّة منع ترفيه ينتهك احترام كرامة الدّات البشريّة، وحيث أنّ التّرفيه عبر «قذف الأقرام» المتمثّل في قذف المتفرّجين للأقرام يؤدّي إلى استعمال شخص مصاب بإعاقة جسديّة كقذيفة، ومن هذا المنظار يعدّ هذا النّوع من التّرفيه منتهكاً لكرامة الدّات البشريّة، حيث أنّ السلطة المزوّدة بالصّبط الإداري يمكنها عندئذٍ منعه حتّى في غياب ظروف محلّية خاصّة وحتّى مع اتّخاذ تدابير لتأمين حماية الشّخص المعني واستعداد الشّخص للقيام بهذا العرض بكلّ حرية وبمقابل، وحيث أنّ مبدأ حرية العمل ومبدأ حرية التّجارة والصّناعة لا يجوز أن يكون دون منع السلطة المزوّدة بالصّبط الإداري لنشاط حتّى ولو كان شرعيّاً إذا كان هذا التدبير هو الوحيد الذي يسمح بالتّوقّي من الإخلال بالنّظام العام أو وضع حدّ له كما في قضيّة الحال بالنّظر إلى طبيعته التّرفيهيّة»²⁰⁹. وبالتالي لم تتمّ المفاضلة شكلاً بين الكرامة من جهة وحرية العمل وحرية الصّناعة والتّجارة من جهة أخرى بل تمتّ في النّهاية الموازنة بين هاتين الحريتين والنّظام العام بما فيه من عنصر حماية الدّات البشريّة.

وهذا التّأويل الذي أدرج الحقّ في كرامة الدّات البشريّة في النّظام العام بطريقة مثيرة للاهتمام يبرز رهان الحقوق الأساسيّة المطلقة في علاقتها بالحقوق القابلة للتّحديد. ويمكن أن نخمّن مآلات هذا التّوسيع عند إعمال اختبار التناسب والصّدام المحتمل مثلاً بين الحقّ في كرامة الدّات البشريّة -المكرّس في الفصل 23 من دستورنا- وما يمكن أن نعتبره الحقّ في العمل المكرّس في الفصل 40 أولاً، وحماية الحياة الخاصّة المضمونة بالفصل 24 والتساؤل إن كانت تشمل حرية التّصرّف في الجسد وذلك فيما يتعلّق بالعمل بالجنس، والدستوريّة المشكوك فيها للفصل 231 من المجلّة الجزائيّة الذي يجرّم تعاطي الخناء والتّحريض عليه. فالقراءة «الحقوقيّة» لهذا الفصل بالنّظر إلى الفصل 49 تؤدّي إلى الاستنتاج التّالي: «هذا الفصل... يجرّم ويعاقب بالسجن مجموعة من السلوكات التي ليس من شأنها في دولة مدنيّة وديمقراطية أن تهدد الأمن العام ولا الدفاع الوطني. أما فيما يتعلّق بالصّحة العامّة، فإن التوعية الصحيّة لجميع المواطنين والمواطنات من شأنها أن تحدّ من أي مخاطر

208 نفسه.

Conseil d'Etat, Assemblée, *Commune de Morsang-sur-Orge*, 136727, 27 octobre 1995, disponible au lien suivant: 209 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877723>. التّرجمة لنا.

كانت على الصحة العامة. أما فيما يتعلق بالآداب العامة، فإن العلاقات الحميمة طالما كانت تمارس في الفضاء الخاص وفي إطار الرضائية فإنها لا تمس بالآداب العامة وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بهذا القيد خاصة وأن الدولة تعترف بالعمل في الجنس في الفضاءات المهيأة لذلك والمرخص فيها. فليس الفعل في حد ذاته هو المجرّم بل عدم القيام به بموجب رخصة. فليست الآداب العامة ولا الأخلاق الحميدة هي التي وقع المس بها بل الاعتداء على التراتيب وعدم احترامها، وتحديدًا القرار الصادر في 30 أفريل/ نيسان 1942 والمحين بمنشور وزير الداخلية المؤرخ في 12 جانفي/ كانون الثاني 1977، ولذا لا يكون العقاب المقرر لهذه «الجريمة» متناسبا معها وهو ما يتعارض تماما مع مبدأ التناسب المقرر في الفصل 49 من الدستور. فليس من المنطقي قانونا أن تكون عقوبة مخالفة التراتيب السجن من 6 أشهر الى سنتين. ولكل هذه الأسباب يكون الفصل 231 من المجلة الجزائية غير دستوري²¹⁰. ولكن ألا يمكن أن يؤدي إعلاء الكرامة البشرية على حرية العمل وحرية التصرف في الجسد إلى اعتبار العمل بالجنس مخالفاً للكرامة مما يبرر العقاب عليه؟

ويكشف هذا المثال من اللادستورية المشكوك فيها في قانوننا الوضعي، في تقاطعها مع سابقة فقه قضائية فرنسية، صعوبة تطبيق اختبار التناسب والخيط الرفيع الذي قد يفصل بين قراءة حمائية لأهداف التدخل التشريعي المشروع وقراءة قد تؤدي إلى نتيجة عكسية بإعمال نفس الهدف.

هذا هو إذن رهان الفصل 49 الذي لا يمكن أن يؤدي وظيفته الحماية للتوازن إلا إذا أوّل في اتساق مع ما يمكن أن نعدّه منظومة قيمية للدستور رغم ازدواجيتها. وهذا ما يذكّرنا بالنظرية القانونية للقيم في ألمانيا (Wertungsjurisprudenz) «التي تضع في قلب التأويل نظاما قيمياً يمثل دولة القانون الديمقراطية والذي جاء كردّة فعل على التجربة الكليانية» للنازية²¹¹، ويعدّ التناسب ركيزة هذا النظام. وفي هذا الإطار، يتنزل فقه القضاء المرجعي للمحكمة الدستورية الألمانية، فبعد القرارات التي أسبغت فيها على التناسب صبغة دستورية دون أن تبين كيف استمدته من الدستور، اعتبرت المحكمة انطلاقاً من 1965 أن التناسب مستمد من دولة القانون التي تم التنصيص عليها في الفصل 20 من القانون الأساسي الألماني²¹². ونخال سلطنا العمومية والمحكمة الدستورية الدائمة في وضعيّة مريحة لتنصيص الدستور صراحة على التناسب في الفصل 49 وعلى روافد دولة القانون من علوية القانون المنصوص عليها في التوطئة وفي الفصل 2 وضمانات هذه العلوية بما في ذلك الحماية الجزائية. ونفهم إذن ضرورة طرح التساؤل حول حقيقة التناظر المفترض بين تناسب الفصل 49 والتناسب في المادة الجزائية.

210 القصاب (ا)، الماجري (خ)، الفرشبي (و)، مذكرات ال(لا)دستورية، المرجع سابق الذكر، ص. 51-52.

RABAULT (H.) « Le problème de l'interprétation de la loi », *Le PortiQue* [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 211 décembre 2007, disponible au lien suivant: <http://journals.openedition.org/leportiQue/587>. الترجمة لنا.

BVerfGE 19, 342- *Wencker*, 15 décembre 1965, considérant n°5, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv019342.html>. Voir GRIMM (D), *op. cit.*, pp. 385-386

ب- هل يجب استبعاد الفصل 49 في المجال العقابي la sanction ؟

«هل توجد خصوصيات للمادة الجزائية من شأنها أن تفرض منهجا خاصا لرقابة التناسب أو تحول حاجزا دونها في هذا المجال؟»²¹³. طرح هذا التساؤل -الذي يعدّ مبدئياً بالنسبة إلينا لتعلّقه بالتناسب، العمود الفقري للفصل 49- ينطلق من خصوصية التناسب في المادة الجزائية وبالتحديد من تناسب الجرائم والعقوبات ويحيل إلى مفارقتين، أولهما أنّ إثارة التناسب تذكّر المشتغلين بالقانون آلياً في تناسب الجرائم والعقوبات الذي تعود جذوره تاريخياً إلى نهج القصاص في شريعة حمورابي²¹⁴ بما يجعل الحديث عن تنافر بين «التناسيبين» ، تناسب الفصل 49 وتناسب الجرائم والعقوبات، أمراً غريباً. وأمّا المفارقة الثانية فتتمثل في أنّ أهمّ وسائل تقييد الحريات الفردية زجرية بحيث يعدّ القانون الجزائي وبطريقة أدقّ السياسة الجزائية حجر الزاوية في تقييد الحريات، وبالتالي إقصاء العقوبة أو الجزاء بالتحديد من نطاق الفصل 49 بدعوى التنافر بين «التناسيبين»، يعني تضييقاً جدياً لمجال الفصل 49 لا نخاله وجيها إذا ما أردنا قراءة تؤمّن حماية قصوى للحريات الفردية.

لنتفق مبدئياً أنّ مدى إمكانية أعمال التناسب في المادة الجزائية يجب أن يطرح بالنسبة إلى ثلاثية السياسة الجزائية أي مبدأ التجريم أو القرار بالتجريم في حدّ ذاته le principe d'incrimination والعقوبات المرتبة عمّا تمّ تجريمه ثمّ الإجراءات الجزائية وهي «مجمّل الأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بالمحاكمة الجزائية تحديداً للهيكل المتداخلة وللمحاكم المختصة في ذلك وبيانا للإجراءات المتبعة أمامها انطلاقاً من الأبحاث الأولية ومروراً بالتحقيق والاثام عند الاقتضاء وانعقاد هيئة الحكم وانتهاء إلى صدور الحكم فالطعن فيه أو تنفيذه»²¹⁵.

ولنعتبر مبدئياً -إلى أن يتم اختبار ذلك في الجزء الثاني من هذه الدراسة- أنّ هناك عدّة مستويات في أعمال رقابة التناسب بخصوص القانون الجزائي، بحيث يمكن تطبيق الاختبار بصورة شبه طبيعية بخصوص مبدأ التجريم أو القرار بالتجريم وبخصوص الإجراءات الجزائية لأنّ العلاقة السببية بين الوسيلة -أي الإجراء- والهدف من ورائه واضحة، خلافاً لتناسب الجرائم والعقوبات.²¹⁶ وهو ما يفرض علينا أن نتساءل إن كان الأمر يتعلّق بنفس تناسب الفصل 49 وإن كان بإمكاننا أن نعتبر مع القاضي مالك الغزواني في دراسته المتميزة، التي عنوانها «دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور- رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها»، أنّ «الأمر (بهذا الشأن) لا يتعلّق بمجرد تشابه لفظي وإنما هو التناسب في هيكلته وشروطه كما حدّدها الفصل 49»²¹⁷؟

CHETARD (G.) « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/1 N° 1, Janvier-Mars 2013, p. 55. التّرجمة لنا.

214 شريعة حمورابي، ترجمة محمود الأمين، الطبعة الأولى، لندن، شركة دار الوراق للنشر المحدودة، 2007.

215 كحلون (ع)، دروس في الإجراءات الجزائية، طبعة ثانية معدّلة بأحدث قوانين الإجراءات الجزائية، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، 2013، ص. 41.

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 55.

216

217 الغزواني (م)، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور - رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، تونس، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص. 8.

يفترض تناسب العقوبات مع الجرائم في المنظومة العقابية الكلاسيكية تناسباً داخلياً بين العقاب المقرّر والفعل لا بين العقاب كوسيلة والهدف من ورائه، كما يفترض تراتبية في العقوبات وهو التمييز الذي يعكسه الفصل 15 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1793 حول «تناسب العقوبات» الذي ينصّ على أنّ «القانون يجب ألاّ يكرّس إلاّ العقوبات الصّوريّة بشكل صارم وبديهي. يجب أن تكون العقوبات متناسبة مع الجرائم ومفيدة للمجتمع»²¹⁸. هذا هو التمييز بين التناسب الجزائي وبين تناسب الفصل 49 إن جاز التعبير والذي يعكس التّصوّر التّقليدي للتناسب في القانون الجزائي حسب فيوم شيتار ²¹⁹Guillaume Chetard والذي يعبرّ عنه قروسوس Grotius بقوله أنّ «في كلّ عقوبة، يتمّ النّظر إلى مسألتين، مبرّر العقاب والهدف الذي نرمي إليه عبره. أمّا المبرّر فيتمثّل في إقرار ما يستحقّه المذنب، وأمّا الهدف من العقاب فيتمثّل في المصلحة التي ستحصل منه»²²⁰. ويعتبر أنّ منهج تحديد ما يستحقّه المذنب من عقاب هو الذي سيمكّن من تقدير «حجم الجريمة الذي يجب أن يتناسب معه العقاب دون أن يتجاوزه»²²¹، وهو تناسب يحدّده سلّم خطورة في الجرائم حسب عدّة عناصر ستفاوت حسبها العقوبة. أمّا بخصوص المصلحة التي ستحصل من العقاب أي هدفه، فهي لا تهم التناسب وإنّما تخرج عنه وتقتضي «البقاء قدر الإمكان تحت درجة الزّجر التي يستوجبها بالضبط التناسب بين الجريمة والعقاب»²²². أمّا بالنسبة إلى بكاريا Beccaria، فإنّ عقوبة شديدة الفظاعة تنسف التّناسب بين الجريمة والعقاب لأنّه مهما «كانت الأصناف الكثيرة من أشكال التكنيل المتوحّشة التي يمكن للعقوبة أن تتخيّلها، لا يمكن أن تتجاوز الحدّ الأقصى من المشاعر وقدرة البشر. وإذا تمّ بلوغ هذا الحدّ، فلا يمكن بالنسبة إلى الجرائم الأخطر والأكثر فظاعة إيجاد العقاب المقابل الذي سيكون ضرورياً للتوقّي من مثيلاتها»²²³. ويميّز بكاريا إذن بين الاعتدال -الذي يوافق بمعنى آخر التناسب بين الوسيلة والهدف أي تناسب الفصل 49- وتناسب العقوبات مع الجرائم الذي يتجسّد فقط في سلّم عقلائي للعقوبات²²⁴. والمدافعون عن الاستحالة العقلانية لرقابة التناسب الحديثة -وفق منهج الفصل 49 إذن- ينطلقون من هذه المنطلقات النظريّة ومن أنّ العقوبة -في استعادة للصبغة التي استعملها قروسوس²²⁵ «*malum passionis*» *propter malum actionis* - شرّ مسلّط بطريقة إرادية. وهو ما يحيل إلى تساؤل جوهر في علاقة بمنظومة

Constitution du 24 juin 1793, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-1793.-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin>. التّرجمة لنا

أنظر:

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 64.

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 63.

219

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. PRADIER-FODERE, Paris, PUF, 1999, Liv. II, Ch. XX. § XXVIII. 2, p. 480 ; CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 63. التّرجمة لنا

220

GROTIUS (H.), *op. cit.*, p. 484; CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 63. التّرجمة لنا

221

GROTIUS (H.), *op. cit.*, p. 486; CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 63. التّرجمة لنا

222

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines, Dei delitti et delle pene*, Introduction, traduction et notes de Philippe Audregean, Texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon, ENS Editions, 2009, chap. XXVII, p. 227. التّرجمة لنا

223

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 64.

224

GROTIUS (H.), *op. cit.*, Liv. II, p. 449; CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 65. التّرجمة لنا

225

حقوق الإنسان: «كيف يمكن لسلطة تؤسس مشروعيتها على حماية الحريات وضمانها أن يُسَمَّح لها بتسليط شرّ لا كنتيجة أو شرط لتحقيق أفعال أخرى مشروعة، بل كنتيجة لفعل إرادي يستبطن البحث عن هذا الشرّ؟»²²⁶. فحتى لو سلّمنا بضرورة النظام الجزائي للحدّ من مظهرات الإجرام، فإنّ البحث عن التسليط الإرادي للشرّ مهمّا كان مبرّره عبر الرّجر يجعل من هذا التسليط عملاً ضروريًا يجب أن يحاط بشرط صارمة للصحة مما يستوجب إحاطة لرقابة التناسب بكثير من العمق والدقة فيما يتعلّق بتطبيق العقوبة، الأمر الذي يعدّ مستحيل التطبيق إذ «لكي تكون رقابة التناسب فعّالة، يجب أن يكون من يقوم بها -القاضي الدّستوري على سبيل الخصوص- قادرًا على تقييم الألم بالقيمة المطلقة *en valeur absolue* (التي لا يمكن بدونها تقدير نوعيّة الوسيلة المعتمدة) وأن يكون قادرًا على الربط بدقّة بين هذا الألم وأحد أغراض العقوبات التي تتعدّد إلى ما لا نهاية له فضلًا عن أنّها غير متلائمة فيما بينها»²²⁷.

ولهذا الغرض تحديداً، يمكن إخضاع الإجراءات الجزائية لرقابة التناسب الثلاثية نظراً للوضوح الهدف منها - كالإيقاف التحفظي المرتبط بالاحترافية والتحفّظ على المتهم إلى حين كشف الحقيقة - خلافاً لأهداف العقوبات السجنية في حدّ ذاتها، إذ يظلّ هدف الاقتصاد أو إعادة الإدماج أهدافاً غير متأكّدة. وبالتالي من المستحيل القيام «برقابة التناسب بالمعنى الحديث أي رقابة ملائمة للوسائل للأهداف على العقوبات»²²⁸. وهذه هي «المفارقة العقابية»²²⁹ التي يتحدّث عنها Guillaume Chetard، المفارقة بين ضرورة الرقابة الدقيقة والصارمة على تناسب العقوبات مع الجرائم واستحالتها في نفس الوقت لاستحالة تقييس سلّم العقوبات. لذلك يعتبر أنّ الخروج من مأزق استحالة الرقابة الدّقيقة للتناسب القيام برقابة دنيا، فطالما اعتبرنا أنّ العدالة الجزائية مبرّرة عموماً لكن استحالة معرفياً تبرير درجة العقوبة في حدّ ذاتها *par un acte de connaissance*، وجب الإقرار بأن اختيار عقوبة دون غيرها خيار أو قرار سياسي إرادي، وكأنّ المشرّع -تحديداً- يقول: «هذا العقاب متناسب ليس لأنني تمكّنت من التّحديد الدّقيق لمقدار الألم والآليات التي تصاحبه والتي ستكون الأقدر على تحقيق هدفه، هو متناسب لأنني «قلت» أنّه يتضمّن القياس الصحيح لجرعة الألم وأنّ الآليات التي تصاحب العقاب متلائمة مع الهدف الذي حدّدته»²³⁰. وهو ما يمكن إقراره في أنظمة رقابة الدّستورية انطلاقاً من «قربة تناسب»²³¹ تتوفر في العقاب يمكن تقدير وجاهتها انطلاقاً من «مؤشّرات لانعدام التناسب»²³² «*Des indices de sa non disproportionnalité*» وهو ما يعكسه فقهاء قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي في مجال مراقبة التناسب بالنسبة إلى العقوبات حسب ما سنراه لاحقاً²³³.

التّرجمة لنا. CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 65.

226

227 نفسه، ص. 65. التّرجمة لنا.

228 نفسه، ص. 66. التّرجمة لنا.

229 نفسه، ص. 66. التّرجمة لنا.

230 نفسه، ص. 67. التّرجمة لنا.

231 نفسه، ص. 67. التّرجمة لنا.

232 نفسه، ص. 67. التّرجمة لنا.

233 أنظر أدناه، ص. 201.

ورغم أنّ هذا التحليل الرّشيق لغيوم شيتار يسمح لنا بالطمّوح في البحث عن التقاطع بين «التناسيبين»، تناسب الفصل 49 وتناسب الجرائم والعقوبات، وتوسيع منظورنا في رحلة تفكيك الفصل 49 لتشمل دون حرج المادّة الجزائيّة، فإنّه يسمح بتجاوز وجه واحد من المأزق وهو آليّة ممارسة الرقابة من قبل القاضي الدّستوري على الأحكام التشريعيّة الجزائيّة *le modus operandi* التي من المفترض أن تكون رقابة دنيا²³⁴. لكنّه لا يكفي للإجابة عن سؤال حارق يثيره الفصل 49 كنموذج للموادّ التّحديديّة في علاقة بالعقوبات تحديدا وهي علاقة المشرّع بطرف آخر مذكور صراحة في الفصل 49، وهو القاضي بتنصيب الفصل 49 على ما يلي: «وتتكفّل الهيئات القضائيّة بحماية الحقوق والحريات من كلّ انتهاك». بل لعلنا نرى في هذا الحكم تكليفا للقاضي الجزائي على سبيل الخصوص بالسّهر على حماية الحقوق. ولن نبحت في هذا الشأن عن الإجابة عن السؤال المحرج إن كان القاضي العدلي تحديدا معنياً بمراقبة التناسب على أساس الفصل 49 دون أن يمارس رقابة على دستوريّة القوانين، وهو سؤال حاول القاضي مالك الغزواني الإجابة عنه في دراسته المذكورة أعلاه²³⁵، بل ما يهّمنا بالأساس إن كان سحب الفصل 49 وتناسبه على المادّة العقابيّة لا يتنافر مع توزيع الأدوار بين المشرّع والقاضي في المادّة الجزائيّة وخاصة في عمليّة تحديد العقوبة. فهي صلاحية مشتركة بينهما بما أنّ المشرّع المدعوّ طبقاً لمبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات إلى أن يرتّب عقوبة عن كلّ جريمة يقرّها، بحيث يتمثل دوره في «تحديد الإطار الذي سيّمارس في حدوده القاضي إمكانيات الخيار المتاحة له»²³⁶ من قبل المشرّع الذي كثيراً ما يضع عقوبات متعدّدة ويحدّد ظروفًا للتشديد والتخفيف ويكون القاضي مقيداً فقط بالحدّ الأقصى الذي وضعه المشرّع مع الأخذ بعين الاعتبار لظروف الجريمة والضرر الاجتماعي الحاصل منها وشخصية الفاعل. كما يمكنه أن يأذن بتوقيف التنفيذ²³⁷ وهذا هو مبدأ تفريد العقوبة الذي يجعل من القاضي الفاعل الأساسي في تناسب العقوبة وي طرح علينا مأزق التنازع بين القاضي والمشرّع إذا ما مسك هذا الأخير بزمام التحديد الدقيق للعقوبات بالتخفيض في الأقصى في بعض الحالات ومراجعة عتبة التجريم *le seuil d'incrimination* إعمالاً لتناسب الفصل 49 وموجباته - وهذا ما سنحاول إثباته - مما قد يضيق هامش التفريد الذي يجب أن يترك للقاضي في إطار تحديد العقوبات الجزائيّة ضماناً لعدالتها ونجاعتها وبعيدا عن تنميط العقوبات²³⁸ الذي يندرج في إطار تمثّل تقليدي للعدالة قائم على «المساواة المجردة بين جميع الأشخاص المسؤولين جزائياً»²³⁹.

ولندقق أكثر مبدأ توزيع الأدوار، وجب أن نميّز بين التفريد التشريعي والتفريد القضائي. فالتفريد داخل بطبيعته في وظيفة المشرّع، ذلك أنّ «التفريد التشريعي (...) هو ذلك الذي يقوم به المشرّع بصفة مجرّدة عند سنّ

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 66.

234

235 الغزواني (م)، المرجع سابق الذكر، ص. 20-46.

LEVASSEUR (G.), CHAVANNE (A.), MONTREUIL (J.), BOULOC (B.), MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 14 ème édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 365. التّرجمة لنا

237 نفسه، ص. 378.

238 العبيدي (ع)، شرح المبادئ الجزائيّة، دراسة تحليليّة، تونس، دار الكتاب، 2018، ص. 44-45.

239 نفسه، ص. 47.

النص الجزائي ضمانا لملاءمة العقوبة وتناسبها مع خطورة الجريمة من جهة، والوضعيات الخاصة للمجرمين في حالات بعينها من جهة أخرى، وذلك بأن يأخذ بعين الاعتبار جملة من الظروف يقدّرها مسبقا بالنص ويلزم القاضي بالأخذ بها في تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها. أمّا التّفريد القضائي فهو التّفريد الذي يقع عند تسليط العقاب وبيمارسه القاضي إعمالا لسلطته التّقديرية في اختيار العقوبة التي تناسب مع خطورة الجريمة وحالة المتّهم المائل أمامه من حيث نوعها ومقدارها ودرجة احتمالها لها وأثارها عليه²⁴⁰. ولنلاحظ أنّ التّناسب هو المفهوم المحوري في هذين الصنفين من التّفريد اللذين يلتقيان في البحث عن تكريس الحسّ السليم للعدالة التي لا يمكن أن تكون آلية، بل بقدر ما تتعدّد الموازنات في العملية القانونية بقدر ما تقترب من روح الفصل 49. ولا يمكن أن يكون التّناسب الذي يُعمله القاضي عبر التّفريد ناجعا وفعّالا إلا إذا كان الإطار التشريعي سليما في احترامه لمقتضيات الفصل 49، وهذا يعني في النهاية أنّ تناسب الفصل 49 هو مفتاح الحوار بين القاضي العدلي خاصة وبين المشرّع، كما هو أساس للحوار بين المشرّع والقاضي الدستوري عموما وفي مجال الحريات الفردية على وجه الخصوص.

240 نفسه، ص. 48.

الجزء الثاني

مقتضيات الفصل 49 كأساس للـ«حوار»
بين المشرّع والقاضي الدستوري من أجل
حماية قصوى للحريات الفرديّة

الجزء الثاني

تتفق الدراسات الفقهية التونسية حول الفصل 49 على ترتيب مقتضياته بين تكريس التحفظ التشريعي وضوابط في تقييد الحريات من عدم المساس بجوهر الحق ثم شرط الضرورة والتناسب بمراحله الثلاث من ملاءمة وضرورة وتناسب بالمعنى الضيق. وهو ما يترجم في سلسلة من الخطوات يتم المرور من واحدة إلى أخرى في تمس منهجي¹. لكن وعبر دراسة متقاطعة بين القانون وفقه القضاء المقارن والدولي من جهة، وقوانيننا المتصلة بالحريات الفردية من جهة أخرى، نحسب أنه بالإمكان أيضا - ودون أن نقصي المعنيين الآخرين بتطبيق الفصل 49 وخاصة الهيئات القضائية المكلفة صراحة في الفصل 49 بـ«حماية الحقوق والحريات من أي انتهاك»² - أن نعتبر الفصل 49 أساسا لحوار بين مخاطبيه «الطبيين»، أي المشرع والقاضي الدستوري، يزود الأول باختصاص (المبحث الأول) ويسند ل كليهما منهجا (المبحث الثاني) ويجدد عتبة لا نزول تحتها في مسار تقييد الحريات (المبحث الثالث) ويتيح للباحثين فيه إمكانية التأليف بين كل هذه المقتضيات لاقتراح وسيلة لاستبطانها: جذاذة الفصل 49 (المبحث الرابع).

1 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 60-109؛ اللغمانى (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 117-119.

2 اللغمانى (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 116.

المبحث الأول - عنوان اختصاص:

المشروع



للتحفظ التشريعي في مجال الحقوق والحريات مقاصد مختلفة بحسب التقاليد الدستورية التي يتنزل فيها، فهو يرتبط -تاريخياً- في فرنسا بمحورية القانون «tradition légicentriste»³ الذي يعد وسيلة للحرية التي يعرفها مونتسكيو بـ«الحق في القيام بما تميزه القوانين. وإذا قام المواطن بما تمنعه القوانين فستنتفي حريته لأن الآخرين ستكون لهم في النهاية نفس هذه السلطة»⁴. و«وحدها» الحرية المعنوية، حسب جون جاك روسو، تجعل الإنسان فعلاً سيّد نفسه لأنّ الاندفاع وراء الشهوات وحدها عبودية والانصياع للقانون الذي نسّته حرية»⁵. ومن الطبيعي أن تنظّم الحريات بالقانون بوصفه تعبيراً عن الإرادة العامة حسب الفصل 6 من إعلان 1789 لحقوق الإنسان والمواطن⁶.

أمّا في ألمانيا، فقد أصل الفقه الألماني التحفظ التشريعي بشأن الحقوق والحريات في القانون الدستوري الألماني منذ القرن التاسع عشر. واعتبر في هذا الإطار الفقيه الألماني أوتو ماير، استناداً إلى مختلف الدساتير، الحقوق الأساسية الشكل التقليدي للتحفظ التشريعي (الحق في الحرية، الحرية الشخصية، حرمة الملكية) الذي يؤطر تدخل السلطة التنفيذية. ورغم عدم تكريس دستور الامبراطورية الألمانية آنذاك للتحفظ التشريعي بصفة صريحة، فقد اعتبر أنّه «لا أحد يشك أنّ سلطة الامبراطورية لا يمكنها أن تجر أو أن تفرض أعباء أو تنتهك حرية وملكية رعاياها إلا بمقتضى قانون»، واعتبر هذا من مبادئ القانون الدستوري⁷.

أمّا في تونس، فخلافاً لتاريخ الأفكار السياسية في الأمثلة التي ذكرناها، أين ارتبط التحفظ التشريعي بحماية الحقوق والحريات من التدخل الاعتباطي للسلطة التنفيذية⁸، يرتبط التحفظ التشريعي بشأن الحقوق والحريات بلجم الحريات والتضييق عليها في إطار دستور 1959 ويكفي أن نذكر في هذا المجال القانون، سيّء الذكر، عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر/ تشرين الثاني 1959 المتعلق بالجمعيات⁹، الذي

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 255. 3

DE MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, 1758, Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 111, disponible au lien suivant : http://archives.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf. الترجمة لنا 4

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, ou principes du droit politique*, in. *Collection complète des œuvres*, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, Chapitre VIII, édition en ligne www.rousseauonline.ch, version du 7 octobre 2012. الترجمة لنا 5

Texte disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000697056> 6
أنظر بخصوص هذه المقاربة:

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 255.

MAYER (O.), *Le droit administratif allemand*, Tome 1, 1903, Réédition Revue générale du droit on line, 2019, numéro 44452, disponible au lien suivant : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/12/08/droit-administratif-allemand-section-2-%c2%a76-pouvoir-legislatif-et-pouvoir-executif/>. الترجمة لنا 7

أنظر بخصوص هذه المقاربة:

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, pp. 129-130.

8 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 62.

9 الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 22 ديسمبر/ كانون الأول 1959، ص. 2020-2023. وقد نفع هذا القانون بالقانون الأساسي عدد 90 لسنة 1988 مؤرخ في 2 أوت/ آب 1988 بتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر/ تشرين الثاني 1959 والمتعلق بالجمعيات (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52، 2 أوت/ آب 1988، ص. 1086-1087)، وبالقانون الأساسي عدد 25 لسنة 1992

بإخضاعه تكوين الجمعيات إلى تأشيرة، أفرغ الحق من محتواه بقضائه على الحرية¹⁰، أو مجلة الصحافة عبر إجراء الترخيص المقنع كما ذكرنا أعلاه. بحيث كان لزاماً أن تجسد المادة الجامعة في دستور 2014 القطيعة مع هذا الماضي السلطوي الذي ارتبط به التحفظ التشريعي الذي تغيرت مقاصده بحيث يمكن أن نعتبره وسيلة للحرية طالما أن تأطير ممثلي صاحب السيادة للحريات أحيط بضوابط تحمي المشرع من نفسه.

أمر 1978 المنظم لحالة الطوارئ والخارق لمبدأ التحفظ التشريعي

يعدّ الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرخ في 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ مثالا معبراً عن خرق مبدأ التحفظ التشريعي من قبل السلطة المزودة بالسلطة الترتيبية العامة، وقد سبق أن رأينا أنّ حالة الطوارئ تزوّد الإدارة بصلاحيات استثنائية في حالة «خطر داهم ناتج عن نيل خطير من النظام العام، وإمّا في حصول أحداث تكتسي بخطورتها صبغة كارثة عامة»¹¹. وتكفي قراءة الفصل الرابع من هذا الأمر الذي لا زال ساري المفعول إلى اليوم لاستشعار خطورة خرق التحفظ التشريعي في مجال الحريات، فالفصل الرابع ينصّ على أنّ «يخوّل الإعلان عن حالة الطوارئ للوالي في المناطق المشار إليها بالفصل الثاني أعلاه وبحسب ما تقتضيه ضرورة الأمن أو النظام العام في ما يلي:

1- منع جولان الأشخاص والعربات.

2- منع كل إضراب أو صد عن العمل حتى ولو تقرر قبل الإعلان عن حالة الطوارئ.

3- تنظيم إقامة الأشخاص.

4- تحجير الإقامة على أي شخص يحاول بأي طريقة كانت عرقلة نشاط السلط العمومية.

5- اللجوء إلى تسخير الأشخاص والمكاسب الضرورية لحسن سير المصالح العمومية والنشاطات ذات المصلحة الحيوية بالنسبة للأمة»¹².

بحيث من الضروري الخروج من هذه اللادستورية البيّنة وهو مقصد مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ عدد 91/ 2018¹³.

مؤرخ في 2 أفريل/ نيسان 1992 يتعلّق بإتمام القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر/ تشرين الثاني 1959 المتعلّق بالجمعيات (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 21، 3 و7 أفريل/ نيسان 1992، ص. 404).

10 اللغامي (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 117.

11 المرجع سابق الذكر، ص. 218.

12 نفسه، ص. 218.

13 مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ عدد 91/ 2018، المدة النيابية الأولى، الدورة البرلمانية الخامسة، ماي/ أيار 2019، يمكن تحميله على الرابط التالي:

http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=107073&code_exp=1&langue=1

وقبل الخوض في حدود الحدود المفروضة على المشرع، وجب البحث أولاً في هذا المفهوم أي في صاحب الاختصاص نفسه، ما بين المبدأ والاستثناء (الفقرة الأولى) قبل البحث في ضوابط ممارسة الاختصاص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى - صاحب الاختصاص ما بين المبدأ والاستثناء: حول اختلاف درجات الشرعية

يعرّف القانون شكلياً بأنه «النصّ المصادق عليه من قبل البرلمان أو الشعب (عن طريق الاستفتاء) طبقاً للأحكام الواردة في الدستور والذي يصدره رئيس الدولة» ويعرّف مادياً بأنه «يتدخل في الميادين المخصصة والمحددة له بالدستور»¹⁴. وهذا التعريف يفتح لنا ثلاث مداخل في علاقة بالفصل 49، فعبارة القانون وردت مطلقة في الفصل 49 وبالتالي تجري على إطلاقها، وهذا يعني أنّ الضوابط التي سيسلّطها القانون ستأخذ إمّا شكل القانون البرلماني أو القانون الاستثنائي كما سنرى وهذا ليس بهين. لكنّ الدستور فتح أيضاً للسلطة التنفيذية إمكانية التدخل في مجال القانون بصفة استثنائية بتفويض من البرلمان عن طريق المراسيم التي يمكنها إذن أن تتدخل في ضبط الحريات، وهو ما يعني أننا أمام ثلاث أشكال لممارسة الاختصاص في وضع ضوابط للحريات: القوانين البرلمانية (أ) والقوانين الاستثنائية (ب) والمراسيم (ج).

أ- الشرعية المعززة

أدرج الفصل 65 من الدستور التونسي الحريات وحقوق الإنسان في مجال القوانين الأساسية، وهو صنف يتميز موضوعياً عن القوانين العادية بالنظر إلى أنه يهدف إلى إتمام أحكام الدستور وتنظيم المؤسسات والحريات، كما يتميز إجرائياً عنها بما أنّ إجراءات المصادقة عليها في منزلة بين منزلتين أي «ما بين إجراءات التعديل الدستوري والإجراءات التشريعية العادية لكنّها بالكاد أكثر تعقيداً من هذه الأخيرة»¹⁵.

وبالرجوع إلى الدستور التونسي وإلى قائمة المسائل المصنّفة في مجال القوانين الأساسية التي توافق عموماً موضوع هذه القوانين - رغم وجود الأحوال الشخصية وهي مسألة دخيلة نوعاً ما عن هذا الصنف قد يفسّر إدراجها بالحمولة الأيديولوجية لهذه المسألة في ذهن المؤسسين - فإنّها تتضمن صراحة الإحالة إلى الحريات وحقوق الإنسان وتنظيم الإعلام والصحافة والنشر وتنظيم الأحزاب والتّقابات والجمعيات. وفضلاً عن تميّز القوانين الأساسية عن القوانين العادية من حيث الموضوع، كرّس الدستور تميّز القوانين الأساسية من حيث إجراءات المصادقة بما أنّ مشروع القانون الأساسي لا يعرض على مداولة الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً على إحالته على اللجنة المختصة ويصادق عليه بالأغلبية المطلقة لأعضاء

14 بن حماد (م. ر)، القانون الدستوري والانظمة السياسية، طبعة ثالثة محبّبة ومزيد عليها، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2016، ص. 221.

15 DE VILIERIS (M.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 5ème édition, Paris, Dalloz, Armand Colin, 2005, p. 149. الترّجمة لنا

مجلس نواب الشعب، خلافا للقوانين العادية التي يصادق عليها بأغلبية أعضاء المجلس الحاضرين على الأقل تقل هذه الأغلبية عن ثلث أعضاء المجلس.

ولا مناص في هذا الإطار من ملاحظة أولية في علاقة بتصنيف المسائل في مجال القوانين الأساسية¹⁶ ومجال القوانين العادية¹⁷، إذ يبدو الفصل بين القائمتين غير عازل بالمرّة وبعض المسائل الواردة في الفصل 65 في قائمة القوانين العادية تتعلّق مباشرة بحقوق الإنسان من ذلك مثلا المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية وقانون الشغل والضمان الاجتماعي، فهي تتعلّق مباشرة بحقوق كرسها الدستور. ونفس الشيء بالنسبة إلى الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم ذات العلاقة المباشرة بالحق في المحاكمة العادلة المكرّس في الفصل 108 من الدستور أو بالنسبة إلى ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية ذات العلاقة المباشرة بشخصية العقوبة وشرعية الجرائم والعقوبات وبحقّ الأمان.

وبناء على هذا، من البديهي أن احترام مقتضيات الفصل 49 من حيث منح الحدّ من الحرية يجب أن ينطبق كلّما تمّ المساس بحقّ أو بحرية ما يقطع النظر عن التمييز الشكلي بين القانون الأساسي والقانون العادي، وحتى لو تعلّق موضوع القانون مبدئياً بمجال القانون العادي مع بعض الأحكام التي تدخل في مجال القانون الأساسي. هذا مع العلم أنّه لا يتمّ التنقيص في تونس في عناوين القوانين على شكلها إلا بخصوص القوانين الأساسية. ويجدر التذكير هنا بمقتضيات منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها الذي ينصّ على أنّه «متى تضمّن مشروع قانون في بعض جزئياته أحكاماً من مجال القوانين الأساسية وأخرى من مجال القوانين العادية فإنّه يتخذ في هذه الحالة شكل قانون أساسي»¹⁸.

وقد أثارت هذه المسألة إشكالا بخصوص القانون عدد 52 لسنة 2018 المؤرخ في 29 أكتوبر/ تشرين الأول 2018 والمتعلّق بالسجّل الوطني للمؤسّسات الذي صدر ببادرة من الحكومة والذي ينصّ في فصله الأول على أنّ السجّل الوطني للمؤسّسات يهدف «إلى تدعيم شفافية المعاملات الاقتصادية والمالية عبر تجميع

16 ينصّ الفصل 65 من الدستور على ما يلي: "تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية: - الموافقة على المعاهدات، - تنظيم العدالة والقضاء، - تنظيم الإعلام والصحافة والنشر، - تنظيم الأحزاب والنقابات والجمعيات والمنظمات والهيئات المهنية وتمويلها، - تنظيم الجيش الوطني، - تنظيم قوات الأمن الداخلي والديوانة، - القانون الانتخابي، - التمديد في مدة مجلس نواب الشعب وفق أحكام الفصل 56، - التمديد في المدة الرئاسية وفق أحكام الفصل 75، - الحريات وحقوق الإنسان، - الأحوال الشخصية، الواجبات الأساسية للمواطنة، - السلطة المحلية، - تنظيم الهيئات الدستورية، - القانون الأساسي للميزانية".

17 حسب الفصل 65 من الدستور، تدخل المسائل المالية في مجال القوانين العادية: "إحداث أصناف المؤسسات والمنشآت العمومية والإجراءات المنظمة للتفويت فيها، - الجنسية، - الالتزامات المدنية والتجارية، - الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم، - ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية، - العفو العام، - ضبط قاعدة الأداءات والمساهمات ونسبها وإجراءات استخلاصها، - نظام إصدار العملة، - القروض والتعهدات المالية للدولة، - ضبط الوظائف العليا، - التصريح بالمكاسب - الضمانات الأساسية الممنوحة للموظفين المدنيين والعسكريين، - تنظيم المصادقة على المعاهدات، - قوانين المالية وخلق الميزانية والمصادقة على مخططات التنمية، - المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية والتعليم والبحث العلمي والثقافة والصحة العمومية والبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية والطاقة وقانون الشغل والضمان الاجتماعي".

18 يمكن تحميل هذا المنشور على الرابط التالي: <http://www.legislation.tn/sites/default/files/17-08.pdf>، ص. 6.

المعلومات والبيانات والوثائق الخاصة بالأشخاص الطبيعيين والمعنويين والترتيبات القانونية الناشطين في المجال الاقتصادي وبالجمعيّات لحفظها ووضعها على ذمة العموم وهياكل الدولة المعنية بتلك المعلومات»¹⁹. وإذا كانت المسألة المنظّمة -والتي تهدف إلى تلافي نقائص السجّل التجاري وتطوير الإطار القانوني المنظّم لتسجيل المؤسسات- همّ مبدئيّاً بالالتزامات التجاريّة الواقعة في مناط القانون العادي، فإنّ القانون سحب هذه الالتزامات على الجمعيّات الدّاخل تنظيمها في مجال القوانين الأساسيّة لاتصالها بحرية تكوين الجمعيّات. وقد أثّرت المسألة أمام الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين عندما تمّ الطّعن في دستوريّة مشروع القانون الذي أثار استهجان الجمعيّات²⁰ التي تمسّكت بعدم ملاءمة المشروع مع خصوصيّة الجمعيّات²¹. غير أنّ الهيئة ردّت على المطعن المتعلّق بمجال القانون بأنّه «لا يقتضي العرض الوجوبي على الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء على معنى الفصل 114 من الدستور طالما أنّه لا يتعلق في جوهره بالقضاء وإنّما بتدعيم شفافية المعاملات الاقتصادية والمالية ولا يقتضي كذلك صدوره في شكل قانون أساسي لعدم تعلقه بتنظيم القضاء ولا بتنظيم الجمعيّات باعتبار أنّ ذلك خاضع لنصوص قانونية خاصة»²². وهو أمر قابل للتّقاش بالنظر إلى الفصل 35 من الدستور الذي كنّا قد صنّفناه في إطار الفصول التي شدّد في خصوصها الدستور شروط التّحقّق التشريعي بوضع حدود على حرية تكوين الجمعيّات متّصلة بمعايير سلوك منها الشفافية الماليّة وبالتالي لا يمكن فصل هذه المسألة عن تنظيم الجمعيّات خاصّة أنّ القانون المتّصل بالسجّل الوطني للمؤسسات أضاف التزامات جديدة لم يكن ينصّ عليها المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرّخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات، بل وجب إضافة إلى ذلك التّساؤل إن لم يكن القانون نظراً للالتزامات الجديدة التي يفرضها وخاصّة نظراً لصبغته الرّجويّة الصّارمة- التي ينمّ عنها الباب السابع الخاصّ بغرامات التّأخير والعقوبات وتسليط عقوبات سالبة للحرية تصل إلى السّجن مدّة خمس عشرة عاماً- قد خرق مبدأ عدم التّراجع الوارد في الفقرة الثّانية من الفصل 49 بالنّظر إلى مكتسبات حقّ تكوين الجمعيّات المحصّلة بالمرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرّخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات²³. غير أنّ الهيئة لم تذهب في هذا الاتّجاه واعتبرت أنّه «حيث أنّه خلافاً لما أثاره العارضون في جانب أول من هذا المطعن، فإنّ المشروع المائل لم يتضمّن أحكاماً جديدة تمسّ من القواعد التي تنظم تكوين الجمعيّات أو إجراءات تنظيمها أو تسييرها ولا يمكن الاعتداد بها اقتضاه المشروع المائل بخصوص التصريح أو الإشهار والذي يهدف إلى إعلام

19 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 89، 6 نوفمبر/ تشرين الثاني 2018، ص. 4644.

20 باجي (م. س) "السجّل الوطني للمؤسسات: خروقات دستوريّة واتّهامات بالتضييق على الجمعيّات"، 17/08/2018، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: <https://nawaat.org/portail/2018/08/17>

21 تمّت مناقشة هذه النّقطة أثناء دراسة مشروع القانون من قبل لجنة الفلاحة والأمن الغذائي والتجارة والخدمات ذات الصلة بمجلس نواب الشّعب. أنظر في هذا الصّدّد تقرير لجنة الفلاحة والأمن الغذائي والتجارة والخدمات ذات الصلة حول مشروع قانون يتعلّق بالسجّل الوطني للمؤسسات (عدد 30/2018)، مجلس نواب الشّعب، الدورة العاديّة الرابعة، 2017-2018، ص. 29، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=103330&code_exp=1&langue=1

22 قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04/2018 مؤرّخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 يتعلّق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 30/2018 المتعلّق بإحداث السجّل الوطني للمؤسسات، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 73-74، 11-14 سبتمبر/ أيلول 2018، ص. 3887.

23 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 74، 30 سبتمبر/ أيلول 2011، ص. 2001-1996.

الغير بالوضع القانوني للجمعيات للدّعاء بوجود إشكال يشوب الحماية التي يضمنها الدستور للجمعيات في ما يتعلّق بتكوينها أو تسييرها أو حرية نشاطها»²⁴.

المهمّ أنّ الأصل في الدستور أنّ القوانين الضّابطة لممارسة الحريات ترد في شكل قوانين أساسية ويبقى أن نبحث في أبعاد هذه الطبيعة القانونية في علاقة بضمان الحريات ودائما من منظورنا الرّامي إلى قراءة حمائية للفصل 49. وهنا لا مناص من الخوض في الإشكالية الدقيقة المتعلقة بعلوية القوانين الأساسية على القوانين العادية لأنّ الإقرار بها يعزّز مكانة القوانين الضابطة للحريات ويضمن اتّساق المنظومة الدستورية برمتها.

ولندكر أنّ المسألة قد طُرحت تحت طائلة دستور 1959، حيث تمّ إدراج هذا التّمييز بين القوانين الأساسية والقوانين العادية بمقتضى التعديل الدستوري لسنة 1976. وقد تباينت مواقف الفقهاء التّونسيين²⁵ بين تأييد لوجود علوية للقوانين الأساسية على العادية بالنّظر إلى إجراءات المصادقة عليها وموضوعها²⁶ وبين نفي هذه العلوية.²⁷ أمّا المجلس الدستوري، فإنّ آراءه تكرّس إلى حدّ ما هذه العلوية طالما اعتبر القوانين الأساسية قواعد-مرجع لمراقبة دستورية القوانين العادية²⁸ إمّا من حيث الإجراءات كما هو الشّأن في الرّأي عدد 39-2007 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بالمؤسسات العمومية للقطاع السمعي والبصري²⁹، أو من حيث الأصل كما هو الشّأن في الرّأي عدد 18-2005 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية/ تموز 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار، أين صرّح دون لبس أنّ «إدراج (...) الأحكام ضدّ قانون عادي مع التّصويب على مراجع القانون الأساسي الذي تضمّنهما، لا يتعارض مع الدستور طالما أنّ التّذكير بها لا يمسّ من تلك القاعدة كما وردت بذلك القانون الأساسي»³⁰، أو في الرّأي عدد 35-2006 للمجلس الدستوري بخصوص

24 قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04/2018 مؤرّخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 يتعلّق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 30/2018 المتعلّق بإحداث السجل الوطني للمؤسسات، سابق الذّكر، ص. 3887.

25 أنظر بخصوص مختلف المواقف:

TABEI(M.) « Les normes de référence du contrôle de la constitutionnalité dans les avis du Conseil constitutionnel », mémoire pour l'obtention du diplôme de mastère en droit public et financier, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2007, pp. 119-120.

26 عمر (ع)، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، 1987، ص. 395؛ بن حماد (ر) «تأويل المجلس الدستوري للأحكام الدستورية»، في الشّغف في القانون، مجموعة دراسات العربي هاشم، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، 2006، ص. 1166.

ABDENNADHER(F.) « Le Conseil constitutionnel », *Revue Servir*, n°33, 2002, p. 57.

AYADI(H.), *Droit fiscal international*, Tunis, CPU, 2001, p. 73.

TABEI(M.), *op. cit.*, p. 121.

29 أقرّ المجلس الدستوري في هذا الرّأي في معرض التّبيّن من دستورية إجراءات المصادقة على المشروع المعروض أنّه "وحيث صادق مجلس النواب على النصّ المؤخّذ في جلسته المنعقدة بتاريخ 14 ماي/ أيار 2007، كلّ ذلك مع مراعاة الإجراءات والأجل المقرّرة بالفصل 33 من الدستور وتلك المنصوص عليها بالقانون الأساسي عدد 48 لسنة 2004 المؤرّخ في 14 جوان/ حزيران 2004 المتعلّق بتنظيم عمل مجلس النواب ومجلس المستشارين وعلاقتها ببعضها، وحيث تكون بذلك إجراءات المصادقة مستوفية للمقتضيات الدستورية والقانونية"، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 45، 5 جوان/ حزيران 2007، ص. 1978.

30 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 57، 19 جويلية/ تموز، 2005، ص. 1866.

مشروع قانون يتعلّق بتنقيح وإتمام بعض أحكام المجلّة التجاريّة أين تثبّت المجلس بشأن مختلف الفصول في أنّ الأحكام المعنيّة «تتوافق مع ما جاء بالقانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرّخ في 27 جويلية/ تموز 2004» المتعلّق بحماية المعطيات الشخصيّة³¹.

وقد أثيرت مسألة العلاقة الهرميّة بين القوانين الأساسيّة والعادية تحت طائلة دستور 2014 أمام الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين التي تناولت مسألة العلاقة بين الصّنفين من القوانين من جانبيين: أوّلا من جانب توازي الشكليّات، وثانيا من جانب العلويّة. فأما بالنّسبة إلى الجانب الأوّل، فإنّ فقه قضاء الهيئة يرتّب الآثار الإجرائيّة عندما تُعرض عليه أحكام يتّصل موضوعها بمجال القوانين الأساسيّة، من ذلك مثلا أنّها أقرّت في قرارها عدد 04 / 2015 أنّه لا يجوز أن يتعرّض مشروع قانون الماليّة إلى عفوهم مخالفات صرف «يرد أن تتصل بمكاسب يمكن أن يتأتى مصدرها من انتهاكات تتعلّق بالفساد المالي والاعتداء على المال العام وتدخل بالتالي تحت طائلة أحكام القانون الأساسي السالف الذكر وخاصة الفصل 45 منه والذي لا يستقيم تعديله بقانون الماليّة لكونه قانونا عاديا احتراماً لمبدأ توازي الشكليات الواجب مراعاته بمناسبة تعديل القوانين عند الاقتضاء حسب دلالة الفصل 64 من الدستور»³². وأما فيما يتعلّق بالعلويّة، فإنّ قرارات الهيئة تبرز إقرارا بوجود علاقة هرميّة بين القوانين الأساسيّة والقوانين العادية مثلما يعكسه قرارها عدد 1 / 2019 بتاريخ 26 أفريل/ نيسان 2019، حيث اعتبرت أنّ «مشروع القانون المائل ينتمي إلى صنف القوانين العادية ولا ينطوي على خرق لمبدأ هرمية القواعد القانونية طالما أنه لا يتعارض مع أحكام القانون الأساسي المتعلّق بالمجلس الأعلى للقضاء الذي اقتصر في الفصل 59 منه على التنصيص على مطالب الإحالة على التقاعد المبكّر دون أن يشمل بقية المسائل الأخرى المتعلّقة بالضمان الاجتماعي على المعنى الوارد في الفصل 65 من الدستور ولا يتضمن استحداث نظام تقاعد خاص بالقضاة»³³. كما أقرّت في قرارها عدد 2 / 2019 المؤرّخ في 27 ماي/ أيار 2019 والمتعلّق بالطعن في دستوريّة مشروع القانون عدد 22 / 2019 المتعلّق بتحسين مناخ الاستثمار أنّ الفصل 65 من الدستور اقتضى أن تتخذ شكل قانون أساسي المسائل المتعلّقة بالسلطة المحليّة، غير أنّه بالنظر إلى أن اللّزمات التي تبرمها الجماعات المحليّة خاضعة للنصوص الترتيبية الجاري بها العمل فيما لا يتعارض مع مبدأ التّدبير الحرّ بما في ذلك القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرّخ في 1 أفريل/ نيسان 2008 المتعلّق بنظام اللّزمات طبق الفصل 84 من القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي/ أيار 2018 المتعلّق بمجلّة الجماعات المحليّة، فإنّ ذلك اقتضى ملاءمة هذا القانون مع أحكام القانون الأساسي للجماعات المحليّة»³⁴.

31 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 45، 5 جوان/ حزيران 2007، ص. 1943-1944 و 1947.

32 قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين في القضية عدد 04 / 2015 بتاريخ 22 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015 المتعلّق بمشروع قانون الماليّة لسنة 2016، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 103، 25 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015، ص. 3555.

33 قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين عدد 1 / 2019 بتاريخ 26 أفريل/ نيسان 2019 يتعلّق بدستوريّة مشروع القانون عدد 24 / 2019 المتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 12 لسنة 1985 المؤرّخ في 5 مارس/ آذار 1985 المتعلّق بنظام الجرايات المدنيّة والعسكرية للتقاعد وللباقيين على قيد الحياة في القطاع العمومي، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 35، 30 أفريل/ نيسان 2019، ص. 1390.

34 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 45-46، 4-7 جوان/ حزيران 2019، ص. 1728.

الحديث عن ملاءمة القوانين العادية مع القوانين الأساسية يكرّس إذن علاقة هرمية بين الصّنفين رتب عليها القاضي الدستوري آثارا في منهج الرّقابة التي يمارسها على دستورية مشاريع القوانين العادية التي تعرض عليه بما أنّ القوانين الأساسية تُدرج في قواعده-المرجع *normes de référence*، وهذا يزوّد القوانين الأساسية بشرعية معززة تثبت أهمية إيلاء عملية سنّ القوانين الضابطة للحريات العناية الكافية مثلما لمسناه في رأي المجلس الدستوري -تحت طائلة دستور 1959- عدد 35-2006 بخصوص مشروع القانون المتعلّق بتتقيح وإتمام بعض أحكام المجلّة التجاريّة المذكور أعلاه، أين كان القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرّخ في 27 جويلية/ تموز 2004 المتعلّق بحماية المعطيات الشخصية «قاعدة-مرجعا» في مراقبة دستورية مشروع القانون المتمّم للمجلّة التجاريّة. وهذه العلوية تفرض التزاما على المشرّع العادي باحترام المقتضيات الواردة في القوانين الأساسية التي تقرّ الحدود المضروبة على الحريات أو تفصلها. لكن الشرعية المعززة التي تتمتع بها القوانين الأساسية المتصلة بالحريات بصفة مبدئية طالما كان ذلك مناطها حسب الفصل 65 يمكن أن ترتقي، استثنائيا، إلى شرعية محصنة إذا ما قرّر رئيس الجمهورية عرض المشاريع المتصلة بها على الاستفتاء.

ب- الشرعية المحصنة

ينصّ الفصل 82 من الدستور على ما يلي: « لرئيس الجمهورية، استثنائيا، خلال أجل الرد، أن يقرر العرض على الاستفتاء مشاريع القوانين المتعلقة بالموافقة على المعاهدات، أو بالحريات وحقوق الإنسان، أو بالأحوال الشخصية، والمصادق عليها من قبل مجلس نواب الشعب. ويعتبر العرض على الاستفتاء تحليًا عن حق الرد. وإذا أفضى الاستفتاء إلى قبول المشروع، فإن رئيس الجمهورية يختمه ويأذن بنشره في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ الإعلان عن نتائج الاستفتاء.

ويضبط القانون الانتخابي صيغ إجراء الاستفتاء والإعلان عن نتائجه».

يكرّس هذا الفصل خيار المؤسسين في تزويد رئيس الجمهورية بصلاحيّة هامة تجعله في حوار مباشر مع صاحب السيادة بشأن مشروع قانون يعترض عليه رئيس الجمهورية وخير التخلّي عن ممارسة حقّ الرد بشأنه، طالبا التحكيم بينه وبين البرلمان الذي صادق على المشروع وبين الحكومة التي بادرت به³⁵. وقد نزلت الأستاذة سلسبيل القليبي استعمال هذه الآلية في إطار أزمة سياسية قدرّ الرئيس فيها عدم جدوى استعمال حقّ الفيتو بشأن مشروع قانون حاز على أغلبية واسعة وخير الاحتكام للشعب مخمّنًا قطيعة بين هذا الأخير ومثليه ممّا يدعم احتمال رفض الشعب لمشروع قانون صوت عليه البرلمان أو متأكّدًا من إمكانية الحصول على

KLIBI (S.) « Séparation et équilibre des pouvoirs dans la Constitution », in. *La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, p. 512, disponible au lien suivant : <https://www.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/42%20S%C3%A9paration%20et%20C3%A9quilibre%20des%20pouvoirs%20dans%20la%20Constitution.pdf>

رفض شعبي للقانون عبر حملة ممنهجة للغرض³⁶. والمسألة غير هيّنة بالنظر إلى طبيعة مشاريع القوانين المعنيّة بالصلاحيّة الممنوحة لرئيس الجمهورية والتي تدخل كلّها في مجال القانون الأساسي وهي مشاريع القوانين المتعلقة بالموافقة على المعاهدات، أو بالحريات وحقوق الإنسان، أو بالأحوال الشخصية وهي مواضيع ذات حمولة أيديولوجية حمّالة للانقسامات وقد تحدث نزاعاً بين رئيس الجمهورية ومجلس نواب الشعب «إذا لم يكونا من نفس التوجّه السياسي»³⁷. وبالتالي ما سيحسم الصّراع بشأن مشاريع قوانين هامة تهتمّ الحريات هو الاحتكام إلى الشعب مع كلّ ما يحمله الاستفتاء من انزلاقات واحتمالات لتحوّله إلى وسيلة لإضفاء المشروعيّة على الطرف المنتصر في الصّراع. ضف إلى ذلك التساؤل عن إمكانية إثارة نزاع دستوري بالنسبة إلى مشاريع القوانين المصادق عليها عن طريق الاستفتاء وهذا ما يهّمنا في هذه الدراسة لأنّ احتمال تحصين هذه المشاريع من إمكانية رقابة الدستورية السابقة، على الأقلّ، قد يشكّل خطراً على الحريات في صورة التطبيق غير الوجيه لأحكام الفصل 49.

وإذ نتعرّض إلى احتمال تحصين القوانين الاستثنائية من رقابة الدستورية على مشاريع القوانين، فإننا لا نقصد بذلك مرحلة ما قبل العرض على الاستفتاء أي في المدة الفاصلة بين تاريخ المصادقة والعرض على رئيس الجمهورية قصد الختم، لأنّها المدة التي تفتح فيها آجال الطّعن في الدستورية ثمّ بانقضائها أجل ممارسة حق الردّ حسب مقتضيات الفصل 81 من الدستور³⁸. وبقطع النظر عن الواجهة السياسيّة لعرض مشروع قانون صرّح القاضي بدستوريته على الاستفتاء، فإنّ التّحصين من الرّقابة على الدستورية يهّم مشاريع القوانين التي عرضت على الاستفتاء وتمّ قبولها. ونطرح التساؤل عن إمكانية الطّعن فيها من عدمها في صمت الدستور والقانون المنظّم للمحكمة الدستورية عن المسألة.

فأمّا بالنسبة إلى الدستور، لا يبدو أنّ مشاريع القوانين الاستثنائية بعد قبولها من قبل الشعب مشمولة بمقتضيات الفصل 120 من الدستور في مطّته الأولى التي تنصّ على ما يلي: «تختصّ المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية:

- مشاريع القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين عضواً من أعضاء مجلس نواب الشعب يُرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة المجلس على مشروع

36 نفسه، ص. 512.

37 نفسه، ص. 512. الترجمة لنا.

38 يسمح الفصل 81 من الدستور بالتمييز في أجل ممارسة حقّ الردّ بين عدّة فرضيات متّصلة بالطّعن في الدستورية: *في صورة عدم الطّعن بعدم الدستورية، يقع الردّ في أجل خمسة أيام من انقضاء أجل الطّعن طبقاً للمطّته الأولى من الفصل 120 من الدستور (أي أجل سبعة أيام من تاريخ المصادقة على مشروع القانون). *في صورة وجود طعن بعدم الدستورية يتّجه التمييز بين حالتين: -عند صدور قرار بالدستورية يمارس الردّ في أجل خمسة أيام من صدور هذا القرار (حسب الفصل 121 من الدستور في فقرته الأولى تصدر المحكمة الدستورية قرارها في أجل خمسة وأربعين يوماً من تاريخ الطّعن بعدم الدستورية). -في صورة انقضاء أجل الخمسة وأربعين يوماً دون إصدار المحكمة لقرارها وقيامها بالإحالة الوجوبية إلى رئيس الجمهورية، يمكنه ممارسة الردّ في أجل خمسة أيام أيضاً من تاريخ الإحالة الوجوبية.

القانون أو من تاريخ مصادقته على مشروع قانون في صيغة معدلة بعد أن تمّ ردّه من قبل رئيس الجمهورية». ففرضية الطّعن في دستورية مشاريع القوانين بعد عرضها على الاستفتاء غير واردة بالمرة في ترتيب الآجال. وهو ما تؤكّده الفقرة الأولى من الفصل 45 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015 والمتعلّق بالمحكمة الدستورية الذي ينصّ على أنّ «الرئيس الجمهورية أو لرئيس الحكومة أو لثلاثين نائبا على الأقل بمجلس نواب الشعب، رفع الطّعن بعدم دستورية مشاريع القوانين في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة مجلس نواب الشعب على مشروع القانون في صيغة أولى أو من تاريخ مصادقته عليه في صيغة معدلة بعد ردّه»³⁹، فلا تنصيص يذكر على إمكانية الطّعن في مشاريع القوانين بعد موافقة الشعب عليها عن طريق الاستفتاء⁴⁰.

حُصّنت إذن مشاريع القوانين التي يوافق عليها الشعب عن طريق الاستفتاء من رقابة دستورية مشاريع القوانين ومن الصّعب في تقديرنا أن نعتبر عدم تنظيم المسألة في الدستور والقانون الأساسي المنظّم للمحكمة الدستورية صمتا قابلا للتأويل نظرا للصياغة الضيقة لترتيب الآجال وتحديد موضوع الطّعن يصعب معها استنتاج العكس فيما عدا مشاريع قوانين الموافقة على المعاهدات التي يمكن أن تُعرض على الاستفتاء في المطّة الثالثة من الفصل 120 الذي يدرج في اختصاص المحكمة الدستورية «المعاهدات التي يعرضها عليها رئيس الجمهورية قبل ختم مشروع قانون الموافقة عليها». فهل يمكن أن يطعن رئيس الجمهورية في دستورية مشروع قانون موافقة على معاهدة بعد قبوله من قبل الشعب الذي حكّمه عن طريق الاستفتاء وقبل أن يختمها ويخاطر بزعزعة المشروعية التي تضمنها الموافقة الشعبية؟ لا يوجد بالدستور ما يمنع صراحة هذه الفرضية رغم عدم احتماليتها.

وفي الواقع، يرتبط تكريس عدم اختصاص القاضي الدستوري في مراقبة دستورية مشاريع القوانين الاستثنائية باعتبار هذه الأخيرة تعبيراً مباشراً عن إرادة صاحب السيادة، وهي الحجّة الأساسية التي قدّمها المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 6 نوفمبر/ تشرين الثاني 1962 حول القانون المتعلّق بانتخاب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع العام والمباشر الذي صادق عليه الشعب عن طريق الاستفتاء المنظّم بتاريخ 28 أكتوبر/ تشرين الأوّل 1962، حيث رفض المجلس الدستوري النّظر في الدستورية لعدم الاختصاص استناداً إلى أنّ اختصاصه محدّد حصرياً بالدستور والقانون المنظّم له مضيفاً أنّه «وإن كان الفصل 61 من الدستور يسند للمجلس مهمة تقدير مطابقة القوانين الأساسية والعادية للدستور ... دون تحديد إن كان هذا الاختصاص ينسحب على كلّ النصوص ذات الصبغة التشريعية، سواء تلك التي صادق عليها الشعب عن طريق الاستفتاء أو تلك التي صوّت عليها البرلمان، أو يقتصر على هذه الأخيرة، فإنّه يُستنتج من

39 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 98، 8 ديسمبر/ كانون الأوّل 2015، ص. 3382.

40 يجدر الذكر أنّه تمّ اعتماد نفس الخيار بالنسبة إلى القاضي الدستوري المؤقت بما أنّ الفصل 18 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 مؤرخ في 18 أبريل/ نيسان 2014 المتعلّق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين ينصّ على ما يلي: "تنظر الهيئة في دستورية مشاريع القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين نائبا على الأقل يرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة المجلس على مشروع القانون المطعون فيه أو الطعون في أحد أحكامه"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 32، 22 أبريل/ نيسان 2014، ص. 1013.

روح الدستور - الذي جعل من المجلس الدستوري هيكلًا تعديليًا لعمل السلطات العمومية - أن القوانين التي عنها في الفصل 61 هي القوانين التي صوت عليها البرلمان فحسب ولم يقصد البتة القوانين التي بمصادقة الشعب عليها إثر استفتاء تشكّل التعبير المباشر لسيادة الأمة⁴¹. وقد استنتج الأستاذ دومينيك روسو من هذا التعليل «أنه بقطع النظر عن حجج المجلس... فإن قراره يستند إلى اعتبار سياسي بسيط وبديهي: في الديمقراطية، الشعب هو صاحب السيادة وتصويته يلزم الجميع دون رقابة ممكنة»⁴².

لكن هذا التحليل الذي ينسحب على منظومتنا الدستورية يؤدي بنا إلى مازق العلاقة الهرمية بين القوانين الاستثنائية والقوانين البرلمانية بحيث لا يكون معيار التسلسل الهرمي هو مجال القانون - أساسي أو عادي - بل طريقة المصادقة عليه، أي بين «التعبيرات المباشرة وغير المباشرة للسيادة»⁴³ والتي تؤدي إلى استنتاج علوية القوانين الاستثنائية على القوانين البرلمانية طالما أن الأولى محصنة ضد رقابة الدستورية وهو ما يقتضي منطقيًا ترتيب الآثار على هذه العلوية من حيث تعديل القوانين الاستثنائية. ف«الشعب المزود بسطات السيادة أعلى من أي سلطة أخرى في الدولة، وهو من هذا المنطلق الوحيد القادر على مراجعة الإرادة التي عبر عنها عن طريق الاستفتاء»⁴⁴، وهو ما يجب أن يؤدي إلى اعتبار أن القوانين التي يصادق عليها عن طريق الاستفتاء لا تعدل أو تلغى إلا عن طريق الاستفتاء. غير أنه إذا بقينا في إطار المثال الفرنسي، سنلاحظ أن فقه قضاء المجلس الدستوري ذاته يكرس نوعًا من «المفارقة»⁴⁵ لأنه رغم رفضه النظر في دستورية القوانين الاستثنائية لتعبيرها مباشرة عن إرادة صاحب السيادة، اعتبر في قرار صادر بتاريخ 9 جانفي / كانون الثاني 1990 «أن مبدأ سيادة الأمة لا يقف البتة حاجزًا أمام تولي المشرع في إطار ممارسة الاختصاص المحمي بمقتضى الفصل 34 من الدستور تنقيح الأحكام التشريعية السابقة أو إتمامها أو إلغاؤها ولا يهّم في هذا الإطار إن كانت الأحكام المنقحة أو المتّمة أو الملغاة أو الواردة في قانون صوت عليه البرلمان أو تمت المصادقة عليه عن طريق الاستفتاء»⁴⁶. فيبدو أن هناك تمييز واضح بين قابلية خضوع القوانين الاستثنائية لمراقبة الدستورية وبين إمكانية تنقيحها أو إلغاؤها. ولا أدل على ذلك أن المجلس الدستوري رفض الرقابة اللاحقة على القوانين الاستثنائية في إطار

Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, considérant n°2, *JORF*, 7 novembre 1962, page 10778, disponible au lien suivant:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000017665198> التّرجمة لنا.

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 7ème édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 214. التّرجمة لنا. 42

HAMON (L.) « Note sous décision n° 62-20 DC », *Dalloz*, 1963, n°s.n., p. 399. التّرجمة لنا. 43

PREVOST (J.-F.) « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *RDJ*, 1977, p. 19. التّرجمة لنا. 44

NIVERT (N.) « Le statut de loi référendaire à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité: contradictions et perspectives », *RJOI*, 2010, n°10, p. 127. التّرجمة لنا. 45

Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, considérant n°8, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1990/89265DC.htm> التّرجمة لنا. 46

المسألة الدستورية ذات الأولوية معيدا تقريبا نفس التعليل الوارد بقرار 1962 المذكور أعلاه⁴⁷.

ودون أن يتعلّق الأمر بإسقاط جدل فرنسي-فرنسي على منظومتنا الدستورية، فإنّ الإشكاليات المطروحة في علاقة برقابة الدستورية هي نفسها طالما كانت الخيارات التأسيسية متقاربة ولذلك يمكن القانون المقارن من استقراء للمخاطر المحيطة بإمكانية عرض مشاريع القوانين المتصلة بالحريات على الاستفتاء خارج رقابة القاضي الدستوري. فعلاوة على المخاطر المرتبطة بشخصنة الاستفتاء والانزلاق إلى تحويله إلى وسيلة لإضفاء المشروعية على الحكم وإمكانية التلاعب بإرادة الناخبين عبر الحملات الموجهة وطرح الأسئلة المتعددة أو التي تحمل معنيين أو الأسئلة غير الدقيقة⁴⁸، فإنّ جعل الحريات الموضوع الأساسي لصلاحيّة العرض على الاستفتاء شديدة الخطر على الحريات لأنّها ستكون رهينة «نزوات الأغلبية»⁴⁹ ومن يتقلّد أيضا منصب رئيس الجمهورية. ويمكن أن نستأنس بعدة أمثلة من القانون المقارن استعمل فيها الاستفتاء للتضييق على الحريات كما في الولايات المتحدة الأمريكية أين تمّ تنظيم عدّة استفتاءات في الستينات من القرن الماضي ضدّ التوزيع العادل للمساكن بين البيض والسود (anti-fair housing) تمت المصادقة عليها في 90٪ من الحالات، وكذلك الاستفتاءات ضدّ حقوق المهاجرين غير الشرعيين والمثليين الجنسيين⁵⁰. ويمكن أن يكون الاستفتاء أو مؤسسات الديمقراطية المباشرة عائقا أمام دعم الحقوق الأساسية بالنظر إلى الطابع المحافظ لبعض المناطق مثلما كان الأمر في 1989 في بعض المقاطعات السويسرية التي رفضت فيها جمعية الشعب (landsgemeinde) الاعتراف بحق الاقتراع للمرأة⁵¹.

وبالتالي لا يبدو من الوجيه تعريض الحريات لتقلبات الرأي العام خاصّة في غياب الضمانات القضائية. فكما يقول الأستاذ دومينيك روسو: «حتى لا تصبح مستبدّة، يجب أن تكون قوّة القاعدة المستندة إلى سلطة الاقتراع متوازنة مع قوّة الحقوق الأساسية المستندة بالأساس إلى سلطة»⁵². ونفهم إذن استثناء الحقوق والحريات من مجال الاستفتاء في عدّة دساتير من ذلك دستور سلوفاكيا المؤرخ في 3 سبتمبر/أيلول 1992 الذي ينصّ في الفقرة الثالثة من فصله الـ93 على ما يلي: «الحقوق والحريات الأساسية والضرائب وميزانية

Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie (Loi adoptée par référendum- 47 Droit du travail en Nouvelle-Calédonie), considérants n°7 et 8, *JORF*, 27 avril 2014, p. 7360, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000028903498>

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *Revue française de 48 droit constitutionnel*, 2003/1, n°53, p. 82.

49 نفسه، ص. 87. الترجمة لنا.

50 عدّة أمثلة عن هذه الاستفتاءات واردة في المقال التالي:

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *op. cit.*, pp. 79-80.

51 عن مثال مقاطعة landsgemeinde du canton d'Appenzel Rhodes intérieures أنظر:

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), *op. cit.*, p. 80.

ROUSSEAU (D.) « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *La Revue administrative*, 1998, 52 n° 301, pp. 202-203. الترجمة لنا.

الدولة لا يمكن أن تكون موضوع استفتاء»⁵³، أو إحاطة الاستفتاء بضمانات قضائية مسبقة مثلما هو الشأن بالنسبة إلى الدستور البرتغالي المؤرخ في 2 أفريل/ نيسان 1976 الذي ينص في الفقرة الثامنة من الفصل 115 على أن «رئيس الجمهورية يعرض وجوبا على رقابة الدستورية والشرعية المسبقة مشاريع الاستفتاء التي تحال له من قبل المجلس التيابي أو الحكومة»⁵⁴.

لا يتعلّق الأمر في الحقيقة بالوصم الآلي للشعب الذي «يمكن أن يكون أكثر حكمة من ممثليه»⁵⁵، وهو ما يبرزه مثلا الاستفتاء الدستوري في إيرلندا في 25 ماي/ أيار 2018 حيث وافق الشعب بنسبة 66,4% على إلغاء التعديل الدستوري الثامن المؤرخ في 7 أكتوبر/ تشرين الأول 1983 الذي يكرّس حقّ الجنين في الحياة (في الفصل 40، فقرة 3-3 من دستور 1 جويلية/ تموز 1937)⁵⁶ ويمنع بالتبعية الإجهاض⁵⁷. لكنّ القول أنّ تقاطع صلاحية عرض مشاريع قوانين على الاستفتاء في مجال الحريات وغياب إمكانية رقابة دستوريّتها قد يشكّل خطرا على الحريات، لأنّه في غياب الرقابة الوجودية على الدستورية في تونس، قد تفلت مشاريع القوانين المعنية في طور المصادقة من قبل مجلس نواب الشعب من الرقابة إذا لم تتم إثارة دعوى في شأنها، ولن تتمكن المحكمة الدستورية من مراقبتها بعد طور العرض على الاستفتاء. فالفصل 82 من الدستور كأنّه بُني على «قرينة دستورية» مشروع القانون المعني بالعرض على الاستفتاء الذي يرتبط كما ذكرنا أعلاه بمقصد سياسي بما أن له تقريبا نفس معنى الردّ. وعدم تكريس ولاية القاضي الدستوري على مشاريع القوانين الاستثنائية بعد موافقة الشعب عليها مع احتمال إفلاتها قبل ذلك الطور تماما من رقابته يحدث في تقديرنا تشويشا غير محمود على الفصل 49 وعلى المنظومة الدستورية للحريات ككلّ.

وماذا لو قرّر رئيس الجمهورية عرض مشروع قانون مصادقة على مرسوم يحدّ من الحريات على الاستفتاء، بطريقة تثبت مرسوما تمّ بعد تطبيقه؟

ج - الشرعية المؤجّلة أو خطورة نصوص العجلة على الحريات الفردية

كنّا قد تعرّضنا إلى المراسيم في تقاطعها مع الحالة الاستثنائية ولكننا سنتعرّض لها في هذا الجزء من التحليل من منظور الاختصاص. ولوضوح التحليل، سنذكر بمقتضيات الفصل 70 من الدستور التونسي الذي ينصّ على ما يلي: «في حالة حلّ مجلس نواب الشعب، يمكن لرئيس الجمهورية إصدار مراسيم بالتوافق مع رئيس الحكومة تُعرض على مصادقة المجلس في الدورة العادية التالية.

53 الترجمة لنا. Texte disponible au lien suivant: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/sk1992.htm>

54 الترجمة لنا. Texte disponible au lien suivant: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1976a.htm>

55 الترجمة لنا. FATIN-ROUGE STEFANINI(M.), *op. cit.*, p. 80.

56 بخصوص نصّ الدستور الإيرلندي المؤرخ في 1 جويلية/ تموز 1937 وتعديلاته، أنظر:

<https://mjp.univ-perp.fr/constit/ie1937.htm>

57 «Irlande: un référendum exemplaire», 27 mai 2018, disponible au lien suivant: https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/27/irlande-un-referendum-exemplaire_5305276_3232.html

يمكن لمجلس نواب الشعب بثلاثة أحماس أعضائه أن يفوض بقانون لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين ولغرض معين إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم تدخل في مجال القانون تُعرض حال انقضاء المدة المذكورة على مصادقة المجلس.

يستثنى النظام الانتخابي من مجال المراسيم».

وباستثناء النظام الانتخابي من مجال المراسيم، يجوز أن تُتخذ هذه الأخيرة فيما عدا ذلك من المواد بما فيها مجال الحريات طبقاً للفصل 49 من الدستور. ونذكر بأن المراسيم سواء كانت أثناء حلّ مجلس نواب الشعب أو بناء على تفويض هذا الأخير، هي نصوص تشريعية من الناحية المادية لا من الناحية الإجرائية إذ لا تمر عبر الإجراءات التشريعية من حيث المداولة والإصدار، فبمجرد صياغتها ونشرها من قبل رئيس الجمهورية تصبح سارية المفعول⁵⁸.

ولصنف المراسيم في إطار دستور 2014 مقصداً مختلفان، فالمراسيم بناء على تفويض من مجلس نواب الشعب تبرر بضرورة المواجهة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية لموضوع يدخل في مجال القانون⁵⁹، وهذا الخرق لمبدأ الفصل بين السلط الذي يستثنى المراسيم من إجراءات المداولة التشريعية - إذ يتداول بشأنها في مجلس الوزراء - وإجراءات المصادقة، يفسر الاحتياطات والضوابط الموضوعية من حيث الزمن أولاً بما أنّ التفويض بقانون لا يتم إلاّ لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين وضوابط من حيث الموضوع بما أنّ التفويض لا يكون إلاّ لغرض معين، هذا فضلاً عن الإجراءات الخاصة بالتفويض بقانون بما أنّه يشترط أغلبية معززة للمصادقة وهي أغلبية 3/5 مجلس نواب الشعب، كما تعرض المراسيم حال انقضاء المدة المذكورة على مصادقة المجلس. فالإذن الممنوح لرئيس الحكومة من قبل السلطة التشريعية للتدخل في اختصاصها يحاط بضوابط أكثر صرامة من تلك المشترطة بالنسبة إلى المراسيم أثناء حلّ مجلس نواب الشعب أي «المراسيم المتخذة (من قبل رئيس الجمهورية) لضمان استمرار الدولة»⁶⁰، إذ لم يتم وضع قيد من حيث الموضوع ولا من حيث الزمن ولا من حيث إجراءات المصادقة لوجود استحالة مادية لاتخاذ قانون تفويض. فهناك فقط شرطان، شرط مسبق هو التوافق بين رئيس الدولة ورئيس الحكومة عند اتخاذ المراسيم، وشرط لاحق هو العرض على المصادقة في الدورة العادية التالية للمجلس النيابي. فالهدف هو ضمان استمرار الدولة بتفادي تعطل العمل التشريعي أثناء الفترة الفاصلة بين حلّ مجلس نواب الشعب وانتخاب المجلس الجديد⁶¹.

فالمراسيم إذن هي نصوص الضرورية، لكنّ إجراءاتها تختلف باختلاف مقاصدها وبحسب إن كان صاحب الاختصاص الأصلي في وضع انعقاد أو منحللاً، بحيث أنّها تبرر بضرورة الاستعجال والتأكد في الصنف

58 بوعوني (ال)، المرجع سابق الذكر، ص. 336.

59 نفسه، ص. 337.

60 نفسه، ص. 338.

61 نفسه، ص. 338.

الأول وبضرورة سد الفراغ التشريعي في الصنف الثاني. ولكن كلا الصنفين المتدخلين في مجال القانون الوارد في الفصل 65 من الدستور في استثناء للفصل الوظيفي بين السلط يمكنها التدخل في مجال الحريات، بطريقة تحيد إلى حد ما عن مقاصد التحفظ التشريعي في مجال الحريات، إذ يرتبط هذا التحفظ بضرورة حماية الحقوق والحريات من التدخل الاعبباطي للسلطة التنفيذية حيث يعدّ تدخل المشرع ضماناً ضد هذه الاعبباطية. وبالتالي، ورغم الضمانات السابقة لا تُتخذ المراسيم في الصنف الأول - والتي يتخذها رئيس الحكومة عبر قانون التفويض - واشترط أغلبية معززة للمصادقة عليه وشرط مدة الشهرين و«الغرض المعين» ثم الضمانات اللاحقة عبر عرض المراسيم المذكورة على مصادقة المجلس لتكتسب الصبغة التشريعية بصفة رجعية، إلا أنّ التأطير القانوني للمراسيم في تونس يعتره شيء من عدم الوضوح قد يؤثر على محتوى المراسيم وعلى الضمانات الدستورية للحريات.

فيمكن أن ننعى على المشرع الدستوري «اقتصاداً» مبالغاً فيه في توضيح نظامها القانوني فلا يوضح الفصل 70 طبيعة المصادقة خاصة وأنّ المصادقة قد تكون صريحة إذا وردت عبر قانون أو صراحة للغرض أو ضمنية عبر الإشارة إليه أو تنقيح ما ورد به من أحكام بقانون لاحق⁶²، وهي إمكانية لم يمنعها الفصل 70 الذي وردت فيه عبارة «المصادقة» مطلقة. كما لم يوضح الفصل 70 منزلة المراسيم ومآلها في صورة عدم المصادقة اللاحقة عليها أو إحجام السلطة التنفيذية عن إيداع مشروع قانون المصادقة وهذا خلافاً للفصل 38 من الدستور الفرنسي⁶³.

62 الضيف (أ)، سابق الذكر، ص. 346.

63 قبل تعديل الفصل 38 من الدستور الفرنسي، كان المجلس الدستوري الفرنسي قد أقر اختصاصه في النظر في "في مطابقة المصادقة الضمنية للمشرع لأحكام مرسوم 1 ديسمبر/ كانون الأول 1986 للدستور" مضيفاً: "وحيث أنه لا مانع مبدئياً من أن تترتب المصادقة على كل أو بعض أحكام المراسيم المشار إليها بالفصل 38 عن قانون لا تكون المصادقة موضوعه المباشر لكنه يفترضها بالضرورة، وأنه إذا تمّ تعهيد المجلس الدستوري بقانون من هذه الطبيعة يعود له التصريح بما إذا كان القانون يتضمّن فعلاً المصادقة على كل أحكام المرسوم المعني أو بعضها وإن كان كذلك التصريح بمطابقة الأحكام التي أضفت عليها المصادقة قيمة تشريعية للدستور".

Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, considérants n°11 et 24, disponible au lien suivant :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm>. الترجمّة لنا.

تمّ عدّل الفصل 38 من الدستور الفرنسي بالقانون الدستوري عدد 724-2008 المؤرخ في 23 جويلية/ تموز 2008، ينص على التالي: "يمكن للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان الترخيص بأن تتخذ في شكل مراسيم ولمدة محدّدة التدابير التي تدخل مبدئياً في مجال القانون. وتتخذ المراسيم في مجلس الوزراء بعد رأي مجلس الدولة وتدخل حيّز النفاذ من تاريخ نشرها لكن تسقط في صورة عدم إيداع مشروع قانون المصادقة أمام البرلمان قبل التاريخ المحدّد في قانون التفويض. ولا يمكن المصادقة عليها إلا بطريقة صريحة. وبانقضاء الأجل المذكور في الفقرة الأولى من هذا الفصل، لا يمكن تنقيح المراسيم في المواد التي تدخل في مجال القانون إلا بقانون".

Constitution du 4 octobre 1958, Version consolidée au 9 mai 2020, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194&dateTexte=20200509>

الترجمّة لنا.

أنظر في هذا الشأن:

VERPEAUX (M.) « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, Dossier: Loi et règlements, Janvier 2006, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions-de-nomination/les-ordonnances-de-l-article-38-ou-les-fluctuations-controlees-de-la-repartition-des-competences>

أنظر أيضاً: الضيف (أ)، سابق الذكر، ص. 341.

ومن ناحية أخرى، تعدّ المراسيم نصوصاً في منزلة بين منزلتين، «الحدود بشأنها متحركة بين النصوص الترتيبية والقوانين»⁶⁴، وهذا ما يضعف إلى حدّ ما الضمانات الإجرائية والقضائية التي يجب أن تُحاط بالنصوص المتصلة بالحريات.

لنلاحظ أولاً ومن حيث الإجراءات أنّ المراسيم لم تحظ لا بإجراءات النصوص ذات الصبغة الترتيبية التي تعلوها في سلّم القواعد القانونية ولا بإجراءات النصوص ذات الصبغة التشريعية. فبالنظر إلى الأولى، وخلافاً للأوامر الحكومية الترتيبية المنصوص عليها بالمطّين الأولى والثالثة من الفصل 92 من الدستور⁶⁵ والتي يشترط فيها وجوباً مداولة مجلس الوزراء وإعلام رئيس الجمهورية، فإنّ المراسيم لا تخضع وجوباً إلى هذه الإجراءات كما لا تُستشار بشأنها المحكمة الإدارية خلافاً لمشاريع الأوامر الحكومية الترتيبية. ومن ناحية أخرى، تُعفى من المداولة التشريعية، وهو ما يعني إعفاء مبدئياً من مقتضيات المسار التشريعي ككلّ بما في ذلك استشارة بعض الهيئات التي تفرزها بعض النصوص بشأن بعض مشاريع القوانين - والتي تهمّ بالضرورة الحريات - من ذلك استشارة هيئة حقوق الإنسان⁶⁶ وهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد⁶⁷ والمجلس الأعلى للقضاء⁶⁸. فلا الدستور ولا النصوص المنظمة لهذه الهيئات ذكرت المراسيم ضمن النصوص الخاضعة إلى استشارتها الوجوبية، وهذا مفهوم إلى حدّ ما بالنظر إلى الطبيعة الاستثنائية والاستعجالية للمراسيم، وإن كان منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرخ في 17 مارس/آذار 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع

64 الترجمة لنا (M.), VERPEAUX

64

65 ينصّ الفصل 92 من الدستور في المطّين الأولى والثالثة على ما يلي: "يختصّ رئيس الحكومة بـ:

- إحداث وتعديل وحذف الوزارات وكتابات الدولة وضبط اختصاصاتها وصلاحياتها بعد مداولة مجلس الوزراء، (...)

- إحداث أو تعديل أو حذف المؤسسات والمنشآت العمومية والمصالح الإدارية وضبط اختصاصاتها وصلاحياتها بعد مداولة مجلس الوزراء، باستثناء الرجعة إلى رئاسة الجمهورية فيكون إحداثها أو تعديلها أو حذفها باقتراح من رئيس الجمهورية، ...

ويعلم رئيس الحكومة رئيس الجمهورية بالقرارات المتخذة في إطار اختصاصاته المذكورة".

66 ينصّ الفصل 128 من الدستور على الاستشارة الوجوبية لهيئة حقوق الإنسان في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها وهو ما أكدّه الفصل 12 من القانون الأساسي عدد 51 لسنة 2018 المؤرخ في 29 أكتوبر/تشرين الأول 2018 والمتعلّق بهيئة حقوق الإنسان الذي ينصّ على التالي:

"- تستشار الهيئة وجوباً في مشاريع القوانين المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات. وتبدي رأياً في أجل أقصاه شهر من تاريخ توصلها بالملف. كما يمكن استشارتها في جميع مشاريع النصوص القانونية الأخرى.

ويمكن استشارة الهيئة فيما يتعلق بالتدابير ذات العلاقة بمجال حقوق الإنسان والحريات"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 89، 6 نوفمبر/تشرين الثاني 2018، ص. 4639.

67 ينصّ الفصل 130 من الدستور على الاستشارة الوجوبية لهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها وهو ما أكدّه الفصل 9 من القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 مؤرخ في 24 أوت/آب 2017 المتعلّق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد الذي ينصّ على التالي: "تستشار الهيئة وجوباً في مشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها سبباً تلك المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته وتكريس مبادئ الحوكمة الرشيدة.

يمكن أن تستشار الهيئة في مشاريع النصوص الترتيبية العامة المتصلة بمجال اختصاصها"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 70-71، 1-5 سبتمبر/أيلول 2017، ص. 2879.

68 ينصّ الفصل 114 من الدستور على الاستشارة الوجوبية للجلسة العامة للمجالس القضائية الثلاثة للمجلس الأعلى للقضاء في مقترحات ومشاريع القوانين المتصلة بمجال اختصاصها وهو ما أكدّه الفصل 42 من القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل/نيسان 2016 المتعلّق بالمجلس الأعلى للقضاء الذي ينصّ على ما يلي: "تنوّى الجلسة العامة... - إبداء الرّأي بخصوص مشاريع ومقترحات القوانين المتعلقة خاصة بتنظيم العدالة وإدارة القضاء واختصاصات المحاكم والإجراءات المتبعة لديها والأنظمة الخاصة بالقضاة والقوانين المنظمة للمنظمة للمهن ذات الصلة بالقضاء التي تعرض عليها وجوباً"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 35، 29 أبريل/نيسان 2016، ص. 1639.

النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها نصّ على أن المراسيم يجب أن تتضمن «الإطلاع على رأي الوزير أو الوزراء المعنيين وعند الاقتضاء رأي الهيكل أو الهياكل المعنية أو الهيئات الدستورية التي يقتضي الدستور وجوبية استشارتها في مشاريع القوانين»⁶⁹، بمعنى أنّ المنشور نزل المراسيم منزلة النصوص التشريعية من حيث قواعد إعدادها، غير أنّه لم يتمّ احترام هذه المقتضيات في مراسيم جائحة الكورونا المذكورة أعلاه ولا تحيل إطلاعات هذه المراسيم إلى أيّ استشارة كانت للهيئات المعنية⁷⁰، وهو ما تمّ الاحتجاج عليه من إحداها⁷¹ رغم أنّ هذا الاحتجاج مردود عليها لأنّ الدستور لم يذكر البتّة الاستشارة الوجوبية لأيّ هيئة بشأن مشاريع المراسيم.

والمنزلة الوسطى للمراسيم تبرز لا فقط فيما يتعلّق بإجراءات عرضها، بل كذلك وبالخصوص بمنزلتها القانونية. وفي هذا الإطار، وحسب ما هو مستقرّ عليه فقها وقضاء⁷²، فإنّ المراسيم عند اتّخاذها وإلى حين المصادقة اللاحقة عليها هي مقرّرات إدارية ذات صبغة ترتيبية خاضعة لرقابة القاضي الإداري في إطار دعوى تجاوز السلطة أو توقيف التنفيذ يراقبها القاضي بالنظر إلى مرجعيّات ثلاث: قانون التفويض والمعاهدات الدوليّة والدستور⁷³. ويمكن للمراسيم أن تكتسب الصبغة التشريعية بأثر رجعي إذا ما صادق عليها المجلس الذي يمكن أن ينقحها. وفي صورة لم تُعرض على مصادقة المجلس النيابي بعد انقضاء أجل التفويض تسقط آثارها القانونية. أمّا إذا رفض المجلس المصادقة عليها بعد إيداع مشروع قانون المصادقة فسبق أن قلنا أن جانباً من الفقه التونسي يعتبر أن الرفض يجعلها منسوخة من تاريخ الرفض⁷⁴. لكن من المثير

69 منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، سابق الذكر، ص. 13.

70 مرسوم من رئيس الحكومة عدد 6 لسنة 2020 مؤرخ في 16 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بسنّ إجراءات جباية ومالية للتخفيف من حدة تداعيات انتشار فيروس كورونا "كوفيد - 19"، مرسوم من رئيس الحكومة عدد 7 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام استثنائية تتعلق بالأعوان العموميين وبسير المؤسسات والمنشآت العمومية والمصالح الإدارية، مرسوم من رئيس الحكومة عدد 8 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بتعليق الإجراءات والأجال، مرسوم من رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديدده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا "كوفيد - 19"، مرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام خاصة لزجر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار، مرسوم من رئيس الحكومة عدد 11 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بمراجعة الأداءات والمعالم المستوجبة على منتجات الحماية الفردية ومدخلاتها للتوقّي من انتشار الإصابة بفيروس كورونا "كوفيد-19"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/ نيسان 2020، تباعا في الصّفحات 923-926، 928-928، 930-930، 931-933، 933-935.

71 "شوقي الطيب: تمت استشارة مجلس المنافسة في إصدار المراسيم ولم يتم استشارة هيئة مكافحة الفساد"، 16 أبريل/ نيسان 2020، يمكن تحميله على الرّابط التالي: <https://www.shemsfm.net/ar>

72 إذا ما استنادنا إلى فقه القضاء الفرنسي، فإنّ هذه المبادئ تلخّصها الحيثية التالية من قرار لمجلس الدّولة الفرنسي: "إذا كان المرسوم المتخذ على أساس الفصل 38 من الدستور يحافظ على طبيعته كعمل إداري طالما لم يصادق عليه البرلمان، فإنّ أحكامه الداخلية في مجال القانون لا يمكن تنقيحها أو إلغاؤها بعد انقضاء أجل التفويض الممنوح للحكومة إلا من قبل المشرّع أو على أساس تفويض جديد منوح للحكومة. وحيث أنّ انقضاء الأجل المصنّف بقانون التفويض يحول دون أن تستجيب السلطة المروّدة بالسلطة الترتيبية إلى طلب إلغاء أحكام مرسوم وارده في مجال القانون حتّى ولو كانت مشوبة بالأشريعة".

Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 11 décembre 2006, N° 279517, Conseil national de l'ordre des médecins, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008223524>.

الترجمة لنا

73 يجب الإقرار بأنّ موقف المحكمة الإدارية غير مستقرّ بخصوص منزلة المراسيم. أنظر الضيف (أ)، سابق الذكر، ص. 347-355.

74 نفسه، ص. 345. أنظر أعلاه، ص. 71.

للاتنبه أن الفصل 2 من القانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أبريل/ نيسان 2020 والمتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) والذي كان أساسا لاتخاذ مراسيم في مجال الحريات قد نصّ على التالي: «تُعرض المراسيم التي سيتم إصدارها وفق أحكام الفصل الأول من هذا القانون في أجل عشرة أيام من انقضاء المدة المحددة بنفس الفصل على مصادقة مجلس نواب الشعب.

وفي صورة عدم عرض هذه المراسيم من قبل الحكومة في الآجال المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل، يتعهد المجلس بذلك تلقائياً»⁷⁵. ونتساءل هنا عن وجهة الآلية التّعهد التلقائي بالنظر أولاً إلى الاختصاص في تقييد ما أطلقه الدستور بقانون تفويض رغم عدم وضوح الفصل 70 كما أسلفنا الذكر، وبالنظر ثانياً إلى الطابع الاستثنائي للمراسيم وارتباطها بحاجة السّلمة التّفيذية إلى أدوات دستورية للمجابهة السريعة للجائحة. فإذا كانت تحتاج إلى تجديد الترخيص، من المفروض أن تُودع مشروع المصادقة أو أن تُودع قانون تفويض جديد. فأن يتعهد مجلس نواب الشعب تلقائياً بمشروع المصادقة على المراسيم ويتمسك بالنظر فيها رغم إحجام السّلمة التّفيذية عن إيداع مشروع المصادقة لانتفاء حاجتها إلى ذلك يدعونا إلى التساؤل إن لم يكن المجلس يبدو «ملكياً أكثر من الملك».

صحيح أن مآل المراسيم يرتبط بما تقدّره السّلمة التّفيذية، فقد لا نرى حاجة في صورة انقضى أجل التّفويض وانزاح خطر الجائحة أن تكون هناك ضرورة لعرض المرسومين سابقين الذكر عدد 9 لسنة 2020 والمتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديد الحاجر الصحي الشامل أو المرسوم عدد 7 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام استثنائية تتعلق بالأعوان العموميين وبسير المؤسسات والمنشآت العمومية والمصالح الإدارية، إذ من المنطق أن يسقطا بعدم إيداع مشروع قانون المصادقة لانتفاء أسبابه. لكن هذا لا ينطبق على كل المراسيم وبعضها كمرسوم عدد 6 لسنة 2020 مؤرخ في 16 أبريل/ نيسان 2020 يتعلق بسنّ إجراءات جبائية ومالية للتخفيف من حدة تداعيات انتشار فيروس كورونا «كوفيد-19»، تتجاوز مقتضياته وآثاره أجل الشهرين. ويبدو أن صاحب التّفويض خشي على الأمان القانوني من دستور تعثر في ضبط النظام القانوني للمراسيم الذي اعتراه عدم الوضوح وورد الفصل 70 مبتورا من توضيح آثار عدم عرض المراسيم على المصادقة، فهي بنفاذ أجل الترخيص نصوص غير دستورية بما أنّها نصوص ذات صبغة ترتيبية تتدخل في مجال القانون وجب تحديد مآلها وإخضاعها إلى رقابة البرلمان، وهو مبرر واقعي قد يفسر التنصيص في قانون التّفويض -بطريقة مجافية لمنطق المراسيم- على التّعهد التلقائي للمجلس بها.

والرّيبة التي ينمّ عنها تكريس التّعهد التلقائي بالمراسيم نلمسه أيضا من خلال المقترح الذي تمّ تقديمه أثناء مناقشة مشروع قانون التّفويض في لجنة النظام الداخلي والحصانة والقوانين البرلمانية والقوانين الانتخابية والذي يتمثل نصّه فيما يلي: «يمكن الطعن في دستورية المراسيم طبقا لإجراءات القانون الأساسي عدد 14 لسنة

75 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 31، 12 أبريل/ نيسان 2020، ص. 895.

2014 المؤرخ في 18 أبريل/ نيسان 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين»⁷⁶. وقد تمّ بعد الاتفاق مع الحكومة على سحب هذا المقترح الذي لا يستقيم قانوناً بما أنّها في هذا الطّور نصوص ذات صبغة ترتيبية وليست مشاريع قوانين مؤهّلة للخضوع إلى ولاية القاضي الدستوري وفق تأطير الرّقابة في تونس، رغم أن إخضاع النّصوص الصّادرة عن السّلطة التّنفيذية إلى رقابة الدّستورية ليست بدعة بالنّظر إلى التجربة الألمانيّة مثلاً التي تمتدّ فيها رقابة الدّستورية إلى كلّ الأعمال الصّادرة عن كلّ السّلط العموميّة إذا ما تعلّقت بالحريات في إطار دعوى يثيرها الأفراد⁷⁷. والمهمّ أنّ المسألة تحيلنا إلى الصّحائف القضائيّة المتفاوتة التي تحظى بها المراسيم.

فالمراسيم تتأرجح طبيعتها القانونيّة ومن ثمة الرّقابة القضائيّة المسلّطة عليها بين صنف الأعمال الإداريّة الخاضع لرقابة القاضي الإداري كما قلنا وصنف الأعمال التّشريعيّة الخاضعة لولاية القاضي الدستوري التي تمتدّ فقط إلى قوانين التّفويض كما تمتدّ إلى قوانين المصادقة بما أنّها تدخل تحت طائلة مشاريع القوانين التي تخضع لرقابة المحكمة الدّستورية بمقتضى الفصل 120 من الدّستور، وتمتدّ بالتّبعيّة إلى المراسيم المصادق عليها التي ارتقت إلى المنزلة التّشريعيّة. وتهم الرّقابة السّابقة مدى احترام شروط التّفويض من حيث مدّته وغرضه، وهذا ما ورد مثلاً برأي المجلس الدّستوري التّونسي تحت طائلة دستور 1959 بخصوص مشروع قانون التّفويض إلى رئيس الجمهوريّة المؤقت في اتّخاذ مراسيم طبقاً للفصل 28 من الدّستور حيث أقرّ المجلس أنّه «ولئن اتّسم مناط مجالات التّفويض الممنوح بالتّنوع والاتّساع، فإنّه لا شيء يحول دون ذلك طالما أنّه تمّ تعيين الغرض بوجه كاف كما يقتضي ذلك الفصل 28 من الدّستور، خاصّة بالنّظر إلى متطلّبات المرحلة الانتقاليّة الرّاهنة»، مضيفاً أنّه «يسوغ لرئيس الجمهوريّة المؤقت ... بالاستناد إلى قانون التّفويض المزمع اتّخاذه، أن يتّخذ مراسيم في المجالات المعيّنة ولمدّة المذكورة، طالما يتمّ ذلك في كنف احترام الدّستور»⁷⁸.

هذه الإحالة الأخيرة إلى «احترام الدّستور» تجعل من رقابة الدّستورية على مشاريع قوانين التّفويض رقابة غير مباشرة على محتوى المراسيم، وهو ما يحيل إلى أبعاد رقابة الدّستورية على مشاريع قوانين التّفويض التي تبدو مبدئيّاً محدودة رغم أنّ حيثيّة المجلس الدّستوري تبرز أن قانون التّفويض لا يعفي الحكومة من ضرورة احترام الدّستور، وهذا ما يبرز أكثر على ضوء فقه قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي التي استنتج منها الفقه تنزلاً في «منطق استشرافي يؤول به إلى استباق محتوى المراسيم المستقبلية بالنّظر إلى أحكام قانون التّفويض إذ لا يمكنه سوى افتراض لا دستورية مستقبلية»⁷⁹.

76 مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة النظام الداخلي والحصانة والقوانين البرلمانية والقوانين الانتخابية حول مشروع قانون يتعلق بالتّفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 72 من الدستور، عدد 2020/30، أبريل/ نيسان 2020، ص. 35، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=109911&code_exp=1&langue=1

77 يبيّن الفصل 80 فقرة أولى من القانون المنظّم للمحكمة الدّستورية الألمانيّة والمؤرّخ في 12 مارس/ آذار 1951 لكلّ شخص رفع دعوى في الدّستورية أمام ذات المحكمة للتّظلم من انتهاك أحد حقوقه الأساسيّة أو أحد الحقوق المكرّسة في الفصول 20 فقرة 4 و33 و38 و101 و103 و104 من القانون الأساسي الألماني من قبل سلطة عموميّة. يمكن تحميل هذا القانون (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht) على الرّابط التّالي: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>

78 الرّأي عدد 2-2011 للمجلس الدّستوري التّونسي بخصوص مشروع قانون التّفويض إلى رئيس الجمهوريّة المؤقت في اتّخاذ مراسيم طبقاً للفصل 28 من الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 10، 10 فيفري/ شباط 2011، ص. 176.

VERPEAUX (M.), *op. cit.* لنا الترجمة لنا

وبالعودة إلى السياق الذي صدرت فيه مراسيم جائحة كورونا في تونس، ورغم عزوف جهات التّعهد عن إثارة دستورية مشروع قانون التّفويض الذي يتضمّن التّدخل في مجال الحريات استنادا إلى الفصل 49، يجوز التساؤل إن كانت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، لو كان قدر لها النّظر، ستلجأ إلى تقنية التّأويلات التّحفظية *les réserves d'interprétation* لتعطي توجيهات للحكومة في كيفية تطبيق الفصل 49 والتناسب بشأن التدابير المتعلقة بالحدّ من الحريات والعقوبات المتصلة بها. ويمكن تعريف التّأويلات التّحفظية المعتمدة من قبل القاضي الدستوري في عدّة دول كفرنسا وإيطاليا بأنّها تقنية قضائية تمكّن القاضي من تفادي التصريح بعدم الدستورية ومن ثمّة تسمح له بالتصرّف أو «التلاعب» بالمضمون التّعديدي للقانون لتحقيق التناسق بينه وبين مقتضيات الدستورية⁸⁰، بحيث مكّنت المجلس (الدستوري الفرنسي) من تجاوز حدود الرّقابة المجرّدة للقانون والنّظر في أبعاد تطبيقه. فالمجلس الدستوري يؤوّل النصّ المعروض على رقابته بتوضيح "شروط المطابقة للدستور التي يتعيّن احترامها بعده، عندما تدعى السلطات تحت-التشريعية إلى تأويل النصّ قبل تطبيقه"⁸¹ يتوقّف عليها السّماح بختم القانون. ولا يعدّ الأمر من قبيل «الخيال الدستوري» إذ استعمل المجلس الدستوري الفرنسي هذه التقنية⁸² بمناسبة مراقبة دستورية قوانين التّفويض لإعطاء توجيهات للحكومة بخصوص محتوى المراسيم وكيفية ضمان مطابقتها للمقتضيات الدستورية⁸³. وتظلّ الإمكانية مفتوحة للقاضي الدستوري المؤقت والدائم في صورة أثّرت دستورية مشاريع قوانين تفويض لانتهاج مراسيم متصلة بالحريات.

من ناحية أخرى، يمكن أن تُمارس رقابة الدستورية على مضمون المراسيم بطريقة لاحقة وذلك بمناسبة الطّعن في دستورية قوانين المصادقة. وهي لا تقف كما يبرز ذلك فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي عند النّظر في مدى دستورية إجراءات المصادقة، بل هي أيضا رقابة مضمونية بالنّظر إلى الدستور والأهداف ذات

DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des " décisions interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Economica-PUAM, 1997, p. 19. التّرجمة لنا

VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999, p.1. التّرجمة لنا

82 بخصوص تصنيف التّأويلات التّحفظية حسب فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، أنظر:

FAVOREU (L.) « La décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, 38-2, Avril-juin 1986, pp. 622-624.

83 في قراره المتعلّق بالنّظر في دستورية قانون التّفويض للحكومة لتبسيط القانون الذي يبيّن للحكومة تفتيح القانون عدد 704-85 المؤرّخ في 12 جويلية/ تموز 1985 والمتعلّق بتنفيذ المنشآت العمومية بمراسيم وذلك قصد اعتماد أشكال جديدة من العقود المتعلقة بتصوّر وتنفيذ وتحويل واستغلال وتمويل التجهيزات العمومية أو التصرّف في الخدمات وتمويلها اعتبر المجلس أن "تعميم الاستثناءات وجعلها المبدأ في مجال الطّلب العمومي أو الملك العمومي من شأنه أن يرفع الضمانات القانونية عن المقتضيات الدستورية اللّصيقة بالمساواة أمام الطّلب العمومي وحماية الأملاك العمومية وحسن استعمال الموارد العمومية، ومن هذا المنظور يجب أن تُقصر المراسيم التي سيتمّ إتخاذها على أساس الفصل 6 من القانون المطعون فيه الاستثناءات الماثلة على وضعيات تستجيب لمبررات المصلحة العامة ... كضرورة أخذ الخصوصيات الفنية والوظيفية أو الاقتصادية لتجهيزات أو خدمات معينة بعين الاعتبار"، كما أنّ "الفصل 6 لا يمكن أن يُفهم منه أنّه يبيّن تفويض ممارسة إحدى مهامّ السّيادة إلى إحدى الدّوات الخاصة".

Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, considérants n° 18 et 19, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473DC.htm>. التّرجمة لنا

أنظر أيضا:

VERPAUX (M.), *op. cit.*

القيمة الدستورية، من ذلك مبادئ قابلية النص إلى أن يكون مفهوما ومبدأ النفاذ إلى القانون⁸⁴. بقي أن المسألة في تونس تظل مرتبهة بإثارة الرقابة في غياب الرقابة الوجودية أو التعهد التلقائي للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين والمحكمة الدستورية.

خطيرة إذن هي المراسيم، محررة من القيود الإجرائية العادية للنصوص الترتيبية والنصوص التشريعية، لم تُحمى منها الحريات على خلاف النظام الانتخابي، منزلتها القانونية وضماناتها القضائية متفاوتة بحيث أتمها تحدث تشويشا un parasite غير محمود في النظام القانوني للحريات وخاصة في مجال الحريات الفردية. فمنها ما هو ترتيبها حاليا كمراسيم جائحة كورونا، ومنها ما هو تشريعي بعد المصادقة، ومنها ما ولد تشريعا دون حاجة إلى مصادقة، ونقصد بذلك المرسوم عدد 87 لسنة 2011 المؤرخ في 42 سبتمبر/أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية⁸⁵ والرسوم عدد 88 المؤرخ في 24 سبتمبر/أيلول 2011 المتعلق بتنظيم الجمعيات⁸⁶ والرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر/تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر⁸⁷ والرسوم عدد 116 المتعلق بحرية الاتصال السمعي البصري وإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري⁸⁸ التي تعدّ نصوصا تشريعية منذ صدورهما لاستنادها إلى المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس/آذار 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، الذي اعتبره الأستاذ عياض بن عاشور «مرسوما تأسيسيا... خارقا لعادة المراسيم»⁸⁹ ودستورا مؤقتا أقرّ تعذر «التطبيق الكامل لأحكام» دستور 1959 وأعلن عن حلّ المؤسسات ونظم بصفة مؤقتة للسلط العمومية إلى حين تنصيب المجلس الوطني التأسيسي. ونصّ في فصله الرابع على أنه «يتم إصدار النصوص ذات الصبغة التشريعية في صيغة مراسيم يخدمها رئيس الجمهورية المؤقت بعد مداولتها في مجلس الوزراء ويسهر على نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية»⁹⁰، بحيث غابت في شأنها المصادقة التشريعية اللاحقة خلافا للمراسيم السابقة على المرسوم عدد 14 لسنة 2011 التي صدرت بناء على قانون تفوض يستند إلى الفصل 28 من الدستور.

84 أنظر مثلا:

Décision n°2007-561 DC du 17 janvier 2008 - Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative, considérant n°5, *JORF*, 22 janvier 2008, p.1131, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000018037619>

أنظر أيضا:

VERPAUX (M.), *op. cit.*

85 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 74، 30 سبتمبر/أيلول 2011، ص. 1993-1996.

86 نفسه، ص. 1996-2001.

87 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 84، 4 نوفمبر/تشرين الثاني 2011، ص. 2568-2559.

88 نفسه، ص. 2568-2575.

89 ابن عاشور(ع) «الثورة التونسية في تجلياتها الدستورية: المرحلة الانتقالية الأولى (14 جانفي 2011-16 ديسمبر 2011)»، يمكن تحميله على الرابط : <http://yadhba.blogspot.com/2012/10/14-2011-16-2011.html>

أنظر أيضا الضيف (أ)، سابق الذكر.

90 مرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس/آذار 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 20، 25 مارس/آذار 2011، ص. 367.

وبالتالي، تندرج مراسيم الحريات المذكورة في إطار «ممارسة سلطة تشريعية أصلية»⁹¹ تفسر بخصوصية المرحلة الانتقالية التي أسس لها نصها المرجعي ألا وهو المرسوم عدد 14 لسنة 2011. مع ذلك ورغم طبيعتها التشريعية «بالولادة»، تعدّ هذه المراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية غير مستجيبة للضمانات التي يسبغها التحفظ التشريعي على النصوص الصابغة للحريات من حيث شروط التداول في المجلس التشريعي⁹² المنتخب فضلا عن تحصينها ضدّ رقابة القاضي الإداري وإن كان المآخذ المتصل بنسف مقومات الديمقراطية التمثيلية ومبدأ الفصل بين السلط قد رُذ عليه بالصبغة التمثيلية إلى حد ما للهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح الديمقراطي التي انبثقت عنها وبالصبغة التداولية لأعمالها⁹³.

ولنلاحظ إذن أنّ هذا الامتياز التشريعي الذي حصّن المراسيم المنظمة للحريات الجماعية واللاحقة على المرسوم التأسيسي لم تحظ به مراسيم الحريات الفردية.

ونفهم إذن أنّ الأمر لا يقتصر على اختلاف درجات الشريعة بل أنّ غياب الضبط الدقيق للأجال والضمانات من قبل مشرّع الاستثناء يعدّ عدم احترام لضوابط ممارسة الاختصاص.

الفقرة الثانية - ضوابط ممارسة الاختصاص

لا يبدو المشرّع حسب الفصل 49 مطلق العنان في وضع ضوابط على الحريات وللقانون الذي سيتم إصداره «خصائص»⁹⁴ حسب الأستاذ خالد الماجري مستندا بذلك إلى مبادئ سيراكوزا المتصلة بأحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحيز تقييدات أو استثناءات والتي من المفيد التذكير بها، وتمثّل في ضرورة أن يكون تقييد الحريات بمقتضى «-15 قانون وطني مطبّق تطبيقا عاما يتفق مع العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية) ويكون ساري المفعول في وقت تطبيق التقييد» وألا تكون القوانين المعنية «-16 ... تعسفية أو غير معقولة» وأن تتسم «-17... بالوضوح أن تكون في متناول الجميع» وأن «يوفر القانون الضمانات الكافية وسبل الانتصاف الفعالة ضدّ فرض التقييدات على حقوق الإنسان أو

91 ابن عاشور(ع)، سابق الذكر.

92 في حكم ابتدائي صادر بتاريخ 4 جويلية/ تموز 2012، رفضت المحكمة الإدارية الاعتراف بالصبغة التشريعية للمراسيم الصادرة بناء على التنظيم المؤقت للسلط العمومية باعتبار أن «إكساء المراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية وبعد مداولة مجلس الوزراء الصبغة التشريعية بمقتضى نص قانوني من نفس الرتبة يتعارض بدهاء مع مبادئ دولة القانون وبشكل خرقا واضحا لمبدأ الفصل بين السلط ومبدأ خضوع أعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء»، إ. ابتدائي، عدد 124153، 4 جويلية/ تموز 2012، محمد علي الكبيسي ضد رئيس الحكومة، غير منشور.

93 في هذا الإطار، اعتبرت الأستاذة أحلام الصّيف أنّه «بتتبع مسار هذه النصوص نرى أنها تنطلق في شكل مشاريع قوانين صيغت من قبل لجنة خبراء الهيئة وفق التوجيهات التي ضبطتها، ثم عرضت على الهيئة للمصادقة عليها قبل رفعها إلى رئيس الجمهورية»، و«التأمل في التركيبة النهائية للمجلس، نلاحظ السعي إلى تحقيق أوسع قدر ممكن من التمثيلية، فإلى جانب وجود شخصيات وطنية، تمّ تمثيل مختلف الأحزاب والهيئات والمنظمات ومكونات المجتمع المدني المعنية بالشأن الوطني ممن شاركوا في الثورة وساندوها». و«الرجوع إلى أعمالها، نرى تميزها بنقاش ثري وحاد في بعض الأحيان مما جعل خياراتها تعبر عن توافق فعلي فرضه الفصل الخامس من مرسوم إحداثها، كما نلاحظ حوارا جادا بينها وبين الحكومة، ومثال ذلك ما دار بخصوص مقترحات الفصل 15 من المرسوم عدد 35 المتعلق بانتخاب المجلس الوطني التأسيسي المتعلقة بشروط الترشح»، سابق الذكر، ص. 384-385.

94 الماجري(خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 66.

تطبيقها على نحو غير قانوني أو منطوق على إساءة استعمال»⁹⁵.

فضلا عن أن عمومية التطبيق تعدّ من خصائص القواعد القانونية ككلّ وعن أن المفعول الرجعي لا ينطبق في المادة الجزائية بصريح نصّ الفصل 28 من الدستور التونسي على أساس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ويعدّ استثنائيا في المادة المدنية لمساسه بمبدأ الأمان القانوني، فإنّ «الصّبغة غير التّعسّفية والمعقولة» و«وضع ضمانات» قانونية و«سبل انتصاف» تعدّ من مقتضيات مبدأ التّناسب كما سنرى. لكن المبدأ عدد 17 بإحالاته إلى الوضوح والنّفاذ إلى القانون يكرّس قيما ماديا على ممارسة المشرع لاختصاصه ويحمل عليه التزاما بضرورة استنفاد ممارسة الاختصاص حتّى لا يعيب القانون الذي سيضع الضوابط على الحريات عيب الاختصاص السلبي (أ) هذا فضلا عن أن ممارسة المشرع لاختصاصه مقيدة زمنيا بضرورة عدم التّراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان التي ينصّ عليها الفصل 49 من الدستور في فقرته الثانية (ب).

أ- اختصاص مقيد زمنيا بعدم التّراجع: هل من تنافر مع الحريات الفردية؟

ينصّ الفصل 49 في فقرته الثالثة على أنّه «لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في الدستور». ومن الطّبيعي أن هذه الفقرة تتوجّه رأسا للمشرع الدستوري الفرعي وأنّ التّعديل يعني أولا وبالأساس التّعديل الدستوري. لكن وكما يقول الأستاذ سليم اللّغمان: «ينطبق ... تحجير (التّراجع) على تعديل الدستور ومن باب أولى وأحرى على التشريع العادي أو الأساسي»⁹⁶.

وتحجير الرّجوع إلى الوراء يحمل التزاما على المشرع بعدم التّراجع عمّا يعدّ حقوقا مكتسبة في المنظومة القانونية السابقة على دستور 2014 بأسرها وهذا ما يفهم أيضا من الفصل 46 من الدستور الذي ينصّ في فقرته الأولى على أن الدولة «تلتزم بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة وتعمل على دعمها وتطويرها»⁹⁷ بما يشير بالضرورة إلى مجلّة الأحوال الشخصية. لكنّه يشير أيضا حسب الأستاذ سليم اللّغمان إلى مكتسبات حرية تكوين الأحزاب والجمعيات المكرّسة بمقتضى المراسيم المذكورة أعلاه عدد 87 و88 لسنة 2011 المؤرخين في 24 سبتمبر/أيلول 2011 والمتعلّقين تباعا بتنظيم الأحزاب السياسية وتنظيم الجمعيات⁹⁸.

فالأمر يتعلّق إذن بمثابة عتبة ما قبلية لممارسة الاختصاص تحجّر التدابير التشريعية التّراجعية عن رصيد المكتسبات الذي تمّ تحصيله بطريق تراكمية لكلّ حقّ. فهو رديف للالتزام الإيجابي المحمول على الدولة في أن

95 "مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التقييد وعدم التقيّد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، مرفق بحالة العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، مذكرة شفوية في 24 آب/أغسطس 1984 وموجّهة إلى الأمين العام من الممثل الدائم لهولندا لدى مكتب الأمم المتحدة في جنيف، الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة حقوق الإنسان، الدورة الحادية والأربعون، البند 18 من جدول الأعمال المؤقت، E/CN.4/1985/4، 28 سبتمبر/أيلول 1984، ص. 4.

96 اللّغمان (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 119.

97 نفسه، ص. 119.

98 نفسه، ص. 119-120.

تُعمل تدريجيًا الحقوق الأساسية⁹⁹. ويذهب الفقه البلجيكي مثلًا إلى أن اشتراط عدم التراجع عن الضمانات التي كرسها المشرع تدريجيًا هو البديل عن التطبيق الفوري والمباشر للحقوق الأساسية التي تضمنها النصوص الدولية أو الدستورية الذي يعدّ مستحيلًا كاستحالة محاججة الأفراد بها مباشرة أمام القضاء¹⁰⁰. وقد تمّ البناء الفقهي لهذا المبدأ في بلجيكا في سياق الفصل 23 من الدستور البلجيكي بمناسبة تكريسه للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تشمل «-1 الحق في العمل واختيار نشاط مهني في إطار سياسة عامة للتشغيل تشمل من بين أهدافها تحقيق مستوى تشغيل ثابت ورفيع قدر الإمكان، والحق في ظروف عمل وأجر منصفة إضافة إلى الحق في المعلومة والاستشارة والتفاوض الجماعي»¹⁰¹. إذ استنتج الفقه وفقه القضاء التزامًا بعدم التراجع *standstill obligation* وذلك انطلاقًا من الأعمال التحضيرية لهذا الفصل. وقد أول فقه القضاء هذا الالتزام بأنه وسيلة «للحيلولة دون تقليص المشرع والسلطة الترتيبية المختصة إلى درجة كبيرة من (أعلى) مستوى الحماية التي تتيحها القاعدة المعنية بالتطبيق في غياب مبررات مرتبطة بالمصلحة العامة»¹⁰².

والواضح انطلاقًا من المثال البلجيكي أن مبدأ عدم التراجع تمّ تكريسه في علاقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما تعكسه أيضًا نمذجته على الصعيد الدولي في سياق الفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنصّ على تعهّد «كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ (...) ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصًا سبيل اعتماد تدابير تشريعية»¹⁰³. وهو ما أولته اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في التعليق العام رقم 3 لسنة 1990 في فقرته التاسعة كالتالي:

« إن الالتزام الرئيسي بتحقيق نتيجة، وهو الالتزام الذي تنص عليه المادة 1(2)، يتمثل في اتخاذ خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها» في العهد. وعبارة «التمتع التدريجي» تُستخدم في كثير من الأحيان لوصف القصد من هذا التعبير. ويشكل مفهوم التمتع التدريجي اعترافًا بأن التمتع الفعلي بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لن يتسنى تحقيقه بوجه عام في فترة قصيرة من الزمن. وبهذا

HACHEZ (I.) « L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *Administration publique*, 99 vol. 24 ème année, no. 1, 2000, pp. 31-34, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:126521/datastream/PDF_01/view

أنظر أيضًا: غزالة (ش)، دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49 من الدستور - الصلاحيات التشريعية والترتيبية بين ضوابط الحقوق وموجباتها، تونس، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص. 11-12.

HACHEZ (I.), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, 100 Bruylant, 2008, pp. 284-285.

HACHEZ (I.) « L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *op. cit.*, pp. 37-39. 101

102 قرار محكمة التعقيب البلجيكية، 5 مارس / آذار 2018:

Cass., *Office National de l'emploi c. C.L.-G*, Arrêt N° S.16.0033.F, 5 mars 2018, disponible au lien suivant: https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180305.3_FR.pdf. الترجمة لنا

أنظر أيضًا:

HACHEZ (I.) « L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *op. cit.*, pp. 37-39

103 المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذكر، ص. 10.

المعنى، يختلف الالتزام اختلافا هاما عن الالتزام الوارد في المادة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تجسد التزاما فوريا باحترام وضمان جميع الحقوق ذات الصلة. غير أن كون العهد ينص على التمتع بالحقوق مع مرور الوقت، أو بتعبير آخر تدريجيا ينبغي ألا يساء تفسيره بشكل يفرغ الالتزام من كل مضمون ذي دلالة. فهو، من جهة، أداة ضرورية من أدوات المرونة، تعكس صورة واقع العالم الحقيقي وما قد يواجهه أي بلد من صعوبات في ضمان التمتع الكامل بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ومن جهة أخرى، يجب قراءة العبارة في ضوء الهدف الكلي للعهد، وفي الواقع، سبب وجوده، وهو وضع التزامات واضحة على عاتق الدول الأطراف فيما يتعلق بالتمتع الكامل بالحقوق موضوع البحث. ومن ثم، يفرض العهد التزاما بالتحرك بأكبر قدر ممكن من السرعة والفعالية نحو هذا الهدف. وعلاوة على ذلك، فإن أية تدابير تراجعية متعمدة في هذا الشأن سوف تتطلب دراسة متأنية للغاية وسوف يلزم تبريرها تبريرا تاما بالإشارة إلى كامل الحقوق التي ينص عليها العهد وفي سياق الاستخدام الكامل لأقصى ما هو متاح من الموارد»¹⁰⁴.

هذا التلازم بين مبدأ عدم التراجع والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية قد يطرح مازقا بالنسبة إلى الحريات الفردية موضوع هذه الدراسة طالما أن المبدأ - كما تمّ التقديم له - غير ضروري بشأن الحقوق - الحريات بما أنّها خلافا للحقوق - الدّين لا تقتضي تدخّلا للدّولة لإعمالها بل امتناعا من الدّولة عن التدخّل فيها بما يفترض حدّا أدنى من التدابير أوّلا وبما يمكن الأفراد من المحاججة مباشرة بالمواثيق الدّولية التي تكرّسها أمام القضاء الوطني. وهذا يعني أنّ هناك تنافر بين الحقوق الفردية ومبدأ عدم التراجع الذي يبدو بالنسبة إلى هذه الأخيرة من باب التّزيّد. بقي أنّه كما سبق وأن رأينا، الحدود بين الحقوق - الحريات والاقتصاديّة والاجتماعيّة ليست بتلك القطعيّة، «فمن الخطأ بمكان القول بأنّ الحقوق المدنيّة والسياسيّة تفترض فقط امتناع الدّولة... فكيف يمكن ضمان الحق في التقاضي دون تنظيم قضائي يسمح بحسن تأمين مرفق القضاء؟ كثيرا ما تقتضي حماية «الحقوق في» les droits à تدخّلا فاعلا للسلط العمومية. وفي المقابل، بعض الحقوق الاجتماعيّة تفترض امتناعا للسلط العموميّة: الحق في الإضراب وحقّو العمّال أقرب إلى نظام «الحقوق - الحريات» (منها إلى الحقوق - الدّين)»¹⁰⁵. وبالتالي لا يطرح مبدأ عدم التراجع مازقا منطقيًا بالنسبة إلى الحريات الفردية طالما أنّ التدخّل التشريعي ضروري.

بل أكثر من ذلك، الحفاظ على نفس مستوى الحماية كشرط أدنى يبدو صعب التحقيق أكثر بالنسبة إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية خاصة بالنظر إلى مقتضيات التطوّر الاقتصادي وإكراهات المالية العمومية، وهذا ما يعكسه تطوّر فقه قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي بالنظر إلى قاعدة عدم الرّجوع إلى الوراء l'effet cliquet التي تعني أنّه عند إلغاء قانون يجب أن «يستنسخ القانون الجديد الضّمّانات التي كان يكرّسها القانون

104 اللّجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 3: طبيعة التزامات الدول الأطراف (الفقرة 1 من المادة 2 من العهد)، فقرة 9، سابق الذكر.

الترجمة لنا HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, pp. 18-19.

القديم»¹⁰⁶ بحيث يُجبر على المشرع إلغاء «الضمانات التشريعية للحريات دون تعويضها بأخرى... ولا يمكنه التدخل إلا لتعزيز هذه الضمانات»¹⁰⁷. وقد استخلصت هذه القاعدة من عدة قرارات صادرة عن المجلس في تسعينات القرن العشرين حيث استعمل -سواء فيما يتعلق بحرية التواصل والتعبير¹⁰⁸ أو فيما يتعلق بحقوق الأجنب¹⁰⁹ - حيثية مفادها أنه بشأن الحريات الأساسية، لا يتدخل المشرع لضبط القواعد بشأنها إلا «لجعل ممارستها أكثر فاعلية أو للتوفيق بينها وبين قواعد أو مبادئ ذات قيمة دستورية»¹¹⁰.

لكن المثير للاهتمام أن المجلس الدستوري الفرنسي قد تراجع عن التطبيق الآلي لمبدأ عدم الرجوع إلى الوراء مثلما يبرزه القرار المتعلق بقانون الحماية في مواجهة معالجة المعطيات الشخصية، حيث أقر أنه «يمكن في كل وقت للمشرع في مجال اختصاصه أن ينقح نصوصا سابقة أو يلغيها باستبدالها عند الضرورة بأحكام أخرى إذا لم يؤد ذلك إلى حرمان مقتضيات الدستورية من الضمانات القانونية. ويعود للمشرع... ضبط القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين في ممارسة الحريات العامة وأنه يعود له ضمان التوفيق بين احترام الحياة الخاصة ومقتضيات دستورية أخرى متعلقة خاصة بالحفاظ على النظام العام»¹¹¹. وهذا يعني إبقاء على وجود الضمانات التشريعية لكن مع تحرير المشرع من ضرورة الإبقاء على نفس مستوى الحماية.

وقد فسّر رئيس المجلس الدستوري هذا التراجع عن تطبيق «مبدأ عدم التراجع» بسببين أولهما أن «التطبيق الصارم لمبدأ عدم التراجع قد يؤدي إلى أن التشريع يجب أن يكون دائما أكثر حماية بالنسبة إلى عدة مبادئ وأن كل تقدم محرز على الصعيد التشريعي تتم دسّرتة. ولا يمكن أن تتحقق هذه الآلية إلا على حساب حقوق أخرى أو مقتضيات أخرى ذات قيمة دستورية بنفس الأهمية لم تعرف حمايتها التشريعية تطورا مماثلا»¹¹².

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12e édition, 2003, p. 593. 106 الترجمة لنا

107 نفسه، ص. 595.

Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française, considérant n°5, disponible 108 au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94345DC.htm>

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, 109 d'accueil et de séjour des étrangers en France, considérant n°81, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm>

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus* 110 *Politicum*, n° 7, mai 2012, p. 15, disponible au lien suivant : http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Champeil_PDF_corr02cat.pdf. الترجمة لنا.

Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des 111 traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, considérants n°3 et 4, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004499DC.htm>. الترجمة لنا.

أنظر في نفس الاتجاه:

Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], considérant n°15, *op. cit.*

وأيا:

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *op. cit.*, p. 17.

MAZEAUD (P.) « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », 112

ويعود السبب الثاني إلى أن هذه القاعدة غير ملائمة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية ذلك أنه قد يكون من الصعب الحفاظ على نفس مستوى الحماية أمام بعض التطورات الاقتصادية¹¹³.

ورغم تنسيب الفقه لوجهة هذه المبررات بالنظر خاصة إلى افتراض مبدأ عدم التراجع لضرورة التوفيق بين مختلف مقتضيات الدستورية¹¹⁴، إلا أن هذا الموقف يبرز أنه لا تنافر مبدئي بين مبدأ عدم التراجع والحقوق الفردية ولا تلازم ضروري بين مبدأ عدم التراجع والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، فالمشكل الحقيقي في الواقع، في تقديرنا، يتمثل في تحديد آثار تحجير التراجع أي كيفية تطبيق مبدأ عدم التراجع عند ممارسة المشرع لاختصاص وضع الضوابط على ممارسة الحريات، أي تحديد النقطة المرجعية في المقارنة لقياس مدى تراجع التدبير التشريعي عن أعلى مستوى للحماية تم الوصول إليه. وفي هذا الإطار وضحت محكمة شغل بلجيكية في قرار صادر بتاريخ 10 فيفري/ شباط 2016 كيفية تطبيق مبدأ عدم التراجع كالتالي: «يقضي تطبيق مبدأ عدم التراجع فحوا صارما مبنيا على مقارنة بالرجوع إلى القاعدة المرجع بين النقطة الأساسية المرجعية والقاعدة موضوع النزاع. تتمثل القاعدة المرجع في القاعدة الدولية أو الدستورية التي أُستخرج منها الالتزام بعدم التراجع. أما النقطة الأساسية المرجعية فهي التي تحدّد مستوى الحماية الذي يجب أخذه بعين الاعتبار لتقدير تراجع ممكن من قبل القاعدة موضوع النزاع. وهذه الأخيرة هي التي تُكيّف بتراجعية أو بمحتملة التراجع»¹¹⁵. ويمكن بالرجوع إلى الفقه وفقه القضاء البلجيكين المرجعين في مجال مبدأ عدم التراجع التمييز بين نظريتين حول النقطة المرجعية في المقارنة: نظرية النقطة الثابتة التي تعتبر التشريع النافذ عند وضع القاعدة-المرجع (الدستور) أو عند الانضمام إليها (المعاهدة الدولية) هي نقطة المقارنة التي يتم على ضوءها تقدير صحة كل حكم تشريعي لاحق¹¹⁶. أما حسب نظرية النقطة المتحركة التي يستقر على تطبيقها فقه القضاء البلجيكي، فتعتبر أن نقطة المقارنة تتطور بحسب المكاسب والتطورات التشريعية المحرزة بعد دخول القواعد-المرجع (الدستور/ المعاهدة الدولية) حيز النفاذ وقبل إصدار التشريع موضوع النزاع¹¹⁷.

لكن هذا لا يخلو من محاذير لأنه يقوم على «تحنيط» المستوى الأعلى للحماية التشريعية الذي تمّ تحصيله -ولو إلى حين- ويفترض بالضرورة وجود قرينة في التناسب بين التدابير التي يتضمنها والضوابط الواردة في الفصل 49. لكن يمكن أن تستدعي الظروف تغييرا في أهداف المشرع وانتهاكا أكبر للحرية من التنظيم السابق

Erean, 2005, p. 13, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf. الترجمة لنا

113 نفسه، ص. 13.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *op. cit.*, p. 16. 114 C. trav. Liège (Neufchâteau), R.G. n° 2015/AU/48, 10 février 2016, disponible au lien suivant: http://www.terralabo-115.ris.be/IMG/pdf/ctneuf_2016_02_10_2015_au_48.pdf. الترجمة لنا

HACHEZ (I.), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, *op. cit.*, p. 352. 116

LAMBINET (F.) « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage: quelques observations 117 en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », p. 7, disponible au lien suivant : http://terralaboris.be/IMG/pdf/lb_061_standstill_cho_mage_terra_laboris_18iv07.pdf

مبرر بضرورة جديدة قد تجعل الانتهاك محترماً للتناسب مع الهدف التشريعي. ولنعترف أن الأهداف الواردة في الفصل 49 والتي سيتم تحليلها متحركة بالضرورة وأن التحدّيات الأمنية مثلاً قد تفرض تقييداً أكبر على الحريات مما يستوجب إعادة الموازنة كل مرة.

ب- اختصاص مقيّد مادياً بضرورة استنفاد الاختصاص: تفادي عيب الاختصاص السلبي

تعدّ مبادئ الوضوح والدقة من عناصر الجودة الشكلية للقانون بصفة عامة ومن شروط مبدأ الأمان القانوني تدرج اليوم فيما يعرف بعلم جودة التشريع *légistique* الذي يعدها من المبادئ العامة التي تحكم الصياغة ويجب أن توجه المشرع. ومن المفيد الإشارة إلى وجود تطوّر في عدّة أنظمة قانونية على مستوى الانشغال بجودة التشريع. ففي فرنسا، صنّف المجلس الدستوري الوضوح ضمن المقضيات الدستورية *l'exigence constitutionnelle de clarté* منذ 1998¹¹⁸ ثم كمبدأ قائم الذات منذ 2002¹¹⁹ بعد أن كان أحال في 1999 إلى «وجود هدف ذي قيمة دستورية مرتبط بالإنفاذ إلى القانون وقابليته لأن يكون مفهوماً» *un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*¹²⁰.

كما كرّست المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبادئ الإنفاذ إلى القانون ووضوحه معتبرة أنه «يجب أن يكون القانون متاحاً بما فيه الكفاية، فيجب أن يتمكن المواطن من الحصول على المعلومات الكافية حول القواعد القانونية المنطبقة في حالة معينة. ثانياً، لا تعدّ قانوناً إلا القاعدة التي وقعت صياغتها بالدقة التي تسمح للمواطن بأن يعدّل تصرّفاته على أساسها، وأن يحيط نفسه عند الحاجة بنصائح المختصين، ويجب أن يكون قادراً على أن يتوقع آثارها بدرجة معقولة»¹²¹. وهذا يعني أن «الإتاحة» للجميع تقتضي النفاذ المادي للقانون بما يمكن من الاطلاع على النصوص فور صدورها عبر النسخ الورقية للجريدة الرسمية، لكن أيضاً عبر شبكة الانترنت¹²².

Décision n°98 - 401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps du travail, considérant n°7, disponible au lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con. c/decision-n-98-401-dc-du-10-juin-1998.11764.htm>. الترجمة لنا

Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, considérant n°9, disponible au lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2002/2001-455-dc/decision-n-2001-455-dc-du-12-janvier-2002.668.html>

Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement de procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, en matière de codification, considérant n°13, disponible au lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-421-dc/decision-n-99-421-dcdu-16-decembre-1999.11851.html>

CEDH, *Affaire, Sunday Times c /Royaume-Uni*, n° 6538/74, 26 avril 1979, §49, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%20itemid%22%20%2001-62140%22>}. الترجمة لنا.

122 يمكن أن نذكر في هذا الإطار أنه تمّ في تونس تخصيص بوابة رسمية للمطبعة الرسمية للجمهورية التونسية (www.iort.gov.tn) التي يمكن عبرها تحميل النسخ الإلكترونية للراشد الرسمي، فضلاً عن مجموعات النصوص والمجلات القانونية.

وترتبط الإتاحة المادية بقرينة العلم بالقانون¹²³ التي عرفت تطوراً في تونس تحت طائلة تكريس الفصل 32 من الدستور لحقّ النفاذ إلى المعلومة¹²⁴، وتطرح في نفس الوقت إشكاليات أخرى خاصة في علاقة بالحريات الفردية.

الإتاحة غير المتاحة للنصوص المنظمة لممارسة الحريات الفردية: «القانون الخفي» أو «المناشير السالبة للحرية»¹²⁵

تعدّ الحريات الفردية بالأساس مرتعا خصبا لما سميّ بـ «القانون الخفي»، حيث دأبت الإدارة التونسية على تنظيم ممارسة الحريات خاصة الفردية منها بمناشير وهي التعليمات الوزارية الصادرة لتوضيح كيفية تطبيق المصالح الإدارية المختصة للقانون أو لبيان كيفية سير مرفق عمومي. وبالتالي هذه المناشير مبدئياً صبغة تفسيرية، إذ يجب أن تكتفي بتفسير النص القانوني لكن كثيرة هي المناشير التي يستغل فيها الوزراء فرصة التفسير لممارسة السلطة الترتيبية وإضافة قواعد لم تنص عليها القوانين والنصوص الترتيبية¹²⁶ مما يجعلها مناشير ذات صبغة ترتيبية قابلة للطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية¹²⁷. لكن قابلية الطعن ومن ثمة سبيل الانتصاف مرتبنة بالعلم بالمنشور والتوصل بمضمونه وهو ما لا يتوفر في هذه النصوص «الشبح»¹²⁸ التي لا تتولى الإدارة نشرها بصفة آية وتظل حكراً على العلاقة بين رئيس الإدارة وأعوانه¹²⁹.

123 تتأسس هذه القرينة على الفصل 545 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينصّ على ما يلي: «جهل القانون لا يكون عذراً في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوامّ وذلك بعد نشره ومضيّ المدة المعيّنة لإجراء العمل به». فيالنشر تولّد النصوص آثارها القانونية. وتنظّم في تونس مسألة إشهار النصوص القانونية بالقانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية/ تموز 1993 والمتعلق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها الذي ينصّ في فصله الأول على أن نشر القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية يكون باللغة العربية ويتمّ كذلك نشرها بلغة أخرى وذلك «على سبيل الإعلام فحسب»، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 50، 6 جويلية/ تموز 1993، ص. 931.

124 فضلاً عن التّأثير القانوني للنشر أصبحت «الإتاحة» التزاماً دستورياً بتنصيب الفصل 32 من الدستور في فقرته الأولى على ما يلي: «تضمن الدولة الحقّ في الإعلام والحقّ في النفاذ إلى المعلومة» والذي كرس في القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس/ آذار 2016 المتعلق بالحقّ في النفاذ إلى المعلومة. ويكتسي هذا القانون أهمية بالغة في تجسيم «الإتاحة» التي تفترض تمكين المواطن من الاطلاع على جميع النصوص المنطبقة عليه والتي تشمل لا فقط القوانين الضابطة للحريات بل كذلك نصوصها التطبيقية. فالقانون المذكور عرّف في فصله الثالث النفاذ إلى المعلومة بأنه «نشر المعلومة بمبادرة من الهيكل المعني والحق في الحصول عليها يطلب. كما عرّف المعلومة بأنها «كل معلومة مهما كان تاريخها أو شكلها أو عاؤها والتي تنتجها أو تتحصل عليها الهياكل الخاضعة إلى القانون» والتي تشمل رئاسة الحكومة والوزارات التي يتعيّن عليها حسب الفصل 6 من ذات القانون أن «تنشر وتحيّن وتضع على ذمة العموم بصفة دورية وفي شكل قابل للاستعمال المعلومات» بها في ذلك «النصوص القانونية والترتيبية والتفسيرية المنظمة لنشاطها» بما يشمل المناشير وذلك خاصة عبر موقع واب يمين على الأقل مرّة كل ثلاثة أشهر. ويجدر الذكر في هذا الصّدد أن رئاسة الحكومة خصّصت حانة ببوابة الاعلام القانوني لنشر المناشير الصادرة عنها. كما بحث قانون النفاذ إلى المعلومة هيئة النفاذ إلى المعلومة كهيئة عمومية مكلفة بالبتّ في الدعاوى المرفوعة أمامها في مجال النفاذ إلى المعلومة (الفصل 38) والتي تعدّ وسيلة للانتصاف تمكّن من تجسيد النفاذ إلى القانون، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 26، 29 مارس/ آذار 2016، ص. 1029-1035.

125 الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، تونس، الجمعية التونسية للحريات الفردية، هينريش بول ستيفتونغ، 2018.

126 الفرشيشي (و) «المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون!»، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، المرجع سابق الذكر، ص. 11.

127 حول القيمة القانونية للمناشير، أنظر الشواشي (ن) «المناشير «المضيقّة للحقوق والحريات»: مفهومها وقيمتها القانونية»، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، المرجع سابق الذكر، ص. 20-27.

128 الإمام (ج) «كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية؟»، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، المرجع سابق الذكر، ص. 6.

129 الفرشيشي (و) «المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون!»، المرجع سابق الذكر، ص. 11.

وبقطع النظر عما تشكّله هذه النصوص في افتكاكها للسلطة القواعدية من خرق لمبدأ التّحقّق التشريعي الناظم للحريات، فإن ارتهان حريات المواطنين بنصوص إدارية داخلية يتمّ التّعتم عليها خرق واضح لمبدأ الأمان القانوني والإتاحة المادية، فهذه «النصوص السرية تسلب المواطنين والمواطنات حقهم في ممارسة حرياتهم الفكرية والجسدية في غفلة منهم لتشكّل بالتالي مربعات رمادية في المنظومة القانونية، مجهولة الفحوى بالنسبة لمنطوري الإدارة وهو ما يجعل إثبات وجودها والعمل على تغييرها أمراً في غاية من الصعوبة»¹³⁰.

والتأمّل في هذه النصوص يلاحظ أنّها تمّ بالدّرجة الأولى الحريات الفردية، وهو ما يعكسه الجرد الذي قام به الأستاذ وحيد الفرشيشي، فهي تمّ أولاً حرية الضمير من ذلك المناشير الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية كمنشور وزير الشؤون الدينية عدد 138 المؤرخ في 28 مارس/ آذار 2004 المتعلق ببناء الصوامع ومنشور وزير الشؤون الدينية عدد 577 المؤرخ في 28 جانفي/ كانون الثاني 2014 حول تنظيم التظاهرات والحفلات الدينية داخل المساجد والمناشير الصادرة عن وزارة التربية والتي تتعلق بضبط اللباس والهندام داخل المؤسسات التربوية كمنشور وزير التربية القومية عدد 108 الصادر في 18 سبتمبر/ أيلول 1981 المتعلق بمنع ارتداء الحجاب الإسلامي، هذا فضلاً عن منشور الوزير الأول الصادر في 1981 المتعلق بغلق المقاهي والمطاعم بشهر رمضان ومناشير الوزير الأول ووزير العدل ووزير الشؤون الخارجية ووزير الداخلية المقيّدة لحرية اختيار القرين عبر تحجير إبرام عقود زواج التونسيات بغير المسلمين على ضباط الحالة المدنية (منشور كاتب الدولة للداخلية عدد 23 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 1962)¹³¹.

وتهم المناشير ثانياً حرية اختيار نمط العيش وحرية المظهر كالمناشير التي تفرض هنداماً معيّناً على التلاميذ مع التمييز بين البنات والأولاد في خصوص ارتداء المبدعة والمناشير الوزارية حول فرض ارتداء اللباس اللائق على مستعملي المرافق العمومية عند الدخول إلى مقرّ الإدارة وتحجير ارتداء السروال القصير على الرّجال¹³².

وتهم المناشير ثالثاً حرية اختيار الاسم كمنشور كاتب الدولة للعدل والداخلية إلى السادة ضباط الحالة المدنية عن طريق السادة الولاية عدد 85 المؤرخ في 12 ديسمبر/ كانون الأوّل 1965 الذي يحجّر على المسلمين اختيار أسماء غير عربية ممّا يجعل الاسم رهينة «الثقافة المهيمنة»¹³³.

130 الإمام (ج) «كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية؟»، المرجع سابق الذكر، ص. 11.

131 الفرشيشي (و) «المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون!»، المرجع سابق الذكر، ص. 11-12.

132 نفسه، ص. 12.

133 الجلاصي (م. أ) «عندما تختار الدولة أسماء أبنائنا»، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، المرجع سابق الذكر، ص. 109-110.

وتهمّ المناشير رابعا حرية التنقل، فمنذ سنة 2014 فرضت الديوانة التونسية وشرطة الحدود على التونسيين والتونسيات الذين لا تتجاوز أعمارهم 35 سنة الاستظهار بترخيص أبوي معرف بالإمضاء عند السفر نحو بؤر التوتّر (S17)¹³⁴.

وتهمّ المناشير خامسا الإشراف على الأعمال الفنية كمنشير وزارة الثقافة التي تخضع بثّ الأفلام في قاعات السينما إلى ترخيص وزارة الثقافة¹³⁵.

وتحليل الإتاحة خاصّة إلى الإتاحة «الدّهنيّة»¹³⁶ وهي التي تهمّنا في هذا المستوى من التحليل لأنّها تحمل التزاما على المشرّع بجعل النصّ واضحا وقابلا للفهم intelligible، بل يعتبر عدم احترامها مدخلا لعيب الاختصاص السّلبي أي «أن يظلّ المشرّع دون اختصاصه»¹³⁷ حسب المجلس الدّستوري الفرنسي وذلك خاصّة¹³⁸ عندما لا يتوخّى المشرّع الدقة في تنظيم مسألة معيّنة¹³⁹ ذلك أنّ المسألة مرتبطة بالأمان القانوني، فما بالك إذا تعلق الأمر بالحريات الفرديّة التي يتمّ تنظيمها أساسا بالزّجر.

عيب الاختصاص السّلبي في القوانين المتعلّقة بالحريات الخاصّة في تونس وانتهاكات مبدأ الشرعية الجزائية

nullum crimen, nulla poena sine lege أو «لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون»، هذا هو مبدأ الشرعية الذي يعدّ «عماد القانون الجزائي»¹⁴⁰ وقد ارتبط تكريسه في فكر الأنوار برّدّة الفعل على اعتباريّة القضاة التي كانت المبدأ في العدالة الجزائية، بحيث حلّت الثقة في المشرّع محلّ الرّيبة من

134 الفرشيبي (و) « المناشير السّالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون!»، المرجع سابق الذّكر، ص. 12-13.

135 نفسه، ص. 13.

136 الماجري (خ)، سابق الذّكر، ص. 73.

ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P-Y.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème édition (Edition 137 entièrement refondue), Paris, LGDJ Lextenso, 2016, p. 287. التّرجمة لنا.

138 خلافا لعيب الاختصاص الإيجابي الذي يؤدّي إلى التصريح بعدم الدّستوريّة عندما يتدخّل المشرّع في مجال لا يدخل في اختصاصه -كأن يتدخّل في مجال التّرتيب- يتصل عيب الاختصاص السّلبي بعدم ممارسة المشرّع لكامل اختصاصه كأن يفوّض إلى سلطات أخرى وضع قواعد تدخّل دستوريا في مجال اختصاصه أو في الصّورة موضوع هذا المبحث أي عند وضع أحكام غامضة. أنظر:

ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P-Y.), BONNET (J.), *op. cit.*, pp. 286-289.

139 أنظر مثلا:

Décision n°2014-393 QPC du 25 avril 2014, M. Angelo (R.) Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires, considérants 6 à 8, disponible au lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2014-393-qpc/decision-n-2014-393-qpc-du-25-avril-2014.141490.html>

DRAGO (M-L.) « Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle », thèse de 140 doctorat, Université de Montpellier, 2016, p. 6. التّرجمة لنا.

القاضي الذي كان يختار من العقوبات الجزائية الأكثر ملاءمة في نظره استنادا إلى الإنصاف والأعراف الجاري بها العمل وبالتالي كان من الضروري سلب القاضي سلطة التأويل في المجال الجزائي¹⁴¹. فكما يقول Beccaria «وحدها القوانين يمكنها أن تحدّد عقوبات الجرائم وهذه السّطة يجب أن توضع في شخص المشرّع الذي يمثل كلّ المجتمع المترابط بالعقد الاجتماعي»¹⁴². وبالتالي يجب أن ينحسر دور القاضي في التطبيق الصارم للقانون الجزائي الذي يؤوّل تأويلا ضيقا، ومن هنا تترتب تباعا مكونات الشرعية الجزائية من إتاحة للقاعدة الجزائية وقابليتها للتوّقع - حتى يعلم من يعترم اقتراح فعله ما بما يترتب عنها من جزاء- وعدم رجعيّتها وضرورة دقّتها، «فالقانون غير الدّقيق لن يكون قابلا للتوقع ومن ثمة سيكون مخالفا لمبدأ الشّرعيّة الجزائيّة»¹⁴³ وهو ما يسم الالتزام المحمول على المشرّع بألا يظل دون اختصاصه بأقصى موجبات التأكّد لأنّ عدم الدقة في تعريف الجرائم يفتح باب التأويل القضائي ويبعث من جديد المخاوف من الاعتباطيّة¹⁴⁴.

فأين القوانين الجزائية التونسيّة التي تضرب القيود على الحريات الفردية المحميّة دستورياً من الفصل 28 من الدّستور ذاته الذي كرّس مبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات ومن الالتزام المحمول على المشرّع «بتعريف الجرائم في مصطلحات دقيقة بما فيه الكفاية لتفادي الاعتباطيّة» حسب ما أفّرّه المجلس الدّستوري الفرنسي¹⁴⁵ و«للسماح للمتقاضين انطلاقا من صياغة الحكم (التشريعي) ذي العلاقة ... بمعرفة أيّ أفعال أو امتناع عن أفعال يجعل مسؤوليته الجزائيّة منعقدة» حسب المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان¹⁴⁶؟

في الواقع، يكتفّ التشريع الجزائي في تونس «أمراض»¹⁴⁷ القوانين المتّصلة بالحريات الفردية في علاقة بعيب الاختصاص السّلبى وهو ما يبرز بطريقة واضحة للعيان في مجالين:

*أولا في مجال الحياة الخاصّة: يمكن أن تضرب مثالين مترابطين من حيث الإخلال بمبدأ الشّرعيّة الجزائية عبر التعابير المفتوحة والصياغة غير الدّقيقة للمفاهيم المكوّنة للركن المادّي للجرائم:

141 نفسه، ص. 8-9.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, op. cit., p. 151.

142

DRAGO (M-L.), op. cit., p. 123. التّرجمة لنا

143

144 نفسه، ص. 19.

Conseil constitutionnel, Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, considérant n°7, disponible au lien :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127DC.htm>, التّرجمة لنا

CEDH, *Affaire Cantoni c/ France*, n° 17862/91, 15 novembre 1996, §29, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62627%22>}. التّرجمة لنا.

147 في ترجمة لعبارة الأستاذ محمّد ميدون. أنظر:

MIDOUN (M.), op. cit., pp. 577-588.

أولها، في إطار القسم الثالث من الباب الأول من الجزء الثاني من المجلة الجزائية المخصص لجرائم الاعتداء بالفواحش والفرع الأول منه المخصص للاعتداءات على الأخلاق الحميدة والتحرش الجنسي¹⁴⁸، ورد الفصل 226 الذي ينص على أنه «يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وخطية قدرها ثمانية وأربعون ديناراً كل من يتجاهر عمداً بفحش»، ويضيف الفصل 226 مكرر المضاف بالقانون عدد 73 لسنة 2004 ما يلي: «يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها ألف دينار كل من يعتدي علناً على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علناً إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياء. ويستوجب نفس العقوبات المذكورة بالفقرة المتقدمة كل من يلفت النظر علناً إلى وجود فرصة لارتكاب فجور وذلك بكتابات أو تسجيلات أو إرساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو صوتية»¹⁴⁹.

هذه الأفعال الموجبة للمؤاخذة الجزائية من «فحش» و«أخلاق حميدة» و«وجه يخل بالحياء» و«فجور» والمستقاة من قاموس أخلاقي تطرح إشكالات تحديد محتواها بما أنها «عبارات فضفاضة تخضع لتقديرات تختلف بحسب الأزمنة والأمكنة والأشخاص وثقافتهم ومفهومهم للآداب والأخلاق والحياء وللّفحش والفجور»¹⁵⁰، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في قرارها عدد 288 الصادر بتاريخ 18 أوت/ آب 1976 معتبرة أنّ «الفعل المخلّ بالحياء هو فعل مادي يخلّ بالحياء مغاير للآداب العامة أو تقتضي الأخلاق والآداب العامة التستر عند ارتكابه سواء كان الفعل في ذاته مشروعاً أو غير مشروع معاقب عنه أو غير معاقب عليه وبذلك فهو أمر اعتباري موكول بتقديره لاجتهاد قاضي الموضوع مما يستمدّه من حالة الواقعة وظروفها بالنظر للوسط الذي وقعت فيه ودرجة الحضارة التي كان عليها ذلك الوسط وغاية المشرع من حماية الآداب ومحاربة الرذيلة وصيانة الجمهور من أن يقع نظره على مشهد مغاير للآداب»¹⁵¹ لكن تعريف الرذيلة في حدّ ذاته ذاتي. وبالتالي يعدّ تأسيس الجريمة على ركن مادي غير دقيق هو ارتكاب «فحش» أو اعتداء على أخلاق حميدة لا نعرف لها تعريف واضحاً هو استدعاء لتأويل القاضي وبالتالي لذاتيته التي عدّها مؤسسو الفكر الجزائري رديفة للاعتباطية.

ولعله من المفيد أن نستشهد بتعريف الأخلاق الحميدة الوارد في حكم قضائي أحدث صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير بقرارها عدد 1056 بتاريخ 18 جوان/ حزيران 2012 في قضية جابر

148 أضيف التحرش الجنسي بالقانون عدد 73 لسنة 2004 مؤرخ في 2 أوت/ آب 2004 يتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجنائية بخصوص زجر الاعتداءات على الأخلاق الحميدة وزجر التحرش الجنسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 6 أوت/ آب 2004، ص. 2354-2355.

149 نفسه، ص. 2354-2355.

150 الفرشيشي(و)، القصاب(إ)، الماجري(خ)، مذكرات الدلائل الدستورية، المرجع سابق الذكر، ص. 43.

151 محكمة التعقيب، قرار عدد 288، 18 أوت/ آب 1976، نشريّة محكمة التعقيب، 1976، ص. 90. أنظر: الفرشيشي(و)، القصاب(إ)، الماجري(خ)، مذكرات الدلائل الدستورية، المرجع سابق الذكر، ص. 44.

الماجري وغازي الباجي لكي تنتهي إلى أن القاضي التونسي يكاد ينتكس عن التعريف الوارد في 1976 إذ أسبغ على الأخلاق الحميدة إطلاقية كانت محكمة التعقيب قد نسبته، إذ اعتبرت محكمة الاستئناف أنّ الأخلاق الحميدة هي «مجموعة من القواعد الأخلاقية والأعراف والتقاليد والتعاليم الدينية السائدة في المجتمع والتي لا يجوز مخالفتها» وقد استقر عمل القضاء على «زجر التناول على مقدسات الناس (كالتناول على مقام الجلالة بالقول) باعتباره من قبيل الاعتداء على الأخلاق الحميدة»¹⁵².

كما لا يقل مفهوم « الفحش » ضبابية استدعت تأويله من قبل محكمة التعقيب حيث اعتبرت هذه الأخيرة أنّه «- إذا وقع فعل الفاحشة بمكان عمومي تولدت عنه جريمة التجاهر بما ينافي الحياء عمدا وارتبطت الجريمتان ارتباطا غير قابل للتجزئة اعتبرت جريمة واحدة توجب العقاب المنصوص عليه لأشد جريمة منهما (الفصل 55)»¹⁵³. وكانت محكمة التعقيب قد أقرت في حكم جنائي سابق أنّ «جريمة التجاهر بما ينافي الحياء الوارد بها الفصل 226 من ق ج (ترتكز) على توافر أركان منها الفعل المادي المخل بالحياء وحصول هذا الفعل بمكان عمومي مشاهد أو خصوصي تحمل مشاهدة ما يقع فيه»¹⁵⁴.

أمّا المثال الثاني، فيتمثل في الفصل 231 من ذات المجلة الجزائرية الذي ينصّ على ما يلي: «النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالتراتب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الخناء ولو صدفة، يعاقبن بالسجن من ستة أشهر إلى عامين وبخطية من عشرين دينارا إلى مائتي دينار.

يعتبر مشاركا ويعاقب بنفس العقوبات كل شخص اتصل بإحدى تلك النساء جنسيا»¹⁵⁵. ويقطع النظر عن الحمولة التمييزية الصارخة ضدّ النساء¹⁵⁶، فإنّ التعريف الفضفاض للغاية للخناء يجعل من «مجرد الدّعوة إلى عشاء أو إلى احتساء قهوة دليلا على ممارسة الخناء ذلك أنّ إقرار المرأة بأن شريكها دفع حساب الغذاء أو القهوة قبل العلاقة الجنسية أو بعدها كاف جدّا للشرطة العدلية لتعتبرها ممارسة للبعث»¹⁵⁷.

152 محكمة الاستئناف بالمستير، القرار عدد 1056، 18 جوان/ حزيران 2012، غير منشور.

153 محكمة التعقيب حكم جنائي، عدد 1814، 29/06/1977، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري لعام 1977، ص. 31. أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 86.

154 محكمة التعقيب، حكم جنائي عدد 5974، 07/08/1968، مجلة القضاء والتشريع، عدد 6-7 لسنة 1969، ص. 35. أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 86.

155 المجلة الجزائرية الصادرة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 9 جويلية/ تموز 1913، نسخة محيطة، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2020، ص. 67.

156 الفرشيشي (و)، القصاب (ل)، الماجري (خ)، مذكّرات اللا(د)ستورية، المرجع سابق الذكر، ص. 49.

157 CHENNAOUI(H.) « La loi, la police et la liberté de disposer de son corps », 3 août 2016, disponible au lien suivant: <https://nawaat.org/portail/2016/08/03/la-loi-la-police-et-la-liberte-de-disposer-de-son-corps/>. التّرجمة لنا .

أنظر أيضا تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 94.

ونقدّر إذن خطورة غياب الدقة في مسألة هذه الحساسية في مجتمع تظل فيه المرادة مرتبطة بالوصم الاجتماعي. ومع إقرارنا بأن «البغاء يجرج القانون» ويضعه أمام عدّة تساؤلات «هل يجب أن يقاومه، يؤطره أو يتجاهله بكل بساطة؟»¹⁵⁸ فإنّ خيار تجريمه ووضعه تحت طائلة القانون الجنائي يقتضي توخي الدقة في تعريفه.

*ثانيا: في مجال حق الأمان على النفس، ورغم النقلة النوعية التي حققها القانون عدد 5 لسنة 2016 المؤرخ في 16 فيفري/ شباط 2016 والمتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية، فإنّ المشرع ظلّ في إطاره «دون اختصاصه» بما أنّه لم يحدّد بداية الاحتفاظ وهو ما يعدّ غموضا غير محمود نبّهت له لجنة مناهضة التعذيب التابعة للأمم المتحدة في التقرير الدوري الثالث لتونس (2016)، حيث عبّرت عن قلقها بخصوص «غموض القانون الجديد فيما يتعلق باللحظة التي تمثّل بداية الاحتجاز على ذمة التحقيق»¹⁵⁹ ثمّ لجنة المساواة والحريات الفردية في تقريرها الصادر في 2018 حيث دعت إلى تنقيح هذا القانون لتلافي هذه الثغرة¹⁶⁰.

نفهم إذن أهمية توخي الدقة في وضع القواعد الضابطة للحريات الفردية وليس من الغريب أن يعدّ التأكيد على أهمية وضوح القواعد الضابطة للحريات ودقّتها من ثوابت فقه القضاء المقارن المتّصل بها. فالمحكمة الدستورية الألمانية كانت قد عابت مثلا في أحد قراراتها الهامة بخصوص القانون المتعلّق باستغلال الطاقة النووية *Kalkar* أنّه لم يحترم «شرط مقتضيات تشريعية دقيقة. فالإكراهات المحتملة التي يمكن أن تحدث غير قابلة للقياس والتوقّع إلى حدّ كبير بالنسبة إلى المواطن العادي التي ستؤثّر على حياته... فلا يمكن للمشرّع أن يحترم دولة القانون بدرجة كافية من اليقين إلا بصياغة أكثر دقة للأحكام المنظمة للرخص في قانون الطاقة النووية»¹⁶¹.

ونجد نفس الحرص على دقة الأحكام التشريعية الضابطة للحريات في فقه قضاء المحكمة العليا الكندية في إعماها للفصل الأول من العهد الكندي للحقوق والحريات من ذلك إجابتها في قرار *Irwin Toy Ltd*

CLEMENT (E.) « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs. Étude à l'occasion de la proposition 158 de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel (AN n° 1437) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/4 (N° 4), p. 814. الترجمة لنا.

159 لجنة مناهضة التعذيب، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثالث لتونس وفي التقرير المحدث الإضافي، CAT/C/TUN/CO/3، 10 جوان/ حزيران 2016، فقرة 9، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsn%2fe41KqfmX3Pa-T%2bm8PgpNo5NjkCle3LmgsB0Zj6X3G7FSHaf9m9hFKdWCC4PLMt7OeNMtPH7iTiw6h9NxaP4CPGjS-dvLMpslx3MmGEhPhyY>

160 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 65.

161 الترجمة لنا *Kalkar I*, 8 août 1978, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfi/bv049089.html>

عن المطعن المتصل بعدم دقة قانون الاستهلاك وتناقض أحكامه. واعتبرت المحكمة أن «الدقة المطلقة في القانون نادرة بل منعدمة. ويتمثل السؤال في معرفة إن كان المشرع قد صاغ قاعدة قابلة للفهم يجب أن تستند إليها السلطة القضائية لأداء وظائفها. وينضوي تأويل طريقة تطبيق القاعدة في حالات معينة دائما على عنصر تقديري لأن القاعدة لا يمكنها دائما أن تدقق كل حالات التطبيق. في المقابل، إذا لم توجد أي قاعدة قابلة للفهم وإذا ترك المشرع التقدير المطلق للقيام بما يجب في نطاق واسع من الحالات، فلا وجود لتقييد ضبطته «قاعدة قانونية»¹⁶². ووضّحت المحكمة مقتضيات الدقة في القوانين الضابطة للحريات في قرار *Nova Scotia Pharmaceutical Society* الصادر في 1992، حيث استعرضت «نظرية عدم الدقة» «*théorie de l'imprécision*» التي «تأسس على علوية القانون وبصفة خاصة على المبادئ التي تهدف إلى أن يكون المواطنون على بينة بطريقة معقولة وأن تكون السلطة التقديرية في مجال تطبيق القانون محدودة. وينضوي التحذير المعقول للمواطنين على جانب شكلي - معرفة نص القانون في حد ذاته - وجانب في الأصل - الوعي بأن هناك نوع من السلوك خاضع إلى تقييدات قانونية». ويتمثل العنصر الأساسي لضرورة تقييد السلطة التقديرية في مجال تطبيق القانون أنه يجب ألا يكون القانون خاليا من الدقة إلى درجة تؤدي إلى التصريح بالإدانة منذ اتخاذ القرار بالتبّع. ويعتبر معيار تقدير عدم الدقة صارما إلى حد ما. وتتمثل العوامل التي يجب أخذها بعين الاعتبار في: أ) المرونة الضرورية ودور المحاكم في مجال التأويل، ب) استحالة الدقة المطلقة بحيث يفضل اعتماد معيار قابلية الفهم، ج) إمكانية أن يحتل حكم واحد عدّة تأويلات يمكنها أن تتعايش. وبالتالي يمكن تلخيص نظرية عدم الدقة في الإقرار التالي: سيعتبر القانون منعدم الدقة بطريقة تحرق الدستور إذا افتقر إلى الدقة إلى درجة لا تخوّله لأن يكون دليلا كافيا في إطار نقاش قضائي أي أن يسمح بالبت في معناه إثر تحليل عقلائي يطبق معايير قانونية»¹⁶³. ويبدو إذن أن المحكمة العليا الكندية لا تشترط الدقة المطلقة بل تكتفي بقابلية النص لأن يكون مفهوما *l'intelligibilité* رغم أن هذه القابلية يحددها حد أدنى من وضوح النص ودقته وهما مترابطان في فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي كما ذكرنا أعلاه.

وفي نفس الاتجاه، نجد مقتضيات الوضوح والدقة في فقه قضاء المحكمة الفدرالية السويسرية في تأويلها للأساس القانوني للتقييدات على الحريات الوارد في الفصل 36 فقرة 2 من الدستور السويسري. لكن المثير للانتباه أن المحكمة تستعمل مصطلح *la densité normative* (الشحنة التقعيدية) للدلالة على الدقة والوضوح المرتبطين بمبدأ الشرعية¹⁶⁴، كما في قرارها الصادر في 1997 حول الطعن في دستورية قانون مقاطعة جنيف حول نقل الأعضاء والأنسجة وزرعها الذي ينص على إمكانية اعتراض الإنسان في حياته على استئصال أعضائه بعد موته وتسجيل ذلك في سجلّ دون أن يقوم غياب الاعتراض قرينة على الرضا. وقد

Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927 984, n°20074, 27 avril 1989, disponible au lien 162
suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/443/index.do> الترجمة لنا

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 RCS 606, n° 22473, 9 juillet 1992, disponible au lien suivant: 163
<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/901/index.do> الترجمة لنا

SHMIDT NOEL (A.) « La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé », thèse présentée à 164
la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour l'obtention du grade de docteur en droit, 2011, pp. 50-51.

تمّ الطعن في هذا القانون على أساس افتقاره للدقة المطلوبة فيما يتعلّق بآليات الرضا المفترض وآليات إعلام الأقارب وتوقيت نقل الأعضاء. وأقرت المحكمة أنه «يترتب شرط دقة القاعدة عن المبدأ العام للشريعة والأمان القانوني والمساواة أمام القانون... لكن شرط الشحنة التّعديّة ليس مطلقاً لأنّه لا يمكن أن نشترط من المشرّع أن يتخلّى تماماً عن اللجوء إلى مصطلحات عامّة تنطوي على جزء ضروري من التّأويل. ويعود هذا أولاً إلى الطّبيعة العامّة والمجرّدة للصّيقة بكلّ قاعدة قانونيّة وإلى ضرورة ترك هامش مناورة لسلطات التّطبيق عند تجسيد القاعدة. ولتحديد أي درجة من الدقّة يمكننا اشتراطها من القانون لا بدّ أن نأخذ بعين الاعتبار حلقة المعنيين به وخطورة الانتهاكات للحقوق الأساسيّة التي يسمح بها... فالانتهاك الخطير يقتضي مبدئياً أساساً قانونياً شكلياً واضحاً ودقيقاً أمّا الانتهاكات الأقلّ وطأة يمكن أن تتركسها نصوص في مرتبة أدنى من القانون بواسطة التّفويض أو أن تجد أساسها في حكم عام»¹⁶⁵. ومن المثير للانتباه أنّ القاضي طبّق نوعاً من التّفاوت في مقتضيات الدقة بحسب خطورة الانتهاك كما يذكّرنا بمنهج التّناسب.

بقي أنّ الإحالة إلى الشحنة التّعديّة، وهي من ثوابت فقه قضاء المحكمة الفدراليّة السويسريّة¹⁶⁶، للدلالة على الدقة والوضوح غير موفّقة في تقديرنا لأنّها ترتبط بالطّبيعة التّعديّة *une nature normative* لا «الوصفيّة»¹⁶⁷ التي تميّز القاعدة القانونيّة والتي تبرزها صبغتها الأمرّة والملزّمة المقترنة بجزاء تتكفل سلطة الدولة بتطبيقه¹⁶⁸. ونجد مثلاً أنّ المجلس الدّستوري الفرنسي يصرّح بعدم دستوريّة الأحكام الرّخوة وذات الصبغة الإعلانيّة الصّرفة¹⁶⁹ أو تلك التي تحدّد أهدافاً عامّة للسياسة العموميّة والتي لا أبعاد قانونيّة لها لأنّ موضوع القانون هو الأمر بشيء أو السّماح به أو منعه¹⁷⁰. فقد تكون القاعدة القانونيّة متميّزة بهذه الشحنة التّعديّة من حيث إنشائها لحقوق والتزامات لكن تعوزها الدقّة والوضوح في تحديد هذه الالتزامات أو آليّاتها. المهمّ أنّ فقه القضاء المقارن يبرز استحالة الدقّة المطلقة في صياغة القواعد القانونيّة لأنّها ستعقّد فهمها أو تطبيقها. وهذا ما وضّحته المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان عندما أقرت استحالة الوصول إلى «دقّة مطلقة

ATF 123 I 112, 124, *Arrêt de la Ire Cour de droit public du 16 avril 1997 dans la cause Rolf Himmelberger contre Grand Conseil du canton de Genève*, disponible au lien suivant : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-I-112%3Ade. التّرجمة لنا

166 أنظر مثلاً:

ATF 128 I 327, 339, *l'arrêt du I. Département de droit public dans le cadre de Botta et Mith. Contre le canton des Grisons*, 26 août 2002, disponible au lien suivant : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-I-327%3Ade&lang=de&type=show_document

BECHILLON (D.-de.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, p. 195. التّرجمة لنا 167

168 الشرفي (م) والمزغني (ع)، مدخل لدراسة القانون، تونس، المركز القومي للبيداغوجي، 1993، ص. 50-53.

169 أنظر مثلاً:

Décision n°2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, considérant n°12, disponible au lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-500-dc/decision-n-2004-500-dc-du-29-juillet-2004.894.html>

170 دباش (ك)، مبادئ توجيهية في الصياغة التشريعية في تونس، تونس، منظمّة وستمستّر للديمقراطية، 2016، ص. 38.

في صياغة القوانين»¹⁷¹ وذلك يعود إلى مبدأ عمومية القاعدة القانونية. واعتبرت في قضية عاب فيها الطاعن على القانون عدم وضوح مصطلح «دواء» الوارد في مجلة الصحة العمومية الفرنسية أن «من بين تقنيات التشريع اللجوء إلى أصناف عامة ولا إلى قوائم مستفيضة. كما أن عديد القوانين تستعمل بالضرورة صيغا غامضة إلى حد ما لتفادي الصرامة المطلقة والتّمكّن من التّأقلم مع تغيّرات الوضعية. فتأويل هذه النصوص وتطبيقها رهين الممارسة». ومثل كثير من التعريفات القانونية، فإنّ تعريف «الدواء» (المطعون فيه) ورد عامًا في الواقع. ومن شأن استعمال التّقنية التشريعية للأصناف أن تترك عموماً مناطق ظلّ في حدود التعريف. وليس من شأن الشكوك حول حدود التعريف وحدها أن تسمح باعتبار الحكم المطعون فيه مخالفاً للفصل 7 من الاتفاقية طالما اتضح أنّه واضح بما فيه الكفاية في الأغلبية المطلقة للحالات»¹⁷². كما أقرت المحكمة في قضية أخرى أنّ غياب تنصيب القانون بوضوح على توجيهات في احتساب مبلغ التعويض عن الإضرار بالسّمتة يعود إلى طبيعة المادة وأنّ هامشا من المرونة ضروري نظراً لاتساع نطاق الحالات التي سينطبق عليها القانون بما سيسمح للقاضي بتقدير المبلغ المناسب لكلّ حالة ولا يمكن في كلّ الأحوال للمعني بالأمر أن يحدّد بدقّة مبلغ التعويض المحمول عليه حتى لو استعان بالخبراء¹⁷³.

ومن المثير للانتباه أنّ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وفي تحليل يذكر بالذي أتبعته المحكمة العليا الكندية، اعتبرت أنّ ما يحدّد مدى مصطلحات قابلية التّوقّع والإتاحة إلى حدّ كبير مضمون النص المعني والمجال الذي ينظّمه وعدد المخاطبين به وصفتهم، بحيث من المتوقّع في خصوص قواعد تقنيّة ومعقّدة تهم الاتصالات أن تكون شركة مختصة راغبة في ممارسة نشاط البثّ العابر للحدود أن «تسترشد عن القواعد المطبّقة في سويسرا والاستعانة عند الحاجة بخبراء... بحيث أنّ القواعد المعنيّة من شأنها أن تسمح للطّاعنين ومستشاريهم بتعديل تصرّفاتهم على أساسها»¹⁷⁴. في المقابل، ترفع المحكمة من مقتضيات الدقة عندما يشكّل القانون انتهاكا خطيرا ومباشرا لحريات المواطنين، وهذا ما عاينته في قضية رفعت ضدّ الدولة الفرنسية متّصلة بالتّصنّط الهانفي معتبرة أنّ «التّصنّط والأشكال الأخرى لاعتراض الاتصالات الهاتفية تشكّل انتهاكا خطيرا لاحترام الحياة الشّخصية والمراسلة يجب أن تستند من هذا المنطلق إلى «قانون» ذو دقّة خاصّة. ويعتبر وجود قواعد واضحة ومفصّلة في هذا المجال ضرورياً خاصّة وأنّ الآليات التّقنيّة المستعملة تزداد إتقاناً يوماً بعد يوم»¹⁷⁵.

CEDH, *Affaire Barthold c. Allemagne*, n°8734/79, 25 mars 1985, §47, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-61990%22>. التّرجمة لنا.

CEDH, *Affaire Cantoni c. France*, n° 17862/91, 15 novembre 1996, §§31-32, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62627%22>. التّرجمة لنا.

CEDH, *Affaire Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, n° 18139/91, 13 juillet 1995, §41, disponible au lien suivant : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62502>

CEDH, *Affaire Goppera Radio AG et autres c. Suisse*, n° 10890/84, 28 mars 1990, §68, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62180%22>. التّرجمة لنا.

أنظر في هذا الإطار:

SHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 257.

CEDH, *Affaire Huwig c. France*, n° 11105/84, 24 avril 1990, §32, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62184%22>. التّرجمة لنا.

وفي النهاية، يعكس فقه القضاء المتصل بصياغة القوانين الضابطة للحريات حرصا على جودة القانون لكن في نفس الوقت كشفًا لتحديات الصياغة القانونية بصفة عامة لأن الوضوح يقتضي مقروئية النص وقابليته لأن يكون مفهوما وهو ما يفترض بساطة التعبير والإيجاز. لكن من ناحية أخرى، يجب أن يكون القانون دقيقا وأحكامه مفصلة بما فيه الكفاية حتى يكون قابلا للتطبيق من قبل القاضي¹⁷⁶. وهو توازن صعب يفسر أن بيداغوجيا أدلة التشريع تتمثل عادة لا في تفسير الوضوح الذي يظل «أمرًا مثاليًا غامضا»¹⁷⁷ بل في بيان الممارسات التي تحلّ به حتى يتم تلافيها ومنها استعمال الصيغ الغامضة وفي المقابل البحث عن صياغة تفصيلية للغاية - تعود إلى مجال الترتيب - أو معقدة بطريقة غير مفيدة. كما يُنصح بتفادي كثرة الإحالة إلى نصوص أخرى صلب النص لأنها تعقد فهمه¹⁷⁸. وينص دليل التشريع السويسري في هذا الصدد على أن «الاستعمال الجيد للإحالات يمكن من اختصار كبير لنصوص القوانين ومن تحسين قابليتها لتكون مفهومة ... لكن، في أغلب الأحيان، تخرق الإحالة مبدأ ضرورة أن يكون النص قابلا للفهم في حد ذاته وبصورة منفصلة. ومن شأن الإحالات المنقوصة أو غير الوجهية أن تعقد فهم النص»¹⁷⁹. كما يُوصى بتفادي استعمال مفردات شمالة لمعاني متعددة. ولتفادي ما يؤدي إليه ذلك من خلط، يُؤكد دليل التشريع السويسري على «الحرص على أن يتضح المعنى من خلال السياق بصورة دقيقة بما فيه الكفاية، - تفادي استعمال نفس الكلمة للحديث عن شيئين مختلفين، - احترام المصطلحات المستعملة في النصوص التشريعية»¹⁸⁰. إذن، لا بد من تفادي الاستعمال التقريبي للمصطلحات، من ذلك استعمال المترادفات إذ من الضروري عند الحديث عن نفس الموضوع القانوني استعمال نفس المصطلح للتعبير عنه. كما يُوصى بالحذر عند استعمال التعريفات حفاظا على التناسق بين مختلف النصوص القانونية، فلا يجب أن تتغير التعريفات من نص قانوني إلى آخر إلا إذا كان المشرع يروم تغيير التعريف أو أن يقع ربطه بنص معين¹⁸¹.

بقي أن هذه المعايير التي يُدعى المشرع إلى احترامها عند صياغة النصوص التشريعية المقيّدة للحريات عموما وللحريات الفردية على وجه الخصوص يجب أن تُطوّع للوصول إلى أحسن صياغة ممكنة تترجم المنهج الذي يقتضيه الفصل 49 في تقييد الحريات.

FLÜCKIGER(A.) « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, 176 n°21, p. 76. الترجمة لنا.

177 نفسه.

178 دباش (ك)، المرجع سابق الذكر، ص. 37.

Office Fédéral de la Justice, *Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 2007, p. 363, 179 الترجمة لنا. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-f.pdf>.

180 نفسه، ص. 377. الترجمة لنا.

181 دباش (ك)، المرجع سابق الذكر، ص. 37.

المبحث الثاني - المنهج:

الامتحان التلّائي



طالما أنّ الحرية، الفردية منها والجماعية، هي المبدأ والقيود عليها هو الاستثناء، وجب أن تكون الطريق إلى إقراره غير معبّدة بل محفوفة بالاختبارات حتى تثبت دستوريته، فيجب أن يجتاز تباعاً امتحان «الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية» (الفقرة الأولى) وأن يكون مبرراً بأحد الأهداف التي عدّها الفصل 49 مشروعة (الفقرة الثانية) وأن يجتاز الاختبار الأخير أي اختبار التناسب (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى - الامتحان الأول: ضرورة الحد في دولة مدنية ديمقراطية، طوق نجاة أم «سيف ديموقليس» مسلط على الحريات الفردية؟

يقيد الفصل 49 تحديد الحريات بوجود «ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية». ولندرك أنّ الضرورة ترتبط في القانون بالاستثناء والحتمية والأزمة فهي في القانون العام الداخلي أساساً لسلطات الاستثناء الدستورية¹⁸² التي تؤدي إلى تركيز الصلاحيات بين يدي رئيس الجمهورية - في إطار الفصل 80 من الدستور - وهي في القانون الدولي العام من موانع المسؤولية الدولية عند إخلال الدولة بالتزاماتها الدولية¹⁸³.

وقبل أن يُكرّس قانوناً، يعود ارتباط الضرورة بالاستثناء وبالحتمية في تاريخ الأفكار السياسية إلى فكر الأنوار، حيث تُعتبر الحرية هي المبدأ الذي لا يُجَدُّ منه إلا للضرورة قصوى تفرضها ضرورات العقد الاجتماعي الذي يفترض تنازل كل فرد عن جزء من الحرية لتحقيق الأمن الجماعي¹⁸⁴ ومنها إحالة مونتسكيو Montesquieu إلى الطابع الاستبدادي لكل عقاب غير مترتب عن ضرورة قصوى، وهو ما استند إليه باكاريا Beccaria في مؤلفه في الجرائم والعقوبات في 1764 للتأسيس لمبدأ الضرورة في القانون الجنائي الذي ربط فيه بين العقاب والضرورة «فكل ما زاد عن الضرورة هو من قبيل التزيّد ويحمل علامات الاستبداد»¹⁸⁵. وهي مبادئ وجدت صدى لها في الفصل 5 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن في 1789 الذي ينص على «أنّ

KIRMANN (F) « Le principe de nécessité en droit pénal des affaires », thèse pour l'obtention du grade de docteur en 182 droit, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Université de Lorraine, 11 mai 2018, pp. 18- 19.

183 ينص الفصل 25 من مشروع الفصول حول المسؤولية الدولية عن فعل غير شرعي دولياً الذي أعدته لجنة القانون الدولي والمخصص لحالة الضرورة état de nécessité على التالي: "1- لا يمكن للدولة أن تحتاج بحالة الضرورة كسبب لاستبعاد الأثرية لفعل غير مطابق لإحدى التزاماتها الدولية إلا إذا كان هذا الفعل:

(أ) بشكل بالنسبة إلى الدولة الوسيلة الوحيدة لحماية مصلحة أساسية في مواجهة خطر جسيم وشيك يهددها، و
(ب) في حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيراً جسدياً على مصلحة أساسية للدولة أو للدول التي كان الالتزام قائماً تجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل...»، بالنسبة إلى نص المشروع أنظر:

Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, Nations unies, 2005, p. 208, disponible au lien suivant : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf. الترجمة لنا

بالنسبة إلى الربط بين القانون الدولي والضرورة أنظر:

KIRMANN (F), *op. cit.*, pp. 18-19.

KIRMANN (F), *op. cit.*, pp. 21-22.

BECCARIA (C.), *op. cit.*, p. 147. الترجمة لنا

184 حول أهمية فكر سيزار باكاريا بالنسبة لمبدأ الضرورة في القانون الجزائي واستناده إلى فكر مونتسكيو أنظر:

KIRMANN (F), *op. cit.*, pp. 21-26.

القانون لا يمنع إلا الأعمال التي تلحق ضرراً بالمجتمع. وكل ما لم يمنعه القانون مباح ولا يمكن إجبار شخص على القيام بها لا يأمر به القانون»، والفصل 8 الذي ينص على أن «القانون لا يمكنه أن يقرّ إلا العقوبات التي هي ضرورية فعلاً وبصورة بديهية»¹⁸⁶ ولا يعدّ التنصيص في الفصول 8 و9 و10 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية على «الضرورة في مجتمع ديمقراطي» كضابط للشروط والقيود التي يمكن أن تُضرب تبعاً على الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرية الفكر والضمير والمعتقد وحرية التعبير إلا استكمال لمسار تكريس مبدأ الضرورة¹⁸⁷.

الضرورة إذن في النهاية ترتبط بالاستثناء ويجب أن تكون الحدود التي تؤدي إليها الملاذ الأخير¹⁸⁸ *ultima ratio*. وهو ما يدعونا إلى التساؤل حول معايير تقدير الضرورة طالما أن هذه الأخيرة ليست «شرطاً محضاً بقدر ما أنها تتعلق بإحساس مشترك وهو ما يفسر أنه يمكن في لحظة ما وفي أوقات مناسبة أن يعتبر تدبير معين - ضرورياً-»¹⁸⁹. فمبدأ الضرورة متغير وقابل للتطويع، مما يخدم الاعتبارات الآنية ويمكن أن تتصور الانحرافات التي يؤدي إليها التلاعب بالضرورات الذاتية قطعياً والمرتبطة بـ«روح العصر» إن جاز التعبير¹⁹⁰. ونفهم إذن أهمية التنصيص على الـ«ضرورة التي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية» في الفصل 49 من الدستور لتقدير هذه الضرورة طالما أنها الأساس الأول لمشروعية الحدود على الحريات كما نقدر ضرورة التعامل بكثير من الدقة مع الضوابط لتفادي التلاعب بها في إطار «الانتهازية السياسية المقنعة»¹⁹¹ مثلاً.

ويبدو أن الفصل 49 قد استروح امتحان الضرورة من النصوص الدولية المرجعية بما في ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينص في الفصل 29 في فقرته الثانية على ما يلي: «لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرّها القانون مستهدفاً منها، حصراً ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحرّيات الآخرين، واحترامها، والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي»¹⁹². كما كرّست الضرورة في مجتمع ديمقراطي في الفصول 8 و9 و10 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية كما ذكرنا أعلاه. وكرّس هذا الامتحان في الفصل الأول من العهد الكندي للحقوق والحريات الذي ينص على أن «الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق

186 أنظر بهذا الخصوص:

LE MONNIER DE GOUVILLE (P) « Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal*. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », *Les Cahiers de la Justice*, 2014/3, N° 3, p. 496.

187 نفسه، ص. 496.

188 نفسه، ص. 503.

189 نفسه، ص. 498. الترجمة لنا.

190 نفسه، ص. 498. الترجمة لنا.

GREER (S.) « Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n°15, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 14, disponible au lien suivant : [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-15\(1997\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-15(1997).pdf). الترجمة لنا

192 المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذكر، ص. 7.

والحرية الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي»¹⁹³.

تتفق هذه النصوص في أن امتحان الضرورة هو امتحان برهنة على وجودها وهو ما يطرح سؤالين: أولاً تحديد معنى الضرورة وثانياً تحديد من يتحمل عبء إثباتها¹⁹⁴. وفي هذا الإطار، يمكن الاستئناس بفقهاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تأويل ما هو ضروري. وقد اعتبرت المحكمة بالنظر إلى الألفاظ والتعبير الأخرى الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أنه «إذا كان نعت «ضروري» الوارد بالفصل 10 في فقرته الثانية ليس مرادفاً لما «لا غنى عنه» «indispensable»، ولألفاظ مثل «ضروري لأقصى درجة» «les mots absolument nécessaire» والضروري تماماً «strictement nécessaire» والحد الذي تقتضيه الحالة بدقة، فإن هذا النعت ليس بمرونة ألفاظ مثل مقبول «admissible»، طبيعي «normal»، مفيد «utile» معقول «raisonnable» أو مناسب «opportun». ومع ذلك، يعود للسلطات الوطنية في المقام الأول تقدير حقيقة الحاجة الاجتماعية الماسة التي يفترضها في هذا الصدد مفهوم الضرورة»¹⁹⁵. وبالتالي، نزلت المحكمة الضرورة «منزلة وسطى»¹⁹⁶ ما بين الضرورة القصوى التي تسم البنود التعليقية والظروف الاستثنائية وما بين المعتاد والمعقول. ونجد صدى لهذا التعريف للضرورة الذي يربطها بالحاجة الاجتماعية في قرار المحكمة العليا الكندية الشهير *Oakes* باعتباره المؤسس لاختبار التناسب، حيث اعتبرت المحكمة أن أبعاد ما هو ضروري مرتبط أولاً بالهدف المراد حمايته والذي يتعلّق حسب قرار *Oakes* بـ «هواجس اجتماعية، عاجلة وحقيقية في مجتمع حرّ وديمقراطي»، ويرتبط ثانياً بضرورة «البرهنة على أن الوسائل المعتمدة معقولة ويمكن تبريرها في مجتمع ديمقراطي» وهنا يأتي اختبار التناسب. ومن هذا المنطلق اعتبرت المحكمة في ذات القضية أن «الهاجس الذي يشغل المشرّع في الحد من تجارة المخدرات حقيقي وعاجل وأن الهدف المتمثل في حماية المجتمع من الآفات المتصلة بتجارة المخدرات بديهي على معنى الفصل الأول»¹⁹⁷ من العهد.

وتبرز هذه التعريفات خصوصية مفهوم الضرورة كمفهوم علائقي بامتياز، فهو غير مستقل بذاته وإنها يحدّد بالنظر إلى هدف ما أو «قيمة»¹⁹⁸ ما حسب تعبير الأستاذ سليم اللغماني الذي يميّز في شأنها وبخصوص الفصل 49 تحديداً بين «الضرورة الخارجية، فالمشرع هنا في وضعية لا بدّ له فيها من الحد من الحرية حسب موجبات لتحقيق غاية أو قيمة ولكنه في حده للحرية لا بد أن يحترم مبدأ التناسب، والتناسب يحتوي بدوره على شرط الضرورة،

193 يمكن تحميل نصّ العهد الكندي للحقوق والحريات على الرابط التالي:

<https://canada.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/pdf/charte-poster.pdf>

GREER(S.), *op. cit.*, p. 15.

194

CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, Requête no5493/72, 7 décembre 1976, §48, *op. cit.*, الترجمة لنا،

195

GREER(S.), *op. cit.*, p. 14.

196

Cour suprême du Canada, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136, 28/02/1986, n°17550, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/117/index.do> الترجمة لنا.

198 اللغماني (س)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات «العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس»، جلسة 13 جويلية/ تموز 2019، المرجع سابق الذكر، ص. 3.

والضرورة هنا هي ضرورة داخلية. فالحد المقرر يجب أن يكون ضروريا لتحقيق الغاية دون تجاوزها *nécessaire et suffisant*¹⁹⁹ وهي الضرورة المكرّسة في التطبيقات فقه القضائية لمبدأ التناسب التي سنتعرّض لها لاحقا²⁰⁰.

الضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة إذن هي ضرورة «خارجيّة»، وتعني أنه «ليس هنالك حلّ آخر وأنه لضمان القيمة لا بد من الحد من الحرية»²⁰¹. وتتمثّل القيم في الأهداف التي وضعها الفصل 49 من «حماية حقوق الغير» أو «مقتضيات الأمن العام» أو «الدفاع الوطني» أو «الصحة العامة» أو «الآداب العامة». فلحماية هذه القيم والأهداف، لا بدّ من الحدّ من الحرية. وبهذا المعنى، اقتضاء الضرورة للحدّ من الحرية بغاية حماية قيمة أو هدف، منهج غير غريب عن القانون العام بما أنّه أساس التدابير الضبطيّة.

فالضرورة هي أحد شروط شرعيّة التدابير الضبطيّة، طالما أنّ الحرية هي «القاعدة والتقييد الضبطي هو الاستثناء» حسب تعبير مندوب الدّولة *Corneille* في استنتاجاته في قرار مجلس الدّولة *Baldy* الصادر في 10 أوت/ آب 1917²⁰². ومن طبيعة التدابير الضبطيّة أنّها «تحدّ من الحريات العامة... ويمكن أن تترجم بتحجير الأنشطة القانونيّة»²⁰³. ويعكس فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي تمثيلا يقوم أوّلا على التّحقق من أنّ التدابير اتّخذت للمحافظة على النّظام العام، قبل النّظر في الوقائع للتأكد من توفّر شرط الضرورة لبلوغ مقصد المحافظة على النّظام العامّ الذي لم يكن ممكنا باعتماد «تدابير أقلّ صرامة» أو «أقلّ تقييدا وأضيق نطاقا»، فلا تكون شرعيّة تلك التدابير التي «تتجاوز الاحتياطات الضروريّة» للمحافظة على النّظام العامّ²⁰⁴. وقد أكّد مجلس الدّولة الفرنسي هذا المنهج في قراره الصادر بتاريخ 9 جانفي/ كانون الثاني 2014 بخصوص توقيف تنفيذ القرار القضائي الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بمدينة نانت الذي علّق قرارا إداريا قاضيا بمنع عرض مسرحي، واعتبر مجلس الدّولة أنّ «ممارسة حرية التعبير هي شرط للديمقراطيّة وإحدى ضمانات احترام الحريات والحقوق الأخرى وأنّه يعود للسلطات المكلفة بالضبط الإداري اتّخاذ التدابير الضروريّة لممارسة حرية الاجتماع» مضيفا أنّ «الخروقات التي تطال ممارسة هذه الحريات الأساسيّة في إطار مقتضيات النّظام العام يجب أن تكون ضروريّة وملائمة ومتناسبة»²⁰⁵. وهذا هو المنهج المعتمد في فقه قضاء المحكمة الإداريّة التّونسيّة التي دأبت على اشتراط الضرورة في مجال الضبط الإداري وتعبّر عن هذا التّأكد كشرط

199 نفسه، ص. 3.

200 أنظر أدناه، ص. 224-228.

201 اللّغامي (س) " الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 118.

202 CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome I, 15ème édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 727.

203 نفسه، ص. 727. التّرجمة لنا.

204 نفسه، ص. 727. التّرجمة لنا.

205 *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, Ordonnance du 9 janvier 2014, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ordonnance-du-9-janvier-2014-ministre-de-l-interieur-c-societe-les-productions-de-la-plume-et-m-dieudonne-m-bala-m-bala>. التّرجمة لنا.

لشرعية ممارسة الضبط الإداري بوجود «تهديد خطير وخطر محقق»²⁰⁶.

الضرورة إذن هي «عذر excuse»²⁰⁷ التدابير الضبطية حسب الفقيه الفرنسي شابو René Chapus وهي بالقياس عذر تقييدات الحرية في الفصل 49 وأساس مشروعيتها وشرط الإقرار بدستوريتها.

لكن المنظور إلى الضرورة يختلف بحسب تقدير من يؤولها لما هو متفق عليه اجتماعياً وهو ما يجعلها مرتبة إلى حد كبير بذاتية المؤول، وهو ما أقره الفقيه شابو في معرض حديثه عن الضرورة في التطبيقات فقه القضائية في مجال الضبط الإداري، معتبراً أنه «لا مفر من أن تقدير الضرورة لا يخلو من الذاتية»²⁰⁸. ومن هنا تأتي أهمية إضافة التخصيص الوارد في الفصل 49 بأنها الضرورة التي «تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية»، فلا توجد ضرورة في المطلق بل هي في الدستور التونسي مرتبطة بثنائية المدنية والديمقراطية.

ولنبداً أولاً بالصيغة المدنية للدولة التي نعرف أهميتها في التوازنات الكبرى للدستور وعلاقتها بالفصل الأول²⁰⁹ الذي تشكل معه وحدة «موضوعية»²¹⁰، بحيث لا يمكن أن نؤول أحدهما دون الآخر. وقد عرفها الفصل الثاني من الدستور غير القابل للتعديل بأنها «تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون». وإذا كانت الإحالة إلى إرادة الشعب تسم بالضرورة الدولة المدنية بالديمقراطية - طالما تفترض الديمقراطية كنظام سياسي أي كآلية حكم تكريس إرادة الشعب - فإن كنه الدولة المدنية في تأسيسها على المواطنة وعلى علوية القانون، أي في تحديد طبيعة علاقة الدولة بالأفراد وطبيعة المنظومة القانونية. ويعتبر الأستاذ غازي الغرايري في هذا الإطار أنه «يجب ألا تتأسس الدولة بصفة عامة ومنظومتها القانونية بصفة خاصة على أي ذاتية... فالدولة الطائفية والدولة العسكرية والدولة القبلية والدولة العشائرية ودولة الحزب ودولة الإيديولوجيا ودولة الجهة... هي دول ذات ذاتية ما. فكل هذه الأشكال تتناقض مع الصيغة المدنية للدولة. الدولة المدنية هي دولة المواطنين القائمة على عدم تحديدهم... فتصرفات الدولة والقوانين التي تضعها والتوازنات الاجتماعية المتولدة عنها يجب ألا تنظر إلى الأفراد إلا من منظور صفتهم المواطنة بكل ما في هذا الوصف من موضوعية وسمو»²¹¹.

206 أنظر مثلاً حكم ابتدائي عدد 1/18597 بتاريخ 23 مارس/ آذار 2011، الشراكة الوطنية للاتصالات "ت" / رئيس بلدية باردو، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2011، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 328؛ حكم ابتدائي صادر بتاريخ 5 ماي/ أيار 2014 في القضية عدد 124344، فطيمة / رئيس النيابة الخصوصية لبلدية قلبية، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2014، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص بالتعاون مع المحكمة الإدارية، 2019، ص. 490.

207 الترجمة لنا. CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 728.

207

208 نفسه، ص. 731. الترجمة لنا.

209 نذكر أن الفصل الأول من الدستور ينص على ما يلي: "تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها. لا يجوز تعديل هذا الفصل".

210 GHERAIRI (G.) « Le caractère civil de l'Etat tunisien », in. *La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, p. 121, disponible au lien suivant : file:///C:/Users/hatem%20mrad/Downloads/07%20Le%20caract%3%A8re%20civil%20de%20l%20Etat%20tunisien.pdf. الترجمة لنا.

211 نفسه، ص. 121. الترجمة لنا.

لكن أليس الحديث هنا عن المواطنة كـ«مثل أعلى يسمو على الانتهات الشخصية لخلق تضامن ومعنى للأمة المدنية»²¹² يتعارض مع اتجاه تطوّر المواطنة منذ القرن 19 المرتبط بترسيخ الفردانية وحماية الفرد وفضائه الخاص ضدّ تدخّل الآخرين والمجتمع والدولة²¹³، ممّا يطرح مشكلا حقيقيا في تقدير الضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة تعدّ حماية الآداب العامّة إحدى قيمها التي تستوجب الحماية ومن ثمة تقييد الحريات. أي أننا أمام مأزق إذ أنّ تجريد المواطنين من ذاتيتهم للانصهار في الدولة المدنيّة يدعم الفضاء العامّ على حساب الخصوصية وتدعيم هذه الأخيرة على حساب المشترك سيطرح مشكل تحديد القيم المشتركة التي سيكون الدفاع عنها عذرا لتقييد الحريات على أساس ضرورة يصعب تحديدها طالما أنّ الفردانية تخلق عددا من الضرورات بعدد الأفراد.

وجب علينا إذن في تحديدنا للمواطنة التي أسّس عليها الفصل 2 من الدستور الدولة المدنيّة ألا نقف عند تعريفها كصفة un statut قانونيّة وسياسيّة للأفراد الممتثلين إلى مجتمع سياسي بل هي أيضا وبالأساس «مثل أعلى في الحياة يقوم على الانسجام بين فضيلة الخاص وروح العام»²¹⁴، تمكّن صاحبها من حيازة وممارسة جملة من الحقوق المشتركة مع جميع الأفراد المرتبطين مع الدولة برابطة الجنسية وتشمل الحقوق المدنيّة التي تسمح بتطوير الذات والحقوق السياسيّة - التي تمكّن من المشاركة في الشأن العام وصنع القرارات المشتركة - والحقوق الاجتماعيّة التي توطد التضامن مقابل جملة من الالتزامات منها دفع الضرائب والتضامن أمام المخاطر والمسؤوليّة المشتركة²¹⁵.

وحلّ المأزق يتمثّل في «الفردانيّة الأخلاقيّة»²¹⁶ التي نظّر لها جون ستيوارت ميل John Stuart Mill في مؤلّفه المرجعي «في الحرية» مؤسّسا للقول بجدليّة العلاقة بين الفرد والمجتمع، ف«من المنشود أن يتمّ التعبير عن الفردانيّة في كلّ ما لا يطال مباشرة الآخرين»²¹⁷... ف«ليس بانصهار كلّ ما هو فردي في التماثل تصبح الفردانيّة موضوعا نبيلًا للتأمّل بل بصقلها وتطويرها في الحدود التي تفرضها حقوق ومصالح الغير»²¹⁸، وهذا يعني أنّ هناك «وعي أخلاقي فردي»²¹⁹ يسمح بتبرير الإيمان بالقواعد المشتركة أو الانصراف عنها، وهو وعي يتفاعل باستمرار مع الثقافة المشتركة. فهويّة الفرد تحددها النماذج التي تسمح بها المجموعة أو تمنعها،

AUDARD (C.) «Citoyen», in. CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 212 volume 1, quatrième édition revue et augmentée, Paris, Quadrige/PUF, 2015, p. 316. الترجمة لنا.

213 نفسه، ص. 314.

214 نفسه، ص. 314. الترجمة لنا.

215 نفسه، ص. 315.

« Individualité morale ». Voir AUDARD (C.), *op. cit.*, p. 317. الترجمة لنا.

216

MILL (J-S.), *De la liberté*, Chapitre III « De l'individualité comme l'un des éléments du bien-être », 1859, Traduit de l'anglais par Laurence Lenglet à partir de la traduction de Dupond White (en 1860), p. 45, disponible au lien : http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.pdf. الترجمة لنا.

218 نفسه، ص. 49. الترجمة لنا.

AUDARD (C.), *op. cit.*, p. 317. الترجمة لنا.

219

وبناء هذه الهوية لا يكون إلا عبر ما توفره المواطنة من شروط المشاركة والتّمثيلية. وبالتالي لا يتعارض وعي الأفراد ومصالحهم بالضرورة مع المصلحة العامة والهوية المشتركة، ولا أدلّ على ذلك من أنّ الفرد يحتاج إلى لغة المجموعة للتعبير عن قناعاته والتفاوض بشأنها²²⁰. فلا يوجد في النهاية فرد مستقل بذاته عن المجتمع لأنه يحتاج للتعبير عن استقلاليتته وفردانيته إلى مجتمع يوفر الشروط للتعبير عنها، وهو يحتاج إذن إلى ديمقراطية. ونفهم إذن أنّه لا تعارض بين المواطنة -أساس الدولة المدنية- بما تفرّضه من فردانية واحترام للفضاء الخاص وبين وجود فضاء عام وهوية مشتركة تفرض «أدبا عامة» يمكن أن تسمح بتقييد الحريات. كما نفهم أيضا أنّ الفضاء العام والفضاء الخاص ليسا منفصلين، بل أنّ وجود سياسة ديمقراطية يسمح للفرد بولوج الفضاء العام واكتساب المهارات المرتبطة بالمواطنة وتغذية الشعور بالمسؤولية والتضامن مع المجموعة²²¹، أي «المرور من الخاص إلى العام، من الداخلي في القناعات والحساسيات إلى الالتزام في الفضاء العام على أساس نفس هذه القناعات»²²². وتضيف كاترين أودار «وإنّها لعلامة للمجتمع الديمقراطي أن يبتدع كلّ لحظة أشكالا للتعبير عن هذا المرور وتحقيقه»²²³.

الأمر مرهّن إذن بوجود مجتمع ديمقراطي، ونأتي هنا إلى أحد خيارات المؤسسين في الفصل 49. لكن خلافا للعهد الكندي للحقوق والحريات وللإعلان العالمي لحقوق الإنسان أو للمعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان التي لا مرأى في اقتباس الفصل 49 منها والتي تستعمل عبارة «المجتمع الديمقراطي»، فضّل المؤسسون في تونس بعد نقاش مستفيض دار في لجنة التوافقات حول المسألة تعويض «المجتمع» بـ«الدولة» بحثا عن تركيز الضرورة في مفهوم قانوني دقيق يبعدها عن المفاهيم السوسولوجية الفضفاضة²²⁴. وهو ما تمّ اعتباره «قفزة»²²⁵ مقارنة بمبادئ سيراكوزا التي تعدّ تعبيراً عن القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان²²⁶ والتي تنصّ على ما يلي: «(19) تفسّر عبارة «في مجتمع ديمقراطي» بأنّها تفرض قيوداً إضافية على أحكام التقييد التي توصف بهذه العبارة.

(20) تتحمّل الدولة التي تفرض التقييدات الموصوفة بتلك العبارة عبء إثبات أنّ التقييدات لا تفسد سير أمور المجتمع على نحو ديمقراطي.

(21) ورغم أنّه لا يوجد نموذج واحد للمجتمع الديمقراطي، إلا أنّ المجتمع الذي يعترف بحقوق الإنسان المبيّنة في ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويحترمها ويحميها يعتبر مستوفياً لهذا

220 نفسه، ص. 317.

221 نفسه، ص. 318.

222 نفسه، ص. 318. الترجمة لنا.

223 نفسه، ص. 318. الترجمة لنا.

224 GUELLALI (A.) « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution: Genèse, portée et défis », *op. cit.*, p. 415.

225 نفسه، ص. 414. الترجمة لنا.

226 نفسه، ص. 415.

التعريف»²²⁷. والواضح إذن أن الحديث عن المجتمع الديمقراطي ينقل الديمقراطية من جانبها المؤسّساتي الشكلائي إلى الجانب القيمي الذي يفترض استبطان المجتمع لقيم الديمقراطية.

ورغم وضوح الإحالة في الفصل 49 إلى الديمقراطية كـ«نظام سياسي» لربطها بالدولة، فلا نخال الأمر مقتصرًا على جانبها الشكلائي بوصفها حسب شومبتير «نظامًا مؤسّساتيًا تتولّد عنه قرارات سياسية يمتلك الأفراد سلطة البتّ فيها إثر تنافس حول تصويت الشعب»²²⁸. ففي فصل يختم باب الحقوق والحريات، لا يمكن إلا أن نجمع في تعريفنا لمفهوم الدولة الديمقراطية الجانب الشكلي والجانب المضموني المتصل بالحريات كما يعرفها ميلار عبر «المقاربة الشكلية (عبر أكبر مشاركة ممكنة في الانتخابات) التي يجب أن تكون في حدود المقاربة المادية (حماية الحريات الأساسية). وبمعنى آخر، في بناء ديمقراطية معتدلة تحمي الشعب ضدّ نفسه والتي تجعل من الأفراد مصدر السلطة (سيادة الشعب)، وسيلة السلطة (الجسم الانتخابي والاستفتاء) وغاية السلطة (حقوق الشخص). وليس من المحايد أن نعثر هنا على منطوق لنكولن: حكم الشعب عن طريق الشعب ومن أجل الشعب»²²⁹. وإذا كان الفقيه فرنسيس ديلبيري يعتبر التّصميم على المجتمع الديمقراطي في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان إحالة إلى «المستوى الأفقي للديمقراطية»²³⁰ الذي يتجاوز المؤسسات ليستبطنه الأفراد، فإنّ كلاً من الدولة الديمقراطية والمجتمع الديمقراطي يتأسّسان على جملة من المقومات التي يمكن أن نعتبرها حاجيات أو ضرورات ديمقراطية. وفي هذا الإطار يتنزّل فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي لا تعرّف المجتمع الديمقراطي مباشرة لكنّها حدّدت شروطه و«أسسه الجوهرية» من «حرية التعبير والتعددية والتسامح وروح الانفتاح» التي في غيابها لا وجود «لمجتمع ديمقراطي»²³¹ والحقّ في محاكمة عادلة²³² واحترام الأقليات²³³ والتحذير من انحسار «الديمقراطية في العلوّية الثابتة لرأي الأغلبية»²³⁴، وهي في النهاية شروط ضرورية لإقامة النظام السياسي الديمقراطي بمعناه الشامل.

227 "مبادئ سيراكوزا المتعلقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، سابق الذكر، ص. 4.

228 التّرجمة لنا. SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1965, p. 367.

229 MILLARD (E.) « L'Etat de droit, idéologie contemporaine de la démocratie », in. FEVRIER (J-M), CABANEL (P) (éd.), *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2001, pp. 4-5, disponible sur le site : https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/126251/filename/Etat_de_droit.pdf. التّرجمة لنا.

230 DELPEREE (F.) « L'apport comparatif du droit européen », in. *Les droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux, Aspects canadiens et européens*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville 1992, p. 100 et s, cité par SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 279. التّرجمة لنا.

231 CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, *op. cit.*, التّرجمة لنا.

232 CEDH, *Affaire Delcourt c. Belgique*, n°2689/65, 17 janvier 1970, §25, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-62025%22>

233 CEDH, *Affaire Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n°7601/76 et 7806/77, 13 août 1981, §63, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-62164%22>

234 نفسه، § 63. التّرجمة لنا.

ونفهم إذن في المحصلة أنّ الإحالة إلى الديمقراطية في الفصل 49 إلى جانب الصبغة المدنية ليست من باب التزيّد لأنّ الديمقراطية كما رأينا تغدّي الكفاءات اللازمة لممارسة المواطنة التي هي جوهر الدولة المدنية. ونفهم أيضا أنّ هناك نواة من المعايير un socle de standards للدولة المدنية الديمقراطية التي سبق أن أشرنا إليها يجب أن تحدّد منظورنا ومنظور المشرّع إلى الصّورة، الأمر الذي لا يبدو بديهيا بالنظر إلى القوانين الماسّة بالحرّيات الفرديّة في تونس .

القوانين المنظمة للحرّيات الفرديّة في تونس على محكّ الضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة: أليست هناك نزعة لتضخيم الصّورة؟

لا يخلو التشريع التونسي من تقييدات للحرّيات الفرديّة يجب عرضها على محكّ الصّورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة والتّبتّ من مدى تلاؤمها مع قيم الانفتاح والتسامح وقبول الاختلاف، وهو عرض يبيح التساؤل حول مدى استناد القوانين المنظمة للحرّيات الفرديّة إلى تضخيم للصّورة ومن ثمة التساؤل عن وجهة تقييد الحرّيات:

الصّورة المعلّقة: انتهاك حقّ الحياة

بتنصيبهم في الفصل 22 من الدّستور على أنّ «الحقّ في الحياة مقدّس لا يجوز المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون» ترك المؤسّسون الباب مواربا ولم يغلقوا الجدل الحاصل حول عقوبة الإعدام رغم أنّ الفصل 22 يجب أن يفهم على أنّه إتاحة لتسليط عقوبة الإعدام في الحالات القصوى دون أن ينفي ذلك إمكانيّة إلغاءه²³⁵.

ولنقرّ أنّ نعت «الأقصى» رغم غياب معايير لتحديده²³⁶ يجب أن يؤوّل على ضوء الضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة. لكن المتأمل في التشريع التونسي الذي أقرّ عقوبة الإعدام في 170 موصعا، 143 منها في نص تشريعي²³⁷، يجعل من سلب الحياة ضرورة شبه آليّة نجدها في المجلة الجزائية في 15 فصلا²³⁸.

235 تقرير لجنة الحرّيات الفرديّة والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 56.

236 نفسه، ص. 57.

237 الفرشيشي(و)، القصاب(إ)، المجاري(خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 12.

238 وردت هذه العقوبة في الفصل 60 عن حمل السلاح ضدّ البلاد التونسيّة في صفوف العدو وعن الاتصال بدولة أجنبيّة لدفعها على القيام بأعمال عدوانيّة ضدّ البلاد التونسيّة أو تسليم جنود تونسيين أو مدنا أو حصونا أو منشآت أو مراكز أو ترسانات أو عتادا أو ذخائر أو بواخر أو طائرات على ملك الدّولة التونسيّة إلى دول أجنبيّة وعن تحريض عسكريين أو بخارة على الالتحاق بخدمة دولة أجنبيّة أو تجنيد جنود لحساب دولة في حرب ضدّ الدّولة التونسيّة أو عن الاتصال زمن الحرب بدولة أجنبيّة أو بأعوانها لمساعدتها في الاعتداء على الدّولة التونسيّة والفصل 60 مكرر عن الخيانة بإفشاء أسرار الدفاع الوطني لدولة أجنبيّة وعن تعمدّ إتلاف أو إفساد بواخر أو طائرات أو معدّات أو عتادا أو منشآت يمكن استعمالها لمصلحة الدفاع الوطني أو تعمدّ المشاركة في عمل يرمي إلى تحطيم معنويّات الجيش أو الأمانة بقصد الإضرار بالدّفاع الوطني والفصل 60 ثالثا عن اقتراح الأجنبيّ لهذه الأفعال عن الاعتداء على حياة رئيس الدولة والفصل 72 عن الاعتداء المقصود منه تبديل هيئة الدولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بعضا بالسلاح وإثارة الهرج والقتل والنسب بالتراب التونسي والفصل 74 عن جمع الأسلحة وتزويد جموع بها أو رئاستها بقصد نهب أموال عمومية أو خاصة أو الاستيلاء على عقارات أو منقولات أو إفسادها أو محاربتها القوة العامّة حال مقاومتها لمرتكبي هذه الاعتداءات أو التصدي لها والفصل 76 عن حرق أو هدم أبنية أو مخازن الذخائر العسكريّة أو غيرها من أملاك الدولة بإداة انفجارية والفصل 126 عن الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به ضد قاض بالجلسة

ومجلة المرافعات والعقوبات العسكرية في خمسين حالة²³⁹ والمجلة التأديبية والجزائية البحرية²⁴⁰ والقانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أوت/ آب 1998 والمتعلق بالسكك الحديدية²⁴¹ والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال²⁴².

فالأمر يتعلق إذن بمنظومة جزائية برمتها تجعل من عقوبة الإعدام عقوبة شبه مبدئية، وهي مسألة مثيرة للجدل لما ترتبط به من اعتبارات أخلاقية وتمثل تقليدي للعدالة وللخصائص تجعل مسألة الحسم في الإبقاء على عقوبة الإعدام من عدمها رهينة حوار مجتمعي. لكن المسألة لا تخلو أيضا من التساؤل عن النجاعة²⁴³ ومن ثمة عن الضرورة. فإذا اعتبرنا أن هدف السياسات الجزائية المقررة لعقوبة الإعدام ثنائي: وقائي أولا مرتبط بثني المجرمين المحتملين عن الإقدام على الجرائم خوفا من الإعدام وردعي يتمثل في منع العود²⁴⁴، فإنها أهداف يصح التساؤل عن جهايتها في ظل الدراسات التي تثبت أن إلغاء

والفصل 201 عن الارتكاب العمد مع سابقة القصد قتل نفس بأي وسيلة كانت والفصل 203 عن قتل القريب (قتل الأصول وإن علوا) والفصل 204 عن قتل النفس عمدا إذا كان وقوع قتل النفس إثر ارتكابه جريمة أخرى أو كان مصاحبا لها أو كانت إثره وكانت تلك الجريمة موجبة للعقاب بالسجن أو كان القصد من قتل النفس الاستعداد لارتكاب تلك الجريمة أو تسهيل ارتكابها أو مساعدة فاعليها أو مشاركتهم على الفرار أو ضمان عدم عقابهم والفصل 237 عن اختطاف شخص أو جزه أو تحويل وجهته أو نقله أو العمل على جزه أو على تحويل وجهته أو نقله من المكان الذي كان به وذلك باستعمال الخيلة أو العنف أو التهديد إذا ما صاحبها أو تبعها موت والفصل 251 عن القبض على شخص أو إيقافه أو سجنه أو حجزه دون إذن قانوني إذا ما صاحبها أو تبعها موت والفصل 307 عن التعمد المباشر أو تعريض إيقاد نار بمبان أو سفن أو مركاب أو مخازن أو حضائر مسكونة أو معدة للسكنى وبصفة عامة بالمحلات المسكونة أو المعدة للسكنى وكذلك عربات الأرتال وغيرها الحاوية لأشخاص أو التابعة لقافلة من العربات حاملة لمن ذكر سواء كانت لمرتكب الحريق أو لغيره إذا نتج عن الحريق موت، المجلة الجزائية، المرجع سابق الذكر.

239 وردت هذه العقوبة في الفصل 69 الذي يعاقب بالإعدام على جريمة الفرار إلى العدو والفصل 70 عن الفرار أمام العدو زمن الحرب والفصل 79 (ه) عن عدم إطاعة الأمر بالهجوم على العدو أو على المتمردين والفصل 80 عن العصيان أو التحريض عليه أمام العدو والفصل 81 عن التحريض على العصيان أثناء الحرب أو حالة الحصار والفصل 99 عن الاعتداء بالعنف الشديد الناتج عنه تعكير الحالة الصحية للعسكري الجريح أو المريض في منطقة أعمال قوة عسكرية توصل لسلبه والفصل 104 عن تعمد عسكري بأي وسيلة كانت حرق أو هدم أو إتلاف أبنية أو منشآت أو مستودعات أو مجاري مياه أو خطوط حديدية أو خطوط ومراكز البرق والهاتف أو مراكز الطيران أو السفن والبواخر والمركب التابعة للجيش والتي تستعمل في الدفاع الوطني والفصل 109 عن ترك الخفير أو الحارس مركزه قبل إتمام المهمة الموكلة إليه أمام العدو والفصل 111 عن ترك العسكري المركز أمام العدو والفصل 113 عن التشويه قصدا للنفسي من الواجبات العسكرية أمام العدو والفصل 115 عن تسليم الأمر أو الحاكم للموقع الموكل له للعدو دون استفاد جميع وسائل الدفاع لديه والفصل 116 عن تسليم أمر القطعة في ساحة القتال إذا أدى هذا التسليم إلى وقف القتال والفصل 117 عن حمل السلاح ضد تونس أو عن نقض الأسير الذي أسر مرة ثانية للعهد وحمل السلاح والفصل 118 عن تسليم كل عسكري للعدو أو في مصلحته للجدد الذي في إمرته أو ذخيره أو مؤونته أو الخرائط التي في حوزته وعن الاتصال بالعدو لتسهيل مهمته وعن الاشتراك في المؤامرات التي يراد بها الضغط على مقررات الرئيس العسكري المسؤول والفصل 119 عن إفشاء كلمة السر وعن تحريف الأخبار والأوامر المختصة بالخدمة في مجابهة العدو وعن دلالة العدو على أماكن قوات الجيش والدول الحليفة وعن التسبب في إيقاع الذعر في القوات التونسية أو في قيامها بأعمال أو حركات خاطئة والفصل 121 عن التجسس والفصل 122 عن دخول العدو متكررا إلى مراكز عسكرية أو مؤسسات عسكرية والفصل 123 عن تجنيد كل تونسي نفسه أو غيره لصالح دولة في حالة حرب مع الدولة التونسية أو الانضمام إلى المتمردين، مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية ونصوص ملحقه، المرجع سابق الذكر.

240 من ذلك الفصل 50 فقرة 4 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية الذي يعاقب عن كل قتل يرتكب عمدا وعن سابقة إضمار على متن السفينة بالعقاب المقرر في الفصلين 201 و202 من المجلة الجزائية أي الإعدام، المجلة التأديبية والجزائية البحرية الصادرة بالقانون عدد 28 لسنة 1977 مؤرخ في 30 مارس/ آذار 1977، نسخة مبحثة، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016، ص. 21.

241 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 67، 21 أوت/ آب 1998، ص. 1819-1822.

242 من الفصول 14 إلى 29، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 7 أوت/ آب 2015، ص. 2163-2184.

DEMONT(V.), SAYAH(A.) « Peine de mort menace dissuasive ou effet pervers ? », *Etudes sur la mort*, 2012/1, n°141, 243 p. 79.

244 نفسه، ص. 82-83.

عقوبة الإعدام في عدّة دول لم يؤدّ إلى تفاقم جرائم القتل²⁴⁵.

كما أنّ عقوبة الإعدام لا تخلو من إشكاليات مرتبطة بتمثّل سلطة الدّولة، فكيف يمكن في ثقافة حقوق الإنسان التي يدعو الفصل 49 إلى استبطانها أن نقبل أن تملك الدّولة «سلطة سلب الحياة»²⁴⁶ خاصّة في ظلّ عدّة قضايا في العالم²⁴⁷ وفي تونس²⁴⁸ تبرز أنّه قد يتم تسليط عقوبة الإعدام على أشخاص ثبتت براءتهم بعد التصريح بالحكم وأحيانا تنفيذه ممّا يجعل من الدّولة ذاتا «غير معصومة من الخطأ وقاتلة في النهاية»²⁴⁹، وهو ما يضرب مشروعيتها في مقتل.

فإذا كان الهدف من عقوبة الإعدام هو القصاص والردع، ما الصّورة من تسليط عقوبة الإعدام على جرائم لا تؤدّي إلى القتل كتنصيب الفصل 126 من المجلّة الجزائيّة على أنّه «إذا كان هضم الجانب واقعا بالجلسة لموظف من النظام العدلي فالعقاب يكون بالسجن مدة عامين. ويكون العقاب بالإعدام إذا وقع الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به ضد قاض بالجلسة»²⁵⁰، أو الفصل 93 من المجلّة التأديبية والجزائية البحرية على أنّه «يعاقب بالإعدام كل ربان أو ضابط يفتك سفينة بالعنف أو بالتّحليل»²⁵¹، وتنصيب الفصل 54 من القانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أوت/ آب 1998 والمتعلق بالسكك الحديدية الذي يعاقب بالإعدام «كل من يتعمد الإضرار أو تشغيل بدون إذن أجهزة منشآت السلامة الخاصة بالسكّة»²⁵²؟

وما الصّورة أيضا من خمسين حالة يطبّق فيها الإعدام في مجلّة المرافعات والعقوبات العسكرية رغم أنّها لا تؤدّي إلى الموت؟ هذا إذا ما اعتبرنا أنّ مسألة الخيانة العظمى بالنسبة إلى العسكريين لا تعدّ من التّبوهات التي لا يجوز الخوض فيها، فالدّول التي ألغت عقوبة الإعدام ألغتها بالنسبة إلى الجرائم العسكريّة حتى ولو كان ذلك في مرحلة متأخرة بعد إلغاء عقوبة الإعدام بالنسبة إلى جرائم المدنيين، ولا أدلّ على ذلك من تجربة الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي²⁵³.

245 نفسه، ص. 80-81.

246 نفسه، ص. 85. التّرجمة لنا.

247 نفسه، ص. 85.

248 من ذلك مثلا قضية ماهر المناعي الذي حكم عليه بالإعدام في قضية قتل واعترف بعد ذلك القاتل الحقيقي بفعلته. أنظر بهذا الشأن: GHORBAL(S.), AMMAR (H.), OUERTANI(H.), RIAHI(O.), *Le syndrome de Siliana- Pourquoi faut-il abolir la peine de mort en Tunisie*, Tunis, Cérés éditions, 2013.

DEMONT(V.), SAYAH(A.), *op. cit.*, p. 86.

249

250 المجلّة الجزائيّة، المرجع سابق الذكر، ص. 40.

251 المجلّة التأديبية والجزائية البحرية، المرجع سابق الذكر، ص. 30.

252 المرجع سابق الذكر، ص. 1822.

253 أنظر بالنسبة إلى مسار إلغاء عقوبة الإعدام في القوانين العسكريّة مقارنة بالقوانين المدنيّة في تجربة الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي: BARDIAUX-VAIENTE (MG.) «La peine de mort et son abolition dans les 28 pays de l'Union européenne: inventaire», *Le carnet de l'abolition*, 05/02/2012, disponible au lien suivant: <https://abolition.hypotheses.org/99>

فالأمر لا يتعلّق هنا بالتساؤل عن التناسب بين عقوبة الإعدام والأفعال المجرّمة، بل بتقدير الضّرورة المتأكّدة في الدّولة المدنية الديمقراطيّة من إقرار عقوبة الإعدام في 170 موصفاً، ناهيك أنّ أغلبها لم يتمّ إقراره في حالة الموت، مما يخالف الفصل 6 من العهد الدّولي للحقوق المدنية والسياسيّة الذي صادقت عليه تونس والذي ينصّ في فقرته الثانية على أنّه «لا يجوز في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام، أن يحكم بهذه العقوبة إلاّ جزءاً على أشدّ الجرائم خطورة وفقاً للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة وغير المخالف لأحكام هذا العهد ولا تفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها. ولا يجوز تطبيق هذه العقوبة إلاّ بمقتضى حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة»²⁵⁴.

كما أنّ مصادقة تونس على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلقة بوقف تنفيذ أحكام الإعدام²⁵⁵ ليس فقط انخراطاً في مسار تدريجي نحو إلغاء عقوبة الإعدام، بل هو إقرار ضمني بهشاشة ضرورة العقوبة لأن ما يمكن توقيف تنفيذه يمكن الاستعاضة عنه دون انخراط لمنظومة العدالة الجزائيّة.

هل هناك ضرورة رسميّة للحدّ من حرية التّعبير؟

في دراسته المتميّزة حول «رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق وحرياتها»، وضع القاضي مالك الغزواني قائمة بتقييدات حرية التّعبير في التشريع التونسي²⁵⁶ تتمثّل في الفصل 67 من المجلّة الجزائيّة الذي يعاقب على «إتيان أمر موحش ضدّ رئيس الجمهوريّة» بالسّجن ثلاث أعوام وخطيّة بـ240 ديناراً؛ الفصل 125 من ذات المجلّة الذي يعاقب على «هضم جانب موظف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها» بالسّجن عاماً وخطيّة 120 د؛ الفصل 126 من ذات المجلّة يعاقب على «هضم جانب موظف من النظام العدلي بالجلسة» بالسّجن عامين؛ الفصل 128 من ذات المجلّة يعاقب «نسبة أمر غير قانوني لموظف عمومي أو شبهه يكون

254 المعاهدات الدّولية الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذكر، ص. 26.

255 آخر قرار صوتت عليه تونس هو القرار عدد 75-183 المؤرّخ في 16 ديسمبر/ كانون الأوّل 2020 حول وقف العمل بعقوبة الإعدام الصادر عن الجمعية العامّة للأمم المتّحدة في دورتها العادية الخامسة والسبعين والذي لم ينشر بعد على الموقع الرسمي للجمعية العامّة. ويمكن أن نستشهد بالقرار عدد 71-187 الذي صوتت لفائدته الجمهوريّة التونسية في 19 ديسمبر/ كانون الأوّل 2016 والذي ينص على ما يلي: الجمعية العامّة.

7 تهيب كل الدول:

(د) أن تحدّ تدريجياً من العمل بعقوبة الإعدام، وألاّ تفرض عقوبة الإعدام على الجرائم التي يرتكبها أشخاص دون الثامنة عشرة من العمر أو على نساء حوامل أو على أشخاص ذوي إعاقة عقلية أو ذهنية؛

(هـ) أن تقلص عدد الجرائم التي يجوز المعاقبة عليها بالإعدام؛

(ز) أن تعلن وقفاً اختيارياً لتنفيذ أحكام الإعدام تمهيداً لإلغاء عقوبة الإعدام؛

10 - تهيب بالدول التي لم تنضم بعد إلى البروتوكول الاختياري الثاني للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المهادف إلى إلغاء عقوبة الإعدام (4)، أو التي لم تصدّق عليه بعد، أن تنظر في القيام بذلك»، الجمعية العامّة، الدّورة الحادية والسبعون، قرار اتخذته الجمعية العامّة في 19 ديسمبر/ كانون الأوّل 2016، 17/187 - وقف العمل بعقوبة الإعدام، ص 4، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<https://undocs.org/ar/A/RES/71/187>

256 الغزواني (م)، المرجع سابق الذكر، ص. 94-95.

متعلقاً بوظيفته دون الإدلاء بما يثبت صحة ذلك» بالسّجن عامين وبخطية 120 دينار؛ والفصل 129 من ذات المجلة يعاقب عن «هتك العلم التونسي أو الأجنبي» بالسّجن عامين؛ والفصل 245 من ذات المجلة يعاقب على «نسبة أمر لدى العموم فيه هتك اعتبار هيئة رسمية» بالسّجن ستة أشهر وخطية 240 د²⁵⁷؛ والفصل 87 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية الذي يعاقب على التحريض على النفرة من الخدمة العسكرية» بالسّجن إلى ثلاث سنوات؛ والفصل 91 من ذات المجلة يعاقب على «تحقير العلم أو الجيش والمس من كرامته أو سمعته أو معنوياته» بالسّجن إلى 3 سنوات²⁵⁸؛ ويعاقب الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر بـ«الثلب (ادعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنية من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص معين)» بخطية تصل إلى 2000 د²⁵⁹.

ويعلق القاضي مالك الغزواني كالتالي: «وإن لم يكن المطلوب من القاضي، عند عرض النصوص المذكورة عليه، أن يقدم على مراقبة مدى دستوريته أو مدى ملاءمتها لأحكام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إلا أنّ من أوكد واجباته، عند البحث في أركان الجريمة، مراقبتها على ضوء شرط الضرورة ومستلزمات النظام الديمقراطي، فمثلاً نسبة أمور غير صحيحة إلى رئيس الجمهورية قد يبدو من قبيل إتيان أمر موحش تجاهه، لكن هذا لا يكفي وحده للتصريح بثبوت الإدانة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار مقتضيات الدولة الديمقراطية التي تستدعي أن يكون المسؤولون فيها على قدر عال من التسامح ورحابة الصبر لتقبل كل المواقف حتى وإن ظهرت أنها عدوانية طالما أنّها لم تصل إلى حدود الشتم»²⁶⁰.

لكن السؤال الذي يجب أن يطرح على المشرع حول ضرورة التجريم l'incrimination يرتبط بضرورة الحماية الجزائية (من عدمها) للسمعة والرمزية في علاقة بمؤسسات الدولة من رئيس الجمهورية والقضاة والموظفين العموميين والمؤسسة العسكرية وفي علاقة أيضاً برموز الدولة كالعلم. هل أنّ الدولة المدنية الديمقراطية بما تفترضه من قيم تبيح استباحة مؤسسات الدولة ورموزها؟

قد وضّحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان موقفها من هذه المسألة معتبرة أنّ «على النحو المشار إليه في الفقرتين 13 و20 فيما يخص محتوى الخطاب السياسي، لاحظت اللجنة أنه في حالات النقاش العام الذي يتعلق بشخصيات عامة في المجال السياسي والمؤسسات العامة، فإن العهد يولي أهمية بالغة بشكل استثنائي لكفالة التعبير غير المقيد. ولذلك، فإن مجرد اعتبار أن أشكال التعبير مهينة للشخصية العامة لا يكفي لتبرير فرض عقوبات حتى وإن كانت الشخصيات العامة مستفيدة هي أيضاً من

257 المجلة الجزائية، المرجع سابق الذكر، ص. 27 و40 و41 و71.

258 مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية ونصوص ملحقه، المرجع سابق الذكر، ص. 28 ووص. 29.

259 المرجع سابق الذكر، ص. 2565.

260 نفسه، ص. 97.

أحكام العهد. وإضافة إلى ذلك، فإن جميع الشخصيات العامة، بمن فيها التي تمارس أعلى السلطات السياسية مثل رؤساء الدول والحكومات، تخضع بشكل مشروع للنقد والمعارضة السياسية. وبناء على ذلك، تعرب اللجنة عن قلقها إزاء القوانين التي تتعلق بمسائل، مثل العيب في الذات الملكية وإهانة الموظف العمومي وعدم احترام السلطات وعدم احترام العلم والرموز، والتشهير برئيس الدولة وحماية شرف الموظفين العموميين وبنبغي ألا تنص القوانين على فرض عقوبات أشد صرامة على أساس هوية الشخص المطعون فيه ليس إلا. وبنبغي للدول الأطراف ألا تحظر انتقاد مؤسسات، مثل الجيش أو الجهاز الإداري²⁶¹.

وتذهب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في نفس الاتجاه في قضية رفعها ناشط سياسي فرنسي بدعوى انتهاك المحاكم الفرنسية للفصل 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وذلك إثر إدانته على أساس الفصل 26 من قانون 29 جويلية/ تموز 1881 حول حرية الصحافة والحكم عليه بخطة مقدارها 30 يورو وذلك لارتكابه جنحة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر رفعه لوحة تحمل عبارة عدت مهينة²⁶² عند مرور الموكب الرئاسي وكان قد استعملها الرئيس ذاته سابقا. وكانت الحكومة قد دفعت بأن الإدانة الجزائية ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية النظام وذلك بحماية رئيس الدولة الذي يعتبر ممثلا مؤسساتيا يجسد أعلى سلطة في الدولة ضد الاعتداءات اللفظية والجسدية التي تطاله والتي تستهدف انتهاك المؤسسات في حد ذاتها²⁶³. وأجابت المحكمة مذكرة «بأن الفصل 10 فقرة 2 (من الاتفاقية) لا يترك مجالاً للتقييدات على حرية التعبير في مجال الخطاب والنقاش السياسي -الذي تكتسي فيه حرية التعبير الأهمية القصوى- أو مسائل تهم المصلحة العامة. فحدود النقد المقبول أكثر تقييدا تجاه شخص عادي منها تجاه رجل السياسة، عندما يستهدف بصفته تلك، وذلك لأن هذا الأخير خلافا للأول يعرض نفسه حتما وعن وعي إلى رصد دقيق لأفعاله وتصرفاته من قبل الصحفيين وعموم المواطنين. لذلك يجب أن يكون أكثر تسامحا»²⁶⁴. وأضافت المحكمة أن الطاعن اختار أسلوبا ساخرا *la satire* يهدف بطبيعته عبر المبالغة وتحريف الواقع إلى الإثارة والإزعاج وهو ما يستوجب التعامل بكثير من الحذر نظرا لتعلق الأمر بحقوق الفنانين أو الأشخاص العاديين في اعتماد هذه الوسيلة في التعبير. ومن ثمة خلصت المحكمة إلى أنه «من شأن الإدانة الجزائية لتصرفات كتلك التي أتاها الطاعن أن يكون لها تأثير رادع على الانتقادات

261 اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 34، المادة 19 (حرية الرأي وحرية التعبير)، 12 سبتمبر/ أيلول 2011، CCPR/C/GC/34، فقرة 38، على الرابط:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGG-B%2bWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaQQ8Nr0q4QbSwsZswN%2b9bC7%2fEzsK6tod9c78bXmcQ6Ahd-wIYYbPQRT9A3SjAwC8>

« Casse-toi, pov'con ».

262

CEDH, *Affaire Eon c. France*, n° 26118/10, 14 mars 2013, §41, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-117137%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-117137%22])

264 نفسه، § 59. الترجمة لنا.

الساخرة في خصوص مواضيع مجتمعية يمكنها أن تلعب دورا محوريا في النقاش الحر لمسائل تهم المصلحة العامة والذي لا وجود بدونه لمجتمع ديمقراطي»²⁶⁵. وبناء على هذا القرار، تم تنقيح القانون الفرنسي حول حرية الصحافة المذكور أعلاه وإلغاء جنحة الإساءة إلى رئيس الجمهورية²⁶⁶.

تبدو البوصلة مبدئيا واضحة الاتجاه نحو التعامل مع تقييدات حرية التعبير لـ «ضرورات رسمية» بكثير من الحذر، لكن في المقابل، يجب أن نواجه بشجاعة التساؤل المحرج حول إمكانية رفع الحماية الجزائية للحريات والحقوق التي تدخل في صدام مع حرية التعبير، حتى ولو كان المتمتعون بها ممثلين للسلطة، لأن هذه الصفة يجب ألا تسقطنا في الشطط المعاكس. ولعلنا نذكر الإزعاج الذي سببه مؤخرا لدى الرأي العام تصريح أحد النواب في علاقة برئيس الجمهورية²⁶⁷. فهل تكفي مقارعة الفكرة بالفكرة أم هل يستوجب الأمر حماية جزائية خصوصية لمزية الوظيفة خاصة عندما تمر الجمهورية بأزمة كالتي تعرفها تونس في فترة الانتقال الديمقراطي؟ ويبدو في هذا الإطار موقف الأستاذ الفرنسي القدير أوليفييه بو صاحب كتاب «الجمهورية المهانة»²⁶⁸ من حذف هذه الجنحة - التي تستهدف الحماية الخصوصية لرئيس الجمهورية والذي لم يعد محميا سوى بجنحة القذف العلني أو الثلب كالوزراء والنواب والموظفين العموميين²⁶⁹ - معبرا عن دقة المسألة، إذ اعتبر أنه «دون أن يصل بي الأمر إلى التحسّر، إلا أنني أتساءل عن وجهة جعل الجمهورية دون وسائل دفاع في مواجهة الخطابات المتطرّفة ... فعادة ما يكون العنف اللفظي مقدّمة للعنف الجسدي»²⁷⁰.

في النهاية، يجوز التساؤل إن كان يجب التعامل مع تجريم الإساءة إلى ممثلي السلط العمومية كجرائم رأي أم كحماية لرموز الدولة تظل ضرورية في دولة مدنية ديمقراطية حتى لا يتم إرسال رسالة خاطئة إلى المواطنين تُهون من العنف وتجعله أمرا طبيعيا طالما أمكن دون عقاب استباحة الأشخاص الذين يمثلون الدولة ويتقلّدون أعلى وظائفها.

265 نفسه، § 61. الترجمة لنا.

L'article 21 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, Chapitre XIII: Dispositions abrogeant le délit d'offense au chef de l'Etat afin d'adapter la législation française à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 mars 2013, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000027805521>

أنظر أيضا: الغزواني (م)، المرجع سابق الذكر، ص 97.

267 «كان عندك ربح ذري عشرة» (في 8 ديسمبر/ كانون الأول 2020).

268 BEAUD (O.), *La République injuriée*, Paris, Presses Universitaires de France, 2019. الترجمة لنا.

269 Article 31 de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, version consolidée au 24 mars 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006070722/2020-12-22/>

270 « Peut-on insulter impunément le président de la République ? », Entretien avec Olivier Beaud, *Propos recueillis par Baudouin Eschappasse*, 21 décembre 2019, publié sur le Point.fr, au lien suivant: https://www.lepoint.fr/politique/peut-on-insulter-impunement-le-president-de-la-republique-21-12-2019-2354368_20.php الترجمة لنا.

بحيث تظلّ المسألة مرتبطة لا فقط بالتّجريم -الذي يظلّ شرّاً لا بدّ منه- بل كذلك بدرجة الزّجر المسلّطة وهي مسألة لا تحسم في هذا المستوى، إذ أنّنا نخرج من تقدير الضّرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة -أي ضرورة التّجريم- إلى تقدير التّناسب بين الفعل والعقاب، وهي مسألة سنتعرّض لها لاحقاً.

هل من فائدة في التّشبيّث بالضّرورات الدّينيّة لتقييد الحريات الفرديّة؟

طالما اعتبرنا أنّ الضّرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة هي مفتاح تأويل الفصل 49 ومفتاح تقدير ضرورة تقييد الحرية، فلا مجال مبدئيّاً لتعليق ممارسة الحريات على الشّروط الدّينيّة. مع ذلك نجد أحكاماً تشريعيّة تخضع «صحّة الالتزامات إلى اعتبارات دينيّة» حسب تقرير لجنة الحريات الفرديّة والمساواة²⁷¹ الذي أدرج بشأنها قائمة كاملة واردة في مجلة الالتزامات والعقود²⁷² والمجلة الجزائيّة بخصوص تجريم مناوله مشروبات كحولية للمسلمين²⁷³ ومنع المسلمين من استهلاك الخمر أيام الأعياد الدّينية ورمضان والجمعة²⁷⁴، هذا فضلاً عن الفصلين 5 و88 من مجلة الأحوال الشّخصيّة اللذين وإن كانا لم يكرّسا موانع دينيّة للزواج²⁷⁵، فقد تمّ تأويلها أوّلاً بطريقة متشدّدة في قرار مرجعي

271 تقرير لجنة الحريات الفرديّة والمساواة، المرجع سابق الذّكر، ص. 72.

272 يتعلق الأمر بالفصول التالية من مجلة الالتزامات والعقود: الفصل 369: «تتم المقاصة برضاء الفريقين أو بأمر الحاكم إذا كان كل منهما دائناً ومدنياً للآخر ولا تقع بين المسلمين مها كان فيها ما يخالف ديانتهم»؛ الفصل 575: «لا يصح بين المسلمين ما حجر الشرع بيعه إلا ما رخصت التجارة فيه كالزبل المصلحة الفلاحة (وأيضاً أمر 15 ماي/ أيار 1941 المتعلق بتحجير بيع الكحول للتونسيين المسلمين)»؛ الفصل 584: «إذا تمّ البيع جاز للمشتري أن يقوت المبيع ولو قبل استلامه وللبائع أن يجبل حقه في الثمن قبل قبضه ما لم يتفقا على خلافه ويستثنى من ذلك الطعام عند المسلمين»؛ الفصل 720: «إذا كان أحد العوضين أكثر قيمة من الآخر، جاز للمتعاوضين أن يتراضيا في الفرق بهال عينتا أو غيره نقداً أو إلى أجل ولا يجري هذا الحكم بين المسلمين إن كانت المعاوضة في طعام»؛ الفصل 834: «يطلب كل عقد موضوعه ما يأتي: [...] ثالثاً: الإجارة على عبادة عينيه واجبة على كل مسلم كالصلاة والصوم»؛ الفصل 1107: «لا يصح التوكيل [...] إذا كان على أمر يخالف للقانون أو للأصول الشرعيّة أو للنظام العام وللأخلاق الحميدة»؛ الفصل 1023: «لا عمل على كل شرط يحمل المستودع ما ينشأ عن الأمر الطارئ والقوة القاهرة إلا في الصورة المقررة بالفصل 996 والفصل 997 وفيها إذا كان المستودع مأجوراً وكان الطرفان من غير المسلمين»؛

الفصل 1253: «تطلب الشركة بين المسلمين إن كان متعلقها ممنوعاً شرعاً كما تطلب بين سائر الناس إذا كان موضوعها مما لا تسوغ التجارة فيه»؛ الفصل 1428: «تتعقد الشركة في كل حيوان صالح للإنتاج أو للعمل في الفلاحة أو التجارة عدا ما منع التبائع فيه شرعاً»؛ الفصل 1255: «مناب كل من الشركاء في رأس مال الشركة يكون نقوداً أو منقولات أو غيرها أو حقوقاً ويكون أيضاً عمل أحد الشركاء أو جميعهم ويستثنى الطعام فيما بين المسلمين»؛ الفصل 1463: «ما لا يجوز بيعه أو إيجاره شرعاً بين المسلمين لا يجوز فيه الصلح غير أنه يجوز الصلح وإن لم تكن قيمة الصلح عنه معينة بالنسبة للمتصلحين». أنظر مجلة الالتزامات والعقود الصادرة بأمر 15 ديسمبر/ كانون الأوّل 1906، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرسميّة للجمهورية التونسيّة، 2020.

أنظر أيضاً تقرير لجنة الحريات الفرديّة والمساواة، المرجع سابق الذّكر، ص. 72-74.

273 ينص الفصل 317 من المجلة الجزائية في باب المخالفات المتعلّقة بالأداب العامّة على عقوبة سجنية (15 يوم) وخطية لكل من «يناول مشروبات كحولية للمسلمين» أو «لأناس بحالة سكر»، ولكل من وجد بحالة سكر واضح بالطريق العام وبالأمكان العامّة. المجلة الجزائية، النص سابق الذّكر، ص. 90. انظر أيضاً تقرير لجنة الحريات الفرديّة والمساواة، المرجع سابق الذّكر، ص. 74.

274 الأمر عدد 5 لسنة 1968 المؤرخ في 9 جانفي/ كانون الثاني 1968 المتعلق بضبط مواقيت فتح المقاهي والمحلات المماثلة لها ومحلات تجارة المشروبات الكحولية المستهلكة خارج المحل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسيّة، عدد 2، 16 جانفي/ كانون الثاني 1968، ص. 35-36. أنظر أيضاً تقرير لجنة الحريات الفرديّة والمساواة، المرجع سابق الذّكر، ص. 74-75.

275 تنص مجلة الأحوال الشّخصيّة في فصلها الخامس على ما يلي: «يجب أن يكون كلّ من الزوجين خلوا من الموانع الشرعيّة...» وفي الفصل 88 على أن: «القتل العمد من موانع الإرث. فلا يرث القاتل سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه»، مجلة الأحوال الشّخصيّة الصادرة بالأمر العلّي المؤرّخ في 13 أوت/ آب 1956 (نسخة محيّنة)، تونس، منشورات المطبعة الرسميّة للجمهورية التونسيّة، 2020، ص. 5-6 و ص. 20. انظر أيضاً تقرير لجنة الحريات الفرديّة والمساواة، المرجع سابق الذّكر، ص. 75.

لمحكمة التعقيب - قرار حورية- الصادر عن محكمة التعقيب في 31 جانفي/ كانون الثاني 1966 التي اعتبرت فيه أنه «لا جدال أن تزوج المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى، كما لا جدال أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه»²⁷⁶، قبل أن تراجع محكمة التعقيب موقفها تحت طائلة دستور 1959 في «قرار ثريا» الصادر بتاريخ 5 فيفري/ شباط 2009، حيث اعتبرت أن «ضمان مبدأ المساواة المنصوص عليه بالفصل 6 من الدستور والفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يوجب عدم التمييز بين الأفراد لاعتبارات دينية مما يمنع تعليق الحق في الإرث على اعتبارات متعلقة بعمق الوارث». وأقرت بشأن الزواج أن «ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة بالفقرة 1-ب من الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر/ كانون الأول 1979 المصادق عليها من الجمهورية التونسية بموجب القانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12 جويلية/ تموز 1985 يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حرّيتها في الزواج»²⁷⁷.

وأكدت محكمة التعقيب موقفها في قرار مادلين روسو الصادر في 25 أكتوبر/ تشرين الأول 2014 حيث اعتبرت أن رجوع قضاة الأصل إلى «أحكام الشريعة الإسلامية (للقول) بأن الاختلاف في الدين هو من موانع الإرث (...)» هو مخالف لإرادة المشرع الذي جعل من مجلة الأحوال الشخصية قانونا وضعيا ضمّنها قواعد الإرث التي ارتأها واجبة الاتباع والتطبيق»، و«القول بخلاف ذلك يؤدي إلى تقويض اختيارات المشرع التونسي التي انصرفت إلى عدم جعل الدين سببا للتمييز بين الأشخاص سواء من خلال انخراط تونس ومصادقتها على معاهدات واتفاقيات دولية ومنها خاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر/ كانون الأول 1979 (...)»، أو من خلال منظومة القوانين الداخلية بدءا بما تضمنه الفصل 5 من الدستور من أن المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات (...)»²⁷⁸. ورغم هذا الموقف الداعم للحرريات لمحكمة التعقيب والذي يتماشى مع تكريس حرية المعتقد والضمير الذي وجبت مباركته، أوصت لجنة الحرريات الفردية والمساواة بـ «تخصيص هذا الموقف الجديد لفقه القضاء من خطر الارتداد عنه وذلك بتفقيح الفصلين المشار إليهما وحذف ما ورد فيهما من عبارات وقع تأويلها تأويلا يضع قيودا على حرية الزواج والميراث»²⁷⁹.

276 قرار تعقيبي مدني عدد 3384 مؤرخ في 31 جانفي/ كانون الثاني 1966، مجلة القضاء والتشريع، عدد 6 لسنة 1967، ص. 38.

277 قرار تعقيبي مدني عدد 31115 مؤرخ في 5 فيفري/ شباط 2009، مجلة القضاء والتشريع، عدد 3 لسنة 2009، ص. 95-96، تعليق مالك الغزواني.

278 القرار التعقيبي عدد 4266 المؤرخ في 25 أكتوبر/ تشرين الأول 2014، غير منشور. أنظر بشأن التعليق على هذا القرار الغزواني (م) «من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية»، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمد صالح بن عيسى، سابق الذكر، ص. 193.

279 تقرير لجنة الحرريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 76-77.

في المحصلة، لا يمكن لهذه الأحكام التشريعية المتصلة بالضرورات الدينية أن تتجاوز بنجاح عقبة اختبار الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية، فهي تعدّ «ضرورة في دولة دينية لا دولة مدنية ديمقراطية»²⁸⁰، ونستعير هنا عبارة الأستاذ سليم اللغماني بشأن غلق المقاهي في شهر رمضان -والذي أقرّه في تونس منشور «خفي»²⁸¹- والذي يخضع لنفس المنطق. وليس من الغريب أن تكون أحكام مجلة الالتزامات والعقود التي عدّها تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة والمذكورة أعلاه أحكاماً تمّ هجرها وبعضها أي «تجوير بيع ما حجّر الشرع بيعه بين المسلمين» كانت موضوع نسخ ضمني من القانون عدد 14 لسنة 1998 المؤرّخ في 18 فيفري/ شباط 1998 والمتعلق بتنظيم تعاظمي تجارة المشروبات الكحولية المعدة للحمل²⁸².

الضرورات الأخلاقية، حاجز دون حقّ الفرد في لا مبالاة الدولة

ألا يعادل التجريم الآلي للعلاقات الجنسية الرضائية خارج الإطار الشرعي للزواج تطفلاً دائماً على الحرية الشخصية ينسف الفصل 24 من الدستور الذي ينصّ على أن الدولة تحمي «الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية»؟ ألا ينسف ذلك نظرية الحرية الفردية التي تقتضي امتناع الدولة قدر الإمكان عن التّدخل في الفضاء الخاص للفرد وفيما يعتبر الأكثر خصوصية فيه، وهو حياته الجنسية بما يفترضه ذلك من حقّه في التّصرّف في جسده؟ أي حقّ الفرد في لا مبالاة الدولة أمام ميولاته الجنسية أو علاقاته الجنسية الرضائية بصفة عامة طالما تمت في الفضاء الخاص أي «ظلّت مكوناً من مكونات الحياة الخاصة»²⁸³؟

الواضح أنّ هناك جريمتان في التشريع الجزائري تحولان دون هذا الحقّ في لا مبالاة الدولة، وهما جريمتا اللواط والمساحقة وجريمة الخناء. وقد كنّا تعرّضنا بشأن هذه الأخيرة إلى ما ينمّ عنه هذا التجريم في الفصل 231 من المجلّة الجزائية من مفارقة في سياسة جزائية تبيح البغاء العلني وتجرّم البغاء السري بمعنى أنّ المشرّع الجزائري يقبل بالفعل في حدّ ذاته لكن يزرع المجاهرة به عن طريق المراودة. وقد يكون من المفيد التذكير بأنّ تنظيم البغاء العلني تمّ في تونس تحت الاستعمار الفرنسي بمقتضى قرار 30 أفريل/ نيسان 1942²⁸⁴ وأنّ الفصول 231 إلى 235 من المجلّة الجزائية المنظمة للتّحريض على فعل

280 اللغماني (س) «الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة»، المرجع سابق الذكر، ص. 118.

281 يبدو أنّ هناك منشور أصدره الوزير السابق محمد مزالي في 1981 ينصّ على غلق المقاهي والمطاعم ومنع بيع المشروبات الكحولية في شهر رمضان. وتمّ إلغاؤه على خلفية عريضة أمضاها مثقفون، ثمّ إثر الثورة وفي 2012 برزت وزارة الداخلية غلق المقاهي بالاستناد إلى «إجراءات» مطبّقة منذ عهد بن علي. أنظر شقير (ح) «غلق المطاعم والمقاهي خلال شهر رمضان: هل هو انتهاك لحقوق الإنسان؟»، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، المرجع سابق الذكر، ص. 99-100.

282 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 15، 20، فيفري/ شباط 1998، ص. 372. أنظر في هذا الشأن تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 72.

283 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 89.

284 قرار من جناب الوالي الكاتب العام للحكومة التونسية والمعتمد بإدارة الأمن العام للمملكة التونسية يتعلّق بتنظيم الفجور بالمملكة التونسية في 30 أفريل/ نيسان 1942، الرائد الرسمي التونسي، عدد 5، 54، ماي/ أيار 1942، ص. 2-7.

الخناء ألغيت بمقتضى أمر 26 ماي/ أيار 1949 على أساس توجه نحو نزع تجريم البغاء السري قبل أن يعاد تنظيمه بمقتضى القانون عدد 34 لسنة 1964 المؤرخ في 2 جويلية/ تموز 1964 الذي كرس الجرائم الحالية لتعريض النفس وتعاطي البغاء السري والتوسط في البغاء وإفساد الشبيبة²⁸⁵ التي لا زالت تشكل الفقرة الثالثة من القسم الثالث من الباب الأول من الجزء الثاني من المجلة الجزائرية المعنون «في الاعتداء على الناس»، قسم ثالث مخصص للاعتداء بالفواحش. ويمكن أن نستخلص من هذا التردد التشريعي عدم وضوح الرّؤيا بشأن ضرورة التجريم من عدمه وشيئا من «الانفصام التشريعي» في علاقة بالجرائم التشريعية إلا إذا اعتبرنا أن المقصود من إباحة البغاء العلني «الضغط على أسباب الجريمة ... حيث إنّ السّماح قانونا بممارسة الجنس في إطار قانوني منظم يساعد على الإحاطة بمن له هوس بالجنس ويكون بالتالي عاملا على التقليل من الجرائم الجنسية»²⁸⁶. وإذا كان الأمر كذلك، وجب العمل على حدّ أدنى من التناسق بين تنظيم البغاء العلني وتجريم البغاء السري الذي يمكن أن يبرّر تجريمه إلى حدّ ما في دولة مدنيّة ديمقراطية في إطار الحرص على تجنب القصر التّعريض إلى المشاهد الجنسية أو الإيحاء بها.

وأما عن اللواط والمساخنة المجرّمين في الفصل 230 من المجلة الجزائية، فضرورة تجريمهما في دولة مدنيّة ديمقراطية من الهشاشة بمكان نظرا لتعلّق التصرّفات الجنسية بين الرّشد وفي الفضاء الخاص بالخصوصية المحميّة بالفصل 24 من الدّستور التونسي. فمن الغريب أن يتمّ تجريم العلاقات الجنسية الرضائية في الفضاء الخاص والحال أنّها «مشمولة بمفهوم الحياة الخاصة» حسب اللجنة المعنية بحقوق الإنسان²⁸⁷. كما أقرّت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّه لا يجوز تجريم العلاقات الجنسية المثلية الرضائية في الفضاء الخاص وزجرها جزائيا حتّى «لو كانت صادمة أو مزعجة لبعض الأشخاص الذين يعتبرون المثلية تصرّفا لا أخلاقيا»²⁸⁸.

كما أن تجريم العلاقات المثلية يذهب بالتمييز إلى منتهاه وهو ما يعدّ خرقا لمبدأ عدم التمييز المكرّس بالفصل 21 من الدّستور الذي ينص على أنّ المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز»، وهو ما يسمح لنا بالقول دون حرج أنّ كلّ تمييز مهما كان سببه غير دستوري بها في ذلك التمييز على أساس الميول الجنسية.

285 أمر على بتاريخ 26 ماي/ أيار سنة 1949 يتعلّق بتدعيم مقاومة التوسط للخناء، الرائد الرسمي التونسي، عدد 44، 31 ماي/ أيار 1949، ص. 1276-1277، ألغى بمقتضى القانون عدد 34 لسنة 1964 مؤرخ في 2 جويلية/ تموز 1964 يتعلّق بتنقيح المجلة الجنائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 3-7 جويلية/ تموز 1964، ص. 944-945. أنظر كحلون (ع)، التعليق على المجلة الجزائرية التونسية، الطبعة الأولى، تونس، مجمع الأطرش، 2018، ص. 457-458.

286 نفسه، ص. 457.

Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 287 (1994), 31 March 1994, § 8. 2, disponible au lien suivant: <https://juris.ohchr.org/fr/Search/Details/702> لنا. التّرجمة لنا.

CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, n°7525/76, 22 octobre 1981, §44, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62031%22> لنا. التّرجمة لنا.

ولعلّه من المفيد الاستئناس بفقهاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تصنّف التمييز على أساس الميول الجنسيّة ضمن مبررات التمييز «التي لا يمكن قبولها في غياب اعتبارات قويّة للغاية» بحيث يتقلّص فيها الهامش الوطني للتقدير للدول الأعضاء *la marge nationale d'appréciation*²⁸⁹ مما يفتح باب التناسب وهو ما سمح لها بإدانة القوانين الوطنية التي تقرّ التمييز في السنّ الأدنى للعلاقات الجنسيّة بين المثليين والغيريين جنسيّاً²⁹⁰ والتشريعات التي تقصي الأزواج المثليين من التمتع بالتغطية الصحية وتغطية حوادث الموظفين التي يتمتع بها القرين أو من إمكانية التبنّي²⁹¹. وفي نفس السياق تُدان السياسات الوطنية الرامية إلى الإقصاء العام والمطلق لصنف معين على أساس الميول الجنسيّة²⁹² من ذلك الحرمان من الحضانة²⁹³ أو عزل العسكريين²⁹⁴.

بقي أن نشير إلى أنّ المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان²⁹⁵ تقبل تدخّل القانون لتحجير التجاهر العلني بتصرّف مثلي لحماية الذين لا يعتدّ برضاهم مثل القصر أو فاقد الأهلية من البالغين²⁹⁶ لكنها تُدين تدخّل القانون لتحجير وزجر العلاقات المثلية الجنسيّة التي تمارس جماعياً والتي تمّ تسجيلها على أشرطة فيديو طالما مورست في الفضاء الخاص. وقد أدانت المحكمة ما اعتبرته «تطفلاً على حق الطاعن في احترام حياته الخاصّة من حيث أولاً وجود تشريع يحجّر العلاقات الجنسيّة الرضائيّة في الفضاء الخاص بين أكثر من رجلين بالغين وثانياً من أجل إدانته لهتك خطير للحياة»²⁹⁷.

ويبدو إذن بوضوح أنّ تجريم اللواط والمساحقة للذين يارسان بصفة رضائيّة بين رشّد في الفضاء الخاص مجانباً لأي ضرورة في الدولة المدنيّة الديمقراطيّة.

289 SUDRE (F), *op. cit.*, p. 428. الترجمة لنا.

290 CEDH, *Affaire L. et V. c/ Autriche*, n° 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003, §50, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-65434%22>.

291 CEDH, *Affaire P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22/07/2010, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-100042%22>

292 SUDRE (F), *op. cit.*, p. 698.

293 CEDH, *Affaire Salgueiro Da Silva Mouta /Portugal*, n° 33290/96, 21 décembre 1999, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22Salgueiro%20Da%20Si l va%20Mouta%20c.%20Portugal,%2021%20d%C3%A9cembre%201999%22](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22Salgueiro%20Da%20Silva%20Mouta%20c.%20Portugal,%2021%20d%C3%A9cembre%201999%22) , % 2 2 d o c u m e n t c o l l e c t i o n i d 2 % 2 2 : [% 2 2 G R A N D C H A M B E R % 2 2 , % 2 2 C H A M B E R % 2 2] , % 2 2 i t e m i d % 2 2 : [% 2 2 0 0 1 - 6 3 0 1 4 % 2 2]

294 CEDH, *Affaire Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°33985/96 et 33986/96), 27 septembre 1999, §§88-89, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22docname%22:%22smith%20et%20grady%22,%22document-collectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-62935%22>].

295 أنظر في هذا الشأن تحليل:

SUDRE (F), *op. cit.*, p. 697.

296 CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, §44, *op. cit.*

297 CEDH, *Affaire A. D. T. c/Royaume-Uni*, n° 35765/97, 31 juillet 2000, §10, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22n%C2%B035765/97,%20%20%2031%20juillet%202000%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-63340%22> } الترجمة لنا.

لا تبدو هذه النصوص إذن محترمة للنواة الصلبة لمعايير الدولة المدنية الديمقراطية ولذلك تبدو مراجعة تشريعاتنا المنظمة للحريات الفردية على محكها أمرا عاجلا لأن مؤول الفصل 49 مقيد بحد أدنى للمعنى un seuil de signification بل يمكن أن نعتبر أن الفصل 49 في وضعه لهذا الحد الأدنى قد أسس للمواطنين انتظارات مشروعة *attentes légitimes* أو آمالا مشروعة *espérances légitimes* في تأويل ضيق للأهداف التي تم تخصيصها بالحماية في الفصل 49 سيكون في خرقها انتهاك لمبدأ الأمان القانوني. وهذا المبدأ الذي يجد جذوره في مبدأ الثقة المشروعة في القانون الإداري والذي يجعل مسؤولية الإدارة منعقدة من جراء «التغيير المباغت غير المبرر في تصرّفاتنا بطريقة تخدع الثقة المشروعة لمنظور الإدارة في استقرار وضعيته»²⁹⁸ يعد أحد أوجه مبدأ الأمان القانوني. وقد سحبت المحكمة الدستورية الألمانية منذ 1949 على المشرع، ويشمل حق الفرد في الثقة المشروعة في تواصل النظام القانوني وفي استقرار الوضعيات القانونية (مبدأ عدم الرجعية...). واعتبرت في قرارها الصادر في 8 ديسمبر/ كانون الأول 2006 بخصوص قانون الجنسية أن مبدأ دولة القانون المكرس في الفصل 20 من القانون الأساسي الألماني «يشمل الثقة المشروعة. فال مواطن يجب أن يكون قادرا على توقع التبدلات (بها في ذلك التشريعية) الممكنة التي يمكن أن تمسه وأن يستعد على أساسها»²⁹⁹.

وكما يؤسس الفصل 49 في تقديرنا لانتظارات مشروعة للمواطنين التونسيين في مراجعة منظومة تشريعية لم تعد متناسبة مع معايير الدولة المدنية الديمقراطية، فإن هذه الأخيرة تؤسس في المقابل لانتظارات مشروعة في تدخل المشرع الجزائي لحماية الفرد في حقه في قرينة البراءة بضرب قيود ضرورية على حرية الآخرين في التعبير.

الضّروقات المؤجلة:

قيود ضرورية على حرية التعبير

إذا ما اعتبرنا التدخل الجزائي تقييدا - ومن ثمة تهديدا - للحرية لكن أيضا حماية لها³⁰⁰، أصبح العقاب ضرورة والحماية الجزائية واجبا محمولا على الدولة، لا سيما إذا تعلق الأمر بهتك قرينة البراءة التي لا تقتصر حمايتها على الضمانات الإجرائية وعلى المحاكم المتعهدّة بالقضية، بل تنسحب أيضا على السلط العمومية التي يجب أن يحجم ممثلوها عن القيام بتصريحات توحى بأن المظنون فيه متهم وهو ما يعدّ هتكا لقرينة البراءة³⁰¹، وهو ما دفع المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أن تدين فرنسا بشأن قضية *Allet de Ribemont c/France*، حيث «قام بعض كبار المسؤولين في الشرطة الفرنسية الذين قاموا بتصريحات أعلنوا فيها دون تنسيب أو تحفظ عن تورط (الطاعن) واعتباره أحد المحرضين على جريمة قتل وبالتالي شريكا

CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 106. الترجمة لنا

298

BVerfG, Beschluss vom 8. 12. 2006 – 2 BvR 1339/06 (lexetius.com/2006,3388), disponible au lien : <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=08.12.2006&Aktenzeichen=2%20BvR%201339%2F06> الترجمة لنا

CHEYARD (G.), *op. cit.*, p. 57.

300

SUDRE (F.), *op. cit.*, pp. 622-623.

301

فيها. فيتعلق الأمر دون شك بتصريح بالإدانة الذي من شأنه أن يدفع العموم إلى تصديقه أولاً وثانياً يستبق تقدير الأفعال من قبل القضاة المختصين مما يعدّ خرقاً للفصل 6 فقرة 2 (من الاتفاقية)³⁰².

كما تنسحب ضرورة احترام قرينة البراءة على الصحفيين، مما يضعنا في صدام بين حرية التعبير لهؤلاء وحق العموم في المعلومة من جهة، ومن جهة أخرى حق المظنون فيه في قرينة البراءة. وهو ما تعرّضت له المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار *Worm c/Autriche*، حيث اعتبرت أنّه «بشرط عدم تجاوز الحدود المضبوطة لغرض حسن تسيير مرفق القضاء، فإنّ الملخصات بشأن المرافعات الجزائية، بما في ذلك التعليقات، تساهم في التعريف بها وبالتالي تعدّ متلائمة تماماً مع مقتضيات علنية الجلسات التي نصّ عليها الفصل الأول فقرة 1 من الاتفاقية. إضافة إلى وظيفة وسائل الإعلام المتمثلة في توفير المعلومات حولها، هناك حق الجمهور في تلقيها، خاصة إذا ما تعلّق الأمر بشخصية عامة معروفة كوزير سابق كما هو الأمر في قضية الحال. فهؤلاء الأشخاص يعرضون أنفسهم بطريقة حتمية وواعية إلى رصد دقيق لتحركاتهم سواء من قبل الصحفيين أو من عموم المواطنين... وبالتالي فإنّ حدود التعليق أضيق بالنسبة إلى رجل سياسة مستهدف بصفته تلك منها إلى شخص عادي. لكن تتمتع الشخصيات المعروفة كسائر الناس بالحق في التمتع بمحاكمة عادلة الذي يضمنه الفصل السادس وهو ما يشمل في المادة الجزائية الحق في محكمة محايدة. فيجب أن يتذكر الصحفيون ذلك عند تحريرهم لمقالاتهم حول الإجراءات الجزائية المثارة لأنّ حدود التعليق المقبول يمكن ألا تشمل تصريحات من شأنها عن قصد أو دون قصد أن تقلص من حظوظ شخص في التمتع بمحاكمة عادلة أو أن تنسف ثقة العموم في الدور الذي تلعبه المحاكم في تسيير العدالة الجزائية»³⁰³.

نفهم إذن أهمية قرينة البراءة وضرورة حمايتها الجزائية عبر تجريم هتكها وهو ما لا يكرسه القانون التونسي رغم ما لهذه المسألة من أهمية حارقة في تونس لتحديد طبيعة العلاقة بين حرية تعبير الصحفيين وحقوق الغير، ومن ثمة من المفيد التذكير باقتراح لجنة الحريات الفردية والمساواة تجريم هتك قرينة البراءة على النحو التالي: «1- يلغى عنوان القسم الخامس من الباب الأول من الجزء الثاني من الكتاب الثاني من المجلة الجزائية ويعوّض بالعنوان التالي:

«في الاعتداء على شرف الإنسان وعرضه وهتك قرينة البراءة»

2- يضاف إلى المجلة الجزائية فصل 249 مكرر كما يلي:

302 CEDH, *Affaire Allenet de Ribemont c/France*, n° 15175/89, 10 février 1995, § 41, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22docname%22:%22ALLENET%22,%22documentcollectionid%22:%22GRAND-BER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-62470%22>. الترجمة لنا. CHAM

303 CEDH, *Affaire Worm c/Autriche*, n°83/1996/702/894, 29 août 1997, §50, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62741%22>. الترجمة لنا.

«يعاقب بخطية قدرها ألفا دينار من ينتهك قرينة البراءة بادعاء إدانة شخص أو تقديمه أو إظهاره أو معاملته كمدان عن فعل لم تثبت إدانته لأجله بحكم.

ويضاعف العقاب مع الإذن بنشر نص الحكم إذا وقعت الجريمة بأحد وسائل النشر المشار إليها بالفصل 50 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر. وتنطبق في هذه الحالة الأحكام الواردة بالباب السادس من المرسوم المذكور».

3- يضاف إلى المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر فصل 60 مكرر كما يلي:

«يعاقب بخطية قدرها خمسة آلاف دينار من يتولى بأية وسيلة كانت نشر صورة لمشبه فيه أو متهم، معروفاً أو يمكن التعرف عليه، وهو مغلول أو بحالة احتفاظ أو إيقاف تحفظي»³⁰⁴.

لكن وجب الإقرار على ضوء ما سبق بأنّ الصّورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة يجب ألاّ تؤوّل بمعزل عن هدف التقييد من الحقّ أي أساس مشروعيته.

الفقرة الثانية - الامتحان الثاني: مشروعية الهدف بين ضرورة التوفيق وخطورة المفاضلة

خلافاً للأئمة الألمانية والكنديّة التي لم تنصّ نصوصها الأساسيّة على قائمة بالأهداف المشروعة والتي تولى فيها قضاء المحاكم العليا بيان هذه الأهداف في ما يسمّى بـ«الخطوة التمهيدية»³⁰⁵ قبل اختبار التّناسب، كان خيار مشرّعنا التأسيسي وضع قائمة في الفصل 49 لأهداف ضوابط تنظيم الحريات من «حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامّة أو الآداب العامّة». لكن هذه القائمة تضع المؤوّل أمام عدّة مآزق يتعلّق أولها بتحديد طبيعة هذه الموجبات وثانيها بأثار «الامتحان» الثاني. فأما عن الطّبيعة، فيمكن أن نتفق أنّ الأمر يتعلّق بأهداف دستوريّة معلومة خلافاً لصنف الأهداف ذات القيمة الدستورية التي أسّسها المجلس الدستوري الفرنسي والموسومة بالغموض فيما يتعلّق بأساسها الدستوري ومسار إنشائها فقه القضائي³⁰⁶ رغم أنّ الصّنفين يشتركان في الوظيفة، ألا وهي تحديد أهداف التّدخل التشريعي عند الحدّ من الحريات.

304 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 64-65.

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 387.

305

306 أنظر:

LUCHAIRE (F.) « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4 (n° 64), pp. 675-684.

وأما المأزق الثاني، فيتمثل في تحديد آثار أعمال هذه الأهداف على منهج تحديد الحريات الفردية بمعنى أنه يجب بصفة مبدئية تحديد إن كان الامتحان الثاني الذي يفترض التثبيت من وجود هدف مشروع سيؤدي بالضرورة إلى المفاضلة بين الحق المضمون دستورياً وموجب التحديد أم إن الفصل 49 لا يقتضي المفاضلة بل التوفيق الذي ستتجلى معالمه عند إجراء اختبار التناسب. فنحن هنا أمام صدام بين الحق المضمون دستورياً وبين حقوق وأهداف أخرى. ويتعين للإجابة عن هذا السؤال التمييز بين وضعيّة الصدام بين الحق المكفول دستورياً وحق آخر يجسده صنف حقوق الغير (أ) وبين وضعيّة الصدام بين الحق المكفول دستورياً وحقوق المجموعة (ب).

أ- الأهداف المشروعة التي تؤدي إلى البحث عن التوازن بين حق الفرد وحق الفرد الآخر: حقوق الغير

تضعنا الإحالة إلى حقوق الغير في الفصل 49 أمام الجدلية التي يفترضها المجتمع الديمقراطي بين حق الفرد وحقوق الآخرين وهو ما يعبر عنه الفصل 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن: « تتمثل الحرية في القدرة على القيام بكل ما لا يضرّ بالغير، وبالتالي لا حدود لممارسة الحقوق الطبيعيّة لكل إنسان إلا تلك التي تضمن لكل أفراد المجتمع التمتع بنفس الحقوق. وهذه الحقوق لا يضعها إلا القانون»³⁰⁷. وما تكريس هذه الصياغة³⁰⁸ في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان³⁰⁹ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية³¹⁰ وبعض الدساتير³¹¹ إلا تأكيد على هذه الجدلية. بقي أنها تحيل في تقديرنا إلى صورتين مختلفتين لإعمال حقوق الغير إحداهما تتصل بالغير كذات محمية في سلامتها وأمنها بطريقة تجعلها جزءاً من الأمن العام (1)، وأخرها تتصل بالغير كذات متمتعة بحقوق صدامية مع الحق موضوع التحديد. وهنا يستوجب إعمال حقوق الغير - كهدف مشروع - تقدير أيّ منها الأكثر مشروعية، وسنرى أنه في كلتا الحالتين لا تعدّ حقوق الغير هدفاً مستقلاً بذاته إذ تلقي المصلحة العامة بطريقة أو بأخرى بظلالها على المنظور إلى حقوق الغير كهدف مشروع (2).

1- الغير كذات محمية في سلامتها وأمنها

لا يخلو فقه القضاء المقارن من أمثلة تم فيها إعمال ضرورة حماية سلامة الغير بطريقة تدمجها في الأمن العام أو الأخلاق العامة. وقد تعرّضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى هذه المسألة بشأن قضية تتعلق بمدى خرق تشريع جزائي وطني يجرم العلاقات المثلية بين الأشخاص دون سنّ الواحدة والعشرين للاتفاقية

307 نصّ سابق الذكر، الترجمة لنا.

308

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 73.

309 وردت هذه الصيغة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في الفقرة 2 من كل من الفصل 8 المتصل باحترام الحياة الخاصة والعائلية والفصل 9 المتصل بحرية الفكر والوجدان والمعتقد والفصل 10 المتصل بحرية التعبير والفصل 11 المتعلق بحرية الاجتماع وحرية تكوين الجمعيات.

310 وردت هذه الصيغة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة 18 فقرة 3 المتصلة بحرية الفكر والوجدان والدين والمادة 19 فقرة 3 أ المتصلة بحرية التعبير والمادة 21 المتعلقة بالحق في التجمع السلمي والمادة 22 فقرة 2 المتصلة بحرية تكوين الجمعيات.

311 لنذكر بالفصل 36 من الدستور السويسري المؤرخ في 18 أبريل/ نيسان 1999 الذي ينص في فقرته الثانية على ما يلي: "كل تقييد لحق أساسي يجب أن تبرره المصلحة العامة أو حماية الحقوق الأساسية للآخرين"، نص سابق الذكر.

الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث أقرت المحكمة أنه يبدو من الاصطناعي القيام بتمييز جامد بين حماية «حقوق وحرريات الغير» وبين «الأخلاق». فهذه الأخيرة يمكن أن تفترض حماية القيم الاخلاقية لمجتمع بأكمله، ولكن يمكن أن تتضمن... الدفاع عن المصالح والرّفاه المعنوي لجزء معين من المجتمع كالتلاميذ... عندما يتعلق الأمر بالدفاع عن المصالح والرّفاه المعنوي لأشخاص أو أصناف من الأشخاص التي تستدعي حماية خاصة لأسباب متصلة بعدم النّضج والتخلف العقلي أو حالة تبعية، فإنّ حماية «حقوق وحرريات الغير» تصبح متعلّقة بأحد أبعاد «الأخلاق»³¹². وتضيف المحكمة أنه «لا يمكن الحديث عن «حاجة اجتماعية ملحة» لتكثيف هذه الأفعال كجنايات في غياب تبرير كاف بالنظر إلى خطورة الإضرار بالفئات الهشة التي تجب حمايتها أو بالآثار على المجموعة. وبالنظر إلى التناسب، فإنّ الأضرار التي يمكن أن تنجم عن وجود التدابير التشريعية موضوع الدّعوة بالنسبة إلى حياة الشّخص ذي الميولات المثلية، كالمُدّعي، تغلب في نظر المحكمة على الحجج المقدّمة ضدّ تقيح القانون الساري المفعول. وقيام الغير بأفعال مثلية في الفضاء الخاص قد يضايق أو يصدّم أو يزعج أشخاصا يعتبرون المثلية أمرا لا أخلاقيا، لكن هذا وحده لا يمكن أن يبيح اللّجوء إلى عقوبات جزائية عندما يكون الشّريك بالغير راضيين»³¹³. وأضافت المحكمة أنه قد سبق لها «أن أقرت بضرورة إقرار نوع من الرّقابة على التصرّف المثلي في مجتمع ديمقراطي وذلك قصد مقاومة الاستغلال والإيقاع بالأشخاص اللّذين يعتبرون من الفئات الهشة بصفة خاصة بالنظر مثلا إلى صغر سنّهم (...)³¹⁴. وخلصت المحكمة إلى أنّ المدّعي تعرّض إلى انتهاك غير مبرر لحقه في احترام حياته الخاصة بما يخرق الفصل الثامن من الاتفاقية. ويبرز منهج المحكمة هنا توقيا من الانزلاق في الاعتبارات الأخلاقية رغم أنّه نُظر إلى حقوق الغير كجزء من السياسة الحماية التي يجب أن تتهجها الدولة تجاه بعض الفئات الهشة.

2- الغير كذات متمتعة بحقوق صدامية مع الحقّ موضوع التّحديد

هذا «الصّدام بين الحقوق الأساسية»³¹⁵ الذي يبدو أمرا لا مفرّ منه يرجعنا إلى المربع الأوّل لإشكالية هرمية الحقوق والحرريات وما يترتب عنها من إمكانية المفاضلة. ويعبّر الأستاذ كريستيان أوتكسيبي Christian Autexier عن هذه الصّعوبة كالتالي: «هناك تصادم بين الحقوق الأساسية عندما تتمتع بعض الدّوات القانونية بحقوق أساسية غير متلائمة. وهذا هو شأن الجنين (الحقّ في الحياة) مقابل الأمّ التي تريد القيام بإجهاض...»³¹⁶. ويمكن أن نضيف أمثلة التناظر بين حرية التّعبير أو الحقّ في المعلومة وحماية السّمتة وأيضا بين حق الجمعيات في التّداعي وحقوق الغير الذي نجد له صدى في فقه القضاء التونسي.

الترجمة لنا. CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, §47, *op. cit.*

312

313 نفسه، § 60. الترجمة لنا.

314 نفسه، § 62. الترجمة لنا.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), 315
PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 168. الترجمة لنا.

AUTEXIER (Ch.), cité par FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), 316
PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 168. الترجمة لنا.

هل من صدام بين حق الجمعيات في التداعي وحق الغير في الحياة الخاصّة في مرسوم 24 سبتمبر/ أيلول 2011 المتعلّق بالجمعيات؟

ينص الفصل 14 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 والمتعلّق بتنظيم الجمعيات على أنّه «يمكن لكل جمعية أن تقوم بالحقّ الشخصي أو أن تمارس الدعوى المتعلقة بأفعال تدخل في إطار موضوعها وأهدافها المنصوص عليها بنظامها الأساسي»³¹⁷ وهو ما استندت إليه عدّة جمعيات لرفع دعاوى ترمي من ورائها إلى مصادرة حريات الآخرين³¹⁸ كما هو الشأن بالنسبة إلى جمعية «مقاومة الامبريالية والصهيونية» التي رفعت قضايا قصد منع وكالات أسفار من تنظيم رحلات للقدس. وخلافا للمحكمة الابتدائية بسوسة التي اعترفت لها في حكمها المؤرخ في 13 مارس/ آذار 2015 بصفة القيام وقامت استنادا إلى ذلك بإلغاء رحلتين إلى القدس قامت الوكالة ببرمجتها،³¹⁹ حكمت المحكمة الابتدائية بتونس في 15 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016 بخلاف ذلك معتبرة «أن الصفة المعترف بها للجمعيات لرفع الدعاوى المتصلة بموضوعها وأهدافها إنما ترمي إلى تمكينها من الدفاع عن المصالح الجماعية التي ترمي لتحقيقها، إلا أن هذا الحق يجد حدوده في ضرورة احترام اختيارات الغير وواجب عدم التدخل في تصرفاته من قبل غيره من الخواص وإن كانوا جمعيات وإلا صارت الدعوى المرفوعة في الغرض دعوى مساءلة فردية لا حق للجمعية في تتبعها» وبالتالي «لا صفة للطالبة، بوصفها جمعية، للتداعي قضائيا بقصد إلغاء الرحلة التي عبّرت المطلوبة (وكالات الأسفار) عن فكرة تنظيمها إلى مدينة القدس طالما أن هذا النزاع يحمل على التدخل في أعمال التصرف المهني للمطلوبة ولا يكتسي بالتالي إلا صبغة فردية»³²⁰.

وعلى نفس المنهج الرامي إلى استغلال حق التداعي للتدخل في شؤون الغير، قامت إحدى نقابات الأئمة برفع دعوى استعجالية ضد الدولة قصد حذف تمارين نحو في كتاب صادر عن وزارة التربية مقتبسة من القرآن تطلب من التلميذ تحويل الاسم المنقوص في آية من سورة يوسف («وقال للذي ظنّ أنه ناج منها أذكرني عند ربك») إلى المثني والجمع. وفي حكمها الصادر في 5 أفريل/ نيسان 2017، قضت المحكمة بحذف التمارين المذكورة استنادا إلى الفصل 6 من الدستور لتخلص إلى أنه «لئن لم تكن الغاية من اقتباس كتاب اللغة بعض الآيات القرآنية السخرية أو الامتهان أو تحريف معناها إلا أن من شأن إنجاز التمارين المدرجة به وما يقتضيه ذلك من تغيير للألفاظ استعمال للقرآن لغير ما أنزله الله وبالتالي المس به كمقدّس وتحريفه»³²¹.

317 المرجع سابق الذكر، ص. 1998.

318 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 83.

319 المحكمة الابتدائية بسوسة، حكم مؤرخ في 13 مارس/ آذار 2015، غير منشور. أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 83-84.

320 المحكمة الابتدائية بتونس، حكم ابتدائي مؤرخ في 15 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016، غير منشور. أنظر تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 84.

321 المحكمة الابتدائية بتونس، حكم استعجالي مؤرخ في 5 أفريل/ نيسان 2017، غير منشور. أنظر الغزواني (م) «من فقه قضاء الحقوق الأساسية»، المرجع سابق الذكر، ص. 225-226.

هذه القراءة للدستور انتقائية لم يؤخذ منها من الدستور إلا الفصل 6 في تنصيبه على حماية المقدسات دون اعتبار لضرورة إعمال معايير الفصل 49 من الدستور من حيث مقتضيات الضرورة والتناسب³²²، هذا إذا اعتبرنا أن إعمال التناسب من صميم عمل القاضي العدلي دون أن يوقعه ذلك في مراقبة دستورية هي ليست من اختصاصه³²³.

وبقطع النظر عن هذه الإشكالية الدقيقة، فإن ترجيح الكفة كان لفائدة حماية المقدسات.

فكيف إذن الحسم في اتجاه تكريس حقّ على حساب حقّ آخر احتراماً للمصلحة التي تمثلها حماية حقوق الغير دون أن يؤدي الأمر إلى القيام بمفاضلة تدفع الحريات الفردية ثمنها؟

يبدو الأمر صعباً لأنّ المفاضلة تبدو أمراً محتوماً حتّى في إطار غياب الهرميّة وذلك بالنظر إلى خصوصيّة هدف «حماية حقوق الغير». إذ تبرز التّطبيقات فقه القضائيّة أنّ هدف «حماية حقوق الغير» غير مستقلّ بذاته يصعب فصله عن الأهداف الأخرى وخاصّة المصلحة العامّة التي من الواضح أنّها تحدّد بطريقة أو بأخرى المنظور إلى حقوق الغير، فهي إمّا تطبع الحقّ المتصادم مع حقوق الغير فتكون الغلبة للحقّ الأوّل على أساس أنّه المصلحة الأكثر أهميّة، أو أنّها تطبع بطريقة ما حقوق الغير ممّا يؤدي إلى الانزلاق إلى الاعتبارات الأخلاقيّة والدينيّة فتختلط حقوق الغير بالمقدّس وتصبح من ثمة حقوق الغير وجهاً من أوجه المصلحة العامّة ومطيّة لانحسار الخصوصية.

فأمّا بالنسبة إلى الصّورة الأولى، فيشكّل الصّدام بين حرية التّعبير وحقوق الغير في احترام الحياة الشّخصيّة وفي الحقّ في الصّورة (droit à l'image) أو في الكرامة مثلاً معبراً نجد صدى له في تطبيقات فقه قضائيّة تونسيّة عجزت عن هيكلّة الموازنة وفق معايير موضوعيّة.

قضية «ولد XV» أو الموازنة المختلّة بين حرية التعبير وحقّ الغير في حماية الكرامة

على إثر نشر أغنية «البوليسية كلاب» لصاحبها «ولد XV»، صدر ضده حكم بالسجن ستة أشهر مع تأجيل التنفيذ من أجل جرائم القذف العلني والتجهر بما ينافي الحياء والتعدي على الأخلاق الحميدة.

وعندما تعهدت محكمة التعقيب بالقضية، ذكّرت بـ«أنه ممّا لا جدال فيه أن الدستور التونسي وكذلك التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية كفلت حرية التعبير وحرية الفكر والنظر لتنمية ملكة

322 الغزواني (م) «من فقه قضاء الحقوق الأساسية»، المرجع سابق الذكر، ص. 227.

323 أنظر حول هذه المسألة الغزواني (م)، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور - رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجبها، المرجع سابق الذكر، ص. 24-38.

الحرية في النفس والسمو بها تأصيلاً لكيانها وتحقيقاً لذاتها في كنف العزة والكرامة (..)، والدستور فعلاً لا يميز ممارسة رقابة مسبقة على تلك الحريات الفكرية والمعرفية. لكن «ليس لأي كان أن يقبل بالتعسف في استعمال الحق مهما يكن هذا الحق مباحاً وجائزاً». كما أن «استقراء فحوى ذلك العمل تحت عنوان «البوليسية كلاب» يبرز تجافيه ومبادئ دستور البلاد التي تضمن حرية الإبداع الفني وأن الدولة تشجع الإبداع الثقافي (..)»³²⁴. وإن خلصت المحكمة إلى تجاوز الأغنية لحدود حرية التعبير فإنها لم تقم بالموازنة الفعلية لحسم الصدام بين حرية التعبير والحق في الكرامة لغياب معيار عقلائي يسمح بـ«تمييز الخيط الرفيع الفاصل بين حرية التعبير وحدودها»³²⁵، معيار مستمد من منطق الفصل 49.

ونوافق القاضي مالك الغزواني في أن هذا التعليل يفتقد إلى الوجاهة بحيث أخطأت محكمة التعقيب مرمى حسن الموازنة «، فالقول بالخروج عن سياق حرية التعبير في أغنية «البوليسية كلاب» كان يكون أكثر إقناعاً لو تأسس على تحليل مجانية الاعتداء»³²⁶. إذ تشكل هذه الأخيرة حسب فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المعيار الفاصل الذي يسمح بالتمييز بين المقبول وغير المقبول من المساس بحرية التعبير. بل وأكثر من ذلك، وهذا ما يهمننا في الواقع، تقوم المحكمة بشبه عملية قياس لمقدار المصلحة العامة في ممارسة حرية التعبير التي تمس بحقوق الغير. وفي هذا الإطار، ذكّرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان «بالدور الجوهرى الذي تلعبه الصحافة في مجتمع ديمقراطي. فإذا كانت الصحافة يجب ألا تتخطى بعض الحدود المتصلة بحماية سمعة وحقوق الغير، فإنها مطالبة في إطار احترام واجباتها ومسؤولياتها بنشر معلومات وأفكار حول مسائل متصلة بالمصلحة العامة. وتضاف إلى وظيفتها المتمثلة في نشر المعلومات والأفكار حول هذه المسائل حق العموم في تلقيها. وفي خلاف ذلك، لن تتمكن الصحافة من لعب دورها الأساسي كـ«كلب حراسة... وتشمل حرية التعبير نشر الصور... لكن الأمر يتعلق بمجال تكتسي فيه حماية السمعة وحقوق الغير أهمية خاصة، بما أن الصور يمكن أن تتضمن معلومات شخصية للغاية حول شخص أو حول عائلته»³²⁷. وبالتالي أقرت المحكمة قائمة من المعايير التي على أساسها ستتم «الموازنة»³²⁸ وعلى رأسها «المساهمة في حوار متصل بالمصلحة العامة»، حيث اعتبرت المحكمة بالنظر إلى فقه قضائها أن «أول عنصر أساسي هو مساهمة ظهور الصور أو المقالات في الصحافة في حوار ذي مصلحة عامة... وتعريف ما له علاقة بالمصلحة العامة رهين ظروف كل قضية. لكن المحكمة تعتبر أنه من المفيد التذكير بأنها أقرت بوجود هذه المصلحة عندما تعلق المنشور بمسائل سياسية

324 قرار تعقيبي جزائي مؤرخ في 15 ديسمبر/ كانون الأول 2014، غير منشور.

325 الغزواني (م) «من فقه قضاء الحقوق الأساسية»، المرجع سابق الذكر، ص. 228.

326 نفسه، ص. 228.

CEDH, *Affaire Von Hannover c. Allemagne (No 2)*, Requetes nos 40660/08 et 60641/08, 7 février 2012, § 102-103, 327 الترجمة لنا. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-109027%22>

328 تتمثل المعايير الأخرى تباعاً في شهرة الشخص المعني بالمنشور، التصرفات السابقة للمعني بالأمر، محتوى المنشور وشكله وتبعاته وظروف التقاط الصور، نفسه، § 110 و 111 و 112 و 113.

أو جرائم تم ارتكابها ... أو عندما اتصلت بمسائل رياضية أو فنية ... لكن فرضية وجود مشاكل زوجية لرئيس الجمهورية أو مشاكل مالية لفنان مشهور لم تعتبر من قبيل الحوار ذي المصلحة العامة³²⁹. وهذا يعني أن الصدام بين الحق في حرية التعبير وحق الغير أي الحق في الخصوصية يجسّمه اصطلاح حرية التعبير بالمصلحة العامة أي أن وجود مصلحة عامة يتولّى «تحييد» حرية التعبير ويجعل التّقابل والصّدام الذي يجب حلّه لا بين حقّ سيتمّ الحد منه وحقّ الغير بل بين المصلحة العامة التي يرتبط بها الحقّ المراد حدّه وحقّ الغير، وبحسب الحالة تعطى الغلبة لأحدهما. فكما أقرت بذلك محكمة التعقيب الفرنسية «نظر التمتع بالحق في حماية الحياة الخاصة وفي حرية التعبير بنفس القيمة القانونية (التفصيلية) بالنظر إلى الفصول 8 و10 من الاتفاقية الأوروبية والفصل 9 من المجلة المدنية، فإنها تفرض على القاضي المتعهد بالقضية البحث عن التوازن بينهما وذلك عند الاقتضاء بانتهاج الحلّ الأكثر حماية للمصلحة الأكثر مشروعية»³³⁰.

ويبقى تحديد هذه المشروعية مرّة أخرى رهين إطار المجتمع الديمقراطي الذي يعدّ في النهاية المحكّ الذي تُقدّر فيه حقوق الغير بما يمنع الانزلاق من مقدّس الغير إلى مقدّس المجموعة، مما يؤدّي إلى التّهاهي بين حقوق الغير والمصلحة العامة التي سيكون لها بالضرورة الغلبة على حرية التعبير، وهو ما يعكسه الجدل القائم في تونس منذ الثورة في الصّدام بين حرية التعبير وحقوق الغير «الدينية».

معضلة التّوفيق بين حرّية التّعبير وحقوق الغير «الدينية» في تونس: من نار غياب تنظيم المقدّس في المجلة الجزائية إلى أتون الفصل السادس من الدّستور

ارتبط التعامل مع الشّأن الديني منذ الثّورة بكثير من التّشجّع الذي وجد صداه في أروقة العدالة ومن المفيد التذكير بالجدل الذي حصل في تونس إثر عدّة أحداث منها منع الشّريط السينمائي «لا ربي، لا سيدي» في 26 جوان/حزيران 2011 إثر تظاهر سلفيين أمام قاعة العرض على أساس انتهاكها للمقدّسات وعمدهم إلى اقتحام قاعة العرض والاعتداء على الحاضرين علماً وأنّ مخرجة الشّريط نادية الفاني كانت قد أعلنت إلحادها³³¹، أو في أكتوبر/تشرين الأوّل 2011 إثر عرض الشّريط الإيراني «برسيوليس» على قناة نسمة، وهو شريط تمّ فيه تجسيد الذات الإلهية في إحدى اللّقطات وهو ما أدّى إلى تنظيم مظاهرات للتّنديد بانتهاك المقدّسات مع رفع قضية ضدّ مدير القناة التّلفزيونية ومثوله أمام القضاء في جانفي/كانون الثاني 2012 وتنظيم مظاهرات موازية مع وضدّ حرية التّعبير، أو في جوان/حزيران 2012 مع أحداث قصر العبدلية حيث اقتحمه متشدّدون دينيون للتّنديد بعرض أعمال فنية

329 نفسه، § 109.

330 الترجمة لنا. 330 Civ. 1ère, 9 juillet 2003, n°00-20.289. Voir HENNETTE-VAUCHEZ(S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 490. ZEGHIDI (M.) « Tunisie: la liberté inch'Allah ! », *Jeune Afrique*, 10 août 2011, disponible au lien suivant: <https://www.jeuneafrique.com/190476/politique/tunisie-la-libert-inch-allah/>

لانتهاكها للمقدّسات رغم أنّ العمل المُنتقد الذي تمّ على أساسه الاقتحام لم يتمّ في النهاية عرضه³³². وسنستعرض مآلات مقاضاة حرية التعبير التي شكّلت فيها حقوق الغير المختلطة بالاعتبارات الدنيّة أساس تعليل القاضي في ترجيح الكفّة لحقوق الغير.

قضية جابر الماجري وغازي الباجي: من حماية حقوق الغير إلى حماية «العام» من المقدّس

إثر قيام هذين الشايين على شبكة التواصل الاجتماعي بنشر رسوم وكتابات من مؤلف «وهن الإسلام» الذي يصف الإسلام بأنه دين عنف يدمّر الإنسان ويجسّد الرسول في شكل حيوان ويقدمه بأنه متحرش جنسي بالصبيّة، تمّ الإخبار عنها -على أساس الإساءة للإسلام- من قبل نفرين للنيابة العموميّة التي قررت التّبع من أجل تهم الاعتداء على الأخلاق الحميدة ونشر كتابات من شأنها تعكير النظام العام والإساءة إلى الغير عبر شبكات الاتصال. ثم أصدرت المحكمة الابتدائيّة بالمهدية في شأنها حكماً بتوقيع أقصى العقوبة (سبع سنوات وستة أشهر سجناً)³³³.

وفي قرارها الصادر بتاريخ 18 جوان/ حزيران 2012، أقرت محكمة الاستئناف بالمنستير الحكم الابتدائي بحيثيات مستندة إلى ضرورة زجر التطاول على «مقدّسات الناس» معتبرة أنّه «لئن كان المتهم حرّاً فيما يعتنقه من ديانة من عدم ذلك الأمر الذي لا يمكن بحال أن يناله التجريم لتعلقه بحريته الشخصية وبحرية المعتقد التي تكفلها المواثيق الدولية وخاصة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر/ كانون الأوّل 1948 والمصادق عليه من قبل البلاد التونسية والذي يكرّسه أيضاً دستور هذه البلاد، فإنّ تحقير الإسلام وهو دين السواد الأعظم من مواطني هذه البلاد والمنصوص على ذلك بالدستور «تونس دولة عربية لغتها العربية ودينها الإسلام» وصولاً إلى تكذيبه وكذلك إلى استحقاق رسول الله يخرج عن نطاق ممارسة الفرد لحريته الشخصية في إبداء الرأي والتعبير أو المشاركة في الحياة الثقافيّة والخلق والإبداع الفكريين، ذلك أنها تمس من مقدّسات التونسي وأؤكد معتقداته وأن ما أتاه المتهم ليس خروجاً عن كتاب الله تعالى وكفر بالله ورسوله فحسب لكنه خروج أيضاً عن دستور البلاد وقوانينها، ذلك أن الإسلام دين الدولة والدولة ليست علمانية ولا ملحدة وهي لا تدين بدين آخر غير الإسلام، فيصبح الاعتداء على دين الدولة اعتداء على الدولة في كيانها ومقوماتها وهو أيضاً خروج عما جاء بالفصل 11 من الدستور الذي ينص على حرية التعبير عن الرأي وعن حرية المعتقد لكن في نطاق احترام القوانين التي تنظم حرية الرأي والتعبير عن الرأي التي يكفلها الدستور شريطة احترام القوانين المنظمة لها وهو ما لم يلتزم به المتهم إذ تجاوز ما قام به نطاق إبداء

BEN ACHOUR (Y.) « Religion, Révolution et Constitution: le cas de la Tunisie », *Leaders*, 13 novembre 2012, 332 disponible au lien suivant: <https://www.leaders.com.tn/article/9831-religion-revolution-et-constitution-specialement-d-apres-l-exemple-tunisien>

333 حكم المحكمة الابتدائية بالمهدية عدد 1395 المؤرخ في 28 مارس/ آذار 2012، غير منشور. أنظر في هذا الشأن: الغزواني (م) «من فقه قضاء الحقوق الأساسيّة»، المرجع سابق الذكر، ص. 223.

الرأي وحرية التفكير ليسقط في مهاجمة الغير والاستخفاف بمشاعرهم الدينية معتديا على معتقداتهم وأخلاقهم متناسيا أن حرية الرأي محددة بحق الغير في احترام معتقداته ودينه ورأيه أيضا، ولقد جاء بالفصل الخامس من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري، ولئن كانت حرية الاتصال السمعي والبصري مضمونة وفق المعاهدات والمواثيق الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية وعلى أساس احترام الحريات والتعددية في التعبير عن الأفكار والآراء، فإن ممارسة تلك المبادئ تخضع لضوابط تتعلق باحترام حقوق الغير خاصة احترام حرية المعتقد وحماية الأمن الوطني والنظام العام». وخلصت المحكمة إلى أنه «بإجماع علماء المسلمين، فإن تكذيب الرسول والاستهزاء منه والاستخفاف بالقرآن الكريم إذا أتاه المسلم وهو عالم بها يكون مرتدا خارجا عن دين الإسلام، فإذا كان واعيا لها يصبح زنديقا فيكون أشد سوء من المقام في المرتد. [وقد] استغل المتهم موقعه الإلكتروني لبث سمومه وترويجها غايتها تشويش الشباب في أصول عقيدتهم لدفعهم عن المروق عن الدين وفي ذلك إفساد الشباب والمجتمع وبذلك يكون المتهم مستوجبا لأشد العقاب زجرا له وردعا لغيره مما تسوّل له نفسه الاعتداء على مقدسات هذه الأمة الإسلامية»³³⁴.

نخال هذا القرار الصّاد في مرجعيته الدّينية المفرطة و«خوض(ه)» غير المفيد في «متهات الكفر والزندقة»³³⁵ فقد فيها القاضي المسافة الضرورية مع النزاع، هبة للدّفاع عن مقدّسات القاضي الذي أصبح طرفا في النزاع.

ولا يجب أن يعزل هذا القرار عن المناخ الذي صدر فيه، إذ تزامنت هذه القضايا مع المسار التأسيسي الذي احتلت فيه المسألة الدّينية جانبا هامًا من الجدل القانوني والسياسي قبل أن ينتهي الأمر إلى صياغة الفصل السادس من الدّستور كما يلي: «الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياة المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي.

تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدّسات ومنع النيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتحريض على الكراهية والعنف والتصدّي لها».

يُعتبر الفصل إذن في قلب الصّدام بين حماية المقدّسات وحرية التّعبير يُعدّ فيه تأويل حقوق الغير مفتاح حلّ ازدواجية المعنى التي تميّزه لأنّ الخطر يتمثل في تأويل أخلاقي يغلب حماية المقدّسات على حرية التّعبير مثلما تبينته قضية تمارين النحو المذكورة أعلاه وقضية المدوّنة أمانة الشرقي.

334 محكمة الاستئناف بالمنستير، القرار عدد 1056 بتاريخ 18 جوان/ حزيران 2012، غير منشور.

335 الغزواني (م) «من فقه قضاء الحقوق الأساسية»، المرجع سابق الذكر، ص. 228.

قضية المدونة آمنة الشرقي:

إثر تبادل هذه المدونة صورة على مواقع التواصل الاجتماعي تتضمن نصًا يقلد شكل آية قرآنية حول كوفيد-19 أثار استياء شديدا على مواقع التواصل الاجتماعي، تمّ تتبعها وصدور في حقها حكم ابتدائي بتاريخ 12 جويلية/ تموز 2020 بالسجن مدة ستة (06) أشهر من أجل الدعوة إلى الكراهية بين الأديان والأجناس والسكان وذلك بالتحريض على التمييز واستعمال الوسائل العدائية وتخطئتها بمبلغ الفي دينار (2000 د) من أجل النيل من إحدى الشعائر الدينية المرخص فيها وحمل المصاريف القانونية عليها»³³⁶.

بقطع النظر عن وجهة تكييف الأفعال على أساس الفصلين 52 و53 من المرسوم المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، فإنّ الإدانة تضرب حرية التعبير في مقتل وتؤدي إلى انحسارها خوفا من الإدانة باسم حرية الشعائر الدينية. فهل يمكن اعتبار محاكاة سورة قرآنية للحث على اتباع قواعد النظافة بشأن جائحة كورونا استفزازا مجانيا للمشاعر الدينية لشعب أغلبيته مسلمة تجعل من تسليط عقوبة سالبة للحرية على من نشرها عبر حساب شخصي على مواقع الاتصال الاجتماعي حاجة اجتماعية ملحة لتحقيق السكينة بين الأديان والأجناس؟

على ضوء فقه قضاء تونسي يصادر بصفة آلية حرية التعبير عند تصادمها مع حقوق الغير المصطبغة بصبغة دينية، يبدو مرة أخرى أنه من الضروري الاستلham من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي يعدّ مرجعا لبيان الخيط الأبيض من الخيط الأسود في مجال الصدام بين حرية التعبير والحقوق الدينية للغير، إذ اعتبرت في قرارها *Otto-Preminger-Institut* أن منع عرض شريط سينمائي يجرح الشعور الديني لفئة في المجتمع بغرض هدف حماية حقوق الغير لا يعدّ انتهاكا للاتفاقية طالما أنّ التدخّل في حرية التعبير الذي تتمتع به الجمعية التي كانت تنوي بثّ هذا الشريط يبرّر بهدف مشروع هو حماية حقوق الغير مبيّنة أنّ «من يختار ممارسة حرية التعبير عن معتقده سواء كان منتما إلى أغلبية أو أقلية دينية لا يمكن أن يتوقّع بصورة معقولة أن يكون ذلك بمنأى عن كلّ نقد. فيجب أن يتسامح ويقبل رفض الآخرين لمعتقداته الدينية وأن ينشر الآخرون مذاهب معادية لإيانه. لكن الطريقة التي يتمّ بها الاعتراض أو نفي المعتقدات والمذاهب الدينية هي مسألة تجعل مسؤوليّة الدولة منعقدة في ضمان القيام بذلك في إطار التمتع السلمي بالحقّ المكفول بالفصل التاسع (من الاتفاقية). ذلك أنّه في حالات قصوى، قد يؤدي اللجوء إلى طرق خاصّة في الاعتراض على معتقدات دينية أو نفيها إلى إثناء أصحابها عن ممارسة حريتهم في التمتع بها وممارستها»³³⁷. وأضافت المحكمة أنّه «يمكن

336 هو مقتطف من الحكم تمّ تداوله عبر وسائل الاتصال الاجتماعي ولم تتمكّن بعد من الحصول على نسخة منه.

CEDH, *Affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Requête n°13470/87, 20 septembre 1994, §47, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62451%22>}. الترجمة لنا.

بكلّ مشروعية أن نعتبر احترام المشاعر الدينيّة للمؤمنين كما يكفله الفصل التاسع قد انتهكه التّعريض بصورة مستفزةً للمقدّسات الدينيّة والذي يمكن أن يعتبر انتهاكا متعمّداً لروح التّسامح الذي يجب أن يميّز أيضاً المجتمع الديمقراطي»³³⁸.

ولكن ألم تكن المحكمة قد اعتبرت في قرارها المبدئي *Handyside c/Royaume-Uni* الصادر في 7 ديسمبر/ كانون الأوّل 1976 أن حريّة التّعبير «تنطبق على «المعلومات» أو «الأفكار» التي ... تعدّ غير هجومية أو محايدة كما تنطبق على المعلومات أو الأفكار التي ... تصدم أو تزعج الدّولة أو شريحة من الشعب. فهذا ما تقتضيه التّعديّة وروح الانفتاح الذين يندم في غيابها «المجتمع الديمقراطي»»³³⁹؟ أليست القدرة على تقبّل استفزاز مشاعر الغير بما في ذلك الدينيّة بعداً من أبعاد الانفتاح التي يفترضها المجتمع الديمقراطي؟ أليس القول بعكس ذلك يعلي بالضرورة حرية المعتقد على حرية التّعبير ويؤدّي إلى الإقرار بهرميّة في الحقوق والحريات؟

تبرز هذه الأمثلة إذن صعوبة عمليّة التّوفيق بين الحقوق والحريات المكفولة دستورياً وحقوق الغير لاصطباغ هذه الأخيرة بمعايير المصلحة العامّة والأمن والسّلم الاجتماعي وتجعلها رهينة التّقدير حالة بحالة. فإقرار المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في قرار *Otto-Preminger-Institut* المذكور أعلاه بأنّ ممارسة حرية التّعبير لا يمكن أن تجرح بطريقة مجانيّة المشاعر الدينيّة ممّا يبرّر إعطاء هامش من التّقدير للدّول الأعضاء للحدّ منها، كان بشأن قضية تتعلّق بمصادرة شريط سينمائي يعرض بطريقة فجّة تواطؤ الثالوث المسيحي المقدّس مع الشيطان قصد نشر مرض الزّهري وذلك في مدينة 87٪ من سكّانها من الكاثوليك ممّا يجعل من منع عرض الشّريط أمراً ضرورياً للسّلم الاجتماعي³⁴⁰.

كما كان الشاغل المتصل بالسّلم الاجتماعي حاضراً بقوة في قرار *E.S. c/Autriche* الصادر بتاريخ 25 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2018 بشأن إدانة المحاكم النمساوية لتصريحات ناشطة حقوقية في إحدى محاضراتها حول الميل الجنسي للأطفال للرّسول، حيث أقرّت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في استنادها إلى الهامش الوطني للتّقدير ما يلي: «تعتبر المحكمة أنّ المحاكم الداخلية التي نظرت في القضية أخذت على النّحو الملائم بعين الاعتبار السياق الذي صدرت فيه التصريحات وقامت بكلّ عناية بالموازنة بين حق المدّعية في حرية التّعبير من جهة وحق الآخرين في حماية مشاعرهم الدينية والمحافظة على السلم الديني في النّمسّا من جهة أخرى، فقد بحثت هذه المحاكم عن ضبط الحدود بين النقد المقبول للعقائد الدينيّة وبين التّحقير واعتبرت أن تصريحات المدّعية من شأنها أن تثير سخطا مبرّراً لدى المسلمين. كما تعتبر المحكمة أنّ التّصريحات موضوع النزاع لم تتمّ صياغتها بطريقة محايدة بهدف المساهمة الموضوعية في نقاش عام حول زواج الأطفال بل أنّها تشكّل تعميماً دون أساس واقعي. وبالتالي، باعتبارها أنّ تصريحات المدّعية تجاوزت

338 نفسه.

CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49, *op. cit.* التّرجمة لنا

339

GREER (S.), *op. cit.*, p. 41.

340

النقد المقبول في إطار نقاش موضوعي وبتكييفها كاعتداءات مهينة لنبي الإسلام من شأنها تهييج الأحكام المسبقة وتهديد السلم الديني، خلّصت المحاكم إلى أنّ الوقائع موضوع النزاع تتضمن عناصر تحريض على عدم التسامح الديني» بّرت الإدانة التي تستجيب «لحاجة اجتماعية ملحة والتي تعدّ متلائمة مع الهدف المشروع المتّبع»³⁴¹. بحيث ركزت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تقدير مدى خرق الإدانة الجزائية للتصريحات المسيئة للرسول لحرية التعبير على السلم الديني الذي كان عنصرا حاسما في تغليب حماية المشاعر الدينية على حرية التعبير.

من الصعب إذن استخلاص مبادئ عامة بشأن إعمال حقوق الغير ومن الواضح أنّ ما يشكّل بوصلة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مثلا بشأنها هو أولا قبول المساس بحقوق الغير في خصوص الحق في الخصوصية وحماية السمعة أو في شأن المشاعر الدينية طالما لم يكن ذلك مجانياً وارتبط بالنقاش العام قصد إثرائه أو كان جزءا منه، وثانيا محورية هذا النقاش العام في المجتمع الديمقراطي الذي يظلّ الملاذ الأخير في التقدير تستشهد به المحكمة في علاقة بحقوق الغير سواء تعلق الأمر بالمشاعر الدينية أو بخصوص ممارسة حرية الصحافة تجاه الشخصيات العمومية. فكما أقرت بذلك المحكمة في قرار *Lingens* «حرية الحوار السياسي هو في صميم مفهوم المجتمع الديمقراطي... فحدود النقد المقبول أضيق تجاه رجل السياسة بصفته تلك»³⁴² ويمكن أن يقبل المساس بحقوق الغير في حدود ما يقتضيه هذا المجتمع الديمقراطي من انفتاح واعتدال وتعايش وتداول عام حتى بشأن الحريات والمقدسات. ويمكن أن نعتبر أنّ حرية النقاش تشكل في حد ذاتها هدفا مشروعا غير مرئي تحدّد به حقوق الغير في إطار سلسلة مترابطة من الحقوق والواجبات، ف«متطلبات حماية» حقوق الغير يجب أن توازن مع «فوائد النقاش الحرّ للمسائل السياسية»³⁴³. وتظلّ المجموعة إذن حاضرة بشكل ما في تقدير حقوق الغير.

ب- الأهداف المشروعة التي تؤدي إلى البحث عن التوازن بين حق الفرد وحق المجموعة

يتجسّد حق المجموعة في قائمة الأهداف المشروعة الواردة في الفصل 49 في مكونات ثلاثة للنظام العام الذي يعتبر الحاضر بالغياب في الفصل 49 (1) وفي الدفاع الوطني (2).

1- النظام العام أو الحاضر الغائب في الفصل 49

يشكّل الحفاظ على النظام العام أحد المبررات التقليدية لتدخل الدولة للحد من الحريات، فهو مبرر ممارسة سلطة الضبط الإداري وهو من هذا المنظار حسب الفقيه موريس هوريو «النظام المادي والخارجي»³⁴⁴

341 CEDH, *Affaire E.S. c. Autriche*, Requête n°38450/12, 25 octobre 2018, §57, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-187486%22>، التّرجمة لنا.

342 CEDH, *Lingens c. Autriche*, n°9815/82, 8 juillet 1986, §42, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62081%22>، التّرجمة لنا.

343 نفسه.

344 HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ème édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 549. التّرجمة لنا.

بثلاثيته التقليدية الأمن العام والرّاحة العامّة والصحة العامّة، وتسهّل إذن ملاحظة تضمّنه لعنصرين وردا في الفصل 49 وهما الأمن العام والصحة العامّة. لكن يمكن أن نضيف إلى هذين المكوّنين الماديين والخارجيين العنصر «اللامادي والمجرد»³⁴⁵ للنظام العام ألا وهو الآداب العامّة التي ذكرها الفصل 49 إلى جانب الصحة العامّة والأمن العام. وخيار تفكيك المفهوم في الفصل 49 يعود ربّما «لسعة مجاله وقابليته للتلون وتطوره المطرد»³⁴⁶ وهو أمر يعكسه الفصل 267 من مجلّة الجماعات المحليّة الصادرة بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 2018 مؤرّخ في 9 ماي/ أيار 2018 الذي ينصّ على أنّ «التّراتيب الضّبطيّة (ترمي) إلى تحقيق الرّاحة والصحة العامّة والمحافظة على إطار عيش سليم»³⁴⁷ مكرّسا بذلك تطوّر مفهوم النظام العام الذي أصبح يشمل التعمير والجماليّة³⁴⁸ إضافة إلى الثلاثية التقليدية. كما أدرجت الكرامة البشريّة كما ذكرنا أعلاه في النظام العام³⁴⁹ ويمكن أن نعدّها من مقتضيات الآداب العامّة.

وإذ يتجاوز مجال الفصل 49 الإطار التقليدي للضّبط الإداري الذي يهدف إلى «حماية» النظام العام، فإنّنا سنحلّل المفهوم بالنظر إلى «طبيعته الوظيفيّة في القانون العام: يجب على الدّولة أن تؤمّن حدّا أدنى من النظام من أجل ضمان ممارسة كلّ فرد لحقوقه وحرّياته في سكينه»³⁵⁰. ونظنّ أنّ هذا هو صميم الفصل 49 من حيث أنّ الأهداف المشروعة بما في ذلك النظام العام ليست «مقبرة للحرّيات بل ملجأ لها»³⁵¹. وفي هذا الإطار، ورد في مبادئ سيراكوزا أنّه «يمكن تعريف عبارة «النظام العام» كما تستخدم في العهد بأنّها مجموع القواعد التي تضمن سير أمور المجتمع أو مجموعة المبادئ الأساسيّة التي يقوم عليها المجتمع. فاحترام حقوق الإنسان جزء من النظام العام»³⁵². وتضيف المبادئ أنّ «النظام العام يفسّر في سياق غرض الحقّ المعين من حقوق الإنسان الذي يقيد على هذا الأساس»³⁵³، مُضيفة خضوع «كلّ من هيئات الدّولة أو موظفيها المسؤولين عن حفظ النظام العام للمراقبة، أثناء ممارسة كلّ منها لسلطاته، وذلك عن طريق البرلمان أو المحاكم أو غيرها من الأجهزة المستقلّة الأخرى ذات الاختصاص»³⁵⁴.

SAUVE (J.-M.) « Introduction du colloque intitulé « L'ordre public-Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » », 24 février 2017, disponible au lien : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>. التّرجمة لنا

346 الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 91.

347 الرّائد الرسمي للجمهورية التونسيّة، عدد 39، 15 ماي/ أيار 2018، ص. 1744.

BEN ACHOUR (Y.), *Droit administratif*, 3ème édition, Tunis, CPU, 2010, p. 281. 348

349 أنظر أعلاه، ص. 78.

SAUVE (J.-M.) « Introduction du colloque intitulé « L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » », *op. cit.* التّرجمة لنا 350

PICARD (E.) « Police », in. ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, note 351 4, p. 1168.

352 "مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسيّة"، سابق الذّكر، المبدأ 22، ص. 4.

353 نفسه، المبدأ عدد 23، ص. 4.

354 نفسه، المبدأ عدد 24، ص. 4.

يظلّ التّحدّي إذن في تأويل الفصل 49 إعادة بناء مفهوم النّظام العام بطريقة تسمح بحماية الحريات وهو أمر غير هيّن بالنّظر إلى اتّساع مفهوم النّظام العام في المنظومة القانونيّة التّونسيّة. وقد يكفي الاطّلاع على المجلّة الجزائيّة لاستبيان ذلك، فجزؤها الأوّل المخصّص للاعتداءات على النّظام العام يتضمّن 140 فصلاً موزّعة بين الاعتداءات على أمن الدّولة الخارجيّة وأمن الدّولة الدّاخليّة والجرائم المرتكبة من الموظّفين العموميّين والاعتداءات على السّلطة العامّة الواقعة من أفراد النّاس³⁵⁵. ولتحليل أبعاد هذا التّحدّي، وجب تحليل متعلّقات الأمن العام (1-1) والصّحة العامّة (1-2) والآداب العامّة (1-3).

1-1- الأمن العامّ

يعكس القانون المقارن نظرة واسعة للأمن العام، فهو يشمل في القانون السويسري «أمن الدّولة والنّظام القانوني والدستوري والقضائي (أي السّلم المدني)³⁵⁶. وهو ما حدا بالمحكمة الفدراليّة إلى اعتبار أنّ منع أعضاء الحكومة من أداء وظيفتهم والتّعبير يعدّ إخلالاً بالأمن العام³⁵⁷.

وفي تونس، بتنصيب الفصل 49 على «الدّفاع الوطني» ضمن الأهداف المشروعة، نزع عن الأمن العام الأبعاد المتّصلة بالأمن القومي وحصره، حسب اعتقادنا، في المدلول التّقليدي للأمن العام كعنصر من النّظام العام رغم أنّه من الصّروري الإقرار بتداخلهما - وهو ما سيرزّه تحليل هدف الدّفاع الوطني - خاصّة مع بلورة مفهوم الأمن القومي في الدّستور وترتيب آثار مؤسّساتيّة على ذلك³⁵⁸، وهو مفهوم يتقاطع فيه الأمن العام بالدّفاع الوطني وتكفّل الأسلاك التّابعة للأمن والدّفاع بالدّود عنه، خاصة مع المخاطر الأمنيّة المستجدة كالإرهاب.

بقي أنّنا لا نجد في الدّستور، فيما عدا الفصل 49، إحالة إلى الأمن العام إلّا في الفصل 19 الذي ينصّ على ما يلي: «الأمن الوطني أمن جمهوري، قوّاته مكفّلة بحفظ الأمن والنّظام العام وحماية الأفراد والمؤسّسات

355 المجلّة الجزائيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 23-55.

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 66.

356

ATF 91 I 321, 327, *l'arrêt du 14 décembre 1965 dans la cause Rassemblement jurassien contre Conseil-exécutif du canton de Berne*, considérant n°4, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F91-I-321%3Ade

358 ينصّ الفصل 77 من الدّستور التّونسي على ما يلي: "يتولّى رئيس الجمهورية تمثيل الدّولة، ويختصّ بضبط السّياسات العامّة في مجالات الدّفاع والعلاقات الخارجيّة والأمن القومي المتعلّق بحماية الدّولة والثّراب الوطني من التّهديدات الدّاخليّة والخارجيّة وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة". وبمقتضى الأمر عدد 70 لسنة 2017 مؤرّخ 19 جانفي/ كانون الثاني 2017 يتعلّق بمجلس الأمن القومي، تمّ إحداث مجلس أمن قومي "يسهر على حماية المصالح الحيويّة للدّولة في إطار تصور استراتيجي يهدف إلى صون سيادة الدّولة واستقلالها وضمان وحدة ترابها وسلامة شعبها وحماية ثرواتها الطّبيعيّة. وللغرض يتولى مجلس الأمن القومي:

- 1 / التّدال حول المسائل التّالية: - السّياسات العامّة في مختلف المجالات المتعلّقة بالأمن القومي. - الاستراتيجيات الوطنيّة في المجالات المتعلّقة بالأمن القومي. - الخيارات الاستراتيجية في مجال الاستعلامات. - الاستراتيجية الوطنيّة لمكافحة التطرف والإرهاب وتحيينها بصفة دورية وذلك بالتنسيق مع اللّجنة الوطنيّة لمكافحة الإرهاب المحدثة بمقتضى القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرّخ في 7 أوت/ آب 2015 المتعلّق بمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال. - الدراسات والتوصيات والمقترحات الصادرة عن اللّجان المنصوص عليها بالفصل 6 من هذا الأمر الحكومي.
- 2 / تقييم التّهديدات الدّاخليّة والخارجيّة وتدابير التعامل مع التّهديدات ولو كانت متوقّعة الحصول.
- 3 / توجيه السّياسة الخارجيّة وفق أولويات الأمن القومي"، الرّائد الرسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 6، 20 جانفي/ كانون الثاني 2017، ص. 244.

والممتلكات وإنفاذ القانون، في كنف احترام الحريات وفي إطار الحياد التام». ويتوافق هذا مع تحديد مهمّة قوات الأمن الوطني الوارد في الفصل الثاني من الأمر عدد 1160 لسنة 2006 المؤرخ في 13 أفريل/ نيسان 2006 والمتعلّق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك الأمن الوطني والشرطة الوطنيّة الذي ينصّ على ما يلي: « إن سلك الأمن الوطني والشرطة الوطنية قوة عمومية مدنية مسلحة وهي وقائية وزجرية مسؤولة بالدرجة الأولى بكامل تراب الجمهورية على المحافظة على النظام العمومي وأمن الدولة ومراقبة الحدود وحالة الأجانب والمرور وأمن الطرقات، وهي تتعاطى البحث في كل ما يتصل بميادين الحياة السياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعية والثقافية والإعلام عنها. كما أنّها مكلفة بالسهر على أمن الأفراد والممتلكات بصفة عامة وبمعاينة الجرائم والبحث عن مرتكبيها وإجراء الأبحاث العدليّة وفق ما تقتضيه الإجراءات القانونيّة والمساعدة على تنفيذ الأحكام القضائيّة والتراتب الإدارية»³⁵⁹.

وبالتالي، فإنّ تعريف المهام المتّصلة بالأمن العام يبدو واسعا للغاية وأكثر شموليّة من التعريف الوارد في مبادئ سيراكوزا التي تنصّ على ما يلي: «تعني السّلامة العامّة (sûreté) حماية سلامة الأشخاص وحياتهم وسلامتهم الجسديّة من الخطر أو حماية ممتلكاتهم من الضّرر»³⁶⁰. ويرتبط الأمن العام في الاتفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان بحفظ النّظام والوقاية من الجريمة المكرّسة إلى جانب الأمن العام (sécurité publique et sûreté publique) في الفصول 8 فقرة 2 بخصوص الحقّ في احترام الحياة الخاصّة والعائليّة والفصل 10 فقرة 2 بخصوص الحقّ في حرية التّعبير والفصل 11 فقرة 2 في خصوص الحقّ في حرية الاجتماع السّلمي وتكوين الجمعيات والفصل 9 فقرة 2 المتعلّق بحرية الفكر والضّمير والمعتقد³⁶¹.

وهذا التردّد المفهومي في الاتفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان الذي تعكسه اللّغة الفرنسيّة (بين sûreté et sécurité publique/publique) يبرز تمطّط مفهوم النّظام العام. وليس من السّهل استخلاص مبادئ عامّة في التّعامل مع هذا الهدف من فقه القضاء الغزير للمحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان³⁶²، لكن يمكن في المقابل تحديد المجالات الكبرى التي تمّت فيها إثارة هذا الهدف المشروع من قبل الحكومات في علاقة بالحريات الفرديّة وهي التّعامل مع الحياة الخاصّة للمساكين والحدّ من الحريات في إطار الأبحاث الاستقصائيّة قبل إثارة التّبّعات.

ففيما يتعلّق بالحياة الخاصّة للمساكين، أقرّت المحكمة في قرار *Goldner* أنّ رفض وزير الدّاخليّة طلب سجين توجيه رسالة إلى محاميه لإعلامه بمظلمة تعرّض لها في السجن قبل رفع قضيّة في التّعويض للغرض يعدّ انتهاكا صارخا لحرية المراسلة في غياب الضّرورة التي أثارها الحكومة البريطانيّة وهدف فرض النّظام والوقاية

359 الزائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 34، 28 أفريل/ نيسان 2006، ص. 1476.

360 "مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسيّة"، سابق الذّكر، المبدأ 33، ص. 5. GREER (S.), *op. cit.*, p. 30.

361

362 أنظر عرضا مسهبا لفقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في هذا المجال:

GREER (S.), *op. cit.*, pp. 30-34.

من الجريمة والأمن العام «كما تفهم في مجتمع ديمقراطي» خاصة أن هذه المراسلة كان من شأنها أن تثيره حول إمكانيات التقاضي وهو ما حرمه من ممارسة حق آخر تكفله له الاتفاقية³⁶³.

وفي قضية *Campbell* بشأن اطلاع الإدارة السجنية على المراسلات بين سجين ومحاميه في انتهاك لسرية المراسلات على أساس فرض النظام والوقاية من الجريمة، أقرت المحكمة بوجود هذا الهدف في قضية الحال وبإمكانية تسليط رقابة معقولة على المراسلات في الإطار السجني بحيث يمكن «للإدارة السجنية فتح رسالة من المحامي إلى سجين إذا كان لديها أسباب معقولة كفاية للشك في تضمّن الرسالة لممنوعات لم تتفطن لها الوسائل العادية للتقصّي. لكن يجب أن تكفي بفتحها دون قراءتها مع إمكانية توفير ضمانات مناسبة لمنع القراءة من ذلك مثلا فتح الظرف بحضور السجين. أمّا بشأن قراءة مراسلات يوجهها السجين إلى المحامي أو يتلقاها منه، فلا يمكن أن يسمح بها إلا في حالات استثنائية مرتبطة بوجود «تهديد لأمن المبنى أو للغير أو أن لها صبغة جنائية بطريقة أخرى»³⁶⁴. وخلصت المحكمة إلى أن «احترام السرية المتصلة بالعلاقة بين المحامي والحريف يعلو على مجرد احتمال التعسف في الاستعمال»³⁶⁵.

وفما يتعلّق بالحدّ من الحريات في إطار الأبحاث الاستقصائية قبل إثارة التّبعات، ومن بين عدّة قضايا رفعت أمام المحكمة بهذا الشأن³⁶⁶، يمكن أن نذكر قضية *Malone* المتعلقة باعتراض الاتصالات الهاتفية في إطار تحقيق عدلي، واعتبرت المحكمة أنه «بدون أدنى شك، وجود تشريع يسمح باعتراض الاتصالات لمساعدة الشرطة العدلية على القيام بمهامها يمكن أن يكون «ضرورياً في مجتمع ديمقراطي» للحفاظ على الأمن والوقاية من الجريمة حسب الفصل 8 فقرة 2 (من الاتفاقية). وتسلم المحكمة بأن... تزايد الجريمة وخاصة الجريمة المنظمة والابتكار المتزايد للمجرمين وسهولة وسرعة تنقلاتهم، جعلت التنصت الهاتفي في المملكة المتحدة أمراً ضرورياً للبحث عن الجريمة ومقاومتها. لكن ممارسة هذه الصلاحيات نظراً لطابعها السري يخلق خطر إساءة الاستخدام التي من السهل الوقوع فيها في بعض الحالات الفردية والتي من شأنها أن تؤدي إلى آثار سلبية على المجتمع الديمقراطي بأكمله. وبالتالي، التّطفّل الذي ينجم عن ذلك لا يمكن أن يُعدّ «ضرورياً في مجتمع ديمقراطي» إلا إذا كان نظام المراقبة المعتمد محاطاً بالضمانات الكافية ضدّ الشّطط»³⁶⁷.

CEDH, *Affaire Golder c. Royaume-Uni*, n°4451/70, 21 février 1975, §45, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62054%22>}. التّرجمة لنا.

CEDH, *Affaire Campbell c. Royaume-Uni*, n°13590/88, 25 mars 1992, §48, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62327%22>}. التّرجمة لنا.

365 نفسه، § 52. التّرجمة لنا.

366 أنظر مثلاً:

CEDH, *Affaire Murray c. Royaume-Uni*, n°14310/88, 28 octobre 1994, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62466%22>}}

CEDH, *Affaire Malone c. Royaume-Uni*, n°8691/79, 2 août 1984, §81, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62091%22>}. التّرجمة لنا.

ونجد إحالة إلى الضمانات في المبدأ 34 من مبادئ سيراكوزا الذي ينص على ما يلي: «تبرر ضرورة حماية السلامة العامة فرض تقييدات ينص عليها القانون. ولا يجوز استخدام هذه الضرورة لفرض تقييدات غامضة أو تعسفية. ولا يجوز الاحتجاج بها إلا عند توفر الضمانات الكافية وسبل الانتصاف الفعالة ضد إساءة الاستعمال»³⁶⁸.

لكن في النهاية، ليس من الصعب تصوّر إمكانية التدرّج بالمحافظة على الأمن العام قصد الحدّ من الحريات الفردية، وهنا تكمن صعوبة تحديد معايير تضبط أعمال هذا الهدف المشروع للحدّ من الحريات مما يجعل الرقابة القضائية هي الدرع الأخير ضد الشطط والتعسف.

كما يسجّل الأمن العام حضوره بقوة في تنظيم الحريات الجماعية في تونس، من ذلك القانون عدد 4 لسنة 1969 مؤرّخ في 24 جانفي/ كانون الثاني 1969 يتعلّق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتّجمهر³⁶⁹ الذي يمكّن في الفصل السابع منه «السلط المسؤولة على اتّخاذ قرار في منع كلّ اجتماع يُتوقّع منه إخلال بالأمن أو بالنّظام العام، ويقع إعلام المنظمين للاجتماع بهذا القرار بواسطة أعوان الأمن». ويضيف الفصل 12 أنّه «يمكن للسلط المسؤولة اتّخاذ قرار في منع كلّ مظاهرة يُتوقّع منها إخلال بالأمن أو بالنّظام العام» ويعاقب الفصل 28 «بالسجن من ستّة أشهر إلى عامين وبخطية من 24 ديناراً إلى 240 ديناراً وبقطع النّظر إذا اقتضى الحال عن العقوبات الأكثر شدّة المسلّطة على التّجمهر كلّ شخص عثر عليه حاملاً سلاحاً ظاهراً أو خفياً أو آلة خطيرة على الأمن العام أثناء أو بمناسبة وقوع مظاهرة أو موكب أو تجمّع بالطريق العام أو اجتماع». بقي أنّ الحدّ من حرية التّظاهر وحتى تعليقها للحفاظ على الأمن العام قيد معهود في القانون المقارن، إذ قبلت اللّجنة الأوروبية لحقوق الإنسان تحجير التّظاهر غير التّقليدي في مدينة لندن مدّة شهرين في سياق تميّز بقلقل ناتجة عن استعراضات اليمين المتطرّف نتجت عنها مظاهرات مضادة³⁷⁰، وهذا ما يعني أنّ تحديد مقتضيات الأمن العام مرتين إلى درجة كبيرة بتقدير سلطة التّأويل.

كما يتّسم تحديد مقتضيات الأمن العام بخصوصية وخطورة في الظروف الاستثنائية نظراً لما تمنحه من صلوحيّات خارقة للعادة لأصحاب سلطات الاستثناء.

368 "مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، سابق الذكر، المبدأ رقم 34، ص. 5.

369 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية، عدد 4، 28-31 جانفي/ كانون الثاني 1969، ص. 126-128.

Requête à la Commission européenne des droits de l'homme no 8440/78, DR 21. Voir à ce propos SCHMIDT NOEL (A.), 370 *op. cit.*, p. 270.

المحافظة على الأمن العام في حالة الطوارئ: بين إكراهات الضرورة وخطورة الإسراف في تقييد الحريات الفردية دون ضوابط

كنا قد أشرنا إلى عدم احترام التنظيم القانوني الحالي لحالة الطوارئ في تونس لمبدأ التّحفظ التّشريعي عبر مواصلة تطبيق الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرّخ في 26 جانفي/ كانون الثاني 1978 المتعلّق بتنظيم حالة الطوارئ³⁷¹، وهو ما استوجب التّفكير في تأطير تشريعي للمسألة. ولنلاحظ في هذا الصّدّد اختلافا بين الفصل الأوّل من الأمر عدد 50 لسنة 1978 والفصل الثاني من مشروع القانون الأساسي المتعلّق بتنظيم حالة الطوارئ³⁷² الذي تمّت مناقشته في إطار الدّورة البرلمانية 2018-2019. فالفصل الأوّل من أمر 1978 ينصّ على أنّه «يمكن إعلان حالة الطوارئ بكامل تراب الجمهورية أو ببعضه إمّا في حالة خطر داهم ناتج عن نيل خطير من النّظام العام، وإمّا في حصول أحداث تكتسي بخطورتها صبغة كارثة عامة»³⁷³. أمّا الفصل الثاني من مشروع القانون الأساسي، فينصّ على ما يلي: «يمكن الإعلان عن حالة الطوارئ بكامل تراب الجمهورية أو بجزء منه في حالة حصول أحداث تكتسي خطورتها صبغة الكارثة أو في حالة خطر وشيك يهدّد الأمن والنّظام العام وسلامة الأفراد والمؤسّسات والممتلكات والمصالح الحيويّة للدولة بطريقة يتعدّر مجابتهها بالاعتماد على التّدابير والإجراءات العادية». فخلافاً للفصل الأوّل من أمر 1978، عرّف مشروع القانون الأساسي الخطر على الأمن العام بالصّبغة الاستثنائية لأحداث «يتعدّر مجابتهها بالاعتماد على التّدابير والإجراءات العادية». بقي أنّ التساؤل يطرح إن كان ذلك كافياً لتقدير وضعيّة تسمح للوالي حسب الفصل الخامس من مشروع القانون الأساسي «في نطاق مرجع نظره التّرابي وفي إطار ما تقتضيه ضرورة المحافظة على الأمن والنّظام العام أن يتخذ خلال سريان حالة الطوارئ الإجراءات التّالية:

- 1- منع جولان الأشخاص والعربات في أماكن وساعات محدّدة.
- 2- اللّجوء إلى تسخير الأشخاص والممتلكات الضّروريّة لحسن سير المصالح الجهويّة.
- 3- منع كلّ صدّد عن العمل.
- 4- الغلق المؤقت لقاعات العروض والقاعات المخصّصة للاجتماعات العموميّة والمحلات المفتوحة للعموم وإعلام المجالس البلديّة المعنيّة بتلك القرارات.
- 5- منع أو تعليق الاجتماعات والتّجمّعات والمواكب والاستعراضات والمظاهرات التي من شأنها أن تشكّل خطراً على الأمن والنّظام العام»³⁷⁴؟

371 المرجع سابق الذّكر، ص. 218-219.

372 مجلس نواب الشّعب، تقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجيّة حول مشروع القانون الأساسي المتعلّق بتنظيم حالة الطوارئ عدد 91/ 2018، المرجع سابق الذّكر.

373 النصّ سابق الذّكر، ص. 218.

374 النصّ سابق الذّكر.

هذا وقد نصّ الفصل الأوّل من مشروع القانون الأساسي على ما يلي: «يهدف هذا القانون إلى تنظيم حالة الطوارئ وفق مقتضيات حفظ الأمن والنظام العام المقررة بالدستور ووفق ضوابط الفصل 49 منه». وعلى قدر وجاهة الإحالة إلى الفصل 49، فإنّ «مقتضيات حفظ الأمن والنظام العام المقررة بالدستور» غير واضحة بالمرّة لأنّ الإحالة إلى هذين الأخيرين واردة فقط في الفصل 49 وفي الفصل 19 المذكور أعلاه، فهل أنّ هذا الفصل يحيل إلى تكريس دستوري خافت لد«حقّ في الأمن»³⁷⁵ كما يلقي بظلاله بالضرورة على تطبيق الفصل 49؟

والواضح في النهاية أنّ الفصل 49 يجب أن يكون البوصلة لا فقط في وضع القوانين الصّابطة للحريات بل في تطبيقها من قبل قوات الأمن الداخلي خاصّة فيما يتعلّق بتأطير عمليّات حفظ النظام وتنفيذها، «وهي عمليّات الضبط الإداري والقضائي التي تنفّذها قوات الأمن بمناسبة أنشطة منمّمة أو تلقائيّة، معادية أو متعاطفة، عنيفة أو سلميّة، ذات طابع احتجاجي أو احتفالي، والتي تجري في الطّريق العام أو في الأماكن العامّة»³⁷⁶. وتعدّ هذه العمليّات في حدّ ذاتها تجسيدا للصراع بين الحرية وتقييدها يجب أن يكون استعمال القوّة فيها خاضعا لمبادئ تذكّرنا بمقتضيات الفصل 49، بحيث تخضعها المبادئ التوجيهيّة لمنظمة العفو الدوليّة إلى مبادئ الشّرعيّة والضرورة والتناسب والمسؤوليّة³⁷⁷. كما نجد الإحالة إلى مبدأي الضرورة والتناسب عند استعمال القوّة في الفصول 20 و21 و22 من القانون السّابق المذكور عدد 4 لسنة 1969 المؤرّخ في 24 جانفي / كانون الثاني 1969 والمتعلّق بالاجتماعات العامّة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر³⁷⁸. لكن يبقى استبطان روح الفصل 49 هو التحدّي بالنسبة إلى قوّة الأمن الداخلي.

1-2- الصّحة العامّة

يعدّ حفظ الصّحة العامّة من بين الأهداف المشروعة التّقليديّة لتقييد الحريات وهذا ما أقرّه المبدأ 25 من مبادئ سيراكوزا: «يجوز الاحتجاج بالصّحة العامّة كأساس لتقييد حقوق معيّنة بهدف تمكين الدّولة من اتّخاذ تدابير للتصدّي لتهديد خطير تتعرّض له صّحة السكّان أو أفراد السكّان وينبغي أن تهدف هذه التدابير

CHAALANE (R.) « Le contrôle démocratique des forces de police », mémoire en vue de l'obtention du diplôme de 375 mastère de recherche en Droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2019-2020, pp. 45-51.

Rapport du défenseur des droits 2017, Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie République Française, p.5, [en ligne]: <http://www.assemblee-nationale.fr/presidence/Rapport-MO-09-01-18.pdf>

أنظر أيضا:

CHAALANE (R.), *op. cit.*, p. 62.

Amnesty International, section néerlandaise, *L'usage de la force. Lignes directrices pour la mise en œuvre des principes de 377 base des Nations Unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois*, 2016, pp. 13-15, [en ligne]: https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/09/usage_de_la_force_vc.pdf?x45368

CHAALANE (R.), *op. cit.*, p. 64.

378

خصيصاً إلى منع المرض أو الإصابة أو توفير العناية للمرضى والمصابين»³⁷⁹. وما واجهه العالم مؤخراً في ارتباط بجائحة كورونا، نظراً لانتساع رقعة الدّول التي اكتسحتها ونظراً لجدية القيود على الحريات - بصنفها الفردي والجماعي - التي تمّ فرضها، كشف بشكل مثير للاهتمام الخطورة التي قد يشكّلها هذا الهدف المشروع على الحريات. وهو ما حدا بالمفوضة السامية لحقوق الإنسان في بيانها أمام مجلس حقوق الإنسان إلى اعتبار الجائحة «اختباراً (1) قاسياً (1)»³⁸⁰، ويمتحن قيادتنا، ويتطلب إجراءات حاسمة ومنسقة ومبتكرة من الجميع ومن أجل الجميع»³⁸⁰.

وهذه الجائحة هي في الحقيقة اختبار قاس للحقوق والحريات من حرية للتنقل وحرية التّجمع وحرية ممارسة الشّعائر الدّينية وحماية المعطيات الشّخصية وحرية الصّناعة والتّجارة بل وأيضا الحقوق الثقافيّة. وهي أيضاً اختبار للفصل 49 ذاته ممكّن من بيان الأبعاد العميقة لإعمال هدف الصحة العامة في تقييد الحريات بلغت حدّ إقرار نوع من «حالة استثناء» صحيّة (1-2-2) وهي حالة قصوى لعلاقة «متشنّجة» بطبيعتها بين الصّحة العامة والحريّات (1-2-1).

1-2-1- الصحة العامة والحريات، علاقة متشنّجة بطبيعتها

من الضّروري الإقرار بأنّ العلاقة «المتشنّجة» - إن جاز التّعبر - للصّحة العمومية بالحريات غير جديدة، «في الديمقراطيّات تسلك حماية الصّحة العموميّة دائماً طريق التّحجير والالتزامات. ويجب أن تتفادى السّلطات الصحيّة على الدّوام عقبتين. ذلك أنّ مقارنة امبرياليّة للصّحة العموميّة تؤدّي إلى التّشكيك في الحريات الأساسيّة أو تقييدها بطريقة غير مقبولة، لكنّ رؤية تكتفي بالحدّ الأدنى يمكن أن تؤدّي إلى مآسي إنسانيّة ذات خطورة استثنائيّة»³⁸¹. لذلك تنعكس هذه الأولويّة على تنظيم قطاع الصحة المتميّز بكثرة التّحجيرات والالتزامات، وهو ما يميّز منظومة الصّيبط الصحيّ القائمة على تفادي المخاطر وما يفسّر إلى حدّ كبير نظام التّلقّيات الإلزاميّة والأحكام المتّصلة بمقاومة الأوبئة التي لا تخلو منها الأنظمة القانونيّة. ولذلك تعدّ الصحة العامة نطاقاً متميّزاً لتطبيق النهج الوقائي الذي تمّ تطويره في إطار قانون المحيط³⁸² والذي يهدف إلى درجة كبيرة إلى تقليص المخاطر، ممّا قد يؤدّي إلى فرض تقييدات جديّة على الحريات قد تكتسي أبعاداً جعلت الفقه يتحدّث عن «لفياتان صحيّ»³⁸³ «Un Léviathan sanitaire».

379 "مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التقييد وعدم التقيّد الواردة في العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسيّة"، سابق الذّكر، ص. 5.

380 بيان مفوضة الأمم المتّحدة السامية لحقوق الإنسان أمام مجلس حقوق الإنسان، إحاطة غير رسميّة بشأن وباء كوفيد-19، 9 أبريل 2020، يمكن تحميله على الرّابط التالي: <https://www.ohchr.org/AR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=A>

381 التّرجمة لنا. TABUTEAU (D.) « Santé et liberté », *Pouvoirs*, 2009/3, n°130, p. 99.

382 تمّ تكريس النهج الوقائي في المبدأ 15 من إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية الذي ينصّ على ما يلي: "من أجل حماية البيئة، تأخذ الدّول، على نطاق واسع، بالنهج الوقائي، حسب قدراتها. وفي حال ظهور خطر حدوث ضرر جسيم أو لا سبيل إلى عكس اتجاهه، لا يستخدم الافتقار إلى التّيقن العلميّ الكامل سبباً لتأجيل اتّخاذ تدابير فعّالة من حيث التّكلفة لمنع تدهور البيئة"، إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، تقرير مؤتمر الأمم المتّحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 يونيو 1992، المجلد الأوّل، القرارات التي اتّخذها المؤتمر، الأمم المتّحدة، نيويورك، 1993، ص. 5، يمكن تحميله على الرّابط التالي: <https://undocs.org/ar/A/CONF.151/26/Rev.1%28Vol.I%29>

383 التّرجمة لنا. TABUTEAU (D.), *op. cit.*, p. 103.

تعدّ إذن حماية الصحة العامة من الموجبات التقليديّة لتقييد الحريات عبر التدابير الضبطيّة العامّة. وفي هذا الإطار، ينصّ الفصل 267 من مجلّة الجماعات المحليّة الصادرة بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي/ أيار 2018 على ما يلي: «ترمي التّراتيب الضّبطيّة إلى تحقيق الرّاحة والصّحة العامّة والمحافظة على إطار عيش سليم...»³⁸⁴، ويجسّد هذا التعريف فقه قضاء مستقرّ للمحكمة الإداريّة³⁸⁵. لكن حماية الصحة العامّة موضوع ضبط خاصّ معترف به للسلطات الصحيّة في إطار المنظومة الصحيّة الخاضعة إلى جملة من النّصوص من أهمّها القانون عدد 63 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية/ تموز 1991 المتعلّق بالتنظيم الصحي³⁸⁶ والقانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلّق بالأمراض السّارية³⁸⁷ كما نقّح وتمّ بالقانون عدد 12 لسنة 2007 المؤرّخ في 12 فيفري/ شباط 2007³⁸⁸ والنّصوص المنظّمة للتلقّيح الإجماليّ وخاصة الأمر عدد 1097 لسنة 1976 المؤرّخ في 15 ديسمبر/ كانون الأوّل 1976 والمتعلّق بتتقيق الأمر المؤرّخ في 5 ماي/ أيار 1922 المتعلّق بالتلقّيات الإجماليّة بالجمهورية التّونسيّة³⁸⁹.

ومن الوجهية إذن فحص هذه المنظومة على ضوء الفصل 49 من الدّستور، علماً أنّ المجلس الدّستوري تحت طائلة دستور 1959 كان قد فحص دستوريّة القانون عدد 12 لسنة 2007 سابق الذكر. فبالنسبة إلى التصريح الوجوبي للأمراض السّارية، أقر أنّ «حق الفرد في صون المعلومات المتعلّقة بصحّته ليس حقاً مطلقاً ويمكن الحدّ منه اعتباراً لمتطلّبات النّظام العام للصّحة وفي الحدود التي يفرضها هذا النّظام وبما لا يفرغ ضمان حرمة الفرد في هذا الشّأن من مضمونه»³⁹⁰، وهو ما يبرز إمكانيّات الصّدّام بين الحريات والصّحة العامّة التي يجب حلّها على ضوء الفصل 49 من الدّستور الجديد.

وفي تكريسه لهدف الصحة العامّة، لم يشدّ الدّستور التّونسي عن النّصوص الدّوليّة والمقارنة المنظّمة لكيفيّة ضبط الحريات. فقد وردت مثلاً في المواد 12 و18 و19 و21 و22 من العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسياسيّة. وتعدّ في سويسرا من متعلّقات النّظام العام الوارد كهدف في الفصل 36 من الدّستور. وسبق للمحكمة

384 النصّ سابق الذكر، ص. 1744.

385 أقرّت المحكمة الإدارية في أحد قراراتها: "حيث اقتضت الفصل 73 من القانون الأساسي للبلديات أنّ رئيس البلدية مكلف تحت مراقبة الإدارة العليا بالتّراتيب البلدية وبتنفيذ مقرّرات السلطة العليا المتعلّقة بها فيما اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 74 من ذات القانون ان التّراتيب البلدية ترمي إلى تحقيق الرّاحة والصّحة العموميّة.

وحيث اقتضاء بأحكام الفصلين الموما إليها، فإنّ رئيس البلدية ملزم بأنّخاذ كلّ ما من شأنه أن يحمي الرّاحة والصّحة داخل منطقتة البلدية"، تجاوز السلطة، القضية عدد 1157/25 أفريل/ نيسان 1988، توفيق بن قدرية | رئيس بلدية حمام الأنف، قرارات وفقه المحكمة الادارية 1988 | 1989 | 1990، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، 1995، ص. 54.

386 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 6، 55، أوت/ آب 1991، ص. 1142-1145.

387 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 31، 50، جويلية/ تموز 1992، ص. 924-925.

388 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 14، 16، فيفري/ شباط 2007، ص. 429.

389 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 80، 21، ديسمبر/ كانون الأوّل 1976، ص. 3504-3505.

390 الرّأي عدد 27-2006 للمجلس الدّستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بتتقيق وإتمام القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلّق بالأمراض السّارية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 14، 16، فيفري/ شباط 2007، ص. 430.

الفدرالية السويسرية أن تعرّضت لمسألة التلقيح الإلزامي واعتبرته من موجبات الصحة العامة³⁹¹. وفي نفس الاتجاه، اعتبرت المحكمة الفدرالية أنّ مبادرة شعبية تهدف إلى تحجير التدخين في الأماكن العمومية، ورغم انتهاكها للحرية الشخصية للمدخن، فهي مبررة بحماية الصحة العامة من مضار التدخين السلبي³⁹².

وتعدّ الصحة العامة في كندا - التي لم ينصّ فيها عهد الحقوق والحريات على قائمة بالأهداف - من الأهداف المقبولة، وهو ما أقرّته في قضية أثّرت فيها شرعية الترتيب المحجّرة لاستعمال مضخّات الصوت في المحلات التجارية في المناطق الحضرية والذي عدّه الطاعن خرقاً لحرية التعبير، في حين قبلت المحكمة العليا اعتبار الهدف من الترتيب - أي مقاومة التلوث السّمعي الناجم عن الضجيج المخل بالصحة العامة - هدفاً مقبولاً بالنظر إلى العهد الكندي للحقوق والحريات³⁹³.

بقي أنّ الصّدام المحتمل بين الصحة العامة والحريات شهد عمقا غير مسبوق بمناسبة جائحة كورونا.

1-2-2-1 - جائحة كورونا أو «حالة الاستثناء» الصحية شبه المعلقة للحريات الفردية

أدّت درجة خطورة جائحة كورونا والخوف من انتشار الوباء إلى حالة شبه تعليقية للحريات وللسير العادي للمؤسّسات. وهو ما يبرّر الأساس القانوني الأصلي في تونس للحجر الصحي الشامل رغم ما شابه من غموض³⁹⁴، أي أنّ الأمر تعلق بـ «حالة استثناء صحي» un état d'exception sanitaire أو «بحالة طوارئ صحية» un état d'urgence sanitaire. وهذا ما يفسّر إلى درجة ما «لغة الحرب» une sémantique de guerre التي استعملها المسؤولون أثناء الأزمة سواء في تونس أو في الدول الأخرى أين تمّ اللجوء، كما في فرنسا، إلى إصدار قوانين خاصة بحالة الطوارئ الصحية³⁹⁵. وهو ما يفتح إذن التساؤل عن حدود تطبيق الفصل 49 في حالة طوارئ فعلية وفي وضعيّة تفرض فيها حماية الصحة نفسها كهدف يسمو بالضرورة على

ATF, 99 Ia 747, Arrêt du 7 novembre 1973 dans la cause Etienne contre Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois. Considérant n°3, p. 753, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=vaccination+obligatoire&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F99-IA-747%3Afr&number_of_ranks=1150&azaclir=clir

ATF, 133 I 110, l'arrêt de la Ire Cour de droit public dans la cause Slatkine et Pétroz contre Grand Conseil du canton de Genève, 28 mars 2007, considérant n° 7.1.1, disponible au lien suivant : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-I-110%3Ade

Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc, [2005] 3 RCS 141, n°29413, 3-11-2005, §91, disponible au lien suivant : 393 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2243/index.do>

لأمثلة أخرى، أنظر:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 164.

394 أنظر أعلاه، ص. 69-70.

Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1), disponible au lien suivant : 395 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>

المصالح الأخرى بما فيها حماية الحريات الفردية بالأساس من حرية التنقل وحتى الحق في الأمان في إطار العزل الاتقائي للأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس.

بمعنى آخر، كيف سيتم التعامل مع الفصل 49 في وضعية استثنائية ينزل فيها سقف حماية الحريات إلى حدّه الأدنى³⁹⁶ وفي سياق عام من القبولية التي أبداها الرّأي العام للتدابير المقيدة للحريات الفردية بالأساس، بل وشكّلت هذه التدابير (من ذلك غلق المساجد) مطلباً لشرائح واسعة من المجتمع عندما بلغت الأزمة ذروتها؟

في الواقع، عكست الأزمة الصحية تكثيفاً خارقاً للعادة للضوابط على الحريات الفردية بالأساس في إطار ضغط واضح على السلطات العمومية للتدخل، إذ لا ننسى أنّ عدم التدخل يعدّ «تقليصاً يجعل مسؤوليّة الإدارة منعقدة»، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة قضية الدّم الملوّث³⁹⁷. كما أنّ إدارة الانعكاسات الكبيرة للتدابير الوقائية على جميع الأصعدة بما فيها الحريات وضرورتها من جهة أخرى جعلت الأزمة مناسبة لتوارد (le concours) عدّة مستويات في التدخل:

أولاً، ما بين التدابير الوطنية والتأطير الدولي للأزمة في ظلّ الدور الهام الذي تقوم به منظمة الصحة العالمية في متابعة الأزمة الصحية في إطار النظام العالمي للإنذار والاستجابة³⁹⁸، وهو دور تفترضه مبادئ سيراكوزا التي تنصّ على ضرورة أخذ الأنظمة الصحية الدولية للمنظمة العالمية للصحة بعين الاعتبار عند فرض تقييدات على الحريات في ارتباط بمقتضيات الصحة العامة ومقاومة الأوبئة³⁹⁹.

396 كما ذكرنا أعلاه، وبعد إعلان رئيس الجمهورية في خطاب تلفزيوني بتاريخ 17 مارس/ آذار 2020 حظر الجولان من الساعة السادسة ليلاً إلى الساعة السادسة صباحاً، منع الأمر الرئاسي عدد 24 لسنة 2020 مؤرّخ في 18 مارس/ آذار 2020 بتعلّق بمنع جولان الأشخاص والعربات بكامل تراب الجمهورية من الساعة السادسة مساءً إلى الساعة السادسة صباحاً وحجر الأمر الرئاسي عدد 28 لسنة 2020 المؤرّخ في 22 مارس/ آذار 2020 جولان الأشخاص والعربات بكامل تراب الجمهورية خارج أوقات منع الجولان ومنع كل تجمع يفوق ثلاثة أشخاص بالطريق العام وبالساحات العامة. ثمّ صدر الأمر الحكومي عدد 156 لسنة 2020 مؤرّخ في 22 مارس/ آذار 2020 بتعلّق بضبط الحاجيات الأساسية ومقتضيات ضمان استمرارية سير المرافق الحيوية في إطار تطبيق إجراءات الحجر الصحي الشامل والذي نصّ في فصله الأوّل على أنّه "خلال فترة تحديد الجولان المنصوص عليها بالأمر الرئاسي عدد 28 لسنة 2020 المؤرّخ في 22 مارس/ آذار 2020 المشار إليه أعلاه، وتطبيقاً لإجراءات الحجر الصحي الشامل، تضبط الحاجيات الأساسية للسكان خاصة على النحو التالي:

- اقتناء المواد الأساسية والأدوية الضرورية،
- علاج الحالات الصحية المستعجلة،

- إجراء التحاليل الطبية الضرورية التي لا يمكن تأجيلها"، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 24، 22 مارس/ آذار 2020، ص. 794.

Conseil d'Etat, Assemblée, du 9 avril 1993, 138653, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/397affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007839300>

أنظر أيضاً:

TABUTEAU (D.), *op. cit.*, p. 99.

398 أنظر فيما يتعلّق بالنظام العالمي للإنذار والاستجابة لمنظمة الصحة العالمية صفحة المنظمة على الرّابط التالي: https://www.who.int/ihr/alert_and_response/ar/

وبخصوص متابعة منظمة الصحة العالمية لجائحة كوفيد 19:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

399 "مبادئ سيراكوزا المتعلقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، سابق الذكر، المبدأ 26، ص. 5. بالنسبة إلى اللوائح الصحية الدولية، أنظر: منظمة الصحة العالمية، اللوائح الصحية الدولية، الطبعة الثانية، 2005، يمكن تحميله على الرّابط التالي: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43883/9789246580415_ara.pdf;jsessionid=E815C019D18B-F048666E45F9C8781110?sequence=2

ثانياً، التّوارد ما بين السّياسي والعلمي حيث لوحظت مركزيّة الرّأي العلمي الذي تصدّر بطريقة لافتة النّقاش السّياسي حول حدود التّدابير من فرض للحجر الصحيّ الشامل وإمكانية رفعه وهذا يجلبنا في الواقع إلى دور الخبراء في السّياسات العموميّة وكيفية استعمال سلطة العلم لإضفاء المشروعيّة على القرار السّياسي⁴⁰⁰ وهي حاجة إلى التعليل العلمي للقرار السّياسي بلغت ذروتها في الأزمة الصحيّة، لكنّ وجب النّظر إليها أيضاً من ناحية تبرير الصّورة لتقييد الحريات.

لكن كشفت متابعة أزمة كورونا مستويين آخرين هامّين توارد فيها العادي والاستثنائيّ أولاً، ثمّ العام والخاصّ ثانياً.

التّوارد بين العادي والاستثنائيّ أولاً، فقد كنّا تبنيّنا أعلاه قراءة واسعة للفصل 49 تقترح تطبيقه حتّى في حالة الاستثناء الدّستوري التي ينظّمها الفصل 80 من الدّستور، وهذا يشمل إذن الأساس القانوني الأصليّ للحجر الصحيّ الشامل أي خطاب رئيس الجمهوريّة في 17 مارس/ آذار 2020 الذي لم يعلن فيه صراحة عن الاستناد إلى الفصل 80 من الدّستور المتعلّق بالتّدابير الاستثنائيّة، ثمّ تمّت الإحالة إلى هذا الأخير في الأوامر الرئاسيّة اللاحقة⁴⁰¹، وإن كان الأساس القانوني لإدارة الأزمة الصحيّة تغيّر لاحقاً. وقد شكّل هذا الفصل مستنداً للمراسيم التي تمّ اتخاذها على أساس القانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أبريل/ نيسان 2020 المتعلّق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) الذي فوّض إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم لمدة شهرين «لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) وتأمين السير العادي للمرافق الحيويّة»⁴⁰². ولنذكر أنّ التفويض «يقترص على (...) ميادين (...) أربعة» منها «ميدان الحقوق والحريات وضبط الجنائيات والجنح والمخالفات والعقوبات والإجراءات أمام المحاكم ويشمل التّدابير الهادفة إلى: تنظيم الحقوق والحريات بما يتلاءم مع التّدابير الوقائيّة المستوجبة لمقاومة تفشي فيروس كورونا وانتقال العدوى به وبما يتماشى مع مقتضيات الفصل 49 من الدّستور»⁴⁰³. وتمّ كما ذكرنا أعلاه بناء على ذلك اتّخاذ حزمة من المراسيم، منها مرسومان ذي صبغة جزائيّة، أي أوّلاً المرسوم عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلّق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديد الحجر الصحيّ الشامل والتّدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا «كوفيد-19» الذي نصّ في فصله الثّالث على تدابير وقائيّة وعلاجيّة تفرض قيوداً استثنائيّة على حرية التنقّل⁴⁰⁴، ثمّ جاء فصله

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) « Quel statut pour l'expert », *Revue française d'administration publique*, 2002/3, 400 n°103, p. 380.

401 أنظر أعلاه، ص. 69-70.

402 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 31، 12 أبريل/ نيسان 2020، ص. 894.

403 القانون سابق الذّكر، ص. 894.

404 ينصّ الفصل الثّالث من مرسوم رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 يتعلّق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديد الحجر الصحيّ الشامل والتّدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا «كوفيد-19» على ما يلي: " يتولى وزير الصحة باقتراح من مجلس علميّ محدث للغرض بقرار منه، وبعد التنسيق مع وزير الداخلية، اتّخاذ تدابير ذات صبغة وقائيّة أو علاجيّة للتوقّي من انتشار الإصابة بفيروس

الخامس ناصباً على ما يلي: «يعاقب كل من لا يمثل للتدابير المذكورة بالفصل 3 من هذا المرسوم بخطيئة يتراوح مقدارها بين 1000 و5000 دينار.

وتضاعف الخطيئة في صورة العود.

ولا يجوز تطبيق العقوبة المنصوص عليها بهذا الفصل دون تطبيق العقوبات الواردة بالفصول 217 و225 و312 من المجلة الجزائرية وبالفقرة الثانية من الفصل 18 من القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المشار إليه أعلاه إذا اقترن عدم الامتثال بشبهة نقل العدوى إلى الغير»⁴⁰⁵. وتفرض الفصول المذكورة تباعاً عقوبات سالبة للحرية أو خطايا في حالة القتل بدون عمد (الفصل 217) والإضرار بالغير دون عمد (الفصل 225) وبالعقوبات المسلطة في صورة مخالفة التحجيرات والتدابير الوقائية لمواجهة الأمراض الوقائية (الفصل 312) وعقوبات سالبة للحرية في صورة خرق القانون المتعلق بالأمراض السارية.

ونجد نفس التوارد بين العادي والاستثنائي في المرسوم عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 يتعلّق بضبط أحكام خاصة لجزر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار الذي تسلط فصوله 2 و3 عقوبات بالسجن (تراوح بين ثلاثة أشهر وثلاثة سنوات) وبخطايا مالية (تراوح بين الـ3000 و300000 د) على المخالفات المتعلقة بالممارسات الاحتكارية وعدم شفافية الأسعار «بقطع النظر عن أحكام القانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار»⁴⁰⁶، وتمكّن في الفصل 4 من ذات المرسوم بقطع النظر عن العقوبات الصادرة عن المحاكم الوزير المكلف بالتجارة أخذ قرار في غلق المحل لمدة من شهر إلى ستة أشهر «من أجل الترفيع غير القانوني في الأسعار أو من أجل تطبيق أسعار غير قانونية أو من أجل البيع بطرق تخالف الشروط المنصوص عليها بالترتيب الجاري بها العمل»⁴⁰⁷.

ويعني هذا التوارد بين التشريع العادي من أحكام المجلة الجزائية والقانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية والقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرخ في 15 سبتمبر/ أيلول 2015 المتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار والتشريع الاستثنائي المتمثل في العقوبات الواردة في المراسيم، تركيز ترسانة جزائية خارقة للعادة تبرّر قطعاً بالصبغة المتأكّدة للوقاية من الوباء التي سترجّح كفة الصحة العمومية إلى درجة كبيرة على حساب الحريات وضمّاناتها، وهو أمر لا يمكن التأكّد من دستوريتها إلاّ بإجراء اختبار التناسب لا بطريقة إجمالية بل تدبيراً بتدبير.

كورونا "كوفيد - 19"، وخاصة تحديد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس طيلة المدة التي تستوجبها متابعة حالتهم الصحية وذلك سواء بالمؤسسات الاستشفائية أو غيرها من الفضاءات التي تعدها السلطات العمومية المختصة للغرض. ويتمتع هؤلاء الأشخاص في هذه الحالة بمجانبة العلاج والإقامة والإعاشة.

كما يمكن إلزام الأشخاص المبتئين بالفقرة الأولى من هذا الفصل بالعزل الاتقائي بمنازلم طيلة المدة التي تستوجبها متابعة حالتهم الصحية. تشمل التدابير المنصوص عليها بهذا الفصل الأشخاص الوافدين من مناطق أو بلدان موبوءة"، نصّ سابق الذكر، ص. 930-931.

405 نصّ سابق الذكر، ص. 931.

406 نفسه، ص. 932.

407 نفسه، ص. 932.

ويطرح الأساس القانوني للتدابير المقيدة للحريات والصحة العامة كهدف مشروع للتقييد أيضا إشكالية التوارد بين العام والخاص أي بين سلطة الضبط الخاص التي أسست لها المراسيم - من ذلك مثلا وزير الصحة بناء على الفصل الثالث من مرسوم رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل / نيسان 2020 - وسلطة الضبط العام التي زوّدت بها لا فقط السلط الجهوية بل كذلك السلط المحلية بناء على الفصل 267 من مجلة الجماعات المحلية المذكور أعلاه، خاصة أنّ عدّة بلديات عمدت إلى اتّخاذ تدابير مقيدة للحريات أو في علاقة بها منذ انطلاق الأزمة في مارس / آذار 2020 قبل⁴⁰⁸ وبعد⁴⁰⁹ إعلان الحظر الصحي الشامل على الصعيد الوطني.

وحسب مبادئ القانون الإداري، تُطرح مسألة التنافس بين سلطتي الضبط الإداري العام والضبط الإداري الخاص عندما يكون لهما نفس الهدف ولا يحول مبدئيا وجود سلطة ضبط إداري خاص عن ممارسة سلطة الضبط الإداري العام⁴¹⁰، وهذا من ثوابت فقه قضاء المحكمة الإدارية التي دأب عملها «في صورة توارد سلطتي الضبط الإداري العام والخاص على إيلاء الأولوية لسلطة الضبط الإداري الخاص دون منع سلطة الضبط الإداري العام من ممارسة اختصاصها شريطة أن يتم ذلك لردّ خطر محقق وأن تقتصر آثاره على إيقاف النشاط وقتيا وليس نهائيا»⁴¹¹. وبالتالي توارد سلط الضبط في مجال مقاومة الجائحة تبقى مقيدة بهذه المبادئ العامة، وهو موقف أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر بتاريخ 17 أفريل / نيسان 2020 أقر فيه برفض دعوى الإلغاء المرفوعة من قبل بلدية Seaux ضدّ القرار الاستعجالي الصادر عن محكمة إدارية دنيا والقاضي بتوقيف تنفيذ قرار بلدي ينصّ على الارتداء الوجوبي للكمامة في الأماكن العمومية، حيث اعتبر مجلس الدولة أنّ «المشرّع زوّد الوزير الأول والوزير المكلف بالدولة وممثلي الدولة في الجهات بسلطة ضبط خاص تحوّل لهم في إطار حالة الطوارئ الصحية اختصاص اتّخاذ التدابير العامة أو الفردية الهادفة إلى وضع حدّ لكارثة صحية كجائحة كوفيد 19 وذلك خاصة قصد ضمان تناسقها ونجاحتها على كامل الإقليم المعني وللملاءمتها حسب تطوّر الوضع وأخذًا بعين الاعتبار للمعلومات العلمية المتوفرة. من ناحية أخرى، تحوّل

408 أنظر مثلا قرار رئيسة بلدية تونس شبيخة المدينة في 16 مارس / آذار 2020 القاضي بمنع انتصاب الأسواق البلدية الأسبوعية، يمكن تحميله على الرّابط التالي: <http://www.commune-tunis.gov.tn/publish/images/Avis-communiqués/Fev043.pdf>

409 من بين الأمثلة قرار رئيسة بلدية حلق الوادي بإغلاق جميع المتاجر والمحلات المخصصة لبيع المشروبات الكحولية الموجودة في المنطقة وتعليق بدء العمل بجميع الرخص الاستثنائية المسندة في الغرض. أنظر: الفرشيشي (و)، الجلاصي (م. أ)، زبّاني (و)، الحريات في زمن فيروس كورونا، ما هي الدروس المستفادة من ترابط حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة؟ خلاصة التقرير، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، 2020، ص. 16.

410 CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 721.

411 المحكمة الإدارية، قرار في تجاوز السلطة، عدد 14102، 17 أكتوبر / تشرين الأول 1997، سالم التاجوري ضد بلدية الساحلين، فقه قضاء المحكمة الإدارية، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، 2000، ص. 420. وفي قرار آخر أقرّت المحكمة "إن وجود نصّ خاص يقتر اختصاص سلطة معيّنة في ميدان ما لا يحول دون تدخل رئيس البلدية في الميدان ذاته شريطة أن تكون التدابير المتخذة من قبله ظرفية وأن يكون الوضع بالمنطقة يتسم بالخطورة.

وحيث لئن كان استغلال العارض للمقطع من شأنه أن يمسّ بالأمن العام وبصفو الرّاحة العامة، فإنّ ذلك لا يخوّل لرئيس البلدية إصدار القرار المطعون فيه طالما أنّ المشرّع أوكل مهمة التّهر على هذا الأمن العام إلى وزير الاقتصاد الوطني كلّما تعلّق الأمر بإداة المقاطع وأن الوضع بالمنطقة يكاد يكون على نحو من الخطورة حتى يبرّر ذلك التدخل"، المحكمة الإدارية، قرار في تجاوز السلطة، القضية عدد 14/998 جويلية/ تموز 1986، عبد المجيد الريادي / رئيس بلدية جربة، قرارات وفقه المحكمة الادارية، 1985/1986/1987، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، 1994، ص. 287.

أحكام ... المجلة العامة للجماعات الترابية لرئيس البلدية - بما في ذلك أثناء حالة الطوارئ الصحية - اتخاذ تدابير الضبط الإداري العام الضرورية لحفظ النظام والسلامة والأمن والصحة العامة في بلديته. ويمكنه عند الاقتضاء وهذا العنوان اتخاذ التدابير الضرورية لحسن تطبيق التدابير المقررة من السلطات المختصة للدولة في إقليم البلدية وذلك خاصة عبر تحجير الولوج إلى الأماكن التي يمكن أن تحدث فيها تجمعات وذلك بالنظر إلى الظروف المحلية. لكن في المقابل، تحول سلطة الضبط الخاص التي أنشأها المشرع خلال المدة المحددة لتطبيقها دون أن يتخذ رئيس البلدية على أساس سلطته الضبطية العامة تدابير موجهة لمقاومة الكارثة الصحية، إلا إذا كان اتخاذها ضروريا بالنظر إلى وجود أسباب قاهرة مرتبطة بظروف محلية وبشرط عدم تقويض التناسق ونجاعة التدابير الصادرة لهذه الغاية عن السلط المختصة للدولة»⁴¹². ونقدّر أنّ هذا المبدأ يجب أن يحكم توارد سلطة الضبط العام والضبط الخاص في مواجهة جائحة كورونا وغيرها من تحديات الصحة العامة في علاقة بتقييد الحريات في تونس نظرا لأنّ الوباء يصيب مختلف المناطق بطريقة متفاوتة ولأنّ مسألة مواجهته يجب أن تظلّ محكومة بمبدأ التناسب بين الانتهاك وضروراته، فلا معنى للتوارد الضروي للضبط العام والضبط الخاص إذا كان هناك خطر محدود في رقعته الجغرافية يقتضي فقط ممارسة حظر على منطقة دون غيرها عبر ممارسة سلطة الضبط العام المحلية لاختصاصها وإلّا ضيق على الحريات بطريقة خانقة.

3-1- الآداب العامة

تعدّ الآداب العامة من العناصر التقليدية للنظام العام التي تستوجب حمايتها إعمال مؤسسة الضبط الإداري، رغم أنّ الفقيه هوريو كان قد اعتبر أنّ «الضبط لا يستهدف النظام الأخلاقي فيما يتعلق بالأفكار والمشاعر، فهو لا يطارد الانحرافات الأخلاقية وإذا حاول ذلك فسيسقط مباشرة في اضطهاد الضمائر. هذا ليس لأنّ المجتمع لا يحتاج إلى نظام أخلاقي، بل هذا يعني أنّ المجتمع مدعو إلى الدفاع عن نفسه بمؤسسات أخرى غير الضبط»⁴¹³. مع ذلك، ورغم محورية حماية الآداب العامة في فقه القضاء الإداري المتصل بالضبط الإداري، ورغم أنّ الأمر يتعلق في إطار الفصل 49 بالتقييد التشريعي للحريات، إلا أنّ قراءة الفقيه هوريو تدعونا إلى التساؤل عن مدى خطورة الآداب العامة على الحريات في إطار الفصل 49 نظرا للصبغة المطاطية لمفهوم الآداب العامة المرتبط عضويًا بالأخلاق الحميدة المتغيرة بحسب الزمان والمكان⁴¹⁴، خطورة يؤكدّها استعمال الأخلاق الحميدة في فقه القضاء التونسي للتضييق على الحريات الفردية.

CE, *Port d'un masque de protection, Commune de Sceaux*, Ordonnance du 17 avril 2020, N° 440057, disponible au 412 lien suivant : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-17-avril-2020-port-d-un-masque-de-protection-commune-de-sceaux>, الترجمة لنا

HAURIU (M.), *op. cit.*, pp. 549-550. الترجمة لنا

413

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 70.

414

استدعاء الأخلاق الحميدة لمصادرة حرية الخيال: قضية Persépolis

إثر بث قناة خاصة في 7 أكتوبر/ تشرين الأول 2011 شريطا سينمائيا إيرانيا مدبلجا إلى اللهجة التونسية واحتجاج بلغ حدّ العنف من بعض الأشخاص الذين رأوا في تجسيد الذات الإلهية في شكل شيخ تعاتبه وتنهره طفلة إساءة للذات الإلهية، وإثر تعهدها التلقائي بالمسألة، قرّرت النيابة العمومية التتبع الجزائي لمدير القناة والمسؤول عن المشاهدة بها ومن قام بدبلجة الشريط من أجل عرض شريط أجنبي على العموم من شأنه تعكير صفو النظام العام على أساس الفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية والنيل من الأخلاق الحميدة على أساس الفصل 226 ثالثا من المجلة الجزائية⁴¹⁵.

وبتعهدّها بالقضية، اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس في قرارها الصادر بتاريخ 3 ماي/ أيار 2012 وفي تعليل مبني بصفة مطلقة على الأخلاق الحميدة أنه «لئن كانت المواثيق الدولية والداستاتير والتشريعات الوطنية وإجماع الفقه والتطبيقات القضائية قد اتجهت صوب التأكيد على أهمية ضرورة ضمان حرية التعبير عن الرأي من خلال وسائل الإعلام أو غيرها، إلا أنها رسمت في نفس الوقت حدودا وقيودا تتمثل خاصة في عدم المساس بالأمن الوطني والنظام العام والأخلاق الحميدة» التي عرفتها كالتالي: «من المستقر فقها وقضاء أنهما قيد على إرادة الأشخاص وصفة تلحق بالقواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام هو مجموعة من المبادئ الأساسية في التنظيم الاجتماعي أو مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تُكوّن المعتقد العام الذي يقوم عليه مجتمع معيّن في وقت معيّن، وبتعبير آخر، هو مجموعة القواعد القانونية الملزمة للمجتمع والتي لا يجوز مخالفتها، أما الآداب العامة أو الأخلاق الحميدة فهي مشاعر الشرف ومبادئ الاحتشام والذوق العام الداخلة بوجدان المجتمع، أي مجموعة القواعد والأحكام المتعلقة بالأخلاق، والقاسم المشترك بين المفهومين كونها مطاطيين 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 إليه في هذا الصدد أن جلّ التشريعات 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» الذي يقوم بدوره على «قواعد أساسية ومخزون ثقافي واجتماعي أو عقائدي أصبغت عليه صفة الإلزام»⁴¹⁶.

وعلى أساس تعكير النظام العام بتقسيم المجتمع بين معارضين ومؤيدين والتسبب في حصول أحداث شغب وعنف والإخلال بالأخلاق الحميدة خاصة عبر تجسيده للذات الإلهية، تمّ الحكم

415 أنظر الغزواني (م) «من فقه قضاء الحقوق الأساسية»، المرجع سابق الذكر، ص. 221-222.

416 المحكمة الابتدائية بتونس، حكم جناحي، عدد 15885، 3 ماي/ أيار 2012، غير منشور.

بشوت جريمتي تعكير الصفو العام والنيل من الأخلاق الحميدة. ورغم إقرارها بالطابع المطاط لمفهومي الأخلاق الحميدة والنظام العام، فإن المحكمة ذهبت في التأويل الواسع لمفهوم الأخلاق الحميدة إلى منتهاه معتبرة أنه يشمل المقدّسات⁴¹⁷ التي تحدّد «حياء المجموعة» الذي يصبح بدوره معيار الحسم في حرية التعبير والحرية الفنية.

الإشكال إذن يتمثل في صعوبة تحرير الآداب العامة من التقديرات الذاتية ومن إعماها كمصفلة آليّة لمصادرة الحريات الفردية، وهذا ما عكسه مبادئ سيراكوزا التي تنصّ على ما يلي: «نظرا لأنّ المبادئ الأخلاقية تختلف بمرور الزمن ومن ثقافة إلى أخرى، فإنّ على الدولة التي تحتج بالمبادئ الأخلاقية العامة كأساس لتقييد حقوق الإنسان، أن تبرهن، مع تمتعها بحدّ معين من حرية التقدير أنّ التقييد المذكور ضروري للحفاظ على احترام القيم الأساسية للمجتمع»⁴¹⁸.

في هذا السياق، تعكس القراءة المتقاطعة لفقهاء القضاء المقارن والأوروبي أنّ الآداب العامة تُقبل كهدف مشروع لتقييد الحريات خاصّة في علاقة بالميلولات الجنسية ومختلف تعبيراتها، من ذلك أنّ المحكمة الفدرالية السويسرية سمحت بتحقير ممارسة الخناء بالقرب من المدارس والمنشورات الإباحية كعروض الخناء وقاعات التّدليك معتبرة أنّ رفض إسناد شركات المتعة للتراخيص يعدّ انتهاكا مقبولا لحرية الصّناعة والتجارة مبرّرا بالمصلحة العامة⁴¹⁹. كما اعتبرت الومضات الإشهارية للتسويق لتطبيقات إباحية عبر الهواتف المحمولة لما تمثله بالصورة والصوت من انتهاك للكرامة عبر تمثّل فجّ وبدائي للذات البشرية يردّها إلى شيء جنسي فاقد لأيّ إنسانية ويتجاوز من زاوية حماية الشّباب ما هو مسموح فيما يتعلّق بالإثارة الجنسية⁴²⁰.

وفي نفس الاتجاه، تركت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مسألة التقدير للسلطات الوطنية نظرا «لما يميّز به عصرنا من تطوّر سريع وعميق للأراء في هذا المجال»⁴²¹.

417 الغزواني (م) « من فقهاء القضاء الأساسية»، المرجع سابق الذكر، ص. 226.

418 «مبادئ سيراكوزا المتعلقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية»، سابق الذكر، المبدأ 27، ص. 5. ATF, 108 IV 172, Arrêt du 25 juin 1982, S. *Banziger gegen Kantonsrat des Kantons Zürich*, considérant 5c bb, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=5&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=prostitution+-salon+de+massage-B%E4nziger.&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=48&highlight_docid=atf%3A%2F%2F108-IA-140%3Afr&number_of_ranks=114&azaclir=clir

420 ATF, 133 II 136, Arrêt du 3 mai 2007, S. *Star TV AG gegen X. sowie Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen*, considérants n° 5 et 6, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Star+TV+AG&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-II-136%3Afr&number_of_ranks=3992&azaclir=clir

421 CEDH, *Affaire Handyside c./ Royaume-Uni*, Requête n°5493/72, 7 décembre 1976, *op. cit.*, §48. التّرجمة لنا. 421

أمّا في تونس التي تعدّ فيها الآداب العامّة عنصرًا محوريًا في منظومة جزائية تمّ التأسيس لها في 1913، لا يبدو القول بضرورة مراجعتها تكريسا للفصل 49 بديهيًا طالما ذكرت الآداب العامّة ضمن الأهداف المشروعة لتقييد الحريات، وهذا يحيل بالضرورة إلى إشكال «تقييم الأهداف في الزمن»⁴²².

وبالرجوع إلى فقه القضاء المقارن، وفي كندا تحديدًا أين لم يذكر عهد الحقوق والحريات قائمة بالأهداف المشروعة، حسمت المحكمة العليا المسألة في عدّة قرارات وتمّ إقرار ثلاث قواعد⁴²³، أوّلها أنّ الهدف المعاصر لا يمكن أن يعوّض الهدف الأصلي للقانون. فالهدف لا يتغيّر بالزمن والظروف الاجتماعية، وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة العليا في قرار *Big M Drug Mart* أنّه لا يمكن للحكومة أن تنسب هدفًا لائكيًا لقانون وضع في 1906 لهدف ديني لما ينضوي عنه ذلك من تحريف لنية المشرع⁴²⁴. وأمّا القاعدة الثانية، فتمثّل في إقرار أنّ بعض الأهداف التي كانت عند وضع القانون مشروعة يمكن أن تصبح اليوم بالية، حيث أقرت المحكمة في قرار *Edmonton Journal* أنّ الهدف من تحجير الكشف عن أخبار متعلّقة بالزواج كانت تهدف إلى حماية الأخلاق في 1935، لكنّ هذا الهدف لا يمكن أن يعدّ مشروعًا ووجيهاً في مجتمع اليوم الذي لم تعد فيه اتهامات الزنا والسلوك غير السوي من الأمور الفاضحة والمثيرة للاستهجان⁴²⁵. وأمّا القاعدة الثالثة التي تمّ إقرارها في قرار *Irwin Toy*، فتمثّل في أنّه من الممكن إثبات أنّ مشروعية الهدف التشريعي لقانون لا زالت قائمة استنادًا إلى إحصائيات لاحقة على تاريخ دخوله حيّز النفاذ⁴²⁶. ويجدر التّساؤل عن إمكانية تطبيق هذا المنهج على التشريع الجزائي التونسي في تجريمه ذي الدستورية المشكوك فيها للعلاقات الجنسية الرضائية.

لكن، في المقابل، هل يمكن الاتفاق على نواة صلبة للآداب العامّة وثوابت؟ هل يمكن الإقرار بوجود حقيقة أخلاقية وحياء وذوق وقيم ثابتة ستشكّل حدودًا لممارسة الحريات من ذلك الحريات الجنسية وحرية التعبير والحريات الفنية؟ هل كان من الوجيه ترك المسألة للتقدير التشريعي وبالنبعية لتقلبات الأغليبيات البرلمانية، مثلما كرّسه خيار الفصل 49 من الدستور، أم أنّها مسألة يجب أن تترك للتعديل الاجتماعي؟

وفي النهاية، إذا اعتبرنا أنّ إطلاقية قيمة الحرية قد تشكّل تهديدًا للحرية نفسها، لا بدّ من بوصلة ومن تقوية مناعة المجتمع، وتبدو هذه البوصلة محدّدة بـ«الضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطية». فالآداب العامّة يجب أن تحدّد بالنظر إلى هذه الضرورة وإلى قيمة احترام حقوق الغير، ونوافق اعتبار أنّه «من المتّجه فهم الأخلاق العامّة

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 167.

422

423 نفسه، ص. 167.

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, n° 18125, 24 avril 1985, §91 et §93, disponible au lien suivant : 424 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/43/index.do?alternateloale=fr>

أنظر أيضًا فيما يتعلّق بالمجلّة الجزائية الكنديّة وتجرّيم الفحش قرار *Butter*:

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452, n°22191, 27 février 1992, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/844/index.do>

Edmonton Journal C. Alberta (P.G.), [1989] 2 R.C.S. 1326, n° 20608, 21 décembre 1998, disponible au lien suivant : 425 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/555/index.do?alternateloale=fr>

Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général), *op. cit.*

426

في علاقة بقيم المجتمع الديمقراطي لا باعتبارها أخلاق مجتمع بذاته. وهي بهذا المعنى الأخلاق المؤسسة على المساواة والحرية والكرامة البشرية، وبهذا يغدو الحد من الحريات حفاظا على مبادئها الكبرى لا وسيلة لقمعها تحججا بأخلاق اجتماعية قد تكون على طرف نقيض مع قيم حقوق الإنسان الكبرى»⁴²⁷.

2- الدفاع الوطني

إن تكريس الفصل 49 لهدف الدفاع الوطني إلى جانب الأمن العام يرفع الهدف إلى مستوى الأمن القومي، أي أن الأمر يتعلق بـ «المصالح العامة للدولة وخاصة التهديدات الخارجية أو الأعمال التخريبية بالمعنى السياسي. كما يحيل لفظ «الوطني» إلى مستوى الدولة بأكملها لا فقط المستوى الجهوي أو المحلي. ويتعلق هذا الهدف من التقييد إذن بتهديد على قدر كبير من الأهمية»⁴²⁸. وهذا ما ذهبت إليه مبادئ سيراكوزا معتبرة أن الأمن القومي يتعلق بمجموع التدابير المتخذة «لحماية بقاء الدولة أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي ضد استخدام القوة أو التهديد باستخدام القوة... ولا يجوز الاحتجاج بالأمن القومي كسبب لفرض التقييدات لمجرد منع التهديدات المحلية أو البعيدة نسبيا التي يتعرض لها الأمن والنظام»⁴²⁹.

وفي سياق متميز بجديّة التهديدات الإرهابية، يكتسي هذا الهدف أهمية استثنائية للمشروعية التي يضيفها على تقييد الحريات. وقد وضّحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أبعاد هذا الهدف بمناسبة عدّة قضايا. فأقرت في قرار *Klass* مشروعية الرقابة السرية على الاتصالات والمراسلات في المجتمعات الديمقراطية حتى تتمكن الدولة من مواجهة جدية تهديدات الجوسسة والإرهاب التي تشكل «وضعية استثنائية»⁴³⁰. وفي قضية *Leander* المتعلقة بنظام الرقابة السرية الذي أدى إلى طرد المدعي من عمل مؤقت في متحف مجاور لقاعدة عسكرية وحرمانه من التعيين في منصب مهم، اعتبرت المحكمة أن وجود سجل بوليسي سرّي يتضمّن معلومات حول حياته الشخصية وحفظها وحرمانه من الاعتراض على ما ورد فيها يعدّ انتهاكا لحقه في احترام حياته الشخصية. لكنّها أقرت بوجود الضرورة المرتبطة بهدف الأمن القومي الذي يفسّر اتّساع السلطة التقديرية للدولة في اختيار التدابير الملائمة لحمايته طالما أحاطت نظام الرقابة المعتمد بالضمانات الكافية التي تجعل نظام الرقابة وما يشكّله من انتهاك للحياة الشخصية متناسبا مع الهدف المشروع⁴³¹. كما أقرت في قضية *Hadjianastassiou* مشروعية المؤاخذه الجزائية لعسكري كشف أسرار علمية في مجال بحثي

427 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 94.

428 SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 263. الترجمة لنا

429 "مبادئ سيراكوزا المتعلقة بأحكام التقييد وعدم التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية"، سابق الذكر، المبادئ 29 و30، ص. 5.

430 CEDH, *Affaire Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, 26 septembre 1978, §48, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62068%22>. الترجمة لنا

431 CEDH, *Affaire Leander c. Suède*, n° 9248/81, 26 mars 1987, §§58-67, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62077%22>

أنظر أيضا:

CEDH, *Affaire Murray c/ Royaume-Uni*, n° 14310/88 arrêt du 28 octobre 1994, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62466%22>

دقيق يتعلّق بتصنيع صواريخ موجّهة عن بعد ومصنّفة كسرّ حربي وذلك لما يشكّله من إضرار جسيم بالأمن القومي وإخلال بواجب التّحفّظ المحمول على أعوان سلك القوّات المسلّحة الذين يخضعون إلى التزامات خصوصية⁴³².

من ناحية أخرى، يبرز فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أخذًا بعين الاعتبار للخصوصيات التّاريخية والسياسية للدّول عند تقدير انتهاك تشريعاتها للحريات في علاقة بالدّفاع الوطني. فقد أقرّت في قضية *Rekvenyi* بالتلاؤم مع الاتفاقيّة الأوروبية لحقوق الإنسان لتعديل دستوري في المجر يحرم أعوان الجيش والشرطة والأمن من الانتماء إلى أحزاب سياسية حفاظًا على حياد هذه الأسلاك وحماية للأمن القومي ومساهمة في تدعيم الديمقراطية التّعددية والمحافظة عليها، ذلك أنّ «هذا الهدف يكتسي أهمية تاريخية خاصّة في المجر بالنظر إلى تجربة هذا البلد مع نظام كلياني كان يعتمد إلى حدّ كبير على الانخراط المباشر للشرطة إلى جانب الحزب الحاكم»⁴³³. لكن في المقابل، أقرّت المحكمة في قرار *Sidabras et Dziautas* عدم مشروعية حرمان العملاء السّابقين للمخابرات السّوفياتية (KGB) من الالتحاق في ليتوانيا بالوظيفة العمومية وبعده وظائف في القطاع الخاص لمدة عشر سنوات من دخول القانون المطعون فيه حيّز النّفاذ (1999-2009) لما يرتبط به ذلك من وصم يمسّ بسمعهم وحياتهم الشخصية ويضيق من آفاق تشغيلهم. ورغم إقرار المحكمة لخصوصية تجربة ليتوانيا كدولة عضو سابقة في الاتحاد السوفياتي تريد حماية ديمقراطيتها بعد استقلالها عن الاتحاد السوفياتي ومشروعية هدف حماية الأمن القومي الذي برّرت الحكومة استنادًا لا إلى انتهاء المعنيين إلى المخابرات السوفياتية في حدّ ذاته بل إلى ما يدلّ عليه ذلك من عدم ولاء إلى ليتوانيا، فقد اعتبرت المحكمة أنّ الإقصاء غير متناسب مع هدف حماية الأمن القومي⁴³⁴.

وتبيّن هذه الأمثلة فقه القضائية بعدين للدّفاع الوطني في علاقة بالقوانين الصّابطة للحريات يهّم الأوّل تنظيم السّلك العسكري في حدّ ذاته وهامش الحريات المعترف به لأعوانه من جهة، ويهّم الثاني التقييدات المفروضة على المواطنين في مواجهة هدف يتمتّع إلى حدّ ما بقريته مشروعية، وهو ما سيلقي بظلاله بالضرورة على تقدير التّناسب.

لكن للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فقه قضاء حول التّصادم بين ضرورات الدّفاع الوطني والحياة الخاصّة لأعوان القوات المسلّحة فيما يتعلّق على وجه الخصوص بعزل العسكريين بسبب ميولهم الجنسيّة، وهو ما أدانته المحكمة في علاقة بالضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطية معتبرة أنّها «تعترف بأنّه يعود للسلطات الوطنيّة أن تقدّر أو لا ضرورة التّطفّل وإن كان يعود للمحكمة أن تحسم في ما إذا كانت مبرّرات هذا التّطفّل وجيهة

CEDH, *Affaire Hadjanastassiou c. Grèce*, n°12945/87, 16 décembre 1992, §§45-46, disponible au lien suivant: 432 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62335%22>

CEDH, *Affaire Rekvenyi c. Hongrie*, n°25390/94, 20 mai 1999, §41, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62814%22> } الترجمة لنا.

CEDH, *Affaire Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, n°55480/00 et n°59330/00, 27 octobre 2004, §§54-61, disponible 434 au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-66502%22>

وكافية»، وذكرت بفقهاء قضائها معتبرة أنّ «الدول الأعضاء تحتفظ في هذا الإطار بهامش في التقدير يرتبط بطبيعة الأنشطة وهدف التقييدات. ومن ثمة عندما تتعلق التقييدات بـ«جانب من أكثر الجوانب خصوصية في الحياة الخاصة»، يجب أن تتوفر «مبررات خطيرة بصفة خاصة» حتى يستجيب التطفل لمقتضيات الفصل 8 فقرة 2 من الاتفاقية.

فعندما يكون هدف الأمن القومي المنشود يتمثل في النجاعة العمليّة للجيش، من المقبول أن تكون لكل دولة الاختصاص في وضع المنظومة الخاصة بها فيما يتعلق بالانضباط العسكري وتتمتع في هذا الشأن بهامش في التقدير. كما تعتبر المحكمة أنّ الدولة يمكن أن تفرض تقييدات على حق الفرد في احترام حياته الخاصة عندما يكون هناك تهديد حقيقي للنجاعة العمليّة للقوات العسكريّة، فلا يمكن تصوّر حسن سير الجيش دون قواعد قانونية تحجّر على أعوان الجيش الإضرار به. لكن لا يمكن للسلطات الوطنيّة أن تستند إلى هذه القواعد لتحويل دون ممارسة أعوان القوات العسكريّة لحقهم في احترام الحياة الخاصة الذي ينسحب على العسكريين كسائر الأشخاص الموجودين تحت ولاية الدولة⁴³⁵.

هل الحريات الفردية للعسكريين منطقة محرمة على النقاش في الحريات في تونس؟

قد تبرّر خصوصية المجال العسكري وخضوعه إلى تنظيم قانوني صارم التساؤل إن كان لا يشكّل في النهاية منطقة محرمة على الحريات والنقاش فيها. والدستور التونسي حسم جزءاً من النقاش طالما أنّ هذه «القوة العسكريّة المسلّحة القائمة على الانضباط» والمضطّعة بـ«واجب الدفاع عن الوطن واستقلاله ووحدة ترابه» والملزّمة بـ«الحياد التام» (الفصل 18) حرمت من إحدى الحريات الجماعية الهامة كالحق النقابي في الفصل 36 من الدستور، وكنا قد حاولنا مناقشة هذه المسألة أعلاه⁴³⁶. كما يفهم أهمية الالتزامات المحمولة على عاتق أعوان هذا السلك من حيث واجب التّحفظ الذي يكتسي أهمية بالغة وهو ما يفسّر أنّه لأسباب متّصلة بضمان انضباط أعوان القوّات العسكريّة تحسباً من أيّ اختلاط قد يشكّل بطريقة أو بأخرى تهديداً للدّفاع الوطني، يشكّل انتهاك الحريات فردية كانت أو جماعية المبدأ والحريّة هي الاستثناء وهذا ما يعكسه القسم الأوّل من الباب الثالث من القانون عدد 20 لسنة 1967 المؤرّخ في 31 ماي/ أيار 1967 والمتعلّق بضبط النظام الأساسي العام للعسكريين وتنقيحاته⁴³⁷.

الترجمة لنا CEDH, *Affaire Smith et Grady c. Royaume –Uni*, §§88-89, *op. cit.*

435

وفي نفس الاتجاه أنظر:

CEDH, *Affaire Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n° s 31417/96 et 32377/96, 27 septembre 1999, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62937%22>

436 أنظر أعلاه، ص. 37-41.

437 قانون عدد 20 لسنة 1967 مؤرّخ في 31 ماي/ أيار 1967 يتعلّق بضبط النظام الأساسي العام للعسكريين (الرأىد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 24، 2-9-62، جوان/ حزيران 1967، ص. 986-992) كما نُقح بالقانون عدد 25 لسنة 1980 المؤرّخ في 23 ماي/ أيار 1980 (الرأىد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 32، 27-30 ماي/ أيار 1980، ص. 1490-1491) وبالقانون عدد 76 لسنة 1985 المؤرّخ في 4 أوت/ آب 1985 (الرأىد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 58، 13 أوت/ آب 1985، ص. 1009) وتمّم بالقانون عدد 58 لسنة 2006 المؤرّخ في 28 جويلية/ تموز 2006 والمتعلّق بإحداث نظام خاص للعمل نصف الوقت مع الانتفاع بثلاثي الأجر لفائدة الأمهات (الرأىد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 62، 4 أوت/ أوت

المخصّص للحقوق والواجبات، حيث تم إخضاع الحريات الفردية من الحقّ في التعبير⁴³⁸ وحرية الانخراط في الجمعيات⁴³⁹ وممارسة الأنشطة⁴⁴⁰ والحقّ في الزواج⁴⁴¹ وحرية التنقل⁴⁴² إلى تقييدات صارمة.

في المقابل، يتمتع الدفاع الوطني بقرينة مشروعية في السياق الحالي المتميز بجدية الخطر الإرهابي، وهو ما يقتضي إخضاع التنظيم القانوني لمقاومة الإرهاب -أي القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال-⁴⁴³ إلى «مسح مقطعي» على ضوء اختبار التناسب نظرا لجدية انتهاكات الحريات خاصة منها الفردية وذلك كما رأينا أعلاه في الفرع المتعلق بالتحقيق وخاصة الأحكام المتصلة باعتراض الاتصالات (الفصول 54 و55 و56) والأحكام الخاصة بالمراقبة السمعية والبصرية (الفصل 61) والتي تشكل انتهاكا لسرية الاتصالات واحترام الحياة الشخصية رغم المشروعية الثابتة للهدف الذي وضعت من أجله وهو إتقان طرق التحري قصد مقاومة الإرهاب⁴⁴⁴.

وفي نفس السياق، يشكّل مشروع القانون عدد 25/2015 المتعلق بزجر الاعتداء على القوات المسلحة تحديًا لضبط الحريات بالنظر إلى الدفاع الوطني، وكذلك الأمن العام في الواقع، ذلك أنه يستهدف حسب الفصل الأول في فقرته الثانية «زجر الاعتداء على المقرات والمنشآت والتجهيزات الموضوعات تحت تصرف (أعوان القوات المسلحة أي الأعوان الحاملين للسلاح والتابعين للقوات المسلحة العسكرية وقوات الأمن الداخلي والديوانة) أو حمايتهم أو رقابتهم، وإلى زجر الاعتداء على أسرار الأمن الوطني» التي عرفها الفصل الرابع «كجميع المعلومات والمعطيات والوثائق المتعلقة بالأمن الوطني مهما كانت الوسائل المعتمدة لاستعمالها ومسكها وحفظها وتداولها والتي يجب ألا تكون معلومة إلا لمن له الصفة في استعمالها أو مسكها أو تداولها أو حفظها». ويخضع المشروع إلى ترخيص مسبق ممارسة حرية الصحافة والنشر والتعبير بأنواعها وحتى الاتصال، إذ ينص الفصل 7 من المشروع على أنه «يخضع لترخيص مسبق من السلطة المختصة كل استعمال

آب 2006، ص. 2652) وتمّ ونقح بالقانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية/ تموز 2009 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 55، 10 جويلية/ تموز 2009، ص. 2391-2392).

438 ينص الفصل 28 من القانون عدد 20 لسنة 1967 على ما يلي: «لا يجوز للعسكريين المباشرين قبل أن يتحصلوا على رخصة من كاتب الدولة للدفاع الوطني نشر أي مقال أو إلقاء خطاب بين العموم أو إعطاء تصريحات أو إلقاء محاضرات أو القيام بحق الرد والتتبع في ميدان الصحافة».

439 ينص الفصل 29 من القانون عدد 20 لسنة 1967 على ما يلي: «لا يجوز للعسكريين المباشرين أن ينخرطوا بأي جمعية بدون أن يتحصلوا على رخصة من كاتب الدولة للدفاع الوطني».

440 ينص الفصل 32 من القانون عدد 20 لسنة 1967 على ما يلي: «الدخول إلى قاعات المسرح محجرا على العسكريين من جميع الرتب».

441 ينص الفصل 33 من القانون عدد 20 لسنة 1967 على ما يلي: «لا يمكن للعسكريين المباشرين أن يتزوجوا إلا بعد التحصيل على رخصة كتابية من كاتب الدولة للدفاع الوطني».

442 ينص الفصل 34 من القانون عدد 20 لسنة 1967 على ما يلي: «لا يجوز للعسكري المباشرين الخروج من الحامية المعين بها إلا برخصة كتابية محررة من آمر الوحدة أو رئيس المصلحة التابع لها».

443 المرجع سابق الذكر، ص. 2163-2184.

444 أنظر أعلاه ص. 165.

آلات التصوير والتصوير السينمائي والأجهزة الهاتفية وآلات التسجيل وأجهزة الاستقبال الإذاعي أو التلفزيوني داخل المنشآت المدنية أو العسكرية في مواقع العمليات الأمنية أو بالعربات أو على متن الوحدات البحرية أو الجوية التابعة للقوات المسلحة». ويعاقب الفصل 12 «بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار كل من تعمد تحقير القوات المسلحة بقصد الإضرار بالأمن العام»⁴⁴⁵. ورغم تطوّر الصيغة الأصلية للمشروع بعد مناقشتها في لجنة التشريع العام بمجلس نواب الشعب، وبقطع النظر عمّا يبدو عليه هذا المشروع الزجري من خرق لمبدأ الضرورة - بالنظر إلى وجود أحكام الفصول من 60 إلى 62 مكرّر من للمجلة الجزائية حول الاعتداءات على أمن الدولة الخارجي وأحكام الفصول 125 و127 و128 من ذات المجلة حول هضم جانب الموظفين العموميين، هذا فضلاً عن أحكام مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية - وإلى عدم دقة المصطلحات كـ «مواقع العمليات الأمنية» أو «التحقير»⁴⁴⁶، ورغم وجود هدف الدفاع الوطني كمبرر لأحكام المشروع حسب شرح أسبابه⁴⁴⁷، إلّا أنّه يصعب الجزم باحترام أحكامه للفصل 49 طالما لم يتم إجراء اختبار التناسب.

الفقرة الثالثة - الاختبار الحاسم: اختبار التناسب

لا نبالغ إن قلنا أن مفهوم التناسب من المفاهيم «الرائجة» «à la mode»⁴⁴⁸ في علم القانون خاصّة، وإن كان ذا صبغة «شمولية» universelle⁴⁴⁹ تستحضره مختلف العلوم لما يحيل إليه من منطوق الاعتدال والتوازن الذي يحمل جذره اللاتيني *proportionna* واستعماله الاصطلاحية في اللغة الفرنسية أين «يعبر التناسب عن احترام نسبة الأحجام بين عنصرين التي يجب أن تظل ثابتة وأن الانسجام الذي ينتج عن ذلك تحدده الظروف، وأنّه إذا تغيّر عنصر يتغيّر العنصر المقابل في نفس نسبة الأحجام»⁴⁵⁰. والإحالة إلى علم الرياضيات واضح في هذا التعريف، إذ أنّ التناسب في علم الرياضيات والهندسة تجسيد للمثالية والجمال عبر النسبة الذهبية *le nombre d'or*⁴⁵¹ أو النسبة الإلهية التي تتحقّق إذا كانت نسبة مجموع كميتين إلى الكمية الأكبر تساوي نسبة الكمية الأكبر إلى الكمية الأصغر، ترتبط به عدّة معالم أثرية كباثيون أثينا. بقي أنّ السؤال يتمثل

445 مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة التشريع العام حول مشروع القانون المتعلّق بزجر الاعتداء على القوّات المسلّحة عدد 2015/25، المدة النيابية الثانية 2019-2024، الدّورة النيابية الأولى 2019-2020، جويلية/ تموز 2020، النصّ الأصلي والصيغة المعدّلة، ص. 38-43، يمكن تحميله على الرّابط التالي: http://www.arp.tn/site/servelet/Fichier?code_obj=111206&code_exp=1&clanguage=1

446 CHAALANE (R.), *op. cit.*, pp. 88-92.

447 شرح أسباب مشروع القانون المتعلّق بزجر الاعتداء على القوّات المسلّحة عدد 2015/25، ص. 3، يمكن تحميله على الرّابط: http://www.arp.tn/site/servelet/Fichier?code_obj=89344&code_exp=1&clanguage=1

448 PRADEL (J.) « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cahiers de Droit*, vol. 60 n°4, décembre 2019, 448 p. 1129. التّرجمة لنا.

449 نفسه، ص. 1129. التّرجمة لنا.

450 VANNES (V.), *Le droit de grève: Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 47. التّرجمة لنا.

451 MEISNER (G. B.), *Le nombre d'or. La divine beauté des mathématiques*, Dervy, 2019.

في مدى إمكانية «نقل» التناسب من الأحجام والأرقام في علم الكمّ أي الرياضيات⁴⁵² إلى «العلم النوعي»⁴⁵³ أي القانون رغم أنّ تعريف التناسب في علم القانون يستبطن هذه الخلفية الرياضية مثلما يبيّنه التعريف الموالي: «يتجلّى التناسب في ضرورة احترام علاقة توازن بين عنصرين: القاعدة-المرجع والعمل (القانوني) أو الفعل الذي يستوجب تقييمه»⁴⁵⁴.

والمواقع أنّ «عدوى»⁴⁵⁵ التناسب أصابت القانون بمختلف فروعها، ولذلك جذور نقدّر أنّه من الوجيه عرض أهمّتها. ففي مقال متميّز عن «جينية» مبدأ التناسب، ميّز صاحبه بين ثلاث أزمنة من العصر ما قبل الحديث، زمن «الدفع»⁴⁵⁶ والتناسب في العصر الحديث، زمن «التلقّي»⁴⁵⁷ ثمّ التناسب في عصر ما بعد الحدّثة، زمن «النشر»⁴⁵⁸.

في العصر ما قبل الحديث، وجب التمييز بين البوادر الفلسفية والبوادر التقنيّة⁴⁵⁹. فأما بشأن البوادر الفلسفية، فإنّ التناسب يحتلّ مكانة محورية في العدالة التوزيعية لأرسطو التي لا تقوم على المساواة الحسابية بل على الاستحقاق والإنصاف⁴⁶⁰، كما هو الشأن عند Cicéron الذي نظّر للانسجام والوفاق في إدارة الشأن العام واعتبر أنّ القانون الفعلي يكمن في العقل السليم الذي يتوافق مع الطبيعة الكامنة في الجميع والتي تتمثّل في النسبة المثالية، واعتبر أنّ التناسب يجب أن يتدخّل دائما في تحديد العقوبات وفي اتخاذ القرار بخوض الحروب العادلة⁴⁶¹. وهو ما نجده مجسّدا في فكر القديس توماس الاكوييني الذي وضع ثلاث شروط للحرب العادلة: أوّلا خوضها وهو قرار تحتكره السلطة العامّة، ثانيا لا بدّ من مبرّر عادل لخوض الحرب التي تشترط بارتكاب خطأ فادح من قبل العدو، وثالثا يجب أن تقتصر العمليات على رفع الظلم لا على معاقبة العدو، أي أنّه يجب أن تكون متناسبة مع الظلم المسلّط⁴⁶².

GUILMAIN (A.) « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Revue de droit de McGill*, 61 (1), Septembre 2015, p. 89, disponible au lien suivant : <https://doi.org/10.7202/1035386ar>

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, 453 Paris, Economica, 1990, p. 17. التّرجمة لنا.

VANNES (V.), *op. cit.*, p. 51. التّرجمة لنا. 454

PRADEL (J.), *op. cit.*, p. 1132. التّرجمة لنا. 455

GUILMAIN (A.), *op. cit.*, p. 94. 456

457 نفسه، ص. 105.

458 نفسه، ص. 119.

459 نفسه، ص. 95 و ص. 101.

460 نفسه، ص. 96. أنظر أيضا:

ENGLE (E.) « The General Principle of Proportionality and Aristotle », in. HUPPES-CLUYSENAR (L.), M.M.S. COELHO (N.) (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 274.

GUILMAIN (A.), *op. cit.*, pp. 99-100. 461

أنظر أيضا:

CICERON « Traité de la République », in. *Œuvres complètes de Cicéron*, avec la traduction en français, publiées sous la direction de M. Nisard, Tome 4, Paris, Chez Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1869, pp. 319-320.

GUILMAIN (A.), *op. cit.*, pp. 100-101. 462

أما تعديديًا، فإنّ التّناسب طبع أصول القانون الجزائي عبر نهج القصاص في شريعة حمورابي⁴⁶³ - والذي يقوم على التّناسب التام بين الجرم والعقاب مع الأخذ بعين الاعتبار أيضًا لمرتبة الضّحية⁴⁶⁴ - وعبر مدوّنة القانون المدني الرّوماني فيما يتعلّق بالدّفاع الشرعي المشروط بالضرورة والتّناسب⁴⁶⁵ ثمّ في الشرعة الكبرى (1215) *Magna Carta* في فصلها 14 الذي أقرّ تناسب العقوبات مع الجرائم⁴⁶⁶.

في العصر الحديث، عصر التّلقّي، وجد التّناسب جذوره كمبدأ للقانون العام في فكر الأنوار المتميّز بـ«العطش للاعتدال»⁴⁶⁷ ونبذ التّطرّف الذي يبدو حاضرًا بقوّة في فكر روسو ومنتسكيو، ثمّ رسّخ كمبدأ للقانون الإداري في بروسيا مع الفقيه سافريز Carl Gottlieb Svarez صائغ المجلّة المدنية التي نصّت في الفقرة 17 من الجزء الثاني على أنّ «مهمّة الشرطه تتمثّل في اتخاذ التّدابير الصّوريّة للحفاظ على السّلم العام والأمن والنّظام»⁴⁶⁸ ثمّ وجد التّناسب طريقه إلى الفقه الإداري الألمانيّ فيما يتعلّق بالضّبط الإداري في القرن التاسع عشر قبل أن تتمّ منهجة التّناسب في اختبار من قبل المحكمة العليا في بروسيا Oberverwaltungsgericht⁴⁶⁹. ثمّ بلغ التّناسب مرحلة «النّضج»⁴⁷⁰ في القرن العشرين بانفتاحه على مختلف الدّول الأوروبيّة وعلى مختلف فروع القانون العام. وفضلا عن القانون الإداري والقانون الدّستوري، تمّ تكريسه في القانون الأوروبي والقانون الدّولي عبر الدّفاع الشرعي والقانون الدّولي الإنساني. كما يعدّ التّناسب «ممارسة ضمنيّة»⁴⁷¹ في القانون الخاص عبر علاقته الوطيدة بمبدأ «المعقوليّة» *le principe du raisonnable* وعبر تمظهره في القانون المدني في مادّة العقود ونظريّات القانون المدني من تعسّف في استعمال الحقّ ومضار الجوار وغيرها⁴⁷².

وأما حاليًا، في عصر ما بعد الحداثة، يعدّ مبدأ التّناسب مبدأ قانونيًا مستقلًا بذاته له معايير ويستوفي تعريف المبادئ القانونيّة التي «تحكم القانون الوضعي وتوجّه تطوّره»⁴⁷³ ويتمّ تطبيقها في قواعد قانونيّة،

أنظر أيضًا:

LANDRY (B.) « L'analogie de proportionnalité chez Saint Thomas d'Aquin », *Revue néo-scholastique de philosophie*, 1922, 24^{ème} année, n°96, p. 454.

463 مثلا الفصل 196 "إذا سيّد فقاً عين ابن أحد الأشراف عليهم أن يفقؤوا عينه" والفصل 200: "إذا سيّد قلع سنّ سيّد من طبقته فعليهم أن يقلعوا سنّه"، شريعة حمورابي، المرجع سابق الذّكر، ص. 57.

GUILMAIN (A.), *op. cit.*, p.102. 464

Ibid., p. 104; VANNES (V.), *op. cit.*, p. 108. 465

La Grande Charte d'Henri III, 11 février 1225, disponible au lien suivant : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1225.htm> 466

GUILMAIN (A.), *op. cit.*, p.106. لنا 467

468 نفسه، ص. 108.

469 نفسه، ص. 108-109.

470 نفسه، ص. 110.

471 نفسه، ص. 112.

472 نفسه، ص. 114-115.

BOULANGER (J.) « Principes généraux du droit et droit positif », *in. Le droit privé français au milieu du XXe siècle: Études offertes à Georges Ripert*, t 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 54. التّرجمة لنا 473

كما أنّ التّناسب «عامل للتّقارب القانوني»⁴⁷⁴ عبر اكتساحه لمختلف فروع القانون والأنظمة القانونيّة الدوليّة والداخلية بعائلتيها الرومانيّة الجرمانيّة والأنقلسكسونيّة.

وهذا الاستعراض لـ «جينيّة»⁴⁷⁵ مبدأ التّناسب يسمح بالوقوف على «الصّعود الذي لا يقاوم»⁴⁷⁶ لهذا المبدأ أوّلاً لارتباطه بـ «الحسّ السّليم»⁴⁷⁷ وثانياً لمرونته، إذ يعتبره البعض «تقنية تشريعيّة دون أدنى عناء»⁴⁷⁸ نظراً لارتباطه بالوقائع وصعوبة حصره في معايير، وهو في المقابل «منهج قضائي بحدّ أدنى من الإفراط»⁴⁷⁹ يسمح بالتحكيم بين المصالح المتعارضة وفقاً للوقائع وإعمالاً للحسّ السّليم.

هذا النّجاح يفرض الوقوف عند نمذجة اختبار التّناسب كمنهج قضائي (أ) قبل التّعرّض إلى الخطوات التي يقتضيها (ب) والانتهاه إلى السّؤال المحوري وهو كيفيّة عقلنة مراقبة ممارسته من المخاطب الطّبيعي للفصل 49 أي القاضي الدّستوري (ج).

أ- حتميّة الاختبار الثلاثي أو ثوابت المنهج القضائي: نحو نمذجة منهج التّناسب

قراءة في الدّراسات الفقهيّة التّونسيّة تبرز تركيزاً على الاختبار الثلاثي للتّناسب كما تمّت منهجته في فقه القضاء المقارن وخاصّة منه الكندي والألماني. فنجد الأستاذ سليم اللّغمانى قد اعتبر أنّ «التّناسب والموازنة هي عمل القاضي الذي يشبه في ذلك هرقل من حيث صعوبة مهمته»⁴⁸⁰، وبين أنّ عمل خاضع لشروط ثلاثة من ملاءمة وضرورة وتناسب بالمعنى الضيّق أي الموازنة كما استخلصت من فقه القضاء المقارن⁴⁸¹، وهذا هو نفس التّمثلي الذي اتّبعه الأستاذ خالد الماجري عند استعراض فقه القضاء المقارن والإقليمي بالنّظر إلى منهج المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان⁴⁸²، كما تبرز دراسات فقهيّة مقارنة نفس هذه الهيمنة للمنهج فقه القضائي الثلاثي⁴⁸³ الذي فرض نفسه إذن كتمشّ محتوم في علاقة بالمادّة الجامعة.

فسواء تعلق الأمر بدول كرّست نصوصها الدّستوريّة المادّة الجامعة -كسويسرا في الفصل 36 من دستورها

474 التّرجمة لنا. GUILMAIN (A.), *op. cit.*, p.126.

474

475 نفسه، ص. 87. التّرجمة لنا.

476 MARTENS (P.) « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » in. *Présence du droit public et des droits de l'homme: Mélanges offerts à Jacques Velu*, t 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49. التّرجمة لنا.

477 DROOGHENBROECK (V.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 16. التّرجمة لنا.

478 GUILMAIN (A.), *op. cit.*, p.106. التّرجمة لنا.

478

479 نفسه، ص. 129. التّرجمة لنا.

480 اللّغمانى (س)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات "العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسيّة بتونس"، المرجع سابق الذّكر، ص. 3.

481 اللّغمانى (س) " الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذّكر، ص. 118-119.

482 الماجري (خ)، المرجع سابق الذّكر، ص. 95-108.

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, pp. 300-337.

483

أو كندا في الفصل الأوّل من عهد الحقوق والحريات - أو تلك التي لم تکرّسها كألمانيا وحتّى فرنسا، فرض اختبار التّناسب نفسه بمراحله الثلاثة كمنهج قضائي.

في سويسرا التي ينصّ فيها الفصل 36 من دستور 1999 في فقرته الأولى صراحة على التّناسب⁴⁸⁴، كرّسته المحكمة الفدرالية تحت طائلة الدّستور السّابق للكونفدرالية منذ قرار 1939⁴⁸⁵، حيث أقرّت أنّ الفصل 31 من الدّستور المتعلّق بحرية الصّناعة والتّجارة يكرّس حقّ الدّولة الاتّحادية والدّول الأعضاء في «إخضاع ممارسة المهن الصّناعية والتّجارية إلى سلطة الضّبط بغرض ضمان الإخلاص في المعاملات وحماية المواطنين ضدّ الوسائل الخداعية والمضرة. ولا تكون التدابير متلائمة مع الفصل 31 من الدّستور إذا كانت تحول دون السير الحرّ للمنافسة وتدعم بعض المتنافسين على حساب الآخرين، وكذلك عندما لا تكون ضرورية لحماية المصالح التي على الدّولة الدّفاع عنها. فتدخل الضّبط يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المشود»⁴⁸⁶. ثمّ تمّ تأصيل مبدأ التّناسب كمنهج قضائي، وهذا ما يثبتته قرار حديث صادر بتاريخ 13 فيفري/ شباط 2019 حول قانون مقاطعة نيوشاتيل حول أماكن وقوف المجتمعات الرّحل، حيث استعرضت المحكمة الفدرالية منهج التّناسب استنادا إلى الاتّفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وفقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ثمّ الفصل 36 من الدّستور السويسري معتبرة أنّ هذا الأخير يسمح بتقييد الحريات الأساسية و«يشترط أن يكون مستندا إلى أساس قانوني ومبرّرا بمصلحة عامة ويحترم مبدأ التّناسب الذي يقتضي أن يكون الإجراء التّقييدي قادرا على توليد الآثار المأمولة (الملاءمة l'aptitude) وأنّ هذه الأخيرة لا يمكن تحقيقها بتدابير أقلّ تطفلاً (قاعدة الصّورة). فضلا عن ذلك، يحجّر الفصل 36 كلّ تقييد يتجاوز الهدف المحدّد ويقتضي رابطا معقولا بين هذا الأخير وبين المصالح العامّة أو الخاصّة المنتهكة (التّناسب بالمعنى الضيق) الذي يفترض موازنة بين المصالح»⁴⁸⁷.

وفي كندا، يعدّ قرار *Oaks* الصادر في 1986 قرارا مرجعيًا في منهجة اختبار التّناسب. فبخصوص قانون يتعلّق بحيازة المخدّرات، يقلب عبء الإثبات ويعتبر حائز المخدّرات مرّوجا ما لم يثبت عكس ذلك، كرّست

484 لنذكر من أجل مقتضيات التحليل بالفصل 36 في فقرته الأولى:
 "1- كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يستند إلى أساس تشريعي، والحدود الخطيرة يجب أن ينصّ عليها بقانون، إلا في حالة خطر حقيقي ومباشر وداهم.
 2- كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون مبرّرا بمصلحة عامة أو بحماية حقّ أساسي للغير.
 3- كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه.
 4- لا يجوز المساس بجوهر الحقوق الأساسية".

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 76.

485

486 الترجمة لنا ATF 65 I 65, *Association fribourgeoise des agents immobiliers*, cité par SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 76.

487 ATF 145 I 73, *Arrêt de la Ire Cour de droit public dans la cause A., B., société C. et association D. contre Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel*, 1C_188/2018 du 13 février 2019, S 100, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=2018&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=proportionnalit%E9++libert%E9s&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F145-I-73%3Afr&number_of_ranks=20&aazclir=clir الترجمة لنا

المحكمة العليا في حيثية مبدئية اختبار التناسب: «لإقرار أن تقييدا ما للحرية معقول ويمكن الدفاع عن تبريره في مجتمع حرّ وديمقراطي، وجب تلبية معيارين أساسيين. أولا الهدف الذي تنشده التدابير التقييدية لحق أو حرية يضمنها العهد يجب أن يكون «مهماً بما فيه الكفاية لتبرير إلغاء حق أو حرية يضمنها الدستور»: *Mart Ltd R. c. Big M Drug*... القاعدة يجب أن تكون صارمة حتى لا تحظى الأهداف غير الهامة أو المخالفة للمبادئ التي تكوّن جوهر المجتمع الحر والديمقراطي بحماية المادة الأولى، فيجب على الأقل أن يتعلّق الهدف بمشاكل عاجلة وحقيقية في مجتمع حرّ وديمقراطي حتى تتمكن من وصفه بـ«المهم بما فيه الكفاية». ثانياً، بعد الإقرار بأن الهدف مهمّ بما فيه الكفاية، يجب على الطرف الذي يثير المادة الأولى أن يثبت أن الوسائل التي تمّ اختيارها معقولة ويمكن الاستدلال على تبريرها. وهذا ما يقتضي تطبيق «نوع من التناسب». *R. c. Big M Mart Ltd Drug*. ورغم أن طبيعة معيار التناسب يمكن أن تتغيّر بحسب الظروف، يجب على المحاكم في كلّ حالة أن تقوم بالموازنة بين مصالح المجتمع ومصالح الخواص والمجموعات. وحسب رأي يتضمن معيار التناسب ثلاث عناصر هامة. يجب أن تكون التدابير المتخذة قد تمّ تصوّرها بعناية لبلوغ الهدف المعني، فيجب ألا تكون اعتبارية أو غير منصفة أو مبنية على اعتبارات غير معقولة. باختصار، يجب أن يكون لها رابط عقلائي مع الهدف المعني. ثانياً، وعلى فرض وجود رابط عقلائي، يجب أن تتمكن الوسيلة المختارة من المساس بالحق أو الحرية «بأقل قدر ممكن» *R. c. Big M Mart Ltd Drug*. ثالثاً، يجب أن يكون هناك تناسب ما بين آثار التدابير التقييدية للحق أو الحرية المضمونة بالعهد والهدف الذي تمّ الإقرار بأنه هام بما فيه الكفاية»⁴⁸⁸.

أما في ألمانيا، وبعد أن ارتبط ظهور التناسب بالتدابير الضبطية منذ القرن التاسع عشر كما رأينا أعلاه، هاجر التناسب إلى القانون الدستوري رغم عدم التنصيص عليه صراحة في القانون الأساسي المؤرخ في 1949 وذلك بفضل المحكمة الدستورية الألمانية التي كرّسته صراحة منذ قرارها المتعلّق بالصيديليات الصادر في 11 جوان/ حزيران 1958 والمتعلّق بقانون مقاطعة بافاريا حول الصيدليات الصادر في 1952 والذي يخصّ ممارسة مهنة الصيدلة بفتح منشأة للغرض أو مواصلة ممارستها في إطار صيدلية محدثة مشروطاً بخصّة مسبقة تقتضي استيفاء بعض الشروط ممّا عدّه الطاعن خرقاً للفصل 12 من القانون الأساسي الألماني الذي يكرّس حرية ممارسة المهنة. وفي هذا الإطار، أخضعت المحكمة الدستورية الألمانية بوضوح التّدخل التشريعي إلى اختبار ثلاثي للتناسب معتبرة أنّه: «يهدف الحقّ الأساسي إلى حماية حرية الفرد ويهدف التّحفّظ التشريعي إلى ضمان حماية كافية للمصالح الجماعية. ومن هذا المنطلق يخضع التّدخل التشريعي إلى المبادئ التالية:

أ- يمكن تقييد حرية ممارسة مهنة في الحدود التي تبرز الاعتبارات المعقولة للمصلحة العامة ملاءمتها. فحماية الحقوق الأساسية محدودة بالتوقّي من المقترضات التي تعتبر لا دستورية طالما كانت قاسية بدرجة مفرطة وغير معقولة.

ب- لا يمكن الحدّ من حرية اختيار مهنة إلاّ في حدود ما تبرز حماية مصالح عمّامة عالية الأهمية ضرورته المطلقة. وإذا كان هذا التدخّل محتوماً، يجب أن يختار المشرّع شكل التدخّل الذي يقيد الحقّ الأساسي بأقلّ قدر ممكن.

ج- عندما يتمّ انتهاك حرية اختيار مهنة بضبط بعض شروط الوصول إليها، يجب التمييز بين الشّروط الدّاتيّة والشّروط الموضوعيّة. فأما عن الشّروط الدّاتيّة (خاصّة منها التّكوين المسبّق والمستمرّ)، فهي خاضعة لمبدأ التناسب بمعنى أنّها يجب ألاّ تكون غير متناسبة مع هدف حسن ممارسة النّشاط المهني. ويجب فرض مقتضيات شديدة الصّرامة على إثبات الصّبغة الصّوريّة للشّروط الموضوعيّة للقبول. وعموماً، وحده التّوقّي من أخطار جدية أو محتملة الوقوع إلى حدّ كبير بالنّسبة إلى مصلحة عمّامة شديدة الأهمية يمكنه تبرير هذا التّدبير»⁴⁸⁹. وتبرز شروط الملاءمة والضرورة والتناسب بمعناه الضيق واضحة في هذه الحيثيّة.

أمّا في فرنسا، فتقاليد التناسب متجذّرة لدى القضاء الإداري منذ قرار *Benjamin* الصادر عن مجلس الدّولة في 19 ماي/ أيار 1933 بخصوص التّوفيق بين حرّية التّجمّع وسلطة الضّبط الإداري المخوّلة لرئيس البلديّة، حيث اعتبر مجلس الدّولة أنّ «احتمال وقوع الاضطرابات الذي استند إليه رئيس البلديّة... لا يمثل درجة من الخطورة التي لم يكن ليتمكّن من المحافظة على النّظام باتخاذ التّدابير الضّبطيّة المزوّدة بها دون إلغاء المحاضرة»⁴⁹⁰. وهذا الاستبطان للتناسب توضّح تدريجيّاً وصولاً إلى قرار *Association pour la promotion de l'image et autres* الصادر في 26 ديسمبر / كانون الأوّل 2011، حيث اعتبر مجلس الدّولة أنّ «التدخّل في ممارسة حقّ كلّ شخص في احترام حياته الخاصّة الذي يمثله جمع سلطة عموميّة لمعطيات شخصيّة اسميّة والمحافظة عليها ومعالجتها، لا يمكن أن يكون مسموحاً به قانونياً إلاّ إذا استجاب لأهداف مشروعة وإذا كان اختيار المعطيات وجمعها ومعالجتها قد تمّ بطريقة ملائمة ومتناسبة مع هذه الأهداف»⁴⁹¹.

بقي أنّ عدوى التناسب لم تصب بسهولة المجلس الدّستوري الفرنسي في غياب مادّة جامعة في دستور الجمهوريّة الخامسة. لذلك نجد رقابة القاضي الدّستوري الفرنسي في غياب المادّة الجامعة قد انحسرت أولاً في «رقابة ثنائيّة»⁴⁹² على الملاءمة والضرورة. فبخصوص رقابة الملاءمة، أقرّ المجلس مثلاً في قرار صادر في 15 ديسمبر/ كانون الأوّل 2006 حول قانون تمويل الحيطّة الاجتماعيّة لسنة 2006 أنّ إجراء التّجميع العائلي

BVerfGE 7, 377 - *Apotheken-Urteil*, 11 juin 1958, disponible au lien suivant : <https://servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html>. 489 التّرجمة لنا

CE, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n°s 17413, 9 mai 1933, n°s 17413-17520, disponible au lien suivant : 490 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636694>. التّرجمة لنا

CE, Assemblée, 317827, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, disponible au lien suivant : 491 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000024736671>. التّرجمة لنا

GOESEL-LE BIHAN (V). « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°22, Dossier: Le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel>. التّرجمة لنا.

لا يخرق توطئة دستور 1946 ولا مبدأ المساواة طالما أنه يقرّ «قواعد ملائمة ومتناسبة»⁴⁹³ دون أن يتعلّق الأمر بالبحث عن وسائل أقلّ تطفلاً، وهنا كانت رقابته للضرورة ضيقة⁴⁹⁴. فقد أقرّ مثلاً في قراره المتّصل بالاقتراع أنّ التّمديد يجب أن يكون «ضرورياً للغاية لتحقيق هدف القانون» وأن تكون له «صبغة استثنائية وانتقالية»⁴⁹⁵. لكننا نلاحظ تطوّراً في مضمون الرّقابة في إطار التّناسب انطلاقاً من قراره الصّادر في 2008 بشأن الاحتجاز الأمّني⁴⁹⁶، حيث اعتمد القاضي الدّستوري لأول مرّة الاختبار الثلاثي للمحكمة الدّستورية الألمانية وأصل مبدأ التّناسب في الفصلين 66 من الدّستور والفصل 9 من إعلان حقوق الانسان والمواطن وأقرّ بالتالي أنّ «الانتهاكات المسلّطة على ممارسة (هذه) الحريات يجب أن تكون موائمة وضرورية ومتناسبة مع هدف التّوقّي المتّبع»⁴⁹⁷، بحيث يبدو تأثير فقه قضاء المحكمة الدّستورية الألمانية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان واضحاً في تغيير المنهج فقه القضائي للمجلس الدّستوري.

وبشأن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، يعدّ الاختبار الثلاثي للتّناسب من ثوابت منهجها مع بعض التّغييرات في المضمون الذي تضيفه على كلّ عنصر منذ التّطبيقات الأولى لهذا الاختبار أي خاصّة منذ قرار *Handyside*⁴⁹⁸، حيث تثبّت المحكمة تباعاً في علاقة بحرية التّعبير من مدى استيفاء القيود المسلّطة على حرية التّعبير من قبل سلطات المملكة المتّحدة - من مؤاخذه جزائية ومصادرة لنسخ من كتاب مدرسي يتضمّن نصائح جنسية للمراهقين وتشجيعاً على استهلاك الحشيش ونقداً للسلطات - لشروط «الحاجة الاجتماعيّة الملحة»⁴⁹⁹ التي تفترضها الضّرورة لحماية الآداب العامّة⁵⁰⁰ وتبرّر بـ «أسباب وجيهة وكافية»⁵⁰¹ والتّناسب مع الهدف المشروع⁵⁰². بقي أنّ المحكمة لا تطبّق بصف آليّة هذا النموذج كما تبرزه بعض قراراتها⁵⁰³ ولا تقوم

Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, considérant 493 n°15, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005528DC.htm>. التّرجمة لنا

GOESEL-LE BIHAN (V.), *op. cit.*

494

Décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001, loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, considérant n°5, disponible au lien suivant : <https://webview.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001444DC.htm>. التّرجمة لنا

BOUSTA (R.) « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : la spécificité française à d'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4, n° 88, p. 923.

Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, considérant n°13, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008562DC.htm>

CEDH, *Affaire Handyside c./ Royaume-Uni*, *op. cit.*

498

499 نفسه، § 48.

500 نفسه، § 54.

501 نفسه، § 50.

502 نفسه، § 50.

503 أنظر مثلاً بخصوص غياب «الأسباب الوجيهة والكافية»:

CEDH, *Affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, Requêtes nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22%20%22001-65493%22>

أنظر في هذا الإطار:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 311.

بصفة آليّة بالتّمييز بين «الحاجة الاجتماعيّة الملحّة» و«الأسباب الوجيّهة والكافية»⁵⁰⁴. ومن الفقهاء من خلص إلى أنّ الثّابت في فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان هو أنّ «الضرورة في مجتمع ديمقراطي» تفترض موازنة بين المصالح المتعارضة»⁵⁰⁵.

وهذه التّجارب على تباينها في المضمون الذي تصفيه على عناصر اختبار التّناسب والأهميّة التي توليها لعناصر دون أخرى تبيّن تطوّراً نحو نمذجة *modélisation* أو تقييس *standardisation* اختبار التّناسب بما يمثله ذلك من نقاط إيجابيّة مرتبطة بتراكم التجربة وعقلنة الاختبار عبر تدقيق المعايير. لكن هذا لا يخفي بعض المزالق والفخاخ خاصّة إذا تعلق الأمر بتنزيل دستور جديد كدستور 2014 في منظومة قانونيّة لها خصوصيّاتها. وهذا لا يعني أنّ اختبار التّناسب غريب عن المنظومة القانونيّة التّونسيّة، فقد استبطنته المحكمة الإداريّة فيما يتعلّق بمراقبة شرعيّة التدابير الضّبطيّة كما يشته قرار كريشان الصادر في 14 مارس/ آذار 1995 حيث اعتبرت أنّ «الأصل في ممارسة التجارة والصّناعة هو الحرية وأنّ التّضييق منه هو الاستثناء وأنّ الإدارة خاضعة في مجال الضّبط المتعلّق بها إلى رقابة قضائيّة تمتدّ إلى حدّ الثّبت من مدى تناسب تدابير الضّبط المتخذة في إطارها مع الظروف التي حفّت باتّخاذها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها.

وحيث أنّ ما تدرّع رئيس بلدية القصرين من تسبّب محلّ المدعيّة المعدّ للتجارة بالجملة في تعطيل حركة المرور لوجوده وسط المدينة، لا يمكن أن ينتهي به في ضوء ملاسبات القضية إلى حدّ غلق المحلّ المذكور بل أنّه كان عليه توخّي التدرّج في اتّخاذ التدابير التي تستلزمها ضرورة التّوفيق بين المحافظة على النظام العام وممارسة حرّيّة التجارة والصّناعة»⁵⁰⁶. كما ضمّن المجلس الدّستوري بعض آرائه تحت طائلة دستور 1959 الإحالة إلى مبدأ التّناسب، من ذلك الرّأي عدد 34-2005 بخصوص مشروع قانون توجيهي يتعلّق بالتهوض بالأشخاص المعوقين وحميتهم، حيث أقرّ المجلس الدّستوري أنّه «وإن اقتضت أحكام الفصل 6 من الدّستور المساواة في الحقوق والواجبات وأمام القانون، فإنّ في تضمّن الفقرة الأولى من الفصل 5 من الدّستور من شموليّة لحقوق الإنسان ما لا يمنع التّمييز الإيجابي لفائدة بعض الفئات قصد تأمين المساواة الفعلية كالأشخاص الحاملين لإعاقة في صورة الحال طالما أنّ هذا التّمييز الإيجابي لا ينال من الحقوق الأساسيّة التي يضمنها الدّستور وكان خاضعا لهدف وحيد وهو تحقيق تكافؤ الفرص ومتّسا بالتّناسب بين الامتيازات والمنافع والتّسهيلات والإعفاءات من جهة والهدف المنشود من جهة أخرى»⁵⁰⁷، بحيث نجد إلى حدّ ما روح مبدأ التّناسب، بل

504 أنظر مثلاً:

CEDH, *Affaire Cumpna et Mazare c. Roumanie*, Requête no 33348/96, 17 décembre 2004, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-67817%22>

أنظر في هذا الإطار:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 311.SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 311. الرّجّة لنا

505

506 المحكمة الإداريّة، تجاوز سلطة، عدد 3879، 14 مارس/ آذار 1995، شركة كريشان وأبناؤه ضدّ بلدية القصرين، فقه قضاء المحكمة الإداريّة، 1995، تونس، مركز البحوث والدراسات الإداريّة، ص. 132.

507 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 66، 19 أوت/ آب 2005، ص. 2283-2284.

ونكاد نجزم أنّ المجلس الدستوري لم يكن أكثر تقييبيّة في استحضار التناسب من الهيئة الوقتية لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين تحت طائلة دستور 2014 والتي رغم تعدّد قراراتها التي تستند فيها إلى الفصل 49، فإنّها لم تستعرض بالمرّة اختبار التناسب واكتفت باستخلاص النتائج دون إجراء الاختبار في حدّ ذاته⁵⁰⁸.

بقي أنّ السؤال الذي يطرح نفسه إن كانت الطّريق إلى تطبيق اختبار التناسب معبّدة أمام القاضي الدستوري الدائم في تونس بالاستناد إلى التّطبيقات المقارنة الثريّة له وتأسيسا على إمكانيّات الفصل 49 ذاته.

ب- بين خطوات الاختبار واختبار الخطوات في دراسة القوانين المنظّمة للحريات الفردية

قد توحى نمذجة اختبار التناسب بفكرة التّطبيق الآلي للاختبار رغم أنّه محكوم كما سنرى بالوقائع. والإشكال الأساسي الذي سيطره في تقديرنا هو درجة الرّقابة التي سيارسها القاضي الدستوري على خيارات المشرّع وهذه هي بوصلتنا في استعراض مراحل الاختبار وفي محاولة تطبيقنا له على تشريعنا المنظّم للحريات الفردية من ملاءمة أو قياس عقلانيّة (1) ثمّ ضرورة خارجيّة (2) وأخيرا تناسب بالمعنى الضيق (3).

1- الخطوة الأولى: الملاءمة أو قياس العقلانيّة

سواء تعلّق الأمر بالقدرة على بلوغ الهدف المتّصل بالمصلحة العامّة aptitude في المنظومة السويسريّة والألمانيّة Geignetheit (suitability) أو بالرباط العقلاني بين الوسيلة والهدف في المنظومة الكنديّة le lien rationnel entre le moyen et l'objectif، فإنّ التّقدير الذي يقوم به القاضي هو تقدير لعقلانيّة المشرّع وهو ما عبّرت عنه المحكمة العليا الكنديّة في قرار *Oaks*: «يجب أن تكون التدابير المتّخذة قد تمّ

508 نضرب كأمثلة على ذلك: القرار عدد 05/2016 بتاريخ 2 جويلية/تموز 2016 المتعلق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية حيث أقرت الهيئة أنّ "مبدأ التعويض الكامل ليست له قيمة دستورية، ويحقّ لذلك للسلطة التشريعيّة في نطاق اختصاصها تنظيم ذلك الحقّ، لا سيما إذا كان التعويض آليا وسريعا بما لا ينال من جوهره كما هو الشأن في صورة الحال ولا يخلّ بمبدأ التناسب بين الضرر والتعويض على معنى الفصل 49 من الدستور، ويبقى التحديد مرتبطا مع موضوع القانون" (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 58، 15 جويلية/تموز 2016، ص. 2508-2515) وقرارها عدد 04/2018 مؤرّخ في 4 سبتمبر/أيلول 2018 يتعلّق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 30/2018 المتعلق بإحداث السجل الوطني للمؤسّسات، حيث صرّحت الهيئة بعدم دستوريّة الفصل 10 من مشروع القانون الذي ينصّ على تضمين السجل الوطني للمؤسّسات كل البيانات المحددة لهوية مختلف الأشخاص الوارد ذكرهم به لوروده "على قدر واسع من العموم يقتضي مزيد التدقيق حتى لا يتعارض مع الحقّ في حماية المعطيات الشخصية المحمول ضمانه على الدولة طبق الفصل 24 من الدستور وحتى يحقّق مبدأ التناسب بين مقتضيات النظام العام ووجوب الاضطلاع بهذه الحماية المنصوص عليه بالفصل 49 من الدستور" (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 73-74، 11-14 سبتمبر/أيلول 2018، ص. 3885-3887). ثمّ أقرت الهيئة في قرارها عدد 05/2018 بتاريخ 22 أكتوبر/تشرين الأوّل 2018 المتعلّق بالتّظنر في دستورية الصيغة المعدلة للفصل 10 من مشروع القانون المتعلّق بالسجل الوطني للمؤسّسات أنّ "الفصل 10 المذكور في صيغته المعدّلة - المصادق عليه من مجلس نوابّ الشعب بتاريخ 2 أكتوبر/تشرين الأوّل 2018 فيما تضمّن من تفصيل وتدقيق للبيانات المحدّدة لهوية الأشخاص المشمولين به دون أن يكون في ذلك مساس بالمعطيات الشخصية لهؤلاء الأشخاص أو إخلال بمبدأ التناسب بين مقتضيات النظام العام والواجب المحمول على الدولة في حماية هذه المعطيات - أضحى لا يثير أيّ إشكال دستوري" (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 86، 22 أكتوبر/تشرين الأوّل 2018، ص. 4468-4469). وفي القرار عدد 04/2019 مؤرّخ في 8 جويلية/تموز 2018 يتعلّق بالطعن في دستورية مشروع القانون الأساسي عدد 63/2018 المتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي/أيار 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء كما نفتح ونتمّ بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 14 فيفري/شباط 2017 حول حقّ الترشّح، حيث اعتبرته الهيئة "أنّ اشتراط الإدلاء بالبطاقة عدد 3 أو وصل الاستلام وبها يفيد القيام بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبها يفيد القيام بالتصريح السنوي بالضريبة على الدّخل على النحو المنصوص عليه بالفصل 40 من المشروع لا يعتبر مخالفاً للفصل 74 من الدستور طالما أنّ هذه الشروط لا تنال من جوهر الحقّ طبق الشروط والضرورات التي اقتضاها الفصل 49 من الدستور، وحيث أنّ الشروط التي جاء بها الفصل 40 هي شروط معقولة وضامنة لحرية الترشّح لنزاهة الانتخابات ولا تعطلّ الحقّ في الترشّح لرئاسة الجمهورية ولا تحرق مبدأ التناسب الوارد في الفصل 49 من الدستور وعليه يتجه ردّ هذا الطعن"، غير منشور.

تصوّرها بعناية لبلوغ الهدف المعني، فيجب ألا تكون اعتباطية أو غير منصفة أو مبنية على اعتبارات غير معقولة»⁵⁰⁹. وعلى هذا الأساس، ورغم وضوح الهدف من قانون المخدرات الذي يستهدف مقاومة تجارة المخدرات، فإن الوسيلة المتبعة والتي تتمثل في قلب عبء الإثبات بمطالبة من ثبتت حيازته للمخدرات أن يثبت أنه مستهلك لا تاجر غير عقلانية بالمرّة. وبالتالي أخفق قانون المخدرات في الخطوة الأولى تماما مثل قانون المواطنة الكندية في قرار *Benner*⁵¹⁰، ذلك أنّ قانون المواطنة الكندي يخضع إسنادها إلى المولودين خارج كندا قبل 15 فيفري/ شباط 1977 من أم كندية لبحث أمني وأداء القسم خلافا للمولودين من أب كندي الذين بإمكانهم الحصول عليها بمجرد تقديم طلب، مما يطرح إشكال خرق هذا التمييز للفصل 15 من عهد الحقوق والحريات الذي يكرّس مبدأ المساواة. واعتبرت المحكمة العليا الكندية أنّ «التأكد من ولاء المترشحين لنيل المواطنة لكندا والتأكد من أنهم لا يشكلون خطرا على البلاد هي أهداف متأكدة وحقيقية ولكن ليس من شأن نظام تمييزي في طلب المواطنة أن يساعد على تحقيقها. فلا يوجد رابط عقلاي بين التدابير التشريعية المطعون فيها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها. وفي هذا الإطار، لا يتمثل الإشكال في تحديد ما إن كان اشتراط إخضاع المترشحين للمواطنة لأداء القسم ولبحث أمني أمرا معقولا بل في تحديد معقولية الاقتصار على وضع الشرط للمولودين فقط لأم كندية دون المولودين لأب كندي. ومن الواضح أنه لا يوجد رابط عقلاي بين هذا التمييز وبين الأهداف التشريعية المنشودة»⁵¹¹.

ونجد تقديرا للملاءمة التدبير للهدف في فقه قضاء المحكمة العليا الكندية من ذلك في قرار يهم أحكاما تشريعية جزائية تحجر حمل الأفعنة أثناء المظاهرات، حيث اعتبرت المحكمة أنّ «السؤال يتمثل في معرفة إن كان التقييد المطعون فيه لحرية التعبير والاجتماع مبررا بالمصلحة العامة التي تعلق المصالح الخاصة للطاعنين... فلتحجير حمل المتظاهرين القناع أثناء المظاهرات بما لا يسمح بالتعرّف عليهم هدفان: أولا يهدف التحجير إلى المساهمة في التوقي من العنف أثناء المظاهرات أو تقليص الخطر المحتمل عند تجمع الأشخاص أثناء المظاهرة. ثانيا، يهدف التحجير إلى منع ارتكاب جرائم بإخفاء الهوية مما يعقد أنشطة التحقيق للشرطة. فإذا تمت أفعال عنف (من رمي للحجارة أو... لكوكتيل مولوتوف) أثناء المظاهرة أو التجمعات في الفضاءات العامة، فهذا يخلّ بالنظام والأمن العام، ذلك أنّ هذه الأفعال تشكل خطرا جسيما على الأشخاص والأماكن أي على المصالح القانونية للحياة والحرمة الجسدية وحرمة الأماكن. وبالتالي يُعدّ اتخاذ تدابير تقلص من خطر العنف في المظاهرات من قبيل المصلحة العامة. وهذا هو شأن الهدف الثاني، فمن قبيل المصلحة العامة ألا يتم تعقيد عمل الشرطة في التحقيق ضدّ المجرمين، وبالتالي تقييد حرية التعبير وحرية التجمع مشمول بالمصلحة العامة»⁵¹².

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, 139, *op. cit.*

509

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 177.

510

Benner c. Canada, [1997] 1 R.C.S. 358, n°23811, 27 février 1997, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1482/index.do> الترجمة لنا

511

ATF 117 Ia 472 S. 482, Arrêt du 14 novembre 1991, *Sozialdemokratische Partei Baselstadt*, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_

512

وفي سويسرا، تعدّ خطوة تقدير الملاءمة كما رأينا أعلاه من ثوابت المنهج القضائي للمحكمة العليا. ففي قرار صادر بتاريخ 11 ديسمبر/ كانون الأول 2015 حول تراتيب تمنع التلميذات من ارتداء الحجاب في المدارس العمومية، أقرت المحكمة الفدرالية أنّ «السؤال الأوّل الذي يطرح نفسه يتعلّق بتحديد إن كان تحجير الحجاب على التلميذات قادرا على ضمان حياد المدرسة ... تتضمن حرية المعتقد والضّمين الواجب المحمول على الدولة بالتزام الحياد الديني والعقائدي. لكن التزام المدارس العمومية بتشجيع المدرّسين العاملين بها على احترام الحياد والمساواة في المعاملة الدينيّة لا تفترض التزاما مقابلا تجاه مستعملي (المرفق العمومي). فطالما لم يقيم التلاميذ بانتهاك الحقوق الأساسيّة للغير بطريقة غير مقبولة عند ممارسة حقوقهم الأساسيّة، فهم ليسوا خاضعين لواجب الحياد. وبصفة خاصّة، لا تفترض الموافقة على حمل تلميذة لرموز دينيّة اعتناق المدرسة العموميّة أو الدولة لمعتقد خاص ... فالتزام السّلاطات بالحياد ليس ملائما لتبرير التحجير العام لغطاء الرّأس بالنسبة إلى التّلاميذ»⁵¹³.

ونجد تقدير الملاءمة في فقه قضاء المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة كما في قرار *Pharmacies* المذكور أعلاه، حيث اعتبرت أن اشتراط تكوين مسبق لممارسة مهنة ما يعدّ كتنقيح للحرية «وسيلة ملائمة للتوقّي من السّلبات والمخاطر المحتملة» خلافا للشّروط الموضوعيّة المتّصلة بالرّخصة المسبّقة لممارسة المهنة نظرا لعدم وضوح السّلبات والمخاطر المباشرة على العموم في ممارسة المهنة من أشخاص مؤهلين علميا لكن لم يستوفوا شرط الرّخصة «بحيث لن يكون ممكنا إثبات العلاقة السببيّة بين تقييد حرية الصّناعة والتّجارة» والهدف المقدم⁵¹⁴، هذا فضلا عن خطورة تدخّل أهداف غير وجيهة متّصلة بحماية الصّيدالة الممارسين من المنافسة والذي يعدّ الهدف الحقيقي الذي لا يمكن تبريره. ويعتبر عنصر ملاءمة الإجراءات للغرض من ثوابت المنهج القضائي للتّناسب في ألمانيا. فقد اعتبرت المحكمة الدّستوريّة في قرار لاحق حول القانون المتّصل بتخزين المواد البترولية أنّ «الوسائل التي يستعملها المشرّع يجب أن تكون ملائمة وضروريّة لبلوغ الهدف المنشود. وتكون الوسيلة ملائمة إذا ساعدت على بلوغ النّجاح المأمول»⁵¹⁵.

وفي نفس السّياق، بتّ المجلس الدّستوري الفرنسي في مدى ملاءمة تدابير تشريعيّة للهدف المنشود من

date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=manifestation-masque&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=2&highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-IA-472%3Afr&number_of_ranks=23&aazclir=clir

ATF 142 I 49, Arrêt du 11 décembre 2015, *S. Schulgemeinde St. Margrethengegen A.D. und B.D.*, 513 considérant n°9, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=2015&to_year=2017&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=proportionnalit%E9-+droits+et+libert%E9s&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=2&highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-I-49%3Afr&number_of_ranks=586&aazclir=clir الرّجعة لنا

BVerfGE 7, 377 - *Apotheken-Urteil*, op. cit.

514

BVerfGE 30, 292, *Erdölbevorratung*, 16 mars 1971, §69, disponible au lien suivant : <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292.html> الرّجعة لنا

القانون، من ذلك أحكام مجلّة الإجراءات الجزائية المتعلقة بالسّجلّ الوطني للبصمات الجينية للأشخاص المحكوم عليهم من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في قائمة، ورغم طول هذه القائمة التي تعدّ «خليطاً غير متجانس العناصر»⁵¹⁶ -تضمّ الجرائم الجنسيّة والجرائم ضدّ الإنسانيّة والتعذيب والعنف المقصود وتجارة المخدرات وانتهاك الحريات والاتجار بالأشخاص واستغلال البغاء واستغلال القصر في التسوّل والإضرار بالملكات والإضرار بالمصالح الأساسيّة للأمة والإرهاب وتدليس العملة ومخالفة التشريع المتعلّق بالأسلحة والمتفجّرات- اعتبر المجلس الدّستوري أنّها ملائمة للهدف الذي ينشده المشرّع⁵¹⁷.

وعلى هدي ما سبق، هناك سؤال محوري يفرض نفسه حسب تقديرنا: ما هو معيار المعقوليّة والعلاقة السببيّة بين الإجراء التشريعي المقيد للحريّة والغرض من القانون؟ ألا يجعل تقدير الملاءمة للقاضي مطلق العنان في قياسها؟ بعبارة أخرى، كيف يمكن الجزم بيقين بوجود علاقة سببيّة مباشرة؟ هل هناك التزام محمول على المشرّع بتقديم حجج وإثباتات علميّة عن ملاءمة الإجراء التشريعي المتخذ للغرض المنشود؟

تبدو الإجابة صعبة على ضوء فقه القضاء، ففي قرار *RJR-MacDonald* الصادر عن المحكمة العليا الكنديّة في 21 سبتمبر/أيلول 1995 بشأن قانون يحجّر الإشهار بالنسبة إلى التبغ، أقرت المحكمة ما يلي: «يمكن أحيانا إثبات العلاقة السببيّة بين التقييد من الحقوق والفائدة المنشودة بواسطة دليل علمي يبرهن إثر معاينة متكرّرة أنّ الواحدة تؤثر في الأخرى. لكن عندما يتعلّق الأمر بقانون يستهدف تغيير السلوك الإنساني مثلاً هو الشّأن بالنسبة إلى القانون المنظّم لمنتجات التبغ، يمكن ألا يكون قياس العلاقة السببيّة من النّاحية العلميّة ممكناً. في هذه الحالة، أبدت محكمتنا استعدادها للإقرار بوجود علاقة سببيّة بين الخرق والفائدة المنشودة على أساس العقل أو المنطق دون التأكيد على ضرورة وجود دليل مباشر لرباط بين الإجراء التقييدي والهدف التشريعي. في قضية الحال لا وجود لأيّ دليل مباشر ذو طبيعة علميّة على وجود علاقة سببيّة بين منع الإشهار والتقليل من استهلاك التبغ. فقد تمّ بالاستناد إلى الموازنة بين الاحتمالات إقرار وجود رابط مستند إلى العقل بين بعض الأشكال من الإشهار والتحذيرات (الموجودة على المنتج) واستهلاك التبغ. لكن لا يوجد علاقة سببيّة مستندة إلى دليل مباشر أو إلى العقل والمنطق بين هدف التقليل من استهلاك التبغ والتّحجير المطلق الذي يفرضه الفصل 8 لاستعمال العلامات في منتجات أخرى غير منتجات التبغ»⁵¹⁸. وهذا يعني أنّ المحكمة استندت إلى «حدس»⁵¹⁹ القاضي للبتّ في وجود رابط عقلائي بين التقييد والغرض المنشود. وتبقى المسألة إذن رهينة الحسّ السليم كما يشته قرار آخر للمحكمة العليا الكنديّة حول تحجير

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012, p. 3, disponible au lien suivant : http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Goesel_PDF_corr01-2.pdf. الترجمة لنا

Décision 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], considérant n°22, 517 disponible au lien suivant <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201025QPC.htm>

RJR-MacDonald Inc. c. Canada, [1995] 3 RCS 199, n°23460, 23490, 21 septembre 1995, disponible au lien suivant : 518 <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1290/index.do>. الترجمة لنا

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 177. الترجمة لنا

الأتجار بالمواد الفاضحة جنسيا، واعتبرت المحكمة أنه «يوجد رابط عقلاي بما فيه الكفاية بين الهدف والعقاب الجزائي الذي يثبت رفض مجتمعنا لنشر المعدات التي قد تلحق أذى بالنساء والذي يحد من التأثير السلبي لهذا النوع من المعدات على تغيير المواقف والسلوك. ورغم أنه من الصعب إثبات وجود علاقة مباشرة بين الفجور والضرر الملحق بالمجتمع، من المعقول افتراض وجود علاقة سببية بين التعرض إلى الصور والمشاهد (الجنسية) والتغيرات في التصرفات والمعتقدات»⁵²⁰.

ولا تعد المحكمة الدستورية الألمانية أكثر صرامة في تقدير ملاءمة الاجراءات التشريعية للغرض المنشود من القانون تاركة حسن تقدير الوسائل للمشروع، وهو ما يستنتج صراحة من بعض قراراتها، من ذلك القرار المذكور أعلاه حول قانون تخزين المواد البترولية، حيث أقرت المحكمة صراحة أن «أهداف السياسة الاقتصادية للمشروع لا غبار عليها. فمبدأ التناسب يكتفي بضبط حدود قصوى لحرية المشروع في التقدير... وفيما يتعلق بالتدخلات التشريعية في الحياة الاقتصادية، يعود للمشروع أن يقرر استنادا إلى أفكاره وأهداف السياسة الاقتصادية وفي احترام للقواعد المادية المنظمة للمجال المعني أن يقرر الإجراءات التي يروم اتخاذها من أجل المصلحة العامة. حتى فيما يتعلق بتشخيص بعض المخاطر التي تهدد السكان وتقييمها والتي يقدر المشروع ضرورة التوقي منها والتدخل في مجال الحريات الفردية، فإن الدستور يمنح للمشروع مجالا للتقدير لا يمكن تجاوزه إلا إذا كانت اعتباراته من الخطأ الواضح بمكان لتجعلها غير مؤهلة بصفة معقولة لأن تصلح كأساس للإجراءات التشريعية»⁵²¹.

من الواضح إذن أن بين حدس القاضي والسلطة التقديرية الواسعة للمشروع هناك نوع من قرينة ملاءمة الإجراءات التشريعية للغرض المنشود، ولا أدل على ذلك من أنه على الأقل بالنسبة إلى التجربتين الألمانية والكندية، قلما تحقق القوانين في الخطوة الأولى⁵²². وإذا كان القاضي يمارس رقابة دنيا على الملاءمة تكتفي بوجود حد أدنى من المعقولية في خيارات المشروع دون اشتراط أدلة علمية مع الاكتفاء بالمنطق و«الحدس» أن يكون ذلك خطيرا؟

لنعترف أن الحدس غير غريب عن وظيفة البت في النزاعات، بل أكثر من ذلك وحسب النظرية الواقعية الأمريكية، يتخذ القضاة قراراتهم على أسس غير قانونية منها الحدس ثم يقومون بتأسيسها على القانون⁵²³،

R. c. Butler, [1992] 1 RCS 452, op. cit. الترجمة لنا 520

BVerfGE 30, 292, op. cit., §72. 521

GRIMM (D.), op. cit., p. 389 ; SCHMIDT NOEL (A), op. cit., p. 179 ; UERPMANN-WITZACK (R.) « Le 522 contrôle de proportionnalité exercé par la Cour Constitutionnelle fédérale », *Etudes et réflexions 2018*, Conférence-débat du CDPC – Le principe de la proportionnalité – le 8 février 2018 sous la présidence de Marie Goré, *Revue générale du droit*, p. 10, disponible au lien suivant : http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/coll_par2_20180208_Robert%20UERPMANN-WITZACK.pdf

VAN MEERBEECK (J.) « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », in. 523 CARTUYVELS (Y.), BAILLEUX (A.), BERNARD (D.), DUMONT (H.), HACHEZ (I.) et MISONNE (D.) (dir.) *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Publications de l'Université de Saint Louis, 2018, disponible au lien suivant : <https://books.openedition.org/pusl/23709>

وهو أمر يستتبعه القاضي وتسمح بتأطيره الضمانات المتصلة بالنظام القانوني في حد ذاته والمنظومة التّعديدية التي توجّهه ومبدأ المواجهة والصّبغة الجماعية للهيئات الحكمية⁵²⁴، كما يحمي القاضي من التقديرات الاعتبارية. لكن بقطع النظر عن هذه الاعتبارات «النفسية»، يحقّ التساؤل إن لم تكن قرينة ملاءمة الإجراءات التشريعية للغرض المنشود هي وجه من وجوه قرينة عقلانية المشرع *présomption de rationalité du législateur* الصّورية لمشروعية استناد القاضي - في المطلق - إلى القانون، والتي يعرفها أوست Ost بأنها تعني أن المشرع «متناسق واستباقي ومنصف وأنه يلائم على أفضل وجه الوسائل للغايات وأنه لا يقوم بأي شيء غير مفيد»⁵²⁵، وهي تضاف إلى قائمة القرائن المرتبطة بالقانون من أنه تعبير عن الإرادة العامة وأنه تمّ التصويت عليه وفق إجراءات سليمة وأنه معلوم من الجميع⁵²⁶. وقرينة عقلانية المشرع يرتبط بها مبدأ توجيهي في التأويل، فطالما أن المشرع متناسق ولا يناقض نفسه، لا بدّ من تأويل النصّ بطريقة تجعله متناسقا مع بقية مكونات المنظومة التّعديدية⁵²⁷. فمفترض في القانون أن يكون مطابقا للدستور كما تحيل قرينة عقلانية المشرع إلى «تناسق التشريع الذي يعتبر ككلّ منطقي ومتناسق ومنظم ويدعو المؤول في صورة وجود عدّة تأويلات ممكنة إلى اختيار التأويل الذي يحافظ أكثر على هذا التناسق»⁵²⁸. ورغم أن تأسيس منظومة مراقبة دستورية القوانين يقوم على اعتبار قرينة عقلانية المشرع قرينة بسيطة قابلة للدحض على الأقلّ فيما يتعلق بالمطابقة مع الدستور، إلا أن تعامل المحاكم مع الخطوة الأولى ومع أهداف المشرع بالدرجة الأولى يعكس وجهها من وجوه عقلانية المشرع، وهي افتراض عقلانية التدخّل التشريعي لضبط الحريات. وهي قرينة بسيطة قابلة للدحض على ضوء القوانين الضابطة للحريات الفردية في تونس، خاصة الزجرية منها.

هل التدابير التي تنصّ عليها القوانين المنظمة للحريات الفردية في تونس متلائمة مع الغرض منها؟

كثيرة هي التدابير التشريعية الضابطة للحريات الفردية في تونس، تضع قيودا على شتى الحريات والحقوق من حقّ الأمان على النفس وحرية التنقل وحرية اختيار مقرّ الإقامة لكنها تتفق فيما تستند إليه من كثافة للتدخّل التشريعي. وسنميّز هنا بين صنفين من التدخّل، أولا في المادة الجزائية ثم فيما يخرج عنها.

524 نفسه.

525 OST (E) « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in. VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, Publications de l'Université de Saint Louis, 1978, disponible au lien suivant : <https://books.openedition.org/pusl/8900#ftn1>. الترجمة لنا.

526 نفسه.

527 نفسه.

LAUZIERE (L.), *L'interprétation des lois, Chaire de rédaction juridique*, Louis-Philippe Pigeon, Université Laval, 2012, 528 p. الترجمة لنا.

*التدابير الجزائية:

سبق أن ميّزنا أعلاه بين ثلاث أبعاد لتدخل المشرّع في المجال الجزائي مع إقرارنا مبدئيًا بأنها لن تخضع بنفس الطريقة إلى اختبار التناسب، ويتعلّق الأمر بمبدأ التّجريم وإقرار العقوبات ثمّ بالإجراءات الجزائية⁵²⁹. وسنقوم إذن بتناول «ثنائي الجريمة والعقاب»⁵³⁰ قبل إخضاع الإجراءات الجزائية إلى اختبار الخطوة الأولى.

«ثنائي الجريمة والعقاب»: مدى ملاءمة مبدأ التّجريم ورديفه من العقوبات

كنا قد دافعنا عن إمكانية التقاطع بين التناسب في القانون الجزائي وتناسب الفصل 49 طامحين في إمكانية تطويع الاختبار الثلاثي مع مقتضيات القانون الجزائي في شقيه التّجريمي والعقابي.

فأمّا بالنسبة إلى التّجريم، فإنّ الأمر يتعلّق بالإجابة عن السّؤال المحوري التالي: «متى يجب أن يجرّم المشرّع؟ ماهي الأفعال التي تعتبر اجتماعيًا خطيرة إلى حدّ ما حتّى تبرّر إجابة جزائية مفترض فيها أن تكون عقابية؟ وفي المقابل ما هي الأفعال التي لا تبدو له خطيرة ويمكن الاكتفاء بشأنها بعقوبة إدارية وحتى مدنيّة ذات طبيعة رديّة فقط؟ تقوم الإجابة الجزائية باختصار على خطورة الأفعال التي تجعل من التّجريم ضرورة»⁵³¹. وبالتالي من السّهل نسبيًا، على الأقلّ، القيام بخطوة الملاءمة فيما يتعلّق بمبدأ التّجريم بما أنّ طرفي المقابلة واضحين، وسيلة - هي مبدأ التّجريم ذاته - وهدف - هو التوقي من الأفعال الخطيرة أي التوقي من الجريمة وحماية الأمن العام⁵³² - . فأهداف سلطة التّجريم والتّتبّع واضحة عموماً وهو ما تبرزه قرارات المجلس الدّستوري الفرنسي الذي اعتبر أنّ «التّوقي من انتهاكات النظام العام وخاصة انتهاك الحرمة الجسديّة للأشخاص والبحث عن المخالفين وإدانتهم تعدّ أساسية للحفاظ على مبادئ وحقوق ذات قيمة دستوريّة. ويعود للمشرّع التّوفيق بين هذه الأهداف ذات القيمة الدّستوريّة وممارسة الحريات العامّة المضمونة دستوريًا»⁵³³.

لكن هذا الهدف العام يصعب تطويعه بشأن العقوبات خاصّة أنّ مبدأ تناسب الجرائم والعقوبات يفترض موازنة بين الجريمة والعقاب، أي أنّه مبدأ قائم على موازنة داخلية لا تقبل مبدئيًا التّجزئة. مع ذلك، لو أمعنا النّظر في سلم العقوبات ذاته، للاحظنا أنّه مرّتب ترتيباً تصاعدياً بحسب خطورة

529 أنظر أعلاه، ص. 80.

530 نستعير هذه العبارة من قيوم شيتار في ترجمة لـ «le couple crime-peine». أنظر:

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 69.

PRADEL (J.), *op. cit.*, p. 1133. التّرجمة لنا.

531

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 55.

532

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, considérant n°2, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99411DC.htm>. التّرجمة لنا.

العقوبة على الحرية ومن المفترض أن يقابل سلماً للجرائم مرتب تصاعدياً بحسب خطورة الأفعال على الغير وعلى الأمن العام. وهو ما يؤدي إلى التصنيف التقليدي الأساسي للجرائم على أساس الخطورة بين مخالفات وجنح وجنايات يقابلها تقدير للعقوبات ترجمه المشرع الجزائري التونسي في الفصل 6 من المجلة الجزائرية بتنصيبه على ما يلي: «تضبط هذه المجلة أقصى العقوبة المستوجبة لكل جريمة أما أدناها فيضبطه الفصلان 14 و16 منها»⁵³⁴. وهذا ما يعني أنّ المشرع حدّد الأدنى في الفصلين 14 و16 وحدّد الأقصى في مختلف أحكام المجلة المنظمة للجرائم. وبخصوص الأدنى، ينصّ الفصل 14 على أنّه «ضبطت بخمس أعوام أدنى عقوبة السجن في الجرائم التي يعتبرها القانون جنائية على معنى الفصل 122 من مجلة الإجراءات الجزائرية وبسبب عشر يوماً في مادة الجنح ويوم واحد في مادة المخالفات واليوم أربع وعشرون ساعة والشهر ثلاثون يوماً»⁵³⁵. ثمّ ينصّ الفصل 16 من ذات المجلة على أنّه «لا يمكن أن يقلّ مقدار الخطية عن دينار واحد في مادة المخالفات ولا عن ستين ديناراً في غير ذلك من الصور عدا الحالات المقررة بوجه خاصّ بالقانون»⁵³⁶.

هذا هو التّقسيم الأساسي للعقوبات الذي من المفترض أن يستوعب مختلف التصرفات الإنسانية، وهو أمر مستحيل منطلقاً حسب بكاريا، «فلو أنّ علم الهندسة يمكنه التّأقلم مع كلّ تشكيلات التصرفات الإنسانية الغامضة والتي لا حصر لها، لوجب إيجاد سلّم ملائم مقابل للعقوبات ينزل من الأشدّ إلى الأخفّ. لكن يكفي للمشرع الحكيم أن يحدّد النقاط الأساسية ويحترم الترتيب مع تفادي تطبيق عقوبات الدرجة الأخيرة على جرائم الدرجة الأولى»⁵³⁷، وهو ما يستنتج منه غيوم شيتر في ظل استحالة القياس الدقيق لضرورة العقوبات التي سبق أن أشرنا إليها⁵³⁸ أنّ «تناسب الجرائم والعقوبات يظلّ مجرد مسكّن «un simple palliatif» في استحالة قياس ضرورة الجزاء»⁵³⁹.

ولكي نخرج من مأزق صعوبة تقييس العقوبات خارج منطق مراقبة التناسب بينها وبين الجرائم بمعنى استحالة القيام برقابة ملاءمة بينها وبين الهدف - وهو ما تفترضه الخطوة الأولى في اختبار التناسب -، علينا أن نعود إلى مبادئ المعقوليّة و«حكمة المشرع» في استعادة لصيغة بكاريا في علاقة بمنطق الفصل 49 الذي قلنا أنّه عبر اشتراط الصّورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة يضع حدّاً أدنى للمعنى وتوجيهها أدنى للمنهج. فإذا كان سلّم العقوبات يقابل سلّم الجرائم الذي بدوره يقابل سلماً للأهداف أو للمصالح المحميّة التي تمّ انتهاكها، وجب التّأكد كلّ مرّة أوّلاً من عدم الإسراف في الحدّ

534 المجلة الجزائرية، المرجع سابق الذكر، ص. 8.

535 نفسه، ص. 9.

536 نفسه، ص. 14.

الترجمة لنا. BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, op. cit., Chap. VI, p. 161.

537

538 أنظر أعلاه، ص. 82.

الترجمة لنا. CHETARD (G.), op. cit., p. 68.

539

الأدنى والحدّ الأقصى عند التّجريم وعند ترتيب العقوبات، أي في النهاية عدم الإسراف في تقدير الضرورات والمصالح التي يُستوجب حمايتها ومن ثمّة احترام المعقوليّة في ترتيب العقوبات حتى تتلاءم درجتها مع خطورة الجرم.

وبالتالي، يمكن أن نترجم الملاءمة بين الإجراء وموجهه بالبحث عن علاقة سببيّة أو رابط عقلائي بين التّجريم وموجهه على مستوى مبدأ التّجريم في حدّ ذاته وبين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سلّم العقوبات بما سيسمح لنا بقياس غياب «اللاتناسب الفادح»⁵⁴⁰ *la disproportion manifeste* أسوة بالمجلس الدّستوري الفرنسي⁵⁴¹ وفقا لمعيار المعقوليّة والحس السليم. ف «الثنائيات» جريمة-عقوبة، «عندما تقارن بعضها ببعض بطريقة مجرّدة وشاملة، يجب ألاّ تشكّل خليطا غير متناسق»⁵⁴². وهو منهج يعكسه فقه قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي، حيث اعتبر أنّه «حسب التشريع الجاري به العمل، تجاوز السرعة القصوى بـ50 كم في السّاعة على الأقلّ لا يشكّل إلاّ مخالفة من الدّرجة الخامسة التي لم يتمّ بشأنها إقرار جريمة العود، وأنّه بإقرار جريمة العود بشأن هذه المخالفة وبزجرها بعقوبة جناحيّة بثلاثة أشهر سجنا وبخطيّة بـ25000 فرنك فرنسي يكون المشرّع قد حدّد عقوبة قصوى أقلّ من مقدار العقوبة التي يمكن التّصريح بها إذا كانت الفعلة المجرّمة تستجيب لشروط الفصل 1-223 من المجلّة الجزائيّة أخذا بعين الاعتبار لدرجة الخطورة الخاصّة بمختلف الأفعال المجرّمة»⁵⁴³.

بحيث سيكون هذا منهجنا في محاولة تطبيقنا لاختبار التناسب على الأحكام الزّجرية في تشريعنا الجزائي في علاقة بالحريات الفردية انطلاقا من البحث عن هذه العقلائيّة في «ثنائيات الجريمة والعقاب».

540 نفسه، ص. 67.

Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, considérant 541 n°7, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86215DC.htm>. التّرجمة لنا أنظر أيضا:

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 67.

CHETARD (G.), *op. cit.*, p. 69. التّرجمة لنا.

542

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, considérant n°14, *op. cit.* التّرجمة لنا.

543

ملاءمة العقوبة: الرابط العقلائي بين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سلم العقوبات	ملاءمة مبدأ التجريم: الرابط العقلائي بين التجريم وموجبه	الأحكام التشرعية الممتية	الحق المعني
<p>العقوبة</p> <p>باستثناء الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر الذي يقر عقوبة الخطئية ويقطع النظر عن الرأي القائل بأنه ألغى النص من السابقة المتخالف له في مجال التלב -أي الفصل 128 من المجلة الجزائية⁵³³- فإن مختلف العقوبات المتصلة بحرية التعبير هي عقوبات سجنية من السجن عاما إلى ثلاث سنوات إضافة إلى الخطايا. وحتى لو سلمنا بأن التقييد القضائي وسيلة للإدانة العقوبة مع ظروف الجريمة ومقتضاها، فإن السجن إلى ثلاث سنوات بخصوص الإساءة إلى رئيس الجمهورية مثلا وعلى هدي قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الذي سبق بيانه في قضية <i>Enon France</i> وما ترتب عنه من إلغاء جملة الإساءة لرئيس الجمهورية، يبرز أنه حتى إذا أقرنا بوجاهة التجريم، فإن السجن ثلاث سنوات كتنجئة لذلك لا يتواءم مع الفعل المجرم⁵³⁴.</p>	<p>الجريمة</p> <p>يقطع النظر عما يمكن إيراد من تحفظات في خصوص توفر الضرورة الخارجية لتجريم الانتهاكات المتصلة بحرية التعبير في دولة مدنية ديمقراطية، فإن حرمة التجريبات الواردة في علاقة بحرية التعبير تبدو العلاقة السببية بشأنها بين التدبير التشريعي -أي تجريم الإساءة إلى رئيس الجمهورية والموظفين العموميين والجيش والعلم- والهدف منها -أي حماية حقوق الغير مبدأ من سمعة وكرامة وحماية الوظيفة تأديا- موقوفة إلى حد ما.</p>	<p>-الفصل 67 من المجلة الجزائية: يعاقب على «إتيان أمر موحش» ضد رئيس الجمهورية بالسجن ثلاث أو خطية 240 ديناراً⁵⁴⁴؛</p> <p>-الفصل 125 من المجلة الجزائية: يعاقب على «هضم جانب موظف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها» بالسجن عاما وخطية 120 و⁵⁴⁵؛</p> <p>-الفصل 126 من ذات المجلة: يعاقب على «هضم جانب موظف من النظام العمل بالجلسة» بالسجن عامين⁵⁴⁶؛</p> <p>-الفصل 128 من ذات المجلة: يعاقب على «نسبة أمر غير قانوني لموظف عمومي أو شبهه يكون متعلقا بوظيفته دون الإذلاء بما يثبت صحة ذلك» بالسجن عامين وخطية 120 دينار⁵⁴⁷؛</p> <p>-الفصل 129 من ذات المجلة: يعاقب على «هتك العلم التونسي أو الأجنبي» بالسجن عامين⁵⁴⁸؛</p> <p>-الفصل 245 من ذات المجلة: يعاقب على «نسبة أمر لدى العموم فيه هناك اعتبار هيئة رسمية» بالسجن ستة أشهر وخطية 240 و⁵⁴⁹؛</p> <p>-الفصل 87 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية الذي يعاقب على «التحريض على النفرة من الخدمة العسكرية» بالسجن إلى ثلاث سنوات⁵⁵⁰؛</p> <p>-الفصل 91 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية يعاقب على «تحقير العلم أو الجيش والست من كرامته أو سمعته أو معنونه» بالسجن إلى 3 سنوات⁵⁵¹؛</p>	<p>التجريم المتصل بحرية التعبير</p>

<p>ملاءمة العقوبة: الرابط العقلائي بين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سلم العقوبات</p>	<p>ملاءمة مبدأ التجريم: الرابط العقلائي بين التجريم وموجبه</p>	<p>الأحكام النشرية المعينة</p>	<p>الحق المعني</p>
<p>ويمكن في سلم تنازلي أن نعتبر ملائمة المتجنن الآلي وملائته مع الأفعال المجرمة مشكوكا فيها.</p>			<p>– الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر يعاقب على التلبب بخطية تصل إلى 2000 د، وقد عرّف التلبب بأنه «كل الأفعال أو نسبة شيء غير صحيح بصورة عليّية من شأنه أن يبال من شرف أو اعتبار شخص معيّن بشرط أن يترتب عن ذلك ضرر شخصي ومباشر للشخص المعني»⁵⁵².</p>

544 المجلة الجزائرية، المرجع سابق الذكر، ص. 27.

545 نفسه، ص. 40.

546 نفسه، ص. 40.

547 نفسه، ص. 41.

548 نفسه، ص. 41.

549 نفسه، ص. 71.

550 مجلة الرافعات والعقوبات العسكرية ونمو ص ملحقه، المرجع سابق الذكر، ص. 28.

551 نفسه، ص. 29.

552 المرجع سابق الذكر، ص. 2565.

553 كحلون (ع)، التعليق على المجلة الجزائرية التونسية، المرجع سابق الذكر، ص. 341.

554 أنظر أعلاه، ص. 141-142.

ملازمة العقوبة: الرابط العقلائي بين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سَلَم العقوبات	ملازمة مبدأ التجريم: الرابط العقلائي بين التجريم وموجبه	الأحكام التشرعية المعنوية	الحق المعني
<p>نورد نفس الملاحظة بالنسبة إلى عقوبة الستم أشهر سجنا وخطية الألف دينار لأن الملازمة لا يمكن أن تتم بين جرم غير واضح الأركان والعقوبة المقررة له.</p>	<p>من الصعب تقدير العلاقة السببية بين طرفين أحدهما - أي الأخلاق الحميدة - مستحيل التحديد وهو ما حاولنا إثباته في علاقة بانتهاء الشريعة الجزائية³⁵⁸.</p>	<p>-الفصل 226 مكرر من المحلّة الجزائية في تجريمه للاعتداء العاني على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو لمن يعتمد علنا إلى مضايقة الغير بوجه يجل بالحياه بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها ألف دينار: «يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها ألف دينار كل من يعتدي علنا على الأخلاق الحميدة.</p> <p>ويستوجب نفس العقوبات المذكورة بالفقرة المتقدمة كل من يلفت النظر علنا إلى وجود فرصة لارتكاب فجور وذلك بكتابات أو تسجيلات أو إرساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو صوتية»³⁵⁵.</p>	<p>التجريم المنصل بالحياة الخاصة</p>
<p>طالما كانت العلاقة السببية بين تجريم التصرفات الجنسية الرضائية بين الرشد والهدف منه هشة لعدم تأكد هذا الهدف، فمن باب أول يعتبر عقاب الثلاث سنوت عقابا مشطاً للعناية غير متلائم مع النعملة.</p>	<p>-الرابط بين التجريم وبين الهدف منه هش، أو لا للصفة غير الثابتة لوجود أحد الأهداف إذ لا آداب عامة بالنسبة إلى تصرف حميمي في قضاء خاص ولا نحل الصحة العامة أو الأمن العام أو الدفاع الوطني مهددة بالتصرفات الحميمة ما لم تمارس على قسر وهو ما يعكسه قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان السابق الذكر، إذ عندها تتصادم حرية التصرف المبلي مع حقوق الغير من الفئات الهشة في الحماية³⁵⁹.</p>	<p>- الفصل 230 من المحلّة الجزائية: «المراد أو المساجحة إذا لم يكن داخلا في أي صورة من الصور الفقرة بالنصوّل المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام»³⁵⁶.</p>	

العقاب السجني الذي يصل إلى سنتين سيملأ في النهاية لا على فعل البغاء طالما أنه مباح وفق الترتيب الجاري بها العمل وأياً على مخالفة هذه الأخيرة. وهذا هو طرفا الملائمة اللذان يجب تقدير مدى ملائمتها. ونوافق إذن الاتجاه الذي يذهب إلى القول بأنه «ليس القبول في حد ذاته هو المحرم بل عدم القيام به بموجب رخصة. فليست الآداب العامة ولا الأخلاق الحميدة هي التي وقع اللبس بها بل الاعتناء على الترتيب وعدم احترامها، وتحديد الفراق الصادر في 30 أفريل/ نيسان 1942 (...)» والحين بيشور وزير الداخلية المورخ في 12 جانفي/كانون الثاني 1977. ولذا لا يكون العقاب المقرر لهذه «الجريمة» متناسبا معها ... فليس من المعطى قانوناً أن تكون عقوبة مخالفة الترتيب السجن من 6 أشهر إلى سنتين»⁵⁶¹.

الواضح أنه يمكن إيجاد علاقة سببية بين تحريم البغاء السري في دولة مدنية ديمقراطية والهدف منه أي موجبات الصحة العامة. فالشكل في الفصل 231 ليس بالأساس في تقديرنا مشكلاً في التحريم لأن التشريع التونسي كما رأينا ينظم البغاء العلني ولا يحظره حسب قرار 30 أفريل/ نيسان 1942، كما أن هدف حماية الصحة العامة فيه قدر من الوجهة، وأما هو مشكل تجريم «الصدقة» الذي له كما رأينا آثار عكسية. ونفهم إذن لماذا اقترح تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة «إعادة النظر في الفصل (231) بتحديد أركان تعاطي الغناء»⁵⁶⁰.

الفصل 231 من المجلة الجزائية: «النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالترتيب الجاري بها العمل يعرض أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الجناة ولم صدقن يعاقبن بالسجن من ستة أشهر إلى عامين وبخطية من عشرين ديناراً إلى مائتي دينار. يعتبر مشاركاً ويعاقب بنفس العقوبات كل شخص اتصل بأحدى تلك النساء جنسياً»⁵⁶⁷.

555 المجلة الجزائية، المراجع سابق الذكر، ص. 63-64.

556 نفسه، ص. 67.

557 نفسه، ص. 67.

558 أنظر أعلاه، ص. 119-122.

559 أنظر أعلاه، ص. 151-152.

560 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المراجع سابق الذكر، ص. 94.

561 الفرشيشي (و)، الفصا، (1)، الماجري (خ)، مذكرات اللاأستورتي، المراجع سابق الذكر، ص. 52.

<p>ملاءمة العقوبة: الرابطة العقلائي بين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سلم العقوبات</p>	<p>ملاءمة مبدأ التجريم: الرابطة العقلائي بين التجريم وموجبه</p>	<p>الأحكام التشرعية المعينة</p>	<p>الحق المعني</p>
<p>طالما كان الهدف من عقوبة الإعدام هو بالأساس الاقتصاد من مرتكبي الجرائم الخطيرة، فإن تسليط عقوبة الإعدام على جرائم لا تؤدي إلى القتل ينتهك عقلائيّة هذا الرابطة بين خطورة الجرم ودرجة العقوبة، ناهيك أنّ الفصل 22 من الدستور وضع معيار «الأقصى» في إباحة الإعدام. ونوافق إذن القاضي مالك الغزواني في قوله أنّه «من الواضح أنه يوجد إعدام في التناسب بين الغاية (حماية الأمن العام وحقوق الغير) والوسيلة (الإعدام). فحفظ سلطة القضاء والذود عن هيئته وحرمة القاضي، بذنا ومعنويا هي اعتبارات من الأهمية بمكان لكنها لا تحتاج لتحقيقها إعدام المعتدي»⁵⁶⁵.</p>	<p>العلاقة السببية بين مبدأ تجريم تصرفات خطيرة فيها اعتداء على الأشخاص والهدف من التجريم أي حماية حقوق الغير وسلامته والأمن العام ثابتة.</p>	<p>الفصل 126 من المجلة الجزائية ينصّ على أنّه «إذا كان هضم الجانب واقعا بالجلسة لموظف من النظام العملي فالعقاب يكون بالسجن مدة عامين. ويكون العقاب بالإعدام إذا وقع الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به ضد قاض بالجلسة»⁵⁶².</p> <p>الفصل 93 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية ينصّ على أنّه «يعاقب بالإعدام كل ربان أو ضابط يفتك سفينة بالمعنف أو بالتجديف»⁵⁶³.</p> <p>– ينصّ الفصل 54 من القانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أوت / آب 1998 والتعلق بالسكك الحديدية على أنّه يعاقب بالإعدام «كل من يتعمد الإضرار أو تشغيل بدون إذن أجهزة منشآت السلامة الخاصة بالسكك»⁵⁶⁴.</p>	<p>انتهاك حق الحياة</p>

562 المجلة الجزائية، المرجع سابق الذكر، ص. 40.

563 المجلة التأديبية والجزائية البحرية، المرجع سابق الذكر، ص. 30.

564 المرجع سابق الذكر، ص. 1822.

565 الغزواني (م)، دليل القاضي العملي في تطبيق الفصل 49 من الدستور – رفاة القاضي العملي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، المرجع سابق الذكر، ص. 110.

ولنعترف أنّ محاولة قياس مدى ملاءمة التجريم في التشريع التونسي تؤدّي بنا عموماً إلى معاناة «رخاوة» التمرين الذي يبرزه فقه قضاء المحاكم العليا فيما يتعلّق بالاختبار الأوّل كما بينا ذلك أعلاه. إذ عادة ما يوجد حدّ أدنى يبرّر النّزعة التجريميّة لبعض التّصرّفات في علاقة بما سبق التّعرّض له في باب الضّروقات أين تساءلنا إذا كانت هناك ضرورة للتّجريم في دولة مدنيّة ديمقراطيّة، أي إذا كان هناك تلاؤم بين الفعلة وتجرّيمها من منظور القيم الديمقراطيّة؟ فإذا سلّمنا بذلك بوضوح، هان إلى حدّ ما الاختبار الأوّل في منهج التّناسب طالما أنّه عادة ما يكون هناك مبرّر لتدخّل المشرّع من أجل حماية أحد الأهداف المشروعة. وهو ما يبرزه فقه القضاء الذي ذكرناه أعلاه، إذ نادراً ما «تحقق» التّدابير التّشريعيّة في اختبار الملاءمة. لكن يختلف الأمر إذا تعلّق الاختبار بتقييدات لم يحسم بشأن صبغتها الضّروقيّة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة أي في الصبغة الثابتة للملاءمة الخارجيّة بين التّصرّفات المعنيّة بالنّظر ومبدأ تجريمها، وهذا هو شأن بعض الجرائم في تونس لعدم الحسم في بعض الضّروقات خاصّة الأخلاقيّة منها.

مدى ملاءمة الإجراءات الجزائيّة

تعدّ الإجراءات الجزائيّة «الانعكاس الحقيقي في دولة ما لشروط تصوّر العلاقات بين الدّولة والذّات الإنسانيّة»⁵⁶⁶، وهذا ما يفرض إخضاعها إلى اختبار التّناسب انطلاقاً من الخطوة الأولى - أي اختبار الملاءمة - مع هدفها الأكبر وهو الكشف عن الحقيقة ونجاعة البحث. ومن هنا سنتعرّض إلى مختلف الإجراءات الجزائيّة من منظومة الإيقاف قبل المحاكمة وإجراءات التّحقيق وطرق التّحري الخاصّة ثمّ التّدابير الاحترازيّة.

566 التّرجمة لنا MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, Tome II, *Procédure pénale*, 5e éd., Paris, Cujas, 2001, n° 4, p. 16.

حسب الفصل 84 من مجلة الإجراءات الجزائية، «الإيقاف التخططي وسيلة استثنائية ويجب عند اتخاذها مراعاة القواعد الواردة بالفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية»⁵⁷⁷ الذي ينص في فقرته الأولى على أنه «يمكن إيقاف المُنُون فيه إيقافاً تحفظياً في الجنايات والجنايات المنبئ بها وكذلك كما ظهرت قرائن قوية تستلزم الإيقاف باعتباره وسيلة أمن يتلافى بها اقتراح جرائم جديدة أو ضماناً لتنفيذ العقوبة أو بطريقة توفر سلامة سير البحث»⁵⁷⁸.

وهذا يعني وجود علاقة سببية مبدئية بين إجراء الإيقاف التخططي و«سلامة سير البحث» الضرورية لبعثها العمالة الجزائية الهامة بدورها لضمان الأمن العام، في حدود ما تم بيانه بالنظر للعلاقة العامة للجنة المعنية بحقوق الإنسان المذكور أعلاه في خصوص الاحتفاظ قبل الحكم.

إذا كان الاحتفاظ والإيقاف التخططي يرتبطان بالأساس بسلامة سير البحث ويرتزان بالضرورة بما يجعل منها وسيلة حرمان من الحرية مرتبطة عقلياً بالهدف، فإن الإيقاف قبل الحكم سواء من قبل دائرة الإتهام أو محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية لم ترده مجلة الإجراءات الجزائية بالصيغة الاستثنائية والتأكد مما قد يقلب الإيقاف كاستثناء لحالة السراح إلى مبدأ.

ورغم تخصيص الفصل 85 من ذات المجلة في فقرته الخامسة على أنه «لا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الإتهام بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق لمصالته بعض الأعمال التي تقتضيها تهيئة القضية للفصل تجاوز المدة القصوى للإيقاف التخططي للمتهم الذي يتحقق، في هذه الحالة على قاضي التحقيق أو دائرة الإتهام، حسب الأحوال الإذن بالإفراج عنه مؤقتاً دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير اللازمة بضمان حضوره»⁵⁷⁹، فإن تمكين دائرة الإتهام «دائماً أن تصدر بطاقة إيداع ضد المُنُون فيه» وحكم الناحية من إبقاء المُنُون فيه تحت طلبه بمقتضى بطاقة إيداع أو المحكمة الابتدائية من تأييد بطاقة الإيداع حسب الفصل 206 في مجال الجلبج لزيد التَحْرِي، من شأنها أن تظيل فترة الإيقاف قبل إصدار الحكم.

وقد لاحظ القاضي مالك الغزواني بشأن الفصل 117 ذي «الصياغة (ال)صادمة» بمرونتها و«عموميتها» أن «المعلوم أن دائرة الإتهام عندما تتعهد بأصل القضية تكون أعمال البحث فيها قد استكملت من طرف قاضي التحقيق، وهو ما يعني انتهاء ركن التلبس لمرور زمن

الإيقاف التخططي المنصوص في الفصول 84 و85 من مجلة الإجراءات الجزائية والمركول لحاكم التحقيق (الفصول 78 و80 و84 م.أ.ج.)⁵⁸⁰.

الإيقاف⁵⁷³

موكل هيئات التحقيق أي دائرة الإتهام: الفصل 117 م.أ.ج.⁵⁷⁴؛
- والهيئات الحكومية: حاكم الناحية بالنسبة إلى الإيقاف في مادة المخالفات (الفصل 202 م.أ.ج.)⁵⁷⁵ والمحكمة الابتدائية في مادة الجلبج (الفصل 206 م.أ.ج.)⁵⁷⁶.

573 انظر في هذا الشأن الغزواني (م)، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور - وقاية القاضي العدلي للناسب بين ضوابط الحقوق والحريات ومواجهتها، المراجع سابق الذكر، ص. 83.

574 نفسه، ص. 83-84.

575 نفسه، ص. 59.

576 نفسه، ص. 61.

577 مجلة الإجراءات الجزائية، المراجع سابق الذكر، ص. 31.

578 نفسه، ص. 31-32.

عن ارتكاب الجريمة وكذلك عدم وجود خشية على سلامة البحث الذي انتهى مبدئياً، ففي كثير من الأحيان يكون قرار الإيقاف من طرف دائرة الإتهام قراراً مبدئياً فقط على عدم مشاركة موقف حاكم التحقيق بإبقاء المظنون فيه بحالة سراح رغم توفر أدلة جديده على ارتكابه جريمة خطيرة. وأكثر من هذا فقد فهم الفصل 117 المذكور على أنه يجيز للدائرة الإتهام إيقاف المظنون قبل تعهدهما بالأصل وحتى بمناسبة طعن صادر عن المظنون فيه ذاته في قرار احترازي اتخذه ضده قاضي التحقيق مثل تجسيد أموره وتجيز السفر عنه فيقصد المظنون فيه دائرة الإتهام حراً ويخرج منها مغلول الأيدي»⁵⁸⁰.

تبدو العلاقة السببية مبدئياً متوقفة بين منظومة الإيقاف من أجل الجرائم المركبة على ظهر السفن والهدف منها وهو الصبغة الوقائية وضروة البحث، وهي صبغة استثنائية أكد عليها الفصل 19 بالإحالة إلى «الحاجة» التي تبرز اعتقال المظنون فيه من قبل الريان بوصفه يقوم «بوظائف مأمور الضابطة العدلية بالنسبة إلى جميع الجنائيات والجمع المركبة على متن السفينة»، حسب الفصل 59 من مجلة التجارة البحرية⁵⁸⁴، ثم الفصل 22 بالتنصيص في خصوص السفن الموقت للريان في صورة ارتكابه جرائم خارج البلاد التي نسبت على الطابع الاستثنائي في ارتباط بخطر الأفعال وسلامة السفينة والركاب، أي أن الهدف العام للتوقيق والسلامة والأمن العام متوفر إلى حد ما للتدخل، وإن كان تقرير لجنة الجريات الفرعية والسواقة قد أشار إلى الطابع البالي لتنظيم الاعتقال على ظهر السفن، واعتبر أنه قد «تجاوزة الزمن»⁵⁸⁵، فضلاً عن عدم ملائمة العبارات المستعملة من «اعتقال» و«سجن تحفظي» و«سجن مؤقت»⁵⁸⁶ وهي عبارات لا تتوافق مع القاموس الجزائي التونسي ومع منظومة الإيقاف قبل الحكم. لكن هذا الإيقاف يطرح إشكالية أخرى تتمثل في غياب الضمانات القانونية للمظنون فيه وهي إشكالية تتجاوز احتجار الخطرة الأولى للملازمة.

الإيقاف من أجل الجرائم المركبة على متن السفن
تغير المجلة التأديبية والجزائية البحرية المذكورة أعلاه بين:
الجزائري المركبة من الطاقم والمسافرين: ويعود فيها مرجع النظر
إلى الريان ولك السلطة البحرية.

بفصل 19 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية على إمكانية
اعتقال الريان «عند الحاجة» للمظنون فيه «بصفة وقائية»⁵⁸¹ بعد فتح
بحث للفرض. ويضيف الفصل 20 ضرورة رفع الأمر للسلطة
العدلية إذا كان أول ميناء تونسي به السفينة تونسيا وإذا لم يكن كذلك
يتم البت في مصيره من قبل السلطة البحرية (مدير البحرية التجارية)
أو الريان، خاصة عبر إياداه تحفظياً بالسجن⁵⁸².
الجرائم التي يرتكبها الريان خارج البلاد التي نسبت:
الفصل 22 من ذات المجلة السلطة البحرية (مدير البحرية
التجارية) من سجنه مؤقتاً أو إرجاعه إلى ميناء تونسي إذا اقتضت
ذلك «خطر الأفعال أو سلامة السفينة أو الركاب»⁵⁸³.

84. ص. 31-32، المرجع السابق الذكر، ص. 84.

579 نفسه، ص. 31-32.

580 الغرواني (م)، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور - رفاة القاضي العدلي للتاسب بين ضوابط حقوق والحريات وموجبها، المرجع سابق الذكر، ص. 14.

581 المجلة التأديبية والجزائية البحرية، المرجع سابق الذكر، ص. 14.

582 نفسه، ص. 14.

583 نفسه، ص. 15.

584 مجلة التجارة البحرية للقانون عدد 13 لسنة 1962 مؤرخ في 24 أفريل / نيسان 1962، نسخة محيطة، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016، ص. 20.

585 تقرير لجنة الجريات الفرعية والسواقة، المرجع سابق الذكر، ص. 70.

586 نفسه، ص. 70.

الرابط العقلاقي بين التدبير والهدف منه	الإجراءات الجزائية	الحرية المعنوية
<p>تعدّ العلاقة السببية بين إجراءي التفتيش والحجز - ككتيبد لحرمة المسكن وسرية المراسلات - والهدف منها - وهو التمكّن من جمع أكثر ما يمكن من وسائل الإثبات بما يضمن كدّنف الحقيقة ومن ثمة تحقيق الأمن العام - أمراً ثانياً.</p> <p>بصيت لا يطرح التفتيش والحجز إنمكالا من حيث ارتباطها العقلاقي بالهدف، بل بالتناطه بضرورة إحاطة هذين الإجراءين الظهيرين على حرمة المسكن الذي يعبد « قاعة الفرده»⁵⁹⁰ بضمانات ضدّ التفتيش الاصطياطي وهو ما سنراه لاحقاً.</p>	<p>إجراءات التحقيق</p> <p>التفتيش الفصل 94 من م. أ.ج: قاضي التحقيق دون سواء، مع إمكانية مباشرة التفتيش بمحلات السكنى من قبل:</p> <ul style="list-style-type: none"> - مأموري القضاة العدلية في صورة الجناية أو الجنبحة المتلبّس بها؛ - حكام النواحي وضباط الحرس الوطني المكلفين بمقتضى إناية من حاكم التحقيق؛ - موظفي الإدارة وأعوامها المرخص لهم ذلك بمقتضى نص خاص⁵⁸⁷. <p>الحجز الفصل 97 من م. أ.ج: «على حاكم التحقيق أن يبحث عن الأوراق والأشياء التي من شأنها الإغانة على كدّنف الحقيقة وأن يحجزها»⁵⁸⁸.</p> <p>الفصل 99 من م. أ.ج يتصّ على أنّ «حاكم التحقيق أن يأذن بحجز كلّ ما كان من قبيل المراسلات وغيرها من الأشياء المبعوث بها إن رأى في ذلك فائدة لكشف الحقيقة. ولو كبل الجمهوريّة ولو في غير صورة الجناية أو الجنبحة المتلبّس بها أن يصدر قراراً في التفتيش على المكاتب المرجّحة لذي الشبهة أو الضادّة عنه وفي حجزها ويجب عليه ألاّ يطلّع عليها ما لم يكن هناك خطر ملم»⁵⁸⁹.</p>	<p>حرمة المسكن</p>

587 مجلة الإجراءات الجزائية، المجمع سنان الذكر، ص. 35.

588 نفسه، ص. 35-36.

589 نفسه، ص. 36.

الرابط العقلائي بين التدبير والهدف منه	الإجراءات الجزائية	الحرية المعنوية
<p>يشكل كل من الاعتراض على الاتصالات والرقابة السميعة البصريّة انتهاكا خطيرا للخصوصية والحياة الخاصة المضمونة بالفصل 24 من الدستور. وقد سبق للمجلس الدستوري الفرنسي أن يتهّم هذه الخطورة قائلا: «إذا كان بإمكان المترح إقرار تدابير تقتضي خاصّة لمعاينة الجانيات والبيع ذات التعميد الخاص وجمع الأدلّة والاثباتات والبحث عن مرتكبيها، فيجب أن يتم القيام بهذه العمليّات في إطار احترام صلاحيّات السّلطة القضائيّة، الصّامّة للحريات الفردية، وأن يكون تقييدات الحرية التي تقرّها على الحقوق المضمونة دستوريّا ضروريّة لكشف الحقيقة ومناسبة مع خطورة الجرائم وتقييدها وآلا تحدت تمييزا غير مبرر»، وهو ما ذكر به في القرار المذكور أعلاه بشأن السّجل الوطني للبعثات الجينيّة للأشخاص المحكوم عليهم من أجل إحدى الجرائم النصوص عليها في قانونه 26 سبتمبر/أيلول 2019 حول «الحق في التّحذة في قرار اغتله كما ذكر مجلس حقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمم التّحذة في قرار اغتله بتاريخ 26 سبتمبر/أيلول 2019 حول «الحق في التّحذة في قرار اغتله التّحذة» بأن «مراقبة الاتصالات و/أو اعتراضها على نحو غير قانوني أو تعسفي، أو جمع البيانات على نحو غير قانوني أو تعسفي، باعتبارها على التّكولوجية البيومترية على نحو غير قانوني أو تعسفي، باعتبارها على درجة عالية من التّحذة، أيّا تنتهك الحق في الخصوصية ويمكن أن تتنازل عن حقوق إنسان أخرى، بما فيها الحق في حرية التّعبير وفي اعتناق الآراء</p>	<p>التفتت واعتراض الاتصالات</p> <p>كّرّسه الفصل 54 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال⁵⁹¹ كما نفّذ وتمّ بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 مؤرخ في 23 جانفي/ كانون الثاني 2019: «في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث يمكن اللجوء إلى اعتراض اتصالات ذوي الشبهة بقتضي قرار كتابي معمل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب. كما يمكن في نفس تلك الحالات، وبناء على تقرير معمل من مأمور الصابطة العدلية المكلف بمعاينة الجرائم الإرهابية، اللجوء إلى اعتراض اتصالات ذوي الشبهة بقتضي قرار كتابي معمل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب»⁵⁹².</p> <p>- الفصل 32 من القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/ آب 2016 المتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص: «في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث، يمكن اللجوء إلى اعتراض اتصالات ذوي الشبهة بقتضي قرار كتابي معمل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق.</p> <p>يشمل اعتراض الاتصالات الحصول على بيانات المورد والتفتت أو الاطلاع على محتوى الاتصالات وكذلك نسخها أو تسجيلها باستعمال الوسائل الفنية المناسبة والاستماعية في ذلك، عند الاقتضاء، بالوكالة الفنية للاتصالات ومشغلي الشبكات العمومية للاتصالات ومشغلي شبكات التّفاذ و مرؤدي خدمات الاتصالات كل حسب نوع الخدمة التي يسلّمها»⁵⁹³.</p>	<p>حرمة الحياة الخاصة (سرية الرسائل والاتصالات...)</p>

591 الزائد الرئسي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 7 أوت/ آب 2015، ص. 2172-2173.
 592 الزائد الرئسي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 9، 29 جانفي/ كانون الثاني 2019، ص. 236.
 593 الواد الرئسي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 12، 6 أوت/ آب 2016، ص. 2856.
 594 النص سابق الذكر، ص. 237.
 595 النص سابق الذكر، ص. 2857.

دون تدخل، والحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، وقد تتعارض مع مبادئ المجتمع الديمقراطي بما في ذلك عدد الاضطلاع بها خارج إقليم الدولة أو على إقليم واسع»⁵⁹⁷ مهياً بالدول «أن تتضمن في سياق كل التدابير التي تتخذ لمكافحة الإرهاب والتطرف العنيف المضي إلى الإرهاب والتي تُمس بالحق في الخصوصية. أتساق هذه التدابير مع مبادئ الشرعية والضرورة والتناسب وترافقها مع الاتراعات الملتقة على عاتقها بموجب القانون الدولي»⁵⁹⁸.

مع ذلك قد يعدّ اعتراض الاضلاعات والمراقبة السمعية البصرية كوسائل تجري خاصة واستثنائية في التشريع الجزائي التونسي وسائل ناجمة في التحقيق للحفاظ على الأمن والوقاية من الجريمة خاصة في الجرائم المعقدة والخطيرة كالجرائم الإرهابية أو جريمة الاتجار بالأشخاص مثلما أقرت ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار *Malone* المذكور أعلاه⁵⁹⁹ وهو ما يجعل العلاقة السببية بين هذين الإجراءين والهدف منها ثابتة.

المراقبة السمعية البصرية

في مجال مكافحة الإرهاب: الفصل 61 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال كما تُفتح وتُتم بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 مؤرخ في 23 جانفي/ كانون الثاني 2019: «في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث، يمكن لوكل الجمهورية أو لقاضي التحقيق بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب بحسب الأحوال أن يأذن بمتقضي قرار كتابي معمل للموري الضابطة العدلية المكلفين بمعاقبة الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون بوضع عدة تقنية بالأغراض الشخصية لذوي الشبهة أو بأماكن أو محلات أو عوابع خاصة أو عمومية بعناية التقاط وتثبيت ونقل وتسجيل كلاً منهم وصورهم بصفة سرية وتحديد أماكنهم»⁵⁹⁴.

596 Decision 2010-25 QPC du 15 septembre 2010, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], considérant n°22, *op. cit.*

597 الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان في 26 سبتمبر / أيلول 2019، الدورة الثانية والأربعون، RES، HRC/RES/42/15، A / 15، ص. 4، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<https://undocs.org/du/A/HRC/RES/42/15>

598 نفسه، ص. 6.

599 CEDH, *Affaire Malone c. Royaume-Uni*, n°8691/79, 2 août 1984, *op. cit.*

في مجال مقادير الاجاز بالاشخاص: الفصل 39 من القانون الاساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/ آب 2016 المتعلق بمنع الاجاز بالاشخاص: « في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث، يمكن لوكيل الجمهورية أو القاضي التحقّق بحسب الأحوال أن يأذن بهتفضي قرار كتابي معمل للموري الضابطة العدلية بوضع علامة تقنية بالأغراض الشخصية لذوي الشبهة أو بأماكن أو حجالات أو عربات خاصة أو عمومية بغاية التقاط وتثبيت ونقل وتسجيل كلاً منهم وصورهم بصورة سرية وتحديد أماكنهم»⁹⁹⁵.

الرابط العقلاني بين التدبير والهدف منه	الإجراءات الجزائية	الحرية المعينة
<p>تعتبر هذه التدابير الاحترازية من فرض عدم مغادرة حدود ترابية يجدها القاضي أو يمنع الظنون فيه من الظهور في أماكن معينة أو إعلام قاضي التحقيق بتقلاته تقديرات جديدة لحرية التنقل للمظنون فيه حتى يتم ضمان بقاءه على ذمة العدالة والوقفي من إمكانية فرار المظنون فيه أو العود وذلك إلى حين استكمال البحث، مع عدم إيقافه بما تضمنه عدم حرمانه التام من الحرية. وبالتالي فإن العلاقة السببية ثابتة بين هذه التدابير الاحترازية والهدف منها الذي يتمثل في النهاية في الحرص على سلامة البحث في إطار كسب الحقيقة وتبني الحزمين.</p>	<p>الإفراج المؤقت الفصل 86 من مجلة الإجراءات الجزائية: يمكن أن يقرر قاضي التحقيق من تلقاء نفسه أو في أي وقت بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو المظنون فيه أو حاميه الإفراج المؤقت مقابل تعهد المظنون فيه باحترام التدابير التي تشمل: -الوضع تحت المراقبة الالكترونية الذي تمت إضافته إلى قائمة التدابير الاحترازية بمقتضى المرسوم الصادر عن رئيس الحكومة عدد 29 لسنة 2020 المتعلق بنظام المراقبة الالكترونية في المائة الجزائية⁶⁰⁰ وذلك لمدة أقصاها 6 أشهر غير قابلة للتعميد مع تولي قاضي التحقيق متابعة تنفيذ هذا التدبير بمساعدة مكتب المساعدة الرجوع له بالنظر؛ -تخازن مقتر له بإثارة المحكمة؛ -عدم مغادرة حدود ترابية يجدها القاضي الأ بشروط معينة؛ -معه من الظهور في أماكن معينة؛ -إعلامه لقاضي التحقيق بتقلاته لأماكن معينة⁶⁰¹.</p>	<p>حرية التنقل</p>

600 الوالد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، 10 جوان/ حزيران 2020، ص. 1405.
 601 مجلة الإجراءات الجزائية، المرجع سابق الذكر، ص. 32-33.

*التدابير غير الجزائية:

سنميز في هذا الإطار بين الأعمال الولائية والأعمال الإدارية.

الأعمال الولائية:

يطرح تصنيف الاستشفاء الوجوبي لغرض العزل الاتقائي المتعلق بالأمراض السارية والإيواء الوجوبي للأشخاص المصابين باضطرابات عقلية إشكالا بالنظر إلى أنها تدابير تتخذ بإذن قضائي بناء على طلب من الإدارة، بحيث أنها تُتخذ لحماية المريض من نفسه وحماية الغير أو اتقاء من انتشار العدوى، فهي ليست عملاً قضائياً صرفاً. فرغم صدورهما عن قاضي، فإنه لا يوجد نزاع ولا يوجد طرفان بالمعنى التقليدي، لأن إثارة الإذن القضائي تكون خاصة بطلب من سلطة صحية عمومية. وفضلاً عن اختلال المعيار الموضوعي، فهناك أيضاً اختلال للمعيار الشكلي⁶⁰² طالما أن القرارات المتصلة بالإيواء الوجوبي أو الاستشفاء الوجوبي ورغم صدورهما عن هيئات مختصة بالوظيفة القضائية لا تخضع إلى إجراءات المواجهة ويمكن بناء على ذلك إدراجها في صنف العمل الولائي الذي يمكن تعريفه بأنه «التصرف الذي يصدره القاضي بحكم ما له من ولاية عامة على الذين يتعلّق بهم تصرفه بهدف إعانتهم على تحقيق مصالحهم المشروعة»⁶⁰³.

ورغم ما أثارته طبيعة التدخل القضائي من نقاش⁶⁰⁴، نحسب أنه يتوقّر في التدبيرين الذين سيتمّ تحليلهما شرطاً «انعدام الفصل في نزاع» و«غياب مبدأ المواجهة»⁶⁰⁵ المميزين للعمل الولائي الذي لا صبغة قضائية فيه حسب محكمة التعقيب «باعتبار أن رئيس المحكمة عندما يعمل بسلطته الولائية فهو لا يقضي ولا يصدر حكماً قضائياً وإنما يصدر أمراً ولائياً، وهو بذلك مجرد تدبير وإجراء تحفظي لا يكسب حقاً ولا يهدره»⁶⁰⁶. فالعمل الولائي يمنحه المشرع «باعتباره رخصة لبتّ إيجاباً وسلباً على ضوء ما يترأى له من جدية المطلب والأسباب الخطيرة»⁶⁰⁷.

602 أنظر بالنسبة إلى معايير العمل القضائي بن سليمة (ح) «الأذون على عرائض في قانون المرافعات المدنية»، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4، أفريل/ نيسان 2009، ص. 14.

603 الليدي (ح ص)، أصول المرافعات الولائية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1984، ص. 20.

604 كريمة (م) «قانون الصحة العقلية والإيواء الوجوبي الصادر في 03 أوت 1992»، مجلة القضاء والتشريع، عدد 7، جويلية/ تموز 2003، ص. 73.

605 بن سليمة (ح)، المرجع سابق الذكر، ص. 18-19.

606 قرار تعقيبي عدد 64611، 29 سبتمبر/ أيلول 2011، ضمن لجرم (ع)، الجديد في فقه القضاء 2016، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2016، ص. 598.

607 قرار تعقيبي مدني عدد 13437، 03 مارس/ آذار 1986، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1، 1986، ص. 148.

الرابط العقلاني بين الإجراءات والهدف منه	الأحكام التشريعية المعينة	الحرية المعينة
<p>تبدو العلاقة بين إجراء الاستشفاء الوجداني والهدف منه وهو الحماية من خطر العدوى - حماية للصحة العامة ولسلامة الغير - ثابتة رغم ما في هذا القرار من تضيق على حرية الفرد خاصة في صورة رفض الأفراد المعنيين مباشرة العلاج وتعهدهم نقل المرض إلى الغير، وهذا ما أقره المجلس الدستوري التونسي تحت طائلة دستور 1959 معتبرا أنه ولئن كانت حرمة الفرد «تقتضي أن يكون علاج الشخص متوقفا على رضائه» فإنه «يسوغ للمشرع... أن يقر جملة من التدابير الإجبارية في صورة ما إذا شكّل سلوك المريض الصاب بأحد الأمراض السارية خطرا بالصحة العمومية أو بصحة الغير»⁶¹⁰.</p>	<p>الاستشفاء الوجداني لغرض العزل الاتقائي</p> <p>ينص الفصل 11 من القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية كما نصح بالقانون عدد 12 لسنة 2007 مؤرخ في 12 فيفري/ شباط 2007: «يمكن إصدار قرار الاستشفاء الوجداني لغرض العزل الاتقائي ضد الأشخاص المصابين بأحد الأمراض المنصوص عليها بالملحق اللاحق لهذا القانون وذلك في الحالات التالية:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- إذا رفضوا مباشرة أو متابعة العلاج المحدد لهم رغم التزامهم بذلك مع إثباته... 2- إذا سعوا عمدا من خلال سلوكهم إلى انتقال المرض المصابين به إلى أشخاص آخرين»⁶⁰⁸. <p>ويصدر قرار الاستشفاء الوجداني حسب الفصل 12 من ذات القانون فورا في حجرة الشورى من المحكمة الابتدائية المختصة ترواها والمتخصصة للتضامن استعجالياً⁶⁰⁹.</p>	<p>الطلق في الحرية وفي الأمان على النفس</p>

608 نصح الفصل 11 من القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية (الراشد التونسي للجمهورية التونسية، عدد 50، 31 جويلية/ تموز 1992، ص. 925) بهتقضي الفصل الأول من القانون عدد 12 لسنة 2007 مؤرخ في 12 فيفري/ شباط 2007 يتعلق بتنفيذ وإتمام القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية (الراشد التونسي للجمهورية التونسية، عدد 16، 14 فيفري/ شباط 2007، ص. 429).

609 المرجع سابق الذكر، ص. 925.

610 الرأي عدد 27-2006 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنفيذ وإتمام القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية، سابق الذكر، ص. 434.

الرابط العقلاني بين الإجراءات والهدف منه	الأحكام التشريعية المعنية	الحرية المعنية
<p>يعد الإجراء الرجوعي كما رأينا أعلاه حرماناً من الحرية الجسدية <i>la une rétention</i> فقط جداً من حرية التنقل. ويقطع النظر عما أحبط به هذا الإجراء من ضمانات، وهو ما سيسمح بالحسم في مدى احتزاه لا اختيار التناسب في التهيئة، فإن العلاقة التنسبية بين إجراء الحرمان من الحرية التي تفرزه والهدف منه أي حماية الشخص من نفسه والأمن العام خاصة عبر الحرص على سلامة الغير تبدو ثابتة.</p> <p>بحيث يبدو الحرص على الأمن العام بارزاً في إجراء الإبراء الرجوعي⁶¹². وكان المجلس الدستوري الفرنسي قد أكد على ضرورة توفر عنصر الملاءمة وغيرها من عناصر اختيار التناسب في قرار صادر بخصوص مسألة ذات أولوية دستورية معتبرا أنه يجب أن يكون الإبراء الرجوعي <i>office hospitalisation</i> مقتصرًا على الحالات التي يكون فيها الإجراء ملاحقاً وضرورياً ومناسبا مع حالة المريض وأمن الأشخاص أو الحفاظ على النظام العام⁶¹³.</p>	<p>يضبط القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية كما تنقح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004 شروط الإبراء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية كما يمكن في الفصل 11 فقرة ثالثة من إيواء الشخص المصاب باضطرابات عقلية دون رضاه إذا «كانت حالته الصحية تمثل تهديداً لسلامته أو سلامة غيره» مع اشتراط الفصل 12 إبقاء «التقيد السلطة على حرته في حدود ما تستلزمه صحته ومتطلبات علاجه» ويكرس في الفصل 24 إجراء الإبراء الرجوعي الذي يعود إل «اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بناؤها محل إقامة الشخص الذي سيقع إيواءه. ويرفع الأمر لرئيس المحكمة بطلب كتابي صادر عن أي سلطة صحية عمومية أو من وكيل الجمهورية ويكون القلب مشفوعاً برأي طبي كتابي.</p> <p>(فقرة ثانية جديدة) ويأذن رئيس المحكمة الابتدائية بالإبراء الرجوعي للأشخاص الذين تشكل اضطراباتهم العقلية خطراً على سلامتهم أو على سلامة غيرهم وذلك بأقرب مؤسسة استشفائية عمومية من مقر إقامة الشخص الذي سيخضع للإبراء يتوفر بها قسم مختص في الأمراض العقلية ويتم بعد سماع المريض بالجلسة من قبل رئيس المحكمة الابتدائية أو من يوبه وإن تعذر ذلك فيتم سماعه بقصر إقامته. ولا يتم الإبراء في هذه الحالة إلا بعد الإدلاء بقرار رئيس المحكمة المعنية في هذا الغرض»⁶¹⁴.</p>	<p>الطلق في الحرية وفي الأمان على النفس</p>

611 قانون عدد 83 لسنة 1992 مؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 يتعلق بالصحة العقلية ويشروط الإبراء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية تنقح القانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية ويشروط الإبراء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية (الراوند الرسمي للجمعية التأسيسية، عدد 7، 37، أيار/ ماي 2004، ص. 1267).

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIAN (F.), PENA (A.), PERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU 612 (J), *op. cit.*, p. 209.

الترجمة لنا. Decision n° 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, considérant n° 10, *op. cit.*

*الأعمال الإدارية: سيتيم التمييز بين التأديبية والتدابير الضبطية:

التدابير التأديبية	الأحكام التشريعية المعنية	الحرية المعنية
<p>الرابطة العقلاني بين الخطأ التأديبي وطبيعة العقوبة</p> <p>طالما تعلق الأمر بعقوبة حتى ولو كانت تأديبية، يطبق عليها نفس المسار الذي تبيناه في مجال ملاءمة العقوبات. وهذا ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي عندما اعتبر أن المبادئ العامة في مجال العقوبات - بما في ذلك مبدأ عدم الرجعية - لا «تطبق فقط على العقوبات المترتبة من قبل الهيئات القضائية الجزائية، بل تنسحب بالضرورة على أي جزاء له طابع عقابي حتى لو ارتأى المشرع ترك التصريح بها لسلطة غير قضائية»⁶¹⁷، بما ينسحب بالضرورة على العقوبات التأديبية.</p> <p>لكن الانحراف هنا على مستوى العلاقة السببية بين الإجراء والهدف منه أعمق من غياب الرابطة العقلاني بين خطورة الفعلية ودرجة العقوبة لأنه يمس طبيعة الخطأ وطبيعة العقوبة. فالخطأ التأديبي حسب ما استقر عليه قضاة المحكمة الإدارية يتدرج في إطار «الدعوى التأديبية (التي) ... تبحث في سلوك الموظف ومدى إخلاله بواجبات الوظيفة»⁶¹⁸. ولا أدل على ذلك من أن قضاة القضاء الإداري يكرس الفصل بين هذه الدعوى التأديبية والدعوى الجزائية التي «تتخصص في البحث عن قيام آثار جرم من جرائم الطح العام»⁶¹⁹.</p> <p>وبالتالي من غير المقبول أن يعاقب على الخطأ التأديبي بعقوبة سالية للحرية كما هو الشأن بالنسبة إلى الإيقاف الشديد⁶²⁰. فهناك إذن عدم تلازم واضح بين الخطأ والعقوبة لا يقتضي «اجتهادا غير معهود قصد استجلائها» ونستشهد</p>	<p>الإيقاف كمعقوبة تأديبية</p> <p>- بالنسبة إلى العسكريين:</p> <p>يخص الفصل 37 (جديد) من القانون عدد 20 لسنة 1967 مؤرخ في 31 ماي/ أيار 1967 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام للعسكريين كما تنص بمقتضى القانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية/ تموز 2009 في إطار العقوبات التأديبية التي يمكن أن تسطها السلطات العسكرية - أي وزير الدفاع الوطني أو السلطات العسكرية المؤهلة التي يمكن أن يفرض لها سلطته التأديبية - على عقوبات الدرجة الأولى بالنسبة للإيقاف السيط والإيقاف الشديد (إضافة للحرمان من الإجازة والتبنيب والإندثار والتوبيخ والحذف من جدول الترقيبة)⁶¹⁴.</p> <p>- بالنسبة إلى قوات الأمن الداخلي:</p> <p>حسب الفصل 50 من القانون عدد 70 لسنة 1982 مؤرخ في 6 أوت/ آب 1982 يتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي كما تنص بمقتضى القانون عدد 58 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان/ حزيران 2000، تشمل العقوبات التأديبية - التي يمكن أن تتخذ ضد أعران قوات الأمن الداخلي والتي ترجع إلى وزير الداخلية أو الإطارات السامية بالوزارة التي يمكن أن يفرض لها سلطته التأديبية - عقوبات من الدرجة الأولى والإيقاف السيط والإيقاف الشديد (إضافة إلى الإندثار والتوبيخ والتغلة الوجوبية)⁶¹⁵.</p>	<p>الحرية في الطريقة وفي الأمان على النفس حرية التنقل</p>

614 أُلغيت أحكام الفصل 37 من القانون عدد 20 لسنة 1967 وعُوضت بمقتضى الفصل الأول من القانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية/ تموز 2009 والمتعلق بتبنيح وإتمام القانون عدد 20 لسنة 1967 المؤرخ في 31 ماي/ أيار 1967 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام للعسكريين، الرائد الرئسي للجمهوريّة التونسيّة، عدد 58 لسنة 1982 مؤرخ في 13 جوان/ حزيران 2000 المتعلق بضبط القانون عدد 70 لسنة 1982 مؤرخ في 6 أوت/ آب 1982 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي، الرائد الرئسي للجمهوريّة التونسيّة، عدد 48 لسنة 2000، ص. 1487.

615 أُلغيت أحكام الفصل 50 من القانون عدد 70 لسنة 1982 وعُوضت بمقتضى الفصل الأول من القانون عدد 58 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان/ حزيران 2000 المتعلق بتبنيح وإتمام القانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 31 ماي/ أيار 1967 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام للعسكريين، الرائد الرئسي للجمهوريّة التونسيّة، عدد 55 لسنة 2009، ص. 2391.

<p>مها، رغم أن الأمر يتعلق بمناقشة خيارات تشرية، يبقى قضاء المحكمة الإدارية في مجال العقوبات التأديبية، حيث دأبت على اعتبار «أن الإدارة تتبّع سلطتها تقديرية في اختيارها للعقاب التأديبي الذي تراه متلائم مع الأفعال المتقرّفة من قبل العون العمومي، ولا رقابة عليها في ذلك من قبل القاضي الإداري إلا في حدود الخطأ الفادح في التقدير الذي يفترض عدم وجود تلاؤم واضح وبداهي وغير مستوجب لاجتهاد غير مفهوم قصد استجلائه»⁶²¹.</p>	<p>وفي غياب تعريف الإيقاف البسيط والإيقاف الشديد، يمكن الاستشهاد بتقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة في عودتها إلى ما هو «معمول به في الأعراف العسكرية... : * الإيقاف البسيط: يواصل العسكري القيام بالخدمة ويجزّد الانتهاء منها يجب عليه الالتحاق بفرقة وعدم مغادرتها Consigné dans sa chambre إلا لاستئناف العمل.</p> <p>* الإيقاف الشديد: يوقف العسكري عن مواصلة الخدمة ويجس في مكان خاص في الثكنة»⁶¹⁶.</p>
<p>انطلاقاً مما تنبئه أعلاه من ضرورة البحث بشأن العقوبات التأديبية كغيرها من العقوبات عن العلاقة السببية بين العقوبة كوسيلة والهدف منها، أي ضمان الانضباط في إطار المنظومة التأديبية، فإننا نورد نفس الملاحظات بخصوص الخرام السببية بين الطبيعة التأديبية للخطأ والطبيعة الجزئية للعقوبة، لا فيما يتعلق بتجسير الخروج من السفينة طالما أنه تقتضي حرية التنقل يُفهم في منظومة تأديبية تتم سلكاً شبه عسكري كطاقم السفن التجارية، بل فيما يتعلق بالاعتقال والسجن التأديبي. وهذا ما أقرته لجنة الحريات الفردية والمساواة معتبرة أن «فيها انتهاك للحرية والكرامة لأن فيها حرمان من حرية التنقل من أجل فعل لا يشكل جريمة، فضلاً عن انعدام التناسب بين الخطأ والعقاب، إذ لا يعقل الحرمان من الحرية من أجل مجرد خطأ تأديبي»⁶²⁶.</p>	<p>بالنسبة إلى المخالفات التأديبية المرتكبة على ظهر السفن:</p> <p>تميز المجلة التأديبية والجزائية البحرية المذكورة أعلاه بين نوعين من المخالفات تُرتب عليها أنواعاً مختلفة من العقوبات:</p> <p>* مخالفات تأديبية خفيفة (الفصل 6: السكر خارج أوقات العمل ودون تشوش؛ التبغ غير الشرع عن السفينة؛ الخصوصيات والشاخرات دون عصف (...)⁶²².</p> <p>وتتمثل العقوبات المترتبة عنها (الفصلان 7 و8) في:</p> <p>- التوبيخ؛</p> <p>- تجسير النزول إلى الأرض لمدّة أقصاها أربع أيام؛</p> <p>- الاعتقال أي أزام الضباط وأعضاء الطاقم على المكوث بغرفهم خارج أوقات العمل دون أن يغلق عليهم ونفس الشيء بالنسبة إلى المسافرين المعاقبين بالاعتقال والذين لم عرف شخصية وفي صورة غياب عرف شخصية للصنفين المكوث بمركز تأديب دون أن يغلق عليهم⁶²³.</p> <p>* مخالفات تأديبية خطيرة (الفصل 9) (السكر بسلاطة السفينة؛ السكر مع التشوش؛ عدم الامتثال لأوامر تتعلق بالعمل صادرة عن رئيس؛ قلّة الالتزام إزاء رئيس القسم المرّجّه نحو موزوس (...)⁶²⁴.</p>

616 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 66.

617

Decision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, considérant n°33, disponible au lien suivant:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155DC.htm> الترجمة لنا

618 المحكمة الإدارية، قرار في تجاوز السلطة، عدد 3213، 12 جويلية/تموز 1995، ف. الحج. أ وزنو المانية، فقهاء المحكمة الإدارية، 1995، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، 2000، ص. 320.

619 نفسه، ص. 320.

وترتب عنها المجلة العقوبات التالية (الفصل 10):
- بالنسبة إلى الضباط وأعضاء الطاقم:
- تحجير الخروج من السفينة أو الاعتقال في حدود 15 يوما.
- السجن التأديبي لمدة أقصاها 15 يوما «و لا يقع تنفيذ السجن التأديبي إلا بالبر في ميناء تونس، وبأمكنة مختلفة عن الأمكنة المخصصة للمحكوم عليهم من أجل جنایات وجنح الحق العام ويجب أن تكون الأمكنة مختلفة بالنسبة للضباط وأعضاء الطاقم والبحرين الثلاثة و المبتدئين»
بالنسبة إلى المسافرين: الاعتقال في حدود 15 يوما⁶²⁵.

620 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 68.

621 المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي عدد 1/17033/1، 22 ديسمبر/كانون الأول 2010، صالح | وزير الترتيب، ققه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 460.

622 المجلة التأديبية والجزائية البحرية، المرجع سابق الذكر، ص. 7.

623 نفسه، ص. 7-8.

624 نفسه، ص. 9-10.

625 نفسه، ص. 10.

626 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 68.

التدابير الضجيجية	التدابير الضجيجية	الحرية المعنية
<p>الربط العقلاقي بين الإجراءات والهدف منه</p>	<p>الأحكام التشريعية</p>	<p>الحرية المعنية</p>
<p>يبدو في منطق مماثل لإجراء الاستشفاء الوجوبي حسب قانون الأمراض السارية لسنة 1992 المذكور أعلاه توفر العلاقة السببية بين طبيعة الإجراء - وهو تحديد إقامة الأشخاص الصابين بالفيروس أو المشتبه بإصابتهم - والهدف منه وهو ائقاء انتشار العدوى بما يتضمن العنصر الرباه الضرورات الصحة العامة.</p> <p>كما قلنا أعلاه الصيغة الاستثنائية لحالة الطوارئ التي يتم فيها تخفيف طرق الشرعية. وقد ذكر المجلس الدستوري الفرنسي، بأن الوضع تحت الإقامة الجبرية بوصفه من تدابير الضبط الإداري لا يمكن أن يتخذ إلا لحماية النظام العام والتوقي من الجريمة وأنه بوصفه تقييما للحرية الفردية يجب أن يخضع إلى شروط الملازمة والضرورة والتناسب.⁶²⁹</p> <p>وبلغو الملازمة أي العلاقة السببية بين إجراء الوضع تحت الإقامة الجبرية والهدف منه فإذ زعم ما فيه من تقييد حاد للحرية الفردية، فإن ذلك يبرر بحدة الطرف الاستثنائي لحالة الطوارئ. وهذا ما يبرر إمكانية اتخاذ تدبير ضبط إداري يتمثل في الوضع تحت الإقامة الجبرية بالنسبة إلى الأشخاص الذين ثبت تعدد ممارستهم لنشاط يهدد الأمن العام الذي تزداد ضرورة المحافظة عليه عند إعلان حالة الطوارئ.</p>	<p>تقييد حرية اختيار مقر الإقامة لأسباب صحية</p> <p>انظر الصحي الشامل:</p> <p>نص الفصل 3 من المرسوم عدد 9 المؤرخ في 17 أبريل/ نيسان 2020 المتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتقييده ولحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص الصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا «كوفيد-19» السابق الذكر أنه يمكن لوزير الصحة «تجديد ومراقبة إقامة الأشخاص الصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس طيلة المدة التي تستوجبها متابعة حالتهم الصحية وذلك سواء بالمستشفيات الاستشفائية أو بغيرها من الفضاءات التي تعدها السلطات العمومية المختصة للعرض»⁶²⁷.</p> <p>تقييد حرية اختيار مقر الإقامة لأسباب أمنية</p> <p>الفصل 7 من مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ السابق الذكر الذي ينص على أن «لوزير الداخلية خلال سريان حالة الطوارئ أن يضع تحت الإقامة الجبرية بمقتضى قرار معقل كل شخص يتعدى ممارسة نشاط يهدد الأمن والنظام العام مع ضمان حقه في التثقل داخل الدائرة البلدية الراجع إليها بالنظر لغرض الدراسة أو العمل أو الفحص الطبي»⁶²⁸.</p>	<p>حرية التنقل واختيار مقر الإقامة</p> <p>(الفصل 24 من الدستور)</p>

627 النص سابق الذكر، ص. 930.

628 المشروع سابق الذكر، ص. 54.

629 النص سابق الذكر، ص. 930.

Decision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015 décembre 2015 - M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], considérant n°4, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/consid/CONSTEXT000031761486/>

الرابط العقلائي بين التدبير والهدف منه

يقطع النظر عن إشكالية تمتع الأجنبي بالحقوق الواردة في الباب الثاني من الدستور الذي خصّ المواطنين والمواطنين بضمنا الحريات الفردية والعامّة، فإنّ تحديد مكان إقامة الأجنبي يعدّ من وسائل الضبط الإداري المقيّمة للحرية المبرّرة «بالبحث عن نجاعة مقاومة الهجرة غير الشرعيّة بما يسمح بضمان تنفيذ قرارات الأجنبي غير المرغوب فيهم؛ بحيث أنّ حرمانهم من الحرية لغرض التأكّد من وجودهم تتّبع عنه فائدة مزدوجة تتمثل في إيقافهم تحت رقابة الشرطة، علاوة على تمكين هذه الأخيرة من وضع الوسائل الكفيلة للتحقّق من مغادرتهم الفعلية لآراب البلاد»⁶³¹.

وإذا ما اعتبرنا أنّ مقاومة الهجرة غير النظامية من متعلّقات الأمن العام، جاز اعتبار هذا الإجراء وسيلة معقولة مبدئياً لنمحيقها أي أنّ هناك رابط عقلائي واضح بين الوسيلة والهدف.

الأحكام التمييزية

«الحفاظ» الإداري بالأجنبي:

يفصّل 19 من القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس/ آذار 1968 المنطبق بحالة الأجنبي بالبلاد التونسية على ما يلي: «يعين كاتب الدولة للاندخالية للأجنبي المطرود الذي استحاله عليه مغادرة البلاد التونسية مكاناً يقسم به ويحتّم على الأجنبي في هذه الحالة التضمون بصورة منتظمة بمركز الشرطة أو الخرس الوطني التابع له محل إقامته ريثما يتمكن من مغادرة البلاد»⁶³⁰.

حرية اختيار
الإقامة

630 الوائد الر سمي للجمهوريّة التي نسبيّة، عدد 8، 11، 12- آذار مارس/ آذار 1968، ص. 297.

FAVOREU (L.), GAIA (P), GHEVONTIEN (R), MELIN-SOUCRAMANIEN (F), PENNA (A.), PEERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), 631 الترجمة لنا، p. 211. *op. cit.*

2- الخطوة الثانية: الضّورة

لا يتعلّق الأمر هنا بـ«الضّورة الخارجيّة» الواردة في الفصل 49 والتي تتعلّق بالضّورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة، بل كما سبق أن ذكرنا استشهدا بالأستاذ سليم اللّغاني «هي ضرورة داخلية»، فالحد المقرّر يجب أن يكون ضروريا لتحقيق الغاية دون تجاوزها⁶³² nécessaire et suffisant، وهو ما عبرت عنه المحكمة العليا الكنديّة في قرار *Oaks* المرجعي بأنّه «يجب أن تتمكّن الوسيلة المختارة من المساس بالحقّ أو الحرية بأقلّ قدر ممكن⁶³³ والمحكمة العليا الألمانيّة في قرار *Pharmacies* بأنّه «إذا كان هذا التّدخل محتوما، يجب أن يختار المشرّع شكل التّدخل الذي يقيد الحقّ الأساسي بأقلّ قدر ممكن». وهذا يعني أنّ خيار المشرّع مقيد بضرورة اعتماد الإجراء الأقلّ تطفلا، فيجب «ألا يتوفّر إجراء أكثر احتراماً للحريات وبنجاعة ماثلة»⁶³⁴.

وهنا يتغيّر المنظور عن الخطوة الأولى ويصبح الاختبار أكثر تطلّبا وصرامة من الخطوة الأولى، لأنّ مجال السّلطة التقديرية للمشرّع يصبح أكثر ضيقا في إطار سلّم اللّصوابط. وللمحكمة العليا السويسريّة قرار مثير للانتباه يعكس هذه المقاربة. فبشأن قانون صادر عن مقاطعة جنيف يحجّر على عاملات الجنس ممارسة مهنتهنّ في الطّريق العام طيلة اليوم، ممّا يطرح إشكال انتهاك حرية الصّناعة والتّجارة المكفولة بالفصل 31 من الدّستور، أقرت المحكمة الفدراليّة ما يلي: «يستهدف تحجير ممارسة البغاء طيلة اليوم خاصّة تجنّب سكّان الحي وخاصّة منهم الأطفال مشاهد نساء يمارسن البغاء. فهو يهدف إذن فعلا إلى المحافظة على السّكينة والنّظام العامّين. لكن هناك تدابير غير التي تمّ اتّخاذها كان يمكن أن تسمح للسّلطات ببلوغ الهدف المنشود. في هذا الصّدّد، يعدّ تشريع مماثل للذي اتّخذته سلطات زيوريخ مع أقلّمته لأخذ الظّروف المحليّة بعين الاعتبار ناجعا بما فيه الكفاية. في المقابل، يخرق التّحجير العام في كلّ إقليم مقاطعة جنيف مبدأ التّناسب»⁶³⁵. وتتمثّل التّدابير التي اتّخذتها سلطات زيوريخ والتي عدّتها المحكمة في تحجير المرادة فقط في الأحياء والسّاحات العامّة المحاطة بمساكن ومواقف النّقل العمومي في أوقات الاستغلال وداخل المنتزهات المتاحة للعموم أو بجوارها وقرب الكنائس والمدارس والمستشفيات، ممّا يترك للعاملات بالجنس قسما كبيرا من إقليم المقاطعة محدّدا بخطط حضريّة⁶³⁶.

632 اللّغاني (س)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات «العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس»، جلسة 13 جويلية/ تموز 2019، المرجع سابق الذكر، ص. 3.

633 التّرجمة لنا *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139, *op. cit.*

634 التّرجمة لنا SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 79.

635 ATF 101 Ia 473, Arrêt du 08 octobre 1975 en la cause R. et Consorts contre le conseil d'Etat du Canton de Genève, p. 384, disponible au lien suivant :

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=2&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=prostitution+&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=12&highlight_docid=atf%3A%2F%2F101-IA-473%3Afr&number_of_ranks=54&azaclir=clir
التّرجمة لنا

636 نفسه، ص. 482.

وفي مقارنة ماثلة، عمدت المحكمة الفدرالية إلى قياس الضرورة في قرارها المذكور أعلاه حول تحجير الحجاب في المدارس العمومية بعرض الوسائل الأخرى الأقل تقييدا لحرية المعتقد، حيث اعتبرت المحكمة أنه «على الطّاعن أن يثبت إلى أي مدى يمكن التحجير العام لغطاء الرأس من متابعة الدروس. فنقل المعرفة غير مرتبط برفض الرموز الدينية من قبل المتعلمين. كما لم يتم إقامة الدليل على أن المشاركة في مخيم مدرسي لن يكون ممكنا إلا دون غطاء ديني للرأس. فحتى دروس السباحة، يمكن تأمينها باستعمال ملابس دينية أو تدابير أكثر رفقا من التحجير العام لغطاء الرأس... في هذا الإطار، ليس من البديهي أن التلميذة ليس بوسعها أن تشارك في الدروس إلا باحترام التحجير العام للغطاء الديني للرأس وإن هذا لن يكون ممكنا التحقيق بوسائل أكثر ملاءمة طبقا للفصل 15 من الدستور. فلا يمكن أن نفترض أن تأمين الدرس يقتضي المنع المطلق لارتداء رموز دينية»⁶³⁷.

وفي نفس المنطق، وعلى هدي منهج قرار *Oaks*، دأبت المحكمة العليا في كندا على اشتراط «الانتهاك الأدنى» *l'atteinte minimale*. ومن بين الأمثلة الكثيرة التي يوردها الفقه في هذا المضمار⁶³⁸، قرار *Devine c. Québec*. فبشأن تدابير فرضتها مقاطعة كيبيك حول الاستعمال الضروري للغة الفرنسية مع لغة أخرى في الإشهار التجاري، وبعد أن تثبتت المحكمة العليا من وجود «رابط عقلائي بين اشتراط استعمال اللغة الفرنسية والشاغل المتأكد والحقيقي للمجلس التشريعي في تأمين هوية لغوية للكيبيك تعكس هيمنة اللغة الفرنسية، وجب التساؤل إن كانت هذه المقننات تنتهك بالقدر الأدنى الحق في المساواة أمام القانون والحق في المساواة في التمتع بحماية قانونية متساوية؟ هل وقع تصوّرها بطريقة لا تخرق هذا الحق بصورة يغلب فيها التقييد من الحقوق على الهدف التشريعي؟ بالحرص على أن يتمكن السكان غير الفرنكوفونيين من صياغة استمارات طلب الشغل وطلبات الشراء والفواتير ووصول الاستلام والإيصالات في اللغة التي يختارونها إضافة إلى

I 49, considérant n°9, *op. cit.* 142

637

638 أنظر مثلاً:

Code Criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, disponible au lien suivant: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, 660, n°18963, 03 décembre 1987, disponible au lien suivant: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/272/index.do>
R. c. Martineau, [1990] 2. R.C.S. 633, 647, n° 21122, 13 septembre 1990, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/646/index.do>; *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 780, n° 20306, 15 décembre 1988, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/384/index.do>; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1. R.C.S. 591, 634, n° 19889, 20 avril 1989, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/432/index.do>; *Le Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario c. Rocket*, [1990] 2 R.C.S. 232, 250, n° 21019, 21 juin 1990, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/628/index.do>; *RJR-MacDonald*, [1995] 3 R.C.S. 199, §160 ss. *op. cit.*; *Ross c. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1. R.C.S. 1130, § 106, n° 24002, 03 avril 1996, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1367/index.do>; *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 877, § 111ss n° 25593, 29 mai 1998, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1621/index.do>; *Ramsden c. Peterborough*, [1993] 2 R.C.S. 1084, 1105 ss n° 22787, 2 septembre 1993, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1038/index.do>; *T.U.A.C. c. KMart Canada*, [1999] 2 R.C.S. 1083, § 71 ss., n° 26209, 09 septembre 1999, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1722/index.do>

من أجل تحليل مفصل لهذه القرارات أنظر:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, pp. 179-181.

اللغة الفرنسية (تكون التدابير المطعون فيها) قد أنشأت في أقصى الأحوال انتهاكا أدنى للحق في المساواة. فرغم أن... اشتراط استعمال اللغة الفرنسية إلى جانب لغة أخرى يخلق عبئا إضافيا يحمل على عاتق التجار غير الفرنكوفونيين، لا شيء ينتهك قدرتهم على استعمال لغة أخرى أيضا»⁶³⁹.

وفي نفس السياق، دأبت المحكمة الدستورية الألمانية على قياس الضرورة كخطوة ثانية بحثا عن خيارات تشريعية أقل تطفلا وتقييدا للحرية وبنجاعة مماثلة في بلوغ الهدف المنشود. ففي القرار المذكور أعلاه حول تخزين المواد البترولية، وبعد نجاحه في الخطوة الأولى المتمثلة في الملازمة، مرّت المحكمة إلى قياس الضرورة واعتبرت أن «خيارا آخر أقل تقييدا لحرية الأشخاص المعنيين يجب أن يكون مؤهلا لبلوغ نفس الهدف حتى يتمكن القاضي أن يجاجح به خيار المشرع. في هذا السياق، يجب أن نأخذ بعين الاعتبار أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق باختيار التدابير الاقتصادية التي تحدّ من حرية الأشخاص الناشطين اقتصاديا وفي تصورها التقني. فكلّ فائدة فردية لخيار آخر غير الخيار التشريعي يجب ألا يقود آليا للإقرار بعدم دستوريته. في المقابل، يجب إقامة الدليل بوضوح على التكافؤ الواقعي في القدرة على بلوغ الهدف على جميع الأصعدة في صورة وجود خيار أقل تدخلا»⁶⁴⁰، وهو ما دفعها إلى مناقشة خيارات أخرى اقترحتها الطاعنون كاللجوء إلى تجار الجملة وشركات التخزين⁶⁴¹.

وتثير المحكمة هنا مسألة محورية في قياس الضرورة ألا وهي حدود رقابة القاضي على خيارات المشرع، وهنا تختلف المدارس فقه القضائية. فالمحكمة الدستورية الألمانية تمارس رقابة ضيقة على خيارات المشرع، حيث تعتبر دائما أن المشرع يتمتع بدرجة من التقدير السياسي في اختيار الوسائل التي من شأنها أن تسمح ببلوغ الهدف التشريعي⁶⁴². ففي قرار *Luth* المذكور أعلاه حول السجن مدى الحياة، أقرت المحكمة أنه «في حدود مبدأ التناسب، يتمتع المشرع بهامش في التقدير. من وجهة نظر القانون الجزائي في المجتمع الحديث، يطرح السجن المؤبد إشكالات قانونية وإشكالات مرتبطة بالسياسة الجزائية يعود للمشرع البت فيها»⁶⁴³. وإذ تقرّ المحكمة الدستورية الألمانية بأن القاضي لا يمكن أن يحل محلّ المشرع في تحديد الخيارات واختيار الأقل تطفلا وانتهاكا للحريات، تظلّ المسألة مرتبطة بتحديد قدرة الخيار الأقل تطفلا على تحقيق آثار مماثلة. فقياس النجاعة في بلوغ الهدف المنشود بأقل انتهاك ممكن للحريات غير بديهي خاصة إذا كان رهين تشخيص للوضعية قد يكون من الصعوبة بمكان لارتباطه بمسائل تكنولوجية وعلمية لا يمكن الحسم بصفة مسبقة في مآل تطورها⁶⁴⁴. ويذكر الأستاذ غريم⁶⁴⁵ في هذا المجال قضية *kalkar* المتعلقة بقانون الطاقة النووية الذي

Devine c. Québec, [1988] 2 R.C.S. 790, 814, n°20297, 15 décembre 1988, §36, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/386/index.do>. الترجمة لنا

BVerfGE 30, 292, *op. cit.*, §78.

640

641 نفسه، § 82.

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 390.

642

BVerfGE 45, 187, §136 *op. cit.* الترجمة لنا

643

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 390.

644

645 نفسه، ص. 390-391.

يسمح بإسناد رخص لإنشاء محطات نووية. وأمام الخطر الذي تشكّله على الحياة والصحة والممتلكات، صرّحت المحكمة بما يلي: «أن يشترط من المشرّع صياغة قانون يقضي بيقين مطلق التهديدات بالنسبة إلى الحقوق الأساسية التي يمكن أن تتولد عن اعتماد منظومات تقنية وتشغيلها، فهذا يعني إغفالاً لحدود المعرفة البشرية ويجرّ بصفة كبيرة موافقة الدولة على استعمال التكنولوجيا. لتشكيل النظام الاجتماعي، يجب أن يقتصر المشرّع على تقييمات مبنية على اعتبارات عملية.

وفيا يتعلّق بانتهاكات الحياة والصحة والممتلكات، وضع المشرّع قاعدة مبنية على مبادئ التوقّي الأمثل من التهديدات والمخاطر في الفصول 1... و7... من القانون حول الطاقة النووية الذي لا يسمح بإسناد التراخيص إلا إذا كان من المستحيل تقريباً أن تقع هذه الأحداث الضارة وفق ما يوحي به مستوى التطور العلمي والتكنولوجي. وإذا تجاوزنا هذه العتبة من الاعتبارات العملية، فإنّ الشكوك مرتبطة بحدود المعرفة البشرية وهي حتمية... وفي الشكل الحالي للقانون النووي، لا يمكن إقرار وجود خرق لالتزامات الحماية المحمولة على المشرّع»⁶⁴⁶.

وبالتالي حَسَم القاضي في وجهة الخيار التشريعي وفي مدى وجود خيارات أقل انتهاكا يجب ألاّ يعدم سلطة التقدير للمشرّع خاصة في المجالات التي يصعب اليقين في شأنها، وهو ما حدا بالمحكمة العليا الكندية مثلاً إلى أن تدخل مرونة على اختبار *Oaks*. فقد كانت أقرت في القرار المتصل بهذا الأخير أنّه «نظراً لأنّه تمت إثارة الفصل الأوّل لتبرير انتهاك حقوق وحريات دستورية يهدف العهد إلى حمايتها، فإنّ درجة مرتفعة جداً من الاحتمالية ستكون... «متناسبة مع الظروف». عندما يكون الدليل حول العناصر المكوّنة للتحليل حسب الفصل الأوّل ضرورياً، وهذا ما يحصل عادة، فإنّه يجب أن يكون قوياً ومقنعاً ويبرز للمحكمة بوضوح آثار فرض التقييد أو عدم فرضه... ويجب أن تطلّع المحكمة على الوسائل الأخرى التي كانت في حوزة المشرّع عند اتّخاذ قراره لتحقيق الهدف المعني»⁶⁴⁷. وهذا يعني ضرورة تعليل المشرّع لخياره، ممّا يقلّص مجال سلطته التقديرية إلى حدّ كبير. لكن قامت المحكمة العليا إلى حدّ ما بمراجعة موقفها في قرار *Edwards Books* حول قانون مقاطعة أونتاريو بالنسبة لأيام العطل لتجّار التفصيل والتي أقرت الأحد كيوم عطلة، ممّا يشكّل تقييداً لحرية المعتقد بالنسبة إلى اليهود الذين يقدّسون يوم السبت ويعتبرونه يوم عطلة، ولكنّه يكرّس في إطار المساواة يوماً موحداً للعطلة لجميع العاملين بهذه المتاجر، مع تكريس استثناء خاص للمتاجر الصغيرة التي تشغل أقلّ من سبع عاملين والتي بإمكانها فتح أبوابها يوم الأحد إذا أغلقت يوم السبت، بحيث طرحت مسألة الانتهاك الأدنى وإن كانت الاستثناءات كافية في هذا الصدد. ويبرز تباين مواقف قضاة هذه المحكمة بهذا الشأن حساسية تقييم خيارات المشرّع. فالقاضي *Dickson*، وبعد عرض أحد الخيارات الأخرى المتمثّل في القيام بتحقيقات حول نزاهة المعتقدات الدينيّة للأفراد المعنيّين، ممّا يشكّل أيضاً تقييداً لحرية المعتقد، خلص إلى أنّه «يوجد حلّ وسط بين نظام يحرّر تماماً تجّار التفصيل الذين ستقيّد حريتهم الدينيّة يوم السبت مع تفادي تحقيق

BVerfGE 49, 89, 116-117, Kalkar I, *op. cit.*

646

R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139, §68, *op. cit.*

647

كريبه، ومن ناحية أخرى نظام يحرر إلى حد كبير كل تجار التفصيل الذين ستقيّد حرّيتهم الدينيّة يوم السبت. فكلّا النظامين يوفّران تنظيمًا منقوصًا لكلّ صنف تجار التجزئة، لكن هذه الصبغة المنقوصة هي نتيجة ضروريّة إذا أردنا أن نستفيد أكبر عدد ممكن من العمّال بقانون يقرّ يوما موّحدا للعطلة. وكلا النظامين يشكّلان محاولة جدية فعلا لتقليص الآثار الضارة لقانون يفرض يوما موّحدا للعطلة على تجار التجزئة الذين ستقيّد حرّيتهم الدينيّة يوم السبت. وليس من الواضح البتّة أيهما أفضل في جوهره». وانتهى إلى أنّه لا «يعود للمحكمة أن تصوغ قانونا سليما من الناحية الدستوريّة ولا أن تفحص ما هي التدابير التشريعيّة الأفضل وإنّما ما قمت به من تحليل للأظمة التشريعيّة الأخرى يهدف فقط إلى معرفة ما إذا كان النظام حيّز النفاذ مستجيبا لمقتضيات الخطوة الثانية من معيار تطبيق الفصل الأوّل من العهد المذكور في قرار «Oaks»⁶⁴⁸، مذكّرا أنّه يعود للمشرّع تحديد «الحدّ المعقول» وفق الفصل الأوّل من العهد وأنّه «لا يعود للمحاكم أن تستبدل آراء المشرّع بالأراء القضائيّة في تحديد مكان رسم الحدّ الفاصل»⁶⁴⁹. واعتبر قاض آخر أنّه «إذا ما اعتبرنا أنّه يجب بلوغ الهدف المنشود، فسيكون ذلك بالضرورة على حساب البعض. فضلا عن ذلك، كلّ محاولة لحماية حقوق مجموعة ستلحق مضرة بحقوق مجموعات أخرى، فلا يوجد سيناريو مثالي يمكن فيه حماية حقوق الجميع على قدم المساواة. وبالتالي في إطار البحث عن تحقيق هدف ثبت أنّه مبرّر في مجتمع حرّ وديمقراطي، وجب أن يتمتّع المشرّع بهامش مناورة معقول ليجيب عن هذه الضغوطات المتضادّة»⁶⁵⁰.

تعكس هذه الأمثلة فقه القضائيّة إذن مسألة الحدود الفاصلة بين وظيفة التشريع ووظيفة الرقابة القضائيّة التي سيتمّ التعرّض لها لاحقا⁶⁵¹، ذلك أنّ في تقدير الخيارات الأقلّ تطفلا، يقوم القاضي نفسه بخيارات لا تخلو من هامش كبير في التقدير. وهو استنتاج يسمح به اختبار خطوة الضرورة الداخليّة بخصوص الأمثلة من القوانين المنظمة للحرّيات الفرديّة في تونس التي سبق أن اخترنا بشأنها الخطوة الأولى.

الضرورة الداخلية للإجراءات التشريعيّة: هل هناك بدائل أقلّ انتهاكا للحرية وبنجاحة مماثلة؟
سنحاول إجراء اختبار الخطوة الثانية على نفس التدابير التي تمّ إخضاعها إلى الخطوة الأولى باعتماد نفس التمييز بين التدابير الجزائيّة والتدابير غير الجزائيّة.

*التدابير الجزائيّة: الضرورة الداخليّة أو رهان المراجعة

تفترض الخطوة الثانية في قياس الضرورة الداخليّة التساؤل إن كان لا يوجد إجراء آخر أقلّ انتهاكا للحرية وبنجاحة مماثلة، وهي تضعنا أمام مأزق جدّي حول تقدير المصالح التي تستوجب الحماية

R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S.713, n°s 19046, 19053, 19054 et 19069, 18 décembre 1986, disponible au lien 648 suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/189/index.do>

649 نفسه.

650 نفسه.

651 أنظر أدناه، ص. 274-280.

الجزائية وإمكانية الاستغناء عن اعتبار بعضها مصلحة وبالتبعية إلغاء ما كان يوافقها من عقوبة أو التساؤل عن إمكانية تهوين المصلحة وبالتبعية التساؤل عن إمكانية تهوين العقوبة التي تقابلها.

نحن إذن أمام دراسة البدائل لا في اتجاه التشديد بل في اتجاه تخفيف الطوق على الحريات. وهذا لا يخلو من محاذير أوّلاً أمام الخشية على منظومة الحماية الجزائية الضرورية للمجتمع وللحرية ذاتها، وثانياً أمام التدخل الذي يفترضه هذا الاختبار كما ذكرنا أعلاه في خيارات المشرّع في مجال تقدير العقوبات والذي عبّر عنه المجلس الدستوري الفرنسي برشاقة عندما اعتبر أنّه «في غياب عدم تناسب فادح بين الجرم والعقاب المستوجب لا يعود له أن يجعل سلطة تقديره تحلّ محل سلطة تقدير البرلمان حول ضرورة العقوبات الموافقة للجرائم التي يحددها هذا الأخير»⁶⁵².

لكن الاحتراز الأوّل مردود عليه طالما أنّ الأمر لا يتعلّق بإعادة النظر في ثوابت العقد الاجتماعي الأصيل من تجريم للعنف والاعتداء على حرمة الحياة والجسد والحرية والملكية ومتعلقاتهم وإنّما هو نقاش حول تجريم وعقوبات مشكوك في وجاهتها بالنظر إلى بوصلة الدولة المدنية الديمقراطية. وأمّا الاحتراز الثاني حول التدخل في خيارات المشرّع، فهذا هو محتوى اختبار التناسب وسبب وجوده طالما اعتبرنا أنّه آلية للحوار بين المشرّع والقاضي الدستوري. وأن يُطلب من المشرّع أن يراجع أحياناً تعريفه للجرائم ولوظيفتها ولوظيفة المنظومة الجزائية برمتها هو سمة المجتمعات الحية المستبطنة لثقافة حقوق الإنسان.

من هذا المنظور، يتمثّل تطويع الخطوة الثانية من اختبار التناسب في مجال الجرائم والعقوبات المتصلة بالحريات الفردية في البحث عن البدائل الأقل انتهاكا للحرية وبنجاعة مماثلة ممّا سيدخلنا بداهة في منظومة رفع الصبغة الجزائية *dépénalisation* والمرتبطة بطبيعتها بالجرائم الأخلاقية. ويشكّل المفهوم المرتبط بها «قسماً يتكوّن من عدّة أنواع»⁶⁵³ حسب الأستاذ جورج لوفاسور فهو يحيل إلى «التخفيف من ردة الفعل الاجتماعية التي تتخلّى تارة عن الحلّ الجزائي الصرف وتارة أخرى تعدّله أو تعوّضه بحلول أخرى أقلّ إيلافاً وأكثر نجاعة»⁶⁵⁴.

ففي المعنى الواسع، يشمل رفع الصبغة الجزائية حسب الأستاذ لوفاسور نزع التجريم *décriminalisation* الذي يشمل بدوره إمّا الحذف الكلي للجرم بحيث يصبح الفعل مباحاً ولا يمكن أن يتعلّق الأمر بقيمة اجتماعية أساسية أو إعادة التكييف *disqualification*، بحيث يظلّ الفعل مجرماً لكن

Décision n°86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, considérant 652 n°7, *op. cit.* الترجمة لنا.

LEVASSEUR(G.) « Le problème de la dépénalisation », Rapport de synthèse présenté aux Troisièmes Journées franco-italo-espagnoles de politique criminelle d'Aix-en-Provence en septembre 1982, disponible au lien suivant: https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/levasseur_depenalisation.htm

654 نفسه.

ينزل تكييفه إلى الدرّجة الأدنى في سلّم الجرائم ويعاقب عليه بالتبعية بعقوبة أدنى (كالتجنيح أي أن ينزل من جناية إلى جنحة أو من الجنحة إلى المخالفة) أو الإبقاء على التكييف مع إقرار عقوبات أقلّ تشدداً⁶⁵⁵.

أمّا رفع الصبغة الجزائية في المعنى الضيق، فيعني المحافظة على التّجريم مع تخفيف الرّجر الذي يصبح استثنائياً ويمر ذلك عبر تخلي الشرطة عن البحث الآلي على المخالفات المقبولة من الرأى العام وتقوم النيابة العمومية بحفظ أوراق القضية في الحالات التي تكون فيها مَحْوَلَة لإخضاع تحريك الدّعى العموميّة إلى مبدأ ملاءمة التّبع⁶⁵⁶؛ أو عبر اكتفاء القاضي بالتصريح بعقوبات أصلية أو عبر استعمال هياكل تنفيذ العقوبات لصلاحياتها من حطّ من العقوبات أو سراح شرطي أو عبر المشرّع ذاته الذي يمكنه عبر العفو التشريعي أو إلغاء التّجريم أن يجسّد قانونياً المرونة التي أصبحت أمراً واقعاً⁶⁵⁷.

ويشمل رفع الصبغة الجزائية أيضاً التخفيف من اللجوء إلى الإبداع بالسّجن «La déprisonalisation» لما له من آثار جانبية عبر اللجوء إلى المخالفات أو توقيف التنفيذ⁶⁵⁸.

كما يشمل رفع الصبغة الجزائية لجوء القاضي إلى العقوبات البديلة عوضاً عن العقوبات الأصلية كالععمل لأجل المصلحة العامة في إطار التعويض الجزائي أو تمكين القاضي من التصريح بالعقوبات التكميلية (كالحرمان من بعض الحقوق أو مصادرة الأملاك أو المنع من ممارسة بعض الوظائف أو سحب رخصة السياقة) عوضاً عن العقوبات الأصلية⁶⁵⁹.

ويشمل رفع الصبغة الجزائية أخيراً البدائل غير القضائية «déjudiciarisation» عبر تخفيف العبء على العدالة الجزائية بتكريس آليات التحكيم في المادة الجزائية وإسناد الاختصاص في البت في قضايا التعويض عن الضّرر للقاضي المدني⁶⁶⁰.

وبالتالي، وإذا نظرنا من الزاوية التشريعية فحسب، يمكن هذا العرض السريع لمنظومة رفع الصبغة الجزائية من تحديد آليات تشريعية بديلة تمكن من تفادي الإسراف في التّجريم والرّجر بحيث يمكن أن نسلّك إحدى الطرق التالية:

655 نفسه.

656 نفسه. ونذكر أنّ مبدأ ملاءمة التّبع «(ال) مستمدّ من المدرسة النّفعية التي تعتبر أنّ العقوبة يجب أن تكون مفيدة اجتماعياً ويجب أن يكون لها أثر وقائي، وهذا المبدأ يضيف على إجراءات إقامة الدّعى العموميّة مرونة ملحوظة بما يخوله لسلطة الادّعاء من صلاحيات تقديرية واسعة في إقامة الدّعى العامة من عدمه، وتكمن أهميته في كونه يسمح بتحقيق مصلحة المجتمع ويمكن من تفادي تكديس القضايا أمام القضاء الجزائي، هذا علاوة على نجاعته من زاوية الإثبات الجزائي إذ لا معنى مطلقاً في تقرير التّبع الآلي في جميع الجرائم حال أن وسائل الإثبات الواقع تجميعها -بخصوص عدد منها- لا تتمتع بالقوة الكافية للإثبات الذي من شأنه أن يدحض قرينة البراءة. وقوام مبدأ الملاءمة الذي أخذت به العديد من النظم القانونية ومن بينها القانون التونسي صلب الفصل 30 م 1ج يتمثل في أنّه بمجرد وقوع الجريمة يكون للنيابة العمومية حرية التصرف في الدّعى»، العبيدي (ع م)، المرجع سابق الذكر، ص. 402.

LEVASSEUR (G.), *op. cit.*

657

658 نفسه.

659 نفسه.

660 نفسه.

-إما موضوعيا بنزع التجريم سواء بطريقة كلية عبر تقليص قائمة الجرائم إلى الحد الضروري لحماية القيم الأساسية والتخلي خاصة عن الجرائم الجنسية؛

-أو نزع التجريم جزئياً عبر إعادة تكييف الأفعال وتنزيلها إلى المرتبة الأدنى في سلم الجرائم أو تخفيف العقوبات القصوى⁶⁶¹؛

-أو إجرائيا بالتفكير في توسيع قائمة الجرائم التي يترك تحريك الدعوى العمومية بشأنها للضحية التي تملك الحق في عدم إثارة التتبع أو إيقافه (في الزنا مثلاً) أو تكريس تعويض الضحية كبديل للعقوبة أو تكريس إمكانية التفاوض بين النيابة العمومية والمدان للاتفاق على تعويض الزجر بعقوبة بديلة كما هو الشأن في القانون الجزائري الإيطالي الذي يعتمد آلية المصالحة الجزائية *condanna a pena concordata*⁶⁶²، وهو ما يذكر بالآلية المعتمدة في الأنظمة الأنكلوسكسونية القائمة على «اعتراف بالتهمة تسبقه مسامحة على العقوبة» *le plea bargaining ou le negotiated plea*⁶⁶³ حيث يتم التفاوض في إطار البحث عن نجاعة العقوبة⁶⁶⁴.

ورغم ما قد توحي به هذه الآليات من نزعة ثورية في نظام المحاكمة الجزائرية وتدعيم جرعته الادعائية الموسومة بالبحث عن المصلحة الخاصة، إلا أنها لا تتعارض مع التعديلات التدريجية التي عرفتها السياسة العقابية التونسية⁶⁶⁵، حيث أخذ المشرع بالعقوبة البديلة عبر تكريس عقوبة العمل من أجل المصلحة العامة بمقتضى القانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت/ آب 1999 مضيفاً الفصول 15 مكرّر⁶⁶⁶ و15 و17 و18 و18 مكرر إلى المجلة الجزائية ومعدّلاً فصلها الخامس ليضيف العمل لفائدة المصلحة العامة لجدول العقوبات الأصلية. كما عدّل هذا الأخير بمقتضى القانون عدد 68 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت/ آب 2009 المتعلّق بإرساء عقوبة التعويض الجزائي وتطویر الآليات البديلة للسجن⁶⁶⁷ ليضيف التعويض الجزائي إلى جدول العقوبات الوارد في الفصل

661 نفسه.

662 الفصل 448 من مجلة الإجراءات الجزائية الإيطالية. أنظر:

Articolo 448 Codice di procedura penale (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 477), [Aggiornato al 30/10/2020], <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-sesto/titolo-ii/art448.html>

NIANG(B.) « Qu'est-ce que le Plea Bargaining ? », Chroniques « Juger ailleurs, juger autrement », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/3, p. 91.

LEVASSEUR(G.), *op. cit.*

664

665 كحلون (ع)، التعليق على المجلة الجزائية التونسية، المرجع سابق الذكر، ص. 72.

666 تم العقوبات البديلة عدّة جنح متعلّقة بأصناف جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم حوادث الطرقات والجرائم الرياضية وجرائم الاعتداء على الأموال والأموال وجرائم الاعتداء على الاخلاق الحميدة والجرائم الاجتماعية والجرائم الاقتصادية والمالية وجرائم البيئة والجرائم العمرانية والجرائم العسكرية. أنظر المجلة الجزائية (نسخة محيطة)، المرجع سابق الذكر، ص. 9-12. أنظر أيضاً: كحلون (ع)، التعليق على المجلة الجزائية التونسية، المرجع سابق الذكر، ص. 112-113.

667 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 65، 14 أوت/ آب 2009، ص. 2898-2899.

5، وهو يتمثل حسب الفصل 15 رابعا من المجلة الجزائية كما عدلت في 2009 في «استبدال عقوبة السجن المحكوم بها بتعويض مالي يلزم المحكوم عليه بأدائه لمن ترتب له ضرر شخصي ومباشر من الجريمة»⁶⁶⁸. ولنصف أن المشرع الجزائري أضاف إلى جدول العقوبات في باب العقوبات الأصلية في الفصل الخامس عقوبة المراقبة الالكترونية بمقتضى المرسوم عدد 29 لسنة 2020 مؤرخ في 10 جوان/ حزيران 2020 المتعلق بنظام المراقبة الالكترونية في المادة الجزائية⁶⁶⁹، حيث أصبح الفصل 15 مكرّر ينصّ في فقرته الأولى على أن «للمحكمة إذا قضت بالسجن النافذ لمدة أقصاها عام واحد أن تستبدل بنفس الحكم تلك العقوبة بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة وذلك دون أجر ولمدة لا تتجاوز ستمائة ساعة بحساب ساعتين عن كلّ يوم سجن أو بعقوبة المراقبة الالكترونية»⁶⁷⁰.

كما كرّس المشرع الجزائري بمقتضى القانون عدد 93 لسنة 2002 المؤرخ في 29 أكتوبر/ تشرين الأول 2002 المتعلق بإتمام مجلة الإجراءات الجزائية بإرساء الصلح بالوساطة في المادة الجزائية⁶⁷¹ مؤسّسة الصلح بالوساطة في المادة الجزائية⁶⁷²، وينصّ بمقتضاه الفصل 335 مكرّر من مجلة الإجراءات الجزائية على ما يلي: «يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكي به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية»⁶⁷³. ويمكن حسب الفصل 335 ثالثا من ذات المجلة لوكيل الجمهورية أن يعرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية على الطرفين قبل إثارة الدعوى العمومية إمّا من تلقاء نفسه أو بطلب من المشتكي به أو من المتضرر أو من محامي أحدهما في المخالفات أو بعض الجنح المذكورة حصرا وفي جريمة السرقة المنصوص عليها بالفصل 264 من المجلة الجزائية «إذا كان المشتكي به غير عائد وتبين له أن النزعة الإجرامية غير متأصلة فيه بناء على بحث اجتماعي يأذن مصالح العمل الاجتماعي بإجرائه حول الحالة العائلية المادية والأدبية للمشتكي به»⁶⁷⁴.

هذا يعني أن المشرع الجزائري قد انخرط بعد في هذا المسار الذي يحتاج إلى التدعيم والمراجعة العميقة على ضوء الفصل 49 مما تسمح بالتفكير فيه الخطوة الثانية لاختبار التناسب وهي الشبّت من عدم وجود بدائل أقل انتهاكا للحرية فيما يتعلّق أولاً بـ«ثنائي الجريمة والعقاب» وثانيا فيما يتعلّق بالإجراءات الجزائية.

668 المجلة الجزائية (نسخة محيّنة)، المرجع سابق الذكر، ص. 8.

669 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، 10 جوان/ حزيران 2020، ص. 1405-1407.

670 نفسه، ص. 1406.

671 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 89، 1 نوفمبر/ تشرين الثاني 2002، ص. 2750-2751.

672 أنظر حول هذه المؤسّسة كحلون (ع)، التعليق على المجلة الجزائية التونسية، المرجع سابق الذكر، ص. 119-124.

673 مجلة الإجراءات الجزائية، المرجع سابق الذكر، ص. 87.

674 نفسه، ص. 87.

حول الضرورة المتأخلة ل«ثنائي الجريمة والعقاب»

الحرية/ الحق المعني	الأحكام التشريعية المعمّية	الفصل 67 من المجلة الجزائية: يعاقب على «إتيان أمر موحش ضدّ رئيس الجمهورية» بالسجن ثلاث أعوام وخطية بـ240 ديناراً؛	تجريم حرية التعبير
مدى توفّر عقوبة أقلّ في سَلْم العقوبات وبنجاعة عمالة في تحقيق الهدف 676	مدى توفّر إجراء أقلّ انتهاكا للحرية من التجريم وبنجاعة عمالة في تحقيق الهدف 675	إذا كان إتيان أمر موحش على معنى الفصل 67 وبالنظر إلى سَلْم الجرائم جنحة فيمكن إتيان إغاؤها على هدي القانون الفرنسي كما ذكرنا أعلاه أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحفي الهدف المقصود من التجريم.	يمكن توقيف نفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إتما الإبقاء على تكيف الجنحة والخط من العقوبة السجنية مع الترفيح في الخطية أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالخط الأقصى للمخالفة أي السجن بـ15 يوماً ومع ترفيع هام في الخطية لردع الاستهتار بالفعلة.
يمكن توقيف نفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إتما الإبقاء على تكيف الجنحة والخط في العقوبة السجنية مع الترفيح في الخطية أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالخط الأقصى للمخالفة سجناً بـ15 يوماً ومع ترفيع هام في الخطية لردع الاستهتار بالفعلة.	يمكن توقيف نفس المسار الذهني إتما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحفي الهدف المقصود من التجريم.	يمكن توقيف نفس المسار الذهني إتما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحفي الهدف المقصود من التجريم.	يمكن توقيف نفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إتما الإبقاء على تكيف الجنحة والخط في العقوبة السجنية مع الترفيح في الخطية أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالخط الأقصى للمخالفة سجناً بـ15 يوماً ومع ترفيع هام في الخطية لردع الاستهتار بالفعلة.
	- يمكن توقيف نفس المسار الذهني إتما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحفي الهدف المقصود من التجريم.		
	-الفصل 126 من ذات المجلة: يعاقب على «هضم جانب موظف من النظام العدلي بالجلسة» بالسجن عامين؛		

675 يتعلّق الأمر بالثبّت من وجود بدائل عن التجريم بإلغاء الجريمة أو بالخط من تكيف الجريمة (بالنزول من الجنابة للجنحة ومن الجنحة إلى المخالفة).

676 يتعلّق الأمر بالثبّت من وجود بدائل أقلّ انتهاكا للحرية بالخط من العقوبة في سَلْم العقوبات الممكنة.

<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إذا الإبقاء على تكليف الجنحة والخطأ في العقوبة المسجنية مع الترفع في الخطيئة أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالحد الأقصى للمخالفة سجنا بـ 15 يوما ومع ترفع هام في الخطيئة لردع الاستهتار بالفعلة.</p>	<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني إما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو الخطأ من التكيف سيحجمي الهدف المقصود من التجريم.</p>	<p>-الفصل 128 من ذات المجلة يعاقب « نسبة أمر غير قانوني لموظف صوملي أو شبهه يكون متعلقا بتطبيقه دون الإذلاء بما يثبت صحة ذلك» بالسجن عامين وبخطيئة 120 دينار؛</p>	
<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إذا الإبقاء على تكليف الجنحة والخطأ في العقوبة المسجنية مع الترفع في الخطيئة أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالحد الأقصى للمخالفة سجنا بـ 15 يوما ومع ترفع هام في الخطيئة لردع الاستهتار بالفعلة.</p>	<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني إما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو الخطأ من التكيف سيحجمي الهدف المقصود من التجريم.</p>	<p>-الفصل 129 من ذات المجلة يعاقب على «تلك العلم الفرنسي أو الأجنبي» بالسجن عامين؛</p>	
<p>يمكن وفقا لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إذا الإبقاء على تكليف الجنحة والخطأ في العقوبة المسجنية مع الترفع في الخطيئة أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالحد الأقصى للمخالفة سجنا بـ 15 يوما ومع ترفع هام في الخطيئة لردع الاستهتار بالفعلة.</p>	<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني إما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة. مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحجمي الهدف المقصود من التجريم.</p>	<p>-الفصل 245 من ذات المجلة يعاقب على « نسبة أمر لدى العموم فيه هناك اعتبار هيئة رسمية» بالسجن ستة أشهر وخطيئة 240؛</p>	
<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إذا الإبقاء على تكليف الجنحة والخطأ في العقوبة المسجنية مع الترفع في الخطيئة أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالحد الأقصى للمخالفة أي بالسجن بـ 15 يوما ومع ترفع هام في الخطيئة لردع الاستهتار بالفعلة.</p>	<p>- يمكن وفقا لنفس المسار الذهني إما إلغاء الجنحة أو إعادة تكيفها لتصبح مخالفة. مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحجمي الهدف المقصود من التجريم خاصة في ظل الاحترام الخاص الذي تحظى به مؤسسة الجيش.</p>	<p>- الفصل 87 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية الذي يعاقب على التحريض على الفرقة من الخدمة العسكرية» بالسجن إلى ثلاث سنوات؛</p>	

<p>يمكن وفقاً لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم إما الإبقاء على تكثيف الجنبحة والخط في العقوبة السجنية مع الترفع في الخطية أو إعادة التكيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالحد الأقصى للمخالفة أي بالسجن بـ 15 يوماً ومع ترفع هام في الخطية لردع الاستهتار بالفعالة.</p>	<p>- يمكن وفقاً لنفس المسار الذهني إما إلغاء الجنبحة أو إعادة تكثيفها لتصبح مخالفة. مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء في التجريم أو إعادة التكيف سيحمي الهدف المقصود من التجريم.</p>	<p>- الفصل 91 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية يعاقب على «تقدير العلم أو الجيش والس من كرامته أو سمعته أو معنويته» بالسجن إلى 3 سنوات؛</p>
<p>- يمكن وفقاً لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التجريم والإبقاء على تكثيف المخالفة التفضيف في مقدار الخطية.</p>	<p>- يمكن وفقاً لنفس المسار الذهني إلغاء المخالفة مع ضرورة التساؤل إن كان هذا الإلغاء سيحمي الهدف المقصود من التجريم في الأصل.</p>	<p>- الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر يعاقب على «التلب (ادعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنية من شأنه أن يبال من شرف أو اعتبار شخص معين)» بخطية تصل إلى 2000 د.</p>

<p>مدى توفّر عقوبة أقل في سلم العقوبات وبنجاعة مماثلة في تحقيق الهدف</p>	<p>مدى توفّر إجراء أقل انتهاكا للحرية من التجريم وبنجاعة مماثلة في تحقيق الهدف</p>	<p>الأحكام التمييزية المعنوية</p>	<p>الحرية/ الحق المعني</p>
<p>بحذف جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة بزول سبب العقاب بالسجن ستة أشهر وبإخطئته. وللاحاطة أنّ لجنة الحريات الفردية أقرت في مقترحها عقابا بخطئته تعدّ هامة انتهادي الأسراف في العقوبات السجنيّة.</p>	<p>نظرا لما تطرّحه هذه الجريمة من إشكال حقيقي على مستوى تحديد مفهوم الاعتداء على الأخلاق الحميدة، نفهم اقتراح لجنة الحريات الفردية والساواة بحذف الجريمة وتوضيها كالتالي:</p> <p>«أحداث جريمة السب على النحو التالي: «يحصل السب بكل قول أو إشارة فيها هتك لكرامة أو شرف شخص ويعاقب موكبه بخطئته قدرها 500 دينار».</p> <p>جريمة الاعتداء على المقدسات يعاقب بخطئته قدرها ألف دينار من يعمد إلى تخفير ديانة الغير بمعتقداتها أو رموزها أو شعائرها أو منابها ومراقبتها بغاية التحريض على العنف أو الكراهية أو التمييز مها كان شكلا».</p> <p>وجريمة التكفير يعاقب بخطئته قدرها ألف دينار مع الحرمان من مباشرة الوظائف العمومية وحتى الاقتراح كل من يذمي على شخص أو مجموعة أشخاص أو يحضه أشخاص إلى دين معين أو عدم اتقائهم إليه أو معتقداتهم فيه أو امتثالهم لأحكامه أو عارضتهم لشعائره وذلك بقصد الإساءة إليهم أو للتحريض على عدم التسامح أو الكراهية أو العنف أو التمييز مها كان سببه».</p> <p>«وإذا تعلق الادعاء بشخص متوفى فإن إثارة الشيع تتوقف على تقديم شكاية ممن له صفة».</p> <p>«وتضاعف العقوبة إذا وقع الادعاء أمام العموم».</p> <p>ولاحظ أن هذا الاقتراح كيف أفعال السب والتكفير والاعتداء على المقدسات كميخالفات⁶⁷⁷ وليس في ذكرنا هذا المقترح تعارض مع مقترح التخليف في السياسة العقابية طالما أنه من الضروري أن يتبدّل الشرح لمعاقبة هذه الأفعال التي تشكل اعتداء على حرية الضمير.</p>	<p>-الفصل 226 مكرر في تجريمه للاعتداء المعاني على الأخلاق الحميدة أو الأداب العامة بالإشارة أو القول أو لمن يعمد علينا إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياء بالسجن مدة ستة أشهر وبخطئته قدرها ألف دينار. يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطئته قدرها ألف دينار كل من يعتدي علينا على الأخلاق الحميدة ويسوجب نفس العقوبات المذكورة بالفقرة المتقدمة كل من يفت النظر علنا إلى وجود فرصة لارتكاب فجور وذلك بكلمات أو تسجيلات أو إرساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو ضوئية.</p>	<p>التجريم المتصل بالحياة الخاصة</p>

677 تقرير لجنة الحريات الفردية والساواة، المجمع سابق الذكر، ص. 87-88.

<p>إذا تم حذف الجريمة، فلا حاجة إلى العقاب. أما إذا تم تكثيفها كجناية فيمكن معاقبتها بخضبة وهذا ما ذهب له تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة الذي اقترح معاقبة مرتكبه بخضبة قدرها 500 دينار⁶⁷⁹.</p>	<p>إذ أن العلاقة السببية بين التصرف الجنيني كعنصر المنصوصية وتجريمه حماية للأداب العام متفتحة، زال موجب التجريم وأمكن حذف الجريمة. لكن يمكن بالنظر إلى تساق تطور العقوبات والجمل الذي لا زال مفتوحاً في تونس بشأن العلاقات الملتزمة إعادة تكثيفها كجريمة لتصبح مخالفة وهذا ما ذهب إليه تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة⁶⁷⁸.</p>	<p>- الفصل 230 من المجلة الجزائية: اللواط أو المساحقة إذا لم يكن داخل في أي صورة من الصور المثيرة بالنصير المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام.</p>	
<p>- كتيبة منطية لإعادة التكيف، يمكن تكريس عقوبة بخضبة مالية وهو ما اقترحه لجنة الحريات الفردية والمساواة (500 دينار)⁶⁸⁰.</p>	<p>كما قد رأينا غياب العلاقة السببية بين التجريم وهدفه مما يستوجب بالضرورة إعادة تكيف البغاء السري كجناية حتى توافق منطق مخالفة الترتيب المتصلة بالصحة العمومية.</p>	<p>- الفصل 231 من المجلة الجزائية: «النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالترتيب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو بتعاطن الخشاء ولو صدقة، يعاقبن بالسجن من ستة أشهر إلى عامين وبخضبة من عشرين ديناراً إلى مائتي دينار. يعتبر مشاركة ويعاقب بنفس العقوبات كل شخص اتصل بإحدى تلك النساء جنسياً».</p>	

678 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 89.

679 نفسه، ص. 89.

680 نفسه، ص. 94.

مدى توقّف عقوبة أقل في سَلَم العقوبات وبمراجعة عمالة في تحقيق الهدف	مدى توقّف إجراء أقل انتهاكا للحرية من التجريم وبمراجعة عمالة في تحقيق الهدف	الأحكام النشرية المعينة	الحرية/ الحق المعني
<p>طالما كان الاختلال في الملاءمة بين التكييف والعقوبة، جاز البحث عن عقوبة أقل انتهاكا للحرية وأكثر معقولة، إذ يجب أن تكون عقوبة الإعدام في حال تمّ الإبقاء عليها مقتضرة على جرائم القتل دون غيرها وهي الأفضى في سَلَم الخطورة.</p> <p>وبالتالي وجب الحطّ من العقوبة بالنسبة إلى النصوص المذكورة. وقد اقترحت لجنة الحريات الفردية والمساواة إلغاء عقوبة الإعدام أو «إلغاء عقوبة الإعدام فيما يخص الجرائم التي لم يترتّب عنها موت إنسان وازرار عقوبات غير قابلة للحصّ منها بالنسبة إلى أخطر الجرائم»⁶⁸¹.</p>	<p>لا يتعلّق الأمر هنا بإعادة تكييف جرائم فيها اعتداء جدي على الأفراد والممتلكات بحيث لا يوجد اختلال ملاءمة بين الفعل وتكليفه وإنما بين التكييف والعقوبة.</p>	<p>انتهاك حقّ الحياة: الفصل 126 من المجلّة الجرائقة يبيّن على أنّه إذا كان هضم الجانب واقعا بالجلسة لوظف من النظام العدلي، فالعقاب يكون بالسجن مدة عامين. ويكون العقاب بالإعدام إذا وقع الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به ضد قاص بالجلسة».</p> <p>الفصل 93 من المجلّة التأديبية والجرائقة البحرية يبيّن على أنّه «يعاقب بالإعدام كل ربان أو ضابط يفتك سفينة بالعنف أو بالتجحل.</p> <p>-بمّ الفصل 54 من القانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أوت/ آب 1998 والمتعلق بالسكك الحديدية على عقوبة الإعدام لسكل من يعتمد الإضرار أو تشغيل بدون إذن أجهزة منشآت السلامة الخاصّة بالسكك».</p>	<p>انتهاك حقّ الحياة</p>

681 نفسه، المرجع سابق الذكر، ص. 56.

الإجراءات الجزائية: هل من بدائل ممكنة أقل انتهاكا للحرية؟

هل يمكن إخضاع إجراءات الإيقاف قبل المحاكمة إلى خطوة البحث عن تدابير أقل انتهاكا للحرية؟

<p>هل يمكن إخضاع إجراءات الإيقاف قبل المحاكمة إلى خطوة البحث عن تدابير أقل انتهاكا للحرية؟</p>	<p>منظومة الإيقاف (أو الاحتفاظ) قبل المحاكمة</p>	<p>الحرية/ الحق المعني</p>
<p>يضعنا هذا السؤال أمام ما زلنا نتعامل التشريعي مع مسألة التبعات، فهل من المرجح أن يمتدح المشرع على أعران الضابطة العدالية وهيئات التحقيق والمخابرات الحكيمية إكليات الاحتفاظ بالمظنون فيه قبل إصدار الحكم مع ما قد يشكله ذلك من خطر على سلامة البحث ومن ثمّة على كينف الحقيقة؟</p> <p>هل يجوز إذن طرح السؤال على المشرع فيما يتعلّق بإمكانية البحث عن بدائل أقل تطفلاً إذا كان دوره في نهاية الأمر وضع إطار عام تتحرّك فيه هياكل العدالة الجزائية التي يجب ألاّ يتم التضييق عليها وتترك لها حرية التقدير في اللجوء إلى الإيقاف قبل الحكم حالة بحالته؟ يبدو أنّ المحاك هنا ليس التفكير في التخلّي عن إجراءات أثبتت إلى حدّ ما نجاعتها بل في تضييق حالات اللجوء إليها وتدقيقها وتدعيم صحتها الاستثنائية حتى يقلّ اللجوء إلى الاحتفاظ بأنواعه استثناءً والسراح هو المبدأ، وهو ما يقتضي مراجعة صيغة الفصل 117 من مجلة الإجراءات الجزائية للتخلّي عن الترخّص الممنوح للدائرة الاتهام في إيقاف المظنون فيه في علاقة بطاقة الإيداع بمراجعة عبارة «دائمًا» لكن القترح التضييق في حالات اللجوء إلى الإيقاف قبل الحكم يقابله التزام محمول على المشرع بالتوسّع في الآليات البديلة، وهذا ما أكّدت عليه اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام عدد 35 متوجّهة إلى القاضي وذلك بدعوة المحاكم إلى النظر « في ما إذا كانت بدائل الاحتجاز السابق للمحاكمة، مثل الكفالة والأساور الإلكترونية أو غيرها من الشروط ، كغالبية بآن تجعل الاحتجاز غير ضروري في الحالة المعنية (...). وفي حالة كون التهم أجنبياً، يجب ألاّ يوجد ذلك على أنه سبب كاف للدلالة على أن التهم قد يهرب من العدالة (...). وإذا تقرر بصفة مسبقة أن الاحتجاز السابق للمحاكمة أمر ضروري، يتعين إجراء استعراض دوري للحالة للتأكد ممّا إذا كان الاحتجاز لا يزال معقولاً وضرورياً في ضوء البدائل الممكنة (...)⁶⁸²».</p> <p>ولكن كي يتمكّن القاضي من تطبيق هذه التدابير، لا بدّ من تكريس تشريعي لهذه الآلية البديلة عن الإيقاف قبل الحكم. ولنعتبر أنّ المشرع أصاغ هذه الفرصة بمناسبة تعديل مجلة الإجراءات الجزائية بمقتضى المرسوم عدد 29 لسنة 2020 مؤرخ في 10 جوان/حزيران 2020 المتعلق بنظام المراقبة الإلكترونية في المادة الجزائية⁶⁸³ الذي أدرج كما رأينا أعلاه نظام المراقبة الإلكترونية لكن ضمن التدابير الاحترازية في إطار الإفراج المؤقت دون أن يسمح على بقية حالات الاحتفاظ الممكنة.</p>	<p>- الاحتفاظ - الإيقاف التمهيني - الإيقاف</p>	<p>الحق في الحرية وفي الأمان على التمس</p>

682 المادة 9 (حق الفرد في الحرية وفق الأمان على شخصه)، الفقرة 38، نص سابق المذكور.

683 النص سابق الذكر، ص. 1405-1406.

الإيقاف بالنسبة إلى الجرائم
على متن السفن

يشكل الإيقاف بالنسبة إلى الجرائم على متن السفن منطقة رمادية في منظومة الإيقاف قبل الحكم. فبالنظر إلى مكان وقوع الجرائم خاصة إذا حصلت بحراء قد يبدو من الصعب إخصاؤها إلى نفس المسار الذهني بشأن الإيقاف.
مع ذلك، وعلى هدي تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، يبرز القانون أحكاماً التفكيكية في تدابير أقل انتهاكاً للحرية بالنسبة إلى الإيقاف على متن السفن من ذلك في فرنسا الإيقاف في مكان للريان معاقب *la consignation dans un lieu fermé*⁶⁸⁴، حيث ينص الفصل 19-15531 من مجلة النقل الفرنسية على ما يلي: «يمكن للريان بموجب مصادرة مسجلة لو كمل الجمهورية المختصة تريباً... الإذن بالإيقاف في مكان معاقب طيلة الليلة الضرورية تماماً ضد كل شخص يشكل خطراً على سلامة السفينة أو حرمتها أو سلامة الأشخاص الموجودين على متن السفينة إذا كانت السفينة موهّلة لذلك...»⁶⁸⁵.

684 مقترح تقرير لجنة الحريات الفردية و المساواة، المرحب سابق الذكر، ص. 68-69.

Code des transports, Version consolidée au 18 décembre 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legifranceKali?id=LEGIT-685-EXT000023086525.pdf&size=4,7%20Mo&pathToFile=/LEGIT/EXT/00/00/23/08/65/25/LEGITEXT000023086525/LEGITEXT000023086525.pdf&title=Code%20des%20transports>.
الترجمة لنا.

هل يمكن إخضاع إجراءات الإيقاف قبل المحاكمة إلى خطوة البحث عن تدابير أقل انتهاكا للحرية؟	منظومة الإيقاف (أو الاحتفاظ) قبل المحاكمة	الحرية/ الحق المعني
<p>قد يبدو التساؤل عن وجود إجراءات أقل انتهاكا للحرية من التنفيس سؤالاً لا يطرح على المشع لأهمية التنفيس كإجراء في تنصي الحقيقة وجمع وسائل الإثبات⁶⁸⁶؛ بل يطرح السؤال على هيئات التحقيق وهو ما سيحصل مغارقة طالما أن الفصل 93 من المجلة ينص على أن التنفيس «يجري ... في جميع الأماكن التي قد توجد بها أشياء يساعد اكتشافها على إظهار الحقيقة»⁶⁸⁷ ويرد فيها الفصل 97 بحمل الالتزام على «حاكم التحقيق أن يبحث عن الأوراق والأشياء التي من شأنها الإعانة على كشف الحقيقة وأن يخبزها».</p> <p>فلا يمكن إذن التخلي عن هذه الوسيلة الهامة في التحقيق رغم خطورتها على حرية المسكن؛ بل أن الرهان يتمثل في المحافظة عليها كالوسيلة المبدئية في مجال التحقيق <i>une procédure de droit commun</i> في ظل أصوات تنادي بتحديث التنفيس في ظل التطور التكنولوجي وتطور أشكال الجريمة أي تعميم وسائل التحري الملو مائة من التقاط الكز وفي للمراسلات ومراقبة سمعية بصريّة⁶⁸⁷.</p>	<p>التنفيس (الفصل 94 من م إج) والحجز (الفصلان 97 و99 من م إج)</p>	<p>حرمة المسكن</p>

686 كحنون (ع)، دروس في الإجراءات الجزائية، المرجع سابق الذكر، ص. 258.

687 نفسه، ص. 89-93.

هل يمكن إخضاع إجراءات الإيقاف قبل المحاكمة إلى خطوة البحث عن تدابير أقل انتهاكا للحرية؟	منظومة الإيقاف (أو الاحتفاظ) قبل المحاكمة	الحرية/ الحق المعني
<p>في إطار نفس المسار الأدعي، يضعنا التساؤل عن وجود وسائل أقل انتهاكا للحرية بشأن وسائل التحري الخاصة أمام مآزق ضرورات البحث في الجرائم المعقدة كالإتجار بالأشخاص والإرهاب خاصة في ظل التطور التكنولوجي الذي يعقد عملية البحث عن الحقيقة بالوسائل التقليدية من تفتيش وحجز، وهذا ما يبرر اعتمادها في القانون بين المتصلين بها واللذان أكدوا على أن اللجوء إلى التفتيش واعتراض الاتصالات والرقابة السمعية البصرية يتم لضرورة البحث فضلا عن الضمانات القضائية التي تم تكريسها، وهذا ما يجمل التزاما على هيئات التحقيق باللجوء إليها كغيره لا بد منه.</p> <p>لكن الثبر للاهتمام كما ذكرنا أعلاه التوجه نحو تعميم هذه الإجراءات في مجال الإجراءات الجزائية، وهو ما يستوجب التوقف عنده على ضوء مشروع مراجعة مجلة الإجراءات الجزائية الذي خصص بابا كاملا لطرق التحري الخاصة (الباب الحادي عشر) مع تخصيصه في الفصل 236 على ما يلي: «تهدف طرق التحري الخاصة إلى المساعدة على الكشف عن الجرائم ومركبها وتيسير أعمال التحقيق للوصول إلى الحقيقة وذلك بالنسبة للجنايات فقط.</p> <p>وتشمل اعتراض الاتصالات والرقابة السمعية البصرية والاختراق.</p> <p>ولا يمكن الإذن بها إلا من قبل الجهة القضائية المختصة طبق هذا القانون مع مراعاة أحكام الشريع الجاري به العمل في مجال حماية المخططات الشخصية»⁶⁸⁸.</p> <p>ويجوز التساؤل إن كان هذا التعميم لطرق التحري الخاصة على كل الجبايات لن يؤدي إلى نوع من استسهال اللجوء إلى الآليات تقضي عالية التأقفل على حرمة الفرد.</p>	<p>التفتيش واعتراض الاتصالات:</p> <p>في مجال مكافحة الإرهاب:</p> <p>- الفصل 54 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال كما تُفتح وتُجم بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 مؤرخ في 23 جانفي/ كانون الثاني 2019.</p> <p>في مجال مقارمة الاتجار بالأشخاص:</p> <p>- الفصل 32 من القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/ آب 2016 المتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص.</p> <p>الرقابة السمعية البصرية:</p> <p>في مجال مكافحة الإرهاب:</p> <p>الفصل 61 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال كما تُفتح وتُجم بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 مؤرخ في 23 جانفي/ كانون الثاني 2019.</p> <p>في مجال مقارمة الاتجار بالأشخاص:</p> <p>الفصل 39 من القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/ آب 2016 المتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص.</p>	<p>حرمة الحياة الخاصة (سرية المراسلات) (...)</p>

<http://formation.e-justice.tn/sondage/sondageadd.php>

688 مشروع مراجعة مجلة الإجراءات الجزائية، ص. 85، يمكن تحميله على موقع وزارة العدل:

هل يمكن إخضاع إجراءات الإيقاف قبل المحاكمة إلى خطوة البحث عن تدابير أقل انتهاكا للحرية؟	منظومة الإيقاف (أو الاحتفاظ) قبل المحاكمة	الحرية/ الحق المعني
<p>مرة أخرى يضعنا التساؤل عن وجود تدابير أقل انتهاكا للحرية بشأن التدابير الاحترازية أمام مازق السلطة التقديرية التي يجب أن تترك لحيات التحقيق ناهيك أنها تندرج في إطار الإفراج المؤقت الذي يعتبر في حد ذاته بدلا عن الاحتفاظ بأنواعه وأقل انتهاكا منه للحرية.</p> <p>مع ذلك يبدو من المبرور التساؤل عن التدابير الاحترازية في علاقة بالترحيل وعن دور هذا الأخير في إقرار بدائل أقل تنظلا وبنجاعة مماثلة على الأقل منها الوضع تحت المراقبة الالكترونية، وما إدراجه مؤخر في مجلة الإجراءات الجزائية بمقتضى المرسوم عدد 29 لسنة 2020 المؤرخ في 10 جوان/ جويلية 2020 المذكور أعلاه في علاقة بفيروس كورونا إلى دليل على استبعاد المنظومة الجزائية التوسعية للدخول إلى عصر العدالة الجزائية التوسعية مع ما تحمله هذه الأخيرة من مخاطر مرتبطة بحماية المعطيات الشخصية.</p>	<p>في إطار الإفراج المؤقت:</p> <p>الفصل 86 من مجلة الإجراءات الجزائية:</p> <p>– وضع المظنون فيه تحت المراقبة الالكترونية؛</p> <p>– اتخاذ مقرر له بدالة المحكمة؛</p> <p>– عدم مغادرة حدود ترابية يحددها القاضي الأجنبي؛</p> <p>– منعه من الظهور في أماكن معينة؛</p> <p>– إعلاجه لقاضي التحقيق بتقلاته لأماكن معينة .</p>	<p>حرية التنقل</p>

التدابير الاحترازية

*التدابير غير الجزائية:

الأحوال الوالائية:

هل يوجد إجراء أقل انتهاكا للحرية وبجاعة مماثلة؟

الأحكام التشريعية المعنية

الحرية/ الحق
المعني

الاستشفاء الوجوبي

أمام خطر كبير لعدوى وبائية لا يبدو البحث عن بدائل أقل انتهاكا للحرية من الاستشفاء الوجوبي أمرا هينا بالرة، فالأمر يتعلق بضرورة مكافحة لحماية الصحة العامة، وهو ما يرجعنا إلى مربع التشبيح في العلاقة بين الصحة العامة والحرية التي سبق التعرض لها لأن الأمر يتعلق في النهاية بصدام بين حق الصاب في الحرية وحق المجموعة في التوقي من المرض، لكن يظل العزل الاتقائي الوسيلة الأكثر نجاعة للتحقق من انحسار الأمراض السارية.

الفصلان 11 و12 من القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية كما تفتح بالقانون عدد 12 لسنة 2007 مؤرخ في 12 فيفري/ شباط 2007، المذكور أعلاه.

الحق في الحرية وفي
الأمان على النفس

الإجراء الوجوبي

بعد الإيواء الوجوبي في حالة الاضطرابات العقلية وسها من وجوه سلب الحرية لا تجرد حد من حرية التنقل يدخل حسب اللجنة المعنية بحقوق الإنسان تحت طائلة الفصل 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية للتصل بحماية الأمان على النفس وتطبق عليه إذن نفس القنصيات المتصلة بالاحتفاظ مع الخصوصية المرتبطة بالإعاقة الذهنية، وهو ما أكدت عليه اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام عدد 35 معتبرة أنه «ينبغي أن تتفح الدول الأطراف الثرأتين والمرسات التي عفا عليها الزمن في مجال الصحة العقلية من أجل تجنب الاحتجاز التعسفي . وتؤكد اللجنة على الضرر الكامن في أي إجراء لسلب الحرية، وكذلك الأضرار التي قد تلحق بالأشخاص بوجه خاص في حالات العلاج القسري. وينبغي أن تكفل الدول الأطراف تقديم خدمات الرعاية الاجتماعية المناسبة أو خدمات بديلة في مرافق مجتمعية للأشخاص ذوي الإعاقة النفسية، بغرض إتاحة بدائل أقل تقيما من الحبس. ولا يشكل العجز في حد ذاته مبررا لسلب الحرية، بل يجب أن يكون أي إجراء لسلب الحرية ضروريا ومتناسبا، بغرض حماية الشخص العمي من أي ضرر جسيمي أو منع إصابة الآخرين. ويجب تطبيقه فقط كإجراء أخير وأقصر فترة زمنية مناسبة»⁶⁸⁹.

الفصل 24 من القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية كما تفتح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004.

الحق في الحرية وفي
الأمان على النفس

689 689 اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 35، المادة 9 (حق الفرد في الحرية وفي الأمان على شخصه)، الفقرة 19، نص سابق الذكر.

وبالرجوع إلى تنظيم الإيواء الوجوبي في القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية، يتبين أن الإيواء الوجوبي هو إحدى آليات الإيواء دون رضا المعني بالأمر - التي تشمل مثلاً الإيواء بطلب من الغير - يتم اللجوء إليها في الصّور التي تصبح فيها الاضطرابات العقلية خطراً حقيقياً على المعني بالأمر وعلى الغير وقد أقرها الفصل 26 من ذات القانون لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ويمكن تجديدها لذات المدة كلّما اقتضت الضرورة ذلك بعد أخذ رأي معالج من الطبيب النفسي.

وهنا يعني أن تقدير الضرورة يعود للطبيب النفسي ويستند إليه القاضي، ورغم ما تبدو عليه الإجابة عن سؤال مدى توقّر بدائل أقل انتهاكاً للحرية بالنسبة للاضطرابات العقلية بداهة، إلا أن التجارب المقارنة تبرز وجود البديل في إطار الرعاية الصحية للمصابين باضطرابات عقلية دون رضاهم، من ذلك العيادات العقلية الخارجية الخارجية *soins ambulatoires sans consentement* التي يتم تأمينها لتلبية حالة المرضى العقلين في عدة دول كإيرلندا الجديدة والولايات المتحدة الأمريكية⁶⁹⁰.

هل يوجد إجراء أقل انتهاكا للحرية وبخضاعة مماثلة؟

هل يوجد إجراء أقل انتهاكا للحرية وبخضاعة مماثلة؟	الأحكام التشريعية	الحرية/ الحق المعني
<p>كما قد جئنا أعلاه ما يشكك الإيقاف الشديد من تقييد الحرية بما آتته يتمثل في احتجاز مرتكب الخطأ التأديبي في مكان خاص بالكفّة.</p> <p>وبالتالي فضلا عن عدم ملاهمة المنطق الرجزى للطبيعة التأديبية للخطأ ومن ثمة عدم ملاهمة العقوبة، من الواضح أنه توجد بدائل أخرى عن الإيقاف الشديد أقل انتهاكا للحرية كما يحكمه ذلك تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة⁶⁹¹ على هدي القانون الفرنسي الذي تحلّ عن الإيقاف المشدّد، وينصّ الفصل 13-1311 من مجلة القضاء العسكري على ما يلي: «مخالفة التراب المتصلة بالانضباط متروكة للآجر من قبل الساطنة العسكرية ويعاقب عليها بعقوبات تأديبية لا يمكن أن تتجاوز ستين يوما إذا اقترن بحرمان من الحرية. وحدّد سّلم العقوبات التأديبية بمقتضى القانون عدد 2005-270 المؤرخ في 24 مارس/آذار 2005 الذي يضبط النظام الأساسي للمعسكرين»⁶⁹².</p>	<p>الإيقاف كعقوبة تأديبية: الإيقاف البسيط والإيقاف المشدّد - بالنسبة إلى العسكريين: الفصل 37 (جديد) من القانون عدد 20 لسنة 1967 مؤرخ في 31 ماي/أيار 1967 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام للمعسكرين كما تُفتح بمقتضى القانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية/ تموز 2009. - بالنسبة إلى قوات الأمن الداخلي: الفصل 50 من القانون عدد 70 لسنة 1982 مؤرخ في 6 أوت/آب 1982 يتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي كما تفتح بمقتضى القانون عدد 58 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان/حزيران 2000.</p>	<p>الحق في الحرية وفي الأمان على النفس</p>

691 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الأخرى، ص. 66-67.

تتضمن المجلة التأديبية عدة أنواع من العقوبات التأديبية فيها شيء من الغلو بما أنها تسلب الحرية وخاصة منها الاعتقال والسجن التأديبي والحال أنه توجد بداخل أخرى أقل انتهاكا للحرية على هدى القانون الفرنسي و صملا بتوصيات لجنة الحريات الفردية والمساواة، إذ تم في فرنسا الاستغناء عن الاعتقال والسجن التأديبي والخطية مع تعويضها كما رأينا أعلاه بالإيقاف في مكان مغلق في حق كل شخص يمثل خطرا على سلامة السفينة أو حوالها أو سلامة الأشخاص الموجودين على متن السفينة وذلك بعد موافقة مسبقة لوكيل الجمهورية المختص ترأيا حسب الفصل 19-1531 من مجلة النقل الفرنسية المذكور أعلاه⁶⁹³.

بالنسبة إلى المخالفات التأديبية المرتكبة على ظهر السفن حسب المجلة التأديبية والجرائم البحرية، التمييز بين:

مخالفات كادمية خفيفة:

- تحجير النزول إلى الأرض لمدة أقصاها أربعة أيام؛

- الاعتقال أي إلزام الضباط وأعضاء الطاقم بالكوث بغير فهم خارج أوقات العمل دون أن يعاقب عليهم وتفس الشيء بالنسبة إلى المسافرين؛

مخالفات كادمية خطيرة يعاقب عليها (الفصل 10):

- بالنسبة إلى الضباط وأعضاء الطاقم:

- تحجير الخروج من السفينة أو الاعتقال في حدود 15 يوما؛

- بالنسبة إلى المسافرين: الاعتقال في حدود 15 يوما.

693 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرحع سابق الأذكي، ص. 68-69.

هل يوجد إجراء أقل انتهاكا للحرية وبجاعة مماثلة؟	الأحكام التمييزية	الحرية المعنوية
<p>من الصعب بالنظر إلى خطر تفشي العدوى إيجاد طريقة أخرى أقل انتهاكا للحرية و بنفس نجاعة تحديد إقامة المصابين أو المشتبه بإصابتهم.</p>	<p>تقييد حرية اختيار مقر الإقامة لأسباب صحية: - الخطر الصحي الشامل: الفصل 3 من المرسوم عدد 9 المؤرخ في 17 أفريل / نيسان 2020 المتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديد الحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بنزوس كورونا «كوفيد-19» السابق الذكر: تحديد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس.</p>	<p>حرية التنقل واختيار مقر الإقامة (الفصل 24 من الدستور)</p>
<p>رغم ما في الوضع تحت الإقامة الجبرية من تقييد جدي للحرية إلى درجة تسمح بتشبيهه إلى حد ما باحتفاظ مقنن، فإن هناك المراقبة الإدارية.</p>	<p>تقييد حرية اختيار مقر الإقامة لأسباب أممية: الفصل 7 من مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ السابق الذكر الذي يرض على وضع وزير الداخلية خلال سريان حالة الطوارئ تحت الإقامة الجبرية بمقتضى قرار معقل كل شخص يتعمد ممارسة نشاط يهدد الأمن والنظام العام.</p>	
<p>ليس البحث عن بدائل أقل انتهاكا للحرية وبجاعة مماثلة أمر سهل، إذ أثبتت التجارب المقارنة وجود بدائل أكثر تضييقا للحرية أو أكثر امتهانا للكرامة كما هو الحال بالنسبة إلى آليات الإبعاد الترتيبية التي تنص عليها مجلة دخول الأجانب وإقامتهم وحق اللجوء في إطار البحث عن مزيد من النجاعة كالاحتفاظ الإداري administrative (الفصل 1-1551 من المجلة) في حالات معقنة تحرسها الشرطة centres de rétention administrative (الفصل 1-1221 من المجلة)⁶⁹، وهي قرارات تتخذها سلطات أو في مناطق انتظار zones d'attente في المطارات أو الموانئ أو محطات القطار بالنسبة إلى الأجانب القادمين برا أو بحرا أو جوا دون أن يتخص لهم الدخول (الفصل 1-1221 من المجلة)⁶⁹، وهي قرارات تتخذها سلطات الضغط الإداري تحت رقابة قاضي الجريات والاحتفاظ. يبقى أن المراقبة الالكترونية تبدو بديلا جديا.</p>	<p>«الاحتفاظ» الإداري بالأجنبي: الفصل 19 من القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس / آذار 1968 المتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية: تعيين مكان إقامة الأجنبي الطرود الذي استحال عليه مغادرة البلاد الترتيبية والحضور بصورة منتظمة بمركز الشرطة أو الحرس الوطني التابع له محل إقامته.</p>	<p>حرية اختيار الإقامة</p>

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, version consolidée au 27 novembre 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/694legiOKaali?id=LEGI/TEXT/000006070158.pdf&size=991,9%20Ko&pathToFile=LEGI/TEXT/00/00/06/07/01/58/LEGI/TEXT/000006070158/LEGI/TEXT/000006070158.pdf&title=Code%20de%20le%20entr%C3%A9e%20et%20du%20droit%20d%27asile>

3- الخطوة الثالثة: التناسب بالمعنى الضيق

لا تبدو أطراف الموازنة هي نفسها في مختلف النماذج فقه القضائية⁶⁹⁵. ففي كندا وبعد أن اشترط اختبار *Oaks* أنه «يجب أن يكون هناك تناسب ما بين آثار التدابير التقييدية للحق أو الحرية المضمونة بالعهد والهدف الذي تم الإقرار بأنه هام بما فيه الكفاية»⁶⁹⁶، تمت إعادة صياغته⁶⁹⁷ في قرار *Dagenais* على النحو التالي: «يجب أن يكون الهدف الذي يشكل أساسا للإجراء وآثاره الإيجابية التي تتولد في الواقع من تطبيقه متناسبة مع آثاره السلبية على الحريات والحقوق الأساسية»⁶⁹⁸. وقد تم انتقاد هذه الصيغة للمرحلة الثالثة من الاختبار على أساس أنها تعدّ من باب التزيّد طالما أنّ المرحلتين الأوليين تسمحان بتحديد التناسب بين الآثار السلبية والإيجابية وبقياس تناسق الإجراء مع الهدف ونجاعته. ولا أدلّ على ذلك من أنّه حسب فقه قضاء المحكمة العليا لا تحقّق القوانين التي تتخطّى المرحلتين بنجاح في المرحلة الثالثة⁶⁹⁹. لذلك تمّ تدقيق هذه الموازنة في قرار *Newspapers Thomson c. Canada* على النحو التالي: «لا تهمّ المرحلة الأولى والثانية من فحص التناسب العلاقة بين التدابير والحقّ المعني المكفول بالعهد بل العلاقة بين أهداف القانون والوسائل المستعملة. حتّى ولو كانت مرحلة الانتهاك الأدنى لمعيار التناسب تأخذ بعين الاعتبار بالأساس الإجراء الذي ينتهك قيمة مكرّسة في العهد، تتمثل القاعدة في نهاية الأمر في التساؤل إن كان الانتهاك بالحدّ الأدنى للحقّ المكفول بالعهد أخذًا بعين الاعتبار لصحة الهدف التشريعي. أمّا المرحلة الثالثة لاختبار التناسب، فهي تمكّن على ضوء الجزئيات العملية والمرتبطة بالسياق التي تمّ استخلاصها في المرحلتين الأوليين من تقدير مدى إن كانت الفوائد المترتبة من التقييد متناسبة مع الآثار السلبية التي يتمّ قياسها بالنظر إلى القيم المكرّسة في العهد»⁷⁰⁰. وتتعلّق قضية *Newspapers Thomson c. Canada* بالطعن في الفصل 322 فقرة 1 من القانون الانتخابي الكندي الذي يحجّر الإعلان أو نشر وبثّ نتائج سبر الآراء لنوايا التصويت خلال الثلاث أيام الأخيرة من الحملة الانتخابية ممّا يخرق حرية التعبير وحقّ الاقتراع المكفول بالعهد. وبعد أن ثبت تأكّد الهدف من القانون ألا وهو منع استعمال نتائج مغلوطة لسبر الآراء من قبل الناخبين نظرا لغياب المسافة والوقت الكافيين للقيام بتحليل تير الناخبين، مما يبرّر الحظر مدّة ثلاث أيام، وثبوت الرابط العقلائي بين التحذير والهدف، وبعد أن قدّمت المحكمة تحليلا مستفيضا حول غياب الأدلّة الكافية على أنّ حظر النشر يعدّ الانتهاك الأدنى، مرّت المحكمة إلى الخطوة الثالثة لقياس العلاقة بين التدابير المبرّرة وحجم الضرر بالنسبة إلى حرية التعبير. واعتبرت أنّ التأثير عميق للغاية على حرية التعبير بما أنّ الأمر يتعلّق بحجب كامل للمعلومة السياسية في مرحلة مفصلية من المسار الانتخابي

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 393.

695

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139, *op. cit.*

696

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 393.

697

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 RCS 835, n° 23403, 8 décembre 1994, p. 887, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1204/index.do>*Thomson Newspapers Co. c. Canada*, [1998] 1 RCS 877, n° 25593, 29 mai 1998, §123, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1621/index.do>

700 نفسه، § 125. الترجمة لنا.

وأنّ هناك انتهاك لحقّ الناخبين في المعلومة المرتبطة باختيار الحكّام وحقّ وسائل الإعلام ومؤسسات سبر الآراء في نشر المعلومة فضلاً عمّا يتضمّنه هذا المنع من رسالة خطيرة إلى الرّأي العام مفادها أنّ الحكومة بإمكانها لجم وسائل الإعلام. كما أنّ الخشية من التّلاعب برأي الناخبين تفترض عدم قدرتهم على التّحليل والتّمييز بين الغثّ والسّمين من نتائج سبر الآراء. ويعتبر الناخب البسيط غير القادر على التّمييز هو مقياس الدّستوريّة، بحيث أنّ تحريف رأي الناخبين يعدّ فرضيّة ذات احتمال ضعيف بما يجعل فوائد الحظر ضعيفة الاحتمال للغاية مقابل آثاره السّلبية الثابتة والوخيمة على حرية التّعبير⁷⁰¹. وهذا يعني أنّه رغم إخفاق القانون في الخطوة الثّانية، مرّت المحكمة إلى الخطوة الثّالثة، ويبدو أنّ تصوّر المحكمة العليا الكنديّة يتقاطع إلى حدّ كبير مع النموذج الألمانيّ.

ففي ألمانيا، عبّرت المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة بوضوح عن طرفي الموازنة: «يجب أن يحترم التّوازن الشّامل بين خطورة الانتهاك ووزن الأسباب التي تبرّرها وتأكدها أيضاً حدود المعقول. فكلّما كان انتهاك الحرية ... خطيراً، يجب أن تكون فوائد المصلحة العامّة التي يهدف الإجراء إلى ضمانها قويّة»⁷⁰²، وبالتالي لم تعد المسألة متعلّقة بالأهداف والوسائل. وقد فسّر الأستاذ غريم هذه المقاربة كما يلي: «تغيّر هنا مواضيع المقارنة ويتّسع مجال التّحليل. فالمقارنة تتمّ من هنا وصاعداً بين فقدان حقّ أساسي من جهة والفائدة بالنّسبة إلى المصلحة المحميّة بالقانون من جهة أخرى»⁷⁰³، ويبيّن قرار *Cannabis*⁷⁰⁴ هذا التّمشّي.

فقد طرحت هذه القضية إشكال خرق قانون المخدّرات المؤرّخ في 1981 -الذي ينصّ على إمكانيّة معاقبة كلّ معالجة أو استغلال غير مرخص للقنب الهندي- للفصل 2 من القانون الأساسي الألماني الذي يكفل الحقّ في الأمان. واعتبرت المحكمة الدّستوريّة بالنّظر إلى اختبار التّناسب أنّ «خيار المشرّع في التّهديد بتسليط العقوبات على الاستغلال غير الشرعي لمنتجات القنب الهندي يجب أن يعتبر وسيلة ملائمة وضروريّة لتطبيق الحماية القانونيّة المنشودة. في المقابل، تهدف المرحلة الثّالثة إلى إخضاع التّدابير التي تمّ إقرار ملاءمتها وصبغتها الصّوريّة إلى رقابة مضادّة لتحديد ما إن كانت الوسائل المعتمدة بالنّظر إلى تقييدات الحقوق الأساسيّة التي تتولّد عنها بقيت متناسبة مع الحماية القانونيّة. فالاختبارات المتّصلة بتجسير الإفراط يمكن أن تخلص إلى أنّ وسيلة ملائمة وضروريّة في جوهرها لحماية المصالح القانونيّة لا يمكن اعتمادها لأنّ انتهاك الحقوق الأساسيّة للشّخص المعني الذي يتولّد عنها يتفوّق بوضوح على تعزيز حماية المصالح القانونيّة ممّا يجعل استعمال وسائل الحماية تبدو غير موائمة. وهو ما يؤدّي في بعض الحالات إلى ضرورة تجاهل الحماية المشروعة المنشودة إذا كانت الوسائل المستعملة ستؤدّي إلى انتهاك غير معقول لحقوق الشّخص المعني»⁷⁰⁵.

701 نفسه، §§ 127-130.

BVerfGE 30, 292, *op. cit.*, §70.

702

GRIMM(D.), *op. cit.*, p. 393. الرّجّة لنا

703

BVerfGE 90, 145, *Cannabis*, 09 Mars 1994, disponible au lien suivant : <https://servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>

704

705 نفسه، § 158.

وبعد أن أقرت المحكمة بملاءمة أحكام قانون المخدرات للهدف الرّدي للقانون وبصبغته الصّوريّة، انتقلت إلى الخطوة الثالثة التي تشكّل «تجيرا للإفراط» موازنة بين المصالح المتعارضة، واعتبرت أنّ فرض عقوبات جزائيّة على المتدوّقين والمستهلكين العرضيين لكميات صغيرة من القنب الهندي يمكن أن تؤدّي إلى نتائج غير ملائمة وضارة للمحرف الفردي، من ذلك انخراطه في تجارة المخدرات وخلق تعاطف معه، وهو ما يعني أنّ المصلحة العامّة التي ستحصل من جرّاء المؤاخذه الجزائيّة الآليّة ضعيفة. وهو ما سمح بإقرار احترام أحكام قانون المخدرات - في تمكينه تسليط العقوبة الأدنى في هذه الصّورة وحتى الامتناع عن إثارة التّبعاات - للتّناسب بالمعنى الضيّق⁷⁰⁶.

تعكس هذه المقتطفات مجھودا واضحا في التّعليل وتقديم الحجج، وهو من ثوابت المنهج فقه القضائي الألماني، كما نلاحظه في قرار آخر يهّم طعنا أمام المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة في قرارات صادرة عن محكمة مونيخ بإخضاع الطّاعن إلى استخلاص السّائل النّخاعي الشّوكي لاشتباه الطّبيب الشّرعّي في وجود مرض في الجهاز العصبي المركزي قد يفسّر تراجع صحّته العقليّة وذلك في إطار دعوى رفعت ضده لغرابة التّصريحات التي أدلى بها كمدبر لشركة وممثّلا القانوني لغرفة المهن وعدم جدّيّتها⁷⁰⁷. ويتمثّل المطعن الأساسي في انتهاك حرمة الجسديّة نظرا للصبغة المؤلمة لاستخلاص السّائل النّخاعي الشّوكي خاصّة أنّ المحكمة تركت الخيار للأطباء بين ثقب القطنيّة ponction lombaire وثقب مؤخّرة الرّأس ponction occipitale التي تعدّ أشدّ إيلاما. وبعد أن توصلت المحكمة العليا بتقرير خبير في الطب الذي انتهى إلى أنّ آليّتي استخراج السّائل النّخاعي الشّوكي متساويتا الأثر وليست لهما مضار على المريض، نظرت المحكمة في دستوريّة الفصل 81 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة الذي يسمح بالقيام بأخذ عينات من الدّم أو تدخّلات جسديّة أخرى من قبل طبيب وفق القواعد الصحيّة في إطار التّحقيقات. وأخضعته لاختبار التّناسب مقّرة بمشروعية الهدف من أخذ العينات، وهو تمكين السّلطات من التّحقيق في الجرائم ممّا يبرّر جوهرياّ التدخّل في الحريات ويجعل في حدّ ذاته أخذ العينات ضرورياّ للأبحاث. لكن التدخّل باستخلاص السّائل الشّوكي عمليّة مؤلمة وخطيرة ويجب تفاديها في المخالفات الدّنيا التي لا أثر ولا ضرر فيها كما في قضية الحال. وطالما أنّ الموازنة في التّناسب يجب أن تأخذ بعين الاعتبار خطورة الجرم، فيجب الاكتفاء باللجوء إليه في الجرائم الخطيرة، وخلصت إلى أنّ «إخضاع المتّهم إلى تدخّل ثقيل من أجل مسألة بسيطة دون رضاه غير مبرّر»⁷⁰⁸. فالمسألة في النّهاية موازنة بين خطورة انتهاك الحرية وأهميّة مبرّره. يعني أنّ الأمر في النّهاية يتعلّق بالحس السّليم الذي تحاول المحكمة التّعبير عنه في بناء منطقي.

706 نفسه، §§ 163-167.

BVerfGE 16, 194, *Liquorentnahme*, 10 juin 1963, disponible au lien suivant : <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016194.html>

708 نفسه، § 3. الترجمة لنا.

ونجد أن المحكمة الفدرالية السويسرية تعرّف بطريقة مغايرة إلى حدّ ما التّناسب بالمعنى الضيق وذلك في قرار صادر في 2014 حول تنقيحات قانون الشرطة لمقاطعة زوريخ تتعلّق بالاستقصاء السري الوقائي من قبل محققين أوليين متخفين في إطار تحقيقات الشرطة دون وجود إجراءات تتبّع أو جريمة وما تسمح به من مراقبة الاتصالات على المنصّات الافتراضية وحول انتهاكها للفضاء الخاص ولسرية الاتصالات. وقبل أن تبث في المسألة، ذكّرت المحكمة بتعريف التّناسب بأنّه «يقتضي أن يكون الإجراء التقييدي قادرا على بلوغ النتائج المنشودة (règle de l'aptitude) وأنّ هذه الأخيرة لا يمكن الوصول إليها بإجراء أقلّ تطفلا (règle de la nécessité)، فضلا عن ذلك، يحجّر أيّ تقييد يتجاوز الهدف المنشود ويقتضي تناسبا معقولا بين هذا الأخير والمصالح العامة أو الخاصّة المنتهكة (مبدأ التّناسب بالمعنى الضيق الذي يفترض القيام بموازنة بين المصالح)⁷⁰⁹». وخلصت المحكمة إلى أنّ ولوج المنصّات الافتراضية، سيسمح بالاطلاع على معلومات تهمّ طيفا واسعا من المستعملين دون وجود أيّ دليل على اشتباه في إمكانية اقترافهم لسلوكات تشكّل تهديدا خطيرا للنظام العام. وبالتالي، يعدّ انتهاك سرية الاتصالات خطيرا مقارنة بضآلة الأضرار والمخاطر. وحسّمت المحكمة في عدم احترام مبدأ التّناسب على أساس عدم تكريس القانون لضمانات منها آلية الإشعار اللاحق للمستعملين الذين تمّ التجسّس على اتصالاتهم ممّا يجرّمهم من وسائل الانتصاف⁷¹⁰.

ولنلاحظ إذن أنّ رقابة التّناسب بالمعنى الضيق أصبحت تشمل رقابة الضمانات التشريعية الملائمة تماما كما هو الحال في فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي الذي يعدّه أحيانا من قبيل عيب الاختصاص السلبي⁷¹¹، كما في قراره الصادر بتاريخ 25 فيفري/ شباط 2010 المتعلّق بقانون تعزيز مقاومة عنف المجموعات وحماية الأشخاص المكلفين بمهّمة مرفق عام، حيث اعتبر أنّ «المشرّع سمح بنقل الصور التي تلتقطها أنظمة المراقبة بالفيديو في أجزاء من العمارات السكنية غير المفتوحة للعموم إلى مصالح الشرطة الوطنية والبلدية دون إقرار الضمانات الضرورية لحماية الحياة الخاصّة للأشخاص القاطنين بهذه العمارات أو الذين يرتادونها. وبالتنظر إلى هذه الوضعية، تغافل المشرّع عن الالتزام المحمول على عاتقه بالتوفيق بين المقتضيات الدستورية (بين احترام الحياة الخاصّة) والمقتضيات الدستورية الأخرى من البحث عن مقترفي المخالفات والتوقّي من الإخلال بالنظام العام⁷¹²». وفي قرار آخر متعلّق بالإيقاف التّحفظي، وبعد أن عاين المجلس تطوّرات أدّت

ATF 140 I 353, *l'arrêt de la Ire Cour de droit public dans la cause Parti socialiste genevois et consorts contre Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*, 1er octobre 2014, §4.5, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=stationnement+des+communaut%E9s+nomades&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&cit_de=&cit_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F140-I-381%3Afr&number_of_ranks=0&zazaclir=clir#page381 الترجمة لنا.

710 نفسه، § 8.

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*, p. 4.

Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, considérant n°23, disponible au lien suivant : <https://www.conseil->

إلى «التّهوين من شأنه، بما في ذلك في المخالفات البسيطة، وإلى تعزيز أهمية مرحلة التحقيق البوليسي في تجميع العناصر التي تتأسس عليها مقاضاة الأشخاص المتهمين»⁷¹³، أقر بضرورة أن «تكون هذه التطورات مصاحبة بالضمانات الملائمة لتأطير الإيقاف التحفظي وكيفية سيره ومع ضمان حماية حقوق الدفاع»⁷¹⁴، وفي غياب هذه الضمانات في فصول مجلة الإجراءات الجزائية المعنية، لا يمكن اعتبار «التوفيق بين التوقي من الإخلال بالنظام العام وممارسة الحريات المحمية متوازنا دستورياً»⁷¹⁵.

هذا المعنى، وعند مراقبة الضمانات التشريعية واعتبارها جزءاً من رقابة التناسب بالمعنى الضيق، تتخذ الرقابة طابعاً عقلاًياً يقلص من الصبغة الذاتية. لكن هذه الرقابة غير آلية، وهو ما يوسع إلى حد كبير بحسب التقاليد فقه القضايا في مجال تقدير القاضي وبالتبعية في رقابة التناسب. ولزيد توضيح هذا الأمر، نستشهد بقرار آخر للمحكمة الفدرالية السويسرية يتعلق بالبث في طعن ضد قرار قضائي برفض طلب المدعي تعليق تنفيذ عقوبة سجنه إلى أن تتحسن صحته التي تدهورت إثر قيامه بإضراب جوع. وفي إطار الموازنة بين المصالح، حللت المحكمة المصلحة العامة المشودة من وراء مبدأ التنفيذ المستمر وغير المنقطع للعقوبات الذي تكررته المجلة الجزائية والذي يهدف إلى حماية المجتمع وضمان نجاعة العقوبات وتأديتها لوظيفتها الإصلاحية وضمان مصداقية النظام السجني وضرورة أخذ طبيعة الجرائم بعين الاعتبار والمساواة في المعاملة بين مختلف المساجين. في المقابل، تتمثل مصلحة المدان في تعليق العقوبة في تفادي المخاطر على صحته التي يشكّلها استمرار تنفيذ العقوبة، وهي مصلحة لا يمكن أن تتغلب على المصلحة العامة إلا إذا كان من غير الممكن القيام بالمتابعة العلاجية أو المسكنة في المؤسسات السجنية أو في القسم الاستشفائي المغلق⁷¹⁶. وتعرضت المحكمة إلى الحلول الممكنة لحل النزاع بين الحرمة الجسدية للفرد والالتزام الإيجابي بالمحافظة على صحة المساجين وحياتهم، من ذلك الإطعام القسري بالرّجوع إلى القانون المقارن. وخلصت المحكمة إلى أنّ هناك «مصلحة عامة هامة في تمكين سلطات تنفيذ العقوبات من إمكانيات تصرف واسعة أمام إضراب جوع لسجين تتجاوز مجرد الخيار بين إطلاق سراحه وتركه يفقد الحياة وذلك بإقرار إمكانيّة فرض الإطعام القسري انطلاقاً من وجود مخاطر خطيرة وجسيمة وإلا ستكون السلطة مضطرة إلى التضحية إمّا بمصداقية العدالة الجزائية أو بأولوية الحياة على الموت». وبالتالي، اعتبرت المحكمة أنّ «الإطعام القسري لا يشكّل انتهاكاً غير

الترجمة لنا constitutionnel.fr/decision/2010/2010604DC.htm

Décision 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], 30 juillet 2010, considérant 713 n°18, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201014_22QPC.htm

714 نفسه، § 25.

715 نفسه، § 29.

ATF 136 IV 97, *l'arrêt de la Cour de droit pénal dans la cause Rappaz contre Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration du canton du Valais*, 26 août 2010, §5.2.2, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=stationnement+des+communaut%E9s+nomades&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&cit_de=&cit_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-IV-97%3Afr&number_of_ranks=0&cazclir=clir#page97

متناسب لحرية التعبير والحرية الشخصية للسجين ولا تحرق تحجير المعاملة اللاإنسانية والمهينة إذا تمّ القيام بها بكرامة وطبقا للقواعد الطبية»⁷¹⁷.

يوفر إذن فقه القضاء منهجا في تقدير الكلفة والمنفعة سيكون منهجنا في دراسة الأمثلة التي سبق أن تعرّضنا لها من تشريعنا التونسي في مجال الحريات الفردية على محك التناسب بالمعنى الضيق.

هل أنّ القوانين المنظمة لحرياتنا الفردية متناسبة بالمعنى الضيق مع موجباتها؟

يسمح عرض فقه قضاء التناسب بالمعنى الضيق باستخلاص جملة من المعايير عند القيام بالموازنة تتمثل في تقدير الكلفة بالنسبة إلى الحرية والمنفعة بالنسبة إلى المصلحة المحمية، أي أنّ الأمر يتعلّق بموازنة بين الفائدة بالنسبة إلى المصلحة المحمية وحجم الخطر على الحق أو الحرية موضوع التقييد. فلا يجب أن يكون انتهاك الحرية خطيرا مقارنة بضآلة المصلحة التي ستحصل من انتهاك هذه الحرية. كما تتضمن رقابة التناسب بالمعنى الضيق التثبت من وجود ضمانات تشريعية خاصة في المجال الجزائي حتى لا تغلب المصلحة من الزجر على حقوق المظنون فيهم. فوجود ضمانات تشريعية قضائية وسبل انتصاف ناجعة تسمح بترجيح الكفة أو بصفة أصحّ تعديلها بطريقة تسمح بتقبل انتهاك الحرية وتحييد ما في هذا التقييد من تطفّل على الحريات، وهذا ما سنحاول اختباره بالنسبة إلى عدّة أحكام تشريعية تنظّم الحريات الفردية في تونس والتي سبق أن أخضعناها إلى الخطوتين الأوليين معتمدين نفس التقسيم بين التدابير الجزائية والتدابير غير الجزائية.

*التدابير الجزائية:

«ثنائي الجريمة والعقوبة»:

يجب أن تكون البوصلة في مجال التجريم وتحديد العقوبات أنّ التناسب «في تحديد العقاب عند سنّه يعني (أن) يراعي المشرّع تلاؤمه مع الجريمة كفاعل ومع المجرم كفاعل، وهذا التناسب هو الذي من شأنه أن يحقق نجاعة العقوبة الجزائية وفعاليتها، فقط وبكلّ بساطة لأنّ الخروج عن هذا المبدأ عند سن النص العقابي سوف لا يفوت لا محالة الأهداف التي تنغيا العقوبة الجزائية تحقيقها، فلو غالى المشرّع مثلا في تقرير العقاب على إتيان فعل ما، لما تحقّق الردع الخاص من ناحية، ومن ناحية أخرى لأذى حاسة العدالة لدى الإنسان العادي ذي الرأى السليم، وهو ما من شأنه أن يؤدي بالتبعية إلى تحوّل تقدير الناس لمن يخالف ذلك النص من الاستنكار لفعله إلى العطف عليه والثناء لحاله ولغابت بالتبعية الغاية من تحقيق الردع العام في العقوبة»⁷¹⁸.

717 نفسه، § 3.3.6. الترجمة لنا.

718 العبيدي (ع.م)، المرجع سابق الذكر، ص. 53-54.

سليم العقوبات	مبدأ التجريم	الكلفة بالنسبة إلى الحرية	الصحة الحمية	الحرية المعنوية	
يجب الانتباه إلى ما قد تؤدي إليه العقالات في تسليط عقوبات سالية للحرية من خلق مناخ خائف للحرية هائلة كحرية التعبير ولذا نذكر أن ما قدرناه من عقوبات على الجرائم المتصلة بحرية التعبير تفسر دعواتنا السابقة إلى إعادة النظر في تصنيفها في سلم العقوبات.	تسليط عقوبات سالية للحرية تصل إلى الثلاث سنين بالنسبة إلى إتيان أمر موحد تجاه رئيس الجمهورية مثلا يعد عقوبة ودعوة تقي إلى حد ما من الاستهزاء بإهانة رموز الدولة ويمكن من حمايتها.	في تجريم هذه الأفعال رسالة خاطئة مفادها التضييق من حرية التعبير خاصة في علاقة بأعلى سلطات الدولة كرئيس الجمهورية الذي تقتضيه فيه سعة الصدر. كما أنه يجب الانتباه إلى ما في هذا التجريم من تضييق الخناق على الحريات الفنية وهذا ما نبهت له المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار <i>Eon c/ France</i> المذكور أعلاه حيث أقرت المحكمة أن « من شأن الأدلة الجزائية لتعزيرات كلك التي أتاناها الطاعن أن يكون لها تأثير رادع على الاعتقادات الساجرة في خصوص مواضيع جمعية يمكنها أن تلعب دوراً محورياً في النقاش الحر لمسائل تهم الصحة العامة والذي لا وجود بدونه لجميع ديمقراطي» ⁷¹⁹ .	تجريم مختلف هذه الأفعال يمكن من حماية الغير وأهل السلطات في الدولة (رئيس الجمهورية) وموظفيها العموميين والفضلاء ورموز الدولة (الجيش والعلم). كما يمكن التجريم من ضمان عدم الاستهزاء بالثلب والصد دون تحقير رموز الدولة واستسهال العتب.	- الفصول 67 و125 و126 و129 و245 من المجلة الجزائية. - الفصول 87 و91 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية. - الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 المتعلق بحرية الصحافة والنشر.	حرية التعبير

<p>تسليط عقوبات سلبية للحرية على أفعال يخضع تكييفها إلى الانطباعات لا على المعيار العقلائي، لا يمكن أن يستقيم في دولة مدنية ديمقراطية أساس العلاقة فيها بين المواطن والدولة هو موضوعي وهو ما يفسر دعوتنا السابقة إلى حذف هذه الجريمة ومن ثمة العقوبة المترتبة عنها⁷²⁰.</p>	<p>لا نرى فائدة من تسليط عقوبة على أساس جرمية معلومة، في بني على باطل فهو باطل.</p>	<p>التجريم حامية للأخلاق الحميدة والأداب العامة وبالنظر إلى كل الاحترازات المذكورة أعلاه يبعث برسالة خطيرة مفادها إمكانية فرض نموذج أخلاقي وحيد لا يمكن الخروج عنه، عما قد يؤدي إلى مصادرة الحق في الاختلاف، هذا فضلا عما يفتحه الطابع التفضيضي للمفهوم من سلطة تقديرية واسعة فليات التبع لصادرة الخريات الفردية بدعوى المساس من الأخلاق الحميدة.</p>	<p>كما قد خلاصنا إلى إضناق هذا التجريم في خطوتي الملازمة والضرورة الذاتية وهو إضناق تعوزه هذه الخطوة الثالثة في اجتناب التناسب بالمعنى الضيق، إذ تقطع النظر عن المآزق القانوني المتمثل في عدم وضوح أركان الجريمة بالنظر إلى الطابع التفضيضي لمفهوم الأخلاق الحميدة، فإننا لا نرى فائدة واضحة من التجريم في دولة مدنية ديمقراطية.</p>	<p>التفصل 226 مكرر من المجلة الجزائرية: تجريم الاعتناء على الأخلاق الحميدة أو الأداب العامة وعقابه بالسجن مدة ستة أشهر وخطية قدرها ألف دينار .</p>	<p>التجريم التفصل بالجريمة الفردية</p>
---	---	---	--	--	--

⁷²⁰ الفرشيشي (و)، التفصا (1)، الماجري (ج)، المريج سابق الذكر، ص. 44.

<p>- تسليط عقوبة سلبية للحرية تصل إلى ثلاث سنوات سجنًا هو معاملة مثلي الجنس على أنهم منحرفون وهو ما يعني تعميق الرصم الاجتماعي المرتبط باليول الجنسية برصم آخر مرتبط بصورة السجين.</p> <p>وفضلا عما تؤدي إليه هذه العقوبات من تعميق ظاهرة اكتظاظ السجون، فإن السؤال يطرح عن أهداف أصلا من العقوبة السجنية إذ من الصعب أن «يصالح» السجن الميول الجنسية.</p>	<p>في إطار نفس المسار الذهني لا فائدة تذكر من نج الناس بالسجن من أجل ميولهم الجنسية فلا يجني المجتمع أيّ خير من وراء ذلك.</p>	<p>- في تجريم العلاقات الجنسية المثلية بين الرشد رسالة خاطئة للرأي العام ودعوة إلى بند الاختلاف ونسف لثقافة التسامح وقبول الآخر وكترس للرصم الاجتماعي، هذا فضلا عن الصورة السلبية التي يعكسها للنظام القانوني التونسي أمام المجتمع الدولي خاصة أمام الدورات المتكررة من قبل المحاكم الأهميّة المعنّية بحقوق الإنسان إلى مراجعة الشريع التونسي في هذا المجال من ذلك، على سبيل الذكر، لجنة مناهضة التعذيب التابعة للأمم المتحدة في التقرير الدوري الثالث لتونس وكذلك التقرير المحدّث الإضافي وذلك خلال المدة بين 19 و 21 أفريل/ نيسان 2016 حيث عبّرت اللجنة عن قلقها « أن العلاقات بالتراضي بين أشخاص من نفس الجنس يعاقب عليها القانون في الدولة الطرف وأن المشتهة في كونهم مثليين يُجرون بأمر من القاضي على إجراء يعاقب شخصي على يد طبيب شرعي لإثبات المثلية الجنسية لديهم. ورغم تمتع الشخص المعني بالحق في رفض إجراء هذه الفحوص، فإن اللجنة تشعر بالقلق إزاء المعلومات التي تؤكد أن العديد من الأشخاص قبلوا هذه الفحوص تحت تهديد الشرطة منذرعين، بذرائع منها، أن رفض الموافقة على إجراء الفحص قد يقسر على أنه ثبوت للتهمة.</p>	<p>من الصعب إيجاد فائدة من تقنين التصرفات الجنسية المدرجة في النقصان الخاص لأن المصلحة المحمية في حد ذاتها مشكوك في وجودها ولأن كل تفكير في الفائدة بالنسبة إلى الأخلاق والمجتمع يصطدم بحاجز منطقي بما أنه سيحجزنا على إعطاء حكم قيمي على التصرفات الجنسية الرضائية والمثلية التي لا عنف فيها ولا تجاهر وهذا ما يجالّف منظومة الحريات الفردية.</p>	<p>- الفصل 230 من المجلّة الجزائية: العقاب على اللواط أو المساجنة بالسجن مدة ثلاثة أعوام.</p>	
--	---	--	--	---	--

		<p>وتشير اللجنة أيضاً مع القلق إلى المعلومات التي يدين أصحابها بإجراء فحوص مهلبية، دون موافقة المعينين أحياناً، لإببات الأفعال الجنسية مثل العلاقات خارج نطاق الزواج وأفعال الدعارة (المادتان 2 و6).</p> <p>42- وعليه، ينبغي للدولة الطرف إبقاء التفصل 230 من قانون العقوبات الذي يجرم العلاقات بالتراضي بين البالغين من نفس الجنس. وينبغي لها أيضاً حظر الفحوص الطبية المتدخلية في شؤون الغير والتي ليس لها أي مبرر طبي ولا يمكن الموافقة عليها موافقة حرة ومستبشرة من قبل الذين يخضعون لها والذين سيتعرضون، تبعاً لذلك، للمحاكمة»⁷²¹.</p>			
<p>للمغالاتة في العقوبة على فعل مباح في إطار البغاء العنفي المنظم آثار سلبية على تمثّل المواطنين لصدائفة العدالة الجزائرية وهذا أبلغ وقصاً من الآثار الإيجابية المحتملة للرجح.</p>	<p>من شأن المغالاتة في العقوبة على خرق الترتيب في مجال الصحة العامة أن يحجب الآثار الإيجابية للمعاونة المتصلة أيضاً بحماية الشبهة خاصة أن الخطر على الصحة العامة من الأمراض المنقولة جنسياً محتمل.</p>	<p>طريقة تنظيم جريمة تعاطي البغاء في الفصل 231 يوذي إلى آثار جانبية مرتبطة خاصة بتجريم «الصدقة» التي تفتح الباب للتقديرات الاعتيادية للشرطة وهو ما سبق التعرض له⁷²².</p>	<p>معاونة عرض النفس والبغاء السري تسمح بعدم تعريض التصرّح إلى مشاهدة المراهدة. كما أنها تسمح بحماية الصحة العامة في علاقة بالتوقي من الأمراض المنقولة جنسياً.</p>	<p>-الفصل 231 من المجآة الجزائية الذي يعاقب تعريض النفس وتعاطي البغاء السري ولو صدقة بالسجن من ستة أشهر إلى عامين وخطية من عشرين ديناراً إلى مائتي دينار.</p>	

721 لجنة مناهضة التعذيب، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثالث لفرنس وفي التقرير المحدث الإضافي، CAT/C/TUN/CO، 10.3/ CAT/C/TUN/CO، 10.3، حزيران 2016، فقرة 41-42، المرجع سابق الذكر.

722 أنظر أعلاه، ص. 121.

لا فائدة تذكر من العلوّ في معاقبة فعلة لا تؤذي إلى الموت بالإعدام.	تسليط عقوبة الإعدام على جرائم لا تعدّ الأخطر طالا أنّها لا تؤذي إلى الموت فيها كثير من العلوّ الذي يجانب الحسن السليم ويضرب مصداقية العدالة الجزائيّة، خاصّة وآته يمكن الاستعاضة عن عقوبة الإعدام بالنّسبة إلى هذه الجرائم بعقوبة شديدة أخرى كما أنّ هناك تعليق لتنفيذ العقوبة بما يشكك أصلا في ضرورتها.
سبق أن أشرنا إلى أنّ المشكلة هنا لا تتمثّل في التجريم بل في العقوبة التي تمّ تسليطها.	
-الفصل 126 من المجلّة الجزائيّة الذي ينصّ على معاقبة «الاعتداء بالعنف باستعمال السلاح أو التهديد به ضد قاض بالجلسة»، بالإعدام. - الفصل 93 من المجلّة التأديبية والجزائية البحرية الذي يعاقب بالإعدام كل ريان أو ضابط يفتك سفينة بالعنف أو بالتجمل. -الفصل 54 من القانون عدد 74 لسنة 1998 المؤرخ في 19 أوت/ آب 1998 والمتعلق بالسكك الحديدية الذي يعاقب بالإعدام «كل من يعتمد الإضرار أو تشغيل بدون إذن أجهزة منسّآت السلامة الخاصّة بالسكّة».	انتهاك حقّ الحياة

الإجراءات الجزائية

التناسب في مجال «القواعد الإجرائية... يقيد المشرع الجزائري بضرورة ملازمة الإجراءات المتعلقة بالبحث عن الأدلة والمحكمة مع ضرورة احترام حرية الفرد وحقوقه الأساسية بحيث لا يغالي في السعي لكشف الحقيقة باستعمال آليات إجرائية تعسفية تنسف هذه الحقوق والحريات من الأصل وتجهلها مجرد طرح نظري لا أصل لها على أرض الواقع»⁷²³ وهو ما يستوجب البحث عن مدى توفر الضمانات التشريعية.

الضمانات	الكلفة بالنسبة إلى الحرية	الفائدة بالنسبة إلى المصلحة المحمية	الأحكام التشريعية المعينة	الحرية المعينة
لا يتم الاحتفاظ حسب الفصل 13 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية إلا بإذن قضائي (من وكيل الجمهورية) لمدة لا تتجاوز 8 ساعات مع إعلام مأموري الضابطة العدلية ذي الشبهة بانغة يفهمها بالإجراء المتخذ ضده وسببه ومدته وقابليته طبق مدة التمديد في الاحتفاظ وتلاوة ما يضمه القانون من طلب عرضه على الفحص الطبي وحقه في اختيار محام للحضور معه، وهو ما يعني إلى درجة ما احترام السرعة والرقابة القضائية عبر إذن وكيل الجمهورية آلياً والذي يمكنه أن ينظر في ظروف الاحتفاظ ⁷²⁴ ، وهو الذي يبت في التمديد فيه حتى يتم الأتقاء من انتهاك الحقوق كما ينظر في طلب الفحص الطبي.	تعتمد هذه التدابير سلباً حرية المظنون فبهم رغم عدم ثبوت التهمة ما يسمح بالمشيك في حرية البراءة. كما أنّ اللجوء إلى الاحتفاظ قبل المحاكمة بصفتها آلية حتى في الأفعال التي لا تستوجب عقوبات سالبة للحرية كالمخالفات فيه فهي من العنازل واستسهال لسلب الحرية.	كل هذه التدابير الجزائية تضمن نجاحة البحث وعدم إتلاف الإثباتات وهرب المظنون فيهم أو إعادة ارتكابهم جرائم بحيث تعتبر ضرورية لكشف الحقيقة.	الاحتفاظ: الفصول 12 و 13 مكرر و 15 و 34 من مجلة الإجراءات الجزائية. الإيقاف التلقائي: الفصول 78 و 80 و 84 و 85 م.إ.ج. الإيقاف: الفصول 117 و 202 و 206 م.إ.ج.	الحرية الفردية والأمان على النفس

منظومة الإيقاف قبل المحاكمة

723 724 725 العيني (ع. ٢٠٠٠)، المرجع سابق الذكر، ص. 54.
724 انظر في شأن الأتقاء على الاحتفاظ عبيدي (رس) «ضمانات التقميد قبل المحاكمة»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاصل، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، 2012-2013 ص. 79، وما بعدها.

<p>الاحتفاظ⁷²⁵، وهذا ما يعني ضمناً في سبل الانتصاف لا بد من تلافئه.</p> <p>بالنسبة إلى الإيقاف التحفظي، فهو محاط بشرط موضوعي، بما أنه يقتصر على الجنح والجنايات، وبإلاّءة بما أنّه لا يتجاوز مدة ستة أشهر. لكنّها مدّة طويلة نسبياً خاصة بالنسبة إلى الجنح، هذا فضلاً عن الإمكانية المتاحة للتمديد، لكن قرار التمديد يجب أن يكون معللاً مع قابليته للطعن بالاستئناف كما يضمن حدّاً أدنى من الضمانات القضائية.</p>				
<p>لا يتضح الإيقاف على متن السفن إلى أي ضمانة قضائية بما أنّ النصوص 19 و20 و22 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية لا تتركس الإذن القضائي وتترك التقدير في الاحتفاظ للريان أو السلطة البحرية بحسب الحالات دون أيّ تحديد للمدّة. ونذكر هنا بالنظام الفرنسي، حيث ينصّ الفصل 19-1531 من مجلة النقل الفرنسية على ما يلي: «يمكن للريان بموافقة مسبّقة لوكيل الجمهورية المختص تريبياً... الإذن بالإيقاف في مكان مغلق طيلة المدّة الضرورية تماماً ضدّ كل شخص يشكل خطراً على سلامة السفينة أو حمولتها أو سلامة الأشخاص الموجودين على متن السفينة إذا كانت السفينة مؤهّلة لذلك...»</p> <p>في حالة التأكّد، يأذن الريان حالاً بالإيقاف مع إعلام وكيل الجمهورية فوراً بذلك لأخذ موافقته»⁷²⁶.</p> <p>كما أنه لا بدّ من التفكير في تكريس الحق في إناة عمامي⁷²⁷.</p>	<p>هناك حرمان من الحرية للمظلون فيهم.</p>	<p>تنظيم الإيقاف على متن السفن ضروري حتى لا تكون السفينة منطقة رمادية في العدالة الجزائية يتاح فيها ارتكاب الجرائم دون إمكانية التوقي من مرتكبها أو إتلافهم لوسائل الإثبات.</p>	<p>الإيقاف في الجرائم على متن السفن</p>	

الترجمة لنا: Code des transports, Version consolidée au 18 décembre 2020, *op. cit.*

725 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرح سابق الذكر، ص. 65.
726 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرح سابق الذكر، ص. 68.
727 تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرح سابق الذكر، ص. 68.

<p>خطورة هذه الإجراءات تفسر طابعها القضائي بما أن التنشيط يختص به قاضي التحقيق الذي يمكنه أن ينيب هناك هيكل آخرى. كما أنّ الإجراء محاط بشرط دقّة من حيث التوقيت (لا تتم قبل الساعة السادسة صباحاً وبعد الساعة الثامنة مساءً) وبع ضرورة اصطحاب امرأة أجنبية وفي صورة غياب القطنون فيه شاهدين من سكّان المحلّ.</p> <p>وتسمح الضمانات على الحجز الذي يختص به قاضي التحقيق إلا في صورة الخطر الملم أو حالة التلبس حيث يمكن لأعوان الضابطة العدلية القيام به. هذا إضافة إلى ضرورة ضبط قائمة في المحجوز.</p>	<p>يشكّل التنشيط والحجز تظفلا كبيرا للغايات على حرمة المسكن والحياة الشخصية.</p>	<p>التنشيط والحجز يشكّلان ضرورات للبحث وجمع الأدلة من الصعب الاستغناء عنها وإلا يتم المساس بنجاعة التحقيق والكشف عن الحقيقة.</p>	<p>التنشيط (الفصل 94 م 1 ج) والحجز (الفصلان 97 و99 م 1 ج).</p>	<p>حرمة المسكن وسريّة المراسلات</p>
طرق التحري الخاصة				
<p>يُخصّص الاعتراض على اتصالات ذوي الشبهة في كل من القانونين إلى إذن قضائي بمقتضى قرار كتابي معمل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب (الفصل 54 من القانون عدد 26 لسنة 2015) وبمقتضى قرار كتابي معمل من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق (الفصل 32 من القانون عدد 61 لسنة 2016).</p> <p>تخضع المراقبة السمعية البصريّة إلى إذن قضائي (إذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب بمقتضى قرار كتابي معمل للأدري الضابطة العدلية المكلفين بمعاينة الجرائم حسب الفصل 61 من القانون عدد 26 لسنة 2015 وإذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بمقتضى</p>	<p>كل من الاعتراض على الاتصالات والمراقبة السمعية البصريّة فيه تطفل كبير للغايات على الخصوصيّة هذا فضلا عن المعطيات الشخصية التي يتمّ الاطلاع عليها عند اللجوء إلى هذه الطرق.</p>	<p>يعدّ كل من اعتراض الاتصالات والمراقبة السمعية البصريّة وساقل حادثة تتماشى مع تطور الجريمة وتسمح بنجاعة التحقيق في قضايا شائكة كالإتجار بالأشخاص والإرهاب قد لا تفي طرق التحقيق التقليديّة بالكشف عنها.</p>	<p>-الفصلان 54 و61 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/ آب 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال كما تُنقح وتُعمّق بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 مؤرخ في 23 جانفي/ كانون الثاني 2019. -الفصلان 32 و39 من القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/ آب 2016 المتعلق بمنع الإتجار بالأشخاص.</p>	<p>حرمة الحياة الخاصّة (سريّة) الاتصالات</p>

قرار كتابي ممثل للمأموري الضابطة العملية حسب الفصل 39 من القانون عدد 61 لسنة 2016).

ويخصم من المعطيات الشخصية التي يتم الأطلاع عليها في إطار طرق التحري الخاصة، فإن كلاً من القانونين ينص على أنه إذا لم ترتب عن المعطيات المجمعة تبعات جزائية، فإنها تتمتع بمقتضيات الحماية وفقاً للتشريع الجاري به العمل في مجال حماية المعطيات الشخصية (الفصل 56 من القانون عدد 26 لسنة 2015 والقانون عدد 39 من القانون عدد 61 لسنة 2016).

كما ينص كل من الفصل 65 من القانون عدد 26 لسنة 2015 والقانون عدد 61 لسنة 2016 على أنه لا يمكن استعمال وسائل الإثبات التي تم جمعها إلا في حدود إثبات الجرائم المعنية بالبحث وأنه يتم إعدام الرسائل التي لا علاقة لها بالبحث بمجرد صدور حكم بات بالإدانة أو البراءة. وفي صورة حكم بات بالبراءة، تعدم كل الرسائل التي لها علاقة بالبحث أو لا في حين تحفظ الرسائل التي لها علاقة بالبحث في صورة صدور حكم بات بالإدانة. كما يتم إعدام جميع الرسائل في حالة انقضاء الدعوى العمومية بمرور الزمن أو في حالة صدور قرار بات بالخطف.

التدابير الاحترازية

<p>يتعلق الأمر بتدابير قضائية يتررها قاضي التحقيق وتفتح بشأنها حسب الفصل 87 من م. 1 ج إمكانية الطعن للمظنون فيه أو محاميه في القرار الصادر عن قاضي التحقيق برفض الإفراج المؤقت أو تعديل قرار التدبير الاحترازي أمام دائرة الاتهام.</p>	<p>تشكل هذه التدابير تقييدا جديدا على حريات المظنون فيهم ووضعا مفتحاً تحت الإقامة الجبرية.</p>	<p>تشكل التدابير الاحترازية ضرورة لإبقاء المظنون فيه على ذمة العدالة تمكنها من مراقبته إلى حين استكمال التحقيق.</p>	<p>في إطار الأفرانج المؤقت: الفصل 86 من مجلة الإجراءات الجزائية: - وضع المظنون فيه تحت المراقبة اللائكة ونية؛ - اتخاذ مقرر له بدائة المحكمة؛ - عدم مغادرة حدود ترابية يجتازها القاضي إلا بشروط معينة؛ - منعه من الظهور في أماكن معينة؛ - إعلاجه لتفاضي التحقيق بتقالاته لأماكن معينة.</p>	<p>حرية التنقل</p>
<p>بقي أن نشير إلى أن التنظيم الحالي يكرس عدم توازن طالما أن المظنون فيه يستتبع بطعن واحد في القرار المتصل بالأفرانج المؤقت أو بتعديل قرار التدبير الاحترازي، في حين تتمتع النيابة العمومية بطعنين بالاستئناف (من قبل وكيل الجمهورية والوكيل العام) مما يعد مخالفة «لبداً التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة»⁷²⁸.</p>				

728 أنظر مشروع مراجعة مجلة الإجراءات الجزائية، سابق الذكر، ص. 73.

✳️التدابير غير الجزائية:
الأعمال الولايمية:

الحرية المعنوية	الأحكام التشريعية المعنوية	الغائدة بالنسبة إلى المصلحة الصحية	الضرر بالنسبة إلى الحق المتهاك	مدى توفر الضمانات
الاستشفاء الوجوي				
الحرية في الحرية وفي الأمان على النفس	القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/تموز 1992 يتعلق بالأمراض السارية كما تفتح بالقانون عدد 12 لسنة 2007 مؤرخ في 12 فيفري/شباط 2007.	للإستشفاء الوجوي من أجل العزل الاتقائي لتفادي عدوى الأمراض السارية مصلحة مؤكدة خاصة أمام ثبات فعاليتها في تفادي انتشار العدوى.	الإستشفاء الوجوي «وضع تحت الإقامة الجبرية» الصحية فيه حد كبير من الحرمان من الحرية الفردية ومن حرية التنقل.	وقر القانون ضمانات هامة، ففضلا عن ضبط الحالات المستوجبة للإستشفاء الوجوي بقانون، فإنه أيضا يُضجع الإستشفاء الوجوي إلى إذن قضائي (إذ يتم حسب الفصل 12 إصدار قرار الإستشفاء الوجوي فورا في حجرة الثوري عن المحكمة الابتدائية المختصة ترابيا والمنصبة للقضاء استعجالا بناء على طلب من وزير الصحة العمومية أو من يمثله ويتخذ عند الاقتضاء على السموثة) بعد الاستماع إلى المعني بالأمر بما يضمن له حقوقا ولو دنيا للدفاع. كما تم ضبط مدة ثلاثة أشهر كحد أقصى للإستشفاء الوجوي قابلة للتجديد عند اللزوم وينتهي الإستشفاء آليا ما لم يتم تجديدها.

الإيواء الوجوبي

<p>حسب التعليقات العام عدد 35 للجنة المعنية بحقوق الإنسان، يجب تطبيق الإيواء الوجوبي «قطر كإجراء أخير والأقصى فترة زمنية مناسبة، وأن يكون مصحوباً بالضمانات الإجرائية والموضوعية للمالمة التي ينص عليها القانون (...)». ويعين أن تكفل الإجراءات احترام آراء الفرد وتضمن أن يؤدي أي مثل قانوني واجبه ويدافع عن رغبات ومصالح الفرد المعني بأمانه (...)». ويجب على الدولة الطرف أن تقدم لأي شخص قيد العلاج في مرقد صحي خدمات العلاج وإعادة التأهيل التي تخدم الغرض الذي يبرر الاحتجاز (...)». ويجب أن يتضح سلب الحرية إلى إعادة التقييم على فترات مناسبة فيما يتعلق بضرورة استمراره (...)». وتجب مساعدة الأفراد في الحصول على سبل انتصاف فعالة للدفاع عن حقوقهم، بما في ذلك إجراء استعراض قضائي أولي ودوري لقانونية الاحتجاز، ومنع ظروف الاحتجاز غير المتوافقة مع أحكام العهد»⁷²⁹.</p>	<p>قرار الإيواء الوجوبي فيه سلب للحرية إلى حد كبير فصلا عما يرتبط به من وصم اجتماعي.</p>	<p>يعدّ قرار الإيواء الوجوبي أمراً ضروريا لحماية الشخص المصاب باضطرابات عقلية من نفسه وحماية سلامة الآخرين التي تعتبر مصلحة متأكدة.</p>	<p>الفصل 24 من القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية كما تنقح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004.</p>	<p>الحرية الفردية حرية الأمان على النفس</p>
--	--	---	--	---

حسب التعليقات العام عدد 35 للجنة المعنية بحقوق الإنسان، يجب تطبيق الإيواء الوجوبي «قطر كإجراء أخير والأقصى فترة زمنية مناسبة، وأن يكون مصحوباً بالضمانات الإجرائية والموضوعية للمالمة التي ينص عليها القانون (...)». ويعين أن تكفل الإجراءات احترام آراء الفرد وتضمن أن يؤدي أي مثل قانوني واجبه ويدافع عن رغبات ومصالح الفرد المعني بأمانه (...)». ويجب على الدولة الطرف أن تقدم لأي شخص قيد العلاج في مرقد صحي خدمات العلاج وإعادة التأهيل التي تخدم الغرض الذي يبرر الاحتجاز (...)». ويجب أن يتضح سلب الحرية إلى إعادة التقييم على فترات مناسبة فيما يتعلق بضرورة استمراره (...)». وتجب مساعدة الأفراد في الحصول على سبل انتصاف فعالة للدفاع عن حقوقهم، بما في ذلك إجراء استعراض قضائي أولي ودوري لقانونية الاحتجاز، ومنع ظروف الاحتجاز غير المتوافقة مع أحكام العهد»⁷²⁹.

قرار الإيواء الوجوبي فيه سلب للحرية إلى حد كبير فصلا عما يرتبط به من وصم اجتماعي.

يعدّ قرار الإيواء الوجوبي أمراً ضروريا لحماية الشخص المصاب باضطرابات عقلية من نفسه وحماية سلامة الآخرين التي تعتبر مصلحة متأكدة.

الفصل 24 من القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/ آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية كما تنقح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي/ أيار 2004.

الحرية الفردية
حرية الأمان
على النفس

729 اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 35، المادة 9 (حق الفرد في الحرية وفي الأمان على شخصه)، الفقرة 19، نص سابق الذكر.

وفي صورة تدخل وكيل الجمهورية بالإجراء الوجدوي كتدبير وقائي في إطار الفصل 25 عند ظهور خطر وشيك الوقوع بهدوء سلامة المريض أو الآخرين، وذلك عند قيام المريض بتصرفات تكشف عن اضطرابات عقلية واضحة، فإنه يجب أن ينهي الأمر إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة ترابيا في ظرف ثمان وأربعين ساعة. وإذا لم يبت هذا الأخير في ظرف أربع وعشرين ساعة، تعتبر التدابير الوقائية باطلة بعد ثمانية أيام⁷³⁰.

كما أنه تم في الفصل 26 تجديد المادة التصورية للإجراء الوجدوي وهي ثلاثة أشهر قابلة للتديد كلما دعت الضرورة بعد أخذ رأي طبي. وفي صورة عدم صدور قرار بشأن المدعى يتم رفع قرار الإجراء الوجدوي بحكم القانون.

وإضافة إلى الرقابة القضائية، أقر القانون رقابة إدارية عبر إحداث الفصل 33 من القانون للجنة جهوية للصحة العقلية مكلفة بدراسة وضعية الأشخاص محل الإجراء الوجدوي «في ضوء مبدأ احترام الحريات الفردية والكرامة البشرية»⁷³¹.

ويمكنها إذن أن تقدم مطالبا لرئيس المحكمة الابتدائية لرفع الإجراء الوجدوي⁷³².

730 المرجع سابق الذكر، ص. 992.

731 نفسه، ص. 993.

732 أنظر بشأن الرقابة الإدارية كريقة (م)، المرجع سابق الذكر، ص. 84-86.

الأعمال الإدارية:

التأثير التأديبية

الضمانات	الضّرر بالنّسبة إلى الحقّ أو الحرية	الفائدة بالنسبة إلى الصلحة	الأحكام التشريعية	الحرية المعيّنة
تشكل الضمانات معياراً هاماً في ترحيح الكفة لفائدة الضّرر بالنّسبة إلى الحقّ أو الفائدة بالنّسبة إلى الصلحة الملحّية.	يشكل الإيقاف الشّدّد خاصّة سبباً للحرية بما أنّه يتعمّل في الحبس في مكان خاص بالكفّة، بحيث يتعلّق الأمر بعقوبة زجرية خطّياً تأديبي وهو ما يخرق إلى حدّ ما الحسّ السليم للعائلة.	من الصعب الدخول في تقدير ملائمة وجاهة العقوبات التأديبية المسلطة على العسكريّين والأمن بالنظر إلى الدّرجة الكبيرة من الانضباط المستوجبة في سلكي الدّفاع والأمن، وهو ما أثّره المجلس الدّستوري الفرنسي حيث اعتبر أنّه «بالنظر إلى الالتزامات الخاصّة المرتبطة بالحالة العسكرية ولتقييدات حرية التنقل النّجزة عنها، فإنه بالنّسبة في (...) مجلة الدّفاع على عقاب الإيقاف ضمن العقوبات التأديبية المطبّقة على العسكريّين دون تحديد آليات التطبيق لم يتجاهل المشرّع مجال اختصاصه» ⁷³³ .	الإيقاف كعقوبة تأديبية: - الإيقاف البسيط والإيقاف الشّدّد - بالنّسبة إلى العسكريّين: الفصل 37 (جديد) من القانون عدد 20 لسنة 1967 مؤرّخ في 31 ماي/ أيار 1967 المتعلّق بضبط النظام الأساسي العام للمسكّرين كما تفتح بمقتضى القانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرّخ في 8 جويلية/ تموز 2009. - بالنّسبة إلى قوّات الأمن الداخلي: حسب الفصل 50 من القانون عدد 70 لسنة 1982 مؤرّخ في 6 أوت/ آب 1982 يتعلّق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي كما تفتح بمقتضى القانون عدد 58 لسنة 2000 المؤرّخ في 13 جوان/ حزيران 2000.	الحرية المعيّنة

733 733 Decision n° 2014-450 QPC du 27 février 2015, M. Pierre T. et autre [Sanctions disciplinaires des militaires - Arrêts simples], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2014450QPC.htm>. الترجمة لنا.

أنظر أيضاً تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 67.

734 734 الرائد الراسمي للجمهورية التونسية، عدد 84، 20 أكتوبر/ تشرين الأول 2009، ص. 3813.

735 735 الفصل 29 من الأمر عدد 1160 لسنة 2006 مؤرّخ في 13 أفريل/ نيسان 2006 يتعلّق بضبط النظام الأساسي الخاص بأوسان سلك الحرس الوطني، الرائد الراسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أفريل/ نيسان 2006، ص. 1504.

736 736 الفصل 29 من الأمر عدد 1162 لسنة 2006 مؤرّخ في 13 أفريل/ نيسان 2006 يتعلّق بضبط النظام الأساسي الخاص بأوسان سلك الحرس الوطني، الرائد الراسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أفريل/ نيسان 2006، ص. 1504.

المدنية⁷³⁷ وسلك التسجون والإصلاح⁷³⁸. أما في شأن سلك أمن رئيس الجمهورية والشخصيات الرسمية، يصل الإيقاف البسيط إلى 90 يوماً والإيقاف الممتد إلى 40 يوماً⁷³⁹.
أما بالنسبة إلى الضمانات التأديبية، فهي هشة للغاية إذ يكفي الفصل 37 (جديد) من القانون عدد 20 لسنة 1967 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام للمعسكرين بالتنصيص على أن العقوبات من الدرجة الأولى - بما فيها الإيقاف البسيط والشديد- تتخذ بعد الاستماع إلى العسكري لكن دون استشارة مجلس التأديب.
أما بالنسبة إلى قِرات الأمن الداخلي، فإن الفصل 50 (جديد) من القانون عدد 70 لسنة 1982 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي، فهو ينص على أن العقوبات من الدرجة الأولى - بما فيها الإيقاف البسيط والإيقاف الشديد- تتقرر بناء على قرار معمل ودون استشارة مجلس الشرف الخاص بالسلك.
بحيث لا يمكن أن تنتهق ضمان حقوق الدفاع خلافاً لما عليه الأمر في القانون الفرنسي، حيث ينص الفصل 1-14137 من مجلة الدفاع على حق المعني في الاطلاع على ملفه الشخصي الذي يجب أن تعلمه به إدارته والحق في إعادة دفاعه وتقديمه⁷⁴⁰.

737 الفصل 28 من الأمر عدد 1167 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/ نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بسلك إدارات وأعران السجون والإصلاح، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/ نيسان 2006، ص. 1545.

738 الفصل 30 من الأمر عدد 1155 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/ نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص لأعران سلك أمن رئيس الدولة والشخصيات الرسمية، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/ نيسان 2006، ص. 1442.

Code de la défense, version consolidée au 9 décembre 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOKali?id=LEGITEXT000006071307.pdf&size=2,8%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/13/07/LEGITEXT000006071307.pdf&title=Code%20de%20la%20d%C3%A9fense>

انظر أيضا تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، المرجع سابق الذكر، ص. 65-68

740 المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي عدد 1/16629، 21 جوان/ حزيران 2010، الطاهر أوزنو الدفاع الوطني، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010 تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 293.

فلا يمكن قبول استثناء أعران أسلاك الأمن والدفاع من الضمانات التأديبية في صورة تسليط عقوبات عليهم، وهو ما أقرته خاصة المحكمة الإدارية، إذ اعتبرت في قرارهم دعوى في الإلغاء ضد قرار تأديبي صادر بشأن رقيب منتدب بوزارة الدفاع الوطني لم يتم تكليفه من الأسباب التي أدت إلى إعفائه من صفوف الجيش الوطني أنه «من المستر فقها وقضاء أن حق الاطلاع على الأسباب التي كانت سندا للتبعية التأديبي من الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع التي يتعين على الإدارة مراعاتها حفاظا على سلامة الإجراءات التأديبية وذلك عبر مبادرتها بتمكين عونها من الاطلاع على جميع الوثائق الكفوية للملف التأديبي وأخذ نسخ منها إلا إذا تنازل عن ذلك من تلقاء نفسه»⁷⁴¹.

وقد أقرت المحكمة الإدارية في قرار آخر أنه حتى ولو لم «تقتض التصوص المطبقة إزام الإدارة باتباع إجراءات معينة لاتخاذ قرار» تأديبي، فإن «استصداره يستوجب منها إعلام العمي بالأمر بما نسب إليه مستيقا وتكليفه من الاطلاع على ملفه والدفاع عن نفسه، وذلك عملا بمبدأ احترام حقوق الدفاع، الذي يعتبر مبدأ قانونيا عاما يتعين تطبيقه كلما تعلق القرار المزمع الأخذاه باعتبارات تقديرية تتصل بشخص العمي بالأمر»⁷⁴².

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في نفس الاتجاه بخصوص أعران السجون⁷⁴³.

741 المحكمة الإدارية، حكم ابتدائي، التفضية عدد 13787، 28 فيفري/ شباط 2002، محمد الأمين أوزنو الدفاع الوطني، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2002، تونس، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص. 20-19.

Decision n° 2019-781 QPC du 10 mai 2019, M. Grégory M. [Sanctions disciplinaires au sein de l'administration pénitentiaire], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019781QPC.htm>

<p>ولنلاحظ أن إمكانية الطمن بدعوى تجاوز الساطلة تبقى مفتوحة ضد القرارات الإدارية ما لم يستنصها النص وهو ما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار في ميزان الضمانات عند قياس التناسب بالمعنى الضيق.</p>			<p>بالنسبة إلى المخالفات التأديبية المرتكبة على ظهر السفن حسب المجلة التأديبية والجزائية البحرية، التمييز بين: مخالفات تأديبية خفيفة من بين العقوبات المسألة عليها:</p>	
<p>كرست المجلة التأديبية والجزائية البحرية بعض الضمانات التأديبية على هشاشتها من ذلك حسب الفصل 11 استجواب الربان للمعني عن التهم الموجهة له والاستماع إلى الشهود. كما يفتح الفصل 12 من ذات المجلة إمكانية الطمن الذي يمكن أن يرسله الشخص المعاقب عن مخالفة تأديبية خطيرة بالبلاد التونسية أو بإخراج إلى السفلة البحرية في ظرف شهر. ويتم الاستماع إلى الظنون فيه وإلى السلطة التي اتخذت القرار من قبل الوزير المكلف بالبحرية التجارية أو من يتوهم ويستجوع إلى الشهادات ويتخذ قرارا معللا.</p>	<p>في الاعتقال والمسجن التأديبي جرعة زجرية سلبية للحرية إلى درجة كبيرة تخالف الحس السليم للمعدالة.</p>	<p>ضمان انضباط الطاقم والمسافرين على ظهر السفن مسألة على غاية الأهمية يجب التعامل معها بكثير من الجدية نظرا لخصوصية السفينة بما يستوجب التدخّل في العقوبات التأديبية بحسب الأخطاء التأديبية المرتكبة ومدى تهديدها لسلامة السفينة والركاب.</p>	<p>أربع أيام، - الاعتقال أي إزام الضباط وأعضاء الطاقم على الكورث بغرفهم خارج أوقات العمل دون أن يعلق عليهم ونفس الشيء بالنسبة إلى المسافرين. مخالفات تأديبية خطيرة يعاقب عليها (الفصل 10) كما يلي: - بالنسبة إلى الضباط وأعضاء الطاقم: - تحجير الخروج من السفينة أو الاعتقال في حدود 15 يوما، - السجن التأديبي لمدة أقصاها 15 يوما. - بالنسبة إلى المسافرين: - الاعتقال في حدود 15 يوما.</p>	

التدابير الضمنية				
الضمانات	الضرر بالنسبة إلى الحق	التفاداة بالنسبة إلى المصلحة	الأحكام التشريعية المعنية	الحرية المعنية
<p>رغم إحالة الفصل 3 من المرسوم عدد 9 لسنة 2020 إلى أن قرار تحديد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس يكون باقتراح من مجلس علمي يحدث للغرض، ورغم أن القرار يجب أن يكون معللاً، إلا أن قراراً يشبه الاحتفاظ لا يمكن أن يتم خارج رقابة القاضي⁷⁴³، على هدي قانوني 1992 المتعلقين بالإيواء الوجوبي في حالة الاضطرابات العقلية والاستشفاء الوجوبي لغرض العزل الاتقائي.</p>	<p>بعد الوضع تحت الحظر الصحي الشامل بمثابة «وضع تحت الإقامة الجبرية الصحية» فيه تفحّم كبير في حرية الأفراد المصابين فضلاً عما يشيعه الوضع تحت الحظر الصحي من منازع خائقة للحريات.</p>	<p>يعتبر تحديد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس معد - يشكل خطراً جدياً على الصحة العمومية - إجراءً مفيداً لحماية الصحة العامة في ظل الخشية من الانتقال السريع للعدوى وعدم قدرة المياكل الصحية العمومية على معالجة عدد كبير من المصابين في صورة تفاقم العدوى.</p>	<p>تفسيده حرية اختيار مقر الإقامة لأسباب صحية: الحظر الصحي الشامل: الفصل 3 من المرسوم عدد 9 المؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 المتعلق بترجيح مخالفة منع الجولان وتحديدّه والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بالأشخاص المصابين بفيروس كورونا بإصابتهم «كوفيد-19» السابق الذكر: تحديد ومراقبة إقامة الأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بالفيروس.</p>	<p>حرية اختيار مقر الإقامة وحرية التنقل</p>

743 العرواني (م)، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور - رقابة القاضي العدلي للنسب بين ضوابط الحقوق والحريات ومجانبها، المراجع سابق الذكر، ص. 85.

<p>تمت إحاطة الوضع تحت الإقامة الجبرية بجملة من التدابير التي تسمح بتخفيف وطأة هذا الإجراء إذ تم توسيع نطاق الإقامة الجبرية لتشمل حسب الفصل 7 من المرسوم الدائرة البلدية الزاجع لها بالنظر لغرض الدراسة أو العمل أو الفحص الطبي فضلاً عن ضمان معيشته وحفظ كرامته.</p> <p>وفضلاً عن العمالة الإنسانية، أحاط الفصل 7 من المرسوم هذا الإجراء بضمانات إذ أنه يتخذ بناء على قرار معمل ويتم إعلام وكيل الجمهورية في أجل أقصاه 72 ساعة بأي وسيلة تترك أثراً كتابياً⁷⁴⁴.</p>	<p>الوضع تحت الإقامة الجبرية انتهاك خطير لحرية الفرد تنحصر معه حرية التنقل بحيث يشبه الأمر احتفاظ داخل مقر الإقامة، هذا فضلاً عن الآثار النفسية السلبية لثل هذا الإجراء.</p>	<p>الوضع تحت الإقامة الجبرية بالنسبة إلى الأشخاص اللذين يشكلون تهديداً للامن العام إجراء متأكد في حالة الطوارئ أين تعتبر المحافظة على الأمن العام أولوية للسلطات البلدية. وهو وسيلة هامة لمساعدة السلطات الأمنية على تحقيق الأمن.</p>	<p>تفيد حرية اختيار مقر الإقامة لأسباب أمنية:</p> <p>الفصل 7 من مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ السابق الذكر الذي ينص على وضع وزير الداخلية خلال سريان حالة الطوارئ تحت الإقامة الجبرية كل شخص يتعمد عارسة نشاط يهدد الأمن والنظام العام.</p>
<p>لم ينص القانون عدد 7 لسنة 1968 على أي آلية للرقابة القضائية.</p>	<p>صحيح أن الأجنبي الطرود لا يوضع في مكان معقل ويحتفظ بحدا أدنى من الحرية، إلا أنها تقل مقيدة، مع عدم وجود ضمانات للإعاشة.</p>	<p>يتم وضع الأجنبي الطرود تحت الرقابة الإدارية التي تسمح بالرقابة في انتظار تنفيذ قرار الطرد إذ لا يمكن لتجاعة العملية ترك الأجانب دون رقابة.</p>	<p>الرقابة الإدارية على الأجنبي: الفصل 19 من القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس /أذار 1968 المتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية: تعين مكان إقامة الأجنبي الطرود الذي استحال عليه مغادرة البلاد التونسية واخصمور بصورة منتظمة بمركز الشرطة أو الحرس الوطني التابع له محل إقامته.</p>

744 أنظر في إطار نقاش الضمانات: مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة العوارض عدد 91/2018، المرح سابق الذكر، ص. 39 مثلاً.

وليلاحظ معنا قارئ هذه الأسطر أننا لم نخلص -عمدا- إلى استنتاج إثر القيام بعملية الموازنة، إذ حاولنا فقط تطبيق المنهج القضائي مع محاولة تعليل الموازنة بتقديم الحجج العقلانية تاركين لقارئ هذه الأسطر الاستنتاج وقد تكون القراءات مختلفة. فما يعكسه فقه القضاء أنّ التمرين يدمج جرعة كبيرة من الذاتية ولا يضمن بالمرّة الوصول إلى نفس النتائج أمام هيئة حكمية مغايرة. كما أنّه يجزّ القاضي إلى مربع التّدخل الكبير في السّلطة التقديرية للمشروع واقتراح بدائل لا تستقيم بدونها أحيانا الاستنتاجات مثلما يبرزه المثال فقه القضائي الأخير. قد يبدو الإطعام القسري حلّا لكن هل من دور القاضي التّدخل في السياسات التشريعية إلى هذه الدرّجة؟ وإذا ما سحبتنا نفس الاستفسار على محاولة تطبيقنا للتمرين على تشريعاتنا المتصلة بالحريات الفردية أو المشاريع المتصلة بها: قد يكون فرض العيادات الخارجية للصحة العقلية أسوأ بالتجارب المقارنة أقل انتهاكا للحرية من الإيواء الوجوبي، لكن هل من دور القاضي الدستوري أن يتدخل في الخيارات التشريعية؟

من الصّعب ألا يؤدّي تقدير الكلفة والمنفعة في الخطوة الثالثة إلى الانزلاق إلى تقدير السياسات التشريعية في علاقة بالحريات. وهذا ما يجعل المحكمة الكندية حسب الأستاذ غريم تركّز على الخطوة الثانية المرتبطة بالانتهاك الأدنى وتتفادى الخطوة الثالثة حتى لا تنزلق المحاكم الدنيا في تقديرات السياسة التشريعية. ويضرب كمثال على ذلك عمق التحاليل التي يخصّصها قضاة الأغلبية وقضاة الأقلية في آرائهم المخالفة les opinions dissidentes عند تحليلهم للمرحلة الثانية⁷⁴⁵. وهو ما يبرّر الانتقادات التي يوجّهها جانب من الفقه الألماني وعلى وجه الخصوص Bernhard Schlink الذي اعتبر انطلاقا من الصّبغة السياسية لوظيفة الموازنة أن تكون الخطوة الثالثة حكرا على مراقبة أعمال السّلطة التنفيذية وقرارات المحاكم الدنيا وأن تتمتع المحكمة الدستورية الألمانية عن القيام بالموازنة عند النّظر في دستورية القوانين⁷⁴⁶.

ما العمل إذن؟

ج - «من سيحرس الحراس»؟

«من سيحرس الحراس *Quis custodiet ipsos custodes*»⁷⁴⁷؟ يحيل هذا السؤال أولا إلى تصوّر للسّلطة التشريعية التي يعدّ القاضي الدستوري شريكا فيها وليس رقيبا عليها، الأمر الذي يدفع إلى إعادة النظر في الديمقراطية المعاصرة والتي تقوم على محاكم دستورية بتصنيفها ضمن خانة الأنظمة المختلطة Régime

745 أنظر مثلا فيما يتعلّق بخطاب الكراهية وحرية التعبير:

Cour suprême du Canada, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 RCS 697, n°21118, 13 décembre 1990, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/695/index.do>

أنظر أيضا:

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 395.

SCHLINK(B.) « Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit », in. BADURA (P), DREIER (H.) (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen, 2001, pp. 445-465.

أنظر:

GRIMM (D.), *op. cit.*, p. 395.

JUVENAL (D.), *Les satires*, satire VI, 1918, ligne 347. الرّجعة لنا

747

mixte التي تجمع بين الديمقراطية التي تجسدها البرلمانات المنتخبة مباشرة من الشعب والأنظمة الأرستقراطية التي تجسدها المحكمة الدستورية باعتبارها هيئة حكماً⁷⁴⁸.

ونعدّ هذا، ثانياً، سؤالاً محورياً في علاقة بالتطبيق المستقبلي للفصل 49 من قبل القاضي الدستوري. بمعنى كيف يمكن للقاضي الدستوري أن يواجه تحديات التناسب مع احترام خطوط التماس بينه وبين المشرع ومع الإجابة على التّحقّطات الجديدة على مبدأ التناسب في حدّ ذاته والمرتبطة بوجود جرعة مرتفعة من الذاتية في إدارة اختبار التناسب؟ وما يزيد الأمر صعوبة هو مجال الحريات الفردية التي فيها جانب كبير من التقدير والاعتبارات الاجتماعية التي قد تفرض نوعاً من «الأنا الأعلى» الاجتماعي على القاضي الدستوري.

أولاً، تعدّ الذاتية أمراً شبه بديهي وشراً لا بدّ منه في اختبار التناسب، فكما يقول Bernhard Schlink في مقاله اللامع حول انتشار مبدأ التناسب: «حتى ولو كان بالإمكان، على الصّعيد المثالي على الأقلّ، تحديد ما إذا كانت الوسيلة المعتمدة ملائمة وضرورية، فإنّ التوازن بين الحقوق والمصالح والقيم الذي يفترضه تحليل الوجاهة هو حتماً ذاتي. فلا توجد قاعدة موضوعية لقياس ووزن حرية التعبير ضدّ الحياة الخاصة، الحرية ضدّ الأمن، الحياة الخاصة ضدّ الصحة العامة أو حماية نوع في طور الانقراض ضدّ خلق مواطن الشغل الضرورية»⁷⁴⁹، وهذا ما لمسناه من الأمثلة فقه القضائية. فالصّدام بين الحقّ وموجب انتهاكه يحلّ حالة بحالة حسب ملابسات القضايا، حيث كثيراً ما تبرز الوقائع زوايا نظر توجّه إلى حدّ ما القرار خاصة في الأنظمة التي تعتمد الرّقابة التي تمارس بمناسبة النظر في وقائع قضية معينة *le contrôle in concreto*، وهذا ما سيشرح في حدّ ذاته تحدياً للقاضي الدستوري في تونس في إطار الرّقابة المجردة السابقة خاصة⁷⁵⁰، لأنّ المحكمة الدستورية ستكون مدعوة إلى البتّ في دستورية مشاريع قوانين بعضها لم يقارع بالواقع ولا بدّ من الاستباق بشأنها وتصور الإشكاليات المطروحة في علاقة بالحريات.

وما يزيد وقع الذاتية أنّه في أغلب الحالات ليس من السهل الحسم في شأن الصّبغة الضرورية للإجراء لنقص في المعلومات أو لعدم دقتها. وفي أغلب الأحيان يجد القاضي نفسه أمام «فرضيات متناقضة»⁷⁵¹ يجب الحسم فيها ويحتاج إلى أكثر من الحدس لذلك. وفي هذا الإطار، يسمح الاطلاع على فقه قضاء المحاكم العليا بالوقوف على حجم استنادها إلى الخبراء واستعانتها بالقانون المقارن، وفقه القضاء المقارن⁷⁵². لكن قد يجد

PASQUINO (P) « Le principe de majorité : nature et limites », *La Vie des idées*, 14 décembre 2010, disponible au lien 748 suivant: <https://laviedesidees.fr/Le-principe-de-majorite-nature-et-limites.html>

SCHLINK (B.) « Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? », *Duke Journal of comparative & international Law*, Vol 22:291, 2012, p. 299. التّرجمة لنا.

750 أنظر في خصوص مناقشة المسألة بالنسبة إلى فقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي تدخّل الأستاذ اكرافي فيليب Xavier Philippe، تقرير جلسات النظر في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات «العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس»، جلسات الأيام 19 إلى 22 سبتمبر/ أيلول 2019 و25 و26 سبتمبر/ أيلول 2019، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2019، ص. 48.

751 SCHLINK (B.) « Proportionality in constitutional law: why everywhere but here ? », *op. cit.*, p. 299. التّرجمة لنا.

752 أنظر:

GROPPI (T.) and PONTTHOREAU (M. C.) (edited by), *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*, Oxford

القاضي نفسه أمام انعدام يقين تام. وقد رأينا أنّ المحكمة الدستورية الألمانية قد أقرت فيما يتعلّق بالمحطّات النووية أنّ عدم اليقين لا يعني المشرّع من ضرورة التّدخل، لكنّها وضعت على عاتقه التزاما بما يسمّى بـ«اليقظة التشريعية». فعندما يستند القانون إلى معطيات غير دقيقة أو يستحيل اليقين بشأنها بما يجعل التّوقّع الدقيق للمخاطر أمرا مستحيلا - كما هو الشأن في خصوص استغلال الطّاقة الذريّة - وجب على المشرّع أن يتابع التّطور المعرفي ويصوّب القانون إن لزم الأمر⁷⁵³. ونجد توجّها مماثلا في فقه قضاء المحكمة الفدرالية السويسريّة، حيث تعرّضت في أحد قراراتها إلى دستوريّة قانون إحدى المقاطعات الذي يفرض مسك كلاب محتملة الخطورة إلى ترخيص مسبق ويحيل إلى نصّ ترتيبى لتفصيل أحكامه أورد قائمة بسلاطات الكلاب المحتملة الخطورة، وهو ما يعدّ حسب الطّاعنين - الذين طعنوا في الصّبغة الاعتباريّة للقائمة - انتهاكا للحرية الفرديّة وتنمية الشّخصيّة. ومع إقرارها بعدم ثبوت نجاعة هذه التّدابير والصّبغة الاعتباريّة إلى حدّ ما للقيام بتصنيف على أساس سلاطة الكلاب للحسم في خطورتها المحتملة⁷⁵⁴، أقرت المحكمة أمام تأكيد هدف حماية أمن السكان بإمكانية مراجعة التّشريع المنظّم للمسألة «في صورة أثبتت دراسات استقصائيّة مجدية وموثوقة ضرورة دحض المعايير المعتمدة»⁷⁵⁵.

مع ذلك، تظلّ مسألة انعدام اليقين حول مدى ملاءمة الإجراء التّشريعي وصبغته الضرورية مسألة جدية تلقي بظلالها على وجهة إجراء اختبار التّناسب وتطرح بالتّبعيّة مسألة عبء الإثبات. فهل من الوجيه تبني مقارنة مرنة ونقل عبء الإثبات بحسب الحالات بين المواطنين وبين المشرّع وبحسب المصلحة المتضرّرة؟

من المعلوم أنّ المحكمة الدستورية الألمانية مثلما تثبتت الأمثلة المذكورة أعلاه تعترف بتمتّع المشرّع بهامش من المناورة في التّقدير السياسي للوسائل التي من شأنها أن تسمح ببلوغ الهدف التّشريعي دون اشتراط إثباتات خاصّة خلافا للمحكمة العليا الكنديّة التي اشترطت منذ قرار *Oaks* إثباتات مقنعة فيما يتعلّق بعناصر الاختبار. لكن حتّى بالنسبة إلى المحكمة الكنديّة، ينتقل عبء الإثبات إلى الشّخص الذي يحتجّ بالفصل الأول

and Portland, Oregon, coll. Hart Studies in Comparative Public Law, 2013.

BVerfGE 49, 89 - *Kalkar I*, *op. cit.*, §143.

753

أنظر في شأن هذه المسألة:

FLÜCKIGER (A.) « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », in. AUER (A.), FLÜCKIGER (A.) et HOTTELIER (M.) (Ed.), *Les droits de l'homme et la constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*. Genève: Schulthess, 2007, pp. 162-163.

ATF 132 I 7, 11, *arrêté du II. Département de droit public en termes de A. et Mitb. contre le conseil du gouvernement du canton de Bâle-Campagne et le tribunal cantonal de Bâle-Campagne*, 17 novembre 2005, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=chiens+potentiellement+dangereux&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-I-7%3Afr&number_of_ranks=517&aazclir=clir

755 نفسه. التّرجمة لنا.

أنظر في هذا الإطار:

FLÜCKIGER (A.), *op. cit.*, p. 167.

من العهد الذي عليه أن يثبت انتهاك الحق وعلى المشرع أن يثبت في المقابل معقولية الانتهاك والمصلحة العامة المحمية⁷⁵⁶، علماً أن نطاق وسائل الإثبات واسع يشمل القانون المقارن وفقه القضاء والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية⁷⁵⁷. فال«قاضي الكندي يظل حريصاً على سيادة المشرع»⁷⁵⁸، ونأتي هنا إلى الحد الثاني من إشكال اختبار التناسب لأن المحكمة الدستورية الألمانية، خلافاً للمحكمة العليا في كندا، تقوم في إطار الخطوة الثالثة من الاختبار بالتدخل بصفة واضحة في السياسات التشريعية وتمارس بالتبعية رقابة ملاءمة *un contrôle d'opportunité*.

فالسؤال إذن كما عبر عنه Bernhard Schlink يتمثل في مدى مشروعية تغليب ذاتية القاضي على ذاتية المشرع⁷⁵⁹. ويجب أن نعترف بأن شبح حكومة القضاة يلوح بظلاله على هذه المسألة، طالما أن ما يجب أن يحسم نزاع المشروعيّات يتمثل في المشروعية الديمقراطية والتي تعود الغلبة فيها مبدئياً إلى المشرع ممثل السيادة. ولكن هذا لا يخلّ الإشكال بالنظر إلى تهاوي مبدأ عصمة القانون *Le dogme du magistère de la loi*، فللقاضي الدستوري، على الأقل، مشروعيته⁷⁶⁰. لكن طريقة حسم صراع المشروعيّات تختلف من نظام إلى آخر بحسب التاريخ السياسي ومدى الثقة في المسار السياسي والتبعية في المجالس التشريعية المنتخبة. فالتجربة النازية المريرة والتي أفرزها مسار ديمقراطي، تفسر إلى حد كبير ثقة المواطنين في قدرة القضاء على وضع حواجز ضد الانزلاقات الممكنة للمجالس التشريعية، هذا فضلاً عن منسوب الثقة في المحاكم الإدارية التي أحدثتها البورجوازية في القرنين الثامن والتاسع عشر لحماية حق الملكية وحريات المواطنين. ونفهم إذن إدارة المحكمة الدستورية العليا لاختبار التناسب وحجم تدخلها في إطار الخطوة الثالثة خاصة في الخيارات التشريعية⁷⁶¹.

أما في فرنسا، فإن ثقة الشعب في المسار السياسي المتأثية من موروث الدولة القوية والثقة الراسخة في الديمقراطية -التي تعود إلى الفكر الدستوري وميراث الثورة الفرنسية- تفسر الحذر من رقابة واسعة على المشرع⁷⁶²، ونفهم إذن موقف المجلس الدستوري الفرنسي المرجعي في ممارسة رقابة حذرة على التناسب.

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, pp. 218-219.

756

757 نفسه، ص. 175.

758 نفسه، ص. 175. الترجمة لنا.

SCHLINK (B.) « Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? », *op. cit.*, p. 301.

759

760 حسب الفقيه لوي فافورو، تتأثى مشروعية القاضي الدستوري أولاً من السياق المؤسساتي الذي يتنزل فيه وفي النموذج الأوروبي -الذي يعد حسب الفقيه أكثر تأسيلاً للمشروعية من النموذج الأمريكي للرقابة الأمر كرتية- يعد القضاء الدستوري سلطة مضادة لحماية المعارضة والأقلية في مواجهة أغلبية برلمانية وحكومية مستقرة. وحتى في غياب الاستقرار البرلماني والحكومي كما في إيطاليا أين تخضع كل القرارات السياسية للتفاوض والتسويات، يلعب فقه القضاء الدستوري دوراً هاماً للحد من مخاطر هذه التسويات. كما تعود مشروعية القاضي الدستوري إلى الوظيفة التي يؤمنها من الناخبين القانونية والسياسية والمحافظة على التوازنات الدستورية عند تغير الأغليات البرلمانية وتدعيم الوفاق السياسي وتأسيس حماية الحقوق الأساسية. لكن المشروعية تتأثى أيضاً من تركيبة المحاكم الدستورية وتدخل السلط السياسية -بها في ذلك البرلمان والسلطة التنفيذية- في تعيين الأعضاء ووضع شروط استثنائية لضمان الكفاءة والأهلية لممارسة وظيفة الرقابة من حيث السن والمعرفة والخبرة. كما تعود المشروعية إلى أن الكلمة الأخيرة لا تعود للقاضي الدستوري بما أن التصريح بالادستورية ليس سداً ضد القانون ويكفي تصحيح عيب الادستورية بالتصويت على قانون مطابق للدستور لتجاوز حاجز القرار بالادستورية.

FAVOREU (L.) « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 46-2, pp. 557-581.

SCHLINK (B.) « Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? », *op. cit.*, p. 301.

761

762 نفسه، ص. 301.

فقد يمتنع المجلس صراحة عن مراقبة المصالح المعنوية رغم قيامه برقابة عادية على التناسب⁷⁶³ كما في القرار المتعلق بقانون المسؤولية الطبية في صورة خطأ في التشخيص أدى إلى إعاقة والذي طرحت فيه مسألة المساواة في الفرص، حيث خلافا «للتوازن المالي وحسن تنظيم المنظومة الصحية»⁷⁶⁴ التي أخضعها للرقابة، أخرج المجلس الدستوري عن رقابته «الاعتبارات الأخلاقية والاجتماعية التي تعود فقط إلى تقدير المشرع»⁷⁶⁵ والتي تتمثل في الإحاطة الموحد بالأشخاص حاملي الإعاقة مهما كانت إعاقاتهم وبقطع النظر عن اكتشافها المبكر قبل الولادة من عدمه وعن قرار الأم في الإجهاض من عدمه⁷⁶⁶.

وقد يغفل المجلس الخطوة الأولى المتمثلة في مراقبة الملاءمة والرباط العقلاني بين الإجراء التشريعي والغرض من القانون كما هو الشأن في القرار المتعلق بالمسألة ذات الأولوية الدستورية التي تخص الفصل 365 من المجلة المدنية في منعه تبني شخص غير متزوج لأبناء خليله وفق فقه قضاء مستقر لمحكمة التعقيب منذ 2007، وأقر المجلس صراحة أن «المشرع بإبقائه على المبدأ الذي يتمثل في ترك إمكانية التبني في إطار ثنائي حكرا على المتزوجين... قد اعتبر أن الفارق بين وضعيتي المتزوجين وغير المتزوجين يمكن أن تبرر من أجل مصلحة الطفل فرقا في المعاملة فيما يتعلق بإنشاء البنية بالتبني للأطفال القصر ولا يعود للمجلس الدستوري أن يجعل تقديره محلّ محلّ تقدير المشرع حول الاستنتاجات التي يجب استخلاصها بالنسبة إلى الوضعية الخاصة للأطفال الذين تتم تربيتهم من قبل شخصين من نفس الجنس»⁷⁶⁷.

فضلا عن هذه الصورة الأولى المرتبطة بـ«مسألة اجتماعية»⁷⁶⁸ حساسة، لم يرد فيها المجلس الدستوري الفرنسي استباق المشرع أو الحلول محلّه، كثيرا ما يمتنع المجلس عن رقابة الضرورة. ففما يتعلق بالضرورة، وفي القرار المتعلق بالقانون التوجيهي والبرمجة لأداء الأمن الداخلي، أقرّ المجلس صراحة أن «المجلس الدستوري لا يملك سلطة عامة في التقدير والقرار من نفس طبيعة السلطة التي للبرلمان ولا يمكنه أن يبحث إن كان بالإمكان الوصول إلى نفس الأهداف التي وضعها المشرع بوسائل أخرى طالما أن الآليات

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de 763 protection des libertés publiques ? », *op. cit.*, p. 11.

Décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"], considérant n°15, disponible 764 lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/20102QPC.htm>. au الترجمة لنا

Ibid., considérant n°14. الترجمة لنا

765

766 أنظر في نفس الاتجاه:

Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010613DC.htm>

أنظر في هذا الشأن:

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*, pp. 11-12.

Décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], 767 considérant n°9, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201039QPC.htm> الترجمة لنا

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de 768 protection des libertés publiques ? », *op. cit.*, p. 11. الترجمة لنا

التي اعتمدها القانون ليست غير مناسبة للهدف المنشود بطريقة واضحة. وبوضع آلية تسمح بمنع الولوج إلى خدمات الاتصالات للعموم التي تبث صوراً فاضحة تمثل القصر، لم يرتكب المشرع أي خطأ فادح في التقدير»⁷⁶⁹.

كثيراً ما يتوقف المجلس الدستوري الفرنسي إذن عند عدم التناسب الفادح *disproportion manifeste* خاصة فيما يتعلق بانتهاكات الحريات الفردية. لكن تحليل بعض قرارات المجلس الدستوري الفرنسي يدعو إلى التناسب بحيث يتجاوز المجلس الرقابة المضيقة والمقتصرة على الخطأ الفادح في التقدير ويوسع رقابته على التناسب مثلما يعكسه قرار *Hadopi I* المتعلق بتسهيل نشر الإبداع على الانترنت وحمايته، حيث اعتبر أن « مقاومة ممارسات التقليد عبر الانترنت تستجيب لهدف المحافظة على الملكية الفكرية والإبداع الثقافي. لكن الترخيص الممنوح لذوات خاصة (شركات تحصيل حقوق التأليف) لجمع معلومات تسمح بصفة غير مباشرة بتحديد هوية أصحاب حق الولوج إلى مصالح شبكات الاتصال الالكترونية المفتوحة للعموم، يؤدي إلى تمكين هذه الذوات الخاصة من معالجة معطيات شخصية متعلقة بمخالفات. وهذا الترخيص لا يمكن أن تكون له أهداف أخرى غير السماح للملكي لحقوق التأليف والحقوق المجاورة من ممارسة حق اللجوء إلى القضاء الممنوح إلى كل ذات مادية أو معنوية بخصوص المخالفات التي كانت ضحيتها، وإلا عد هذا الترخيص انتهاكاً غير متناسب للحق في احترام الحياة الشخصية»⁷⁷⁰، بحيث ونظراً لخطورة الانتهاك، يتجاوز الأمر هنا مجرد الرقابة على الخطأ الفادح في التقدير⁷⁷¹ إلى ضمانات الانتصاف الذي يعطي معنى أعمق كما رأينا أعلاه بخصوص الرقابة على التناسب بالمعنى الضيق.

في النهاية، إذا كانت ذاتية القاضي إذن قدر اختبار التناسب باختلاف الأنظمة، أي حدود يجب فرضها على القاضي الدستوري ذاته في تطبيقه المستقبلي للفصل 49؟

كان نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي Jean-Marc Sauvé قد اقترح جملة من الاحتياطات التي يجب اتخاذها عند التعامل مع التناسب وعددها ثلاث: الاستقرار والتناسق بما يجعل الاختبار متوقعاً، الاستناد إلى تعليل واضح وصارم، والموازنة الفعلية بين مختلف المصالح الموجودة دون تغليب أي للحقوق الأساسية على المصلحة العامة⁷⁷².

Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la 769 sécurité intérieure- Loppsi 2, considérant n°7, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011625DC.html>

Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, considérant 770 n°27, *Journal officiel du 13 juin 2009*, p. 9675, texte n° 3, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affich1=JuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONTEXT000020786688&fastReqId=1797376311&fastPos> الترجمة لنا.

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de 771 protection des libertés publiques ? », *op. cit.*, pp. 8-9.

SAUVE (J-M.) « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *op. cit.* الترجمة لنا.

772

وإذا كان الاحتياط الأول رهين مراكمة الخبرة والتجربة التي تحتاج وقتا والاحتياط الثالث يحتاج في حد ذاته إلى أعمال الاحتياط حتى لا تؤدي الموازنة إلى التغليب الآلي للمصلحة العامة، فإن الاحتياط الثاني في تقديرنا هو وسيلة «حراسة الحراس». إذ فضلا عن الوظيفة البيداغوجية للتعليل والمقترنة بالالتزام المحمول على القاضي بتفسير حكمه استنادا إلى حجج منطقية بما يضيفي عليه المشروعية⁷⁷³، أي فضلا عن حق المتقاضى في أن «يعرف» le droit de savoir⁷⁷⁴ والذي يلزم القاضي الدستوري بوصفه قاضيا⁷⁷⁵، فإن التعليل مرتبط في رقابة دستورية القوانين بـ«مقتضيات توضيح ذات طبيعة ديمقراطية» إذ «يجب أن يفهم الشعب لماذا تم الحد من سيادة ممثليه خاصة عند التصريح بعدم مطابقة القانون مع الدستور. فتقييد سيادة القانون من قبل هيئة قضائية لا تستند مشروعيتها إلى الانتخاب لا يمكن أن تترك للسلطة التقديرية»⁷⁷⁶ للقاضي. لذلك وبقطع النظر عن مدارس التعليل⁷⁷⁷، وجب إيلاء المسألة الأهمية القصوى عند إجراء التناسب حتى يتم توضيح مقتضيات المنظومة الدستورية للحريات.

CANIVET (G.) « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in. *La motivation en droit public*, Collo- 773 que, Université Jean Moulin Lyon 3, novembre 2011, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-motivation-des-decisions-du-conseil-constitutionnel>

GRIMALDI (M.) « Introduction », in. *La motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, 774 Tome III, Limoges-1998, LGDJ, 2000, p. 2. الترجمة لنا

775 تنص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من القانون عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية على ما يلي: "الفصل 5 - تتخذ قرارات المحكمة الدستورية وأراؤها بالأغلبية المطلقة لأعضائها عدا ما استثناء هذا القانون وتكون معللة"، سابق الذكر، ص. 3379.

CANIVET (G.), *op. cit.*, الترجمة لنا، 776

777 بخصوص التعليل في فقه قضاء المحكمة الدستورية الألمانية، أنظر:

CAPITANT (D.) « Les motivations des décisions de la Cour constitutionnelle allemande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 28-2012, 2013. Le juge constitutionnel et l'équilibre des finances publiques - Constitutions et mécanismes d'intégration régionale, pp. 17-20.

المبحث الثالث - العنبة:

عدم المساس بخوهن الحق



في صيغة شبيهة بالفصل 19§2 من القانون الأساسي الألماني⁷⁷⁸ والفصل 36§4 من الدستور السويسري⁷⁷⁹ والفصل 52 من ميثاق الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية⁷⁸⁰، نصّ الفصل 49 على أنّ القانون يحدّد «الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها». وقد عرّفته الفقرة 13 من التعليق العام رقم 27 (1999) المادة 12 حرية التنقل بأنّه «ينبغي للدول، لدى اعتمادها القوانين التي تنص على القيود المسموح بها في الفقرة 3 من المادة 12، أن تسترشد دائماً بالمبدأ القائل بعدم إعاقة جوهر الحق من جراء القيود (أنظر الفقرة 1 من المادة 5)؛ وألاً تنقلب العلاقة بين الحق والقيود وبين القاعدة والاستثناء»⁷⁸¹.

وقد تعرّض فقه القضاء إلى هذا المفهوم، فعرّفته المحكمة الفدرالية السويسرية في علاقة بحق الملكية في قرار *Dafflon* كما يلي: «ضمن حق الملكية يجزّ على المقاطعات اتخاذ تدابير تقضي على جوهر الملكية الفردية كمؤسسة محورية في النظام القانوني السويسري أو تفرغها من محتواها»⁷⁸².

وفي نفس الإطار، يقدّم الأستاذ سليم اللغماني تفسيراً لمقصد الفصل 49 كما يلي: «ينال القانون من جوهر الحق أو الحرية إن كانت نتيجته القضاء على الحرية تماماً كأن ينص قانون الجمعيات مثلاً على أن تكوين الجمعيات خاضع لإجراء الترخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور غرة جوان/ حزيران 1959). كما يمكن أن نعتبر أن القانون ينال من جوهر الحق عندما يكون مآله إمكانية حرمان شخص من حق أو حرية بصفة نهائية. وهذا ما يفسر عدم انطباق هذا الشرط على الفصل 22 والفصل 36 والفصل 41 (فقرة 2) لأنّ الدستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانية حرمان شخص بصفة نهائية من حقه في الحياة أو الملكية وعلى حرمان فئات من الحق النقابي وحق الإضراب»⁷⁸³.

وقد يبدو من الغريب تحليلنا لعدم المساس بجوهر الحق بعد التّعريض إلى اختبار التناسب ممّا يتعارض مبدئياً مع الدراسات الفقهية التّونسية التي تضعه قبل المرور إلى اختبار التناسب. لكن هذا التّمشي ضرورة منهجية لا تساق تحليلنا طالما اعتبرنا أعلاه⁷⁸⁴ أنّ التناسب هو الجوهر الخالص للفصل 49 الذي ينطبق حتّى

778 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: "لا يجوز بأيّ حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي".

779 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: "جوهر الحقوق الأساسية مقدس إلى أبعد الحدود".

780 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: "كلّ تقييد لممارسة الحريات المضمونة بهذا الميثاق يجب أن تكون بقانون وتحترم المضمون الجوهري لهذه الحقوق والحريات. في إطار احترام مبدأ التناسب، لا يمكن إقرار هذه الحدود إلا إذا كانت ضرورية وتستجيب فعلياً لأهداف المصلحة العامة التي يعترف بها الاتحاد أو لحماية وحقوق الغير".

الترجمة لنا، *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, op. cit.*

781 اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 27 (1999) المادة 12 حرية التنقل، على الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc27.html>

782 ATF 88 I 248, 255, Arrêt du 14 novembre 1962 dans la cause *Dafflon contre Grand Conseil du canton de Genève*, Considérant II. 3, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_dodocid=atf%3A%2F%2F88-I-248%3Ade الترجمة لنا.

783 اللغماني (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة"، المرجع سابق الذكر، ص. 117.

784 أنظر أعلاه، ص. 42-45.

على الفصول التي يمكن على أساسها حرمان شخص نهائياً من حقّ أو حرية كالفصل 22 المتعلّق بحقّ الحياة. وبالتالي كيف يمكن أن نتأكد من أنّ الترسّانة الضّخمة للنصوص التي تنصّ على عقوبة الإعدام تستجيب للتّناسب قبل إجراء الاختبار المتّصل به؟

من ناحية أخرى، نحسب أنّ بنية الفصل 49 في حدّ ذاتها تدعم تحليلنا إذ يعتبر التّأكد من عدم المساس بجوهر الحقّ في تقديرنا الخطوة النهائيّة، أي أنّ مجمل عمليّة تحديد الضّوابط يجب ألاّ تؤوّل إلى القضاء على الحقّ أو الحرمان منه نهائياً بعد أن يتمّ القيام بمختلف الخطوات. واعتباره إذن عتبة نهائيّة يفترض أنّ عدم المساس بجوهر الحقّ ليس مصفاة أولية تعفي من المرور إلى المقتضيات الأخرى للفصل 49 وإتّما هي الاختبار النهائي إذا ما استثنينا حالات المساس الفادح أو السّافر أو الجليّ لجوهر الحقّ. ولإثبات وجهة هذا التّمسّي، وجب أولاً تحديد المداخل إلى إفراغ الحقّ من جوهره قبل المرور إلى التّثبت من أنّ اختبار التّناسب لا يفترض في حدّ ذاته التّأكد من عدم المساس بجوهر الحقّ بصفة ما قبلية.

فأمّا عن الحدّ الأوّل، فتوضّحه الحيثيّة الموالية من قرار للمحكمة الدستوريّة الألمانيّة المتعلق بقانون حماية الشّباب الذي طُعن فيه على أساس عدم دستوريّة الإيداع القسري - في مؤسسة أو لدى أسرة - الذي لا يخدم مصلحة العموم ولا المعني بالأمر وإتّما يهدف إلى إصلاحه و«تحسينه» بالحرمان من الحرية، ممّا يعدّ انتهاكا للحرية الشّخصية. وقدّمت المحكمة في هذا الصّدّد تعريفاً للمساس بجوهر الحقّ مفاده ما يلي: «الجوهر غير القابل للانتهاك لحقّ أساسي يتمّ تحديده لكلّ حقّ أساسي انطلاقاً من مقصده الخاصّ في المنظومة الشّاملة للحقوق الأساسيّة. فلحرية الشّخص قيمة قانونيّة رفيعة إلى درجة أنّه لا يمكن الحدّ منها إلاّ لأسباب جدّ هامّة. تتعلّق هذه الأسباب الهامّة أساساً بالقانون الجزائي في شقيه المادّي والإجرائي. إذ تهدف هذه الانتهاكات للحرية الشّخصيّة للفرد إلى حماية العموم. وهي تشمل أيضاً الإيداع المؤسّساتي للمرضى العقليّين اللّذين يشكّلون خطراً على السكّان. فضلاً على ذلك، يُسمح بالتّدخّلات المتعاطفة التي تهدف إلى حماية الشّخص المعني، من ذلك إيداع الشّخص فاقد الأهلية بسبب ضعف عقلي في مؤسسة مغلقة». لكن ليس من واجب الدّولة «تحسين» مواطنيها، وطالما أن هدف تحسين الراشدين ليس مبرّراً كافياً لتبرير انتهاك الحرية الشّخصية، فإنّ (القانون المطعون فيه) يمسّ بجوهر الحقّ في الحرية الشّخصيّة»⁷⁸⁵.

ربطت المحكمة إذن بين شدّة الانتهاك الذي لا يمكن قياسه إلاّ باختبار التّناسب مع تعريف جوهر الحقّ. ونجد صدقاً للرّبط بين المساس بجوهر الحقّ وخطورة الانتهاك في فقه قضاء المحكمة الفدراليّة السويسريّة وفي تمييزها بين الحدود المقبولة والحدود غير المقبولة⁷⁸⁶. ففي الصّنف الأوّل، نجد التلقّيح الإجباري وأخذ عينات الدّم لإثبات الأبوة⁷⁸⁷. وفي الصّنف الثّاني، نجد التّدابير الطبيّة القسريّة كصرف عقاقير ذات تأثير

BVerfGE 22, 180, 141, 142, *Jugendhilfe*, 18 juillet 1967, disponible au lien suivant : <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html> الترجمة لنا

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 90 et s.

786

ATF 99 Ia. 407, 412, 24 mai 1973, *Tronnlone*, disponible au lien suivant : <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/>

787

نفسى⁷⁸⁸ أو المساس بحق الحياة في علاقة بمنع التشريح أو نقل الأعضاء دون موافقة المعني أو أقاربه⁷⁸⁹، أو في إطار الحرية الدينية إجبار شخص على اعتناق معتقد معين دون أن يتضمّن جوهر الحق المظاهر الخارجية للحرية الدينية (في علاقة بمنع المدرّسات المسلمات من ارتداء الحجاب)⁷⁹⁰ أو النزول عن الحد الأدنى من الكفاف في علاقة بالإعانات الاجتماعية والحرمان منها⁷⁹¹. والملاحظ أنّ في بعض هذه القرارات، أدرج التّبتّ من جوهر الحقّ في إطار اختبار التّناسب، ففي قرار *Etienne* المتعلّق بالتّلقيح الإجمالي، وفي إطار طعن في قرار صادر عن محكمة تعقيب إحدى المقاطعات أمام المحكمة الفدرالية من أجل خطيّة عن خرق قانون التّلقيح الإجمالي ودفع بعدم دستوريتته لخرقه للحرية الشخصية، اعتبرت المحكمة الفدرالية السويسرية «أنّه عند النّظر في المسألة من زاوية مبدأ التّناسب، لا يمكن أن تعتبر أنّ التّلقيح وسيلة تتجاوز الإجراءات الصّوريّة لحماية مصالح المجموعة وأنّه يمكن تعويضه بوسائل أقلّ صرامة مع تحقيق نتائج ماثلة وأنّه لا يشكّل وسيلة متناسبة مع الهدف المنشود.

في هذا الصّدّد، يجب التّذكير بأنّ التّلقيح ضدّ الديفتيريا هو عموماً غير ضار وغير مؤلم. حتّى ولو ترك ندبة لم تختف بالقدر الكافي، فإنّه لا يمكن الحديث عن انتهاك خطير للحرمة الجسديّة. وحتّى لو وجد مانع طبيّ مبرّر، يمكن لسلطات المقاطعة السّماح بمخالفة القاعدة. يتعلّق الأمر إذن بتقييد مقبول تماماً للحرية الشخصية التي لم تنتهك بدرجة خطيرة في جوهرها. ويتعلّق الأمر أيضاً بإجراء ملائم نظراً للأهمية البارزة للمحافظة على الصحة العامّة... وهذه العناصر حاسمة. وتسمح باستنتاج أنّه حتّى ولو لم يكن التزام التّلقيح الإجمالي ضرورة قصوى، فهو يعدّ إجراء مناسباً لتحقيق هدف المصلحة العامّة المنشود. وهدف المشرّع

index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F99-IA-407%3Ade

ATF 126 I 112, 115, Arrêt du 23 mai 2000, *S. gegen Gesundheits- und Fürsorgedirektionsowie Verwaltungsgericht 788 des Kantons Bern*, disponible au lien suivant : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-I-112%3Ade&lang=de&type=show_document

ATF 98 Ia 508, 514, 28 juin 1972, *Gross*, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Gross&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F98-IA-508%3Afr&number_of_ranks=564&azaclir=clir

ATF 123 I 296, 301, Arrêt du 12 novembre 1997, *X c. Conseil d'Etat du Canton de Genève*, 12 novembre 1997, disponible au lien suivant : http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-I-296%3Ade&number_of_ranks=0&azaclir=clir#page296

ATF 122 II 193, Arrêt du 24 mai 1996, *S. B. gegen Regierung des Kantons St. Gallen*, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=ATF+122+II+193+&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F122-II-193%3Afr&number_of_ranks=13&azaclir=clir

... المتمثل في حماية معززة للمصلحة العامة يغلب بوضوح على تضحية المواطن المتمثلة في الالتزام المحمول عليه بتلقيح أطفاله»⁷⁹². والواضح هنا أن المحكمة أدركت التثبت من عدم المساس بجوهر الحق في اختبار التناسب. ويبدو أن هناك جدل فقهي سويسري⁷⁹³ بين شقّ يقرّ بتماهي النظر في المساس بجوهر الحق واختبار التناسب⁷⁹⁴ وبين شقّ ثان يرفض التماهي المطلق وإن كان بعض فقهاءه يعترفون بأن كل مساس بجوهر الحق يعدّ انتهاكا يخلّ بمبدأ التناسب⁷⁹⁵. كما أن القول بوجود نواة صلبة للحق مرتبطة بحماية الكرامة الإنسانية وفي غياب تعريف دقيق لهذه النواة، من شأن تدخل التناسب أن يعزز هذه الحماية⁷⁹⁶. لكن من الفقهاء من يشاطر ضرورة تحديد ما قبلي لجوهر الحق مستقلاً عن اختبار التناسب⁷⁹⁷.

ونجد لهذا الموقف صدى في بعض الكتابات التأسيسية، حيث اعتبر الأستاذ خالد الماجري أن عدم المساس بجوهر الحق «مرحلة أولى من مراحل تقييم شرعية التدخل في الحقوق والحريات قبل المرور إلى الموازنات (الضرورة والتناسب) التي تتسلط على مجال ممارسة الحق أو نطاقه لا على جوهره»⁷⁹⁸. لكن إجراء اختبار التناسب يسمح بالتأكد من أن خطورة الانتهاك لم تتجاوز عتبة المساس بجوهر الحق. وسنضرب على ذلك مثلاً من فقه قضاء المحكمة الدستورية الألمانية يتعلّق بقانون الأمن الجوّي الصادر في 2005 الذي يرخّص للقوّات المسلّحة تحطيم الطائرات المستعملة لأغراض إجرامية كالاختطاف والإرهاب. وقد تمّ الطعن في دستوريته على أساس مساسه بالكرامة الإنسانية طالما أنّ هذا الترخيص سيمسّ الركاب الأبرياء على متن الطائرة كما قد يعرّض حياتهم للخطر مما يعدّ انتهاكاً للحقّ في الحياة المكفول بالقانون الأساسي. ومن المثير للانتباه أنّ المحكمة ربطت مباشرة بين اختبار التناسب والتثبت من عدم المساس بجوهر الحقّ في الحياة

ATF 99 Ia 747, *op. cit.*, Considérant n°3, p. 753. الترجمة لنا

792

793 لتلخيص هذا الجدل أنظر:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, pp. 93-94.

HOTZ (W.), *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zurich 1977, p. 56 et s; 794
MASTRONARDI (Ph.), *Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlin 1978. p. 167 et s.

أنظر أيضاً:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 93.

AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit Constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, Berne, 2006, p. 119; WILDHABER (L.) « Limitations on Human Rights, in time of peace, war and emergency: a Report on Swiss Law », in. *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville 1986, p. 55.

أنظر أيضاً:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 94.

SCHEFER (M.), *Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne, 2001, p. 796
83-84.

أنظر أيضاً:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 94.

MÜLLER (J-P) « Réflexions générales sur les droits fondamentaux », in. *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 643. 797

أنظر أيضاً:

SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 94.

798 الماجري (خ)، المرجع سابق الذكر، ص. 78.

لتخلص إلى أن «حاجز الفصل 19 فقرة 2 من القانون الأساسي لا يحول دون تطبيق هذه الإجراءات على مجموعة الأشخاص. ففيمما يتعلّق بالوضعيّة الاستثنائيّة التي يتأسّس عليها الفصل 14 من قانون الأمن الجوّي في فقرته الثالثة، لن يتمّ المساس بالمضمون الجوهري للحقّ الأساسي في الحياة في الوضعيّة المفترضة هنا بانتهاكات الحقوق الأساسيّة المرتبطة بهذا الفصل طالما أنّ المصالح المحميّة الهامّة للغير تضيّفي مشروعيّة على هذا الانتهاك وطالما تمّ الإبقاء على مبدأ التّناسب»⁷⁹⁹.

من ناحية أخرى، يبدو من المفيد الاستشهاد بـ«رقابة التّشويه» أو «التّحريف» le contrôle de dénaturation في فقه قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي، حيث يتأكّد المجلس من عدم تحريف التّقييد لمعنى الحقّ ومداه ويديره في رقابة التّناسب⁸⁰⁰، وهذا ما أقره في القرار في مسألة أوليّة للدّستوريّة حول الاشتراك في الجدران واعتبر المجلس أنّ «نظام الاشتراك في الجدران المخصّصة للفصل يضع نظاما مقتصدا في التّسييج وبناء العمارات والاستعمال المعقلن للفضاء مع توزيع حقوق الجيران في حدود ممتلكاتهم. وحيث أنّ فرض الولوج إلى الفضاء المشترك الذي ينصّ عليه القانون يعدّ عنصرا أساسيا من هذا النّظام ويستجيب إذن إلى المصلحة العامّة ويعدّ متناسبا مع الهدف المنشود للمشرّع وأنّه مخصّص لمالك المبنى المجاور للجدار وخاضع إلى التّعويض للمالك الأصلي بنصف المصاريف التي استوجبهها بناء الجدار أو الجزء الذي يريده مشتركا ونصف قيمة الأرض التي بني عليها الجدار. وإذا تعدّرت الاتفاق بين الأطراف، يجب معاينة توفّر شروط الأصل هذه من قبل الهيئة القضائيّة التي تحدّد مبلغ التّعويض. وبالنظر إلى الضّمانات الأصليّة والإجرائيّة، لا يكتسي تقييد الحقّ في الملكيّة بالحكم المطعون فيه درجة الخطورة التي من شأنها أن تحرّف معنى هذا الحقّ ومداه»⁸⁰¹.

وبالتّالي، إذا ما استثنينا المساس الفادح من جوهر الحقّ الذي لا يحتاج لمعاينته إجراء اختبار التّناسب، كما هو الشّأن بالنّسبة إلى عقوبة الإعدام التي تعدم جوهر الحقّ في الحياة والانتزاع من أجل المصلحة العامّة الذي ينسف الحقّ في الملكيّة، لا نخال من الوجيه القيام بالتّثبت من عدم المساس بجوهر الحق بصفة ما قبلية لأنّ في التّنظيم التشريعي لبعض الحقوق مكر لا يمكن كشفه إلاّ عبر رقابة التّناسب بحيث، ودون أن يتمّ حرمان فئة منه، يتمّ المساس بجوهره من خلال غياب الضّمانات مثلا وهو أمر يتجلّى بصفة أوضح بعد المرور بالخطوات السّابقة.

BVerfGE 115, 11 8, 154, *Lufisicherheitsgesetz*, 15 février 2006, disponible au lien suivant : <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>. الترجمة لنا

GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*, p. 5.

Décision n° 2010-60 QPC - M. Pierre B. [Mur mitoyen], 12 novembre 2010, considérant n°6, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201060QPC.htm>. الترجمة لنا

انظر في نفس الاتجاه:

Décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, considérant n°3, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84172DC.htm>

ويعود ذلك في تقديرنا إلى أن التثبت من عدم المساس بجوهر الحق يعني ألا تصل حدة الانتهاك إلى درجة من الخطورة تُسبب معها النواة الصلبة للحق. وكنا قد رأينا أن الخطوة الثانية في اختبار التناسب أي الضرورة الداخلية هي التساؤل عن وجود إجراء أقل انتهاكا للحق، وهو ما يلقي الضوء على مستوى أول من مدى المساس بجوهر الحق ثم تأتي خطوة التناسب بالمعنى الضيق لتحسم في المسألة عبر التساؤل إن كانت الفائدة من تقييد الحق من الأهمية بمكان لتبرر خطورة الانتهاك وعندها تتجلى حدة المساس بجوهر الحق في غياب الضمانات القضائية مثلا والتي رأينا أن وجودها يرجح الكفة حتى لا يتلاشى جوهر الحق تماما أو يحرف بفعل حدة الاستثناءات أو شدة التقييد.

وبالتالي نقدر أن اختبار العتبة يجب أن يكون لاحقا على اختبار التناسب وهو ما سنحاول اختباره بشأن الأمثلة السابقة التي أوردناها بشأن الحريات الفردية.

أين قوانيننا المتصلة بالحريات الفردية من عتبة عدم المساس بجوهر الحق أو تحريفه؟

كنا قد اعتمدنا بعد مناقشة الضرورات في خصوص التقييدات المضروبة على الحريات الفردية في تشريعاتنا التمييز بين التدابير الجزائية والتدابير غير الجزائية طيلة خطوات اختبار التناسب.

وإذا ما توقفنا عند التدابير الجزائية وتحديدًا عند «ثنائي الجريمة والعقاب»، هل يمكن دون المرور بالخطوات الثلاث الانتهاء منذ الوهلة الأولى *prima facie* إلى أن حزمة التجريمات المتصلة بحرية التعبير تحرق جوهر هذه الأخيرة دون التثبت من ضرورة هذه التجريمات في دولة مدنية ديمقراطية ومن وجود هدف مشروع من الأهداف المذكورة في الفصل 49 ثم إجراء اختبار التناسب خطوة بخطوة والتثبت من تلاؤم الفعل والعقوبة؟ ونطرح نفس السؤال بالنسبة إلى الجرائم الأخلاقية من اعتداء على الأخلاق الحميدة وخناء ولواط ومساحقة؟ نخال أن التثبت من عدم المساس بجوهر حق الحياة الخاصة دون المرور بمختلف مراحل المنهج يوقعنا في الحذر والتقريبي، لأن مرورنا بمختلف مراحل الاختبار سمح لنا باستبيان نسف الحق في الخصوصية الذي يتضمّن التجريم الحالي لمختلف الأفعال الجنسية الرضائية بين الرشد.

ونفس الشيء بالنسبة إلى الإجراءات الجزائية، فقد كنا انتهينا بشأن الحق في الحرية وفي الأمان على النفس إلى محرار الضمانات الإجرائية والذي لا يمكن بدونه تحديد جوهر الحق في الأمان على النفس، فالفصل 29 ينص على ما يلي: « لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي، ويعلم فورًا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محاميا. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون». وبالتالي، هل من الممكن بنويًا استخلاص جوهر الحق في الأمان على النفس انطلاقًا من هذه الصياغة والتأكد فورًا وعلى أساسها من أن الاحتفاظ أو الإيقاف التحفظي مثلا يحترمان مقتضيات الفصل 49؟ ونفس السؤال يطرح بالنسبة إلى الأعمال الولائية التي هي في نهاية الأمر «احتفاظ إداري» بإذن قضائي؟

في الواقع، وعلى ضوء الفصل 29، يتمثل جوهر الحق في الأمان في ألا تسلب من الشخص حريته إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي وبضمانات إجرائية ينسف في غيابها جوهر الحق. لكن لنفترض أننا أخضعنا منظومة الإيقاف قبل المحاكمة وقبل المرور بالخطوات الثلاث للتناسب إلى عتبة جوهر الحق، هل ستمكّن من الوهلة الأولى بالتأكد من توفر ضمانات الرقابة القضائية السريعة وأن تنظيمها لم يحرف جوهر الحق بعدم تحديد بداية الاحتفاظ مثلا أو عدم التمكين من الطعن؟

هي الضمانات التي بإقرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ذاتها ينسف جوهر الحق في الأمان على النفس في غيابها ولا نخاله ينبج بتساؤل من الوهلة الأولى *prima facie*، وقد اعتبرت ذات المحكمة أن «الرقابة القضائية في أول مثول للمظنون فيه الذي تم إيقافه يجب أن تكون سريعة للسماح بالتفتن إلى سوء المعاملة والتقليص إلى الحد الأدنى من الانتهاك غير المبرر للحرية الفردية. فالحدّ الزمني الصارم المفروض بهذه الضمانة لا يترك أي هامش من المرونة في التأويل وإلا نبت ضمانات إجرائية لفائدة الفرد (يمنحها هذا الفصل) ونصل إلى نتائج مناقضة لجوهر الحق المحمي»⁸⁰² حتى ولو تعلق الأمر بجرائم إرهابية.

ونفس الشيء بالنسبة إلى الطابع الآلي للرقابة، «فلا يمكن أن يرتهن بطلب مسبق يقدمه المحتفظ به، فذلك يؤدي إلى تحريف الضمانة (الإجرائية) ... ويمكن أن تفرغها من محتواها لأنها تهدف إلى حماية الفرد من الإيقاف التعسفي بضمان إخضاع التدبير السالب للحرية إلى رقابة قضائية مستقلة... فالرقابة القضائية السريعة للاحتفاظ تشكل أيضا بالنسبة إلى المحتفظ به ضمانة هامة ضد سوء المعاملة ... كما أن الأشخاص الموقوفين الذين تعرّضوا إلى سوء المعاملة قد يوجدون في استحالة لتقديم دعوى قضائية للتثبت من شرعية الإيقاف. وهو نفس الشيء بالنسبة إلى فئات هشة أخرى كالمصابين بضعف في المدارك العقلية أو الذين لا يتحدثون بلغة القاضي»⁸⁰³.

وبالتالي، لا يمكن التأكد من مساس التنظيم القانوني للحد من الحرية بجوهر الحق إلا بالتثبت من الضمانات التي لا يمكن بدورها أن يتضح مقصدها إلا في إطار اختبار التناسب الذي يبحث في مرحلة ما عن الرابط بين الهدف والوسيلة. وكنا قد رأينا في إطار اختبار الخطوات بالنسبة إلى نظام الاحتفاظ في قانون الإجراءات الجزائية التونسي أنه تم تدعيم الضمانات بما أن الاحتفاظ حسب الفصل 13 مكرّر من مجلة الإجراءات الجزائية لا يتم إلا بإذن قضائي (من وكيل الجمهورية) لمدة لا تتجاوز 48 ساعة مع إعلام مأموري الضابطة العدلية ذي الشبهة بلغة يفهما بالإجراء المتخذ ضده وسببه ومدته

CEDH, *Affaire McKay c. Royaume-Uni*, n°543/03, 3 octobre 2006, §33, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-77178%22>. الترجمة لنا.

CEDH, *Affaire Aquilina c Malte*, n°25642/94, 29 avril 1999, §49, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62797%22>. الترجمة لنا.

وقابليته طبق مدة التمديد في الاحتفاظ وتلاوة ما يضمنه القانون من طلب عرضه على الفحص الطبي وحقه في اختيار محام للحضور معه. وهو ما يعني إلى درجة ما احترام السرعة والرقابة القضائية عبر إذن وكيل الجمهورية آلياً والذي يمكنه أن ينظر في ظروف الاحتفاظ ويتثبت من عدم تعرّض المحتفظ بهم إلى التعذيب في مراكز الايقاف، وهو الذي يبت في التمديد فيه حتى يتمّ الاتّقاء من انتهاك الحقوق كما ينظر في مطلب الفحص الطبي حسب الفصل 13 مكرّر من مجلّة الإجراءات الجزائية. لكن مكن الاختبار من تحديد مواضع الخلل في منظومة الاحتفاظ بما أنّه لم يتم تحديد بداية تاريخ الاحتفاظ لدى الشرطة. ولا يوجد أي حق للمحتفظ به للطعن في قرار الاحتفاظ. ودون أن يصل الأمر إلى القول بتلاشي جوهر الحق في ظلّ الضمانات الدّنيا، فيمكن أن نخلص إلى وجود ضعف في سبل الانتصاف لا بدّ من تلافيه.

ويمكن أن نسحب نفس المنطق على الأعمال الولائية والأعمال الإدارية، فالتأكد بخصوصها إن تمّ المساس بجوهر الحق يقتضي الرجوع إلى وجود ضمانات من عدمه ومدى قدرة هذه الضمانات على ترميم ما انتهكه تقييد الحرية بجعله منحسراً في منقح الاستثناء لا قلبه إلى قاعدة.

ويظلّ المسار الذّهني للتثبت من احترام التدابير التشريعية للفصل 49 بتأسيسه للاختصاص وبمنهجه وعتبه أمراً معقّداً خاصّة في مجال الحريات الفردية فهل من وسيلة؟

المبحث الرابع - الوسيلة:

جذاعة الفصل 49 كوسيلة لاستبطان
الاختصاص والمنهج والعنبة



سمحت رحلة تفكيك الفصل 49 في تقاطع مع دراسة بعض أهم القوانين المنظمة للحريات الفردية في تونس ببيان صعوبة المسار الذهني المرتبط بتقييد الحرية يتقاطع فيه القانوني والاجتماعي والأخلاقي بطريقة يصعب معها الحسم أحيانا في مدى توفر الضرورة للتقييد بالنظر إلى قيم الدولة المدنية الديمقراطية، وما إذا كان التدبير التشريعي متلائما مع الهدف منه، منتهكا للحرية بالحد الأدنى ومحترما للتناسب بالمعنى الضيق. وإذا ما اعتبرنا المنهج أساسا للحوار بين المشرع والقاضي الدستوري كالمخاطبين الطبيعيين للفصل 49، فكلاهما يحتاج إلى أكثر ما يمكن من العقلنة رغم أن الأمر لا يمكن أن يكون حسابيا. بل يمكننا القول بأن كل المستعملين المحتملين للفصل 49 من سلطة قضائية وسلطة تنفيذية وهيئات دستورية وجماعات محلية وجمعيات ومواطنين يحتاجون إلى استبطان ثقافة الفصل 49.

ومن هنا، كان تفكيرنا في وسيلة عملية تؤلف مقتضيات الفصل 49 ثم تفككها في تمسّ منهجي يسمح بترسيخ ثقافة التعليل، ومن هنا كانت «جذاذة الفصل 49» التي نقرحها على قارئنا في الصفحات الموالية علّه يجد ضالته في الإجابة عن سؤال حارق: كيف يمكن أن تعمل الفصل 49 عندما أهم بتصوّر تقييد لحرية فردية، أو جماعية أيضا، في إطار صياغة مشروع أو مقترح قانون، أو عندما أهم بتنقيح قانون ساري المفعول، مع ما يقتضيه ذلك من إدراك لضرورات احترام الدستور ومن ثمة للمعاهدات الدولية الموافقة عليها من قبل المجلس النيابي والمصادق عليها، ولضرورات التناسق مع المنظومة التشريعية كلّها؟

جاذبة الفصل 49 من الدستور

المرحل	العناصر	الأستئلة	التعليل / الاقتراحات
التأطير الدستوري العام	موضوع القانون (أو مشروع القانون)	قانون أساسي <input type="checkbox"/> قانون عادي <input type="checkbox"/> مرسوم <input type="checkbox"/>	
		ماهي الحقوق والحريات المعنية؟	
التأطير الدستوري العام	موضوع القانون (أو مشروع القانون)	هل تتعلق هذه الحقوق والحريات بقواعد خاصة في نص الدستور؟ ⁸⁰⁴	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>
		هل هذه القيود؟	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>
		هل أن الحقوق والحريات المعنية مسمولة بمعاهدات صادقت عليها تونس؟	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>
التأطير الدستوري العام	الاتزامات الدولية في المجال	ماهي؟	
		هل هناك تحفظات بشأنها؟	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>
		هل هناك تحفظات بشأنها؟	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>
التأطير الدستوري العام	الاتزامات الدولية في المجال	هل هناك تحفظات بشأنها؟	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>
		هل هناك تحفظات بشأنها؟	لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>

804 أنظر أعلاه، ص. 37-62.

التعليق / المقترحات	الأسماء	العناصر	المراحل
	<p>هل هناك إعلانات تأويل DECLARATIONS INTERPRETATIVES بشأنها؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>ماهي؟</p> <p>ماهي الاتزامات المحمولة على الدولة الترتيبية بقتضاها؟</p> <p>هل أن القانون متلائم مع هذه الاتزامات الدولية؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/></p> <p>ماهي مواطن التناقض؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف ذلك؟</p>	<p>الاتزامات الدولية في المجال</p> <p>مدى احترام/ الانسجام مع الاتزامات الدولية المذكورة</p>	<p>التدقيق مع الاتزامات الدولية</p>
	<p>هل هناك قوانين مرتبطة بهذا القانون أو يجيل إليها؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>ماهي هذه القوانين؟</p> <p>هل هناك تناقض ما؟</p>	<p>التناسق مع القوانين (المحيط التشريعي)</p>	<p>التدقيق في المنظومة القانونية</p>
	<p>في صورة نص تشريعي نافذ:</p> <p>هل هناك نصوص تطبيقية لهذا القانون؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>ماهي هذه النصوص الترتيبية؟</p> <p>هل اكتفت بتطبيق النص أم تدخلت لتقييد الحق؟</p>	<p>التزويل التشريعي والنصوص التطبيقية</p>	

المرحلة	العناصر	الأسماء	التعديل / المقترحات
الالتزام في المنظومة القانونية	التبريل التشريعي والنصوص التطبيقية	هل انصوح مشروع القانون إصدار نصونه تطبيقية؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>	ما هي النصورس التطبيقية الضرورية إصدارها؟ حدد موموضوعها ومجالها وعامرها.
الالتزام من وضوح النص (الصياغة)	إتاحة القانون للجمع (قابلية النص إلى أن يكون مفهوم)	هل أن أحكام النص مصاغة بوضوح؟ ⁸⁰⁵ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>	ما هي الصياغة في هذا النص خاصة في ارتباط بالحقوق؟ كيف يمكن إصلاحها وما هي الصياغة المقترحة؟
الالتزام من احترام مبدأ عدم التراجع	مدى التراجع عن المكتسبات	ما هي مكتسبات الحق التي تجشى التراجع عنها؟	ما هو النص (أو النصوص) المرجمية(ة) الذي سيتم الانطلاق منه(ها) لتحديد المكتسبات؟
		قارن بين الحكم التشريعي والقاعدة المرجع للثبوت من: وجود تراجع ملموس في مستوى حماية الحق. لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>	
		كيف ذلك؟ وجود تراجع في القسامات لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/>	
		كيف ذلك؟ هل هناك مقتضيات مصلحة عامة تبرر هذا التراجع؟	

805 تقترح أن يتم التراجع إلى هذه النقطة في كل مرة لإصلاح النص طبقا لتساخ المراحل اللاحقة.

المرحلة	العناصر	الأسمئلة	التعليق / الفقرات
	<p>حماية حقوق الغير</p>	<p>من هو الغير المعني بالحماية؟ هل هو فئة خاصة (قصر، كبار السن، ذوو الاحتياجات الخاصة...)? لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/> ماهي أوجه الحماية (سلامة، أمن...)? ما هو حق / حقوق الغير المعتمة بالحماية؟ ماهي المصلحة الأكثر أو لوية: الحق موضح التحديد أو حقوق الغير؟</p>	
	<p>مقتضيات الأمن العام</p>	<p>كيف تمّ تقييد الحقّ لحماية حقوق الغير (مداة portée / مده التمتع به)? قيم يتمثل التهديد للأمن العام المقصود التوقي منه عبر التقييد من الحقّ: ١- هل يتعلّق بحفظ النظام؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/> ٢- هل يتعلّق بالتوقي من الجريمة؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/> ٣- هل يتعلّق بالحماية ضدّ المخاطر التي تهدّد الأشخاص: في أمنهم؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>	

التعليق / الاقتراحات	الأسئلة	العناصر	المراحل
	<p>في حياتهم؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>في حرمتهم الجسدية؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>في ممتلكاتهم؟ (أضرار جسيمة) لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>	مقتضيات الأمن العام	النتيحت من موجبات التقييد
	<p>كيف تم تقييد الحلق / الحقوق لحماية الأمن العام (نطاقه / portée / مدّة التمتع به)؟</p>		(الضرورة: الهدف الذي يبرر الحد المفروض بالقانون)
	<p>فيم يتمثل التهديد الأذاع الوطني المقصود التوقي منه عبر التقييد من الحلق: بقاء الدولة؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>سلامتها الإقليمية؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>استقلالها السياسي؟ لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>	مقتضيات الأذاع الوطني	

التعليق / الفقرات	الأسملة	العناصر	المراحل
	<p>هل أن التهديد:</p> <p>١- عام: يمكن الاحتجاج به لتقييد الحق / الحقوق ؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>٢- محلي أو معزول: لا يمكن الاحتجاج به لتقييد الحق / الحقوق ؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p>	<p>مقتضيات الدفاع الوطني</p>	<p>المنبث من موجبات التقييد</p>
	<p>كيف تم تقييد الحق / الحقوق حماية للدفاع الوطني (نطاقه / مداه portée / مدى التمتع به) ؟</p>	<p>مقتضيات الصحة العامة</p>	<p>(الضرورة: الهدف الذي يبرر الحد المفروض بالقانون)</p>
	<p>أين يبرز تهديد النظام العام للصحة المقصود التوقي منه عبر التقييد من الحق ؟</p> <p>كيف تم تقييد الحق / الحقوق حماية للصحة العامة (نطاقه / مداه portée / مدى التمتع به) ؟</p> <p>أين يبرز تهديد الآداب العامة المقصود التوقي منه عبر التقييد من الحق ؟</p>	<p>مقتضيات الآداب العامة</p>	
	<p>كيف تم تقييد الحق حماية للآداب العامة (مداه portée / مدى التمتع به) ؟</p>		

التعليق / الاقتراحات	الأسئلة	العناصر	المراحل
	<p>هل يمسّ الإجراء من قيم المواطنة؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>هل يمسّ الإجراء من إرادة الشعب؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>هل يمسّ الإجراء من علوية القانون؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>	<p>النشيت من أنّ الحدود التي يضرها القانون على الحرية أو الحقّ تعدّ ضرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة</p>	<p>مقتضيات الدولة المدنيّة الديمقراطيّة</p>
	<p>هل يمسّ الإجراء من الأسس الجوهرية للمجتمع الديمقراطي:</p> <p>حرية التعبير؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p> <p>التعددية؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		

التعليق / الاقتراحات	الأسئلة	العناصر	المراحل
	<p>التسامح وروح الانفتاح؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p> <p>حقوق الأقليات؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>	<p>التثبت من أن الحدود التي يضرها القانون على الحرية أو الحق تعدّ ضرورة في دولة مدنية ديمقراطية</p>	<p>مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية</p>
	<p>هل هناك رابط عقلائي بين الهدف والإجراء؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/></p> <p>حلل العلاقة السببية بين الإجراء والغرض المنشود.</p> <p>لا <input type="checkbox"/></p> <p>أبرز غياب العلاقة السببية بين الإجراء والغرض المنشود (غياب جيل للملاءمة)؟</p>	<p>قياس الملاءمة</p> <p>(التثبت من أن الإجراء قادر على بلوغ الهدف المنشود)</p>	<p>التثبت من احترام مبدأ التناسب</p> <p>(إجراء اختبار التناسب)</p> <p>هل أن الإجراء المنصوص عليه بالقانون متناسب مع الهدف منه؟</p>

التعليق / المقترحات	الأسئلة	العناصر	المراحل
	<p>هل أن الإجراءات يجب من الحق بأقل قدر ممكن؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>	<p>قياس الضرورة (الداخلية)</p> <p>(التثبت من أن الإجراءات ضروري لتحقيق الهدف المشروع)</p>	<p>التثبت من احترام مبدأ التناسب التناسب (إجراء اختبار التناسب) هل أن الإجراءات المنصوص عليه بالقانون متناسب مع الهدف منه؟</p>
	<p>هل يوجد إجراء أقل انتهاكا للحق من الإجراء التثريعي وبنجاعة مماثلة في بلوغ الهدف؟</p> <p>لا <input type="checkbox"/> نعم <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>هل أن الآثار الإيجابية للتقييد:</p> <p>ثابتة؟ <input type="checkbox"/></p> <p>محملة؟ <input type="checkbox"/></p>		
	<p>هل أن الآثار السلبية أو مخاطر إطلاق الحق (دون تقييد):</p> <p>ثابتة؟ <input type="checkbox"/></p> <p>محملة؟ <input type="checkbox"/></p>	<p>قياس التناسب بالمعنى الضيق (الموازنة بين أهمية الهدف ودرجة/خطورة التقييد)</p>	
	<p>هل أن الفاعلة من حماية الهدف المشروع:</p> <p>قوية بما فيه الكفاية؟ <input type="checkbox"/></p> <p>طفيفة/ بسيطة لتبرير خطورة انتهاك الحق أو الحرية؟ <input type="checkbox"/></p> <p>كيف ذلك؟</p>		

التعليق / الفقرات	الأسئلة	العناصر	المراحل
	<p>هل يؤدي التقيد إلى القضاء تماما على الحرية؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		
	<p>هل يؤدي التقيد إلى حرمان فئة من الحق / الحرية بصفة نهائية؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p> <p>هل يؤدي التقيد إلى حرمان فئة من الحق / الحرية بصفة مؤقتة؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>	<p>التمسك من عدم مساس الإجراءات من جوهر الحق (التمسك من أن الإجراءات لا يفرغ الحق من محتواه)</p>	<p>عدم المساس بجوهر الحق</p>
	<p>هل أن التقيد يحرف الحق / الحرية؟</p> <p>نعم <input type="checkbox"/> لا <input type="checkbox"/></p> <p>كيف؟</p>		

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

I. مراجع فقهية

- الشرفي (م) والمزغني (ع)، مدخل لدراسة القانون، تونس، المركز القومي البيداغوجي، 1993.
- العبيدي (ع)، شرح المبادئ الجزائية، دراسة تحليلية، تونس، دار الكتاب، 2018.
- الفرشيشي (و)، القصاب (إ)، الماجري (خ)، مذكرات الـ(أ) دستورية، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، نوفمبر/ تشرين الثاني 2017.
- الليبي (ح. ص)، أصول المرافعات الولائية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1984.
- الماجري (خ)، ضوابط الحقوق والحريات. تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017.
- بن حماد (م. ر)، القانون الدستوري والانظمة السياسية، طبعة ثالثة محيطة ومزيد عليها، تونس، مركز النشر الجامعي، 2016.
- بوعوني (ال)، الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي، تونس، مركز النشر الجامعي، 2002.
- عمر (ع)، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1987.
- كحلون (ع)، دروس في الإجراءات الجزائية، طبعة ثانية معدلة بأحدث قوانين الإجراءات الجزائية، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013.
- كحلون (ع)، التعليق على المجلة الجزائية التونسية، الطبعة الأولى، تونس، مجمع الأطرش، 2018.

II. مذكرات

- عبيدي (س) "ضمانات المتهم قبل المحاكمة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، 2012-2013.

III. مقالات

- الإمام (ج) "كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية؟"، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون "خفي" يحكم دولة القانون، الجمعية التونسية للحريات الفردية، هنريش بول ستيفتونغ، 2018، ص. 5-9.
- الجلاصي (م. أ) "عندما تختار الدولة أسماء أبنائنا"، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون "خفي" يحكم دولة القانون، الجمعية التونسية للحريات الفردية، هنريش بول ستيفتونغ، 2018، ص. 106-131.
- السرباجي (أ) "ماذا يعني أن نفكر عربيا في الحرية؟"، تبين، العدد 17/5، صيف 2016، ص. 37-60.
- الشواشي (ن) "المناشير" المضيق للحقوق والحريات: مفهومها وقيمتها القانونية"، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون "خفي" يحكم دولة القانون، الجمعية التونسية للحريات الفردية، هنريش بول ستيفتونغ، 2018، ص. 20-27.
- الضيف (أ) "المراسيم في المرحلة الانتقالية"، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمد صالح بن عيسى، تونس، مركز النشر الجامعي، 2020، ص. 318-393.

- الغزواني (م) "من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية"، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمد صالح بن عيسى، تونس، مركز النشر الجامعي، 2020، ص. 189-231.
- الفرشيشي (و) "المناشير السالبة للحريات: قانون "خفي" يحكم دولة القانون!"، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون "خفي" يحكم دولة القانون، الجمعية التونسية للحريات الفردية، هينريش بول ستيفتونغ، 2018، ص. 10-19.
- القرقوري (م) "الضوابط الدستورية للحقوق والحريات من خلال الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014"، قراءات في دستور الجمهورية الثانية (دستور 27 جانفي 2014)، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفاقس، عدد 4، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، مارس/آذار 2017، ص. 83-110.
- اللغمانى (س)، الحمروني (س)، القليبي (س) "الحقوق والحريات"، ضمن قراءة في مسودة مشروع الدستور: تقييم واقتراحات، اليوم الدراسي عبد الفتاح عمر، 15 جانفي/كانون الثاني 2013، نشر بمساندة مؤسسة هانس سايدل في مارس/آذار 2013، ص. 31-58.
- اللغمانى (س) "الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثنائية أسئلة"، ضمن اللغمانى (س)، كتابات في السياسة والدستور على أثر الثورة، تونس، منشورات نيرفانا، 2020، ص. 93-121.
- بن حمّاد (ر) "تأويل المجلس الدستوري للأحكام الدستورية"، ضمن الشّغف في القانون، مجموعة دراسات العربي هاشم، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006، ص. 156-181.
- بن سليمة (ح) "الأذون على عرائض في قانون المرافعات المدنية"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4، أبريل/نيسان 2009، ص. 11-37.
- شقير (ح) "علق المطاعم والمفاهي خلال شهر رمضان: هل هو انتهاك لحقوق الانسان؟"، ضمن الفرشيشي (و) (تحت إشراف)، المناشير السالبة للحريات: قانون "خفي" يحكم دولة القانون، تونس، الجمعية التونسية للحريات الفردية، هينريش بول ستيفتونغ، 2018، ص. 94-105.
- كريفة (م) "قانون الصحة العقلية والايواء الوجوبي الصادر في 03 أوت 1992"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 7، جويلية/تموز 2003، ص. 53-90.

IV. مقالات الكترونية

- ابن عاشور (ع) "الثورة التونسية في تجلياتها الدستورية: المرحلة الانتقالية الأولى (14 جانفي 2011-16 ديسمبر 2011)"، يمكن تحميله على الرابط التالي:
<http://yadhba.blogspot.com/2012/10/14-2011-16-2011.html>
- الفرشيشي (و) "حين حدّث الدستور ولم يقل"، المفكرة القانونية، عدد 3، 2015، يمكن تحميله على الرابط التالي:
<https://www.legal-agenda.com/article.php?id=1291>
- باللطيف (م) "حرية التعبير والإعلام في تونس: النصوص والسّياق"، ضمن حرية التعبير في الدول المغاربية: تنافر بين النصوص القانونية والممارسة القضائية، منظمة دعم الإعلام الدولية وجمعية يقظة من أجل الديمقراطية والدولة المدنية، فبراير 2018، ص. 42-60، يمكن تحميله على الرابط التالي:
<https://menamedialaw.org/sites/default/files/library/material/compiledreportar.pdf>

V. مقالات صحفية

باجي (م. س) "السجل الوطني للمؤسسات: خروقات دستورية واتهامات بالتضييق على الجمعيات"، 2018/08/17،
<https://nawaat.org/portail/2018/08/17>
 يمكن تحميله على الرابط التالي:
 شوقي الطيب: تمت استشارة مجلس المنافسة في اصدار المراسيم ولم يتم استشارة هيئة مكافحة الفساد"، 16 أفريل/ نيسان
 2020، يمكن تحميله على الرابط التالي: <https://www.shorturl.at/nruBD>

VI. تقارير

الفرشيشي (و)، الجلاصي (م. أ)، زباني (و)، الحريات في زمن فيروس كورونا، ما هي الدروس المستفادة من ترابط حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة؟ خلاصة التقرير، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، 2020.
 اللغاني (س)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات "العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس"، جلسة 13 جويلية/ تموز 2019، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2019.
 غريم (د)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات "العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس"، جلسات الأيام 19 إلى 22 سبتمبر/ أيلول 2019 و 25 و 26 سبتمبر/ أيلول 2019، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2019.
 فيليب (ك)، تقرير جلسات النظراء في إطار مشروع المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات "العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسية بتونس"، جلسات الأيام 19 إلى 22 سبتمبر/ أيلول 2019 و 25 و 26 سبتمبر/ أيلول 2019، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2019.

VII. أدلة

الغزواني (م)، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور- رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجبها، تونس، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021.
 دباش (ك)، مبادئ توجيهية في الصياغة التشريعية في تونس، تونس، منظمة وستمنستر للديمقراطية، 2016.
 غزالة (ش)، دليل السلطة التنفيذية في تطبيق الفصل 49 من الدستور- الصلاحيات التشريعية والترتيبية بين ضوابط الحقوق وموجبها، تونس، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021.

VIII. وثائق ونصوص رسمية تونسية

• القواعد التأسيسية

الدساتير

دستور 1 جوان/حزيران 1959، آخر صيغة محينة على موقع البوابة الوطنية للإعلام القانوني:
<http://www.legislation.tn>

دستور 27 جانفي/كانون الثاني 2014، على موقع البوابة الوطنية للإعلام القانوني:
<http://www.legislation.tn>

التنظيمات المؤقتة للسلط العمومية

مرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس/آذار 2011 يتعلّق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 20، 25 مارس/آذار 2011، ص. 367-368.

• القواعد التشريعية

القوانين الأساسية

قانون عدد 154 لسنة 1959 مؤرخ في 7 نوفمبر/تشرين الثاني 1959 يتعلّق بالجمعيات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 22 ديسمبر/كانون الأول 1959، ص. 2020-2023، كما نُقح بالقانون الأساسي عدد 90 لسنة 1988 مؤرخ في 2 أوت/آب 1988 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر/تشرين الثاني 1959 والمتعلّق بالجمعيات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52، 2 أوت/آب 1988، ص. 1086-1087، وبالقانون الأساسي عدد 25 لسنة 1992 مؤرخ في 2 أبريل/نيسان 1992 يتعلّق بإتمام القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر/تشرين الثاني 1959 والمتعلّق بالجمعيات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 21، 3 و7 أبريل/نيسان 1992، ص. 404.

قانون عدد 32 لسنة 1975 مؤرخ في 28 أبريل/نيسان 1975 يتعلّق بإصدار مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 29، 29 أبريل/نيسان 1975، ص. 992-999، كما نُقح بالقانون الأساسي عدد 89 لسنة 1988 المؤرخ في 2 أوت/آب 1988 يتعلّق وتنقح وإتمام القانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أبريل/نيسان 1975 والمتعلّق بإصدار مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52، 2 أوت/آب 1988، ص. 1085-1086، وبالقانون الأساسي عدد 85 لسنة 1993 مؤرخ في 2 أوت/آب 1993 يتعلّق بتنقيح مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 58، 6 أوت/آب 1993، ص. 1116-1117، وبالقانون الأساسي عدد 1 لسنة 2006 مؤرخ في 9 جانفي/كانون الثاني 2006 يتعلّق بتنقيح مجلة الصحافة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 4، 13 جانفي/كانون الثاني 2006، ص. 92.

قانون أساسي عدد 14 لسنة 2014 مؤرخ في 18 أبريل/نيسان 2014 يتعلّق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 32، 22 أبريل/نيسان 2014، ص. 1012-1014.

قانون أساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرخ في 26 ماي/أيار 2014 يتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 42، 27 ماي/أيار 2014، ص. 1382-1398، كما نُقح بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرخ في 14 فيفري/شباط 2017 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/أيار 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 14، 17 فيفري/شباط 2017، ص. 564-572.

قانون أساسي عدد 26 لسنة 2015 مؤرخ في 7 أوت/آب 2015 يتعلّق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 7 أوت/آب 2015، ص. 2163-2184، كما نُقح وتمم بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 مؤرخ في 23 جانفي/كانون الثاني 2019 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت/آب 2015 المتعلّق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 9، 29 جانفي/كانون الثاني 2019، ص. 235-242.

قانون أساسي عدد 37 لسنة 2015 مؤرخ في 22 سبتمبر/أيلول 2015 يتعلّق بالتسجيل والإيداع القانوني، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 79، 2 أكتوبر/تشرين الأول 2015، ص. 2812 – 2813.

قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر/كانون الأول 2015 يتعلّق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 98، 8 ديسمبر/كانون الأول 2015، ص. 3379-3385.

قانون أساسي عدد 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس/آذار 2016 يتعلّق بالحقّ في النّفاد إلى المعلومة، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 26، 29 مارس/آذار 2016، ص. 1035-1029.

قانون أساسي عدد 34 لسنة 2016 مؤرخ في 28 أفريل/نيسان 2016 يتعلّق بالمجلس الأعلى للقضاء، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 35، 29 أفريل/نيسان 2016، ص. 1642-1635.

قانون أساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت/آب 2016 يتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، 12 أوت/آب 2016، ص. 2861-2852.

قانون أساسي عدد 59 لسنة 2017 مؤرخ في 24 أوت/آب 2017 يتعلّق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 70-71، 1 - 5 سبتمبر/أيلول 2017، ص. 2885-2878.

قانون أساسي عدد 29 لسنة 2018 مؤرخ في 9 ماي/أيار 2018 يتعلق بمجلة الجماعات المحليّة، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 39، 15 ماي/أيار 2018، ص. 1760-1704.

قانون أساسي عدد 51 لسنة 2018 مؤرخ في 29 أكتوبر/تشرين الأوّل 2018 يتعلّق بهيئة حقوق الإنسان، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 89، 6 نوفمبر/تشرين الثاني 2018، ص. 4644-4638.

القوانين العادية

قانون عدد 34 لسنة 1964 مؤرخ في 2 جويلية/تموز 1964 يتعلّق بتنقيح المجلّة الجنائيّة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 3-7 جويلية/تموز 1964، ص. 945-944.

قانون عدد 20 لسنة 1967 مؤرخ في 31 ماي/أيار 1967 يتعلق بضبط النظام الأساسي العام للعسكريين، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 24، 2-6-9 جوان/حزيران 1967، ص. 992-986، كما نُفّح بالقانون عدد 25 لسنة 1980 المؤرخ في 23 ماي/أيار 1980، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 32، 27-30 ماي/أيار 1980، ص. 1491-1490، وبالقانون عدد 76 لسنة 1985 المؤرخ في 4 أوت/آب 1985، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 58، 13 أوت/آب 1985، ص. 1009، وتمّ بالقانون عدد 58 لسنة 2006 المؤرخ في 28 جويلية/تموز 2006 والمتعلّق بإحداث نظام خاص للعمل نصف الوقت مع الانتفاع بثلاثي الأجر لفائدة الأمهات، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 62، 4 أوت/آب 2006، ص. 2652، وتُتمّ ونُفّح بالقانون عدد 47 لسنة 2009 المؤرخ في 8 جويلية/تموز 2009، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 55، 10 جويلية/تموز 2009، ص. 2392-2391.

قانون عدد 7 لسنة 1968 مؤرخ في 8 مارس/آذار 1968 يتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 11، 8-12 مارس/آذار 1968، ص. 297-296.

قانون عدد 30 لسنة 1968 مؤرخ في 29 نوفمبر/تشرين الثاني 1968 يتعلق بالترخيص في انخراط البلاد التونسية في الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفي الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 51، 29 نوفمبر/تشرين الثاني-3 ديسمبر/كانون الأوّل 1968، ص. 1477.

قانون عدد 4 لسنة 1969 مؤرخ في 24 جانفي/كانون الثاني 1969 يتعلّق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 4، 28-31 جانفي/كانون الثاني 1969، ص. 128-126.

قانون عدد 70 لسنة 1982 مؤرخ في 6 أوت/آب 1982 يتعلق بضبط النظام الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 54، 10 و13 أوت/آب 1982، ص. 1838-1827، كما نقح وتمّ بالقانون عدد 58 لسنة 2000 مؤرخ في 13 جوان/حزيران 2000 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت/آب 1982 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي، الرائد الرسمي للجمهورية

- التونسية، عدد 48، 16 جوان/حزيران 2000، ص. 1485-1488.
- قانون عدد 63 لسنة 1991 مؤرخ في 29 جويلية/تموز 1991 يتعلق بالتنظيم الصحي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 55، 6 أوت/آب 1991، ص. 1145-1142.
- قانون عدد 71 لسنة 1992 مؤرخ في 27 جويلية/تموز 1992 يتعلق بالأمراض السارية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 50، 31 جويلية/تموز 1992، ص. 924-925، كما نصح بالقانون عدد 12 لسنة 2007 مؤرخ في 12 فيفري/شباط 2007 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/تموز 1992 المتعلق بالأمراض السارية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 14، 16 فيفري/شباط 2007، ص. 429.
- قانون عدد 83 لسنة 1992 مؤرخ في 3 أوت/آب 1992 يتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52، 7 أوت/آب 1992، ص. 991-993، كما نصح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 المؤرخ في 3 ماي/أيار 2004 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت/آب 1992 المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 37، 7 ماي/أيار 2004، ص. 1267.
- قانون عدد 64 لسنة 1993 مؤرخ في 5 جويلية/تموز 1993 يتعلق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 50، 6 جويلية/تموز 1993، ص. 931.
- قانون عدد 14 لسنة 1998 مؤرخ في 18 فيفري/شباط 1998 يتعلق بتعاطي تجارة المشروبات الكحولية المعدة للحمل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 15، 20 فيفري/شباط 1998، ص. 372.
- قانون عدد 74 لسنة 1998 مؤرخ في 19 أوت/آب 1998 يتعلق بالسكك الحديدية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 67، 21 أوت/آب 1998، ص. 1822-1819.
- قانون عدد 93 لسنة 2002 مؤرخ في 29 أكتوبر/تشرين الأول 2002 يتعلق بإتمام مجلة الإجراءات الجزائية بإرساء الصلح بالوساطة في المادة الجزائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 89، 1 نوفمبر/تشرين الثاني 2002، ص. 2750-2751.
- قانون عدد 73 لسنة 2004 مؤرخ في 2 أوت/آب 2004 يتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجنائية بخصوص زجر الاعتداءات على الأخلاق الحميدة وزجر التحرش الجنسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 6 أوت/آب 2004، ص. 2354-2355.
- قانون عدد 68 لسنة 2009 مؤرخ في 12 أوت/آب 2009 يتعلق بإرساء عقوبة التعويض الجزائي وتطوير الآليات البديلة للسجن، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 65، 14 أوت/آب 2009، ص. 2898-2899.
- قانون عدد 11 لسنة 2015 مؤرخ في 27 أفريل/نيسان 2015 يتعلق بتسوية وضعية المباني المنجزة والمخالفة لرخص البناء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 36، 5 ماي/أيار 2015، ص. 1211-1213.
- قانون عدد 5 لسنة 2016 مؤرخ في 16 فيفري/شباط 2016 يتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 15، 19 فيفري/شباط 2016، ص. 559-561.
- قانون عدد 53 لسنة 2016 مؤرخ في 11 جويلية/تموز 2016 يتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 62، 29 جويلية/تموز 2016، ص. 2677-2681.
- قانون عدد 19 لسنة 2020 المؤرخ في 12 أفريل/نيسان 2020 يتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم لغرض مجابهة تداعيات انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19)، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 31، 12 أفريل/نيسان 2020، ص. 894-895.

المجلات القانونية

- مجلة الالتزامات والعقود الصادرة بأمر 15 ديسمبر/ كانون الأول 1906، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2020.
- المجلة الجزائرية الصادرة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 9 جويلية/ تموز 1913، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2020.
- مجلة الاحوال الشخصية الصادرة بالأمر العلي المؤرخ في 13 أوت/ آب 1956، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2020.
- مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية (الصادرة بالأمر العلي المؤرخ في 10 جانفي/ كانون الثاني 1957) ونصوص ملحقة، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2020.
- مجلة التجارة البحرية المدرجة بالقانون عدد 13 لسنة 1962 مؤرخ في 24 أفريل/ نيسان 1962، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016.
- مجلة الإجراءات الجزائية الصادرة بمقتضى القانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرخ في 24 جويلية/ تموز 1968 والمتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائي، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2020.
- المجلة التأديبية والجزائية البحرية الصادرة بالقانون عدد 28 لسنة 1977 مؤرخ في 30 مارس/ آذار 1977، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016.
- مجلة الاتصالات (الصادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي/ كانون الثاني 2001) ونصوصها التطبيقية، (نسخة محينة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2019.

• النصوص الصادرة عن السلطة التنفيذية

المراسيم

- مرسوم عدد 42 لسنة 2011 مؤرخ في 25 ماي/ أيار 2011 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 70 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت/ آب 1982 المتعلق بضبط القانون الأساسي العام لقوات الأمن الداخلي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 39، 31 ماي/ أيار 2011، ص. 794.
- مرسوم عدد 84 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 يتعلق بتنظيم الأحزاب السياسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 74، 30 سبتمبر/ أيلول 2011، ص. 1996-1993.
- مرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرخ في 24 سبتمبر/ أيلول 2011 يتعلق بتنظيم الجمعيات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 74، 30 سبتمبر/ أيلول 2011، ص. 2001-1996.
- مرسوم عدد 115 لسنة 2011 مؤرخ في 2 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011 يتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 84، 4 نوفمبر/ تشرين الثاني 2011، ص. 2568-2559.
- مرسوم من رئيس الحكومة عدد 6 لسنة 2020 مؤرخ في 16 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بسنّ إجراءات جبائية ومالية للتخفيف من حدة تداعيات انتشار فيروس كورونا "كوفيد - 19"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أفريل/ نيسان 2020، ص. 926-923.
- مرسوم من رئيس الحكومة عدد 7 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أفريل/ نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام استثنائية تتعلق

بالأعوان العموميين وبسير المؤسسات والمنشآت العمومية والمصالح الإدارية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/نيسان 2020، ص. 926-928.

مرسوم من رئيس الحكومة عدد 8 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بتعليق الإجراءات والآجال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/نيسان 2020، ص. 928-930.

مرسوم من رئيس الحكومة عدد 9 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بزجر مخالفة منع الجولان وتحديده والحجر الصحي الشامل والتدابير الخاصة بالأشخاص المصابين أو المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا "كوفيد-19"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/نيسان 2020، ص. 930-931.

مرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بضبط أحكام خاصة لزجر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/نيسان 2020، ص. 931-933.

مرسوم من رئيس الحكومة عدد 11 لسنة 2020 مؤرخ في 17 أبريل/نيسان 2020 يتعلق بمراجعة الأداءات والمعالم المستوجبة على منتجات الحماية الفردية ومدخلاتها للتوقي من انتشار الإصابة بفيروس كورونا "كوفيد-19"، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 33، 18 أبريل/نيسان 2020، ص. 933-935.

مرسوم من رئيس الحكومة عدد 29 لسنة 2020 مؤرخ في 10 جوان/حزيران 2020 يتعلق بنظام المراقبة الالكترونية في المادة الجزائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، 10 جوان/حزيران 2020، ص. 1405-1407.

الأوامر

أمر علي بتاريخ 26 ماي/أيار سنة 1949 يتعلّق بتدعيم مقاومة التوسّط للخناء، الرائد الرسمي التونسي، عدد 44، 31 ماي/أيار 1949، ص. 1276-1277.

أمر عدد 5 لسنة 1968 مؤرخ في 9 جانفي/كانون الثاني 1968 يتعلق بضبط مواقيت فتح المقاهي والمحلات المائلة لها ومحلات تجارة المشروبات الكحولية المستهلكة خارج المحل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 2، 16 جانفي/كانون الثاني 1968، ص. 35-36.

أمر عدد 1097 لسنة 1976 مؤرخ في 15 ديسمبر/كانون الأول 1976 يتعلّق بتنقيح الأمر المؤرّخ في 5 ماي/أيار 1922 المتعلّق بالتلقيحات الإجبارية بالجمهورية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 80، 21 ديسمبر/كانون الأول 1976، ص. 3504-3505.

أمر عدد 50 لسنة 1978 مؤرخ في 26 جانفي/كانون الثاني 1978 يتعلّق بتنظيم حالة الطوارئ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 7، 24-26 جانفي/كانون الثاني 1978، ص. 218-219.

أمر عدد 1155 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص لأعوان سلك أمن رئيس الدولة والشخصيات الرسمية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/نيسان 2006، ص. 1436-1451.

أمر عدد 1160 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك الأمن الوطني والشرطة الوطنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/نيسان 2006، ص. 1475-1489.

أمر عدد 1162 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك الحرس الوطني، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/نيسان 2006، ص. 1499-1509.

أمر عدد 1164 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان سلك الحماية المدنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/نيسان 2006، ص. 1515-1525.

أمر عدد 1167 لسنة 2006 مؤرخ في 13 أبريل/ نيسان 2006 يتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بسلك إطارات وأعوان السجون والإصلاح، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 34، 28 أبريل/ نيسان 2006، ص. 1539-1554.

أمر عدد 3034 لسنة 2009 مؤرخ في 12 أكتوبر/ تشرين الأول 2009 يتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 380 لسنة 1972 المؤرخ في 6 ديسمبر/ كانون الأول 1972 المتعلق بضبط القانون الأساسي الخاص بالعسكريين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 84، 20 أكتوبر/ تشرين الأول 2009، ص. 3808-3814.

أمر عدد 70 لسنة 2017 مؤرخ في 19 جانفي/ كانون الثاني 2017 يتعلّق بمجلس الأمن القومي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 6، 20 جانفي/ كانون الثاني 2017، ص. 244-245.

أمر رئاسي عدد 24 لسنة 2020 مؤرخ في 18 مارس/ آذار 2020 يتعلّق بمنع الجولان بكامل تراب الجمهورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 23، 20 مارس/ آذار 2020، ص. 783.

أمر رئاسي عدد 28 لسنة 2020 المؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020 يتعلق بتحديد الجولان والتجمّعات خارج أوقات منع الجولان، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 24، 22 مارس/ آذار 2020، ص. 794.

أمر حكومي عدد 156 لسنة 2020 مؤرخ في 22 مارس/ آذار 2020 يتعلق بضبط الحاجيات الأساسية ومقتضيات ضمان استمرارية سير المرافق الحيوية في إطار تطبيق إجراءات الحجر الصحي الشامل، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 24، 22 مارس/ آذار 2020، ص. 794-795.

القرارات

قرار من جناب الوالي الكاتب العام للحكومة التونسية والمعتمد بإدارة الأمن العام للمملكة التونسية يتعلّق بتنظيم الفجور بالمملكة التونسية في 30 أبريل/ نيسان 1942، الرائد الرسمي التونسي، عدد 54، 5 ماي/ أيار 1942، ص. 2-7.

المناشير

منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرخ في 17 مارس/ آذار 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<http://www.legislation.tn/sites/default/files/17-08.pdf>

• القرارات الصادرة عن السلطة المحلية: البلديات

قرار رئيسة بلدية تونس شيخة المدينة في 16 مارس/ آذار 2020 القاضي بمنع انتصاب الأسواق البلدية الأسبوعية، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<http://www.commune-tunis.gov.tn/publish/images/Avis-communications/Fev043.pdf>

• مشاريع نصوص

مشاريع إعداد الدستور

مسودة مشروع الدستور نسخة 22 أبريل/ نيسان 2012، يمكن تحميلها على موقع مجلس نواب الشعب على الرابط التالي:

http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/anc/projet_constitution_22_04_2013.pdf

مسودة مشروع الدستور نسخة 13 أوت/ آب 2012.

مسودة مشروع الدستور نسخة 14 ديسمبر/ كانون الأول 2012، يمكن تحميلها على موقع مجلس نواب الشعب على الرابط التالي:

http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/anc/projet_constitution_14_12_2012.pdf

مشروع الدستور بتاريخ 1 جوان/ حزيران 2013، يمكن تحميله على موقع مجلس نواب الشعب على الرابط التالي:
http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/anc/projet_constitution_01_06_2013.pdf

مشاريع تشريعية

مشروع مراجعة مجلة الإجراءات الجزائية، يمكن تحميله على موقع وزارة العدل:
<http://formation.e-justice.tn/sondage/sondageadd.php>

• نصوص ووثائق خاصة بالهيئات النيابية

أشغال مجلس نواب الشعب

شرح أسباب مشروع القانون المتعلق بزجر الاعتداء على القوّات المسلّحة، عدد (2015/25)، يمكن تحميله على الرابط التالي:
http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=89344&code_exp=1&langue=1

مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة الفلاحة والأمن الغذائي والتجارة والخدمات ذات الصلة حول مشروع قانون يتعلق بالسجل الوطني للمؤسسات (عدد 2018/30)، الدورة العادية الرابعة، 2017-2018، يمكن تحميله على الرابط التالي:
http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=103330&code_exp=1&langue=1

مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية حول مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ، (عدد 2018/91)، المدة النيابية الأولى، الدورة البرلمانية الخامسة، ماي/ أيار 2019، يمكن تحميله على الرابط التالي:
http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=107073&code_exp=1&langue=1

مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة النظام الداخلي والحصانة والقوانين البرلمانية والقوانين الانتخابية حول مشروع قانون يتعلق بالتفويض إلى رئيس الحكومة في إصدار مراسيم طبقا للفقرة الثانية من الفصل 72 من الدستور، (عدد 2020/30)، أفريل/ نيسان 2020، يمكن تحميله على الرابط التالي:
http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=109911&code_exp=1&langue=1

مجلس نواب الشعب، تقرير لجنة التشريع العام حول مشروع القانون المتعلق بزجر الاعتداء على القوّات المسلّحة، (عدد 2015/25)، المدة النيابية الثانية 2019-2024، الدورة النيابية الأولى 2019-2020، جويلية/ تموز 2020، النصّ الاصيلي والصيغة المعدّلة، يمكن تحميله على الرابط التالي:
http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=111206&code_exp=1&langue=1

• تقارير رسمية أخرى

رئاسة الجمهورية، تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة، 1 جوان/ حزيران 2018، يمكن تحميله على الموقع الرسمي لرئاسة الجمهورية على الرابط التالي:
<https://colibe.org/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D8%B1%D9%8A%D8%B1/?lang=ar>

• قرارات قضائية

القضاء الدستوري: الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص القضية عدد 2014/04، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 41، 23 ماي/ أيار 2014، ص. 1345-1346.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بتاريخ 22 ديسمبر/ كانون الأول 2014 بخصوص القضية عدد 2014/ 08

المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2015، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 104، 26 ديسمبر/ كانون الأول 2014، ص. 3761-3767.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في القضية عدد 2015/04 بتاريخ 22 ديسمبر/ كانون الأول 2015 المتعلق بمشروع قانون المالية لسنة 2016، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 103، 25 ديسمبر/ كانون الأول 2015، ص. 3556-3544.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2016/05 بتاريخ 2 جويلية/ تموز 2016 المتعلق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 58، 15 جويلية/ تموز 2016، ص. 2515-2508.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2018/04 مؤرخ في 4 سبتمبر/ أيلول 2018 يتعلق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 2018/30 المتعلق بإحداث السجل الوطني للمؤسسات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 73-74، 11-14 سبتمبر/ أيلول 2018، ص. 3885-3887.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2018/05 بتاريخ 22 أكتوبر/ تشرين الأول 2018 المتعلق بالنظر في دستورية الصيغة المعدلة للفصل 10 من مشروع القانون المتعلق بالسجل الوطني للمؤسسات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 86، 22 أكتوبر/ تشرين الأول 2018، ص. 4468-4469.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2019/1 بتاريخ 26 أبريل/ نيسان 2019 يتعلق بدستورية مشروع القانون عدد 2019/24 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 12 لسنة 1985 المؤرخ في 5 مارس/ آذار 1985 المتعلق بنظام الجرايات المدنية والعسكرية للتقاعد وللباقين على قيد الحياة في القطاع العمومي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 35، 30 أبريل/ نيسان 2019، ص. 1387-1390.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2019/2 مؤرخ في 27 ماي/ أيار 2019 يتعلق بالطعن في دستورية مشروع القانون عدد 2019/22 المتعلق بتحسين مناخ الاستثمار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 45-46، 4-7 جوان/ حزيران 2019، ص. 1724-1728.

قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2019/04 مؤرخ في 8 جويلية/ تموز 2019 يتعلق بالطعن في دستورية مشروع القانون الأساسي عدد 2018/63 المتعلق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي/ أيار 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء كما نَقَحَ وتمم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرخ في 14 فيفري/ شباط 2017، غير منشور.

القضاء الإداري: المحكمة الإدارية

قرار في تجاوز السلطة، القضية عدد 14/998 جويلية/ تموز 1986، عبد المجيد الريادي رئيس بلدية جربة، قرارات وفقه المحكمة الادارية، 1987/1986/1985، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، 1994، ص. 286-287.

قرار في تجاوز السلطة، القضية عدد 25/1157 أبريل/ نيسان 1988، توفيق بن قدرية رئيس بلدية حمام الأنف، قرارات وفقه المحكمة الادارية 1988/1989/1990، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، 1995، ص. 53-55.

قرار في تجاوز السلطة، عدد 3879، 14 مارس/ آذار 1995، شركة كريشان وأبناؤه ضد بلدية القصرين، فقه قضاء المحكمة الإدارية، 1995، تونس، مركز البحوث والدراسات الادارية، 2000، ص. 128-133.

قرار في تجاوز السلطة، عدد 3213، 12 جويلية/ تموز 1995، ف. الع. اوزير المالية، فقه قضاء المحكمة الإدارية، 1995، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، 2000، ص. 318-320.

قرار في تجاوز السلطة، سالم التاجوري ضد بلدية الساحلين، عدد 14102، 17 أكتوبر/ تشرين الأول 1997، فقه قضاء المحكمة الإدارية، 1997، تونس، منشورات مركز البحوث والدراسات الادارية، 2000، ص. 418-422.

- حكم ابتدائي، القضية عدد 13787، 28 فيفري/ شباط 2002، محمد الأمين أوزير الدفاع الوطني، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2002، تونس، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص. 17-23.
- حكم ابتدائي عدد 1/16629، 21 جوان/ حزيران 2010، الطاهر أوزير الدفاع الوطني، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 292-295.
- حكم ابتدائي عدد 1/17033، 22 ديسمبر/ كانون الأول 2010، صالح أوزير التربية، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2010، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 456-461.
- حكم ابتدائي عدد 1/18597، 23 مارس/ آذار 2011، الشركة الوطنية للاتصالات "إ.ت" رئيس بلدية باردو، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2011، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 326-331.
- حكم ابتدائي، عدد 124153، 4 جويلية/ تموز 2012، محمد علي الكبسي ضد رئيس الحكومة، غير منشور.
- حكم ابتدائي، القضية عدد 124344، 5 ماي/ أيار 2014، فطيمة/ رئيس النيابة الخصوصية لبلدية قلبية، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2014، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص بالتعاون مع المحكمة الإدارية، 2019، ص. 489-492.
- القرار عدد 30006، بتاريخ 10 أكتوبر/ تشرين الأول 2014، العادل بن الهادي العلمي ضد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، غير منشور.

القضاء العدلي

- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني عدد 3384 مؤرخ في 31 جانفي/ كانون الثاني 1966، مجلة القضاء والتشريع، عدد 6 لسنة 1967، ص. 37-40.
- محكمة التعقيب، حكم جنائي عدد 5974، 07/ 08/ 1968، مجلة القضاء والتشريع، عدد 6-7 لسنة 1969، ص. 35-36.
- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي عدد 288، 18 أوت/ آب 1976، نشريّة محكمة التعقيب، القسم الجزائي، الجزء الثالث لعام 1976، ص. 90-92.
- محكمة التعقيب، حكم جنائي، عدد 1814، 29/ 06/ 1977، نشريّة محكمة التعقيب، القسم الجزائي، لعام 1977، ص. 31-32.
- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني عدد 13437، 03 مارس/ آذار 1986، نشريّة محكمة التعقيب، القسم المدني، الجزء الأول لعام 1986 عدد 1، ص. 147-148.
- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني عدد 31115 مؤرخ في 5 فيفري/ شباط 2009، مجلة القضاء والتشريع، عدد 3 لسنة 2009، ص. 91-129. تعليق مالك الغزواني.
- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي عدد 64611، 29 سبتمبر/ أيلول 2011، ضمن لحم (ع)، الجديد في فقه القضاء 2016، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2016، ص. 597-598.
- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي عدد 4266 مؤرخ في 25 أكتوبر/ تشرين الأول 2014، غير منشور.
- محكمة الاستئناف بالمنستير، القرار عدد 1056 بتاريخ 18 جوان/ حزيران 2012، غير منشور.
- حكم المحكمة الابتدائية بالمهدية عدد 1395 المؤرخ في 28 مارس/ آذار 2012، غير منشور.
- المحكمة الابتدائية بتونس، حكم جناحي، عدد 15885، 3 ماي/ أيار 2012، غير منشور.
- المحكمة الابتدائية بسوسة، حكم مؤرخ في 13 مارس/ آذار 2015، غير منشور.

المحكمة الابتدائية بتونس، حكم ابتدائي مؤرخ في 15 نوفمبر/ تشرين الثاني 2016، غير منشور.
المحكمة الابتدائية بتونس، حكم استعجالي مؤرخ في 5 أبريل/ نيسان 2017، غير منشور.

• آراء المجلس الدستوري

الرأي عدد 18-2005 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية/ تموز 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 57، 19 جويلية/ تموز 2005، ص. 1863-1866.

الرأي عدد 34-2005 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون توجيهي يتعلّق بالنهوض بالأشخاص المعوقين وحمايتهم، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، 19 أوت/ آب 2005، ص. 2281-2284.

الرأي عدد 27-2006 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية/ تموز 1992 المتعلّق بالأمراض السارية، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 14، 16 فيفري/ شباط 2007، ص. 430-435.

الرأي عدد 35-2006 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بتنقيح وإتمام بعض أحكام المجلة التجارية، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 45، 5 جوان/ حزيران 2007، ص. 1940-1948.

الرأي عدد 39-2007 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بالمؤسسات العمومية للقطاع السمعي والبصري، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 45، 5 جوان/ حزيران 2007، ص. 1975-1979.

الرأي عدد 2-2011 للمجلس الدستوري التونسي بخصوص مشروع قانون التفويض إلى رئيس الجمهورية المؤقت في اتخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من الدستور، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 10، 10 فيفري/ شباط 2011، ص. 175-176.

IX. نصوص رسمية أجنبية

• دساتير

ألمانيا

دستور ألمانيا الصادر عام 1949 شاملا تعديلاته لغاية عام 2012، يمكن تحميله على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar

المغرب

الدستور المغربي المؤرخ في 29 جويلية/ تموز 2011، يمكن تحميله على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf?lang=ar

جنوب إفريقيا

دستور جنوب إفريقيا 1996 (المعدل 2012)، يمكن تحميله على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=ar

سويسرا

دستور سويسرا الصادر عام 1999 شاملا تعديلاته لغاية عام 2014، يمكن تحميله على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar

كينيا

دستور كينيا الصادر عام 2010، يمكن تحميله على الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010.pdf?lang=ar

• نصوص قانونية أخرى

شريعة همورابي، ترجمة محمود الأمين، الطبعة الأولى، لندن، شركة دار الوراق للنشر المحدودة، 2007.

X. وثائق ونصوص رسمية دولية

• المعاهدات الدولية

مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2006، على الرابط التالي:

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiesar.pdf>

• القرارات الأعمية

الجمعية العامة للأمم المتحدة

الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار عدد 187-71، حول وقف العمل بعقوبة الإعدام، قرار اتخذته الجمعية العامة في 19 ديسمبر/ كانون الأول 2016، الدورة الحادية و السبعون، A/RES/71/187، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<https://undocs.org/ar/A/RES/71/187>

الجمعية العامة للأمم المتحدة، مجلس حقوق الإنسان، قرار عدد 15/42، حول الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، قرار اعتمده مجلس حقوق الإنسان في 26 سبتمبر/ أيلول 2019، الدورة الثانية والأربعون، HRC/RES/42/15 /A، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<https://undocs.org/ar/A/HRC/RES/42/15>

الجمعية العامة للأمم المتحدة، قرار عدد 183-75، حول وقف العمل بعقوبة الإعدام، قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر/ كانون الأول 2020، الدورة العادية الخامسة والسبعون والذي لم ينشر بعد على الموقع الرسمي للجمعية العامة.

• إعلانات المؤتمرات الدولية

إعلان ريو بشأن البيئة والتنمية، تقرير مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية، ريو دي جانيرو، 3-14 يونية 1992، المجلد الأول، القرارات التي اتخذها المؤتمر، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، يمكن تحميله على الرابط التالي:

<https://undocs.org/ar/A/CONF.151/26/Rev.1%28Vol.I%29>

• لوائح المنظمات الدولية

منظمة الصحة العالمية، اللوائح الصحية الدولية، الطبعة الثانية، 2005، يمكن تحميله على الرابط التالي:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43883/9789246580415_ara.pdf;jsessionid=E815C019D18BF048666E45F9C8781110?sequence=2

• تقارير اللجان الدولية في مجال حقوق الإنسان

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 27، المادة 12 (حرية التنقل)، 1999، على الرابط التالي: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/hrc-gc27.html>

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 34، المادة 19 (حرية الرأي وحرية التعبير)، 12 سبتمبر/أيلول 2011، CCPR/C/GC/34، على الرابط التالي:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yh srdB0H115979OVGGB%2bWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaQQ8NrR0qo4QbSwsZsw N%2b9bC7%2fEzsK6tod9c78bXmcQ6AhdwIYYbPRQT9A3SJawC8>

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 35، المادة 9 (حق الفرد في الحرية وفي الأمان على شخصه)، 16 ديسمبر/كانون الأول 2014، CCPR/C/GC/35، على الرابط:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yh srdB0H115979OVGGB%2bWPAXjdnG1mwFFfPYGIIInfb%2f6T%2fKgvJHw%2bnchc0 ZBQsAMK97HK%2bB77UpkDfbQrno5SAzSwo7Qb2edmC3d8OrET25158>

اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التعليق العام رقم 3: طبيعة التزامات الدول الأطراف (الفقرة 1 من المادة 2 من العهد)، E/1991/23، الدورة الخامسة، 1990، على الرابط:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT %2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=ar

لجنة مناهضة التعذيب

لجنة مناهضة التعذيب، اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثالث لتونس والتقرير المحدث الإضافي، CAT/C/TUN/CO/3، 10 جوان/حزيران 2016، على الرابط التالي:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yh sn%2fe41KqfmX3PaT%2bm8PgpNo5NjKcle3LmgsB0Zj6X3G7FSHaf9m9hFKdWCC4P :LMt7OeNMtPH7iTiW6h9NxaP4CPGjSdgLMpslx3MmGEhPhyY>

• بيانات المنظمات الدولية

بيان مفوض الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان أمام مجلس حقوق الإنسان، إحاطة غير رسمية بشأن وباء كوفيد-19، 9 أبريل 2020، يمكن تحميله على الرابط التالي: <https://www.ohchr.org/AR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=A>

XI. مواقع الانترنت

الموقع الرسمي للمطبعة الرسمية للجمهورية التونسية: www.iort.gov.tn

موقع المنظمة العالمية للصحة: <https://www.who.int/ar/>

المراجع باللغات الأجنبية

I- Ouvrages

• Ouvrages généraux

AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit Constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, Berne, 2006.

AYADI (H.), *Droit fiscal international*, Tunis, CPU, 2001.

BEAUD (O.), *La République injuriée*, Paris, Presses Universitaires de France, 2019.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines, Dei delitti et delle pene*, Introduction, traduction et notes de Philippe Audregean, Texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon, ENS Editions, 2009.

BECHILLON (D-de.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997.

BEN ACHOUR (Y.), *Droit administratif*, 3ème édition, Tunis, CPU, 2010.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Vol. 1, Paris, PUF, collection « Quadrige », 2004.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome I, 15ème édition, Paris, Montchrestien, 2001.

CICERON, *OEuvres complètes de Cicéron*, avec la traduction en français, publiées sous la direction de M. Nisard, Tome 4, Paris, Chez Firmin Didot Frères, Fils et Cie, 1869.

DE MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, 1758, Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, disponible au lien suivant: http://archives.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf

DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des " décisions interprétatives » en France et en Italie*, Paris, Economica-PUAM, 1997.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12e édition, 2003.

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. PRADIER-FODERE, Paris, PUF, 1999.

HAURIUO (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ème édition, Paris, Dalloz, 2002.

JUVENAL (D.), *Les satires*, satire VI, 1918.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2ème édition, Trad. Française Charles Eisenmann, Dalloz, 1962.

LAUZIERE (L.), *L'interprétation des lois*, Chaire de rédaction juridique, Louis-Philippe Pigeon, Université Laval, 2012.

LEVASSEUR (G.), CHAVANNE (A.), MONTREUIL (J.), BOULOC (B.), MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 14 ème édition, Paris, Dalloz, 2002.

MAYER(O.), *Le droit administratif allemand*, Tome 1, 1903, Réédition Revue générale du droit on line,

2019, numéro 44452, disponible au lien suivant: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/12/08/droit-administratif-allemand-section-2-%c2%a76-pouvoir-legislatif-et-pouvoir-executif/>

MEISNER (G. B.), *Le nombre d'or. La divine beauté des mathématiques*, Dervy, 2019.

MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, Tome II, *Procédure pénale*, 5e éd., Paris, Cujas, 2001.

MEZGHANI (A.), *Lieux et non-lieu de l'Identité*, Tunis, Sud Editions, 1998.

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 7ème édition, Paris, Montchrestien, 2006.

ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P-Y.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, 11ème édition (Edition entièrement refondue), Paris, LGDJ Lextenso, 2016.

ROUSSEAU (J-J.), *Du contrat social, ou principes du droit politique*, in. *Collection complète des œuvres*, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, édition en ligne www.rousseauonline.ch, version du 7 octobre 2012.

SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1965.

VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1999.

VON IHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3ème édition par Octave DE MEULENAERE, Tome II, Paris, A. Marecq, Aîné, 1886-1888.

• Ouvrages spécialisés

BRIBOESIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

DROOGHENBROECK (V.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme: Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIEN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFANI (J.), TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 2016.

GHORBAL (S.), AMMAR (H.), OUERTANI (H.), RIAHI (O.), *Le syndrome de Siliana- Pourquoi faut-il abolir la peine de mort en Tunisie*, Tunis, Cérès éditions, 2013.

HACHEZ (I.), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2015.

HOTZ (W.), *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zurich 1977.

JELLINEK (G.), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Akademische Verlagbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892.

LACROIX (C.), *Protection des droits et libertés fondamentaux – Tome I*, Prépa Dalloz, Paris, Dalloz, 2016.

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 7ème édition, Paris, A. Colin, 2005.

LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, 2ème édition refondue, Bruxelles, Bruylant, Memesis, 2008.

MASTRONARDI (Ph.), *Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlin, 1978.

MILL (J-S.), *De la liberté*, 1859, Traduit de l'anglais par Laurence Lenglet à partir de la traduction de Dupond White (en 1860), disponible au lien: http://classiques.uqac.ca/classiques/Mill_john_stuart/de_la_liberte/de_la_liberte.pdf

PETTIT (Ph.), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, traduit de l'anglais par Patrick Savidan et Jean-Fabien Spitz, Paris, Gallimard, 2004.

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Économica, 1990.

PIEROTH (B.), SCHLINK (B.), *Grundrechte Staatsrecht II*, 25ème édition, CF Müller, 2009.

RIVERO (J.), MOTOUH (H.), *Les libertés publiques*, Tome I, 9ème édition, Paris, PUF, 2003,

SCHEFER (M.), *Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne, 2001.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12ème édition, Paris, PUF, 2015.

VANNES (V.), *Le droit de grève: Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013.

II- Dictionnaires

DE VILIERIS (M.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 5ème édition, Paris, Dalloz, Armand Colin, 2005.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, Bruylant, Universités Francophones, 2001.

III- Thèses

DRAGO (M-L.) « Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle », thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2016.

HAYIM (D.) « Le concept d'indérogeabilité en droit international: Une analyse fonctionnelle », thèse de doctorat en Etudes internationales Spécialisation en droit international, Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Genève, 2012.

KIRMANN (F.) « Le principe de nécessité en droit pénal des affaires », thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Université de Lorraine, 11 mai 2018.

MRABET (M.) « Les modes de recrutement dans la fonction publique tunisienne », thèse de doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2011.

RIVIER (R.) « Droit impératif et juridiction internationale », thèse en droit, Université de Paris II, 2001.

ROLAIN (M.) « Les limitations au droit de propriété en matière immobilière », thèse de doctorat en droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2015.

SCHMIDT NOEL (A.) « La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé », thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour l'obtention du grade de docteur en droit, 2011.

IV. Mémoires

CHAALANE (R.) « Le contrôle démocratique des forces de police », mémoire en vue de l'obtention du diplôme de mastère de recherche en Droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2019-2020.

TABEI (M.) « Les normes de référence du contrôle de la constitutionnalité dans les avis du Conseil constitutionnel », mémoire pour l'obtention du diplôme de mastère en droit public et financier, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2007.

V. Articles

ABDENNADHER (F.) « Le Conseil constitutionnel », *Revue Servir*, n°33, 2002, pp. 31-90.

AMSELEK (P.) « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen », *in. Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, 2011, pp. 39-56.

AUBERT (J.-f.) « Limitations des droits de l'homme: le rôle respectif du législateur et des tribunaux », *in. DEMESTRAL (A.) (dir.), La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, 1986, pp. 185-219.

AUDARD (C.) « Citoyen », *in. CANTO-SPERBER (M.) (dir.), Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, volume 1, quatrième édition revue et augmentée, Paris, Quadrige/PUF, 2015, pp. 314-319.

BOULANGER (J.) « Principes généraux du droit et droit positif », *in. Le droit privé français au milieu du XXe siècle: Études offertes à Georges Ripert*, t 1, Paris, LGDJ, 1950, pp. 51-74.

BOUSTA (R.) « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4, n° 88, pp. 913-930.

CAPITANT (D.) « Les motivations des décisions de la Cour constitutionnelle allemande », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 28-2012, 2013. Le juge constitutionnel et l'équilibre des finances publiques - Constitutions et mécanismes d'intégration régionale, pp. 17-20.

CHETARD (G.) « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/1, n° 1, Janvier-Mars 2013, pp. 51-71.

CLEMENT (E.) « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs. Étude à l'occasion de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel (AN n° 1437) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015/4, n° 4, pp. 813-825.

D'ALMEIDA (F.) « Des usages de la vie privée dans la (dé)légitimation politique », *Quaderni*, n° 72-Printemps 2010, pp. 75-86.

DEBBECHE (K.) « Le droit international dans le projet de Constitution du 1er juin 2013 », *in. Mouvements du droit, Tome II, Etudes en l'honneur du Professeur Rafaa Ben Achour*, en partenariat avec Konrad –Adenauer-Stiftung, Tunis, 2015, pp. 363-400.

DEBBECHE (K.) « Les valeurs constitutionnelles entre identité et universalité » *in. L'ambivalence constitutionnelle, colloque international à la mémoire d'Amir Ouechtati*, Faculté des sciences juridiques, économiques et de gestion de Jandouba, les 24 et 25 avril 2019, à paraître.

DELBOUILLE (P.) « Aux sources de la démocratie libérale: Benjamin Constant », *Revue d'histoire littéraire de la France*, 2006/2 Vol. 106, pp. 259-270.

DEMONT (V.), SAYAH (A.) « Peine de mort menace dissuasive ou effet pervers ? », *Etudes sur la mort*, 2012/1, n°141, pp. 79-94.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002/3, n°103, pp. 379-389.

ENGLE (E.) « The General Principle of Proportionality and Aristotle », *in. HUPPES-CLUYSENAR (L.), M.M.S. COELHO (N.) (dir.), Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 265-276.

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/1, n°53, pp. 73-101.

FAVOREU (L.) « La décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, 1986, 38-2, pp. 611-633.

FAVOREU (L.) « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 46-2, pp. 557-581.

FLÜCKIGER (A.) « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n°21, pp. 74-78.

FLÜCKIGER (A.) « L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative: une application du principe de précaution aux droits fondamentaux », *in. AUER (A.), FLÜCKIGER (A.) et HOTTELIER (M.) (Ed.), Les droits de l'homme et la constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*. Genève: Schulthess, 2007, pp. 155-170.

GILLES (D.) et LABAYLE (S.) « L'irrédentisme des valeurs dans le droit: la quête du fondement axiologique », *RDUS*, vol. 42, n° 1-2, 2012, pp. 309-361.

GRIMALDI (M.) « Introduction », *in. La motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Tome III, Limoges-1998, LGDJ, 2000, pp. 1-3.

- GRIMM (D.) « Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence », *University of Toronto Law Journal*, 2007/57, pp. 383-397.
- HAMON (L.) « Note sous décision n° 62-20 DC », *Dalloz*, n°s.n., 1963, pp. 398-401.
- JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.) « L'incertain droit d'emploi », *Travail, genre et société*, 1999/2, n° 2, pp. 29-45.
- LANDRY (B.) « L'analogie de proportionnalité chez Saint Thomas d'Aquin », *Revue néo-scholastique de philosophie*, 24ème année, n°96, 1922, pp. 454-464.
- LE MONNIER DE GOUVILLE (P.) « Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », *Les Cahiers de la Justice*, 2014/3, n° 3, pp. 495-503.
- LUCHAIRE (F.) « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/4, n° 64, pp. 675-684.
- MAIA (C.) « Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in. HENNEBEL (L.) et TIGROUDJA (H.) (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 271-311.
- MARTENS (P.) « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » in. *Présence du droit public et des droits de l'homme: Mélanges offerts à Jacques Velu*, t 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 49-68.
- MASSOT (J.) « Le Conseil d'Etat face aux circonstances exceptionnelles », *Les cahiers de la justice*, 2013/2, pp. 27-39.
- MATHIEU (B.) « Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », in. GROS (D.) et DION-LOYE (S.) (dir.), *La pauvreté saisie par le droit*, Paris, Le Seuil, 2002, pp. 215-231.
- MIDOUN (M.) « Les maux de la loi. Brefs propos au sujet de la production législative », in. *Mélanges offerts au doyen Sadok Belaid*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2004, pp. 577-588.
- MODERNE (F.) « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 14(3) mai-juin 1998, pp. 495-518.
- MÜLLER (J-P), « Réflexions générales sur les droits fondamentaux », in. *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, pp. 621 et ss.
- NIANG (B.) « Qu'est-ce que le *Plea Bargaining* ? », Chroniques « Juger ailleurs, juger autrement », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/3, pp. 89-101.
- NIVERT (N.) « Le statut de loi référendaire à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité: contradictions et perspectives », *RJOI*, n°10, 2010, pp. 119-139.

PICARD (E.) « Police », in. ALLAND (D.) et RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, note 4, pp. 1163-1169.

PLATON (S.) « Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'Etat de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 HS n°2, pp. 97-116.

PRADEL (J.) « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cahiers de Droit*, vol. 60 n°4, décembre 2019, pp. 1129-1149.

PREVOST (J.-F.) « Le droit référendaire dans l'ordonnement juridique de la Constitution de 1958 », *RDP*, 93/1977, pp. 5-54.

ROUSSEAU (D.) « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *La Revue administrative*, n° 301, 1998, pp. 197-204.

SALAS (D.) « La banalisation dangereuse de l'état d'urgence », *Etudes*, n°4225, Mars 2016, pp. 29-40.

SCHLINK (B.) « Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit », in. BADURA (P.), DREIER (H.) (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen, 2001, pp. 445-465.

SCHLINK (B.) « Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? », *Duke Journal of comparative & international Law*, Vol. 22:291, 2012, pp. 291-302.

TABUTEAU (D.) « Santé et liberté », *Pouvoirs*, 2009/3, n°130, pp. 97-111.

VEDEL (G.) « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, 1990, pp. 35-73.

VEDEL (G.) « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°63, 1993, pp. 79-97.

VELPRY (L.) « De l'hospitalisation aux soins sans consentement en psychiatrie », *Journal français de psychiatrie*, 2010/3, n° 38, pp. 16-18.

WILDHABER (L.) « Limitations on Human Rights, in time of peace, war and emergency: a Report on Swiss Law », in. *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville 1986, pp. 55 et ss.

VI. Articles électroniques

BACCOUCHE (N.) « Les droits économiques et sociaux et la Constitution », in. *La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 473-481, disponible au lien suivant: <https://www.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/40%20Les%20droits%20%20c3%a9conomiques%20et%20sociaux%20et%20la%20Constitution.pdf>

BARDIAUX-VAÏENTE (MG.) « La peine de mort et son abolition dans les 28 pays de l'Union européenne: inventaire », *Le carnet de l'abolition*, 05/02/2012, disponible au lien suivant: <https://abolition.hypotheses.org/99>

BEN ACHOUR (Y.) « Religion, Révolution et Constitution: le cas de la Tunisie », *Leaders*, 13 novembre 2012, disponible au lien suivant: <https://www.leaders.com.tn/article/9831-religion-revolution-et-constitution-specialement-d-apres-l-exemple-tunisien>

- BEN MAHFOUDH (H.) « L'article 80 de la Constitution et « l'état d'exception sanitaire » », *Leaders*, 25 Mars 2020, disponible au lien suivant: <https://www.leaders.com.tn/article/29476-haykel-ben-mahfoudh-l-article-80-de-la-constitution-et-l-etat-d-exception-sanitaire>
- BOLL (P.-H.), NGOTO (B.) « La jurisprudence constitutionnelle allemande au secours de la liberté de crier « les poulets hors de la manifestation! » », *La revue des droits de l'homme*, septembre 2014, disponible au lien suivant: <https://journals.openedition.org/revdh/872>
- CANIVET (G.) « La fraternité dans le droit constitutionnel français », Conférence en l'honneur de Charles Doherty Gonthier, 20-21 mai 2011, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-fraternite-dans-le-droit-constitutionnel-francais>
- CANIVET (G.) « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *in. La motivation en droit public*, Colloque, Université Jean Moulin Lyon 3, novembre 2011, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-motivation-des-decisions-du-conseil-constitutionnel>
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.) « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »: effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n°5, décembre 2010, disponible au lien suivant: <http://juspoliticum.com/article/Des-libertes-publiques-aux-droits-fondamentaux-effets-et-enjeux-d-un-changement-de-denomination-290.html>
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.) « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012, disponible au lien suivant: http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Champeil_PDF_corr02cat.pdf
- CONSTANT (B.) « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », disponible sur le site de PHILOLOG, 8 mai 2009, au lien suivant: <https://www.philolog.fr/de-la-liberte-des-anciens-comparee-a-celle-des-modernes-benjamin-constant/comment-page-1/>
- GHERAIRI (G.) « Le caractère civil de l'Etat tunisien », *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 119-126, disponible au lien suivant: <file:///C:/Users/hatem%20mradi/Downloads/07%20Le%20caract%C3%A8re%20civil%20de%20l%20Etat%20tunisien.pdf>
- GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°22, Dossier: Le réalisme en droit constitutionnel, juin 2007, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrôle-de-proportionnalité-exercé-par-le-conseil-constitutionnel>
- GOESEL-LE BIHAN (V.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012, disponible au lien suivant: http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Goesel_PDF_corr01-2.pdf
- GREER (S.) « Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n°15, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, disponible au lien suivant: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-15\(1997\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-15(1997).pdf)

GREWE (C.) « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, n°3, 2014, disponible au lien suivant: www.revuegeneraledudroit.eu

GUELLALI (A.) « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution: Genèse, portée et défis », *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 411-418, disponible au lien suivant: <http://www.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/34%20La%20clause%20g%C3%A9n%C3%A9rale%20de%20limitations%20dans%20la%20nouvelle%20Constitution.pdf>

GUILMAIN (A.) « Sur les traces du principe de proportionnalité: une esquisse généalogique », *Revue de droit de McGill*, 61 (1), Septembre 2015, pp. 87-137, disponible au lien suivant: <https://doi.org/10.7202/1035386ar>

HACHEZ (I.) « L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *Administration publique*, vol. 24 ème année, n° 1, 2000, pp. 30-57, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:126521/datastream/PDF_01/view

KLIBI (S.) « Séparation et équilibre des pouvoirs dans la Constitution », *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 503-513, disponible au lien suivant: <https://www.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium/Part%203/42%20S%C3%A9paration%20et%20%C3%A9quilibre%20des%20pouvoirs%20dans%20la%20Constitution.pdf>

KRAIEM-DRIDI (M.) « L'état d'exception ne se déduit pas, il se déclare et s'assume », *Leaders*, 02 Avril 2020, disponible au lien suivant: <https://www.leaders.com.tn/article/29562-mouna-kraiem-dridi-l-etat-d-exception-ne-se-deduit-pas-il-se-declare-et-s-assume>

LAMBINET (F.) « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage: quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », pp. 1-19, disponible au lien suivant: http://terralaboris.be/IMG/pdf/lb_061_standstill_cho_mage_terra_laboris_18iv07.pdf

LEVASSEUR (G.) « Le problème de la dépenalisation », Rapport de synthèse présenté aux Troisièmes Journées franco-italo-espagnoles de politique criminelle d'Aix-en-Provence en septembre 1982, disponible au lien suivant: https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelles/penalistes/la_loi_penale/generalites/levasseur_depenalisation.htm

LÖWENTHAL (P.) « Ambigüités des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, disponible au lien suivant: https://www.crdh.fr/wp-content/uploads/ambiguites_des_droits_de_lhomme.pdf

MAZEAUD (P.) « La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Erevan, 2005, pp. 1-15, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/20051001erevan.pdf

MILLARD (E.) « L'Etat de droit, idéologie contemporaine de la démocratie », in. FEVRIER (J.-M.), CABANEL (P.) (éd.), *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2001, pp. 1-24, disponible sur le site: https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/126251/filename/Etat_de_droit.pdf

MOURON (Ph.) « La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016 », *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2017, chronique n°30, disponible sur le site de la revue, au lien suivant: <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-liberte-de-creation-artistique-au-sens-de-la-loi-du-7-juillet-2016/>

OST (F.) « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in. VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *L'interprétation en droit. Approche multidisciplinaire*, Bruxelles, Publications de l'Université de Saint Louis, 1978, pp. 97-184, disponible au lien suivant: <https://books.openedition.org/pusl/8900#ftn1>.

RABAULT (H.) « Le problème de l'interprétation de la loi », *Le PortiQue* [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, disponible au lien suivant: <http://journals.openedition.org/leportiQue/587>

SAUVE (J.M.) « Introduction du colloque intitulé « L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation » », 24 février 2017, disponible au lien suivant: https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation#_ftn27

SAUVE (J.M.) « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention à l'Institut Portalis, Aix en Provence, 17 mars 2017, disponible sur le site du Conseil d'Etat au lien suivant: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>

UERPMANN-WITZACK (R.) « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour Constitutionnelle fédérale », *Etudes et réflexions 2018*, Conférence-débat du CDPC – Le principe de la proportionnalité – le 8 février 2018 sous la présidence de Marie Goré, *Revue générale du droit*, pp. 1-15, disponible au lien suivant: http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/coll_par2_20180208_Robert%20UERPMANN-WITZACK.pdf

VAN MEERBEECK (J.) « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », in. CARTUYVELS (Y.), BAILLEUX (A.), BERNARD (D.), DUMONT (H.), HACHEZ (I.) et MISONNE (D.) (dir.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Publications de l'Université de Saint Louis, 2018, pp. 385-416, disponible au lien suivant: <https://books.openedition.org/pusl/23709>

VERPEAUX (M.) « Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, Dossier: Loi et règlements, Janvier 2006, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions-de-nomination/les-ordonnances-de-l-article-38-ou-les-fluctuations-controlees-de-la-repartition-des-competences>

VII. Articles de presse électronique

CHENNAOUI (H.) « La loi, la police et la liberté de disposer de son corps », 3 août 2016, disponible au lien suivant: <https://nawaat.org/portail/2016/08/03/la-loi-la-police-et-la-liberte-de-disposer-de-son-corps/>

LAKANI (B.) « Mongi Rahoui sous menace de mort », *L'économiste maghrébin*, 6 janvier 2014, disponible au lien suivant: <https://www.leconomistemaghrebin.com/2014/01/06/mongi-rahoui-sous-la-menace-de-mort/>

ZEGHIDI (M.) « Tunisie: la liberté inch'Allah ! », *Jeune Afrique*, 10 août 2011, disponible au lien suivant: <https://www.jeuneafrique.com/190476/politique/tunisie-la-libert-inch-allah/>

« Irlande: un référendum exemplaire », 27 mai 2018, disponible au lien suivant: https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/05/27/irlande-un-referendum-exemplaire_5305276_3232.html

VIII. Etudes et Rapports

Amnesty International, section néerlandaise, *L'usage de la force. Lignes directrices pour la mise en œuvre des principes de base des Nations unies sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois*, 2016, disponible au lien suivant : https://www.amnesty.nl/content/uploads/2015/09/usage_de_la_force_vc.pdf?x45368

Article 19, *Tunisie: La protection de la liberté d'expression et la liberté de l'information dans la nouvelle constitution*, Document d'orientation, Mars 2012, disponible au lien suivant : <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/3013/12-04-03-tunisia.pdf?>

Conseil d'Etat, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n°10, 1956.

DRI, IDEA, PNUD, *Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie: La mise en œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne*, Rapport d'un séminaire organisé les 27 et 28 novembre 2014, disponible au lien suivant: http://democracy-reporting.org/wp-content/uploads/2016/03/rapport_article_49_1.pdf

International IDEA, *Limitation clauses*, Novembre 2014.

IX. Guides et Manuels

Office Fédéral de la Justice, *Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 2007, disponible au lien: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumentel/gleitf-f.pdf>

X. Entretiens

« Peut-on insulter impunément le président de la République ? », *Entretien avec Olivier Beaud, Propos recueillis par Baudouin Eschapasse*, 21 décembre 2019, publié sur le Point.fr, au lien suivant: https://www.lepoint.fr/politique/peut-on-insulter-impunement-le-president-de-la-republique-21-12-2019-2354368_20.php

XI. Documents et textes officiels nationaux

• Textes officiels

Allemagne

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (loi portant organisation de la Cour constitutionnelle allemande), 12/03/1951, <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>

Canada

Charte canadienne des droits et libertés du 17 avril 1982, disponible au lien suivant : <https://canada.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/pdf/charte-poster.pdf>

Code Criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, disponible au lien suivant : <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>

Espagne

Constitution du 27 décembre 1978, disponible au lien suivant : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm>

Etats-Unis d'Amérique

Déclaration des droits (the Bill of Rights), 15 décembre 1791, texte disponible sur le site du National Center for constitutional studies, au lien suivant: <https://nccs.net/blogs/americas-founding-documents/bill-of-rights-amendments-1-10>

France

Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen, disponible au lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000697056>

Constitution du 24 juin 1793, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>

Constitution du 4 octobre 1958, Version consolidée au 9 mai 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194&dateTexte=20200509>

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, version consolidée au 24 mars 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006070722/2020-12-22/>

Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000027805521>

Loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense, disponible sur le site de Légifrance au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=02DD822E1AA0019B-47C5B2D752336AE1.tplgfr27s_2?idArticle=LEGIARTI000030949072&cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20200412

Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (1), disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>

Codes

Code des transports, Version consolidée au 18 décembre 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000023086525.pdf&size=4,7%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/23/08/65/25/LEGITEXT000023086525/deLEGITEXT000023086525.pdf&title=Code%20des%20transports>

Code de la justice militaire, Version consolidée au 24 mars 2020, disponible au lien suivant: [https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006071360.pdf&size=354,7%20Ko&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/13/60/LEGITEXT000006071360/LEGITEXT000006071360.pdf&title=Code%20de%20justice%20militaire%20\(nouveau](https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006071360.pdf&size=354,7%20Ko&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/13/60/LEGITEXT000006071360/LEGITEXT000006071360.pdf&title=Code%20de%20justice%20militaire%20(nouveau)

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, version consolidée au 27 novembre 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006070158.pdf&size=991,9%20Ko&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/01/58/LEGITEXT000006070158/LEGITEXT000006070158.pdf&title=Code%20de%20l%27entr%C3%A9e%20et%20du%20s%C3%A9jour%20des%20%C3%A9trangers%20et%20du%20droit%20d%27asile>

Code de la défense, version consolidée au 9 décembre 2020, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/legiOrKali?id=LEGITEXT000006071307.pdf&size=2,8%20Mo&pathToFile=/LEGI/TEXT/00/00/06/07/13/07/LEGITEXT000006071307/LEGITEXT000006071307.pdf&title=Code%20de%20la%20d%C3%A9fense>

Rapports publics

Rapport du défenseur des droits 2017, Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie République Française, [en ligne]: <http://www.assemblee-nationale.fr/presidence/Rapport-MO-09-01-18.pdf>

Irlande

Constitution du 1er juillet 1937, disponible au lien suivant : <https://mjp.univ-perp.fr/constitution/ie1937.htm>

Italie

Constitution du 27 décembre 1947, disponible au lien suivant : <https://mjp.univ-perp.fr/constitution/it1947.htm>

Codice di procedura penale (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 477), [Aggiornato al 30/10/2020], <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-sesto/titolo-ii/art448.html>

Portugal

Constitution du 2 avril 1976, disponible au lien suivant : <https://mjp.univ-perp.fr/constitution/pt1976a.htm>

Royaume-Uni

La Grande Charte d'Henri III, 11 février 1225, disponible au lien suivant: <https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1225.htm>

Slovaquie

Constitution du 3 septembre 1992, disponible au lien suivant : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/sk1992.htm>

Tunisie

Constitution de la République tunisienne, *Journal Officiel de la République Tunisienne*, Numéro Spécial, 20 avril 2015.

• Jurisprudence

Allemagne

BVerfGE 7, 377, *Apotheken-Urteil*, 11 juin 1958, disponible au lien suivant: <https://servat.unibe.ch/dfr/bv007377>

BVerfGE 16, 194, *Liquorentnahme*, 10 juin 1963, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016194.html>

BVerfGE 19, 342, *Wencker*, 15 décembre 1965, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv019342.html>

BVerfGE 22, 180, *Jugendhilfe*, 18 juillet 1967, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>

BVerfGE 30, 292, *Erdölbevorratung*, 16 mars 1971, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292.html>

BverfGE 35, 382, *Ausländerausweisung*, 18 juillet 1973, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035382.html>

BVerfGE 45, 187, *Lebenslange Freiheitsstrafe*, 21 juin 1977, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>

BVerfGE 49, 89, *Kalkar I*, 8 août 1978, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>

BverfGE 51, 324, *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*, 19 juin 1979, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html>

BVerfGE 90, 145, *Cannabis*, 09 Mars 1994, disponible au lien suivant: <https://servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>

BVerfGE 115, 118, *Luftsicherheitsgesetz*, 15 février 2006, disponible au lien suivant: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>

BVerfG, Beschluss vom 8. 12. 2006 – 2 BvR 1339/06 (lexetius.com/2006,3388), disponible au lien suivant: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=08.12.2006&Aktenzeichen=2%20BvR%201339%2F06>

BVerfG 1 BvR 2135/09, 26 juin 2014, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle fédérale, au lien suivant: https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20140626_1bvr213509.html

Belgique

Cass., *Office National de l'emploi c. C.L.-G*, Arrêt N° S.16.0033.F, 5 mars 2018, disponible au lien suivant : https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180305.3_FR.pdf

C. trav. Liège (Neufchâteau), R.G. n° 2015/AU/48, 10 février 2016, disponible au lien suivant : http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctlneuf_2016_02_10_2015_au_48.pdf

Canada

Supreme Court of Canada, *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, [1984] 2 S.C.R. 66, case number 17821, 26 Juillet 1984, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/26/1/document.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, n° 18125, 24 avril 1985, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/43/index.do?alternatelocale=fr>

Cour suprême du Canada, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136, n°17550, 28 février 1986, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/117/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713, n°s 19046, 19053, 19054 et 19069, 18 décembre 1986, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/189/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, n° 18963, 03 décembre 1987, disponible au lien suivant : <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/272/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, n° 19028, 28 avril 1988, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/316/1/document.do>

Cour suprême du Canada, *Devine c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790, 814, n°20297, 15 décembre 1988, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/386/index.do>

Cour suprême du Canada, *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, n° 20306, 15 décembre 1988, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/384/index.do>

Cour suprême du Canada, *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1. R.C.S. 591, n° 19889, 20 avril 1989, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/432/index.do>

Cour suprême du Canada, *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1. R.C.S. 927 984, n°20074, 27 avril 1989, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/443/index.do>

Cour suprême du Canada, *Edmonton Journal C. Albert (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, n° 20608, 21 décembre 1989, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/555/index.do?alternatelocale=fr>

Cour suprême du Canada, *Rocket c. Collège royal des chirurgiens-dentistes de l'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, n° 21019, 21 juin 1990, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/628/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Martineau*, [1990] 2. R.C.S. 633, n° 21122, 13 septembre 1990, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/646/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, n°21118, 13 décembre 1990, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/695/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, n°22191, 27 février 1992, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/844/index.do>

Cour suprême du Canada, *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606, n° 22473, 9 juillet 1992, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/901/index.do>

Cour suprême du Canada, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, n° 22787, 2 septembre 1993, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1038/index.do>

Cour suprême du Canada, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S.835, n° 23403, 8 décembre 1994, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1204/index.do>

Cour suprême du Canada, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S 199, n°23460, 23490, 21 septembre 1995, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1290/index.do>

Cour suprême du Canada, *Ross c. Conseil scolaire du district No. 15 du nouveau-Brunswick*, [1996] 1. R.C.S. 825, n° 24002, 03 avril 1996, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1367/index.do>

Cour suprême du Canada, *Benner c. Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358, n° 23811, 27 février 1997, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1482/index.do>

Cour suprême du Canada, *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, [1998] 1 RCS 877, n° 25593, 29 mai 1998, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1621/index.do>

Cour suprême du Canada, *T.U.A.C. section locale 1518 c. KMart Canada Ltd*, [1999] 2 R.C.S. 1083, n° 26209, 09 septembre 1999, disponible au lien suivant : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1722/index.do>

Cour suprême du Canada, *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc*, [2005] 3 RCS 141, n°29413, 3-11-2005, disponible au lien suivant: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2243/index.do>

Espagne

Cour constitutionnelle espagnole, STC 53/1985, du 11 avril 1985, *BOE-T-1985-9096*, disponible au lien suivant: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1985-9096

Etats-Unis d'Amérique

US Supreme Court, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), disponible au lien suivant : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>

US Supreme Court, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), 424 U.S. 1, disponible au lien suivant : <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/>

France

Conseil constitutionnel

Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, *JORF*, 7 novembre 1962, page 10778, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000017665198>

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127DC.htm>

Décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, Loi de finances rectificative pour 1982, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155DC.htm>

Décision n° 83-167 DC du 19 janvier 1984, Loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83167DC.htm>

Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84181DC.htm>

Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86215DC.htm>

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm>

Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm>

Décision n° 89-265 DC du 9 janvier 1990, Loi portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'évènements survenus en Nouvelle-Calédonie, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1990/89265DC.htm>

Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/92316DC.htm>

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm>

Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94345DC.htm>

Décision n°98 - 401 DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps du travail, disponible au lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-conc/decision-n-98-401-dc-du-10-juin-1998.11764.htm>

Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99411DC.htm>

Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du gouvernement de procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, en matière de codification, disponible au lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/>

Décision n° 2001-444 DC du 9 mai 2001, Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, disponible au lien suivant: <https://webview.conseil-constitutionnel.fr/decision/2001/2001444DC.htm>

Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, disponible au lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2002/2001-455-dc/decision-n-2001-455-dc-du-12-janvier-2002.668.html>

Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473DC.htm>

Décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004499DC.htm>

Décision n°2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, disponible au lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-500-dc/decision-n-2004-500-dc-du-29-juillet-2004.894.html>

Décision n°2005-528 DC du 15 décembre 2005, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005528DC.htm>

Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006535DC.htm>

Décision n°2007-561 DC du 17 janvier 2008, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative, *JORF*, 22 janvier 2008, p.1131), disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000018037619>

Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008562DC.htm>

Décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, 10 juin 2009, *JORF*, 13 juin 2009, p. 9675, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000020786688&fastReqId=1797376311&fastPos=1>

Décision n°2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010604DC.htm>

Décision n°2010-613 DC du 7 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010613DC.htm>

Décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure- Loppsi 2, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011625DC.htm>

Questions prioritaires de constitutionnalité

Décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/20102QPC.htm>

Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201014_22QPC.htm

Décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201025QPC.htm>

Décision n°2010-39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201039QPC.htm>

Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, M. Pierre B. [Mur mitoyen], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201060QPC.htm>

Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201071QPC.htm>

Décision n°2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation

d'office], disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011135_140QPC.htm

Décision n°2011-174 QPC du 6 octobre 2011, Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011174QPC.htm>

Décision n°2012-235 QPC du 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012235QPC.htm>

Décision n°2012-253 QPC du 8 juin 2012, M. Mickaël D. [Ivresse publique], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012253QPC.htm>

Décision n°2014-392, QPC du 25 avril 2014, Province Sud de Nouvelle-Calédonie (Loi adoptée par référendum- Droit du travail en Nouvelle-Calédonie), *JORF*, 27 avril 2014, p. 7360, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?idTexte=CONSTEXT000028903498>

Décision n°2014-393 QPC du 25 avril 2014, M. Angelo (R.) Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires, disponible au lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2014-393-qpc/decision-n-2014-393-qpc-du-25-avril-2014.141490.html>

Décision n°2014-450 QPC du 27 février 2015, M. Pierre T. et autre [Sanctions disciplinaires des militaires - Arrêts simples], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2014450QPC.htm>

Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/cons/id/CONSTEXT000031761486/>

Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre (Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger), disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm

Décision n° 2019-781 QPC du 10 mai 2019, M. Grégory M. [Sanctions disciplinaires au sein de l'administration pénitentiaire], disponible au lien suivant: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019781QPC.htm>

Conseil d'Etat

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Heyriès*, 28 juin 1918, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *GAJA*, n° 31, p. 188.

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Dames Dol et Laurent*, n°61593, 28 février 1919, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEX-T000007637155&dateTexte=>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n°s 17413-

17520, 9 mai 1933, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636694>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Ruben de Servens*, n°s 55049, 55055, 2 mars 1962, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636269>

CE, *d'Oriano*, 23 octobre 1964, *Recueil Lebon*, p. 486.

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *M. D.*, n° 138653, 9 avril 1993, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007839300>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727, 27 octobre 1995, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007877723>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, ordonnance *Rolin*, Juge des référés, n° 286835, 14 novembre 2005, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008255110>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 279517, 11 décembre 2006, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008223524>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *M. Jean Hugues Matelly*, n°322176, 26 février 2010, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2010-02-26/322176>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, 26 octobre 2011, disponible au lien suivant: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000024736671>

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, Ordonnance du 9 janvier 2014, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ordonnance-du-9-janvier-2014-ministre-de-l-interieur-c-societe-les-productions-de-la-plume-et-m.-dieudonne-m-bala-m-bala>.

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, *Port d'un masque de protection, Commune de Sceaux*, n° 440057, 17 avril 2020, disponible au lien suivant: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-17-avril-2020-port-d-un-masque-de-protection-commune-de-de-sceaux>

Suisse

ATF 88 I 248, *Arrêt du 14 novembre 1962 dans la cause Dafflon contre Grand Conseil du canton de Genève*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F88-I-248%3Ade

ATF 91 I 321, *Arrêt du 14 décembre 1965 dans la cause Rassemblement jurassien contre Conseil-exécutif du canton de Berne*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F91-I-321%3Ade

ATF 98 Ia 508, *Arrêt du 28 juin 1972, Gross*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Gross&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F98-IA-508%3Afr&number_of_ranks=564&aazclir=clir

ATF 99 Ia 407, *Arrêt du 24 mai 1973, Tronolone*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F99-IA-407%3Ade

ATF 99 Ia 747, *Arrêt du 7 novembre 1973 dans la cause Etienne contre Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=vaccination+obligatoire&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F99-IA-747%3Afr&number_of_ranks=1150&aazclir=clir

ATF 101 Ia 473, *Arrêt du 08 octobre 1975 en la cause R. et Consorts contre le conseil d'Etat du Canton de Genève*, disponible au lien suivant : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=2&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=prostitution+&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=12&highlight_docid=atf%3A%2F%2F101-IA-473%3Afr&number_of_ranks=54&aazclir=clir

ATF 108 IV 172, 108 la 104 *Arrêt du 25 juin 1982, S.Banziger gegen Kantonsrat des Kantons Zürich*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=5&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=prostitution+salon+de+massage-B%E4nziger.&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=48&highlight_docid=atf%3A%2F%2F108-IA-140%3Afr&number_of_ranks=114&aazclir=clir

ATF 117 Ia 472, *Arrêt du 14 novembre 1991, Sozialdemokratische ParteiBaselstadt*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_

year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge-
&query_words=manifestation-masque&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=2&highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-IA-472%3Afr&number_of_ranks=23&azaclir=clir

ATF 122 II 193, Arrêt du 24 mai 1996, *S. B. gegen Regierung des Kantons St. Gallen*, disponible au lien suivant: [https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge-
&query_words=ATF+122+II+193+&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F122-II-193%3Afr&number_of_ranks=13&azaclir=clir](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge-
&query_words=ATF+122+II+193+&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F122-II-193%3Afr&number_of_ranks=13&azaclir=clir)

ATF 123 I 112, Arrêt du 16 avril 1997 de la Ire Cour de droit public dans la cause *Rolf Himmelberger contre Grand Conseil du canton de Genève*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-I-112%3Ade

ATF 123 I 296, Arrêt du 12 novembre 1997, *X c. Conseil d'Etat du Canton de Genève*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-I-296%3Ade&number_of_ranks=0&azaclir=clir#page296

ATF 126 I 112, Arrêt du 23 mai 2000, *S. gegen Gesundheits- und Fürsorgedirektionsowie Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-I-112%3Ade&lang=de&type=show_document

ATF 128 I 327, Arrêt du 26 août 2002, *I. Département de droit public dans le cadre de Botta et Mitb. Contre le canton des Grisons*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F128-I-327%3Ade&lang=de&type=show_document

ATF 132 I 7, Arrêt du 17 novembre 2005, *II. Département de droit public en termes de A. et Mitb. contre le conseil du gouvernement du canton de Bâle-Campagne et le tribunal cantonal de Bâle-Campagne*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=chiens+potentiellement+dangereux&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-I-7%3Afr&number_of_ranks=517&azaclir=clir

ATF133 I 110, Arrêt du 28 mars 2007, *la Ire Cour de droit public dans la cause Slatkine et Pétroz contre Grand Conseil du canton de Genève*, disponible au lien suivant: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-I-110%3Ade

ATF133 II 136, Arrêt du 3 mai 2007, *S. Star TV AG gegen X. sowie Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=Star+TV+AG&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-II-136%3Afr&number_of_ranks=3992&aazaclir=clir

ATF 136 IV 97, Arrêt du 26 août 2010 de la Cour de droit pénal dans la cause *Rappaz contre Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration du canton du Valais*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=stationnement+des+communaut%2E9s+nomades&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-IV-97%3Afr&number_of_ranks=0&aazaclir=clir#page97

ATF 140 I 381, Arrêt du 1er octobre 2014, *la Ire Cour de droit public dans la cause Parti socialiste genevois et consorts contre Conseil d'Etat de la République et canton de Genève*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=stationnement+des+communaut%2E9s+nomades&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F140-I-381%3Afr&number_of_ranks=0&aazaclir=clir#page381

ATF 142 I 49, Arrêt du 11 décembre 2015, *S. Schulgemeinde St. Margrethengegen A.D. und B.D.*, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=2015&to_year=2017&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=proportionnalit%2E9+droits+et+libert%2E9s&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=2&highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-I-49%3Afr&number_of_ranks=586&aazaclir=clir

ATF 145 I 73, Arrêt du 13 février 2019, de la Ire Cour de droit public dans la cause *A., B., société C. et association D. contre Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel*, 1C_188/2018, disponible au lien suivant: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=2018&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=proportionnalit%2E9++libert%2E9s&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F145-I-73%3Afr&number_of_ranks=20&aazaclir=clir

XII. Documents et textes officiels internationaux

• Instruments conventionnels

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, *Journal officiel de l'Union européenne*, (2012/C 326/02), 26-12-2012, pp. 391-407, disponible au lien suivant: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT>

• Actes des organes internationaux

Comité des droits de l'homme

Observations générales

Comité des droits de l'homme, Observation générale n°29, États d'urgence (art. 4), adoptée le 24 juillet 2001 à sa 1950e session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, disponible au lien suivant : <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-gencom29.html>

Constatations

Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), 31 March 1994, disponible au lien suivant: <https://juris.ohchr.org/fr/Search/Details/702>

Commission de droit international

Comimission de droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, Nations unies, 2005, disponible au lien suivant: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf

• Jurisprudence

Jurisprudence internationale : Cour internationale de Justice

Arrêts

Cour internationale de justice, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c. République démocratique du Congo*, Arrêt du 30 novembre 2010, disponible au lien suivant: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-FR.pdf>

Avis consultatifs

Cour Internationale de Justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil 1996*, pp. 226-267, disponible au lien suivant : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>

Jurisprudence régionale

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, *Affaire Delcourt c. Belgique*, Requête n°2689/65, Arrêt du 17 janvier 1970, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-62025%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-62025%22]})

CEDH, *Affaire Golder c. Royaume-Uni*, Requête n°4451/70, Arrêt du 21 février 1975, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62054%22>}}

CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, Requête n° 5493/72, Arrêt du 7 décembre 1976, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22Handyside%22,%22languageisocode%22:%22FRE%22,%22documentcollectionid%22:%22JUDGMENTS%22,%22itemid%22:%22001-62057%22>}}

CEDH, *Affaire Klass et autres c. Allemagne*, Requête n° 5029/71, Arrêt du 26 septembre 1978, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62068%22>}}

CEDH, *Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni*, Requête n° 6538/74, Arrêt du 26 avril 1979, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62140%22>}}

CEDH, *Affaire Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, Requête n°s7601/76 et 7806/77, Arrêt du 13 août 1981, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62164%22>}}

CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni*, Requête n°7525/76, Arrêt du 22 octobre 1981, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22Dudgeon%20c.%20Royaume-Uni,%20Requ%20C3%AAte%20n%C2%B07525/76,%20Arr%20C3%AAt%20du%2022%20octobre%201981%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-62031%22>}}

CEDH, *Affaire Sporrong et Lönnroth c. Suède* (article 50), Requête n°s 7151/75 et 7152/75, Arrêt du 23 septembre 1982, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22appno%22:%227152/75%22,%22itemid%22:%22001-57580%22>}}

CEDH, *Affaire Malone c. Royaume-Uni*, Requête n°8691/79, Arrêt du 2 août 1984, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62091%22>}}

CEDH, *Affaire Barthold c. Allemagne*, Requête n°8734/79, Arrêt du 25 mars 1985, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-61990%22>}}

CEDH, *Affaire James et a. c. Royaume-Uni*, Requête n° 8793/79, Arrêt du 21 février 1986, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62065%22>}}

CEDH, *Affaire Lingens c. Autriche*, Requête n° 9815/82, Arrêt du 8 juillet 1986, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62081%22>}}

CEDH, *Affaire Leander c. Suède*, Requête n° 9248/81, Arrêt du 26 mars 1987, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62077%22>}}

CEDH, *Affaire Häkansson et Stureson c. Suède*, Requête n° 11855/85, Arrêt du 21 février 1990, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:%22Affaire%20H%C3%A4kansson%20et%20Stureson%20c./%20Su%C3%A8de,%20Requete%20n%C2%B02011855/85,%20Arr%20C3%AAt%20du%2021%20f%C3%A9vrier%201990,%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-62195%22>}}

CEDH, *Affaire Goppera Radio AG et autres c. Suisse*, Requête n° 10890/84, Arrêt du 28 mars 1990, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62180%22>}}

CEDH, *Affaire Huvig c. France*, Requête n° 11105/84, Arrêt du 24 avril 1990, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62184%22>}}

CEDH, *Affaire Campbell c. Royaume-Uni*, Requête n°13590/88, Arrêt du 25 mars 1992, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62327%22>}}

CEDH, *Affaire Hadjanastassiou c. Grèce*, Requête n°12945/87, Arrêt du 16 décembre 1992, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62335%22>}}

CEDH, *Affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Requête n° 13470/87, Arrêt du 20 septembre 1994, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62451%22>}}

CEDH, *Affaire Hentrich c. France*, Requête n° 13616/88, Arrêt du 22 septembre 1994, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22Hentrich%20c.%20France,%2022%20septembre%201994%22,%22documentcollectionid%22:%22GRAND-CHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-62458%22>}}

CEDH, *Affaire Murray c. Royaume-Uni*, Requête n°14310/88, Arrêt du 28 octobre 1994, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62466%22>}}

CEDH, *Affaire Allenet de Ribemont c. France*, Requête n° 15175/89, Arrêt du 10 février 1995, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22docname%22:%22ALLENET%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-62470%22>}}

CEDH, *Affaire Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, Requête n° 18139/91, Arrêt du 13 juillet 1995, disponible au lien suivant: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62502>

CEDH, *Affaire Cantoni c. France*, Requête n° 17862/91, Arrêt du 15 novembre 1996, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62627%22>}}

CEDH, *Affaire Guillemin c. France*, Requête n° 19632/92, Arrêt du 21 février 1997, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-62578%22>}}

CEDH, *Affaire Worm c. Autriche*, Requête n°83/1996/702/894, Arrêt du 29 août 1997, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62741%22>}}

CEDH, *Affaire Aquilina c. Malte*, Requête n°25642/94, Arrêt du 29 avril 1999, disponible au lien suivant: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62797%22>}}

CEDH, *Affaire Chassagnou et a. c. France*, Requête n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Arrêt du 29 avril 1999, disponible au lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-62843%22>}}

CEDH, *Affaire Rekvényi c. Hongrie*, Requête n°25390/94, Arrêt du 20 mai 1999, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-62814%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-62814%22])}

CEDH, *Affaire Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, Requête n°s 31417/96 et 32377/96, Arrêt du 27 septembre 1999, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-62937%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-62937%22])}

CEDH, *Affaire Smith et Grady c. Royaume-Uni*, Requêtes n°s 33985/96 et 33986/96, Arrêt du 27 septembre 1999, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22docname%22:\[%22smith%20et%20grady%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-62935%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22docname%22:[%22smith%20et%20grady%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-62935%22])}

CEDH, *Affaire Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, Requête n° 33290/96, Arrêt du 21 décembre 1999, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:\[%22Salgueiro%20Da%20Silva%20Mouta%20c.%20Portugal,%2021%20d%C3%A9cembre%201999%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-63014%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:[%22Salgueiro%20Da%20Silva%20Mouta%20c.%20Portugal,%2021%20d%C3%A9cembre%201999%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-63014%22])}

CEDH, *Affaire A. D. T. c. Royaume-Uni*, Requête n° 35765/97, Arrêt du 31 juillet 2000, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:\[%22n%C2%B0%2035765/97,%20%20%2031%20juillet%202000%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-63340%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:[%22n%C2%B0%2035765/97,%20%20%2031%20juillet%202000%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-63340%22])}

CEDH, *Affaire Piron c. France*, Requête n° 36436/97, Arrêt du 14 novembre 2000, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:\[%22Piron%20c.%20France,%2014%20novembre%202000%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-63536%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:[%22Piron%20c.%20France,%2014%20novembre%202000%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-63536%22])}

CEDH, *Affaire Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, Requêtes nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, Arrêt du 22 mars 2001, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-63911%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-63911%22])}

CEDH, *Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni*, Requête n° 35763/97, Arrêt du 21 novembre 2001, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-64442%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-64442%22])}

CEDH, *Affaire L. et V. c. Autriche*, Requêtes n°s 39392/98 et 39829/98, Arrêt du 9 janvier 2003, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-65434%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-65434%22])}

CEDH, *Affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, Requêtes nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, Arrêt du 13 février 2003, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-65493%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-65493%22])}

CEDH, *Affaire Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, Requête n°55480/00 et n°59330/00, Arrêt du 27 octobre 2004, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-66502%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-66502%22])}

CEDH, *Affaire Cumpana et Mazare c. Roumanie*, Requête n° 33348/96, Arrêt du 17 décembre 2004, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-67817%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-67817%22]})

CEDH, *Affaire Scordino c./ Italie*, Requête n°36813/97, Arrêt du 29 mars 2006, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-72924%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-72924%22]})

CEDH, *Affaire McKay c. Royaume-Uni*, Requête n°543/03, Arrêt du 3 octobre 2006, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-77178%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-77178%22]})

CEDH, *Affaire Demir et Baykara c. Turquie*, Requête n°34503/97, Arrêt du 12 novembre 2008, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-89555%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-89555%22]})

CEDH, *Affaire Yetis et a. c. Turquie*, Requête n° 40349/05, Arrêt du 6 juillet 2010, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Yetis%20et%20autres%20%20c.%20Turquie,%206%20juillet%202010%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-99782%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Yetis%20et%20autres%20%20c.%20Turquie,%206%20juillet%202010%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-99782%22]})

CEDH, *Affaire P.B. et J.S. c. Autriche*, Requête n° 18984/02, Arrêt du 22 juillet 2010, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-100042%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-100042%22]})

CEDH, *Affaire Perdigao c. Portugal*, Requête n°24768/06, Arrêt du 16 novembre 2010, disponible au lien suivant : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22Perdigao%20c./%20Portugal,%2016%20novembre%202010,%20Requete.%20n%C2%B024768/06%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-101741%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22Perdigao%20c./%20Portugal,%2016%20novembre%202010,%20Requete.%20n%C2%B024768/06%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-101741%22]})

CEDH, *Affaire Von Hannover c. Allemagne* (No 2), Requêtes n°s 40660/08 et 60641/08, Arrêt du 7 février 2012, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-109027%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-109027%22]})

CEDH, *Affaire Eon c. France*, Requête n° 26118/10, Arrêt du 14 mars 2013, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-117137%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-117137%22]})

CEDH, *Affaire Matelly c. France*, Requête n° 10609/10, Arrêt du 2 octobre 2014, disponible au lien suivant: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:\[%22FRE%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-146695%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22FRE%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-146695%22]})

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Inter-American Court of Human Rights, *Case of Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment of November 27, 2003 (Merits, Reparations and Costs), disponible au lien suivant: disponible au lien suivant: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_ing.pdf

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات منظمة حكومية دولية مهمتها تعزيز الديمقراطية في جميع أنحاء العالم، باعتبارها طموحاً إنسانياً عالمياً وتمكيناً للتنمية المستدامة. نقوم بذلك عن طريق دعم بناء وتعزيز وحماية المؤسسات والعمليات السياسية الديمقراطية على جميع المستويات. تتمثل رؤيتنا في عالم تكون فيه العمليات والجهات الفاعلة والمؤسسات الديمقراطية تشاركية وخاضعة للمساءلة وتوفر التنمية المستدامة للجميع.

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، وعمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. ونتبنى مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حواراً بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

أين نعمل؟

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

<https://www.idea.int/>

كيف نقدّم لدراسة حول فصل دستوري ملاً الدّنيا وشغل الناس، تتقاطع فيه ضرورات وضع ضوابط للحقوق والحريات مع أفق حمايتها ويحدّد فيه التّناسب بين الضوابط وموجباتها زاوية تدخّل القانون في الحرية؟ وكيف نلخّص بحثاً حول القراءات الممكنة لفصل جوهري في دستور 27 جانفي / يناير 2014 في علاقة بالحرية الفرديّة، بالحرية اللّصيقة بمفهوم الفرد الذي ولد خارج ربوعنا ولم ينضج في مجتمعاتنا الشّرقية بما يجعلها تمنع الحريات الفرديّة وتعتبرها خطراً على تماسك البنية الاجتماعيّة؟

"الفصل 49 والحريات الفرديّة: هل من قراءة أخرى؟"، محاولة للبحث في الإمكانيّات التّأويليّة لفصل نخاله مدخل فهم التّغيير الجذري الذي أحدثه دستور 27 جانفي / يناير 2014 في مجال الحقوق والحريات، قانوناً، ومدخل تغيير التدخّل التشريعي فيما يخصّها، فعلاً. وبين البحث في مجاله بين مآزق التّضييق وضرورات التّوسيع، وتحليل مقتضياته كأساس للـ"حوار" بين المشرّع والقاضي الدّستوري من أجل حماية قصوى للحريات الفرديّة، تدعوكم مؤلّفة العمل إلى رحلة قانونيّة بين التّشريع التونسي والقانون المقارن وفقه القضاء الدّستوري والدّولي، بحثاً عن تأويل مستنير للمادّة الجامعة وتطبيق خلاّق لمنهج التّناسب من أجل فرد حر في مجتمع ديمقراطي، فقرة ممتعة.

Federal Foreign Office

Werderscher Markt 1
Berlin 11013

موقع الإنترنت: www.auswaertiges-amt.de

International IDEA

Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Sweden

الهاتف: +٤٦٨ ٦٩٨ ٣٧ ٠٠

الفاكس: +٤٦٨ ٢٠ ٢٤ ٢٢

البريد الإلكتروني: info@idea.int

موقع الإنترنت: www.idea.int

