



DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL



الحقوق المدنية
والسياسية
على ضوء الفصل 49
من الدستور



هذا التقرير هو نسخة موجزة لدراسة أعدتها مجموعة من الخبراء والخبيرات:


- محمد السباري
- سهير الفراتي
- إبراهيم البرتاجي
- فدوى المصمودي
- نهى الشواشي

وذلك تحت إشراف المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية
في إطار مشروعها *JEDI* الممول من:



Ministry of Foreign Affairs of the
Netherlands

ماي 2021

مؤسسة المشاع الإبداعي - 

نَسْبُ المَصْنُف، غير تجاري 4.0 رخصة عمومية دولية



المحتوى

3 المقدمة
6 البنية العامة للفصل 49 من الدستور
14 حرية التنقل والفصل 49
29 حرية الاجتماع والتظاهر السلمي والفصل 49
38 حرية تكوين الجمعيات والفصل 49
48 حرية التعبير والاتصال والفصل 49
57 الحق في محاكمة عادلة والفصل 49

المقدمة

سياق الدراسة:

خُصّ دستور 27 جانفي 2014 الباب الثاني للحقوق والحريات كما كُرس جملة من الحقوق والحريات في عدد من الفصول الواردة في أبواب أخرى لا سيّما الفصل 108 الذي كُرس الحق في اللجوء إلى القضاء والحق في المحاكمة العادلة، والفصل السادس الذي كُرس حرية المعتقد، وكذلك في التوطئة. وتتميّز هذه الحقوق والحريات بمكانتها الدستورية وهو ما يسمح بتكليفها على أنّها من صنف الحقوق والحريات الأساسية.

إشكالية الدراسة ومبرراتها:

إذا كان الفصل 49 يضع حدودا للقوانين التي تضع القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية فإنّ السؤال المحوري الذي يتعيّن طرحه هو الآتي: كيف يمكن ضمان عدم تعسف المشرع في ممارسة الاختصاص الذي أسنده له الدستور في تنظيم ممارسة الحقوق الأساسية؟

إنّ التأطير الدستوري لاختصاص المشرع في الفصل 49 يمثّل دون شكّ مكسبا هاما وضمانة أساسية لحماية الحقوق الأساسية ولكنّ ذلك لا يكفي، حيث لا تحول هذه المقتضيات الدستورية دون إمكانية اتخاذ قوانين تخالف هذه الضوابط.

لذلك أسند الفصل 120 من الدستور للمحكمة الدستورية اختصاص التثبيت من مدى احترام المشرع لهذه الضوابط. وقد اقتدى الدستور التونسي بالنموذج الأوروبي للقضاء الدستوري الذي يقوم على اعتماد رقابة متمركزة يتم إسنادها لمحكمة دستورية مختصة. وفي انتظار إرساء المحكمة الدستورية، تمّ إحداث هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين تتولى الرقابة عن طريق الطعن المباشر من قبل سلط عمومية حدّدها القانون الأساسي عدد 14 المؤرخ في 18 أفريل 2014. وهي رقابة مجرّدة سابقة تمارس فقط على مشاريع القوانين ولا تمتدّ للقوانين النافذة خلافا للمحكمة الدستورية التي إلى جانب الرقابة السابقة، تتولى القيام برقابة لاحقة عن طريق الدفع على القوانين التي تحيلها عليها المحاكم بطلب من أحد الخصوم. وتمكّن هذه الرقابة اللاحقة من التصدي للقوانين النافذة المخالفة للفصل 49، غير أنّه يتعيّن انتظار إرساء المحكمة الدستورية لتفعيل هذه الرقابة. ومن هنا تتأتى أهمية هذه الدراسة باعتبارها دراسة استشرافية موجهة بالأساس للمستقبل، حيث تتمثل مهمة الباحث في تفحص القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية على ضوء مقتضيات الفصل 49 بهدف تقصي الأحكام التي تطرح إشكاليات دستورية.

تحديد مجال الدراسة:

يتمثل موضوع هذه الدراسة في تفحص أحكام النصوص القانونية النافذة في القانون التونسي المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية المدنية والسياسية على ضوء الفصل 49 سواء في ذلك القوانين الصادرة قبل دستور 2014 أو بعده وذلك بهدف تقصي الأحكام غير المطابقة لمقتضيات الفصل 49.

تتعلق هذه الدراسة أساسا:

– بالنصوص التشريعية العادية منها والأساسية، وكذلك بالمراسيم المصادق عليها والتي تكتسي بذلك صبغة تشريعية. ولكن وبالنظر إلى أهمية بعض الأوامر الترتيبية التي تتعلق بالحقوق والحريات، فإنّ ضرورة البحث اقتضت أن يمتد نطاق هذه الدراسة ليشمل بعض هذه الأوامر لا سيّما الأمر عدد 50 المؤرخ في 26 جانفي 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ. كما امتدت الدراسة لتشمل الأوامر التطبيقية لبعض النصوص التشريعية بالإضافة إلى بعض مشاريع القوانين المعروضة حاليا على مجلس نواب الشعب.

– بالنصوص التشريعية النافذة التي صدرت قبل دستور 2014 وذلك بهدف تفحص مطابقتها للفصل 49 لا سيما وأنّ دستور 1959 لم يتضمّن فصلا مطابقا في محتواه للفصل 49. كما أنّ غياب محكمة دستورية حال دون تطهير النظام القانوني من القوانين المخالفة للدستور في حين أنّها يمكن أن تتضمن أحكاما لا تحترم مقتضيات الفصل 49 خاصة شرط التناسب.

– بالقوانين الصادرة بعد 2014 حيث وعلى الرغم من وجود هيئة وقتية مكلفة برقابة دستورية مشاريع القوانين المتخذة بعد وضع دستور 2014، فإنّ تعهّد هذه الهيئة متوقّف على إرادة السلط التي خوّلتها القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 الطعن في مشاريع القوانين. ولذلك يمكن أن تصدر عدة قوانين بعد إحداث الهيئة لم يتسنّ لها مراقبة دستوريّتها ويمكن أن تتضمن هذه القوانين أحكاما مخالفة للدستور وللضوابط التي وضعها الفصل 49.

وتتمحور هذه الدراسة حول النصوص القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية وهو ما يستوجب تحديد مصطلح «الحقوق المدنية والسياسية» التي يتمّ تمييزها عادة عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وقد اعتمدت هذه الدراسة مقاربة عملية يتم الاستناد فيها لتحديد هذه الحقوق إلى التعداد الوارد بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وبما أنّ الضوابط الواردة بالفصل 49 تتعلق بالحقوق التي ضمنها الدستور وفق ما يستفاد من فقرته الأولى، فإنّ هذه الدراسة ستقتصر على الحقوق الواردة بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي تم تكريسها في الآن ذاته في دستور 2014. وعلى وجه الخصوص سيتم التركيز في هذه الدراسة على الحريات المدنية والسياسية التالية:

– حرية التنقل

– حرية الاجتماع والتظاهر السلميين

- حرية التعبير والاتصال
- حرية تكوين الجمعيات
- الحق في المحاكمة العادلة

منهجية الدراسة:

تقوم منهجية الدراسة على اعتماد تمثّل مستوحى من تركيبة الفصل 49 في حد ذاته، ويقوم هذا التمشي على 4 مراحل:

في مرحلة أولى يتمّ الثبّت ممّا إذا كانت الأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات تمثّل نبلا من جوهر الحرية الأساسية. فإذا كان الأمر كذلك، فإنّ ذلك يعني عن الثبّت من مدى احترامها لبقية الضوابط التي نص عليها الفصل 49.

في مرحلة ثانية يتمّ تفحص مدى استجابة القاعدة لواحد من الأهداف التي عدّها الفصل 49 أي إذا كان القيد الموضوع على ممارسة الحرية يهدف إلى حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام والصحة العامة والآداب العامة. فإذا كان لا يمكن ربطها بواحد من هذه الأهداف فإنّ القاعدة تعدّ مخالفة للفصل 49، وإذا كانت الحدود على الحرية تجد تبريرا لها في واحد من الأهداف التي حدّدها الفصل 49 يتم المرور **في مرحلة ثالثة** إلى تفحص استجابتها لمقتضيات دولة مدنية ديمقراطية حيث يمكن أن تهدف بعض القيود لتحقيق إحدى الغايات الواردة بالفصل 49 ولكنّها لا تتلاءم مع قيم دولة مدنية ديمقراطية وتكون بذلك مخالفة لمقتضيات الفصل 49.

وأما **المرحلة الرابعة** فتتمثّل في تفحص ما إذا كانت القيود الموضوعّة على الحرية تحترم شرط التناسب بين القيد على الحرية والهدف الذي وضع من أجله.



البنية العامة
للأصل 49 من الدستور

تركّزت الدراسة أساسا على الفقرة الأولى من الفصل 49 التي تنظّم الحدود التي يمكن وضعها بمقتضى القوانين للحقوق المدنية والسياسية المضمونة دستوريا حيث تمثل هذه الفقرة ما يمكن تسميته «بالبند العام للتحديد» أو «القاعدة العامة للتحديد». ونجد هذا البند العام في دساتير بعض الدول كاللبنان الألماني (الفصل 19) والدستور البرنغالي (الفصل 18)، كما نجده في الميثاق الكندي للحقوق والحريات (الفصل الأول).

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا البند لم يكن غائبا تماما في دستور 1 جوان 1959 حيث نص فصله السابع على أنّه «يتمتع المواطن بحقوقه كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون، ولا يحدّ من هذه الحقوق إلا بقانون يتّخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطني ولازدهار الاقتصاد وللنهوض الاجتماعي».

غير أنّ هنالك اختلافات جوهرية بين الفصل 7 من دستور 1959 والفصل 49 من دستور 2014، حيث وخلافا للفصل 49 لم يتضمن الفصل 7 تحجيرا على المشرع من النيل من جوهر الحقوق الأساسية. كما لم يتعرّض الفصل 7 لرقابة التناسب بين القيود التي يمكن وضعها على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية والأهداف التي تبرّرها. فضلا عن ذلك فإنّ غياب محكمة دستورية حال دون ممارسة رقابة قضائية على دستورية القوانين التي لا تحترم مقتضيات الفصل السابع.

وقد سمح تحليل «البند العام للتحديد» المنصوص عليه بالفقرة الأولى من الفصل 49 باستخراج العناصر المرجعية التي تمّ اعتمادها في هذه الدراسة لتفحص مدى مطابقة النصوص التشريعية المتعلقة بالحريات الأساسية لمقتضيات الفصل 49 من الدستور. ويتكوّن البند العام للتحديد من أربعة عناصر تتمثل في ما يلي:

1. مصدر الحدود: القانون:

إنّ اختصاص وضع الحدود على ممارسة الحقوق الأساسية هو اختصاص حصري للمشرع. وهو ما يسمى «تحفظ القانون في مادة الحقوق الأساسية». ويتربّب عن هذا الاختصاص الحصري أنّه يتعيّن على المشرع ضبط القواعد الأساسية المتعلقة بالحقوق المضمونة دستوريا، فلا يمكنه تفويض وضع هذه القواعد للسلطة التنفيذية.

وتحفظ القانون يمكن أن يكون عاما كما هو الأمر في الفصل 65 من الدستور الذي اقتضى أنّه «تتخذ شكل قوانين أساسية...النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات» كما يمكن أن يكون تحفظ القانون خاصا كما هو الأمر بالنسبة للفصول 22 أو 34 أو 41 من الدستور. فما المقصود بالقانون ؟

– أولا: القانون بالمعنى الشكلي أي القانون المتخذ من مجلس نواب الشعب وفق الإجراءات المنصوص عليها بنظامه الداخلي. ويحدّد الدستور طبيعة القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات التي تتخذ أساسا وفق الفصل 65 شكل قوانين أساسية. وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنّ العديد من القوانين الهامة المتعلقة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية التي تمّ اتّخاذها قبل وضع دستور 27 جانفي 2014 والتي مازالت نافذة إلى اليوم تتخذ شكل قوانين عادية كما هو الأمر

مثلا بالنسبة للقانون عدد 4 المؤرخ في 24 جانفي 1969 والمتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر.

- ثانيا: المراسيم التي تمّ اتخاذها بعد تعليق العمل بدستور 1959 وقبل وضع دستور 2014 في إطار تطبيق المرسوم عدد 14 المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية الذي اقتضى أنّ النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية تتخذ شكل مراسيم (الفصل 5). وقد أضيف الفصل 4 من نفس المرسوم الصبغة التشريعية على هذه المراسيم. وصدرت في هذا الإطار عدة مراسيم هامة تنظم الحقوق والحريات على غرار المرسوم عدد 87 لسنة 2011 المنظم للأحزاب والرسوم عدد 88 لسنة 2011 المتعلق بالجمعيات والرسوم عدد 115 لسنة 2011 المتعلق بحرية الصحافة والنشر.
- ثالثا: القوانين الاستثنائية حيث يمكن لرئيس الجمهورية حسب الفصل 82 من دستور 2014 عرض مشاريع القوانين المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان والمصادق عليها من مجلس نواب الشعب على الاستفتاء. ولكنّ هذه القوانين الاستثنائية ظلت إلى الآن مجردة إمكانية لم يتم تفعيلها من قبل رئيس الجمهورية.

2. الحقوق والحريات موضوع القاعدة العامة للتحديد:

- **الحقوق والحريات التي تطبق عليها ضوابط الفصل 49 هي الحقوق المضمونة دستوريا.** وهي لا تقتصر على الحقوق الواردة بالباب الثاني من دستور 2014 بل يمتدّ نطاق تطبيق الفصل 49 ليشمل كذلك الحقوق الواردة بأبواب أخرى كالحق في التقاضي والمحاكمة العادلة الواردة بالفصل 108 وحرية المعتقد والضمير وأداء الشعائر الدينية المكرسة بالفصل 6 ومبدأ التدبير الحر المعترف به للجماعات المحلية الوارد بالفصل 132 وذلك إلى جانب الحقوق الواردة بالتوطئة التي تعد جزءا لا يتجزأ من الدستور حسب مقتضيات الفصل 145.
- **القاعدة العامة للتحديد الواردة بالفصل 49 لا تطبق على كل هذه الحقوق المضمونة دستوريا** حيث أنّ عددا من هذه الحقوق لا يمكن أن يكون موضوع تقييد فهي حقوق «لا يمكن المساس بها» من ذلك الحق في احترام الحرمة الجسدية وعدم الخضوع للتعذيب الذي كرّسه الفصل 23.
- **القاعدة العامة للتحديد الواردة بالفصل 49 لا تطبق بنفس الطريقة على كل الحقوق والحريات المضمونة دستوريا،** حيث أفرد الدستور بعض الحقوق بطريقة تحديد وضمانات خاصة من ذلك مثلا الحق في الحياة المكرّس بالفصل 22 والذي لا يمكن المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. فالقيود الواردة على هذا الحق تخضع لنظام أكثر تشددا لا يتمّ تقديره باعتماد الطريقة العادية الواردة بالفصل 49، فلا يكفي أن يحترم القانون الذي يضع حدودا على هذا الحق الغايات التي حددها الفصل 49 ومبدأ التناسب حتى يكون دستوريا بل يجب أن يقتصر المساس بالحق في الحياة على «حالات قصوى» استثنائية. كما اقتضى الفصل 31 أنّ حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر لا تخضع لرقابة مسبقة، وهي ضمانة إضافية تتضاف لضمانات الفصل 49 حيث

يكون القانون المتعلق بهذه الحريات غير دستوري حتى وإن احترمت ضوابط الفصل 49 بمجرّد إقراره لرقابة مسبقة على ممارسة هذه الحريات.

3. الحدود المفروضة على القوانين التي تضع القيود على الحقوق والحريات:

3.1. عدم النيل من جوهر الحقوق والحريات:

تمّ تكريس هذا الشرط في دساتير عدد من الدول كالدستور الإسباني (الفصل 53) أو الدستور الألماني (الفصل 19). ولكنّ هذا الشرط بقي من المصطلحات صعبة التحديد التي لا يمكن الوقوف على تعريف دقيق لها. وقد استعملت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في إطار فقه قضائها هذا المصطلح، غير أنّ ذلك لم يمكّن من تحديد معيار دقيق يمكن على أساسه التمييز بين تنظيم الحرية والنيل من جوهر الحرية. فالمعيار الوحيد الذي يمكن تقديمه هو درجة شدّة المساس بالحرية حيث يؤخذ بعين الاعتبار المدة الزمنية للحدود وصبغتها شبه النهائية لتصنيف المساس بالحرية ضمن هذا الصنف أو ذاك.

ويمكن للوقوف على المقصود بالمساس بجوهر الحق اللجوء لبعض قرارات المحكمة التي استعملت فيها هذا المصطلح.

– ففي قضية قام بها ورثة أصحابها مالكيين لممتلكات خاضعة لرخصة انتزاع طويلة المدة وتحجير البناء اعتبرت المحكمة أنّ رخصة الانتزاع «ولئن كانت لا تمسّ من الناحية القانونية من حق المدّعين في التصرف في ممتلكاتهم واستعمالها فهي تقلّص بشكل واسع من إمكانية ممارسة هذا الحق عمليا. وهي بذلك تمس من جوهر حق الملكية في حدّ ذاته باعتبارها تقرّ مسبقا بشرعية أية عملية انتزاع يمكن أن تلجأ لها البلدية متى رأت ذلك مناسباً»
(قرار Sporrang et Lönnroth c/ Suède الصادر بتاريخ الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 1982).

– كما أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالحق في محاكمة عادلة (قرار Philis C/ Grèce، الصادر في 27 أوت 1991) والمتعلّق بحق المدعي في اللجوء إلى محاكم مدنيّة لاستخلاص أجره أتعابه المستحقة من حرفائه خاصة من الهيئات العامة بعنوان إعداد سلسلة من المشاريع) أنّ «المدعي الذي لم يتمكّن من اللجوء إلى القضاء بطريقة مباشرة ومستقلة لمطالبة حرفائه بدفع أتعابه المستحقة قد تعرّض إلى النيل من جوهر حقه في التقاضي بحد ذاته، ولا يمكن لأيّ دعوى متاحة في القانون اليوناني أن تمحو ذلك».

ويمكن استنتاج أنّ مصطلح «النيل من جوهر الحق» هو مصطلح وظيفي بالأساس أي أنّه ليس من المصطلحات محدّدة التعريف بشكل مسبق بل يطوّعها القاضي في كل مرّة بهدف حماية الحقوق والحريات الأساسية من الاعتداءات التشريعية الخطيرة.

3.2. الأهداف التي يمكن أن تبرّر اتخاذ قوانين مقيّدة للحقوق والحريات:

القوانين المقيّدة للحقوق والحريات يجب أن تجد مبرّرها في واحد من الأهداف المحدّدة بالفصل

49 والمتمثلة في:

1 - حقوق الغير: يمكن أن تبرز حقوق الغير وضع عدد من القيود على الحقوق والحريات الأساسية وفق مظهرات مختلفة. فمثلا في مجال حرية التعبير يمكن أن تتجسد حماية حقوق الغير من خلال تحجير الثلب، وفي إطار الحق في محاكمة عادلة يمكن أن تبرز حقوق الغير سرية الجلسات. وفي إحدى القضايا اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّ الحرية الدينية وحرية التعبير تمثل أسس مجتمع ديمقراطي وأنها تفترض تقبل الانتقادات والآراء التي يمكن أن تكون صادمة أو مقلقة ولكن احترام مقتضيات الفصل 10 تفرض كذلك التزاما بتجنب المساس بحقوق الغير بالتعبير عن آراء جارحة بشكل مجاني وليس من شأنها الإسهام في نقاش ثري (قضية *Otto-Preminger Institut c/ Autriche* بتاريخ 20 سبتمبر 1994). كما اعتبرت المحكمة أنّ تسليط عقوبة على صحفي من أجل ثلب بعض القضاة هو إجراء يجد تبريره في حماية سمعة وحقوق الغير، فلئن كان من المشروع مناقشة الأحكام القضائية فإنّه من الضروري كذلك حماية ثقة المواطن في المؤسسة القضائية ضد الانتهاكات المدمرة التي لا تستند على أسس وجيهة خاصة وأنّ واجب التحفظ يمنع القضاة من الرد عليها ومناقشتها (قضية *Prager et Oberschlick c/ Autriche*).

2 - الأمن العام: يتعلق الأمن العام بأمن الدولة وحماية النظام الدستوري الديمقراطي ضد التهديدات الخارجية والداخلية وفق ما يستفاد من فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد اعتبرت المحكمة أنّ المراقبة السرية ولئن كانت تمثل مساسا من الحقوق المضمونة بالفصل 8 من الاتفاقية، فإنّها تعدّ ممارسة مقبولة طالما «كانت هناك ضرورة قصوى لحماية المؤسسات الديمقراطية» (القضية *Klass c/ République fédérale d'Allemagne*، الحكم الصادر في 6 سبتمبر 1978). كما اعتبرت المحكمة أنّ القانون الألماني (قانون مؤرخ في 13 أوت 1968) الذي يسمح بالتصتت على المكالمات واعتراض المراسلات دون إعلام الأشخاص المعنيين بالرقابة ودون إرساء رقابة قضائية فعلية على هذه الإجراءات ليس مخالفا لمقتضيات المعاهدة طالما أنّه حقق توازنا بين حقوق الأفراد وضرورات المجتمع الديمقراطي حيث فرض شروطا مشددة على إجراءات الرقابة وحدّد بدقة طرق تنفيذها ومعالجة المعلومات المتحصل عليها في إطارها.

3 - الدفاع الوطني: يمكن استيعاب هذا الهدف ضمن هدف الأمن العام، ولكنّ الفصل 49 أفرده كهدف مستقل بذاته. وعلى سبيل المثال، بعض الأحكام الواردة بمجلة القضاء العسكري يمكن أن تجد تبريرها في هدف الدفاع الوطني (الفقرة الأولى من الفصل 81، الفصل 86، الفصل 87، الفصل 91).

4 - الصحة العامة: يمكن أن يبرز الحفاظ على الصحة العامة عددا من القيود على ممارسة الحقوق والحريات الأساسية. وهو ما أقرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان حيث اعتبرت مثلا أنّ الحفاظ على الصحة العامة يمكن أن يبرّر إلزام المساجين بواجب تنظيف زنازتهم، أو إلزام الجنود بقص شعرهم بطريقة معينة.

5 - الآداب العامة: الآداب العامة مصطلح متطور يختلف باختلاف الزمان والمكان وهو ما أقرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إذ اعتبرت أنّه لا وجود لمفهوم موحد للآداب خاصة «في عصرنا الذي يتميز بتغيير سريع وعميق في الآراء» (قضية *Handyside c/ Royaume-Uni* بتاريخ 7 ديسمبر 1976).

3.3. قيود تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية:

من الصعب تحديد مقتضيات الدولة المدنية الديمقراطية في غياب فقه قضاء محكمة دستورية لتحديد محتوى هذه العبارة.

– بالنسبة **للدولة المدنية**: وردت عبارة دولة مدنية في موضعين اثنين من الدستور: في التوطئة حيث ورد أنّ الدولة المدنية هي الدولة التي تكون «السيادة فيها للشعب»، وفي الفصل 2 الذي اقتضى أنّ تونس «دولة مدنية تقوم على المواطنة وإرادة الشعب وعلوية القانون». ويمكن أن نستخلص مما تقدّم أنّ الدولة المدنية هي تلك التي يكون فيها الشعب مصدرا للسلطة وتكون فيها إرادة الشعب مصدرا للقوانين. فلا يمكن للمشرع أن يضع قيودا على الحقوق والحريات الأساسية مؤسسة على اعتبارات تتجاوز القانون الوضعي متعلقة بالقانون الطبيعي أو المقدس.

– وأما بالنسبة **للدولة الديمقراطية** فليس من السهل تحديد مفهومها ولكن يمكن الوقوف على أهم خصائصها باللجوء إلى فقه القضاء المقارن، حيث حدّدت المحكمة العليا الكندية عددا من خصائص المجتمع الديمقراطي إذ اعتبرت أنّ مبادئ وقيم المجتمع الديمقراطي تشمل أساسا: الكرامة اللصيقة بالذات البشرية، النهوض بالعدالة والتوازن الاجتماعي، القبول بتنوّع كبير في المعتقدات، احترام الثقافات والمجموعات والثقة في المؤسسات الاجتماعية والسياسية التي تعزّز مشاركة الأفراد والجماعات في المجتمع. أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فقد أوضحت في قضية Handyside مبادئ المجتمع الديمقراطي معتبرة أنّ حرية التعبير تعدّ من الأسس الجوهرية لمجتمع مماثل كما أنّه لا يمكن الحديث عن مجتمع ديمقراطي دون الاعتراف بثلاث قيم جوهرية: التعددية، التسامح، وروح الانفتاح.

ويمكن للمحكمة الدستورية التونسية تبنى هذا المفهوم للدولة الديمقراطية أو إضافة عناصر جديدة له حيث يختلف مفهوم الدولة الديمقراطية بحسب السياق السياسي والاجتماعي.

4.3. التناسب بين القيود وموجباتها:

لم تكن رقابة التناسب غائبة عن القانون التونسي قبل تكريسها في دستور 2014. حيث دأب القاضي الإداري على ممارسة رقابة تناسب على الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة في مادة الضبط الإداري عبر اعتبار أنّ القرار الإداري المقيد للحرية لا يعتبر شرعيا إلا إذا كان متناسبا مع هدف حماية النظام العام (قرار صادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 14 مارس 1994 شركة كريشان ضد بلدية القصرين بخصوص حرية التجارة والصناعة).

كما لم يمنع سكوت دستور 1959 المجلس الدستوري من اعتماد مصطلح التناسب وممارسة رقابة التناسب. (ومن أمثلة ذلك الرأي عدد 27 لسنة 2006 متعلق بمشروع القانون المنقح والمكمل للقانون عدد 71 المؤرخ في 27 جويلية 1992 المتعلق بالأمراض السارية، الرأي عدد 26 لسنة 2009 متعلق بمشروع قانون منقح ومكمل للقانون عدد 79 لسنة 2008 متعلق بإجراءات ظرفية لمساعدة المؤسسات الاقتصادية لمواصلة نشاطها).

وتفصيلاً لمقتضيات الفصل 49 فإنَّ **القاضي الدستوري** مطالب بإجراء رقابة تناسب بمناسبة **تفحصه** **لدستورية القوانين المقيدة للحقوق والحريات الأساسية**. وإلى حين إرساء المحكمة الدستورية، تختص الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بتطبيق الفصل 49 وهو ما يفرض قيامها بتأويل أحكام الفصل 49 وتوضيح مقتضياته خاصة وأنَّ تأويلها له صبغة رسمية. وقد اعتمدت الهيئة على الفصل 49 في عديد القرارات الصادرة عنها نذكر من بينها :

- القرار عدد 4 المؤرخ في 23 ماي 2014: اعتبرت الهيئة أنَّ شرط تأمين المترشح للانتخابات الرئاسية مبلغ عشرة آلاف دينار الذي لم يذكر في الفصل 74 من الدستور لا يعطل الحق في الترشح وهو بذلك لا يخرق مبدأ التناسب، وليس من شأنه أن ينال من جوهر الحق كما اقتضى ذلك الفصل 49 من الدستور.

- القرار عدد 4 المؤرخ في 8 أوت 2017 المتعلق بمشروع القانون المتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة حيث اعتبرت الهيئة أنَّ سحب مجلس نواب الشعب الثقة من أعضاء الهيئات الدستورية المستقلة التي اقتضاها الفصل 33 من المشروع «يتنافى ومبدأ استقلالية الهيئات الدستورية طالما أنه لا يحقق التناسب المطلوب بين مبدئي المساءلة والاستقلالية»¹.

وتمثّل رقابة التناسب عنصراً أساسياً للرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري في مادة الحقوق والحريات الأساسية في كل أنحاء العالم حتى في غياب نص يقوّها صراحة. كما هو الأمر مثلاً في **القانون الألماني** حيث لم يتضمن الدستور الألماني تنصيصاً صريحاً على مبدأ التناسب، ولكنَّ القاضي يمارس هذه الرقابة استناداً إلى تأويل للفصلين 19 و20 من الدستور. وتتميز رقابة التناسب للقاضي الدستوري الألماني بقيامها على أربعة عناصر:

- يجب أن يكون تدخل السلط العمومية مبزراً بتحقيق هدف مشروع.
- يجب أن يكون التدخل متلائماً مع هذا الهدف أي قادراً على تحقيقه أو على الأقل المساهمة في تحقيقه.
- يجب أن يكون التدخل ضرورياً لتحقيق هذا الهدف بما يفرض التدخل الأدنى الضروري أي الإجراء الأقل وطأة.
- يقوم القاضي بقياس التناسب في معناه الضيق عبر التثبت من أنَّ الأعباء التي يفرضها التدخل لا تتجاوز بشكل مفرط الهدف المراد تحقيقه.

وقد اعتمدت **المحاكم الأوروبية** ترقية اختبار التناسب المستوحى من المنهجية القضائية الألمانية سواء في ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (تكرّس المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان صراحة مبدأ التناسب في الفصول من 8 إلى 11، وعموماً تمارس المحكمة خارج هذه الحالات بطريقة شبه آلية رقابة التناسب) ومحكمة العدل الأوروبية (مبدأ التناسب يعتبر مبدأ عاماً لقانون الاتحاد الأوروبي قبل تكريسه في المادة الخامسة من معاهدة الاتحاد الأوروبي).

1 تولّت الهيئة في هذا القرار القيام برقابة تناسب دون الإشارة صراحة للفصل 49.

وفي القانون الدستوري الفرنسي لا وجود لنص يكرّس مبدأ عاما للتناسب. ولكنّ ذلك لم يحل دون ممارسة المجلس الدستوري الفرنسي لهذه الرقابة التي تعود بداياتها إلى تسعينات القرن الماضي. وقد كان القرار عدد 2008-562 المؤرخ في 21 فيفري 2008 المتعلق بقانون الحيس الاحتياطي وإعلان انعدام المسؤولية الجزائية بسبب الاضطرابات العقلية المناسبة الأولى التي حدّد فيها المجلس الدستوري بوضوح عناصر رقابة التناسب وهي: الملاءمة، الضرورة والتناسب في معناه الضيق.

وعموما يكمن الهدف الأساسي من مبدأ التناسب في تأطير السلطة التي تمارسها السلطات العمومية بهدف حماية الحقوق والحريات من التضييق المشطة التي من شأنها المساس من جوهر هذه الحقوق وإفراغها من محتواها.



جزية السفر
والفصل 49

حرية التنقل هي الحق المعترف به لكل فرد في التنقل بحريّة داخل إقليم دولة وفي اختيار مكان إقامته بحريّة وفي مغادرة أي بلد بحريّة، بما في ذلك بلده. وهو من الحقوق الشخصية التي يعدّ ضمانها شرطاً لإمكانية ممارسة عديد الحقوق والحريات الأخرى. وقد تمّ تكريسه في النصوص الدولية الكبرى لحقوق الإنسان: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الفصل 12) والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (الفصل 12). وهو يعدّ من الحقوق الأساسية حيث كرّسه دستور 2014 في الفصولين 24 و25. وحرية التنقل تعدّ من الحقوق الطبيعية للإنسان وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بتونس (القرار عدد 43429 بتاريخ 5 فيفري 2013) وهي من المبادئ الدستورية التي يتعيّن احترامها حتى في غياب الدستور حسب المحكمة الإدارية (قرار عدد 1/16453 بتاريخ 7 مارس 2013). ولكنّ حرية التنقل ليست مطلقة بل يمكن أن ترد عليها قيود يتعيّن أن تحترم الضوابط الشكلية والموضوعية التي فرضها الفصل 49 من الدستور. ولكنّ عديد النصوص التي تنظم مختلف عناصر حرية التنقل في القانون التونسي تتضمن أحكاماً لا تحترم مقتضيات الفصل 49.

1- الأمر عدد 50 المؤرخ في 26 جانفي 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ وحرية التنقل:

يمكن أن تبرّر بعض الأزمات والوضعيات الاستثنائية فرض قيود مشددة على الحقوق والحريات تحت سميات مختلفة: حالة الطوارئ، حالة الاستثناء، حالة الحصار، حالة الطوارئ الصحية... ويجيز القانون الدولي في هذه الحالات إقرار استثناءات على الحقوق والحريات شريطة أن تكون ضرورية ومتناسبة (الفصل 4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية).

1-1- خرق الشرط الشكلي: عدم احترام قاعدة التحفظ التشريعي في مادة الحقوق الأساسية:

ينظم الأمر عدد 50 لسنة 1978 حالة الطوارئ التي يتعيّن تمييزها عن حالة الاستثناء وحالة الحصار حيث تختلف هذه الحالات من حيث شروطها الشكلية والموضوعية ومن حيث آثارها. فأما حالة الطوارئ فتتطلب وجود خطر داهم ناتج عن نيل خطير من النظام العام أو عن حصول أحداث تكتسي بخصورتها صبغة كارثة عامة. وهي تفضي إلى توسيع السلطات الممنوحة لسلط الضبط الإداري وتحديد وزير الداخلية والولاية. أما حالة الاستثناء فلا يمكن إعلانها إلا بتوقّف شرطين موضوعيين متلازمين: خطر داهم مهدد لكيان الوطن وأمن البلاد، وتعدّ السير العادي لدواليب الدولة. ويتربّط عن الإعلان عن حالة الاستثناء توسيع سلطات رئيس الجمهورية الذي يمكنه اتخاذ التدابير الاستثنائية الضرورية لتأمين عودة السير العادي لدواليب الدولة. وأما حالة الحصار وهي غير مكرسة في القانون التونسي فتتطلب وجود حرب أو تمرد مسلح، وتفضي إلى توسيع نفوذ السلطة العسكرية.

وقد نظم الفصل 80 من الدستور حالة الاستثناء، ولكنّ الدستور لم يتضمن تنصيحا على حالة الطوارئ. ولا يحول سكوت الدستور دون تنظيم المشرع لحالة الطوارئ، وهو ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي (قرار عدد 187 بتاريخ 25 جانفي 1985). على أنّ ذلك يجب أن يكون بنص تشريعي لأنّ حالة الطوارئ تفرض قيودا على الحقوق والحريات الأساسية. وبما أنّ الأمر المنظم لحالة الطوارئ له طبيعة ترتيبية فهو يمثل من الناحية الشكلية خرقا لمقتضيات الفصل 49 مما يستوجب إلغاءه وتعويضه بنص تشريعي.

وتجدر الإشارة إلى أنّه لا يمكن أن يتأسس القانون المنظم لحالة الطوارئ على الفصل 80 من الدستور، ولكن يمكن أن يكون الفصل 49 الأساس الدستوري للقانون المنظم لحالة الطوارئ.

من الإشكالات التي يطرحها الأمر عدد 50 لسنة 1978 التنصيص في اطلاعاته على الفصل 46 من دستور 1959 الذي يقابله الفصل 80 من دستور 2014، وهما الفصلان المتعلقان بحالة الاستثناء. وتستند الأوامر المعلنة لحالة الطوارئ خلال السنوات الأخيرة إلى الفصل 80 من الدستور في حين أنّ هذا الفصل يتعلق بحالة الاستثناء التي تختلف عن حالة الطوارئ من حيث شروطها وآثارها. بيد أنّ إعلان حالة الطوارئ على أساس الفصل 80 دون توفر الشروط الشكلية والموضوعية التي تضمّنها خاصة منها شرط تعذر السير العادي لدوايب الدولة يمثل خرقا للدستور.

1-2-1- خرق مبدأ الضرورة والتناسب:

يخالف أمر 1978 الفصل 49 لا فقط على مستوى الشكل بل كذلك على مستوى المضمون، حيث يتضمن قيودا عديدة على حرية التنقل لا تحترم الحدود الواردة بالفصل 49.

1-2-1-1: منع تنقل الأشخاص والعربات: حظر الجولان: (الفصل 4):

يخوّل الفصل 4 للوالي في المناطق التي تمّ فيها إعلان حالة الطوارئ منع تنقل الأشخاص والعربات. ويمثّل هذا الإجراء قيودا على حرية التنقل لا بد من أن يكون مبرّرا بهدف مشروع وأن يحترم مبدأ التناسب والضرورة وأن يحاط بضمانات قضائية فعلية حتى يكون محترما لمقتضيات الفصل 49. فأما في خصوص الهدف من هذا الإجراء، فقد نص الفصل 4 على أنّه يهدف إلى حفظ الأمن والنظام العام، والأمن العام هو من الأهداف التي يمكن أن تبرّر فرض قيود على الحريات حسب الفصل 49.

ويفرض احترام مبدأ الضرورة أن يكون هذا الإجراء ضروريا بالنظر إلى الأسباب التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ. ولكنّ الفصل 4 لا ينص على هذا الشرط، وهو ما يمكن أن يفضي إلى إمكانية إصدار الولاة لقرارات لحظر التجوال لا تجد تبريرها في الأسباب التي قادت للإعلان عن حالة الطوارئ. وقد تحقق ذلك فعلا بإصدار الولاة لقرارات تحظر التجوال بهدف مجابهة انتشار الموجة الثانية من فيروس كورونا المستجد بالاستناد إلى الفصل الرابع من أمر 1978، في حين أنّ حالة الطوارئ تمّ الإعلان عنها لأسباب أمنية لا لأسباب صحية.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن الاستناد لأمر 1978 لإعلان حالة الطوارئ لأسباب صحية، حيث اقتضى الفصل الأول من هذا الأمر أنه يتم الإعلان عن حالة الطوارئ في صورة خطر داهم ناتج عن نبل خطير من النظام العام أو حصول أحداث تكتسي بخطورتها صبغة كارثة عامة. والنظام العام يتكون من ثلاثة عناصر تقليدية هي: الأمن العام والراحة العامة وكذلك الصحة العامة، فضلا عن أنّ الكارثة العامة يمكن أن تتخذ شكل جائحة صحية. ولكن في هذه الحالة فإنّ الجهة المخوّلة لها اتخاذ قرارات حظر التجوال هي الولاية حسب الفصل 4، وليس رئيس الجمهورية.

وتجدر الإشارة إلى أن الأوامر الرئاسية المتخذة في شهر مارس 2020 لمجابهة جائحة كورونا والتي فرضت حظر التجوال والحجر الصحي الشامل تأسست على الفصل 80 ولم تتضمن أية إشارة لأمر 1978، وهو ما قاد جانبا من الفقه إلى اعتبار أنه تم تفعيل حالة الاستثناء المنصوص بالفصل 80 بصورة ضمنية وهو رأي قابل للنقاش.

وعموما كان لهذا الخلط والغموض على مستوى النظام القانوني لحالة الاستثناء وحالة الطوارئ انعكاس على تحديد السلط المختصة بحظر التجوال ومبررات هذا الحدّ على حرية التنقل ونظامه القانوني، في حين أنّ النص الذي يضع القيود على الحقوق والحريات لا بدّ وأن تتوفّر فيه شروط الوضوح والدقة. حيث اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنّ شرط وضع الضوابط للحقوق والحريات بمقتضى القانون لا يعدّ متحققا إلا إذا توفّرت في القانون عدد من الخصائص الضرورية وهي المقرئية والوضوح والدقة (القضية Navalny c. RUSSIE بتاريخ 15 نوفمبر 2018) وهو ما لا يتوفّر في أمر 1978 فضلا عن أنه نص ترتيبى لا تشريعي.

وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون إجراء حظر التجوال متناسبا مع هدف الحفاظ على الأمن العام من حيث محتوى هذا الإجراء (مدى إقراره لاستثناءات تتيح التنقل لأسباب صحية مثلا أو مهنية) ومدته الزمنية، وعدد ساعاته، ومجال انطباقه التراي.

ومن اللافت أنّ الفصل 4 لا يضبط هذه العناصر ولا يقيد سلطة الولاية، فلا ينصّ على أنّ حظر التجوال يجب أن يقتصر على توقيت محدّد، وأن يقتصر داخل حدود الولاية نفسها على المناطق التي يكون فيها هذا القيد على الحرية مبررا، وهو ما يمنح الولاية سلطة تقديرية واسعة في تحديد حظر التجوال من حيث المكان والزمان. فيمكن أن يتواصل حظر التجوال طالما تواصلت حالة الطوارئ حتى وإن لم يعد مبررا، ويمكن أن يشمل كل الولاية دون أن يقتصر على المناطق التي يكون فيها ضروريا. فضلا عن أنّ الضمانات القضائية محدودة لغياب طريقة طعن ناجعة في هذا الإجراء. حيث يمكن الطعن في قرارات حظر التجوال بدعوى تجاوز السلطة أمام القاضي الإداري وطلب توقيف تنفيذها، ويكون القاضي في إطار طلب توقيف التنفيذ مخيرا بين خيارين لا ثالث لهما إما قبول توقيف التنفيذ أو رفضه، وهو ما يجعله أميل للرفض بالنظر إلى الطبيعة الاستثنائية لحالة الطوارئ. وفي المقابل في القانون الفرنسي تمّ إرساء مؤسسة «استعجالي الحريات» التي تخوّل للقاضي التدخل في 48 ساعة، ويمكنه في إطارها تعليق قرار حظر التجوال أو تعديله من حيث الزمان والمكان بحسب ما تقتضيه الضرورة.

وتأسيسا على كل هذه الإعتبارات فإنّ الفصل 4 لا يحقق توازنا بين الحد من حرية التنقل وهدف الحفاظ على الأمن العام، ولا يحترم مبدأي الضرورة والتناسب ويمثل خرقا للفصل 49.

1-2-2: منع الإقامة (الفصل 4):

يمثل تحجير الإقامة عقوبة جزائية تكميلية في القانون التونسي يقرّها القاضي الجزائري في حالات محدّدة (الفصل 22 من المجلة الجزائية). ولكنّ الفصل 4 من أمر 1978 يخوّل للولاة تحجير الإقامة على أي شخص يحاول بأي طريقة كانت عرقلة نشاط السلط العمومية. فهو إجراء من إجراءات الضبط الإداري يتخذها الوالي بصورة وقائية دون ترخيص قضائي سابق. ويمثل تحجير الإقامة حدا صارما لحرية التنقل ويمس من حرية اختيار مقرّ الإقامة.

ويمكّن الفصل 4 تحجير الإقامة على أي شخص لمجرّد أنّه «يحاول بأي طريقة كانت عرقلة نشاط السلط العمومية» وهو ما يعني أنّ الوالي يمكنه اتخاذ هذا الإجراء دون أن يكون بالضرورة مبررا بهدف الحفاظ على النظام والأمن العام، فهذا القيد على حرية التنقل لا يمكن أن يستند إلى واحد من الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49.

كما لا يحدّد الفصل 4 المدة الزمنية القصوى لهذا الإجراء في صورة تجديد حالة الطوارئ ولا يضبط نطاقه الترابي بشكل دقيق بما يعني أنّ تحجير الإقامة يمكن أن يشمل مكان إقامة الشخص أو مقرّ عمله وهو ما يمثل خرقا واضحا لمبدأي الضرورة والتناسب الواردين بالفصل 49. (اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في القرار عدد 635 بتاريخ 9 جوان 2017 أنّ تحجير الإقامة لا يمكن أن يشمل مقر السكنى وتم على هذا الأساس تنقيح الفصل 5 من القانون الفرنسي المتعلق بحالة الطوارئ).

1-2-3: الإقامة الجبرية (الفصل 5):

يخوّل الفصل 5 لوزير الداخلية أن يضع تحت الإقامة الجبرية في منطقة ترابية أو ببلدة معينة أي شخص يقيم بإحدى المناطق التي تم الإعلان فيها عن حالة الطوارئ يعتبر نشاطه خطيرا على الأمن والنظام العامين. ويمثل الوضع تحت الإقامة الجبرية مسا من حرية التنقل، وبما أنّه يستهدف الحفاظ على النظام والأمن العام، فهو يجد تبريره في أحد الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49.

ولكنّ الفصل 5 لم يحتو تحديدا واضحا ودقيقا للنشاط الذي يمكن أن يمثل تهديدا للنظام والأمن العام، كما لم يشترط أن يكون هذا التهديد مرتبطا بالأسباب التي قادت للإعلان عن حالة الطوارئ وهو ما يفتح المجال لوضع أشخاص تحت الإقامة الجبرية لأسباب لا علاقة لها بتلك التي برّرت الإعلان عن حالة الطوارئ.

وبالإضافة إلى ذلك، لا يحدّد الفصل 5 بشكل دقيق طريقة تنفيذ هذا الإجراء من حيث الزمان والمكان، فلا يحدّد مدته الزمنية القصوى في صورة تجديد الإعلان عن حالة الطوارئ، ولا يضبط بصورة دقيقة مجاله

التراخي بل يستعمل عبارات فضفاضة «منطقة ترابية أو بلدة معينة» وهو ما يمنح وزير الداخلية سلطة تقديرية واسعة وغير مؤطرة. كما أنّ الفصل 5 لا يحيط هذا القيد بضمانات كافية، فلا ينص على طريقة طعن خاصة وناجعة، ولا يلزم السلطة الإدارية بإعلام المعني بالأمر بالإجراء المتخذ ضده وتعليقه، فضلا عن أنّ مخالفة هذا الإجراء يمكن أن تعرّض المعني بالأمر لعقوبة سالبة للحرية يمكن أن تصل لستين سجنا (الفصل 9 من أمر 1978). وبالنظر لكل هذه الإعتبارات، فإنّ الفصل 5 لا يحترم مبدأ التناسب حيث لا يحقق التوازن بين الحدود المفروضة على حرية التنقل وهدف الحفاظ على الأمن العام، ويعد خرقا واضحا لمقتضيات الفصل 49.

1-3- النيل من جوهر حرية التنقل:

حسب مقتضيات الفصل 2 و3 من أمر 1978 يتم الإعلان عن حالة الطوارئ من قبل رئيس الجمهورية لمدة أقصاها شهر ويمكن التمديد في حالة الطوارئ بأمر يحدّد مدّتها النهائية. ولا يضبط الفصل 2 المدّة القصوى للتمديد، كما لا يضبط حدّا أقصى لإمكانية تجديد حالة الطوارئ. وهو ما يمنح رئيس الجمهورية سلطة مطلقة في تقدير ضرورة الإعلان عن حالة الطوارئ وفي التمديد والتجديد. وعلى هذا الأساس ومنذ 2015 يتم الإعلان عن حالة الطوارئ ثم يتم التمديد فيها لعدد من الأشهر، وبمجرد انقضاء مدّة التمديد يتمّ الإعلان عن حالة الطوارئ من جديد وهكذا دواليك.

وتأسيسا على ما تقدّم فإنّه يمكن التمديد في الإجراءات المقيدة لحرية التنقل وتجديدها بشكل شبه دائم بما يؤوّل إلى الحرمان من هذه الحرية ويمثل نيلا من جوهرها. وهو ما أكّده المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إذ اعتبرت أنّ الوضع تحت الإقامة الجبرية يمكن أن يتحوّل إلى حرمان من الحرية على معنى الفصل 5 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ذلك أنّ الفرق بين الحد من حرية التنقل والحرمان من الحرية هو فارق في الدرجة والوطأة وليس في الطبيعة والجوهر. ولذلك فإنّ محتوى هذا الإجراء ومدته الزمنية وطريقة تطبيقه هي معايير يتعيّن أخذها بعين الاعتبار لمعرفة إذا كان هناك حرمان من الحرية (القضية *Guzzardi c. Italie*, بتاريخ 6 نوفمبر 1980).

2- مشروع القانون الأساسي عدد 91-2018 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ:

تم إيداع مشروع قانون متعلق بحالة الطوارئ في نوفمبر 2018. وقامت لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية بمجلس نواب الشعب بمناقشته وقدمت تقريرها الذي احتوى تعديلات على الصيغة الأصلية للنص (منشور منذ ماي 2019). ومن المهم تفحص هذا المشروع في صيغته التي صادقت عليها اللجنة للتثبت من مدى احترامه لمقتضيات الفصل 49.

2-1- احترام قاعدة التحفظ التشريعي:

اتخذ المشروع شكل قانون أساسي وهو ما يحقق احتراماً للفصل 49 والفصل 65 من الدستور في آن واحد. كما تأسس تنظيم حالة الطوارئ على الفصل 49 من الدستور وهو توجهٌ موفقٌ لأنَّ الفصل 80 يتعلق بحالة الاستثناء.

2-2- المشروع أحرز تقدماً في تحقيق احترام القيود على حرية التنقل لمقتضيات الفصل 49:

تتمثّل أهم إضافات هذا النص فيما يلي: تمّ تحديد مدة تمديد حالة الطوارئ بشهر واحد (الفصل 4) كما تمّ التخلي عن إجراء تجبير الإقامة. وفضلاً عن ذلك فقد كرّس المشروع عدداً من الضمانات المتعلقة بالإجراءات التي تفرض قيوداً على حرية التنقل:

- ضمان حق الأشخاص الخاضعين للإقامة الجبرية في التنقل داخل الدائرة البلدية الراجعين إليها بالنظر لغرض الدراسة أو العمل أو الفحص الطبي (الفصل 7).
- ضرورة تعليل قرارات الوضع تحت الإقامة الجبرية (الفصل 7) وإعلام وكيل الجمهورية المختص ترابياً بهذه القرارات في أجل أقصاه 72 ساعة.
- إقرار إجراء الرقابة الإدارية مع تكريس عدم جواز الجمع بين هذا الإجراء والوضع تحت الإقامة الجبرية (الفصل 9) وإلزام السلط الأمنية المخول لها تنفيذ إجراءات الإقامة الجبرية والرقابة الإدارية مسك دفتر يتضمن تاريخ القرار وتاريخ الإعلام به وإمضاء الشخص المعني، وهو ما يضمن إعلام المعنيين بالأمر بالقرارات المتخذة ضدّهم ويسهّل إثبات هذه الإجراءات ومراقبتها.
- إقرار طريقة طعن مناسبة وفق آجال مختصرة (الفصل 13).
- التقليل من العقوبة السالبة للحرية في صورة خرق هذه الإجراءات المقيدة لحرية التنقل من سنتين إلى سنة واحدة (الفصل 18).

2-3- المشروع يتضمن أحكاماً مخالفة للفصل 49 من الدستور:

2-3-1: خرق مبدئي الضرورة والتناسب:

يتطلب احترام مبدأ التناسب أن يقوم المشرع بضبط شروط التدابير المقيدة لحرية التنقل لا سيما منها الفردية، وضبط مدة زمنية قصوى لها، وتحديد طرق تطبيقها بدقّة بما يضمن تأطير السلطة التقديرية للسلط المؤهلة بتطبيق القانون حتى لا تتجح للتضييق من هذه الحرية بشكل مشط ينال من جوهرها. وهو ما لم ينجح في ضمانه مشروع القانون الأساسي للأسباب التالية:

- **شروط غير دقيقة: الفصل 7 والفصل 8:** يبرّر الفصلان 7 و8 إخضاع الشخص للإقامة الجبرية أو المراقبة الإدارية في صورة تعمّده «ممارسة أنشطة من شأنها أن تهدد الأمن والنظام العام». وهي عبارات فضفاضة وغير دقيقة تفتح مجالاً واسعاً للتأويل ولا تسمح بتأطير السلطة التقديرية للسلطة الإدارية المخوّلة لها اتخاذ هذه الإجراءات المقيدة لحرية التنقل. كما يقتضي احترام شرط الضرورة التنصيص الصريح على أنّ الخطر الذي يمثله الشخص على النظام والأمن العام يتعيّن تقديره على ضوء الأسباب التي برّرت الإعلان عن حالة الطوارئ للحيلولة دون اتخاذ هذه الإجراءات لأغراض أخرى لا علاقة لها بمبررات حالة الطوارئ.

- **إجراءات فردية تقيّد حرية التنقل غير محدّدة في الزمن: (الفصل 7 والفصل 8)** تمثّل المدة الزمنية للقيّد على حرية التنقل عنصراً أساسياً لتقدير درجة مساسه بالحرية وقياس مدى تناسبه مع الهدف الذي وضع من أجله. بيد أنّ المشروع لا يحدّد مدة زمنية قصوى للإقامة الجبرية والمراقبة الإدارية في صورة تجديد الإعلان عن حالة الطوارئ خلافاً لبعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي مثلاً (الإقامة الجبرية لا يمكن أن تتجاوز 12 شهراً في صورة التجديد المتكرر لحالة الطوارئ) حيث يكتفي الفصل 4 من المشروع بمنع تمديد حالة الطوارئ لأكثر من مرة واحدة ولكّنه لا يحول دون تجديد متكرر لحالة الطوارئ. ويفرض احترام مبدأ التناسب التنصيص على مدة جملية قصوى لهذه القيود بحيث لا يمكن تمديد هذه الإجراءات بانقضاء هذه المدة دون إذن قضائي.

كما لا ينص المشروع على أنّه في صورة تجديد حالة الطوارئ يتوجّب تجديد إجراءات الإقامة الجبرية والمراقبة الإدارية أي أنه لا يقع التمديد فيها بصورة آلية. وهذا التنصيص أساسي لضمان الطابع الضروري للإجراء وتناسبه مع الهدف الذي أقرّ من أجله لأنّه يفرض فحصاً جديداً لسلوك الشخص المعني على ضوء الأسباب التي برّرت تجديد حالة الطوارئ. (وهو ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي في القرار عدد 527 بتاريخ 22 ديسمبر 2015).

- **طرق تنفيذ غامضة للإجراءات المقيدة لحرية التنقل (الفصل 7 والفصل 9):** يمثل النطاق التراخي لإجراء الإقامة الجبرية عنصراً من العناصر التي تؤخذ بعين الاعتبار لقياس درجة المساس بحرية التنقل وقياس التناسب بين هذا القيّد على الحرية و الهدف الذي يبرّزه. ويسمح الفصل 7 بوضع شخص تحت الإقامة الجبرية مع ضمان حقه في التنقل داخل الدائرة البلدية الراجع إليها بالنظر لغرض الدراسة أو العمل أو الفحص الطبي. ظاهرياً تبدو هذه الصيغة أكثر احتراماً للفصل 49 من صيغة الفصل 5 من أمر 1978. ولكن وبفراءة عكسية للفصل 7 تتبيّن أنّ المبدأ هو منع الشخص المعني من مغادرة مقر سكنه، والاستثناء هو جواز ذلك لأغراض محدّدة حصراً. ويتعيّن لتحقيق التوازن بين القيّد والهدف اعتماد صيغة تحدّد بوضوح أنه لا يمكن أن يكون المجال التراخي للإقامة الجبرية أضيق من المجال التراخي للبلدية، وداخل هذا المجال يتعين السماح للشخص بالتنقل بحرية حتى لا تتحول الإقامة الجبرية إلى سجن للشخص في مقر سكنه.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ الفصل 9 يمنع الجمع بين الإقامة الجبرية والرقابة الإدارية ولكئنه لا يضع أية معايير تفرض على السلطة المختصة اختيار الإجراء الأقل وطأة كلما كان كافياً لتحقيق هدف الأمن العام وهو ما يخالف بذلك مبدأ التناسب.

– **إجراء إخلاء بعض المناطق وعزلها (الفصل 6): إجراء مخالف للفصل 49:** يخوّل الفصل 6 لوزير الداخلية اتخاذ قرارات في إخلاء بعض المناطق أو عزلها وتنظيم حركة النقل بالتنسيق مع السلطة المختصة. ويمثل هذا الإجراء قيدياً على حرية التنقل، إلا أنّ الفصل 6 لا يحدّد الأهداف التي تبرّر هذا القيد ولا يضع شروطاً محدّدة لإمكانية اعتماده.

كما لا يضبط الفصل 6 الحدود الترابية ولا الزمنية لهذا الإجراء، ولا يفرض أن يكون من حيث مدته وامتداده الترابي ضرورياً بالنظر إلى ظروف محدّدة تمثل تهديداً خاصاً للأمن العام، وهو ما يمكن أن يحوّل هذا الإجراء إلى شكل من أشكال الوضع تحت الإقامة الجبرية الجماعية. كما لم يضبط الفصل 6 طبيعة الإجراءات التي يمكن اتخاذها داخل هذه المناطق لتنظيم حركة النقل، وهو ما يطلق سلطة الإدارة في تضييق حرية التنقل بشكل مشط لا يتلاءم مع مقتضيات مبدأ التناسب ويمثل خرقاً واضحاً لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

2-3-2: المساس من جوهر حرية التنقل :

لئن كان النيل من جوهر الحق من المصطلحات صعبة التحديد، فإنّه عموماً يمكن اعتماد ثلاثة معايير أساسية لمعرفة إذا كان القيد يمس من جوهر الحرية: طبيعة الإجراء، مدّته، وأثره. وتمثّل إجراءات الإقامة الجبرية والرقابة الإدارية من حيث موضوعها قيدياً بالغ الوطأة يؤثر بشكل بيّن على مختلف عناصر حرية التنقل، فإذا اقترنت بمدّة طويلة فهي تفرغ حرية التنقل من محتواها. ولذلك فإنّ غياب تحديد للمدّة الجمليّة القصوى لهذه الإجراءات في صورة التجديد المتكرّر لحالة الطوارئ يعدّ انتهاكاً لجوهر هذه الحرية ومخالفاً للفصل 49.

توصيات:

- اتخاذ قانون أساسي لتنظيم حالة الطوارئ وتأسيسه على الفصل 49 من الدستور.
- اشتراط أن لا يتمّ التمديد في حالة الطوارئ إلا بقانون.
- التنصيص في القانون صراحة على أنّ مختلف الإجراءات التي يمكن اتخاذها في إطار حالة الطوارئ يجب أن تكون ضرورية ومتلائمة ومتناسبة مع الأسباب التي برّرت الإعلان عن حالة الطوارئ.
- ضبط شروط الإقامة الجبرية والرقابة الإدارية وطريقة تطبيقها بشكل دقيق في القانون وتحديد فئة الأشخاص الذين يمكن إخضاعهم لهذه الإجراءات وفق معايير موضوعية دقيقة بما يسمح بتقليص حرية السلطة المكلفة باتخاذ هذه التدابير.

- ضرورة إحاطة هذه الإجراءات بعدد من الضمانات: إعلام المعنيين بها في آجال مضبوطة وتمكينهم من حقوق الدفاع.
- ضبط القانون لشروط إجراء إخلاء وعزل المناطق وأسبابه بدقة وتحديد الإجراءات التي يمكن أن تتخذ داخل هذه المناطق لتنظيم حركة النقل بصورة دقيقة.
- التفكير في دسترة حالة الطوارئ من خلال إدراج فصل في الدستور يحدد شروطها وإجراءاتها وضوابطها.

3- القانون عدد 40 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السفر:

لا تقتصر حرية التنقل على حق المواطن في التنقل داخل الوطن، بل تشمل كذلك الحق في مغادرته. وقد ضمن الفصل 24 هذا الحق. وترتبط ممارسة هذا الحق بضرورة الحصول على جواز سفر، ولذلك فإنّ الحصول على جواز سفر هو حق لصيق بحرية التنقل. وقد اعتبرت المحكمة الإدارية أنّ الحق في الحصول على جواز سفر هو حق أساسي (قرار في توقيف التنفيذ صادر عن الرئيس الأول للمحكمة الإدارية عدد 4104446 بتاريخ 7 فيفري 2020). ويمكن وضع حدود على الحق في مغادرة الوطن شريطة أن تحترم مقتضيات الفصل 49، وهذه الحدود يضبطها القانون عدد 40 لسنة 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السفر. ويتعيّن دراسة هذه الحدود على ضوء الفصل 49 للتثبت من احترامها لمقتضياته.

3-1- القيود على الحق في الحصول على جواز سفر وتجديده: (الفصل 13):

يعترف الفصل 13 لكل تونسي بالحق في الحصول على جواز سفر وتجديده، ولكنّ نفس الفصل يقرّ استثناءات لهذا الحق، حيث يحدّد حالات رفض منح جواز السفر أو تجديده. وتمثل هذه الحالات حدودا على حرية التنقل لا تستجيب كلها لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

3-1-1: القيود التي تحترم الفصل 49:

- **الفصل 13 (أ):** يمكّن الفصل 13 (أ) السلط الإدارية المختصة من رفض منح أو تجديد جواز السفر إذا كان المعني بالأمر قاصرا أو محجورا عليه ولم يدل برخصة من أحد الوالدين أو وليّه أو أمه المتمتعة بحضائنه أو من مقدمه الشرعي. ويهدف هذا الحد إلى حماية القصر والمحجور عليهم الذين يتميزون بالهشاشة سواء لصغر السن أو بالنظر لحالتهم الذهنية والجسدية، ويمكن بالتالي تبرير هذا القيد على حرية التنقل بهدف الأمن العام لأنّ الأمن العام ينطوي على الحفاظ على أمن الأشخاص.

- **الفصل 13 (ب):** يمكن الفصل 13 (ب) السلط الإدارية المختصة من رفض منح أو تجديد جواز السفر إذا كان الطالب في سن أداء الواجب العسكري ولم يتسن له الاستظهار بشهادة إعفاء أو تأجيل. ويحدّد الفصل بشكل دقيق فئة الأشخاص المعنيين بهذا القيد، وهم الأشخاص الخاضعون لواجب أداء الواجب العسكري والذين لم يحصلوا على إعفاء أو تأجيل. ويمكن تبرير هذا القيد على حرية التنقل بهدف حماية الدفاع الوطني.

3-1-2: القيود التي لا تحترم مقتضيات الفصل 49:

- **الفصل 13 (ج):** يخوّل الفصل 13 (ج) السلط الإدارية المختصة رفض منح جواز سفر أو تجديده بطلب من الثيابة العمومية، إذا كان الراغب محلّ تتبعات عدلية أو مفثّش عليه من أجل جنائية أو جنحة، أو لقصاء عقوبة بالسجن إثر محاكمة، ويهدف هذا القيد إلى تحقيق حسن سير الدعوى الجزائية ومنع هروب الأشخاص الذين هم محلّ تتبع جزائي، وهو بذلك مبرّر بهدف تحقيق الأمن العام ومستجيب لمقتضيات دولة ديمقراطية مدنية حيث أنّ تتبع مرتكبي الجرائم ضروري للحفاظ على الحقوق والمبادئ الدستورية. ولكنّ غياب تحديد مدة زمنية قصوى لهذا القيد يجعله مشطاً وغير متناسب مع الهدف المنشود، خاصة وأنّ الدعوى الجزائية قد تمتدّ لسنوات عديدة (وهو ما أقرته اللجنة الدولية للحقوق المدنية والسياسية، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية Földes et FöldesnéHajlik c. Hongrie بتاريخ 31 أكتوبر 2006).

- **الفصل 13 (د):** يمكن الفصل 13(د) من رفض منح جواز السفر وتجديده إذا كان السفر من شأنه التّيل من النّظام والأمن العامين ومن سمعة البلاد التونسية. ونلاحظ أنّ الأسباب التي تبرّر رفض منح جواز السفر أو تجديده تمت صياغتها بعبارات فضفاضة وغير دقيقة، فلا وجود لمعيار دقيق لتحديد الأشخاص أو فئة الأشخاص المعنيين بهذا القيد على حرية التنقل وهو ما يمنح السلطة المختصة سلطة تقديرية واسعة يمكن أن تكون منطلقاً للتعسف في تطبيق هذا القيد عبر اعتماد تأويل واسع جداً، وهو ما تحقق فعلاً كما يبرز من الكثير من القضايا المرفوعة أمام المحكمة الإدارية (مثلاً: رفض جواز سفر لعدم دفع خطية أو بسبب إعاقة جسدية). كما لم يفرض هذا الفصل على السلط المختصة أجلاً محدّداً للنظر في المطالب، ولم يلزمها بتعليل قرارات الرفض وإعلام المعني بالأمر بالأسباب حتى يتسنى له تقديم ملاحظاته للإدارة نفسها أو مناقشتها في إطار طعن قضائي. وبالتالي حتى وإن كان بالإمكان تبرير هذا القيد بهدف دستوري مشروع (الأمن العام)، فهذا الفصل لا يحقق توازناً بين القيد ومبرراته وهو مخالف لمبدأ التناسب. ومن الأفضل احتراماً لمقتضيات الفصل 49 أن يفرض المشرع على السلطة الإدارية في خصوص رفض جواز السفر لأسباب أمنية نفس الشروط والإجراءات التي نص عليها الفصل 15 رابعاً في خصوص منع السفر.

3-2-2- تحديد صلوحيّة جواز السفر من حيث الزمان والمكان (الفصل 14):

ينص الفصل 12 على أنّه يسلم جواز السفر العادي من قبل وزير الداخلية لمدة يتم ضبطها بمقتضى أمر. واستثناء لهذه القاعدة ينص الفصل 14 على أنّه يمكن لوزير الداخلية في حالات خاصة أن يحدّد من

صلوحية جواز السفر العادي من حيث الزمان والمكان، وهو ما يمثل حداً لحرية التنقل. ومن اللافت أنّ الفصل 14 جاء في صيغة مبهمّة حيث لم يتضمن تحديداً للأسباب التي يمكن أن تبرّر هذا الحدّ، وهو بذلك مخالف للفصل 49 من الدستور الذي يفرض أن توضع الحدود لتحقيق هدف من الأهداف التي عدّها على وجه الحصر. كما يترك الفصل 14 للوزير سلطة تقديرية واسعة وغير محدّدة في تحديد «الحالات الخاصة» التي تبرّر تقليص صلوحية جواز السفر وهو ما يخالف مبدأي الضرورة والتناسب. ويتطلب احترام مقتضيات الفصل 49 تحديداً واضحاً من قبل المشرع لهذه الحالات الخاصة.

3-3- تحجير السفر (الفصول 15 مكرّر و15 ثالثاً و15 رابعاً):

تحجير السفر هو قيد على حرية التنقل، وهو اختصاص ينفرد به القضاء حسب مقتضيات الفصول 15 مكرر و15 ثالثاً و15 رابعاً، فلا يمكن تقريره إلا بإذن قضائي. وقد طوّر القانون الأساسي عدد 45 المؤرخ في 7 جوان 2017 المنقح لقانون 1975 النظام القانوني لتحجير السفر من خلال إحاطته بعدد من الضمانات، غير أنّ هذا التنقيح على أهميته لم يحقق احترام مقتضيات الفصل 49 بشكل كامل.

3-3-1: تحجير سفر الأشخاص محل تتبع جزائي (الفصل 15 مكرر والفصل 15 ثالثاً): تدعيم الضمانات وتواصل الإخلالات الدستورية:

خوّل الفصل 15 مكرّر لقاضي التحقيق تحجير السفر على المظنون فيه في إطار قضية تحقيقية متعهّدة بها. وخوّل الفصل 15 ثالثاً للمحكمة المتعهّدة تحجير السفر على المظنون فيه في إطار قضية جزائية جارية من أجل جنائية أو جنحة تستوجب عقاباً بالسجن لا يقل عن عام واحد، كما خوّل للنيابة العمومية اتخاذ قرار وقتي معلل في تحجير السفر في حالة التلبس أو التأكد. وتحجير السفر في هذه الحالات هو قيد على حرية التنقل يجد تبريره في تتبع مرتكبي الجرائم فهو يستهدف تحقيق الأمن العام وهو من هذه الناحية محترم للفصل 49، ولكن يتعين البحث فيما إذا كان هذا القيد يحترم بقية الشروط المنصوص عليها في الفصل 49.

يتعين الإشارة بدايةً إلى أنّ المشرع عمل على إحاطة هذا القيد على حرية التنقل بعدد من الضمانات حيث يفرض **الفصلان 15 مكرّر و15 ثالثاً** تعليلاً لقرار تحجير السفر. ويفرض الفصل 15 مكرّر إعلام المعني بالأمر أو محاميه بقرار قاضي التحقيق بطريقة تترك أثراً كتابياً في أجل محدّد، ويسمح بتقديم مطلب لرفع التحجير وبقيد القاضي بأجل محدّد للبت، ويمكن المعني بالأمر في صورة عدم بتّ قاضي التحقيق هذه الأجل من تقديم مطلب في الغرض لدائرة الاتهام. كما يقر الفصل 15 مكرّر مبدأ التقاضي على درجتين ويخوّل للمعني بالأمر استئناف قرار قاضي التحقيق بتحجير السفر أو رفض مطلب رفعه، وبقيد هذه الإجراءات بأجل قصيرة تضمن سرعة الفصل. كما يحدّد المدة القصوى للتحجير وهي 14 شهراً بالنسبة للتحجير الصادر عن قاضي التحقيق والمحكمة المتعهّدة بالقضية، و15 يوماً إذا كان التحجير صادراً عن النيابة العمومية.

وعلى الرغم من تكريس هذه الضمانات، لم يحقق الفصلان التوازن المطلوب بين القيد على حرية التنقل وهدف الحفاظ على الأمن العام للأسباب العديدة التالية: استثناف قرار تحجير السفر الصادر عن قاضي التحقيق ليس له أثر تعليقي خلافا للاستثناف المرفوع من قبل وكيل الجمهورية ضد قرار رفع تحجير السفر. كما لا ينص الفصل 15 ثالثا في صورة صدور قرار التحجير عن المحكمة المتعدهة بقضية جزائية على ضرورة تمكين الشخص المعني من حقه في الدفاع وتقديم ملاحظاته، ولا ينص على طريقة للطعن في هذا القرار أو طلب مراجعته.

وأما بالنسبة لتحجير السفر الصادر عن النيابة العمومية، ينص الفصل 15 ثالثا على أنه يكون في حالة التلبس أو التأكد. ولئن كانت حالة التلبس معرّفة قانونا (الفصل 33 من مجلة الإجراءات الجزائية) فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة لحالة التأكد، فهو مصطلح غير دقيق ممّا يمنح النيابة العمومية سلطة واسعة في تقدير توقّر شرط التأكد ويفتح الباب أمام تأويل واسع يفضي إلى تضيق مشط من حرية التنقل.

من جهة أخرى لم يؤطر **الفصلان 15 مكرر و15 ثالثا** سلطة قاضي التحقيق والمحكمة المتعدهة بالقضية في اتخاذ قرار التحجير. حيث لم يتمّ تحديد شروط محدّدة لإقرار هذا الإجراء، ولم يشترط الفصلان ألا يتمّ تحجير السفر إلا في الحالات التي تتوفر فيها أسباب كافية ومعقولة ترّجح إمكانية هروب المظنون فيه. ولا تحول بالتالي صياغة الفصلين المذكورين دون إمكانية تحجير السفر بصورة آلية دون أن يكون هذا القيد على الحرية ضروريا أو مبرّرا.

وبالإضافة إلى هذه النقائص تطرح الفقرة الخامسة من الفصل 15 ثالثا إشكالا جوهريا، فعلى الرغم من أنّ المدة القصوى للتحجير محدّدة بـ14 شهرا، فإنّ رفع التحجير متوقّف على شرطين اثنيين: حيث يتطلب رفع التحجير صدور قرار كتابي من الجهة القضائية المتعدهة، كما لا يمكن رفع تحجير سفر كل من تعمد التخلف عن حضور إجراءات التتبع أو المحاكمة الجارية ضده. ولئن كان الشرط الثاني معقولا ومتلائما مع الهدف الذي أقرّ من أجله هذا القيد على حرية التنقل، فإنّ الشرط الأول يطرح اشكاليتين اثنتين:

أولا: صياغة الفقرة الخامسة من الفصل 15 ثالثا لا تسمح بتحديد دقيق وواضح لطبيعة السلطة المخولة للقاضي لإصدار قرار رفع تحجير السفر، فهل القاضي مقيد ومجبر باتخاذ قرار في رفع تحجير السفر بمجرد انقضاء المدة القصوى أم له سلطة تقديرية ويمكنه رفض إصدار قرار في رفع تحجير السفر إذا اعتبر أنه من الضروري الإبقاء على التحجير نظرا لظروف وملابسات القضية ؟

ثانيا: تنص الفقرة الخامسة من الفصل 15 ثالثا على أنه يتحتم رفع تحجير السفر بانقضاء أجل أربعة عشر شهرا من تاريخ صدوره بمقتضى قرار كتابي يتخذ من قبل الجهة القضائية المتعدهة في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ انقضاء الأجل المذكور. ولكن لم يحدّد الفصل 15 ثالثا طبيعة أجل 3 أيام، وما إذا كان أجلا استنهائيا أو أمرا. ولذلك من المشروع التساؤل عن الآثار المترتبة عن انقضاء أجل 3 أيام دون أن يرفع القاضي التحجير؟ لا يتضمن الفصل 15 ثالثا إجابة عن هذا التساؤل حيث لم يتم التنصيص مثلا على أنه

في صورة مرور أجل ثلاثة أيام دون أن يصدر القاضي قرارا برفع التحجير، فإنّ التحجير يرفع بصورة آلية. ولذلك فإنّ صياغة الفقرة الخامسة من الفصل 15 ثالثا على هذا النحو تفتقر للوضوح وتفتح مجالا واسعا للتأويل ولا تقصي إمكانية أن يمتدّ تحجير السفر إلى أكثر من المدة القصوى المنصوص عليها وهي 14 شهرا.

وبالنظر إلى مجمل هذه الاعتبارات من الواضح أنّ الفصلين 15 مكرّر و15 ثالثا لم يحققا التوازن بين القيد والهدف المنشود ولم يحترما مبدأ التناسب وتضمّنا أحكاما مخالفة للفصل 49.

3-3-2: تحجير سفر الأشخاص بطلب من الإدارة حتى ضد الأشخاص الذين ليسوا محل تتبع أو حكم (الفصل 15 رابعا):

يسمح **الفصل 15 رابعا** بتحجير السفر إذا كان من شأن سفر حامل الجواز النيل من الأمن العام ولو في غياب التتبع أو الحكم ضده. ويتمّ تحجير السفر بقرار من رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع بدائرتها محل إقامة حامل الجواز، وبطلب من الإدارة عن طريق النيابة العمومية. ولئن كان هذا القيد على حرية التنقل مبرّرا بهدف الحفاظ على الأمن العام، فإنّ المشرّع لم يوطر بشكل دقيق سلطة القاضي حيث لم يحدّد العناصر الواقعية أو السلوك المنسوب للمعني الذي يتعين أخذه بعين الاعتبار لتقدير إذا كان سفره من شأنه أن يمثل تهديدا للأمن العام، ولم يضبط معايير توجيهية لتقدير المساس بالأمن العام الذي يمكن أن يبرر تحجير السفر وهو ما يمنح القاضي سلطة واسعة في التقدير يمكن أن تفضي إلى تأويل واسع لمقتضيات هذا الفصل يخالف مبدأ الضرورة والتناسب لا سيما وأنّ الأشخاص الذين يمكن أن يتسلطّ عليهم هذا الإجراء ليسوا بالضرورة محل تتبع أو حكم.

4- القانون عدد 27 المؤرخ في 22 مارس 1993 المتعلق ببطاقة التعريف الوطنية: (الفصل 7):

خلافًا لبعض الدول، يفرض الفصل الأول من القانون عدد 27 لسنة 1993 حمل بطاقة التعريف الوطنية بصورة وجوبية بالنسبة إلى المواطنين من كلا الجنسين البالغين من العمر ثمانية عشرة سنة على الأقل.

ويلزم الفصل 7 كل المواطنين الملزمين بحمل بطاقة التعريف الوطنية أن يستظهروا بها عند كل طلب من قبل أعوان الأمن الوطني والحرس الوطني، وإلا استهدفوا إلى ختية مالية قدرها خمسة دنانير.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أنّ مراقبة الهوية صنفان: صنف أول يندرج ضمن أعمال الضبط العدلي ويهدف إلى تتبع مرتكبي الجرائم، وصنف ثانٍ وقائي يندرج ضمن أعمال الضبط الإداري ويهدف إلى الوقاية من أيّ إخلال بالنظام العام.

وتمثل مراقبة الهوية تضيقا على الحرية في التنقل ولذلك يجب أن تركز على مبررات مشروعة. وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أنّ المراقبة العشوائية والتقديرية غير المضبوطة بمعايير موضوعية تمثل انتهاكا للحرية، وأنّه يجب أن تكون المراقبة الوقائية مبرّرة بوجود ظروف تمثّل خطرا يهدّد النظام العام

(قرار عدد 323 بتاريخ 5 أوت 1993). كما فرضت بعض الدول ضرورة تقديم وصل للشخص موضوع المراقبة (المملكة المتحدة) حتى يتمكن من إثبات الرقابة والتظلم من هذا الإجراء.

وبالرجوع إلى الفصل 7 تبيّن أنّه لا يحدّد الأهداف التي يمكن أن تبرّر مراقبة الهوية، كما لا يضبط معايير موضوعية تبرّر هذا الإجراء، ولا يعرّف الأشخاص أو فئة الأشخاص الذين يمكن أن يخضعوا له ولا طبيعة الظروف التي يمكن أن تبرّره. وهو بذلك يمنح حرية كاملة وغير مؤطرة للسلط الأمنية للقيام بهذا الإجراء حتى وإن لم يكن ضروريا وهو ما من شأنه المساس بحرية التنقل لا سيما وأنّ عدم الاستظهار ببطاقة التعريف يمثل مخالفة موجبة لتسليط خلية مالية. وتأسيسا على ذلك فإنّ تفحص أحكام الفصل 7 يطرح مسألة خرقه لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.



حرية الاجتماع والتظاهر السلميين
والفصل 49

تعدّ حرية التظاهر القلب النابض للديمقراطية. ولهذه الحرية أهمية بالغة باعتبارها أداة لممارسة حريات أخرى عديدة لا فقط سياسية ومدنية بل كذلك اقتصادية واجتماعية وثقافية.

وعادة لا تكتس حرية التظاهر بشكل مستقل بل باعتبارها مكوّنا من مكونات حرية الإجماع أو شكلا من أشكال حرية التعبير، كما هو الأمر في دستور الولايات المتحدة الأمريكية وفي القانون الدستوري الفرنسي والإسباني والإيطالي. وعلى مستوى النصوص الدولية لحقوق الإنسان، لا تكتس هذه النصوص حرية التظاهر بشكل مستقل بل باعتبارها مكوّنا من مكونات الحق في الإجماع كما هو الأمر بالنسبة للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الفصل 21) والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب (الفصل 11). ويعدّ التظاهر على معنى هذه النصوص تجمّعا حيث تتبنى مفهوما واسعا للتجمع الذي يمكن أن يتخذ شكل مظاهرات أو اعتصامات أو مواكب أو استعراضات إلخ...

وفي المبادئ التوجيهية لمكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي واللجنة الأوروبية لنشر الديمقراطية (لجنة البندقية) حول حرية التجمع السلمي تمّ تعريف التجمّع بأنه «الوجود المقصود والوقتي لعدة أشخاص في مكان عام للتعبير عن وجهة نظر مشتركة».

ونستنتج انطلاقا من هذا التعريف أنّ التجمّع يعرّف انطلاقا من عنصرين اثنين: عنصر مادي يتمثل في وجود تجمع أشخاص في الفضاء العام أو فضاء مفتوح للعموم، وعنصر ذاتي يتمثل في هدف هذا التجمع وهو التعبير عن رأي مشترك.

وقد ضمن دستور 2014 حرية الاجتماع والتظاهر السلميين وأفردها بفصل مستقل هو الفصل 37، كما نص الدستور صراحة على التظاهر ولم يكتف بإقرار حرية الإجماع خلافا لدستور 1959. غير أنّ هذه الحرية الأساسية يمكن أن تكون موضوعا لعدد من القيود نظّمها القانون عدد 4 المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجمهر. وبتفحص هذا القانون على ضوء الفصل 49 من الدستور، تتبيّن أنّه تضمن العديد من الأحكام التي لا تحترم مقتضيات الفصل 49.

1- شروط وإجراءات ممارسة حرية الإجماع والتظاهر السلميين:

1-1- الشكليات المفروضة لتنظيم إجماع أو مظاهرة: عائق أمام ممارسة حرية الإجماع والتظاهر السلميين: (الفصل 2 والفصل 9):

أقرّ الفصل الأول حرية الإجماع والتظاهر دون سابق ترخيص. واكتفى الفصلان 2 و9 من القانون بإخضاع تنظيم الاجتماعات والمظاهرات للإعلام المسبق. ونظام الإعلام المسبق هو نظام وسطي بين النظام الرديعي والنظام الوقائي، وهو نظريا يحترم الحرية. ولكنّ النظام القانوني للإعلام المسبق كما ضبطه قانون 1969 يمثّل عائقا أمام الممارسة الفعلية لحرية الإجماع والتظاهر.

1-1-1: الوصل: شكلية تحوّل نظام الإعلام إلى نظام ترخيص يفرغ الحرية من محتواها:

ينص **الفصل 2 والفصل 9** على أنّ كل اجتماع عام أو مظاهرة بالطريق العام تخضع وجوباً لإعلام مسبق إلى الولاية أو المعتمدية وبالنسبة للعاصمة إلى إدارة الأمن الوطني مقابل تسليم وصل.

و لا يمنح الفصلان 2 و9 سلطة تقديرية للإدارة التي تكون ملزمة بتقديم الوصل الذي يمثّل وسيلة الإثبات الوحيدة لتقيّد المنظمين بواجب الإعلام المسبق.

غير أنّه ومنذ السنوات الأولى لتطبيق هذا القانون تحوّل نظام الإعلام عملياً وقانونياً إلى نظام ترخيص حيث لا يوفّر قانون 1969 ضمانات قانونية وقضائية إزاء رفض الإدارة تسليم الوصل. ويمثّل رفض تسليم الوصل منعاً ضمناً يحول دون ممارسة حرية الاجتماع والتظاهر ويمسّ من جوهرها ويخالف مقتضيات الفصل 49 خاصة وأنّ قانون 1969 لا ينص على طريقة طعن توفّر فيها خصائص الجدوى والنجاعة والسرعة ضد تعسّف الإدارة في رفض تسليم الوصل.

ولئن كان من الممكن الطعن في قرار الرفض أمام المحكمة الإدارية وطلب توقيف تنفيذه، فإنّ شروط توقيف التنفيذ وخصائصه الإجرائية لا تتلاءم مع خصوصيات هذه الحرية، حيث يمكن أن تمتدّ آجال البت في المطلب لشهر كامل (الفصل 40 من قانون عدد 40 لسنة 1972) يكون فيها الموعد المقرر للاجتماع أو المظاهرة قد انقضى، كما أنّ مطلب توقيف التنفيذ لا يقبل من حيث المبدأ ضد القرارات السلبية (قرارات الرفض). وفي المقابل تم إرساء آليات استعجالية ناجعة في القانون المقارن كالقانون الفرنسي مثلاً حيث تم إرساء استعجالي الحريات الذي يبت القاضي في إطاره في أجل 48 ساعة.

ويتعيّن لاحترام جوهر الحرية التنصيص في القانون على أن يتم الإعلام بأية وسيلة تترك أثراً كتابياً دون اشتراط الوصل، فلا يكون أمام الإدارة في هذه الحالة سوى المنع الصريح في صورة وجود هدف مشروع.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المبادئ التوجيهية الأوروبية والإفريقية لحرية التجمّع تجمع على أنّ الإعلام المسبق ليس ضرورياً وأنّ احترام حرية التجمع تفرض أن لا يتم اشتراطه إلا في الحالة التي يكون الغرض منه تيسير حرية التجمع وتمكين السلط المختصة من اتخاذ الترتيبات اللازمة لتسهيل حرية التجمع وحماية الأمن العام وحقوق الغير.

1-1-2: الإعلام المسبق: قاعدة مطلقة لا يرد عليها أي استثناء:

يخضع **الفصلان 2 و9** من قانون 1969 لواجب الإعلام المسبق كل الاجتماعات العامة وكل المواكب والإستعراضات وبصفة عامة كل مظاهرة بالطريق العام. وتستوجب صياغة هذين الفصلين إبداء ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: عمومية المصطلحات المستعملة توسّع بشكل مشط من نطاق واجب الإعلام المسبق

يشمل كل شكل من أشكال التجمع حيث لم يعرف المشرع مصطلح الإجتماع أو المظاهرة ولم يضبط معايير لتمييز التجمعات الخاضعة لقانون 1969 ممّا يترك سلطة تقديرية واسعة للإدارة لتحديد مجال تطبيق واجب الإعلام المسبق، وهو ما يمثل تهديدا لحرية الإجتماع لا سيّما وأنّ مخالفة واجب الإعلام تعرّض المخالفين لعقوبات جزائية مشدّدة سواء في ذلك المنظّمون (الفصل 23 والفصل 31) أو المشاركون (الفصل 26) أو حتى الأشخاص الذين أعدّوا محلا على ذمة المنظمين دون أن يتأكدوا من أنّ الإعلام عن الاجتماع وقع بصفة قانونية (الفصل 24). وتأسيسا على ذلك فإنّ صياغة الفصلين 2 و9 لا تسمح بحماية الأفراد من تأويل واسع يعرّضهم لتتبع جزائي وهي بذلك تمثّل مساسا بحرية الإجتماع غير متناسب مع هدف الحفاظ على الأمن العام ويخالف مقتضيات الفصل 49.

الملاحظة الثانية: قاعدة الإعلام المسبق مطلقة لا يرد عليها أي استثناء، ويترتب عن ذلك نتيجتان:

أولا: كل تجمّع عام لا يحترم هذه القاعدة يعدّ غير شرعي ويمثل تجمهرا يمكن تفريقه بالقوة العامة حتى وإن كان سلميا خلافا لما أقرته اللجنة الدولية لحقوق الإنسان (تعليق عام عدد 37) وللمبادئ التوجيهية لحرية الاجتماع.

ثانيا: منع مطلق للاجتماعات والمظاهرات العفوية والتي لا يكون الإعلام المسبق بها ممكنا عمليا لاثّنها تحدث كردود فعل تجاه بعض الأحداث. وهو مخالف لما أقرته اللجنة الدولية لحقوق الإنسان (تعليق عام عدد 37) وللمبادئ التوجيهية لحرية الاجتماع ولفقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تؤكد جميعها على ضرورة إدراج استثناء في التشريع المنظم لحرية التجمع يعفي التجمعات العفوية من واجب الإعلام المسبق.

وتأسيسا على ذلك فإنّ قاعدة الإعلام المسبق كما تم تنظيمها في قانون 1969 تفضي إلى اعتبار أنّ كل تجمع لم يتمّ الإعلام عنه هو تجمع غير شرعي يمكن تفريقه بالقوة حتى وإن كان سلميا، كما تفضي إلى المنع المطلق للاجتماعات العفوية حتى وإن لم تمثّل تهديدا للأمن العام وهي بذلك تضع قيودا غير مبرّرة على حرية الاجتماع والتظاهر السلميين لا تستجيب لمقتضيات الضرورة والتناسب وتخالف مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

1-2- شروط ممارسة حرية الاجتماع والتظاهر السلميين: نظام يفرغ الحرية من محتواها:

يضع قانون 1969 عددا من الشروط لممارسة حرية الاجتماع والتظاهر تتعلق بالزمان والمكان والطريقة والمحتوى ينتج عنها تنظيم صارم يفرض قيودا غير متناسبة مع الهدف المراد تحقيقه.

– يكتبي **الفصل 8** بمنع الاجتماعات في الطريق العام دون تحديد فضاء الاجتماعات الخاضعة لأحكامه وهو ما يطرح التساؤل إذا ما كانت الاجتماعات في الأملاك الخاصة بما في ذلك الأملاك

الخاصة للدولة والجماعات المحلية تخضع لمقتضياته. وي طرح نفس الإشكال بالنسبة للجماعات عن بعد. ويفتح غموض أحكام القانون المجال لتأويل واسع في حين أنّ القانون المنظم للحريات يجب أن يكون واضحا يحدّد بدقة مجال انطباقه وهو ما أقرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إذ اعتبرت أنّ شرط وضع القيود على الحريات بمقتضى قانون لا يعدّ متحققا إلا إذا توفّرت فيه شروط الدقة والوضوح.

– يقتضي **الفصل 2** أنّ كل تجمع خاضع لقانون 1969 يجب أن يتّمّ الإعلام عنه من قبل شخصين كما يقتضي **الفصل 5** تحديد هيئة مسؤولة لكل اجتماع تتألف من 3 أشخاص. وتهدف هذه الأحكام بالأساس إلى تحديد الأشخاص المسؤولين في صورة مخالفة أحكام قانون 1969.

ونستنتج من أحكام **الفصلين 5 و 23** من قانون 1969 أنّ مسؤولية جزائية ثقيلة تقع على عاتق المنظمين حيث يحتمل الفصل 5 الهيئة المسؤولة عن الاجتماع واجب حفظ النظام و«منع كل مخالفة للقوانين» وتوجيه كل خطاب يمس بالأمن العام والأخلاق الحميدة أو يتضمن التحريض على عمل يوصف بجناية أو جنحة.

ويرتّب الفصل 23 عن مخالفة مقتضيات الفصل 5 عقوبة بالسجن يمكن أن تصل إلى 3 أشهر وهو ما يعني أنّه يمكن تتبع الهيئة المسؤولة أو الممضين على الإعلام بمجرد وجود مخالفة للقوانين مهما كان نوعها تسبب لأحد المشاركين في الاجتماع حتى وإن قامت الهيئة المسؤولة بجهود معقولة لمنعها. وهو ما يعدّ حدا غير متناسب لحرية الاجتماع حيث تفضي عمومية العبارات المستعملة في الفصل 5 واقترانها بعقوبة جزائية سالبة للحرية إلى إنشاء الأفراد وعزوفهم عن ممارسة حرية الاجتماع وإفراغ هذه الحرية من محتواها. ويخالف بذلك الفصلان 5 و 23 مقتضيات الفصل 49.

– يفرض **الفصل 5** على الهيئة المسؤولة تحجير كل خطاب يمس «بالأمن العام والأخلاق الحميدة» كما يفرض **الفصل 10** أن يتضمن الإعلام المسبق بيان اللافات أو الريات التي سيتم رفعها في المظاهرة. وتفرض هذه الفصول قيودا على مضامين التجمع والرسائل والأفكار التي يراد التعبير عنها. وحسب اللجنة الدولية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فإنّ التجمعات تعقد لأغراض تعبيرية مشتركة تهدف إلى توصيل رسالة إلى المجتمع.

ولذلك فإنّ تقييد المضامين يمس من جوهر الحرية ويتوجب الامتناع عن فرض هذه القيود حتى وإن كانت الرسالة صادمة إلا إذا كان هناك تهديد وشيك بوقوع أعمال عنف أو مساس بالمبادئ الديمقراطية (Güneri et autres c. Turquie بتاريخ 12 جويلية 2005). كما تجدر الإشارة إلى أنّ عبارة «الأخلاق الحميدة» حتى وإن كان من الممكن ربطها بهدف حماية الآداب العامة الواردة بالفصل 49، فإنّها عبارة غير دقيقة تفتح مجالا واسعا للتأويل للسلط المكلفة بتطبيق القانون.

– ينص **الفصل 6** على تعيين موظف من طرف مصالح الأمن ليحضر الاجتماع ويمكنه توقيفه بطلب من الهيئة المسؤولة أو في صورة شجار أو اعتداء بالعنف. وتوقيف الاجتماع هو حد للحرية جعله الفصل 6 متوقفا على السلطة التقديرية لموظف واحد دون إمكانية الطعن في قراره.

وتأسيسا على ذلك فإنّ الفصول 5 و6 و10 تفرض قيودا على حرية التجمع لا تحترم مبدأ التناسب وتخالف مقتضيات الفصل 49.

2- إجراءات الضبط والعقوبات: تشدّد مفرد:

2-1- نظام التدابير الضبطية والعقوبات في قانون 1969:

2-1-1: إجراءات الضبط الإداري:

- منع الإجماع أو المظاهرة: (الفصل 7 والفصل 12)

ينص **الفصل 7 والفصل 12** على إمكانية منع كل إجماع أو مظاهرة «يتوقّع» منهما «إخلال بالأمن أو النظام العام». ويستعمل الفصلان عبارات فضفاضة من شأنها منح صلاحيات تقديرية واسعة النطاق إلى السلطات المخولة بتطبيق القانون. حيث تسمح صياغة الفصلين بالمنع لمجرّد وجود احتمال الإخلال أي خطر افتراضي محتمل دون تحديد معايير واضحة تضمن تقييما موضوعيا لهذا الخطر. وهو ما يمكن أن يؤوّل إلى تأويل واسع يضيّق بشكل تعسفي ومفرد من حرية الإجماع.

من ناحية أخرى فإنّ صياغة هذين الفصلين تفضي إلى المنع الآلي **للتجمعات المضادة** وهي التجمعات المقامة في نفس الوقت للتعبير عن عدم الموافقة على الآراء التي أعرب عنها تجمع آخر، لأنّ التجمعات المضادة بالضرورة «يتوقع منها الإخلال بالأمن والنظام العام». وهو ما يخالف المبادئ التوجيهية الأوروبية والإفريقية وفقه قضاء المحكمة الأوروبية التي تؤكّد على واجب الدولة في حماية وتسهيل مجرى كل حدث ترافقه تظاهرات مضادة وتوفير العناصر الكافية من رجال الأمن لتسهيل مجريات هذه التجمعات المتزامنة. كما لا يفرض الفصلان 7 و12 على الإدارة اعتماد حلول بديلة للمنع تسمح بتجنب الإخلال المتوقع بالأمن العام كتغيير المكان أو التوقيت.

ويسمح بذلك قانون 1969 باتخاذ قرار المنع بالرغم من أنه لا يمثل الوسيلة الأقلّ وطأة لتحقيق هدف الأمن العام في حين أنّ احترام مبدأ التناسب يقتضي التنصيص على أنّ المنع لا يمكن تقييده إلا إذا كان الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذا الهدف.

كما لا يحيط القانون هذا القيد على حرية الإجماع والتظاهر بضمانات كافية فلا يلزم السلط الإدارية بتعليل قرار المنع فضلا عن أنّه لا يلزم الإدارة بأجال محدّدة لاتخاذ قرار المنع وتبليغه للمعنيين به حتى يتمكنوا من الطعن فيه قبل الموعد الذي كان مقرّرا للاجتماع أو المظاهرة.

ولا ينص القانون على طريقة طعن قضائية ملائمة من حيث إجراءاتها وسريعتها من حيث آجالها. وبالنظر إلى كل هذه الاعتبارات فإنّ الفصلين 7 و12 يفرضان قيودا على الحرية غير متناسبة مع هدف الأمن العام ويخالفان مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

– التفريق بالقوة العامة: (الباب الثالث والباب الرابع)

التجمعات السلمية تحظى وحدها بحماية الفصل 37 من الدستور، أما التجمعات غير السلمية فهي تمثل تهديدا للأمن العام ومن المشروع منعها وتفريقها بالقوة. وتأسيسا على ذلك فمن الضروري أن يعرف القانون هذه المصطلحات ويضع معايير واضحة للتمييز بينها. غير أنَّ قانون 1969 لا يعرف هذه المصطلحات بل يكتفي في الباب الثالث بالسماح بالتفريق بالقوة لكل تجمع مسلح أو غير مسلح ينتج عنه إخلال بالراحة العامة. وعبرة الراحة العامة هي عبارة غير دقيقة وهي لا تندرج ضمن الأهداف التي عددها الفصل 49 من الدستور والتي تبرر وضع قيود على الحريات. وحتى وإن أمكن ربط الراحة العامة بهدف حماية حقوق الغير، فإنها عبارة تفتح مجالا واسعا للتأويل فحتى الاضطراب البسيط في حركة المرور أو استعمال مضخمات الصوت يمكن اعتباره إخلالا بالراحة العامة يبرر تفريق التجمع بالقوة.

ويعتمد القانون تعريفا واسعا جدا للتجمع المسلح: حيث يكفي حسب الفصل 14 لیتخذ التجمع هذه الصفة أن يكون أحد أفراده حاملا سلاحا ظاهرا، ويسمح الباب الثالث في هذه الحالة بتفريق التجمع بالقوة في حين أنَّ هدف الأمن العام يمكن أن يتحقق بتدخل أقل تقييدا للحرية يكون موجها فقط ضد الشخص الحامل للسلاح.

ويستخلص مما تقدّم أنَّ أحكام الباب الثالث عموما تفرض قيودا على حرية الاجتماع غير متناسبة مع هدف الأمن العام وتتجاوز ما هو ضروري لتحقيق هذا الهدف وتمثل خرقا للفصل 49 من الدستور.

يسمح الباب الرابع لأعوان الأمن استعمال الأسلحة لتفريق التجمعات، وعلى الرغم من إقرار مبدأ التدرج في استعمال الأسلحة، فقد احتوى هذا الباب خاصة في الفصولين 21 و22 قيودا غير متناسبة بشكل واضح مع الهدف المنشود وتمثل خرقا للفصل 49.

يسمح **الفصل 21** لأعوان الأمن باستعمال الأسلحة النارية إذا وجدوا أنفسهم أمام «متجمهرين يأبون التفريق رغم الإنذارات الموجهة لهم» وهو ما يعني أنَّ مجرد المقاومة السلبية لأمر التفريق التي لا تنطوي على استعمال العنف أو نية استعمال العنف تبرر اللجوء للأسلحة النارية من قبل أعوان الأمن وهو ما يمثل خرقا واضحا لمبدأ التناسب المكرس بالفصل 49. وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنَّ استعمال القوة لتفريق مظاهرة غير شرعية بالرغم من أنَّ المتظاهرين لم يستعملوا العنف يمثل انتهاكا لحرية الاجتماع. (قضية *Affaire EKŞİ Et OCAK c. Turquie*)

يسمح **الفصل 22** لقوات الأمن بإطلاق النار مباشرة على المتجمهرين إذا «عمدوا إلى بلوغ مقاصدهم بالقوة». وقد وردت شروط إطلاق النار على المتجمهرين عامة وغير دقيقة حيث لم يحدّد الفصل 22 طبيعة ولا درجة ولا أثر القوة التي يستعملها المتظاهرون والتي تبرر إطلاق النار عليهم مباشرة مما يفتح مجالا واسعا لتأويل هذه الفصل من قبل قوات الأمن. وحسب المبادئ الأساسية لمنظمة الأمم المتحدة حول اللجوء إلى الأسلحة النارية من قبل الأعوان المكلفين بتطبيق القانون فإنّ العنف الذي يمكن أن يبرر استعمال الأسلحة النارية لتفريق المظاهرات هو فقط ذلك الذي يهدد حياة الأشخاص أو سلامتهم الجسدية بشكل خطير.

2-1-2: العقوبات الجزائية: صرامة مُبالغ فيها: (الباب الخامس):

خصص القانون 1969 باباً كاملاً يضم قائمة طويلة من العقوبات الجزائية التي تتعلق بكل مراحل الاجتماع أو المظاهرة وتمتدّ لكل المتدخلين من منظمين ومشاركين. واحتوى عقوبات متنوعة: خطايا مالية وعقوبات سالبة للحرية يمكن أن تصل إلى عشر سنوات سجناً (الفصل 30) بالإضافة إلى عقوبات تكميلية تتمثل في تحجير الإقامة لمدة يمكن أن تصل إلى 10 سنوات والحرمان من الحقوق المدنية والسياسية (الفصل 29 والفصل 30).

ويقتضي مبدأ التناسب أن تكون العقوبات متناسبة مع خطورة الإخلال غير أنّ الباب الخامس من قانون 1969 لا يتقيّد بهذا المبدأ حيث ينصّ مثلاً على عقوبة بالسجن تصل إلى 3 أشهر لكل من ينظم أو يشارك في مظاهرة لم يقع الإعلام عنها حتى وإن كانت سلمية. ومن الواضح أنّ هذه العقوبات غير المتلائمة مع خطورة الإخلال من شأنها إثراء الأفراد عن تنظيم التجمعات والمشاركة فيها وهي بذلك تمس من جوهر حرية الاجتماع والتظاهر وتخالف الفصل 49 من الدستور.

2-2-2: النظام القانوني لحرية الاجتماع والتظاهر السلميين في إطار حالة الطوارئ:

1-2-2: الأمر عدد 50 المؤرخ في 26 جانفي 1978 المتعلق بحالة الطوارئ: (الفصل 7):

يسمح الفصل 7 لوزير الداخلية بالنسبة لكامل التراب الذي أعلنت به حالة الطوارئ وللوالي بالنسبة للولاية الأمر بغلق أماكن الاجتماعات مهما كان نوعها وتحجير الاجتماعات التي من شأنها الإخلال بالأمن أو التمادي في ذلك.

هذا القيد على حرية الاجتماع تمّ إقراره بنص ترتيبي لا بنص تشريعي، وهو ما يمثل خرقاً واضحاً للفصل 49 من الدستور. كما أنّ المبررات التي تخوّل هذا القيد صيغت بطريقة عامة غير دقيقة تمنح السلط الإدارية سلطة واسعة في تقديرها بما يفتح المجال لتضييق مشط من الحرية، فضلاً عن ذلك لا ينصّ أمر 1978 على طريقة طعن ناجعة تمكّن من البت في آجال سريعة. كما يسمح أمر 1978 بتجديد حالة الطوارئ دون تحديد سقف زمني ممّا أفضى إلى سريان حالة الطوارئ بشكل شبه دائم منذ 2015. وهو ما يعني أنّ هذا القيد على حرية الاجتماع يمكن أن يستمر لمدة طويلة في الزمن. وتأسيساً على ذلك تطوي أحكام الفصل 7 على مساس بحرية الاجتماع غير متناسب مع الهدف المراد تحقيقه ومخالف لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

2-2-2: مشروع القانون الأساسي عدد 91 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ: (الفصل 5):

صادقت لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية لمجلس نواب الشعب في ماي 2019 على مشروع القانون الأساسي المنظم لحالات الطوارئ. ويخوّل الفصل 5 من مشروع القانون في صيغته التي وافقت

عليها اللجنة للولاة خلال سريان حالة الطوارئ وفي إطار ما تقتضيه ضرورة المحافظة على الأمن العام والنظام العام «منع أو تعليق الاجتماعات والتجمعات والموكب والاستعراضات والمظاهرات التي من شأنها أن تشكل خطراً على الأمن أو النظام العام». ولا تسمح عمومية العبارات المستعملة في هذا الفصل بتأطير سلطة الولاة في تقدير توقُّر الأسباب التي تبرّر هذا القيد على حرية الإجماع والتظاهر وهو ما يمكن أن يؤوّل إلى تأويل واسع يمسّ بشكل مشط من ممارسة هذه الحرية تحت ذريعة حالة الطوارئ. ولا يحترم بذلك الفصل 5 مبدأ التناسب ممّا يجعله مخالفاً للفصل 49.

وتجدر الإشارة إلى أنّه في بعض الأنظمة المقارنة مثل البرتغال لا يمكن منع اجتماعات الأحزاب والجمعيات والنقابات حتى في الظروف الإستثنائية، وفي القانون الفرنسي المتعلق بحالة الطوارئ (الفصل 8 من قانون 3 أفريل 1955) لا يمكن منع التجمعات والمظاهرات خلال سريان حالة الطوارئ إلا إذا كان يتعدّر على السلط المختصة الحفاظ على الأمن العام بالنظر إلى الوسائل الموضوعّة على ذمتها.



حرية تكوين الجمعيات
والفصل 49

حرية تكوين الجمعيات هي حق من حقوق الإنسان الضرورية لحسن سير الديمقراطية وشرط لإمكانية ممارسة عديد الحريات الأساسية. ويعدّ هذا الحق من المقومات الأساسية لحكومة ديمقراطية ومجتمع منفتح. وقد تمّ إقراره في العديد من النصوص الدولية، كما كرسه دستور 2014 في الفصل 35. وقبل هذا التكريس الدستوري، تمّ تنظيم هذا الحق بمقتضى المرسوم عدد 88 المؤرخ في 24 سبتمبر 2011. ويمثل هذا المرسوم النص المرجعي في كل ما يتعلق بممارسة حرية تكوين الجمعيات. غير أنّ بعض النصوص الأخرى تحتوي كذلك أحكاماً تنطبق على الجمعيات كالقانون عدد 52 المؤرخ في 29 أكتوبر 2018 المتعلق بالسجل الوطني للمؤسسات، والقانون الأساسي عدد 26 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب وغسل الأموال كما تمّ تنقيحه بالقانون الأساسي عدد 9 المؤرخ في 23 جانفي 2019.

ويعرّف الفصل الثاني من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 الجمعيات بأنها «اتفاقية بين شخصين أو أكثر يعملون بمقتضاها وبصفة دائمة على تحقيق أهداف باستثناء تحقيق أرباح». وتعدّ الأحزاب والنقابات صنفاً من الجمعيات ولكن لضرورة البحث سوف يتمّ الاقتصار على الجمعيات بالمعنى الضيق لا سيّما وأنّ المرسوم عدد 88 لسنة 2011 قد ألغى وعوّض القانون عدد 154 لسنة 1959 المتعلق بالجمعيات والقانون عدد 80 المؤرخ في 26 جويلية 1993 المتعلق بانتصاب المنظمات غير الحكومية في البلاد التونسية ولكنّه لم يبلغ القانون المنظم للنقابات.

ويمكن وضع قيود على حرية تكوين الجمعيات، غير أنّه لا بدّ أن تحترم الضوابط التي حدّدها الفصل 49. فالإي مدى يستجيب الإطار التشريعي المتعلق بالجمعيات لمقتضيات الفصل 49 ؟

1- ضمان القانون:

1-1- الاختصاص التشريعي:

يقتضي الفصل 49 أن يتمّ وضع الحدود على الحقوق والحريات التي ضمنها الدستور بنص تشريعي. ويمثل المرسوم عدد 88 لسنة 2011 النص القانوني الأساسي المنظم للجمعيات، وقد تمّ اتخاذه في بداية فترة الانتقال الديمقراطي التي تميّزت بصدور عدة مراسيم عرفت طبيعتها القانونية تطوّراً في فقه قضاء المحكمة الإدارية حيث اعتبرت المحكمة الإدارية في مرحلة أولى أنّ لهذه المراسيم صبغة تشريعية وهي غير قابلة لدعوى تجاوز السلطة. ثم في مرحلة ثانية ميّزت المحكمة بين المراسيم التي تمّ اتخاذه على أساس القانون عدد 5 المؤرخ في 9 فيفري 2011 المتعلق بالتفويض لرئيس الجمهورية المؤقت في اتخاذ مراسيم طبقاً للفصل 28 من دستور 1959، والمراسيم التي اتخذت على أساس الفصل 4 من المرسوم المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية. وقد اعتبرت المحكمة أنّ الصنف الأول من المراسيم يعدّ قرارات إدارية طالما لم تتم المصادقة عليها من السلطة التشريعية فيما تتمتع الثانية بالصبغة التشريعية منذ صدورها (القضية عدد 123538 بتاريخ 8 جوان 2015).

وبما أنّ المرسوم عدد 88 لسنة 2011 قد اتخذ على أساس المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية فمن الممكن اعتباره تطبيقا لفقهاء المحكمة الإدارية نصا ذو قيمة تشريعية ومحترما من هذه الناحية للفصل 49 من الدستور.

1-2- وضوح التشريع المتعلق بحرية تكوين الجمعيات والمناخ الملائم:

يجب أن يكون التشريع المنظم للحريات واضحا ودقيقا حتى يتم تأويل النص وتطبيقه من طرف السلط المختصة الإدارية والقضائية بطريقة تحقق الممارسة الفعلية للحرية. وهذا الشرط متوفر عموما في النصوص المتعلقة بالجمعيات: المرسوم عدد 88 لسنة 2011 والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 والقانون عدد 52 لسنة 2018 .

هذه النصوص تحترم من هذه الناحية مقتضيات الفصل 49، بيد أنّه من الممكن تحسين هذا الإطار التشريعي بإرساء طرق طعن ناجعة وسريعة تمكّن خاصة من حماية الجمعيات من خطر العرقلة الإدارية لتأسيسها.

2- ضمانات التكوين والوجود:

1-2- الحقوق المضمونة:

1-1-2: قرينة شرعية التكوين وعدم تدخل الدولة:

تعدّ قرينة شرعية تكوين الجمعيات واحدا من أهم المبادئ التوجيهية للجنة البندقية بخصوص حرية الجمعيات. وتأسيسا على ذلك يتوجب على المشرع أن يكرّس هذه القرينة حتى تكون هذه الحرية مضمونة والقيود الواردة عليها مقبولة. وتعني هذه القرينة أنّ تكوين الجمعية وأهدافها وأعمالها التأسيسية وأنشطتها يفترض فيها أنّها شرعية حتى يثبت العكس.

وقد أخضع الفصل 10 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 الجمعيات لنظام التصريح حيث يكون على الرّاعيين في تأسيس جمعية إرسال مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ للكاتب العام للحكومة يتضمّن عددا من المعلومات والوثائق. وعند تسلم بطاقة الإعلام بالبلوغ يتولّى من يمثل الجمعية إيداع إعلان بالمطبعة الرسمية للجمهورية التونسية. وبهدف الحيلولة دون تدخل الدولة في تكوين الجمعية نص الفصل 11 على قاعدة حماية حيث اعتبر أنّ عدم رجوع بطاقة الإعلام بالبلوغ في أجل ثلاثين يوما من إرسال المكتوب للكاتب العام للحكومة يعتبر بلوغا. ويعني ذلك أنّه حتى في صورة عدم رجوع بطاقة الإعلام بالبلوغ فإنه يمكن للمؤسّسين بعد مرور ثلاثين يوما القيام بنشر إعلان تأسيس الجمعية في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. وتعتبر الجمعية مكوّنة قانونا من يوم إرسال المكتوب المشار إليه (الفصل 12)، وتكتسب الشخصية القانونية انطلاقا من تاريخ نشر الإعلان بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

نظام التصريح المعتمد في المرسوم عدد 88 يمثّل تكريسا لقرينة شرعية تكوين الجمعيات، وهو بذلك يحترم مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

2-1-2: حرية التكوين والانخراط وتحديد النشاط:

أ- حرية التأسيس والانخراط:

ينص **الفصل 8** من المرسوم عدد 88 أنّ لكل شخص طبيعي، تونسي أو أجنبي مقيم في تونس، حق تأسيس جمعية أو الانتماء إليها أو الانسحاب منها. وتتعلق الحدود المسلّطة على الحق في تأسيس الجمعية بالأطفال دون 16 سنة والأجانب غير المقيمين في تونس. وهذه الحدود الواردة بالفصل 8 لا تمس من جوهر الحرية وتعدّ متلائمة مع مقتضيات دولة مدنية ديمقراطية وهي تحترم بذلك الفصل 49.

يمنح الفصل 13 من المرسوم عدد 88 للجمعيات المكوّنة قانونا حق التقاضي والاكْتساب والملكية والتصرف في مواردها وممتلكاتها، كما يمكنها من قبول المساعدات والتبرعات والهبات والوصايا. وتعدّ الجمعيات مكوّنة قانونا من يوم إرسال المکتوب للكاتب العام للحكومة (الفصل 12)، ويمكنها نظريا أن تمارس الحقوق المنصوص عليها في الفصل 13 انطلاقا من هذا التاريخ وحتى قبل نشر إعلان في الرائد الرسمي. ومن ناحية أخرى وبما أنّ اكتساب الشخصية مرتبط فقط بشكلية الإعلان بالرائد الرسمي دون الخضوع للمصادقة الإدارية فإنّ الفصل 12 لا يضع حدّا على ممارسة حرية تكوين الجمعيات.

ولكن تضمّن القانون عدد 52 لسنة 2018 المتعلق بالسجل الوطني للمؤسسات التزاما جديدا للجمعيات يتمثل في وجوبية التسجيل بهذا السجل (الفصل 7) وتحيين بياناتها كلما طرأ عليها تغيير وإلا كانت عرضة لعقوبات جزائية (الفصل 51 وما يليه). ولا يمثل إجراء التسجيل في حد ذاته قيда على حرية الجمعيات إلا إذا اقترن بإجراءات مكبّلة ومعقّدة، وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار أنّ التزام التسجيل الوجوبي بالنظر لما يفرضه من شكلية إضافية إلى جانب الشكليات المفروضة بمقتضى المرسوم عدد 88 وبالنظر لما يرتبه من كلفة مالية يمثل قيدا على حرية تكوين الجمعيات. ولكنّ هذا القيد لا يمس من جوهر الحرية ويتلاءم مع مقتضيات دولة مدنية ديمقراطية.

ويكمن الهدف من هذا السجل في ضمان شفافية المعاملات الاقتصادية والمالية (الفصل 1 من قانون 2018) بمقاومة غسل الأموال وهو ما يمكن أن يندرج في إطار الحفاظ على الأمن العام الذي يتمثل في حماية أمن الدولة والحفاظ على النظام الدستوري من التهديدات الداخلية والخارجية. وعلى هذا الأساس فإنّ هذا القيد على حرية تكوين الجمعيات مررّ بهدف مشروع ورد تعداداه في الفصل 49.

يفرض القانون عدد 52 لسنة 2018 التسجيل الوجوبي على كل الجمعيات دون تمييز على أساس حجم وأهمية إمكانياتها المالية. فإذا كان الهدف من هذا القيد هو ضمان الشفافية المالية، فإنّه يبدو معقولا

بالنسبة للجمعيات التي لها موارد مالية سنوية هامة تتجاوز قدرا معينا. ولكن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للجمعيات الصغيرة التي ليست لها إمكانيات مالية هامة حيث يفرض عليها هذا القيد أعباء إضافية لا تتناسب مع هدف تحقيق الشفافية المالية خاصة وأنّ المرسوم عدد 88 يفرض على الجمعيات التزامات عديدة لها علاقة بالشفافية المالية مثل مسك محاسبة طبق النظام المحاسبي للمؤسسات وتعيين مراقب للحسابات كلما تجاوزت مواردها السنوية مائة ألف دينار ونشر قوائمها المالية وتقديم تقرير سنوي يشمل وصفا مفصلا لمصادر تمويلها ونفقاتها إلى محكمة المحاسبات إذا كانت جمعية تستفيد من المال العمومي إلخ ...

بالنسبة للجمعيات الصغيرة التي ليس لها موارد مالية هامة يمثل واجب التسجيل عبئا إضافيا يضاف للأعباء الواردة بالمرسوم عدد 88 خاصة وأنه يفرض عليها تحيين البيانات وإيداع قوائمها المالية وهو ما يرتب إجراءات وتكلفة إضافية من شأنها إثناء الأفراد عن ممارسة حرية تكوين الجمعيات. وتأسيسا على ذلك فإنّ هذه الأحكام تعد قيودا غير متناسبة مع هدف الحفاظ على الأمن العام، ويتعين لاحترام مقتضيات الفصل 49 اعتماد تمييز بين الجمعيات على مستوى الالتزامات المالية والمحاسبية بحسب أهمية مواردها.

في خصوص حرية الانخراط: يضمن الفصل الأول والفصل 8 من المرسوم عدد 88 حرية تكوين الجمعيات والانخراط فيها والانسحاب منها. كما يضمن الفصل 17 حرية الجمعيات في تحديد شروط الانخراط فيها. ويتضمن هذا الفصل عددا من القيود على حرية الانخراط تتعلق بالأطفال دون 13 سنة والأجانب غير المقيمين في تونس وضرورة القبول بالنظام الأساسي للجمعية كتابة. وهذه الحدود مبررة ومطابقة للفصل 49 من الدستور. كما يحمي المرسوم الطابع الاختياري للانخراط حيث لا يرتب أية عقوبة مباشرة أو غير مباشرة على الانخراط في الجمعية أو الانسحاب منها وهو بذلك يحترم مقتضيات الفصل 49.

ب- حرية تحديد النشاط والأهداف:

يكرّس **الفصل الأول** من المرسوم عدد 88 حرية تأسيس الجمعيات وممارسة النشاط في إطارها وهو بذلك يضمن حرية المؤسسين والأعضاء في تحديد نشاط الجمعيات وأهدافها.

ويفرض المرسوم في الفصلين 3 و4 عددا من الحدود على هذه الحرية تتمثل فيما يلي:

- **أولا:** احترام نظامها الأساسي ونشاطها وتمويلها مبادئ دولة القانون والديمقراطية والتعددية والشفافية والمساواة وحقوق الإنسان كما ضبقت بالاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجمهورية التونسية.
- **ثانيا:** منع الدعوة إلى العنف والكرهية والتعصب والتمييز على أسس دينية أو جنسية أو جهوية.
- **ثالثا:** منع ممارسة أعمال تجارية لغرض توزيع الأموال على أعضائها للمنفعة الشخصية أو استغلال الجمعية لغرض التهرب الضريبي، وهذا الحد متلائم مع الهدف غير الربحي للجمعية.

- **رابعاً:** منع جمع الأموال لدعم أحزاب سياسية أو مرشحين مستقلين إلى انتخابات وطنية أو جهوية أو محلية أو تقديم الدعم المادي لهم، ويهدف هذا القيد إلى حماية استقلالية الجمعيات وشفافية تمويل الأحزاب.

وتأسيساً على ذلك فإنّ القيود الواردة بالفصل 4 على حرية تحديد أهداف الجمعيات ونشاطها لا تتال من جوهر هذه الحرية وتستجيب لمقتضيات دولة مدنية ديمقراطية وهي متناسبة مع موجباتها وتحترم بذلك مقتضيات الفصل 49.

2-2- حقوق محمية:

لضمان حماية فعلية للجمعيات يكرّس المرسوم حقها في التقاضي. وينص المرسوم (الفصل 45) على إمكانية تعليق نشاط الجمعية بإذن على عريضة من المحكمة الابتدائية بتونس بناء على طلب من الكاتب العام للحكومة، ويمنح المرسوم للجمعية الحق في الطعن في قرار التعليق وفق الإجراءات المعتمدة في المادة الاستعجالية. كما يقبل قرار القاضي الابتدائي الطعن بالاستئناف وإن كان المرسوم لا ينص على ذلك صراحة (وهو ما أقرته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 37442 بتاريخ 17 ماي 2019 في خصوص جمعية شمس). كما يمكن حل الجمعية بإذن من رئيس المحكمة الابتدائية وقبل هذا القرار الطعن بدوره.

ويعدّ تدخل القاضي لتعليق نشاط الجمعية أو حلها ضمانة هامة حيث يحقق حياد القاضي ومبدأ المواجهة وسرعة الإجراءات الاستعجالية حماية ناجعة للجمعيات التي هي في طور النشاط. ولكنّ مرحلة تأسيس الجمعية غير محمية بالشكل الكافي حيث لا يمكن الطعن في القرارات الإدارية التي تحدّ من حرية التأسيس بشكل يخالف المرسوم عدد 88 إلا بدعوى تجاوز السلطة أمام المحكمة الإدارية. ولذلك يتعيّن توفير حماية أكثر نجاعة لمرحلة تأسيس الجمعية بإقرار طرق طعن سريعة يتمتع فيها القاضي بسلطات واسعة (استعجالي الحريات) خاصة وأنّ الطعن أمام المحكمة الإدارية قد يستمر لسنوات.

3- الضمانات المتعلقة بالتمويل:

3-1- حرية طلب وتلقي واستعمال الموارد:

يسمح المرسوم عدد 88 للجمعيات إلى جانب اشتراكات الأعضاء بالتمتع بالمساعدات العمومية والتبرعات والهبات وطنية كانت أو أجنبية (الفصل 34)، ويكرّس بذلك حرية طلب وتلقي واستعمال الموارد.

3-2- قيود مبرّرة؟:

يفرض المرسوم عدد 88 والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 قيوداً على حرية الجمعيات في طلب وتلقي واستعمال الموارد.

3-2-1: شرعية التدخل في حق الجمعيات في البحث عن موارد مالية ومادية:

ينص الفصل 49 على أن الحدود على الحريات تكون بنص تشريعي. ولاحترام هذا الشرط يجب أن يكون القانون الذي يضع حدودا على حرية الجمعيات في البحث عن موارد مالية ومادية واضحا دقيقا حتى تتمكن الجمعيات من فهم التزاماتها ومسؤولياتها.

ينص المرسوم عدد 88 في الفصول 41 و43 و44 على التزامات متعلقة بإعداد التقارير ونشرها ويحدد بوضوح الإجراءات والأجال والعقوبات المترتبة عن خرق هذه الالتزامات. وينظم القانون عدد 52 لسنة 2018 واجب التسجيل (الفصل 7) ويضبط قائمة الوثائق المطلوبة (الفصل 9 و23) والأجال (الفصول 17 و25 و51) وتحيين البيانات المسجلة وإحالتها إلى المركز الوطني لسجل المؤسسات (الفصلان 12 و13). كما يمكن من الطعن في قرارات المركز ابتدائيا واستئنافيا (الفصل 43 وما يليه)، ويضبط العقوبات المترتبة عن عدم التقيد بهذه الواجبات (الفصل 51 وما يليه). وكذلك يلزم القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 الجمعيات بقواعد التصرف الحذر (الفصل 99) ويفرض التزامات على الذوات المعنوية يمتد مجال انطباقها ليشمل الجمعيات (100 و102) وينص على عقوبات في صورة مخالفتها (الفصول 127، 140، ...). وقد تم وضع هذه الحدود بمقتضى أحكام واضحة ومفصلة وهي بذلك تحترم مقتضيات الفصل 49.

3-2-2: أهداف مشروعة تبرر التدخل في حق الجمعيات في البحث عن موارد مالية ومادية:

وضع المرسوم عدد 88 والقانون عدد 52 لسنة 2018 قيودا على حرية الجمعيات في البحث وتلقي واستعمال الموارد المالية. وتهدف هذه القيود إلى ضمان شفافية المعاملات المالية للجمعيات وضمان عدم استعمال هذه الموارد لتحقيق غايات غير مشروعة كدعم حزب سياسي أو مترشح مستقل وهي بذلك تهدف إلى تحقيق هدف مشروع على معنى الفصل 49 من الدستور.

كما تدرج القيود على حرية الجمعيات الواردة في القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 في إطار مقاومة الإرهاب وغسل الأموال حيث يمكن أن تُستعمل الجمعيات بهدف تمويل الأنشطة الإرهابية أو غسل الأموال. ونستخلص بذلك أن القيود الواردة بالقانون عدد 26 لسنة 2015 تهدف إلى تحقيق هدف مشروع يتمثل في الحفاظ على الأمن العام والدفاع الوطني وهي بالتالي تحترم مقتضيات الفصل 49.

3-3-3: ضرورة التدخل وتناسبه:

3-3-1: تناسب القيود:

يفرض مرسوم عدد 88 لسنة 2011 عددا من الواجبات والقيود تتمثل خاصة في ما يلي:

– مسك محاسبة طبق النظام المحاسبي للمؤسسات.

- مسك سجل المساعدات والتبرعات والهبات والوصايا مع التمييز بين النقدي منها والعيني العمومي والخاص، الوطني والأجنبي مع ضرورة حفظ الجمعية وثائقها وسجلاتها المالية لمدة عشر سنوات،
- منع الجمعيات من قبول مساعدات أو تبرعات أو هبات صادرة عن دول لا تربطها بتونس علاقات دبلوماسية أو عن منظمات تدافع عن مصالح وسياسات تكلم الدول،
- واجب نشر الجمعية المساعدات والتبرعات والهبات الأجنبية مع ذكر مصدرها وقيمتها وموضوعها بإحدى وسائل الإعلام المكتوبة وبالموقع الإلكتروني للجمعية إن وجد في ظرف شهر من تاريخ قرار طلبها أو قبولها وإعلام الكاتب العام للحكومة بكل ذلك بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ في نفس الأجل.
- ضرورة أن تتم المعاملات المالية للجمعية صرفا ودخلا بواسطة تحويلات أو شيكات بنكية أو بريدية إذا تجاوزت قيمتها مبلغ خمسمائة (500) دينار إلخ ...

كما يفرض القانون عدد 52 لسنة 2018 على الجمعيات عددا من الالتزامات:

- واجب التسجيل بالسجل الوطني.
- واجب تحيين البيانات.
- واجب إيداع القوائم المالية الواجب إعدادها طبقا للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل وتقارير مراقبي الحسابات بالسجل في أجل أقصاه موفى الشهر السابع الموالي لختم السنة المحاسبية إلخ...

ويفرض القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 كما تم تنقيحه في 2019 عددا من الالتزامات:

- الامتناع عن قبول أي مبالغ مالية نقدا تساوي أو تفوق ما يعادل خمسة مائة دينار.
- الامتناع عن قبول أي تبرعات أو مساعدات مالية أخرى، مهما كان حجمها، وذلك في ما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى نص قانوني خاص.
- مسك قائمة في المقايض والتحويلات والإيداعات النقدية التي لها علاقة بالخارج إلخ ...

وتفرض هذه الأحكام التشريعية على الجمعيات إجراءات إدارية عديدة والالتزامات محاسبية ومالية وواجب إعداد تقارير مختلفة، وهي أعباء تُفرض في غالبها على كل الجمعيات دون الأخذ بعين الاعتبار حجم الجمعية وامتداد نشاطها وأهمية مواردها. وهو ما يجعل هذه القيود على الحرية غير متناسبة مع هدف الشفافية المالية ومقاومة غسل الأموال وتمويل الإرهاب ومخالفة لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.

3-3-2: تناسب العقوبات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات:

يجب احترام مبدأ التناسب على مستوى اختيار العقوبة وتطبيقها. ويجب أن تستند العقوبة على أساس قانوني واضح وأن تكون متناسبة مع خطورة الإخلال. ويفرض المرسوم في الفصولين 3 و4 عددا من الحدود على هذه الحرية تتمثل فيما يلي:

– المرسوم عدد 88 لسنة 2011:

نص المرسوم على العقوبات في الباب الثامن وهي تتراوح من التنبيه إلى الحل بحسب خطورة الإخلال. وقد ضبط الفصل 45 من المرسوم الحالات التي تبرّر اللجوء إلى هذه العقوبات. وتأسيسا على ذلك تعتبر هذه العقوبات متناسبة مع خطورة الإخلال خاصة وأنّ المرسوم جعل من الحل عقوبة لا يتم اللجوء إليها إلا في الحالات القصوى ويتم تسليطها من قبل قاض يتمتع بسلطة تقدير التناسب بين خطورة الإخلال والعقوبة.

– القانون عدد 52 لسنة 2018:

ينص القانون على عقوبات في صورة عدم امتثال الجمعية للالتزامات التي فرضها حيث يعرض التأخير في التسجيل أو تنقيح أو إدراج البيانات أو إيداع القوائم المالية الجمعية إلى دفع غرامة تأخير للمركز تحدد بنصف مبلغ المعلوم المستوجب عن العملية المعنية عن كل شهر تأخير أو جزء منه (الفصل 51) إلخ..

ومن المشروع التساؤل عن القيمة المضافة للقانون عدد 52 لسنة 2018 حيث يكفي لتحقيق الشفافية المالية للجمعيات إسناد رقابة مدى احترامها للالتزامات المفروضة عليها بمقتضى المرسوم عدد 88 لهيكل الإدارة المركزية والجهوية. كما أنّ الإطار التشريعي والترتيبي والتعاون بين مختلف المؤسسات المكلفة بمقاومة غسل الأموال وتمويل الإرهاب يكفي لتحقيق هذه الشفافية المالية. وبالإضافة إلى ذلك وحتى وإن كان التسجيل يهدف لتحقيق الشفافية المالية وهو هدف مشروع، فإنّه لا وجود لمبرّر للإلزام بالجمعيات بواجب تحيين بياناتها وإيداع قوائمها المالية بنفسها مع ما يترتب عن ذلك من تكلفة مالية وعقوبات في صورة التأخير أو عدم الامتثال لهذا الواجب في حين أنّ الجمعيات ملزمة في نفس الوقت بمقتضى الفصل 16 من المرسوم عدد 88 بإعلام الكاتب العام للحكومة بكلّ تنقيح أدخل على نظامها الأساسي كما أنّها تودع قوائمها المالية لدى إدارة الجباية. وبالإمكان تبادل هذه المعلومات بين مختلف الإدارات خاصة وأنّ الفصل 3 من القانون عدد 52 لسنة 2018 يفرض هذا التبادل وجوبا حيث ينص على أنّه «يتمّ وجوبا في إطار تشبيك قواعد البيانات العمومية، التبادل الإلكتروني الحيني للمعلومات والبيانات والوثائق بين المركز الوطني لسجل المؤسسات وجميع المؤسسات والهيكل العمومية المعنية».

وتأسيسا على ذلك فإنّ الالتزامات الإضافية المفروضة على الجمعيات بمقتضى القانون عدد 52 لسنة 2018 مع ما ترتبه من عقوبات مشطة في صورة مخالفتها تمثل قيودا غير متناسبة مع هدف تحقيق الشفافية المالية ومقاومة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتخالف مقتضيات الفصل 49 فضلا عما يمكن أن تثيره هذه الفصول من تداخل في الواجبات المحمولة على الجمعيات في هذا الإطار (double emploi).

– القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 كما نقيح بالقانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019:

ينص القانون على عدد من العقوبات والقيود المتعلقة بالجمعيات. حيث يمكن تجميد أموال الجمعية مؤقتاً من قبل لجنة التحاليل المالية ووضعتها في حساب انتظاري (الفصل 127) كما يمكن لوزير المالية إخضاع الجمعية لترخيص مسبق فيما يتعلق بقبول أي تحويلات مالية من الخارج كلما اشتبه في ارتباطها بأشخاص أو تنظيمات أو أنشطة لها علاقة بالجرائم المعنوية بهذا القانون، أو خالفت قواعد التصرف الحذر (الفصل 102). وينص كذلك القانون على عقوبات جزائية يمكن أن تصل إلى 3 سنوات سجناً كلما خالفت الجمعية قواعد التصرف الحذر والالتزامات المنصوص عليها بالفصلين 99 و100. وعلى هذا الأساس يمكن تسليط عقوبة سالبة للحرية في صورة عدم احترام واجب الامتناع عن قبول أي مبالغ مالية نقداً تساوي أو تفوق ما يعادل خمسمائة دينار في حين أنّ المرسوم عدد 88 يفرض نفس الالتزام على الجمعيات ولكن لا يرتب على مخالفته سوى العقوبات المنصوص عليه بفصله 45 والتي تتراوح من التنبيه إلى الحل.

وبالنظر إلى القيمة الزهيدة للمبالغ (500 د) فإنه يمكن اعتبار أنّ العقوبة غير متناسبة مع خطورة الإخلال لا سيما وأنّ قانون 2015 قبل تنقيحه بمقتضى القانون الأساسي عدد 9 لسنة 2019 كان يمنع القبول نقداً للمبالغ التي تساوي أو تفوق قيمتها 5 آلاف دينار.

كما أضاف تنقيح 2019 الفصل 140 مكرر الذي نص على حلّ الجمعية إذا ثبت تورط هياكلها التسييرية بالجرائم الواردة بهذا القانون. ويفرض مبدأ التناسب أن لا يتم اللجوء لهذه العقوبة إلا في الحالات القصوى وأنّ اقتراح الجمعية لأخطاء بسيطة ويحسن نية لا يترتب عنها سوى عقوبات خفيفة.



جزية التعبير والاتصال
والفصل 49

حرية التعبير والاتصال هي حرية أساسية تجد أساسها الدستوري في الفصل 31 من دستور 2014. كما تمّ تكريس هذه الحرية كذلك في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الفصل 19) والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (الفصل 10). ونستخلص من مختلف التعريفات الواردة بهذه النصوص لحرية التعبير أنّ لهذه الحرية بعد شخصي وكذلك بعد اجتماعي وحتى سياسي. وتعني حرية التعبير في بعدها الشخصي أنّ لكل شخص الحق في أن يكون له آراء ومعتقدات وأن يكون بإمكانه التعبير عنها دون مضايقة، وأما في بعدها الاجتماعي فهذه الحرية تمثّل أداة أساسية للحياة الاجتماعية، كما أنّها أداة للتواصل مع الآخر وهو ما يعكس بعدها السياسي و لذلك هي مقوم أساسي لكل مجتمع ديمقراطي.

وقد تمّ تكريس هذه الحرية في سياق الثورة التونسية من خلال عدد من النصوص تتمثل أساسا في المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر، والمرسوم عدد 116 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الاتصال السمعي والبصري وإحداث هيئة عليا مستقلة للاتصال السمعي والبصري، والقانون الأساسي عدد 37 المؤرخ في 22 سبتمبر 2015 المتعلق بالتسجيل والإيداع القانوني. وحدّد المرسوم عدد 115 محتوى حرية التعبير بالتنصيص على أنّها تشمل «حرية تداول ونشر وتلقي الأخبار والآراء والأفكار مهما كان نوعها». وأما المرسوم عدد 116 فقد ضمن «الحق في النفاذ للمعلومة وفي الاتصال السمعي البصري» (الفصل 4) الذي يعرّفه بأنّه «كل عملية وضع على ذمة العموم لخدمات إذاعية أو تلفزية كيفما كانت طريقة تقديمها»، ويعرّف الإعلام بأنّه «عملية نقل خبر أو معلومة أو وجهة نظر أو فكرة بغاية إكساب معرفة» (الفصل 2).

وتأسيسا على ما تقدّم فإنّ حرية التعبير تتضمن حرية الرأي وحرية البحث عن المعلومات والأفكار وتلقيها وبثها. وعلى هذا الأساس يمكن أن نحدّد ثلاثة مكونات أساسية لحرية التعبير وتتمثل في: حرية الرأي، حرية تلقي المعلومات والأفكار، وحرية تقديم المعلومات والأفكار.

ويمكن وضع حدود على حرية التعبير غير أنّ هذه الحدود يجب أن تحترم مقتضيات الفصل 49 من الدستور. ويكمن الهدف من هذه الدراسة في تفحص النصوص المتعلقة بحرية التعبير والاتصال للتثبت من مدى احترامها للفصل 49 من خلال 3 محاور أساسية:

- الصحفي
- الدوريات والنشريات
- وحرية الاتصال السمعي البصري

1- الصحفي:

1-1 سرية المصادر:

الفصل 11 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011:

ضمانا لحرية التعبير عن الآراء والأفكار كرّس الفصل 11 حق الصحفي في حماية مصادره. ولكنّه أجاز الاعتداء على سرية هذه المصادر إذا كان ذلك «مبرّرا بدافع ملحّ من دوافع أمن الدولة أو الدفاع الوطني».

ويرمي هذا الحد لحرية التعبير إلى تحقيق هدف مشروع متمثل في حماية أمن الدولة والدفاع الوطني وهو بذلك يحترم مقتضيات الفصل 49.

أما بخصوص شرطي الضرورة والتناسب، فالقانون يقيد هذا المساس بسرية المصادر بتوفر شرط «الدافع الملح» كما يعهد للقضاء بمهمة التثبت مما إذا كان هذا الدافع يبرر المساس من حرية التعبير.

كما يتضمن الفصل 11 حدًا آخر لحماية سرية مصادر الصحفي يتمثل في إفشاء مصادر معلوماته إذا تعلقت هذه المعلومات بجرائم تشكل خطرا جسيما على السلامة الجسدية للغير. وهذا الحد لحرية التعبير مبرر بل وضروري لحماية حقوق الغير وتحديد الحق في الحرمة الجسدية وهو بذلك لا يشير إشكالا دستوريا على ضوء الفصل 49.

1-2- عدم جواز مساءلة الصحفي عن الأفكار التي يتم نشرها وفقا لأعراف وأخلاقيات المهنة: الفصل 13 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011:

أقرّ الفصل 13 مبدأ عدم مسؤولية الصحفي عن الآراء أو الأفكار أو المعلومات التي ينشرها طبقا لأعراف وأخلاقيات المهنة طالما أنه لم يخلّ بالأحكام الواردة بهذا المرسوم والتي من بينها على وجه الخصوص حماية أمن الدولة والدفاع الوطني وهو ما يتناغم مع فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إذ اعتبرت أنّ الفصل 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان «يحمي حق الصحفي في تقديم المعلومات حول مسائل تهم الصالح العام طالما يتم التعبير عنها بحسن نية بالاستناد على وقائع صحيحة ومعلومات موثوقة ودقيقة في إطار احترام أخلاقيات المهنة» (Fressoz et Roire c/ France. بتاريخ 21 جانفي 1999).

وتأسيسا على ذلك فإنّ حرية التعبير للصحفي ليس مطلقة بل تجد حدها في خرق أعراف وأخلاقيات المهنة أو المساس من حقوق الغير أو أمن الدولة أو الدفاع الوطني. ويمكن بذلك أن نستخلص أنّ هذا الحد لحرية التعبير يجد تبريره في أهداف مشروعة ورد ذكرها بالفصل 49 وهو متناسب مع هذه الأهداف.

2- الدوريات والنشريات:

1-2- اشتراط التسجيل والإيداع:

يكرّس الفصل 15 من المرسوم عدد 115 مبدأ حرية النشر إذ اقتضى أنّه «يكون نشر كل دورية حرا ودون ترخيص مسبق».

ويخضع نشر المصنفات المنصوص عليها بالمرسوم عدد 115 لعدد من الشروط القانونية، من بينها الإيداع القانوني لنسخ منها. ولهذا الشرط مجال تطبيق واسع النطاق، حيث يشمل الوثائق المطبوعة

والمنفوشة أو المصورة أو الصوتية أو السمعية البصرية أو المتعددة الوسائط طالما أنّها متاحة للعموم وذلك بالإضافة إلى البرمجيات وقواعد البيانات والمواقع الإلكترونية.

ويهدف الإيداع القانوني كما تم تنظيمه بالقانون الأساسي عدد 37 لسنة 2015 بالأساس إلى حفظ التراث والذاكرة الوطنيين. وهو لا يرتب أية ملكية للمودع، فهو مجرد إجراء شكلي ليس له تأثير على جوهر حرية التعبير والطباعة بل هو يمثل نتيجة لممارسة هذه الحرية والتزاما قانونيا لاحقا لهذه الممارسة.

2-2- الشفافية والتعددية:

لم ترد الشفافية والتعددية ضمن الأهداف التي عدّها الفصل 49 والتي تبرز وضع حدود على الحقوق والحريات الأساسية. ولكن القيود التي تُفرض على حرية التعبير بهدف حماية التعددية والشفافية تندرج ضمن تحقيق غاية حماية حقوق الغير.

الفصل 31 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: يمنع هذا الفصل على كل دورية ذات صبغة إخبارية جامعة عدا الصحف الحزبية القيام بالدعاية في شكل إعلانات إشهار لفائدة أحد الأحزاب السياسية أو الأشخاص المترشحين للانتخابات العامة.

ويهدف هذا الحد لحرية التعبير إلى ضمان التعددية السياسية والشفافية وتكافؤ الفرص بين المتنافسين السياسيين في الانتخابات، ويوجد بذلك تبريره في حماية حقوق الغير وهو مطابق لمقتضيات الفصل 49.

2-3- تعليق النشريات:

الفصل 47 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: ينص هذا الفصل على أنّه «يتولى رئيس البلدية بالنسبة للمنطقة البلدية والوالي بالنسبة للمناطق غير البلدية تعيين الأماكن المعدة خصيصا لتعليق النصوص المطبوعة الصادرة عن السلطة العامة». ويتضمن هذا الفصل حدّا من حرية التعبير عبر حصر إمكانية تعليق النصوص الصادرة عن السلط العمومية في الأماكن المعدة لذلك والتي يحددها رئيس الجماعة المحلية. ويوجد هذا الحد مبرّره في ضرورة الحفاظ عن النظام العام البلدي من خلال الحفاظ على أحد مكوناته وهو الأمن العام. كما يمكن أن يبرّر بحماية حقوق الغير وذلك حتى يتسنى للمتساكنين الإطلاع على المعلومات الصادرة عن السلط العمومية. وهذا الحد يحترم مقتضيات الفصل 49.

الفصل 48 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: ينص هذا الفصل على أنّ الأماكن المخصصة لتعليق الإعلانات الانتخابية تحددها السلط المختصة وفق الشروط المبينة بالقوانين المتعلقة بالانتخابات بمختلف أصفافها. ويكتفي هذا الفصل بالتنصيص على الحد للحرية، ويحيل للقانون الانتخابي لتحديد شروط تطبيقه.

ويهدف تدخل السلط المختصة في تحديد أماكن التعليق إلى احترام التعددية وتكافؤ الفرص بين المرشحين للانتخابات وهو بذلك قيد مبرر بحماية حقوق الغير ويستجيب لأحكام الفصل 49.

2-4- منع بعض النشريات:

– **الفصلان 52 و53 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011:** ينص الفصل 52 على عقوبة بالسجن وخطية مالية ضد «كل من يدعو مباشرة بواسطة وسيلة من الوسائل المبيّنة بالفصل 50 من هذا المرسوم إلى الكراهية بين الأجناس أو الأديان أو السكان وذلك بالتحريض على التمييز واستعمال الوسائل العدائية أو العنف أو نشر أفكار قائمة على التمييز العنصري». وينص الفصل 53 على تسليط عقوبة مالية على «كل من يتعمد، بالوسائل المذكورة بالفصل 50 من هذا المرسوم، استعمال بيوت العبادة للدعاية الحزبية والسياسية وكل من يتعمد النيل من إحدى الشعائر الدينية المرخص فيها».

وتهدف الموانع الواردة بالفصلين 52 و53 إلى تحقيق أهداف مشروعة تتمثل في الحفاظ على الأمن العام والسلم الاجتماعية وحقوق الغير، وهي بالتالي قيود على حرية التعبير تجدر تبريرها في الأهداف الواردة في الفصل 49، كما أنّها قيود ضرورية تهدف إلى تحقيق التوازن بين الموانع والأهداف التي تبررها وتحترم وفقا لذلك لمقتضيات الفصل 49.

– **الفصول 60 و61 و62 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011:** يجرم الفصل 60 نقل معلومات عن جرائم الاغتصاب أو التحرش الجنسي ضد القصر بأي وسيلة كانت متعمدا ذكر اسم الضحية أو تسريب أية معلومات قد تسمح بالتعرف عليها وتوريد أو توزيع أو تصدير أو إنتاج أو نشر أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية عن الأطفال. ويهدف هذا الحد من حرية التعبير إلى حماية بعض الفئات الهشة المتمثلة أساسا في الأطفال والقصر. ويجرم الفصل 61 نشر وثائق التحقيق قبل تلاوتها في جلسة علنية، كما يجرم نشر بطريقة النقل الظروف المحيطة بالمحاكمات المتعلقة بالجرائم أو الجرح المنصوص عليها بالفصول 201 إلى 240 من المجلة الجزائية دون إذن المحكمة المتعدهة.

ويبرر هذا المنع بأنّ مختلف هذه الجرائم والجرح تتعلق بالقتل والاعتداء بالعنف والاعتداء على الأخلاق الحميدة والزنا والاختطاف، وتشترك هذه القيود بالتالي في كونها تستهدف حماية الحزمة الجسدية والحياة الخاصة وكرامة الضحايا وهي بذلك تجدر مبررها في حماية حقوق الغير كما أنّها متناسبة مع هذا الهدف وتحترم مقتضيات الفصل 49.

2-5- حيز النشریات:

عمل المرسوم عدد 115 على التوفيق بين حرية التعبير وحماية الحياة الخاصة المضمونتين دستوريا حيث لم يسمح بالحيز الوقائي للنشریات التي تمس من الحياة الخاصة، وإثما أقرّ إمكانية الحيز استثنائيا في صورة المساس الخطير بالحياة الخاصة الذي لا يمكن محوه بالتعويض المادي.

الفصل 64 من المرسوم عدد 115: يسمح هذا الفصل للمحكمة المتعھدة في صورة صدور حكم بالإدانة بحجز الكتابات أو المطبوعات أو المعلقات أو الرسوم أو الإعلانات أو الأفلام أو الاسطوانات أو الأشرطة الممغطة أو وسائل التسجيل الرقمي أو النشر الإلكتروني أو غير ذلك مما هو موضوع التبع. كما يخوّل الإذن بحجز أو إتلاف جميع النسخ المعروضة للبيع أو الموزعة أو الموضوعة تحت أنظار العموم، أو الاقتصار على الإذن بحذف أو إتلاف بعض أجزاء من كل نظير من النسخ المحجوزة.

ويجد هذا القيد على حرية التعبير تبريره في حماية حقوق الغير وهو متناسب مع هذا الهدف حيث لا يتم الإذن بالحجز إلا بعد صدور حكم بالإدانة كما أنّ القاضي يمكن أن يأذن بالإتلاف الكلي أو الجزئي للنسخ المحجوزة.

2-6- التلب:

الفصل 55 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: يجزّم الفصلان 55 و57 التلب والشتم. ويندرج هذا القيد على حرية التعبير في إطار تحقيق التوازن بين حرية التعبير وحماية كرامة الأشخاص واعتبارهم، وهو يستهدف حماية حقوق الغير ويحترم أحكام الفصل 49 من الدستور.

الفصل 59 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011: ينص الفصل 59 على إمكانية الإدلاء بالحجة المضادة في جرائم التلب، فإذا ثبت موضوع التلب يتم إيقاف التبع ضد المتهم. ويضع نفس الفصل استثناءين لهذه القاعدة، فلا يمكن إثبات موضوع التلب إذا كان الأمر المنسوب يتعلق بالحياة الخاصة للشخص أو كان الأمر المنسوب يتعلق بجريمة انقضت بالعفو أو بالتقادم أو بعقوبة شملها استرداد الحقوق. ويعدّ الاستثناء الأول مبرّرا بحماية الحياة الخاصة وهو ضروري وملائم ومتناسب مع هذا الهدف.

وفي المقابل يطرح الاستثناء الثاني إشكالا دستوريا حيث وردت عبارة النص عامة مطلقة لم تحقق التوازن بين حرية التعبير وحقوق الغير ولا التناسب بين القيد وموجباته. وتجدد الإشارة إلى أنّ المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أنّ الأحكام التي تقضي بعدم إمكانية إثبات موضوع التلب إذا تعلق بجريمة انقضت بالعفو أو بالتقادم أو بعقوبة شملها استرداد الحقوق والتي تطبق دون تمييز على كل الكتابات بما في ذلك الأعمال التاريخية والعلمية تحدّد بالنظر لصبغتها العامة والمطلقة أحكاما غير دستورية (قرار عدد319 بتاريخ 7 جوان 2013).

الفصل 245 من المجلة الجزائية: الاعتداء على شرف الأشخاص وسمعتهم: تتعلق بعض أحكام

المرسوم عدد 115 ببعض المسائل التي تم تنظيمها بالمجلة الجزائية ومجلة الاتصالات وهو ما ينعكس سلبا على وضوح وتناغم الإطار القانوني المنطبق على حرية التعبير.

يجرم الفصل 245 من المجلة الجزائية القذف ويعتمد تقريبا نفس التعريف المعتمد للثلب في الفصل 55 من المرسوم عدد 115² ، ولكن المرسوم يضيف شرطا إضافيا لقيام جريمة الثلب يتمثل في وجود ضرر شخصي ومباشر للشخص المستهدف وهو بذلك يحترم شرط التناسب خلافا للفصل 245 الذي يجرم القذف حتى في غياب الضرر ويستعمل عبارات عامة ومطلقة هو ما يمثل خرقا للفصل 49.

ويشير تنظيم جريمة الثلب بنصين مختلفين إشكالا على مستوى وضوح وتناغم النصوص القانونية خاصة وأن العقوبة المستوجبة تختلف في النصين فهي تقتصر على ختية مالية في المرسوم عدد 115 في حين تنص المجلة الجزائية (الفصل 247) كذلك على عقوبة سالبة للحرية.

ويطرح التساؤل بالتالي حول ما إذا كان المرسوم عدد 115 قد ألغى ضمنا الفصلين 245 و247. الإجابة بالنفي لأن الفصل 55 من المرسوم متعلق بجريمة الثلب المرتكبة بواسطة الصحافة فقط ويمكن اعتباره تأسيسا على ذلك نصا خاصا، في حين أن المجلة الجزائية نص عام ينطبق على كل شخص ارتكب جريمة قذف بأي وسيلة كانت.

وتأسيسا على ذلك ينعكس غياب تناسق بين النصوص سلبا على حرية التعبير حيث ترتبط العقوبة بالتأويل الذي يعطيه القاضي الجزائي لهذه النصوص وهو ما يفرض تقيحا لفصول المجلة الجزائية لتوضيح الركن المادي لجريمة القذف وتحديد مجال انطباقها.

الفصل 85 من مجلة الاتصالات: الاعتداء على حقوق الغير: بنص الفصل 85 من مجلة الاتصالات

على أنه «يعاقب طبقا لأحكام الفصل 253 من المجلة الجنائية كل من يفشي أو يحث أو يشارك في إفشاء محتوى المكالمات والمبادلات المرسله عبر شبكات الاتصالات».

لا يطرح هذا الفصل إشكالا دستوريا حيث يهدف إلى حماية حق الغير في سرية مراسلاته وحماية حياته الخاصة، كما أنه متناسب مع هذا الهدف. ولكن الإشكال يكمن في الصعوبة التي يمكن أن تعترض القاضي في الاختيار بين هذا الفصل والفصول 60 و61 و62 من المرسوم عدد 115 في صورة ارتكاب هذه الجريمة من قبل صحفي. بتفحص أحكام الفصل 85 من مجلة الاتصالات تبين أنه النص العام ينطبق المرسوم عدد 115 كلما ارتكبت الجريمة من قبل الصحفيين.

2 تجدر الإشارة إلى أن الصيغة الفرنسية للفصل 245 من المجلة الجزائية والفصل 55 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 تستعمل نفس المصطلح « la diffamation ». ولكن الفصل 245 في صيغته العربية يستعمل عبارة «القذف» في حين يستعمل الفصل 55 من المرسوم عبارة «الثلب».

يجرّم الفصل 86 من مجلة الاتصالات تعمد الإساءة إلى الغير أو إزعاج راحتهم عبر الشبكات العمومية للاتصالات. ويهدف هذا القيد إلى حماية حقوق الغير ويحترم من ثمة الفصل 49 من الدستور.

3- الاتصال السمعي البصري:

3-1- حرية بث البرامج الإذاعية والتلفزيونية:

يسند الفصل 16 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري مهمة البث في مطالب منح الإجازات المتعلقة بإحداث واستغلال منشآت الاتصال السمعي والبصري. ويخضع بذلك إحداث منشآت الاتصال السمعي البصري لنظام الترخيص المسبق وهذا الحد من حرية الاتصال مسموح به بالنظر إلى معطى تقني يتمثل في محدودية الترددات، كما أنه يهدف إلى ضمان مشهد سمعي بصري متنوع وإلى حماية الأمن العام وحقوق الغير.

نظام الترخيص المسبق مبّزّر بالتالي بهدف مشروع على معنى الفصل 49 ولذلك يتعين التثبيت من مدى احترامه لمبدأ التناسب.

لئن كان اختصاص منح الإجازات يعود للهيئة وهي هيئة عمومية تتمتع بالاستقلالية عن السلطة التنفيذية بما يضمن الشفافية والموضوعية، فإنّ منح الإجازة مشروط حسب الفصل 16 من المرسوم عدد 116 باحترام كراسات الشروط. وتولى الهيئة وضع هذه الكراسات وتمتّع بسلطة تقديرية في تحديد محتواها. ولكن بتفحص هذه الكراسات تبيّن أنّها تحتوي أحكاما تتجاوز التعديل التقني لتتعلق بمحتوى البرامج. وهي بذلك تنطوي على مساس بحرية الاتصال حيث تفرض بطريقة غير مباشرة قيودا على ممارسة الحرية لم يتضمنها المرسوم عدد 116.

وتأسيسا على ذلك فإنّ القيد المتمثل في البثّ في مطالب الإجازة ومنح الهيئة سلطة تقديرية في وضع كراسات الشروط واتفاقيات الإجازة يعدّ قيودا على حرية الاتصال لا يتناسب مع هدف الحفاظ على الأمن العام وحقوق الغير ويخالف الفصل 49.

الفصل 42 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011: يرخص هذا الفصل للمترشحين للانتخابات «استعمال وسائل الإعلام الوطنية دون سواها لحملاهم الانتخابية». ويتربّب عن ذلك إقصاء استعمال وسائل الإعلام الخاصة ووسائل الإعلام الأجنبية في الحملات الانتخابية.

ويهدف هذا المنع إلى ضمان المساواة بين المترشحين ويجد تبريره في حماية حقوق الغير. ولئن كان هذا المساس بحرية الاتصال يستهدف تحقيق غاية مشروعة، فإنّه ليس متناسبا مع الهدف المنشود بالنظر إلى أنّ عبارات الفصل 42 اتّسمت بصبغتها العامة والمطلقة.

الفصل 45 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011: يحجّر هذا الفصل على كافة منشآت الإعلام السمعي والبصري بث برامج أو إعلانات أو ومضات إشهار لفائدة حزب سياسي أو قائمات مترشحين، بمقابل أو مجاناً.

ويهدف هذا المنع إلى الحيلولة دون تعسف الأحزاب في استعمال الدعاية السياسية ويكمن الغرض منه بالتالي في حماية جميع المترشحين ويجد مبرّره في حماية حقوق الغير كما أنه قيد متناسب مع تحقيق هذا الهدف ومطابق لمقتضيات الفصل 49 من الدستور.



الحق في محاكمة عادلة
والفصل 49

ضمن الفصل 108 من الدستور الحق في التقاضي والحق في المحاكمة العادلة وهو ما يقتضي التمييز بين هذين الحقيين:

ورد الحق في التقاضي في الفقرة الثانية من الفصل 108 ويمكن تعريفه بأنه الحق في أن يجد كل فرد قاضيا يعرض أمامه ادعاءاته بخصوص حق يطالب به ويدافع عنه. ويفترض الحق في التقاضي أولا وجود قاض بالنسبة لكل المواد المتنازعية دون استثناء، كما يفترض كذلك أن يكون اللجوء إليه من قبل المتقاضين سهلا مبسّرا وهو ما كرّسه الدستور حيث اقتضى أنّ «القانون ييسّر اللجوء إلى القضاء». فالحق في التقاضي يتعلق بالمرحلة السابقة للدعوى، أما الحق في محاكمة عادلة فيتعلق بمرحلة الدعوى في حدّ ذاتها ويندرج من ثمة في إطار القانون الإجرائي.

والمحاكمة العادلة هي المحاكمة التي تتوفّر فيها كل ضمانات القضاء الناجع ذي جودة عبر تمكين الأفراد متى تحقق لهم الولوج للقضاء من الدفاع على حقوقهم بصورة كاملة وفعلية.

وقد كرّس الفصل 108 عددا من مقومات المحاكمة العادلة: فصل الدعوى في أجل معقول واحترام حقوق الدفاع الذي يعدّ تكريسا لمبدأ المواجهة، ومبدأ التقاضي على درجتين وعلنية الجلسات، كما كرّس الفصل 103 من الدستور واجب حياد القاضي وهو من أهم مقومات المحاكمة العادلة.

وبما أنّ الحق في المحاكمة العادلة هو من الحقوق الأساسية المضمونة دستوريا فهو يدخل في نطاق تطبيق الفصل 49 حيث يتعين أن تحترم القوانين المتعلقة بهذا الحق الضوابط التي وضعها الدستور في الفصل 49. وتمثل القوانين التي لها علاقة بالحق في المحاكمة العادلة والتي تكون موضوعا للبحث ويتم التثبّت من مدى احترامها لضوابط الفصل 49 في مختلف النصوص التي نظمت إجراءات التقاضي سواء أمام القضاء العدلي (خاصة فيما يتعلق بالنزاعات المدنية والتجارية)³ أو القضاء الإداري⁴ وكذلك القضاء المالي⁵. وسيتركّز فحص هذه النصوص على ثلاثة محاور: القاضي (1) سير الدعوى (2) وطرق الطعن (3).

1- حياد القاضي:

يمثل واجب الحياد المكّرس بالفصل 103 من الدستور أول واجبات القاضي، ويعني الحياد أن يكون القاضي على نفس المسافة من كل الأطراف وأن لا ينحاز لطرف دون آخر. ويعدّ حياد القاضي أحد مكوّنات الحق في المحاكمة العادلة حسب ما يستفاد من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية (الفصل 14) والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

بيد أنّ بعض أحكام القانون الإجرائي لا تعكس هاجس فرض هذا الواجب على القاضي:

3 مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

4 القانون عدد 40 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية.

5 القانون الأساسي عدد 41 المؤرخ في 30 أبريل 2019 المتعلق بمحكمة المحاسبات.

– **الفصل 12 من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية:** ينص على أنه «ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم». وتفتح عبارة «ليس على القاضي» مجالاً للاعتقاد بأن القاضي يمكنه مساعدة أحد الأطراف لتكوين وسائل دفاعه، وإن لم يفعل فلا يمكن أن يكون ذلك سبباً لنقض حكمه من قبل المحكمة الأعلى درجة. وتأسيساً على ذلك فإنّ صياغة هذا الفصل تسمح بأن يخرج القاضي عن مقتضيات الحياد وهو ما يمثل مساساً من الحق في محاكمة عادلة حتى وإن كان القاضي مدفوعاً في ذلك بهاجس الإنصاف.

ويتفحص هذا الفصل على ضوء مقتضيات الفصل 49، تبين أنّه لا يمكن أن يجد هذا الخروج عن واجب الحياد تبريره في أيّ من الأهداف الدستورية الواردة بالفصل 49 بما في ذلك حماية حقوق الغير باعتبار الخصم طرفاً في الدعوى ويمكنه الدفاع عن نفسه ولا يعدّ من الغير.

– **الفصل 38 مكرر من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:** يسند هذا الفصل اختصاصاً صلحياً لقاضي الناحية إلى جانب اختصاصه القضائي المنصوص عليه بالفصل 39 من نفس المجلة.

ويمكن أن يمثل جمع نفس القاضي بين الوظيفتين الصلحية والقضائية خطر خروجه عن واجب الحياد إزاء الطرف الذي لم يظهر حماسة للمساعي الصلحية. وينطوي بذلك هذا الفصل على مساس بمبدأ الحياد ويمثل بالتالي اعتداء على الحق في المحاكمة العادلة لا سيّما وأنّ المرحلة الصلحية تعدّ مرحلة أولية وجوبية.

وهذا المساس من الحق في المحاكمة العادلة مخالف للفصل 49 حيث لا يمكن أن يجد تبريره في أيّ من الأهداف التي تجيز وضع الحدود على الحقوق والحريات.

– **الفصل 200 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:** يتعرّض هذا الفصل إلى مؤاخذة الحكام، وينص على أنّه «إذا اتجهت المؤاخذة يحكم على الحاكم بالغرامات والمصاريف وبيطلان الأعمال التي قام بها» ويضيف ذات الفصل أنّه «أمّا الحكم الصادر لمصلحة الخصم فلا يحكم بطلانه». إنّ احترام واجب الحياد وبالتالي الحق في المحاكمة العادلة يفرض تحميل القاضي المسؤولية كاملة على أفعاله وإخلاله بأداء واجباته وفقاً لمقتضيات الفصل 103 من الدستور.

غير أنّ عدم تأثر الحكم الصادر عن القاضي على الرغم من مؤاخذته يعدّ إضعافاً لواجب الحياد، ويمكن أن يمثل حداً للحق في محاكمة عادلة. ولئن كان من الممكن أن يجد هذا الحد تبريره في حماية حقوق الغير أي الخصم الذي صدر الحكم لفائدته، فإنّ هذا الحد للحق في المحاكمة العادلة لا يحترم مبدأ التناسب بين القيد ومبرراته. حيث يمكن لهذا الخصم أن يكون متواطئاً مع القاضي، ولذلك يتعين على الأقل اشتراط أن يكون الخصم الذي صدر لمصلحته الحكم حسن النية.

2- الدعوى:

2-1- مبدأ المواجهة:

يعد مبدأ المواجهة من المقومات الأساسية للمحاكمة العادلة، غير أن بعض النصوص تستبعد هذا المبدأ بصورة صريحة وأحيانا ضمنية وهو ما يمثل حدًا للحق في المحاكمة العادلة يتعيّن التثبت من مدى احترامه للفصل 49.

- ينص **الفصل 14 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية** على أنه: «يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها». وينص **الفصل 19 من نفس المجلة** على أنه «من واجب المحكمة رفض الدعوى إذا تبين لها من أوراق القضية أن أهلية القيام بها منعدمة أو لم تكن للطالب صفة القيام بها».

ونستنتج من هذه الفصول أنه يتعين على المحكمة أن تثير من تلقاء نفسها الإخلالات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام. ولكنّ هذه الفصول لا تفرض على المحكمة احترام مبدأ المواجهة بإتاحة الحق في الدفاع للطرف الذي أثير الإخلال في مواجهته. ولا يستهدف هذا الحدّ على الحق في المحاكمة تحقيق أيّ واحد من الأهداف المنصوص عليها بالفصل 49.

- **الفصل 43 من قانون المحكمة الإدارية:** يمكّن هذا الفصل القاضي من الحكم في الدعوى دون تحقيق «إذا تبين من عريضة الدعوى ومن مؤيداتها أنّ الحل القانوني الذي تتطلبه القضية واضح». كما اقتضى ذات الفصل في فقرته الثانية أنه «يمكن لرئيس الدائرة الابتدائية بالمحكمة الإدارية أن يقضي مباشرة في الدعوى دون تحقيق ودون سابق مراعاة في الحالات التالية: -التخلي عن القضية أو طرحها، -عدم الاختصاص الواضح، -انعدام ما يستوجب النظر، -عدم القبول أو الرفض شكلا».

ويسمح هذا الفصل في الحالات التي حدّدها بالحكم في الدعوى دون تحقيق وبالتالي دون احترام مبدأ المواجهة وهو ما يمثل مساسا من مبدأ المحاكمة العادلة. وتجدر الإشارة إلى أنّ المجلس الدستوري بمناسبة نظره في مشروع القانون الأساسي الذي أضاف الفقرة الثانية للفصل 43 قد اعتبر أنّ أحكام هذا الفقرة غير مخالفة للدستور باعتبارها ترمي إلى تحقيق حسن سير القضاء الذي يعدّ مقوما من مقومات دولة القانون⁶. وبغض النظر عن هذا الرأي، فإنّه لا يمكن الاستناد إلى أي هدف من الأهداف الواردة بالفصل 49 لتبرير هذا المساس بالحق في محاكمة عادلة.

6 رأي عدد 36 - 2010 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون أساسي يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في أول جوان 1972 المتعلقة بالمحكمة الإدارية.

2-2- علنية الجلسات:

علنية جلسات المحاكم عنصر من عناصر المحاكمة العادلة ضمنه الفصل 108 من الدستور، غير أنّ ذات الفصل أقرّ استثناء لمبدأ علنية الجلسات «إذا اقتضى القانون سرّيتها». وقد تضمن عدد من القوانين هذا الاستثناء لمبدأ العلنية وهو ما يتطلب تفحصها على ضوء الفصل 49 للوقوف على إذا ما كانت تحترم مقتضياته.

- الفصل 117 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والفصل 51 من قانون المحكمة الإدارية والفصل 28 من قانون الأساسي لمحكمة المحاسبات: أقرّت هذه الفصول الثلاثة استثناء لمبدأ علنية الجلسات وهو ما يمثل تقييدا للحق في محاكمة عادلة. وتحدّد هذه الفصول مبررات هذا الاستثناء التي تتمثل في الفصل 117 في الحفاظ على النظام العام أو مراعاة الآداب أو حرمة الأسرة وفي الفصل 51 في المحافظة على النظام العام أو السر المهني ومراعاة الآداب وفي الفصل 28 في الحفاظ على النظام العام.

ويمكن ربط هذه المبررات بالأهداف التي ضبطها الفصل 49 من الدستور لا سيّما الأمن العام والآداب العامة وحقوق الغير. كما أنّ هذا الحد من علنية الجلسات ومن الحق في محاكمة عادلة يعدّ مستجيبا لمقتضيات دولة مدنية ديمقراطية.

وأما في خصوص شرط التناسب بين هذا الحد من الحق في محاكمة عادلة وموجباته، فإنّ مجلة المرافعات والقانون المتعلق بالمحكمة الإدارية يستجيبان لهذا الشرط خاصة وأنّ الفصل 121 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والفصل 52 من قانون المحكمة الإدارية يقتضيان أن يكون التصريح بالحكم في جلسة علنية.

وخلافا لذلك فإن قانون محكمة المحاسبات وخاصة أحكام الفصل 69 لا يستفاد منها أنّ التصريح بالحكم يكون دائما في جلسة علنية وهو ما يعدّ مخالفا لمقتضيات الفصل 49.

- الفصل 188 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والفصلان 76 و76 مكرّر من قانون المحكمة الإدارية: تستبعد هذه الفصول علنية الجلسات في التعقيب. وتفرض هذه الفصول بذلك حدا على الحق في محاكمة عادلة لا يمكن تبريره بأي هدف من الأهداف التي عدّها الفصل 49.

3- طرق الطعن:

مبدأ التقاضي على درجتين: استثناءات غير مبررة بالأهداف المذكورة في الفصل 49:

دستر الفصل 108 مبدأ التقاضي على درجتين ويترتب عن ذلك أنّ الاستئناف يجب أن يكون متاحا ضد كل الأحكام ابتدائية الدرجة. غير أنّ هذه القاعدة رغم قيمتها الدستورية ليست مطلقة ويمكن أن ترد عليها

استثناءات تبرّرها بعض أحكام الدستور أو فقه القضاء الدستوري. وما يهمننا في هذه الدراسة هو تفحص هذه الاستثناءات على ضوء مقتضيات الفصل 49.

– **الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:** يكرّس هذا الفصل استثناء لمبدأ التقاضي على درجتين حيث اقتضى أنّه «لرئيس الدائرة التجارية تكليف أحد أعضائها بمحاولة الصلح بين الأطراف، كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة في أي طور من أطوار القضية النظر في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف. ويكون الحكم في هذه الصورة غير قابل للاستئناف». ويمثل هذا الفصل مساسا من مبدأ التقاضي على درجتين وبالتالي من الحق في محاكمة عادلة لا يمكن تبريره بهدف حماية حقوق الغير ولا بالأمن العام والدفاع الوطني أو الآداب العامة.

– **الفصل 26 من مجلة الجباية المحلية:** يمكّن هذا الفصل المطالب بالأداء على العقارات المبنية من تقديم مطلب مراجعة المعلوم أمام محكمة الناحية المختصة ترايبا، وينص على أنّ «حكم المحكمة يكون نهائيا». أي أنّ حكم المحكمة يكون في هذه الحالة ابتدائيا نهائيا وهو ما يقصي الاستئناف ويمثل مساسا بمبدأ التقاضي على درجتين دون تبرير بهدف من الأهداف المنصوص عليها في الفصل 49.

– **الفصل 100 من القانون الأساسي المتعلق بمحكمة المحاسبات:** أجاز هذا الفصل لمحكمة المحاسبات أن تثير اختصاصها في شأن الحسابات التي أسندت تصفيتها إلى السلطة الإدارية، ولكن لم يتم التنصيص على إمكانية استئناف الحكم المتعلق بإثارة الاختصاص، وهو ما يعدّ تقييدا لمبدأ التقاضي على درجتين وللحق في محاكمة عادلة غير مبرر بأي من الأهداف التي تجيز حسب الفصل 49 وضع ضوابط على الحقوق والحريات.

– **الفصل 120 والفصل 127 من القانون الأساسي المتعلق بمحكمة المحاسبات:** يمكّن الفصل 120 النيابة العمومية في مادة زجر أخطاء التصرف من حفظ القضية وبقّر نفس الفصل الحق في الاعتراض على قرار الحفظ أمام الرئيس الأول لمحكمة المحاسبات. كما أسند الفصل 127 للرئيس الأول اختصاص البت في مطالب التجريح في القضاة. ولا ينص الفصلان على إمكانية استئناف قرارات الرئيس الأول في الحالتين وهو ما يعدّ مساسا من مبدأ التقاضي على درجتين لا يستند لأي من المبررات الواردة بالفصل 49.

– **الفصل 149 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والفصل 65 من قانون المحكمة الإدارية:** ينص الفصل 149 على أنّه «إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبت فيه».

ويحتوي الفصل 65 من قانون المحكمة الإدارية تنصيحا مماثلا. وتمثّل الإمكانية التي يقرّها الفصلان لقاضي الاستئناف للتصدي للدعوى والنظر في الأصل مساسا من مبدأ التقاضي على درجتين، حيث لا يتمّ النظر في موضوع الدعوى في هذه الصورة إلا مرة واحدة وذلك في الطور الاستئنافي. ويعدّ هذا الاستثناء لمبدأ التقاضي على درجتين والحد من الحق في محاكمة عادلة مخالفا للفصل 49 حيث لا يمكن تبريره بأيّ من الأهداف الوارد تعدادها بهذا الفصل.

- **الفصل 199 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:** يسند هذا الفصل مباشرة لمحكمة التعقيب اختصاص النظر في مؤاخذة الحكام، ويقضي بذلك مبدأ التقاضي على درجتين وهو ما يعدّ مساسا بالحق في محاكمة عادلة سواء بالنسبة لمقدّم طلب المؤاخذة أو للقاضي موضوع المؤاخذة. ولا يجد هذا المساس من مبدأ المحاكمة العادلة تبريرا في حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة، فهو بالتالي مخالف لمقتضيات الفصل 49.

- **الفصلان 208 و223 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والفصل 85 من قانون المحكمة الإدارية:** تشترك هذه الفصول في التنصيص على أنّ الأحكام والأدون الاستعجالية الصادرة عن رؤساء محاكم الاستئناف العدلية أو رؤساء الدوائر الاستئنافية للمحكمة الإدارية غير قابلة للاستئناف. وقد سبق وأن أثارت المحكمة الإدارية من تلقاء نفسها عدم دستورية الفصل 85 واستبعدت تطبيقه في قضية تعقيبية صادرة سنة 2017 لمخالفته للفصل 108 من الدستور⁷. هذه الفصول الثلاثة تضع حدا للحق في محاكمة عادلة لا يمكن تبريره بأيّ من الأهداف التي حدّدها الفصل 49.

- **الفصل 41 من قانون المحكمة الإدارية والفصل 80 من القانون الأساسي المتعلق بمحكمة المحاسبات:** يتعلق الفصل 41 بتوقيف تنفيذ القرارات الإدارية الذي يمثّل اختصاصا مشتركا بين الرئيس الأول للمحكمة الإدارية ورؤساء الدوائر الجهوية للمحكمة الإدارية حسب مقتضيات الفصلين 39 و15 من قانون المحكمة الإدارية. وقد اقتضى الفصل 41 أنّ القرارات الصادرة في هذه المادة لها طبيعة «تفظية ولا تقبل أيّ وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب». كما نص الفصل 80 من قانون محكمة المحاسبات على أنّ الطعن في القرارات الصادرة عن السلط الإدارية لدى محكمة المحاسبات لا يعطل تنفيذها، ولكنه أجاز للرئيس الأول الإذن بتوقيف تنفيذها إلى حين البتّ في طلب المراجعة غير أنّه لم يتمّ التنصيص على إمكانية الطعن في قرارات الرئيس الأول الصادرة في هذه المادة.

ويمثّل إقصاء الاستئناف في الحالتين استثناء لمبدأ التقاضي على درجتين وبالتالي مساسا من الحق في المحاكمة العادلة لا يمكن تبريره بالاستناد على واحد من الأهداف الواردة بالفصل 49.

- **الفصل 126 والفصل 194 والفصل 209 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية:** يجيز الفصل 126 بصفة استثنائية لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف أن يأذن استعجاليا بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إذا تبين له أنّ إكساء الحكم النفاذ المعجل كان خرقا لأحكام هذا الفصل

7 القضية التعقيبية عدد731225 بتاريخ 15 ماي 2017.

والفصل 125. غير أنّ الفصل 126 يقصي مبدأ التقاضي على درجتين إذ يضيف أنّ «القرار الصادر بوقف التنفيذ غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن». وكذلك الأمر بالنسبة للفصل 194 الذي يجيز للرئيس الأول لمحكمة التعقيب الإذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه وذلك دون التنصيص على إمكانية الطعن بالاستئناف في الأذون الصادرة عن الرئيس الأول. وفي نفس الاتجاه يجيز الفصل 209 لرئيس المحكمة التي تنظر في استئناف الحكم الاستعجالي الإذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه غير أنّ «القرارات الصادرة بإذن إيقاف التنفيذ غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب». ويمثل إقصاء إمكانية الطعن بالاستئناف في هذه الفصول الثلاثة مساساً من مبدأ التقاضي على درجتين ومن الحق في محاكمة عادلة لا يحترم مقتضيات الفصل 49 لأنّه لا يستند إلى أيّ من المبررات لتقييد الحقوق والحريات الواردة بالفصل 49.

– **الفصول 64 و71 و78 و79 و86 من قانون المحكمة الإدارية:** يجيز الفصل 64 في صورة استئناف الأحكام الابتدائية التي أذن فيها بالنفاذ العاجل للرئيس الأول للمحكمة الإدارية الإذن بتوقيف تنفيذها ولكنّه لا ينص على إمكانية استئناف الأذون الصادرة عنه. وفي نفس الاتجاه يمكن الفصل 71 الرئيس الأول للمحكمة الإدارية في صورة التعقيب من الإذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه. وكذلك يسمح الفصل 78 في إطار مطالب إعادة النظر ضدّ الأحكام النهائية لرئيس الهيئة الحكيمية التي أصدرت الحكم بالإذن بتوقيف تنفيذه. كما يخوّل الفصل 79 للرئيس الأول للمحكمة الإدارية في صورة الاعتراض أو اعتراض الغير الإذن بتوقيف تنفيذ الحكم موضوع الاعتراض. وكذلك يجيز الفصل 86 لرئيس الدائرة التي تنظر في استئناف الأذون الاستعجالية توقيف تنفيذ الإذن المطعون فيه.

وفي كل هذه الحالات لم يتم التنصيص على إمكانية الطعن بالاستئناف في هذه الأذون وهو ما يمثّل خرقاً لمبدأ التقاضي على درجتين وحدّاً للحق في المحاكمة العادلة لا يستند إلى أيّ من الأهداف التي يمكن حسب مقتضيات الفصل 49 أن تبرّر فرض قيود على هذا الحق.

– **الفصل 94 والفصل 142 من القانون الأساسي المتعلق بمحكمة المحاسبات:** يجيز هذان الفصلان للرئيس الأول لمحكمة المحاسبات في صورة طلب مراجعة حكم بات أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم موضوع طلب المراجعة. بيد أنّه لم يتمّ التنصيص على إمكانية الطعن بالاستئناف في الأذون الصادرة عن الرئيس الأول. وهو ما يمثّل مساساً من مبدأ التقاضي على درجتين والحق في محاكمة عادلة لا يجد تبريراً له في واحد من الأهداف الواردة بالفصل 49.



المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، منظمة غير ربحية ومستقلة وغير تابعة لأي حزب سياسي، يقع مقرّها برلين في جمهورية ألمانيا الفدرالية. وتهدف المنظمة إلى تعزيز المشاركة السياسية لدى المواطنين وتدعيم مسؤولية الأجهزة الحكومية وتنمية المؤسسات الديمقراطية. وتدعم المنظمة المبادرات الوطنية الرامية إلى تعزيز الحقوق الكونية لدى المواطنين ونعني بذلك حقهم في أن يشاركوا في الحياة السياسية داخل بلدهم مثلما أقرّ ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.



للمزيد من المعلومات:

info@democracy-reporting.org

المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية

مكتب تونس

12 مكر، نهج الرائد البجاوي، المتزه الخامس، 2091 أريانة، تونس

T/F +216 70 74 15 88

tunisia@democracy-reporting.org

www.democracy-reporting.org

Elbestraße 28/29 12045 Berlin, Germany

T +49 (030) 27877300

F +49 (0)30 2787730-10

info@democracy-reporting.org

www.democracy-reporting.org