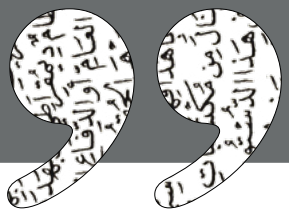
التعاون الألماني
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

International IDEA

الحريات الفرديّة والفصل 55:

هل من قراءة أخرى بعد



الفصل الخامس والخمسون:

لا تُوضَعُ قُيُودٌ عَلَى الحُقُوقِ وَالحُرِّيَّاتِ المَضْمُونَةِ بِهَذَا الدُّسْتُورِ إلّا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطيّ وبهدف حماية حُقُوقِ الغَيْرِ أو لمقتضيات الأمن العامّ أو الدّفاع الوطنيّ أو الصّحّة العموميّة.
ويجبُ ألّا تمسّ هذه القُيُودُ بجوهر الحُقُوقِ والحُرِّيَّاتِ المَضْمُونَةِ بهذا الدّستور وأن تكون مُبرَّرَةً بأهدافها، مُتناسبة مع دواعيها.
لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مُكتسبات حُقُوقِ الإنسان وحُرِّيَّاتِه المضمونة في هذا الدُّستُور.
على كُلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحُقُوقَ والحرّيات من أيّ انتهاك.

التعاون الألماني
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

International IDEA

الحريات الفردية والفصل 55:
هل من قراءة أخرى بعد؟

إعداد: كوثر دباش

مراجعة:

سليم اللّغماني

وحيد الفرشيشي

© 2023 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

الحريات الفرديّة والفصل 55 : هل من قراءة أخرى بعدُ؟

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

النسخة الإلكترونية من هذا المنشور متاحة بموجب رخصة المشاع الإبداعي (CCI)، سمة المشاع الإبداعي، رخصة غير تجارية، رخصة المشاركة بالمثل (3.0) يجوز نسخ المنشور وتوزيعه وبثه وكذلك تعديله وتهيئته بشرط أن يستخدم لأغراض غير تجارية فقط، وأن يذكر المصدر على النحو الصحيح، ويتم توزيعه برخصة مماثلة.

لمزيد من المعلومات عن رخصة المشاع الإبداعي، أنظر:

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

التصميم والإخراج الفني: B&B Promotion

المعرف الرقمي للكتاب: https://doi.org/10.31752/idea.2023.32

الرقم المعياري الدولي للكتاب المطبوع : 978-91-7671-637-3

978-91-7671-638-0 : (PDF)

شكر وتقدير

لم يكن تحيين كتاب «الفصل 49 والحريات الفرديّة: هل من قراءة أخرى؟» وتأليف كتاب جديد تمرينا سهلا.

فشكرا جزيلا لفريق المراجعة المتكوّن من الأستاذين العزيزين سليم اللّغماني ووحيد الفرشيشي على ما أبدياه من عناية واهتمام عند مراجعة العمل وعلى ملاحظاتهما القيّمة.

ولا يفوتني أن أعبّر عن خالص امتناني للسيّدة آمال الماجري مسؤولة برامج بالمؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات على رحابة صدرها وحرصها على تذليل كلّ الصّعاب من أجل إصدار العمل.

كما أودّ أن أشكر السيدة فاطمة التركي مصمّمة العمل والتي أشرفت على إخراجه الفنّي.

ولكلّ من أنار لي الطّريق طيلة المسار عميق الشّكر وصادق العرفان، وأخصّ بالذّكر القاضيين السيد أشرف الماجري والسيد مراد بن موليّ لحسن تعاونهما في مجال القانون الإجرائي، والأستاذة أحلام الضّيف لمساعدتها الثّمينة في مجال المراسيم.

وأنا ممتنّة كذلك للعزيزة الأستاذة سلسبيل القليبي لسخائها المعرفي المعهود، ولدعمها الثّابت.

مع الشّكر الصّادق أيضا للأساتذة منى التّابعي ويسرى بعزاوي ومريم العقربي على النّقاشات الشيّقة والمثمرة، ولرفيقة درب التّناسب السيدة منية بالعربي.

والشّكر موصول إلى فريق المنشورات بالمؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات لجهوده في نشر هذا المؤلّف.

المحتويات

فهرس المؤطّرات **9**

المقدّمة **13**

الجزء الأوّل: مجال الفصل 55: هل يراوح المجال فعلا مكانه بين التّماس والتّنافر؟ **23**

المبحث الأوّل–التّماسّ: المحافظة على مجال انطباق المادّة الجامعة 25

الفقرة الأولى: توسيع مجال التّحفّظ الدّستوري 26

الفقرة الثّانية: التّحديدات المشتركة: إبقاء على البنية وتأرجح في المكوّنات 29

أ.الفصل 55 كسقف في التّحديد 29

ب. الفصل 55 كحدّ أدنى في التّحديد 34

1.تعزيز حماية بعض الحقوق 34

2.تحديد بعض الحقوق بمعايير سلوك 35

3. ماذا عن تدقيق الشّروط بخصوص بعض الحقوق؟ 39

الفقرة الثّالثة: التّحديدات التّشريعيّة الحصريّة 42

المبحث الثّاني–التّنافر أو فرضيّات استبعاد الفصل 55:
أيّ مخرج من مأزق تعليق الحقوق أثناء الحالة الاستثنائيّة؟ 57

الجزء الثّاني: مقتضيات الفصل 55: هل من حوار ممكن بعدُ بين المشرّع والقاضي الدّستوري في إطار البنية الجديدة من أجل حماية قصوى للحريات الفرديّة ؟ **67**

المبحث الأوّل: المشرّع بين تثبيت عنوان الاختصاص في تقييد الحريّة وإشكاليّة إرث مرحلة الاستثناء 69

الفقرة الأولى: اختصاص مهدّد بتضخّم شرعيّة الاستثناء 71

أ.الشّرعيّة المعزّزة: اختلال التّوازن لفائدة مجال السّلطة التّرتيبيّة العامّة 71

ب. الشّرعيّة المحصّنة : هل أقصيت الحريات فعلا من مجال القوانين الاستفتائيّة؟ 74

ج.المراسيم: تعزيز خطر نصوص العجلة 76

1.مراسيم أمر 117، أيّ تكييف ممكن من أجل احتواء خطر إرث مرحلة الاستثناء؟ ... 78

2.مراسيم دستور 2022 أو تضخّم التّشريع بالمراسيم 87

الفقرة الثّانية : في ضوابط ممارسة الاختصاص 89
المبحث الثّاني- المنهج: تثبيت التّمشّي 97
الفقرة الأولى: تثبيت المنهج الثلاثي 99
أ.المحافظة على ضرورة القيد 99
ب.الأهداف المشروعة بين الثّوابت من القيم والمُتَخلّى عنه من الآداب العامّة:
تعزيز للحقوق أم معادلة صفريّة؟ 107
ج. المحافظة على اختبار التّناسب 112
الفقرة الثّانية: المحافظة على عتبة عدم المساس بجوهر الحقّ 126

الجزء الثالث: التّشويش على الفصل 55: من «الدّولة المدنيّة الدّيمقراطيّة» إلى «النّظام الدّيمقراطي» و «مقاصد الإسلام» أو الانزلاقات التّتابعيّة 133

المبحث الأول: من الدولة الديمقراطية إلى «النظام الديمقراطي»: الانزلاق التّمهيدي 135
المبحث الثّاني: من الدولة المدنية إلى «مقاصد الإسلام»: الانزلاق « الحاسم » ؟ 141
الفقرة الأولى: في تذبذب المرجعيّات أو الهويّة المتأرجحة 142
الفقرة الثّانية: في مضادّات الانزلاق 164
قائمة المراجع 171
حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات 205

فهرس المؤطّرات

محاذير إهدار حقّ الملكيّة أو الكلفة القاسية للـ«حرب» ضدّ المضاربة غير المشروعة..... 30

حقّ التّنظّم في إطار جمعيّات وأولويّة التّقييد على الحقّ في مقترح مرسوم يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات..... 37

حتّى لا يتحوّل الحطّ من طبيعة الالتزام بضمان مبدأ التّقاضي على درجتين إلى التزام ببذل عناية إلى رخصة دستوريّة للتّوسّع في استثناءات المبدأ..... 44

التّدابير الاستثنائيّة بين ضرورات حالة الاستثناء و«حمارها القصير»، الحريات الفرديّة: هل يتعلّق الأمر فعلا بديكتاتوريّة دستوريّة؟..... 60

القاضي الإداري في مواجهة المراسيم الانتقاليّة..... 86

المراسيم الانتقاليّة والانتهاكات لمبدأ الشّرعيّة الجزائيّة..... 90

حرية التّعبير بين فكّي كمّاشة الإشاعات الزّائفة وحماية حقوق الغير..... 101

الجواز الصحّي بين مقتضيات الطّوارئ الصحيّة والضّغط على الحريات..... 107

الآداب العامّة بين حقوق الغير والأمن العام في فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان..... 110

في اللّاتناسب في المراسيم الانتقاليّة: هل هناك إسراف في تجريم ترويج الأخبار الزّائفة؟..... 118

بين مقاصد الشّريعة ومقاصد الإسلام..... 144

في المنزلقات الممكنة لـ«تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف»: من التّرجيح بين الحقوق على أساس منهج التّناسب في الفصل 55 إلى التّرجيح بين الحقوق والكليّات الخمس على أساس منهج المقاصد في الفصل 5 أو «كتلة المقاصديّة»..... 147

المقدّمة

«الحريات الفرديّة والفصل 55 : هل من قراءة أخرى بعدُ؟»، هكذا عنونّا هذه الدّراسة التي من المفروض أن تحيّن دراسة سابقة حول الحريات الفرديّة تحت طائلة دستور 2014، تحت عنوان «الفصل 49 و الحريات الفرديّة: هل من قراءة أخرى؟»[1]. وقد تلخّص شحنة الاستفهام المتشائم شيئا ما، التي يحملها الظّرف المبهم «بعدُ»، المسافة بين الدّستورين، دستور 27 جانفي 2014[2] ودستور 25 جويلية 2022[3] وبالتّبعيّة المسافة بين الكتابين، أو هكذا نخالها.

قد يجد القارئ في العنوان شيئا من الاستفزاز أو من الحسم الاستباقي في تأويل النص الجديد، مقارنة بسابقه، في اتّجاه أفضليّة هذا الأخير، رغم ما قيل فيه بعد تفعيل حالة الاستثناء الدّستوريّة في 25 جويلية 2021، حيث حُمّل مسؤوليّة الأزمة السّياسيّة رغم أنّه تمّ الاعتماد عليه للخروج منها. والواقع أنّ عنوان هذه الدّراسة يعكس بأمانة السّؤال الذي طرحناه، حدسا، عند اطّلاعنا على النص الجديد مقارنة بقراءة حاولنا تقديمها في كتاب الحريات الفرديّة تحت طائلة دستور 2014، والذي كانت إشكاليّته التّأسيس لقراءة للفصل 49 تضمن حماية قصوى للحريات الفرديّة، وتؤهّله للعب دور حاسم أوّلا في ضبط نظام للحريات الفرديّة لا يؤدّي إلى المساس من جوهرها ويحميها من اعتباطية المشرّع، وثانيا ليكون معيارا لتأويل متوازن لدستور 2014[4].

وبعض من هذا الحدس مأتاه طبيعة المخاض الذي أدّى إلى ولادة الدّستور الجديد بعد مسار تأسيسي متقلّب ومليء بالمفاجآت، حيث تمّ إعداده بطريقة انفراديّة لا تخضع إلى المعايير الدّيمقراطيّة المعهودة، وتمّ إقراره عن طريق الاستفتاء الذي نظّم في 25 جويلية 2022. ودون الخوض في تقييم الاستفتاء الذي اعتبر مشخصنا ، صدر الدّستور الجديد في غياب تشاركيّة كافية وفُرض على معشر المواطنين، بما يصيبه في تقديرنا إلى حدّ ما بـ«عيب خلقي في المشروعيّة». أمّا البعض الآخر من الحدس فيعود لمحتوى الدّستور الجديد، وهنا ننتقل من الحدس إلى تأكيد الحدس من عدمه بالتّحليل القانوني للدّستور الجديد.

المآخذ شتّة على الدّستور الجديد، مسارًا ومضمونًا، من حيث تصوّر للنّظام السّياسي ذي روح رئاسويّة جليّة، استعادت فيه مؤسّسة رئاسة الجمهوريّة محوريّتها، في استرواح واضح من دستور 1959[5]، وتمركزت بين أيديها مختلف السّلطات مقابل برلمان ثنائي غير واضح المعالم ومركز قانوني غير آمن للنّائب[6]، وسلطة قضائيّة يُخشى أن تكون سلطة تحت الأوامر[7]، أمّا المحكمة الدّستوريّة فكُرّست في صورة باهتة[8]، ونُزعت عن جلّ الهيئات الدّستوريّة المستقلّة صبغتها الدّستوريّة. باختصار، أسّس الدّستور الجديد لمناخ مؤسّساتي خُشي أن يكون غير كاف لممارسة الحريّة ولا لحمايتها، رغم أنّه بشأن الحريات والإعلان عنها في حدّ ذاته، لم يختلف دستور 2022 جذريّا عن سابقه، هذا مع بعض الإشكاليّات المبدئيّة التي يجب أن نشير إليها قبل

1 كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفرديّة. هل من قراءة أخرى؟، منشورات المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021.

2 دستور الجمهوريّة التّونسيّة، 27 جانفي 2014، ، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد خاص، 10 فيفري 2014.

3 دستور الجمهوريّة التّونسيّة، 25 من شهر جويلية 2022، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد خاص، 18 أوت 2022، 48 صفحة.

4 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 25.

5 من أجل آخر صيغة محيّنة لدستور 1جوان 1959: دستور الجمهوريّة التّونسيّة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2008.

6 انظر في نفس الاتّجاه معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، الإطار التّاريخي (المؤسّسات والنّظام السّياسي بداية من القرن 19 إلى دستور 27 جانفي 2014)، النّظام السّياسي الحالي في ظلّ دستور 25 جويلية 2022 (الملابسات والمضامين وتجلّيات البناء القاعدي)، تونس، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختصّ وتوزيعه، 2024، ص. 341. انظر أدناه، ص. 70.

7 انظر أدناه، ص. 27.

8 انظر أدناه، ص. 131.

الخوض في مآل المادّة الجامعة[9].

فمن المنطلق، تطرح مرجعيّة الدّستور الجديد من حيث حقوق الإنسان إشكاليات جديّة تعكسها التّوطئة. فقد غابت الإحالة إلى كونيّة الحقوق والحريات في التّوطئة وفي أحكام الدّستور ممّا يُعدُّ تراجعا عن دستور 2014[10]. ونستعيد ما قالته الأستاذة سلوى الحمروني عند قراءتها لمشروع الدّستور[11]، والذي نقدّر أنّه ينسحب على الدّستور في الصّيغة النّهائيّة التي لم تغيّر في التّوطئة مقارنة بالمشروع، فهناك «هيمنة للخصوصيّة أو الهوويّة على الكونيّة»[12] تعكسها التّوطئة إلى درجة كبيرة في صيغة أقلّ توازنا من توطئة دستور 2014 التي تلازم فيها «التّمسّك بتعاليم الإسلام ومقاصده المتّسمة بالتّفتّح والاعتدال» و«مبادئ حقوق الإنسان الكونيّة السّامية»، واقترن الرّصيد الحضاري والحركة الإصلاحيّة المستنيرة المستندة إلى مقوّمات الهويّة العربيّة الإسلاميّة بالكسب الحضاري الإنساني»، وذكرت «الدّولة المدنيّة والنّظام الجمهوري الدّيمقراطي التّشاركي وعلويّة القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان واستقلاليّة القضاء والمساواة في الحقوق والواجبات بين جميع المواطنين والمواطنات والعدل بين الجهات». في المقابل، سكتت توطئة دستور 2022 عن كلّ ذلك وقرنت الأبعاد الإنسانيّة بالإسلام فحسب، وكرّست «تحقيق العدل والحريّة والكرامة» دون المساواة رغم محوريّة هذا المبدأ[13] في منظومة حقوق الإنسان ككلّ.

أمّا فيما يتعلّق بقائمة الحقوق والحريات التي كرّسها الدّستور، فهناك نوع من الاتّفاق على أنّ باب الحقوق والحريات يُعدُّ «أفضل ما في ... الدّستور» لكنّه يظلّ «دون دستور 2014»[14]. ولبيان مقاربة الدّستور الجديد لمسألة الحقوق والحريات بطريقة بيداغوجيّة يمكن الاستعانة بالثّلاثيّة التي قدّمتها الأستاذة سلوى الحمروني[15] عند تحليلها لمشروع 30 جوان 2022 في مقارنة مع دستور 2014، والتي نعتبر أنّها تظلّ قائمة الذّات في الصّيغة النّهائيّة لدستور 2022: الحقوق والحريات التي تمّت المحافظة عليها، وسنعتبرها من مكتسبات دستور 2014، والحقوق التي تمّ التّراجع فيها عن دستور 2014، والحقوق التي أضافها الدّستور الجديد وسنعتبرها من الإضافات أو التّحسينات[16].

ففي خصوص الحقوق والحريات التي تمّت المحافظة عليها[17]، حافظ الباب الثّاني من الدّستور على أغلب ماورد بالباب الثّاني من دستور 2014 من حريات فرديّة وجماعيّة تقريبا بنفس صيغة دستور 2014، بل

9 كانت هذه المسألة موضوع نقاش ومداولة في إطار مجموعة عمل تونس التي شكّلتها المنظّمة العربيّة للقانون الدّستوري والتي أسفرت أشغالها عن تقرير يحلّل المنظومة القانونيّة للحقوق والحريات ، مع مجموعة من التّوصيات. انظر جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس ، المنظومة القانونيّة للحقوق والحريات في تونس: أجندة الإصلاحات العاجلة، المنظّمة العربيّة للقانون الدّستوري، أفريل 2024، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://aacl-mena.org/uploads/2024/04/23-TWG-report.ar.pdf

10 CHEKIR(H.), «La régression des droits des femmes depuis le 25 juillet», *in*. REDISSI (H.) *(dir.), Le pouvoir d'un seul,* Tunis, Diwen Editions, 2023, p. 113.

11 أمر رئاسي عدد 578 لسنة 2022 مؤرّخ في 30 جوان 2022 يتعلّق بنشر مشروع الدّستور الجديد للجمهوريّة التّونسيّة موضوع الاستفتاء المقرّر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022، الرّائد الرسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 74، 30 جوان 2022، ص. 2342-2360.

12 سلوى الحمروني، «الحقوق والحريات في مشروع الدّستور»، ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، لقاء نظّمته الجمعية التّونسيّة للقانون الدّستوري، كليّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 4 جويلية 2022، غير منشور. وفي نفس الاتّجاه جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.13-15.

13 نفسه.

14 سليم اللّغماني، «التّقرير التّمهيدي»، ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، سابق الذّكر.

15 سلوى الحمروني، «الحقوق والحريات في مشروع الدّستور»، سابق الذّكر. انظر أيضا:
KLIBI (S.), «La Constitution du 25 juillet 2022, constitution de la dé-démocratisation», *in*. REDISSI (H.), *op. cit.,* pp. 94-95.

16 انظر في نفس الاتّجاه: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص. 7-10.

17 سلوى الحمروني،«الحقوق والحريات في مشروع الدّستور»، سابق الذّكر.

يمكن الحديث عن استعادة لأحكامه[18].

وأمّا التّضييقات فتخصّ أوّلا المشاركة السّياسيّة، حيث تمّ التّخلّي في الفصل 39، المتعلّق بحقّ الانتخاب والاقتراع والتّرشّح، عن التّنصيص على ضمان تمثيليّة المرأة في المجالس المنتخبة، والذي كان مضمونا في الفصل 34 من دستور 2014، كما تمّ التّراجع عن فتح التّرشّح لعضويّة مجلس نوّاب الشّعب لغير التّونسيّين بالولادة والذي كان مكرّسا بالفصل 53 من دستور 2014 الذي ينصّ على ما يلي: «التّرشّح لعضويّة مجلس نوّاب الشّعب حقّ لكلّ ناخب تونسي الجنسيّة منذ عشر سنوات على الأقل ...».

من ناحية أخرى، تمّ الحفاظ على اشتراط الدّيانة الإسلاميّة للتّرشّح لرئاسة الجمهوريّة والتّراجع عن فتح هذا الأخير لحاملي جنسيّة أخرى غير الجنسيّة التّونسيّة حيث كان يسمح بها الفصل 74 مع اشتراط التّخلّي عن الجنسيّة الأخرى عند التّصريح بالانتخاب كرئيس للجمهوريّة، وهو ما يقصي مزدوجي الجنسيّة من الانتخابات الرّئاسيّة.

كما تشمل التّضييقات من ناحية أخرى توسيع حالات الحرمان من حقّ الإضراب بالنّسبة إلى القضاة وذلك في الفصل 41 فقرة 3[19].

بقيت التّحسينات وتعزيز بعض الحقوق وتنقية بعض الفصول من دستور 2014 من الشّوائب والتّناقضات، وهي تهمّ شقّين أوّلهما يؤصّل التّوجّه الاجتماعي للدّستور الجديد عبر تكريس التزام محمول على الدّولة في الفصل 18 بتوفير كل الوسائل القانونيّة والماديّة للعاطلين عن العمل لبعث مشاريع تنمويّة. وهذا الفصل المنزّل في باب الأحكام العامّة يضع أفقا جديدا للسّياسات العموميّة في مجال التّشغيل. كما تمّت إضافة حقوق مبنيّة على التّكافل الاجتماعي وضمان حقوق الفئات الهشّة وهي تكفّل الدّولة بالأطفال المتخَلَّى عنهم أو مجهولي النّسب في الفصل 52 فقرة 2 - مع ما قد يثيره احتكار الدّولة للتّكفّل بالأطفال المتخَلّى عنهم أو مجهولي النّسب من ريبة في علاقة بمؤسّسة التّبنّي- والمسنّين الذين لا سند لهم في الفصل 53 من دستور 2022[20].

والشقّ الثّاني من التّحسينات يهمّ الحريات الفرديّة، التي تمثّل موضوع هذه الدّراسة، فقد تمّ تكريس حرية الفرد بوضوح ودون أيّ قيود في الفصل 26، وهو ما يُعدُّ تقدّميّا حتى أنّ الأستاذة سلوى الحمروني خالته «خطأ مطبعيّا»[21] مثيرا للاهتمام: «حرية الفرد مضمونة».

من ناحية أخرى، تمّ تكريس حرية المعتقد وحرية الضّمير دون الزجّ بحماية المقدّسات، وتخصيص فصل

18 الفصل 22: ضمان الحريات الفرديّة والعامّة/ الفصل 23: مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات وأمام القانون/ الفصل 24: الحقّ في الحياة/ الفصل 25: حماية كرامة الذّات البشريّة ومنع التّعذيب / الفصل 29: حقّ الملكيّة/ الفصل 30: حماية الحياة الخاصّة وحرمة المسكن وسريّة المراسلات والاتّصالات والمعطيات الشّخصيّة وحرية اختيار مقرّ الإقامة/ الفصل 31: تحجير سحب الجنسيّة والتّسليم والمنع من العودة إلى الوطن/ الفصل 32: حقّ اللّجوء السّياسي وتحجير تسليم المتمتّعين باللّجوء السّياسي/ الفصل 33: قرينة البراءة والحقّ في المحاكمة العادلة/ الفصل 34: شخصيّة العقوبة/ الفصل 35: الأمان على النّفس (منع الإيقاف التّعسّفي)/ الفصل 36: حقّ السّجين في المعاملة الإنسانيّة/ الفصل 37: حرية الرّأي والفكر والتّعبير والاعلام والنّشر ومنع الرّقابة المسبّقة/ الفصل 38: الحقّ في الإعلام والحق في النّفاذ إلى المعلومة وشبكات الاتّصال/ الفصل 39: حقوق الانتخاب والاقتراع والتّرشّح / الفصل 40: حرية تكوين الأحزاب والنّقابات والجمعيّات/ الفصل 41 فقرة 1 و2: الحقّ النّقابي / الفصل 42: حرّية الاجتماع والتّظاهر السّلميّين مضمونة/ الفصل 43: الحقّ في الصحّة/ الفصل 44: الحقّ في التّعليم العمومي المجاني بكامل مراحله/ الفصل 45: الحرّيات الأكاديميّة وحرّية البحث العلمي/ الفصل46: الحقّ في العمل/ الفصل 47: الحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ/ الفصل 48: الحقّ في الماء الصّالح للشّراب للجميع على قدم المساواة/ الفصل 49: الحقّ في الثّقافة وحرية الإبداع/ الفصل 50: تدعم الدّولة الرّياضة/ الفصل 51: حماية الحقوق المكتسبة للمرأة/ الفصل 52 فقرة أولى: حقوق الطّفل/ الفصل 54: حماية الأشخاص ذوي الإعاقة.

19 انظر في نفس الاتّجاه بخصوص مجمل التّضييقات أو « التّراجعات »، جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص. 8-9.

20 نفسه، ص. 9.

21 سلوى الحمروني، سابق الذّكر.

مستقلّ لحرية القيام بالشّعائر الدّينيّة ما لم تخلّ بالأمن العام، رغم ضبابيّة هذا المفهوم[22] وصبغته المطّاطة التي سنعود لبيانها لاحقا صلب التّحليل. وهذا يُعدُّ تحسّنا مقارنة بالفصل 6 من دستور 2014 الذي كان يلخّص ازدواجيّة المعنى التي ميّزت هذا الدّستور، حيث كان ينصّ في الفصل 6 على ما يلي: «الدّولة راعية للدّين، كافلة لحرية المعتقد والضّمير وممارسة الشّعائر الدّينيّة، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التّوظيف الحزبي.

تلتزم الدّولة بنشر قيم الاعتدال والتّسامح وبحماية المقدّسات ومنع النّيل منها. كما تلتزم بمنع دعوات التّكفير والتّحريض على الكراهية والعنف وبالتّصدّي لها».

إذن، قد يُخيّل لنا أن الحريات الفرديّة لم تكن الخاسر الأكبر في دستور 2022 طالما أُعلن عنها بوضوح في الفصل 26. ولنذكّر هنا بمأزق تعريف الحريات الفرديّة الذي تعرّضنا له في كتاب الحريات الفرديّة، والذي استعنّا فيه لتعريف الحريات الفرديّة بجملة من «المتضادّات» [23] نستعين بأهمّ استخلاصاتها هنا لبيان مفهوم الحريات الفرديّة وضبط قائمة الحريات التي ستشملها هذه الدّراسة. ففي شأن موضوع الحريات الفرديّة (حريات فرديّة/ حقوق وحريات فردية؟)، انتهى التّضادّ إلى اعتبار «الحقوق-الحريات الجسديّة» الدّائرة الأولى للحريات الفرديّة[24] وقد تمّ تكريسها في دستور 2022 في الفصول 24 [25] و25 [26] و33 [27] و34 [28] و35 [29] و36 [30].

وفي شأن مجال الحريات الفرديّة (حريات فرديّة/الحقّ في حماية الحياة الخاصّة/الحريّة الشّخصيّة؟)، انتهى التّضادّ إلى اعتبار الحريّة الشّخصيّة الدّائرة الثّانية للحريات الفرديّة[31]، دائرة تشمل الخصوصيّة[32] في عناصرها اللاّماديّة (سريّة الحياة الخاصّة والمهنيّة، إضافة إلى حرية الضّمير والمعتقد ...) والماديّة (حرمة المسكن، سريّة المراسلات ...) [33] التي تمّ تكريسها في الفصل 30 من دستور2022 [34].

وأخيرا في شأن كيفيّة ممارسة الحريّة (حريات فرديّة/حريات عامّة/ حريات جماعيّة؟)، انتهى التّضادّ إلى اعتبار الحريات الفكريّة في بعدها الدّاخلي الدّائرة الثّالثة للحريات الفرديّة[35]، من حرية الفكر والمعتقد

22 سليم اللّغماني، سابق الذّكر.

23 «oppositions». وكنّا قد استلهمنا هذه المقاربة من المرجع التّالي:
HENNETTE-VAUCHEZ(S.), ROMAN (D.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2015, pp. 9-29.
التّرجمة لنا. انظر كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 18.

24 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 18-20.

25 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «الحقّ في الحياة مقدّس. ولا يجوز المساس به إلّا في حالات قصوى يضبطها القانون».

26 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «تحمي الدّولة كرامة الذّات البشريّة وحرمة الجسد، وتمنع التّعذيب المعنوي والمادّي. ولا تسقط جريمة التّعذيب بالتّقادم».

27 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «المتّهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تُكفل له فيها جميع ضمانات الدّفاع في أطوار التّتبّع والمحاكمة».

28 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «العقوبة شخصيّة ولا تكون إلّا بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع، باستثناء حالة النّصّ الأرفق بالمتّهم».

29 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلّا في حالة التّلبّس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتّهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محـاميا. وتحدّد مدّة الإيقاف والاحتفاظ بقانون».

30 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «لكلّ سجين الحقّ في معاملة إنسانيّة تحفظ كرامته.
تراعي الدّولة في تنفيذ العقوبات السّالبة للحرّية مصلحة الأسرة، وتعمل على إعادة تأهيل السّجين وإدماجه في المجتمع».

31 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 20-21.

32 L'intimité.

33 انظر بالنّسبة إلى هذا التّصنيف:
HENNETTE-VAUCHEZ(S.), ROMAN (D.), *op.cit.*, p. 489.

34 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «تحمي الدّولة الحياة الخاصّة وحرمة المسكن وسريّة المراسلات والاتّصالات والمعطيات الشّخصيّة.
لكلّ مواطن الحريّة في اختيار مقرّ إقامته وفي التّنقّل داخل الوطن وله الحقّ في مغادرته».

35 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 21-23.

والضّمير[36] وحرية الرّأي والتّعبير[37] والحريات الأكاديميّة[38] وحرية الفنون[39]، هذا مع التّذكير بما أشرنا له في كتاب الحريات الفرديّة من حدود التّصنيف الذي يجعل من الصّعوبة بمكان تصنيف حريات كالحريّة الدّينيّة التي تشمل جانبا داخليّا يتمثّل في حرية المعتقد وحرية تغيير الدّين، وجانبا خارجيّا يتمثّل في إقامة الشّعائر الدّينيّة [40]، الذي كرّسه دستور 2022 في الفصل 28 [41]. ونفس الشيّء بالنّسبة إلى الثّنائيّة التي تميّز حرية الرّأي والتي يعكسها الفصل 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: «لكلّ شخص حق التّمتّع بحريّة الرّأي والتّعبير، ويشمل هذا الحقّ حريّته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقّيها ونقلها إلى الآخرين، بأيّة وسيلة ودونما اعتبار للحدود»[42]، كما تنسحب الإشكاليّة على حرية الفنون التي تشكّل «حرية فرديّة للفنّان المبدع وحقّا جماعيّا للجمهور لمتابعة الحياة الثّقافيّة» أي «حرية النّفاذ إلى الثّقافة»[43].

وإذا ما سحبنا ثلاثيّة دوائر الحريات الفرديّة على دستور 2022، نجد تكريسا واسعا للحريات الفرديّة، والذي لن نقتصر عليه وذلك على هدي المقاربة التي اعتمدناها في كتاب الحريات الفرديّة، بحيث سيتمّ التّعرّض في هذه الدّراسة إلى الحقوق والحريات الأخرى في حدود ما يفرضه ترابط منظومة حقوق الإنسان وعدم قابليّتها للتّجزئة وما يقتضيه تفكيك الفصل 55، المادّة الجامعة الجديدة، وهي موضوعنا.

عند صدور الدّستور الجديد، تنفّس المشتغلون بالمادّة الجامعة الصّعداء عند الاطّلاع على المادّة الجامعة الجديدة الواردة في الفصل 55.

ولنذكّر أوّلا بأنّ المادّة الجامعة تعدّ إحدى طرق ضبط حدود الحقوق والحريات الذي يعدّ أمرا حتميّا بالنّظر إلى صبغتها الصّداميّة التي تجعل كلّ حقّ أو حرية حدّا لحقّ أو حرية أخرى[44]، ممّا يستوجب أوّلا ضبط الجهة أو السّلطة التي يجوز لها وضع قيود على الحقّ أو الحريّة وثانيا ضبط المعايير التي على هذه الجهة أو السّلطة الالتزام بها عند وضعها هذه القيود. ومن هنا تتعدّد الخيارات الدّستوريّة بين صمت

36 تمّ التّنصيص على حرية المعتقد والضّمير في الفصل 27 من دستور 2022 كما يلي: «تضمن الدّولة حرّية المعتقد وحرّية الضّمير».

37 يشمل هذا الصّنف الفصل 37 الذي ينصّ على أنّ «حرية الرّأي والفكر والتّعبير والإعلام والنّشر مضمونة.
لا يجوز ممارسة رقابة مسبّقة على هذه الحريات».

38 ينصّ الفصل 45 في هذا الإطار على أنّ «الحرّيات الأكاديميّة وحرّية البحث العلميّ مضمونة.
توفّر الدّولة الإمكانيّات اللاّزمة للابتكار ولتطوير البحث العلمي».

39 ينصّ الفصل 49 على ما يلي: «الحقّ في الثّقافة مضمون.
حرّية الإبداع مضمونة. تشجّع الدّولة الإبداع الثّقافي وتدعم الثّقافة الوطنيّة في تأصّلها وتنوّعها وتجدّدها، بما يكرّس قيم التّسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثّقافات.
تحمي الدّولة الموروث الثّقافي وتضمن حقّ الأجيال القادمة فيه».

40 LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, 2ème édition refondue, Bruxelles, Bruylant, Memesis, 2008, p. 72.

41 ينصّ هذا الفصل على ما يلي: «تحمي الدّولة حرّية القيام بالشّعائر الدّينيّة ما لم تخلّ بالأمن العامّ».

42 مفوّضيّة الأمم المتّحدة السّامية لحقوق الإنسان، المعاهدات الدّوليّة الأساسيّة لحقوق الإنسان، الأمم المتّحدة، نيويورك وجنيف، 2006، ص. 5.

43 MOURON(Ph.), «La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016», *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2017, chronique n°30, disponible sur le site de la revue, au lien suivant: http://tinyurl.com/5n8cbcer

39 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المؤسسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، تونس، 2023، ص. 10.

الدّستور تماما عن المسألة كما جنح إلى ذلك الدّستور الاتّحادي الأمريكي الصّادر في 1787 [45]، أو طريقة التّحديد الخاص التي تتمثّل في وضع الحدود ضمن كلّ فصل يكرّس حقّا أو يعلن عن حرية حسب خصوصيّاتها، وهو المنهج المتّبع في الدّستور المغربي المؤرّخ في 29 جويلية 2011 [46]. وتتمثّل الطّريقة الثّالثة في المادّة الجامعة، في تخصيص فصل واحد في الدّستور لوضع الضّوابط المنطبقة على جميع الحقوق والحريّات. وهي طريقة انتهجها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[47] وعدّة دساتير كالفصل 36 من دستور سويسرا المؤرّخ في 18 أفريل 1999 [48]. وتتمثّل الطّريقة الرّابعة في التّحديد المزدوج الذي يزاوج بين المادّة الجامعة والتّحديدات الخاصّة والتي اعتمدها مثلا الميثاق الكندي للحقوق والحريات المؤرّخ في 17

45 لنذكّر بأنّه قد تمّ إدراج الحقوق والحريات في الدّستور الاتّحادي بمقتضى التّعديلات منها التّعديل الدّستوري الأوّل بتاريخ 15 ديسمبر 1791 والمتّصل بحرية العبادة والتّعبير، والصّحافة وحقّ الاجتماع والمطالبة برفع الأجور والذي ينصّ على ما يلي: «لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحدّ من حرية التّعبير أو الصّحافة، أو من حقّ النّاس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف» وقد كان للمحكمة العليا دور كبير في بيان نطاق حرية التّعبير في قرارات شهيرة كقرار *Buckley v. Valeo* الصّادر في 1976 بشأن القانون المتّصل بتمويل الحملات الانتخابيّة (U.S. Supreme Court, *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), 424 U.S. 1, (https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/) أو قرار *Beauharnais v. Illinois* الصادر في 1952 حيث اعتبرت التّشهير خارجا عن الحماية الدّستوريّة لحرية التّعبير U.S . Supreme Court, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), (https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/). انظر أيضا المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، أحكام التّقييد، نوفمبر2014 ، ص. 6.

46 يمكن تحميل الدّستور المغربي على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf?lang=ar

47 تنصّ المادّة 29 من الإعلان في فقرتها الثّانية على ما يلي: «لا يخضع أيّ فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلّا للقيود التي يقرّرها القانون مستهدفا منها، حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنّظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي»، المعاهدات الدّوليّة الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص.7.

48 ينصّ الفصل 36 من الدّستور السويسري على ما يلي: «تقييد الحقوق الأساسيّة
1. يجب توافر أساس قانوني لكلّ تقييد لحقّ أساسي. ويجب النصّ على القيود الهامّة في قانون اتّحادي.
وتستثنى من ذلك حالات الأخطار الكبيرة والمباشرة ووشيكة الحدوث.
2. كلّ تقييد لحقّ أساسي يجب أن تبرّره المصلحة العامّة أو حماية الحقوق الأساسيّة للآخرين.
3. يجب أن يتناسب كلّ تقييد لحقّ أساسي مع الهدف المنشود.

4. جوهر الحقوق الأساسيّة مقدّس إلى أبعد الحدود»، دستور سويسرا الصّادر عام 1999 شاملا تعديلاته لغاية عام 2014، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar

أفريل 1982[49] والقانون الأساسي الألماني[50].

وبقطع النّظر عن مزايا كلّ طريقة وعيوبها وعن الظّروف التي حفّت بإدراج المادّة الجامعة في دستور 2014، وهي مسائل كنّا قد تعرّضنا لها في كتاب الحريات الفرديّة[51]، انتهى المسار بتكريس الفصل 49، إلى جانب تقييدات خاصة، وهذا نصّه: «يحدّد القانون الضّوابط المتعلّقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضّوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنيّة ديمقراطيّة وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدّفاع الوطني، أو الصحّة العامّة، أو الآداب العامّة، وذلك مع احترام التّناسب بين هذه الضّوابط وموجباتها. وتتكفّل الهيئات القضائيّة بحماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك.

لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدّستور».

وإذا ما انتقلنا إلى صياغة الفصل 55 من دستور 2022، فالقراءة الأوّليّة قد توحي بأنّه ما من تغيير جذري طاله مقارنة بالفصل 49، حيث ينصّ الفصل الجديد على ما يلي: «لا توضع قيود على الحقوق والحريات

49 نصّ الفصل الأوّل من هذا الميثاق على ما يلي: «الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في بنوده ولا يمكن ضبطها إلا بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي»؛ مع حدود واردة في فصول أخرى:
«الضّمانات القانونيّة:
7 لكلّ شخص الحقّ في الحياة والحريّة والحقّ في الأمان على النّفس. لا يمكن المساس بهذا الحقّ إلاّ وفقا لمبادئ العدالة الأساسيّة.
8 لكلّ شخص الحقّ في الحماية ضدّ عمليّات التّفتيش والمداهمات والحجز التّعسّفيّة.
9 لكلّ شخص الحقّ في الحماية ضدّ الإيقاف أو السّجن التّعسّفيّين.
11 كلّ متّهم له الحقّ في :
أ- أن يعلم بدقّة بالتّهمة المنسوبة إليه في أجل عادي.
ب- أن يحاكم في أجل معقول.
ت- ألاّ يكون مجبرا على الإدلاء بشهادة تدينه في كلّ تتبّعات مثارة ضدّه بشأن التّهمة المنسوبة إليه.
ث- أن يتمتّع بقرينة البراءة طالما لم يتمّ التّصريح بإدانته طبقا للقانون من قبل محكمة مستقلّة ومحايدة إثر محاكمة علنيّة وعادلة.
ج- ألاّ يحرم دون وجه حق من الإفراج بكفالة معقولة.
ح- فيما عدا المخالفات الراجعة بالنّظر إلى القضاء العسكري، أن يتمتّع بمحاكمة أمام هيئة محلّفين عندما تكون العقوبة القصوى للمخالفة التي ارتكبها هي السّجن لمدّة خمس سنوات أو عقوبة أشدّ خطورة.
خ- ألاّ يتمّ التّصريح بإدانته من أجل فعل أو امتناع عن فعل لم يكن عند اقترافه مشكّلا لجريمة حسب القانون الدّاخلي الكندي أو القانون الدّولي ولم يكن لها طابع جزائي حسب المبادئ العامّة للقانون المعترف بها من قبل مجموعة الأمم.
د- ألاّ تتمّ محاكمته من جديد من أجل جريمة سبق أن تمّ التّصريح نهائيّا بإدانته من أجلها وعوقب عليها.
ذ- أن يتمتّع بالعقوبة الأخفّ إذا كانت العقوبة عن الجريمة التي تمّ التّصريح بإدانته من أجلها تمّ تغييرها بين لحظة ارتكاب الجريمة والحكم.
12 لكلّ شخص الحقّ في الحماية ضدّ أي معاملة أو عقوبة قاسية وغير عادية».
Charte canadienne des droits et libertés du 17 avril 1982, disponible au lien suivant :
https://canada.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/pdf/charte-poster.pdf

50 ينصّ القانون الأساسي الألماني في فصله العاشر المخصّص لسريّة الرسائل والبريد والاتّصالات على ما يلي: «.لا تُنتهك سرية الرّسائل والبريد والاتّصالات.
2-.لا يجوز تقييدها إلاّ بأمر يستند إلى القانون. وإذا كانت هذه التّقييدات تخدم حماية النّظام الأساسي الدّيموقراطي الحرّ، أو حماية كيان أو أمن الاتّحاد، أو إحدى الولايات، فيجوز أن ينصّ القانون على عدم إبلاغ الشّخص المعني بهذا التّقييد، والاستعاضة عن اللّجوء إلى المحاكم بنظر الدّعوى بواسطة هيئات وأجهزة مساعدة تحدّدها السّلطة التّشريعية».
ثمّ ورد في الفصل 19 المخصّص لتقييد الحقوق الأساسيّة – حقّ التّقاضي ما يلي: «1 .إذا أجيز وفقا لهذا القانون الأساسي تقييد أحد الحقوق الأساسيّة بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن ينطبق هذا القانون بشكل عام، ولا يقتصر على حالة منفردة. وعلاوة على ذلك يجب أن يُحدّد هذا القانون الحق الأساسي المعني، والمادّة الخاصّة به في القانون الأساسي.
2 .لا يجوز بأيّ حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي.
3 .تنطبق الحقوق الأساسيّة أيضا على الأشخاص الاعتباريّين داخل الدّولة، وإلى الحدّ الذي تسمح به طبيعة هذه الحقوق.
4 .إذا انتهكت أحد السّلطات العامّة حقوق أيّ شخص، يجوز له اللّجوء إلى المحاكم، ويكون ذلك أمام المحاكم النّظاميّة، إن لم يكن هناك داع للّجوء إلى محكمة مختصّة أخرى لا تتأثّر الجملة الثانية من الفقرة (2) من المادّة 10 بأحكام هذه الفقرة»، دستور ألمانيا الصّادر عام 1949 شاملا تعديلاته لغاية عام 2012، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar

51 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 15-17.

المضمونة بهذا الدّستور إلّا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدّفاع الوطني أو الصحّة العموميّة.

ويجب ألّا تمسّ هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدّستور.

على كلّ الهيئات القضائيّة أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك».

البنية هي نفسها تقريبا من تكريس للتّحفّظ التّشريعي وضرورة خارجيّة مع حذف الإحالة للدّولة المدنيّة الدّيمقراطيّة وتعويضها بالنّظام الدّيمقراطي، ثم قائمة للأهداف المشروعة للتّقييد التي سقطت منها الإحالة للآداب العامّة ممّا يبدو أمرا محمودا في حدّ ذاته، وبيان لعتبة عدم المساس بجوهر الحق وإحالة إلى منهج التّناسب وتكريس لمبدأ عدم التّراجع وتكليف للهيئات القضائيّة بحماية الحقوق والحريات.

ما المشكل إذن؟

في الواقع، وإضافة إلى وجود بعض التّغييرات التي لا يمكن وضعها في خانة التّغييرات الشّكليّة، لا يمكن فحص الأثر الممكن للنصّ الجديد للمادّة الجامعة على منهج التّعامل مع الحريات الفرديّة إلّا بربطه بالدّستور ككلّ، وهو دستور يستعمل جهازا مفاهيميّا من نوع جديد بإدراجه لفصل لا نخاله سهل التّحييد وهو الفصل 5 الذي ينصّ على ما يلي: «تونس جزء من الأمّة الإسلاميّة، وعلى الدّولة وحدها أن تعمل، في ظلّ نظام ديمقراطي، على تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف في الحفاظ على النّفس والعرض والمال والدّين والحريّة». فإذا سلّمنا بأنّ «الحقّ الأهمّ للفرد يتمثّل في الممارسة الحرة لفردانيّته»[52]، أليس من المشروع التّساؤل عن «مصير الفرد» في ظلّ نصّ دستوري غلب عليه الجمع (الأمّة ...) لا الفردانيّة[53]؟ وهذا يؤجّج إشكاليّة الحريات الفرديّة في مجتمعاتنا والتي تعرّضنا لها في كتاب الحريات الفرديّة من جهة المرجعيّة الغربيّة التي ولدت فيها الفردانيّة وأسباب الارتباك الذي يحدثه مفهوم الفرد في المجتمعات الشّرقيّة التي لم تتمّ فيها القطيعات التي كانت ضروريّة لتركيز الفردانيّة في ارتباطها بالحداثة[54] ولم يتمّ فيها خلق ظروف الوعي بالذّات وباستقلال الفرد بحيث يظلّ «الفرد دائما مغمورا في المجموعة»[55] بمختلف تمظهراتها وتنظيماتها الاجتماعيّة والسّياسيّة من العائلة إلى القبيلة إلى المجتمع، هذا بقطع النّظر عن سلطة الدّولة وتدخّلها في الشّأن الفردي، وأضاف الدّستور الجديد إلى العائلة والقبيلة والمجتمع كائنا أكبر وهو الأمّة الحاضرة بقوّة في دستور 2022، بما يثبّته في مرجعيّة قيميّة تتدخّل بالضّرورة في منهج تقييد الحريات، وتعيد بقوّة جدليّة الكونيّة والخصوصيّة في التّعامل مع حقوق الإنسان، ومن ثمّة علاقة الإسلام بالحداثة[56]، لا سيّما وأنّ

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

53 سلوى حمروني، سابق الذّكر؛ حمادي الرديسي، «في الفصل الخامس من مشروع دستور 2022. الأمّة، الدّولة ومقاصد الإسلام»، المغرب، 16 جويلية 2022، العدد 3320، ص. 6.

54 المنجي السرباجي، «ماذا يعني أن نفكر عربيا في الحريّة؟»، تبيّن، العدد 5/17، صيف 2016، ص. 37-60.

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

56 انظر في هذا الشّأن محمّد الرحموني، «انثولوجيا الإسلام الليبرالي»، تبيّن، العدد 43 - المجلّد 11، شتاء 2023، ص. 65-88.

الدّستور الجديد زجّ بمفهوم مقاصد الإسلام في الفصل 5، بما يلزمنا، من النّاحية المنهجيّة، ببيان التّمفصل مع المادّة الجامعة.

وفي ظرف سياسي انتقالي تزاحمت فيه النّصوص التي يجب دراستها على محكّ التّناسب الذي اعتبرناه في كتاب الحريات الفرديّة الجوهر الخالص للمادّة الجامعة في إطار الفصل 49، والذي كرّسه الفصل 55 بوضوح، وتزاحمت فيه رسائل المشرّع التّأسيسي بين ما تمّ الإبقاء عليه وما تمّ التّخلّي عنه وما تمّ الزجّ به بما يؤدّي بالضّرورة إلى تشوّش في التّلقّي، تتساءل هذه الدّراسة عن القراءة الممكنة بحثا عن حدّ أدنى من الاتّساق في المنظومة الدّستوريّة.

ومن هنا، سنتعامل مع المادّة الجامعة الجديدة في مقارنة بسابقتها وبتأويلنا لها، بمنطق الحذف والإضافة، لنتبيّن كم أنّ المسار محفوف بالمخاطر، وفي منهج شبيه بالذي سرنا عليه في كتاب الحريات الفرديّة سيتمّ التّساؤل إن كان مجال الفصل 55 يراوح فعلا مكانه بين التّماس والتّنافر كما في قراءتنا للفصل 49 (الجزء الأوّل)، لنتساءل بعد ذلك عن مقتضيات الفصل 55، وإن كان من الممكن بعدُ، وبالنّظر إلى بنيته، اعتباره مرتكَزا لحوار ممكن بين المشرّع والقاضي الدّستوري من أجل حماية قصوى للحريات الفرديّة (الجزء الثاني)، خاصّة في ظلّ ما ورد عليه من تشويش مردّه الجهاز المفاهيمي الجديد، والمرور من «الدّولة المدنيّة الدّيمقرطيّة» إلى «النّظام الدّيمقراطي» و«مقاصد الإسلام» في إطار ما نعتبره انزلاقات تتابعيّة (الجزء الثّالث).

الجزء الأوّل:

مجال الفصل 55:
هل يراوح المجال فعلا مكانه بين التّماس والتّنافر؟

ورد في طالع الفصل 55 من دستور 2022 إحالة إلى « (الـ)قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور» بما يعني بداهة أنّ المنهج الذي سيضعه في تقييد الحريات لن يقتصر على الحقوق الواردة في الباب الثّاني الذي يختمه الفصل 55 (من الفصل 22 إلى الفصل 54)، بل يتجاوزه إلى مجموع الحقوق المحميّة بالدّستور بما في ذلك الواردة في الباب الخامس المخصّص للوظيفة القضائيّة ومنها الواردة بالفصل 123 الذي يخصّ مبدأ التّقاضي على درجتين، وبالفصل 124 المتعلّق بالحقّ في المحاكمة العادلة في أجل معقول ومساواة المتقاضين أمام القضاء وحق التّقاضي وحق الدّفاع وتيسير القانون اللجوء إلى القضاء والتّكفّل بالإعانة العدليّة لغير القادرين ماليّا وعلنيّة الجلسات. ويبقى السّؤال مفتوحا حول مدى انطباق المادّة 55 على الحقوق التي لم ينصّ عليها الدّستور. وقد اعتبر الأستاذ سليم اللّغماني أنّها مقصاة من مجال الفصل 55 «بحكم طالع الفصل ذاته» كحقوق الأشخاص المنتمين إلى أقلّيات [57]. وعلى وجاهة هذا القول، نفضّل في هذا الشّأن، وكما فعلنا في كتاب الحريات الفرديّة، ترك المسألة مفتوحة لعلّه يُكتب للمحكمة الدّستوريّة أن ترى النور ويكون لها دور إنشائي على هدي المجلس الدّستوري الفرنسي في توسيع القواعد-المرجع أو كتلة الدّستوريّة[58].

وطالما يتعلّق الأمر في هذه الأسطر بتحيين كتاب الحريات الفرديّة لا بدّ من الإجابة عن سؤال مبدئي هام يتعلّق بمجال انطباق المادّة الجامعة، بما أنّها ليست المنهج الدّستوري الوحيد في تقييد الحريات، وبما أنّ هناك تحديدات خاصّة ببعض الحقوق الواردة في بعض الفصول، وطالما توخّى الدّستور الجديد نفس الصّمت بشأن الحقوق غير القابلة للتّحديد بما في ذلك في الفصل المخصّص لحالة الاستثناء الدّستوريّة، في الفصل 96 منه.

نجد أنفسنا إذن مجبرين على فحص مجال الفصل 55 في علاقة بما سبق. وما يمكن أن نلاحظه أنّ دستور 2022 كرّس عموما نفس طبيعة العلاقة مع التّحديدات الخاصّة في إطار من التّماسّ (المبحث الأوّل) ولا يفتح مبدئيّا إمكانيات كبيرة للتّقاطع مع المادّة المنظّمة لحالة الاستثناء التي تثير إشكاليّة التّعليق الزّمني للفصل 55 أثناءها، بما يحتّم البحث في إمكانيّة تجاوز التّنافر (المبحث الثّاني).

57 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، المرجع سابق الذّكر، ص. 41.

58 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 30.

المبحث الأوّل- التّماسّ:

المحافظة على مجال انطباق المادّة الجامعة

كنّا في كتاب الحريات الفرديّة وبخصوص مجالات انطباق الفصل 49 قد تساءلنا إن كان الفصل 49 مادّة عامّة وأصليّة أم مادّة احتياطيّة في ظلّ اعتماد طريقة التّحديد المزدوج التي تزاوج بين مادّة جامعة وتحديدات خاصّة، بما يطرح بالضّرورة إشكاليّة التّمفصل بين الصّنفين. وخلصنا إلى توزيع الأحكام الدّستوريّة المتعلّقة بالحريات بين ثلاث أصناف من التّحديدات: أوّلا تحديدات دستوريّة حصريّة تنضوي في إطار التّحفظ الدّستوري يتولّى فيها الدّستور ذاته التّحديد بطريقة يتمّ فيها الإقصاء التامّ لتدخّل المشرّع إلّا لتكريس الحرمان؛ ثانيا التّحديدات المشتركة بين المشرّع الدّستوري والمشرّع؛ وثالثا التّحديدات التّشريعيّة الحصريّة التي اكتفى فيها الدّستور بإعلان الحقوق تاركا للمشرّع مهمّة تحديدها وفق المادّة الجامعة أي أنّ الأمر يتعلّق بتطبيق هذا الفصل بوصفه المنهج العادي في تحديد الحريات[59].

وفي الواقع، ودون أن نطيل القول في هذه المسألة بما أنّنا نقدّر أنّ الدّستور الجديد لم يغيّر بطريقة ملموسة في بنية الحقوق والحريات، سنقوم باعتماد نفس التّصنيف الثّلاثي في إطار الدّستور الجديد مع بعض الفوارق بخصوص بعض الحقوق والحريات التي تغيّر تصنيفها، دائما في إطار البحث عن أوسع مجال حيوي ممكن للحريات الفرديّة. ونقدّر إذن أنّه تمّ التّوسيع إلى حدّ ما في مجال التّحفّظ الدّستوري (الفقرة الأولى) والإبقاء على نفس بنية التّحديدات المشتركة (الفقرة الثّانية) مع التّوسيع نسبيّا في مجال التّحديدات التّشريعيّة الحصريّة (الفقرة الثّالثة).

الفقرة الأولى: توسيع مجال التّحفّظ الدّستوري

كنّا في كتاب الحريات الفرديّة قد أطلقنا عبارة التّحفّظ الدّستوري على التّحديدات الحصريّة التي تشمل الحريات والحقوق التي يحدّدها الدّستور بطريقة يقصي معها تماما أيّ إمكانيّة لتدخّل المشرّع إلاّ بتكريس هذا الحرمان، ويبلغ فيها الدّستور أقصى حدّ في التّقييد وذلك بالحرمان نهائيّا من حقّ وهو ما يُعدّ تدخّلا خطيرا قد يفسّر لماذا خصّ به المشرّع الدّستوري نفسه[60]. وكان هذا التّحفّظ الدّستوري يشمل تحت طائلة دستور 2014 بصفة حصريّة الفصل 36 في فقرتيه الثّانية والثّالثة، إذ ينصّ الفصل المذكورعلى ما يلي: «الحقّ النّقابي بما في ذلك حقّ الإضراب مضمون.

ولا ينطبق هذا الحقّ على الجيش الوطني.

ولا يشمل حقّ الإضراب قوّات الأمن الدّاخلي والدّيوانة». وها هو مؤسّس دستور 2022 قد وسّع في مجال التّحفّظ الدّستوري بإضافة فئة شملها الحرمان وهي فئة القضاء إذ ورد في الفصل 41 من الدّستور ما يلي: «الحقّ النّقابي بما في ذلك حقّ الإضراب مضمون.

ولا ينطبق هذا الحقّ على الجيش الوطني.

ولا يشمل حقّ الإضراب القضاة وقوّات الأمن الدّاخلي والدّيوانة».

وإذ نحيل قارئ هذه الأسطر إلى تحليلنا لأبعاد الحرمان من الحقّ النّقابي وحقّ الإضراب بالنّسبة إلى القوّات الحاملة للسّلاح في كتاب الحريات الفرديّة[61]، فإنّنا سنتوقّف عند هذا التّوسيع لمجال التّحفّظ الدّستوري الذي مارس فيه المؤسّس امتيازا للاختصاص خوّل له حرمان القضاة من حقّ الإضراب.

59 une clause de droit commun، نفسه، ص. 34-37.

60 نفسه، ص. 37.

61 نفسه، ص.37-41. انظر بخصوص إضراب القضاة تحت طائلة دستور 2014 حاتم قطران، «حول إضراب القضاة: مظهر من مظاهر تفكيك الدّولة والتّطاول على القانون من قبل السّاهرين على تأمين احترامه!»، ليدرز العربيّة، 21-11-2020، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

https://tinyurl.com/bdfe9w5j

في الواقع، تمّ تكريس هذا التّحفّظ الدّستوري في سياق سياسي متميّز بتشنّج العلاقة بين السّلطة السّياسيّة والقضاء بدأ بحلّ المجلس الأعلى للقضاء بمقتضى المرسوم عدد 11 لسنة 2022 المؤرّخ في 12 فيفري 2022 المتعلّق بإحداث المجلس الأعلى المؤقّت للقضاء[62] ثمّ إتمام هذا الأخير بمقتضى المرسوم عدد 35 لسنة 2022 المؤرّخ في 1 جوان 2022 وإسناد رئيس الجمهوريّة صلاحيّة «إعفاء كلّ قاض تعلّق به ما من شأنه أن يمسّ من سمعة القضاء أو استقلاليّته أو حُسن سيره» [63]، وتمّ على أساس ذلك إصدار أمر رئاسي يقضي بإعفاء57 قاضيا[64]. وهو ما اُعتبر «مذبحة بسكاكين الدّاخليّة»[65]. هذا الجدل الكبير حول تدخّل السّلطة التّنفيذيّة في السّلطة القضائيّة ازداد حدّة بصدور الدّستورالجديد الذي أردى السّلطات الثّلاث التّشريعيّة والتّنفيذيّة والقضائيّة وظائف بما حوّلها إلى مرفق عمومي ذي اختصاص مسند، ممّا أثار الرّيبة خاصّة في علاقة بالوظيفة القضائيّة التي لم يطنب الدّستور في تنظيمها في بابه الخامس، وحظي مرفق العدالة بتنظيم بَرقي لم يتمّ فيه التّنصيص على المبادئ العامّة في تنظيم الأقضية الثّلاث الذي تُرك للقانون (الفصل 119). كما وردت الضّمانات الدّستوريّة الممنوحة للقضاة هشّة (الفصل 121) بما يُخشى منه أن يؤسّس لعدالة تحت الأوامر وأن يتكفّل القانون بلجم استقلاليّتها، هذا فضلا عن أنّ تعيين القضاة يتمّ حسب الفصل 120 بأمر من رئيس الجمهوريّة يتمّ بناء على ترشيح من المجلس الأعلى للقضاء المعني ولم يعد على أساس رأي مطابق من المجلس الأعلى للقضاء كما كان ينصّ على ذلك الفصل 106 من دستور 2014[66].

إذن، ورد التّنصيص على حرمان القضاة من حقّ الإضراب في هذا السّياق المتشنّج لكنه لا يعدو أن يكون في النّهاية إلّا دسترة لحرمان تشريعي نصّ عليه بعدُ القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرّخ في 14 جويلية 1967 والمتعلّق بنظام القضاة والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة[67]، إذ ينصّ الفصل 18 من هذا الأخير كما نقّح بالقانون عدد 79 لسنة 1985 المؤرّخ في 11 أوت 1985 على ما يلي: «يحجّر تحجيرا باتّا على أعضاء السّلك القضائي الإضراب وكلّ عمل جماعي مدبّر من شأنه إدخال اضطراب على سير

62 نصّ الفصل 28 من المرسوم عدد 11 لسنة 2022 المؤرّخ في 12 فيفري 2022 المتعلّق بإحداث المجلس الأعلى المؤقّت للقضاء على ما يلي: «يُلغى القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرّخ في 28 أفريل 2016 ويُحلّ المجلس الأعلى للقضاء المنظّم بموجب القانون المذكور، وتُحال جميع الملفّات والوثائق المتعهّد بها إلى المجلس الأعلى المؤقّت للقضاء المحدث بمقتضى هذا المرسوم»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 16، 13 فيفري 2022، ص. 455.

63 المرسوم عدد 35 لسنة 2022 المؤرّخ في 1 جوان 2022 المتعلّق بإتمام المرسوم عدد 11 لسنة 2022 المؤرّخ في 12 فيفري 2022 المتعلّق بإحداث المجلس الأعلى المؤقّت للقضاء الذي أضاف الفصل الأوّل منه للفصل 20 من المرسوم عدد 11 لسنة 2022 الأحكام التّالية: «لرئيس الجمهوريّة، في صورة التّأكّد أو المساس بالأمن العام أو بالمصلحة العليا للبلاد، وبناء على تقرير معلّل من الجهات المخوّلة، إصدار أمر رئاسي يقضي بإعفاء كلّ قاض تعلّق به ما من شأنه أن يمسّ من سمعة القضاء أو استقلاليّته أو حُسن سيره.
وتُثار الدّعوى العموميّة ضدّ كل قاض يتمّ إعفاؤه على معنى هذا الفصل.
لا يمكن الطّعن في الأمر الرّئاسي المتعلّق بإعفاء قاض إلاّ بعد صدور حكم جزائي باتّ في الأفعال المنسوبة إليه»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 1 جوان 2022، ص. 1841.

64 أمر رئاسي عدد 516 لسنة 2022 مؤرّخ في 1 جوان 2022 يتعلّق بإعفاء قضاة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 1 جوان 2022، ص.1842-1843.

65 أميمة المهدي، «عزل القضاة من قبل سعيّد: مذبحة بسكاكين الدّاخليّة»، المفكّرة القانونيّة، 29 جوان 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

http://tinyurl.com/m9syd6ke

66 انظر في نفس الاتّجاه: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.18.

67 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 30، 14 جويلية 1967، ص. 1318-1322.

العمل بالمحاكم أو عرقلته أو تعطيله»[68]، وهي صيغة أضافت خاصّة إلى الصّيغة الأصليّة للفصل 18 تحجير الإضراب والتّشديد باستعمال «البات» [69]، وهو ما أكّده الفصل 9 من المرسوم عدد 11 لسنة 2022 سابق الذّكر بتنصيصه على ما يلي: « يُحجّر على القضاة من مختلف الأصناف الإضراب وكلّ عمل جماعي منظّم من شأنه إدخال اضطراب أو تعطيل في سير العمل العادي بالمحاكم » بما يسحب التّحجير الصّريح للإضراب على قضاة الأقضية الثّلاث العدلي والإداري والمالي الخاضعين إلى أحكام المرسوم[70].

ولنلاحظ أنّ الصّياغة الأصليّة للفصل 18 من القانون عدد 29 لسنة 1967 مستنسخة من الفصل 10 من المرسوم الفرنسي عدد 1270-58 المؤرّخ في 22 ديسمبر 1958 والمتعلّق بإصدار القانون الأساسي المتعلّق بالنّظام الأساسي للقضاة الذي ينصّ في فقرته الثّالثة على ما يلي: « يحجّر ... (على القضاة) كل عمل مدبّر من شأنه تعطيل أو عرقلة سير العمل بالمحاكم»[71]. ولنذكّر في هذا الإطار بموقف المجلس الدّستوري الفرنسي الذي أقرّ أنّه: «وحيث أنّه حسب ما نصّت عليه الفقرة السّابعة من توطئة دستور 27 أكتوبر 1946، التي أكّدتها توطئة دستور 4 أكتوبر 1958، «يمارس حقّ الإضراب في إطار القوانين التي تنظّمه»؛ حيث أنّه بهذا الحكم قصد المؤسّسون أنّ حقّ الإضراب يشكّل مبدأ ذي قيمة دستوريّة، لكنّه يعرف حدودا، وقد أهّلوا المشرّع لرسمها بالقيام بالتّوفيق الضّروري بين الدّفاع عن المصالح المهنيّة الذي يعدّ حقّ الإضراب وسيلة له، والمحافظة على المصلحة العامّة التي يمكن أن ينتهكها الإضراب؛ حيث أنّه، خاصّة بالنّسبة إلى المرافق العموميّة، لا يمكن أن يؤدّي الاعتراف بحقّ الإضراب إلى الحيلولة دون سلطة المشرّع في تسليط الحدود الضّروريّة على هذا الحقّ بغاية ضمان استمراريّة المرفق العام الذي يعدّ مبدأ ذي قيمة دستوريّة تماما مثل حقّ الإضراب؛ حيث أنّ هذه الحدود يمكن أن تصل إلى تحجير حقّ الإضراب على الأعوان الذين يعدّ حضورهم ضروريّا لتأمين سير عناصر المرفق التي من شأن تعطيلها المساس بالحاجيات الأساسيّة للبلاد»[72]، وهو ما ينطبق على «المرافق العموميّة الدّستوريّة» التي تشمل بالأساس مرافق السّيادة من جيش وشرطة وقضاء[73].

تمّ إذن تعزيز التّحفّظ الدّستوري بإضافة فئة حرمت من حقّ دستوري بترخيص من الدّستور ذاته الذي أبقى فيما عدا ذلك على البنية العامّة لمجال انطباق المادّة الجامعة في علاقة بالتّحديدات الخاصّة، بما يسمح لنا بتبنّي نفس مقاربة كتاب الحريات الفرديّة في تعامله مع الفصل 49.

68 القانون عدد 79 لسنة 1985 مؤرّخ في 11 أوت 1985 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرّخ في 14 جويلية 1967 المتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والنّظام الأساسي للقضاة، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 59، 16-20 أوت 1985، ص. 1033. والملاحظ أنّه تمّ تحجير «كلّ عمل جماعي مدبّر من شانه إدخال اضطراب أو تعطيل في سير العمل» بالنّسبة إلى أعضاء دائرة المحاسبات (في الفصل 6 من المرسوم عدد 6 لسنة 1970 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1970 يتعلّق بضبط القانون الأساسي لأعضاء دائرة المحاسبات، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 45، 29 سبتمبر 1970، ص. 1389؛ والمصادق عليه بالقانون عدد 46 لسنة 1970 المؤرّخ في 20 نوفمبر 1970، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 53، 20-24 نوفمبر 1970، ص. 1724) وتقريبا في نفس الصّيغة بالنّسبة إلى قضاة المحكمة الإداريّة (في الفصل 5 من القانون عدد 67 لسنة 1972 المؤرخ في أوّل أوت 1972 المتعلّق بتسيير المحكمة الإداريّة وبضبط القانون الأساسي لأعضائها ، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 32، 4-8 أوت 1972، ص. 1166، من أجل صيغة محيّنة للقانون، انظر على موقع مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن، على الرّابط المختصر:

https://tinyurl.com/yc4vp3uk).

69 كانت الصّياغة الأصليّة للفصل 18 تنصّ على ما يلي: «يحجّر على أعضاء السّلك القضائي القيام بكلّ عمل جماعي مدبّر من شأنه إدخال اضطراب أو تعطيل في سير العمل بالمحاكم».

70 يجدر الذّكر أنّ الفصل 30 من المرسوم عدد 11 لسنة 2022 سابق الذّكر ينصّ على ما يلي: «يتواصل العمل بالنّصوص القانونيّة الجاري بها العمل في ما لا يتعارض مع أحكام هذا المرسوم».

71 Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF du* 23 *décembre* 1958, version en vigueur, disponible au lien suivant:

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006091591.الترّجمة لنا

انظر أيضا: حاتم قطران، سابق الذّكر .

72 Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, considérant n°78, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm الترّجمة لنا.

73 FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, p. 342. الترّجمة لنا

الفقرة الثّانية: التّحديدات المشتركة: إبقاء على البنية وتأرجح في المكوّنات

لنذكّر بأنّ التّحديدات المشتركة تشمل الحقوق التي لم يكتف في شأنها المشرّع الدّستوري بالإعلان عنها بل تولّى إضافة إلى ذلك تحديدها مع الإحالة إلى المشرّع لاستكمال نظامها القانوني ووضع حدودا إضافيّة، إمّا صراحة أو ضمنيّا، بما يترك مجالا لتطبيق الفصل 55 لكن بطرق مختلفة. ونحافظ هنا على التّمييز الذي اعتمدناه في كتاب الحريات الفرديّة بين صنفين، بحيث يكون الفصل 55 إمّا سقفا في التّحديد (أ) أو حدّا أدنى في التّحديد (ب).

أ. الفصل 55 كسقف في التّحديد

يتعلّق الأمر بالحقوق التي سيكون فيها منهج الفصل 55 سقفا في التّحديد بتدخّل المشرّع الدّستوري بالمساس بجوهر الحقّ والتي دافعنا في كتاب الحريات الفرديّة عن ضرورة إعمال المادّة الجامعة بشأنها لكن مع تخفيف شروط التّحفّظ التّشريعي وتهمّ الحقّ في الحياة وحقّ الملكيّة، تماما مثل دستور 2014، في إطار قناعة بأنّ التّناسب هو الجوهر الخالص للمادّة الجامعة والذي يجب أن يكون المنهج في التّدخّل العمومي في الحريات حتّى في غياب أحد شروط المادّة الجامعة، من ذلك عدم المساس بجوهر الحقّ.

إذ نصّ الفصل 24 من دستور 2022، في صياغة شبيهة بالفصل 22 من دستور 2014 على ما يلي: «الحقّ في الحياة مقدّس. ولا يجوز المساس به إلاّ في حالات قصوى يضبطها القانون». وكنّا قد أشرنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى ضرورة اعتماد منهج المادّة الجامعة لعقلنة عقوبة الإعدام الواردة في أكثر من 170 موضعا في التّشريع التّونسي[74]، وهو ما نؤكّد عليه خاصّة في ظلّ إدراج «مقاصد الإسلام الحنيف» في الفصل 5 بما قد سيلقي بظلاله على تأويل الفصل 24 كما سيتمّ بيانه[75].

كما ندرج في هذا الإطار أيضا حقّ الملكيّة المكرّس بالفصل 29 من دستور 2022 الذي ينصّ على ما يلي: «حقّ الملكيّة مضمون، ولا يمكن الحدّ منه إلاّ في الحالات وبالضّمانات التي يضبطها القانون.

الملكيّة الفكريّة مضمونة».

ورغم اعتماد مفهوم «الحدّ» الذي يبدو أكثر وضوحا -في علاقة بمنظومة تقييد الحريات -من «النّيل» الذي كرّسه الفصل 41 من دستور 2014[76]، إلّا أنّه في تقديرنا، لا يبدو أنّ هناك تغييرا في تعامل الدّستور مع حقّ الملكيّة الذي أردفه بتحديد خاصّ يحيل إلى الحالات والضّمانات التي يضبطها القانون. وعليه نتمسّك في إطار دستور 2022 بانطباق المادّة الجامعة على حقّ الملكيّة في علاقة بكل القيود المقنّعة المضروبة عليه والتي تحتاج عقلنة بشأنها، بما في ذلك في مجال الارتفاقات، كما سبق أن بيّناه في كتاب الحريات الفرديّة [77]، بل تؤكّد مراسيم مرحلة الاستثناء ضرورة اعتماد منهج التّناسب بشأن حق الملكيّة.

74 وحيد الفرشيشي، ايلاف القصّاب، خالد الماجري، مذكّرات الـ(لّا)دستوريّة، تونس، الجمعيّة التّونسيّة للدّفاع عن الحريات الفرديّة، 2017، ص. 12. انظر أيضا كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 42-43.

75 انظر أدناه، ص. 149-150.

76 انظر جدول المقارنة بين أحكام دستور 2014 ودستور 2022 ضمن سليم اللّغماني، « ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 »، سابق الذّكر، (ص. 20)، حيث اعتبر الأستاذ اللّغماني أنّ هناك في هذا الشّأن « تغيير(ا) في الأصل » (ص. 19).

77 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص.43-45.

محاذير إهدار حقّ الملكيّة أو الكلفة القاسية للـ «حرب»[78] ضدّ المضاربة غير المشروعة

يعدّ المرسوم عدد 14 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 المتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة[79] مرسوما خارقا لمبدأ الشّرعيّة الجزائيّة بامتياز، تمّ فيه، كما سيتمّ بيانه، ضرب قاصم الظّهر لحرية التّعبير خاصّة في علاقة بالأخبار الزّائفة الاقتصاديّة، وعكس غلوّا غير مسبوق في الزّجر، ولكنّه أيضا، ونظرا للتّوسيع في التّجريم، يهدّد بإهدار حق الملكيّة بطريقة تتابعيّة. فالفصل 4 من المرسوم المذكور عرّف المضاربة غير المشروعة بكونها «كلّ تخـزين أو إخفاء للسّلع أو البضـائع أيّا كان مصدرها وطريقة إنتاجها يكون الهدف منه إحـداث ندرة فيها واضطراب في تزويد السّوق بها، وكلّ ترفيع أو تخفيض مفتعل في أسعارها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو عن طريق وسيط، أو استعمال الوسائل الإلكترونيّة، أو أيّ طرق أو وسائل احتياليّة» ومن السّهل معاينة عدم الوضوح الوارد في الرّكن المادّي للجريمة، خاصّة في علاقة بمفهوم التّخزين الذي أدّى التّأويل الواسع له للقيام أحيانا بمداهمات اعتبرت كاريكاتوريّة. وإضافة إلى الغلوّ في الزّجر وتسليط عقوبات بالسّجن تتراوح حسب الفصل 17 من ذات المرسوم بين 10 سنوات والسّجن بقيّة العمر وبخطيّة ماليّة تتراوح بين مائة ألف دينار وخمسمائة ألف دينار، فإنّ المرسوم يسلّط عقوبة المصادرة الوجوبيّة في الفصل 23 فقرة أولى «للممتلكات المستعملة لارتكاب الجريمة أو لتسهيل ارتكابها أو التي ثبت الحصول عليها بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة من الجريمة ولو انتقلت إلى أيّ ذمّة ماليّة أخرى سواء بقيت تلك الممتلكات على حالها أو تمّ تحويلها إلى مكاسب أخرى وذلك دون المساس بحقوق الغير حسن النيّة». ويضيف الفصل 24 من ذات المرسوم ما يلي: «تقضي المحكمة وجوبا بمصادرة جميع المكاسب المنقولة أو العقارية والأرصدة الماليّة الرّاجعة للمحكوم عليه أو بعضها إذا ثبت استعمالها لغرض ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بهذا المرسوم.

وتشمل المصادرة المكاسب المحقّقة من الجرائم المنصوص عليها بهذا المرسوم ولو انتقلت إلى أصول الفاعل أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره وسواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى.

ولا يتحرّر هؤلاء من هذا الحكم إلاّ إذا أثبتوا أن مأتى هذه الأموال أو المكاسب لم يكن من متحصّل الجريمة»، وهي جريمة غير واضحة الأركان ستتمّ على أساسها مصادرة أملاك «الفاعل» المحكوم عليه وأصوله و فروعه و إخوته وزوجه وأصهاره الذين انتقلت إليهم هذه الأموال والمكاسب وعليهم إثبات المصدر المشروع. ويضيف الفصل 25 من ذات المرسوم ما يلي: «لا يمنع انقضاء الدّعوى الجزائيّة بالوفاة من الحكم بمصادرة المكاسب المحقّقة من الجرائم المنصوص عليها بهذا المرسوم وغلّتها لفائدة الدّولة في حدود ما آل إلى الورثة من الميراث».

78 هيثم المدوري، «الحرب على المحتكرين في تونس ... طواحين الهواء وكلّ من سيكشف عنه البحث»، الترا تونس، 05 مارس 2023، يمكن تحميله على الرّابط التالي:

http://tinyurl.com/afyxajwb

79 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 30، 21 مارس 2021، ص. 791-794.

حاول الفصل 25 المذكور في الواقع معالجة استحالة تطبيق المصادرة–وهي عقوبة تكميليّة على معنى الفصل 5 فقرة (ب) من المجلّة الجزائيّة[80] –في صورة انقضاء الدّعوى العموميّة التي تنقضي، في جملة ما تنقضي به، «بموت المتّهم» حسب الفصل 4 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة[81]، استنادا إلى مبدأ شخصية العقوبة. وبالتّالي قام الفصل المذكور بفكّ الرّباط بين الدّعوى الجزائيّة والمصادرة، بما يحرّر القاضي المدني من قاعدة حجيّة الأمر المقضي به جزائيّا على المدني لعدم وجود حكم بالإدانة الجزائيّة نظرا لوفاة المتّهم، بحيث يسترجع القاضي المدني حريته في إثبات ماديّة الوقائع وترتيب الآثار على الورثة في صورة ثبت الخطأ الذي ارتكبه المورّث[82].

وبقطع النّظر عن المبادئ التي تحكم تقاطع الدّعوى الجزائيّة والدّعوى المدنيّة من الضّروري لفت الانتباه في تقديرنا إلى التّهديد الواقع على حق الملكيّة للمورّث المتّهم في قضيّة مضاربة غير مشروعة ولورثته بالتبعيّة من جرّاء جريمة مفتوحة أساسها هشّ. وقد يكون من المفيد في إطار التّقاطع بين حقّ الملكيّة والإجراءات الجزائيّة الاستئناس بموقف المجلس الدّستوري الفرنسي في إطار مسألة ذات أولويّة دستوريّة أحالتها له محكمة التّعقيب بخصوص أحكام واردة في الفصل 131-21 من المجلّة الجزائيّة الفرنسيّة الخاصّ بالعقوبة التّكميليّة المتمثّلة في مصادرة الأملاك حيث تأسّس الطّعن على أساس أنّ هذه الأحكام تخرق الفصل 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن بما أنّها تسمح للمحكمة بالتّصريح بمصادرة أملاك تقع تحت طائلة نظام الاشتراك في الملكيّة دون تمكين قرين الشّخص المدان من المثول أمامها أو إعلامه بحقّه في تقديم ملاحظات أو إنابة محامي أو الطّعن بالاستئناف في القرار فضلا عن خرق مبدأ شخصيّة العقوبة وحقّ الملكيّة في غياب التّنصيص على إمكانيّة تصريح القاضي بالتّصفية الجزئيّة والاستباقيّة للملكيّة المشتركة[83]، وهذا ما أكّده المجلس الدّستوري في قراره الصّادر بتاريخ 24 نوفمبر 2021 الذي اعتبر فيه أنّه حسب تأويل محكمة التّعقيب «للتّصريح بمصادرة ملك مشترك، يجب على القاضي أن يقدّر بالنّظر إلى ظروف الجريمة والوضعيّة الشّخصيّة للقرين حسن النيّة، إذا كان من المناسب مصادرة الملك كليّا أو جزئيّا. فضلا عن ذلك، فيما عدا الحالة التي تتعلّق فيها المصادرة بملك يشكّل كليّا موضوع الجريمة أو نتاجا عنها، فإنّ القاضي ملزم بتقدير الطّابع المتناسب للانتهاك الذي تسلّط على حقّ الملكيّة الذي يعود للقرين حسن النيّة عندما تتمّ المطالبة بهذه الضّمانة أو عندما يثير المسألة من تلقاء نفسه في صورة

80 المجلّة الجزائيّة (الصّادرة بمقتضى الأمر العلي المؤرّخ في 9 جويلية 1913)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص. 8.

81 مجلّة الإجراءات الجزائيّة (الصّادرة بالقانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرّخ في 24 جويلية 1968 يتعلّق بإعادة قانون المرافعات الجنائي)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص. 7.

82 في إطار الحرص على عدم التّضارب بين الأحكام القضائيّة تتنزّل حجيّة الأمر المقضي به جزائيّا على المدني التي «تلزم القاضي المدني بأن لا يتجاهل ولا يتعارض قضاؤه مع ما أصدره القاضي الجزائي»، سنية العش ملّاك، حجيّة الأمر المقضي به جزائيّا على المدني، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013، ص. 18.
وتجد هذه القاعدة أساسها في الفصل 101 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي ينصّ على أنّ «الحكم الصّادر من محكمة جزائيّة بترك سبيل متّهم لا يؤثّر في مسألة تعويض الخسارة النّاشئة من الفعل الذي قامت به التّهمة وهذا الحكم يجري في صورة سقوط الدّعوى بسبب وفاة المتّهم أو لصدور عفو عام»، مجلّة الالتزامات والعقود(الصّادرة بمقتضى أمر15 ديسمبر 1906)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص. 22.
انظر بخصوص مناقشة هذه القاعدة وأسسها التّشريعيّة وغير التّشريعيّة وشروط إعمالها: سنية العش ملّاك، المرجع سابق الذّكر . انظرأيضا بخصوص مناقشة المصادرة المدنيّة في تونس وفكّ الرّباط مع الدعوى الجزائية : المفكّرة القانونيّة، «مشروع القانون الأساسي للمصادرة المدنيّة: قراءة في المنهجيّة»، المفكّرة القانونيّة، العدد 04، مارس 2016، ص. 3، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي: https://legal-agenda.com/wp-content/uploads/1458717670-LA-TUNIS-04_WEB.pdf

83 Décision n° 2021-949/950 QPC du 24 novembre 2021, Mme Samia T. et autre [Droits de l'époux commun en biens en cas de confiscation prévue à titre de peine complémentaire de certaines infractions], considérant n°4, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021949_950QPC.htm

تعلّق الأمر بمصادرة كليّة أو جزئيّة للأملاك»[84]. لكن اعتبر المجلس الدّستوري مع ذلك أنّه «لا تنصّ الأحكام المطعون فيها أو أيّ أحكام أخرى على تمكين القرين غير المدان من تقديم ملاحظاته حول المصادرة أمام محكمة القرار التي تعتزم التّصريح بها»[85].

إضافة إلى حقّ الحياة وحقّ الملكيّة الذين اعتبرنا أن المشرّع التّأسيسي قد خفّف بشأنهما في شروط التّحفّظ التّشريعي لما فيهما من مساس بجوهر الحقّ، فإنّنا نعتبر أن هذا الصّنف شهد تعزيزا تحت طائلة دستور 2022، إذ يمكن أن نضيف إلى حقّ الحياة وحقّ الملكيّة، حرية ممارسة الشّعائر الدّينيّة، وإن كان المقصد مختلفا.

فبعد أن كان مؤسّس دستور 2014 قد كرّس حرية ممارسة الشّعائر الدّينيّة في الفصل الجدلي، الفصل 6 [86]، إلى جانب حرية الضّمير لكن جنبا إلى جنب مع حماية المقدّسات، في ازدواجيّة استثنائيّة للمعنى، هاهو مؤسّس دستور 2022 قد فصل حرية المعتقد وحرية الضّمير كحقّ غير قابل للانتقاص ومن ثمّة التّحديد في الفصل 27، ونصّ في الفصل 28 على أنّ الدّولة تحمي «حرية القيام بالشّعائر الدّينيّة ما لم تخلّ بالأمن العام». وقد اعتبر الأستاذ الجليل سليم اللّغماني أنّ هذا الحقّ يخرج عن مجال انطباق الفصل 55 لأنّ «طبيعة الحدّ المسلّط على الحقّ أو الحريّة وشروطه أدرجت صلب النصّ الدّستوري»[87].

صحيح أنّ المشرّع الدّستوري قد اختار من بين موجبات الفصل 55 واحدة فقط وهي عدم الإخلال بالأمن العام لكن وجب أن نتساءل عن كيفيّة تنظيم هذا الحدّ فإذا أخرجناه تماما عن مجال الفصل 55 نكون قد حرّرنا تنظيم حرية على غاية من الحساسيّة من صنّامات الأمان الواردة في الفصل 55 ألا وهي خاصّة التّحفّظ التّشريعي، فمن سيقدّر إن كانت ممارسةٌ ما تخلّ بالأمن العام؟ أولن يكون ذلك فتحا لباب التّدخّل الاعتباطي للإدارة؟ نقول هذا في علاقة بما كنّا قد أشرنا إليه في كتاب الحريات الفرديّة حول «الإتاحة غير المتاحة للنّصوص المنظّمة لممارسة الحريات الفرديّة» [88] في علاقة بـ«القانون الخفي» أو «المناشير السّالبة للحريّة»[89]، فالشّعائر الدّينيّة منظمّة بحزمة من المناشير قام بجردها الأستاذ وحيد الفرشيشي من ذلك منشور وزير الشّؤون الدّينيّة عدد 138 المؤرّخ في 28 مارس 2004 المتعلّق ببناء الصّوامع ومنشور وزير الشّؤون الدّينيّة عدد 577 المؤرّخ في 28 جانفي 2014 حول تنظيم التّظاهرات والحفلات الدّينيّة داخل المساجد ومنشور الوزير الأوّل الصّادر في 1981 المتعلّق بغلق المقاهي والمطاعم بشهر رمضان[90].

من ناحية أخرى، نقدّر أنّ التّنصيص على حدّ الأمن العام في الفصل 28 من دستور 2022 كان نتيجة لفصل حرية ممارسة الشّعائر الدّينيّة عن حرية المعتقد والضّمير واعتبار أنّ الحدود الوحيدة الممكنة هي في

84 *Ibid.*, considérant n°12 التّرجمة لنا.

85 *Ibid.*, considérant n°13 التّرجمة لنا.

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

87 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 42.

88 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 116.

89 وحيد الفرشيشي (تحت إشراف)، المناشير السّالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، تونس، الجمعيّة التّونسيّة للحريات الفرديّة، هينريش بول ستيفتونغ، 2018.

90 وحيد الفرشيشي، «المناشير السّالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون! »، ضمن وحيد الفرشيشي (تحت إشراف)، المناشير السّالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، المرجع سابق الذّكر، ص. 11-12.

علاقة بالإخلال بالأمن العام. لكن إذا حرّرنا حماية حرية الشّعائر من امتحان الضّرورة الخارجيّة في نظام ديمقراطي-مع تحفّظنا على هذا المفهوم كما سيتمّ بيانه[91]- ألن يؤدّي ذلك إلى التّضييق على ممارسة شعائر دينيّة غير إسلاميّة بتعلّة حماية الأمن العام ومن ثمّة حماية تصوّر معيّن للنّظام العام الدّيني؟ نقول هذا في علاقة بفقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان حول ما يفترضه تقييد حرية إظهار العقيدة من ضرورة فحص ضرورته في مجتمع ديمقراطي ومن التّأكّد من التزام الدّولة بالحياد الدّيني. واعتبرت المحكمة الأوروبيّة في هذا الصّدد، في قرار *S. A. S c. France* أنّه «إذا كانت الحريّة الدّينيّة تتعلّق أوّلا بما في صميم الذّات، فإنّها تشمل أيضا حرية إظهار العقيدة فرديّا وفي الفضاء الخاص أو بطريقة جماعيّة، علانية وفي دائرة من يشاطرنا نفس العقيدة. ويعدّد الفصل 9 (من الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان) الأشكال المختلفة التي يمكن أن يتّخذها إظهار دين أو عقيدة، ويتعلّق الأمر بالتّعبّد والتّعليم والممارسات وإقامة الشّعائر. لكن الفصل 9 لا يحمي أيّ فعل مبرّر أو مستلهم بدين أو عقيدة ولا يضمن دائما الحقّ في التّعامل في الملك العمومي بالطّريقة التي يمليها دين الفرد أو عقيدته»[92]. وتضيف المحكمة في قرار *Izzettin Doğan et autres c. Turquie* أنّه «بمقتضى الفصل 9 فقرة 2 من الاتّفاقيّة، كلّ تدخّل في ممارسة الحقّ في الحريّة الدّينيّة يجب أن يكون «ضروريّا في مجتمع ديمقراطي». ويعتبر التّدخّل «ضروريّا في مجتمع ديمقراطي» لبلوغ هدف مشروع إذا كان استجابة «لحاجة اجتماعيّة ملحّة»، وخاصّة، إذا كان متناسبا مع الهدف المشروع المنشود وإذا كانت المبرّرات التي قدّمتها السّلطات الوطنيّة لتبريره تبدو «وجيهة وكافية»»[93]، «ففي مجتمع ديمقراطي، أين تتعايش عدّة ديانات في نفس المجموعة من السكّان، قد يبدو ضروريّا إحاطة حرية إظهار الدّيانة أو العقيدة بتحديدات من شأنها أن توفّق بين مصالح مختلف المجموعات وضمان احترام معتقدات كلّ فرد»[94]. وتضيف المحكمة أنّها «كثيرا ما شدّدت على دور الدّولة كمنظّم محايد ونزيه لممارسة الدّيانات، الشّعائر والمعتقدات المختلفة، وأشارت إلى أنّ هذا الدّور يساهم في تحقيق النّظام العام، السّلم الدّيني والتّسامح في مجتمع ديمقراطي ... فعندما يتعلّق الأمر بآراء بلغت درجة كافية من العمق والجدية والتّناسق والأهميّة، فإنّ واجب الحياد والنّزاهة المضروب على الدّولة يقصي كلّ تقدير من قبلها لمشروعيّة المعتقدات الدّينيّة أو لطرق التّعبير عنها. في الواقع، تتعلّق المعتقدات الدّينيّة والفلسفيّة بموقف الأفراد تجاه المسائل الإلاهيّة والتي يمكن بشأنها أن تكون التّصورات الذّاتيّة هامّة بما أنّ الدّيانات تكوّن مجموعة عقائديّة وأخلاقيّة واسعة للغاية يمكن أن يكون لها إجابات عن كلّ مسألة ذات صبغة فلسفيّة، كونيّة أو أخلاقيّة»[95].

قد يمثّل إذن الاكتفاء بحدّ عدم الإخلال بالأمن العام في معزل عن المادّة الجامعة خطرا على ممارسة الشّعائر الدّينيّة بل وكذلك المصالح الأخرى، وهذا ما يطرح إشكالا آخر في مكوّنات النّظام العام الدّيني. فإذا أوّلنا الفصل 28 بطريقة عكسيّة، هل ستحمي الدّولة ممارسة الشّعائر الدّينيّة حتى إذا مسّت بحقوق الغير، بما أنّ هذه الأخيرة لم تُذكر في الفصل 28 من الدّستور لكنّها من الأهداف المشروعة للتّقييد في الفصل 55؟

91 انظر أدناه، ص. 136-139.

92 CEDH, *Affaire S. A. S. c. France*, Requête n°43835/11, arrêt du 1er juillet 2014, §125, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/2e8du5aa. التّرجمة لنا.

93 CEDH, *Affaire Izzettin Doğan et autres c. Turquie*, Requête n°62649/10, arrêt du 26 avril 2016, §105, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/bdfz2frs. التّرجمة لنا.

94 *Ibid*, §106. التّرجمة لنا.

95 *Ibid*, §107. التّرجمة لنا.

يمكن أن نحيل في هذا الإطار في علاقة بحقوق الغير إلى موقف فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في صلة بارتداء الرّموز الدّينيّة، من ذلك قولها في قرار *S.A.A. c. France* سابق الذّكر: «لا تشكّ المحكمة في أنّ المساواة بين الرّجال والنّساء تبرّر التّدخّل في ممارسة بعض الحقوق والحريات التي تكرّسها الاتّفاقيّة ... فباسم المساواة بين الجنسين أن تحجّر دولة طرف على أيّ كان أن يفرض على النّساء حجب الوجه يحقّق هدفا يتعلّق بـ «حماية حقوق وحريات الغير» ... لكن المحكمة في المقابل تعتبر أنّ دولة طرفا لا يمكنها المحاججة بالمساواة بين الجنسين لتحجّر ممارسة تطالب بها النّساء -بما في ذلك الطّاعنة- في إطار ممارسة الحقوق (الدّينيّة) إلّا إذا قبلنا بأنّه يمكن ادّعاء حماية الأفراد ضدّ ممارسة حقوقهم وحرياتهم الأساسيّة»[96]، وهذا ما سمح للفقه باستنتاج توسيع المحكمة لقائمة الأهداف المشروعة لتشمل اللّائكيّة التي اعتبرتها من متعلّقات حقوق الغير[97].

وبالتّالي ، قد يكون من الحذر ضرورة اعتبار منهج التّناسب في المادّة الجامعة منطبقا على حرية ممارسة الشّعائر الدّينيّة، وعدم إخراج الفصل 28 من مجال انطباق الفصل 55 حتّى لا يُطلق عنان تقييد حرية ممارسة الشّعائر الدّينيّة أو إطلاق حرية ممارسة شعائر دينيّة بعينها في إطار امتياز للدّين الإسلامي دون ضوابط.

ب. الفصل 55 كحدّ أدنى في التّحديد

يتعلّق الأمر بالحقوق التي دقّق الدّستور ضوابطها بإضافة شروط أو ضمانات تاركا للمشرّع حيّزا ضيّقا للتّدخّل وهو ما يترك مجالا أضيق للفصل 55 الذي سيكون حدّا أدنى أو عتبة لتصريف الحقوق طالما وضع بعدُ الدّستور ضوابط أو ضمانات. ونخال أنّه يمكن أن ينسحب على دستور 2022 التّمييز الذي قمنا به في كتاب الحريات الفرديّة بين تعزيز حماية بعض الحقوق (1) وتحديد بعضها الآخر بمعايير سلوك (2) وتدقيق الضّوابط بشأن بعض الحقوق (3).

1. تعزيز حماية بعض الحقوق

يشمل تعزيز حماية بعض الحقوق، تماما مثل دستور 2014، الحقّ في الأمان وحرية الرّأي والفكر والتّعبير والإعلام والنّشر.

حيث نصّ الفصل 35 من دستور 2022، في نفس صياغة الفصل 29 من دستور 2014، على ما يلي: «لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلاّ في حالة التّلبّس أو بقرار قضائي، ويعلم فورا بحقوقه وبالتّهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محـاميا. وتحدّد مدّة الإيقاف والاحتفاظ بقانون». وسبق أن بيّنا في كتاب الحريات الفرديّة أبعاد التّحديد المشترك الذي في إطاره نجد المشرّع الدّستوري أقرّ إمكانيّة الاحتفاظ وترك مهمّة تحديد مدّة الإيقاف أو الاحتفاظ إلى المشرّع وفق منهج المادّة الجامعة. ونتمسّك هنا بما قلناه في كتاب الحريات الفرديّة من انطباق المادّة الجامعة على الجزء الأوّل من الفصل 35 الذي وضع حدودا للحقّ في عدم الإيقاف التّعسّفي بمنعه إلاّ في حالة التّلبّس أو بقرار قضائي، وهو موقف يستند إلى فقه القضاء المقارن وإلى وجود إمكانيّات للاحتفاظ أو الإيقاف خارج الفرضيّات التي وضعها الفصل 35 أي في حالة التّلبّس أو بقرار قضائي من ذلك التّدابير الإداريّة للحرمان من الحريّة أو ما اعتبرناه احتفاظا إداريّا[98] بما في ذلك

96 CEDH, *Affaire S. A. S. c. France*, *op. cit.*, §119. التّرجمة لنا.

97 GONZALES (G.), «Ordre public et liberté de religion dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue du droit des religions*, 2020/9, disponible au lien suivant : https://journals.openedition.org/rdr/1126#ftn33

98 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 46-50.

القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرّخ في 3 أوت 1992 المتعلّق بالصحّة العقليّة وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقليّة كما نُقّح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرّخ في 3 ماي 2004، والذي يمكّن من إيواء الأشخاص المصابين باضطرابات عقليّة دون رضاهم بطلب من الغير بل ويكرّس في الفصل 24 منه الإيواء الوجوبي[99] الذي يعدّ حرمانا من الحريّة الجسديّة لا فقط حدّا من حرية التّنقّل، وهو ما حدى بنا إلى تطبيق اختبار التّناسب عليه بعد ذلك[100].

وفي نفس المسار الذّهني ندرج حرّية الرّأي والفكر والتّعبير والإعلام والنّشر في الفصل 37 من دستور 2022، والذي في نفس صياغة الفصل 31 من دستور 2014 نصّ على ما يلي: «حرية الرّأي والفكر والتّعبير والإعلام والنّشر مضمونة.

لا يجوز ممارسة رقابة مسبّقة على هذه الحرّيات».

وكنّا في كتاب الحريات الفرديّة[101] حاولنا تحليل أبعاد هذا التّكريس واعتبرنا إدراج منع الرّقابة السّابقة حدّا إضافيّا يضاف إلى الحدود المضروبة على المشرّع في الفصل 49 بما يعزّز حماية حرية التّعبير التي لا يمكن تقييدها إلّا وفق نظام الرّقابة اللاّحقة المتمثّلة في «السّماح بالممارسة المطلقة لحرية التّعبير مع إمكانيّة المعاقبة اللاّحقة للتّجاوزات»[102]، والتي تعكس إذن فكرة الحريّة كمبدأ والتّقييد كاستثناء، وتعدّ أكثر ضمانة للحرية من الرّقابة المسبّقة أي ذلك «النّظام الوقائي القائم على الرّقابة المسبّقة من قبل السّلطة الإداريّة» عبر التّراخيص الإداريّة المسبّقة[103].

بقي أنّه من الضّروري أن نعترف أنّ هذه الرّقابة المؤسّساتيّة على حرية التّعبير لا تعدو أن تكون وجها من أوجه الرّقابة المباشرة التي يمارسها جهاز الدّولة على حرية الفكر وتمظهراتها الخارجيّة، لكن التّشديد في الرّقابة اللّاحقة بتسليط نظام زجري حادّ على ما يعتبره القانون تجاوزات أو شططا في ممارسة حرية التّعبير -كما هو الحال في المرسوم عدد 54 لسنة 2022 كما سيتمّ بيانه- يؤدّي إلى نتائج خطيرة في مجتمع ديمقراطي وهي تعميم «رقابة داخليّة مسبّقة» ناتجة عن التّرهيب والخوف من العقاب[104]، بما يجعل «كلّ فرد رقيبا على ذاته»[105]، وينسف مقاصد حرية التّعبير ويصبح استبطان الخوف من الزّجر هو المحكّ في احترام الحقوق التي يتصادم معها الحقّ في حرية التّعبير بما في ذلك حقّ الغير في حماية السّمعة، لا استبطان قيم المجتمع الدّيمقراطي.

2. تحديد بعض الحقوق بمعايير سلوك

لنذكّر بأنّ الصّنف الذي يتّصل بتشديد شروط التّحفّظ التّشريعي – التي يعدّ فيها الفصل 55 كحدّ أدنى في التّحديد عبر إضافة معايير سلوك مؤسّسة على القيم الدّستوريّة تنضاف إلى شروط الفصل 55- شهد

99 القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرّخ في 3 أوت 1992 يتعلّق بالصحّة العقليّة وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقليّة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 52، 7 أوت 1992، ص. 992) كما نقّح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 المؤرّخ في 3 ماي 2004 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرّخ في 3 أوت 1992 المتعلّق بالصحّة العقليّة وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقليّة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 37، 7 ماي 2004، ص. 1267).

100 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 217-218، ثمّ ص. 244-245 وأخيرا ص. 266-267.

101 نفسه، ص. 50-52.

102 HENNETTE-VAUCHEZ(S.), ROMAN (D.), *op.cit.*, p. 426. الترّجمة لنا

103 نفسه، ص. 430. الترّجمة لنا.

104 VALABREGA (J.-P.), «Fondement psycho-politique de la censure», *Communications*, 1967/9, La censure et le censurable, p. 116 الترّجمة لنا.

105 نفسه، ص. 116. الترّجمة لنا.

انحسارا بعد أن خرجت منه حرية ممارسة الشّعائر الدّينيّة كما أسلفنا الذّكر ولم يعد هذا الصّنف يشمل تحت طائلة دستور 2022 سوى الحقّ في الثّقافة وحرية تكوين الأحزاب والنّقابات والجمعيّات.

فقد نصّ الفصل 40 من دستور 2022، في نفس صياغة الفصل 35 من دستور 2014 على ما يلي: «حرّية تكوين الأحزاب والنّقابات والجمعيّات مضمونة.

تلتزم الأحزاب والنّقابات والجمعيّات في أنظمتها الأساسيّة وفي أنشطتها بأحكام الدّستور والقانون وبالشّفافيّة الماليّة ونبذ العنف»، بما يبوّئ الشّفافيّة الماليّة ونبذ العنف كما سبق بيانه في كتاب الحريات الفرديّة مرتبة القيم الدّستوريّة[106]، مع تغيير بين الدّستورين إذ غابت في توطئة دستور 2022 الإحالة إلى «التّداول السّلمي على الحكم بواسطة الانتخابات الحرّة ... ويكون فيه حقّ التّنظّم القائم على التّعدّديّة، وحياد الإدارة والحكم الرّشيد هي أساس التّنافس السّياسي»، بما يقتضي بداهة نبذ العنف حتّى تتحقّق سلميّة التّنظّم التي تؤدّي إلى التّداول السّلمي على السّلطة، كما غاب التّنصيص على «قواعد الشّفافيّة والنّزاهة والنّجاعة والمساءلة» كمبادئ للإدارة العموميّة التي كانت مكرّسة في الفصل 15 من دستور 2014 وحضر في توطئة دستور 2022 التّأكيد على بعد قيمي جديد مرتبط بالإيمان بأنّ «الدّيمقراطيّة الحقيقيّة لن تنجح إلا إذا كانت الدّيمقراطيّة السّياسيّة مشفوعة بديمقراطيّة اقتصاديّة واجتماعيّة، وذلك بتمكين المواطن من حقّه في الاختيار الحرّ، ومن مساءلة من اختاره، ومن حقّه التّوزيع العادل للثّروات الوطنيّة». وفي خصوص الإدارة العموميّة تمّ التّنصيص في الفصل 19 من دستور 2022 على أنّ «الإدارة العموميّة وسائر مرافق الدّولة في خدمة المواطن على أساس الحياد والمساواة. وكلّ تمييز بين المواطنين على أساس أيّ انتماء جريمة يعاقب عليها القانون». ورغم محافظة الفصل 20 من دستور 2022 على الالتزام بالتّصريح بالمكاسب المضروب على رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة وأعضائها وأعضاء أيّ مجلس نيابي وعلى القضاة وعلى أعضاء الهيئات المستقلّة وعلى كلّ من يتولّى وظيفة عليا فإنّ ذلك يرتبط أكثر بقيمة المساءلة ولم تجد الشّفافيّة كقيمة دستوريّة مكانا صريحا إلّا في الفصل 40. ويبدو إذن أنّ هناك تغييرا براديغماتيّا في التّعامل مع مسألة حقّ التّنظّم في إطار جمعيّات أو أحزاب رغم المحافظة على الصّياغة القديمة لدستور 2014 فيما يخصّ هذه المسألة، إذ أن الشّفافيّة الماليّة يجب أن يتمّ ربطها خاصّة بهيمنة خطاب مقاومة الفساد الذي أشارت توطئة الدّستور الجديد إلى «استفحاله»، وهو ما يعكسه مقترح مرسوم يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات[107]، فرغم تسريب المقترح قبل صدور الدّستور الجديد، من المفيد في تقديرنا فحصه في علاقة بالدّستور لتبيّن أبعاد معاملته «كلّ الجمعيّات كما لو كانت مشبوهة، يقع عليها باستمرار عبء إثبات براءتها»[108].

106 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 53-55.

107 مقترح مرسوم يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات، مع جدول مقارنة يتضمّن الصّيغة المعدّلة والمقترحة من قبل رئيس الجمهوريّة، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

https://legislation-securite.tn/ar/law/105213

ويجدر الذّكر أنّه تمّ أيضا ايداع مقترح مشروع قانون أساسي حول تنظيم الجمعيّات في إطار مبادرة نيابيّة، مقترح قانون أساسي عدد 027 / 2023 يتعلّق بتنظيم الجمعيّات، 10 أكتوبر 2023، يمكن تحميله على الموقع الرّسمي لمجلس نوّاب الشّعب ، على الرّابط التّالي:

https://www.arp.tn/ar_SY/loi/project/3957

108 أميمة المهدي ومهدي العش، «مشروع تنقيح خطير للمرسوم 88: بعد البرلمان والقضاء، متى يأتي دور الجمعيّات؟»، المفكّرة القانونيّة، 14 فيفري 2022، يمكن تحميله على الرّابط التالي:

https://tinyurl.com/5fdp62th

حقّ التّنظّم في إطار جمعيّات وأولويّة التّقييد على الحقّ في مقترح مرسوم يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات

رغم محافظة الفصل 3 من مقترح التّنقيح على صياغة الفصل 3 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 المؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 والمتعلّق بتنظيم الجمعيّات[109]، الذي يذكّر بدستوري 2014 و2022 في تنصيصه على «احترام الجمعيّات في نظامها الأساسي وفي نشاطها وتمويلها مبادئ دولة القانون والدّيمقراطيّة والتّعدديّة والشّفافيّة والمساواة وحقوق الإنسان كما ضبطت بالاتّفاقيّات الدّوليّة المصادق عليها من طرف الجمهوريّة التّونسيّة»، فإنّ الصّيغة المعدّلة للمرسوم التي قدّمتها رئاسة الجمهوريّة تعكس منطقا مغايرا في تصوّر تقييد حرية التّنظّم إذ تسلّل إلى الفصل الرّابع المتعلّق بالتّحجيرات المضروبة على الجمعيّات التّوسيع في الممنوعات إذ على الجمعيّة الامتناع عن الاعتماد «في نظامها الأساسي أو في شعاراتها أو في بياناتها أو في نشاطها أو في تصريحات وأعمال مسيّريها، الدّعوة إلى العنف والكراهية والتّعصّب والتّطرّف والتّمييز على أسس دينيّة أو جنسيّة أو جهويّة بجميع أشكاله. كما يحجّر عليها تهديد وحدة الدّولة أو نظامها الجمهوري والدّيمقراطي».

وتمّ الانزلاق من نظام التّصريح الذي كرّسه الفصل 10 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 -والذي يقوم على واجب إعلام الجهة الإداريّة بنيّة ممارسة حقّ وتكوين جمعيّة واكتفاء الإدارة بـ«دور سلبي» وتسليم وصل يثبت أنّه تمّ إعلامها دون «سلطة في الاعتراض»[110]- إلى نظام «التّرخيص المقنّع»[111] حيث تمّت إضافة عدّة وثائق إلى قائمة الفصل 10 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 وخاصّة إضافة حكم في مقترح المرسوم ينصّ على ما يلي: «يمكن للإدارة المكلّفة بالجمعيّات برئاسة الحكومة، عند التّعارض الواضح بين النّظام الأساسي للجمعيّة ومقتضيات الفصول 3 و4 و10 من هذا المرسوم، أن تتخذ مقرّرا معلّلا في رفض تكوين الجمعيّة وذلك في غضون ستّين (60) يوما من تاريخ تسليم المكتوب المشار إليه أعلاه. ويكون مقرّر الرّفض المرسل للجمعيّة بمثابة إرجاع لبطاقة الإعلام بالبلوغ»، وهو ما يوسّع في السّلطة التّقديريّة للإدارة في رفض تكوين الجمعيّة بناء على مفاهيم غير واضحة تماما[112] وحمّالة أوجه كـ«التّطرّف» فما المقصود بالتّطرّف؟ هل هو التّطرّف الدّيني فقط أم يمكن أن يتوسّع إلى أشكال أخرى كالتّطرّف الرّياضي؟ فقد تعتبر جمعيّة أحبّاء من وسائط التّطرّف أو جمعيّة نسويّة شكلا من أشكال التّطرّف في الدّفاع عن قضيّة المرأة، ويبدو أنّه قُصد عدم تخصيص التّطرّف لتوسيع الإمكانيّات التّقييديّة لحرية التّنظّم. ونفس الشّيء بالنّسبة إلى «تهديد وحدة الدّولة»، صحيح أنّ وحدة الدّولة مبدأ دستوري تطبيقا للفصل 4 من الدّستور الجديد الذي ينصّ على أنّ «تونس دولة موحّدة، ولا يجوز وضع أيّ تشريع يمسّ بوحدتها»، لكن كيف سيكون معيارا لتقدير عدم احترام الجمعيّة للمرسوم؟ فهل يمكن أن نَعُدّ جمعيّة تهتمّ بالدّفاع عن اللّامركزيّة أو جمعيّة محافظة على المدينة تهديدا لوحدة الدّولة؟

109 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 74، 30 سبتمبر 2011، ص. 1996-2001.

110 التّرجمة لنا. HENNETTE-VAUCHEZ(S.), ROMAN (D.), *op. cit.*, p. 268

111 أميمة المهدي ومهدي العش، المرجع سابق الذّكر.

112 نفسه.

إضافة إلى ذلك، وفي إطار تقييد الحريات، من الملفت للانتباه أنّ مقترح التّنقيح أردف في الفصل الخامس منه الحقوق التي أقرّها المرسوم عدد 88 لسنة 2011 من حقّ في الحصول على المعلومات وحقّ إقامة الاجتماعات والتّظاهرات والمؤتمرات وورشات العمل وجميع الأنشطة المدنيّة الأخرى بشرط الالتزام بالتّراتيب القانونيّة الجاري بها العمل[113]، وهو ما يمثّل مدخلا لخرق مبدأ التّحفّظ التّشريعي الذي يفترض أن يستنفذ المشرّع اختصاص تنظيم تقييد الحق وألاّ يتمّ تقييد الحريات بنصوص ترتيبيّة. وقصر مقترح المرسوم حقّ طلب المعلومة على من له مصلحة، وعقدّ عمليّة نشر التّقارير والمعلومات واستطلاعات الرّأي وطبع المنشورات التي كرّسها المرسوم عدد 88 لسنة 2011 بـتقييدها بـ«النّزاهة والحرفيّة والضّوابط القانونيّة والعلميّة المستوجبة»، وهو ما قد يعدّ من قبيل التّعجيز وشلّ نشاط الجمعيّات ويمكن أن يستعمل كمبرّر لحلّها[114] في إطار الفصل 33 من مقترح المرسوم.

من ناحية أخرى، وفي إطار مقاومة ظاهرة التّوظيف الحزبي للجمعيّات وتعزيز الامتثال للشّفافيّة الماليّة أمام اتّهامات آليّة بالفساد، عمل مقترح المرسوم على جبهتين: التّقييد الشّديد لحقّ المتحزّبين في التّنظّم الجمعيّاتي بحيث حجّر الفصل 4 من مقترح المرسوم على «مسيّري الجمعيّة التّرشّح في الانتخابات الرّئاسيّة أو التّشريعيّة أو المجالس المحليّة سواء عن قائمة حزبيّة أو مستقلّة 3 سنوات قبل المحطّة الانتخابيّة»، وفي الفصل 9 من مقترح المرسوم «يُمنع على مؤسّسي ومسيّري الجمعيّة أن يضطلعوا بمسؤوليّات ضمن الهياكل المسيّرة لحزب سياسي على المستوى المركزي أو الجهوي والمحلّي». وقد اعتبر ذلك «اعتداءً على حقّ التّرشّح وعلى حريّة التّنظّم، إذ تُجبر المواطن على الاختيار بين التّنظّم الحزبي والتّنظّم الجمعيّاتي. وهي تعبّر عن نظرة سلبيّة لأشكال التنظّم المدنيّة، إذ لا ترى فيها ممارسة مواطنيّة ينبغي تشجيعها، بل مصدرا للشّبهات وبابا للفساد»[115].

إضافة إلى ذلك، وبخصوص تمويل الجمعيّات فلنذكّر بأنّه منظّم بالفصل 35 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 الذي ينصّ على ما يلي: «يحجّر على الجمعيّات قبول مساعدات أو تبرّعات أو هبات صادرة عن دول لا تربطها بتونس علاقات ديبلوماسيّة أو منظّمات تدافع عن مصالح وسياسات تلكم الدول»، فأضاف إليها مقترح تنقيح المرسوم فقرة ثانية مفادها تحجير «قبول مساعدات أو تبرّعات أو هبات أجنبيّة غير مرخّص فيها من اللّجنة التّونسيّة للتّحاليل الماليّة» التّابعة للبنك المركزي بما اعتبر إغراقا للجنة تشكو بعدُ من حجم المهام الموكولة لها، وإثقالا إجرائيّا لكاهل الجمعيّات في حدّ ذاتها[116].

وفي النّهاية، يظلّ النّظام المقترح لحلّ الجمعيّات خطيرا إذ تمّ التّخلّي عن التّدرّج الذي اعتمده الفصل 45 من المرسوم عدد 88 لسنة 2011 في النّظام العقابي، وبعد أن كانت هناك ثلاث عقوبات وهي التّنبيه وتعليق نشاط الجمعيّة بقرار قضائي من رئيس المحكمة الابتدائيّة بتونس ثم الحلّ بحكم صادر عن المحكمة الابتدائيّة بتونس في صورة «تمادي الجمعيّة في المخالفة رغم التّنبيه

113 نفسه.

114 نفسه.

115 نفسه.

116 نفسه.

عليها وتعليق نشاطها واستنفاذ طرق الطّعن في شأن قرار التّعليق»، تخلّى مقترح المرسوم عن التّعليق، وكرّس في الفصل 45 منه التّنبيه ثم مباشرة الحلّ القضائي «بحكم صادر عن المحكمة الابتدائيّة المختصّة ترابيّا بطلب من الإدارة المكلّفة بالجمعيّات برئاسة الحكومة عند :عدم رفع المخالفات في الآجال القانونيّة رغم التّنبيه عليها أو عند ارتكاب الجمعيّة لمخالفات جسيمة تقدّرها الإدارة أو التي تمّت إثارتها من طرف مختلف الجهات المتداخلة على غرار الوزارات المعنيّة والولاة والهيئات الدّستوريّة واللّجنة الوطنيّة لمكافحة الإرهاب واللّجنة التّونسيّة للتّحاليل الماليّة وكلّ من له مصلحة». والأخطر من ذلك إضافة مقترح المرسوم لصور جديدة من صور الحلّ وهي الحلّ الآلي بقرار معلّل صادر عن الإدارة المكلّفة بالجمعيّات برئاسة الحكومة، والذي يهمّ حسب الفصل 33 من مقترح المرسوم «الجمعيّات التي لم يعد لها وجود فعلي وواقعي لعدم عقدها لجلساتها الدّوريّة أو ممارستها لأنشطتها بما يحقّق أهدافها خلال ثلاث (03) دورات نيابيّة متتالية». وبالتّالي تحوّل «حلّ الجمعيّات من عقوبة قصوى إلى سياسة حكوميّة»[117].

رغم ما نعدّه تغييرا براديغماتيّا في تصوّر حرية التّنظّم خانته المحافظة على الصّياغة القديمة لدستور 2014 في علاقة بربط حرية التّنظّم في إطار جمعيّات وأحزاب ونقابات بالشّفافيّة الماليّة ونبذ العنف، فإنّنا نجد نفس القيم الدّستوريّة ومعايير السّلوك قد تمّت المحافظة عليها في شأن الحقّ في الثّقافة حيث نصّ الفصل 49 من دستور 2022 على ما يلي: «الحقّ في الثّقافة مضمون.

حرّية الإبداع مضمونة. تشجّع الدّولة الإبداع الثّقافي وتدعم الثّقافة الوطنيّة في تأصّلها وتنوّعها وتجدّدها، بما يكرّس قيم التّسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثّقافات.

تحمي الدّولة الموروث الثّقافي وتضمن حقّ الأجيال القادمة فيه». ومع استبدال الحوار بين الحضارات الذي كان قد كرّسه الفصل 42 من دستور 2014 بـ «الانفتاح على الثّقافات» وهو ما ثمّنه الأستاذ سليم اللّغماني[118]، كرّس المشّرع الدّستوري قيم التّسامح ونبذ العنف التي تلزم لا فقط السّلط العموميّة بل كذلك الأفراد عند ممارسة حرية الإبداع.

3. ماذا عن تدقيق الشّروط بخصوص بعض الحقوق؟

كنّا في كتاب الحريات الفرديّة قد أدرجنا في هذا الصّنف الفصل 74 من دستور 2014 الخاصّ بشروط التّرشّح لرئاسة الجمهوريّة وتساءلنا إن كان المشرّع استنفذ بشأنها اختصاص تحديد الحقّ ممّا يجعل إضافة شرط جديد من قبل المشرّع استنادا إلى الفصل 49 من الدّستور غير دستوري[119]. وكنّا قد أحلنا في هذا الصّدد إلى قرارات الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين بشأن إضافة مشاريع تنقيح القانون الانتخابي لشروط لم يرد ذكرها في الدّستور واستنادها إلى الفصل 49 لتنتهي مثلا في قرارها عدد 2019/04 المؤرّخ في 8 جويلية 2019 بشأن الطّعن في مشروع قانون أساسي عدد 63 لسنة 2018 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرّخ في 26 ماي 2014 يتعلّق بالانتخابات والاستفتاء كما نقّح وتمّم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 17 فيفري 2017 إلى أنّ «الشّروط التي اقتضاها الفصل 74 من الدّستور لم ترد على سبيل الحصر وإنّما هي من قبيل الشّروط الموضوعيّة الأساسيّة التي لا شيء يحول

117 نفسه.

118 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 23.

119 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 56-58.

دون إتمامها بشروط أخرى إعمالا للفصلين 34 و65 من الدّستور، وحيث أنّ اشتراط الإدلاء بالبطاقة عدد 3 أو وصل الاستلام وبما يفيد القيام بالتّصريح بالمكاسب والمصالح وبما يفيد القيام بالتّصريح السّنوي بالضّريبة على الدّخل على النّحو المنصوص عليه بالفصل 40 من المشروع لا يعتبر مخالفا للفصل 74 من الدّستور طالما أنّ هذه الشّروط لا تنال من جوهر الحقّ طبق الشّروط والضّرورات التي اقتضاها الفصل 49 من الدّستور، وحيث أنّ الشّروط التي جاء بها الفصل 40 هي شروط معقولة وضامنة لحرية التّرشّح لنزاهة الانتخابات ولا تعطّل الحقّ في الترشّح لرئاسة الجمهوريّة ولا تخرق مبدأ التّناسب الــوارد في الفصل 49 من الدّستور وعليه يتّجه ردّ هذا المطعن»[120].

استند القاضي الدّستوري المؤقّت إذن إلى المادّة الجامعة للتّصريح بدستوريّة الشّروط التي أضافها مشروع تنقيح القانون الانتخابي لإتمام الفصل 74 من الدّستور. ويبدو من الوجيه التّساؤل عن إمكانيّة انسحاب هذا التّعليل على الفصل 89 من الدّستور الجديد الذي ينصّ على ما يلي: «التّرشّح لمنصب رئيس الجمهوريّة حقّ لكلّ تونسيّ أو تونسيّة غير حامل لجنسيّة أخرى مولود لأب وأمّ، وجدّ لأب، وجدّ لأمّ تونسيّين، وكلّهم تونسيّون دون انقطاع.

ويجب أن يكون المترشّح أو المترشّحة، يوم تقديم ترشّحه، بالغا من العمر أربعين سنة على الأقلّ ومتمتّعا بجميع حقوقه المدنيّة والسّياسيّة.

يقع تقديم التّرشّح للهيئة العليا المستقلّة للانتخابات حسب الطّريقة والشّروط المنصوص عليها بالقانون الانتخابيّ». ولنلاحظ تضييقا مقارنة بالفصل 74 من دستور 2014 [121] باشتراط عدم حمل جنسيّة أخرى والولادة لأصول تونسيّين دون انقطاع، مع إحالة هامّة إلى القانون الانتخابي حيث تنصّ الفقرة الثّالثة من الفصل 89 من دستور 2022 على أنّ التّرشّح يتمّ تقديمه للهيئة العليا المستقلّة للانتخابات حسب الطّريقة والشّروط المنصوص عليها بالقانون الانتخابي. ونفهم إذن لماذا ميّز الأستاذ سليم اللّغماني بشأن هذا الفصل بين الفقرتين الأولى والثّانية -التي لا ينطبق فيها الفصل 55 بما أنّ «طبيعة الحدّ المسلّط على الحقّ أو الحريّة وشروطه أدرجت صلب النص الدّستوري»[122]– والفقرة الأخيرة التي ينطبق عليها الفصل 55 بما أنّها تحيل إلى تدقيق طريقة التّرشّح وشروطه من قبل القانون الانتخابي[123]. وهو ما يمكن ان نسحبه على شرط التّزكية الذي تمّت الإحالة بشانه إلى القانون الانتخابي في الفقرة الثّانية من الفصل 90 التي تنصّ على اشتراط تزكية المترشّح من قبل « عدد من أعضاء المجالس النّيابيّة المنتخبة أو من النّاخبين وفق ما يضبطه القانون الانتخابي ».

120 قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين بخصوص القضيّة عــدد 2019/04، 8 جويلية 2019، غير منشور؛ وقبله أيضا بشأن شرط الضّمان المالي: قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين بخصوص القضيّة عــدد 2014/04، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 41، 23 ماي 2014، ص. 1346.

121 كان الفصل 74 من دستور 2014 ينصّ على ما يلي: «التّرشّح لمنصب رئيس الجمهوريّة حقّ لكلّ ناخبة أو ناخب تونسي الجنسيّة منذ الولادة، دينه الإسلام. يشترط في المترشّح يوم تقديم ترشّحه أن يكون بالغا من العمر خمسا وثلاثين سنة على الأقل.

وإذا كان حاملا لجنسيّة غير الجنسيّة التّونسيّة فإنّه يقدّم ضمن ملفّ ترشّحه تعهّدا بالتّخلّي عن الجنسيّة الأخرى عند التّصريح بانتخابه رئيسا للجمهوريّة. تشترط تزكية المترشّح من قبل عدد من أعضاء مجلس نوّاب الشّعب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو النّاخبين المرسّمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي». بخصوص الشّروط الاخرى تحت طائلة الدّستور الجديد وعلى وجه الخصوص الواردة في الفقرة 2 من الفصل 89 أي العودة في سنّ التّرشّح إلى الأربعين سنة والتّمتّع بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة انظر معتز القروري، المرجع سابق الذّكر، ص. 382.

122 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 42.

123 نفسه، ص. 46.

وفي انتظار تدقيق هذه الشّروط من قبل المشرّع بما أنّ الصّيغة الحالية للقانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء [124] لا زالت فيما يتعلّق بالانتخابات الرّئاسية مستندة إلى دستور 2014 [125] ، يمكننا القول بأنّ المشّرع التّأسيسي في 2022 في علاقة بشروط الترّشّح إلى رئاسة الجمهوريّة حصّن من التّدخّل التّشريعي شروطا عدّها جوهريّة في علاقة بتجذّر الجنسيّة التّونسيّة فضلا عن الفصل 88 الذي ينصّ على الدّين الإسلامي، بما يطرح صعوبات «على مستوى الإثبات باعتبار أنّه يتّصل بمعطيات شخصيّة وذاتيّة حيث يصعب اللّجوء إلى معيار واضح للبتّ في ديانة المترشّح»[126]. ولنلاحظ أنّ الصّيغة المعتمدة في دستور 2022 تذكّر إلى حدّ كبير بصيغة الفصل 40 من دستور 1959 في الفقرتين 1و2 بمقتضى التّعديل الدّستوري في 1988 [127]. وتمّ إذن التّراجع عن «المرونة»[128] التي كانت تميّز الفصل 74 من دستور 2014 الذي خفّف في شروط التّرشّح وفتحه لمزدوجي الجنسيّة، والمسألة غير محسوم في أمرها. صحيح أنّ «التّرشّح لمثل هذه المهام ليس أمرا هيّنا نظرا لما ينتظر صاحبه من مسؤوليّات على غاية من الأهميّة، لذلك فهو مدعوّ إلى أن يكون ولاؤه للوطن عميقا متجذّرا ثابتا متواصلا لا سطحيّا ولا متقاسما مع جنسيّة أخرى تذره متعلّقا بين وطنين يتجاذبه كلّ منهما، ويقود هذا عمليّا إلى عدم فتح باب التّرشّح لمن كان متجنّسا أو لمن كان أحد والديه أو أحد أجداده غير تونسي ... ويعتبر تأصيل الجنسيّة التّونسيّة عن ثلاثة أجيال عاملا موضوعيّا لتعميق الانتماء الوطني وتجذّره»[129]. لكن قرينة الولاء التّونسي استنادا إلى تجذّر الجنسيّة لا تعدو أن تكون في تقديرنا قرينة بسيطة، والأهمّ من ذلك أنّه سيتمّ إقصاء جانب هامّ من المواطنين التّونسيّين بحكم الجنسيّة من الحقّ في التّرشّح بما يخرق مبدأ المساواة الذي نصّ عليه الدّستور ذاته في الفصل 23 [130]. ورغم أنّ المؤسّس حسم المسألة فليس من الأكيد أنّ هذا الحكم الدّستوري كان سيجتاز بنجاح اختبار التّناسب لو مرّرناه على محكّ المادّة الجامعة، باستثناء شرط التّحفّظ التّشريعي بداهة.

124 القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرّخ في 26 ماي 2014 يتعلّق بالانتخابات والاستفتاء (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 42، 27 ماي 2014، ص. 1382-1398) كما نقّح أو تمّم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 14 فيفري 2017(الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 14، 17 فيفري 2017، ص. 564-572) والقانون الأساسي عدد 76 لسنة 2019 مؤرّخ في 30 أوت 2019 (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 70، 30 أوت 2019، ص. 2747-2748) والمرسوم عدد 34 لسنة 2022 مؤرّخ في 1 جوان 2022 (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 1 جوان 2022، ص. 1840-1841) و المرسوم عدد 55 لسنة 2022 مؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 102، 15 سبتمبر 2022، ص. 2939-2945) والمرسوم عدد 8 لسنة 2023 مؤرّخ في 8 مارس 2023 (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 24، 9 مارس 2023، ص. 691-694). لنسخة محيّنة انظر الرّابط التّالي: https://legislation-securite.tn/ar/law/44286

125 لم يتعلّق التّنقيح المدرج بالمرسوم عدد 55 لسنة 2022 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 سابق الذّكر إلّا بتنقيح الأحكام المتّصلة بالانتخابات التّشريعيّة.

126 رافع ابن عاشور، المؤسّسات والنّظام السّياسي بتونس. الإطار التّاريخي: النّظام السّياسي 1959-2011؛ النّظام السّياسي في ظلّ دستور 2014، طبعة ثالثة، تونس، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختصّ، 2019، ص. 384.

127 القانون الدّستوري عدد 88 لسنة 1988 مؤرّخ في 25 جويلية 1988 يتعلّق بتنقيح الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 50، 26 جويلية 1988، ص. 1062.

128 رافع ابن عاشور،المرجع سابق الذّكر، ص. 382. انظر في نفس الاتجّاه معتز القرقوري، المرجع سابق الذّكر، ص. 381.

129 الأزهر بوعوني، الأنظمة السّياسيّة والنّظام السّياسي التّونسي، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2002، ص. 298.

130 انظر في نفس الاتجّاه معتز القرقوري، المرجع سابق الذّكر، ص. 381.

الفقرة الثّالثة: التّحديدات التّشريعيّة الحصريّة

كنّا قد أشرنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى أنّ هذا الصّنف يتعلّق بالحقوق التي اكتفى فيها الدّستور بإعلان الحقوق تاركا للمشرّع مهمّة تحديدها وفق المادّة الجامعة أي أنّ الأمر يتعلّق بتطبيق هذا الفصل بوصفه المنهج العادي في تحديد الحريات [131] وهو ما نتمسّك به في شأن دستور 2022 حيث يشمل حسب التّحيين الذي قدّمه الأستاذ سليم اللّغماني تحت طائلة الدّستور الجديد «أحكام الفصول التي أحالت على القانون دون ضبط طبيعة الحدّ وشروطه»[132]، وهي تشمل الفصل 24 فيما يتعلّق بالحقّ في الحياة في خصوص تحديد الحالات القصوى التي يمكن فيها المساس بحقّ الحياة، والفصل 32 المتعلّق بحقّ اللّجوء السّياسي والفصل 35 المتعلّق بتحديد مدّة الإيقاف والاحتفاظ والفصل 39 المتعلّق بحقوق الانتخابات والاقتراع والتّرشّح والفصل 43 المتعلّق بالحقّ في التّغطية الاجتماعيّة والفصل 58 المتعلّق بحقّ التّرشّح لعضويّة مجلس نوّاب الشّعب والفصل 59 المتعلّق بصفة النّاخب والفصل 89 المتعلّق بتقديم التّرشّح لمنصب رئيس الجمهوريّة للهيئة العليا المستقلّة للانتخابات.

كما ينطبق الفصل 55 حسب الأستاذ الجليل على «الأحكام الدّستوريّة التي لم تحل على القانون» لكن يتمّ تحديدها حسب الفصل 55 [133] أي الفصل 26 المتعلّق بحرية الفرد والفصل 29 المتعلّق بالملكيّة الفكريّة والفصل 30 المتعلّق بحماية الدّولة للحياة الخاصّة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتّصالات والمعطيات الشّخصيّة وحرية اختيار مقرّ الإقامة وحرية التّنقّل والفصل 38 المتعلّق بالحقّ في الإعلام والحقّ في النّفاذ إلى المعلومة والفصل 42 المتعلّق بحرية الاجتماع والتّظاهر السّلميـيّن والفصل 43 المتعلّق بالحقّ في الصحّة والفصل 44 المتعلّق بإلزاميّة التّعليم إلى سنّ السّادسة عشر والحقّ في التّعليم العمومي المجاني بكامل مراحله والفصل 46 المتعلّق بالحقّ في العمل في ظروف لائقة وبأجر عادل والفصل 47 المتعلّق بالحقّ في بيئة سليمة ومتوازنة والفصل 48 المتعلّق بالحقّ في توفّر الماء الصّالح للشّراب للجميع على قدم المساواة والفصل 51 المتعلّق بحماية الحقوق المكتسبة للمرأة ودعم مكاسبها وضمان تكافؤ الفرص والفصل 52 المتعلّق بحقوق الطّفل وحقّ الأطفال المتخلّى عنهم ومجهولي النّسب في كفالة الدّولة والفصل 53 في تنصيصه على ضمان الدّولة المساعدة للمسنّين الذين لا سند لهم والفصل 124 في تنصيصه على علنيّة الجلسات.

نلاحظ إذن الحفاظ على نفس القائمة تقريبا مقارنة بدستور 2014 مع الإضافة الخاصّة بحقّ الأطفال المتخلّى عنهم ومجهولي النّسب وضمان الدّولة المساعدة للمسنّين.

كما نضيف إلى القائمة الحقوق التي تلزم الدّولة ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة كالفصل 22 المتعلّق بتهيئة أسباب العيش الكريم والفصل 36 المتعلّق بالعمل على إعادة تأهيل السّجين وإدماجه في المجتمع والفصل 38 المتعلّق بضمان الحقّ في النّفاذ إلى شبكات الاتّصال والفصل 44 المتعلّق بتحقيق جودة التّربية والتّعليم والتّكوين والفصل 46 المتعلّق باتّخاذ الدّولة للتّدابير الضّروريّة لضمان حقّ العمل على أساس الكفاءة والإنصاف والفصل 47 المتعلّق بالمساهمة في سلامة المناخ وتوفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التّلوّث البيئي والفصل 50 المتعلّق بتوفير الإمكانيّات اللّازمة لممارسة الأنشطة الرّياضيّة والتّرفيهيّة والفصل 51 المتعلّق بتطوير الحقوق المكتسبة للمرأة واتّخاذ التّدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضدّ المرأة والفصل 54 المتعلّق باتّخاذ كلّ التّدابير التي تضمن للأشخاص ذوي الإعاقة الاندماج الكامل في المجتمع والفصل 123

131 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 58-62.

132 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 46.

133 نفسه، ص. 47.

المتعلّق بضمان حقّ التّقاضي على درجتين والفصل 124 المتعلّق بتيسير اللّجوء إلى القضاء.

وفي خصوص الصّنف الأخير من الحقوق، لنذكّر أوّلا بموقفنا المعبّر عنه في كتاب الحريات الفرديّة بخصوص انطباق المادّة الجامعة على الحقوق التي ضرب بخصوصها المشرّع الدّستوري على الدّولة التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة انطلاقا من وجود نواة صلبة متعلّقة بمبدأ المساواة وعدم التّمييز[134].

ولنلاحظ ثانيا أنّ قائمة الحقوق المتعلّقة بالالتزام ببذل عناية قد شهدت تعزيزا في علاقة خاصّة بإدراج حقّ التّقاضي على درجتين الذي خفّض في شأنها المشرّع الدّستوري من أبعاد الالتزام المحمول على الدّولة بتحويله من التزام بتحقيق نتيجة في الفصل 108 من دستور 2014 -عبر التّنصيص على أنّ القانون «يضمن ... التّقاضي على درجتين»- إلى التزام ببذل عناية في الفصل 123 من دستور 2022 بالتّنصيص على ما يلي: «تعمل الدّولة على ضمان حقّ التّقاضي على درجتين» [135]. وهو ما يستحقّ البحث خاصّة على ضوء الاستثناءات الكثيرة لمبدأ التّقاضي على درجتين في التّشريع التّونسي والتي نقدّر أنه يجب أن يتمّ التّثبّت من استيفائها لمقتضيات الفصل 55 طالما تمسّكنا بأنّه ينطبق على الحقوق التي ضرب الدّستور بشأنها على المشرّع التزاما ببذل عناية.

ويعني «مبدأ التّقاضي على درجتين الحقّ بالنّسبة إلى كلّ طرف في نزاع في أن يتمّ النّظر والبتّ في نزاعه مرّتين من قبل محكمتين مختلفتي الدّرجة تسمّى المتعهّدة أوّلا محكمة الدّرجة الأولى وتسمّى الثّانية محكمة الدّرجة الثّانية. فإذا لم يقتنع أحد الطّرفين بالحكم الصّادر عن محكمة الدّرجة الأولى فإنّه يكون من حقّه الطّعن فيه بالاستئناف لدى محكمة الدّرجة الثّانية وذلك برفع النّزاع إلى محكمة أعلى درجة هي المحكمة الاستئنافيّة»[136]. وفي الواقع، الأمر لا يتعلّق هنا -وبخصوص حقّ التّقاضي على درجتين- بما يطلق عليه الفقيه الألماني جيلينك الحقوق الإيجابيّة أو الحقوق – الدَّين التي تحتاج لتكريسها مطالبة الأفراد بها وتدخّلا للدّولة بصفتها مَدِينَة[137]، بل بأحد «الحقوق - الضّمانات» «التي تعطي للفرد الضّمانة بأنّه يمكنه المطالبة بالحقوق الأخرى في أفضل الظّروف وأنّ القانون سيطبّق عليه بطريقة عادلة، منظّمة وغير اعتباطيّة»[138]، وهذا يعني أنّ الاستثناءات والتّقييدات بشأنها يجب أن تكون ضيّقة.

134 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 58-62. ولنذكّر في هذا الإطار بأنّنا خالفنا في هذا المجال رأي الأستاذ سليم اللّغماني بخصوص عدم انطباق الفصل 49 على الحقوق التي تلزم الدّولة ببذل عناية، وهو موقف حافظ عليه تحت طائلة دستور 2002. انظر سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 »، سابق الذّكر، ص. 43.

135 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 43.

136 كمال نقرة، قانون عدلي خاص، التّنظيم القضائي – الدّعوى القضائيّة ومراحلها، تونس، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختصّ وتوزيعه، 2021، ص. 70-71.

137 «*Status positivus*». Voir JELLINEK(G.), *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* Freiburg, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892, pp. 89-183. Voir à propos de la classification FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, p. 172. التّرجمة لنا.

138 FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU (J.), *op. cit.*, p. 389. التّرجمة لنا

حتّى لا يتحوّل الحطّ من طبيعة الالتزام بضمان مبدأ التّقاضي على درجتين إلى التزام ببذل عناية إلى رخصة دستوريّة للتّوسّع في استثناءات المبدأ

يعدّ مبدأ التّقاضي على درجتين من أهمّ مكوّنات المحاكمة العادلة وفقا للفقرة الخامسة من الفصل 14 من العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسّياسيّة[139]. وقد اعتبرت اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان الحقّ في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائيّة وفي محاكمة عادلة «أحد العناصر الأساسيّة لحماية حقوق الإنسان وهو وسيلة إجرائيّة للمحافظة على سيادة القانون»[140]. وتضيف اللّجنة بشأنه ما يلي: «ومع أنّ المادّة 14 غير مدرجة في قائمة الحقوق التي لا يجوز انتقاصها الواردة في الفقرة 2 من المادّة 4 من العهد، ينبغي للدّول التي لا تتقيّد في ظلّ ظروف الطّوارئ العامّة بالإجراءات المعتادة المطلوبة بموجب المادّة 14 كفالة أن تكون الاستثناءات في أضيق الحدود التي تفرضها مقتضيات الوضع الفعلي. ولا يجوز على الإطلاق أن تخضع ضمانات المحاكمة العادلة لتدابير التّقييد التي قد تؤدّي إلى التّحايل على حماية الحقوق غير القابلة للانتقاص. وهكذا فعلى سبيل المثال، بما أنّ المادّة 6 بكاملها غير قابلة للانتقاص، يجب أن تكون أيّ محاكمة تقود إلى صدور حكم بالإعدام خلال حالة الطّوارئ متّسقة مع أحكام العهد، بما في ذلك جميع متطلّبات المادّة 14. وعلى المنوال نفسه، ونظرا إلى أنّ المادّة 7 بأكملها غير قابلة للانتقاص أيضا، فإنّ أيّ أقوال أو اعترافات أو، من حيث المبدأ، أيّ أدلّة أخرى يتمّ الحصول عليها بصورة تشكّل انتهاكا لهذا الحكم، لا يمكن الاحتجاج بها كدليل إثبات في أيّ إجراءات بموجب المادّة 14، بما في ذلك خلال حالات الطّوارئ، إلاّ إذا استخدمت إفادة أو اعتراف تمّ الحصول عليه بصورة تشكّل انتهاكا للمادّة 7 كدليل لإثبات حدوث تعذيب أو معاملة أخرى محظورة بموجب هذا الحكم. ويمنع منعا باتّا الانحراف عن المبادئ الأساسيّة للمحاكمة العادلة، بما في ذلك افتراض براءة المتّهم»[141]. وبقطع النّظر عمّا يحيل إليه التّقاطع بين الضّمانات الإجرائيّة المرتبطة بالمحاكمة العادلة والحقوق غير القابلة للانتقاص، فإنّه يبدو أنّ اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان قد سحبت عمليّا «علامة الجودة المرتبطة بالحقوق الأساسيّة»[142] وغير القابلة للانتقاص على الحقّ في المحاكمة العادلة وخاصّة في شأن قرينة البراءة، وهو ما يستوجب البحث في مكوّنات المحاكمة العادلة من ذلك مبدأ التّقاضي على درجتين.

اعتبرت اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان في شأن التّقاضي على درجتين أنّ «الحقّ في إعادة النّظر في الإدانة أو الحكم الصّادر أمام محكمة أعلى، كما ورد في الفقرة 5 من المادّة 14، يفرض على الدّولة الطّرف واجب إعادة النّظر فعليّا، من حيث كفاية الأدلّة ومن حيث الأساس القانوني، في الإدانة والحكم، بقدر ما تسمح الإجراءات بالنّظر حسب الأصول في طبيعة الدّعوى. وإعادة النّظر التي تنحصر في الجوانب القانونيّة أو الرّسميّة من الإدانة دون مراعاة لأيّ جانب آخر لا تعتبر كافية

139 ينصّ الفصل 14 فقرة 5 من العهد على ما يلي: «لكلّ شخص أدين بجريمة حقّ اللّجوء، وفقا للقانون، إلى محكمة أعلى كيما تعيد النّظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه»، المعاهدات الدّوليّة الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص. 30.

140 اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 32، المادّة 14 الحقّ في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائيّة وفي محاكمة عادلة، CCPR/C/GC/32، 23 أوت 2007، الفقرة 2، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F32&Lang=ar

141 نفسه، فقرة 6.

142 «Le label de fondamentalité». Voir AFROUKH (M.), «Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen», *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n°43, disponible au lien suivant:
http://www.revuedlf.com/cedh/une-hierarchie-entre-droits-fondamentaux-le-point-de-vue-du-droit-europeen/. التّرجمة لنا.

بموجب العهد. بيد أنّ الفقرة 5 من المادّة 14 لا تستوجب إعادة المحاكمة بشكل كامل طالما كانت الهيئة القضائيّة التي تضطلع بإعادة النّظر قادرة على النّظر في الأبعاد الوقائعيّة للدّعوى. وبالتّالي، وعلى سبيل المثال، لا تكون أحكام العهد قد انتهكت عندما تنظر محكمة أعلى بدقّة كبيرة في الادّعاءات المقدّمة ضدّ شخص مُدان، وتدرس الأدلّة المقدّمة أثناء المحاكمة وتلك التي أشير إليها في الاستئناف، فتجد ما يكفي من الأدلّة الدّامغة التي تبرّر الإدانة في دعوى بعينها»[143]. وهذا يعني أنّ تطبيق المبدأ لا يستدعي إعادة محكمة الدّرجة الثّانية مناقشة جميع المطاعن والدّفوعات المتعلّقة بأصل الدّعوى والتي سبق إثارتها من قبل أطراف الدّعوى أمام محكمة الدّرجة الأولى. من ناحية أخرى، اعتبرت اللّجنة أنّ الفقرة 5 من المادّة 14 «لا تنطبق ... على إجراءات الفصل في الحقوق والالتزامات في دعوى مدنيّة أو أيّ إجراء آخر لا يشكّل جزءاً من عمليّة استئناف جنائي، مثل وسائل التظلّم الدّستوريّة »[144].

وإذا ما بحثنا في منظومة الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان فإنّ مبدأ التّقاضي على درجتين غير مشمول بالفصل 6 المتعلّق بالمحاكمة العادلة[145] لكن يفرضه الفصل 2 من البروتوكول السّابع للاتّفاقيّة في المادّة الجزائيّة الذي ينصّ على ما يلي:

«1. لكلّ شخص مدان بارتكاب جريمة جزائيّة من محكمة، الحقّ في طلب النّظر في الإدانة أو العقوبة من هيئة قضائيّة عليا. تخضع ممارسة هذا الحقّ ومعها الأسباب التي تجيزها إلى حكم القانون.

2. ثمّة استثناءات واردة لممارسة هذا الحقّ، في الجرائم البسيطة كما يعرّفها القانون، أو عندما تكون تمّت محاكمة الشّخص المعني في الدّرجة الأولى أمام هيئة قضائيّة عليا، أو عند إدانته ومعاقبته على أثر استئناف ضد تبرئته»[146].

143 اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 32، سابق الذّكر، فقرة 48.

144 نفسه، فقرة 46.

145 ينصّ الفصل 6 على ما يلي: «1. لكلّ شخص الحقّ في سماع محكمة مستقلّة ونزيهة قضيّته، بشكل عادل وعلني وضمن مهلة معقولة، للفصل في حقوقه والتزاماته، ومسوّغات التّهمة الجزائيّة الموجّهة إليه. وعلى الحكم أن يصدر علنيّا، لكن مع جواز منع الصّحافة والجمهور من حضور جلسات الدّعوى، كليّا أو جزئيّا، لمصلحة الأخلاق أو النّظام العام أو الأمن الوطني في المجتمع الدّيمقراطي، عندما تتطلّب ذلك مصالح القاصرين في السن أو حماية الحياة الخاصّة للأطراف في الدّعوى، أو فقط بالقدر الضّروري المحدّد من المحكمة، إذا ما كان من المحتمل أن تخلّ بعلنيّة الجلسات، في ظروف خاصّة، بمصلحة العدالة.

2. كلّ شخص متّهم بجريمة يعتبر بريئًا حتى تثبيت ذنبه قانونيّا.

3. لكلّ شخص الحقّ تحديدا في :

أ) أن يعلم ضمن المهلة الأقصر وبلغة يفهمها وبصورة مفصّلة، بطبيعة التّهمة الموجّهة إليه وبسببها؛

ب) أن يُمنح ما يكفيه من الوقت والتّسهيلات لإعداد دفاعه ؛

ج) أن يدافع عن نفسه أو أن يحظى بمساعدة من يختاره للدّفاع عنه، وفي حال لم تكن لديه الإمكانيّات لدفع أجر المدافع، أن يدافع عنه محامي دفاع مجاني، عندما تقتضي ذلك مصلحة العدالة؛

د) أن يستجوب شهود الإثبات أو أن يطلب استجوابهم، أو أن يحصل على استدعاء شهود الدّفاع وعلى استجوابهم وفقًا لنفس شروط شهود الإثبات؛

ه) أن يحظى بمساعدة مترجم شفهي مجانًا، إذا كان لا يفهم أو لا يتكلّم اللّغة المستخدمة في الجلسة»، المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، مجلس أوروبّا، الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان معدّلة بالبروتوكولين رقم 11 و14، ومتمّمة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و6 و7 و12 و13، ترجمة غير رسميّة، ص. 9-10، يمكن تحميلها على الرّابط التالي:
https://www.echr.coe.int/documents/convention_ara.pdf

انظر أيضا:

MEUNIER (J.), «La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'Homme», *in.* RUIZ FABRI (H.) (*dir.*), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs,* Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 185-208.

146 البروتوكول رقم 7 الملحق باتّفاقيّة حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسيّة، 22 نوفمبر 1984، ضمن المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، مجلس أوروبّا، الاتفاقيّة الأوروبية لحقوق الإنسان معدّلة بالبروتوكولين رقم 11 و14، ومتمّمة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و6 و7 و12 و13، المرجع سابق الذّكر، ص. 44. انظر أيضا:

FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN- SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, p. 566.

وبالتّالي إذا ما استثنينا المادّة الجزائيّة فإنّه في المادّة المدنيّة لا يعدّ مبدأ التّقاضي على درجتين محميّا بالاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان[147] وهو ما أكّدته المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان التي اعتبرت أنّ «الفصل 6 فقرة 1 (الذي يكرّس حقّ الإنسان في سماع محكمة مستقلّة ونزيهة لقضيّته) يهمّ أوّلا محاكم الدّرجة الأولى؛ وهو لا يقتضي وجود محاكم عليا»[148]، ولا «يلزم الدّول الأطراف بإحداث محاكم استئناف أو تعقيب»[149].

تطرح هذه النّبذات من القانون الدّولي والإقليمي تعقيد مبدأ التّقاضي على درجتين الذي يشهد شيئا من التّحفّظ بشأن تكريسه وهو ما يعكسه النّموذج الأوروبّي الذي لم يعمّمه وجعله حقّا فقط في المادّة الجزائيّة مع تكريس بعض الاستثناءات أين سيتمّ إقصاؤه جملة وتفصيلا بما يهدره تماما ونخرج مبدئيّا من منطق التّقييد. وهذا التّحفّظ نجد له صدى في موقف فقه القضاء الدّستوري والإداري الفرنسي[150]. ونفهم إذن إلى حدّ ما «الرّفق» الذي تعامل به المؤسّس في 2022 مع الدّولة بخصوص حقّ التّقاضي على درجتين، لكن إذا كان نهجنا في كتاب الحريات الفرديّة الدّفاع عن انطباق المادّة الجامعة بأوسع قدر ممكن بما يشمل تلك الحقوق التي ضُرب على الدّولة بشأنها التزام ببذل عناية فإنّه من الوجيه التّساؤل عن وجاهة اتّساع استثناءات الحقّ في التّقاضي على درجتين على أساس منهج التّناسب التي يعكسها التّشريع التّونسي. ونخال المسألة على غاية من الأهمية في علاقة بالتّوفيق بين أهمية تعزيز الضّمانات المكفولة للأفراد عند التّداعي من جهة ومن جهة أخرى أهمية حسن تنظيم مرفق العدالة والسّلاسة في الإجراءات وخصوصيّات بعض الموادّ كالمادّة التّجاريّة. هذا مع وعينا بالإشكال الذي يطرحه الحكم الدّستوري الجديد الذي فكّ إلى حدّ ما الرّباط بين الحقّ في المحاكمة العادلة ومبدأ التّقاضي على درجتين، بما يحرّر الاستثناءات بشأنه من شبهة إهدار الحقّ طالما تحصّل المشرّع على رخصة دستوريّة وأعفي من الالتزام بتحقيق نتيجة تكريسها.

في هذا الإطار، يستوجب العرض على محكّ منهج التّناسب كما يستخلص من الفصل 55، وكما سيتمّ بيانه، التّثبّت من ضرورة القيد في نظام ديمقراطي ومشروعيّة الهدف من التّقييد ثمّ العرض على اختبار التّناسب بخطواته الثّلاث، قبل التّثبّت من عدم المساس بجوهر الحقّ. وطالما سمح المؤسّس بعدم تأمين التّقاضي على درجتين آليّا ، بما أنّه يمكن عدم تحقيق النّتيجة المتّصلة به، خُفّف الحرج المتّصل بضرورة عدم إهدار جوهر الحقّ. وطالما تنطلق أغلب الاستثناءات من البحث عن السّلاسة في الإجراءات وخصوصيّات بعض المواد فهي تتوفّر على قرينة الضّرورة في نظام ديمقراطي، وهي الخطوة الأولى في الامتحان الثّلاثي. ودون أن نمرّ إلى الاختبار الحاسم وهو اختبار التّناسب، الذي لا زلنا ندافع عن ضرورة تطبيقه حتّى بخصوص الحقوق التي وضع بشأنها الدّستور التزاما ببذل

147 نفسه، ص. 566.

148 CEDH, *Affaire De Cubber c. Belgique*, Requête n° 9186/80, arrêt du 26 octobre 1984, §32, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/4p4kj698. التّرجمة لنا

149 CEDH, *Affaire Delcourt c. Belgique*, Requête n°2689/65, arrêt du 17 janvier 1970, §25, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/bdzdxxcd. التّرجمة لنا

150 لقد اعتبر المجلس الدّستوري الفرنسي أنّ «مبدأ التّقاضي على درجتين ، ليس له، في حدّ ذاته، قيمة دستوريّة».
Décision n°2004-491 DC du 12 février 2004, Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française, considérant n°4, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004491DC.htm. التّرجمة لنا
من ناحية أخرى، أقرّ مجلس الدّولة الفرنسي أنّ «قاعدة (التّقاضي على درجتين) لا تشكّل مبدأ عامّا للقانون يمنع على السّلطة التّرتيبيّة أن تقرّ، في إطار ممارسة اختصاصها» استثناءات لهذه القاعدة.
CE, *Meyet et autres*, n°258253, 17 décembre 2003, disponible au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008184643/. التّرجمة لنا
انظر أيضا:
Réponse de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, à la question n°37496 relative au décret du ministère de la justice, paru le 15 août 2013 au *Journal officiel*, Réponse publiée au *Journal officiel* le 02/09/2014, p. 7432, disponible sur le site de l'Assemblée nationale, au lien suivant: https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-37496QE.htm

عناية، يجب التّوقّف عند الأهداف المشروعة لأنّها عذر تقييد الحقّ في المحاكمة العادلة ومن ثمّة مسوّغ استثناء مبدأ التّقاضي على درجتين. وفي هذا الصّدد، لن تتغيّر تحت طائلة الفصل 55 محدّدات الفحص مقارنة بالفصل 49[151]، طالما لم يسقط من الفصل 55 في مجال موجبات التّقييد سوى الآداب العامّة وتمّ الإبقاء على حماية حقوق الغير ومقتضيات الأمن العام والدّفاع الوطني والصحّة العموميّة. والواقع أنّ للآداب العامّة تأثير لا في علاقة بالتّقاضي على درجتين بل بعلنيّة الجلسات، كما يبرز ذلك في اشتراط سريّة الجلسات في استثناءات مبرّرة بالحرص على النّظام العام والأخلاق الحميدة في عدّة نصوص في التّشريع التّونسي[152]، من ذلك الفصل 117 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة الذي ينصّ على ما يلي: «تكون المرافعة علنيّة إلاّ إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو أحد الخصوم إجراءها سرّا محافظة على النّظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة»[153]. وكذلك الفصل 143 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة الذي ينصّ في فقرته الثّانية على ما يلي: «وتكون المرافعات علنيّة وبمحضر ممثّل النّيابة العموميّة والخصوم إلاّ إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ممثّل النّيابة العموميّة إجراءها سرّا محافظة على النّظام العام أو مراعاةللأخلاق وينصّ على ذلك بمحضر الجلسة»[154].

سنميّز إذن عند فحص أهمّ الاستثناءات بين المادّة المدنيّة والجزائيّة والإداريّة.

في استثناءات مبدأ التّقاضي على درجتين في النّزاعات المدنيّة

نلاحظ تكريسا هامّا لهذه الاستثناءات في المادّة المدنيّة تعكسه عدّة فصول في مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة ومجلّة التّحكيم، ومجلّة الحقوق العينيّة، سنستعرض أهمّها تباعا.

ففي المادّة التجاريّة وفي مجال «التّحكيم القضائي»[155] يكرّس الفصل 40 فقرة 10 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[156] استثناء لمبدأ التّقاضي على درجتين إذ يمكن للطّرفين طلب الفصل في النّزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف.

وبمقتضى هذا الاستثناء سيتمّ «إعمال القواعد العامّة للقانون الطّبيعي التي لا تعترف بقيود القاعدة القانونيّة ولا بسقوط الحقّ بمرور الزّمن لأنّ الحقّ قديم والضّرر يزال، وهو توجّه جديد يبرز مدى خصوصيّة هذه المحكمة الخاضعة لنظام تميّز بالبساطة وعدم التّعقيد كلّ ذلك تحقيقا للسّرعة والنّجاعة التي تتطلّبها المعاملات التّجاريّة ضرورة أنّ الأحكام الصّادرة على أساس العدل والإنصاف غير خاضعة للاستئناف ولا تقبل الطّعن إلاّ بالتّعقيب»[157]. لكن رغم خصوصيّة المادّة

151 محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، الحقوق المدنيّة والسّياسيّة على ضوء الفصل 49، نسخة موجزة، المنظّمة الدّوليّة للتّقرير عن الدّيمقراطيّة، ماي 2021، ص. 61-64.

152 نفسه، ص. 61. انظر أيضا أشرف الماجري، «حقّ الدّفاع»، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه في القانون، كليّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2015-2016، ص.460-463.

153 مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة (الصّادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص.33.

154 مجلّة الإجراءات الجزائيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 49.

155 أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، طبعة ثانية معدّلة وفق أحدث القوانين والقرارات التّعقيبيّة المتّصلة بالمرافعات، تونس، 2005، ص. 52.

156 ينصّ الفصل 40 فقرة 10 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «ولرئيس الدّائرة التّجاريّة تكليف أحد أعضائها بمحاولة الصّلح بين الأطراف، كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدّائرة في أيّ طور من أطوار القضيّة النّظر في النّزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف.
ويكون الحكم في هذه الصّورة غير قابل للاستئناف ويقبل الطّعن بالتّعقيب»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة المرجع سابق الذّكر، ص. 16.

157 أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، المرجع سابق الذّكر، ص. 52.

التّجاريّة [158]التي تقتضي المرونة وما ينمّ عنه الفصل 40 من بحث عن التّسريع في الفصل في القضيّة فهو استبعاد لمبدأ التّقاضي على درجتين يصعب تبريره بالاستناد إلى الأهداف المشروعة للتّقييد في الفصل 55 [159].

من ناحية أخرى، يكرّس الفصل 126 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[160] استثناء لمبدأ التّقاضي على درجتين في مجال الأذون القضائيّة بالتّنفيذ الوقتي[161] التي أجازها المشّرع في سبع صور فيها التّأكّد والاستعجال. لكن السّماح في الفصل 126 لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لخرق الحكم المكسوّ بالنّفاذ المعجّل للفصل 125- الذي يمكّن المحاكم الابتدائيّة من الإذن بالتّنفيذ المؤقّت لأحكامها إذا كان هناك كتب رسمي أو خطّ غير مطعون في الإمضاء عليه أو اعتراف أو وعد معترف به أو قضاء سابق صيّره ما اتّصل به القضاء- مشفوع بعدم قابليّة القرار الصّادر بتوقيف التّنفيذ «لأيّ وجه من أوجه الطّعن»، فيه استثناء لمبدأ التّقاضي على درجتين يصعب تبريره بالاستناد إلى الفصل 55. فلا موجب للتّقييد يذكر من الموجبات الواردة في المادّة الجامعة الجديدة [162]، مع ضرورة التّساؤل إن كان التّنصيص على الصّبغة الاستثنائيّة لهذا الاختصاص لرئيس المحكمة في الإذن بتوقيف التّنفيذ والمدّة القصيرة -شهر واحد- للبتّ في الطّعن يكفيان لتبرير الاستثناء لمبدأ التّقاضي على درجتين.

في نفس الاتّجاه، ينظّم الفصل 194 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[163] استثناءات منها الوجوبي ومنها الاختياري[164] لمبدأ أنّ الطّعن بالتّعقيب لا يعطّل التّنفيذ لكن الفصل 194 لا يفتح بوضوح إمكانيّة استئناف الإذن الصّادر عن الرّئيس الأوّل لمحكمة التّعقيب بتوقيف التّنفيذ[165]، ممّا يبدو استبعادا لمبدأ التّقاضي على درجتين لا يمكن تبريره بإحدى موجبات التّقييد الواردة في الفصل

158 بخصوص السرّعة في المادّة التّجاريّة انظر أشرف الماجري، «السرّعة الإجرائيّة في المجلّة التجاريّة» ، ضمن ستّينيّة المجلّة التّجاريّة، أشغال ملتقى علمي من تنظيم كلية العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس بالتّعاون مع مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل، تونس، 2023، ص. 33-54.

159 انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 62.

160 ينصّ الفصل 126 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «يمكن الإذن بالتّنفيذ مؤقّتا بضمان أو بدونه:
أوّلا: إذا كان الموضوع متعلّقا بإصلاحات متأكّدة أو توقيف ضرر.
ثانيا: إذا كان النّزاع بين خادم أو مخدوم أو فلاّح وخماس أو مستأجرين فيما يخصّ عملهم أو خدمتهم وذلك إذا تولّد الخلاف مدّة الخدمة أو العمل أو التّعليم.
ثالثا: إذا كان النّزاع بين المسافرين وأصحاب الفنادق ووسائل النّقل.
رابعا: إذا كان الحكم يتعلّق بالتّصفيق للكراء أو تعيين مؤتمن أو كانت للحكم صبغة معاشيّة.
خامسا: إذا كان الحكم صادرا بأداء أجرة حضانة أو رضاع أو بتسليم الصّغير لأمّه.
سادسا: إذا كان الحكم قاضيا بمنح الطّالب تسبقة عن تعويض ضرر لم يقدّر بعد وبشرط أن يكون الضّرر ناشئا عن جنحة أو ما ينزل منزلتها ثبتت مسؤوليّتها على المحكوم عليه.
سابعا: وفي كلّ الصّور المحفوفة بالتّأكّد الكلّي.
غير أنّه يمكن بصفة استثنائيّة لرئيس المحكمة المرفوع لديها الاستئناف أن يأذن استعجالها بعد سماع الطّرفين بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدّة شهر واحد إذا تبيّن له أنّ إكساء الحكم النّفاذ المعجّل كان خرقا لأحكام هذا الفصل والفصل 125 قبله. ويتعيّن أن يقضي في الموضوع في غضون الشّهر والقرار الصّادر بوقف التّنفيذ غير قابل لأيّ وجه من أوجه الطّعن»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 35.

161 علي كحلون، التّعليق على مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، الطّبعة الأولى، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختّص، 2016، ص . 281.

162 انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

163 ينصّ الفصل 194 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «لا يوقف رفع الطّعن بالتّعقيب تنفيذ الحكم المطعون فيه إلّا إذا كان صادرا بإعدام ورقة مرميّة بالزّور أو محو آثارها أو كان صادرا بالطّلاق أو بفساد عقد زواج أو كان صادرا على الدّولة بأداء مال او برفع عقلة أجرتها الدّولة لاستخلاص أموالها. وبصورة استثنائيّة يمكن للرّئيس الأوّل لمحكمة التّعقيب إذا طلب منه الطّاعن ذلك أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه مدّة شهر إذا رأى أنّ التّنفيذ قد يستحيل معه الرّجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه وعلى طالب توقيف التّنفيذ تأمين المحكوم به ضمانا للتّنفيذ إذا كان مبلغا ماليّا وتحمل عليه مصاريف التّأمين بقطع النّظر عن غرم الضّرر الذي يمكن أن يحكم به عليه في صورة رفض مطلب التّعقيب»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 48-49.

164 كمال نقرة، المرجع سابق الذّكر، ص. 421-423.

165 محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

55، وإن كانت هناك الصّبغة الاستثنائيّة التي تجد تبريرها في أنّ فتح باب الطّعن بالاستئناف في الإذن بتوقيف التّنفيذ سيؤدّي بالضّرورة إلى خرق الأجل التّشريعي المحدّد في الفصل 194 للبتّ في الطّعن بالتّعقيب[166]، ويمكن أن نورد نفس الملاحظة بالنّسبة إلى الفصل 209 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[167].

وفي إطار القضاء الاستعجالي، يقصي الفصل 208 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[168] من الاستئناف الأحكام الاستعجاليّة الصّادرة عن رؤساء محاكم الاستئناف.

وهذا الاستثناء قد يبرّر بالطّبيعة الاستعجاليّة للقضاء الاستعجالي بسماته من تأكّد وصبغة وقتيّة وعدم اتّصاله بالأصل والاتّصال الوقتي للقضاء بالحكم الذي يمكن بشأنه إعادة الطّلب عند تغيّر الظّروف[169] والبحث في النّهاية من وراء عدم فتح إمكانيّة الطّعن عن استقرار «الأحوال والمراكز القانونيّة»[170]، فمن الوجيه التّثبّت من مدى احترام هذا الاستثناء للفصل 55 طالما أنّه قد يهدر جوهر الحقّ في محاكمة عادلة[171]. ويمكن أن نورد نفس الملاحظة بالنّسبة إلى الفصل 223 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة [172] في مجال الأذون على عرائض التي تعدّ من «الأعمال الولائيّة» [173]. ونضيف إلى قائمة الاستثناءات لمبدأ التّقاضي على درجتين وبخصوص الأحكام الاستعجاليّة الفصلين 18[174] و56

166 أشرف الماجري، «الفصل 55 من الدّستور والقانون الإجرائي»، ضمن التّناسب في القانون، ملتقى علمي من تنظيم قسم القانون الخاص وعلوم الإجرام، كلية العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 23 و24 و25 نوفمبر 2022، غير منشور.

167 ينصّ الفصل 209 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «استئناف الأحكام الاستعجاليّة لا يوقف تنفيذها. غير أنّه بصفة استثنائيّة يمكن لرئيس المحكمة التي تنظر في الاستئناف أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمدّة شهر عندما يتبيّن له أنّ فيه خرقا واضحا لأحكام الفصل 201 من هذه المجلّة. ولا يمكن أن يصدر الإذن بإيقاف التّنفيذ إلاّ بعد سماع الخصوم والقرارات الصّادرة بإذن بإيقاف التّنفيذ غير قابلة لأيّ وجه من أوجه الطّعن ولو بالتّعقيب»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 52. انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

168 ينصّ الفصل 208 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: « يرفع استئناف الأحكام الاستعجاليّة الصّادرة عن رؤساء المحاكم الابتدائيّة للمحاكم الاستئنافيّة ذات النّظر.
أمّا الأحكام الاستعجاليّة الصّادرة عن رؤساء محاكم الاستئناف في المواضيع التي خصّصهم القانون بالنّظر فيها فهي غير قابلة للاستئناف»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 52.

169 علي كحلون، المرجع سابق الذّكر، ص. 380-381.

170 أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، المرجع سابق الذّكر، ص. 154.

171 انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 63.

172 ينصّ الفصل 223 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «تستأنف الأذون الصّادرة من حكّام النّواحي للمحكمة الابتدائيّة وتستأنف الأذون الصّادرة من رؤساء المحاكم الابتدائيّة لمحكمة الاستئناف.
أمّا القرارات الصّادرة من رئيس محكمة الاستئناف فهي غير قابلة للاستئناف والاستئناف لا يوقف التّنفيذ»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 55. انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 63.

173 يقول الأستاذ علي كحلون في هذا الشّأن: «يعتبر الإذن على العريضة من الأعمال الولائيّة gracieuse يمعنى أن لا نزاع فيها ولا توجب أصلا أيّ إجراء في المواجهة ولا يحتاج الإذن لتعليل ولا يصدر في شكل الأحكام ولا يتّصل القضاء بالإذن إلاّ في صورة صدور حكم على إثر طلب الرّجوع فيها فيتّصل القضاء بذلك الحكم وقتيّا تماما مثل القضايا الاستعجاليّة»، علي كحلون، المرجع سابق الذّكر، ص. 391.

174 ينصّ الفصل 18 من مجلّة التّحكيم على ما يلي: «إذا تعدّد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا. وإذا كان عدد المحكمين المعيّنين من قبل أطراف النّزاع شفعا فإن هيئة التحكيم تكتمل بإضافة محكم تسند إليه رئاستها:
- إمّا باتّفاق الأطراف،
- وإمّا من قبل المحكمين المعيّنين.
وعند تعذّر الاتّفاق بين الأطراف أو بين المحكمين فإنّ رئيس المحكمة الابتدائيّة التي يوجد بدائرتها مقرّ التّحكيم يتولّى ـ بناء على طلب أحد الأطراف ـ تعيين المحكم بقرار استعجالي غير قابل لأيّ وجه من أوجه الطّعن مراعيا في ذلك المؤهّلات المطلوب توافرها في المحكم والاعتبارات الضّامنة لاستقلاليّته وحياده. وفي صورة تعيين نظام تحكيم معلوم فإنّ إجراءات تعيين هيئة التّحكيم هي الإجراءات المبيّنة بهذا النّظام»، مجلة التّحكيم (الصّادرة بالقانون عدد 42 لسنة 1996 مؤرّخ في 26 أفريل 1993)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص. 8. انظر أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، المرجع سابق الذّكر، ص.155.

[175] من مجلّة التّحكيم.

وعلى مستوى آخر، ينظّم الفصل 149 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[176] حالة صدور حكم ابتدائي استنادا إلى دفع شكلي تمّ استئنافه ويمكّن محكمة الاستئناف إمّا من إعادة القضيّة لمحكمة البداية للنّظر من جديد في الموضوع أو من التّصدّي[177]وهو حسب القاضي أشرف الماجري «أحد أهمّ أشكال المساس بحقّ التّقاضي على درجتين، ... ضرورة أنّه يكرّس ما درج الفقه في فرنسا على تسميته بالاستثناء الحقيقي لقاعدة التّقاضي على درجتين، ذلك أنّ قاضي الاستئناف سيخوض في المنازعة ويبتّ فيها للمرّة الأولى والأخيرة خلافا للاستثناء الصّوري الّذي يخوض فيه قاضي البداية في أصل المنازعة ويكون قد قال فيها كلمته»[178] . فالتّصدّي تقنية تعني أن «تتعهّد محكمة الاستئناف بالأصل بالرّغم من المطاعن الشّكلية وتبتّ فيه، أي أنّ الطّعن في حدود الشّكل لا يمنع محكمة الاستئناف من التّصدّي والحكم في الأصل»[179]، وهو ما يعدّ استثناء لمبدأ التّقاضي على درجتين لأنّ النّظر في الأصل سيكون لأوّل مرّة من قبل محكمة الاستئناف. وهو ما لا يجد له مبرّرا واضحا استنادا إلى الفصل 55 [180].

من ناحية أخرى، يجعل الفصل 199 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة[181] من محكمة التّعقيب المختصّة الوحيدة بالنّظر في مؤاخذة الحكّام بوصفها تعتلي سلّم التّقاضي ولتركيبتها المبنيّة على عمق التّجربة، فضلا عن أنّه لا يمكن مقاضاة رؤساء المحاكم الابتدائيّة ومحاكم الاستئناف من قبل قضاة

175 ينصّ الفصل 56 من مجلّة التّحكيم على ما يلي:

1ـ لا يمنع أيّ شخص بسبب جنسيّته من العمل كمحكم، ما لم يتّفق الأطراف على خلاف ذلك.

2 ـ للأطراف حرية الاتّفاق على الإجراء الواجب اتّباعه في تعيين المحكم أو المحكمين دون الإخلال بأحكام الفقرتين 4 و5 من هذا الفصل.

3 ـ فإن لم يكونوا قد اتّفقوا على ذلك يتّبع الإجراء التّالي :

أ ـ في حالة التّحكيم بثلاثة محكمين، يعيّن كلّ من الأطراف محكما ويقوم المحكمان المعيّنان على هذا النّحو بتعيين المحكم الثّالث. وإذا لم يقم أحد الأطراف بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلّمه طلبا بذلك من الطّرف الآخر، أو إذا لم يتّفق المحكمان على المحكم الثّالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما وجب أن يقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الأطراف الرّئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي.

ب ـ إذا كان التّحكيم بمحكم فرد، ولم يستطع الأطراف الاتّفاق على المحكم وجب أن يقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الأطراف، الرّئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي.

وينبغي على القاضي ـ أن يراعي في تعيينه للمحكم ـ شروط المؤهّلات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل10 من هذه المجلّة.

4 ـ إذا اتّفق الأطراف على إجراءات التّعيين ولم ينصّوا في الاتّفاقية على وسيلة أخرى لضمان التّعيين فإنّه يجوز لأي منهم أن يطلب من الرّئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف بتونس اتّخاذ الإجراء اللّازم بقرار استعجالي وذلك في إحدى الصّور التّالية:

أ ـ إذا لم يتصرّف أحد الأطراف وفقا لما تقتضيه هذه الإجراءات.

ب ـ إذا لم يتمكّن الأطراف أو المحكمان من التّوصّل إلى اتّفاق مطلوب منهما وفقا لهذه الإجراءات.

ج ـ إذا لم تقم الجهة ـ وان كانت مؤسّسة ـ بأداء أيّ مهمّة موكولة إليها في هذه الإجراءات.

5 ـ القرارات التي يتّخذها الرّئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف بتونس في المسائل الموكولة إليه بالفقرتين 3 و4 من هذا الفصل، لا تقبل أيّ وجه من أوجه الطّعن»، مجلّة التّحكيم، المرجع سابق الذّكر، ص. 17-18. انظر أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، المرجع سابق الذّكر، ص.155-156.

176 ينصّ الفصل 149 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «إذا كان الحكم المستأنف صادرا في شأن دفع شكلي ورأت محكمة الاستئناف عدم صحّة ذلك الحكم فلها أن تقتصر على نقضه وإرجاع القضيّة إلى محكمة الدّرجة الأولى للنّظر في الموضوع كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تبتّ فيه»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 40.

177 وهو ما يُعرف في اللّغة الفرنسيّة بـl'évocation .

178 أشرف الماجري، «حقّ الدّفاع»، المرجع سابق الذّكر، ص. 487-488.

179 علي كحلون، المرجع سابق الذّكر، ص. 310.

180 انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 62-63.

181 ينصّ الفصل 199 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة على ما يلي: «تمكن مؤاخذة الحاكم في صورة الغرر أو الاحتيال أو الارتشاء أو إذا توجّهت عليه مسؤوليّة بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضّرر مدنيّا وتختصّ محكمة التّعقيب بالنّظر في مطالب مؤاخذة الحكّام»، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 50.

في درجة أدنى[182].

لكن، لم يتمّ فتح أيّ إمكانية للطّعن في قرار محكمة التّعقيب رغم جدية الآثار التي تترتّب عن المؤاخذة والتي نصّ عليها الفصل 200 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة: «إذا اتّجهت المؤاخذة يحكم على الحاكم بالغرامات والمصاريف وببطلان الأعمال التي قام بها»[183]. وهو إهدار لحقّ التّقاضي على درجتين لا يجد أي مبرّر صريح استنادا إلى المادّة الجامعة[184].

وننهي بخصوص المادّة المدنيّة بشأن أحكام التّسجيل العقاري الصّادرة عن المحكمة العقاريّة التي لا يمكن الطّعن فيها بالاستئناف ولا تقبل إلاّ الطّعن بالتّعقيب حسب الفصل 357 مكرّر من مجلّة الحقوق العينيّة[185]، وهو ما يعدّ «حرمانا من درجة من درجات التّقاضي وتعدّ صريحا على مبدأ التّقاضي على درجتين»[186] [187].

في استثناءات مبدأ التّقاضي على درجتين في المادّة الجزائيّة

تطبيقا للفصلين 207 [188] و209 [189] من مجلّة الإجراءات الجزائيّة، فإنّ الأحكام الصّادرة في مادّة المخالفات عن قضاة النّاحية نهائيّة ولا تقبل الطّعن[190]. وقد يبدو استثناء التّقاضي على درجتين في مجال المخالفات مبرّرا بالطّابع البسيط للجريمة وبساطة العقوبة المرتّبة عليها إذ لا تتجاوز أقصى عقوبة لها السّجن مدّة 15 يوما[191]. لكن هذا التّحليل لا يستقيم بالنّظر إلى أنّ الأمر قد يتعلّق بعقوبة سالبة للحرية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في تأويلها للفقرة الثّانية من

182 أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، المرجع سابق الذّكر، ص. 71.

183 مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 50.

184 انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 63.

185 ينصّ الفصل 357 مكرّر من مجلّة الحقوق العينيّة على ما يلي: «يمكن الطّعن بالتّعقيب في الأحكام القاضية بالتّسجيل أو بالترّسيم النّاتج عن حكم التّسجيل لدى محكمة التّعقيب في الحالات التّالية:
أوّلا: إذا كان الحكم مبنيّا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
ثانيا: إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.
ثالثا: إذا كان هناك إفراط في السّلطة.
رابعا: إذا لم تراع الإجراءات أو في الحكم الصّيغ الشّكليّة التي رتّب القانون عدم مراعاة البطلان أو السّقوط.
خامسا: إذا صدر حكمان أو أكثر بالتّسجيل في ذات العقار.
سادسا: إذا صدر الحكم على فاقد الأهليّة دون أن يقع تمثيله في القضيّة تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدّفاع عنه وكان ذلك هو السّبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه وذلك مع مراعاة مقتضيات الفصلين 329 و330 من هذه المجلّة.
سابعا: إذا انبنى الحكم المطعون فيه على أدلّة ثبت جزائيّا زورها أو تدليسها بحكم نهائي، ولا يقبل التّعقيب إذا ثبت اكتساب ملكيّة العقار من الغير حسن النيّة»، مجلّة الحقوق العينيّة (الصّادرة بالقانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرّخ في 12 فيفري 1965)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص. 69-70.

186 أشرف الماجري، «حق الدّفاع»، المرجع سابق الذّكر، ص. 486. وفي موقف مغاير انظر كمال نقرة ، المرجع سابق الذّكر، ص. 349-350.

187 انظر بخصوص استثناءات أخرى في مادّة المنازعات المدنيّة كمال نقرة، المرجع سابق الذّكر، ص. 401-403.

188 ينصّ الفصل 207 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة على ما يلي: «الأحكام الصّادرة في المادّتين الجناحيّة والجنائيّة يمكن الطّعن فيها بطريق الاستئناف. ويرفع استئناف الأحكام الصّادرة عن المحاكم الابتدائيّة في مادّة الجنح وعن المحاكم الابتدائيّة التي تنظر في الجنايات إلى محكمة الاستئناف» ، مجلّة الإجراءات الجزائيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 61.

189 ينصّ الفصل 209 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة على ما يلي: «لا تقبل الاستئناف إلّا الأحكام الصّادرة ابتدائيّا عن قاضي النّاحية أو المحكمة الابتدائيّة في مادّة مرجع النّظر أو الأحكام الصّادرة في الأصل في المادّة الجناحيّة وكذلك الأحكام الصّادرة عن المحكمة الابتدائيّة في الجنايات.
ولا يمكن استئناف ما عدا ذلك من الأحكام إلاّ مع الأحكام الصّادرة في الأصل»، مجلّة الإجراءات الجزائيّة ، المرجع سابق الذّكر، ص. 62.

190 انظر أشرف الماجري، «حقّ الدّفاع»، المرجع سابق الذّكر، ص. 486.

191 ينصّ الفصل 14 من المجلّة الجزائيّة على ما يلي: «ضبطت بخمس أعوام أدنى عقوبة السّجن في الجرائم التي يعتبرها القانون جناية على معنى الفصل 122 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة وبستّة عشر يوما في مادّة الجنح وبيوم واحد في مادّة المخالفات واليوم أربع وعشرون ساعة والشّهر ثلاثون يوما». ثمّ ينصّ الفصل 16 من ذات المجلّة على أنّه «لا يمكن أن يقلّ مقدار الخطيّة عن دينار واحد في مادّة المخالفات ولا عن ستّين دينارا في غير ذلك من الصّور عدا الحالات المقرّرة بوجه خاصّ بالقانون»، المجلّة الجزائيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 9 وص. 13.

الفصل الثّاني من البروتوكول السّابع للاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان الذي يسمح كما رأينا باستبعاد التّقاضي على درجتين في خصوص « الجرائم البسيطة » وأقرّت أنّه «لكي يُقرَّر بأنّ الجريمة ذات طابع بسيط، هناك معيار هامّ يتمثّل في تحديد ما إن كانت الجريمة موجبة للسّجن أم لا»[192].

في استثناءات التّقاضي على درجتين في المادّة الإداريّة

يكرّس القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في غرّة جوان 1972 والمتعلّق بالمحكمة الإداريّة عدّة استثناءات لمبدأ التّقاضي على درجتين من ذلك في الفصل 11 [193] فيما يتعلّق بالبطاقات التّنفيذيّة المتعلّقة باستخلاص ديون الدّولة والجماعات المحلّية والمؤسّسات العموميّة، إذ يكرّس الفصل 27 من مجلّة المحاسبة العموميّة اختصاص محاكم الاستئناف بالنّظر في النّزاعات المتّصلة بها وتصدر أحكاما نهائيّة بشأنها[194] لا يمكن الطّعن فيها إلّا بالتّعقيب أمام المحكمة الإداريّة، ونفس الشيّء بالنّسبة إلى القرارات النّهائية الصّادرة عن محكمة النّاحية المتّصلة بطلب مراجعة المعلوم استنادا إلى الفصل 26 من مجلّة الجباية المحليّة[195] والتي لا يمكن الطّعن فيها إلا بالتّعقيب أمام المحكمة الإداريّة[196].

كما استبعد الفصل 41 من القانون عدد 40 لسنة 1972 [197] إمكانيّة الطّعن في القرارات الصّادرة عن الرّئيس الأوّل للمحكمة الإداريّة بتوقيف تنفيذ القرارات الإداريّة وهو ما يعدّ استبعادا لمبدأ التّقاضي على درجتين يصعب تبريره استنادا إلى الأهداف المشروعة للتّقييد الواردة في الفصل 55 من الدّستور[198]، حتّى بالنّظر إلى الطّابع التّحفّظي لقرار توقيف التّنفيذ.

192 CEDH, *Affaire Kamburov c. Bulgarie*, Requête n°31001/02, arrêt du 23 avril 2009, §25, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/3bzhnbmm. التّرجمة لنا.

انظر أيضا:

Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 2 du Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme- Droit à un double degré de juridiction en matière pénale,* Mise à jour au 29 février 2024, pp. 10-11, disponible au lien suivant: https://ks.echr.coe.int/fr/web/echr-ks/

193 ينصّ الفصل 11 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي: «تنظر المحكمة الإداريّة تعقيبيّا في:
- الطّعن الموجّه ضدّ الأحكام النّهائيّة المتعلّقة بتوظيف الأداءات والمعاليم الرّاجعة للدّولة وللجماعات المحليّة وكذلك الأحكام النّهائيّة المتعلّقة باسترجاع تلك الأداءات والمعاليم.
- الطّعن الموجّه ضدّ الأحكام النّهائيّة الصّادرة في شأن مطالب الاعتراض على البطاقات التّنفيذيّة المتعلّقة باستخلاص ديون الدّولة والجماعات المحليّة والمؤسّسات العموميّة المخوّل لها قانونا استخلاص ديونها بمقتضى بطاقة تنفيذيّة»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 47، 11 جوان 1996، ص. 1214. لنسخة محيّنة للقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في غرّة جوان 1972 والمتعلّق بالمحكمة الإداريّة انظر على موقع مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن على الرّابط التّالي: https://legislation-securite.tn/ar/law/41245

194 مجلّة المحاسبة العموميّة (الصّادرة بالقانون عدد 81 لسنة 1973 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1973) ونصوص ملحقة، نسخة محيّنة،تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024، ص. 20.

195 مجلّة الجباية المحليّة (الصّادرة بالقانون عدد 11 لسنة 1997 مؤرّخ في 3 فيفري 1997) ونصوصها التّطبيقيّة ونصوص مختلفة ذات الصّلة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2020، ص. 27.

196 انظر في هذا الشّأن أشرف الماجري، «حقّ الدّفاع»، المرجع سابق الذّكر، ص. 485-486. انظر أيضا محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 62.

197 ينصّ الفصل 41 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي: «توجّه كتابة المحكمة نسخة من القرار القاضي بتأجيل التّنفيذ أو توقيفه إلى الأطراف خلال الأربعة والعشرين ساعة الموالية للتّصريح به. وعلى الجهة الإدارية المصدرة للمقرّر المطعون فيه أن تعطّل العمل به فور اتّصالها بالقرار القاضي بتأجيل التّنفيذ أو توقيفه. وهذه القرارات تحفّظيّة ولا تقبل أيّ وجه من أوجه الطّعن ولو بالتّعقيب»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1217.

198 انظر محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 63.

من ناحية أخرى، لم يفتح الفصل 64 من القانون عدد 40 لسنة 1972 [199] حقّ الطّعن بالاستئناف في الإذن بايقاف تنفيذ الأحكام الابتدائيّة المأذون فيها بالنّفاذ العاجل-في حالة استئناف هذه الأحكام- الصّادر عن الرّئيس الأوّل للمحكمة الإداريّة مما يعدّ استبعادا لمبدأ التّقاضي على درجتين يصعب تبريره استنادا إلى الأهداف المشروعة الواردة في المادّة الجامعة[200]. ويمكن أن نورد نفس الملاحظات بالنّسبة إلى الفصل 71 [201] والفصل 78 [202] والفصل 79 من ذات القانون[203] لغياب «التّنصيص على إمكانيّة الطّعن بالاستئناف في هذه الأذون» [204].

وهذا الإقصاء لمبدأ التّقاضي على درجتين في خصوص قرارات توقيف التّنفيذ يصعب تبريره استنادا للأهداف المشروعة للتّقييد الواردة في الفصل 55 من الدّستور حتّى ولو كان الهدف اختصار الإجراءات والتّخفيف على المتقاضين ويمكن أن نورد نفس الملاحظات بالنّسبة إلى الفصل 86 من القانون عدد 40 لسنة 1972 [205].

بقي الفصل 85 من قانون المحكمة الإداريّة سابق الذّكر الذي ينصّ على أنّه «لا تقبل الاستئناف الأذون (الاستعجاليّة) الصّادرة عن رؤساء الدوائر الاستئنافيّة»، ويضاف هذا الاستثناء إلى قائمة استثناءات مبدأ التّقاضي على درجتين التي لا تستند صراحة إلى موجبات التّقييد الواردة في المادّة

199 ينصّ الفصل 64 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي: « استئناف الأحكام الابتدائيّة يعطّل تنفيذها إلّا فيما استثناه القانون أو إذا أذن فيها بالنّفاذ العاجل. وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للرّئيس الأوّل، بقرار معلّل، الإذن بإيقاف تنفيذها بطلب من أحد الأطراف»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1218.

200 محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

201 ينصّ الفصل 71 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي: «للرّئيس الأوّل، بصورة استثنائيّة، وبطلب من الطّاعن، أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه لأجل يحدّده إذا كان التّنفيذ من شأنه أن يؤدّي إلى استحالة الرّجوع بالوضعيّة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه أو أن يفضي إلى نتائج يصعب تداركها. ويكون الإذن بدون ضمان ما لم يتضمّن إلزاما لطالب توقيف التّنفيذ تأمين المبلغ المالي المحكوم به، ضمانا للتّنفيذ»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1219. انظر محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

202 ينصّ الفصل 78 من القانون عدد 40 لسنة 1972 على ما يلي: «يقدّم مطلب إعادة النّظر في أجل لا يتجاوز مدّة شهرين من يوم الإعلام بالحكم، في الحالات المشار إليها بالفقرتين 3 و4 من الفصل 77 من هذا القانون أو من تاريخ اكتشاف الكتب المزوّر أو البيّنة التي كانت ممنوعة بفعل الطّرف المقابل في الحالات الأخرى. وبمضيّ ذلك الأجل يسقط الحقّ في القيام به.
ويحرّر المطلب وجوبا بواسطة محام لدى التّعقيب.
لا يوقف مطلب إعادة النّظر تنفيذ الحكم المطعون فيه ما لم يصدر الإذن بعكس ذلك من طرف رئيس الهيئة الحكميّة التي أصدرته»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1219. انظر محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

203 ينصّ الفصل 79 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي: «كلّ طرف في القضيّة صدر في شأنه حكم نهائي عن إحدى الهيئات القضائيّة بالمحكمة الإداريّة بصورة غير حضوريّة دون سابق إعلامه بالدّعوى ولا تمكينه من تقديم أيّ تقرير في الدّفاع بشأنها يمكنه الاعتراض على ذلك الحكم في أجل الشّهرين الموالين لتاريخ الإعلام به وذلك بمقتضى مطلب يقدّم لدى الهيئة التي أصدرت الحكم المعترض عليه وبنفس الطّرق التي نصّ عليها القانون بالنّسبة إلى الدّعوى الأصليّة.
ويمكن لكلّ شخص لم تقع مطالبته ولا تمثيله في القضيّة الاعتراض على الحكم الصّادر فيها إذا حصل له منه ضرر. ويجب عليه القيام بالاعتراض في أجل شهرين من تاريخ حصول العلم له بالحكم المعترض عليه.
وفيما عدا ذلك يجب القيام بالاعتراض في أجل لا يتجاوز الثّلاث سنوات من تاريخ التّصريح بالحكم وبمضيّه يسقط الحقّ في الاعتراض.
ويقدّم المطلب لدى الهيئة التي أصدرت الحكم المعترض عليه وبنفس الطّريقة التي ينصّ عليها القانون بالنّسبة إلى القضيّة الأصليّة.
ولا يكون الاعتراض أو اعتراض الغير إيقافيّا إلّا إذا أذن الرّئيس الأوّل بخلاف ذلك»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1219. انظر محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

204 محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

205 ينصّ الفصل 86 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي : «لا يوقف الاستئناف تنفيذ الأذون الاستعجاليّة غير أنّه يجوز لرئيس الدّائرة التي تنظر في استئناف تلك الأذون أن يقرّر بطلب أحد الأطراف توقيف تنفيذ الإذن المطعون فيه إذا تبيّن له أنّ فيه خرقا لمقتضيات الفصلين 81 و82 من هذا القانون. ولا يمكن أن يصدر قرار توقيف التّنفيذ إلّا بعد سماع الأطراف بحجرة الشّورى، والقرارات القاضية بتوقيف التّنفيذ تحفّظيّة وهي غير قابلة لأيّ وجه من أوجه الطّعون ولو بالتّعقيب.
يتمّ التّحقيق في استئناف الأذون الاستعجاليّة بصورة مستعجلة وحسب آجال مختصرة ويقع الحكم فيها طبقا للفصول من 49 إلى 53 من هذا القانون»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1220. انظر محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 64.

الجامعة [206]. وقد سبق للمحكمة الإداريّة في قرار استعجالي صادر بتاريخ 15 ماي 2017 أن أقرّت بعدم «مواءمة» هذا الاستثناء للفصل 108 من دستور 2014 الذي كان يكرّس حقّ التّقاضي على درجتين ويجعل منه التزاما بتحقيق نتيجة[207]. وهو موقف لم تشاطره الدّائرة التّعقيبيّة الثّالثة في قرار تعقيبي استعجالي صادر بتاريخ 12 جويلية 2018 حيث لم يتمّ استبعاد الفصل 85 المذكور[208]. يبدو من الضّروري إذن الوقوف عند هذا الاستثناء، كما هو الشأن في المادّة المدنيّة، والتّساؤل إن لم تكن «خصوصية الأذون الاستعجالية المتمثّلة أساسا في عدم خوضها في أصل النزاع و(عدم إفضائها) إلى تعطيل القرارات الإدارية ... تبرّر إفرادها بنظام إجرائي مخصوص ... يحول دون السّحب الآلي والميكانيكي لمبدأ التّقاضي على درجتين»[209] ؟ وهو ما يحيلنا، رغم تجديد الدّعوة إلى عدم التّوسيع في استثناءات هذا المبدأ الذي يعدّ ضمانة هامّة للمتقاضين وللحقوق والحريات، إلى التّساؤل عن ضرورة التّنسيب[210].

إضافة إلى ذلك، يكرّس الفصل 65 من القانون عدد 40 لسنة 1972 [211] تقنية التّصدّي أو التّوليّ التي كرّستها مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة كما رأينا أعلاه وهي تسمح للقاضي الاستئنافي أن ينظر في موضوع لم ينظر فيه قاضي الدّرجة الأولى إمّا لعدم الاختصاص أو لعدم قبول الدّعوى، ممّا يفتح الباب للتصدّي لموضوع في طور الاستئناف أوّل مرّة، «أي أنّ حقّ التّوليّ قد حال دون مفعول الاستئناف الذي يقتضي أن ينظر إلى موضوع القضيّة لدى درجتين»[212]. وقد اعتبر الأستاذ خليل الفندري في شأن الفصل 65 أنّ المشرّع قد «خيّر قاضي الاستئناف بين البتّ في الأصل لأوّل مرّة، وهو ما يمكّن من اختصار آجال الفصل في النّزاع، لكن دون عرض موضوع النّزاع على درجتي التّقاضي ، وذلك في حالة جاهزيّة الملفّ للفصل فيه، أي أن يكون قد استوفى التّحقيق فيه في الطّور الابتدائي، أو عدم إعمال هذا الإجراء، بما يراعي مبدأ التّقاضي على درجتين، لكن بما يتسبّب في إطالة في آجال الفصل في النّزاع»[213].

206 من أجل استثناءات أخرى في المادّة الإداريّة انظر محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 62-64.

207 المحكمة الإداريّة، قرار تعقيبي إستعجالي، عدد 731225 ، 15 ماي 2017 ، المكلّف العام بنزاعات الدّولة في حقّ وزارة الصحة ضد فتحي الجربي، غير منشور. انظر بهذا الخصوص محمّد السياري، ابراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 63. انظر أيضا معتز القرقوري، «المحاكمة العادلة على ضوء دستور 27 جانفي 2014»، دراسات في القانون الإداري، العدد الأوّل، 2022، ص. 32-34.

208 المحكمة الإداريّة، قرار تعقيبي إستعجالي، عدد 731240، 12 جويلية 2018، المكلّف العام بنزاعات الدّولة في حقّ وزارة الصحة ضدّ مهنيّة العيدي، غير منشور. انظر محمّد شفيق صرصار، مراد بن موليّ، فاطمة رعاش، منظومة القواعد القانونيّة في تونس 2011-2021، منطلقات الانتقال وصعوبات التّرسيخ الدّيمقراطي، تقرير، المنظّمة الدّوليّة للتّقرير عن الدّيمقراطيّة، ديسمبر 2021، ص. 123.

209 محمّد شفيق صرصار، مراد بن موليّ، فاطمة رعاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 123.

210 لقد أبقى مشروع مجلّة القضاء الإداري في نسخة سبتمبر 2021 على عدّة استثناءات بما في ذلك في مجال الأذون حيث نصّ الفصل 258 من المشروع على ما يلي: «لا تقبل الأحكام والأذون الصّادرة عن المحاكم الإدارية الاستئنافيّة بدفع مبلغ على الحساب أيّ وجه من أوجه الطّعن ولو بالتّعقيب»، مشروع مجلّة القضاء الإداري (نسخة سبتمبر 2021)، ضمن نشريّة المحكمة الإداريّة، عدد افتتاحي: خاص ديسمبر 2021، ص. 331. انظر بهذا الشّأن منير بالعربي، «مبدأ التّقاضي على درجتين في مشروع مجلّة القضاء الإداري»، مجلّة القانون والسّياسة، عدد خاصّ، القضاء الإداري ومقتضيات المحاكمة العادلة وحسن سير القضاء، قراءة في مشروع مجلّة القضاء الإداري، عدد 8 /2021، ص. 223.

211 ينصّ الفصل 65 من القانون عدد 40 لسنة 1972، كما نقّح بالقانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، على ما يلي: «الاستئناف ينقل الدّعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف وذلك في خصوص ما تسلّط عليه الاستئناف.
والدّعوى التي حكم فيها ابتدائيّا لا يمكن الزّيادة فيها ولا تغييرها لدى الاستئناف إلّا إذا كانت الزّيادة تخصّ ملحقات متعلّقة بالدّعوى الأصليّة واستحقّت بعد صدور الحكم.
وإذا اقتصر الحكم المستأنف على رفض الدّعوى دون الخوض في موضوعها، ورأت الدّائرة الاستئنافيّة عدم وجاهة ذلك فلها أن تحكم بنقضه مع إرجاع القضيّة إلى قضاة الدّرجة الأولى للنّظر في موضوعها كما لها إن كان الموضوع قابلا للفصل أن تتصدّى للبتّ فيه»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1218. انظر محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، المرجع سابق الذّكر، ص. 63.

212 عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإداريّة، الطّبعة الثّالثة مزيّدة ومحيّنة، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2006، ص. 327.

213 خليل الفندري، قانون النّزاعات الإداريّة، الكتاب الأوّل، آليّات فضّ النّزاعات الإداريّة، تونس، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختصّ وتوزيعه، 2023، ص. 189.

هذا ما يبرز في الواقع مرّة أخرى تحدّيات إعمال أو استبعاد مبدأ التّقاضي على درجتين، في ظلّ تنازع المصالح المرتبطة بتنظيم أطوار التّقاضي.

أفيكفينا إذن وجود استثناء لمبدأ التّقاضي على درجتين والتّأكّد من عدم وجود موجب للتّقييد يبرّره على معنى الفصل 55 لكي نستنتج آليّا إهدار الحقّ في محاكمة عادلة؟

بقطع النّظر عمّا يستوجبه ذلك من إتمام منهج اختبار التّناسب وتطويعه للمادّة الإجرائيّة وترجيح المصالح واستحضار أهميّة النّجاعة وسرعة الفصل في النّزاعات وحسن سير القضاء، لا بدّ من التّعامل بحذر مع المسألة، لا سيّما وأنّه يوجد في المقابل سؤال محرج لا بدّ من طرحه عن مدى نجاعة مبدأ التّقاضي على درجتين نفسه في ضمان المحاكمة العادلة طالما أنّ طريقة تنظيم الطّور الثاني من التّقاضي قد لا تمكّن من تحقيق رقابة فعّالة[214].

لكن ، تظلّ استثناءات مبدأ التّقاضي على درجتين كثيرة، ولا بدّ من عدم التّوسيع فيها لأهمية المبدأ في ضمان الحقوق والحريات. ولو سلّمنا بوجاهة حطّ المشرّع التّأسيسي من طبيعة الالتزام المتعلّق بضمانه إلى التزام ببذل عناية، على ضوء القانون وفقه القضاء المقارنين وجب التّعامل بصرامة مع الحقّ في التّقاضي المكرّس في الفصل 124 من دستور 2022 و«تجاوز مجرّد الإعلان الشّكلي لتحويله إلى مقتضيات ملموسة وفعليّة»[215]، وهذا ما يعكسه فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان التي اعتبرت أنّ «فاعليّة الحق في النّفاذ (إلى القضاء) يقتضي أن يتمتّع الفرد بالإمكانيّة الواضحة والملموسة لينازع عملا (قانونيا) يشكّل تطفّلا على حقوقه»[216]، وهو ما يفترض تجاوز «العقبات الماليّة والقانونيّة» بما في ذلك تعقيد الإجراءات التي تقف حائلا دون ذلك، فضلا عن «العقبات الواقعيّة»[217]، وفي هذا فقه قضاء غزير للمحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان أطنب الفقه في تحليله[218]، هذا فضلا عن الضّمانات المتّصلة بالخصائص التي تتوفّر في المحكمة ذاتها من استقلاليّة وحياد[219].

214 يمكن أن نضرب مثلا على ذلك إسناد الجلسة العامّة القضائيّة للمحكمة الإداريّة اختصاص البتّ في بعض النّزاعات الانتخابيّة في الطّور الثّاني، وهي نزاعات التّرشّح للانتخابات الرّئاسيّة ونزاعات النّتائج. فقد تمّ اعتماد إجراءات صارمة تضيّق في الحقّ في النّفاذ إلى الجلسة العامّة من ذلك اشتراط الفصل 47 من القانون الانتخابي (القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014، سابق الذّكر) قيام الطّاعن بـ«التّنبيه على الجهة المدّعى عليها للإدلاء بملحوظاتها الكتابية وبما يفيد تبليغ نسخة منها إلى الطرف الآخر وذلك في أجل أقصاه 48 ساعة قبل جلسة المرافعة» فيما يتعلّق بنزاعات التّرشّح وفي أجل أقصاه «جلسة المرافعة» بخصوص نزاعات النّتائج حسب الفصل 146 من القانون الانتخابي (المضاف بمقتضى القانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 المؤرّخ في 14 فيفري 2017، سابق الذّكر). وهو ما أدّى حسب السّادة محمّد شفيق صرصار ومراد بن مولّي ومولدي العيّاري إلى ارتفاع حالات رفض الطّعون شكلا، هذا فضلا عن أنّه قصد منه «تخفيف العبء على المحكمة للقيام بهذا الإجراء بالنّظر إلى قصر آجال البتّ» وهذا إشكال ثان. ذلك أنّ الآجال «تظلّ محدودة لإعمال المحكمة صلاحياتها الاستقصائيّة التي تتحدّد بالأجل الأقصى لتعيين جلسة المرافعة (3 أيّام من تاريخ تقديم الطّعن)»، محمّد شفيق صرصار، مراد بن مولّي، مولدي العيّاري، تشخيص وضع المنظومة الانتخابيّة في تونس، مراقبون، جانفي 2021، ص. 139 وص. 142. انظر أيضا بخصوص اختصاصات الجلسة العامّة القضائيّة للمحكمة الإداريّة في النّزاعات الانتخابيّة إبراهيم البرتاجي، قانون النّزاع الإداري العام، الكتاب الأوّل (المبادئ الحاكمة–تنازع الاختصاص – التّنظيم المؤسّساتي – التّنظيم المادّي)، طبعة ثانية، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2022، ص. 226-227.

215 FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, p.558. التّرجمة لنا

216 CEDH, *Affaire Bellet c.France*, Requête n°23805/94, arrêt du 4 décembre 1995, §36, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/ztncr9jh. التّرجمة لنا

217 STEFF (A.), «La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales», *Les annales de droit*, 2017-11, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/y5jm8teb. التّرجمة لنا

218 نفسه. انظر أيضا:
FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, pp. 556-567.

219 FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, pp. 559-560.

وفي النّهاية، ولئن تخلّى المؤسّس صلب الفصل 123 من دستور 2022 على فرض واجب ضمان احترام المشرّع لمبدأ التّقاضي على درجتين والاقتصار على وضع إلتزام ببذل عناية بهذا الخصوص، فإنّه يمكن فرض وجوب تقيّد المشرّع باحترام هذا المبدأ، بمناسبة مراجعته لمختلف التّشريعات المتضمّنة تكريسا لهذا المبدأ، وذلك من خلال إعمال مبدأ عدم التّراجع الذي سنتعرّض له لاحقا.

وهنا ينتهي وضوح انطباق المادّة الجامعة، إلى حدّ ما، وعلينا المرور إلى التّنافر.

المبحث الثّانى -التّنافر أو فرضّيات استبعاد الفصل 55:

أيّ مخرج من مأزق تعليق الحقوق أثناء الحالة الاستثنائيّة ؟

كنّا في كتاب الحريات الفرديّة قد حدّدنا وجهين للتّنافر مع المادّة الجامعة بالنّظر إلى النّقاش حول إمكانيّة استبعادها: زمنيّا في علاقة بالفصل 80 من الدّستور والتّساؤل عن مآل تطبيق الفصل 49 آنذاك في حالة الاستثناء الدّستوريّة، وهي مسألة التّعليق الزّمني للفصل 49[220]، ثمّ الوجه المادّي للتّنافر من حيث الموضوع، في علاقة أوّلا بالحقوق غير القابلة للانتقاص أي الحقوق التي لا تقبل بطبيعتها التّحديد والتي اتّفقت عدة دراسات قيّمة للفصل 49 على اعتبار أنّها خارج المادّة التحديديّة، ثمّ في علاقة بمدى انطباق المادّة الجامعة في المجال العقابي.

وكنّا قد قدّمنا تعليلا بشأن مآزق الحقوق غير القابلة للانتقاص والتّردّد المفهومي بشأنها والهرميّة في الحقوق التي تترتّب عنها وخلصنا إلى أنّه لا يمكن استبعادها في المنهج الذي ترسمه المادّة الجامعة إذ تصبح جزءا منه في إطار «نظام موضوعي للقيم»[221] حاولنا أن نبرز أبعاده على ضوء الفقه وفقه القضاء المقارن. ونعتبر أن هذا التّحليل يبقى قائما جملة وتفصيلا بخصوص الفصل 55 ونكتفي بإحالة قارئ هذه الأسطر إلى تحليلنا في كتاب الحريات الفرديّة[222]، وإن كنّا سنتعرّض في تحيينه في هذه الدّراسة إلى أوجه التّقاطع بين الحقوق غير القابلة للانتقاص والمادّة الجديدة المنظّمة لحالة الاستثناء وهي الفصل 96 من دستور 2022. كما نحيل قارئ هذه الأسطر إلى تحليلنا في كتاب الحريات الفرديّة للوجه الثّاني من التّنافر المادّي وهو التّنافر بين التّناسبين: تناسب المادّة الجامعة والتّناسب في المادّة الجزائيّة لأنّه يظلّ قائم الذّات بخصوص الفصل 55 ولأنّه من غير الوجيه إقصاء تناسب هذا الأخير في المادّة الجزائيّة إذا أردنا أن نؤمّن حماية قصوى للحريات الفرديّة التي تعدّ السّياسة الجزائيّة من أهمّ شروط ضمانها أو تقويضها[223]. هذا وسنقوم بتطبيق اختبار التّناسب لاحقا في هذه الدّراسة على أحكام جنائيّة صدرت في ظلّ فترة الاستثناء وعلى ضوء ما انتهينا إليه من استنتاجات بشأن كيفيّة تجاوز التّنافر بين التّناسبين في كتاب الحريات الفرديّة[224].

إذن، سنقتصر الآن في التّحليل على مسألة التّنافر مع المادّة الجديدة المنظّمة لحالة الاستثناء والتي ستؤدّي بنا لا محالة إلى التّقاطع مع الحقوق غير القابلة للانتقاص، ففيها على ما نعتقد قولٌ جديد بالنّظر إلى ما آل إليه تطبيق الفصل 80 تحت طائلة دستور 2014 والذي يجب أن نقف عنده، وبالنّظر إلى رهانات الصّياغة الجديدة في دستور 2022.

في هذا الإطار، لا تراجع عمّا ذكّرنا به في كتاب الحريات الفرديّة من أنّ الحالة الاستثنائيّة «تعدّ ... لحظة حرجة لدولة القانون وليست تعليقا نهائيّا لها، لهذا بالضّبط يعود للقانون تنظيمها. فهي تحدّد المستوى الأدنى للتّمفصل مع القانون. وهي لا تقطع حبل الشّرعيّة، طالما أنّ كسوف الضّمانات القانونيّة مسموح به ومراقب. فالحالة الاستثنائيّة تتأسّس على الثّقة في قدرة النّظام الدّيمقراطي على مواجهة فترات الأزمة. وهو ما يعني التّفكير في القانون كأفق قيمي لا كحاجز للفعل»[225].

وكنّا قد حاولنا الدّفاع عن أنّ الفصل 49 من دستور 2014 يمكن أن يتمفصل مع الفصل 80 من دستور 2014 رغم ما كانت تعكسه صياغة هذا الأخير من تنافر مع الفصل 49 مع غياب ضمانات للحقوق والحريات في عدم تنصيصه على حقوق لا يمكن المساس بها بمناسبة التّدابير الاستثنائيّة أو تضمّن شرط

220 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 64-72.

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

222 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 72-79.

223 نفسه، ص. 80-84.

224 انظر أدناه، ص. 118-125.

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

«أضيق الحدود التي يتطلّبها الوضع» الذي كرّسه الفصل 4 من العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسّياسيّة والذي ينصّ على ما يلي : «1 - في حالات الطّوارئ الاستثنائيّة التي تتهدّد حياة الأمّة، والمعلن قيامها رسميّا، يجوز للدّول الأطراف في هذا العهد أن تتّخذ، في أضيق الحدود التي يتطلّبها الوضع، تدابير لا تتقيّد بالالتزامات المترتّبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التّدابير للالتزامات الأخرى المترتّبة عليها بمقتضى القانون الدّولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرّره الوحيد هو العرق أو اللّون أو الجنس أو اللّغة أو الدّين أو الأصل الاجتماعي» [226]؛ أو الفصل 15 من الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان سابقة الذّكر، وهو ما قد يطلق يد صاحب سلطات الاستثناء في الحدّ من الحريات، في غياب منهج في التّحديد وتحصين للحقوق غير قابلة التّقييد.

وكنّا قد حاولنا إيجاد حلّ لهذا المأزق باعتبارنا أنّ صياغة الفصل 80 من دستور 2014 [227] كانت تتضمّن العناصر الدّنيا لنظام التّحديد الوارد في الفصل 49 ومنهجه رغم التّقليص من الضّمانات. طالما أنّ إعمال الفصل 80 كان مشروطا بخطر داهم، فيما يعدّ تكريسا للضّرورة القصوى بما أنّ التّدابير الاستثنائيّة المتّخذة يجب أن «تحتّمها الحالة الاستثنائيّة» وهو ما يحيل إلى التّناسب بين التّدابير وموجبها أي تأمين عودة السّير العادي لدواليب الدّولة، وهذا هو هدف التّدابير الاستثنائيّة. كما اعتبرنا أنّ في الرّبط بين الطّابع الاستثنائي للحالة وتحتيم التّدابير تذكير بالعنصر الثّالث في اختبار التّناسب أي التّناسب بالمعنى الضّيق الذي يتمثّل في الموازنة بين المصالح المتعارضة بطريقة معقولة والذي يفترض أن تكون خطورة انتهاك الحريّة بأهميّة الهدف منه[228]. ولنذكّر بما أقرّته اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان في تعليقها العام عدد 29 الصّادر بتاريخ 24 جويلية 2001 حيث اعتبرت أنّ «الالتزام بأن تكون الاستثناءات في أضيق الحدود التي يتطلّبها الوضع يجد مصدره في مبدأ التّناسب الذي يعتبر مشتركا لنظام التّحديد ونظام الاستثناء أو التّعليق. إضافة إلى ذلك، حتّى لو كانت الظّروف هي التي تبرّر الاستثناء المسموح به لحكم خاصّ، فهذا لا يعفي من ضرورة إثبات أنّ التّدابير الخاصّة التي تمّ اتّخاذها استنادا إلى هذا الاستثناء قد أملتها الضّرورة»[229].

كان الدّفاع عن عدم التّنافر بين الفصل 80 من دستور 2014 والفصل 49 ممكنا في تقديرنا، خاصّة وأنّ الفصل 80 كان يتضمن حدّا أدنى من الشّروط الماديّة والإجرائيّة التي تضمن عقلنة اتّخاذ التّدابير الاستثنائيّة. لكنّ تطبيق الفصل 80 ذات 25 جويلية 2021 يبرز التّحدّيات الحقيقيّة للتّمفصل مع المادّة الجامعة، وأبعد من ذلك يبرز تحدّيات حالة الاستثناء بالنّسبة إلى أفق دولة القانون.

226 المعاهدات الدّولية الأساسية لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص. 25.

227 لنذكّر بصياغة الفصل80 من دستور 2014 : «لرئيس الجمهوريّة في حالة خطر داهم مهدّد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها، يتعذّر معه السّير العادي لدواليب الدّولة، أن يتّخذ التّدابير التي تحتّمها تلك الحالة الاستثنائيّة، وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نوّاب الشّعب وإعلام رئيس المحكمة الدّستوريّة، ويُعلِنُ عن التّدابير في بيان إلى الشّعب.
ويجب أن تهدف هذه التّدابير إلى تأمين عودة السّير العادي لدواليب الدّولة في أقرب الآجال، ويعتبر مجلس نوّاب الشّعب في حالة انعقاد دائم طيلة هذه الفترة.
وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهوريّة حلّ مجلس نوّاب الشّعب كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضدّ الحكومة.
وبعد مضيّ ثلاثين يوما على سريان هذه التّدابير، وفي كلّ وقت بعد ذلك، يعهد إلى المحكمة الدّستوريّة بطلب من رئيس مجلس نوّاب الشّعب أو ثلاثين من أعضائه البتُّ في استمرار الحالة الاستثنائيّة من عدمه.
وتصرّح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه خمسة عشر يوما.
ويُنهى العمل بتلك التّدابير بزوال أسبابها. ويوجّه رئيس الجمهوريّة بيانا في ذلك إلى الشّعب».

228 BverfGE, 35, 382 (401), *Ausländerausweisung*, 18 juillet 1973, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035382.html; BverfGE, 51, 324 (345), *Verhandlungsfahigkeit des Angeklagten*, 19 juin 1979, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html; BverfGE, 61, 126 (135), *degressive Zweitwohnungsteur*, 15 Janvier 2014, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv135126.html

انظر بهذا الشّأن:

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

229 Comité des droits de l'homme, Observation générale n°29, États d'urgence (art. 4), adoptée le 24 juillet 2001 à sa 1950e session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, point 4, p. 3. التّرجمة لنا

التّدابير الاستثنائيّة بين ضرورات حالة الاستثناء و«حمارها القصير»، الحريات الفرديّة: هل يتعلّق الأمر فعلا بديكتاتوريّة دستوريّة؟

يقوم منهج التّناسب على اعتبار أنّ «الغاية لا تبرّر أيّ وسيلة»[230]، وهو ما تمّ اختباره عند تطبيق الفصل 80 في 25 جويلية 2021 من قبل رئيس الجمهوريّة. وقد يبدو في الواقع التّأكيد على الخرق الواضح لمقتضيات الفصل 80 من قبيل فتح الأبواب المفتوحة، إذ أنّه حتّى ولو سلّمنا بوجود خطر داهم في علاقة بعجز مؤسّسات الدّولة آنذاك عن تجاوز أزمة كورونا وما اعتبر أداء سيّئا للغاية لمجلس نوّاب الشّعب، فإنّه لم يتمّ احترام الشّروط الإجرائيّة التي وضعها الفصل 80، بل أكثر من ذلك، تمّ خرق صمّامات الأمان التي وضعها الفصل 80 حتى لا يستفرد صاحب السّلطات الاستثنائيّة بالدّولة ودواليبها وهي استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نوّاب الشّعب وإبقاء مجلس نوّاب الشّعب في حالة انعقاد دائمة وعدم حلّ هذا الأخير[231]. فأهمّ التّدابير التي تّم اتّخاذها كانت تجميد مجلس نوّاب الشّعب[232]، قبل أن يتم حلّه[233]. وأمّا عن نظريّة الإجراءات المستحيلة[234] التي تمّ استحضارها في علاقة بغياب المحكمة الدّستوريّة - التي يشترط الفصل 80 إعلام رئيسها عند اتّخاذ القرار بتطبيق الفصل 80 ويُعهد لها بعد مضيّ ثلاثين يوما على سريان هذه التّدابير، وفي كلّ وقت بعد ذلك، البتُّ في استمرار الحالة الاستثنائيّة من عدمه بطلب من رئيس مجلس نوّاب الشّعب أو ثلاثين من أعضائه- فهذا الاستحضار قابل للنّقاش لوجود قاض دستوري مؤقّت هو الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين التي كان يمكن استشارتها في إطار «حسن النيّة المؤسساتيّة» ولإضفاء حدّ أدنى من المعقولية على قرار اتخاذ التّدابير الاستثنائية، خاصّة وأنّه سبق أن تمّت دعوتها لمعاينة الشّغور النّهائي لمنصب رئيس الجمهوريّة في 25 جويلية 2019 عند وفاة الرّئيس السّابق الباجي قايد السّبسي[235].

تمّ إذن إهدار فرصة لتطبيق منهج التّناسب والاسترواح من الفصل 49 من دستور 2014 عند تطبيق الفصل 80 بسبب معضلة مصدر الخطر الدّاهم - التي أثارها المعلّقون على الفصل 80 إبّان تطبيقه في 25 جويلية 2021 - وهو المجلس النّيابي كفرضيّة لم يحسب لها المؤسّسون في 2014 حسابا.

230 PHILIPPE (X.) *in*. DRI-IDEA-PNUD, *Ves une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie: La mise en œuvre de l'article* 49 *de la nouvelle Constitution tunisienne*, Tunis, 27-28 novembre 2014, p. 24, disponible au lien suivant: https://tinyurl.com/tjwde4bw. التّرجمة لنا.

231 انظر في نفس الاتّجاه معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 182.

232 الأمر الرّئاسي عدد 80 لسنة 2021 المؤرّخ في 29 جويلية 2021 والمتعلّق بتعليق اختصاصات مجلس نوّاب الشّعب، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 67، 29 جويلية 2021، ص. 2092.

233 الأمر الرّئاسي عدد 309 لسنة 2022 المؤرّخ في 30 مارس 2022 والمتعلّق بحلّ مجلس نوّاب الشّعب، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 35، 30 مارس 2022، ص. 897.

234 نظريّة الإجراءات المستحيلة هي إنشاء فقه قضائي للقاضي الإداري الفرنسي تتمثّل في عدم إقرار لا شرعيّة قرار إداري مشوب بعيب إجرائي إذا ما استحال على الإدارة احترام الشّكليات الملزمة بشأنه، أو كما يقول مجلس الدّولة الفرنسي «تطهير الإجراء من العيب الذي شابه» (CE, 23 décembre 1981, n°23943, *Le Coustumer,Lebon*, p. 571. التّرجمة لنا).

ومن بين الظّروف التي طبّق فيها مجلس الدّولة الفرنسي نظريّة الإجراءات المستحيلة الوضعيّة التي يكون فيها الهيكل الذي من المفروض استشارته عند اتّخاذ القرار الإداري المطعون فيه موجودا لكن لا يمكنه أداء وظائفه لعدم تحديد طرق سير عمله وانتخاب أعضائه (CE, 17 juin 1985, n°23176, *Syndicat général de l'éducation nationale CFDT, Lebon,* p. 471).

لكن الفقه الفرنسي نفسه انتقد نظريّة الإجراءات المستحيلة التي تسمح بالتّخفيف من الشّرعيّة لهشاشة الأسس والتّبريرات التي تستند إليها وهي أنواع ثلاث حسب سيباستيان سونيي، أولاها المماثلة بنظريّة الظّروف الاستثنائيّة، ثانيها المماثلة بحالة القوّة القاهرة كأحد أسباب الإعفاء من المسؤوليّة الإداريّة، وثالثها استمراريّة المرفق العام وهي تبريرات عُدّت «جزئيّة، تقريبيّة أو متهرّبة». انظر:

SAUNIER (S.), «La théorie des formalités impossibles ou l'impossible théorie», *RFDA*, novembre-décembre 2020, pp. 1081-1090. التّرجمة لنا.

235 لموقف مغاير انظر معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 182-183.

ونحسب أنّ الانزلاقات التي حصلت أثناء الفترة الاستثنائيّة التي تمّ فيها تقييد الحريات بشكل كبير والتي عدّدها الأستاذ وحيد الفرشيشي[236]، يصعب تبريرها بالاستناد إلى الفصل 80 من ذلك رفع الحصانة عن النوّاب الذي تمّ الإعلان عنه في بيان 25 جويلية 2021 وتنظيمه بعد ذلك بالأمر الرّئاسي عدد 80 لسنة 2021 المؤرّخ في 29 جويلية 2021 والمتعلّق بتعليق اختصاصات مجلس نوّاب الشّعب[237]، والتتبّعات التي تمّت إثارتها ضد النوّاب ومسؤولين حكوميّين أو إداريّين[238] واتّخاذ تدابير الإقامة الجبرّية والمنع من السّفر[239] الحادّة من الحريات الفرديّة وخاصّة حرية التّنقّل بناء على الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرّخ في 26 جانفي 1978 المنظّم لحالة الطّوارئ والذي سبق أن حلّلناه في كتاب الحريات الفرديّة لبيان مواضع إخلاله بالفصل 49 [240]، والإصرار على اللّجوء إلى إجراء «الاستشارة الحدوديّة س 17» رغم استقرار فقه قضاء المحكمة الإداريّة على إلغاء القرارات المتّصلة بها[241]، فهو كما بينّ ذلك الأستاذ وحيد الفرشيشي إجراء يخرق الفصل 24 من دستور 2014 في

236 وحيد الفرشيشي، «الحقّ في الأمان أثناء الحالة الاستثنائيّة: «تسّلل النّصوص الخفيّة» إلى «دولة القانون»»، المفكّرة القانونيّة، 16 أوت 2021، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: http://tinyurl.com/4arurpv6

237 نصّ الفصل الأوّل من الأمر المذكور على تعليق اختصاصات مجلس نوّاب الشّعب لمدّة شهر ابتداء من 25 جويلية 2021 مع «إمكانيّة التّمديد في المدّة المذكورة بمقتضى أمر رئاسي وفق ما ينصّ عليه الفصل 80 من الدّستور»، كما نصّ الفصل الثّاني على رفع «الحصانة البرلمانيّة على كلّ أعضاء مجلس نوّاب الشّعب طيلة مدّة تعليق أعماله»، النصّ سابق الذّكر، ص. 2092. انظر وحيد الفرشيشي، «الحقّ في الأمان أثناء الحالة الاستثنائيّة: «تسّلل النّصوص الخفيّة» إلى «دولة القانون»»، المرجع سابق الذّكر.

238 وحيد الفرشيشي، «الحقّ في الأمان أثناء الحالة الاستثنائيّة: «تسّلل النّصوص الخفيّة» إلى «دولة القانون»»، المرجع سابق الذّكر.

239 نفسه.

240 ينصّ الفصل 5 فقرة 1 من الأمر عدد 50 لسنة 1978 المؤرّخ في 26 جانفي 1978 المنظّم لحالة الطّوارئ على ما يلي: «يمكن لوزير الدّاخليّة أن يضع تحت الإقامة الجبرّية في منطقة ترابيّة أو ببلدة معيّنة أيّ شخص يقيم بإحدى المناطق المنصوص عليها بالفصل الثّاني أعلاه يعتبر نشاطه خطيرا على الأمن والنظام العامّين بتلك المناطق»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 7 ، 24-26 جانفي 1978، ص. 218. انظر أيضا كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 89، وأيضا بخصوص مشروع القانون الأساسي المتعلّق بتنظيم حالة الطّوارئ عدد 2018/91 (مجلس نوّاب الشّعب، تقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجيّة حول مشروع القانون الأساسي المتعلّق بتنظيم حالة الطّوارئ عدد 2018/91، المدّة النّيابيّة الأولى، الدّورة البرلمانيّة الخامسة، ماي 2019)، ص. 222، ص. 248 وص. 273.

241 من ذلك مثلا حكم ابتدائي صادر بتاريخ 3 ماي 2019، سنورد أهم حيثيّاته لما فيها من حسن تطبيق للفصل 49، حيث قامت المحكمة بالاستناد إلى الفصل 24 من دستور 2014 المكرّس للحقّ في التّنقّل وإلى الفصل 12 من العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة الذي يلزم الدّولة التّونسيّة استنادا إلى الفصل 20 من دستور 2014 وإلى الفصل 49 من الدّستور لتخلص إلى أنّه: « وحيث ... لا يتضمّن القانون الوطني أيّ نصّ تشريعي يحدّ من حرية تنقّل الأشخاص غير الخاضعين لعقوبات أو إجراءات سالبة للحرية ، إلّا في حالتين اثنتين: أوّلهما نصّت عليها المجلّة الجزائيّة في الفقرة -ب- من فصلها 5، عندما اقتضت أنّه يمكن أن يسلّط القاضي الجزائي على المحكوم عليه عقوبة المراقبة الإداريّة أو عقوبة منع الإقامة، كعقوبتين تكميليّتين من شأنهما أن تحدّا من حرية التّنقّل، وثانيهما نصّت عليه مجلّة الإجراءات الجزائيّة في فصلها 86 عندما سمحت باتّخاذ تدابير تحدّ من حرية التّنقّل بالنّسبة للأشخاص المظنون فيهم الذين تمتّعوا بإجراء الإفراج المؤقّت بمقتضى إذن قضائي صادر عن حاكم التّحقيق.

وحيث أنّه لا جدال وأنّ من بين المهامّ الرّئيسيّة للإدارات المكلّفة بحماية الأمن الوطني والنّظام العام والدّفاع الوطني هو التّصدّي للإرهاب واتّخاذ جميع التّدابير اللّازمة للتّوقّي منه والقيام بالإجراءات الأمنيّة الوقائيّة والاستباقيّة الضّروريّة تجاه العناصر الخطيرة من المتطرّفين ذوي النّزعة الإرهابيّة، بما من شأنه أن يمنع حدوث كلّ ما يمكن أن يستهدف أمن الدّولة التّونسيّة ومواطنيها.

وحيث أخضع المشرّع ممارسة المهام المذكورة إلى ضوابط قانونيّة تلتزم بها الإدارة، من شأنها أن تراعي التّوازن بين كلّ من متطلّبات النّجاعة الأمنيّة واحترام حقوق الأفراد وحرياتهم، بما يحقّق الموازنة بين حقّ الفرد في ممارسة حرياته من جهة، وحقّ المجموعة في الأمن والسّلامة من جهة ثانية، وفقا لمتطلّبات دولة القانون في مجتمع ديمقراطي ...

وحيث، ومن هذا المنطلق، ومثلما تقتضيه دولة القانون في مجتمع ديمقراطي، فإنّه لا يمكن أن تكون السّلطة التّقديريّة التي تمتلكها الإدارة في هذا السّياق مدعاة للحدّ من حرية التّنقّل التي تعدّ من فئة الحريات الأساسيّة التي لا يمكن التّقييد منها إلاّ في سياق ضوابط معيّنة وفي حدود ما يجيزه القانون وتحت الرّقابة القضائيّة ...

وحيث بالرّجوع إلى أوراق القضيّة، يتّضح أنّ الأسباب التي تحجّجت بها الإدارة لا تكسي القرار المطعون فيه التّعليل المستساغ قانونا، ولا تعتبر عنصرا كافيا للتّحقّق من صحّة ما دفعت به ومن مدى مطابقته للقانون، ناهيك وأنّها اكتفت بتعليل قرارها بأسباب تتعلّق هكذا بحفظ الأمن والنّظام العامّين بالبلاد، دون أن تقدّم للمحكمة ما يؤكّد بأنّها قامت بالتّحرّيات والأبحاث اللّازمة التي تثبت بشكل أو بآخر خطورة المعني بالأمر على أمن الدّولة التّونسيّة، ودون الاستناد إلى نصّ تشريعي على معنى الفصل 49 من الدّستور أو حكم أو قرار قضائي على معنى المجلّة الجزائيّة ومجلّة الإجراءات الجزائيّة ...

وحيث، وطالما لم يتضمّن التّشريع الوطني أي إجراء قانوني يسمّى (S 17)، يطلق يد الإدارة في الحدّ من حرية الأفراد المشتبه فيهم في التّنقّل دون حكم أو إذن قضائي، فإنّ وزير الدّاخليّة يكون قد استحدث إجراء جديدا يحدّ من الحريات لم ينصّ عليه القانون»، المحكمة الإداريّة، حكم ابتدائي، القضيّة عدد 155750، السعيدي ضدّ وزير الدّاخليّة، 3 ماي 2019 (غير منشور)، وانظر في نفس الاتّجاه المحكمة الإداريّة، حكم ابتدائي، القضيّة عدد 154772، بن بلقاسم ضدّ وزير الدّاخليّة، 30 نوفمبر 2018 (غير منشور). انظر أيضا وحيد الفرشيشي «الحقّ في الأمان أثناء الحالة الاستثنائيّة: «تسّلل النّصوص الخفيّة» إلى «دولة القانون»، سابق الذّكر.

ضمانه لحرية التّنقّل وخارج كلّ تأطير تشريعي تطبيقا للفصل 49 من الدّستور بما أنّ القانون مرجع النّظر في المسألة وهو القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرّخ في 14 ماي 1975 والمتعلّق بجوازات السّفر ووثائق السّفر ، بتنقيحاته المختلفة[242]، لم يشر إلى هذا الإجراء.

شهدت البلاد إذن تخفيضا لسقف الشّرعيّة خارقا لما تسوّغه حالة الاستثناء التي من الطّبيعي أن تكون الحريات وخاصّة الفرديّة منها «حمارها القصير»، وإن كان العذر القانوني المقدّم هو حالة التّدابير الاستثنائيّة وما تفترضه بالضّرورة من تضييق على الحريات وهذا هو سبب وجود الحالة الاستثنائيّة، في إطار خطاب قانوني وسياسي[243]، يستحضر «براديغما الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة»[244] المرتبطة بحالة الاستثناء. وقد يكون من المفيد التّذكير بالسّياق النّظري والسّياسي الأمريكي الذي ظهرت فيه نظريّة الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة، بحثا عن تبرير سلطات الأزمة التي مارسها الرّؤساء الفيدراليّون من ابراهام لنكولن إلى روزفلت في إطار أسس دستوريّة هشّة[245]. فالفقرة التّاسعة من الفصل الأوّل من الدّستور الفدرالي الأمريكي تكتفي بالتّنصيص على أنّه «لا يجوز تعليق امتياز استصدار أمر استحضار أمام القضاء إلّا عندما تستدعيه السّلامة العامّة في حالات العصيان أو الغزو»[246]، دون توضيح صاحب الاختصاص في تعليق أوامر الإحضار أمام القضاء[247] وتطبيق الأحكام العرفيّة، ذلك أنّ الفقرة الثّامنة من الفصل الأوّل من الدّستور الأمريكي تسند سلطة إعلان الحرب للكنغرس مع إسناد الفقرة الثّانية من الفصل الثّاني من ذات الدّستور للرّئيس الفدرالي سلطة قيادة الجيوش وهو ما برّر ممارسة سلطات الأزمة من قبل الرّئيس الفيدرالي والتّصديق الآلي من قبل الكنغرس على القرارات المتّصلة بتعليق أوامر الإحضار إلى القضاء، خاصّة أثناء الحرب الانفصاليّة[248]، ممّا فتح نزاعا بين الرّئيس لنكولن والقضاء الأمريكي الذي أصدر عدّة قرارات بخصوص غصب سلطة تعليق أوامر الإحضار التي تعود إلى الكنغرس. كما أقرّت المحكمة العليا الأمريكيّة بعدم دستوريّة عرض المدنيّين أمام المحاكم العسكريّة حيث اعتبرت صراحة أنّ «أيّ مواطن ليس في الخدمة العسكريّة ويقيم في ولاية المحاكمُ فيها مفتوحة وتمارس كما يجب اختصاصها، لا يمكن أن يُحاكم أو يُدان إلاّ من قبل المحاكم العادية حتى عندما يُعَلق امتياز

242 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 34، 20 ماي 1975، ص. 1276-1278. وقد عرف هذ القانون عدّة تنقيحات منها ما تمّ بمقتضى القانون الأساسي عدد 45 لسنة 2017 مؤرّخ في 7 جوان 2017 والمتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرّخ في 14 ماي 1975 المتعلّق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، ومن المثير للاهتمام أنّ هذا القانون فتح إمكانيّة تحجير السّفر بإذن قضائي إذ أضاف فصله الأوّل إلى القانون عدد 40 لسنة 1975 الفصل 15 (رابعا) الآتي نصّه: «إذا كان من شأن سفر حامل الجواز النّيل من الأمن العام ولو في غياب التّتبّع أو الحكم ضدّه، يمكن لرئيس المحكمة الابتدائيّة التي يقع بدائرتها محلّ إقامة حامل الجواز، وبطلب من الإدارة عن طريق النّيابة العموميّة، تحجير السّفر عليه بعد استدعائه بأيّ وسيلة تترك أثرا كتابيّا بمقتضى قرار معلّل للمدّة التي يحدّدها على ألاّ تتجاوز في جميع الحالات ثلاثة أشهر. وعلى طالب الإذن إعلام المعني بالأمر به طبقا للإجراءات المقرّرة بمجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة في غضون ثلاثة أيّام من تاريخ صدوره على أقصى تقدير»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 48، 16 جوان 2017، ص. 1965-1967.

243 لقراءة للدّيكتاتوريّة الدّستوريّة استنادا إلى الفقه الفرنسي انظر معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 169.

244 CARPENTIER (M.), «État d'exception et dictature», *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2011, n°20, disponible au lien suivant : https://journals.openedition.org/traces/5060#ftn2 التّرجمة لنا.

245 نفسه.

246 دستور الولايات المتّحدة الأمريكيّة 1787 (المعدّل 1992)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=ar

247 A writ of habeas corpus.

248 CARPENTIER (M.), *op. cit.*

أوامر الإحضار أمام القضاء» [249].

يعود البناء النّظري للدّيكتاتوريّة الدّستوريّة إذن لمحاولة تعزيز مشروعيّة ممارسة الرّئيس الفدرالي لهذه الاختصاصات الاستثنائيّة في غياب عنوان اختصاص دستوري وتمّ استحضار مفهوم الدّيكتاتوريّة في هذا الإطار. ويعبّر المنظّر المرجعي كلينتون روسيتور عن وجاهة هذا الاستحضار قائلا : «ما قد لا يدركه المواطن العادي أنّ حكومته، أكثر قوّة وأقلّ رفقا، كانت تطبّق واقعيّا ونظريّا مبدأ راسخا للحكومة الدّستوريّة وهو مبدأ الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة. فالدّيكتاتور (في المعجم) «هو من يتمّ تعيينه لممارسة سلطة مطلقة أو من يمارسها في نظام معيّن، وخاصّة في جمهوريّة». في الواقع، يعدّ نعت «الدّستوري» تقريبا من قبيل التّزيّد، لأنّ التّصوّر التّاريخي للدّيكتاتوريّة يبرز أنّها لا يمكن إلاّ أن تكون دستوريّة. فالدّيكتاتوريّة الأصليّة، أي في الجمهوريّة الرّومانيّة، كانت تفترض إسنادا شرعيّا لسلطة تسلّطيّة لشخص من الثّقات كان من الضّروري أن يحكم الدّولة في حالة طوارئ خطيرة ثم إعادة تركيز أحوال وحكومة عادية وإرجاع السّلطة إلى السّلطات العادية ما أن يتمّ تحقيق الأهداف المنشودة. فمفهوم الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة، حتى لو كان إطنابيّا في كثير من الأحيان، فهو يشكّل وصفا عامّا لجملة من السّلطات والإجراءات الأساسيّة التي يتمّ اللّجوء إليها بصفة دوريّة من قبل كلّ الدّول ذات الأنظمة الدّستوريّة، ما عدا في الولايات المتّحدة الأمريكيّة»[250].

ولبيان المسافة التي تفصل البناء النّظري للدّيكتاتوريّة الدّستوريّة عن حالة الاستثناء التّونسيّة، نصًّا وتطبيقًا[251]، من المفيد في تقديرنا تعداد المعايير الـ11 التي اقترحها لنكولن روسيتر للأسس الدّستوريّة للدّيكتاتوريّة والتي قام بتصنيفها في ثلاث خانات: أوّلا معايير تسمح بتقدير ضرورة اللّجوء الأصلي للدّيكتاتوريّة الدّستوريّة؛ يتّصل ثانيها بتقدير ضرورة استمراريّتها وثالثها بالمعايير التي تسمح بوضع حدّ للأزمة التي فُعّلت الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة من أجلها[252].

ففي الصّنف الأوّل من المعايير، نجد أوّلا معيار الضّرورة عند إرساء الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة من أجل المحافظة على الدّولة ونظامها الدّستوري[253]. هناك ثانيا معيار مستوحى من التّجربة الرّومانيّة ويتّصل بضرورة الفصل بين من يتّخذ القرار بإرساء الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة ومن يمارسها فـ«الدّيكتاتور الدّستوري لا يمكن أن يعيّن نفسه»[254]. ولا يمكن ثالثا لأيّ حكومة إعمال الدّيكتاتوريّة دون أحكام خاصّة بتحديد تاريخ إنهائها أو جدولة زمنيّة لذلك[255]. هنالك رابعا معيار المشروعيّة فكلّ استعمالات سلطات الأزمة أو الطّوارئ والتّعديلات المتّصلة بها يجب أن تُوجّه نحو

249 U.S. Supreme Court, *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 4 Wall. 2 2 (1866), §12, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/ym5ch5f6 التّرجمة لنا.

انظر أيضا:

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

250 ROSSITER (C.), *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, (originally published in 1948 by Princeton University Press), London and New York, Routledge, 2017, pp. 4-5. التّرجمة لنا

251 في خصوص توظيف مفهوم الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة أثناء حالة الاستثناء استنادا إلى الفصل 80، انظر:
REDISSI(H.), «Une dictature bien singulière», *in*. REDISSI(H.) (*dir.*), *op. cit.*, pp. 50-54.

252 ROSSITER (C.), *op. cit.,* p. 298.

253 نفسه، ص. 298.

254 نفسه، ص. 299. التّرجمة لنا.

255 نفسه، ص. 300.

تحقيق المقتضيات الدّستوريّة أو القانونيّة في إطار حدّ أدنى من الرّقابة الدّستوريّة أو القانونيّة[256].

بخصوص الصّنف الثّاني من المعايير المتّصلة باستمراريّة الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة فهناك أوّلا التّناسب فيجب ألّا يتمّ المساس بأيّ حقّ أو تغيير إجرائي أكثر ممّا هو «فعلا ضروري» لمواجهة الأزمة[257]. وثانيا هو الطّابع المؤقّت للتّدابير التي يتمّ اتّخاذها والتي لا يمكن أن يكون لها «طابع أو أثر دائم»[258]، ويجب ثالثا أن يمارس الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة أشخاص يمثّلون كلّ المواطنين المهتمّين بالمحافظة على النّظام الدّستوري القائم بعيدا عن الاستفراد بالسّلطة ومع تفضيل للائتلافات الحكوميّة[259]. ويجب رابعا تأسيس نظام مسؤوليّة عن كل تصّرف تمّ القيام به أثناء الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة وذلك للحيلولة دون التّعسّف والتّدابير غير المفيدة التي قد تتّخذها الجهات المختصّة [260].

في الصّنف الثّالث من المعايير التي تسمح بوضع حدّ للأزمة يجب أوّلا، وتوازيا مع قرار ممارسة الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة، أن تسند سلطة وضع حدّ لها لغير من مارسها فالبرلمان هو الذي يعلن عن تفعيلها وهو الذي يجب أن يعلن عن وضع حدّ لها[261]. ويجب ثانيا ألّا يتمّ الاستمرار في الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة بعد انتهاء الأزمة[262]. ويجب ثالثا العودة بعد انتهاء الأزمة إلى السّير العادي لدواليب الدّولة[263].

الضّرورة والتّناسب حاضران إذن بقوّة في الجهاز المفاهيمي للدّيكتاتوريّة الدّستوريّة ولمعاييرها، كما لا يغيب عنها الفصل بين السّلطات والحوار بين المؤسّسات والرّقابة والمساءلة في إطار أفق العودة إلى الأحوال العادية للدّيمقراطيّة، فـ«توسيع سلطات السّلطة التّنفيذيّة وقت الأزمة يُحدَّد ويُؤَطّر لا انطلاقا من تأويل بسيط للدّستور بل استنادا إلى لعبة الضّوابط والموازين والتّرتيبات المؤسّساتيّة»[264]، لكن في إطار عقلانية الفعل السّياسي ومحاولة حلّ معادلة «الحريّة/الأمن»[265]. ألم يقل ابراهام لنكولن ذات 4 جويلية 1861 : «أيوجد في كلّ الجمهوريّات هذا الضّعف المتأصّل والقاتل؟ هل يجب أن تكون الحكومة بالضّرورة أقوى بكثير من الحريات لصالح شعبها أو أضعف من أن تقدر على المحافظة على وجودها»[266]؟

أيمكن أن نظلّ على عهدنا في الدّفاع عن تطبيق المادّة الجامعة – التي تضمّنها الفصل 55 من دستور 2022 – على الحالة الاستثنائيّة التي ينظّمها الفصل 96 من ذات الدّستور؟

ينصّ الفصل 96 من دستور 2022 على ما يلي: «لرئيس الجمهوريّة، في حالة خطر داهم مهدّد لكيان

256 نفسه، ص. 300-301.

257 نفسه، ص. 302. التّرجمة لنا.

258 نفسه، ص. 303. التّرجمة لنا.

259 نفسه، ص. 304.

260 نفسه، ص. 305.

261 نفسه، ص. 305-306.

262 نفسه، ص. 306.

263 نفسه، ص. 306.

264 CARPENTIER (M.), *op. cit*. التّرجمة لنا.

265 نفسه. التّرجمة لنا.

266 Cité par ROSSITER (C.), *op. cit.*, p.3 التّرجمة لنا.

الجمهوريّة وأمن البلاد واستقلالها، يتعذّر معه السّير العادي لدواليب الدّولة، اتّخاذ ما تحتّمه الظّروف من تدابير استثنائيّة بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نوّاب الشّعب ورئيس المجلس الوطني للجهات والأقاليم.

ويوجّه بيانا في ذلك إلى الشّعب.

وفي هذه الحالة، لا يجوز لرئيس الجمهوريّة حلّ أحد المجلسين أو كليهما، كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضدّ الحكومة.

وتزول هذه التّدابير بزوال أسبابها. ويوجّه رئيس الجمهوريّة بيانا في ذلك إلى الشّعب ومجلس نوّاب الشّعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم».

تُبرز مقارنة الفصل 96 بسابقه التّخفيف الشّديد في تأطير الحالة الاستثنائيّة ولم يتمّ الإبقاء، فعليّا، إلّا على بُعيض شروط في تفعيلها من شرط مادّي متمثّل في حالة الخطر الدّاهم التي يتعذّر معها السّير العادي لدواليب الدّولة وشرط إجرائي متمثّل في استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نوّاب الشّعب ورئيس المجلس الوطني للجهات والأقاليم، وسقف في الإجراءات التي يجب ألّا تشمل حلّ أحد المجلسين أو كليهما، وتقديم لائحة لوم ضدّ الحكومة.

ولنلاحظ أنّه بقطع النّظر عن عدم تكريس إجراء إعلام رئيس المحكمة الدّستوريّة الذي تضمّنه الفصل 80، تمّ إفراغ الفصل 96 من عدّة شروط موضوعيّة وزمنيّة وإجرائيّة كانت واردة بالفصل 80، من ذلك الهدف الذي يرخّص اتّخاذ التّدابير، ألا وهو «تأمين عودة السّير العادي لدواليب الدّولة في أقرب الآجال»، وضمان إجرائي يتمثّل في اشتراط اعتبار «مجلس نوّاب الشّعب في حالة انعقاد دائم طيلة هذه الفترة»، وسقف زمني بتعهّد المحكمة الدّستوريّة «بعد مضيّ ثلاثين يوما على سريان هذه التّدابير، وفي كلّ وقت بعد ذلك ... بطلب من رئيس مجلس نوّاب الشّعب أو ثلاثين من أعضائه البتّ في استمرار الحالة الاستثنائيّة من عدمه، وتصرّح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه خمسة عشر يوما».

إزالة هذه الشّروط لا تخلو من معنى مرتبط برغبة المؤسّس في تخفيف الطّوق الإجرائي على صاحب سلطات الاستثناء الذي أصبح تقريبا في حِلّ من كلّ قيد[267]، لا سيّما وأنّ جهات الاستشارة من رئيس حكومة ورئيسي المجلسين النّيابيّين لا تمثّل سلطة حقيقيّة يمكنها الوقوف في وجه رئيس جمهوريّة هو الذي يعيّن رئيس الحكومة[268] وهو مركز ثقلٍ لنظام سياسي بدت فيه المؤسّسة التّشريعيّة باهتة.

بدى تنظيم الحالة الاستثنائيّة إذن رخوا للغاية وعوض أن «يفرغ» المؤسّس الحكم الدّستوري المنظّم لحالة الاستثناء من «سمّه»[269]، في استعادة لصورة فقهية فرنسيّة، بتعزيز الضّمانات واستثناء الحقوق الأساسيّة غير القابلة للانتقاص واشتراط أن تُتَّخذ التّدابير في «أضيق الحدود التي يتطلّبها الوضع» المنصوص عليه في الفصل الرّابع من العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة سابق الذّكر، زادت جرعة خطورته، وضَعُف روح التّناسب الذي ميّز إلى حدّ ما صياغة الفصل 80 من دستور 2014. بل اضمحلّ تقريبا بحيث قد تظلّ قراءة الأستاذ سليم اللّغماني هي الملاذ الأخير.

267 انظر في نفس الاتّجاه معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 418-424. انظر أيضا:
KLIBI(S.), *op. cit.*, p. 102.
وأيضا جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.32.

268 ينصّ الفصل 101 من دستور 2022 على ما يلي: «يعيّن رئيس الجمهوريّة رئيس الحكومة، كما يعيّن بقيّة أعضاء الحكومة باقتراح من رئيسها». انظر بخصوص الحكومة في الدّستور الجديد معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 424-436.

269 PLATON(S.), «Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'Etat de droit contemporain?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 HS n°2, pp. 97-116 التّرجمة لنا.

فقد جدّد الأستاذ الجليل اعتبار أنّ «نسيان» تحصين الحقوق الأساسيّة غير القابلة للانتقاص، بما في ذلك أثناء تفعيل حالة الاستثناء، لا يعدّ «ثغرة في النّظام القانوني التّونسي بما أنّه بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 74 من الدّستور «المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهوريّة والموافق عليها من قبل مجلس نوّاب الشّعب أعلى من القوانين ودون الدّستور». ولقد صادقت تونس بدون تحفّظ على العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة»[270]. وعليه، اعتبر الأستاذ سليم اللّغماني أنّه لا يمكن، بما في ذلك أثناء تفعيل حالة الاستثناء، الحدّ من الحقوق والحريات الأساسيّة التّالية: المساواة بين المواطنين والمواطنات في الحقوق والحريات وأمام القانون (الفصل 23 من دستور 2022)، حماية كرامة الذّات البشريّة وحرمة الجسد ومنع التّعذيب المعنوي والمادّي (الفصل 25)، حرية المعتقد وحرية الضّمير (الفصل 27)، تحجير سحب الجنسيّة التّونسيّة من أيّ مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن (الفصل 31)، قرينة البراءة (الفصل 33) وشخصيّة العقوبة (الفصل 34)، حقّ كلّ سجين في معاملة إنسانيّة تحفظ كرامته (الفصل 36) وحريّة الرأي والفكر (الفصل 37) والحقّ في محاكمة عادلة في أجل معقول والمساواة أمام القضاء وحقّ التّقاضي وحقّ الدّفاع وعلنيّة الجلسات (الفصل 124)[271]. ونكون بذلك قد أمّنّا نواة صلبة من الحقوق لا يمكن المساس بها، في مقابل الحقوق الأخرى التي سينطبق عليها منهج الفصل 55.

270 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 44.

271 نفسه، ص. 45. انظر أيضا التّوصيات الواردة ضمن جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.39-40.

الجزء الثّاني:

مقتضيات الفصل 55:
هل من حوار ممكن بعدُ بين المشرّع والقاضي الدّستوري في إطار البنية الجديدة من أجل حماية قصوى للحريات الفرديّة ؟

في تعامل الدّستورين مع إشكاليّة تقييد الحقوق، تمّت المحافظة على البنية لكن اختلفت إلى درجة ما طريقة التّعبير الدّستويّة وحدثت بعض التّغييرات في الجهاز المفاهيمي المستعمل من قبل المؤسّس يستوجب في تقديرنا الفحص، ممّا سيجعلنا نستعمل نفس تمشّي كتاب الحريات الفرديّة فيما يتعلّق بالاختصاص (المبحث الأوّل) والمنهج الذي عاينّا تثبيتا في شأنه (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: المشرّع بين تثبيت عنوان الاختصاص في تقييد الحريّة وإشكاليّة إرث مرحلة الاستثناء

ينصّ طالع الفصل 55 بوضوح على أنّه «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور إلا بمقتضى بقانون»، ونلاحظ أنّ تكريس التّحفّظ التّشريعي يبدو أكثر جزما من صياغة الفصل 49 بفضل استعمال «لا» النّافية المردفة بـ«إلّا» الاستثناء، وهو ما يكرّس لأوّل وهلة نظريّة تحديد الحقوق التي تعتبر الحقّ والحريّة هي المبدأ والتّقييد منها هو الاستثناء الذي لا يكون إلّا بقانون [272]، بما يحمله تكريس التّحفّظ التّشريعي من مقاصد تشترط في إحاطة القيود على الحريات بضمانات المشروعيّة -التي يؤسّسها صدورها بنصّ يتّخذه المشرّع ممثّل صاحب السّيادة- والضّمانات الإجرائيّة التي تؤمّنها الإجراءات التّشريعيّة والتي تضمن في النّهاية حماية الحقوق والحريات من الاعتباطيّة والتّعسّف الذي يرتبط بتدخّل السّلطة التّنفيذيّة.

ومن المشروع التّساؤل عن المقاصد الجديدة للتّحفّظ التّشريعي في ظلّ التّصوّر التّضييقي للمؤسّسة البرلمانيّة في ظلّ الدّستور الجديد والنّظام القانوني للنّائب الذي سيكون المتدخّل الرّئيسي في «صنع» قوانين الحريات خاصّة وأنّه يمارس الوظيفة التّشريعيّة تحت تهديد سحب الوكالة الذي كرّسه الفصل 61 من الدّستور الجديد[273]. ومن نافلة القول أنّ تكريس الوكالة الاضطراريّة[274] يحمل تهديدا بـ «التّجاوزات الدّيماغوجيّة»[275] التي تجد مرتعا خصبا لها بشأن الحقوق والحريات وهو ما يجعل النّائب حبيسا لتوجّهات الرّأي العام[276]، بما لا ينبئ بخير عن مصير تأطير الحريات، خاصّة الفرديّة منها.

وبقطع النّظر عن هذا التّساؤل، من الضّروري بيان درجات الشّرعيّة في ظلّ الدّستور الجديد خاصّة أمام التّكريس الواسع لصنف المراسيم (الفقرة الأولى) وضوابط ممارسة اختصاص تقييد الحريّة، خاصّة في علاقة بمبدأ عدم التّراجع (الفقرة الثّانية).

272 انظر في نفس الاتجّاه سلوى الحمروني، « القاضي الدّستوري وتحديدات الحقوق والحريات بين ضمانات الفصل 55 وتحدّياته »، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المرجع سابق الذّكر، ص. 83.

273 ينصّ الفصل 61 فقرة 2 من دستور 2022 على ما يلي: «وكالة النّائب قابلة للسّحب وفق الشّروط التي يحدّدها القانون الانتخابي».

274 لنذكّر بأنّ الوكالة الاضطراريّة le mandat impératif هي إحدى نتائج نظريّة سيادة الشّعب التي تُنسب إلى جون جاك روسو في إطار البحث عن أساس مشروعيّة السّلطة وتحديد صاحب السّيادة المتمثّل في الشّعب كمجموعة من الأفراد الذين يسكنون إقليم الدّولة، بحيث يكون الشّعب حقيقة مجسّمة لا كائنا مجرّدا وهو ما يؤدّي إلى قابليّة السّيادة للتّجزئة على عموم المواطنين وإلى تجسيد الاقتراع كحقّ لا كوظيفة وإلى رفض التّمثيليّة السّياسيّة، بحيث تكون العلاقة بين النّاخب والمنتخب قائمة على وكالة من نوع خاصّ، فهي وكالة شخصيّة بما أنّ الوكيل أي النّائب لا يمثّل كائنا مجرّدا بل يمثّل مجموعة النّاخبين الذين عبّروا شخصيّا وبحرية عن الرّغبة في انتخابه وهي وكالة محدّدة بما أنّ النّائب ليس حرّا في نيابته بل يجب أن يلتزم بمطالب النّاخبين الذين انتخبوه ويجب أن يصوّت في الاتّجاه الذي يريدونه، وهي وكالة قابلة للفسخ إذ يمكن وضع حدّ لوكالة النائب أي عزله من قبل ناخبيه الذين بإمكانهم سحب الوكالة في صورة حاد النّائب عن الوكالة. انظر محمّد رضا بن حمّاد، القانون الدّستوري والأنظمة السّياسيّة، طبعة رابعة محيّنة ومزيد عليها، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2021، ص. 185-187. انظر أيضا معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 341-345. وأيضا:
KLIBI(S.), *op. cit.*, p. 99-100.

275 FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, 25ème édition, Paris, Dalloz, 2023, p. 693. التّرجمة لنا

276 GEISSER (V.), « La Tunisie de Kais Saïed : héritage révolutionnaire et restauration autoritaire », *Diplomatie: Affaires stratégiques et relations internationales*, 2023, n°118, disponible au lien suivant: https://hal.science/hal-04377100/document

الفقرة الأولى: اختصاص مهدّد بتضخّم شرعيّة الاستثناء

كنّا اعتبرنا في كتاب الحريات الفرديّة، في علاقة بالتّحفّظ التّشريعي، أنّ للشّرعيّة درجات ثلاث: شرعيّة معزّزة بما أنّ مؤسّس دستور 2014 وضع قوانين تقييد الحريات في مناط القانون الأساسي[277]، وشرعيّة محصّنة في علاقة بحدود إمكانيّة عرض القوانين المنظّمة للحريات على الاستفتاء طالما أنّ القوانين الاستفتائيّة محصّنة ضدّ رقابة الدّستوريّة حسب ما انتهينا إليه في تحليلنا للنّصوص مرجع النّظر[278]، وشرعيّة مؤجّلة في علاقة بالمراسيم حيث عبّرنا عن خشيتنا من نصوص العَجَلة على الحقوق والحريات[279].

ولئن كرّس دستور 2022 إلى حدّ ما هذه الثّلاثيّة من النّاحية الشّكليّة، فهو يعمّق في تقديرنا المخاوف المتّصلة بها في علاقة بالشّرعيّة المعزّزة (أ) والمحصّنة (ب) والمؤجّلة (ج).

أ. الشّرعيّة المعزّزة: اختلال التّوازن لفائدة مجال السّلطة التّرتيبيّة العامّة

بالنّسبة إلى الشّرعيّة المعزّزة المتّصلة بمجال القوانين ذات الصّلة بالحريات فقد حافظ الفصل 75 من دستور 2022 إلى حدّ ما[280] على مجال القانون الأساسي الذي كرّسه دستور 2014 من الحريات وحقوق الإنسان وتنظيم الإعلام والصّحافة والنّشر وتنظيم الأحزاب والجمعيّات والنّقابات والمنظّمات والهيئات المهنيّة وتمويلها. وبالتّالي نؤكّد ما سبق بيانه في كتاب الحريات الفرديّة في علاقة بتصنيف المسائل في مجال القانون العادي ومجال القانون الأساسي من أنّ الفصل بين القائمتين يظلّ غير عازل لأنّ الفصل 75 من دستور 2022 وضع في مجال القانون العادي مسائل تتعلّق مباشرة بحقوق الإنسان منها المبادئ الأساسيّة لنظام الملكيّة والحقوق العينيّة والتّعليم والبحث العلمي والثّقافة والصحّة العموميّة والبيئة والتّهيئة التّرابيّة والعمرانيّة والطّاقة وقانون الشّغل والضّمان الاجتماعي، وهي مرتبطة بحقوق كرّسها دستور 2022. لكن نلاحظ أنّ تنظيم الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم حُذف من قائمة القوانين العادية في الفصل 75 ولم يُنقل بصفة صريحة إلى مجال القانون الأساسي وهو ما يمكن أن نجد له مخرجا على أساس أنّ الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم تعدّ من متعلّقات المحاكمة العادلة كحقّ من حقوق الإنسان المكرّس في الفصل 124 من دستور 2022، وتنضوي إذن في مجال الحريات وحقوق الإنسان التي جعلها الفصل 75 من مناط القانون الأساسي وينطبق عليها بالتّبعيّة منهج الفصل 55 [281].

فضلا عن ذلك، تظلّ المسائل المتّصلة بالهرميّة بين القوانين الأساسيّة والقوانين العادية التي كنّا حلّلنا أهميتها بالنّسبة إلى الحريات في كتاب الحريات الفرديّة هي ذاتها[282].

فما الذي تغيّر إذن مقارنة بدستور 2014؟

في الواقع، تمّ في تقديرنا تخفيف تعزيز الشّرعيّة المتّصلة بالقوانين الأساسيّة ولم يحافظ دستور 2022 من التّميز الإجرائي للقوانين الأساسيّة إلّا على مصادقة الأغلبيّة المطلقة لأعضاء مجلس نوّاب الشّعب خلافا

277 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 90-95.

278 نفسه، ص. 95-100.

279 نفسه، ص. 100-109.

280 أضاف الفصل 75 إلى قائمة النّصوص التي تتّخذ شكل قانون أساسي الأساليب العامّة لتطبيق الدّستور وتنظيم العلاقة بين مجلس نوّاب الشّعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم، وحذف الإحالة إلى الواجبات الأساسيّة للمواطنة التي كان ينصّ عليها الفصل 65 من دستور 2014.

281 أشرف الماجري، «الفصل 55 من الدّستور والقانون الإجرائي»، سابق الذّكر. انظر أيضا سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص.31. وأيضا معتز القروري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 362-363.

282 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 93-95.

للقوانين العادية التي يصادق عليها بأغلبيّة الأعضاء الحاضرين على ألّا تقلّ عن الثّلث. وبالتّالي، حذف دستور 2022 الإحالة الواردة في الفصل 64 فقرة 2 من دستور 2014 إلى أنّ مشروع القانون الأساسي لا يعرض على مداولة الجلسة العامّة لمجلس نوّاب الشّعب إلّا بعد مضيّ خمسة عشر يوما على إحالته على اللّجنة المختصّة. ورغم أنّ التّقلّب في شأن التّمييز الإجرائي بين القوانين الأساسيّة والقوانين العادية من ثوابت التّجربة الدّستورية التّونسيّة فإنّ هذه التّجربة تبرز، تحت طائلة دستور 1959، على الأقلّ، أنّ المرونة الإجرائيّة كانت ترتبط بالأغلبيّة المشترطة للمصادقة على القوانين التي تغيّرت بحسب التّعديلات التي طرأت على دستور 1959 لكن تمّت المحافظة على اشتراط مضيّ خمسة عشر يوما على إيداع مشروع القانون الأساسي قبل عرضه على مداولة الجلسة العامّة للمجلس النّيابي منذ تكريسه في التّعديل الدّستوري المؤرّخ في 8 أفريل 1976[283].

لكن تخفيف تعزيز الشّرعيّة لا يرتبط فقط بإجراءات المصادقة على القوانين الأساسيّة المنظّمة للحريات بل كذلك بعدم الحماية الكافية لمجالها من تدخّل السّلطة التّرتيبيّة في مقابل الحماية المعزّزة لمجال هذه الأخيرة إذ أنّ دستور 2022 استعاد آليّتين حمائيّتين لاختصاص السّلطة التّرتيبيّة العامّة كان قد كرّسهما دستور 1959 منذ تعديل 27 أكتوبر 1997 [284]، إذ ينصّ الفصل 76 من دستور 2022 على ما يلي: «ترجع إلى السّلطة التّرتيبيّة العامّة الموادّ التي لا تدخل في مجال القانون. ويمكن تنقيح النّصوص السّابقة المتعلّقة بهذه الموادّ بأمر يعرض وجوبا على المحكمة الإداريّة ويصدر بناء على رأيها المطابق.

ولرئيس الجمهوريّة أن يدفع بعدم قبول أيّ مشروع قانون أو أيّ مشروع تعديل يتضمّن تدخّلا في مجال السّلطة التّرتيبيّة العامّة. ويعرض رئيس الجمهوريّة المسألة على المحكمة الدّستوريّة للبتّ فيها في أجل أقصاه عشرة أيّام ابتداء من تاريخ بلوغها إليه».

وبالتّالي، كرّس دستور 2022 «خطّين دفاعيّين»[285] لحماية مجال السّلطة التّرتيبيّة العامّة: أوّلا إمكانيّة تنقيح النّصوص السّابقة المتّصلة بمجال التّراتيب بأمر «يرفع عنها نهائيّا صبغتها التّشريعيّة procédure de dé-légalisation ويحطّ في مرتبتها في سلّم القواعد القانونيّة déclassement» [286]، وذلك بأمر بناء على الرّأي المطابق للمحكمة الإداريّة، وثانيا بتمكين رئيس الجمهوريّة من الدّفع أثناء الإجراءات التّشريعيّة بعدم قبول أيّ مشروع قانون أو تعديل يتضمّن تدخّلا في مجال التّراتيب وعرض المسألة على المحكمة الدّستوريّة للبتّ فيها.

283 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 257-259. انظر أيضا معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 363.

284 نصّ الفصل 35 من دستور 1959 كما تمّ تعديله بمقتضى القانون الدّستوري عدد 65 لسنة 1997 المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من الدّستور على ما يلي: «ترجع إلى السّلطة التّرتيبيّة العامّة الموادّ التي لا تدخل في مجال القانون. ويمكن تنقيح النّصوص السّابقة المتعلّقة بهذه الموادّ بأمر يعرض وجوبا على المحكمة الإداريّة، ويصدر بناء على رأيها المطابق.

ولرئيس الجمهوريّة أن يدفع بعدم قبول أيّ مشروع قانون أو أيّ تعديل يتضمّن تدخّلا في مجال السّلطة التّرتيبيّة العامّة. ويعرض رئيس الجمهوريّة المسألة على المجلس الدّستوري للبتّ فيها في أجل أقصاه عشرة أيّام ابتداء من تاريخ بلوغها إليه»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 87، 31 أكتوبر 1997، ص. 2053.

ثم عدّل الفصل 35 فقرة 1 بمقتضى القانون الدّستوري عدد 51 لسنة 2002 مؤرّخ في 1 جوان 2002 المتعلّق بتنقيح بعض أحكام الدّستور وأصبح ينصّ على ما يلي: «ترجع إلى السّلطة التّرتيبيّة العامّة الموادّ التي لا تدخل في مجال القانون. ويمكن تنقيح النّصوص المتعلّقة بهذه الموادّ بأمر بناء على رأي المجلس الدّستوري»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 45، 3 جوان 2002، ص. 1446. انظر أيضا معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 363.

285 GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32e édition, Paris, LGDJ, Lextenso éditions 2018, p. 812. التّرجمة لنا

286 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 264. انظر أيضا معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 365-366.

ومن الواضح أنّ المؤسّس في 2022 استنسخ دستور 1959 في صيغته المعدّلة في 1997 و2002 في آليّات حماية مجال السّلطة التّرتيبية العامّة[287]، بل إنّه اعتمد صيغة التّعديل الدّستوري المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 في تكريس تدخّل المحكمة الإداريّة رغم أنّ «البتّ في ما يدخل ضمن المادّة القانونيّة وما يدخل في المادّة التّرتيبيّة هو مسألة دستوريّة بالأساس»[288] وهو ما حدى بالسّلطة التّأسيسيّة الفرعيّة في 2002 إلى أن تكرّس اختصاص المجلس الدّستوري[289] [290]. ورغم أنّ اشتراط الرّأي المطابق للمحكمة الإداريّة فيه عقلنة لرفع الصّبغة التّشريعيّة بما يحمي أيضا مجال القانون إلا أنّه يبدو جليّا أنّ آليات الفصل 76 تمّ تصوّرها في إطار تعزيز حماية مجال السّلطة التّرتيبيّة العامّة[291] ومحوريّة مكانة الجهة التي زُوّدت بها أي رئيس الجمهوريّة.

ولا تخلو المسألة من رهانات في علاقة بتنظيم الحريات الذي يجب أن يكون بقانون يستوفي ضوابط ممارسة الاختصاص بما في ذلك استنفاذ ممارسته[292] والتّحسّب من عيب الاختصاص السّلبي أي أن «يظلّ (المشّرع) دون اختصاصه»[293]، ويقتضي هذا التّحسّب فضلا عن الحرص على وضوح القانون المنظّم للحريات ونفاذه وقابليّته لأن يكون مفهوما وتفادي الغموض كما سبق وأن بيّنا في كتاب الحريات الفرديّة، عدم تفويض المشرّع وضع قواعد تدخل دستوريّا في مجال اختصاصه إلى سلطات أخرى[294]. وهو ما يحيل إلى أهميّة رقابة القاضي الدّستوري لحماية التّحفّظ التّشريعي.

كما يجب ألاّ ننسى دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام السّلطة التّرتيبية العامّة للتّوزيع الدّستوري للاختصاص[295].

287 انظر أعلاه، الهامش عدد 284.

288 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 264.

289 نفسه، ص. 264.

290 لنذكّر بانّ الدّستور الفرنسي يكرّس تدخّل المجلس الدّستوري في مجال الدّفع بعدم القبول إذ ينصّ الفصل 41 منه على ما يلي: «إذا ما تبيّن، أثناء العمليّة التّشريعيّة، أنّ مشروع قانون ما أو أن تعديلاً ما لا يدخل ضمن نطاق اختصاص القانون أو أنّه يتعارض مع تفويض منح بموجب المادّة 38، يجوز للحكومة أو لرئيس مجلس البرلمان المختصّ أن يقول بعدم القبول به.
وفي حال حدوث خلاف بين الحكومة ورئيس مجلس البرلمان المعني يفصل المجلس الدّستوري، بناء على طلب أيّا منهما، في هذا الخلاف وذلك خلال ثمانية أيام» دستور فرنسا الصّادر عام 1958 شاملا تعديلاته لغاية عام 2008، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar
ومن أجل آخر صيغة محيّنة لدستور 1958 بعد تعديل 8 مارس 2024 (الذي تعلّق بالفصل 34) انظر :
Constitution du 4 octobre 1958, texte en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 08 mars 2024, disponible au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000019241004/2024-04-19/

291 انظر في نفس الاتجّاه معتز القروري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 365-366.

292 BERGEAL (C.), *Rédiger un texte normatif, Manuel de Légistique*, Paris, Berger-Levrault, 2012, p. 169 .التّرجمة لنا

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

294 انظر فقه قضاء المجلس الدّستوري في هذا الصّدد، من ذلك مثلا:
Décision n°2013-674 DC, 1er août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, considérants n°8 et 12, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013674DC.htm; Décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013, Syndicat français de l'industrie cimentière et autre [Quantité minimale de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles], considérant n°10, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/32f8vwph
انظر من أجل أمثلة أخرى:
TCHEN(V.), «Domaines de la loi et du règlement», *JurisClasseur Administratif,* Fascicule n°106, 14 octobre 2014, disponible au lien suivant : https://dicopac.wordpress.com/2018/01/25/domaines-de-la-loi-et-du-reglement/

295 انظر مثلا في المادّة الاستشاريّة ورقابة القاضي الإداري على مشاريع الأوامر التّرتيبيّة الرّأي الاستشاري عدد 16508 / 2014 حول مشروع أمر يتعلّق بوضع الأعوان العموميّين على ذمّة الهيئة العليا المستقلّة للانتخابات بمناسبة الانتخابات والاستفتاء: «إنّ استحداث حالة جديدة من الحالات القانونيّة التي يمكن وضع الأعوان العموميّين بها يشكّل اعتداء على الاختصاص المسند للسّلطة التّشريعيّة فضلا عن أنّها تؤدّي إلى إهدار الضّمانات الأساسيّة، الممنوحة إلى الموظّفين العموميّين ...»، ضمن صفي الدّين الحاج، دليل القاضي الإداري في تطبيق الفصل 49 من الدّستور، مراقبة التّناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021، ص. 24.

ب. الشّرعيّة المحصّنة : هل أقصيت الحريات فعلا من مجال القوانين الاستفتائيّة؟

كنّا قد أحلنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى تحصين شرعيّة القوانين الاستفتائيّة - التي يمكن أن تهمّ الحريات على معنى الفصل 82 من دستور 2014 ضدّ رقابة الدّستوريّة على مشاريع القوانين[296]. وقد يبدو لأوّل وهلة أنّ المسألة تجاوزتها الأحداث في إطار دستور 2022 طالما تغيّرت طبيعة الاستفتاء بتنصيص الفصل 97 على ما يلي: « لرئيس الجمهوريّة أن يعرض على الاستفتاء أيّ مشروع قانون يتعلّق بتنظيم السّلط العموميّة أو يرمي إلى المصادقة على معاهدة يمكن أن يكون لها تأثير على سير المؤسّسات دون أن يكون كلّ ذلك مخالفا للدّستور».

وبقطع النّظر عن استعادة الفصل 47 من دستور 1959 بصيغته المكرّسة في التّعديل الدّستوري لسنة 1976 والمستروح بدوره من الفصل 11 من الدّستور الفرنسي لسنة 1958 في صيغته الأصليّة[297]، قد تبدو الحريات غير معنيّة مبدئيّا بالمجال الجديد للاستفتاء طالما أنّها لا تدخل في مناط تنظيم السّلط العموميّة أو في المعاهدات التي تؤثّر على سير المؤسّسات [298]. لكن هذا التّحليل قابل للنّقاش في تقديرنا نظرا للطّابع الواسع لعبارة «تنظيم السّلط العموميّة». ويبدو بالنّظر إلى السّياق الفرنسي أنّه تمّ اعتماد هذه العبارة قصدا لغموضها، وقد أثارت جدلا بين مدافع عن تأويل ضيّق للعبارة يحصرها في هيكلة السّلطات العموميّة كتنظيم الانتخابات التّشريعيّة أو تنظيم القضاء وبين تأويل واسع يشمل «تنظيم الدّولة واختصاصات السّلط وصلاحيّات السّلطة العامّة»[299]، ولا يمكن إنكار تأثير كلّ هذا على الحريات فتنظيم الانتخابات يتعلّق بصفة مباشرة بحقوق المشاركة السّياسيّة، وتنظيم القضاء يؤثّر مباشرة على ضمان الحريات. وفي المحصّلة، يعكس السّياق الدّستوري الفرنسي أنّ موضوع الاستفتاء ذي العلاقة بتنظيم السّلطات العموميّة هو ما «تريد السّلطات العموميّة في النّهاية أن يكون»[300]. ويمكن أن نسحب نفس التّحليل على المعاهدات ذات التّأثير على سير المؤسّسات التي من الوجيه أن نتساءل عن مداها[301]، فلنأخذ مثلا مشروع اتّفاق التّبادل الحر والشّامل والمعمّق (الأليكا) مع الاتّحاد الأوروبّي الذي تمّ إطلاقه رسميّا في أكتوبر 2015 والذي يطمح في إطار سياسة الجوار الأوروبّي إلى توسيع مجال اتّفاقيّة الشّراكة المبرمة

296 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 95-100.

297 ينصّ الفصل 11 من الدّستور الفرنسي فقرة 1 في صيغته الأصليّة على ما يلي: «يجوز لرئيس الجمهوريّة، بناءً على اقتراح من الحكومة خلال انعقاد جلسة البرلمان، أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين تمّ نشرهما في الجريدة الرّسميّة، أن يعرض على الاستفتاء الشّعبي أيّ مشروع قانون يتعلّق بتنظيم السّلطات العموميّة أو يتضمّن مصادقة على اتّفاق للمجموعة أو موافقة على المصادقة على معاهدة، والتي دون أن تتعارض مع الدّستور، يمكن أن يكون لها تأثير على سير المؤسّسات» . انظر:

Constitution du 4 octobre 1958, Texte original, disponible sur le site du Sénat français, au lien suivant : https://www.senat.fr/evenement/revision/texte_originel.html#II. الترّجمة لنا

وأصبح الفصل 11 من الدّستور الفرنسي ينصّ في فقرته الأولى بعد تعديلات متعاقبة على ما يلي: «يجوز لرئيس الجمهوريّة، بناء على اقتراح من الحكومة خلال انعقاد جلسة البرلمان، أو بناء على طلب مشترك من مجلسي البرلمان تمّ نشره في الجريدة الرّسميّة، أن يعرض للاستفتاء الشّعبي أيّ قانون حكومي يتضمّن تنظيم السّلطات العامّة أو الإصلاحات المتعلّقة بالسّياسة الاقتصاديّة أو الاجتماعيّة (أو البيئيّة) للأمّة، وبالخدمات العامّة التي تساهم في ذلك، أو يهدف إلى التّفويض بالتّصديق على معاهدة، والتي بالرّغم من عدم تعارضها مع الدّستور، قد تؤثّر على سير عمل المؤسّسات»، سابق الذّكر.

انظر الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 340، وأيضا في خصوص تبنّي صيغة دستور 1959 معتز القروقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 414.

298 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 31.

299 GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.) *op. cit.*, p. 668 الترّجمة لنا.

300 نفسه، ص. 668. الترّجمة لنا. انظر أيضا لتأويل « تنظيم السّلط العموميّة » تحت طائلة دستور 1959 عبد الفتّاح عمر، الوجيز في القانون الدّستوري، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1987، ص. 470.

301 انظر بخصوص تأويل العبارة تحت طائلة دستور 1959 عبد الفتّاح عمر، المرجع سابق الذّكر، ص. 470.

في 1995[302] لتشمل القطاع الفلاحي بتحرير تجارة المنتجات الفلاحيّة والصّيد البحري وقطاع الخدمات والتّجارة الالكترونيّة وإقرار تسهيلات ديوانيّة وتحرير الصّفقات العموميّة، وحماية الاستثمارات مع أبواب مخصّصة لحماية الملكيّة الفكريّة والصّناعيّة وحماية القطاع الصّناعي من الممارسات غير المشروعة والنّفاذ إلى المعلومات[303]، بما يمكّن من الوصول إلى درجة معمّقة من اندماج الاقتصاد التّونسي في السّوق الدّاخليّة للاتّحاد الأوروبّي ومواءمة معمّقة لتشريعاتها وإجراءاتها في المجال الاقتصادي ومجال المنافسة مع تشريع الاتّحاد الأوروبّي[304]، بما سنحسب أنّه سيؤثّر على سير المؤسّسات التي يجب تحديثها. ومشروع هذه الاتّفاقيّة له علاقة مباشرة بالحريات بما أنّ المفاوضات شملت ، قبل أن يتمّ تعليقها، تنقّل السّلع ورؤوس الأموال والأشخاص بما يفترض علاقة مباشرة بحرية التّنقّل وسياسة التّأشيرات[305]، هذا فضلا عن الملكيّة الفكريّة[306]. أفليس لهذا كلّه علاقة بالحريات، إضافة إلى المؤسّسات، بما أنّ تونس «بدخولها في تفاوض بشأن الأليكا تضع على المحكّ سيادتها في التّشريع واختيار قيمها القواعديّة»[307]؟

وفي الواقع، ما قد يشكّل خطورة على الحريات هو طبيعة الاستفتاء التّشريعي كما تمّ تكريسه في الفصل 97 من دستور 2022. ذلك أنّ المؤسّس جعل الشّعب مصدرا مباشرا للتّشريع دون تدخّل لا سابق ولا لاحق لممثّل السّيادة-أي المجلس التّشريعي[308]- لعقلنة العمليّة. ومن الغريب أن يستعيد المؤسّس صنفا من الاستفتاء كان المشرّع التّأسيسي قد تخلّى عنه تحت طائلة دستور 1959 منذ التّعديل الدّستوري المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 بعد أن تمّ تكريسه في إطار تعديل 1976[309] والذي كان استروح من الفصل 11 من الدّستور الفرنسي صيغته لا روحه بما أنّ الفصل 11 يجعل رئيس الجمهوريّة وسيلة عرض الاستفتاء لا مصدره بما أنّ هذا الأخير يكون باقتراح من الحكومة أو من المجلسين النّيابيّين.

التّخلّي عن وساطة المجلس التّشريعي و«القفز»[310] عليه غير مطمئن؛ خاصّة بالنّظر إلى القانون المقارن الذي يبرز أنّ الاستفتاء التّشريعي «يثير أكثر ريبة المؤسّسين»[311] وعادة ما يحيطونه «بحدود فيما يتعلّق

302 الإتّفاق الأوروبّي المتوسّطي المؤسّس لشراكة بين الجمهوريّة التّونسيّة من جهة والمجموعة الأوروبيّة ودولها الأعضاء من جهة أخرى، 17 جويلية 1995. تمّت المصادقة على هذا الاتّفاق بمقتضى القانون عدد 49 لسنة 1996 مؤرّخ في 20 جوان 1996 يتعلّق بالمصادقة على الإتّفاق الأوروبّي المتوسّطي المؤسّس لشراكة بين الجمهوريّة التّونسيّة من جهة والمجموعة الأوروبيّة ودولها الأعضاء من جهة أخرى ، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 51، 25 جوان 1996، ص. 1357.

303 FRIKHA (I.), « Rapport introductif », *in*. BEN MAHFOUDH(H.) (*dir.*), *Négocier l'ALECA: quel intérêt pour la Tunisie?,* Actes du colloque international, Tunis 23-24 novembre 2018, Tunis, 2019, pp. 24-26.

304 نفسه، ص. 22-24.

305 CHARFEDDINE (M.), «La mobilité des personnes et l'ALECA entre la Tunisie et l'Union européenne : quelle synergie », *in*. BEN MAHFOUDH (H.), (*dir.*), *op. cit*., pp. 189-208.

306 BEN DAHMENE (Kh.), « La propriété intellectuelle dans l'ALECA », *in*. BEN MAHFOUDH(H.) (*dir.*), *op. cit.*, pp. 157-188.

307 JONVILLE(M.), et BONNEFOY(V.), «Négociations UE-Tunisie: libérer les échanges sans échanger les libertés?», *Le club de Mediapart,* 25 avril 2018, disponible au lien suivant:
https://blogs.mediapart.fr/edition/desconstructions-transmediterraneennes/article/250418/negociations-ue-tunisie-liberer-les-echanges-sans-echanger-le. الترّجمة لنا

308 انظر في نفس الاتجّاه معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 414.

309 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 341.

310 نفسه، ص. 344.

311 FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *op. cit.*, p. 693. الترّجمة لنا

بمجال تطبيقه ... حتى يتمّ تفادي التّجاوزات الدّيماغوجيّة»[312]. وهو ما حدى مثلا بالدّستورين الإيطالي[313] والبرتغالي[314] إلى استثناء قوانين الميزانيّة والقوانين الجبائيّة من مجال الاستفتاء التّشريعي[315]. وقد تُعدّ الحريات أيضا مجالا خصبا للدّيماغوجيا بما يثير القلق بشأن إطلاق يد رئيس الجمهوريّة في إدارة العلاقة بالشّعب في خصوص الاستفتاء التّشريعي، ناهيك وأنّ شخصنة الاستفتاء تخيّم بظلالها على الاستفتاء وتشكّل خطرا حقيقيّا في تحويله عن وجهته الدّيمقراطيّة[316].

ج. المراسيم: تعزيز خطر نصوص العجلة

كنّا قد تعرّضنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى المراسيم بوصفها أحد أشكال الشّرعيّة في علاقة بالحريات، وكنا نبّهنا إلى خطورة ما أسميناه نصوص العجلة على الحريات الفرديّة[317]. والخطورة تتأتّى من الطّبيعة القانونيّة للمرسوم في حدّ ذاته إذ أنّ المرسوم نصّ قانوني يدخل في مجال القانون بحيث أنّ محتواه تشريعي ولكن لا يمرّ عبر الإجراءات التّشريعيّة، لا عند التّداول بشأنه ولا عند إصداره، إذ يصبح ساري المفعول بمجرّد صياغته وإصداره من قبل رئيس الجمهوريّة ومن المفروض أن يظلّ ذا منزلة ترتيبيّة إلى حين المصادقة التّشريعيّة[318]. وبقطع النّظر عما تشكّله المراسيم من خرق لمبدأ الفصل بين السّلط الذي يجب أن يكون بترخيص دستوري وما تمثّله من اختصار للإجراءات وغياب للتّداول الديمقراطي، فإنّ مآلها يجعلها في منطقة رماديّة تتأرجح منزلتها بحسب المصادقة اللاّحقة عليها من قبل صاحب الاختصاص الأصلي أي السّلطة التّشريعيّة. وسبق أن بيّنا في كتاب الحريات الفرديّة أنّه رغم عدم استقرار موقف المحكمة الإداريّة بشأن منزلة المراسيم[319]، وإذا ما استندنا إلى فقه القضاء الفرنسي فإنّ المراسيم تظلّ إلى حين المصادقة اللاّحقة عليها مقرّرات إداريّة ذات صبغة ترتيبيّة خاضعة لرقابة القاضي الإداري في إطار دعوى تجاوز السّلطة أو في

312 نفسه، ص. 693. التّرجمة لنا.

313 الفصل 75 من الدّستور الإيطالي الذي يستثني أيضا القوانين المتّصلة بالمعاهدات الدّوليّة، دستور إيطاليا 1947(المعدّل 2012)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012?lang=ar

314 الفصل 115 فقرة 4 من الدّستور البرتغالي، دستور برتغال 1976 (المعدّل 2005)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=ar

315 FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MESTRE (J. L.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), *op. cit.*, p. 693.

316 انظر في نفس الاتّجاه معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 415.

317 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص ص. 100-109.

318 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 336-337.

319 انظر أحلام الضّيف «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمّد صالح بن عيسى، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2021، ص. 347-355.

إطار الدّفع[320]، يراقبها القاضي استنادا أساسا إلى أسس مرجعيّة ثلاث: قانون التّفويض والمعاهدات الدّوليّة والدّستور[321]. ويمكن للمراسيم أن تكسى بالصّبغة التّشريعيّة بأثر رجعي إذا ما صادق عليها المجلس النّيابي الذي يمكن أن ينقّحها. وفي صورة لم تُعرض على مصادقة المجلس النّيابي بعد انقضاء أجل التّفويض تسقط آثارها القانونيّة. أمّا إذا رفض المجلس المصادقة عليها بعد إيداع مشروع قانون المصادقة، فسبق أن وضّحنا أن جانبا من الفقه التّونسي يعتبر أن الرّفض يجعلها منسوخة من تاريخ الرّفض[322].

بقي أن نقرّ بأنّه فضلا عمّا يتّصل بالمراسيم من تعقيد يلازم خصوصيّتها فإنّ هذا التّعقيد تعمّق بعد تفعيل الفصل 80 تحت طائلة دستور 2014، ثمّ في إطار دستور 2022. وهو ما يجدّد التساؤل عن موقعها في النّظام القانوني التوّنسي، خاصّة في علاقة بالحريات.

وقد ميّز الأستاذ سليم اللّغماني بعد نفاذ دستور 2022 بين صنفين: «المراسيم العادية والمراسيم الانتقاليّة»[323]، المراسيم العادية التي كرّسها دستور 2022 وما يعكسه من تصّور للنّظام السّياسي كما سنرى (2) والمراسيم الانتقاليّة التي كانت مرتبطة بحالة الاستثناء (1).

320 لنذكّر بأنّ فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، واستنادا إلى القيمة التّرتيبيّة للمراسيم قبل المصادقة عليها، قد استقرّ على قبول مراقبة شرعيّتها في إطار دعوى تجاوز السّلطة (مثلا CE, *Damiani*, 3 novembre 1961, *Recueil Lebon*, p. 607) وكذلك عن طريق الدّفع في إطار استثناء اللّاشرعيّة (مثلا CE, *Territoire de Nouvelle-Calédonie*, 7 décembre 1990, *Recueil Lebon*, p. 353)، هذا مع توضيح حدود اختصاص السّلطة التّنفيذيّة التي لا يمكنها تنقيح المراسيم بعد انقضاء أجل التّفويض، وهذا ما صرّح به مجلس الدّولة كما يلي: «إذا كان المرسوم المتّخذ على أساس الفصل 38 من الدّستور يحافظ على طبيعته كعمل إداري طالما لم يصادق عليه البرلمان، فإنّ أحكامه الدّاخلة في مجال القانون لا يمكن تنقيحها أو إلغاؤها بعد انقضاء أجل التّفويض الممنوح للحكومة إلّا من قبل المشرّع أو على أساس تفويض جديد ممنوح للحكومة. وحيث أنّ انقضاء الأجل المضبوط بقانون التّفويض يحول دون أن تستجيب السّلطة المزوّدة بالسّلطة التّرتيبيّة إلى طلب إلغاء أحكام مرسوم واردة في مجال القانون حتّى ولو كانت مشوبة باللّاشرعيّة» (Arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 11 décembre 2006, N° 279517, *Conseil national de l'ordre des médecins*, disponible au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008223524. التّرجمة لنا).

هذا وقد تدخّلت السّلطة التّأسيسيّة الفرعيّة في 2008 لتعديل الدّستور- بما في ذلك بشأن مآل المراسيم- وذلك بمقتضى القانون الدّستوري عدد 2008-724 المؤرّخ في 23 جويلية 2008 وأصبح الفصل 38 ينصّ على ما يلي: «يجوز للحكومة أن تطلب تفويضًا من البرلمان، لمدّة محدّدة، لاتّخاذ الإجراءات بموجب المرسوم، والتي تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون، وذلك من أجل تنفيذ برنامجها.

تصدر المراسيم في مجلس الوزراء بعد التّشاور مع مجلس الدّولة. وسوف تدخل حيّز التّنفيذ فور نشرها، ولكنّها تسقط في حال الفشل في عرض مشروع القانون أمام البرلمان للتّصديق عليها بحلول الموعد الذي حدّده قانون التّمكين. يتم التّصديق عليها فقط بعبارات واضحة.

بعد انتهاء المدّة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادّة لا يجوز تعديل المراسيم مجدّدًا إلّا بمقتضى قانون من البرلمان وذلك في المواضيع التي تدخل في نطاق اختصاص القانون»، سابق الذّكر.

ولنذكّر بأنّ المجلس الدّستوري الفرنسي كان قد استند سابقا إلى الطّبيعة التّرتيبيّة للمراسيم قبل انقضاء أجل التّفويض ليرفض النّظر في دستوريّتها عن طريق الدّفع معتبرا أنّ « مراقبة دستوريّة القوانين التي يمارسها المجلس الدّستوري لا يمكن أن تسلّط إلاّ على القوانين، لا على المراسيم التي ينصّ عليها الفصل 38 من الدّستور، لكنّ هذه الأخيرة تظلّ خاضعة إلى رقابة قاضي تجاوز السّلطة» (Décision n°85-196 DC du 08 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, considérant n°23, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85196DC.htm، التّرجمة لنا). لكن شهد هذا الموقف تحوّلا بمناسبة قرار صادر في مسألة ذات أولويّة دستوريّة بتاريخ 28 ماي 2020 وذلك بإقرار الطّبيعة التّشريعيّة لأحكام المراسيم غير المصادق عليها بعد انقضاء أجل التّفويض ومن ثمّة قبول تسليط رقابته عليها عن طريق الدّفع في إطار مسألة ذات أولويّة دستوريّة (Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité], considérant n°11, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020843QPC.htm). وقد أكّد المجلس الدّستوري موقفه هذ بشأن الرّقابة على المراسيم غير المصادق عليها في قرارلاحق مصرّحا بما يلي: « إذا كانت أحكام المرسوم، عندما تكون المصادقة التّشريعيّة عليها قد تمّت، تكتسي الصّبغة التّشريعيّة انطلاقا من التّوقيع عليها، فإنّه يجب اعتبارها، منذ انقضاء أجل التّفويض وفي الموادّ التي تدخل في مجال القانون، كأحكام تشريعيّة حسب الفصل 1-61 من الدّستور. ولا يمكن مراقبة مدى مطابقتها للحقوق والحريات التي يضمنها الدّستور إلاّ في إطار مسألة ذات أولويّة دستوريّة» (Décision n° 2020-851/852 QPC du 03 juillet 2020, M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire], considérant n°11, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020851_852QPC.htm، التّرجمة لنا). ويجدر الذّكر أنّ مجلس الدّولة الفرنسي رتّب الآثار على هذا الموقف موضّحا في قرار لاحق له بتاريخ 16 ديسمبر 2020 أنّ إثارة مسألة ذات أولويّة دستوريّة بشأن مرسوم لم تتمّ المصادقة عليه لا تحول دون اختصاص القاضي الإداري في « إلغاء المرسوم الذي تمّ الطّعن فيه أمامه عن طريق الدّعوى أو يستبعد تطبيقه في النّزاع المثار امامه، إن كان مشوبا باللّاشرعيّة لأسباب أخرى، بما في ذلك خرقه للقواعد الأخرى ذات القيمة الدّستوريّة غير الحقوق والحريات المضمونة دستوريّا » (CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat, *Fédération CFDT des finances et autres, Confédération générale du travail et autres, Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière,* 16 décembre 2020, n°s 440258, 440289, 440457, disponible au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042687547، التّرجمة لنا).

انظر في هذ الشّأن أحلام الضّيف، «النّظام القانوني للمراسيم «في انتظار المصادقة على مراسيم مجابهة فيروس كورونا»»، أخبار قانونيّة، عدد 316-317، أفريل 2021، ص. 13-14.

321 انظر بخصوص مختلف المرجعيّات أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 342-343.

322 نفسه، ص. 345.

323 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 32.

1. مراسيم أمر 117، أيّ تكييف ممكن من أجل احتواء خطر إرث مرحلة الاستثناء؟

ما أطلقنا عليه عبارة مراسيم أمر 117 هي المراسيم التي تمّ اتّخاذها تحت طائلة الأمر الرّئاسي عدد 117 لسنة 2021 المؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 يتعلّق بتدابير استثنائيّة الذي نصّ في الفصل 4 على ما يلي: «يتمّ إصدار النّصوص ذات الصّبغة التّشريعيّة في شكل مراسيم يختمها رئيس الجمهوريّة ويأذن بنشرها بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، وذلك بعد مداولة مجلس الوزراء»[324]، بحيث تمّ إدخال مجال القانون الذي نصّ عليه الفصل 65 من دستور 2014 برمّته في مجال المراسيم بمقتضى الفصل 5 من ذات الأمر باستثناء الإجراءات المنظّمة للتّفويت في المؤسّسات والمنشآت العموميّة والتّمديد في مدّة مجلس نوّاب الشّعب والتّمديد في المدّة الرّئاسيّة[325]. وهو ما انسحب على الحقوق والحريّات وحتّى القانون الانتخابي الذي كان الفصل 70 من دستور 2014 قد استثناه من مجال المراسيم التي يمكن اتّخاذها عند حلّ مجلس نوّاب الشّعب.

ويقوم النّظام القانوني لمراسيم الأمر الرّئاسي عدد 117 على ثلاث عناصر: إجرائيّا، يتمّ التّعامل مع المراسيم كنصوص تشريعيّة فتُعرض على الاستشارات ولا تُعرض على استشارة المحكمة الإداريّة كالنّصوص التّرتيبيّة[326] وتتمّ المداولة بشأنها في إطار مجلس الوزراء قبل الختم من قبل رئيس الجمهوريّة والنّشر بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، وهو ما يعني اختصارا استثنائيّا للإجراءات وتحويلا لمجلس الوزراء للسّاحة الوحيدة للمداولة [327]. من النّاحية الماديّة ثانيا، ضرب الفصل 4 فقرة 2 من الأمر المذكور إلزاما على السّلطة المختصّة بسنّ المراسيم بألّا يتمّ عند سنّها «النّيل من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة بالمنظومة القانونيّة الوطنيّة والدّوليّة» وهو ما يجب أن يؤوّل في علاقة بالفصل 20 من الأمر الذي ينصّ على ما يلي: «يتواصل العمل بتوطئة الدّستور وبالبابين الأوّل والثّاني منه، وبجميع الأحكام الدّستوريّة التي لا تتعارض مع أحكام هذا الأمر الرّئاسي» [328]، بما يشمل إذن الفصل 49 من دستور 2014 الذي يختم الباب الثّاني من الدّستور. بقي أنّ الشّرط الثّاني تمّ إفراغه من محتواه في إطار العنصر الثّالث من النّظام القانوني لمراسيم الاستثناء وهو التّحصين القضائي للمراسيم ضدّ الطّعن بالإلغاء الذي كرّسه الفصل 7 من الأمر الرّئاسي عدد 117 لسنة 2021.

ولنعتبر أنّ مآل مراسيم الأمر 117 يثير القلق لا فقط على ضوء تحصينها ضدّ الإلغاء الذي يمكن أن يعدّ قرينة على صبغتها التشريعيّة بالولادة رغم غياب التّصريح الواضح بذلك في الأمر الرّئاسي عدد 117 لسنة

---

324 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 86، 22 سبتمبر 2021، ص. 2282.

325 نصّ الفصل 5 من الأمر الرّئاسي عدد 117 لسنة 2021 المؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 يتعلّق بتدابير استثنائيّة على ما يلي: « تتّخذ شكل مراسيم، النّصوص المتعلّقة بالموافقة على المعاهدات/ تنظيم العدالة والقضاء /تنظيم الإعلام والصّحافة والنّشر/تنظيم الأحزاب والنّقابات والجمعيّات والمنظّمات والهيئات المهنيّة وتمويلها/ تنظيم الجيش الوطني/تنظيم قوّات الأمن الدّاخلي والدّيوانة/القانون الانتخابي/الحريات وحقوق الإنسان/الأحوال الشّخصيّة/الأساليب العامّة لتطبيق الدّستور/الواجبات الأساسيّة للمواطنة/السّلطة المحلّيّة/تنظيم الهيئات الدّستوريّة/القانون الأساسي للميزانيّة/إحداث أصناف المؤسّسات والمنشآت العموميّة/الجنسيّة/الالتزامات المدنيّة والتّجاريّة/الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم/ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية/العفو العام/ضبط قاعدة الأداءات والمساهمات ونسبها وإجراءات استخلاصها/نظام إصدار العملة/القروض والتّعهّدات الماليّة للدّولة/ضبط الوظائف العليا/التّصريح بالمكاسب/الضّمانات الأساسيّة الممنوحة للموظّفين المدنيّين والعسكريّين/تنظيم المصادقة على المعاهدات/قوانين الماليّة وغلق الميزانيّة والمصادقة على مخطّطات التّنمية/المبادئ الأساسيّة لنظام الملكيّة والحقوق العينيّة والتّعليم والبحث العلمي والثّقافة والصحّة العموميّة والبيئة والتّهيئة التّرابية والعمرانيّة والطّاقة وقانون الشّغل والضّمان الاجتماعي»، نفسه، ص. 2282-2283. انظر أيضا معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 191-192.

326 يبدو أنّه سُحب على مراسيم أمر 117 النّظام الإجرائي لمراسيم دستور 2014 التي ينصّ بشأنها منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرّخ في 17 مارس 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع النّصوص القانونيّة وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها على أنّها يجب أن تتضمّن «الاطّلاع على رأي الوزير أو الوزراء المعنيّين وعند الاقتضاء رأي الهيكل أو الهياكل المعنيّة أو الهيئات الدّستوريّة التي يقتضي الدّستور وجوبيّة استشارتها في مشاريع القوانين»، منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرّخ في 17 مارس 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع النّصوص القانونيّة وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها، ص. 13.

327 انظر أيضا معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 191.

328 نفسه، ص. 204-205.

2021، بل كذلك في صمت الأحكام الانتقاليّة والختاميّة لدستور 2022 عن مسألة المصادقة[329]. إذ اكتفت في الفصل 139 بالتّنصيص على ما يلي: « يستمرّ العمل في المجال التّشريعي بأحكام الأمر الرّئاسي عدد 117 لسنة 2021 المؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلّق بتدابير استثنائيّة إلى حين تولّي مجلس نوّاب الشّعب وظائفه بعد تنظيم انتخابات أعضائه». فهل أنّ مراسيم الأمر 117 قوانين «بالولادة» في إطار استحالة التّأهيل التّشريعي عبر قانون التّفويض في ظلّ تعليق عمل مجلس نوّاب الشّعب قبل حلّه؟

في الواقع، اعتبار مراسيم الأمر 117 أعمالا تشريعيّة بطبيعتها، بما يعفيها من المصادقة اللاّحقة للمجلس التّشريعي كان يستوجب تصريحا أوضح لسلطة الاستثناء إمّا في الأمر الرّئاسي عدد 117 أو في الأحكام الانتقاليّة لدستور 2022 على شاكلة الفصل 92 من الدّستور الفرنسي في باب الأحكام الانتقاليّة الذي نصّ تصريحا لا تلميحا على ما يلي: «التّدابير التّشريعيّة الضّروريّة لإرساء المؤسّسات ولسير السّلطات العموميّة إلى أن يتمّ الإرساء، يتمّ اتّخاذها في شكل مراسيم لها قوّة القانون وذلك في مجلس الوزراء وبعد رأي مجلس الدّولة»[330]. وقد أقرّ مجلس الدّولة الفرنسي بهذه القيمة التّشريعيّة الآليّة لمراسيم الفصل 92 المزوّدة بقوّة القانون في قرار *Société Eky* حيث اعتبر أنّه «تمّ اتّخاذ المرسوم المشار إليه من قبل الحكومة بناء على الفصل 92 من دستور 4 أكتوبر 1958، في إطار ممارسة السّلطة التّشريعيّة، وفي هذه الظّروف لا يعدّ عملا ذي طبيعة تمكّن من الطّعن فيه بدعوى تجاوز السّلطة أمام مجلس الدّولة»[331].

وفي غياب هذا التّصريح وجب الإقرار بأنّ الأمر لا يتعلّق بمراسيم عادية ولا يمكن أن تعامل على أنّها كذلك وهو ما يحتّم علينا الإجابة عن سؤال مبدئي «وجودي» يرتهن به مآل المراسيم وتقدير الصّبغة الضّرورية قانونا للمصادقة اللاّحقة من عدمها: ما هي طبيعة مراسيم أمر 117؟ هل هي تدابير استثنائيّة (مراسيم استثناء) تحت طائلة الفصل 80 من دستور 2014 وخاضعة من ثمّة إلى شروط التّدابير الاستثائيّة أم أنّها تدابير انتقاليّة (مراسيم انتقاليّة) وعندها يتّخذ التّساؤل عن مآلها منحى آخر؟

فإذا افترضنا أنّها مراسيم استثناء استنادا إلى صدورها على أساس أمر يحتمل هذا الوصف طالما أنّه «يتعلّق بتدابير استثنائيّة» كما يشير إلى ذلك عنوانه، وجب علينا أن نخضعها إلى اختبار التّدابير الاستثنائيّة التي يقتضي الفصل 80 من دستور 2014 بشأنها أن تكون ضروريّة «تحتّمها» الحالة الاستثنائيّة ومؤقّتة من المفروض أن تقتصر على «تأمين عودة السّير العادي لدواليب الدّولة في أقراب الآجال» ومن ثمّة لا تحتاج إلى المصادقة ويكون مآلها السّقوط طالما أنّ التّدابير الاستثنائيّة حسب الفصل 80 «تزول بزوال أسبابها»[332]. وهنا لا نخال المراسيم عدد 14 أو 54 مراسيم حتّمتها الحالة الاستثنائيّة وما هي بمؤقّتة بما أنّها لا زالت تهيكل عمل السّلطات العموميّة، وهو ما يتعارض مع منطق الاستثناء ومع الديكتاتوريّة الدّستوريّة التي تتمّ المحاججة بها كمسوِّغ للتّجاوزات فحسب معايير الدّيكتاتوريّة الدّستوريّة التي كنّا قد عدّدناها يجب أن يكون للتّدابير التي يتمّ اتّخاذها أثناء تفعيل سلطات الاستثناء طابع مؤقّت لا «طابع أو أثر دائم»[333]. بل أكثر من ذلك، هناك قرينة على وجود موقف لسلطة إصدار المراسيم في هذ الاتّجاه، تستند إلى إصدار

329 سليم اللّغماني، « ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022 »، سابق الذّكر، ص. 32.

330 Constitution du 4 octobre 1958, Texte original, *op. cit* الترّجمة لنا.
انظر في هذا الشّأن أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 341.

331 CE, *Société Eky*, n°46922, 12 février 1960, *Recueil Lebon*, p. 101 الترّجمة لنا.
انظر في هذا الشّأن أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 341.

332 انظر بخصوص المرسوم كتدبير استثنائي تحت طائلة دستور 2014 أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 322-323.

333 ROSSITER (C.), *op. cit.*, p. 303 الترّجمة لنا.

حزمة هامّة من المراسيم بضع أيّام قبل انعقاد أوّل جلسة لأوّل مجلس نيابي منتخب تحت طائلة الدّستور الجديد، يوم 13 مارس 2023، لعلّ أهمّها المرسوم عدد 8 لسنة 2023 المؤرّخ في 8 مارس 2023 والمتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه[334]، والمرسوم عدد 10 لسنة 2023 المؤرّخ في 8 مارس 2023 والمتعلّق بتنظيم انتخابات المجالس المحليّة وتركيبة المجالس الجهويّة ومجالس الأقاليم[335]، وذلك في إطار ترتيب النّتائج على إصدار المرسوم عدد 9 لسنة 2023 المؤرّخ في 8 مارس 2023 والمتعلّق بحلّ المجالس البلديّة[336]. أهمية مجال المراسيم الصّادرة وتوقيت إصدارها ينفيان الصبغة المؤقّتة ومن ثمّة اعتبارها تدابير استثنائيّة من المفروض أن «تزول بزوال أسبابها»، فليس السّقوط مآلها لأنّ «إدارة» حالة الاستثناء ليست وظيفتها، بل الأرجح أنها تؤمّن وظيفة انتقالية، وهنا تندرج فرضيتنا الثّانية.

فإذا افترضنا أنّ مراسيم أمر 117 هي مراسيم مرحلة انتقاليّة أصبح التّساؤل عن ضرورة المصادقة اللاّحقة من عدمها وعن المحاذير المتّصلة بالتّحصين ضدّ رقابة القاضي الإداري أمرا ذا معنى، هذا مع التّسليم بأنّ هناك طريقتين ممكنتين: إمّا طريق المصادقة وهي التي سلكتها مصر أو عدم المصادقة كما هو الشّان بالنّسبة إلى التّجربة التّونسيّة.

فبخصوص المصادقة نجد التّجربة المصريّة بخصوص ترسانة «القرارات بقوانين» الصّادرة عند تولّي الرّئيس عدلي منصور الحكم وفي عهد عبد الفتّاح السيسي حيث عكف البرلمان المصري في مستهلّ سنة 2016 خلال جلسات عمله الأولى على فحص هذه المراسيم والمصادقة عليها[337]. والمثير للاهتمام أنّ بعضها صدر قبل دستور2014 [338]، وهذا يعني أن المجلس التّشريعي حرص على المصادقة احتراما لـ«الإلزام المكرّس من قبل المنظومة الدّستوريّة السّابقة»[339]، وبناء على الفصل 147 من دستور 1971[340]، ولنعترف أنّ هذا هو الحدّ الأقصى القانوني، إن لم نقل مغالاة، بما أنّ المجلس التشريعي لم يكن مجبرا على المصادقة طالما تمّت القطيعة مع الشّرعيّة الدّستوريّة السّابقة، لكنّها مغالاة محمودة إذا ما ربطناها بتكريس تقاليد دستوريّة

334 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 24، 9 مارس 2023، ص. 691–694.

335 نفسه، ص. 694-698.

336 نفسه، ص. 694.

337 أحلام الضّيف،«المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 353–354.

338 ينصّ الفصل 156 من دستور 2014 بشأن القرارات بقوانين في صياغة مستروحة من دستور 1971 المذكور أدناه على ما يلي: « إذا حدث فى غير دور انعقاد مجلس النوّاب ما يوجب الإسراع فى اتّخاذ تدابير لا تحتمل التّأخير، يدعو رئيس الجمهوريّة المجلس لإنعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النّواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهوريّة اصدار قرارات بقوانين، على أن يتمّ عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرّها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوّة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلاّ إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السّابقة، أو تسوية ما ترتّب عليها من آثار»، دستور مصر 2014 (المعدّل 2019)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2019?lang=ar
انظر بخصوص الرّقابة على المراسيم تحت طائلة الدّستور المصري لسنة 2014 إبراهيم محمّد السيد محمّد عبد اللا، «الرّقابة على الأوامر الصّادرة في غيبة البرلمان في مصر وفقا لدستور 2014 المصري»، مجلّة الدّراسات القانونيّة والاقتصاديّة، المقالة 3، المجلّد 6، العدد 1، يونيو 2020، ص. 1-15، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://jdl.journals.ekb.eg/article_96521_600b930c73c9e44d4e09e74c0e8d0610.pdf

339 أحلام الضّيف،«المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 354.

340 نصّ الفصل 147 من دستور 1971 على ما يلي: « إذا حدث فى غيبة مجلس الشّعب ما يوجب الإسراع في اتّخاذ تدابير لاتحتمل التّأخير جاز لرئيس الجمهوريّة أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوّة القانون.
ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشّعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أوّل اجتماع له فى حالة الحلّ أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوّة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرّها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوّة القانون ، إلاّ إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السّابقة أو تسوية ما ترتّب على آثارها بوجه آخر»، دستور 1971 طبقا لآخر تعديلاته في عام 2007، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/s9z35s7e

راسخة في عدم الاستخفاف بالتّصديق التّشريعي للمراسيم واعتبارها استثناء لتدخّل السّلطة التنفيذيّة في مجال القانون يجب أن يتمسّك بشأنها المجلس التّشريعي بفحصها وبالكلمة الأخيرة بشأنها.

وإذا ما عدنا للسّياق التّونسي لوجدنا أنّ مسألة مآل المراسيم الانتقاليّة ليست بجديدة على تونس التي يعكس تاريخها الدّستوري تكريسا لعدم المصادقة على مراسيم المرحلة الانتقاليّة في لحظاتها الدّستوريّة الفارقة أوّلا في 1955 و1957 وبعد 2011. فلا إشارة إلى المصادقة اللاّحقة بالنّسبة إلى الأوامر ذات الصّبغة التّشريعيّة أو الأوامر القانونيّة المتّخذة من قبل الباي بعد موافقة مجلس الوزراء استنادا إلى الأمر العليّ المؤرّخ في 21 سبتمبر 1955 المتعلّق بالنّظام الوقتي للسّلطات العموميّة[341] الذي أسند في الواقع إلى الباي اختصاص تشريعيّا أصليّا[342]. كما أنّ عدم اشتراط المصادقة اللاّحقة قد ميّز النّظام القانوني للـ«قوانين»- «تسمية» كما يقول الأستاذ ناجي البكّوش[343]لا حقيقة قانونيّة -الصّادرة استنادا إلى القانون عدد 1 لسنة 1957 المؤرّخ في 29 جويلية 1957 المتعلّق بتنقيح الأمر المؤرّخ في 21 سبتمبر 1955 المتعلّق بتنظيم السّلط العموميّة تنظيما مؤقّتا والذي نقّح الفصل الثّاني من الأمر العلي بالتّنصيص على ما يلي: «يوافق على القانون مجلس يجمع كتّاب الدّولة الذين يهمّهم الأمر ويصدر رئيس الجمهوريّة التونسيّة القانون وينشره بالرّائد الرّسمي»[344]، وهذا يعني إسنادا للاختصاص التّشريعي لرئيس الجمهوريّة المكلّف من قبل المجلس القومي التّأسيسي بعد إعلان الجمهوريّة حتّى يتفرّغ للتّأسيس للدّستور الجديد ودون أيّ إشارة إلى المصادقة اللاّحقة[345].

ثمّ نأتي لمراسيم 2011 وهما في الواقع صنفان: الصّنف الأوّل الذي يشمل ثلاث عشر مرسوما -منها مرسوم العفو العام[346] ومرسوم المصادرة[347] - مستندٌ إلى الفصل 28 من دستور 1959[348] وقانون التّفويض الذي اتّخذ بناء عليه والتي لم تتمّ المصادقة اللاّحقة عليها التي كان يشترطها دستور 1959 لإكسائها المرتبة التّشريعيّة، هذا في ظلّ تغيّر جذري للحالة الدّستوريّة مما برّر التّساؤل عما إن كانت «قوانين بالقوّة»[349]، وهو ما لن نناقشه هنا على اعتبار استناد مراسيم الصّنف الأوّل إلى أساس دستوري أصيل وواضح-هو الفصل 28- وإلى قانون تفويض[350] رغم صدوره آنذاك عن مجلس تشريعي فاقد للمشروعيّة، موسّع

341 نصّ الفصل 2 من من الأمر العلّي المؤرّخ في 21 سبتمبر 1955 المتعلّق بالنّظام الوقتي للسّلطات العموميّة على ما يلي: «كلّ أمر علّي له صبغة تشريعيّة أي أمر قانوني لا يقع عرضه علينا إلاّ بعد موافقة مجلس الوزراء عليه. ولكي يكون للأمر العلي نافذيّة في العمل ينبغي أن يحلّى بختمنا السّعيد ويعلن من طرفنا وينشر بالرّائد الرّسمي»، ضمن عبد الفتّاح عمر وقيس سعيّد، نصوص ووثائق سياسيّة تونسيّة، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1987، ص. 94-95.

342 أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص.391.

343 BACCOUCHE (N.), « Etrange légalité fiscale », *in. Droits et culture*, *Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour*, Tunis, CPU, 2008, p. 655 التّرجمة لنا.

انظر أيضا أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص.391.

344 عبد الفتّاح عمر وقيس سعيّد، المرجع سابق الذّكر، ص. 181.

345 أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص.330 وص.391.

346 مرسوم عدد 1 لسنة 2011 مؤرّخ في 19 فيفري 2011 يتعلّق بالعفو العام، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 12، 22 فيفري 2011، ص. 183-184.

347 مرسوم عدد 13 لسنة 2011 مؤرّخ في 14 مارس 2011 يتعلّق بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقارية، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 18، 18 مارس 2011، ص. 343-347.

348 كان الفصل 28 من دستور 1959 –كما عدّل بالقانون الدّستوري عدد 51 لسنة 2002 مؤرّخ في 1 جوان 2002 المتعلّق بتنقيح بعض أحكام الدّستور– ينصّ في فقرته الخامسة على ما يلي: «ولمجلس النواب ولمجلس المستشارين أن يفوّضا لمدّة محدودة ولغرض معيّن إلى رئيس الجمهوريّة اتّخاذ مراسيم يعرضها حسب الحالة على مصادقة مجلس النوّاب أو المجلسين، وذلك عند انقضاء المدّة المذكورة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 1444.

349 أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 333، وبالنّسبة إلى مناقشة المسألة عموما، بما في ذلك موقف فقه القضاء نفس المرجع، ص. 333-368.

350 قانون عدد 5 لسنة 2011 مؤرّخ في 9 فيفري 2011 يتعلّق بالتّفويض إلى رئيس الجمهوريّة المؤقّت في اتّخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 10، 10 فيفري 2011، ص. 174.

إلى درجة كبيرة في الاختصاصات المفوَّض بشأنها إلى السّلطة التّنفيذيّة[351]، بما يفقد الرّخصة الدّستوريّة المشروطة التي من المفروض أن يجسّدها التّفويض معناها[352]. وهناك صنف ثان نفترض بصفة أوّليّة أنّه يحتمل المقارنة مع مراسيم أمر 117 وهي المراسيم المستندة إلى المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرّخ في 23 مارس 2011 والمتعلّق بالتّنظيم المؤقّت للسّلط العموميّة[353]، ذي الصّبغة التّأسيسيّة حسب العميد عياض ابن عاشور[354]، هذا إذا اعتبرنا أنّ أمر 117 يشكّل تنظيما مؤقّتا متخفّيا للسّلط العموميّة، بتلميح المضمون لا بتصريح العنوان[355].

ويشمل الصّنف الثّاني حزمة من نصوص هامّة تنظّم الحريات صدرت في المرحلة الانتقاليّة في 2011 دون أن تحظى بالمصادقة اللّاحقة، ونقصد بذلك المرسوم عدد 87 لسنة 2011 المؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الأحزاب السّياسيّة[356] والمرسوم عدد 88 المؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات[357] والمرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرّخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلّق بحرية الصّحافة والطّباعة والنّشر[358] والمرسوم عدد 116 المتعلّق بحرية الاتّصال السّمعي البصري وبإحداث هيئة عليا مستقلّة للاتّصال السّمعي والبصري[359] التي تعدّ نصوصا تشريعيّة منذ صدورها لاستنادها إلى المرسوم التّأسيسي.

في الواقع، مراسيم الحريات التي ذكرناها مشوبة أيضا بعيب خلقي لعدم استجابتها للضّمانات المرتبطة بالتّحفّظ التّشريعي، وخاصّة من حيث شروط التّداول في المجلس التّشريعي، وهو أمر تعرّضت له المحكمة الإداريّة في حكم ابتدائي صادر بتاريخ 4 جويلية 2012 حيث رفضت الاعتراف بالصّبغة التّشريعيّة للمراسيم الصّادرة بناء على التّنظيم المؤقّت للسّلط العموميّة باعتبار أنّ «إكساء المراسيم الصّادرة عن رئيس الجمهوريّة وبعد مداولة مجلس الوزراء الصّبغة التّشريعيّة بمقتضى نصّ قانوني من نفس المرتبة يتعارض بداهة مع مبادئ دولة القانون ويشكّل خرقا واضحا لمبدأ الفصل بين السّلط ومبدأ خضوع أعمال السّلطة التّنفيذيّة لرقابة القضاء»[360]، لكن هناك في تقديرنا فرق جوهري بين مراسيم الحريات للفترة الانتقاليّة الأولى سنة 2011 والمراسيم تحت طائلة الأمر عدد 117 لسنة 2021، فخلافا لهذه الأخيرة التي صدرت في إطار انفراد بالسّلطة وخرق لمبدأ الفصل بين السّلط وغياب للتّداول الدّيمقراطي وضرب لمقوّمات الدّيمقراطيّة التّمثيليّة، فإنّ مراسيم الحريات انبثقت عن الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثّورة والاصلاح الدّيمقراطي التي لم تغب عنها السّمة التّمثيليّة وكان لأعمالها صبغة تداوليّة. ولنذكّر بما قالته الأستاذة أحلام الضّيف في هذا الشّأن: «بتتبّع

351 لنذكّر هنا بموقف المجلس الدّستوري التّونسي من المسألة والذي عاين هذا التّوسّع قائلا : «وحيث ولئن اتّسم مناط مجالات التّفويض الممنوح بالتّنوّع والاتّساع فإنّه لا شيء في الدّستور يحول دون ذلك طالما أنّه تمّ تعيين الغرض بوجه كاف كما يقتضي ذلك الفصل 28 من الدّستور، خاصّة بالنّظر إلى متطلّبات المرحلة الانتقاليّة الرّاهنة»، الرّأي عدد 2-2011 للمجلس الدّستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بالتّفويض إلى رئيس الجمهوريّة المؤقّت في اتّخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 10، 10 فيفري 2011، ص. 176.

352 انظر في خصوص مناقشة هذه المسألة أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة» ، المرجع سابق الذّكر، ص. 336-337.

353 مرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرّخ في 23 مارس 2011 والمتعلّق بالتّنظيم المؤقّت للسّلط العموميّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 20، 25 مارس 2011، ص. 367.

354 عياض ابن عاشور، «الثّورة التّونسيّة في تجلّياتها الدّستوريّة: المرحلة الانتقاليّة الأولى (14 جانفي 2011–16 ديسمبر 2011)»، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: http://yadhba.blogspot.com/2012/10/14-2011-16-2011.html

355 BEN ACHOUR (S.), «Trois constitutions, un seul pouvoir», *in*. REDISSI (*H.*) (*dir.*), *op. cit.*, p. 75. Voir aussi KLIBI (S.), *op. cit.*, p. 89.

وأيضا :معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص.187.

356 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 74، 30 سبتمبر 2011، ص. 1993-1996.

357 نفسه، ص. 1996-2001.

358 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 84، 4 نوفمبر 2011، ص. 2559-2568.

359 نفسه، ص. 2568–2575.

360 حكم ابتدائي، عدد 124153، 4 جويلية 2012، محمد علي الكبسي ضد رئيس الحكومة، غير منشور.

مسار هذه النّصوص نرى أنّها تنطلق في شكل مشاريع قوانين صيغت من قبل لجنة خبراء الهيأة وفق التّوجيهات التي ضبطتها، ثم عرضت على الهيأة للمصادقة عليها قبل رفعها إلى رئيس الجمهوريّة» وبـ«التّأمّل في التّركيبة النّهائيّة للمجلس، نلاحظ السّعي إلى تحقيق أوسع قدر ممكن من التمثيليّة، فإلى جانب وجود شخصيّات وطنيّة، تمّ تمثيل مختلف الأحزاب والهيئات والمنظّمات ومكوّنات المجتمع المدني المعنيّة بالشّأن الوطني ممّن شاركوا في الثّورة وساندوها». وبـ«الرّجوع إلى أعمالها، نرى تميّزها بنقاش ثريّ وحادّ في بعض الأحيان ممّا جعل خياراتها تعبّر عن توافق فعلي فرضه الفصل الخامس من مرسوم إحداثها، كما نلاحظ حوارا جادّا بينها وبين الحكومة، ومثال ذلك ما دار بخصوص مقتضيات الفصل 15 من المرسوم عدد 35 المتعلّق بانتخاب المجلس الوطني التّأسيسي المتعلّقة بشروط التّرشّح»[361].

ولا يفوتنا هنا ونحن بصدد استحضار الظّروف التي حفّت بوضع مراسيم الحريات المستندة إلى المرسوم عدد 14 لسنة 2011 واستنتاج قيمتها التّشريعيّة بالولادة -بما يعفيها من ضرورة المصادقة اللاّحقة - من معاينة التشّابه العجيب في تقديرنا مع النّقاش القانوني الذي أثارته مراسيم هياكل «فرنسا الحرّة» في فرنسا في سياق الحرب العالميّة الثّانية ومقاومة الاحتلال النّازي، حيث تمّ إنشاء «هيئة التّحرير الوطني» الفرنسيّة المنبثقة في 3 جوان 1943 عن مجموعة «فرنسا الحرّة» تحت قيادة الجنرال ديقول، وتكوين الحكومة المؤقّتة في 3 جوان 1944[362]. فقد يكون من المفيد التّذكير باستناد هذه المراسيم إلى تجسيد الهياكل المؤقّتة لـ«لمشروعيّة الجمهوريّة ولشرف فرنسا»[363]. ورغم وجود «تركيز للوظائف القانونيّة بيد هياكل غير منتخبة» إلّا أنّ هذه الأخيرة ساهمت في «إضفاء المشروعيّة على التّشريع الحكومي: ماديّا بتجسيدها لتواصل «فكرة الجمهوريّة»، وشكليّا بضمان الهيكلة التّدريجيّة للقواعد تحت الدّستوريّة»[364] التي تندرج فيها المراسيم. ولنذكر في هذا الإطار الحرص الإجرائي على ضمان الحدّ الأدنى الشّكلاني الذي يتجسّد في عدّة أبعاد أوّلها اشتراط «العرض الوجوبي للمراسيم، في أقرب فرصة ممكنة، على مصادقة التّمثيل الوطني» حسب الفقرة 2 من الفصل 3 من المرسوم عدد 16 المؤرّخ في 24 سبتمبر 1941 المتعلّق بالتّنظيم الجديد للسّلط العموميّة لفرنسا الحرّة وإحداث اللجنة الوطنيّة الفرنسيّة[365]، ومن المثير للاهتمام أنّ جانبا من الفقه قد اعتبر أنّ هذه المراسيم قد تمّ «إقرارها الضّمني»[366] لاحقا بالقانون الدّستوري المؤرّخ في 2 نوفمبر 1945[367] كـ«دستور مؤقّت»[368] «يؤسّس لنظام قانوني شكلي جديد»[369]. فهناك إذن حرص على عدم قطع حبل الشّكلانية، كما أنّ هناك حرص على ضمان حدّ أدنى من شروط العقلانيّة القانونيّة عبر إخضاع المراسيم للاستشارة الوجوبيّة للجنة قانونيّة كهيكل تابع لهيئة التّحرير الوطني[370]. وهناك أخيرا حرص على حدّ تمثيلي أدنى عبر التّداول

361 أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 384-385.

362 انظر في هذا الشّأن أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص.325 وص. 389-390.

363 GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *op. cit.*, p. 536. الترّجمة لنا

364 QUINART (E.), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Paris, Dalloz, 2021, p. 165. الترّجمة لنا

365 Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941, portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre et créant le Comité national français, disponible au lien suivant : https://mjp.univ-perp.fr/france/co1940fl-cnf.htm

انظر بخصوص هذا الشّأن:

QUINART (E.), *op. cit.*, p. 169.

366 QUINART (E.), *op. cit.*, p. 169 الترّجمة لنا.

367 Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, disponible au lien suivant: https://mjp.univ-perp.fr/france/co1945.htm

368 GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *op. cit.*, p. 538 الترّجمة لنا.

369 QUINART (E.), *op. cit.*, p. 169 الترّجمة لنا.

370 نفسه، ص. 170-171.

بشأن المراسيم في إطار مجلس استشاري مؤقّت غير منتخب أحدثه مرسوم 17 سبتمبر 1943[371]، يتكوّن من ممثّلي قوى المقاومة ويمارس «وظيفة ديمقراطيّة»[372] بما يجسّد الرّغبة في «استعادة سيرعمل الجمهوريّة البرلمانيّة»[373].

فرغم مشروعيّة الهدف وثوريّة السّياق كان هناك حرص على الشّكلانيّة، هذا بقطع النّظر عن موقف مجلس الدّولة الفرنسي من مراسيم تلك الفترة الانتقالية حيث أقرّ في قرار *Botton* باندراجها في إطار «ممارسة السّلطة التّشريعية» وبعدم قابليّة الطّعن فيها بدعوى تجاوز السّلطة[374].

وعليه لا يعفي السّياق مهما حفّ به من مسوّغ الضّرورة من مراعاة الشرّوط الدّنيا للعقلنة القانونيّة للفعل السّياسي وللأفق الدّيمقراطي ولدولة القانون. ومن هنا كانت مناقشتنا لتكييف مراسيم أمر 117 حتى نتثبّت من ضرورة فحصها اللاّحق عبر المصادقة من عدمها ومن ثمّة مناقشة تحصينها ضدّ رقابة الإلغاء.

وفي هذا الإطار، وإذا اعتبرنا أنّ مراسيم أمر 117 تؤمّن وظيفتين، بعضها تمثّل موضوعه في تأمين المرحلة الانتقاليّة كالمراسيم المتعلّقة بالانتخابات سابقة الذّكر وبعضها الآخر وظيفته تأطير السّلط العموميّة ونقل الوظيفة التّشريعيّة لرئيس الجمهورية بناء على الفصل 4 من الأمر عدد 117 لسنة 2021، فقد نجد مبرّرا لتحصين المراسيم ذات الوظيفة السّياسيّة الصّرفة التي تبحث عن تأمين الانتقال إلى الوضع الدستوري الجديد واعتبارها من أعمال السّيادة التي يحجم القاضي الإداري عن مراقبتها وكذا مراسيم الانتخابات. لكن لماذا تعفى المراسيم الأخرى المتّخذة في إطار ممارسة رأس السّلطة التنفيذية للاختصاصات التّشريعية المنقولة إليه من الرّقابة كالمرسوم عدد 1 لسنة 2021 المؤرّخ في 22 أكتوبر 2021 والمتعلّق بجواز التّلقيح الخاصّ بفيروس (سارس كوفيد 2)[375].

في المحصّلة، وبالنّظر إلى كلّ ما سبق، لا يبدو أنّ هناك نيّة لدى رأس السّلطة التنفيذيّة في عرض مراسيم أمر 117 على المصادقة اللاّحقة[376].

مع ذلك، لا شيء يحول دون تعهّد لاحق للبرلمان بالمسألة، لكنّ الأمر مرتهن بموقف البرلمان الجديد وإن كان سيتولّى النّظر فيها رأسا عن طريق مبادرات تشريعيّة[377]، تشمل موضوعها، طالما أنّ هامش المصادقة

371 Ordonnance du 17 septembre 1943 portant constitution d'une Assemblée consultative provisoire, *J.O.R.F (Alger) du* 23 *septembre 1943,* p.140.

372 CARTIER(E.), *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique «républicain»*, Paris, LGDJ, 2005, p. 432 et s. الترّجمة لنا

373 QUINART (E.), *op. cit.*, p. 172. الترّجمة لنا

374 CE, *Botton*, 22 février 1946, *Recueil Lebon*, p. 58. الترّجمة لنا
انظر أيضا في هذا الشّأن أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص.325 وص. 389-390.

375 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 98، 22 أكتوبر 2021، ص. 2420-2421.

376 إذا ما اعتبرنا أنّ أمر 117 لا يفصح عن إرادة عرض المراسيم المتّخذة على أساسه على المصادقة اللاّحقة فمن غير اليسير أن نصنّف آليّا في خانتها القانون الصّادر مؤخّرا وبمبادرة من رئيس الجمهوريّة، القانون عدد 3 لسنة 2024 مؤرّخ في 18 جانفي 2024 يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 13 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 المتعلّق بالصّلح الجزائي وتوظيف عائداته (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 8، 18 جانفي 2024، ص. 284-288)، رغم ما قد يوحي به من انطوائه على مصادقة ضمنيّة نشير إليها أدناه. و نتساءل إن لم يكن الأمر لا يعدو أن يكون حسب المبادر بالقانون سوى من قبيل تنقيح نصّ بنصّ يوازيه في المرتبة.

377 يجدر الذّكر أنّه تمّ التّصريح إعلاميّا بوجود مبادرة نيابيّة لتنقيح المرسوم عدد 54 قد تمّ ايداعها. لكن إلى موفّ شهر مارس 2024، لا أثر لهذه المبادرة على الموقع الرّسمي لمجلس نوّاب الشّعب. انظر مثلا حسّان العيّادي، «مبادرة النوّاب لتنقيح المرسوم 54: جولة جديدة في الصّراع؟»، المغرب، 23 فيفري 2024، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://tinyurl.com/4zh422u8

بخصوص الأعمال التّشريعيّة بالولادة لا يبدو بديهيّا[378]، هذا مع تذكيرنا بموقف محكمة المحاسبات التي آخذت على المجلس الوطني التّأسيسي في تقريرها السّنوي الثّلاثين عدم النّظر في الـ121 مرسوما التي تمّ اتّخاذها أثناء المرحلة الانتقاليّة بين 15 جانفي 2011 و16 ديسمبر 2011 [379] .

ووجب أن نعترف بأهمية الحسم في مسألة مآل مراسيم الاستثناء أمام حزمة المراسيم التي تطرح مشاكل حقيقيّة بالنّظر إلى الشّطط في صبغتها الزّجريّة من ذلك المرسوم عدد 14 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 المتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة سابق الذّكر.

بقي إذن، وفي انتظار توضّح مآل مراسيم الأمر 117، الطّعن فيها عن طريق الدّفع في إطار استثناء اللّاشرعيّة هو الملاذ الأخير وهو ما أقرّته المحكمة الإداريّة.

378 قد يكون من المفيد التّذكير بأنّ المصادقة على المراسيم في إطار منظومة دستوريّة قائمة تكون إمّا صراحة بإصدار قانون في الغرض أو ضمنيّا وذلك بإحالة قوانين لاحقة إلى أحكام مراسيم أو تنقيح ما ورد بها. والمصادقة الضّمنيّة تجد صدى لها في فقه القضاء المقارن وفي فرنسا حيث سبق للمجلس الدّستوري الفرنسي قبل تعديل الفصل 38 من الدّستور الفرنسي سابق الذّكر أن أقرّ بما يلي: «وحيث أنّه لا مانع مبدئيّا من أن تترتّب المصادقة على كلّ أو بعض أحكام المراسيم المشار إليها بالفصل 38 عن قانون لا تكون المصادقة موضوعه المباشر لكنّه يفترضها بالضّرورة، وأنّه إذا تمّ تعهيد المجلس الدّستوري بقانون من هذه الطّبيعة يعود له التّصريح بها إذا كان القانون يتضمّن فعلا المصادقة على كلّ أحكام المرسوم المعنيّ أو بعضها وإن كان كذلك التّصريح بمطابقة الأحكام التي أضفت عليها المصادقة قيمة تشريعيّة للدّستور»،

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

https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm. الترّجمة لنا

وفي تونس، في علاقة بالمراسيم التي تمّ اتّخاذها بناء على الفصل 28 من دستور 1959 وقانون التّفويض عدد 5 لسنة 2011، أقرّت المحكمة الإداريّة المصادقة الضّمنيّة مثلا بشأن المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرّخ في 14 مارس 2011 المتعلّق بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقاريّة (سابق الذّكر) حيث تمّ إكساؤه بالصّبغة التّشريعيّة بالإحالة له من قبل المرسوم عدد 47 لسنة 2011 مؤرّخ في 31 ماي 2011 المنقّح والمتمّم له (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 39، 31 ماي 2011، ص. 798-799) الصّادر استنادا إلى المرسوم عدد 14 لسنة 2011، ومن قبل الفصل 43 من القانون الأساسي عدد 53 لسنة 2013 المؤرّخ في 24 ديسمبر 2013 المتعلّق بإرساء العدالة الانتقاليّة وتنظيمها (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 105، 31 ديسمبر 2013، ص. 4339-4340). واعتبرت المحكمة الإداريّة أنّ الإحالة إلى المرسوم تسمح باعتبار أنّ «إرادة المشرّع اتجهت بوضوح إلى المصادقة بصفة ضمنيّة» (المحكمة الإداريّة، حكم ابتدائي، القضيّة عدد 127207، 10 جويلية 2015، صلاح الدّين بن الحاج حمدة بن الحاج حسين بن علي | رئيس الجمهوريّة، غير منشور؛ حكم ابتدائي، القضيّة عدد 127208، 10 جويلية 2015، قيس بن صلاح الدّين بن الحاج حمدة بن علي | رئيس الجمهوريّة، غير منشور ؛ حكم ابتدائي، القضيّة عدد 127210، 10 جويلية 2015، نجم الدّين بن صلاح الدّين بن الحاج حمدة بن علي | رئيس الجمهوريّة، غير منشور). انظر في هذا الشّأن أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 361-362 وص. 378.

379 دائرة المحاسبات، التّقرير العام السّنوي الثّلاثون، 2016، ص. 16، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://www.courdescomptes.nat.tn/upload/rapport30/rapport30.pdf
انظر أيضا أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 378.

القاضي الإداري في مواجهة المراسيم الانتقاليّة

صدر عن الدّائرة الابتدائيّة للمحكمة الإداريّة بالمنستير في هذا المجال قرار في مادّة توقيف التّنفيذ[380]، وذلك بمناسبة طعن في قرار صادر عن المندوب الجهوي للتّربية بالمهديّة يقضي بتعليق مباشرة العارضة لعملها لعدم استظهارها بجواز التّلقيح، تمّ فيه الدّفع باستثناء لاشرعيّة المرسوم عدد 1 لسنة 2021 المؤرّخ في 22 أكتوبر 2021 والمتعلّق بجواز التّلقيح الخاصّ بفيروس (سارس كوفيد 2)[381] لعدم تنزّله في مجال المراسيم ولخضوعه في صورة التّسليم بصبغته التّشريعيّة إلى رقابة المحكمة الإداريّة في غياب قضاء دستوري وانتهاكه للحقّ في العمل المكرّس بالفصل 40 من دستور 2014 وللحرمة الجسديّة المكرّس في الفصل 23 من ذات الدّستور وللحقّ في الصحّة وفي الحياة بناء على الفصل 38 ومبدأ المساواة بين المواطنين ومبدأ التّناسب المنصوص عليه صلب الفصل 49.

وقد أجابت المحكمة الإداريّة عن ردّ الإدارة بعدم اختصاص المحكمة الإداريّة في مراقبة دستوريّة المراسيم عن طريق استثناء اللّاشرعيّة في بعدين، مستندة أوّلا إلى ضرورة احترام المراسيم الصّادرة تطبيقا للفصل 4 من الأمر الرّئاسي عدد 117 لسنة 2021 للحقوق والحريات التي كفلها البابان الأوّل والثّاني من دستور 2014 اللذان نصّ الفصل 20 من الأمر الرّئاسي المذكور على تواصل العمل بهما، وهو ما مكّنها من بناء قرارها على منهج التّناسب الذي كرّسه الفصل 49 من دستور 2014.

ثمّ في مرحلة ثانية أجابت المحكمة الإداريّة عن استبعاد ولايتها في مجال الدّفع باستثناء اللاّشرعيّة في مجال المراسيم كما يلي: «وحيث أنّ تحصين هذه المراسيم من الطّعن بدعوى تجاوز السّلطة بالنّظر إلى صبغتها التّشريعيّة وإن كان يشكّل حائلا دون مخاصمتها في إطار دعوى أصليّة بهدف إلغائها أمام هذه المحكمة فإنّه لا يحول دون مالها من حقّ في بسط رقابة الدّستوريّة والمعاهدتيّة عليها في نطاق استثناء اللّاشرعيّة بمناسبة الطّعن في غيرها من المقرّرات أو طلب التّعويض عنها توصّلا لاستبعاد تطبيقها متى عرض الدّفع على أنظارها». وهو ما انتهى بالمحكمة إلى قبول الإذن بتوقيف تنفيذ القرار المطعون فيه.

رتّب القاضي الإداري إذن النّتائج على تزويد مراسيم أمر 117 بالصّبغة التّشريعيّة لكن دون مناقشتها. ورغم ما يمكن أن نعيبه لأوّل وهلة على القاضي من تحفّظ حال أنّ المرسوم المدفوع بعدم شرعيّته قد صدر أثناء تفعيل حالة الاستثناء وكان من المفروض أن تكون رقابة القاضي الإداري أكثر شدّة لأنّها الملاذ الأخير للمتقاضين في ظلّ غياب أيّ ضمانات أخرى[382]، فإنّه وبقطع النّظر عن حساسية موضوع النص الذي يندرج في حالة طوارئ صحيّة، فإنّ موقف القاضي يسمح بعدم استثناء المراسيم المذكورة من الرّقابة. وهو موقف أكّدته لاحقا الدّائرة الابتدائيّة للمحكمة الإداريّة بالمنستير في قضيّة مماثلة تمّ البتّ فيها، في إطار حكم ابتدائي صادر بتاريخ

380 المحكمة الإداريّة، الدّائرة الابتدائيّة بالمنستير، قرار في مادّة توقيف التّنفيذ، القضيّة عدد461 6200، 23 مارس 2022، غير منشور.

381 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 98، 22 أكتوبر 2022، ص. 2420-2421.

382 انظر بخصوص أهمية الرّقابة القضائيّة في « فترات الأزمة » وأيضا بخصوص قرار توقيف التّنفيذ موضوع التّحليل معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 195.

25 أفريل 2023 قاض بإلغاء القرار الإداري المستند إلى المرسوم عدد 1 لسنة 2021 ، حيث تمّ في هذه القضيّة أيضا الدّفع باستثناء لا شرعيّة هذا الأخير[383]، وتمّ البتّ فيها استنادا إلى المطعن المتعلّق بالاخلال بالتّناسب دون غيره من المطاعن، وذلك بناء على تقنية الإقتصاد في المطاعن. وانتهى القاضي الإداري في النّهاية لنفس المنهج الذي يمكّن من تسليط رقابة الدّستوريّة والمعاهداتيّة ومن ثمّة إعمال رقابة التّناسب على مرسوم مستند إلى أمر 117، و إن تمّ تفويت فرصة مناقشة طبيعة مراسيم الأمر 117 بمناسبة الرقابة عن طريق الدفع.

2. مراسيم دستور 2022 أو تضخّم التّشريع بالمراسيم

استعاد دستور 2022 الأصناف الثّلاث للمراسيم التي كرّسها دستور 1959[384] وهي :

المراسيم بناء على «تفويض تشريعي» من مجلس نوّاب الشّعب، حسب تعبير الأستاذ الأزهر بوعوني تحت طائلة دستور 1959 [385]، إذ ينصّ الفصل 70 من دستور 2022 على أنّه «لمجلس نوّاب الشّعب أن يفوّض، لمدّة محدودة ولغرض معيّن، إلى رئيس الجمهوريّة اتّخاذ مراسيم يعرضها على مصادقة المجلس إثر انقضاء المدّة المذكورة» فهي مراسيم تُبرّر بضرورة المواجهة التّشريعيّة من قبل السّلطة التّنفيذيّة لموضوع يدخل في مجال القانون[386]. ويخضع الترّخيص لرئيس الجمهوريّة باتخّاذ هذه المراسيم إلى ضوابط من حيث الزّمن أوّلا بما أنّ التّفويض أو التّأهيل بقانون لا يتمّ إلاّ لمدّة محدودة، وضوابط من حيث الموضوع بما أنّ التفويض لا يكون إلاّ لغرض معيّن. كما تعرض المراسيم حال انقضاء المدّة المذكورة على مصادقة المجلس. ولنلاحظ هنا أنّ الفصل 70 من الدّستور الجديد خفّف إلى درجة كبيرة في إجراءات المصادقة على قوانين التّفويض فلم يحدّد «المدّة المحدودة» بعد أن كانت هذه الأخيرة شهرين في الفصل 70 من دستور 2014، كما لم يشترط أغلبيّة معزّزة للمصادقة على قوانين التّفويض، خلافا لما كان ينصّ عليه الفصل 70 من دستور 2014 في اشتراطه أغلبيّة 5/3 مجلس نوّاب الشّعب، وهو ما يعكس رغبة في التّحرّر من القيود الإجرائيّة التي تعقّد عملية التّشريع بمراسيم.

أمّا الصّنف الثاني فهو المراسيم بـ«تفويض دستوري»، حسب تعبير الأستاذ الأزهر بوعوني تحت طائلة دستور 1959 [387]، إذ ينصّ الفصل 73 من دستور 2022 على ما يلي: «لرئيس الجمهوريّة أن يتّخذ خلال عطلة المجلس، بعد إعلام اللّجنة القارّة المختصّة، مراسيم يقع عرضها على مصادقة مجلس نوّاب الشّعب وذلك في الدّورة العاديّة الموالية للعطلة». فهناك قيد إجرائي وحيد يتمثّل في إعلام اللّجنة القارّة المختصّة، ووظيفة هذه المراسيم تمكين رئيس الجمهوريّة من المواجهة التّشريعيّة لما قد يطرأ من أوضاع تستدعي أن يتمّ التّشريع بصفة عاجلة أثناء عطلة المجلس[388]. ويجب عرض المراسيم المذكورة على مصادقة مجلس نوّاب

383 المحكمة الإداريّة، الدّائرة الابتدائيّة بالمنستير، حكم ابتدائي، القضيّة عدد 6100908، 25 أفريل 2023، الشّهلة سليمان ضدّ المندوب الجهوي للتربية بالمهديّة، غير منشور.

384 انظر في نفس الاتجّاه، معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 409-410.

385 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 337. ولنذكّر في هذا الشّأن بأنّ الفصل 28 فقرة 5 من دستور 1959 كان ينصّ على ما يلي: «ولمجلس النوّاب ولمجلس المستشارين أن يفوّضا لمدّة محدودة ولغرض معيّن إلى رئيس الجمهوريّة اتّخاذ مراسيم يعرضها حسب الحالة على مصادقة مجلس النوّاب أو المجلسين، وذلك إثر انقضاء المدّة المذكورة».

386 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص.337.

387 نفسه، ص.337. ولنذكّر في هذا الشّأن بأنّ الفصل 31 من دستور 1959 كان ينصّ على ما يلي: «لرئيس الجمهوريّة أن يتّخذ خلال عطلة مجلس النوّاب ومجلس المستشارين، مراسيم يقع عرضها على مصادقة مجلس النوّاب أو المجلسين وذلك في الدّورة العاديّة الموالية للعطلة».

388 الأزهر بوعوني، المرجع سابق الذّكر، ص. 338.

الشّعب وذلك في الدّورة العاديّة الموالية للعطلة. ولنذكّر في هذا الإطار بأنّه قد تمّ التّخلي عن هذا الصّنف في دستور 2014، وتعويض ذلك بإمكانيّة اجتماع المجلس بصورة استثنائيّة خلال عطلته حسب الفصل 57 فقرة 3 وذلك بطلب من رئيس الجمهوريّة أو من رئيس الحكومة أو من ثلث أعضائه. وقد كان الهاجس الذي حمل المجلس الوطني التّأسيسي على ذلك هو تجنّب التّشريع بالمراسيم، ومنطق دستور 2014 القائم على مركزيّة دور المجلس التّشريعي ومكانته داخل النّظام السّياسي[389].

وهناك ثالثا المراسيم أثناء حلّ البرلمان، حيث ينصّ الفصل 80 على ما يلي: «في حالة حلّ مجلس نوّاب الشّعب، لرئيس الجمهوريّة إصدار مراسيم تعرض على مصادقة المجلس في دورته العاديّة الأولى». ويحيل الفصل 116 من الدّستور إلى المراسيم أثناء حلّ المجلسين أو أحدهما في حالة تمّ توجيه لائحة لوم ثانية للحكومة أثناء نفس المدّة النيابيّة وقرّر رئيس الجمهوريّة حلّ المجلسين أو أحدهما. بحيث في هذه الحالة «لرئيس الجمهوريّة أن يتّخذ مراسيم يعرضها على مصادقة مجلس نوّاب الشّعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم أو على أحدهما فقط بحسب الاختصاصات المخوّلة لكلّ واحد من هذين المجلسين».

وبالتّالي، يتعلّق الأمر بمراسيم يتّخذها رئيس الجمهوريّة لـ«ضمان استمرار الدّولة ... والحيلولة دون تعطّل العمل التّشريعي في الفترة التي تفصل حلّ المجلس (النّيابي) عن انتخاب مجلس جديد»[390]. وهي لا تخضع لقيد من حيث الموضوع ولا من حيث الإجراءات لوجود استحالة ماديّة لاتّخاذ قانون تفويض. فهناك فقط شرط لاحق هو العرض على المصادقة في الدّورة العاديّة الأولى للمجلس النّيابي.

يبدو أنّ المراسيم يمكن أن تتدخّل ماديّا في مجال القانون برمّته عدا القانون الانتخابي الذي استثني بصريح النصّ من مجال مراسيم الفصل 80 في حالة حلّ مجلس نوّاب الشّعب، ولم يُستثن صراحة من المراسيم بناء على تفويض تشريعي. ولا ندري إن كان ذلك سهوا أو عن قصد، طالما غابت الأعمال التّحضيريّة للدّستور الجديد. والأهمّ أنّ الحريات واقعة لا محالة تحت طائلة المراسيم. وإن كنّا قد نعينا في كتاب الحريات الفرديّة على دستور 2014 اقتصاده المبالغ فيه في تحديد النّظام القانوني للمراسيم خاصّة من حيث مآلها[391]، فيجب أن ننبّه في إطار دستور 2022 إلى عدم التّناسب الواضح بين توسيع حالات التّشريع بمراسيم والتّحفّظ بشأن تأطيرها بحيث، أسوة بدستور 2014 الذي ضيّق في مجال تطبيق المراسيم، لم يوضّح دستور 2022 في مختلف الأحكام المكرّسة للتّشريع بمراسيم طبيعة المصادقة ولم يشترط المصادقة الصّريحة، كما لم يوضّح منزلة المراسيم ومآلها في صورة عدم المصادقة اللّاحقة عليها أو امتناع السّلطة التّنفيذيّة عن إيداع مشروع قانون المصادقة وهذا خلافا للفصل 38 من الدّستور الفرنسي المذكور أعلاه الذي يشترط أوّلا المصادقة الصريحة وينصّ ثانيا على سقوط المراسيم في صورة عدم إيداع مشروع قانون المصادقة أمام البرلمان قبل التّاريخ المحدّد في قانون التّفويض[392].

وبالتّالي، يُخشى من أن يصبح التّشريع بمراسيم ذو التّأطير القانوني الرّخو من حيث الإجراءات ومن النّاحية المضمونيّة هو المبدأ في التّشريع، بما يشكّل خطورة على الحريات الفرديّة ومدخلا لتدخّل السّلطة

389 أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 328.

390 نفسه، ص. 338. ولنذكّر في هذا الشّأن بأنّ الفصل 63 من دستور 1959 كان ينصّ على ما يلي: " يمكن لرئيس الجمهوريّة إذا صادق مجلس النوّاب على لائحة لوم ثانية بأغلبيّة ثلثي أعضائه أثناء نفس المدّة النّيابيّة إمّا ان يقبل استقالة الحكومة أو أن يحلّ مجلس النوّاب.
ويتحتّم أن ينصّ الأمر المتّخذ لحلّ مجلس النوّاب على دعوة النّاخبين لإجراء انتخابات جديدة في مدّة لا تتجاوز الثّلاثين يوما.
وفي حالة حلّ مجلس النوّاب وفقا للفقرة الأولى من هذا الفصل يمكن لرئيس الجمهوريّة اتّخاذ مراسيم يعرضها فيما بعد على مصادقة مجلس النوّاب ومجلس المستشارين حسب الحالة».

391 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 102.

392 انظر أعلاه، الهامش عدد 320.

التّنفيذيّة في تأطيرها بما يجافي مقاصد التّحفّظ التّشريعي، رغم أنّ هذه المراسيم تظلّ خاضعة للرّقابة القضائيّة التي تتأرجح تبعا لطبيعتها القانونيّة، كما ذكرنا، بين صنف الأعمال الإداريّة الخاضع لرقابة القاضي الإداري وصنف الأعمال التّشريعيّة الخاضع لولاية القاضي الدّستوري التي تمتدّ إلى قوانين التّفويض كما تمتدّ إلى قوانين المصادقة المنضوية تحت طائلة القوانين التي تخضع لرقابة المحكمة الدّستوريّة بمقتضى الفصل 127 من دستور 2022، وتمتدّ بالتّبعيّة إلى المراسيم المصادق عليها التي ارتقت إلى المنزلة التّشريعيّة، ونحيل إلى تحليلنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى أبعاد الرّقابة السّابقة على محتوى المراسيم في إطار مراقبة دستوريّة مشاريع قوانين التّفويض والرّقابة اللّاحقة على محتوى المراسيم في إطار مراقبة دستوريّة مشاريع قوانين المصادقة[393].

الفقرة الثّانية : في ضوابط ممارسة الاختصاص

بتنصيصه على أنّه «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور إلّا بمقتضى قانون» في طالعه، وفي فقرته الثالثة على أنّه « لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدّستور»، لا يشذّ الفصل 55 من دستور 2022 عن سابقه، الفصل 49 من دستور 2014، في التّأسيس لضابطين اثنين في ممارسة الاختصاص: ضابط مادّي يسبغ على القانون المحال إليه جملة من الخصوصيّات[394] لم يصرّح بها الفصل 55 في الواقع لكنها تُستنتج من المعايير الدّوليّة وفقه القضاء الدّستوري المقارن والتي تضع للقانون مقاييس جودة لا مناص منها حتّى يستنفذ شرط «القانون». وأمّا الضّابط الزّمني فقد ورد بالتّصريح لا بالتّلميح في نصّ الفصل 55، وقبله الفصل 49، وهو تحجير الرّجوع إلى الوراء أي مبدأ عدم التّراجع.

فأمّا بخصوص الضّابط المادّي، فقد يكون من المفيد التّذكير بمبادئ سيراكوزا المتّصلة بأحكام العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسّياسيّة التي تجيز تقييدات أو استثناءات، وتتمثّل في ضرورة أن يكون تقييد الحريات بمقتضى «15- قانون وطني مطبّق تطبيقا عامّا يتّفق مع العهد (الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة) ويكون ساري المفعول في وقت تطبيق التّقييد» وألّا تكون القوانين المعنيّة «16- ... تعسّفيّة أو غير معقولة» وأن تتّسم «17-... بالوضوح وأن تكون في متناول الجميع» وأن «يوفّر القانون الضّمانات الكافية وسبل الانتصاف الفعّالة ضدّ فرض التّقييدات على حقوق الإنسان أو تطبيقها على نحو غير قانوني أو منطو على إساءة استعمال»[395]. وتتبوّأ شروط الإتاحة والوضوح محوريّة في علاقة بصياغة النصّ التّشريعي عموما، في ظلّ الخطاب السّائد حول جودة التّشريع بحثا عن القانون الجيّد -الذي يجب أن يستجيب لشروط الجودة الشّكليّة والماديّة- وفي علاقة بصياغة النصّ التّشريعي الضّابط للحريات على وجه الخصوص، وهو ما كنّا قد استنتجنا منه في كتاب الحريات الفرديّة دعوة صريحة للمشرّع لاستنفاذ اختصاصه في ضبط القيود على الحريات حتى يتفادى السّقوط في عيب الاختصاص السّلبي أي «أن يظلّ المشرّع دون اختصاصه»[396]،

393 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 106-108.

394 خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات. تعليق على الفصل 49 من الدّستور التّونسي، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2017، ص. 66.

395 «مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التّقييد وعدم التّقيّد الواردة في العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة»، مرفق بحالة العهدين الدّوليّين الخاصّين بحقوق الإنسان، مذكّرة شفويّة في 24 آب/أغسطس 1984 وموجّهة إلى الأمين العام من الممثّل الدّائم لهولندا لدى مكتب الأمم المتّحدة في جنيف، الأمم المتّحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة حقوق الإنسان، الدّورة الحادية والأربعون، البند 18 من جدول الأعمال المؤقّت، 4/1985/E/CN.4 ، 28 سبتمبر 1984، ص. 4، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4933d08d2

396 التّرجمة لنا. ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P-Y.), BONNET (J.), *op. cit.*, p. 287

حسب المجلس الدّستوري الفرنسي وذلك خاصّة[397] عندما لا يتوخّى المشّرع الدقة في تنظيم مسألة معيّنة[398]، ذلك أنّ المسألة مرتبطة بالأمان القانوني.

وإذ نحيل إلى تحليلنا في كتاب الحريات الفرديّة حول أبعاد شروط جودة التّشريع استنادا إلى فقه قضاء واسع للمحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان وفقه القضاء المقارن[399]، ونذكّر برهانات الجودة في خصوص القوانين المنظّمة للحريات وما ضربناه من أمثلة من التّشريع التّونسي في هذا الصّدد فإنّه من الضّروري في تقديرنا أن نضع المراسيم الانتقاليّة على محكّ معايير جودة التّشريع لنقف على مدى سقوط مشرّع المراسيم في عيب الاختصاص السّلبي. والمسألة لا تخلو من رهانات لاتّصالها بالشّرعيّة الجزائيّة أوّلا، وبالنّظر إلى التّحليل الذي قدّمناه أعلاه في شأن المراسيم الانتقاليّة التي يبدو أنّه قُدّر لها أن تكون دائمة أو هي مرشّحة لتكون كذلك.

المراسيم الانتقاليّة والانتهاكات لمبدأ الشّرعيّة الجزائيّة

نصّ الفصل 34 من دستور 2022، تقريبا في نفس صياغة الفصل 28 من دستور 2014، على ما يلي: « العقوبة شخصيّة ولا تكون إلاّ بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع، باستثناء حالة النّصّ الأرفق بالمتّهم»، مكرّسا مبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات أو «لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون»[400]، ذا المكانة الخاصّة في المنظومة القانونيّة التي تبني تجديد العقد الاجتماعي على عقلنة الزّجر.

وكنّا قد ذكّرنا في كتاب الحريات الفرديّة بارتباط مبدأ الشّرعيّة الجزائيّة في فكر الأنوار بمقاومة الاعتباطية عبر سلب سلطة التّأويل للقاضي الذي كان يختار من العقوبات الجزائيّة الأكثر ملاءمة في نظره استنادا إلى الإنصاف والأعراف الجاري بها العمل[401]. وبالتّأسيس لمبدأ الشرّعيّة الجزائيّة ينحسر دوره في التّطبيق الدّقيق للقاعدة الجزائيّة التي يجب أن تؤوّل تأويلا ضيّقا ولا يمكن أن يكون لها ذلك إلّا إذا كانت مُتاحة ودقيقة وقابلة للتّوقّع وغير رجعيّة [402]، وهو ما يضرب التزاما على المشّرع «بتعريف الجرائم في مصطلحات دقيقة بما فيه الكفاية لتفادي الاعتباطيّة» حسب ما أقرّه المجلس الدّستوري الفرنسي[403]، بما يسمح « للمتقاضي انطلاقا من صياغة الحكم (التّشريعي) ذي العلاقة ... بمعرفة أيّ أفعال أو امتناع عن أفعال يجعل مسؤوليّته الجزائيّة منعقدة» حسب المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان[404].

397 خلافا لعيب الاختصاص الايجابي الذي يؤدّي إلى التّصريح بعدم الدّستوريّة عندما يتدخّل المشّرع في مجال لا يدخل في اختصاصه -كأن يتدخّل في مجال التّراتيب- يتّصل عيب الاختصاص السّلبي بعدم ممارسة المشّرع لكامل اختصاصه كأن يفوّض إلى سلطات أخرى وضع قواعد تدخل دستوريّا في مجال اختصاصه أو في الصّورة موضوع هذا المبحث أي عند وضع أحكام غامضة. انظر:
ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P-Y.), BONNET (J.), *op. cit.*, pp. 286-289.

398 انظر مثلا:
Décision n°2014-393 QPC du 25 avril 2014, M. Angelo (R.) Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires, considérants 6 à 8, disponible au lien : http://tinyurl.com/2p97at9x

399 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 115-126.

400 من اللاّتينيّة *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

401 DRAGO, (M.-L.), « Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle », thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2016, pp. 8-9.

402 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 118-119.

403 Conseil constitutionnel, Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, considérant n°7, disponible au lien : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127DC.htm. التّرجمة لنا.

404 CEDH, *Cantoni c. France*, Requête n°17862/91, Arrêt du 15 novembre 1996, §29, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/yzfe6utc

وأهميّة إدراك المتقاضي لمعنى الأحكام الجزائيّة جعلت ذات المحكمة تعتبر في قرارها في قضيّة *Ashlarba* أنّ مفهوم القانون يرتبط بمقتضيات الجودة من إتاحة وقابليّة للتّوقّع وذكّرت بصعوبة التّوفيق بين عموميّة القاعدة القانونيّة ودّقتها وهو «ما يجعل صياغة كثير من القوانين بطريقة غامضة أمرا لا مفرّ منه، وتأويلها وتطبيقها مرتهنين بالممارسة. وبالتّالي، في كلّ منظومة قانونيّة، مهما كانت دقّة صياغة الحكم التّشريعي، بما في ذلك في المادّة الجزائيّة، هناك جانب محتوم من التّأويل القضائي. وسيكون دائما ضروريّا توضيح النّقاط المشكوك في أمرها والتّأقلم مع تطوّر الظّروف. وإذا كان اليقين أمرا محبّذا بشدّة، فقد يؤدّي إلى صرامة مبالغ فيها حال أنّ القانون يجب أن يكون قادرا على مواكبة تطوّر الظّروف»، لتخلص المحكمة إلى أنّ القانون يمكنه أيضا أن يحترم مقتضيات « «قابليّة التّوقّع» عندما يكون الشّخص المعني ملزما بأخذ النّصائح القانونيّة المناسبة لتقدير النّتائج التي يمكن أن يؤدّي إليها فعل معيّن وذلك بدرجة معقولة في ظروف الحال»[405] . وقد قامت المحكمة بهذا التّحليل لا للحطّ من التزام المشرّع بأن يتوخّى الدقّة المطلقة في صياغة الأحكام الجزائيّة بل لتنتهي إلى أولويّة إدراك المتقاضين لمعنى القاعدة الجزائيّة. وانتهت المحكمة إلى ذلك بشأن قانون في جورجيا استعمل ألفاظا متداولة تحيل إلى «العالم السّفلي للّصوص»[406] دون أن يحول ذلك دون اعتبار «هذه المفاهيم الجنائيّة مفهومة من قبل الأشخاص العاديين لتجذّر الظّاهرة الإجراميّة في المجتمع»[407].

شتّان إذن بين هذه المقتضيات التي تفرضها مبادئ الشّرعيّة الجزائيّة والسّياسة التّشريعيّة الجزائيّة التي تعكسها المراسيم الانتقاليّة عبر التّعابير المفتوحة والصّياغة غير الدّقيقة للمفاهيم المكوّنة للرّكن المادّي لجرائم تمّ الغلوّ في زجرها، وسنضرب مثالين متقاطعين في علاقتها بالحريّة الفرديّة في التّعبير، ألا وهما المرسوم سابق الذّكر عدد 14 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 المتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة والمرسوم عدد 54 لسنة 2022 المؤرّخ في 13 سبتمبر 2022 المتعلّق بمكافحة الجرائم المتّصلة بأنظمة المعلومات والاتّصال[408].

فالفصل 3 من المرسوم عدد 14 لسنة 2022 يدرج في جريمة المضاربة غير المشروعة التّرويج العمد لأخبار «أو معلومات كاذبة أو غير صحيحة لدفع المستهلك للعزوف عن الشّراء أو قصد إحداث اضطراب في تزويد السّوق والتّرفيع في الأسعار بطريقة مباغتة وغير مبرّرة»، وهي تقريبا نفس الأفعال المنضوية تحت طائلة المرسوم عدد 54 لسنة 2022 الذي يجرّم في الفصل 24 تعمّد «استعمال شبكات وأنظمة معلومات واتّصال لإنتاج، أو ترويج، أو نشر، أو إرسال، أو إعداد أخبار أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو وثائق مصطنعة أو مزوّرة أو منسوبة كذبا للغير»، فما هو المعنى الذي يجب إعطاؤه للأخبار الكاذبة والحال أنّ الأمر يتعلّق بمفهوم «شديد الحساسيّة من

405 CEDH, *Affaire Ashlarba c. Géorgie*, Requête n° 45554/08, Arrêt du 15 juillet 2014, §34, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/42dsz7cu .الترّجمة لنا

406 «*Thieves' underworld*», *Ibid.* الترّجمة لنا

407 *Ibid.*, §37 الترّجمة لنا.

وانظر أيضا :

TAMIETTI (A.), «Le principe de légalité aux termes de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un bref aperçu de jurisprudence», *eucrim*, 2015/3, p. 117, disponible au lien suivant: https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2015-03.pdf#page=42

408 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 103، 16 سبتمبر 2022، ص. 2949-2953.

حيث تعريفه من النّاحية القانونيّة، بما يتيح لممثّلي السّلطة التّنفيذيّة تأسيس سلطة تقديريّة مشطّة في تحديد ما هي الأخبار الزّائفة، وما الذي يشكّل خطأ وما الذي يشكّل حقيقة»[409]؟ ويمكن أن نذكّر في هذا الإطار بما ورد في تقرير لجنة البندقيّة حول رأيها بشأن الفصل 29 من مشروع قانون يضيف فصلا للمجلّة الجزائيّة التّركيّة (217/A) التي تستعمل صيغة شبيهة بما ورد في المرسومين التّونسيّين، تحيل إلى نشر الأخبار الكاذبة للعموم، وفي علاقة بمقتضيات الإتاحة وقابليّة التّوقّع. وأقرّت لجنة البندقيّة بأنّ الفصل المذكور «يستعمل عدّة مصطلحات وخاصة «المعلومات المضلّلة»، «معلومات مغلوطة بهدف تضليل المجتمع»، «النّشر للعموم»، «إخلال بالسّلم العام»، «الرّفاهيّة العامّة» أو «الصحّة العموميّة» أو «الصحّة العامّة»... وهي مصطلحات عامّة وغامضة ومفتوحة لتأويلات مختلفة ... كثير من هذه المصطلحات قد تبدو مترادفة وهي ليست كذلك بالضّرورة»[410].

أمّا بخصوص الفصل 24 فقرة 2 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022 فهو يستعمل ترسانة من المفاهيم التي اعتبرها أفعالا مجرّمة حال أنّ الحدود بينها غير واضحة بالمرّة، فهو ينصّ على معاقبة تعمّد «استعمال أنظمة معلومات لنشر، أو إشاعة أخبار، أو وثائق مصطنعة، أو مزوّرة أو بيانات تتضمّن معطيات شخصيّة أو نسبة أمور غير حقيقيّة بهدف التّشهير بالغير أو تشويه سمعته أو الإضرار به ماديّا أو معنويّا أو التّحريض على الاعتداء عليه أو الحثّ على خطاب الكراهية». فهل أنّ الاكتفاء بالنّقر على علامة الموافقة (« j'aime ») على مواقع التّواصل الاجتماعي تنضوي تحت طائلة النّشر المجرّم[411]؟ وهذا التّعدّد «لا يتيح للأشخاص معرفة إن كانت أفعالهم تنضوي تحت الأفعال المجرّمة»[412]، هذا فضلا عن صعوبة التّمييز بين «التّشهير بالغير أو تشويه سمعته أو الإضرار به ماديّا أو معنويّا أو التّحريض على الاعتداء عليه» وجريمة الثّلب المكرّسة في ترسانة من النّصوص منها العام، في إطار المجلّة الجزائيّة في الفصول 67 و68 و128، ومنها الخاص في علاقة بالصحفيّين وهو المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المتعلّق بحرية الصّحافة والطّباعة والنّشر[413]، ونفس الصّعوبة تواجهنا عند محاولة تعريف التّحريض على الاعتداء على الغير المرتبط بالشّخصيّات العامّة، وهو ما قد يؤدّي إلى الشّطط في التّضييق على كلّ نقد لها[414].

ونأتي الآن إلى الحثّ على خطاب الكراهية وهو مفهوم معتمد في القانون الدّولي رغم غياب تعريف واضح له، وقد اعتمده الفصل 20 من العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسّياسيّة في فقرته الثّانية التي تنصّ على أنّه «تحظر بالقانون أي دعوة إلى الكراهية القوميّة أو العنصريّة أو الدّينيّة تشكّل

409 Assemblée générale, Conseil des droits de l'homme, « Pandémies et liberté d'opinion et d'expression », Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, A/HRC/44/49, 44ème session, 23 avril 2020, §42, p. 14, disponible au lien suivant : https://tinyurl.com/2scv6993

410 Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Turquie, Avis conjoint urgent de la Commission de Venise et la Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur le projet d'amendements au Code pénal concernant la disposition sur les « informations fausses ou trompeuses », Avis n° 1102 / 2022, 7 octobre 2022, §39 et §40, p. 13, disponible au lien suivant :
https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)032-f. الترّجمة لنا

انظر أيضا:

ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, Pamt 2 (Programme d'appui aux médias tunisiens), Union européenne, Janvier 2023, p. 17, disponible au lien suivant:
https://pamt2.org/wp-content/uploads/2023/02/Analyse-juridique-Decret-loi-No_-2022-54.pdf

411 ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, *op. cit.*, pp. 16-17.

412 نفسه، ص. 18. الترّجمة لنا.

413 المرسوم عدد 115 لسنة 2011 مؤرّخ في 2 نوفمبر 2011 يتعلّق بحرية الصّحافة والطّباعة والنّشر، سابق الذّكر. انظر أيضا:
ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, *op. cit.*, pp. 18-19

414 ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, *op. cit.*, p. 19.

تحريضا على التّمييز أو العداوة أو العنف»[415]. وجاءت خطّة عمل الرّباط بشأن حظر الدّعوة إلى الكراهية القوميّة أو العرقيّة أو الدّينيّة التي تشكّل تحريضًا على التّمييز أو العداوة أو العنف لتوضّح طريقة تطبيق الفصل 20 من العهد ولتضع اختبارًا من ستّة أجزاء «لمعايير أشكال التّعبير المحظورة جنائيّا»[416] وهي تباعا «السّياق ... (و)المتكلّم ... (و)النيّة ... (و)المحتوى أو الشّكل ... (و)مدى الخطاب (و)الرّجحان بما في ذلك الوشوك»[417].

وفي تعليقها المتميّز على المرسوم عدد 54 لسنة 2022 أشارت منظّمة الفصل 19 إلى أنّ عدم وضوح التّعريف هذا يؤدّي إلى توسيع المحاذير المتعلّقة بتجريم الحثّ على خطاب الكراهية، مضيفة أنّ المرسوم «لا يجرّم خطاب الكراهية، بل «الحثّ على خطاب الكراهية» الذي ... يعني أساسا أنّه يبحث عن تجريم التّحريض على التّحريض»[418].

وفي انتظار أن نناقش لاحقا هذا التّجريم ونعرضه على محكّ الضّرورة والتّناسب، من الواضح أنّ المرسومين عدد 14 و54 لسنة 2022 خرقا بوضوح مبدأ الشّرعيّة الجزائيّة وجاءت الصّياغة موغلة في التّعميم والعبارات الفضفاضة التي تشكّل المدخل للتعسّف.

نأتي الآن إلى الضّابط الثّاني لممارسة المشرّع لاختصاصه في وضع الضّوابط للحقوق والحريات وهو مبدأ عدم التّراجع.

في الواقع، في سياق سياسي متميّز بتوارد الخطاب حول التّراجع عن مكاسب حقوق الإنسان، يشكّل تحليل مبدأ عدم التّراجع الذي استعاده الفصل 55 أهميّة بالغة، حيث نصّ الفصل 55 حرفيّا على ما يلي: «لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدّستور». ومن الواجب التّذكير بما قيل عن عدم التّراجع في إطار الفصل 49 لأنّه ينسحب على الفصل 55، فالفقرة التي تكرّس المبدأ في الفصلين، مع مخاطبتها رأسا للمشرّع الدّستوري الفرعي وانطباقها على التّعديلات الدّستوريّة تنسحب «من باب أولى وأحرى على التّشريع العادي أو الأساسي» [419].

وأثر مبدأ عدم التّراجع شبيه بـ«أثر عجلة مُسَنَّنة، إذا تقدّمت خطوة واحدة، لا يمكنها الرّجوع إلى الوراء»، كما عبّر عنه القاضي بالمحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان كازاديفال في تشبيه شهير[420]، بحيث يهدف إلى تحجير التّدابير التّشريعيّة التّي تتراجع عن رصيد المكتسبات الذي تمّ تحصيله لكلّ حقّ بصفة تراكميّة. هو

415 المعاهدات الدّولية الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص. 32. انظر في هذا الشّأن:
ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, *op. cit.*, p. 19.

416 المفوّضية السّامية لحقوق الإنسان، خطّة عمل الرّباط بشأن حظر الدّعوة إلى الكراهية القومية او العنصريّة أو الدّينية التي تشكّل تحريضا على التّمييز أو العداوة أو العنف، 5 أكتوبر 2012، ص. 8، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome_AR.pdf

انظر أيضا في هذا الشّأن:
ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, *op. cit.*, pp. 18.19

417 المفوّضية السّامية لحقوق الإنسان، خطّة عمل الرّباط بشأن حظر الدّعوة إلى الكراهية القومية او العنصريّة أو الدّينية التي تشكل تحريضا على التمييز أو العداوة أو العنف، سابق الذّكر، ص. 8-9.

418 ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n°2022-54 du 13 septembre 2022*, *op. cit.*, p. 19.

419 سليم اللّغماني، «الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة»، ضمن سليم اللّغماني، كتابات في السياسة والدّستور على أثر الثّورة، تونس، منشورات نيرفانا، 2020، ص. 119.

420 Opinion en partie dissidente du juge Casadevall dans l'affaire Gorou c/Grèce, Requête n°12686/03, arrêt du 20 mars 2009, §9, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/3z5dbtsb . الترّجمة لنا

إذن رديف الالتزامات الايجابيّة المحمولة على الدّولة في الإعمال التّدريجي للحقوق الأساسيّة[421]. وكنّا قد تعرّضنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى التّأصيل النّظري والقضائي للمبدأ[422]. ومن المفيد التّذكير بموقف الفقه البلجيكي الذي طوّر نظريّا هذا المبدأ[423] انطلاقا من الفصل 23 من الدّستور[424] حيث يتمّ اشتراط عدم التّراجع عن الضّمانات التي كرّسها المشرّع تدريجيّا في استحالة التّطبيق الفوري والمباشر للحقوق الأساسيّة التي تضمنها النّصوص الدّوليّة أو الدّستوريّة والتي تقتضي إعمالا تدريجيّا من قبل المشرّع واستحالة محاججة الأفراد بها مباشرة أمام القضاء[425]. هذا ما يحمل على المشرّع التزاما أدنى بالإبقاء على أفضل مستوى لحماية الحقّ تمّ اكتسابه والتزام أقصى بتعزيز الضّمانات التي تمّ بعدُ تكريسها.

ويمكن أن نعتبر أنّ هذا المبدأ لا ينسحب فقط على المشرّع التّأسيسي الفرعي والمشرّع الأساسي والعادي بل حتّى على السّلطة التنفيذيّة إذ يمكن أن يؤدّي تنظيم إجراءات ممارسة الحقّ في النّصوص التّطبيقيّة إلى التّراجع عن المكاسب حتّى بطريقة «غير متعمّدة» وهذا ما يبرزه دليل المؤسّسات الوطنيّة لحقوق الإنسان[426].

وبقطع النّظر عن إشكاليّات التّنافر بين مبدأ عدم التّراجع مع الحريات الفرديّة وقرينة التّلازم بين هذا المبدأ والحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة، وهي إشكالية حسمناها، من وجهة نظرنا، في كتاب الحريات الفرديّة[427]، فإنّ المشكل الأساسي بالنّسبة إلى عدم التّراجع يظلّ تحديد النّقطة المرجعيّة في المقارنة لقياس مدى تراجع التّدبير التّشريعي عن أعلى مستوى للحماية. وقد وضّحت محكمة شغل بلجيكيّة في قرار صادر بتاريخ 10 فيفري 2016 كيفيّة تطبيق مبدأ عدم التّراجع كالتّالي: « يقتضي تطبيق مبدأ عدم التّراجع فحصا صارما مبنيّا على مقارنة بالرّجوع إلى القاعدة المرجع بين النّقطة الأساسيّة المرجعيّة والقاعدة موضوع النّزاع. تتمثّل القاعدة-المرجع في القاعدة الدّوليّة أو الدّستوريّة التي استخرج منها الالتزام بعدم التّراجع. أمّا النّقطة

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

انظر أيضا: شهر الدّين غزالة، دليل السّلطة التنفيذيّة في تطبيق الفصل 49 من الدّستور، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021، ص.11.

422 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 110-115.

423 يُعرف هذا المبدأ في القانون البلجيكي بـ: *the standstill obligation*.

424 ينصّ الفصل 23 من الدّستور البلجيكي على ما يلي: «للجميع الحقّ في حياة تتوافق مع الكرامة الإنسانيّة.
تعمل القوانين والأعراف والقرارات المشار إليها في المادّة 134 على تحقيق هذا الهدف، آخذة بعين الاعتبارالواجبات والحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة، كما تعمل على تحديد الظّروف اللّازمة لممارسة هذه الحقوق.
من أهمّ ما تشمل هذه الحقوق:
1-الحقّ في الحصول على وظيفة، والاختيار الحرّ لأيّ نشاط مهني في إطار سياسة التّوظيف العامّة التي تهدف من بين أشياء أخرى إلى ضمان أعلى مستوى مستقر من التّوظيف، الحقّ في الحصول على ظروف وظيفيّة عادلة وأجر عادل، بالإضافة إلى الحصول على المعلومات والاستشارات والتّفاوض الجماعي ...»، دستور بلجيكا الصّادر عام 1831 شاملا تعديلاته لغاية عام 2014، ص. 8-9، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014.pdf?lang=ar

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

426 نصّ هذا الدّليل على أنّ التّدبير التّراجعي «هو ذلك الذي يؤدّي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى اتّخاذ خطوات تنطوي على تراجع عمّا تحقّق فيما يتعلّق بالحقوق التي يقرّها العهد (...). لقد حصرت لجنة (الحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة) نقدها على التّدابير التّراجعية المتعمّدة. إنّ هذا الأمر لا يجعل الحظر مقتصرا على التّدابير التي تهدف إلى الحدّ من مستوى التّمتّع بالحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة. وإنّما ينطبق الحظر على أيّ إجراء يحدّ من التّمتّع بالحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة، أكان التّراجع عن المكتسبات من بين النّتائج المتوخّاة منه أم لا. ويُتوقّع من الدّول أن تتصرّف بحرص وتريّث كي لا تتّخذ إجراءات من شأنها انتهاك حقوق الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر. لذلك، فإنّ الحظر يشمل ما يتمّ اتّخاذه عن غير قصد من تدابير تحدّ من التّمتّع بحقوق الإنسان.
إنّ تدبيرا يحدّ عن غير قصد من التّمتّع بحقوق الإنسان قد لا يشكّل في حدّ ذاته تدبيرا تراجعيّا متعمّدا. وهو بالتّالي لا يمثّل في حدّ ذاته انتهاكا للعهد. إلاّ أنّ الدّولة ملزمة، بموجب التزاماتها العامّة بموجب العهد، باتّخاذ خطوات فوريّة لتصحيح ذلك الإجراء عندما يتّضح أنّه يشكّل تراجعا عمّا تحقّق. إنّ الالتزام بالإعمال التّدريجي للحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة يعني ضمنيّا أنّه لا ينبغي أن يحدث تراجع مقصود أو غير مقصود إلى مستوى أدنى من التّمتّع بتلك الحقوق»، مفوّضيّة الأمم المتّحدة لحقوق الإنسان، الحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة، دليل للمؤسّسات الوطنيّة لحقوق الإنسان، سلسلة التّدريب المهني، العدد رقم 12، 2005، ص. 32. انظر أيضا شهر الدّين غزالة، المرجع سابق الذّكر، ص. 13.

427 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 112-114.

الأساسيّة المرجعيّة فهي التي تحدّد مستوى الحماية الذي يجب أخذه بعين الاعتبار لتقدير تراجع ممكن من قبل القاعدة موضوع النّزاع. وهذه الأخيرة هي التي تكيّف بتراجعيّة أو بمحتملة التّراجع»[428]. وكنّا قد ميّزنا في كتاب الحريات الفرديّة بين النّظريّتين المعتمدتين في الفقه وفقه القضاء البلجيكيّين حول النّقطة المرجعيّة في المقارنة. ويتعلّق الأمر بنظريّة النّقطة الثّابتة حيث يعدّ التّشريع النّافذ عند وضع القاعدة-المرجع (الدّستور) أو عند الانضمام إليها (المعاهدة الدّوليّة) هي التي تشكّل نقطة المقارنة التي يتمّ على ضوئها تقدير صحّة كلّ حكم تشريعي لاحق[429]. وأمّا في نظريّة النّقطة المتنقّلة المستقرّعلى تطبيقها في فقه القضاء البلجيكي فإنّ نقطة المقارنة تتطوّر بحسب المكاسب والتّطوّرات التّشريعيّة المحرزة بعد دخول القواعد المرجع (الدّستور/المعاهدة الدّوليّة) حيّز النّفاذ وقبل إصدار التّشريع موضوع النّزاع[430]. وقد ضرب الأستاذ سليم اللّغماني مثالا على ذلك مستقى من المرسوم عدد 55 لسنة 2022 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 والمتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه، سابق الذّكر، في تكريسه لطريقة الاقتراع على الأفراد بما يشكّل تراجعا عن النّظام الانتخابي السّابق في تكريسه للتّناصف الأفقي بين النّساء والرّجال في الانتخابات التّشريعيّة[431].

هذا المثال هو نموذج عن كسر سلسلة الرّصيد التّراكمي للحقّ والحريّة الذي لا يمكن التّراجع عنه، بما يفقد مبدأ عدم التّراجع نجاعته في حماية الحقوق ضدّ تقلّبات الأغلبيّة خاصة إذا تمكّن التّدبير التّشريعي التّراجعي من الإفلات من رقابة الدّستوريّة، وهذا هو مربط الفرس. فالتّكريس الدّستوري لمبدأ عدم التّراجع يعدّ مكسبا حمائيّا هامّا من المفروض أن يعزّز حماية حقوق الإنسان، لأنّه يقيّد اختصاص المشرّع ويرتقي بالمكتسبات إلى نوع من «بند للخلود»[432] على شاكلة القانون الأساسي الألماني في حمايته لنواة صلبة من الحقوق، والاستعارة لمعلّق فرنسي[433] على تعامل المجلس الدّستوري الفرنسي في أحد قراراته مع مبدأ عدم التّراجع في المادّة البيئيّة الذي لم يرتق به إلى هدف ذي قيمة دستورية[434]، ومذكّرا بموقفه الذي نسّب فيه بخصوص تطبيق مبدأ عدم الرّجوع للوراء ونظريّته[435] التي كنا قد حلّلناها في كتاب الحريات الفرديّة[436]، حيث اعتبر أنّه «يجوز للمشّرع في أيّ وقت عندما يبتّ في مجال اختصاصه، ولغاية تحقيق أو التّوفيق بين الأهداف ذات القيمة الدّستوريّة أن يتوخّى طرقا جديدة يعود له تقدير ملاءمتها. ويمكنه أيضا ولهذا الغرض تنقيح النّصوص السّابقة أو إلغاؤها مع تعويضها عند الاقتضاء، بأحكام أخرى. وفي الحالتين لا يمكنه حرمان المقتضيات ذات الصّبغة الدّستوريّة من الضّمانات القانونية»[437].

428 C. trav. Liège (Neufchâteau), 10 février 2016, R.G. n° 2015/AU/48, www.terralaboris.be. التّرجمة لنا.

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

430 LAMBINET (F.), « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage: quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018 », p. 7 , disponible au lien suivant: http://terralaboris.be/IMG/pdf/lb_061_standstill_cho_mage_terra_laboris_18iv07.pdf
انظر أيضا لنموذج تونسي لـ «لعناصر المرجعيّة لتقدير المكتسب في مجال حقوق الإنسان »، شهر الدّين غزالة، المرجع سابق الذّكر، ص.15-18.

431 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 36.

432 Clause d'éternité.

433 LALLEMANT-MOE (H.R.), «La non-régression en droit français : mythe ou réalité ?», *Revue juridique de l'environnement,* 2018/2, p. 346 التّرجمة لنا.

434 Décision n°2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, disponible au lien suivant :https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016737DC.htm. Voir également : LALLEMANT-MOE (H. R.), *op. cit.*, pp. 333-347.

435 نظريّة l'effet cliquet.

436 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 112-114.

437 Décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *op. cit.*, §11. التّرجمة لنا.

إذن، في غياب رقابة دستوريّة فعليّة، لن يكون بالإمكان تحصين مكتسبات تشريعيّة هامّة في ظلّ تهديدها بتدابير تشريعيّة تراجعيّة بما يجعل الحقوق حبيسة حلقة مفرغة بين اكتساب الحقّ ثمّ التّراجع عنه، بين المتواصل والمنقطع في حركة عبثيّة بالتّقدّم نحو الخلف، وهو ما تبرزه المراسيم الانتقاليّة.

مسألة الحوار مع القاضي الدّستوري إذن هامّة للغاية، فهي التي تعطي لمبدأ عدم التّراجع معناه وتحقّق له مقاصده، خاصة في ظلّ التّنسيب الذي اقترحناه في كتاب الحريات الفرديّة بالنّظر إلى ما قد يؤدّي إليه تطبيق مبدأ عدم التّراجع من «تحنيط» المستوى الأعلى للحماية التّشريعيّة الذي تمّ تحصيله، بما يفترض بالضّرورة وجود قرينة في التّناسب بين التّدابير التي يتضمّنها والضّوابط الواردة في المادّة الجامعة. لكن وكما سبق أن قلنا في كتاب الحريات الفرديّة، يمكن أن تستدعي الظّروف تغييرا في أهداف المشرّع وانتهاكا أكبر للحريّة من التّنظيم السّابق مبرّرا بضرورة جديدة قد تجعل الانتهاك محترما للتّناسب مع الهدف التّشريعي، بما يستوجب إعادة الموازنة كلّ مرّة[438].

438 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 114-115.

المبحث الثّانى - المنهج:

تشييت التّمشّي

كنّا قد اعتبرنا في كتاب الحريات الفرديّة أنّ الفصل 49 أسّس لامتحان ثلاثي[439] بما يفترض اجتياز القيد لامتحان «الضّرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة»، وأن يكون مبرّرا بأحد الأهداف التي عدّها الفصل 49 مشروعة، وأن يجتاز القيد، أخيرا، اختبار التّناسب. ويمكن أن نعتبر أنّ الفصل 55 من دستور 2022 قد استعاد نفس البنية بعد أن اعتمد مشروع 30 جوان 2022 صياغة تضييقيّة: «لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور إلاّ بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها الدّفاع الوطني أو الأمن العام أو الصحّة العموميّة أو حماية حقوق الغير أو الآداب العامّة. ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقـــوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها ومتلائمة مع دواعيها.

لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدّستور. وعلى كل الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أي انتهاك»[440] .

بحيث جاءت الضّرورة غير مقيّدة وغاب التّصريح بالتّناسب دون أن يغيب منطقه عبر عبارة «متلائمة مع دواعيها». ثمّ تمّ تحسين الصّياغة في النّسخة التّصحيحيّة الصّادرة بتاريخ 8 جويلية 2022 التي أدرجت «الضّرورة في نظام ديمقراطي» وحذفت الآداب العامّة من قائمة الدّواعي وكرّست «التّناسب مع دواعي» القيود[441] وهي نفس الصّياغة التي تمّ اعتمادها في النّهاية في دستور 25 جويلية 2022.

ولنعترف بأنّ صياغة 8 جويلية 2022 التّصحيحيّة أنقذت إلى حدّ ما المادّة الجامعة ومنهجها، دون أن تكون عمليّة الإنقاذ مكتملة، كما سيتمّ بيانه لاحقا. ونقدّر أنّ الفصل 55 احتفظ بمنهج التّقييد الثّلاثي الذي اعتمده الفصل 49 (الفقرة الأولى) وعتبة عدم المساس بجوهر الحق التي سنتساءل عن موقعها في البنية الجديدة للفصل 55 (الفقرة الثانية)[442].

439 نفسه، ص. 127 وما بعدها.

440 نص سابق الذّكر، ص. 2349.

441 أمر رئاسي عدد 607 لسنة 2022 مؤرّخ في 8 جويلية 2022 يتعلّق بإصلاح أخطاء تسّربت إلى مشروع الدّستور المنشور بمقتضى الأمر الرّئاسي عدد 578 لسنة 2022 المؤرّخ في 30 جوان 2022 المتعلق بنشر مشروع الدّستور الجديد للجمهوريّة التّونسيّة موضوع الاستفتاء المقرّر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 77، 8 جويلية 2022، ص. 2415.

442 انظر في نفس الاتّجاه: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص. 11-13.

الفقرة الأولى: تثبيت المنهج الثلاثي

المقارنة بين الدّستورين تجعلنا نخلص إلى أن منهج التّقييد يظلّ هو نفسه: التّثبّت من ضرورة القيد في نظام ديمقراطي وتلك هي الضّرورة الخارجيّة(أ)، والتثبّت من مشروعيّة الهدف(ب)، ثمّ اختبار التّناسب(ج).

أ. المحافظة على ضرورة القيد

ترتبط فكرة الضّرورة كما رأينا في كتاب الحريات الفرديّة بالاستثناء والحتميّة، وتجد جذورها في تاريخ الأفكار السّياسيّة وبالتّحديد في فكر الأنوار حيث تُـعتبر الحريّة هي المبدأ الذي لا يُحدّ منه إلاّ لضرورة قصوى تفرضها ضرورات العقد الاجتماعي الذي يفترض تنازل كلّ فرد عن جزء من الحريّة لتحقيق الأمن الجماعي[443]. وظهور المجتمع السياسي يرتبط عند هوبز مثلا بالقطع مع حالة الطّبيعة التي كان البشر يعيشون فيها، وهي حالة يكون فيها الإنسان «في حالة حرب الكلّ ضدّ الكلّ، وهي الوضعيّة التي يكون فيها كلّ شخص محكوما فقط بعقله، ولا توجد موانع ضمن ما يمكن أن يساعده على المحافظة على حياته ضدّ أعدائه، فما يترتّب عن هذه الحالة أنّ كلّ شخص له الحقّ على كلّ شيء، بما في ذلك على جسد شخص آخر»[444]، لكن هناك قانون أساسي للطّبيعة يتمثّل في أنّه للبقاء لا بدّ من «البحث عن السّلم والامتثال له»[445]، والذي يترتّب عنه قانون آخر يتمثّل في أنّ «الإنسان يقبل بالتّخلّي عن جزء من حقّه على جميع الأشياء ما دام يقدّر أنّ ذلك ضروري للسّلم وللدّفاع عن نفسه، طالما قبل الآخرون بالتّخلّي عن هذا الحقّ، وهو يكتفي تجاه الآخرين بنفس القدر من الحريّة التي يتركها لهم. فطالما احتفظ الإنسان بهذا الحقّ في القيام بما يريد، ظلّ كلّ البشر في حالة حرب»[446]. ويضيف هوبز أنّ «التّخلّي عن الحقّ الذي نملكه على شيئ ما، هو التّخلّي عن الحريّة في منع الآخر من التّمتعّ بحقّه على نفس الشّيء»[447]، لذلك «في كل مرّة يحيل فيها الشّخص الحقّ أو يتخلّى عنه يكون ذلك إمّا في مقابل حقّ أحيل له في إطار المعاملة بالمثل، أو من أجل خير آخر يتمنّى الحصول عليه بهذه الوسيلة. بما أنّه عمل إرادي ... والنّقل المتبادل للحقّ هو ما يطلق عليه البشر العقد» [448] القائم على الالتزام باحترام الحقوق والتّنازلات المتبادلة والذي لا يمكن فرض احترامه إلّا في «حالة المدنيّة، أين توجد سلطة مؤسّسة تفرض الالتزام على من كانوا سينكثون عهدهم في غيابه»[449]. ولا يمكن أن يكون الوفاق إلّا في إطار التّداول لأنّ «الالتزام هو عمل إرادة»[450]. ويضيف في كتابه «في المواطن» : «صحيح أنّه خارج المجتمع المدني يتمتّع كلّ فرد بحرية مطلقة للغاية، لكنها غير مثمرة، فبما أنّها تعطي الامتياز لفعل كلّ ما يحلو لنا، فهي تترك في المقابل للآخرين القوّة لتعذيبنا قدر ما يحلو لهم. لكن في حكومة دولة راسخة، كلّ شخص لا يترك لنفسه من الحريّة إلا القدر اللاّزم للعيش بطريقة مريحة، وفي سكينة تامة، طالما لا يُنزع عن الآخرين إلاّ ما يخشى منه ... خارج المجتمع، ليس هناك إلا النّهب المتواصل ونكون في عرضة إلى العنف من قبل كلّ الذين يريدون أن ينزعوا عنّا الخيرات والحياة؛ لكن في الدّولة هذه السّلطة تعود إلى واحد فقط... خارج المجتمع المدني، تسود الأهواء والحرب أبديّة والفقر لا يمكن التّغلّب

443 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 128-129.

444 HOBBES (Th.), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésisatique et civile,* traduit de annoté et comparé avec le texte latin par François Tricaud, Paris, Editions Sirey, 1983, p. 129. التّرجمة لنا

445 نفسه، ص.129 . التّرجمة لنا.

446 نفسه، ص.129 . التّرجمة لنا.

447 نفسه، ص.130 . التّرجمة لنا.

448 نفسه، ص.131 -132. التّرجمة لنا.

449 نفسه، ص.137. التّرجمة لنا.

450 نفسه، ص. 138. التّرجمة لنا.

عليه، لا يفارقنا الخوف وتضطهدنا أهوال الوحدة، يطغى علينا البؤس وتحرمنا الهمجيّة والجهل والوحشيّة من حلاوة الحياة؛ لكن في ظلّ نظام حكومة، يمارس العقل سلطانه ويعود السّلم إلى العالم ويعود الأمن العام ليستتبّ»[451]. وهذا هو منطق الضّرورة التي تفرضه حالة المدنيّة فلا عزاء في المحافظة على مطلق الحريّة طالما فيها نسف للوجود، والحدّ منها ضرورة للخير العام في إطار تعاقدي قائم على التّنازل المتبادل، ضرورة تعكسها المادّة الجامعة.

فلحماية القيم أو الأهداف المشروعة المرتبطة بـ«الخير» أو الصّلاح العام، لا بدّ من تقييد الحقّ طالما أنّه لا توجد وسيلة أخرى تمكّن من هذه الحماية[452]، أي أنّ الضّرورة ترتبط بحاجة اجتماعيّة ملحّة فهي الملاذ الأخير[453]. ونظرا لطبيعة الضّرورة المفتوحة للتّأويل لا بدّ أن تردف بتخصيص أي أنهّا ليست الضّرورة في المطلق بل هي الضّرورة في إطار أو فضاء معيّن قدّر الفصل 55 أنّه النّظام الدّيمقراطي وهو ما سنعيد النّظر في أبعاده لاحقا.

ولنذكّر بأنّ الضّرورة في الفضاء الدّيمقراطي-وعلى وجه التّدقيق الضّرورة في مجتمع ديمقراطي- كرّست في المواد 8 و9 و10 من المعاهدة الأوروبيّة لحقوق الإنسان والحريات الأساسيّة التي تهمّ تباعا الحقّ في احترام الحياة الخاصّة والعائليّة والحقّ في حرية الرّأي والضّمير والمعتقد وحرية التّعبير. وقد اعتبرت المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في تأويلها لهذه الضّرورة أنّه: «بالنّظر إلى الألفاظ والتّعابير الأخرى الواردة في الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، « إذا كان نعت «ضروري» الوارد بالفصل 10 في فقرته الثّانية ليس مرادفا لما «لا غنى عنه»، و لألفاظ مثل «ضروري لأقصى درجة» و«الضّروري تماما» و«الحدّ الذي تقتضيه الحالة بدقّة»، فإنّ هذا النّعت ليس بمرونة ألفاظ مثل «مقبول»، «طبيعي»، مفيد»، «معقول»، أو «مناسب»... ومع ذلك، يعود للسّلطات الوطنيّة في المقام الأوّل تقدير حقيقة الحاجة الاجتماعيّة الماسّة التي يفترضها في هذا الصّدد مفهوم الضّرورة»[454].

ومن المفيد أيضا التّذكير بمواقف المحاكم العليا الوطنيّة من ذلك المحكمة الكنديّة العليا التي أقرّت في قرارها الشّهير *Oakes* أنّ أبعاد ما هو ضروري مرتبط أوّلا بالهدف المراد حمايته والذي يتعلّق بـ«هواجس اجتماعيّة، عاجلة وحقيقيّة في مجتمع حرّ وديمقراطي» [455].

وفي محافظة الفصل 55 على الضّرورة الخارجيّة، مع تغيير أبعادها كما سنرى، استبطان لأساسيّات منهج تقييد الحريّة، لكن نلاحظ تغيّرا نوعيّا في تعامل سلطة التّشريع في مرحلة الاستثناء وبعد صدور دستور 2022 مع مفهوم الضّرورة في علاقة بحرية التّعبير، وجب الوقوف عنده.

451 HOBBES (Th.), *De Cive ou les fondements de la politique*, traduction de Samuel Sorbière, Paris, Editions Sirey, 1981, pp.197-198. التّرجمة لنا

452 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 21.

453 LE MONNIER DE GOUVILLE (P.), «Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (*dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal*. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013», *Les Cahiers de la Justice*, 2014/3, N° 3, p. 503.

454 CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, Requête n°5493/72, 7 décembre 1976, §48, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/yeykkzj2. التّرجمة لنا

455 Cour suprême du Canada, *R. c. Oakes,* [1986] 1 R.C.S. 103, 136, 28/02/1986, n°17550, disponible au lien suivant: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/117/index.do. التّرجمة لنا

حرية التّعبير بين فكّي كمّاشة الإشاعات الزّائفة وحماية حقوق الغير

كنّا قد عاينّا في كتاب الحريات الفرديّة نوعا من تضخّم الضّرورة وتساءلنا عن الضّرورة المعلّقة في علاقة بانتهاك حقّ الحياة وعقوبة الإعدام وعن الضّرورات الدّينيّة والضّرورات الأخلاقويّة وعن الضّرورات المرتبطة بحرية التّعبير[456]، وسنتوقّف عند هذه الأخيرة لما يعكسه تعامل المراسيم الأخيرة مع المسألة من إشكاليات حقيقيّة كنّا قد انطلقنا في تحليلها في معرض فحصنا لضوابط ممارسة الاختصاص ومدى احترام مبدأ الشّرعيّة الجزائيّة، وهو ما زجّ بحرية التّعبير في نظرة زجريّة صرفة ترتبط بضرورات اقتصاديّة أوّلا في إطار المرسوم عدد 14 لسنة 2022 مؤرّخ في 20 مارس 2022 المتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة وبتضييق الخناق على حرية الاتّصال في المرسوم عدد 54 لسنة 2022 مؤرّخ في 13 سبتمبر 2022 المتعلّق بمكافحة الجرائم المتّصلة بأنظمة المعلومات والاتّصال، سابقي الذّكر، إذ يشترك المرسومان في تجريم «الأخبار الزّائفة».

فأمّا بالنّسبة إلى المرسوم الأوّل فلنذكّر بأنّه يهدف حسب الفصل الأوّل منه إلى «مقاومة المضاربة غير المشروعة لتأمين التّزويد المنتظم للسّوق وتأمين مسالك التّوزيع»، وصنّف في خانة جريمة المضاربة غير المشروعة في الفصل 3 منه التّرويج «عمدا (لـ)أخبار أو معلومات كاذبة أو غير صحيحة لدفع المستهلك للعزوف عن الشّراء أو قصد إحداث اضطراب في تزويد السّوق والتّرفيع في الأسعار بطريقة مباغتة وغير مبرّرة»، وهي جريمة يعاقب عليها الفصل 17 من ذات المرسوم بما يلي: « يعاقب بالسّجن عشر سنوات وبخطيّة مالية قدرها مائة ألف دينار كلّ من قام بأحد الأفعال المجرّمة بموجب هذا المرسوم باعتبارها مضاربة غير مشروعة.

ويكون العقاب بالسّجن عشرين سنة وبخطيّة ماليّة قدرها مائتا ألف دينار إذا كانت المضاربة غير المشروعة تتعلّق بمواد مدعّمة من ميزانية الدّولة أو بالأدوية وسائر المواد الصّيدليّة.

ويكون العقاب بالسّجن ثلاثين سنة وبخطية مالية قدرها خمسمائة ألف دينار إذا ارتكبت الجرائم المذكورة بالفصل 3 من هذا المرسوم خلال الحالات الاستثنائيّة أو ظهور أزمة صحيّة طارئة أو تفشّي وباء أو وقوع كارثة، ويعاقب بالسّجن بقيّة العمر وبخطيّة ماليّة قدرها خمسمائة ألف دينار إذا ارتكبت الجرائم المذكورة بالفصل 3 من هذا المرسوم من قبل وفاق أو عصابة أو تنظيم إجرامي أو عند مسك المنتجات بنيّة تهريبها خارج أرض الوطن».

والواضح أنّ مشرّع الاستثناء تدخّل في مجال لا يشكو فراغا تشريعيّا بل أنّ المسألة محكومة بالقانون عدد 36 لسنة 2015 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2015، المتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار[457] والمرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 المؤرّخ في 17 أفريل 2020 المتعلّق بضبط أحكام لزجر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار[458] الذي وقع اتّخاذه في إطار جائحة كورونا. وقبلهما الفصلان 139 و140 من المجلّة الجزائيّة، سابقة الذّكر، المتّصلان بجرائم التّجارة، والقانون عدد 69 لسنة 2009 مؤرّخ في 12 أوت 2009 يتعلّق بتجارة التّوزيع[459]. لكن يبدو أنّ مشّرع المراسيم اعتبر أنّ النّصوص المذكورة لا

456 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 136-147.

457 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 77 و78، 25 و29 سبتمبر 2015، ص. 2772-2785.

458 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 33، 18 أفريل 2020، ص. 931-933.

459 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 65، 14 اوت 2009، ص. 2899-2902.

تفي بالغرض ولم تؤدّ وظيفتها الرّدعيّة كما يجب بما يهدّد توازن السّوق وحقوق المستهلك [460]. غير أنّ اعتبار التّرويج للأخبار الزّائفة في علاقة بالسّوق وتزويده من قبيل جريمة المضاربة غير المشروعة التي يعاقب عليها بالسّجن عشر سنوات وبخطيّة ماليّة قدرها مائة ألف دينار كعقوبة دنيا من قبيل الشّطط الواضح ولجم حرية التّعبير، رغم اشتراط التّعمّد لقيام الرّكن القصدي للجريمة والذي لا يبدو من السّهل إثبات عكسه، فالأخبار الزّائفة تزداد حدّتها مع شحّ الموارد والأزمات الاقتصاديّة التي تثير الهلع وتعدّ مرتعا خصبا للأخبار الزّائفة حتى عن غير قصد. والواضح إذن أنّ التّناسب ضُرِب في مقتل.

ويبدو من الوجيه التّساؤل إن كانت المقاربة الزّجريّة هي الأفضل لمواجهة «فوضى المعلومات»[461] وازدهار الأخبار الزّائفة[462] التي تعدّ الوجه الآخر من العملة في علاقة بوسائل الاتّصال. ويبدو الإصرار على هذه المقاربة الزّجريّة سمة مرحلة الحكم الانتقالي كما يبرزه المرسوم سيّء الذّكر عدد 54 لسنة 2001[463]. هذا المرسوم أضاف قسما فرعيّا خاصّا بـ«الإشاعة والاخبار الزّائفة» في القسم الثاني الخاصّ بـ«الجرائم المرتكبة بواسطة أنظمة أو بيانات معلوماتيّة» وينصّ الفصل 24 في إطاره على ما يلي: « يعاقب بالسّجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها خمسون ألف دينار كل من يتعمّد استعمال شبكات وأنظمة معلومات واتّصال لإنتاج، أو ترويج، أو نشر، أو إرسال، أو إعداد أخبار أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو وثائق مصطنعة أو مزوّرة أو منسوبة كذبا للغير بهدف الاعتداء على حقوق الغير أو الإضرار بالأمن العام أو الدّفاع الوطني أو بثّ الرّعب بين السكّان.

ويعاقب بنفس العقوبات المقرّرة بالفقرة الأولى كلّ من يتعمّد استعمال أنظمة معلومات لنشر، أو إشاعة أخبار ،أو وثائق مصطنعة، أو مزوّرة أو بيانات تتضمّن معطيات شخصيّة أو نسبة أمور غير حقيقيّة بهدف التّشهير بالغير أو تشويه سمعته أو الإضرار به ماديّا أو معنويّا أو التّحريض على الاعتداء عليه أو الحثّ على خطاب الكراهية.

وتضاعف العقوبات المقرّرة إذا كان الشّخص المستهدف موظّفا عموميّا أو شبهه».

وقد يكون من المفيد الإشارة إلى أنّ هذا القسم الخاصّ بالأخبار الزّائفة لا أثر له في اتّفاقيّة بودبست المتعلّقة بالجريمة الالكترونيّة المبرمة في 23 نوفمبر 2001[464] التي أعلنت تونس عن نيّتها في الانضمام إليها منذ 2015 في إطار حكومة السيد الحبيب الصّيد[465]، وتمّ مؤخّرا إصدار القانون المتعلّق بالموافقة

460 انظر في هذا الشّان: منير هاني، « كلّ التّفاصيل حول المرسوم عدد 14 لسنة 2022 المتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة.. وهذا ما كشفه جابر غنيمي »، جمهوريّة، 21 سبتمبر 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

https://tinyurl.com/mpryxs2s

461 Conseil de l'Europe, *Les liens entre la liberté d'expression et les autres droits de l'homme, Guide de bonnes et prometteuses pratiques sur la manière de concilier la liberté d'expression avec d'autres droits et libertés, notamment dans les sociétés culturellement diverses,* 2019, p. 26, disponible au lien suivant:
https://edoc.coe.int/fr/liberts-fondamentales/8295-les-liens-entre-la-liberte-d-expression-et-les-autres-droits-de-l-homme.html.
التّرجمة لنا.

462 «*Fake news*».

463 انظر أيضا بشأن دراسة المرسوم: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.42-44.

464 الاتّفاقيّة المتعلّقة بالجريمة الالكترونيّة (بودابست)، 23 نوفمبر 2001، مجلس أوروبّا، مجموعة المعاهدات الأوروبيّة، رقم 185، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173

465 أسماء سلايمية، «سلطة المراسيم تبعث الرّوح في مشروع قانون فشلت الحكومات السّابقة في فرضه»، المفكّرة القانونيّة، 30 سبتمبر 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

http://tinyurl.com/2s3znyn9

على الانضمام إليها[466]. ضف إلى ذلك أنّ المرسوم، بتجريم «الإشاعة والاخبار الزّائفة» ينضاف، كما سبق بيانه، إلى منظومة زجريّة تهمّ القذف وحماية السّمعة، تتميّز بكثافة التّجريم وتجد مصادرها في المجلّة الجزائيّة وقد سبق أن تعرّضنا إليها في كتاب الحريات الفرديّة من ذلك الفصل 67 من المجلّة الجزائيّة الذي يعاقب على إتيان «أمر موحش ضدّ رئيس الجمهوريّة» بالسّجن ثلاث أعوام وخطيّة بـ240 دينارا[467]، والفصل 128 من ذات المجلّة يعاقب «نسبة أمر غير قانوني لموظّف عمومي أو شبهه يكون متعلّقا بوظيفته دون الإدلاء بما يثبت صحّة ذلك» بالسّجن عامين[468]، بما لا تُفهم معه الفقرة الأخيرة من الفصل 24 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022، هذا فضلا عن النص الخاصّ بالصّحفييّن وهو المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرّخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلّق بحرية الصّحافة والطّباعة والنّشر، سابق الذّكر، الذي يعاقب الفصل 56 منه بخطيّة تصل إلى 2000 د على الثّلب أي حسب الفصل 55 من ذات المرسوم «ادّعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنيّة من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص معيّن بشرط أن يترتّب عن ذلك ضرر شخصي ومباشر للشّخص المستهدف»[469]، ويضيف الفصل 56 إضافة إلى الخطيّة «الإذن بنشر مقتطفات من الحكم الصّادر في القضيّة على عدد الدّوريّة المحكوم ضدّها الموالي لتاريخ إعلامها بالحكم وذلك بقطع النّظر عن غرم الضّرر»[470]؛ هذا إضافة إلى مجلّة الاتّصالات التي ينصّ الفصل 86 منها على معاقبة «كلّ من يتعمّد الإساءة إلى الغير أو إزعاج راحتهم عبر الشّبكات العموميّة للاتّصالات» بالسّجن لمدّة تتراوح بين سنة واحدة وسنتين وبخطيّة من مائة إلى ألف دينار[471]، ويبدو أنّه فصل كثير الاستعمال من قبل السّلطة[472].

لا يتعلّق الأمر في الواقع بإنكار تفاقم ظاهرة الأخبار الزّائفة التي أصبحت مدعاة للقلق على الصّعيد الدّولي وهو ما يعكسه الإعلان المشترك حول حرية التّعبير و«الأخبار الزّائفة» والمعلومات المضلّلة والبروباغاندا الصّادر عن المقرّر الخاصّ في الأمم المتّحدة حول حرية الرّأي والتّعبير والممثّل عن منظّمة الأمن والتّعاون في أوروبّا حول حرية الإعلام والمقرّر الخاص لمنظّمة الدّول الأمريكيّة حول حرية التّعبير والمقرّر الخاص للّجنة الافريقيّة لحقوق الانسان والشّعوب حول حرية التّعبير والوصول الى المعلومات بتاريخ 3 مارس 2017 الذي عاين «التّعميم المتصاعد للمعلومات المضلّلة (التي تسمّى أحيانا «الأخبار الزّائفة») التي تنتشر في وسائل الإعلام التّقليديّة ووسائل التّواصل الاجتماعي»[473]. وعبرّ عن قلق الممضين عليه من أنّ «الأخبار المضلّلة والبروبغندا عادة ما يتمّ

466 قانون أساسي عدد 9 لسنة 2024 مؤرّخ في 6 فيفري 2024 يتعلّق بالموافقة على انضمام الجمهوريّة التّونسيّة إلى اتّفاقيّة مجلس أوروبّا المتعلّقة بالجريمة الالكترونيّة المعتمدة ببودابست في 23 نوفمبر 2001، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 20، 6 فيفري 2024، ص. 862.

467 المرجع سابق الذّكر، ص. 27.

468 نفسه، ص. 41.

469 النص سابق الذّكر، ص. 2565.

470 نفسه، ص. 2565.

471 مجلّة الاتّصالات (الصّادرة بالقانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرّخ في 15 جانفي 2001) ونصوصها التّطبيقيّة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2019، ص. 33.

472 أسماء سلايمية، المرجع سابق الذّكر.

473 Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'expression et d'opinion, Représentant pour la liberté des médias de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de l'Organisation des Etats américains (OAS) et Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les fausses nouvelles (« Fake news »), la désinformation et la propagande,* Vienne, 3 mars 2017, paragraphe 3 du préambule, disponible au lien suivant: https://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2018/11/mandates.decl_.2017.French.pdf

تصوّرها وتنفيذها بطريقة تستهدف تضليل السكّان والحيلولة دون حقّ الجمهور في أن يعرف وحقّ الأفراد في البحث وفي تلقّي المعلومات والأفكار من كلّ نوع ونشرها»[474]. كما أكّد على «أنّ بعض أشكال المعلومات المضلّلة والبروبغندا يمكن أن تضرّ بسمعة الأفراد وبحياتهم الخاصّة أو أن تحرّض على العنف، والتّمييز والكراهية ضدّ بعض مجموعات بعينها في المجتمع»[475]. لكن يعبرّ في المقابل عن «شديد القلق إزاء الحالات التي تقوم فيها السّلطات العموميّة بتحقير وسائل الإعلام وترهيبها وتهديدها بالقول أنّها في شقّ «المعارضة» أو أنّها «تروّج الأكاذيب» ولها أجندات سياسيّة خفيّة، بما يزيد في خطر التّهديدات والعنف ضدّ الصّحفيّين، ويضرب ثقة الجمهور في الصّحافة ودورها كـ«كلب حراسة عمومي» ويضلّل الجمهور بالتّشويش والخلط بين المعلومات المضلّلة والمحتويات الصّحفيّة التي تتضمّن معلومات يمكن أن تكون محلّ تدقيقات مستقلّة»[476]، خاصّة وأنّ «حقّ الإنسان في نشر المعلومات لا يتوقّف عند التّصريحات «اللّائقة»، فهذا الحقّ يحمي أيضا المعلومات والأفكار التي يمكنها أن تكون صادمة، جارحة ومزعجة، وقد تشكّل تدابير منع الاخبار المضلّلة انتهاكا للمعايير الدّوليّة المتعلّقة بحقوق الإنسان، في حين أنّه في نفس الوقت لا يمكن لأيّ شيء من هذا القبيل أن يبرّر نشر المعلومات الزّائفة من قبل الفاعلين الرّسميّين ... سواء عن دراية أو على سبيل الخطأ»[477].

ويترجم الإعلان بالضّبط الإشكال الذي تطرحه الأخبار الزّائفة بين حقّ الفرد في أن يعرف وحاجة الصّحفيّين لحرية التّعبير للقيام بوظيفتهم وضرورة حماية حقوق الغير وسمعتهم، وهي معادلة من ثلاث أبعاد، بما يعقّد عمليّة الوصول إلى الموازنة بين مختلف المصالح، رغم أهميّتها في بناء مناخ ديمقراطي. وفي هذ الإطار حثّ الإعلان على تفادي المقاربة الزّجريّة معتبرا أنّ «القوانين الجزائيّة الخاصّة بالثّلب تشكّل تقييدات مشطّة ويجب إلغاؤها. كما لا تعدّ قواعد القانون المدني الخاصّة بالمسؤوليّة عن التّصريحات الكاذبة والثّالبة مشروعة إلّا إذا كان للمطعون ضدّهم إمكانيّة إثبات صحّة التّصريحات وفشلوا في ذلك، وكانوا متمتّعين بوسائل أخرى للدّفاع، من ذلك التّعليق المعقول»[478].

لذلك، اقترح الإعلان جملة من المبادئ العامّة أوّلها التّنصيص على أنّ «الدّول يمكنها فقط تقييد الحقّ في حرية التّعبير بشرط احترام الامتحان المطبّق على هذه التّقييدات طبقا للقانون الدّولي، أي أنّه يجب أن يتمّ التنصيص عليها بمقتضى قانون، وأن تخدم إحدى الأهداف المشروعة المعترف بها من القانون الدّولي وأن تكون ضروريّة ومتناسبة لحماية الهدف»[479]، وهو ما يحيل بوضوح إلى اختبار التّناسب في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[480] وبعض عناصره في المادّة 19 من العهد الدّولي

474 نفسه، الفقرة 4 من الدّيباجة. التّرجمة لنا.

475 نفسه، الفقرة 5 من الدّيباجة. التّرجمة لنا.

476 نفسه، الفقرة 6 من الدّيباجة. التّرجمة لنا.

477 نفسه، الفقرة 7 من الدّيباجة. التّرجمة لنا.

478 *Ibid.*, Principe général n°2. b) التّرجمة لنا.

479 *Ibid.*, Principe général n°1. a) التّرجمة لنا.

480 لنذكّر بالمادّة 29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنصّ على ما يلي: « لا يخضع أيّ فرد، في ممارسة حقوقه وحرياته، إلا للقيود التي يقرّرها القانون مستهدفا منها، حصرا، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنّظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي»، المعاهدات الدّوليّة الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص.7.

للحقوق المدنيّة والسّياسيّة في علاقة بحرية التّعبير[481]. لكنّ الإعلان وضّح بشأن نشر الأخبار الزّائفة مصرّحا بأنّ «التّحجيرات العامّة لنشر الأخبار المبنيّة على مفاهيم فضفاضة وغامضة، بما في ذلك «الأخبار الزّائفة» أو «الأخبار غير الموضوعيّة» لا تتلاءم مع المعايير الدّوليّة المتّصلة بتقييدات حرية التّعبير المنصوص عليها في الفقرة (أ) ويجب إلغاؤها»[482].

ويبدو إذن أنّ المراسيم الانتقاليّة في استعمالها لمفهوم «(الـ)أخبار أو (الـ)معلومات (الـ)كاذبة أو غير (الـ)صّحيحة» في الفصل 3 من المرسوم عدد 14 لسنة 2022 سابق الذّكر و «(الـ)أخبار أو (الـ) بيانات أو (الـ)إشاعات ا(لـ)كاذبة» في الفصل 24 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022 سابق الذّكر، تعتبر غير متلائمة مع المعايير الدّوليّة، هذا فضلا عن أنّ ضرورة تدخّل المشرّع الجزائي في مجالات مشمولة بعدُ بأحكام جزائية، خاصّة بشأن المرسوم عدد 54 لسنة 2022، قابلة للنّقاش، بما ينسف وجاهة تدخّل سلطة المراسيم في المسألة.

بقي أن نلاحظ أنّ القانون المقارن[483] يعكس في الواقع نزعة نحو تعزيز التّشريعات لمقاومة الثّلب والأخبار الزّائفة في إطار البحث عن التّوفيق مع حرية التّعبير، من ذلك التّشريع الفرنسي حيث ينصّ الفصل 27 من قانون 29 جويلية 1881 المتعلّق بحرية الصّحافة على تسليط خطيّة بـ45000 أورو من أجل «نشر وتوزيع أو نسخ أعمال مفبركة، مدلّسة أو منسوبة كذبا لغير بأيّ وسيلة كانت إذا تمّ ذلك عن سوء نيّة وتسبّب في الإخلال بالأمن العام. ويعاقب عن نفس الأفعال بخطيّة بـ135000 أورو إذا كان من طبيعة النّشر والتّوزيع أو النّسخ عن سوء نيّة أن يقوّض انضباط الجيوش أو معنويّاتها أو مجهود الحرب للأمّة»[484]. وفي إطار مقاومة الأخبار الزّائفة أثناء الفترة الانتخابيّة، صدر مؤخرا القانون عدد 2018-1202 مؤرّخ في 22 ديسمبر 2018 يتعلّق بمقاومة التّلاعب بالمعلومة الذي عدّل أحكام عدّة نصوص بما في ذلك المجلّة الانتخابيّة التي أصبح الفصل 163 منها ينصّ على أنّه في «الثّلاث أشهر التي تسبق أوّل يوم من شهر الانتخابات العامّة وإلى حدود تاريخ الدّورة الأولى من الاقتراع ...، وفي صورة وُزّعت للعموم ادّعاءات أو نُسبت اتّهامات غير دقيقة أو مظلّلة من شأنها أن تمسّ بنزاهة الاقتراع بطريقة مقصودة، اصطناعيّة أو آليّة ومكثّفة عبر وسيلة اتّصال الكترونيّة، يمكن للقاضي الاستعجالي بطلب من النّيابة العموميّة أو من أيّ مترشّح أو حزب أو مجموعة سياسيّة أو أيّ شخص له مصلحة وبقطع النّظر عن تعويض الضّرر

481 تنصّ المادّة 19 من العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة المؤرّخ في 16 ديسمبر 1966 على ما يلي:
« 1 - لكلّ إنسان الحقّ في اعتناق آراء دون مضايقة.
2 - لكـلّ إنسان الحقّ في حرية التّعبير. ويشمل هذا الحقّ حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقّيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فنّي أو بأيّة وسيلة أخرى يختارها.
3 - تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادّة واجبات ومسؤوليات خاصّة. وعلى ذلك، يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محدّدة بنص القانون وأن تكون ضروريّة:
(أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم؛ (ب) لحماية الأمن القومي أو النّظام العام أو الصحّة العامّة أو الآداب العامّة»، المعاهدات الدّولية الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص. 32.

482 Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'expression et d'opinion, Représentant pour la liberté des médias de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de l'Organisation des Etats américains (OAS) et Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les fausses nouvelles (« Fake news »), la désinformation et la propagande, op. cit.,* Principe général n°1. b. الترّجمة لنا

483 انظر الأمثلة المذكورة ضمن:
Conseil de l'Europe, *Les liens entre la liberté d'expression et les autres droits de l'homme, op. cit.*, pp. 35-37.

484 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, version consolidée au 1er janvier 2023, disponible au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000877119/

الحاصل، اتّخاذ كلّ التّدابير المتناسبة والضّرورية لإيقاف هذا التّوزيع»[485] . وضرب الفصل 11 من ذات القانون على مشغّلي المنصّات الالكترونيّة واجب التّعاون في إطار مقاومة التّلاعب بالمعلومة من ذلك تركيز جهاز واضح وسهل النّفاذ يسمح لمستعملي المنصّات بالإبلاغ عن هذه المعلومات واتّخاذ تدابير إضافيّة منها الحرص على شفافيّة خوارزميّاتها وإعلام المستعملين بطبيعة المحتوى الذي تبثّه ومصدره وآليّات توزيعه، هذا فضلا عن التّثقيف في مجال الإعلام والمعلوماتيّة.

ويمكن أيضا أن نحيل إلى القانون الألماني حول تطبيق القانون على وسائل التّواصل الاجتماعي الصادر في 1 سبتمبر 2017 والذي ينطبق على مقدّمي الخدمات عن بعد الذين يشغّلون منصّات هادفة للرّبح على الإنترنت والذين يلزمهم الفصل الثّالث من القانون في صورة تلقّي أكثر من 100 شكوى حول وجود محتوى غير قانوني على المنصّات بتقديم تقرير كل ستّة أشهر حول طريقة معالجة هذه الشّكاوى كما يلزمهم ذات الفصل بوضع إجراءات ناجعة وشفّافة لمعالجة هذه الشّكاوى عند التّفطّن لوجود محتوى غير قانوني واتّخاذ القرار في صورة ثبوت ذلك بسحب المحتوى غير القانوني أو بإغلاق الوصول إلى الشّبكة مع تمكين صاحب المحتوى موضوع النّزاع من الاعتراض وحتّى رفع دعوى جزائيّة ضدّ المستعمل، ويسلّط القانون خطايا على المشغّلين اللذين لا يحترمون الالتزامات المضروبة عليهم تصل إل 5 ملايين أورو[486].

ومن الواضح أنّ المقاربة الزّجرية وحدها لا تسمح بخلق مناخ ديمقراطي يتمّ فيه في نفس الوقت ضمان حرية التّعبير والنّفاذ إلى شبكات الاتّصال من جهة وحقّ الغير في حماية سمعتهم. لذلك يوصي مجلس أوروبا مثلا باعتماد مقاربة شاملة ويشجّع وسائل الإعلام وممثّلي المنصّات الالكترونيّة على التّعديل الذّاتي ووضع مؤشّرات الثّقة في المحتوى الذي يتم بثّه على وسائل التّواصل الاجتماعي وإجراءات للتّبليغ[487]. ويندرج في هذا الإطار وضع مدوّنة أوروبيّة للممارسات الفضلى ضدّ المعلومات المضلّلة في إطار المفوّضية الأوروبيّة [488].

الضّرورة الخارجيّة إذن هي عذر التّقيد، ولا يمكن أن تُقيَّم في معزل عن الفضاء الذي يتمّ فيه التّقييد نظرا لطبيعتها العلائقيّة بامتياز. والفصل 55 غيّر طبيعة المنظومة القيميّة التي ستقيّم فيها الضّرورة من «دولة مدنيّة ديمقراطيّة» إلى «نظام ديمقراطي» بما يخرجنا من الثّوابت إلى المتغيّرات وهو ما يبرّر مناقشتنا لهذه المسألة لاحقا، خلافا للأهداف المشروعة، فرغم اختصار قائمتها، فهي في تقديرنا تراوح مكانها.

485 Art. L. 163-2 du Code électoral tel que modifié par l'article 1er de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF n° 0297 du* 23 *décembre 2018*, texte n°2, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/227akwkr. الترجمة لنا

486 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG) (Loi sur l'application des réseaux du 1er septembre 2017, modifiée en dernier lieu par l'article 3 de la loi du 21 juillet 2022, disponible sur le site officiel du ministère fédéral de la Justice, au lien suivant: https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html

487 Conseil de l'Europe, *Les liens entre la liberté d'expression et les autres droits de l'homme, op. cit.*, pp. 37-40.

488 Commission européenne, *Code de bonnes pratiques de 2022 en matière de désinformation,* disponible au lien suivant: https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/code-practice-disinformation

ب. الأهداف المشروعة بين الثّوابت من القيم والمُتخلّى عنه من الآداب العامّة: تعزيز للحقوق أم معادلة صفريّة؟

استعاد الفصل 55 أربعة من الخمس أهداف التي كانت واردة في الفصل 49 وهي حماية حقوق الغير ومقتضيات الأمن العام والدّفاع الوطني والصحّة العموميّة وتمّ التّخلّي عن الآداب العامّة.

وكنا قد صنّفنا في كتاب الحريات الفرديّة الأهداف المشروعة التي تمثّل القيم التي تبرّر تقييد الحقّ في صنفين: أهداف مشروعة تؤدّي إلى البحث عن التّوازن بين حقّ الفرد وحقّ الفرد الآخر، وتشمل حقوق الغير، والأهداف المشروعة التي تؤدّي إلى البحث عن التّوازن بين حقّ الفرد وحقّ المجموعة، وتشمل أوّلا الدّفاع الوطني وثانيا النّظام العام، وهو الغائب وصفا والحاضر بمكوّناته من أمن عام وصحّة عامّة وآداب عامّة.

وإذا ما حذفنا مؤقّتا الآداب العامّة امتثالا لإرادة المؤسّس وفي انتظار الحسم في خروجها الفعلي من منهج التّناسب، فإنّنا نتمسّك بالتّصنيف الذي قمنا به في كتاب الحريات الفرديّة ونعتبره ينسحب دون شك على الفصل 55، ونحيل قارئ هذه الأسطر إلى تحليلنا لمختلف هذه الأهداف المشروعة في كتاب الحريات الفرديّة وما يتّصل بها من تطبيقات فقه قضائيّة وطنيّة وإقليميّة ومقارنة[489]، بما يحدّد بوصلة التّعامل مع هذه الأهداف. هذا مع الإشارة إلى الاستعمال المكثّف في المراسيم الانتقاليّة لمفاهيم الأمن العام وحقوق الغير والدّفاع الوطني، كما في الفصل 24 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022 سابق الذّكر، هذا فضلا عن الصحّة العامّة في علاقة بمجابهة جائحة كورونا في المرسوم عدد 1 لسنة 2021 مؤرّخ في 22 أكتوبر 2021 المتعلّق بجواز التّلقيح الخاصّ بفيروس سارس كوف- 2، سابق الذّكر.

الجواز الصحّي بين مقتضيات الطّوارئ الصحيّة والضّغط على الحريات

كنّا قد أشرنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى تشنّج العلاقة بين الموجبات التّقليديّة للصحّة العامّة والحريات لما تتمتع به الصحّة العامّة من مشروعيّة مرتبطة بغريزة الحياة[490]. ولنذكّر في هذا الصّدد بما أقرّه المبدأ 25 من مبادئ سيراكوزا : «يجوز الاحتجاج بالصحّة العامّة كأساس لتقييد حقوق معيّنة بهدف تمكين الدّولة من اتّخاذ تدابير للتّصدّي لتهديد خطير تتعرّض له صحّة السكّان أو أفراد السكّان وينبغي أن تهدف هذه التّدابير خصّيصا إلى منع المرض أو الإصابة أو توفير العناية للمرضى والمصابين»[491].

وقد تمّ تفعيل مقتضيات الصحّة العامّة في صدامها مع الحريات في المرسوم سابق الذّكر، عدد 1 لسنة 2021 مؤرّخ في 22 أكتوبر 2021 المتعلّق بجواز التّلقيح الخاصّ بفيروس «سارس كوف-2» الذي فرض في فصله الأوّل حمل جواز التّلقيح على كلّ شخص تونسي الجنسيّة أو مقيم بالبلاد التّونسيّة يبلغ من العمر ثمانية عشر سنة فما فوق وللأجانب الوافدين على البلاد التّونسيّة والتّونسيّين الحاملين لجوازات أو شهادات تلقيح مسلّمة بدول أجنبيّة. ورتّب المرسوم التزاما على الأشخاص المذكورين بالاستظهار به للدّخول إلى المصالح والمقرّات التّابعة للدّولة والجماعات المحليّة والهيئات والمنشآت والمؤسّسات العموميّة والمؤسّسات التّربويّة والجامعيّة ومؤسّسات التّكوين المهني والمحاضن ورياض

489 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 150-184.

490 نفسه، ص. 168-176.

491 «مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التّقييد وعدم التّقيّد الواردة في العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة»، سابق الذّكر، ص. 5.

الأطفال والكتاتيب، ومراكز الرّعاية الاجتماعيّة والهياكل الصحيّة العموميّة والخاصّة لمرافقة المرضى أو بغرض الزّيارة والسّجون ومراكز إصلاح الأطفال الجانحين ومراكز الاحتفاظ بغرض الزّيارة والمقاهي والمطاعم ومختلف أصناف المحلاّت والوحدات السّياحيّة والأماكن والفضاءات المخصّصة للأنشطة الترفيهيّة وللأفراح والمعارض والملتقيات والتّظاهرات الفنيّة والعلميّة والثّقافية والرّياضيّة وأماكن العبادة. وبالتالي علق المرسوم حزمة هامّة من الحريات على الاستظهار بجواز التّلقيح (الحقّ في الصحّة، الحقّ في التّعليم، الحقّ في الثّقافة، الحقّ في ممارسة الشّعائر الدّينيّة ...)، فضلا عمّا يفرضه التّلقيح في حدّ ذاته من مساس بحرمة الجسد والحريّة الفرديّة في اتخاذ قرار يهمّ الصحّة الخاصّة قبل الصحّة العامّة. لكن في المقابل، يبدو مبرّر الاتّقاء من انتشار العدوى هدفا مشروعا في حدّ ذاته، والتّقييد في الزّمن لنفاذ الأحكام المتّصلة بالاستظهار بالجواز وما يترتّب عن مخالفتها في علاقة بالحقّ في العمل ضمانة دنيا. ونذكّر هنا بقرار المحكمة الفدراليّة السويسريّة المتعلّق بالتّلقيح الإجباري، ففي إطار طعن في قرار صادر عن محكمة إحدى المقاطعات أمام المحكمة الفدراليّة من أجل خطيّة عن خرق قانون التّلقيح الإجباري ودفع بعدم دستوريّته لخرقه للحرية الشّخصيّة، اعتبرت المحكمة الفدراليّة السويسريّة التّلقيح الإجباري من متعلّقات الصحّة العامّة[492].

ولنلاحظ أنّ المحكمة الإداريّة في قرار توقيف التّنفيذ المذكور أعلاه وبمناسبة قبولها الطّعن في المرسوم عدد 1 لسنة 2021 في إطار دفع باستثناء اللاّشرعيّة لم تتوقّف عند التّثبّت من موجب الصحّة العامّة ومن مشروعيّته كهدف وهو ما يفترض وجود قرينة على توفّره، وإن كانت أخضعته فيما بعد لاختبار التّناسب[493].

ويبدو من المفيد الاطّلاع على موقف فقه القضاء الدّستوري والمقارن من مسألة جواز التّلقيح لعلاقته المباشرة بتقييد الحريات الفرديّة من ذلك حرية التّنقّل. وكان المجلس الدّستوري الفرنسي مثلا مطالبا في قرار صادر بتاريخ 21 جانفي 2022 بالإجابة عمّا نعاه الطّاعنون ضدّ مشروع القانون المتّصل بتعزيز وسائل إدارة الأزمة الصحيّة وبتنقيح مجلّة الصحّة العامّة من خرق فصلها الأوّل الذي يفرض الاستظهار بجواز التّلقيح لبعض الفضاءات والمنشآت والمصالح والتّظاهرات لحرية التّنقّل والاجتماع وحرية التّعبير الجماعي عن الأفكار والآراء والحقّ في احترام الحريّة الشّخصيّة والحقّ في التّمتّع بحياة عائليّة طبيعيّة والحقّ في العمل والمصلحة العليا للطّفل. واعتبر الطّاعنون أنّ هذه الأحكام تكرّس إجباريّة التّلقيح وهي بالنّظر إلى تطوّر وضعيّة التّلاقيح لا تعدّ تدبيرا ضروريّا ومتناسبا. وقد ردّ المجلس الدّستوري على هذه المطاعن بقوله أنّه «يعود للمشرّع أن يضمن التّوفيق بين الهدف ذي القيمة الدّستوريّة (المتّصل بحماية الصحّة) واحترام الحقوق والحريات المضمونة دستوريّا ...، وأنّه بتبنّي التّدابير المطعون فيها أراد المشرّع السّماح للسّلطات العموميّة باتّخاذ الإجراءات التي تسمح بمقاومة جائحة الكوفيد 19 باللّجوء إلى التّلقيح، متّبعا بذلك الهدف ذي القيمة الدّستوريّة المتّصل بحماية الصحّة. من ناحية، قدّر المشرّع أنّه بالنّظر إلى الحالة الرّاهنة للمعرفة العلميّة التي بحوزته والتي أكّدتها آراء اللّجنة العلميّة ... فإنّ خطر نقل عدوى الفيروس وظهور أشكال خطيرة للمرض أقلّ بكثير بالنّسبة إلى الأشخاص الملقّحين. من ناحية أخرى، فإنّ التّدابير التي تمّ إقراراها من قبل الأحكام المطعون فيها لا يمكن التّصريح بها بعد 31 جويلية 2022

ATF, 99 Ia 747, *Arrêt du* 7 *novembre* 1973 *dans la cause Etienne contre Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal* 492 *vaudois*, Considérant n°3, p. 753, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/yc2225c6

493 المحكمة الإداريّة، الدّائرة الابتدائيّة بالمنستير، قرار في مادّة توقيف التّنفيذ، القضيّة عدد 6200461، 23 مارس 2022، سابق الذّكر.

حيث اعتبر المشرع أنّه خلال هذه الفترة سيظلّ خطر انتشار العدوى قائما بالنّظر إلى ديناميكيّة الوباء والنّسق المتوقّع لحملة التّلقيح وظهور متحوّرات للفيروس أكثر عدوى»[494]. وبالتّالي بنى المجلس الدّستوري الفرنسي قرار التّصريح بالدّستوريّة على الضّرورة ووجاهة التّقييد بالنّظر إلى موجب الصحّة العامّة استنادا إلى المعطيات العلميّة.

وفي إطار نفس القانون[495]، طعن محامون أمام مجلس الدّولة الفرنسي في إطار القضاء الاستعجالي قصد التّوسيع في الاستثناءات التي أقرّها القانون بالنّسبة إلى الاستظهار الاجباري بجواز التّلقيح- والتي تهمّ الاعتبارات العائليّة أو الصحية الملحّة- لتشمل وسائل النّقل العمومي بين المدن لما في الإجباريّة من مساس بحرية تنقّل المحامين وحرفائهم ومن ثمّة انتهاك للحقّ في محاكمة عادلة. وقد رفض مجلس الدّولة الدّعوى في قرار صادر بتاريخ 10 فيفري 2022 ورفض الاحتجاج بالطّابع الاستعجالي نظرا لوجاهة التّقييد الذي يفرضه جواز التّلقيح والحماية التي يؤمّنها للصحّة العامّة في وسائل النّقل بالنّسبة إلى المسافات الطّويلة[496]، وهو ما يبرز أهميّة موجب الصحّة العامّة رغم أهميّة التّقييدات التي يفرضها على الحريات.

بقي أن نتساءل عن اختفاء الآداب العامّة من قائمة الأهداف المشروعة وإن كانت قد اختفت فعلا؟ في الواقع، قد يوحي حذف الآداب العامّة من قامة الأهداف المشروعة بتطوّر في تصوّر منظومة تقييد الحريات لما تطرحه الآداب العامّة من إشكاليات تقليديّة مرتبطة بالصّبغة المطّاطة لمفهوم الآداب العامّة المرتبط بداهة بالأخلاق الحميدة المتغيّرة بحسب الزّمان والمكان[497]. وكنّا قد نبّهنا في كتاب الحريات الفرديّة إلى خطورة هذا المفهوم التي يؤكّدها استعمال الأخلاق الحميدة في فقه القضاء التّونسي للتّضييق على الحريات الفرديّة[498]. فمن الصّعب تحرير الآداب العامّة من التّقديرات الذّاتيّة ومن إعمالها كمصقلة آليّة لمصادرة الحريات الفرديّة، وهذا ما تعكسه مبادئ سيراكوزا التي تنصّ على ما يلي: « نظرا لأنّ المبادئ الأخلاقيّة تختلف بمرور الزّمن ومن ثقافة إلى أخرى، فإنّ على الدّولة التي تحتجّ بالمبادئ الأخلاقيّة العامّة كأساس لتقييد حقوق الإنسان، أن تبرهن، مع تمتّعها بحدّ معيّن من حرية التّقدير أنّ التّقييد المذكور ضروري للحفاظ على احترام القيم الأساسيّة للمجتمع»[499]. ونفهم إذن لماذا «نوّه» الأستاذ سليم اللّغماني بـ«حذف موجب من موجبات الحدّ من الحقوق والحريّات كرّسه الفصل 49 من دستور 2014 وهو «الآداب العامّة» فهذا المفهوم يصنّف ضمن المفاهيم ذات المحتوى المتغيّر ... فالآداب العامّة تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان ومن شريحة اجتماعيّة إلى أخرى بل ومن فرد إلى فرد»[500].

494 Conseil constitutionnel, Décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022, Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, considérants n°3, 4, 8, 11, 12 et 13, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022835DC.htm3

495 Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, *JORF n°*0019 *du* 23 *janvier 2022* Texte n° 1, disponible au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045062855/

496 CE, Le juge des référés, N°460801, 461012, Ordonnance du 10 février 2022, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/t6ksm7f4

497 SCHMIDT NOEL (A.), « La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé », thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour l'obtention du grade de docteur en droit, 2011, p. 70.

498 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 176-180.

499 «مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التّقييد وعدم التّقيّد الواردة في العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة»، سابق الذّكر، المبدأ 27، ص. 5.

500 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 33.

مع ذلك، وإن كان من الصّعب الاتّفاق على نواة صلبة وثوابت للآداب العامّة، من غير الوجيه الإقرار بوجود حقيقة أخلاقيّة وحياء وذوق وقيم ثابتة ستشكّل حدودا لممارسة الحريات، من ذلك الحريات الجنسيّة وحرية التّعبير والحريات الفنيّة. فالآداب العامّة لا تُؤوّل في المطلق، بل هي الآداب العامّة المرتبطة بفضاء معين يتّصل بالدّيمقراطيّة وبقيمها، وهو ما يجعل البوصلة مرتبطة بالضّرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة في إطار الفصل 49 وهو ما كان قادرا على أن يحيّد صبغتها الذّاتيّة.

من ناحية أخرى، من الصّعب الجزم بأنّه بحذف الآداب العامّة من قائمة الأهداف المشروعة ستختفي هذه الأخيرة فعلا من محدّدات التّقييد، بل إنّ قراءة فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان تبرز استحضار الآداب العامّة من قبل القاضي في علاقة بحقوق الغير والأمن العام.

الآداب العامّة بين حقوق الغير والأمن العام في فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان

انطلاقا من إحالة الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان إلى الآداب العامّة في إطار الأهداف المشروعة للتّقييد في الفصل 9 فقرة 2 مثلا، (8 و9 و10 و11) دأبت المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان على عدم تعريف الآداب العامّة وإن كانت تستند إلى تصوّر تقليدي لحياة المجموعة في إطار تصوّر «الخير المشترك»[501]. وقد ناقشت المحكمة الآداب العامّة كأساس لتقييد الحريات انطلاقا من قرار *Handyside* حيث اعتبرت أنّ دورها «الرّقابي يفترض التّعامل بكثير من الحرص مع المبادئ الخاصّة بـ«المجتمع الدّيمقراطي». فحريّة التّعبير تشكّل أحد المبادئ الأساسيّة لهذا المجتمع والشّروط الأوّليّة لتطوّره ولانفتاح كلّ شخص... وهي تنطبق على «المعلومات» أو «الأفكار» التي ... تعدّ غير هجوميّة أو محايدة كما تنطبق على المعلومات أو الأفكار التي ... تصدم أو تزعج الدّولة أو شريحة من الشّعب. فهذا ما تقتضيه التّعدّديّة وروح الانفتاح الذين ينعدم في غيابهما «المجتمع الدّيمقراطي»[502]. لكن اعتبرت المحكمة أنّه لا يمكن «أن تستنتج من القانون الداخلي لمختلف الدّول الأعضاء مفهوما أوروبيّا موحّدا «للآداب». والتّمثّل الذي تتبنّاه قوانينها لمقتضيات هذه الأخيرة يتغيّر بحسب الزّمان والمكان خاصّة في زماننا المتميّز بالتّطوّر السّريع والعميق للآراء في هذا المجال» [503]، فالمسألة متروكة للهامش الوطني للتّقدير[504].

وعكست القرارات اللّاحقة للمحكمة «تهميشا»[505] للآداب العامّة كمبرّر لتقييد الحريات، وخاصة، وهذا ما يهمّنا، التّقاطع بينها وبين حقوق الغير من ذلك في قرار *Dudgeon* . وتتعلّق القضيّة بمدى خرق تشريع جزائي وطني يجرّم العلاقات المثليّة بين الأشخاص دون سنّ الواحدة والعشرين للاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، واعتبرت المحكمة أنّه «لا يمكن الحديث عن «حاجة اجتماعيّة ملحّة» لتكييف هذه الأفعال كجنايات في غياب تبرير كاف بالنّظر إلى خطورة الإضرار بالفئات الهشّة التي تجب حمايتها أو بالآثار على المجموعة. وبالنّظر إلى التّناسب، فإنّ الأضرار التي يمكن أن

501 BONBLED (N.), et RINGELHEIM (J.), « La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* BAILLEUX (A.), CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.) ET OST (F.), (*dir.*), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre, Hommage au recteur Michel Van de Kerchove,* Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint Louis, 2009, disponible au lien suivant : https://books.openedition.org/pusl/24730?lang=fr التّرجمة لنا.

502 CEDH, *Affaire Handyside, c. Royaume-Uni. op. cit*, § 49 التّرجمة لنا.

503 نفسه، § 48. التّرجمة لنا.

504 نفسه، § 48.

505 BONBLED (N.), et RINGELHEIM (J.), *op. cit* التّرجمة لنا.

تنجم عن وجود التّدابير التّشريعيّة موضوع الدّعوى بالنّسبة إلى حياة الشّخص ذي الميولات المثليّة، كالمدّعي، تغلّب في نظر المحكمة على الحجج المقدّمة ضدّ تنقيح القانون السّاري المفعول. وقيام الغير بأفعال مثليّة في الفضاء الخاص قد يضايق أو يصدم أو يزعج أشخاصا يعتبرون المثليّة أمرا لا أخلاقيّا، لكن هذا وحده لا يمكن أن يبيح اللّجوء إلى عقوبات جزائيّة عندما يكون الشّريكان بالغين راضيين»[506]. وأضافت المحكمة أنّه قد سبق لها «أن أقرّت بضرورة إقرار نوع من الرّقابة على التّصرّف المثلي في مجتمع ديمقراطي وذلك قصد مقاومة الاستغلال والإيقاع بالأشخاص اللّذين يعتبرون من الفئات الهشّة بصفة خاصّة بالنّظر مثلا إلى صغر سنّهم (...)»[507]. وأقرّت المحكمة أنّه «يبدو من الاصطناعي القيام بتمييز جامد بين حماية «حقوق وحريات الغير» وبين «الأخلاق». فهذه الأخيرة يمكن أن تفترض حماية القيم الأخلاقيّة لمجتمع بأكمله، ولكن يمكن أن تتضمّن ... الدّفاع عن المصالح والرّفاه المعنوي لجزء معيّن من المجتمع كالتّلاميذ ... عندما يتعلّق الأمر بالدّفاع عن المصالح والرّفاه المعنوي لأشخاص أو أصناف من الأشخاص التي تستدعي حماية خاصّة لأسباب متّصلة بعدم النّضج والتّخلّف العقلي أو حالة تبعيّة، فإنّ حماية «حقوق وحريات الغير» تصبح متعلّقة بأحد أبعاد «الأخلاق»[508].

وتأكّد التّقاطع بين الآداب العامّة وحقوق الغير في قرار *Otto-Preminger-Institut* بشأن قضيّة تتعلّق بمصادرة شريط سينمائي يعرض بطريقة فجّة تواطؤ الثّالوث المسيحي المقدّس مع الشّيطان قصد نشر مرض الزّهري وذلك في مدينة 87% من سكّانها من الكاثوليك. وقد اعتبرت المحكمة أنّه «تماما مثل «الآداب» لا يمكن استخلاص تصوّر موحّد في أوروبّا لما هو الدّين ... ويمكن أن تتعدّد التّصوّرات في بلد واحد. لذلك من المستحيل الوصول إلى تعريف شامل لما يمثّله الانتهاك المقبول للحقّ في حرية التّعبير عندما يمارس ضدّ المشاعر الدّينيّة للغير. لذلك يجب أن تتمتّع السّلطات الوطنيّة بهامش في التّقدير لتحديد وجود ومدى ضرورة هذا التّدخل»[509]، وانتهت المحكمة إلى أنّ ممارسة حرية التّعبير يجب ألاّ تجرح بطريقة مجانيّة المشاعر الدّينيّة.

وقد تمّ انتقاد هذا الموقف من قبل جانب من الفقه الذي اعتبر أنّ المحكمة تجاهلت عنصرا هامّا تمثّل في أنّ نادي السّينما الذي كان سيعرض الفيلم اتّخذ الاحتياطات الضّروريّة لتفادي جرح المشاعر الدّينيّة للمتديّنين ومشاهدتهم للفيلم بأن أعلن عن محتوى الفيلم في البرنامج ومنع الدّخول على القصّر. وبالتالي «يبرّر المنع بفكرة أنّه من غير الأخلاقي تعرية رموز المسيحيّة بطريقة خادشة إلى الدّرجة التي قام بها الشّريط السّينمائي، أكثر من حماية حقوق الغير. وبعبارة أخرى، يبدو أنّ قرار المحكمة يستند إلى الرّغبة في المحافظة على الأخلاق الدّينيّة الغالبة أكثر من حماية حقوق بعض الأفراد»[510]. وبحث المحكمة عن الدّفاع عن تصوّر أخلاقي عبر الهدف المشروع لحماية حقوق الغير وبطريقة ما حماية السّلم الاجتماعي المرتبط بالأمن العام يبرز «الانزلاق» الممكن من حقوق الغير والأمن العام إلى الآداب العامّة.

506 CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni,* Requête n°7525/76, Arrêt du 22 octobre 1981, §60, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/mvu5whhy. التّرجمة لنا.

507 نفسه، § 62. التّرجمة لنا.

508 نفسه، § 47. التّرجمة لنا.

509 CEDH, *Affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Requête n°13470/87, Arrêt du 20 septembre 1994, §50, disponible au lien suivant :http://tinyurl.com/98pwruxm. التّرجمة لنا.

510 BONBLED (N.), et RINGELHEIM (J.), *op. cit*. التّرجمة لنا.

نفهم إذن، أنّه من الصعب أن تختفي الآداب العامّة من ذهن المخاطَبين بالفصل 55 حتى وإن اختفت من الفصل ذاته، فالمداخل إليها كثيرة وأهمّها حقوق الغير والأمن العام. وهو ما حدى بالأستاذ سليم اللّغماني إلى التّخوّف من «أن تطغى الذّاتيّة ويفرض من يرجع إليه تفعيل الفصل 55 تصوّره الشّخصي للآداب العامّة. ولا يعني هذا أنّه لا يولى للآداب العامّة أيّ اهتمام بل تتحوّل إلى عنصر من بين عناصر الموجبات الحدّ الأخرى وخاصّة حقوق الغير والأمن العام»[511].

ج. المحافظة على اختبار التّناسب

بعد ضبط الاختصاص ومبرّر تقييد الحريّة من ضرورة في نظام ديمقراطي ومن أهداف مشروعة لهذا التّقييد، نصّ الفصل 55 على ما يلي: «ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقـــوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها». وإذا ما تركنا جانبا عدم المساس بجوهر الحق، نجده قد كرّس التّناسب على منهج الفصل 49، في صيغة لعلّها أكثر وجاهة من هذا الأخير وأكثر تعبيرا عن المنهج القضائي[512].

ودون أن نكرّر استعراض تفاصيل «جينيّة»[513] مبدأ التّناسب التي نحيل بشأنها إلى ما سبق أن ذكرناه في كتاب الحريات الفرديّة [514]، فنكتفي بالتّذكير بأن التّناسب كمبدأ رياضي بامتياز - « يعبرّ ... عن احترام نسبة الأحجام بين عنصرين التي يجب أن تظلّ ثابتة وأنّ الانسجام الذي ينتج عن ذلك تحدّده الظّروف، وأنّه إذا تغيّر عنصر يتغيّر العنصر المقابل في نفس نسبة الأحجام»[515] – اخترق علم القانون، وبعد أن وجد له موقعا متميّزا في القانون الجنائي انطلاقا من منهج القصاص ثمّ مبدأ التّناسب بين الجرائم والعقوبات، أصبح اليوم، في عصر ما بعد الحداثة، «ممارسة ضمنيّة»[516] في القانون الخاص عبر علاقته الوطيدة بمبدأ «المعقوليّة»[517] وعبر تمظهره في القانون المدني في مادّة العقود ونظريّات القانون المدني من تعسّف في استعمال الحقّ ومضارّ الجوار وغيرها[518]. ووجد التّناسب جذوره قبل ذلك، في العصر الحديث، كمبدأ للقانون العام في فكر الأنوار المتميّز بـ«العطش للاعتدال»[519] ونبذ التّطرّف الذي يبدو حاضرا بقوّة في فكر روسو ومنتسكيو. ثمّ رُسّخ كمبدأ للقانون الإداري في بروسيا مع الفقيه سافريز[520] صائغ المجلّة المدنيّة التي نصّت في الفقرة 17 من الجزء الثّاني على أنّ «مهمّة الشّرطة تتمثل في اتّخاذ التّدابير الضّروريّة للحفاظ على السّلم العام والأمن والنّظام»[521]. ووجد التّناسب طريقه إلى الفقه الإداري الألماني فيما يتعلّق بالضّبط الإداري في

511 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص.33. انظر أيضا في خصوص المقاربات الممكنة للقاضي العدلي في مواجهة حذف الآداب العامّة من موجبات التّقييد مالك الغزواني، «لا قيود على الحقوق والحريات لحماية الآداب العامّة. معضلة أمام القاضي العدلي»، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المرجع سابق الذّكر، ص. 103-129.

512 صفي الدّين الحاج، «دليل القاضي الإداري في تطبيق مبدأ التّناسب. قراءة محيّنة في ضوء الفصل 55 من دستور 2022 »، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المرجع سابق الذّكر، ص. 93-94.

513 GUILMAIN(A.), « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Revue de droit de McGill,* 61 (1), Septembre 2015, p. 87, disponible au lien suivant : https://doi.org/10.7202/1035386ar

514 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 185-187.

515 VANNES(V.), *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 47. التّرجمة لنا

516 GUILMAIN(A.), *op. cit.*, p. 112. التّرجمة لنا

517 Le principe du raisonnable.

518 GUILMAIN(A.), *op. cit.*, pp. 114-115.

519 نفسه، ص. 106. التّرجمة لنا.

520 Carl Gottlieb Svarez.

521 GUILMAIN(A.), *op. cit.*, p. 108.

القرن التّاسع عشر قبل أن تتمّ منهجة التّناسب في اختبار من قبل المحكمة العليا في بروسيا [522]. ثمّ بلغ التّناسب مرحلة «النّضج»[523] في القرن العشرين بانفتاحه على مختلف الدّول الأوروبيّة وعلى مختلف فروع القانون العام. وفضلا عن القانون الإداري والقانون الدّستوري، تمّ تكريسه في القانون الأوروبّي والقانون الدّولي عبر الدّفاع الشّرعي والقانون الدّولي الإنساني[524].

عرف إذن هذا المبدأ «صعودا لا يقاوم»[525] أوّلا لارتباطه بـ«الحسّ السّليم»[526] وثانيا لمرونته، إذ يعتبره البعض «تقنية تشريعيّة دون أدنى عناء»[527] نظرا لارتباطه بالوقائع وصعوبة حصره في معايير، وهو في المقابل «منهج قضائي بحدّ أدنى من الإفراط»[528] يسمح بالتّحكيم بين المصالح المتعارضة وفقا للوقائع وإعمالا للحسّ السّليم.

وفي ولوجه لمنظومة تقييد الحريات، عمدت بعض الدّول إلى تكريس التّناسب بصيغ مختلفة في دساتيرها كسويسرا[529] وجنوب افريقيا[530] وكينيا[531]، في حين استخلص في دول أخرى من فقه قضاء المحاكم العليا، بما أدّى إلى تطوير نمذجة لمنهج التّناسب حلّلنا أبعادها في كتاب الحريات الفرديّة[532]، وتمّ التّأسيس لها في

522 Oberverwaltungsgericht, نفسه، ص. 108-109.

523 نفسه، ص. 110.

524 نفسه، ص. 110-111.

525 MARTENS(P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » *in. Présence du droit public et des droits de l'homme: Mélanges offerts à Jacques Velu,* t 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49. التّرجمة لنا

526 DROOGHENBROECK (V.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: Prendre l'idée simple au sérieux,* Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 16. التّرجمة لنا

527 GUILMAIN(A.), *op. cit.*, p.106. التّرجمة لنا

528 نفسه، ص. 129. التّرجمة لنا.

529 ينصّ الفصل 36 من الدّستور السويسري على ما يلي: «كلّ حدّ من حقّ أساسي يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المراد تحقيقه»، سابق الذّكر.

530 ينصّ دستور جنوب افريقيا على ما يلي: «36. تقييد الحقوق
1. لا يجوز تقييد الحقوق الواردة في وثيقة الحقوق إلّا بمقتضى قانون يطبّق على النّاس كافّة بقدر ما يكون التّقييد معقولاً وله ما يبرّره في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانيّة والمساواة والحريّة، مع مراعاة كلّ العوامل ذات الصّلة، بما فيها:
أ. طبيعة الحقّ؛
ب. أهمية الغرض من التّقييد؛
ج. طبيعة ونطاق التّقييد؛
د. العلاقة بين التّقييد وغرضه؛ و
ه. الوسائل الأقلّ تقييدًا لتحقيق الغرض»، دستور جنوب أفريقيا 1996 (المعدّل 2012)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=ar

531 ينصّ الفصل 24 من الدّستور الكيني على ما يلي: « وضع حدود للحقوق والحريات الأساسية
1 .لا توضع حدود لأي من الحقوق أو الحريات الأساسية المنصوص عليها في ميثاق الحقوق إلا بقانون، وفي تلك الحالة وحدها توضع حدود معقولة ومبرّرة في مجتمع منفتح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانيّة والمساواة والحرية مع مراعاة العوامل ذات الصّلة التي تتضمّن –
أ. طبيعة الحق أو الحرية الأساسية؛
ب. أهمية الغرض من وضع الحدود؛
ج. طبيعة ودرجة الحدود؛
د. الحاجة إلى ضمان أن استمتاع أي فرد بالحقوق والحريات الأساسية لا يؤثّر على الحقوق والحريات الأساسيّة للآخرين؛ و
ه. العلاقة بين الحدود والغرض منها وما إذا كان هناك طرق أقل تقييدًا لتحقيق الغرض»، دستور كينيا الصادر عام 2010، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010.pdf?lang=ar

532 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 187-193.

قرارات مرجعيّة في سويسرا منذ قرار 1939 الذي يخصّ حرية الصّناعة والتّجارة[533]؛ وقرار *Oaks* الصّادر عن المحكمة العليا الكنديّة بخصوص قانون يتعلّق بحيازة المخدّرات، يقلب عبء الإثبات ويعتبر حائز المخدّرات مروّجا ما لم يثبت عكس ذلك[534]؛ وقرار الصّيدليّات الصّادر عن المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة في 11 جوان 1958 بخصوص قانون مقاطعة بافاريا حول الصّيدليّات الصّادر في 1952[535].

وقد انتهى توارد التّطبيق الفقه قضائي ومن ثمّة التّأصيل الفقهي للتّناسب إلى تأطيره بثلاثيّتين: ثلاثيّة الأطراف التي يضعها التّناسب في علاقة وثلاثيّة الشّروط. فأمّا الأطراف الثّلاث حسب الأستاذ سليم اللّغماني فتتمثّل في « موجب الحدّ من الحريّة: أي القيمة المحميّة قانونيّا التي يجب الحفاظ عليها في حدود ما يقتضيه نظام ديمقراطي أي حقوق الغير أو الأمن العام أو الدّفاع الوطني أو الصحّة العامّة، ثمّ الحقّ أو الحريّة التي يتوجب الحدّ منها و(أخيرا) الإجراء الذي يحدّ من الحقّ أو الحريّة لتحقيق الغاية المنشودة»[536]. وأمّا ثلاثيّة الشّروط فتتمثّل في الملاءمة والضّرورة الدّاخليّة والتّناسب بالمعنى الضيّق[537] التي سنعرضها تباعا.

فأمّا خطوة الملاءمة فتحيل إلى تقدير عقلانيّة المشرّع وتتّصل في المنظومة السويسريّة والألمانيّة بالقدرة على بلوغ الهدف المتّصل بالمصلحة العامّة[538] وبالرّابط العقلاني بين الوسيلة والهدف في المنظومة الكنديّة[539].

---

533 نستحضر فيما يلي الحيثيّة المرجعيّة في هذا القرار تحت طائلة الدّستور السّابق للكنفدراليّة : «إخضاع ممارسة المهن الصّناعيّة والتّجاريّة إلى سلطة الضّبط بغرض ضمان الإخلاص في المعاملات وحماية المواطنين ضدّ الوسائل الخداعيّة والمضرّة. ولا تكون التّدابير متلائمة مع الفصل 31 من الدّستور إذا كانت تحول دون السّير الحرّ للمنافسة وتدعم بعض المتنافسين على حساب الآخرين، وكذلك عندما لا تكون ضروريّة لحماية المصالح التي على الدّولة الدّفاع عنها. فتدخّل الضّبط يجب أن يكون متناسبا مع الهدف المنشود»، *Association fribourgeoise des agents immobiliers*, ATF 65 I 65. التّرجمة لنا. انظر أيضا:
SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 76.

534 نستحضر فيما يلي الحيثيّة المبدئيّة التي أسّست لاختبار التّناسب: «لإقرار أنّ تقييدا ما للحريّة معقول ويمكن الدّفاع عن تبريره في مجتمع حرّ وديمقراطي وجب تلبية معيارين أساسيّين. أوّلا الهدف الذي تنشده التّدابير التّقييديّة لحقّ أو حرية يضمنها العهد يجب أن يكون «مهمّا بما فيه الكفاية لتبرير إلغاء حقّ أو حرية يضمنها الدّستور»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd* ... القاعدة يجب أن تكون صارمة حتّى لا تحظى الأهداف غير الهامّة أو المخالفة للمبادئ التي تكوّن جوهر المجتمع الحرّ والدّيمقراطي بحماية المادّة الأولى، فيجب على الأقلّ أن يتعلّق الهدف بمشاغل عاجلة وحقيقيّة في مجتمع حرّ وديمقراطي حتّى نتمكّن من وصفه بـ«المهمّ بما فيه الكفاية». ثانيا، بعد الإقرار بأنّ الهدف مهمّ بما فيه الكفاية، يجب على الطّرف الذي يثير المادّة الأولى أن يثبت أنّ الوسائل التي تمّ اختيارها معقولة ويمكن الاستدلال على تبريرها. وهذا ما يقتضي تطبيق «نوع من التّناسب». *R. c. Big M Mart Ltd Drug*. ورغم أنّ طبيعة معيار التّناسب يمكن أن تتغيّر بحسب الظّروف، يجب على المحاكم في كلّ حالة أن تقوم بالموازنة بين مصالح المجتمع ومصالح الخواص والمجموعات. وحسب رأيي يتضمّن معيار التّناسب ثلاث عناصر هامّة. يجب أن تكون التّدابير المتّخذة قد تمّ تصوّرها بعناية لبلوغ الهدف المعني، فيجب ألاّ تكون اعتباطيّة أو غير منصفة أو مبنيّة على اعتبارات غير معقولة. باختصار، يجب أن يكون لها رابط عقلاني مع الهدف المعني. ثانيا، وعلى فرض وجود رابط عقلاني، يجب أن تتمكّن الوسيلة المختارة من المساس بالحقّ أو الحريّة «بأقلّ قدر ممكن» *R. c. Big M Mart Ltd Drug*. ثالثا، يجب أن يكون هناك تناسب ما بين آثار التّدابير التّقييديّة للحق أو الحريّة المضمونة بالعهد والهدف الذي تمّ الإقرار بأنّه هامّ بما فيه الكفاية».
التّرجمة لنا. *R. c. Oakes,* [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139, *op. cit*

535 أخضعت المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة بوضوح التّدخّل التّشريعي إلى اختبار ثلاثي للتّناسب معتبرة أنّه: «يهدف الحقّ الأساسي إلى حماية حرية الفرد ويهدف التّحفّظ التّشريعي إلى ضمان حماية كافية للمصالح الجماعيّة. ومن هذا المنطلق يخضع التّدخل التّشريعي إلى المبادئ التّالية:
أ- يمكن تقييد حريّة ممارسة مهنة في الحدود التي تبرز الاعتبارات المعقولة للمصلحة العامّة ملاءمتها. فحماية الحقوق الأساسيّة محدودة بالتّوقّي من المقتضيات التي تعتبر لا دستوريّة طالما كانت قاسية بدرجة مفرطة وغير معقولة.
ب- لا يمكن الحدّ من حرية اختيار مهنة إلاّ في حدود ما تبرز حماية مصالح عامّة عالية الأهميّة ضرورته المطلقة. وإذا كان هذا التّدخّل محتوما، يجب أن يختار المشرّع شكل التّدخّل الذي يقيّد الحقّ الأساسي بأقلّ قدر ممكن.
ج- عندما يتمّ انتهاك حرية اختيار مهنة بضبط بعض شروط الوصول إليها، يجب التّمييز بين الشّروط الذّاتيّة والشّروط الموضوعيّة. فأمّا عن الشّروط الذّاتيّة (خاصّة منها التّكوين المسبّق والمستمرّ)، فهي خاضعة لمبدأ التّناسب بمعنى أنّها يجب ألاّ تكون غير متناسبة مع هدف حسن ممارسة النّشاط المهني. ويجب فرض مقتضيات شديدة الصّرامة على إثبات الصّبغة الضّروريّة للشّروط الموضوعيّة للقبول. وعموما، وحده التّوقّي من أخطار جديّة أو محتملة الوقوع إلى حدّ كبير بالنّسبة إلى مصلحة عامّة شديدة الأهميّة يمكنه تبرير هذا التّدبير».
التّرجمة لنا. BVerfGE 7, 377, *Apotheken-Urteil,* 11 juin 1958, disponible au lien suivant: https://servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html

536 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص.34.

537 نفسه، ص. 34.

538 التّرجمة لنا. Geeignetheit aptitude - (suitability)

539 التّرجمة لنا. Le lien rationnel entre le moyen et l'objectif.

وإذ نحيل القارئ إلى التّطبيقات الفقه قضائيّة المقارنة التي عرضناها في كتاب الحريات الفرديّة حول اختبار الملاءمة[540]، يمكننا معاينة استقرار المحاكم العليا المرجعيّة في التّطبيق الآلي لاختبار التّناسب، من ذلك المحكمة العليا الكنديّة، وسنستعرض تطوّر تعليل المحكمة في قرار حديث صادر بتاريخ 28 أكتوبر 2022 في تطبيقها البيداغوجي لاختبار التّناسب. ويتعلّق القرار بطعن في دستوريّة الفصل 490.012 والفقرة 2.1 من الفصل 490.013 من المجلّة الجزائيّة الكنديّة اللّذين ينصّان على التّسجيل الإجباري مدى الحياة للمُدانين من أجل اعتداءات جنسيّة بسجلّ المنحرفين جنسيّا في إطار البحث عن الاتّقاء من العود، وقد نعى عليهما الطّاعن خرقهما للفصل السّابع من العهد الكندي للحقوق والحريات بما أنّهما يلزمان المُدانين بتقديم كمّ هائل من المعلومات والمعطيات الشّخصيّة بطريقة منتظمة إلى الشّرطة ويعرّضهم إلى رقابة آليّة واعتباطيّة وإلى عقوبات في صورة عدم الامتثال. وعلى هدي قرار اواكس وبعد تحديد موضوع الأحكام المطعون فيها والتّحقّق من الطّابع المستعجل والحقيقي له، اعتبرت المحكمة أنّ المرحلة الموالية تتمثّل في التّثبّت من الصّبغة المشطّة للتّدابير التّشريعيّة من عدمها أي اختبار التّناسب، واعتبرت أنّ أوّل خطوة تتمثّل في الرّابط العقلاني بين موضوع التّدبير التّشريعي والهدف منه وعبّرت بالطّريقة التّالية عن ذلك: «يكون للحكم التّشريعي طابع مشطّ إذا كان يُطبّق بطريقة جدّ عامّة إلى درجة أنّه يشمل بعض الأفعال التي لا علاقة لها بموضوعه، بما يجعله اعتباطيّا في جزء منه. بمعنى آخر، يكون هناك طابع مشطّ إذا انتفى أيّ رابط عقلاني بين موضوع الحكم التّشريعي وبعض من آثاره، لا كلّها. فلا يمكن للقانون أن ينتهك الحقّ في الحياة، والحريّة أو أمان الشّخص، حتّى ولو كان شخصا واحدا، بطريقة غير متلائمة مع مبادئ العدالة الأساسيّة. وبالتّالي، فإنّ الأحكام المصاغة بطريقة عامّة لتسهيل تطبيقها تُعدّ مخالفة للفصل 7 إذا حرمت شخصا واحدا من الحريّة بطريقة لا تخدم موضوع القانون»[541]. وأضافت المحكمة العليا أنّ الطّابع المشطّ للأحكام المطعون فيها يتأتّى من أنّها تؤدّي إلى التّسجيل الإجباري لأشخاص لا يشكّلون خطرا متزايدا في العود، بما ينفي أيّ رابط بين تسجيلهم بالسّجل وهدف جمع معلومات من شأنها مساعدة الشّرطة على التّوقّي من الجرائم الجنسيّة والحال أنّ احتمال حاجة الشّرطة إلى هذه المعطيات ضعيف جدّا. وأضافت المحكمة أنّ وجود حكم سابق للإدانة لا يكفي للجزم باحتمال العود. واستندت المحكمة إلى إحصائيّات تفيد أنّ 10 %من الأشخاص الذين سبقت إدانتهم من أجل جريمة جنسيّة لا يمثّلون عند تحديد العقوبة احتمالا للعود أكثر من غيرهم[542].

هناك ثانيا خطوة الضّرورة ويتعلّق الأمر لا بضرورة خارجيّة بل بضرورة داخليّة متّصلة «بـ ضرورة الإجراء الذي اتّخذ للحدّ من الحريّة» أو كما يقول الأستاذ سليم اللّغماني «الحدّ المقرّر يجب أن يكون ضروريّا لتحقيق الغاية دون تجاوزها»[543]، وهو ما عبرّت عنه المحكمة العليا الكنديّة في قرار *Oakes* بأنّه يجب أن تتمكّن الوسيلة المختارة من المساس بالحقّ أو الحريّة «بأقلّ قدر ممكن»[544] والمحكمة العليا الألمانيّة في قرار *Pharmaceries* بأنّه «إذا كان هذا التّدخّل محتوما يجب أن يختار المشرّع شكل التّدخّل الذي يقيّد الحقّ الأساسي بأقلّ قدر ممكن». وهذا يعني أنّ خيار المشرّع مقيّد بضرورة اعتماد الإجراء الأقلّ تطفّلا، فيجب

540 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 193-198.

541 *R. c. Ndhlovu*, 2022 CSC 38, 28 octobre 2022, disponible au lien suivant: https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/19538/index.do .الترّجمة لنا

542 نفسه.

543 «nécessaire et suffisant»، سليم اللّغماني، تقرير جلسات النّظراء في إطار مشروع المؤسّسة الدّولية للدّيمقراطيّة والانتخابات «العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسيّة بتونس»، جلسة 13 جويلية 2019، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، تونس، 2019، ، ص. 3.

544 *R. c. Oakes,* [1986] 1 R.C.S. 103, 138 et 139, *op. cit*. الترّجمة لنا

«ألاّ يتوفّر إجراء أكثر احتراما للحريات وبنجاعة مماثلة»[545].

وهذا ما ثبت عليه فقه القضاء فمؤخّرا وفي القرار سابق الذّكر الصّادر عن المحكمة العليا الكنديّة بتاريخ 28 أكتوبر 2022 بخصوص التّسجيل الإجباري مدى الحياة للمُدانين باعتداءات جنسيّة، وبعد أن نظرت المحكمة في مدى توفّر العلاقة السّببيّة بين الوسيلة والهدف أو الرّابط العقلاني بين موضوع القانون أو التّدابير التّشريعيّة المطعون فيها وهدفها، مرّت المحكمة إلى التّثبّت من أنّ هذه التّدابير تنتهك حقوق المنحرفين «بأقلّ قدر ممكن» واعتبرت المحكمة أنّه توجد « حلول بديلة موثوقة وملائمة من شأنها أن تسمح ببلوغ هدف التّدابير المطعون فيها بشكل جوهري. فإعادة السّلطة التّقديريّة للقضاة في مسار التّسجيل من شأنه أن يسمح ببلوغ نسبة تسجيل للمنحرفين في السّجلّ تناهز90 %. إضافة إلى ذلك، يمتلك القضاة حزمة من الوسائل-بما فيها شهادة الخبراء- لتقييم المخاطر بطريقة أكثر دقّة. وبصفة احتياطيّة، يمكن للبرلمان أن يعدّد معايير دقيقة لمساعدة القضاة على تحديد إن كان تسجيل منحرف ليس من شأنه بلوغ هدف النّظام القانوني»[546].

ويعدّ استعراض البدائل الممكنة من ثوابت فحص الضّرورة الدّاخلية، ونجد حضورا بقوّة لفحص البدائل الممكنة في قرار المحكمة الإداريّة سابق الذّكر في مادّة توقيف التّنفيذ الصّادر بتاريخ 23 مارس 2022، بخصوص المرسوم عدد 1 لسنة 2021 المؤرّخ في 22 أكتوبر 2021 والمتعلّق بجواز التّلقيح الخاص بفيروس (سارس كوفيد 2) حيث اعتبرت أنّ «المرسوم المدفوع بعدم شرعيّته لا يعكس مراعاة التّناسب بين عدم استظهار العون العمومي بجواز التّلقيح والجزاء الذي يقع تحت طائلته ضرورة أنّه يفضي إلى تعليق مباشرة العون المعني لعمله دون توخّي سبيل التّدرّج بانتهاج غير ذلك من التّدابير ممّا دونه وطأة بما في ذلك التّشديد في واجب التّباعد الاجتماعي وضرورة التّقيّد بتدابير التّوقّي من الفيروس واقتضاء تواتر إجراء تحاليل التّقصّي فضلا عن تمكين العون المعني من استنفاذ رصيد العطل المخوّل له الحصول عليها طبقا للتّشريع الجاري به العمل أو إعادة النّظر في طبيعة المهام الموكولة إليه أو مركز العمل المعيّن به عند الاقتضاء»[547].

ونأتي أخيرا لاختبار التّناسب بالمعنى الضيّق الذي يعني حسب الأستاذ سليم اللّغماني «أن يكون الإجراء المتّخذ موائما ... للهدف المنشود أي أن لا يتجاوز الحدّ من الحريّة ما يكفي للحفاظ على موجب الحدّ»[548]. وكانت المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة قد عبّرت عن طرفي الموازنة كما يلي: «يجب أن يحترم التّوازن الشّامل بين خطورة الانتهاك ووزن الأسباب التي تبرّرها وتؤكّدها أيضا حدود المعقول. فكلّما كان انتهاك الحريّة... خطيرا يجب أن تكون فوائد المصلحة العامّة التي يهدف الإجراء إلى ضمانها قويّة»[549].

وفي كندا، دقّقت المحكمة العليا الموازنة في قرار *Newspapers Thomson c. Canada* على النّحو التّالي: «لا تهمّ المرحلة الأولى والثّانية من فحص التّناسب العلاقة بين التّدابير والحقّ المعني المكفول بالعهد بل العلاقة بين أهداف القانون والوسائل المستعملة، حتّى ولو كانت مرحلة الانتهاك الأدنى لمعيار التّناسب تأخذ بعين الاعتبار بالأساس الإجراء الذي ينتهك قيمة مكرّسة في العهد، تتمثّل القاعدة في نهاية الأمر في التّساؤل إن

545 SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 79. التّرجمة لنا

546 *R. c. Ndhlovu,* 2022 CSC 38, *op. cit* .التّرجمة لنا

547 المحكمة الإداريّة، الدّائرة الابتدائيّة بالمنستير، قرار في مادّة توقيف التّنفيذ، القضية عدد461 6200، سابق الذّكر. انظر أيضا عن نفس الدّائرة الحكم الابتدائي في القضيّة عدد 6100908، 25 أفريل 2023، الشّهلة سليمان ضدّ المندوب الجهوي للتّربية بالمهديّة، سابق الذّكر.

548 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص.34.

549 BVerfGE 30, 292, *Erdölbevorratung*, 16 mars 1971, §70, disponible au lien suivant: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292.html. التّرجمة لنا

كان الانتهاك بالحدّ الأدنى للحقّ المكفول بالعهد أخذا بعين الاعتبار لصحّة الهدف التّشريعي. أمّا المرحلة الثّالثة لاختبار التّناسب، فهي تمكّن على ضوء الجزئيّات العمليّة والمرتبطة بالسّياق التي تمّ استخلاصها في المرحلتين الأوليين من تقدير مدى إن كانت الفوائد المترتّبة من التّقييد متناسبة مع الآثار السّلبيّة التي يتمّ قياسها بالنّظر إلى القيم المكرّسة في العهد»[550]. وهذا ما طبّقته في القرار الحديث الذي ذكرناه آنفا والصّادر في 28 أكتوبر2022 حيث اعتبرت أنّ «الآثار السلبيّة للفصل 490.012 وللفقرة 2.1 من الفصل 490.013 لها الغلبة على آثارها الايجابيّة. فالأدلّة على منافع الأحكام نادرة في حين أنّ الأثر السّلبي للالتزامات بالتّصريح المضروبة على الشّخص المعني ... واضح. فأبعاد المعطيات الشّخصيّة التي سيتمّ إيداعها ووتيرة تحيين المعلومات التي يُلزم المنحرفون باحترامها وأهمّ من كلّ هذا التّهديد بالسّجن تجعل هذه الشّروط مكلفة، خاصّة بالنّسبة إلى المجموعات المهمّشة»[551].

هو إذن تقدير للكلفة والمنفعة، الكلفة بالنّسبة إلى الحقّ أو الحريّة والمنفعة بالنّسبة إلى المصلحة المراد حمايتها. ورغم ما في هذا الاختبار ككلّ من محاذير مرتبطة بحتميّة انزلاق القاضي في تقدير وجاهة السّياسات التّشريعيّة بما يؤدّي إلى نزاع في المشروعيّات حاولنا أن نتناول أبعاده في كتاب الحريات الفرديّة[552]، إلا أنّه يسمح بمنهجة ضبط الحريّة إلى حدّ كبير. ومحاولة تطبيق خطوات الاختبار على المراسيم الانتقاليّة أدّى بنا إلى استنتاج لا تناسب فادح في شأنها.

550 *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, [1998] 1 RCS 877, nº 25593, 29 mai 1998, §125, disponible au lien suivant: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1621/index.do. التّرجمة لنا

551 *R. c. Ndhlovu,* 2022 CSC 38, *op. cit* . التّرجمة لنا

552 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 274-280.

في اللّاتناسب في المراسيم الانتقاليّة:
هل هناك إسراف في تجريم ترويج الأخبار الزّائفة؟

كنّا ناقشنا في كتاب الحريات الفرديّة المأزق العقابي وتساءلنا إن كان تناسب الفصل 49 يتماهى مع التّناسب في المادّة الجزائيّة وانتهينا إلى إمكانيّة التّقاطع بين تناسب الفصل 49 والتّناسب في القانون الجزائي في شقّيه التّجريمي والعقابي والإجراءات الجزائيّة وإمكانيّة تطويع الاختبار الثّلاثي في شأنها[553].

وإذا ما تناولنا أوّلا «ثنائي الجريمة والعقوبة»[554] وتساءلنا عن مدى ملاءمة مبدأ التّجريم ورديفه من العقوبات فإنّ الخطوة الأولى من اختبار التّناسب أي الملاءمة تفترض التّساؤل عن ضرورة التّجريم في حدّ ذاته وإن كان هناك رابط عقلاني بين مبدأ التّجريم ذاته وهدفه أي التّوقّي من الجريمة وحماية الأمن العام. وأمّا فيما يتعلّق بالعقوبات، وبعد أن سلّمنا بوجود مأزق صعوبة تقييس العقوبات خارج منطق التّناسب بينها وبين الجرائم بمعنى استحالة القيام برقابة ملاءمة بينها وبين الهدف خاصّة وأنّ سلّم العقوبات يقابل سلّم الجرائم الذي بدوره يقابل سلّما للأهداف أو للمصالح المحميّة التي تمّ انتهاكها فإنّ المَخرج يتمثّل في التّثبّت من عدم الإسراف في الحدّ الأدنى والحدّ الأقصى عند التّجريم وعند ترتيب العقوبات أي عدم الإسراف في تقدير الضّرورات والمصالح التي يستوجب حمايتها ومن ثمّة احترام المعقوليّة في ترتيب العقوبات حتّى تتلاءم درجتها مع خطورة الجرم.

وما سنتولّى القيام به في خصوص المراسيم الانتقاليّة هو فحص العلاقة السّببيّة أو الرّابط العقلاني بين التّجريم وموجبه على مستوى مبدأ التّجريم في حدّ ذاته وبين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سلّم العقوبات حتّى يتمّ التّثبّت من غياب اللّاتناسب الفادح استنادا إلى معيار المعقوليّة والحسّ السّليم.

553 نفسه، ص. 80-84 وص. 199-201.

554 نستعير هذه العبارة من قيوم شيتار في ترجمة لـ« le couple crime-peine ». انظر:
CHETARD (G.), « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/1 N° 1, Janvier-Mars 2013, p. 69.

الأحكام المعنيّة	ملاءمة مبدأ التّجريم: الرّابط العقلاني بين التّجريم وموجبه	ملاءمة العقوبة: الرّابط العقلاني بين خطورة الجرم ودرجة العقوبة في سلّم العقوبات
الفصل 3 من المرسوم عدد 14 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 والمتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة : «يعدّ مرتكبا لجريمة المضاربة غير المشروعة المنصوص عليها بهذا المرسوم ويعاقب بالعقوبات المقرّرة لها كلّ من: -روّج عمدا أخبارا أو معلومات كاذبة أو غير صحيحة لدفع المستهلك للعزوف عن الشّراء أو قصد إحداث اضطراب في تزويد السّوق والتّرفيع في الأسعار بطريقة مباغتة وغير مبرّرة». الفصل 17 من ذات المرسوم: «يعاقب بالسّجن عشر سنوات وبخطية ماليّة قدرها مائة ألف دينار كلّ من قام بأحد الأفعال المجرّمة بموجب هذا المرسوم باعتبارها مضاربة غير مشروعة. ويكون العقاب بالسّجن عشرين سنة وبخطيّة ماليّة قدرها مائتا ألف دينار إذا كانت المضاربة غير المشروعة تتعلّق بمواد مدعّمة من ميزانيّة الدّولة أو بالأدوية وسائر الموادّ الصّيدليّة.	الجريمة كنّا أبدينا تحفّظات جديّة بشأن الضّرورة الخارجيّة في تجريم ترويج الأخبار الزّائفة قصد دفع المستهلك للعزوف عن الشّراء أو قصد إحداث اضطراب في التّسويق، فالمسألة تطرح إشكالا حقيقيّا بالنّظر إلى الشّرعيّة الجزائيّة من حيث ضرورة دقّة الأفعال المجرّمة ومن حيث مبدأ التّجريم ذاته. ومن الصّعب أن ينجح هذا التّجريم في اختبار الملاءمة إذ أيّ علاقة سببيّة بين التّدبير -تجريم ترويج الأخبار الزّائفة- والهدف منه أي حماية حقوق الغير ووجه من وجوه الأمن العام وهو الأمن العام الغذائي والاقتصادي؟	العقوبة ليس من الصّعب بالمرّة إدراك الشّطط الوارد في العقوبات المسلّطة على فعل التّرويج العمد للمعلومات الكاذبة أو غير الصّحيحة لدفع المستهلك للعزوف عن الشّراء أو قصد إحداث اضطراب في تزويد السّوق والتّرفيع في الأسعار وترقية هذا الفعل إلى مرتبة الجناية التي تصل عقوبتها إلى سلب الحريّة بعقوبة سجنيّة تصل مدّتها إلى ثلاثين سنة كاملة، حتّى ولو سلّمنا بأنّ القاضي مخوّل لتفريد العقوبات بالنّظر إلى ملابسات القضيّة فالعقوبة الأدنى هي عشر سنوات سجنا، وهذا فيه شطط واضح، خاصّة وأنّ الجرم غير واضح الأركان، بما في ذلك الرّكن القصدي. ونورد نفس الملاحظة

ويكون العقاب بالسّجـــن ثلاثين سنة وبخطيّة ماليّة قدرها خمسمائة ألف دينار إذا ارتكبت الجرائم المذكورة بالفصل 3 من هذا المرسوم خلال الحالات الاستثنائيّة أو ظهور أزمة صحيّة طارئة أو تفشّي وباء أو وقوع كارثة. ويعاقب بالسّجن بقيّة العمر وبخطيّة ماليّة قدرها خمسمائة ألف دينار إذا ارتكبت الجرائم المذكورة بالفصل 3 من هذا المرسوم من قبل وفاق أو عصابة أو تنظيم إجرامي أو عند مسك المنتجات بنيّة تهريبها خارج أرض الوطن».	فمن الوجيه التّساؤل هل أنّ ترويج الأخبار الزّائفة يؤدّي إلى إحداث اضطراب ملموس في تزويد السّوق وترفيع الأسعار وهل بالإمكان اعتبار تدوينة فايسبوكيّة كتبها مواطن في حالة هلع حول اختفاء منتج معين من الأسواق أو حملات مقاطعة بعض الموادّ من قبيل التّحريض الممنهج على العزوف عن الشّراء؟	بالنّسبة إلى ارتفاع مقدار الخطيّة التي تتراوح بين مائة ألف وخمسمائة ألف دينار، فمن الثّابت في تقديرنا أنّ المرسوم موغل في الشّطط.
الفصل 24 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022 المؤرّخ في 13 سبتمبر 2022 والمتعلّق بمكافحة الجرائم المتصلة بأنظمة المعلومات والاتّصال: «يعاقب بالسّجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها خمسون ألف دينار كلّ من يتعمّد استعمال شبكات وأنظمة معلومات واتّصال لإنتاج، أو ترويج، أو نشر، أو إرسال، أو إعداد أخبار أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو وثائق مصطنعة أو مزوّرة أو منسوبة كذبا للغير بهدف الاعتداء على حقوق الغير أو الإضرار بالأمن العام أو الدّفاع الوطني أو بثّ الرّعب بين السكّان.	صحيح أنّ استعمال الوسائط الالكترونيّة للسّباب والقذف شهد تفاقما يجعل التّدخّل لمعالجة هذا «الانحراف»[555] الالكتروني ضروريّا. ويرى جانب من الفقه أنّه بالنّسبة «للتعسّف في ممارسة حرية التّعبير، كالشّتائم والثّلب، فإنّه يبرّر ... التّدخل الصارم واليقظ للقانون الجزائي، فقدرته	يرتّب الفصل 24 عقوبات سجنيّة تقدّر بخمس سنوات إضافة إلى الخطايا. وهو يعني اعتبارها جنحة مستوجبة لعقوبة سالبة للحريّة لأقصى مدّة بالنسبة إلى الجنح، وهذا فيه شطط. وليس تصنيف ترويج الاشاعات الكاذبة كجنحة ومعاقبتها بخمس سنوات سجنا الملاذ الأخير لحماية حقوق الغير.

555 الترّجمة لنا. FRANCILLON (J.), « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2012/1, p. 162

ويعاقب بنفس العقوبات المقرّرة بالفقرة الأولى كلّ من يتعمّد استعمال أنظمة معلومات لنشر، أو إشاعة أخبار، أو وثائق مصطنعة، أو مزوّرة أو بيانات تتضمّن معطيات شخصيّة أو نسبة أمور غير حقيقيّة بهدف التّشهير بالغير أو تشويه سمعته أو الإضرار به ماديّا أو معنويّا أو التّحريض على الاعتداء عليه أو الحثّ على خطاب الكراهيّة.

وتضاعف العقوبات المقرّرة إذا كان الشّخص المستهدف موظّفا عموميّا أو شبهه».

على حماية الحياة الخاصّة وسمعة الغير وكرامة الأشخاص معترف بها منذ وقت طويل»[556]. لكن يبدو التّجريم غير متلائم مع المعايير الدّوليّة في هذا المجال والتي تحثّ كما رأينا على تجنّب المقاربة الزّجريّة بناء على المفاهيم الفضفاضة من قبيل «الإشاعات الكاذبة» الواردة في المرسوم عدد 54 لسنة 2022، هذا فضلا عن وجود ترسانة من النّصوص التّشريعيّة التي تنظّم المسألة من ذلك المجلّة الجزائيّة فيما يتعلّق مثلا بهضم جانب موظّف عمومي أو المرسوم عدد 115 لسنة 2011 الذي ينطبق على الصّحفيّين.

بقي أنّ العلاقة السّببيّة بين التّدبير -أي تجريم الأخبار الزّائفة- والهدف منه-حماية حقوق الغير والحفاظ على الأمن العام والدّفاع الوطني وعدم بثّ الرّعب بين السكّان- تبدو متوفّرة إلى حدّ ما.

فحتّى إذا أقررنا بوجاهة التّجريم، فإنّ السّجن خمس سنوات كنتيجة لذلك لا يتلاءم مع الفعل المجرّم. ويمكن في سلّم تنازلي أن نعتبر ملاءمة السّجن الآلي ومدّته مع الأفعال المجرّمة مشكوكا فيها.

556 نفسه، ص. 162. التّرجمة لنا.

حول الضّرورة الدّاخليّة لـ «ثنائي الجريمة والعقوبة»

الأحكام المعنيّة	مدى توفّر إجراء أقل انتهاكا للحرية من التّجريم وبنجاعة مماثلة في تحقيق الهدف يتعلّق الأمر بالتّثبّت من وجود بدائل عن التّجريم بإلغاء الجريمة أو بالحطّ من تصنيف الجريمة (بالنّزول من الجناية للجنحة ومن الجنحة إلى المخالفة).	مدى توفّر عقوبة أقلّ في سلّم العقوبات وبنجاعة مماثلة في تحقيق الهدف يتعلّق الأمر بالتّثبّت من وجود بدائل أقلّ انتهاكا للحرية بالحطّ من العقوبة في سلّم العقوبات الممكنة.
الفصل 17 من المرسوم عدد 14 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 والمتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة الذي يعاقب على التّرويج العمد لأخبار أو معلومات كاذبة أو غير صحيحة لدفع المستهلك للعزوف عن الشّراء أو قصد إحداث اضطراب في تزويد السّوق والتّرفيع في الأسعار بطريقة مباغتة وغير مبرّرة، بالسّجن عشر سنوات وبخطيّة ماليّة قدرها مائة ألف دينار، ويكون العقاب بالسّجن عشرين سنة وبخطيّة ماليّة قدرها مائتا ألف دينار إذا كانت المضاربة غير المشروعة تتعلّق بمواد مدعّمة من ميزانيّة الدّولة أو بالأدوية وسائر المواد الصّيدليّة.	إذا كان ترويج أخبار زائفة وبالنّظر إلى سلّم الجرائم جناية فيبدو من الضّروري في الواقع -إذا قدّر المشرّع ضرورة التّجريم- على الأقلّ إعادة تصنيفها لتصبح جنحة ومن الأفضل مخالفة مع ضرورة التّساؤل إن كانت إعادة التّصنيف هذه ستحمي الهدف المقصود من التّجريم.	هناك خياران في النّهاية في صورة عدم إلغاء التّجريم: إمّا تصنيف الفعلة كجنحة والحطّ من العقوبة السّجنيّة مع الإبقاء على الخطيّة أو الحطّ أكثر في التّصنيف لتصبح مخالفة يمكن أن يعاقب عليها بالحدّ الأقصى للمخالفة أي السّجن بـ15 يوما.

ويكون العقاب بالسّجـــن ثلاثين سنة وبخطيّة ماليّة قدرها خمسمائة ألف دينار إذا ارتكبت الجرائم المذكورة بالفصل 3 من هذا المرسوم خلال الحالات الاستثنائيّة أو ظهور أزمة صحيّة طارئة أو تفشّي وباء أو وقوع كارثة.		
- الفصل 24 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022 المؤرّخ في 13 سبتمبر 2022 والمتعلّق بمكافحة الجرائم المتّصلة بأنظمة المعلومات والاتّصال الذي يعاقب بالسّجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها خمسون ألف: - تعمّد استعمال شبكات وأنظمة معلومات واتّصال لإنتاج، أو ترويج، أو نشر، أو إرسال، أو إعداد أخبار أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو وثائق مصطنعة أو مزوّرة أو منسوبة كذبا للغير بهدف الاعتداء على حقوق الغير أو الإضرار بالأمن العام أو الدّفاع الوطني أو بثّ الرّعب بين السكّان. -تعمّد استعمال أنظمة معلومات لنشر، أو إشاعة أخبار، أو وثائق مصطنعة، أو مزوّرة أو بيانات تتضمّن معطيات شخصيّة أو نسبة أمور غير حقيقيّة بهدف التّشهير بالغير أو تشويه سمعته أو الإضرار به ماديا أو معنويّا أو التّحريض على الاعتداء عليه أو الحثّ على خطاب الكراهيّة.	يمكن وفقا لنفس المسار الذّهني إلغاء التّجريم أو إعادة تصنيف الفعلة لتصبح مخالفة مع ضرورة التّساؤل إن كان الإلغاء في التّجريم أو الحطّ من التّصنيف سيحمي الهدف المقصود من التّجريم.	يمكن وفقا لنفس المسار الذهني وفي صورة عدم إلغاء التّجريم إعادة تصنيف الفعلة لتصبح مخالفة وإقرار العقوبة السجنيّة في هذا الصّنف التي لا تتجاوز 15 يوما أو، لردع الاستهتار بالفعلة، الإبقاء على تصنيف الفعلة كجنحة والتّرفيع في الخطيّة إلى الأقصى والنّزول بالعقوبة السّجنيّة إلى الأدنى (16 يوما). ولنذكّر بما قالته اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان حول مسألة العقوبات السّالبة للحرية في خصوص جرائم حرية التّعبير حيث اعتبرت أنّه « يجب أن تكون القوانين المقيِّدة للحقوق الواردة في الفقرة 2 من المادّة 19، بما في ذلك القوانين المشار إليها في الفقرة 24، ليس فقط متلائمة مع الشّروط الصّارمة للفقرة 3 من المادّة 19 من العهد، بل يجب أن تكون هي نفسها أيضًا متلائمة مع أحكام العهد وأهدافه وأغراضه ( ) . ويجب ألّا تنتهك القوانين أحكام عدم التّمييز المنصوص عليها في العهد. ويجب ألّا تنصّ القوانين على جزاءات تتنافى مع العهد، مثل العقوبة البدنيّة»[557].

557 اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 34، المادّة 19(حرية الرّأي وحرية التّعبير)، 12 سبتمبر 2011، CCPR/C/GC/34، فقرة 26، على الرّابط التّالي :
http://tinyurl.com/yx6y8je6

في التّناسب بالمعنى الضيّق لـ «ثنائي الجريمة والعقوبة»

الأحكام المعنيّة	مبدأ التّجريم		سلّم العقوبات	
	الفوائد بالنّسبة إلى المصلحة المحميّة	الكلفة بالنّسبة إلى الحريّة	الفوائد بالنّسبة إلى المصلحة المحميّة	الكلفة بالنّسبة إلى الحريّة
الفصل 17 من المرسوم عدد 14 لسنة 2022 مؤرّخ في 20 مارس 2022 يتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة	القول بأنّ تجريم التّرويج العمد لأخبار أو معلومات كاذبة أو غير صحيحة في علاقة بالتّرفيع في الأسعار، من شأنه حماية استقرار الأسعار وتزويد السّوق وضمان عدم الاستهتار بالأمن الاقتصادي غير أكيد بالمرّة، فالمصلحة هنا غير ثابتة بالمرّة.	التّضييق من حرية التّعبير في علاقة بالمنتجات والأسعار رسالة خطيرة للغاية مفادها أنّ الخوض في الشّأن الاقتصادي كأحد متعلّقات الشّأن العام ثمنه سلب مشطّ للحرية. ولنلاحظ أنّ هناك نوعا من عدم التّعادل الواضح بين كلفة ثابتة بالنّسبة إلى الحريّة ومنفعة غير أكيدة بالمرّة ممّا يجعل الحسم في عدم وجاهة التّجريم أمرا شبه بديهي.	تسليط عقوبات سالبة للحريّة تصل إلى الثّلاثين سنة بالنّسبة إلى التّرويج العمد لأخبار أو معلومات كاذبة أو غير صحيحة في علاقة بالتّرفيع في الأسعار يعدّ عقوبة ردعيّة من الشّطط بمكان تجعلها تخرق سقف المعقوليّة وتهدّد الثقة في المنظومة الجزائيّة.	يجب الانتباه إلى ما قد تؤدّي إليه المغالاة في تسليط عقوبات سالبة للحريّة من خلق مناخ خانق لحريّة هامّة كحرية التّعبير حتى لو تعلّق الأمر بمصالح اقتصاديّة حيويّة. ولنذكّر بأنّ ما قدّرناه من مغالاة في العقوبات المقرّرة على الجرائم المتّصلة بالأسعار تفسّر دعوتنا السّابقة إلى إعادة النّظر في تصنيفها في سلّم الجرائم.

الفصل 24 من المرسوم عدد 54 لسنة 2022 مؤرّخ في 13 سبتمبر 2022 يتعلّق بمكافحة الجرائم المتّصلة بأنظمة المعلومات والاتّصال.	تجريم ترويج الأخبار الكاذبة بما يمسّ من حقوق الغير ويؤدّي إلى تشويه السّمعة عبر وسائل الاتّصال من شأنه أن يمكّن من حماية حقوق الغير في الحفاظ على السّمعة. كما يمكّن التّجريم من ضمان عدم الاستهتار بالثّلب.	في تجريم هذه الأفعال رسالة خاطئة مفادها التّضييق الشديد من حرية التّعبير. ولنلاحظ أنّ هناك نوعا من التّعادل في الكلفة والمنفعة ممّا يجعل الحسم مرتبطا أكثر لا بالتّجريم في حدّ ذاته وإنّما بتصنيف الفعلة ومن ثمّة بالعقوبة المقرّرة.	تسليط عقوبات سالبة للحرية تصل إلى الخمس سنوات يعدّ عقوبة غاية في الرّدعية يقي حقوق الغير إلى حدّ ما.	المقاربة العقابيّة الصّرفة لظاهرة الأخبار الزّائفة ومعاقبتها بعقوبة سجنيّة بخمس سنوات تعدّ من باب المغالاة ولا تقبل في دولة ديمقراطيّة وتخلق مناخا خانقا للحريّات، فمن الضّروري إعادة تصنيف الفعلة والحطّ في العقوبة.

بقي أنّه يجب الإقرار بالدّور الهامّ للقاضي الذي يمكنه عند تفريد العقوبات وبقراءة مستنيرة ومترابطة للمنظومة الجزائيّة أن يحرّك آليّات التّفريد لحماية حرية التّعبير بقدر ما يسمح به التّشريع الجاري به العمل. ويمكن أن نحيل في هذا الصّدد إلى حكم صادر بتاريخ 06 فيفري 2024 عن المحكمة الابتدائيّة بالكاف في قضيّة متعلّقة باستعمال أنظمة معلومات لنشر بيانات للإضرار بالأمن العام والدّفاع الوطني وبهدف التّشهير بالغير وتشويه سمعته والحثّ على خطاب الكراهية طبّق أحكام الفصل 24 من المرسوم عدد 54. ففي استبطان واضح لمنهج التّناسب قام القاضي باستحضار الفصل 55 من دستور 2022 و التّعليق العام للجنة حقوق الإنسان عدد 34 وطبّق اختبار التّناسب على الفصل 24 لينتهي بوضوح وبالّنظر إلى صبغته الاستثنائيّة أنّه لا يمسّ بجوهر الحقّ في حرية التّعبير. وبقطع النّظر عن إمكانيّة مناقشة هذا الاستنتاج فإنّه من الهامّ الإشارة إلى توظيف القاضي لعدم استبعاد الفصل 24 للفصل 53 من المجلّة الجزائيّة الخاصّ بظروف التّخفيف ليحطّ من العقوبة إلى السّجن بثلاث أشهر. ونستشهد هنا بحيثيّة أحكم فيها القاضي استعمال خطوات اختبار التّناسب : «وحيث أنّ الإجراءات التّقييديّة الواردة في أحكام الفصل 24 من المرسوم السّالف ذكره تحقّق الهدف المنشود والمتمثّل في حماية حقوق الغير والدّفاع الوطني والأمن العام وأنّ خضوع العقوبات الواردة به للسّلطة التّقديريّة لقضاة الأصل بعد تفريدها وعدم تقييد تلك السّلطة التّقديريّة بمنع انطباق أحكام الفصل 53 من المجلّة الجزائيّة يجعل أحكامه الأقلّ تطفّلا من بين الإجراءات التّقييديّة القادرة على تحقيق الأهداف المذكورة ويحدّ من حجم الضّرر مقابل قيمة الهدف المراد تحقيقه»[558].

558 المحكمة الابتدائيّة بالكاف، الدّائرة الجناحيّة الأولى، حكم جناحي ابتدائي، القضية عدد 220/24، 2024/02/06، غير منشور.

الفقرة الثّانية: المحافظة على عتبة عدم المساس بجوهر الحقّ

خلافا للفصل 49 الذي أورد عدم المساس بجوهر الحقّ في طالعه بالتّنصيص على أنّ القانون «يحدّد الضّوابط المتعلّقة بالحقوق والحريّات المضمونة بهذا الدّستور بما لا ينال من جوهرها»، نصّ الفصل 55 من دستور 2022 على أنّه «ويجب ألاّ تمسّ هذه القيود بجوهر الحقـــوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها».

وقبل أن نناقش آثار تغيير بنية المادّة الجامعة في علاقة بالمساس بجوهر الحقّ، لنعترف بأنّه من أكثر مكوّنات الموادّ الجامعة صعوبة في التّعريف والتّأصيل الفقهي وهو ما اعترف به الفقه[559]، من ذلك في سويسرا، حيث تمّ الإقرار بغياب «نظريّة تسمح بتحديد النّواة الصّلبة غير القابلة للانتقاص من النّاحية المنهجيّة بطريقة مرضيّة»[560]، هذا مع وجود بعض المحاولات الفقهيّة في ارتباط بتحليل بعض التّجارب الدّستوريّة، من ذلك مثلا في إسبانيا، في علاقة بالفصل 53 من الدّستور الإسباني[561]، حيث اُعتبر المضمون الأساسي للحقّ هو «التّعبير في القانون الوضعي عن القيمة الجوهريّة لكلّ حقّ من الحقوق الأساسيّة والحريّات العامّة المعترف بها في الدّستور الإسباني، وهي نتيجة الرّبط بين قيمة الكرامة الإنسانيّة («أساس النّظام السّياسي والسّلم الاجتماعي») والنّواة الصّلبة الخالصة لكلّ حقّ أو حرية والذي يجب أن يتمّ ربطه بتمظهراته الخاصة (الدّاخلية والخارجيّة)» [562].

ولنلاحظ أنّ المحاكم الدّستوريّة كان لها قول في مسألة تحديد جوهر الحق، ففي إسبانيا كان للمحكمة الدّستوريّة الاسبانيّة قرار مرجعي في علاقة بحقّ الإضراب صادر في 1981 تحدّثت فيه عن «الطّبيعة القانونيّة لكلّ حقّ أو طريقة تصوّره أو تشكيله أو ما يوجد خلف اللّغة أو الأفكار والقناعات العامّة المقبولة عموما بين ... القضاة والمختصّين في القانون عموما ... ونوع الحقّ المجرّد هذا يسبق مفهوميّا اللّحظة التّشريعيّة» كما أشارت إلى «ما تسمّيه تقاليد هامّة المصالح المحميّة قانونا بوصفها جوهر الحقوق الذّاتية ونخاعها» [563].

وأمّا المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة فتحيل إلى جوهر الحقّ كما يلي: «الجوهر غير القابل للانتهاك لحقّ أساسي يتمّ تحديده لكلّ حقّ أساسي انطلاقا من مقصده الخاصّ في المنظومة الشّاملة للحقوق الأساسيّة. فلحرية

559 انظر مثلا:
MEYER-BISCH (P.), «Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme», *in*. MEYER-BISCH (P.) (*dir.*), *Le noyau intangible des droits de l'homme,* actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 97-121.

انظر أيضا في هذا الشّأن:
ROUZIERE-BEAULIEU (O.), «La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme », thèse pour obtenir le grade de docteur, Université de Montpellier, L'Institut de droit européen des droits de l'homme, 2017, p. 38 et s.

560 MÜLLER (J.-P.) (*dir.*), *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux,* Berne, Staempfli, 1983, p.207. الترّجمة لنا

561 ينصّ الفصل 53 فقرة 1 من الدّستور الاسباني على ما يلي: « الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفصل الثّاني من هذا الباب ملزمة لجميع السّلطات العموميّة. ولا يمكن تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات التي تحميها مقتضيات المادّة 161، الفقرة (1)أ) إلاّ عن طريق القانون، الذي يجب أن يحترم في كل الأحوال مضمونها الأساسي»، دستور إسبانيا الصّادر عام 1978 شاملا تعديلاته لغاية عام 2011، ص. 13، يمكن تحميله على الرّابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=ar

562 LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS (M.), « El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional », *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, 1996, nº 13, p. 76. الترّجمة لنا

563 STC 11/1981, 8 avril 1981 (*BOE nº* 99 *du* 25 *avril 1981*), «Droit de grève». الترّجمة لنا
انظر أيضا في هذا الشّأن:
ROUZIERE-BEAULIEU (O.), *op. cit.*, p. 35.

الشّخص قيمة قانونيّة رفيعة إلى درجة أنّه لا يمكن الحدّ منها إلاّ لأسباب جدّ هامّة»[564]. ويبرز فقه قضاء المحكمة الفدراليّة السويسريّة أمثلة عن المساس بجوهر الحقّ الذي لا يكون مقبولا بالنّظر إلى المادّة الجامعة في الدّستور السويسري من ذلك السّماح بتدابير طبيّة قسريّة كصرف عقاقير ذات تأثير نفسي والعزل الطبّي الإجباري اللّذين يفرغان الحريّة الشّخصّية من جوهرها[565] أو إجبار شخص على اعتناق معتقد معينّ الذي يفرغ الحريّة الدّينيّة من محتواها خلافا للمظاهر الخارجيّة للحرية الدّينيّة (مثلا ارتداء الحجاب من قبل المدرّسات المسلمات) التي لا يشملها جوهر الحقّ[566].

هناك إذن صعوبة في الواقع لتحديد ماهية جوهر الحقّ تفسّر الحديث عن الصّعوبة النّظريّة لتأطيره[567] رغم أهميّته في منهج تحديد الحقوق بما أنّه يمثّل عتبة لا يمكن النّزول تحتها وهو ما يعكسه القرار المرجعي للمحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان حول النّظام اللّغوي للتّدريس ببلجيكيا حيث اعتبرت أنّ : «الحقّ في التّعليم الذي تضمنه الجملة الأولى من الفصل 2 من البروتوكول ... يقتضي بحسب طبيعته ذاتها تدخّل الدّولة للتّشريع في خصوصه، وهو تشريع يمكن أن يتغيّر في الزّمان والمكان بحسب الحاجيات والموارد للمجموعة وللأفراد. ومن البديهي أنّ هذا التّشريع يجب ألاّ يؤدّي بأيّ حال من الأحوال إلى انتهاك جوهر هذا الحقّ أو يقوّض حقوقا أخرى تكرّسها الاتّفاقيّة»[568].

تظلّ منهجيّة تحديد جوهر الحقّ وفصل هذا الجوهر عن بقيّة مكوّنات الحقّ التي تقبل التّحديد إذن هي المسألة الأصعب بخصوص هذا الشّرط[569]. ويمكن أن نسترشد بهذا الخصوص ببعض المؤشرّات، من ذلك الفقرة 13 من التّعليق العام رقم 27 (1999) التي أقرّت فيها اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان أنّه «ينبغي للدّول، لدى اعتمادها القوانين التي تنصّ على القيود المسموح بها في الفقرة 3 من المادّة 12، أن تسترشد دائماً بالمبدأ القائل بعدم إعاقة جوهر الحقّ من جرّاء القيود (أنظر الفقرة 1 من المادّة 5)» و يجب عدم قلب «العلاقة بين الحقّ والقيد، بين القاعدة والاستثناء»[570].

كما من المفيد الاستشهاد بتحديد حالات إهدار جوهر الحقّ التي قدّمها الأستاذ سليم اللّغماني في معرض تحليله للفصل 55: « ينال القانون من جوهر الحقّ أو الحريّة إن كانت نتيجته القضاء على الحريّة تماما، كأن ينصّ قانون الجمعيّات مثلا على أنّ تكوين الجمعيّات خاضع لإجراء التّرخيص (وهو ما وقع في ظلّ دستور 1جوان 1959 بمقتضى قانون 7 نوفمبر 1959 المتعلّق بالجمعيّات) الذي حوّل المبدأ (الحريّة) إلى استثناء والاستثناء (المنع) إلى مبدأ.

564 BVerfGE 22, 180, 141, 142, *Jugendhilfe*, 18 juillet 1967, disponible au lien suivant: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html. التّرجمة لنا

565 ATF 126 I 112, 115, Arrêt du 23 mai 2000, *S. gegen Gesundheits- und Fürsorgedirektionsowie Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/yc36dszd

566 ATF 123 I 296, 301, *Xc. Conseil d'Etat du Canton de Genève*, 12 novembre 1997, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/mry9pdna

567 ROUZIERE-BEAULIEU (O.), *op. cit.*, p. 39.

568 CEDH, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique*, Requête n°1474/62 167764/2126 ;63/1994 ;63/1769 ;62/1691 ;62/, arrêt du 23 juillet 1968, §5, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/584am98. التّرجمة لنا

انظر في خصوص هذا القرار وأبعاده:

ROUZIERE-BEAULIEU (O.), *thèse précitée.*

569 ROUZIERE-BEAULIEU (O.), *op. cit.,* p. 24 et s.

570 اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان،التّعليق العام رقم 27، المادّة 12(حرية التنقّل)، CCPR/C/21/Rev.1/Add.9، 2 نوفمبر 1999، الفقرة 13، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: http://tinyurl.com/42pcy6c2

كما يمكن أن نعتبر أنّ القانون ينال من جوهر الحقّ عندما يكون مآله إمكانيّة حرمان شخص من حقّ أو حريّة بصفة نهائيّة. وهذا ما يفسّر عدم انطباق هذا الشّرط على الفصل 24 والفصل 41 (الفقرة الثّانية والثّالثة) لأنّ الدّستور نصّ، في هذه الحالات، على إمكانيّة حرمان شخص بصفة نهائيّة من حقّه في الحياة وعلى حرمان فئات من الحقّ النّقابي والحقّ في الإضراب»[571]. ويحيل الأستاذ سليم اللّغماني هنا إلى إمكانيّة التّنافر بين اشتراط عدم المساس بجوهر الحقّ في المادّة الجامعة وإمكانيّة خرق هذا الشّرط بمناسبة تنظيم بعض الحقوق وفق خيارات المؤسّسين وما تفرضه مقتضيات المصلحة العامّة من إفراد هذه الحقوق بتحديدات خاصّة، كما هو الحال بالنّسبة إلى حقّ الحياة والحقّ النّقابي لبعض الفئات، وهو ما يرتّب عليه الأستاذ ضرورة «في حالة مكّن النص الدّستوري من النّيل من جوهر الحقّ»، أنّ شرط عدم المساس بجوهر الحقّ المنصوص عليه بالفصل 55 لا ينطبق «وينطبق باقي الفصل 55 في ما عدا ذلك»[572].

بقي أنّ المأزق يتمثّل في تحديد لحظة فحص شرط عدم المساس من جوهر الحقّ، وهنا اعتبر الأستاذ سليم اللّغماني أنّ «إدراج شرط عدم النّيل من جوهر الحقّ ليس ضروريّا إذا صاحبه إدراج شرط التّناسب، إذ أنّ كلّ حدّ ينال من جوهر الحقّ أو الحريّة هو، بطبعه، غير متناسب لكن يتّجه، رغم ذلك، الإبقاء عليه لسبب عمليّ إذ أنّ إثبات النّيل من جوهر الحقّ يغني عن إجراء اختبار التّناسب وهذا الاختبار ... أكثر تعقيدا»[573]. ويمكن الإقرار بأنّ أسبقيّة التّثبّت من شرط جوهر الحقّ قبل إجراء اختبار التّناسب تجد صدى واسعا لها في الفقه وفي فقه قضاء المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان الذي يبرز لدارسيه في علاقة بتحديد جوهر الحقّ أنّ هذا الأخير يشكّل «الشّرط الأوّل ...(و) أوّل حدّ للحدود»[574]، ويمكن كمثال على ذلك أن نذكر قرارها *Ashingdane c. Royaume-Uni* حيث اعتبرت أنّ «الحدود المطبّقة لا يمكن أن تقيّد من حقّ الفرد في نفاذ مفتوح (إلى القضاء) بطريقة أو إلى حدّ يصبح الحقّ منتهَكا في جوهره ذاته. إضافة إلى ذلك، لا تتوافق هذه الحدود مع الفصل 6 فقرة 1 (من الاتّفاقيّة) إلاّ إذا كانت تتوخّى هدفا مشروعا وإذا وجدت علاقة تناسب معقولة بين الوسائل المستعملة والهدف المنشود»[575]، وهو ما يعني أنّ جوهر الحقّ شرط منفصل عن منهج التّناسب، وهو ما لم نشاطره في كتاب الحريات الفرديّة تحت طائلة الفصل 49[576].

وكنّا قد استندنا إلى بنية الفصل 49 في حدّ ذاتها لدعم تحليلنا بما أنّ الفصل 49 كان ينصّ في طالعه على أنّ القانون «يحدّد الضّوابط المتعلّقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدّستور بما لا ينال من جوهرها»، بحيث يعتبر التّأكّد من عدم المساس بجوهر الحقّ الخطوة النّهائيّة، أي أنّ مجمل عمليّة تحديد الضّوابط يجب ألّا تؤول إلى القضاء على الحقّ أو الحرمان منه نهائيّا بعد أن يتمّ القيام بمختلف الخطوات. واعتباره إذن عتبة نهائيّة يفترض أنّ عدم المساس بجوهر الحقّ ليس مصفاة أوّلية تعفي من المرور إلى المقتضيات الأخرى للفصل 49 وإنّما هي الاختبار النّهائي إذا ما استثنينا حالات المساس الفادح أو السّافر أو الجليّ لجوهر الحقّ.

وبتغيّر بنية الفصل 55 الذي عدّد تباعا الشّروط من ضرورة عدم مساس «هذه القيود بجوهر الحقـــوق والحريّات المضمونة بهذا الدّستور وأن تكون مبرّرة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها» [577]، قد تَضْعُف حجّتنا

571 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 33.

572 نفسه، ص. 41.

573 نفسه، ص. 33.

574 ROUZIERE-BEAULIEU (O.), *op. cit.*, p. 67.

575 CEDH, *Affaire Ashingdane c. Royaume-Uni,* Requête n° 8225/78, Arrêt du 28 mai 1985, §57, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/38zy7r5a. التّرجمة لنا.

576 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 282-287.

577 انظر سلوى الحمروني، « القاضي الدّستوري وتحديد الحقوق والحريات بين ضمانات الفصل 55 وتحدّياته »، المرجع سابق الذّكر، ص. 86.

المبنيّة على البنية. وقد يبدو الدّفاع عن اعتبار عدم المساس بجوهر الحقّ عتبة نهائيّة يجب اختبارها بعد التّناسب من قبيل التّغريد غير الوجيه خارج السّرب.

مع ذلك، لا زلنا نتمسّك بأنّ تحديد جوهر الحقّ ليس أمرا سهلا وهو ما يعبّر عنه الفقه كما سبق أن رأينا. وبالتّالي، في غياب تحديد دستوري لجوهر كلّ حقّ تُتْرك المسألة للمؤوّل وفيما عدا الانتهاكات الصّارخة التي تهدر جوهر الحقّ كما رأينا فإنّ المسألة ليست من قبيل البداهة، وهذا ما يفسّر الجدل الفقهي في سويسرا [578] مثلا حول العلاقة بين التّناسب وجوهر الحقّ بين شقّ يقرّ بتماهي النّظر في المساس بجوهر الحقّ واختبار التّناسب[579] وبين شقّ ثان يرفض التّماهي المطلق، وإن كان بعض فقهائه يعترفون بأنّ كلّ مساس بجوهر الحقّ يعدّ انتهاكا يخلّ بمبدأ التّناسب[580]. كما أنّ القول بوجود نواة صلبة للحقّ مرتبطة بحماية الكرامة الإنسانيّة وفي غياب تعريف دقيق لهذه النّواة، من شأن تدخّل التّناسب أن يعزّز هذه الحماية[581]. لكن، من الفقهاء من يشاطر ضرورة تحديد قبلي لجوهر الحقّ مستقلّ عن اختبار التّناسب[582]. ومن ناحية أخرى، كنا استدللنا في كتاب الحريات الفرديّة بفقه قضاء المحكمة الدّستوريّة الألمانيّة[583] والمحكمة الفدراليّة

578 لتلخيص هذا الجدل أنظر:

SCHMIDT NOEL(A.), *op. cit.*, pp. 93-94.

579 HOTZ (W.), *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zurich 1977, p. 56 et s; MASTRONARDI (Ph.), *Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlin 1978. p. 167 et s.

انظر أيضا:

SCHMIDT NOEL(A.), *op. cit.*, p. 93.

580 AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit Constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux,* Berne, 2006, p. 119 ; WILDHABER (L.), «Limitations on Human Rights, in time of peace, war and emergency: a Report on Swiss Law», *in.* DE MESTRAL (A.), BIRKS (S.), BOTHE (M.), COTLER (I.), KLINCK (D.), et MOREL (A.) (*éds.*), *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 55.

انظر أيضا:

SCHMIDT NOEL(A.), *op. cit.*, p. 94.

581 SCHEFER (M.), *Die Kerngehalte von Grundrechten : Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung,* Berne, 2001, pp. 83-84.

انظر أيضا:

SCHMIDT NOEL(A.), *op. cit.*, p. 94.

582 MÜLLER(J.-P.), «Réflexions générales sur les droits fondamentaux», *in*. THURER (D.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER(J.-P.) (*éd.*), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 643.

انظر أيضا:

SCHMIDT NOEL(A.), *op. cit.*, p. 94.

583 لنذكّر بقرار للمحكمة الدّستوريّة الألمانيّة المتعلّق بقانون حماية الشّباب الذي طُعن فيه على أساس عدم دستوريّة الإيداع القسري -في مؤسّسة أو لدى أسرة- الذي لا يخدم مصلحة العموم ولا المعني بالأمر وإنّما يهدف إلى إصلاحه و«تحسينه» بالحرمان من الحريّة ممّا يعدّ انتهاكا للحرية الشّخصيّة. وقدّمت المحكمة في هذا الصّدد تعريفا للمساس بجوهر الحقّ مفاده ما يلي: «الجوهر غير القابل للانتهاك لحقّ أساسي يتمّ تحديده لكلّ حقّ أساسي انطلاقا من مقصده الخاصّ في المنظومة الشّاملة للحقوق الأساسيّة. فلحرية الشّخص قيمة قانونيّة رفيعة إلى درجة أنّه لا يمكن الحدّ منها إلاّ لأسباب جدّ هامّة. تتعلّق هذه الأسباب الهامّة أساسا بالقانون الجزائي في شقّيه المادّي والإجرائي. إذ تهدف هذه الانتهاكات للحرية الشّخصيّة للفرد إلى حماية العموم. وهي تشمل أيضا الإيداع المؤسّساتي للمرضى العقليّين اللّذين يشكّلون خطرا على السكّان. فضلا على ذلك يُسمح بالتّدخّلات المتعاطفة التي تهدف إلى حماية الشّخص المعني من ذلك إيداع الشّخص فاقد الأهلية بسبب ضعف عقلي في مؤسّسة مغلقة». لكن «ليس من واجب الدّولة «تحسين» مواطنيها، وطالما أنّ هدف تحسين الرّاشدين ليس مبرّرا كافيا لتبرير انتهاك الحريّة الشّخصيّة فإنّ (القانون المطعون فيه) يمسّ بجوهر الحقّ في الحريّة الشّخصيّة».
BVerfGE 22, 180, 141, 142, *Jugendhilfe*, 18 juillet 1967, *op. cit.*, التّرجمة لنا.

السويسريّة[584] الذي يبرز إدراج جوهر الحق في اختبار التّناسب، وخاصة بـ «رقابة التّشويه» أو«التّحريف» في فقه قضاء المجلس الدّستوري الفرنسي، حيث يتأكّد المجلس من عدم تحريف التّقييد لمعنى الحقّ ومداه ويدرجه في رقابة التّناسب[585] خاصة في علاقة بحق الملكيّة[586]، وبالتالي يربط المجلس الدّستوري المسألة بالضّمانات بما يجعله ينتهي إلى أنّه «وبالنّظر إلى الضّمانات الأصليّة والإجرائيّة، لا يكتسي تقييد الحقّ في الملكيّة بالحكم المطعون فيه درجة الخطورة التي من شأنها أن تحرّف معنى هذا الحقّ ومداه»[587].

وبالتّالي نتمسّك بما سبق أن دافعنا عنه في كتاب الحريات الفرديّة من وجاهة التّثبّت من عدم المساس بعتبة جوهر الحقّ بصفة لاحقة على إجراء اختبار التّناسب إلاّ بخصوص المساس الفادح من جوهر الحقّ الذي لا يحتاج لمعاينته إجراء اختبار التّناسب، كما هو الشّأن بالنّسبة إلى عقوبة الإعدام التي تعدم جوهر الحقّ في الحياة والانتزاع من أجل المصلحة العامّة الذي ينسف الحقّ في الملكيّة. إذ كثيرا ما يتلاشى جوهر الحقّ بفعل التنظيم الماكر للمشرّع عبر حدّة الاستثناءات أو شدّة التّقييد أو عدم تكريس ضمانات كافية، ولا يظهر ذلك إلاّ بالمرور بالمراحل الثّلاث لاختبار التّناسب، إذ تبدأ حدّة الانتهاكات في التّجلّي انطلاقا من الخطوة الثّانية للضّرورة الدّاخلية التي هي في النّهاية تساؤل عن حدّة الانتهاك وإن كانت هناك بدائل أقلّ حدّة لينتهي الاختبار في مرحلة التّناسب بالمعنى الضيّق بتقدير الكلفة بالنّسبة إلى الحقّ ودرجة الانتهاك التي طالته مقارنة بالمنفعة التي حصلت في النّهاية للمصلحة المحميّة، وهو ما يفتح الباب في النّهاية لاستخلاص النّتيجة بالنّسبة إلى المساس بجوهر الحقّ من عدمه.

المسألة متروكة في النّهاية للمؤوّل وما في وسعنا إلاّ أن ننتظر قاضيا دستوريّا قادرا على بناء منهج تونسي في تطبيق المادّة الجامعة بجميع مكوّناتها يبيّن لنا كيفيّة ترتيب الشّروط، بما في ذلك التّعامل مع شرط عدم

584 لنذكّر مثلا بقرار *Etienne* المتعلّق بالتّلقيح الإجباري، وفي إطار طعن في قرار صادر عن محكمة إحدى المقاطعات أمام المحكمة الفدراليّة من أجل خطيّة عن خرق قانون التّلقيح الإجباري ودفع بعدم دستوريّته لخرقه للحرية الشّخصيّة، اعتبرت المحكمة الفدراليّة السويسريّة «أنّه عند النّظر في المسألة من زاوية مبدأ التّناسب، لا يمكن أن تعتبر أنّ التّلقيح وسيلة تتجاوز الإجراءات الضّروريّة لحماية مصالح المجموعة وأنّه يمكن تعويضه بوسائل أقلّ صرامة مع تحقيق نتائج مماثلة وأنّه لا يشكّل وسيلة متناسبة مع الهدف المنشود.
في هذا الصّدد، يجب التّذكير بأنّ التّلقيح ضدّ الديفتيريا هو عموما غير ضار وغير مؤلم. حتّى ولو ترك ندبة لم تختف بالقدر الكافي، فإنّه لا يمكن الحديث عن انتهاك خطير للحرمة الجسديّة. وحتّى لو وجد مانع طبّي مبرّر يمكن لسلطات المقاطعة السّماح بمخالفة القاعدة. يتعلّق الأمر إذن بتقييد مقبول تماما للحرية الشّخصيّة التي لم تنتهك بدرجة خطيرة في جوهرها. ويتعلّق الأمر أيضا بإجراء ملائم نظرا للأهميّة البارزة للمحافظة على الصحّة العامّة... وهذه العناصر حاسمة. وتسمح باستنتاج أنّه حتّى ولو لم يكن التزام التّلقيح الإجباري ضرورة قصوى، فهو يعدّ إجراء مناسبا لتحقيق هدف المصلحة العامّة المنشود. وهدف المشرّع ... المتمثل في حماية معزّزة للمصلحة العامّة يغلب بوضوح على تضحية المواطن المتمثّلة في الالتزام المحمول عليه بتلقيح أطفاله».
ATF, 99 Ia 747, *Arrêt du* 7 *novembre* 1973 *dans la cause Etienne contre Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois.* Considérant n°3, p. 753, *op. cit* . التّرجمة لنا

585 GOESEL-LE BIHAN (V.), «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum,* n° 7, mai 2012, p. 5, disponible au lien suivant: https://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Goesel_PDF_corr01-2.pdf

586 Pour «le contrôle de dénaturation», voir : Décision 84-172 DC du 26 juillet 1984, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, considérant n°3, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84172DC.htm

587 Décision 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, M. Pierre B. [Mur mitoyen], considérant n°6, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201060QPC.htm . التّرجمة لنا

المساس بجوهر الحقّ. ورغم أنّ تنظيم القضاء الدّستوري كما يستخلص من دستور 2022[588]، لا يشفي غليلنا في التّساؤل الذي طرحناه في كتاب الحريات الفرديّة « من سيحرس الحرّاس؟»[589]، إلّا أنّه سيتحمّل المسؤوليّة الأكبر في تطبيق اختبار التّناسب، والدّخول في حوار مع المشرّع لعقلنة تدخّله في الحريّة. ولنعترف أنّ مهمّة القاضي الدّستوري-الذي ما زال افتراضيّا في انتظار تركيز محكمة دستوريّة نكاد نخالها «غودو»[590]- ليست سهلة لما تخلّل النصّ الدّستوري من تشويش في القيم قد يعقّد التّعامل مع المادّة الجامعة.

588 يحدّد الباب السّادس من دستور 2022 والمخصّص للمحكمة الدّستوريّة المبادئ الأساسيّة التي تنظّم الرّقابة على دستوريّة القوانين بشكليها أي الرّقابة عن طريق الدّعوى والرّقابة عن طريق الدّفع، ورغم تكريس نفس المجال القواعدي للرّقابة، تقريبا، الذي فتحه دستور 2014 إلا أنّ هناك اختلاف في تصوّر الهيئة القضائيّة المستقلّة التي تمّ تكليفها بهذه الرّقابة. إذ ينصّ الفصل 125 من دستور 2022 على أنّ المحكمة الدّستوريّة تتكون من 9 أعضاء تتمّ تسميتهم بأمر يتّخذه رئيس الجمهورية، لكنّهم أعضاء بصفتهم، ثلثهم الأوّل أقدم رؤساء الدّوائر بمحكمة التّعقيب والثّلث الثّاني أقدم رؤساء الدّوائر التّعقيبيّة أو الاستشاريّة بالمحكمة الإداريّة والثّلث الأخير أقدم أعضاء محكمة المحاسبات فهي هيئة من سامي قضاة الأقضية الثّلاث العدلي والإداري والمالي. تتكوّن المحكمة الدّستوريّة من قضاة محترفين سامين وهو ما يضمن جانب الكفاءة القانونية ويبرّر بالوظيفة القضائيّة للمحكمة. لكن عدم تطعيم المحكمة بأساتذة قانون بما يخالف التّجارب المقارنة - بما في ذلك مثلا المحكمة الدّستوريّة الايطاليّة التي تتكوّن من أساتذة القانون والمحامين الممارسين لمدّة عشرين سنة على الأقلّ إضافة إلى قضاة المحاكم العليا العادية والإداريّة حسب الفصل 135 فقرة 2 من الدّستور الإيطالي سابق الذّكر - ومختصّين من خارج المهن القانونيّة يقوم على مقاربة ضيّقة لمراقبة دستوريّة القوانين تحصرها في الجانب التّقني ولا تأخذ بعين الاعتبار ضرورة إثراء عمل المحكمة الذي له أيضا بعد مجتمعي وسياسي بامتياز.

من ناحية أخرى، وخلافا للقانون المقارن الذي يكرّس التّعيين لمدّة طويلة ضمانا للاستقلاليّة عن سلطة التّعيين وعن الهياكل المراقبة، لم يضبط دستور 2022 مدّة للعضويّة ونصّ في فصله 125 فقرة 2 على أنّه «إذا بلغ أحد الأعضاء سنّ الإحالة على التّقاعد، يتمّ تعويضه آليّا بمن يليه في الأقدميّة، على ألّا تقلّ مدّة العضويّة في كلّ الحالات عن سنة واحدة». صحيح أنّ بعض التّجارب المقارنة تكرّس بقاء العضو في مهامه إلى حين بلوغ سنّ التّقاعد -كما في النّمسا حسب الفصل 147 فقرة 6 من دستور النّمسا-لكن في تونس اختيار الأقدميّة في العضويّة وحصر التّركيبة في سامي القضاة الذين يقتربون بالضّرورة من سنّ التّقاعد يضيّقان إلى درجة كبيرة في مدّة العضويّة رغم أنّ الدّستور حدّد مدّة دنيا بسنة واحدة وهي مدّة قصيرة للغاية لا تتيح التّأسيس لفقه قضاء ناضج.

وفي إطار ضمانات الاستقلاليّة اكتفى الدّستور في الفصل 126 بالتّنصيص على حظر الجمع بين عضويّة المحكمة الدّستوريّة ومباشرة أي وظائف أو مهام أخرى، مستنسخا الفصل 119 من دستور 2014، ثمّ أحال في الفصل 132 إلى القانون الذي سيتولّى ضبط تنظيم المحكمة والإجراءات والضّمانات التي يتمتّع بها أعضاؤها.

بخصوص دستور النّمسا الصّادر عام 1920، أعيد العمل به عام 1945، شاملا تعديلاته لغاية 2013، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=ar

انظر أيضا بخصوص عدّة تجارب مقارنة بشأن تركيبة المحاكم الدّستوريّة وضمانات الاستقلاليّة، في قراءة لهيكلة العدالة الدّستوريّة في دستور 2014 سلسبيل القليبي، «المحكمة الدّستورية في دستور تونس الصّادر في 27 جانفي 2014»، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمّد صالح بن عيسى، المرجع سابق الذّكر، ص. 107-154.

بخصوص المحكمة الدّستوريّة تحت طائلة دستور 2022 انظر سلوى الحمروني، «القاضي الدّستوري وتحديدات الحقوق والحريات بين ضمانات الفصل 55 وتحدّياته»، المرجع سابق الذّكر، ص. 77-89. انظر أيضا: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص. 50-52.

589 كوثر دباش، المرجع سابق الذّكر، ص. 274-280.

590 في استرواح من مسرحيّة «في انتظار غودو» («*En attendant Godot*»)للكاتب الايرلندي صمويل بيكيت Samuel Beckett.

الجزء الثالث:

التّشويش على الفصل 55:
من «الدّولة المدنيّة الدّيمقراطيّة»
إلى «النّظام الدّيمقراطي»
و «مقاصد الإسلام» أو الانزلاقات التّتابعيّة

تعدّ الضّرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة أحد أعمدة المادّة الجامعة في الفصل 49 بما أنّها عذر التّدابير التّشريعيّة التّقييديّة للحريّة وتزاوجها في الفصل 49 كان محدّدا أدنى للمعنى. ولنذكّر بأنّ الدّولة المدنيّة كمفهوم تعود جذوره الفكريّة إلى جون جاك روسو في تصوّره لمرور الإنسان من حالة الطّبيعة إلى الحالة المدنيّة التي تجعله يتخلّى في إطار العقد الاجتماعي عن الحريّة الطّبيعيّة والغريزة ويرتفع عنها ليكتسب الحريّة الأخلاقيّة[591]، و«يؤسّس العقد الاجتماعي للمساواة بين المواطنين ولتمتّعهم جميعا بنفس الحقوق. فبناء على طبيعة العقد، كلّ عمل سيادة، أي كلّ عمل أصلي نابع عن الإرادة العامّة يلزم جميع المواطنين أو يزوّدهم بحقوق»[592]. فالطّابع المدني يقوم على المواطنة وعلى العلاقة الموضوعيّة بين المواطن والدّولة التي تغيب فيها كلّ ذاتيّة، بما يقصي من فضائها الممكن «الدّولة الطّائفيّة والدّولة العسكريّة والدّولة القبليّة والدّولة العشائريّة ودولة الحزب ودولة الايديولوجيا ودولة الجهة»[593]، وهو ما حاول أن يعكسه الفصل 2 من دستور 2014 الذي أسّس الدّولة المدنيّة على ثلاثيّة المواطنة وإرادة الشّعب وعلويّة القانون، مبادئُ نجد انعكاسا لها في التّعريف المركّب للدّيمقراطيّة لا فقط من النّاحية الشّكلانيّة القائمة على دوريّة الانتخابات تجسيدا لإرادة الشّعب في صنع القرار السّياسي بل كذلك من النّاحية المضمونيّة في علاقة بحماية الحقوق والحرّيات، بحيث أنّ فهم المقصد من الدّولة الدّيمقراطيّة يرتبط بالطّابع المدني للدّولة.

لكن ها هو الفصل 55 قد استبدل «الضّرورة في دولة مدنيّة ديمقراطيّة» بالضّرورة في نظام ديمقراطي، فهل الأمر سيّان؟ لا نخال الأمر كذلك. وفي تقديرنا يعكس النصّ الدّستوري سلسلة من الانزلاقات أوّلها تعويض الدّولة الدّيمقراطيّة بالنّظام الدّيمقراطي وهو الانزلاق التّمهيدي (المبحث الأوّل)، ثم المرور من الدّولة المدنيّة إلى تكريس منظومة معياريّة جديدة في الفصل 5 عبر تكريس مقاصد الإسلام كمحدّد للمعنى وهو ما قد يشكّل الانزلاق «الحاسم» في توجيه التّأويل بحسب قراءة المؤوّل للمقاصد (المبحث الثّاني).

591 ROUSSEAU(J.-J.), *Du Contrat social. Précédé de Discours sur l'économie politique, Du Contrat social* (Première version *et suivi de Fragments politiques*, Texte établi présenté et annoté par Robert Dérathé, Paris, Gallimard, 1964, p. 187.

انظر بشأن هذه المقاربة وجذور المفهوم لدى روسو:

KLIBI (S.), «La loi et le caractère civil de l'Etat», *in*. GARGOURI (M.) et NEJI (L.) (*Sous la coordination*), *La loi*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de Sfax, l'Association tunisienne de Droit constitutionnel et l'Association pour la recherche sur la transition démocratique, les 11 et 12 avril 2019, Tunis, Latrach Editions, 2022, p. 33 et p. 46.

592 ROUSSEAU(J.-J.), *op. cit*., p. 196. التّرجمة لنا

593 GHERAIRI (G.), «Le caractère civil de l'Etat tunisien», *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives,* PNUD, 2016, p. 121.التّرجمة لنا

المبحث الأوّل: من الدّولة الدّيمقراطية إلى «النّظام الدّيمقراطي»:

الانزلاق التّمهيدي

لنتّفق أنّ الخيار التّونسي سواء في الفصل 49 من دستور 2014 أو الفصل 55 من دستور 2022 متمايز عن المفاهيم المعتمدة في النّصوص الدّولية والإقليميّة وفي الدّساتير المقارنة. فالصّيغة الأكثر رواجا هي الضّرورة في مجتمع ديمقراطي كرّسها الفصل 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرته الثّانية كما يلي: « لا يخضع أيّ فرد، في ممارسة حقوقه وحريّاته، إلاّ للقيود التي يقرّرها القانون مستهدفا منها، حصرا ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحريّات الآخرين، واحترامها، والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنّظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي»[594].

كما كُرّسَت الضّرورة في مجتمع ديمقراطي في المواد 8 و9 و10 من المعاهدة الأوروبيّة لحقوق الإنسان والحريات الأساسيّة كضابط للشّروط والقيود التي يمكن أن تُضرب تباعا على الحقّ في احترام الحياة الخاصّة والعائليّة وحرية الفكر والضّمير والدّين وحرية التّعبير[595].

ومن الضّروري التّذكير بالإشكاليّات التي تحيل إليها عبارة المجتمع الديمقراطي بالنّظر إلى ما توحي به من نمذجة ووجود قالب واحد للمجتمع الدّيمقراطي، وهو ما أحالت له مبادئ سيراكوزا ذاتها التي نصّت على ما يلي: « 19) تفسّر عبارة «في مجتمع ديمقراطي» بأنّها تفرض قيدا إضافيّا على أحكام التّقييد التي توصف بهذه العبارة.

20) تتحمّل الدّولة التي تفرض التّقييدات الموصوفة بتلك العبارة عبء إثبات أنّ التّقييدات لا تفسد سير أمور المجتمع على نحو ديمقراطي.

21) ورغم أنّه لا يوجد نموذج واحد للمجتمع الدّيمقراطي، إلاّ أنّ المجتمع الذي يعترف بحقوق الإنسان المبيّنة في ميثاق الأمم المتّحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويحترمها ويحميها يعتبر مستوفيا لهذا التّعريف»[596].

كما حدّدت المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان القيم المرتبطة بالمجتمع الدّيمقراطي ومقوّماته من حرية التّعبير و«التّعدّديّة والتّسامح وروح الانفتاح» [597] والحقّ في محاكمة عادلة[598] واحترام الأقليّات[599]، وهذا هو البعد القيمي للمجتمع الدّيمقراطي الذي يتجاوز المؤسّسات ويفترض استبطان الأفراد لها وقد عبّر عنه الفقه بـ «المستوى الأفقي للدّيمقراطيّة» [600].

ونجد إحالة إلى المجتمع الدّيمقراطي في القانون الدّستوري المقارن، فالفصل الأوّل من العهد الكندي للحقوق والحريات ينصّ على أنّ «الميثاق الكندي للحقوق والحريات يضمن الحقوق والحريات الواردة في

594 المعاهدات الدّوليّة الأساسيّة لحقوق الإنسان، المرجع سابق الذّكر، ص.7.

595 الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان معدّلة بالبروتوكولين رقم 11 و14، ومتمّمة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و6 و7 و12 و13، ترجمة غير رسميّة، سابق الذّكر، ص. 10-11.

596 «مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التّقييد وعدم التّقيّد الواردة في العهد الدّولي الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة»، سابق الذّكر، ص. 4.

597 CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni, op. cit.*, § 49. الترّجمة لنا

598 CEDH, *Affaire Delcourt c. Belgique,* Requête n°2689/65, Arrêt du 17 janvier 1970, n°25, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/bdzdxxcd

599 CEDH, *Affaire Young, James et Webster c. Royaume-Uni,* Requêtes n°7601/76 et 7806/77, Arrêt du 13 août 1981, §63, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/ycxv752h

600 DELPEREE (F.), «L'apport comparatif du droit européen», *in. Les droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux, Aspects canadiens et européens,* Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville 1992, p. 100 et s, cité par SCHMIDT NOEL (A.), *op. cit.*, p. 279 . الترّجمة لنا

بنوده ولا يمكن ضبطها إلاّ بقانون بحدود معقولة يمكن إثبات تبريرها في إطار مجتمع حرّ وديمقراطي»[601]. ولنلاحظ أنّ صائغي العهد أضافوا إلى الدّيمقراطيّة الحريّة وهو ما يبدو مبدئيّا قولا حشويّا. فهل يمكن أن يكون المجتمع ديمقراطيّا دون حرية؟ ونفس التّوجّه نجده في الفصل 24 من الدّستور الكيني الذي يشترط أن « يكون الحدّ معقولا ومبرّرا في مجتمع منفتح وديمقراطي»[602]. فهل يمكن أن يكون المجتمع ديمقراطيّا دون انفتاح حال أنّ المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان كانت قد اعتبرت أنّ في «غياب روح الانفتاح لا وجود لمجتمع ديمقراطي»[603]؟

تحيل خيارات الصّياغة هذه إلى نزعة إلى إرداف الدّيمقراطية بوصف الانفتاح أو الحريّة بما يعكس اعتبار مصطلح الدّيمقراطيّة في حدّ ذاته غير كاف لاستيعاب البعد المضموني للدّيمقراطيّة والخشية من انحساره في البعد الشّكلاني المرتبط بدوريّة الانتخابات، ونفهم إذن إرداف مؤسّسي 2014 الدّولة الدّيمقراطيّة بالإحالة إلى الطّابع المدني، علما وأن الاستعاضة عن المجتمع الدّيمقراطي بالدّولة الدّيمقراطيّة يرتبط حسب الأعمال التّحضيريّة لدستور 2014 برغبة المؤسّسين بعد نقاش مستفيض دار في لجنة التّوافقات حول المسألة في تركيز الضّرورة في مفهوم قانوني دقيق بعيدا عمّا اعتبروه من المفاهيم السّوسيولوجيّة الفضفاضة[604].

وقد استحسن الأستاذ سليم اللّغماني «استبدال كلمة «دولة» بكلمة «نظام» ... لأنّ الدّيمقراطية سمة من سمات النّظام السّياسي. يمكن بالطّبع الحديث عن «دولة ديمقراطيّة» لكن تخصيص هذا التّوصيف للنّظام السّياسي أدقّ إذ أنّ مفهوم الدّولة أوسع، فالدّولة مفهوم يشمل المجموعة البشريّة والإقليم والسّلطة أو النّظام السّياسي والدّيمقراطيّة تأسيس للسّلطة وشكل من أشكال ممارستها»[605].

بقي المشكل إذن في تحديد مفهوم النّظام الدّيمقراطي خاصّة مع حذف الطّابع المدني ومدى تأثير ذلك على منطق الفصل 55. هذا دون أن ننسى تخلّي الدّستور الجديد عن الإحالات الهامّة إلى القيم والآليّات الدّيمقراطيّة التي كانت واردة في توطئة دستور 2014 من نظام «جمهوري ديمقراطي تشاركي» و«حقُّ التّنظّم القائم على التّعدّديّة»، فضلا عن التّخلّي عن دسترة المعارضة التي كان يؤمّنها الفصل 60 من دستور 2014.

في الواقع، الإحالة إلى الدّيمقراطيّة في عبارة النّظام الدّيمقراطي هي بنيويّا وصف للنّظام السّياسي وتحديد لصنفه. ولنذكّر بأن بعض معاجم القانون الدّستوري تعرّف النّظام السّياسي بصفة عامّة بأنّه «طريقة الحكم في دولة ما. وإضافة إلى مبدأ المشروعيّة الذي يحكمه، تتمثّل مكوّناته الأساسيّة في المؤسّسات السّياسيّة ونظام الأحزاب وجهاز الدّولة»[606]. والنّظام الدّيمقراطي إذن هو أحد أصناف الأنظمة السّياسيّة التي ترتبط تقليديّا بالتّمييز بين أنواع تنظيم السّلطة أو أشكال الحكم[607] التي تتفرّع عنها الأنظمة السّياسيّة، وتتفرّد الدّيمقراطيّة كصنف بذاتها في إطار التّصنيف التّقليدي للأنظمة السّياسيّة الذي ساد الفكر السّياسي من العصور القديمة إلى القرن الثّامن عشر والذي يقوم على «هدف عملي» هو إبراز «علويّة شكل

601 نصّ سابق الذّكر.

602 دستور كينيا الصّادر عام 2010، نصّ سابق الذّكر.

603 CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni, op. cit.,* § 49. الترّجمة لنا

604 GUELLALI (A.), «La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution : Genèse, portée et défis», *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives, op. cit.*, p. 415.

605 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص. 33.

606 DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel,* Paris, PUF, 1992, p. 887. الترّجمة لنا

607 وهي من الفرنسيّة formes du gouvernement.

ما للحكم على الأشكال الأخرى» فهو ينطلق من معرفة «من القابض بالسّلطة»[608] أي معيار عدد الحكّام: حاكم وحيد، قلّة أو أغلبيّة فالملكيّة هي حكم الطّرف الواحد الذي يمكن أن يكون بالوراثة، والدّيمقراطيّة هي حكم الكلّ أو حكم الشّعب والأوليغارشيّة هي حكم البعض أو الأفضل (حكم النّبلاء أو الأرستقراطيّة)[609].

وبالتّالي، يرتبط النّظام السّياسي الدّيمقراطي في تاريخ الأفكار السّياسيّة بحكم الشّعب على أساس معيار كمّي، معيار العدد، مع قرينة أنّ من يكوّنون الشّعب «سيرفضون القرارات التي تقوّض المساواة أو تنتهك الحريّة»[610]. لكن ذلك يظلّ قرينة بسيطة قابلة للدّحض وهو ما جعل عديد المفكّرين اللّيبراليّين ينفرون من الدّيمقراطية كنظام سياسي ولا يعتبرونها مقترنة بالحريّة من ذلك مونتسكيو الذي اعتبر أنّه «طالما أنّه في الدّيمقراطيات يفعل الشّعب ما يريد تقريبا، قُرنت الحريّة بأشكال الحكم هذه وتمّ الخلط بين سلطة الشّعب وحريّة الشّعب ... صحيح أنّه، في الدّيمقراطيّات، يبدو الشّعب أنّه يفعل ما يريد لكن الحريّة السّياسيّة لا تتمثّل قطّ في فعل ما نريد. في دولة، أي في مجتمع توجد به قوانين، لا تتمثّل الحريّة إلاّ في القدرة على فعل ما يجب أن نريد وألاّ نكون مجبرين على فعل ما يجب ألاّ نريده. يجب أن نضع نُصب أعيننا ما الذي تعنيه الاستقلاليّة وما الذي تعنيه الحريّة. تتمثّل الحريّة في الحقّ في القيام بما تجيزه القوانين. وإذا قام المواطن بما تمنعه القوانين فستنتفي حريّته لأنّ الآخرين ستكون لهم في النّهاية نفس هذه السّلطة»[611]. نفهم إذن كيف تكون الحكومة المعتدلة هي النّظام الأفضل عند مونتسكيو والأقدر على تحقيق الحريّة عبر الفصل بين السّلط[612].

الدّيمقراطية ليست إذن نظاما حرّا بطبيعتها ولها انزلاقات شبه حتميّة خاصّة مع ما تفترضه من نظام تمثيلي في إطار الاستحالة الماديّة لحكم الشّعب نفسه بنفسه، وهو ما اعترف به روسو في حدّ ذاته قائلا: «إذا كان هناك شعب من الآلهة فسيحكم نفسه ديمقراطيّا. حكم بهذا الكمال لا يلائم البشر»[613]. النّظام التّمثيلي إذن ضرورة والانتخاب آليّة لا مفرّ منها للوصول إلى تحديد الإرادة العامّة، التي قد لا تؤدّي بالضّرورة إلى الحريّة بل قد تؤدّي إلى نسفها ممّا جعل دي توكفيل يخشى «استبداد الأغلبيّة»[614] في الأنظمة الدّيمقراطيّة فـ«جوهر (هذه الأخيرة) أن يكون سلطان الأغلبيّة فيها مطلقا، وخارج الأغلبيّة لا يوجد شيء يمكنه المقاومة»[615]. ويضيف: «إنّني أرى في المقولة التي تعتبر أنّه في مجال الحكم يمكن لأغلبيّة الشّعب أن تفعل كل ما تريد أمرا مقيتا وآثما» حتى لو «جعلت من إرادة الأغلبيّة مصدر كل السّلطات»[616] «فقد كنّا نعتقد ... أنّ الاستبداد أمر بغيض مهما كانت أشكاله. إلا أنّنا اكتشفنا اليوم أنّه وجدت في العالم أنظمة استبداديّة

608 HAMON(F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 42ème édition, Paris, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 101. الترّجمة لنا

609 نفسه، ص. 101. الترّجمة لنا.

610 نفسه، ص. 101. انظر أيضا من أجل نقاش التصّور السيادي للدّيمقراطيّة في اليونان القديمة:
POPPER (K.), *La société ouverte et ses ennemis,* Tome 1, *L'ascendant de Platon*, Paris, Editions du Seuil, 1979, notamment pp. 104-115.

611 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois,* volume 1, Tunis, Cérès Editions, 1994, p. 178 . الترّجمة لنا

612 HAMON(F.) et TROPER (M.), *op. cit.*, pp. 101-102.

613 ROUSSEAU(J.-J.), *op. cit.*, p. 228 . الترّجمة لنا

614 DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique I,* Deuxième partie, 1835, Document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, Collection Les classiques de sciences sociales, Bibliothèque äu-Emile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p.80, disponible au lien suivant:
http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_t1_2.pdf. الترّجمة لنا

615 نفسه، ص. 76. الترّجمة لنا.

616 نفسه، ص. 80. الترّجمة لنا.

مشروعة ومظالم مقدّسة طالما مورست باسم الشّعب»[617].

هذه هي «الآثار العكسيّة»[618] للدّيمقراطيّة. ودون أن يتعلّق الأمر باختصارها الآلي في حكم الأغلبيّة وجب أن نقرّ بوجود علاقة منطقيّة أصليّة بين النّظام السّياسي الدّيمقراطي والمعيار الكمّي المرتبط بالعدد وأن نسلّم بأنّ معيار العدد هو الأساس النّظري في تحديد صنف النّظام السياسي أو شكل الحكم المرتبط بها القائم على تمثيل إرادة الأغلبيّة عبر وسيلة الانتخاب، ممّا يربط أوّلا وبالأساس النّظام الدّيمقراطي بالطّابع الشّكلاني ويذكّر بتعريف شمبتير للنّظام الدّيمقراطي كـ «نظام مؤسّساتي تتولّد عنه قرارات سياسيّة يمتلك الأفراد سلطة البتّ فيها إثر تنافس حول تصويت الشّعب»[619]، وهو ما لا يضمن بالضّرورة الحريّة طالما لم يتمّ تأطير الطّابع الشّكلاني المرتبط بالمشاركة في الانتخابات بـ «المقاربة الماديّة (حماية الحريّات الأساسيّة)» في إطار «بناء ديمقراطيّة معتدلة تحمي الشّعب ضدّ نفسه والتي تجعل من الأفراد مصدر السّلطة (سيادة الشّعب)، وسيلة السّلطة (الجسم الانتخابي والاستفتاء) وغاية السّلطة (حقوق الشّخص). وليس من المحايد أن نعثر هنا على منطق لنكولن: حكم الشّعب عن طريق الشّعب ومن أجل الشّعب»[620]. وكأنّ بالنّظام الدّيمقراطي يحتاج دائما إلى أن يُردف بنعت حتّى لا يساء فهم المنعوت ويُرفع اللّبس عنه. ونفهم إذن لماذا نصّ الفصل 10 من النّظام الأساسي الألماني على ما يلي: « لا يجوز تقييد (سريّة الرّسائل والبريد والاتّصالات) إلاّ بأمر يستند إلى القانون. وإذا كانت هذه التّقييدات تخدم حماية النّظام الأساسي الدّيمقراطي الحرّ[621]، أو حماية كيان أو أمن الاتحّاد، أو إحدى الولايات...»[622].

حُذف إذن في الفصل 55 من دستور 2022 نعت المدنيّة عن المنعوت وهو الدّيمقراطيّة وجعلت المسألة كما يقول الأستاذ سليم اللّغماني «رهينة تعريفنا للدّيمقراطية. فإن كان يراد بهذا المصطلح نظاما سياسيّا قائما على سيادة الشّعب، وعلى التعدّديّة واحترام مقتضيات حقوق الإنسان (الفرديّة منها والعامّة) ودولة القانون فلا إشكال ينجم عن حذف شرط الدّولة المدنيّة. فالدّولة الدّيمقراطيّة على هذا المعنى مدنيّة بالضّرورة. أمّا إذا اقتصر تعريف النّظام الدّيمقراطي على وجود انتخابات فلا بدّ من إضافة شرط مدنيّة الدّولة، إذ أن هنالك دول دينيّة بالمعنى الذي أسلفنا تنظّم فيها انتخابات تشريعيّة ورئاسيّة ومحليّة. والواقع أن الانتخابات شرط ضروري لكن غير كاف لتحقيق الدّيمقراطية»[623]، وهذه هي المعضلة.

617 نفسه، ص. 205. التّرجمة لنا.

618 COUTEL (Ch.), «Tyrannie de la majorité» selon Tocqueville et «droit des minorités»», *L'Enseignement philosophique,* 2010/6, p. 62. التّرجمة لنا

619 SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie, Paris, Payot,* 1965, p. 367. التّرجمة لنا

620 MILLARD (E.), «L'Etat de droit, idéologie contemporaine de la démocratie», *in*. FEVRIER (J-M), CABANEL (P.) (*éd.*), *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail,2001 , pp. 4-5, disponible sur le site: https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/126251/filename/Etat_de_droit.pdf. التّرجمة لنا

621 «(L)'ordre constitutionnel libéral et démocratique».

622 دستور ألمانيا الصّادر عام 1949 شاملا تعديلاته لغاية عام 2012، نصّ سابق الذّكر.

623 سليم اللّغماني، «ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، سابق الذّكر، ص.34.

المبحث الثّانى: من الدّولة المدنيّة إلى «مقاصد الإسلام»:

الانزلاق «الحاسم»؟

إضافة إلى التّشوّش الدّاخلي الذي طرأ على الفصل 55 عبر تعويض الدّولة المدنيّة الدّيمقراطيّة بالنّظام الدّيمقراطي، يضاف تشويش خارجي مردّه الفصل 5 عبر استعماله لمفهوم «مقاصد الإسلام» الذي أحدث تشوّشا في المرجعيّات سيؤثّر حتما على تطبيق المادّة الجامعة (الفقرة الأولى) وجب معها فحص إمكانيّات الخروج من المأزق والبحث في مضادّات الانزلاق (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى:في تذبذب المرجعيّات أو الهويّة المتأرجحة

بالنّظر إلى الجهاز المفاهيمي في دستور 2022، قد يبرّر حذف الإحالة إلى المدنيّة بانتفاء سبب وجودها في دستور 2014 طالما أنّها أدرجت آنذاك في الفصل الثّاني -الذي تنصّ فقرته الأولى عل أنّ «تونس دولة مدنيّة، تقوم على المواطنة، وإرادة الشّعب، وعلويّة القانون »- لتشكّل مع الفصل الأوّل[624] وحدة «موضوعيّة»[625]، ولتحيّد المرجعيّة الدّينيّة الواردة فيه[626]. ولنذكّر في هذا الإطار بالسّياق الذي ظهر فيه «زوج» الفصل الأوّل والفصل الثّاني، إذ كان حلّا توافقيّا إثر الجدل الكبير الذي ارتبط بتقديم حركة النّهضة أوّلا في شهر مارس 2012 لمشروع دستور يجعل من الشّريعة أحد مصادر التّشريع والرّفض القطعي لما عُدّ آنذاك تراجعا عن مكاسب الدّولة الوطنيّة. ثم تمّ الإبقاء على الفصل الأوّل من دستور 1 جوان 1959 منذ المسودّة الأولى للمشروع التي تعود إلى شهر أوت 2012[627]، لكن مع تحميل المبادرين بها من حزب حركة النّهضة الفصل الأوّل شحنة عقائديّة تجعل من الشّريعة الإسلاميّة مصدرا شكليّا للتّشريع، بما يناقض حمولته في إطار دستور 1959 والذي تعكس أعماله التّحضيريّة أنّ الإحالة إلى «الإسلام دينها» هي «إحالة إلى البعد الثّقافي للواقع التّونسي حصرا وأنّها، بذلك، لا تختصّ بأيّ طابع حكمي على المستوى الدّستوري»[628]. ثمّ دخل مفهوم الدّولة المدنيّة في مشروع الدّستور التّونسي في المسودّة الثّالثة في 22 أفريل 2013[629] مع الإبقاء على الفصل الأوّل وتحريره من الشّحنة العقائديّة، بطريقة لا تسمح بتأويل الفصل الأوّل في معزل عن الفصل الثّاني. وبعد أن كان الفصل الأوّل تحت طائلة دستور 1959 يكفي «لإرساء علمانيّة الدّولة دون نزع إسلاميّتها»[630]، أصبح بلوغ نفس هدف السّلم الاجتماعي يحتاج تحت طائلة دستور 2014 إلى الفصلين معا طالما أنّهما «الواسمان الصّارمان للهويّة التّونسيّة»[631].

وبالتّالي، لقائل أن يقول أنّه طالما تغيّرت صياغة الفصل الأوّل من دستور 2022 على أساس اقتناع المؤسّس بأنّ الدّولة لا دين لها، بَطُلت الحاجة إلى الإحالة إلى مدنيّة الدّولة طالما انتفت وظيفتها التّحييديّة.

في الواقع، كاد هذا التحليل يستقيم لو لم يُدرج في الدّستور فصل ذو مرجعيّة دينيّة واضحة هو الفصل 5

624 نذكّر بأنّ الفصل الأوّل من الدّستور ينصّ على ما يلي: «تونس دولة حرّة، مستقلّة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربيّة لغتها، والجمهوريّة نظامها. لا يجوز تعديل هذا الفصل».

625 GHERAIRI (G.), *op. cit.*, p. 121. الترّجمة لنا

626 GUELLALI (A.), *op. cit.*, p. 415.

627 KLIBI (S.), «La loi et le caractère civil de l'Etat», *op. cit.*, p. 35

628 الصادق بلعيد، «الفصل الأوّل «تونس دولة حرّة مستقلّة، ذات سيادة، الإسلام دينها ...» »، ضمن:
Les dispositions générales de la Constitution, Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la Constitution tunisienne du 1er juin 1959, Tunis, 23-24 janvier 2009, Tunis, 2010, p. 36.

629 KLIBI(S.), « La loi et le caractère civil de l'Etat », *op. cit.*, p. 35.

630 REDISSI (H.), «Raison publique et laïcité islamique: la constitution tunisienne de 2014», *Leaders*, 04/07/2014, disponible au lien suivant : https://www.leaders.com.tn/article/14489-hamadi-redissi-raison-publique-et-laicite-islamique-la-constitution-tunisienne-de-2014 الترّجمة لنا.

631 نفسه. الترّجمة لنا.

الذي يشوّش إلى حدّ كبير، في تقديرنا، اتّساق المادّة الجامعة لأنّه حدّد للنّظام الدّيمقراطي هدفا ليس لنا به سابق عهد في تقاليدنا الدّستورية، وهو «تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف» الواردة في الفصل الخامس. علما وأنّ لفظ الحنيف يحيل حسب لسان العرب لابن منظور إلى «المائل إلى الإسلام، الثّابت عليه» [632].

ورد هذا الفصل 5 في باب الأحكام العامّة التي تحدّد هويّة النّظام الدّستوري الجديد ونصّ على ما يلي: «تونس جزء من الأمّة الإسلاميّة، وعلى الدّولة وحدها أن تعمل، في ظلّ نظام ديمقراطي، على تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف في الحفاظ على النّفس والعرض والمال والدّين والحريّة».

ولنتّفق بصفة أوّليّة على ما ينمّ عنه الفصل 5 من تشوّش واضح في المرجعيّات فاستحضار الأمّة الإسلاميّة في نصّ قانوني يطرح إشكاليّات عدّة نظرا للحمولة التّجميعيّة لمفهوم الأمّة ومن ثمّة حمولة «تذويبيّة» [633] كما يقول الأستاذ حمّادي الرديسي للكيان الوطني التّونسي في الأمّة الإسلاميّة وهو ما يؤدّي إلى نسف مفهوم السّيادة التي أسندها الدّستور إلى الشّعب وهو ما أدّى بالأستاذ الرديسي إلى أن يستنتج ما يلي: «من هذه الزّاوية يكون الفصل 5 «قاسمة للظّهر للخطّ الوطني التّونسي. فهنالك شعب يعلن «نحن الشّعب التّونسي صاحب السّيادة» بالرّغم من «تاريخنا الحافل بالأمجاد والتّضحيات وبالآلام والبطولات «نقرّ بأنّ تونس هي سوى «جزء» من شيء آخر هو بدوره لا شيء ما دامت الأمّة ليس لها وجود سوى في المخيال الجمعي العابر للأقطار»[634].

وإضافة إلى هذا التّشوّش الهووي، يضرب الفصل 5 للدّولة في النّظام الدّيمقراطي - الذي جعله الفصل 55 محرارا لقياس الضّرورة الخارجيّة للتّدابير التّقييديّة للحريات- هدفا هو «العمل على تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف». بحيث خرج الدّين من أفق الفصل الأوّل ليدخل بطريقة نقدّر أنّها أكثر راديكاليّة من زاوية الفصل الخامس. وتمّ هذا الدّخول عبر إقحام مفهوم فقهي حمّال لأوجه في نصّ قانوني وهو إقحام قائم حسب الأستاذ الرديسي على خلط لأنّه بـ«ذكر الكليّات الخمسة خلّط بين مقاصد الإسلام في فهمها الواسع المعاصر ومقاصد الشّريعة كما وردت في المدونّة الفقهيّة، وهو مبحث متعلّق بأصول الفقه أي أدلّة استنباط الأحكام الفقهيّة لا الفقه ولا الأحكام في حدّ ذاتها. ولا علم الكلام (الثيولوجيا بالمفهوم التّقني الغربي) لأنه يعدّ الشّريعة من السّمعيّات؛ ولا الفلسفة التي تتعامل مع الشّريعة كمفهوم مجرّد لا كأحكام تفصيليّة وجب تبرير مراميها، من الكندي الى ابن رشد»[635]. وسيكون هذا مدخلنا لبيان الانزلاقات الممكنة، بل والمتاهات، في استحضار مفهوم مقاصد الإسلام في علاقة بالمادّة الجامعة.

632 ابن منظور، لسان العرب، 2، طبعة جديدة محقّقة ومشكولة شكلا كاملا ومذيّلة بفهارس مفصّلة، القاهرة، دار المعارف، ص. 1026.

633 حمادي الرديسي، «في الفصل الخامس من مشروع دستور 2022. الأمّة، الدّولة ومقاصد الإسلام»، المرجع سابق الذّكر، ص. 6.

634 نفسه، ص. 6.

635 نفسه، ص. 6.

بين مقاصد الشّريعة ومقاصد الإسلام

يُنسب علم مقاصد الشّريعة إلى الشّاطبي رغم أنّ المؤرّخين يؤصّلون ظهوره التّاريخي قبل الشّاطبي وذلك أوّلا مع إبراهيم النخعي (96 ه) في العراق وهو من التّابعين كثيري الاستناد إلى مقاصد الشّارع وهو القائل «إنّ أحكام اللّه لها غايات هي حِكم ومصالح راجعة إلينا»[636]. كما يذكر المشتغلون بعلم المقاصد الإمام مالك الذي اعتبر المصالح المرسلة المؤسّسة على المقاصد الشّرعيّة من أصول مذهبه[637]، وبعده الإمام الغزالي (450-505 ه)[638] الذي أسّس المقاصد على المصلحة وعرّفها في كتابه شفاء الغليل كالتّالي: «المعاني مناسبة: ما تشير إلى وجوه المصالح وأمارتها. وفي إطلاق لفظ المصلحة أيضا نوع إجمال؛ والمصلحة ترجع إلى جلب منفعة أو دفع مضرّة. والعبارة الحاوية لها: أنّ المناسبة ترجع إلى رعاية أمر مقصود.

أمّا المقصود فينقسم إلى ديني، ودنيوي. وكلّ واحد ينقسم: إلى تحصيل وإبقاء. وقد يعبّر عن التّحصيل بجلب المنفعة. وقد يعبّر عن الإبقاء: بدفع المضرّة. يعني أنّ ما قصد بقاؤه: فانقطاعه مضرّة، وإبقاؤه دفع للمضرّة ... ثم الشّيء ينبغي أن يكون مقصودا للشّارع، حتى تكون رعايته مناسبة في أقيسة الشّرع. فقد علم – على القطع – أنّ حفظ النّفس والعقل والبُضع -أي النّسل- والمال، مقصود في الشّرع»[639]، ثم أضاف «مصالح الدّين»[640]. ووضع مختلف المقاصد في مراتب «فمنها ما يقع في محلّ الضّرورات، ويلتحق بأذيالها ما هو تتمّة وتكملة لها. ومنها ما يقع في رتبة الحاجات؛ ويلتحق بأذيالها ما هو كالتّتمّة والتّكملة لها. ومنها ما يقع في رتبة التّوسعة والتّيسير الذي لا ترهق إليه ضرورة، ولا تمسّ إليه حاجة؛ ولكن تستفاد به رفاهيّة وسعة وسهولة»[641]. واعتبر الغزالي في كتابه إحياء علوم الدّين أن الشّرائع متّفقة على حفظ المقاصد الخمس التي وضعها في «ثلاث مراتب فحفظ المعرفة على القلوب، والحياة على الأبدان، والأموال على الأشخاص ضروري في مقصود الشّرائع كلّها، وهذه ثلاثة أمور لا يتصوّر أن تختلف فيها الملل، فلا يجوز أنّ الله تعالى يبعث نبيّا يريد ببعثه إصلاح الخلق في دينهم ودنياهم ثمّ يأمرهم بما يمنعهم عن معرفته ومعرفة رسله، أو يأمرهم بإهلاك النّفوس وإهلاك الأموال»[642].

ثمّ جاء بعد الغزالي عزّ الدّين بن عبد السّلام (660ه) الذي قسّم على أساس المصلحة الأحكام بين العبادات والمعاملات[643]، وبعده عبد السّلام نجم الدّين الطّوفي الحنبلي الذي قام بحصر كلّ المقاصد في المصالح الشّرعيّة التي أطلق عليها «المصالح المرسلة» التي يجب تقديمها على كلّ المصادر بما في ذلك الكتاب والسنّة[644].

636 محمد ابن الحسن الحجوي، الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ج 1، ط1، المدينة المنوّرة، المكتبة العلميّة، 1977، ص. 318. انظر أيضا حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشّريعة، الطّبعة الأولى، دمشق، بيروت، دار قتيبة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، 1992، ص. 135.

637 عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشّريعة الإسلاميّة، ط 6، بيروت، مؤسّسة الرسالة، 1982، ص. 202-203. انظر أيضا. حمادي العبيدي، المرجع سابق الذّكر، ص. 135.

638 انظر حول الفكر المقاصدي للغزالي: محمد عبدو، الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي، بيروت، دار الكتب العلميّة، 2009.

639 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، تحقيق الدّكتور حمد الكبيسي، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971، ص. 159-160.

640 نفسه، ص. 161.

641 نفسه، ص. 161.

642 الإمام أبي حامد محمّد بن محمّد الغزالي، إحياء علوم الدّين، وبذيله المغني عن حمل الأسفار في الأسفار. في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للعلاّمة زين الدّين أبي الفضل العراقي، بيروت، دار ابن حزم للطّباعة والنّشر والتّوزيع، 2005، ص. 1355.

643 حمادي العبيدي، المرجع سابق الذّكر، ص. 135-136.

644 نفسه، ص. 136.

لكن يعود الفضل في التّعمّق في علم المقاصد إلى أبي إسحاق الشّاطبي في كتابه الموافقات حيث أقرّ «أنّ القرآن الكريم أتى بمصالح الدّارين جلبا لها، والتّعريف بمفاسدها دفعا لها. وقد مرّ أنّ المصالح لا تعدو الثّلاثة الأقسام وهي :

الضّروريّات ويلحق بها مكمّلاتها، والحاجيات ويضاف إليها مكمّلاتها، ولا زائد على هذه الثّلاثة المقرّرة في كتاب المقاصد. وإذا نظرنا إلى السنّة وجدناها لا تزيد على تقرير هذه الأمور. فالكتاب أتى بها أصولا يُرجع إليها، والسنّة أتت بها تفريعا على الكتاب وبيانا لما فيه منها؛ فلا تجد في السنّة إلاّ ما هو راجع إلى تلك الأقسام»[645]. وفي التّراتبيّة بين الأقسام الثّلاث اعتبر الشّاطبي أنّ «المقاصد الضّروريّة في الشّريعة أصل للحاجية والتّحسينيّة. فلو فرض اختلال الضّروري بإطلاق، ولا يلزم من اختلالها (أو اختلال أحدهما) اختلال الضّروري بإطلاق، نعم، قد يلزم من اختلال التّحسيني بإطلاق اختلال الحاجي بوجه ما، وقد يلزم من اختلال الحاجي بإطلاق اختلال الضّروري بوجه ما؛ فلذلك إذا حُوفظ على الضّروري؛ فينبغي المحافظة على الحاجي، وإذا حُوفظ على الحاجي؛ فينبغي أن يحافظ على التّحسيني إذا ثبت أنّ التّحسيني يخدم الحاجي، وأنّ الحاجي يخدم الضّروري؛ فإنّ الضّروري هو المطلوب»[646]. وفيما يتعلّق بالمصالح الضرّوريّة المصطلح على تسميتها بالكليّات الخمس فهي حفظ الدّين والنّفس والنّسل والمال والعقل[647] وهي حسب الشّاطبي «أصول الدّين، وقواعد الشّريعة، وكليّات الملّة»[648].

ونجد نفس التّمييز عند الشّيخ الطّاهر ابن عاشور الذي عرّف مقاصد التّشريع العامّة بأنّها «المعاني والحكم الملحوظة للشّارع في جميع أحوال التّشريع أو معظمها؛ بحيث لا تختصّ ملاحظتها بالكون في نوع خاصّ من أحكام الشّريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشّريعة وغايتها العامّة، والمعاني التي لا يخلو التّشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنّها ملحوظة في أنواع كثيرة منها»[649]. واعتبر الشّيخ أن «مقصد الشرّيعة من التّشريع حفظ نظام العالم، وضبط تصرّف الناس فيه على وجه يعصم من التّفاسد والتّهالك وذلك إنّما يكون بتحصيل المصالح واجتناب المفاسد على حسب ما يتحقّق به معنى المصلحة والمفسدة»[650].

وبالنّظر إلى أهميّة المصالح قسّمها الشّيخ ابن عاشور، على نهج الشّاطبي، إلى «ثلاثة أقسام: ضروريّة، وحاجية، وتحسينيّة، وتنقسم باعتبار تعلّقها بعموم الأمّة، أو جماعاتها، أو أفرادها إلى كليّة، وجزئيّة، وتنقسم باعتبار تحقّق الاحتياج إليها في قوام أمر الأمّة، أو الأفراد إلى : قطعيّة، وظنيّة، ووهميّة»[651]. وصنّف الشّيخ كسابقيه الكليّات الخمس في الضّرورات وهي تشمل حفظ الدّين وحفظ النّفس وحفظ العقل وحفظ المال وحفظ الأنساب أو حفظ النّسل[652].

645 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الرّابع، الطّبعة الأولى، المملكة العربيّة السّعوديّة، دار ابن عفّان للنّشر والتّوزيع، 1997، ص. 346.

646 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الثّاني، الطّبعة الأولى، المملكة العربيّة السّعوديّة، دار ابن عفّان للنّشر والتّوزيع، 1997، ص. 31.

647 نفسه، ص. 20 .

648 نفسه، ص. 43.

649 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشرّيعة الإسلاميّة، سلسلة في الفكر النّهضوي الإسلامي، الإسكندريّة، مكتبة الإسكندريّة، 2011، ص. 82.

650 نفسه، ص. 133.

651 نفسه، ص. .134

652 نفسه، ص. 136 وما بعدها.

ونجدنا مجبرين على التّساؤل عن الفائدة من النّبش في أغوار الفقه الإسلامي لإقحام مفهوم جدلي كمقاصد الشّريعة، صعب التّمفصل مع القانون الوضعي- حتّى في وجود قراءة تجديديّة للفكر المقاصدي مع الشّيخ طاهر ابن عاشور- في مقابل التّخلي عن مفهوم الدّولة المدنيّة حال أنّ هذا الأخير ظهر في إطار النّفس التّجديدي للفكر الإسلامي.

في الواقع، وكما بيّنت ذلك الأستاذة سلسبيل القليبي، وإضافة إلى الجذور الفكريّة التي تعود إلى جون جاك روسو، تم تطوير مفهوم الدّولة المدنيّة كبناء نظري من قبل روّاد الحركة الإصلاحيّة العربيّة في القرن التّاسع عشر وذلك في استحالة المطالبة بالدّولة اللائكيّة بحيث قُدّمت الدّولة المدنيّة كبديل قائم على فكّ الرّابطة بين السّلطة والدّين[653]، وهو ما نظّر له محمّد عبده في كتابه «الإسلام بين العلم والمدنيّة» حيث جعل «قلب السّلطة الدّينيّة» أحد «أصول الإسلام» الذي هدم «بناء تلك السّلطة ومحا أثرها حتّى لم يبق لها عند الجمهور من أهلها اسم ولا رسم. لم يَدَع الإسلام لأحد بعد الله ورسوله سلطانا على عقيدة أحد ولا سيطرة على إيمانه إذ قال الله تعالى «فذكّر إنما أنت مذكّر لست عليهم بمصيطر» ولم يجعل الرّسول لأحد من أهله أن يحلّ ولا أن يربط لا في الأرض ولا في السّماء ... فليس في الإسلام ما يسمّى عند قوم بالسّلطة الدّينيّة بوجه من الوجوه ... والخليفة عند المسلمين ليس بالمعصوم ولا هو مهبط الوحي ولا من حقّه الاستئثار بتفسير الكتاب والسنّة ... فالأمّة أو نائب الأمّة هو الذي ينصّبه والأمّة هي صاحبة الحقّ في السّيطرة عليه وهي التي تخلعه متى رأت ذلك، فهو حاكم مدني من جميع الوجوه. ولا يجوز لصحيح النّظر أن يخلط الخليفة عند المسلمين بما يسمّيه الافرنج (ثيوقراطي) أي سلطان إلاهي ... (عمل صاحبه) وقوله في أيّ مظهر هما دين وشرع، وهكذا كانت سلطة الكنيسة في القرون الوسطى ...وكان من أعمال التّمدّن الحديث الفصل بين السّلطة الدّينيّة والسّلطة المدنيّة ... عدّوا هذا الفصل منبعا للخير الأعمّ عندهم»[654].

إذن، لا ينفصل مفهوم الدّولة المدنيّة عن الفكر الإصلاحي رغم أنّ إدراجه في إطار المسار التّأسيسي لدستور 2014 كان بمثابة «هجوم مضادّ يهدف إلى التّذكير بأنّ الثّورة التّونسيّة هي ثورة اجتماعيّة على خلفيّة لفظ الديكتاتوريّة لا بحثا عن تأصيل الهويّة»[655]، وكانت الدّولة المدنيّة بفضل اتّساع أضدادها من دولة عسكريّة ودولة دينيّة قادرة على خلق التّوافق حول تكريسها[656].

وفي ظلّ التّخلي عن مدنيّة الدّولة مقابل إقحام مقاصد الإسلام من الصّعب ألاّ يكون لذلك أثر على المنظومة الدّستوريّة بأكملها بما في ذلك منظومة تقييد الحريّات خاصّة بالاستناد إلى منطوق الفصل الخامس ذاته الذي يكلّف الدّولة وحدها بالعمل على «حفظ مقاصد الإسلام» ولهذا أثران على الصّعيد القانوني، كما أبرزت ذلك الأستاذة سناء ابن عاشور[657].

يتعلّق الأمر أوّلا باحتكار الدّولة للمحافظة على مقاصد الإسلام وهو يعني إضافة إلى مسألة إدارة الدّولة للشّأن الدّيني إقصاء الأحزاب والجمعيّات من الخوض في هذا الشّأن ورغم ما قد يوحي به هذا من منع التّوظيف الحزبي والجمعيّاتي للدّين إلاّ أنّه ينمّ عن «سذاجة» حسب الأستاذ الرديسي لما في الدّين من رمزيّة لا يمكن أن تحتكرها الدّولة[658].

653 KLIBI(S.), «La loi et le caractère civil de l'Etat», *op. cit.*, pp. 33-34.

654 الإمام محمّد عبده، الإسلام بين العلم والمدنيّة، القاهرة، مؤسّسة هنداوي للتّعليم والثّقافة، 2012، ص. 80 -83، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: https://www.hindawi.org/books/74949130/

655 KLIBI(S.), «La loi et le caractère civil de l'Etat», *op. cit.*, p. 35. الترّجمة لنا

656 BRAS (G.-Ph.), «Un Etat «civil» peut-il être religieux ? Débats tunisiens», *Pouvoirs*, 2016/1 N° 156, p. 64.

657 سناء ابن عاشور، «مكانة الإسلام في مشروع دستور الجمهوريّة الجديدة». ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، سابق الذّكر.

658 حمادي الرديسي، «في الفصل الخامس من مشروع دستور 2022. الأمّة، الدّولة ومقاصد الإسلام»، المرجع سابق الذّكر، ص. 6.

ثانيا، يحمل منطوق الفصل 5 على الدّولة التزاما بنتيجة حسب الأستاذة سناء بن عاشور وهو العمل على تطابق التّشريع الوضعي مع مقاصد الإسلام أو تلاؤمه معه ومن ثمّة تنقية التّشريع الجاري به العمل من الشّوائب في علاقة بهذا الهدف. وهذه الدّسترة تحمل التزاما على المؤوّل الرّسمي للدّستور أي المحكمة الدّستوريّة بالالتزام بهذه المقاصد والعمل على حفظها مما يبوّئها حسب الأستاذة سناء ابن عاشور مرتبة المبادئ العامّة التي وجب تأويل التّشريع الوضعي[659] على ضوئها. وهذا يفتح الباب إلى جعل الشّريعة مصدرا شكليّا لا محالة للقانون وهو ما قاومه المجتمع المدني الحي في 2012 ضدّ مشروع الدّستور الذي قدّمته حركة النهضة آنذاك [660]. ولهذا تأثير مباشر على التّعامل مع الحقوق والحريات[661]، بما في ذلك الفرديّة منها.

في المنزلقات الممكنة لـ «تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف»: من التّرجيح بين الحقوق على أساس منهج التّناسب في الفصل 55 إلى التّرجيح بين الحقوق والكليّات الخمس على أساس منهج المقاصد في الفصل 5 أو «كتلة المقاصديّة»

لنلاحظ أوّلا أنّ تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف كالتزام مضروب على الدّولة وحدها في الفصل 5 من الدّستور الجديد يحيل في تقديرنا إلى الالتزامات التي يرتّبها الفقهاء على مقاصد الشّريعة، من ذلك ما أقرّه الشّاطبي من أنّ «تكاليف الشّريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق ... (ففيما يتعلّق بالضّروريّة) فمعناها أنّها لا بدّ منها في قيام مصالح الدّين والدّنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدّنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النّجاة والنّعيم، والرّجوع بالخسران المبين. والحفظ لها يكون بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبّت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود. والثّاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقّع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم»[662]. إذن حفظ المقاصد، يقتضي فعلا بإقامة الأركان وتثبيت القواعد وفعلا بالحماية من اختلال ثابت أو متوقّع، هذا مع ما يفترضه من ترتيب نتائج على انتهاكها إذ ترتبط المقاصد عند الغزالي ومن بعده بـ««الحدود الجنائيّة» أو «التّشريعات السّلبيّة» بمعنى أنّ الاعتداء على أيّ واحد منها قد أوجب الشّارع له حدّا «جنائيّا»، واعتبر الاعتداء المباشر عليها كبيرة من الكبائر»[663]. وإذا ما أدرجنا هذا التّكليف في الفصل 5 فإنّ المأزق حقيقي مردّه المنظومة الدّستوريّة المتّصلة بالحريّات ذاتها والحرج الذي سيقع فيه مؤوّل الدّستوريّة بين أحكام متنافرة، أصولها فقهيّة وحاملها نصّ وضعي. وسنستعرض تباعا المقاصد الأربع التي تطرح في تقديرنا إشكاليّات حادّة بالنّظر إلى الحريّات الفرديّة، وهي الحفاظ على النّفس والعرض والدّين والحريّة التي أخذت مكان العقل في الكليات[664]، إضافة إلى مقصد حفظ المال الذي قال بشأنه الغزالي

659 سناء ابن عاشور، المرجع سابق الذّكر. انظر أيضا بخصوص الفصل 5: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.15-16.

660 انظر في نفس الاتّجاه:
NOUIRA(A.), «La religion dans la Constitution de 2022, rupture ou continuité?», *in*. REDISSI (H.) (*dir.*), *op. cit.*, pp. 156-158; KLIBI (S.), «La Constitution du 25 juillet 2022, constitution de la dé-démocratisation», *op. cit.*, pp. 95-96.

661 انظر أيضا:
CHEKIR (H.), *op. cit.*, pp. 113-115. NOUIRA (A.), *op. cit.,* pp. 158-159.

662 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الثّاني، المرجع سابق الذّكر، ص. 17-18.

663 فاروق سلامي سوزائي، «نظريّة مقاصد الشّريعة عند الإمام الغزالي: رؤية تحليليّة لفهم النّصوص القرآنيّة»، المجلّة العالميّة لبحوث القرآن، المجلّد 2، العدد 2، 2012، ص. 77.

664 حمّادي الرديسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 6.

«والأموال مقصودة بالحفظ على ملّاكها؛ عرف ذلك بالمنع من التّعدّي على حقّ الغير، وإيجاب الضّمان ، ومعاقبة السّارق بالقطع»[665].

تحقيق مقصد الحفاظ على النّفس: أولويّة الحياة على الموت بين تحريم الإجهاض وتأكيد القصاص

بقطع النّظر عن متعلّقات حفظ النّفس عند الفقهاء مثل الشّاطبي، «من جانب الوجود» من «تناول المأكولات، والمشروبات، والملبوسات، والمسكونات، وما أشبه ذلك»[666]، و«وجوب سدّ الرّمق على الخائف على نفسه ولو بأكل الميتة» [667]حسب الشّيخ ابن عاشور، فهناك ربط بين حفظ النّفس والنّهي عن قتلها إمّا في ما يعتبر مراحلها الأولى قبل الولادة، وهو ما يفتح الجدل حول حقّ الإجهاض، أو بعد الولادة وهو ما يفتح الجدل حول القصاص.

فأمّا قبل الولادة فإنّ الإحالة إلى مقصد حفظ النّفس في الفصل 5 من دستور 2022 تفتح باب الجدل حول إباحة الإجهاض من عدمها. ورغم اختلاف فقهاء المذاهب الأربع حول المسألة بين التّحريم والإباحة[668]، فإنّ المسألة متّصلة بتوقيت تدخّل الإجهاض في مراحل تطوّر الجنين. إلّا أنّ من المقاصديّين من اعتبره فاحشة لا محالة تختلف حدّتها بحسب مراحل تطوّر الجنين تماما كالغزالي الذي اعتبر في إحياء علوم الدّين ما يلي: «وليس هذا -أي العزل- كالإجهاض والوأد لأنّ ذلك جناية على موجود حاصل وله أيضاً مراتب، وأوّل مراتب الوجود أن تقع النّطفة في الرّحم وتختلط بماء المرأة وتستعدّ لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية، فإن صارت نطفة فعلقة كانت الجناية أفحش، وإن نُفخ فيه الرّوح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشًا»[669]. وهناك من المتأخّرين من اعتبر إفساد الحمل مفسدة للنّسل ومقصد حفظه حتّى بمجرّد علوق النّطفة بالرّحم كالشّيخ ابن عاشور: « وأن تُحفظ إناث الأمّة ... من تفشّي إفساد الحمل في وقت العلوق»[670]. ويبدو أن هذا الأخير قد ذهب في نفس الاتّجاه في كتابه «التّحرير والتّنوير» وهو بصدد تفسيره للآية 12 من سورة الممتحنة: « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذا جاءَكَ الْمُؤْمِناتُ يُبايِعْنَكَ عَلى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئاً وَلا يَسْرِقْنَ وَلا يَزْنِينَ وَلا يَقْتُلْنَ أَوْلادَهُنَّ وَلا يَأْتِينَ بِبُهْتانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلا يَعْصِينَكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبايِعْهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللهَ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ». إذ قال الشّيخ «والمراد بقتل الأولاد أمران: أحدهما الوأد الذي كان يفعله أهل الجاهليّة ببناتهم وثانيهما إسقاط الأجنّة وهو الإجهاض»[671].

ولنعترف بأنّ تكريس مقصد حفظ النّفس في الدّستور يغذّي جذوة الجدل حول الحقّ في الإجهاض الذي حسم القانون أمره-ولو إلى حين- إذ ينصّ الفصل 214 من المجلّة الجزائيّة على ما يلي: «كلّ من تولّى أو حاول أن يتولّى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أطعمة أو مشروبات أو أدوية أو أيّة

665 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطّوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، المرجع سابق الذّكر، ص. 160.

666 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الثّاني، المرجع سابق الذّكر، ص. 19.

667 محمّد الطّاهر ابن عاشور، المرجع سابق الذّكر، ص. 136.

668 معتز الخطيب، «نحو قراءة منظوميّة أخلاقيّة للفقه: الإجهاض نموذجا»، *Journal of islamic ethics*، 2، 2018 ص. 2، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: https://brill.com/view/journals/jie/2/1-2/article-p1_1.xml?language=en

669 الإمام أبي حامد محمّد بن محمّد الغزالي، إحياء علوم الدّين، المرجع سابق الذّكر، ص. 491.

670 محمّد الطّاهر ابن عاشور، المرجع سابق الذّكر، ص. 138-139.

671 محمد الطّاهر ابن عاشور، تفسير التّحرير والتّنوير، الجزء الثّامن والعشرون، تونس، الدّار التّونسيّة للنّشر، 1984، ص. 166.

وسيلة أخرى سواء كان ذلك برضى الحامل أو بدونه يعاقب بخمسة أعوام سجنا وبخطيّة قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين.

وتعاقب بعامين سجنا وبخطيّة قدرها ألفا دينار أو بإحدى العقوبتين المـرأة التي أسقطت حملها أو حاولت ذلك أو رضيت باستعمال ما أشير به عليها أو وقع مدّها به لهذا الغرض.

يرخّص في إبطال الحمل خلال الثّلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونيّة في مؤسّسة استشفائيّة أو صحيّة أو في مصحّة مرخّص فيها.

كما يرخّص فيه بعد الثّلاثة أشهر إن خشي من مواصلة الحمل تسبّب في انهيار صحّة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقّع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة وفي هذه الحالة يجب أن يتمّ ذلك في مؤسّسة مرخّص فيها.

إنّ إبطال الحمل المشار إليه بالفقرة السّابقة يجب إجراؤه بعد الاستظهار لدى الطّبيب الذي سيتولّى ذلك بتقرير من الطّبيب الذي يباشر المعالجة»[672]. بحيث يستنتج أنّ المبدأ هو إباحة الإجهاض في الثّلاث أشهر الأولى بناء على إرادة المرأة وبالشّروط التي تضعها الفقرة الثّالثة. وأمام القيود الفعليّة التي تواجهها النساء في «النّفاذ إلى الإجهاض»[673]، لا يبدو من المفيد فتح واجهة إضافيّة قد تؤدّي في ظلّ تأويل رجعي للفصل 5 إلى التّراجع عمّا يحسبُ من مكاسب الدّولة الوطنيّة ومن متعلّقات حقّ المرأة في التّصرّف في جسدها، وإذا كان هذا الحقّ يتصادم مع حقّ الجنين في الحياة فيجب أن تُحسم المسألة بالاستناد إلى الفصل 55 لا إلى الفصل 5 الذي قد يؤدّي إلى تأويل ما ونقيضه بحسب مرجعيّة المؤوّل.

هناك ثانيا مسألة فرض حدّ القصاص عند قتل النّفس، استنادا الى قوله تعالى في الآية 178 من سورة البقرة «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي القتلى» ثم في الآية التي تليها : «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُوْلِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ». وهو ما حدى بالغزالي إلى القول: «فجعل القتل سببا ليجاب القصاص، لمعنى معقول مناسب، وهو حفظ النّفوس والأرواح المقصود بقاؤها في الشّرع، وعرف كونها مقصودة على القطع»[674]. ويقول الشّيخ ابن عاشور في هذا المضمار: «ومعنى حفظ النّفوس حفظ الأرواح من التّلف أفرادا وعموما؛ لأنّ العالم مركّب من أفراد الإنسان، وفي كلّ نفس خصائصها التي بها بعض قِوام العالم، وليس المراد حفظها بالقصاص كما مثّل لها الفقهاء، بل نجد القصاص هو أضعف أنواع حفظ النّفوس؛ لأنّه تدارك بعض الفوات، بل الحفظ أهمّه حفظها عن التّلف قبل وقوعه، مثل: الأمراض السّارية، وقد منع عمر ابن الخطّاب الجيش

672 الفصل 214 من المجلّة الجزائيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 58. وقد نقّح هذا الفصل بمقتضى القانون عدد 24 لسنة 1965 المؤرّخ في 1 جويلية 1965 يتعلّق بالإجهاض (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 35، 2 جويلية 1965، ص. 946) وبالمرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1973 يتعلّق بتنقيح الفصل 214 من المجلّة الجنائيّة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 36، 28 سبتمبر 1973، ص. 1648) المصادق عليه بالقانون عدد 57 لسنة 1973 المؤرّخ في 19 نوفمبر 1973- يتعلّق بالمصادقة على المرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1973 المتعلّق بتنقيح الفصل 214 من المجلّة الجنائيّة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 43، 16-20-23-27 نوفمبر 1973، ص. 2042).

673 ماتيلد فاردا ونسرين الزريبي، «الإجهاض في تونس: حقّ غير مكفول»، انكفاضة، 13 جوان 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي: https://tinyurl.com/2b3t36y2

انظر في نفس الاتّجاه:

CHEKIR (H.), *op. cit.*, pp. 113-115.

674 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، المرجع سابق الذّكر، ص. 160.

من دخول الشام لأجل طاعون عمواس. والمراد النّفوس المحترمة في نظر الشّريعة، وهي المعبّرة عنها بالمعصومة الدّم، ألا ترى أنّه يُعاقب الزّاني المحصن بالرّجم، مع أنّ حفظ النّسب دون مرتبة حفظ النّفس، ويلحق بحفظ النّفوس من الإتلاف حفظ بعض أطراف الجسد من الإتلاف، وهي الأطراف التي ينزل إتلافها منزلة إتلاف النّفس في انعدام المنفعة بتلك النّفس، مثل الأطراف التي جُعلت في إتلافها خطأ الدية كاملة»[675]. ومع اعتبار الشّيخ ابن عاشور القصاص أضعف أنواع حفظ النّفس إلا أنّه أكّد على أهميّة القصاص لحفظ المصلحة المتّصلة بها قائلا: «الشّريعة تحافظ أبدا على المصلحة المستخفّ بها، سواء كانت عامّة أم خاصّة، حفظا للحقّ العام، أو للحقّ الخاص الذي غلب عليه هوى الغير، وهواه هو نفسه، ومتى تعارضت المصلحتان رجحت المصلحة العظمى، ولهذا قُدِّم القصاص على احترام نفس المقتصّ منه؛ لأنّ مصلحة القصاص عظيمة في تسكين ثائرة أولياء القتيل لتقع السّلامة من الثارات، وفي انزجار الجناة عن القتل، وفي إزالة نفس شرّيرة من المجتمع، فلو أسقط وليّ الدّم القصاص زالت أعظم المصالح، فبقيت مصلحتان أخريان، إحداهما: حاصلة من عدم العفو، والأخرى: تحصل باستطلاع حال الجاني بالضّرب والسّجن، فلذلك سقط القصاص بالعفو فيما قتل الغيلة وما عدا الحرابة؛ لأنّ عِظم الجريمة رجح جانب مصلحة إزالة نفس، ظهر شرّها وبَعُدَ رجاء خيرها»[676].

يبدو القصاص إذن من متعلّقات حفظ النّفس لا محالة وهو ما يطرح إشكالا حقيقيّا في تقاطع مع الفصل 24 من دستور 2022 الذي ينصّ على ما يلي: «الحقّ في الحياة مقدّس. ولا يجوز المساس به إلاّ في حالات قصوى يضبطها القانون»، وإذا ما كنّا أقررنا بأنّ الفصل 55 ينطبق على هذا الفصل رغم إهداره لأحد شروط المادّة الجامعة وهو جوهر الحقّ، فإنّ الإقرار بالقصاص كأحد وسائل حفظ النّفس حتّى لدى أحد روّاد المنهج المقاصدي الإصلاحي الذي لا يُستبعد أن يكون أحد مصادر إلهام المؤسّس في الفصل 5، ألا وهو الشّيخ ابن عاشور[677]، يضيّق إلى حدّ لا يستهان به من الإمكانيّات التّحييديّة للفصل 55 في علاقة بعقوبة الإعدام التي سبق أن حلّلناها في كتاب الحريّات الفرديّة بالنّظر إلى منهج التّناسب[678].

في تحدّيات حفظ العرض

يطرح العرض إشكالا سواء في تعريفه أو في حشره في المقاصد الضّروريّة. ففيما يتعلّق بالتّعريف فإنّه يبدو انطلاقا من المعاجم اللّغويّة أنّه يحيل إلى «النّفس ... والجسد ... والحسب ... وموضع المدح والذمّ من الإنسان»[679]. وأمّا اصطلاحا وبالنّظر إلى التّعامل الفقهي مع المفهوم فيبدو أنّه يحوم «حول معاني «الكرامة والشّرف والحسب والسّمعة والعفّة»، وهي أمور مترابطة ولو أنّ بعضها أوسع دلالة من بعض. فلفظ الكرامة يتعلّق بتنزيه الشّخص عن كلّ الجوانب التي تمسّ بتقدير الذّات واعتبارها واحترامها، أمّا الشّرف فهو التّقدير والتّوقير العالي للشّخص المعروف بالأفعال

675 نفسه، ص. 137.

676 نفسه، ص. 129.

677 حمّادي الرديسي، المرجع سابق الذّكر، ص.6.

678 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 136-139، ص. 206 و238 و259.

679 راضية قصباية وعبد الرّحمن رداد، «مقصد حفظ العرض. تحرير المفهوم وتحقيق الرّتبة»، مجلّة الإحياء، المجلّد 20، العدد 25، جوان 2020، ص. 111-112 .

المحمودة، وقريب منه لفظ الحسب، أمّا لفظ السّمعة فيتعلّق ببعد الشّخص أو قربه من الشّبهات ومواطن التّهمة، بينما لفظ العفّة فينصرف معناه عادة إلى صون الذّات عن الشّهوات؛ ما يتعلّق على وجه الخصوص بالجسد والجانب الجنسي وكذا جانب المال»[680]. ويضيف الكاتبان: «لفظ العرض لا يقتصر على الجانب الجنسي من الشّخص-كما يظنّ البعض- وأنّ ذلك لا تشهد به اللّغة ولا الاصطلاح؛ فالعرض في مدلوله يشمل كلّ الجوانب الاعتباريّة في الشّخص الذي يتعلّق به المدح والذمّ، والتي لها أثر في صون كرامة الشّخص وتقدير الذّات، سواء أكانت هذه الجوانب تتعلّق بالجوانب الجنسيّة أم لا، وبناء عليه يمكن أن نخلص إلى أن العرض: «جانب الانسان الاعتباري الذي يصونه من الذمّ والأذى والانتقاص سواء في نفسه أو حسبه أو من يلزمه أمره»[681].

أمّا فيما يتعلّق بمدى اعتبار العرض من المقاصد الضّروريّة فإنّ دستور 2022 قد أدرج في الفصل 5 الحفاظ على العرض في المرتبة الثّانية بعد الحفاظ على النّفس. ويبدو إذن أن المؤسّس حسم مسألة فقهيّة خلافيّة حول اعتبار الحفاظ على العرض مقصدا ضروريّا من المقاصد الخمس مستقلّا بذاته و يضاف للمقاصد الأخرى أو اعتباره فقط من الحاجيات، بحيث يوجد في الفريق الأوّل القرافي والطوفي وابن السّبكي والزّركشي والشّوكاني[682] ويوجد في الفريق الثّاني من القدامى الشّاطبي في العصر الحديث الشّيخ ابن عاشور. وفي هذا الاتّجاه كرّس الغزالي في الكليّات الخمس النّسل لا العرض، حيث قال «والبُضع مقصود الحفظ، لأنّ في التّزاحم عليه اختلاط الأنساب، وتلطيخ الفراش، وانقطاع التعهّد عن الأولاد: لاستبهام الآباء؛ وفيه التّوثّب على الفروج بالتّشهّي والتّغلّب وهي مجلبة الفساد والتّقاتل»[683]، وذهب الشّاطبي في نفس الاتّجاه[684].

ثمّ ناقش الشّيخ طاهر ابن عاشور إدراج حفظ العرض -المتّصل حسبه بايذاء الناس بـ«أسهل وسائله وهو الكلام»[685]- في الكليّات الخمس بعد حديثه عن حفظ النّسب قائلا: «وأمّا حفظ الأنساب ويعبّر عنه بحفظ النّسل فقد أطلقه العلماء ولم يبيّنوا المقصود منه، ونحن نفصل القول فيه، وذلك أنّه إن أريد به حفظ الأنساب-أي النّسل- من التّعطيل فظاهر عدّه من الضّروري؛ لأنّ النّسل هو خلفة أفراد النّوع فلو تعطّل يؤوول تعطيله إلى اضمحلال النّوع وانتقاصه، ... فبهذا المعنى لا شبهة في عدّه من الكليّات؛ لأنّه يعادل حفظ النّفوس ... وأمّا إن أريد بحفظ النّسب حفظ انتساب النّسل إلى أصله، وهو الذي لأجله شرّعت قواعد الأنكحة، وحرّم الزّنا وفرض له الحدّ، فقد قال إنّ عدّه من الضّروريات غير واضح، إذ ليس بالأمّة من ضرورة إلى معرفة أن زيدا هو ابن عمرو، وإنّما ضرورتها في وجود أفراد النّوع وانتظام أمرهم، ولكن في هذه الحالة مضرّة عظيمة وهي: أنّ الشكّ في انتساب النّسل إلى أصله يزيل من الأصل الميل الجبلي الباعث على الذبّ عنه، والقيام عليه بما فيه بقاؤه وصلاحه وكمال جسده وعقله، بالتّربية والإنفاق على الأطفال إلى أن يبلغوا مبلغ الاستغناء عن العناية، وهي مضرّة لا تبلغ مبلغ الضّرورة، لأنّ في قيام الأمّهات بالأطفال كفاية ما لتحصيل المقصود من النّسل، وهو يزيل من الفرع الإحساس بالمبرّة والصّلة والحفظ عند العجز،

680 نفسه، ص. 113.

681 نفسه، ص. 113-114.

682 نفسه، ص. 115-118.

683 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطّوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، المرجع سابق الذكر، ص. 160.

684 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الثّاني، المرجع سابق الذّكر. ص. 20.

685 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 141.

فيكون حفظ النّسب بهذا المعنى بالنّزر إلى تفكيك جوانبه من قبيل الحاجي، ولكنّه لمّا كانت لفوات حفظه من مجموع هذه الجوانب عواقب كثيرة سيّئة يضطرب لها أمر نظام الأمّة، وتنخرم بها دعامة العائلة، اعتبر علماؤنا حفظ النّسب في الضّروري لما ورد في الشّريعة من التّغليظ في حدّ الزّنا، وما ورد عن بعض العلماء من التّغليظ في نكاح السر، والنّكاح بدون ولي وبدون إشهاد»[686]. وهنا تساءل الشّيخ ابن عاشور عن مقصد حفظ العرض قائلا: «وأمّا عدّ حفظ العرض في الضّروري فليس بصحيح، والصّواب أنّه من قبيل الحاجي، والذي جعل بعض العلماء مثل تاج الدّين السّبكي في «جمع الجوامع» على عدّه في الضّروري، هو ما رأوه من ورود حدّ القذف في الشّريعة، ونحن لا نلتزم الملازمة بين الضّروري وما في تفويته حدّ، ولذلك لم يعدّه الغزالي، وابن الحاجب ضروريّا»[687].

لكن بإدراج الفصل 5 لحفظ العرض في المرتبة الثّانية بعد حفظ النّفس تم حسم المسألة دستوريّا دون حلّ المشكل المتّصل بتحديد متعلّقات حفظ العرض الذي لا يبدو مقتصرا على حماية الكرامة والسّمعة بالمعنى الضيّق وإنّما يتجاوزه إلى متعلّقات حفظ النّسل والنّسب بل يبدو أحيانا رديفهما وهو ما سيطرح مشكلا لمؤوّل النصّ، في علاقة بالحريّات الفرديّة تحديدا، وذلك من جانبين:

فأمّا العرض في جانبه الضيّق المتّصل بالسّمعة فهو يقترن بحدّ القذف في الشّريعة ومردّه الآية الرّابعة من سورة النّور التي ورد فيها ما يلي: «والذين يرمون المحصنات ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون». وقد فسّر العلاّمة الطّاهر ابن عاشور نزول هذه الآية بتفشّي الرّمي بالزّنى في الجاهليّة و«الطّعن في الأنساب بهتانا» [688]. وتمّ تعميم حدّ القذف وهو الجلد على كل افتراء حسب الشّيخ ابن عاشور حيث أنّ «هذه الآية أصل في حدّ الفرية والقذف الذي كان أوّل ظهوره في رمي المحصنات بالزّنى. فكلّ رمي بما فيه معرّة موجب للحدّ بالإجماع المستند للقياس» [689].

في استحضار مقصد العرض إذن في الدّستور تحدّ جديد للتّزاحم بين حريّة التّعبير وحماية السّمعة وهو أمر كنّا تعرّضنا له في كتاب الحريات الفرديّة الذي تساءلنا فيه إن كانت هناك «ضرورة رسميّة» للحدّ من حرية التّعبير[690] على ضوء قائمة تقييدات حرية التّعبير في التّشريع التّونسي[691] المتّصلة بالمساس بالسّمعة من الفصل 67 من المجلّة الجزائيّة الذي يعاقب على «إتيان أمر موحش ضدّ رئيس الجمهوريّة» بالسّجن ثلاث أعوام وخطيّة بـ240 دينارا؛ والفصل 125 من ذات المجلّة الذي يعاقب على «هضم جانب موظّف عمومي أو شبهه بالقول أو الإشارة حال مباشرته لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها» بالسّجن عاما وخطيّة 120 د؛ والفصل 126 من ذات المجلّة الذي يعاقب على «هضم جانب موظّف من النّظام العدلي بالجلسة» بالسّجن عامين؛ والفصل 128 من ذات المجلّة الذي يعاقب «نسبة أمر غير قانوني لموظّف عمومي أو شبهه يكون متعلّقا بوظيفته دون الإدلاء بما يثبت صحّة ذلك» بالسّجن عامين وبخطيّة 120 دينار؛ والفصل 245 من ذات المجلّة الذي يعاقب

686 نفسه، ص. 138-140.

687 نفسه، ص. 140.

688 محمد الطّاهر ابن عاشور، تفسير التّحرير والتّنوير، الجزء الثّامن عشر، تونس، الدّار التّونسيّة للنّشر، 1984، ص. 158.

689 نفسه، ص. 161.

690 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 139-143.

691 مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدّستور. رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص. 94-95.

على «نسبة أمر لدى العموم فيه هتك اعتبار هيئة رسميّة» بالسّجن ستّة أشهر وخطيّة 240 د[692]؛ والفصل 91 من من مجلّة المرافعات والعقوبات العسكريّة الذي يعاقب على «تحقير العلم أو الجيش والمسّ بكرامته وسمعته أو معنويّاته» بالسّجن من 3 أشهر إلى 3 سنوات[693]؛ ويعاقب الفصل 55 من المرسوم عدد 115 المؤرّخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلّق بحرية الصّحافة والطّباعة والنّشر على «الثّلب (ادّعاء أو نسبة شيء غير صحيح بصورة علنيّة من شأنه أن ينال من شرف أو اعتبار شخص معيّن)» بخطيّة تصل إلى 2000 د[694].

وكنّا قد ناقشنا المسألة خاصّة في علاقة بضرورة الحماية الجزائيّة من عدمها للسّمعة والرّمزيّة في علاقة بمؤسّسات الدّولة على ضوء موقف المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان [695]وموقف اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان[696].

دسترة حفظ العرض في الفصل 5 أعطت مشروعيّة دينيّة لترسانة النّصوص الجزائيّة التي تحمي السّمعة ضدّ الافتراءات في التّشريع التّونسي والتي تعزّزت بالمرسوم عدد 54 لسنة 2022 الذي يجرّم التّشهير باستعمال أنظمة المعلومات، وأعطى الفصل 5 لمسألة حماية السّمعة رمزيّة دينيّة من الصّعب فصلها عن حدّ القذف في الشّريعة رغم أنّ مسألة حماية العرض قد يتّسع مجالها خارج هتك السّتر بالقذف بالزّنا بحسب نظرة المؤوّل، وهذه النّقطة الثّانية.

إذ تعكس المرجعيّات الفقهيّة التي تمكنّا من الاطّلاع عليها كما سيتمّ بيانه اقترانا لحفظ العرض بحفظ النّسل والنّسب وارتباط العرض بتصوّر ديني وأخلاقي للعفّة وهو ما سيطرح تحدّيا حقيقيّا في علاقة بالحريات الفرديّة، بما يرتبط بداهة بتجريم التّصرّفات المثليّة التي تساءلنا عنها في كتاب الحريات الفرديّة. وأخضعنا تجريمها لاختبار التّناسب [697]. ويمكن أن نشير في هذا الإطار إلى ما ذكره الشّيخ الطّاهر ابن عاشور في معرض حديثه عن مقصد حفظ النّسل واعتبار اللّواط من معطّلاته استنادا إلى قوله تعالى في الآية 29 من سورة العنكبوت في حديث لوط لقومه «وتقطعون السّبيل» طالما أنّ «النّسل هو خلقة أفراد النّوع، فلو تعطّل يؤول تعطيله إلى اضمحلال النّوع وانتقاصه»[698].

ومن ناحية أخرى، وإذا ما اعتبر حفظ العرض رديفا لحفظ النّسل والنّسب معلّلا بضرورة الحفاظ على عدم اختلاط الأنساب تطرح مسألة التبنّي فأساس تحريمه الآيتان 4 و5 من سورة الأحزاب اللّتان ورد فيهما ما يلي: «مَا جَعَلَ اللهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّين وَمَوَالِيكُمْ

692 المجلّة الجزائيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 27 و40 و41 و71.

693 مجلّة المرافعات والعقوبات العسكريّة (الصّادرة بالأمر العلي المؤرّخ في 10 جانفي 1957) ونصوص ملحقة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2020، ص. 29.

694 المرجع سابق الذّكر، ص. 2565.

695 CEDH, *Affaire Eon c. France*, n° 26118/10, 14 mars 2013, §41, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/3t2j5ffa

696 اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 34، المادّة 19(حرية الرّأي وحرية التّعبير)، سابق الذّكر، فقرة 38.

697 كوثر دبّاش، المرجع سابق الذّكر، ص. 204 و ص. 237 و ص. 257-258.

698 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 138. انظر أيضا في خصوص ربط تحريم التّصرفات المثليّة ومتعلّقاتها بحفظ النّسل والعرض نور الدّين بن مختار الخادمي، حقو ق الإنسان مقاصد الشّريعة، الدّوحة، إدارة البحوث والدّراسات الإسلاميّة، 2011، ص. 152.

وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللهُ غَفُورًا رَحِيمًا (5)». ويقول الشّيخ ابن عاشور ما يلي: «لقد نزلت الآية في إبطال التّبنّي، أي إبطال ترتيب آثار البنوّة الحقيقيّة من الإرث وتحريم القرابة، وتحريم الصّهر، وكانوا في الجاهليّة يجعلون للمُتَبَنَّى أحكام البنوّة كلّها»[699]. ولنا هنا أن نتساءل عن مآل القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتّبنّي[700] الذي أجاز التّبنّي في فصله الثّالث بشروط. فإذا ما تسلّل إلى فلسفة المشّرع الالتزام بتحقيق مقاصد حفظ العرض والنّسل، سيشكّل ذلك حاجزا أمام كلّ تطوّر ممكن للمنظومة القانونيّة الحالية للتّبنّي التي تقوم على تمييز مبني على الزّواج وتقصر حقّ التّبنّي حسب الفصل 9 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المذكور أعلاه على المتزوّجين، إذ ينصّ الفصل 9 على ما يلي: «ينبغي أن يكون المتبنّي شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوّجا متمتّعا بحقوقه المدنيّة ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبنَّى. ويمكن للحاكم إعفاء طالب التّبنّي الذي فقد زوجه بالموت أو بالطّلاق من شرط التزوّج إذا اقتضت مصلحة الطّفل ذلك.

وفي هذه الصّورة للحاكم سماع كلّ من يرى فائدة في سماعه لتحقيق الظّروف والأسباب التي تضمن المصلحة المذكورة». صحيح أنّ المسألة ترتبط بتصوّر تقليدي للأسرة وضمان ظروف عائلية «عادية» للمتبَنّي لكن الفصل 9 يعفي من سبق له الزّواج من هذا الشّرط فلماذا يُحرم منه غير المتزوّجين وكأنّ الزّواج ولو مرّة واحدة قرينة على حسن التّبنّي، حتّى لو فُقد الشّرط بعد ذلك بالطّلاق أو موت الزّوج وهذا يفتقد إلى المنطق.

يعيدنا إذن الزجّ بالمفهوم الفقهي لحفظ مقصد العرض في تقديرنا إلى الحرج الأوّلي الذي يثيره وضوح حكم تحريم التّبنّي في الإسلام والذي تجاوزه القانون الوضعي، بما قد يطرح إشكالا لتطوير مقاربة التّبنّي في التّشريع التّونسي أو حتّى التّفكير في ذلك، لا سيّما في ارتباطه بمنظومة قيميّة تجعل من الحثّ على الزّواج وسيلة محوريّة لدرء المفسدة. ويجدر الذّكر أنّه سبق للقضاء التّونسي أن فتح الإمكانيّة لعزباء في التّبنّي، في حكم صادر عن محكمة النّاحية بتونس[701]، لكن لأنّ الأمر تعلّق بطفلة مجهولة النّسب بلغ سنّها أربع سنوات ولم يتقدّم أحد لطلب التّبنّي لأنّها مبتورة السّاقين. ورغم ما في هذا الحكم من جرأة ومن تغليبه للمصلحة الفضلى للطّفلة إلاّ أنّه يبرز صعوبة تجاوز المقاربة التّقليديّة والقصور عن بناء مقاربة حقوقيّة للتّبنّي لا تسهو عن حقوق طالب التّبنّي رغم غياب تكريس قانوني دولي للحقّ في التّبنّي وهو ما ذكّرت به المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان في قرار

699 محمد الطّاهر ابن عاشور، تفسير التّحرير والتّنوير، الجزء الواحد والعشرون، تونس، الدّار التّونسيّة للنّشر، 1984، ص. 258.

700 الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 19، 7 مارس 1958، ص. 306-307، نقّح بالقانون عدد 69 لسنة 1959 المؤرّخ في 19 جوان 1959 يتعلّق بتنقيح بعض فصول من قانون التّبنّي، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 34، 23-26 جوان 1959، ص. 890. انظر أيضا بهذا الشّأن:
CHEKIR (H.), *op. cit.*, pp. 114-115.

701 محكمة النّاحية بتونس، حكم تبنّي عدد 12639، 12 جويلية 2018، غير منشور.

مرجعي حول حقوق غير المتزوّجين من ذوي الميولات المثليّة في التّبنّي [702].

بقي في النّهاية أن نحيل إلى اجتهادات قضائيّة تونسيّة استندت إلى الشّريعة ومقاصدها في قضايا تتعلّق بالرّجوع في التّبنّي وذلك إمّا لتبرير الحلّ التّشريعي المبيح للتّبنّي رغم الحظر الدّيني أو للانتهاء إلى أنّ التّبنّي لا يجافي المقاصد[703].

في المال بين فتح أبواب مقصد حفظه وإمكانيّة غلق منافذ الدّولة المدنيّة

يسجّل مقصد حفظ المال حضورا ثابتا في الفكر المقاصدي فيتحدّث عنه الغزالي في شفاء الغليل بقوله: «والأموال مقصودة بالحفظ على ملاّكها؛ عرف ذلك بالمنع من التّعدّي على حقوق الغير، وايجاب الضمان، ومعاقبة السّارق بالقطع»[704]. ويقول الشّيخ ابن عاشور عن هذا المقصد أنّه يتعلّق بـ«حفظ أموال الأمّة من الإتلاف، ومن الخروج إلى أيدي غير الأمّة بدون عوض، وحفظ أجزاء المال المعتبرة عن التّلف دون عوض»[705]. ويقسّم الشّيخ ابن عاشور مال الأمّة -وهو «كلّ ما به تستغني النّاس في تحصيل ما ينفعهم في معاشهم»[706]- إلى نوعين: «أحدهما مال كلّ فرد من أفراد الأمّة ... قرّرته الشّريعة الإسلاميّة حقّا للذي اكتسبه بطريق من طرق الاكتساب

---

702 في قرار *EB c. France* طعنت مواطنة فرنسيّة ضدّ الجمهوريّة الفرنسيّة من أجل رفض الموافقة على طلب التّبنّي على أساس تمييز مبني على الميول الجنسي بما يشكّل خرقا للحقّ في الحياة الخاصّة، رغم أنّ التّشريع الفرنسي فتح إمكانيّة التّبنّي لغير المتزوّجين وقد اعتبرت المحكمة أنّه حتّى وإن كان الفصلان 8 و14 من الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان التي حاججت بهما العارضة لا يؤسّسان للحقّ في تكوين عائلة وللحقّ في التّبنّي فإنّ مفهوم «الحياة الخاصّة»، حسب الفصل 8 من الاتّفاقيّة، يعدّ مفهوما واسعا يشمل، فيما يشمله، ... «التّنمية الشّخصيّة» ...، الحقّ في تحديد الشّخص لهويّته... كما تشمل الحياة الخاصّة عناصر كالاسم ... وتحديد الهويّة الجنسيّة والحياة الجنسيّة ...، وكذلك الحقّ في احترام القرار بأن يكون للشّخص طفل أو لا وأضافت المحكمة أنّه في قضيّة الحال «تعلّل السّلطات الوطنيّة بغياب المرجع الأبوي أو مرجع الأمومة في أسرة طالب الموافقة على التّبنّي لا يشكّل بالضّرورة مشكلا في حدّ ذاته. لكن بالنّظر إلى ظروف القضيّة يجوز التّساؤل عن وجاهة هذا المبرّر الذي أدّى إلى اشتراط أن تثبت الطّاعنة وجود مرجع للجنس المقابل في محيطها القريب، بما يهدّد بإفراغ حقّ غير المتزوّجين في طلب الموافقة على التّبنّي ... وحسب أنظار المحكمة من شأن هذا المبرّر أن يؤدّي إلى رفض اعتباطي وأن يكون تعلّة لإزاحة طلب طاعنة من أجل مثليّتها الجنسيّة».

CEDH, *Affaire E.B. c. France*, Requête n°43546/02, Arrêt du 22 janvier 2008, §43, §73, disponible au lien suivant: https://tinyurl.com/mr2bamzt. التّرجمة لنا.

703 بالنّسبة إلى الصّورة الأولى يتعلّق الأمر بقرار صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير بتاريخ 9 جانفي 1986، إذ بعد بيان أهمية «الولد من المنظار الإسلامي (ف)هو زينة الحياة الدّنيا وسرّ أبيه وقرّة عينه وبضعة من قلبه وفلذة من كبده ثمّ يكون بعد مماته امتدادا لوجوده ومظهرا لخلوده»، وبعد بيان مخاطر الحرمان من النّسل، خلصت المحكمة إلى محاولة المشرّع التّونسي معالجتها «ومع علمه بأنّ التّبنّي محظور شرعا رأى أنّ الضّرورات تبيح المحظورات وأنّ الشّريعة مبنيّة على التّحرّز ممّا يكون طريقا إلى مفسدة وأنّ المصلحة العامّة من أقوى أدلّة الشّرع والفقه في المعاملات دون العبادات، حسبما جنح إليه العلاّمة الإسلامي الكبير الإمام الطّوفي الذي يرى في رسالته جواز تقديم المصلحة العامّة على النصّ والإجماع»، محكمة الاستئناف بالمنستير، الدّائرة المدنية الأولى، قرار عدد 145 بتاريخ 9 جانفي 1986، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 1989، ص. 121-122 (مع تعليق بقلم ساسي بن حليمة، ص. 125-142).

أمّا في الصّورة الثّانية فقد ورد في قرار لمحكمة الاستئناف بالمنستير بتاريخ 21 ديسمبر 1989 أنّ «وحيث أنّ التّبنّي لا ينافي مقاصد الشّريعة الإسلاميّة وهو نعمة على طفل ضعيف بإيجاد دفء عائلي له. قال اللّه تعالى (وإذ تقول للذي أنعم اللّه عليه وأنعمت عليه أمسك عليه زوجك) قال ابن العربي في أحكام القرآن وقيل أنعم الله عليه بسياقه إليك وأنعمت عليه بأن تبنّيته. وقال الطّاهر بن عاشور في تفسيره التّحرير والتّنوير «والرّسول أنعم عليه بالعتق والتّبنّي والمحبّة» وما أطلق عليه لفظ النّعمة يستحيل أن يكون في عمومه نقيضا لها. أمّا تهافت المتأخّرين من القائلين بتحريم التّبنّي بوصف التّبنّي بأنّه الكذب والظّلم والزّور والفساد لتبرير قولهم زيادة على منافاتهم الآية الكريمة فيه شتم للرّسول صلّى اللّه عليه وسلّم عن عمد منهم أو بجهالة بطريق التّعريض به وما كان النّبيّ ظالما أو كاذبا مزوّرا بتبنّيه لزيد وهو الصّادق الأمين العادل في أقواله قبل البعثة وبعدها»، محكمة الاستئناف بالمنستير، مدني، قرار عدد 577، بتاريخ 21 ديسمبر 1989، غير منشور، ضمن:

BEN MOUSSA (I.), «Le droit musulman dans la jurisprudence tunisienne», thèse en vue de l'obtention du doctorat en Droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2021-2022, p. 354.

ومن أجل تعليق على القرارين انظر نفس الأطروحة ص. 353-359.

704 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطّوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، المرجع سابق الذّكر، ص. 160.

705 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 138.

706 محمّد الطّاهر ابن عاشور، أصول النّظام الاجتماعي في الإسلام، الطّبعة الثّانية، تونس، الشّركة التّونسيّة للتّوزيع، الجزائر- المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، 1985، ص. 190.

الصّحيحة شرعا»[707]. وأمّا النّوع الثّاني فهو «مال جعلته الشرّيعة مرصدا لعموم جماعة المسلمين هو حقّ للجماعة على الإجمال ليتولىّ وليّ الجماعة إبلاغ منافعه إلى من لا يستطيع إقامة شؤونه من ماله بله من لا مال له أو لا قدرة له على التّموّل... وهذا النّوع من المال يسمّى مال الله لأنّه ليس له مالك معّين فهو لمن يجعل الله له فيه حقّا»[708].

فالمال إذن خاصّ وعام، وهما مرتبطان حسب الشّيخ ابن عاشور فـ«مال الأمّة لّما كان كلاّ مجموعيّا، فحصول حفظه يكون بضبط أساليب إدارة عمومه، وبضبط أساليب حفظ أموال الأفراد، وأساليب إدارتها، فإنّ حفظ المجموع يتوقّف على حفظ جزئيّاته، وإنّ معظم قواعد التّشريع المالي متعلّقة بحفظ أموال الأفراد، وآئلة إلى حفظ مال الأمّة؛ لأنّ منفعة المال الخاصّ عائدة إلى المنفعة العامّة لثروة الأمّة»[709].

ويعتبر الشّيخ ابن عاشور أنّ «المقصد الشّرعي في الأموال كلّها خمسة أمور: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها» [710]. فالرّواج هو «دوران المال بين أيدي أكثر ما يمكن من النّاس بوجه حقّ»[711] عبر التّجارة وتنظيم عقود المعاملات لنقل الحقّ المالي وإباحة عقود المغارسة والسّلم والمزارعة والقراض المبنيّة على شيء من الغرر[712] ويكون الرّواج عبر تيسير المعاملات الماليّة[713].

وبالنّسبة إلى وضوح الأموال يكون بـ«إبعادها عن الضّرر، والتّعرّض للخصومات بقدر الإمكان ولذلك شرّع الإشهاد، والرّهن في التّداين»[714]، ويتمّ حفظها بحفظ المال العام وتنظيم التّبادلات مع الأمم الأخرى وتنظيم الأسواق والاحتكار وتنظيم الزّكاة والمغانم والأوقاف[715]؛ وأمّا إثباتها فيكون بتنظيم إثبات الملكيّة والاكتساب وتنظيم الأحكام المتّصلة بصحّة العقود[716]. ويكون العدل في الأموال أخيرا فيتمّ ذلك «بأن يكون حصولها بوجه غير ظالم، وذلك إمّا أن تحصل بعمل مكتسبها، وإمّا بعوض مع مالكها أو تبرّع، وإمّا بإرث، ومن مراعاة العدل، حفظ المصالح العامّة، ودفع الأضرار، وذلك فيما يكون من الأموال تتعلّق به حاجة طوائف من الأمّة لإقامة حياتها مثل، الأموال التي هي غذاء وقوت، والأموال التي هي وسيلة دفاع العدوّ عن الأمّة»[717]. ويرتّب بعض الفقهاء على العدل تحريم الرّبا لما ينمّ عنه من ظلم للفقراء وتحريم السّرقة التي تُأخذ فيها أموال النّاس بغير حقّ وذلك بتسليط حدّ قطع اليد على السّارق[718].

ولن ندخل هنا في متاهات طبيعة الفائدة البنكيّة والقروض بفائدة وتعدّد الفتاوى بشأن إن كانت

707 نفسه، ص. 190.

708 نفسه، ص. 191.

709 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشرّيعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 297-298.

710 نفسه، ص. 306.

711 نفسه، ص. 306.

712 نفسه، ص. 306-308.

713 نفسه، ص. 311-312.

714 نفسه، ص. 315.

715 نفسه، ص. 316.

716 نفسه، ص. 316-318.

717 نفسه، ص. 318-319.

718 علي بن أحمد الحذيفي، «حفظ مقصد المال، دراسة تأصيليّة»، مجلّة مداد الآداب، مجلّد 12، عدد 28، 2022، ص. 429، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي: https://midad-aladab.org/index.php/midadaladab/article/view/525/485

من قبيل الرّبا المحرّم أو لا، لكن الإحالة إلى حفظ مقصد المال في الدّستور قد يفتح واجهة لمناقشة مسألة الرّبا الذي اعتبر الغزالي أنّ الله تعالى قد «حرّمه ... وشدّد الأمر فيه، ويجب الاحتراز منه على الصّيارفة»[719]. والمسألة ليست نظريّة ويمكن أن نذكّر هنا بقرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين المتعلّق بمشروع قانون البنوك والمؤسّسات الماليّة، تحت طائلة دستور 2014 الذي كان يتضمّن في نفس الوقت الإحالة في توطئة الدّستور إلى مقاصد الإسلام، وفي الفصل الأوّل إلى الإسلام كدين الدّولة وفي الفصل الثّاني إلى مدنيّة الدّولة. في هذا القرار الصّادر بتاريخ 2 جويلية 2016، تعلّق أحد المطاعن بخرق مشروع القانون لتوطئة الدّستور وللفصل 2 من دستور 2014 في تنصيصهما على مدنيّة الدّولة وللفصل 50 في تكريسه لسيادة الشّعب الذي هو مصدر كل السّلطات، حيث نعى الطّاعنون على المشروع ما « أكساه من صبغة دينيّة للعمليات البنكيّة للصّيرفة الإسلاميّة وإخراجها من الصّبغة الوضعيّة التي تمّ تحديدها بالقانون من خلال اعتماد هذه الصّيرفة لمرجعيّة مغايرة للقانون المدني السّائد وفي ذلك ضرب لوحدة المنظومة القانونيّة الوطنيّة، ويتأكّد هذا التّوجّه في مشروع القانون حسب الطّاعنين في تركيبة هيئة مطابقة معايير الصّيرفة الإسلاميّة التي هي هيئة دينيّة بامتياز»[720].

وفي الواقع، كان تعليل الهيئة في إجابتها عن هذا المطعن مثيرا للاهتمام حيث اعتبرت بخصوص العلاقة بين الفصل الأوّل والفصل الثاني أنّ «التّنصيص على أنّ تونس دولة دينها الإسلام لا يعني بالضرورة أنّ تونس ليست دولة مدنيّة» مضيفة أنّه «وحيث أنّ ما تضمّنته توطئة الدّستور بخصوص تمسّك تونس بتعاليم الإسلام ومقاصده إنّما يعزّز هذا الاتّجاه من ناحية أنّ إدماج الصّيرفة الإسلاميّة في القانون الوضعي التّونسي ينصهر في نطاق ضمان الدّولة للمواطنين والمواطنات للحقوق والحريات الفرديّة والعامّة وتهيئة أسباب العيش الكريم لهم وفق ما يضبطه الدّستور بما في ذلك الحقّ في عمليّات بنكيّة قائمة على غير أساس الفائدة»[721]، وهو ما يعني تكريسا لحقّ جديد من حقوق الإنسان مستند إلى الحقّ في العيش الكريم هو «الحقّ في عمليّات بنكيّة قائمة على غير أساس الفائدة»، فهل هذا يعني في قراءة عكسيّة أنّ العمليّات البنكيّة القائمة على أساس الفائدة تنتهك حقوق الإنسان؟

وفي حيثيّة حمّالة لازدواجيّة في التّعليل، أضافت الهيئة ما يلي: «وحيث أنّ النّظر إلى عمليّات الصّيرفة الإسلاميّة من منظور شرعي بحت يحجب حقيقة أن هذه العمليّات ما هي إلاّ منتوج بنكي صرف يخضع للمعايير الدّوليّة المعمول بها في هذا المجال وقد أخذت به كثير من الدّول الإسلاميّة دون أن يعني ذلك إهدارها لمفهوم مدنيّة الدّولة وبصرف النّظر عن أيّة خلفية دينيّة»[722]. وهذا يعني أنّه لبيان ملاءمة مشروع القانون مع الدّستور، قامت الهيئة ببناء تعليلها على جبهتين: أوّلا نزع الطّابع الدّيني عن الصّيرفة الإسلاميّة وثانيا تهوين أسلمة القانون.

فعلى المستوى الأوّل، قالت الهيئة في قرارها أنّ «الصّيرفة الإسلاميّة بهذا المعنى هي منتوج بنكي ليس حكرا على بنوك بذاتها طالما أنّها متاحة أمام كافّة البنوك والمؤسّسات الماليّة التي تعتزم ممارسة

719 الإمام أبي حامد محمّد بن محمّد الغزالي، إحياء علوم الدّين، المرجع سابق الذّكر، ص. 511.

720 قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين عدد 2016/05 بتاريخ 2 جويلية 2016 المتعلّق بمشروع قانون البنوك والمؤسّسات الماليّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 58، 15 جويلية 2016، ص.2509.

721 نفسه، ص. 2512.

722 نفسه، ص. 2512.

هذا النّوع من العمليات شريطة احترامها للتّشريع الجاري به العمل»[723] وهي إضافة إلى ذلك «تستند إلى معايير متعارف عليها دوليّا صادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة بالبحرين ومجلس الخدمات الإسلاميّة بماليزيا وتمثّل المعايير المتعارف عليها دوليّا إطارا مرجعيّا للدّول التي تنظّم ممارسة عمليّات الصّيرفة الإسلاميّة على أنّ هذه المعايير لا تكتسي صبغة إلزاميّة على غرار المعايير المنظّمة للصّيرفة التّقليدية الصّادرة عن لجنة بازل بسويسرا والتي تعمل كلّ الأنظمة الماليّة على تنزيلها في منظومتها القانونيّة الوطنيّة»[724].

وعلى المستوى الثّاني، نفت الهيئة عن الصّيرفة الإسلاميّة كلّ طابع ديني طالما أدرجت في القانون الوضعي وهذا ما عبّرت عنه قائلة: «كما أنّ القول بعدم توافق هذه المعايير مع القانون الوضعي غير سليم باعتبار أنّ مهمّة مراقبة مطابقة عمليّات الصّيرفة الإسلاميّة مع المعايير الدّوليّة موكولة بمقتضى مشروع القانون إلى البنك المركزي وهو ما يشكّل ضمانا لتوافق هذه المعايير مع القانون الوضعي»[725]. ونجد أنفسنا هنا في قلب جدليّة المصدر الشّكلي/المصدر المادّي للقانون، مع الاسترواح مباشرة من مؤسّسات دينيّة، هذا تحت طائلة دستور 2014 الذي ينصّ على الدّولة المدنيّة ولم يحل إلى مقاصد الإسلام إلا في التّوطئة في صيغة معتدلة تحيل إلى التّمسّك بـ «تعاليم الإسلام ومقاصده المتّسمة بالتفتّح والاعتدال»، علما وأنّ التّوطئة حسب الفصل 145 «جزء لا يتجزّأ» من الدّستور. والهيئة نفت كل خطر على الدّولة المدنيّة من الاسترواح مباشرة من مؤسّسات دينيّة فـ«الأخذ بمبادئ الشّريعة الإسلاميّة على نحو ما تمسّك به الطّاعنون في هذا الإطار الخاصّ والمضبوط لا يعني التّمهيد لقيام دولة دينيّة طالما أنّ الأمر محكوم ومقّدر بنصوص وضعيّة تضبط شروطها، وحيث أنّ عمليّات الصّيرفة الإسلاميّة لا تتنافى ولا تتجافى مع مدنيّة الدّولة طالما تمّ إدماجها في النّظام القانوني للبنوك والمؤسّسات العموميّة وأصبحت جزءا لا يتجزّأ من منظومة القانون الوضعي التّونسي»[726]. ونخال في الواقع أنّ هناك إشكالا في تعريف الدّولة المدنيّة وعكسها، أي الدّولة الدّينية التي لا تعني غياب نصوص وضعيّة. كما لا يكفي لتعريف الدّولة المدنيّة تدخّل منظومة القانون الوضعي الصّادر عن جهاز الدّولة، بل ترتبط أيضا بالمضمون الذي تحدّده الدّولة لقواعدها القانونية الشّكليّة.

وإذ استشهدنا بهذا القرار الصّادر تحت طائلة دستور 2014 فلبيان الانزلاقات الممكنة في معالجة مفاهيم ومؤسّسات دينيّة تطرح إشكالا في الاتّساق مع المنظومة الوضعيّة، وهي إشكاليّات يؤجّجها التّكريس الدّستوري لمقاصد الإسلام بالكليّات الخمس التي تحيل في الواقع إلى مرجعيّة فقهيّة بعينها. فلنأخذ مثلا وسائل تحقيق مقصد حفظ المال العام وهي بصريح كتابات الفقهاء المقاصديّين كالشّيخ طاهر ابن عاشور تتّصل بتنظيم الزّكاة، وتنظيم الأوقاف[727] الذي يدرجه الشّيخ ابن عاشور في باب «عقود التّبرّعات (الـ)قائمة على أساس المساواة بين أفراد الأمّة، الخادمة لمعنى الأخوّة، فهي مصلحة حاجية جليلة ... فبها حصلا مساعفة المعوزين، وإغناء المقترين، وإقامة الجمّ من مصالح المسلمين»[728]. وإذ نوافق الشّيخ حتما في أنّ التبرّعات، كما زكاة المال وهي من أركان الإسلام الخمس،

723 نفسه، ص. 2512.

724 نفسه، ص. 2512.

725 نفسه، ص. 2512.

726 نفسه، ص. 2513.

727 محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة، المرجع سابق الذّكر، ص. 316.

728 نفسه، ص. 329.

«أثرُ خلق إسلامي جميل»[729]، حامل لقيم التّكافل والسّلم الاجتماعي، فإنّ المشكل قد يُطرح في تدخّل الدّولة أوّلا عبر تحصيل موارد الزكاة، وفي الاتّساق مع منظومة الجباية ثانيا، وفي إمكانيّة خرق مبدأ المساواة بناء على تمييز ديني ثالثا.

فإذا تدخّلت الدّولة في تحصيل الزّكاة التي ترتبط لدى الفقهاء المقاصديّين بتطهير المال فهذا قد يؤدّي إلى تكريس جباية الزّكاة[730]، ونجد مثلا الفصل 21 من النّظام الأساسي للحكم في المملكة العربيّة السّعوديّة ينصّ على ما يلي: «تُجبى الزّكاة، وتُنفق في مصارفها الشّرعيّة» وهو فصل يتعايش مع الفصل 20 من ذات النّظام الأساسي الذي ينصّ على ما يلي: «لا تفرض الضّرائب والرّسوم إلاّ عند الحاجة وعلى أساس من العدل ولا يجوز فرضها أو تعديلها أو إلغاؤها أو الإعفاء منها إلاّ بموجب النّظام»[731]. وهناك منظومة تشريعيّة وترتيبيّة تتكوّن من حزمة من النّصوص تنظّم طريقة احتساب جباية الزّكاة وكيفيّة استخلاصها[732].

وإذا ذهبنا بالفصل 5 إلى منتهاه، ألن يؤدّي الأمر إلى تعايش لجباية الزّكاة مع المنظومة الجبائيّة و الماليّة العصريّة للدّولة بما قد يشوّش ركائزها، هذا فضلا عن أنّ تنظيم الدّولة للزّكاة يؤدّي إلى ضرورة إعلان الشّخص عن معتقده في تصاريح إداريّة بما يؤدّي إلى خرق حريّة الضمير. وما العمل عندها تجاه غير المسلمين من التّونسيّين؟

ولا تعدّ المسألة من باب الإفراط في التّفكير أو تحميل النصّ الدّستوري ما لا يحتمل، إذ نذكّر بمشروع صندوق وطني للزّكاة الذي ساهمت في إعداده الجمعيّة التّونسيّة لعلوم الزّكاة وتقدّمت به حركة النّهضة وإحالة مشروع قانون الزّكاة -بعد النّظر فيه في مجلسين وزاريّين بتاريخ 1 مارس 2013 و2 ماي 2014- إلى المجلس الوطني التّأسيسي للمصادقة عليه، حيث جوبه بالرّفض، بعد جدل كبير بشأن مخاطر هذا المشروع[733]. ثمّ تمّ في ديسمبر 2019 في إطار مناقشة مشروع قانون الماليّة لسنة 2020 اقتراح فصل يمكّن الدّولة من فتح حساب للزّكاة قدّمته حركة النّهضة ورفضه مجلس نوّاب الشّعب [734].

والمشكل إذن، في علاقة بالدّولة المدنيّة، في نقل الفريضة الشّخصيّة الهامّة وأحد أركان الإسلام الخمس أي الزّكاة -التي يمكن أن يؤدّيها كلّ مسلم في إطار ممارسته لحرية القيام بالشّعائر الدّينيّة في سكينة ودون حاجة إلى التّصريح والإشهار- إلى مسؤوليّة الدّولة. ويمكن أن نسحب التّحليل على مسألة تنظيم الأوقاف المرتبطة بتحقيق مقصد حفظ المال حسب الفقهاء المقاصديّين وهي تشكّل نظاما استثنائيّا للملكيّة العقارية عرّفها الحكم المدني الصّادر عن محكمة تونس في 24 ماي 1897

729 نفسه، ص. 329.

730 حول الزّكاة والضرّائب في الإسلام انظر :
GADHOUM (O.), «Imposition et religion musulmane », *Revue tunisienne de fiscalité*, 2007, n°6, pp. 21-32.

731 النّظام الأساسي للحكم المؤرّخ في 1 مارس 1992، يمكن تحميله على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء السّعودي، على الرّابط التّالي:
https://tinyurl.com/5xftwdj3

732 بخصوص هذه المنظومة انظر: هيئة الزّكاة والضّريبة والجمارك، جباية الزّكاة في المملكة العربيّة السّعوديّة. منظور فقهي، الطّبعة الثّانية، 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/4eun8ypn

733 انظر محمّد أشرف بوديّة، «تحدّيات مؤسسة الزّكاة المعاصرة»، الجمعية التّونسيّة لعلوم الزّكاة، تونس، أوت 2019، ص. 6، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://baitalzakat.com/files/articles/baitalzakat.com-A100604.pdf

734 نفسه، ص. 7.

بأنّها «مؤسّسة للفقه الإسلامي تقتضي أن يجعل (الـ)مالك مالا غير قابل للتّفويت قصد تخصيص التّصرّف فيه لفائدة مشروع خيري أزلي لفائدة مصلحة عامّة»[735]. وبعد خضوع مختلف أصنافها إلى قواعد الفقه الإسلامي كرّست مجلة الالتزامات والعقود الصّادرة في 1906 أشكالا تعاقديّة متّصلة بها، خاصّة منها الإنزال[736] والكردار[737]، في تمشّ انتقالي حاول إضفاء «مرونة»[738] على نظام التّحبيس قبل أن يتمّ إلغاؤه تماما[739].

أفبعد تحرير أراضي الأوقاف وتجذيرها في نظام الملكيّة الخاصّة في دولة عصريّة[740] يمكن استرجاع مؤسّسة فقهيّة في إطار تحقيق مقصد الإسلام في الحفاظ على المال؟ أويحتاج التّونسي المسلم لأداء الصّدقات أن يلجأ إلى التّحبيس، ومن ناحية أخرى ألا يحثّ الإسلام حسب المقاصديّين أنفسهم على دوران المال والاستثمار؟

في الواقع، نخال أنّه بقدر ما تُفتح أبواب تحقيق المقاصد، قد تُغلق منافذ الدّولة المدنيّة القائمة على العلاقة الموضوعيّة بين المواطن والدّولة.

ما الذي سيبقى من حرية الضّمير في ظلّ تحقيق مقصد حفظ الدّين عند المقاصديّن؟

في تحسين ظاهري لصياغة الدّستور تخلّى دستور 2022 عن ازدواجيّة المعنى التي كان يحملها الفصل 6 من دستور 2014 بتنصيصه على التزام الدّولة في نفس الوقت بـ«نشر قيم الاعتدال والتّسامح

735 منير الفرشيشي، الجامع في القانون العقاري، تونس، دار أبواب للنّشر، 2017، ص. 110.

736 كرّس الفصل 954 من مجلّة الالتزامات والعقود الإنزال المعترف به في الفقه المالكي والحنفي والذي طبّق على أراضي الأحباس منذ عهد الملك حمودة باشا في 1815 ونصّ على ما يلي: «الإنزال عقد يحيل به المالك أو ناظر الوقف حوز العقار والتّصرّف فيه على الأبد على أن يلتزم له المستنزل بأداء مبلغ معيّن سنوي أو شهري لا يتغيّر وتبقى له الرّخصة في شراء الإنزال المقرّر بالأمر المؤرّخ في 22 جانفي سنة 1905.
ويجوز أن يشترط على المستنزل تحسينات معيّنة كبناء أو غرس أشجار تعتبر جزءا ممّا حمل عليه بالعقد»، مجلّة الالتزمات و العقود، المرجع سابق الذّكر، ص. 132. انظر علي كحلون، التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين، طبعة ثالثة معدّلة ومنقّحة، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، 2015، ص. 346.

737 عرّف الفصل 980 من مجلّة الالتزامات والعقود الكردار كالتّالي: «الكردار أو الإنزال بمعينّ قابل للتّغيّر هو عقد يحيل بمقتضاه إلى الأبد صاحب عقار أنقاض ذلك العقار للغير ولورثته بعده ولا يحتفظ المحيل لنفسه إلا بالرّقبة مع إلتزام المحال له بدفع معيّن أداء أبدي.
ويتصرّف صاحب الكردار في العقار المحال له تصرّف المالك في ملكه نظير المستنزل على شرط دفعه معيّن الأداء»، مجلّة الالتزمات و العقود، المرجع سابق الذّكر، ص. 136.

738 الأسعد الشنوفي، إثبات ملكيّة العقارات غير المسجّلة، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2014، ص. 72.

739 تمثّلت مراحل إلغاء التّحبيس أوّلا في إصدار الأمر العلي المؤرّخ في 31 ماي 1956 المتعلّق بتحمّل الدّولة بمصاريف جمعيّة الأوقاف التي لها صبغة دينيّة أو اجتماعيّة وتحويل مكاسب الأحباس العامّة لملك الأجانب وتصفية جمعيّة الأوقاف، الذي قام بإلغاء الأحباس العامّة وتصفية كلّ جمعيات الأوقاف وإلحاق الأوقاف العامّة بملك الدّولة الخاص (الرّائد الرّسمي التّونسي، عدد 44، 1 جوان 1956، ص. 963-964). ثمّ صدر الأمر العلي المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصّة والمشتركة (الرّائد الرّسمي التّونسي، عدد 58، 19 جويلية 1957، ص. 1160-1162. ونقّح هذا الأمر لاحقا بالقانون عدد 24 لسنة 2000 مؤرّخ في 22 فيفري 2000 يتعلّق بتنقيح وإتمام الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 والمتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشتركة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 16، 25 فيفري 2000، ص. 527-528). والذي قام بإلغاء الأحباس العامّة والمشتركة، وتحجير التّحبيس وضبط شروط نقل ملكيّة الأحباس إلى مستحقّيها، والذي يتمّ إمّا بالتّراضي أو باللّجوء إلى اللّجنة الجهويّة لتصفية الأحباس في أجل سنة من صدور الأمر. وتمّ لاحقا حلّ بقيّة عناصر مؤسّسة الأحباس ومنع أشكالها التّعاقديّة بإلغاء الإنزال والكردار بمقتضى القانون عدد 24 لسنة 1974 المؤرّخ في 18 مارس 1974 والمتعلّق بتصفية حقوق الإنزال والكردار المنطبقة على العقارات ذات الصّبغة الفلاحيّة الذي تنصّ مادّته الأولى على ما يلي: «ألغيت جميع الحقوق المتعلّقة بالإنزال والموظّفة على العقارات ذات الصّبغة الفلاحيّة.
كما ألغيت جميع التّرسيبات المتعلّقة بحقوق الإنزال والمدرجة بجميع رسوم التّملّك للعقارات ذات الصّبغة الفلاحيّة.
ويعترف للمستنزلين بالملكيّة التامّة للعقارات المشار إليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل بشرط تنفيذ أحكام هذا القانون» (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 21، 19 مارس 1974، ص. 630)، هذا فضلا عما نصّ عليه الفصل 191 من مجلّة الحقوق العينيّة من تحجير إنشاء حقّ الإنزال والكردار ابتداء من «تاريخ إجراء العمل بهذه المجلّة» الصّادرة في 1965 (مجلّة الحقوق العينيّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 38).
انظر أيضا في هذا الشّأن علي كحلون، ، التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين، المرجع سابق الذّكر، ص. 350-354؛ منير الفرشيشي، المرجع سابق الذّكر، ص. 135.

740 انظر الأسعد الشنوفي، المرجع سابق الذّكر، ص. 73.

وبحماية المقدّسات ومنع النّيل منها»، و«بمنع دعوات التّكفير والتّحريض على الكراهية والعنف والتّصدّي لها». وجاء الفصل 27 من دستور 2022 لينصّ على ما يلي: «تضمن الدّولة حرية المعتقد وحرية الضّمير» ونصّ الفصل 28 على أنّ الدّولة «تحمي ... حرية القيام بالشّعائر الدّينيّة ما لم تخلّ بالأمن العام»، لكن ها هو الفصل 5 من الدّستور يذكر حفظ مقصد الدّين الذي بالنّظر إلى بنية النص يعني الدّين الإسلامي، وهو ما يستوجب النّظر في أبعاد هذه الكليّة عند الفقهاء المقاصديّين.

فالغزالي وضّح في شفاء الغليل ما يلي: « وقد نبّه (الربّ تعالى) على مصالح الدّين في قوله في الصّلاة «إنّ الصّلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر» وما يكفّ عن الفحشاء فهو جامع لمصالح الدّين، وقد تقترن به مصلحة الدّنيا أيضا»[741]. وجاء في موافقات الشّاطبي ما يلي: «فأصول العبادات راجعة إلى حفظ الدّين من جانب الوجود؛ كالإيمان، والنّطق بالشّهادتين، والصّلاة، والزّكاة، والصّيام، والحجّ، وما أشبه ذلك»[742]، وأمّا الشّيخ الطّاهر ابن عاشور فتحدّث عن مقصد حفظ الدّين في كتابه مقاصد الشّريعة كما يلي: « فحفظ الدّين معناه: حفظ دين كلّ أحد من المسلمين أن يدخل عليه ما يفسد اعتقاده وعمله اللاّحق بالدّين، وحفظ الدّين بالنّسبة لعموم الأمّة هو دفع كلّ ما من شأنه أن ينقض أصول الدّين القطعيّة، ويدخل في ذلك حماية بيضة (الإسلام)، والذبّ عن الحوزة الإسلاميّة، بإبقاء وسائل تلقّي الدّين من الأمّة حاضرها وآتيها»[743].

لكن مقصد حفظ الدّين لا يرتبط فقط بالعبادات بل كذلك «بشرعيّة قتل الكافر المضلّ، وعقوبة المبتدع الدّاعي إلى بدعته؛ فإنّه لولا ذلك لفات على الخلق دينهم»[744] وكذلك بزجر الارتداد عنه والزّندقة ومن ذلك قول الغزالي في شأن قتل الزّنادقة بعد التّوبة: « فإن قال قائل: فما قولكم في الزّنديق المستسرّ إذا تاب؟ هل تقولون : أنّه يقتل للمصلحة ولا تقبل توبته؛ فإنّ من دينه الاستسرار والتّماسك عن الإظهار تقيّة للحاجة، ولو كففنا عنه بمجرّد التّوبة، لم يعجز عن مثلها عند المعاودة؛ وذلك من نفس عقيدته؟ أم هل تقولون : أنّ قتله -بحكم هذه المصلحة – على خلاف نصّ الشّرع في قوله: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلاّ الله». قلنا: هذه مسألة مجتهد فيها؛ ولسنا نقطع ببطلان أحد المذهبين، بخلاف ما ذكرنا في المثال السّابق؛ ووجه الانكفاف عن قتله بين من حيث عموم النص، ومن حيث الاعتبار بكلّ صنف من أصناف الكفّار إذا تابوا. ووجه قتله : أنّ المعلوم من الشّرع أنّ الكافر مقتول؛ ونحن نكفّ عن قتله بتوبته، والمعنى بتوبته: تركه الدّين الباطل، والزّنديق بالنّطق بكلمة الشّهادة ليس تاركاً لدينه الباطل بل هو حكم من أحكام دينه، واليهودي والنّصراني وكلّ ملي يعتقد النّطق بكلمتي الشهادة كفرًا في دينه وتركاً له، فإذا أسلم فموجب دينه أنّه تارك لدينه وموجب دين الزّنديق عند شهادته أنّه مستعمل لدينه، فهذا أوجه التّأويل والنّظر ولا يقال فيه إيجاب عقوبة بمصلحة بل هو قتل بالكفر في حقّ من نعتقده كافراً مستمرًّا على كفره، وإنّما النّظر في بيان أنّ شهادته ليس من معنى شهادة الكفر وتوبة المرتدّين المنتحلين لبعض الأديان، لأنّ ذلك ترك في دينهم وهذا استمرار في دينه فليس هذا من قبيل المصلحة المجرّدة»[745]. ويُذكر أنّ الشّيخ

741 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطّوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، المرجع سابق الذّكر، ص. 161.

742 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الثّاني، المرجع سابق الذّكر، ص. 18- 19.

743 محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 136-137.

744 محمد عبدو، المرجع سابق الذّكر، ص. 57.

745 الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطّوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، المرجع سابق الذّكر، ص. 221 -222.

ابن عاشور أسّس عقاب الزّندقة على حرية المعتقد قائلا «ولولا من أصول الشّريعة حرية الاعتقاد ما كان عقاب الزّنديق الذي يسرّ الكفر، ويظهر الايمان غير مقبولة فيه التّوبة، إذ لا عذر فيه»[746].

أين نحن بعد هذا القول من حريّة الضّمير التي كرّسها دستور 2022 والتي تفترض حقّ كلّ إنسان في أن يؤمن بأيّ شيء أو ألاّ يؤمن طالما ارتبط حفظ الدّين بمقاومة الكفر الذي يعدّ عند الغزالي «حكمـ(ا شرعيّـ(ا) ... إذ معناه إباحة الدّم، والحكم بالخلود في النّار» [747] وهو ما يفتح متاهات ضوابط التّكفير التي خاض فيها الغزالي أحد أبرز فقهاء المقاصد[748].

إستعمال الفصل 5 من الدّستور لجهاز مفهومي مستوحى من الفقه، محفوف إذن بالمخاطر وانزلاقات التّأويل بما قد يفقد الأحكام الدّستوريّة معناها فمن غير اليسير أن تتمّ مع هذه الشّحنة العقائديّة حماية حرية الضّمير والمعتقد بما قد يوقعنا في تناقض محيّر إلاّ إذا أوّلنا مقصد حفظ الدّين على أنّه الدّين في المطلق لا الدّين الإسلامي وهو ما يتناقض مع صريح الفصل 5، ودفع التّأويل في اتجاه مستنير بما يتماشى مع الفصل 55 ومع سماحة الإسلام يفترض تمكّنا واسعا من علم المقاصد والفقه الإسلامي وهو أمر قد يكون عصيّا على كلّ الجهات المعنيّة بتطبيق الدّستور وعلى رأسها المشرّع والقاضي الدّستوري.

وماذا عن مقصد الحريّة؟

يعود للعلاّمة محمّد الطّاهر ابن عاشور إضافة مقصد الحريّة الذي أسّسه على المساواة إذ «لزم أن يتفرّع عن ذلك أنّ استواء أفراد الأمّة في تصرّفهم في نفسهم، مقصد أصليّ من مقاصد الشّريعة، وذلك هو المراد بالحريّة»[749]. واعتبر أنّ لها معنيان الأوّل فيهما «ضدّ العبوديّة، وهي أن يكون تصّرف الشّخص العاقل في شؤونه بالأصالة، تصرّفا غير متوقّف على رضا أحد آخر»[750]. وقد أسّس الشّيخ على هذا المعنى الأوّل «إبطال العبوديّة، وتعميم الحريّة»[751]، وإبطال الاسترقاق و«الالتفات إلى علاج الرقّ الموجود، والذي يوجد بروافع ترفع ضرر الرقّ، وذلك بتقليله عن طريق تكثير أسباب رفعه، وبتخفيف آثار حالته، وذلك بتعديل تصرّف المالكين في عبيدهم الذي كان غالبه مُعنتا»[752].

والمعنى الثّاني هو «تمكّن الشّخص من التّصرّف في نفسه، وشؤونه كما يشاء دون معارض» [753]، وأسّس عليها الشّيخ حرية الاعتقاد في الإسلام «بإبطال المعتقدات الضالّة التي أُكره دعاة الضّلالة أتباعهم، ومريديهم، على اعتقادها بدون فهم، ولا هدى، ولا كتاب منير، وبالدّعاء إلى إقامة البراهين على العقيدة الحقّة، ثمّ بالأمر بحسن مجادلة المخالفين، وردّهم إلى الحقّ بالحكمة، والموعظة،

746 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 233.

747 حجة الإسلام أبي حامد الغزالي، فيصل التّفرقة بين الإسلام والزّندقة، قرأه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه محمود بيجو، الطّبعة الأولى، دار البيروتي، 1993، ص. 26.

748 نفسه، ص. 53-60.

749 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الاسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 227. انظر حمّادي الردييسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 6.

750 محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، المرجع سابق الذّكر، ص. 227.

751 نفسه، ص. 229.

752 نفسه، ص. 231.

753 نفسه، ص. 228.

وأحسن الجدل، ثمّ بنفي الإكراه في الدّين»[754]. وتضاف إليها «حرية الأقوال (وهي) التّصريح بالرّأي، والاعتقاد في منطقة الإذن الشّرعي ... ومنها حرية العلم، والتّعليم، والتّأليف»[755]، وتضاف إليها «حرية الأعمال (التي) تكون في عمل المرء في خويصته، وفي عمله المتعلّق بعمل غيره، فأمّا الحريّة الكائنة في عمل المرء، في الخويصة فهي تدخل في تناول كلّ مباح (بما فيه) الاحتراف بأنواع الحرف المباحة ... وأمّا الحريّة الكائنة في عمل المرء المتعلّق بعمل غيره، فالأصل فيها أنّها مأذون فيها إذا لم تكن تضرّ بغيره»[756]. وانتهى الشّيخ إلى أنّ «الاعتداء على الحريّة نوع من أكبر أنواع الظّلم، ولذلك لزم أن يكون تمحيص مقدار ما يخوَّل للمرء في نظر الشّارع، موكولا إلى ولاة الأمور المنصوبين لفصل القضاء بين النّاس، فلذلك كان انتصاف المعتدى عليه لنفسه بنفسه ظلما يستحقّ التّعزيز»[757].

هناك إذن تأسيس لمنظومة كاملة قائمة على الحريّة لكن الشّيخ ابن عاشور لم يدرجها في إطار الكليّات الخمس أو ترتيبها بل قام بإضافتها[758] ويبدو أنّه جعل منها مقصدا عامّا للشرّيعة دون أن يبوّئها مكانة الكليّات الخمس، فحسب كتاب مقاصد الشّريعة الإسلاميّة لم يرد ذكر الحريّة في معرض الحديث عن الكليات الخمس الأخرى ولا في إطار ترتيبه للمصالح الضروريّة والحاجية والتّحسينيّة[759].

والأهمّ من ذلك في نظرنا وإن أخذنا بعين الاعتبار جدل الفقهاء حول وجود ترتيب للمقاصد من عدمه والتّباين الهام في هذا الشأن بين القدامى والمعاصرين في متاهة يصعب الخروج منها إلّا ببحث مستفيض في أمّهات الكتب الفقهيّة وهي غير قليلة[760] فهل أنّ صياغة الفصل الخامس من الدّستور المستروح من المنهج المقاصدي تكرّس ترتيبا وردت الحريّة في آخره وهل هذا يعني أنّه في صورة الصّدام بين مقصد حفظ النّفس أو الدّين والحريّة فإنّه يتمّ تقديم أيّ مقصد آخر على الحريّة؟ وها نحن نخرج رويدا رويدا من لا تفاضليّة الحقوق والحريات إلى تفاضليّة المقاصد وآخرها الحريّة ! بل ويتمّ الزجّ بكتلة جديدة في كتلة الدّستوريّة هي «كتلة المقاصديّة».

نفهم إذن لماذا اعتبر المختصّون الدّستور «انتصارا للعقل الدّيني على العقل المدني»[761] ومرورا من «دين الدّولة إلى الدّولة الدّينيّة»[762]، بما عُدّ تراجعا ساحقا عن مكاسب الدّولة الوطنيّة.

754 نفسه، ص.233.

755 نفسه، ص. 233-234.

756 نفسه، ص. 234-235.

757 نفسه، ص. 236.

758 انظر حمّادي الردييسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 6.

759 في الواقع تناول الشيّخ محمّد الطّاهر ابن عاشور «الحرية معناها ومداها ومراتبها في نظر الشرّيعة» في القسم الثّاني من كتاب مقاصد الشرّيعة الإسلاميّة، المعنون « في مقاصد التّشريع العامّة»، المرجع سابق الذّكر، ص. 227 وما بعدها.

760 انظر في خصوص مسألة ترتيب المقاصد عند الفقهاء وبخصوص مقاربة حديثة مقالا لمفتي الديار المصرية: علي جمعة، «ترتيب المقاصد الشرّعيّة»، ضمن مقاصد الشّريعة الإسلاميّة و قضايا العصر، بحوث و وقائع المؤتمر العام الثّاني و العشرين للمجلس الأعلى للشّئون الإسلاميّة المنعقد في القاهرة في الفترة من 8 - 11 ربيع الأول 1431هـ - 22 - 25 فبراير 2010م، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/mr3r8n7a

761 BEN ACHOUR (S.), «L'arbre qui cache la forêt : de l'Islam religion de l'Etat à l'Islam communautaire», *Nachaz/Dissonances*, 17 septembre 2022, disponible au lien suivant : https://nachaz.org/larbre-qui-cache-la-foret/
انظر في خصوص التّرجمة حمادي الرديسي، المرجع سابق الذّكر، ص. 6.

762 سليم اللّغماني، «التّقرير التّمهيدي»، ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، سابق الذّكر.

الفقرة الثّانية: في مضادّات الانزلاق

ما العودة إلى مفهوم المقاصد وفقهائه إلاّ محاولة لتأويل الفصل 5 وإعطائه المعنى الأدنى الذي أراده واضعه باستحضار مفهوم فقهي. وما انتهينا إليه من مخاطر حقيقيّة في علاقة بالحريات الفرديّة وبمكتسبات الدّولة الوطنيّة، إذا ما ذهبنا بتحليل الفصل 5 إلى منتهاه، أكّد الريبة التي أثارها تكريس الفصل 5 من الدّستور.

ومن الصّعب في تقديرنا أن نتجاهل الفصل 5 في تحليل المادّة الجامعة في علاقة بالحريات الفرديّة، نظرا لصياغة الفصل 5 والالتزام الذي يضربه على الدّولة بالعمل على تحقيق المقاصد. فلا نخال أنّ تحييده بالاستناد إلى المادّة الجامعة نفسها أمرا بتلك الآليّة والسّهولة لأنّ الفصل 55 استغنى عن أحد مفاتيح التّحييد وهو مفهوم الدّولة المدنيّة، وأضعف الشّحنة الدّيمقراطيّة بتعويض «زوج» «الدّولة المدنيّة الدّيمقراطيّة» بمفرد «النّظام الدّيمقراطي». وورود هذه العبارة الأخيرة في الفصليين 5 و55 ليس من قبيل الصّدفة إذ أنّ الفصل 5 يعطي بعدُ أفقا محدودا لتعريف النّظام الدّيمقراطي بما أنّه يجعل، كما سبق بيانه، للنّظام الدّيمقراطي وظيفة هي أن يكون إطارا تعمل في «ظلّه» الدّولة على تحقيق مقاصد الإسلام، وهذا السّبيل الوحيد لشيء من الاتّساق في قراءة فصلين يعطّل كلّ واحد منهما الآخر.

ما الحلّ إذن؟

قد يكون من المفيد لتحييد الفصل 5 اختبار التّوسيع في المرجعيّة الفقهيّة للمقاصد، وافتراض أنّ واضع النص استعمل مفهوم المقاصد وكليّاتها الخمس بنفس تجديدي وإصلاحي على هدي ما أسماهم محمّد المراكبي «المقاصديّون الجدد»[763]، وهو تيّار انطلق حسبه من الفكر النّهضوي ومع خير الدّين التّونسي الذي دافع في مقدّمة «أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك» عن تطبيق التّنظيمات العثمانيّة، معتبرا إيّاها وسيلة إلى التّمدن على المنهج الأوروبّي واستدلّ في الردّ على «مقال بعض المجازفين أنّ تلك التّنظيمات لا تناسب حال الأمّة الإسلاميّة، مستندا في ذلك إلى أربع شُبَه (أولاها) أنّ الشّريعة منافية لها» بقوله أنّ «الشرعيّة تقتضي التّنظيمات، لا سيّما باعتبار أحوال ولاة الوقت، وعلى فرض أن يوجد في التّنظيمات بعد تأسيسها وتهذيبها من رجال العلم والسّياسة شيء لا مسوّغ له، فلا مانع من تبديله، ولا يكون توقّعه سببا في ترك تأسيس التّنظيمات من أصله»[764]. واستند بوضوح إلى الفكر المقاصدي بقوله: «إنّ الأمّة الإسلاميّة لمّا كانت مقيّدة في أفعالها الدّينيّة والدّنيويّة بالشّرع السّماوي، والحدود الإلاهيّة الواردة على الميزان الأعدل، المتكلّفة بمصالح الدّارين، وكانت ثمّة مصالح تمسّ الحاجة إليها، بل تتنزّل منزلة الضّرورة يحصل بها استقامة أمورهم وانتظام شؤونهم، لا يشهد لها من الشّرع أصل خاص كما لا يشهد بردّها، بل أصول الشّريعة تقتضيها إجمالا وتلاحظها بعين الاعتبار، فالجري على مقتضيات مصالح الأمّة والعمل بها حتّى تحسن أحوالهم، ويحرزوا قصب السّبق في مضمار التّقدّم متوقّف على الاجتماع، وانتظام طائفة من الأمّة ملتئمة من حملة الشّريعة ورجال عارفين بالسّياسات ومصالح الأمّة، متبصّرين في الأحوال الدّاخليّة والخارجيّة ومناشئ الضّرر والنّفع، يتعاون مجموع هؤلاء على نفع الأمّة بجلب مصالحها ودرء مفاسدها ... نعم يُعاب على العالم شرعا وعقلا التّكلّف في الدّين، والتّحمّل في النّصوص الظّاهرة في خلاف ما أراد منها، وارتكاب الأقوال الضّعيفة ليوافق الأهوية والأغراض، لا لأجل مصالح تتنزّل منزلة الحاجة والضّرورة، حتى ينقلب ذلك الضّعيف قويّا. وحيث كانت إدارة المصالح السّياسيّة ممّا لا يتيسّر لغالب الولاة إجراؤها

763 محمد المراكبي، «الحداثة وتحوّلات الخطاب المقاصدي: نحو فقه سائل؟»، *Journal of islamic ethics*، 2019، 3، ص، 14. يمكن تحميله على الرّابط التّالي: https://brill.com/view/journals/jie/3/1-2/article-p9_2.xml?language=en

764 خير الدّين التّونسي، أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللّبناني، 2012، ص. 65-66.

على الأصول الشّرعيّة؛ لأسباب شتّى يطول شرحها، وتقدّمت الأدلّة على ما يترتّب على إبقاء تصرّفاتهم بلا قيد من المضارّ الفادحة، رأينا أنّ العلماء الهداة جديرون بالتّبصّر في سياسة أوطانهم، واعتبار الخلل الواقع في أحوالها الدّاخليّة والخارجيّة، وإعانة أرباب السّياسة بترتيب تنظيمات منسوجة على منوال الشّريعة معتبرين فيها من المصالح أحقّها، ومن المضارّ اللاّزمة أخفّها، ملاحظين فيما يبنونه على الأصول الشّرعيّة، أو يلحقونه بفروعها المرعيّة»[765]. فالاستناد إلى الفكر المقاصدي واضح، كما استشهد بروّاد هذا الفكر[766] كالغزالي[767] وابن القيّم والقرافي[768].

ويبدو أنّ فكر المقاصد وجد صدى عند محمّد عبده وتلميذه رشيد رضا في مصر قبل أن يشيع الفكر المقاصدي في السّبعينات من القرن الماضي ويغذّي فكر «الصّحوة الإسلاميّة» بحيث أنّ « المشروع الإسلامي الذي عاد للبزوغ بقوّة في ذلك الوقت قام على إمكانيّة المواءمة بين الإسلام والحداثة بمؤسّساتها المختلفة، وعلى رأسها الدّولة الحديثة، تلك الفكرة كانت تستدعي بحثا جديدا عن إمكانيّة للمواءمة من خارج النصّ الذي مثّل قيدا، والمقاصد التي فهمت على أنّها خروج من محدوديّة النص والظّاهر شغلت دورا مهمّا في هذا، أي أنّ المقاصد شكّلت مخرجا لتجنّب الحلّ العلماني وللتّوسّع في الوقت ذاته خارج الإطار النصّي ... ولكن حتى يمكن للمقاصد أداء هذا الدّور المنوط بها كان من الضّروري إدخال تعديلات عليها، فلم يكن من الممكن أن يُستفاد منها الاستفادة الأمثل دون توسعة وتطوير يفتحان لها الباب لتكون أداة لمواكبة الحداثة وتغييراتها»[769]. ووفق هذه القراءة، التي تضع في هذا التيّار زمرة واسعة من المقاصديّين بدءا بخير الدّين التّونسي وانتهاء بالقرضاوي وراشد الغنّوشي وطارق رمضان ومرورا بالشّيخ الطّاهر ابن عاشور[770]، قام المقاصديّون الجدد عبر إعادة النّظر في تعليل الأحكام الشرعيّة بالتّقليص في جانب التعبّد الصّرف في الفقه «بحيث تصير الأحكام جميعا مبنيّة على علل واضحة ومنطقيّة يستطيع العقل البشري الحديث أن يفهمها»[771]، بما يوسّع في عقلنة الشّريعة ومن ثمّة في مجال تطبيق المقاصد التي تمثّل التّحول بشأنها أوّلا في إعادة تعريفها وثانيا إضافة مقاصد جدد[772].

فإذا كنّا ذكرنا أعلاه موجبات حفظ المقاصد من قتل المرتدّ لحفظ الدّين ورجم الزّاني لحفظ العرض وإقامة الحدّ على السّارق بقطع يده لحفظ المال والقصاص لحفظ النّفس، فإنّها حسب محمّد المراكبي الذي نستشهد به في هذا التّحليل و«بعيدا عن الجدل الشّرعي والحقوقي والإنساني القائم حولها لم تعد تمثّل مركزيّة في فهم الإسلام لدى كثير من المعاصرين»[773]، وهاهو الكاتب يستشهد براشد الغنّوشي في إعادة تأويله لمقصد حفظ الدّين[774] الذي أُوّل عند الأوائل من المقاصديّين كما رأينا أعلاه على قتال المشرك و إباحته قتل المرتدّ، حيث استند لمقصد الحريّة الذي استقاه من الشّيخ ابن عاشور ليستنتج: «فالحريّة مقصد شرعي، ومعناها

765 نفسه، ص. 61-63.

766 محمد المراكبي، المرجع سابق الذّكر، ص. 14.

767 خير الدّين التّونسي، أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك، المرجع سابق الذّكر، ص. 20.

768 نفسه، ص. 64.

769 محمد المراكبي، المرجع سابق الذّكر، ص. 14.

770 نفسه، ص. 10.

771 نفسه، ص. 18.

772 نفسه، ص. 18.

773 نفسه، ص. 19.

774 نفسه، ص. 19. انظر أيضا:
GHANNOUCHI (R.), «Participation in non-islamic government», *in*. Kurzman (Ch.) (*ed.*), *Liberal Islam: A Sourcebook*, Oxford University Press, 1998, pp. 8994-; MARCH (A.), «The Maqṣad of Hifẓ al-Dīn: Is Liberal Religious Freedom Sufficient for the Sharīʿah?», *Islam and Civilizational Renewal*, 2011, vol. 2, no. 2, pp. 359–360., disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/4arktzkh

مبثوث في نصوص القرآن والسنّة وآثار الصّحابة، وكما يقول الفقهاء: «العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني» »، ومنها استنتج حرية المعتقد والضّمير، فـ«من أهم تجلّيات الحريّة ولوازمها حرية الإنسان المطلقة في اختيار معتقده والتّعبير عنه والدّعوة إليه، وأمنه من أي ضرب من ضروب الإكراه على اعتناق دين أو البقاء فيه»، بل انطلق راشد الغنّوشي في بيان ضعف الأسس النصيّة لعقوبة الردّة : «والواضح تعويل الإسلام في حسبان قيمة الأعمال على النّيات، أي على قناعات الناس وما تكنّه ضمائرهم من اعتقاد وليس على مجرّد ظواهرهم. ومن هنا كان حملته الشّديدة على المنافقين. وما حاجة المسلمين بزيادة مسلم ينتمي إليهم شكلًا وهو كارهٌ لهم موالٍ لسواهم؟ وليس في القرآن تنصيص على عقوبة سلطويّة على الرِّدة. أمّا الأحاديث الواردة في الشّأن فهي متشابهة من حيث الدّلالة، وليس منها المتواتر الذي يصلح أن يكون أساسًا في مسألة تتعلّق بالعقائد والدّماء .والجدير بالتّنبيه أنّ الخائفين على الإسلام من الحريّة كأنهم يعوِّلون على الدّولة في حفظ الدّين، وإنّ الله سبحانه حافظ دينه، وإنّ أشدّ ما ابتلي به الإسلام هو الاستبداد، وهو يزدهي ويزدهر بقدر ما يفشو في محيطه من حرية»[775].

وفي إطار تجديد الفكر المقاصدي، تمّت مناقشة وسائل حفظ المال بحيث أنّ «تنمية الثّروة تعدّ أيضا ضروريّة لبلوغ الهدف الإسلامي المحوري في التّقليص من الفوارق في الموارد والثّروات. ومن الخطأ الاعتماد بشكل أساسي على طرق إعادة التّوزيع من زكاة وصدقات وأوقاف. فلا بدّ من توسيع الثّروة الوطنيّة عبر التّنمية الاقتصاديّة»[776]، وانطلاقا من مقصد حفظ االمال، وبجملة من التّوسيعات عبر التّعليم والبحث والتّطوير التّكنولوجي والأمن في الحياة والملكيّة والعرض والحوكمة الرّشيدة وحرية المبادرة والتّشغيل والتّوزيع العادل للثّروات والتّضامن الاجتماعي والثّقة المتبادلة والحفاظ على الاستثمارات توصّل عمر شبرا إلى إثراء الإيمان والازدهار الفكري ومنها إلى الفلاح[777].

تمّت إذن إعادة تعريف المقاصد أوّلا ثم إثراؤها بمقاصد جديدة. و يقول راشد الغنّوشي في هذا الشّأن: «ويذهب فقهاؤنا المعاصرون إلى أن المقاصد الشّرعيّة ليست محدودة أو مغلقة، ولا تقتصر على ما يُعرف بـ «الكليّات الخمس»، وهي: حفظ الدّين، وحفظ النّفس، وحفظ العقل، وحفظ النّسل، وحفظ المال، بل المقاصد يمكن أن تكون قائمة مفتوحة تُضاف إليها مصالح ضروريّة مطروحة اليوم في مجتمعاتنا بشكل مُلِحٍّ، وأساسًا القيم الاجتماعيّة والإنسانيّة، مثل المساواة والعدل والإخاء والتّكافل، وحفظ البيئة واستتباب السِّلْم في العالم وحقوق الإنسان، لا سيما قيمة الحريّة، بما هي أكثر مطلب نادت به كلّ الشّعوب، ووحّدت بين كلّ الفئات مهما كانوا مختلفين»[778]. وهناك من وصل إلى تحديد أربع وعشرين مقصدا كجمال الدّين عطيّة[779]، موزّعة بين أربع ميادين هي مجال الفرد ومجال الأسرة ومجال الأمّة ومجال الإنسانيّة، فوضع في المقاصد المتّصلة بالفرد الكليّات التّقليديّة الخمس[780]؛ وفي المقاصد الخاصّة بالأسرة تنظيم العلاقة بين

775 راشد الغنّوشي، «مقاصد الحريّة في الفقه الإسلامي المعاصر حق التّنظيم الحزبي والانتخابات نموذجًا»، ضمن محمد سليم العوا (تحرير)، تفعيل مقاصد الشّريعة في المجال السّياسي، مؤسّسة الفرقان للتّراث الإسلامي، 2014، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/yjv6eh76

776 CHAPRA (M. U.), «The Islamic development in the light of Maqāsid Al-Sharī'ah», *Working paper,* Islamic Research and Training Institute Islamic Development Bank, Jeddah, 2008, p. 49, disponible au lien suivant:
https://www.researchgate.net/publication/303499103_The_Islamic_Vision_of_Development_in_the_Light_of_Maqasid_Al-Shari'ah. الترجمة لنا

انظر أيضا: محمد المراكبي، المرجع سابق الذّكر، ص. 20.

777 CHAPRA (M. U.), *op. cit.*, p. 48.

778 راشد الغنّوشي، سابق الذّكر.

779 محمد المراكبي، المرجع سابق الذّكر، ص. 20.

780 جمال الدّين عطيّة، نحو تفعيل مقاصد الشّريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دمشق، دار الفكر للطّباعة والتّوزيع والنّشر، 2003، ص. 142-147.

الجنسين وحفظ النّوع وتحقيق المودّة والرّحمة والمحافظة على التّديّن في العائلة وتنظيم الأسرة كمؤسّسة ثمّ تنظيمها المالي[781]. وأدرج في المقاصد التي تهمّ الأمّة تنظيمها ككائن قائم بذاته من النّاحية المؤسّسيّة والحفاظ على الأمن وإرساء العدل والحفاظ على الدّين والأخلاق وقيم التّعاون والتّكافل، ثمّ حفظ عقل الأمّة بنشر المعرفة وأخيرا الحفاظ على ثروتها بالإعمار في الأرض[782]. وانتهى بخصوص الإنسانيّة إلى إدراج التّعارف بين الأمم وقيم التّعاون والتّكامل وتحقيق الخلافة للإنسان في الأرض وتحقيق السّلم المستند إلى العدل في العالم وحماية حقوق الإنسان على الصّعيد الدّولي ونشر الإسلام[783].

وها نحن هنا أمام تضخّم الفكر المقاصدي الذي عاب عليه محمد المراكبي «تأثير (ـه) على النّسق الفكري ككلّ، فهذا التّغيير في تعريف المقاصد وتحديدها يعني اعترافا بأنّ المقاصد الرّئيسيّة للدّين ليست شيئا ثابتا، بل هي قابلة للتّغيّر وفقا للتّحوّلات المكانيّة والزّمانيّة، وبهذا تنتقل المقاصد الضّروريّة للشّريعة من العالميّة إلى النّسبيّة الزّمانيّة والمكانيّة. فتأثير الحداثة في المشروع المقاصدي ليس مجرّد التّوفيق بين مقاصد الشّرع والمفاهيم الحداثيّة، لكن ينبغي أن ينظر له من منظور أعمق، وهو أنّه أدخل المقاصد في السّيولة الحداثيّة؛ ما جعلها رهينة النّسبيّة الفكريّة والأيديولوجيّة والمكانيّة والزّمانيّة للفقهاء والمفكّرين، سواء نتج عن هذه النسبيّة الاقتراب من القيم الغربيّة أم العكس»[784].

ماذا عسانا نفعل إذن إذا ما كان التيّار المقاصدي المجدّد الذي خلناه مضادّا للانزلاق ومدخلا لتحييد الفصل 5 هو المنزلق بعينه لتعدّد تأويلاته وفقهائه بما في ذلك الأكثر تشدّدا، ومنهم يوسف القرضاوي. ففي معرض تفسيره لمبادئ المدرسة الوسطيّة كمدرسة تتوسّط المدارس الثّلاث في فقه المقاصد، بين «مدرسة «الظّاهرية الجدد: فقه النّصوص بمعزل عن المقاصد»[785] و«مدرسة «المعطّلة الجدد»: تعطيل النّصوص باسم المصالح والمقاصد»[786]، «تسير على النّهج الوسط للأمّة الوسط، فهي وسط بين المدرستين السّابقتين، فلا تغلو مع الغالين، ولا تفرّط مع المفرّطين»[787] ، وترتكز على «الرّبط بين النّصوص الجزئيّة والمقاصد الكليّة»[788]، تمحّص في المصلحة الحقيقيّة التي شُرّعت من أجلها الأحكام، وانتهى إلى إقصاء فرضيّة «التّعارض بين نصّ قطعي ومصلحة موهومة ... فلا توجد في الواقع مصلحة حقيقيّة في «إيقاف حدود الله» التي أوجبتها النّصوص القطعيّة. ولا توجد مصلحة حقيقيّة في «إباحة الخمر» التي حرّمتها النّصوص القطعيّة. ولا توجد مصلحة حقيقيّة في «إباحة الرّبا» الذي حرّمته النّصوص القطعيّة. ولا توجد مصلحة حقيقيّة في «إباحة الخلاعة» التي حرّمتها النّصوص القطعيّة. ولا توجد مصلحة حقيقيّة في «منع تعدّد الزّوجات» الذي أباحته النّصوص القطعيّة. ولا توجد مصلحة حقيقيّة في «إباحة البغاء» الذي حرّمته النّصوص القطعيّة. ولا توجد مصلحة حقيقيّة «في التّسوية بين الابن والبنت في الميراث» الذي منعته النّصوص القطعيّة»[789]. هناك إذن عتبة لا يمكن أن تنزل تحتها عمليّة تأويل المقاصد وسقف بلّوري للحقوق والحريات هو النّصوص القطعيّة.

يضعنا إذن الفصل 5 في مأزق تحقيق المقاصد التي يختلف تأويلها باختلاف المؤوّلين على مشاربهم، ونفهم

781 نفسه، ص. 148-154.

782 نفسه، ص. 154-164.

783 نفسه، ص. 164-172.

784 محمد المراكبي، المرجع سابق الذّكر، ص. 21.

785 يوسف القرضاوي، دراسة في فقه مقاصد الشّريعة: بين المقاصد الكليّة والنّصوص الجزئيّة، الطّبعة الثّالثة، القاهرة، دار الشّروق، 2008، ص. 43.

786 نفسه، ص. 83.

787 نفسه، ص. 137.

788 نفسه، ص. 135.

789 نفسه، ص. 142.

تساؤل محمد المراكبي عن نسبيّة تحليل مقصد حفظ الدّين بين راشد الغنّوشي الذي يبدو أنّه يدافع عن الحريّة الدّينيّة من منظوره والسيّد قطب الذي انطلق من مقصد حفظ الدّين ليؤسّس لنظرة كاملة في الجهاد[790]. وقد يكون من المفيد التّذكير بما قاله سيّد قطب في تحليل سورة الأنفال انطلاقا من فهمه لمقصد حفظ الدّين: «إنّه لم يكن من قصد الإسلام قطّ أن يكره الناس على اعتناق عقيدته ... ولكن الإسلام ليس مجرّد «عقيدة» .. إنّ الإسلام ... إعلان عام لتحرير الإنسان من العبوديّة للعباد. فهو يهدف ابتداء إلى إزالة الأنظمة والحكومات التي تقوم على أساس حاكميّة البشر للبشر وعبوديّة الإنسان للإنسان .. ثمّ يطلق الأفراد بعد ذلك أحرارا -بالفعل- في اختيار العقيدة التي يريدونها بمحض اختيارهم- بعد رفع الضّغط السّياسي عنهم وبعد البيان المنير لأرواحهم وعقولهم- ولكن هذه الحريّة ليس معناها أن يجعلوا إلههم هواهم؛ أو أن يختاروا بأنفسهم أن يكونوا عبيدا للعباد !»[791].ويضيف : «إنّ الإسلام ليس بمجرّد مجموعة من العقيدة الكلاميّة، وجملة من المناسك والشّعائر، كما يُفهم من معنى الدّين في هذه الأيّام. بل الحقّ أنّه نظام شامل، يريد أن يقضي على سائر النّظم الباطلة الجائرة الجارية في العالم، ويقطع دابرها، ويستبدل بها نظاما صالحا، ومنهاجا معتدلا، يرى أنّه خير للإنسانيّة من النّظم الأخرى، وأنّ فيه نجاة للجنس البشري من أدوات الشرّ والطّغيان، وسعادة له وفلاحا في العاجلة والآجلة معا»[792].

ونرى إذن ما يمكن أن يؤدّي إليه الخوض في المقاصد، عند المتقدّمين والمتأخّرين من الفقهاء. وبين القراءة الأكثر تشدّدا والقراءة الأكثر اعتدالا هناك صعوبة في تحديد المقصد من الزجّ بالمقاصد في النصّ الدّستوري، يعيدنا إلى المربّع الأوّل للخطاب حول نسبيّة حقوق الإنسان وخصوصيّتها[793] وبقدر ما تتسلّل الخصوصيّة الدّينيّة المتشددة نبتعد عن كونيّة حقوق الإنسان الذي يندرج فيه منهج وضع الضّوابط على الحقوق والحريات. ويجب ألاّ ننسى أنّ الأمر يتعلّق بنصّ دستوري من المفروض أن يؤسّس لحوار بين المشرّع والقاضي الدّستوري، ولا يفترض في المخاطبين بالمادّة الجامعة في الفصل 55 أن يكونوا مختصّين في علوم الشّريعة لبيان مدى الانتهاك لمقاصد الإسلام الذي قام به تدبير تشريعي ما اتّخذه المشرّع، وهو أحد أذرعة جهاز الدّولة المطالبة وحدها بالعمل على تحقيق مقاصد الإسلام الحنيف حسب الفصل 5 [794]. وكنّا رأينا أعلاه في محاولة تحليلنا لإعمال الكليّات الخمس في علاقتها بالحريات الفرديّة خاصّة كم أنّها تعقّد عمليّة وضع الضّوابط على الحقوق والحريات ويمكن في قراءة متشدّدة للمقاصد أن تؤدّي إلى نسف مكتسبات الدّولة الوطنية واحدة تلو الأخرى، ويعود بنا الأمر إلى تحديد وظائف التّأويل بين من يعتبرها «ضروريّة لأنّ القاعدة الّتي ستطبّق، أو منظومة القواعد، تفتح عدّة إمكانيّات للمؤوّل»[795]، وبين من لا يقرّ بحرية الخيار للمؤوّل بل بحتميّة المعنى الذي لا يعدّ الـتّأويل إلاّ «كشفا عنه»[796].

وبما أنّنا أمام عدّة معاني ممكنة للمقاصد ورغم ما فيها من مرجعيّة دينيّة دنيا لا بدّ في تقديرنا من حلّ لفرض حدّ أدنى من الاتّساق في المنظومة الدّستوريّة للحقوق والحريات وجلب المقاصد إلى ثوابت كونيّة حقوق

790 محمد المراكبي، المرجع سابق الذّكر، ص. 22.

791 سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلّد الثالث، الجزء 8-11، الطّبعة 32، القاهرة، دار الشرّوق، 2003، ص، 1435.

792 نفسه، ص. 1449.

793 انظر في نفس الاتّجاه:

CHEKIR (H.), *op. cit.*, pp. 113-114.

794 انظر في نفس الاتّجاه:

NOUIRA (A.), *op. cit.,* pp. 158-159.

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

796 يستعمل بول أمسليك التّعبير التّالي باللّغة الفرنسيّة: «un déchiffrement du sens des dires juridiques»،

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

الإنسان لا الدّفع بحقوق الإنسان إلى نسبيّة المقاصد، نسبيّة مرتبطة بتأويلات المقاصديّين لا بالنصّ القرآني وهو الثّابت. ورغم اعترافنا بصعوبة التّمرين[797] فيمكن في تقديرنا أن يكون الحلّ في التّعامل مع الفصل 5 كسابق عهد الفصل الأوّل من دستور 1959، باعتبار إحالته إلى «الإسلام دينها» كما يقول العميد الصادق بلعيد هي «إحالة إلى البعد الثّقافي للواقع التّونسي حصرا وأنّها، بذلك، لا تختصّ بأي طابع حكمي على المستوى الدّستوري»[798]. ورغم ما نعرفه من أنّ هذا الفصل قد تمّ الاستناد إليه في إدراج عدّة تحفّظات وبيانات بشأن المعاهدات الدّوليّة أي أنّه حدّد توجّها لـ«السّياسة القانونيّة الخارجيّة»[799] للدّولة التّونسيّة[800]، إلاّ أنّ الاسترواح منه في تأويل الفصل 5 كرافعة للتّمثّل التّونسي المعتدل للإسلام قد يكون بداية للحلّ[801]، وإلاّ أُفرغت الإحالة الدّستوريّة مثلا إلى حرية الضّمير من محتواها، ووقع مؤوّلو الدّستور في حرج تأويل المقاصد.

ومن ثمّة، حتّى يكون من الممكن إعمال الفصل 55 والفصل 5 بحدّ أدنى من الاتّساق ويكون من الممكن التثبّت من شروط المادّة الجامعة بها في ذلك عدم إهدار جوهر الحقّ واختبار التّناسب وعدم التّراجع عن مكتسبات حقوق الإنسان، قد يكون من الوجيه اعتبار الفصل 5 مكرّسا لمنظومة قيميّة معتدلة مبنيّة على الإرث الإصلاحي التّونسي الذي أحالت إليه توطئة دستور 2022 في ذكرها لعهد الأمان[802]. أفلم يشكّل هذا الأخير في إقراره للأمانات الأربع، أمانة الدّين وأمانة النّفس وأمانة المال والأمانة على العرض دون تمييز، «نشيدا للمساواة» ومدخلا لإخراج «تونس تدريجيّا من التّنظيم السّياسي والقانوني الثيوقراطي (المعتمد أساسا على الدّين وتحديدا الدّين الإسلامي) إلى التّنظيم المدني الوضعي القائم لاحقا على المواطنة»[803]؟

797 يمكن أن نحيل هنا إلى قراءة مثيرة للاهتمام لنور الدّين الخادمي حول التّمفصل بين مقاصد الشّريعة وحقوق الانسان والتي تعرّض فيها إلى «الجدليّة» القائمة بينهما ووضع منهجا لـ «مرجعيّة مقاصد الشّريعة لحقوق الانسان» بـ «إرجاع كلّ مقولة حقوقيّة إلى المقولة المقاصديّة» و «استحداث المقولة المقاصديّة الجديدة لاستيعاب المقولة الحقوقيّة»، نور الدّين بن مختار الخادمي، المرجع سابق الذّكر، ص. 147وص. 36.

798 الصّادق بلعيد، «الفصل الأوّل «تونس دولة حرّة مستقلّة، ذات سيادة، الإسلام دينها ...»»، المرجع سابق الذّكر، ص. 36.

799 العبارة لـ Guy de Lacharrière:

LACHARRIERE (G. de), *La politique juridique extérieure,* Paris, Economica, 1983 التّرجمة لنا.

800 من ذلك مثلا عند مصادقة تونس على اتّفاقيّة القضاء على كلّ أشكال التّمييز ضدّ المرأة المؤرّخة في 18 ديسمبر 1979 بموجب القانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرّخ في 12 جويلية 1985 (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 54، 12-16 جويلية 1985، ص. 929)، قامت الحكومة التّونسيّة بايداع بيان بشأن الفقرة الرّابعة من المادّة الخامسة عشر وتحفّظات بشأن الفقرة الثّانية من المادّة التّاسعة والفقرات ج، د، و، ز، ح من المادّة السّادسة عشر والفقرة الأولى من المادّة التّاسعة والعشرين من الاتّفاقيّة، وكذلك بيانا عاما (une déclaration générale) هذا نصّه: « لن تتّخذ، طبقا لمقتضيات هذه الاتّفاقيّة، أيّ قرار إداري أو تشريعي من شأنه أن يخالف أحكام الفصل الأوّل من الدّستور التّونسي»، وتمّ رفع التّحفّظات دون البيان العام بمقتضى المرسوم عدد 103 لسنة 2011 بتاريخ 24 أكتوبر 2011 يتعلّق بالتّرخيص في المصادقة على سحب بيان وتحفّظات صادرة عن الحكومة التّونسيّة وملحقة بالقانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرّخ في 12 جويلية 1985 المتعلّق بالمصادقة على اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 82، 28 أكتوبر 2011، ص. 2466-2467). وتمّ إيداع وثيقة سحب البيان والتّحفّظات لدى الأمين العام للأمم المتّحدة بتاريخ 17 أفريل 2014. انظر:

Nations Unies, *Collection des traités,* Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, disponible au lien suivant :
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr#85

801 انظر في نفس الاتّجاه: جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، سابق الذّكر، ص.17.

802 صدر عهد الأمان في 9 سبتمبر 1857 في عهد الملك محمّد باي ونصّ في الفصل الأوّل على ما يلي: « لسائر رعيّتنا وسكّان إيالتنا على اختلاف الأديان والألسنة والألوان في أبدانهم المكرّمة، وأموالهم المحرّمة، وأعراضهم المحترمة « على أساس المساواة بين التّونسيّين وغير التّونسيّين، وهي مساواة كرّسها الفصل الأوّل بالإحالة إلى « التّسوية بين المسلم وغيره من سكّان الإيالة في استحقاق الإنصاف. (إذ)أنّ استحقاقه لذلك بوصف الإنسانيّة لا بغيره من الأوصاف»، وعلى أساس ذلك كرّس المساواة أمام الواجب الوطني في الفصل 5 والمساواة أمام القضاء في الفصل 6، والمساواة أمام القانون في الفصل 8 والمساواة في الأداءات والضّرائب وفي ممارسة التّجارة في الفصل 7 وفي ممارسة الأعمال والحرف في الفصل 10وفي حقّ التملّك في الفصل 11. كما كرّس عهد الأمان حرية المعتقد وممارسة الشّعائر الدّينيّة في الفصل 4 بتنصيصه على ما يلي: «إن الذميّ من رعيّتنا لا يُجبر على تبديل دينه ولا يُمنع من إجراء ما يلزم ديانته ولا تستهان مجامعهم ويكون لها الأمان من الإذاية والامتهان لأنّ ذمّته تقتضي أنّ لهم ما لنا وعليهم ما علينا»، نصّ عهد الأمان ضمن عبد الفتّاح عمر وقيس سعيّد، نصوص ووثائق سياسيّة تونسيّة، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1987، ص. 9-13. انظر أيضا وحيد الفرشيشي، «في الذّكرى 164 لصدور عهد الأمان: أيّ دروس من التّاريخ الدّستوري التّونسي في مجال الحريات؟»، المفكّرة القانونيّة، 11-9-2021، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/3sf5hecj

803 وحيد الفرشيشي، «في الذّكرى 164 لصدور عهد الأمان: أيّ دروس من التّاريخ الدّستوري التّونسي في مجال الحريات؟»، المرجع سابق الذّكر.

إذن، ليؤوَّل مقصد الحفاظ على النّفس لا في علاقة بالقصاص بل بقدسيّة الحقّ في الحياة الذي كرّسه الفصل 24 من الدّستور ولا يمكن المساس منه إلاّ في «حالات قصوى يضبطها القانون»، وحماية كرامة الذّات البشريّة وحرمة الجسد ومنع التّعذيب المعنوي والمادّي الذين يكرّسهما الفصل 25 من الدّستور.

وأمّا الحفاظ على العرض فيكون بالحفاظ على الكرامة ومنها الحفاظ على السّمعة والخصوصيّة في إطار حماية الحياة الخاصّة التي يكرّسها الفصل 30 من الدّستور.

وأمّا الحفاظ على المال فيكون بحماية حقّ الملكيّة الذي يكرّسه الفصل 29 مع التّفكير في سبل تحرير المبادرة والتّشجيع على التّكسّب على هدي المنهج الإسلامي الذي سبق أن رأينا ما فيه من مدّ ليبرالي في الاقتصاد وحثّه على تحرير المعاملات وعدم تكبيلها، وهو ما قد يكون بابا لإعادة النّظر في المنظومة الرّيعيّة للرخص التي تكبّل إلى اليوم الاقتصاد التّونسي، وقد يكون من المفيد التبصّر في استناد دول خليجيّة إلى نظرة ليبراليّة محضة كانت رافعة لتنميتها الاقتصاديّة[804].

وأمّا مقصد حفظ الدّين فيؤوّل على ضوء حرية الضّمير الذي يكرّسه الفصل 27 من الدّستور ومسؤوليّة الدّولة في الإشراف المحايد على الشّأن الدّيني ورعاية المساجد وكلّ دور العبادة وعدم التّضييق على ممارسة الشّعائر الدّينية التي يكرّسها الفصل 28 من الدّستور[805].

ويؤوّل كلّ شيء على هدي مقصد الحريّة.

804 ينصّ الفصل 3 من قانون المعاملات المدنيّة لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة (الصّادر بالقانون الاتّحادي رقم 5 لسنة 1985 م المؤرّخ في 15 ديسمبر 1985) على ما يلي: «يعتبر من النّظام العام الأحكام المتعلّقة بالأحوال الشّخصيّة كالزّواج والميراث والنّسب والأحكام المتعلّقة بنظم الحكم وحرية التّجارة وتداول الثّروات وقواعد الملكيّة الفرديّة وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعيّة والمبادئ الأساسيّة للشّريعة الإسلاميّة»، قانون المعاملات المدنيّة لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة وفقا لأحدث التّعديلات، سلسلة التّشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة، أوت 2020، ص. 19، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

http://tinyurl.com/4433bjbw

انظر أيضا في تحليل هذا الفصل وما يعكسه من نظرة اقتصاديّة ليبراليّة:

BAAZAOUI (Y.), « La méthode des intérêts: Paradigme du droit international privé contemporain. (Tour d'horizon de récentes jurisprudence et législations)», thèse de docotrat en droit privé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2022, p. 132 ; ALDEEB ABU-SAHLIEH (Sami. A.), « Dispositions relatives au droit international privé dans le code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis (Traduites et commentées)», *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 397.

805 هناك حزمة نصوص تنظّم الشّأن الدّيني في تونس منها القانون عدد 34 لسنة 1988 مؤرّخ في 3 ماي 1988 يتعلّق بالمساجد (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 31، 6 ماي 1988، ص. 717)؛ قانون عدد 97 مؤرّخ في 18 اوت 1988 يتعلّق بالمصاحف القرآنيّة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 55، 19-23 أوت 1988، ص. 1141)؛ الأمر عدد 1428 لسنة 2013 المؤرّخ في 22 أفريل 2013 المتعلق بإحداث اللّجنة الوطنيّة للحج والعمرة وبضبط تركيبتها وسير أعمالها (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 35، 30 أفريل 2013، ص. 1586-1588)؛ أمر حكومي عدد 450 لسنة 2021 مؤرّخ في 8 جوان 2021 يتعلّق بتنقيح الأمر عدد 2923 لسنة 2014 المؤرّخ في 5 أوت 2014 المتعلّق بضبط التّنظيم الإداري وطرق تسيير الإدارات الجهويّة للشّؤون الدّينيّة ومشمولاتها (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 52، 18 جوان 2021، ص. 1645-1646).

أمّا بخصوص الشّعائر اليهوديّة فهي منظّمة بالقانون رقم 78 لسنة 1958 مؤرّخ في 11 جويلية 1958 يتعلّق بنظام شعائر الدّيانة الموساويّة (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، 11 جويلية 1958، عدد 55، ص. 921 -923) وبخصوص الشّعائر المسيحيّة فهناك الاتّفاق الموقّع عليه في 27 جوان 1964 بين حكومة الجمهوريّة التّونسيّة والفاتيكان المنشور بمقتضى الأمر عدد 245 لسنة 1964 مؤرّخ في 23 جويلية 1964 (الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 36، 24، 28 و31 جويلية 1964، ص. 1.040-1.042).

انظر أيضا بهذا الشّأن: مريم الساسي، «حرية المعتقد من خلال فقه قضاء المحكمة الإداريّة»، ضمن فراس الوكيل (التّنسيق العلمي)، حقوق الإنسان. الواقع، النّصوص وفقه القضاء، مؤلّف جماعي من إصدار الجمعيّة الدّوليّة للدّفاع عن حقوق الإنسان والجمعيّة التّونسيّة للبحوث والدّراسات الإداريّة، تونس، مجمع الأطرش، 2022، ص. 135.

المراجع

المراجع باللّغة العربيّة

I. مراجع فقهيّة

رافع ابن عاشور، المؤسّسات والنّظام السّياسي بتونس. الإطار التّاريخي: النّظام السّياسي 1959-2011؛ النّظام السّياسي في ظلّ دستور 2014، طبعة ثالثة، تونس، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختصّ، 2019.

عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإداريّة، الطّبعة الثّالثة مزيّدة ومحيّنة، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2006.

محمد الطّاهر ابن عاشور، تفسير التّحرير والتّنوير، الجزء الثّامن عشر، تونس، الدّار التّونسيّة للنّشر، 1984.

محمد الطّاهر ابن عاشور، تفسير التّحرير والتّنوير، الجزء الواحد والعشرون، تونس، الدّار التّونسيّة للنّشر، 1984.

محمد الطّاهر ابن عاشور، تفسير التّحرير والتنوير، الجزء الثّامن والعشرون، تونس، الدّار التّونسيّة للنّشر، 1984.

محمّد الطّاهر ابن عاشور، أصول النّظام الاجتماعي في الإسلام، الطّبعة الثّانية، تونس، الشّركة التّونسيّة للتّوزيع، الجزائر-المؤسّسة الوطنيّة للكتاب، 1985.

محمّد الطّاهر ابن عاشور، مقاصد الشّريعة الإسلاميّة، سلسلة في الفكر النّهضوي الإسلامي، الإسكندريّة، مكتبة الإسكندريّة، 2011.

إبراهيم البرتاجي، قانون النّزاع الإداري العام، الكتاب الأوّل (المبادئ الحاكمة-تنازع الاختصاص - التّنظيم المؤسّساتي - التّنظيم المادّي)، طبعة ثانية، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2022.

خير الدّين التّونسي، أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك، القاهرة، دار الكتاب المصري، بيروت، دار الكتاب اللّبناني، 2012.

أحمد الجندوبي، حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، طبعة ثانية معدّلة وفق أحدث القوانين والقرارات التّعقيبيّة المتّصلة بالمرافعات، تونس، 2005.

محمد ابن الحسن الحجوي، الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ج 1، ط1، المدينة المنوّرة، المكتبة العلميّة، 1977.

نور الدّين بن مختار الخادمي، حقوق الإنسان مقاصد الشّريعة، الدّوحة، إدارة البحوث والدّراسات الإسلاميّة، 2011.

أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الثّاني، الطّبعة الأولى، المملكة العربيّة السّعوديّة، دار ابن عفّان للنّشر والتّوزيع، 1997.

أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، الموافقات، المجلّد الرّابع، الطّبعة الأولى، المملكة العربيّة السّعوديّة، دار ابن عفّان للنّشر والتّوزيع، 1997.

الأسعد الشنوفي، إثبات ملكيّة العقارات غير المسجّلة، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2014.

حمّادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشّريعة، الطّبعة الأولى، دمشق، بيروت، دار قتيبة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، 1992.

سنية العش ملّاك، حجيّة الأمر المقضي به جزائيّا على المدني، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، 2013.

الشّيخ الإمام حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي محمّد بن محمّد بن محمّد الطوسي، شفاء الغليل في بيان الشّبه والمخيل ومسالك التّعليل، تحقيق الدّكتور حمد الكبيسي، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971.

حجّة الإسلام أبي حامد الغزالي، فيصل التفرقة بين الإسلام والزّندقة، قرأه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه محمود بيجو، الطّبعة الأولى، دار البيروتي، 1993.

الإمام أبي حامد محمّد بن محمّد الغزالي، إحياء علوم الدّين، وبذيله المغني عن حمل الأسفار في الأسفار. في تخريج ما في الإحياء من الأخبار للعلاّمة زين الدّين أبي الفضل العراقي، بيروت، دار ابن حزم للطّباعة والنّشر والتّوزيع، 2005.

منير الفرشيشي، الجامع في القانون العقاري، تونس، دار أبواب للنّشر، 2017.

خليل الفندري، قانون النّزاعات الإداريّة، الكتاب الأوّل، آليّات فضّ النّزاعات الإداريّة، تونس، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختصّ وتوزيعه، 2023.

يوسف القرضاوي، دراسة في فقه مقاصد الشّريعة: بين المقاصد الكليّة والنّصوص الجزئيّة، الطّبعة الثّالثة، القاهرة، دار الشّروق، 2008.

معتز القرقوري، النّظام السّياسي التّونسي، الإطار التّاريخي (المؤسّسات والنّظام السّياسي بداية من القرن 19 إلى دستور 27 جانفي 2014)، النّظام السّياسي الحالي في ظلّ دستور 25 جويلية 2022 (الملابسات والمضامين وتجلّيات البناء القاعدي)، تونس، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختصّ وتوزيعه، 2024.

خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات. تعليق على الفصل 49 من الدّستور التّونسي، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2017.

محمّد رضا بن حمّاد، القانون الدّستوري والأنظمة السّياسيّة، طبعة رابعة محيّنة ومزيد عليها، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2021.

الأزهر بوعوني، الأنظمة السّياسيّة والنّظام السّياسي التّونسي، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2002.

كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفرديّة. هل من قراءة أخرى؟، منشورات المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021.

عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشّريعة الإسلاميّة، ط 6، بيروت، مؤسّسة الرسالة، 1982.

الإمام محمّد عبده، الإسلام بين العلم والمدنيّة، القاهرة، مؤسّسة هنداوي للتّعليم والثّقافة، 2012، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.hindawi.org/books/74949130/

محمد عبدو، الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي، بيروت، دار الكتب العلميّة، 2009.

جمال الدّين عطيّة، نحو تفعيل مقاصد الشّريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دمشق، دار الفكر للطّباعة والتّوزيع والنّشر، 2003.

عبد الفتّاح عمر، الوجيز في القانون الدّستوري، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1987.

سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلّد الثالث، الجزء 8-11، الطّبعة 32، القاهرة، دار الشّروق، 2003.

علي كحلون، التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين، طبعة ثالثة معدّلة ومنقّحة، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، 2015.

علي كحلون، التّعليق على مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، الطّبعة الأولى، تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، 2016.

كمال نقرة، قانون عدلي خاص: التّنظيم القضائي-الدّعوى القضائيّة ومراحلها، تونس، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختصّ وتوزيعه، 2021.

II. معاجم

ابن منظور، لسان العرب، 2، طبعة جديدة محقّقة ومشكولة شكلا كاملا ومذيّلة بفهارس مفصّلة، القاهرة، دار المعارف.

III. أطروحات

أشرف الماجري، «حقّ الدّفاع»، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه في القانون، كلية العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2015-2016.

IV. مقالات

محمّد الرحموني، «انثولوجيا الإسلام الليبرالي»، تبيّن، العدد 43 - المجّلد11، ،شتاء 2023، ص.65-88.

مريم السّاسي، «حرية المعتقد من خلال فقه قضاء المحكمة الإداريّة»، ضمن فراس الوكيل (التّنسيق العلمي)، حقوق الإنسان. الواقع، النّصوص وفقه القضاء، مؤلّف جماعي من إصدار الجمعيّة الدّوليّة للدّفاع عن حقوق الإنسان والجمعيّة التّونسيّة للبحوث والدّراسات الإداريّة، تونس، مجمع الأطرش، 2022، ص.119-141.

المنجي السرباجي، «ماذا يعني أن نفكّر عربيّا في الحريّة؟»، تبيّن، العدد 5/ 17، صيف 2016، ص. 37-60.

أحلام الضّيف، «المراسيم في المرحلة الانتقاليّة»، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمّد صالح بن عيسى، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2021، ص. 318-393.

وحيد الفرشيشي، «المناشير السّالبة للحقوق والحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون!»، ضمن وحيد الفرشيشي (تحت إشراف)، المناشير السّالبة للحريات: قانون «خفي» يحكم دولة القانون، تونس، الجمعيّة التّونسيّة للحريات الفرديّة، هينريش بول ستيفتونغ، 2018، ص. 10-19.

معتز القرقوري، «المحاكمة العادلة على ضوء دستور 27 جانفي 2014»، دراسات في القانون الإداري، العدد الأوّل، 2022، ص. 11-49.

سلسبيل القليبي، «المحكمة الدّستورية في دستور تونس الصّادر في 27 جانفي 2014»، ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى العميد محمّد صالح بن عيسى، تونس، مركز النّشر الجامعي، 2021 ، ص. 107-154.

سليم اللّغماني، «الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة»، ضمن سليم اللّغماني، كتابات في السّياسة والدّستور على أثر الثّورة، تونس، منشورات نيرفانا، 2020، ص. 93-121.

أشرف الماجري، « السّرعة الإجرائيّة في المجلّة التّجاريّة» ، ضمن ستّينيّة المجلّة التّجاريّة، أشغال ملتقى علمي من تنظيم كليّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس بالتّعاون مع مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل، تونس، 2023، ص. 33-54.

منيربالعربي، «مبدأ التّقاضي على درجتين في مشروع مجلّة القضاء الإداري»، مجلّة القانون والسّياسة، عدد خاصّ، القضاء الإداري ومقتضيات المحاكمة العادلة وحسن سير القضاء، قراءة في مشروع مجلّة القضاء الإداري، عدد

8 /2021، ص. 203-254.

الصّادق بلعيد، « الفصل الأوّل «تونس دولة حرّة مستقلّة، ذات سيادة، الإسلام دينها ...»»، ضمن:
Les dispositions générales de la Constitution, Actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la Constitution tunisienne du 1er juin 1959, Tunis, 23-24 janvier 2009, Tunis, 2010, pp. 33-36.

فاروق سلامي سوزائي، «نظريّة مقاصد الشّريعة عند الإمام الغزالي: رؤية تحليليّة لفهم النّصوص القرآنيّة»، المجلّة العالميّة لبحوث القرآن، المجلّد 2، العدد 2، 2012، ص.62-98.

راضية قصباية وعبد الرّحمن رداد، « مقصد حفظ العرض. تحرير المفهوم وتحقيق الرّتبة»، مجلّة الإحياء، المجلّد 20، العدد 25، جوان 2020، ص.97-134.

V. مقالات الكترونيّة

عياض ابن عاشور، «الثورة التّونسيّة في تجلياتها الدّستورية: المرحلة الانتقاليّة الأولى (14 جانفي 2011-16 ديسمبر 2011)»، يمكن تحميله على الرّابط التالي:
http://yadhba.blogspot.com/2012/10/14-2011-16-2011.html

علي بن أحمد بن أحمد الحذيفي، «حفظ مقصد المال، دراسة تأصيليّة»، مجلّة مداد الآداب، مجلّد 12، عدد 28، 2022، ص. 401-461، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:

https://midad-aladab.org/index.php/midadaladab/article/view/525/485

معتز الخطيب، «نحو قراءة منظوميّة اخلاقيّة للفقه: الإجهاض نموذجا» *Journal of islamic ethics*، 2018، 2، ص. 1-27، يمكن تحميله على الرّابط التالي:
https://brill.com/view/journals/jie/2/1-2/article-p1_1.xml?language=en

راشد الغنّوشي، « مقاصد الحريّة في الفقه الإسلامي المعاصر حقّ التّنظيم الحزبي والانتخابات نموذجًا»، ضمن محمّد سليم العوا (تحرير)، تفعيل مقاصد الشّريعة في المجال السّياسي، مؤسّسة الفرقان للتّراث الإسلامي، 2014، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

http://tinyurl.com/yjv6eh76

محمد المراكبي، «الحداثة وتحوّلات الخطاب المقاصدي: نحو فقه سائل؟»، *Journal of islamic ethics*، 2019، 3، ص. 9-29، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://brill.com/view/journals/jie/3/1-2/article-p9_2.xml?language=en

محمّد أشرف بوديّة، «تحدّيات مؤسسة الزّكاة المعاصرة»، الجمعية التّونسيّة لعلوم الزّكاة، تونس، ذو الحجّة 1440 (أوت 2019)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://baitalzakat.com/files/articles/baitalzakat.com-A100604.pdf

علي جمعة، «ترتيب المقاصد الشّرعيّة»، ضمن مقاصد الشّريعة الإسلاميّة و قضايا العصر، بحوث ووقائع المؤتمر العام الثّاني والعشرين للمجلس الأعلى للشّئون الإسلاميّة المنعقد في القاهرة في الفترة من 8 – 11 ربيع الأول 1431هـ – 22 – 25 فبراير 2010م، ص. 1-27، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/mr3r8n7a

إبراهيم محمّد السيد محمّد عبد اللا، «الرّقابة على الأوامر الصّادرة في غيبة البرلمان في مصر وفقا لدستور 2014 المصري»، مجلّة الدّراسات القانونيّة والاقتصاديّة، المقالة 3، المجلّد 6، العدد 1، يونيو 2020، ص.

1-15، يمكـن تحميلـه عـلى الرّابـط التّـالي:
https://jdl.journals.ekb.eg/article_96521_600b930c73c9e44d4e09e74c0e8d0610.pdf

VI. مقالات من الإعلام القانوني المتخصّص

أحلام الضّيف، «النّظام القانوني للمراسيم «في انتظار المصادقة على مراسيم مجابهة فيروس كورونا» »، أخبار قانونيّة، عدد 316-317، أفريل 2021، ص. 10-15.

وحيد الفرشيشي، «الحقّ في الأمان أثناء الحالة الاستثنائيّة: «تسّلل النّصوص الخفيّة» إلى «دولة القانون»»»، المفكّرة القانونيّة، 16 أوت 2021، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/4arurpv6

وحيد الفرشيشي، « في الذّكرى 164 لصدور عهد الأمان: أيّ دروس من التّاريخ الدّستوري التّونسي في مجال الحريات؟»، المفكّرة القانونيّة، 11-9-2021، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/3sf5hecj

المفكّرة القانونيّة، «مشروع القانون الأساسي للمصادرة المدنيّة: قراءة في المنهجيّة»، المفكّرة القانونيّة، العدد 04 مارس 2016، ص. 3، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://legal-agenda.com/wp-content/uploads/1458717670-LA-TUNIS-04_WEB.pdf

أميمة المهدي ومهدي العش، «مشروع تنقيح خطير للمرسوم: بعد البرلمان والقضاء، متى يأتي دور الجمعيّات؟»، المفكّرة القانونيّة، 14 فيفري 2022، يمكن تحميله على الرّابط التالي:
https://tinyurl.com/5fdp62th

أميمة المهدي، « عزل القضاة من قبل سعيّد: مذبحة بسكاكين الدّاخليّة»، المفكّرة القانونيّة، 29 جوان 2022، يمكن تحميله على الرّابط التالي:
http://tinyurl.com/m9syd6ke

أسماء سلايمية، « سلطة المراسيم تبعث الرّوح في مشروع قانون فشلت الحكومات السّابقة في فرضه»، المفكّرة القانونيّة، 30 سبتمبر 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/2s3znyn9

VII. مقالات في الصّحف والصّحف الالكترونيّة

حمّادي الرديسي، «في الفصل الخامس من مشروع دستور 2022. الأمّة، الدّولة ومقاصد الإسلام»، المغرب، 16 جويلية 2022، العدد 3320، ص. 6.

حسّان العيّادي، «مبادرة النوّاب لتنقيح المرسوم 54:جولة جديدة في الصّراع؟ »، المغرب، 23 فيفري 2024، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://tinyurl.com/4zh422u8

هيثم المدوري، «الحرب على المحتكرين في تونس ... طواحين الهواء وكلّ من سيكشف عنه البحث»، الترا تونس، 05 مارس 2023، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/afyxajwb

ماتيلد فاردا ونسرين الزريبي، «الإجهاض في تونس: حقّ غير مكفول»، انكفاضة، 13 جوان 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://tinyurl.com/2b3t36y2

حاتم قطران، «حول إضراب القضاة: مظهر من مظاهر تفكيك الدّولة والتّطاول على القانون من قبل السّاهرين

على تأمين احترامه! »، ليدرز العربيّة، 21-11-2020، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://tinyurl.com/bdfe9w5j

منير هاني، « كلّ التّفاصيل حول المرسوم عدد 14 لسنة 2022 المتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة.. وهذا ما كشفه جابر غنيمي »، جمهوريّة، 21 سبتمبر 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://tinyurl.com/mpryxs2s

VIII. مداخلات غير منشورة

سناء ابن عاشور، «مكانة الإسلام في مشروع دستور الجمهوريّة الجديدة»، ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، لقاء نظّمته الجمعية التّونسيّة للقانون الدّستوري، كلية العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 4 جويلية 2022، غير منشور.

سلوى الحمروني، «الحقوق والحريات في مشروع الدّستور»، ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، لقاء نظّمته الجمعيّة التّونسيّة للقانون الدّستوري، كليّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 4 جويلية 2022، غير منشور.

سليم اللّغماني، «التّقرير التّمهيدي»، ضمن قراءة في مشروع الدّستور موضوع استفتاء 25 جويلية 2022، لقاء نظّمته الجمعية التّونسيّة للقانون الدّستوري، كليّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعية بتونس، 4 جويلية 2022، غير منشور.

أشرف الماجري، « الفصل 55 من الدّستور والقانون الإجرائي»، ضمن التّناسب في القانون، ملتقى علمي من تنظيم قسم القانون الخاص وعلوم الإجرام، كلية العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 23 و24 و25 نوفمبر 2022، غير منشور.

IX. تقارير ودراسات

جنان الإمام (تنسيق، بمساهمة غادة بن جاء بالله)، منى التّابعي، أحلام الضّيف، عبد الرزاق المختار، عبير المكّي، إقبال بن موسى، كوثر دباش، لمياء ناجي، تقرير مجموعة عمل تونس، المنظومة القانونيّة للحقوق والحريات في تونس: أجندة الإصلاحات العاجلة، المنظّمة العربيّة للقانون الدّستوري، أفريل 2024، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

https://aacl-mena.org/uploads/2024/04/23-TWG-report.ar.pdf

صفي الدّين الحاج، «دليل القاضي الإدراي في تطبيق مبدأ التّناسب، قراءة محيّنة في ضوء الفصل 55 من دستور 2022»، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2023، ص. 91-101.

سلوى الحمروني، «القاضي الدّستوري وتحديدات الحقوق والحريات بين ضمانات الفصل 55 وتحدّياته»، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2023، ص. 77-89.

محمّد السياري، إبراهيم البرتاجي، نهى الشواشي، سهير الفراتي، فدوى المصمودي، الحقوق المدنيّة والسّياسيّة على ضوء الفصل 49، نسخة موجزة، المنظّمة الدّوليّة للتّقرير عن الدّيمقراطيّة، ماي 2021.

مالك الغزواني، «لا قيود على الحقوق والحريات لحماية الآداب العامّة. معضلة أمام القاضي العدلي»، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2023، ص. 103-129.

وحيد الفرشيشي، ايلاف القصّاب، خالد الماجري، مذكّرات الـ(لّا)دستوريّة، تونس، الجمعيّة التّونسيّة للدّفاع

عن الحريات الفرديّة، 2017.

سليم اللّغماني، تقرير جلسات النّظراء في إطار مشروع المؤسّسة الدّولية للدّيمقراطيّة والانتخابات «العمل من أجل حقبة جديدة في حماية الحقوق الأساسيّة بتونس»، جلسة 13 جويلية 2019، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، تونس، 2019.

سليم اللّغماني، « ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. الفصل 55 من دستور 25 جويلية 2022»، ضمن ضبط حدود الحقوق والحريات في القانون الدّستوري التّونسي. من الفصل 49 من دستور 2014 إلى الفصل 55 من دستور 2022، المؤسسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2023، ص. 10-48.

المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، أحكام التّقييد، نوفمبر 2014.

محمّد شفيق صرصار، مراد بن مولّي، مولدي العيّاري، تشخيص وضع المنظومة الانتخابيّة في تونس، مراقبون، جانفي 2021.

محمّد شفيق صرصار، مراد بن مولّي، فاطمة رعاش، منظومة القواعد القانونيّة في تونس 2011-2021، منطلقات الانتقال وصعوبات الترسيخ الدّيمقراطي، تقرير، المنظّمة الدّوليّة للتّقرير عن الدّيمقراطيّة، ديسمبر 2021.

هيئة الزّكاة والضّريبة والجمارك، جباية الزّكاة في المملكة العربيّة السّعوديّة. منظور فقهي، الطّبعة الثّانية، 2022، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

http://tinyurl.com/4eun8ypn

X. أدلّة

صفي الدّين الحاج، دليل القاضي الإداري في تطبيق الفصل 49 من الدّستور، مراقبة التّناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021.

مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدّستور. رقابة القاضي العدلي للتّناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021.

شهر الدّين غزالة، دليل السّلطة التنفيذيّة في تطبيق الفصل 49 من الدّستور، المؤسّسة الدّوليّة للدّيمقراطيّة والانتخابات، 2021.

مفوّضيّة الأمم المتّحدة لحقوق الإنسان، الحقوق الاقتصاديّة والاجتماعيّة والثّقافيّة، دليل للمؤسّسات الوطنيّة لحقوق الإنسان، سلسلة التّدريب المهني، العدد رقم 12، 2005.

XI. وثائق ونصوص رسميّة تونسيّة

النّصوص التّأسيسيّة

إعلانات الحقوق

عهد الأمان في 9 سبتمبر 1857، ضمن عبد الفتّاح عمر وقيس سعيّد، نصوص ووثائق سياسيّة تونسيّة، تونس، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1987، ص. 9-13.

الدّساتير

دستور 1 جوان 1959: دستور الجمهوريّة التّونسيّة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2008 (آخر صيغة محيّنة).

قانـون دسـتوري عـدد 88 لسـنة 1988 مـؤرّخ في 25 جويليـة 1988 يتعلّـق بتنقيـح الدّسـتور، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 50، 26 جويليـة 1988، ص. 1062-1063.

قانـون دسـتوري عـدد 65 لسـنة 1997 مـؤرّخ في 27 أكتوبـر 1997 يتعلّـق بتنقيـح وإتمـام بعـض الفصـول مـن الدّسـتور، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 87، 31 أكتوبـر 1997، ص. 2053-2054.

قانـون دسـتوري عـدد 51 لسـنة 2002 مـؤرّخ في 1 جـوان 2002 يتعلّـق بتنقيـح بعـض أحـكام الدّسـتور، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 45، 3 جـوان 2002، ص. 1442-1449.

دسـتور الجمهوريّـة التّونسـيّة، 27 جانفـي 2014، ، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد خـاص، 10 فيفـري 2014.

دسـتور الجمهوريّـة التّونسـيّة، 25 مـن شـهر جويليـة 2022، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد خـاص، 18 أوت 2922، 48 صفحـة.

التّنـظيـمات المـؤقّتة للسّـلط العـموميّة

أمـر عـليّ مـؤرّخ في 21 سـبتمبر 1955 يتعلّـق بالنّظـام الوقتـي للسّـلطات العموميّة،المنقّـح بالقانـون رقـم 1 لسـنة 1957 مـؤرّخ في 29 جويليـة 1957 يتعلّـق بتنقيـح الأمـر المـؤرّخ في 21 سـبتمبر 1955 الصّـادر بتنظيـم السّـلط العموميّـة تنظيـما مؤقّتـا، ضمـن عبـد الفتّـاح عمـر وقيس سـعيّد، نصـوص ووثائق سياسـيّة تونسـيّة، تونـس، مركـز الدّراسـات والبحـوث والنّـشر، 1987، ص. 94-101 وص. 181.
مرسـوم عـدد 14 لسـنة 2011 مـؤرّخ في 23 مـارس 2011 يتعلّـق بالتّنظيـم المؤقّـت للسّـلط العموميّـة، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 20، 25 مـارس 2011، ص.367-368.

النّصوص التّشريعيّة

القـوانين الأسـاسـيّة

قانـون عـدد 67 لسـنة 1972 مـؤرّخ في 1 أوت 1972 يتعلّـق بتسـيير المحكمـة الإداريّـة وبضبـط القانـون الأسـاسي لأعضائهـا، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 32، 4-8 أوت 1972، ص. 1166-1168، كـما نقّـح وتمّـم بالقانـون الأسـاسي عـدد 68 لسـنة 1983 مـؤرّخ في 21 جويليـة 1983 يتعلّـق بتنقيـح وإتمـام القانـون عـدد 67 لسـنة 1972 المـؤرّخ في 1 أوت 1972 المتعلّـق بسـير المحكمـة الإداريّـة وضبـط القانـون الأسـاسي لأعضائهـا، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 52، 29 جويليـة 1983، ص. 2119-2121، وبالقانـون الأسـاسي عـدد 71 لسـنة 1989 مـؤرّخ في 2 سـبتمبر 1989 يتعلّـق بتنقيـح وإتمـام القانـون عـدد 67 لسـنة 1972 المـؤرّخ في غـرّة أوت 1972 والمتعلّـق بسـير المحكمـة الإداريـة وضبـط القانـون الأسـاسي لأعضائهـا، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 60، 5 -8 سـبتمبر 1989، ص. 1332، وبالقانـون الأسـاسي عـدد 40 لسـنة 1996 مـؤرّخ في 3جـوان 1996 ينقّـح القانـون عـدد 67 لسـنة 1972 المـؤرّخ في أوّل أوت 1972 المتعلّـق بتسـيير المحكمـة الإداريّـة وضبـط القانـون الأسـاسي لأعضائهـا، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 47، 11 جـوان 1996، ص. 1220-1221، وبالقانـون الأسـاسي عـدد 78 لسـنة 2001 مـؤرّخ في 24 جويليـة 2001 يتعلّـق بتنقيـح القانـون عـدد 67 لسـنة 1972 المـؤرّخ في أوّل أوت 1972 المتعلّـق بتسـيير المحكمـة الإداريـة وضبـط القانـون الأسـاسي لأعضائهـا، الرّائـد الرّسـمي للجمهوريّـة التّونسـيّة، عـدد 59، 24 جويليـة 2001، ص. 2317-2319. لنسـخة محيّنـة للقانـون، انظـر عـلى موقـع مركـز جنيـف لحوكمـة قطـاع الأمـن، عـلى الرّابـط المختـصر التـالي:

https://tinyurl.com/yc4vp3uk

قانون عدد 40 لسنة 1975 مؤرّخ في 14 ماي 1975 يتعلّق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 34، 20 ماي 1975، ص. 1276–1278، كما نقّح وتمّم بالقانون الأساسي عدد 45 لسنة 2017 مؤرّخ في 7 جوان 2017 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرّخ في 14 ماي 1975 المتعلّق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 48، 16 جوان 2017، ص. 1965–1966.

قانون أساسي عدد 39 لسنة 1996 مؤرّخ في 3 جوان 1996 ينقّح القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 47، 11 جوان 1996، ص. 1214–1220. لنسخة محيّنة انظر على موقع مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن على الرّابط التالي:

https://legislation-securite.tn/ar/law/41245

قانون أساسي عدد 53 لسنة 2013 مؤرّخ في 24 ديسمبر 2013 يتعلّق بإرساء العدالة الانتقاليّة وتنظيمها، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 105، 31 ديسمبر 2013، ص. 4335–4342.

قانون أساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرّخ في 26 ماي 2014 يتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 42، 27 ماي 2014، ص. 1382–1398، كما نقّح وتمّم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 14 فيفري 2017 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 14، 17 فيفري 2017، ص. 564–572، وبالقانون الأساسي عدد 76 لسنة 2019 مؤرّخ في 30 أوت 2019 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 70، 30 أوت 2019، ص. 2747–2748 (وجملة المراسيم اللتي نقحته و هي المرسوم عدد 34 لسنة 2022 مؤرّخ في 1 جوان 2022 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 1 جوان 2022، ص. 1840–1841، والمرسوم عدد 55 لسنة 2022 مؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 102، 15 سبتمبر 2022، ص. 2939–2945، والمرسوم عدد 8 لسنة 2023 مؤرّخ في 8 مارس 2023 يتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء وإتمامه، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 24، 9 مارس 2023، ص. 691–694). لنسخة محيّنة انظر الرّابط التّالي:
https://legislation-securite.tn/ar/law/44286

قانون أساسي عدد 9 لسنة 2024مؤرّخ في 6 فيفري 2024 يتعلّق بالموافقة على انضمام الجمهوريّة التّونسيّة إلى اتّفاقيّة مجلس أوروبّا المتعلّقة بالجريمة الالكترونيّة المعتمدة ببودابست في 23 نوفمبر 2001، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 20، 6 فيفري 2024، ص. 862.

القوانين العادية

قانون رقم 27 لسنة 1958 مؤرّخ في 4 مارس 1958 يتعلّق بالولاية العموميّة والكفالة والتّبنّي، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 19، 7 مارس 1958، ص. 306–307، كما نقّح بالقانون عدد 69 لسنة 1959 مؤرّخ في 19 جوان 1959 يتعلّق بتنقيح بعض فصول من قانون التّبنّي، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 34، 23 –26 جوان 1959، ص. 890.

قانون رقم 78 لسنة 1958 مؤرّخ في 11 جويلية 1958 يتعلّق بنظام شعائر الدّيانة الموساويّة، الرّائد الرّسمي

للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 55،11 جويلية 1958، ص. 921 -923.

قانون عدد 24 لسنة 1965 مؤرّخ في 1 جويلية 1965 يتعلّق بالإجهاض، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 35، 2 جويلية 1965، ص. 946.

قانـون عدد 29 لسنة 1967 مؤرّخ في 14 جويلية 1967 يتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 30، 14 جويلية 1967، ص. 1318-1322، كما نقّح وتمّم بالقانون عدد 79 لسنة 1985 مؤرّخ في 11 أوت 1985 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 29 لسنة 1967 مؤرّخ في 14 جويلية 1967 يتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والنّظام الأساسي للقضاة، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، عدد 59، 16-20 أوت 1985، ص. 1033-1034.

قانــون عدد 24 لسنة 1974 مؤرّخ في 18 مارس 1974 يتعلّق بتصفية حقوق الإنزال والكردار الموظّفة على العقارات ذات الصّبغة الفلاحيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 21، 19 مارس 1974، ص. 630-631.

قانون عدد 68 لسنة 1985 مؤرّخ في 12 جويلية 1985 يتعلّق بالمصادقة على اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 54، 12-16 جويلية 1985، ص. 929.

قانـون عدد 34 لسنة 1988 مؤرّخ في 3 ماي 1988 يتعلّق بالمساجد، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 31، 6 ماي 1988، ص. 717.

قانــون عدد 97 لسنة 1988 مؤرّخ في 18 أوت 1988 يتعلّق بالمصاحف القرآنيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 55، 19-23 أوت 1988، ص. 1141.

قانون عدد 83 لسنة 1992 مؤرّخ في 3 أوت 1992 يتعلّق بالصحّة العقليّة وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقليّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 52، 7 أوت 1992، ص. 991-993، كما نقّح بالقانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرّخ في 3 ماي 2004 يتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرّخ في 3 أوت 1992 المتعلّق بالصحّة العقليّة وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقليّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 37، 7 ماي 2004، ص. 1267.

قانـون عـدد 49 لسـنة 1996 مـؤرّخ في 20 جـوان 1996 يتعلّـق بالمصادقـة على الإتّفـاق الأوروبّي المتوسّـطي المؤسّـس لشراكـة بـين الجمهوريّـة التّونسـيّة مـن جهـة والمجموعـة الأوروبيّـة ودولهـا الأعضـاء مـن جهـة أخـرى، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عـدد 51، 25 جـوان 1996، ص. 1357.

قانـون عـدد 69 لسـنة 2009 مـؤرّخ في 12 أوت 2009 يتعلّـق بتجـارة التّوزيـع، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عـدد 65، 14 اوت 2009، ص. 2899-2902.

قانــون عدد 5 لسنة 2011 مؤرّخ في 9 فيفري 2011 يتعلّق بالتّفويض إلى رئيس الجمهوريّة المؤقّت في اتّخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 10، 10 فيفري 2011، ص. 174.

قانــون عدد 36 لسنة 2015 مؤرّخ في 5 سبتمبر 2015 يتعلّق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 77 و78، 25 و29 سبتمبر 2015، ص. 2772-2785.

قانون عدد 3 لسنة 2024 مؤرّخ في 18 جانفي 2024 يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 13 لسنة 2022 المؤرّخ في 20 مارس 2022 المتعلّق بالصّلح الجزائي وتوظيف عائداته، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 8، 18 جانفي 2024، ص. 284-288.

المـــجلاّت القـــانونية

مجلّــة الالتزامات والعقود (الصّادرة بمقتضى أمر 15 ديسمبر 1906)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

المجلّــة الجزائيّة (الصّادرة بمقتضى الأمر العليّ المؤرّخ في 9 جويلية 1913)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

مجلّــة المرافعات والعقوبات العسكريّة (الصّادرة بالأمر العلي المؤرّخ في 10 جانفي 1957) ونصوص ملحقة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2020.

مجلّــة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة (الصّادرة بالقانون عدد 130 لسنة 1959 المؤرّخ في 5 أكتوبر 1959)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسمية للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

مجلّــة الحقوق العينيّة (الصّادرة بالقانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرّخ في 12 فيفري 1965)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

مجلّــة الإجراءات الجزائيّة (الصّادرة بالقانون عدد 23 لسنة 1968 مؤرّخ في 24 جويلية 1968 يتعلّق بإعادة قانون المرافعات الجنائي)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

مجلّــة المحاسبة العموميّة (الصّادرة بالقانون عدد 81 لسنة 1973 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1973) ونصوص ملحقة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

مجلّــة التّحكيم (الصّادرة بالقانون عدد 42 لسنة 1996 مؤرّخ في 26 أفريل 1993)، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2024.

مجلّــة الجباية المحليّة (الصّادرة بالقانون عدد 11 لسنة 1997 مؤرّخ في 3 فيفري 1997) ونصوصها التّطبيقيّة ونصوص مختلفة ذات الصّلة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2020.

مجلّــة الاتّصالات (الصّادرة بالقانون عد د1 لسنة 2001 المؤرّخ في 15 جانفي 2001) ونصوصها التّطبيقيّة، نسخة محيّنة، تونس، منشورات المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التّونسيّة، 2019.

النّصوص الصّادرة عن السّلطة التّنفيذيّة

المـــراسيم

مرســوم عدد6 لسنة 1970 مؤرّخ في26 سبتمبر 1970 يتعلّق بضبط القانون الأساسي لأعضاء دائرة المحاسبات، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 45، 29 سبتمبر 1970، ص. 1389-1392(والمصادق عليه بالقانون عدد 46 لسنة 1970 المؤرّخ في 20 نوفمبر 1970 يتعلّق بالمصادقة على المرسوم عدد 6 لسنة 1970 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1970 المتعلّق بضبط القانون الأساسي لأعضاء دائرة المحاسبات، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 53، 20-24 نوفمبر 1970، ص. 1724).

مرســوم عدد 2 لسنة 1973 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1973 يتعلّق بتنقيح الفصل 214 من المجلّة الجنائيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 36، 28 سبتمبر 1973، ص. 1648 (والمصادق عليه بالقانون عدد 57 لسنة 1973 المؤرّخ في 19 نوفمبر 1973 يتعلّق بالمصادقة على المرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1973 المتعلّق بتنقيح الفصل 214 من المجلّة الجنائيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 43، 16- 20 -23- 27 نوفمبر 1973، ص. 2042).

مرســوم عدد 1 لسنة 2011 مؤرّخ في 19 فيفري 2011 يتعلّق بالعفو العام، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 12، 22 فيفري 2011، ص. 183-184.

مرســـوم عدد 13 لسنة 2011 مؤرّخ في 14 مارس 2011 يتعلّق بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقارية، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 18، 18 مارس 2011، ص. 343-347.

مرسوم عدد 47 لسنة 2011 مؤرّخ في 31 ماي 2011 يتعلّق بتنقيح وإتمام المرسوم عدد 13 لسنة 2011 المؤرّخ في 14 مارس 2011 المتعلّق بمصادرة أموال وممتلكات منقولة وعقاريّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 39، 31 ماي 2011، ص. 798-799.

مرســـوم عدد 87 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر2011 يتعلّق بتنظيم الأحزاب السّياسيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 74، 30 سبتمبر 2011، ص. 1993 - 1996.

مرسـوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 يتعلّق بتنظيم الجمعيّات، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 74، 30 سبتمبر 2011، ص. 1996-2001.

مرســـوم عدد 103 لسنة 2011 بتاريخ 24 أكتوبر 2011 يتعلّق بالتّرخيص في المصادقة على سحب بيان وتحفّظات صادرة عن الحكومة التّونسيّة وملحقة بالقانون عدد 68 لسنة 1985 المؤرّخ في 12 جويلية 1985 المتعلّق بالمصادقة على اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 82، 28 أكتوبر2011، ص. 2466-2467.

مرســـوم عدد 115 لسنة 2011 مؤرّخ في 2 نوفمبر 2011 يتعلّق بحرية الصّحافة والطّباعة والنّشر، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 84، 4 نوفمبر 2011، ص. 2559-2568.

مرســـوم عدد 116لسنة 2011 مؤرّخ في 2 نوفمبر 2011 يتعلّق بحرية الاتّصال السّمعي والبصري وبإحداث هيئة عليا مستقلّة للاتّصال السّمعي والبصري، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 84، 4 نوفمبر 2011، ص. 2568-2575.

مرسوم من رئيس الحكومة عدد 10 لسنة 2020 مؤرّخ في 17 أفريل 2020 يتعلّق بضبط أحكام خاصّة لزجر مخالفة قواعد المنافسة والأسعار، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 33، 18 أفريل 2020، ص.931-933.

مرسوم عدد 1 لسنة 2021 مؤرّخ في 22 أكتوبر 2021 يتعلّق بجواز التّلقيح الخاص بفيروس « سارس كوف-2»، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 98، 22 أكتوبر 2021، ص. 2420-2421.

مـرســـــوم عدد 11 لسنة 2022 مؤرّخ في 12 فيفري 2022 يتعلّق بإحداث المجلس الأعلى المؤقّت للقضاء، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 16، 13 فيفري 2022، ص. 450-455، كما تمّم بالمرسوم عدد 35 لسنة 2022 المؤرّخ في 1 جوان 2022 يتعلّق بإتمام المرسوم عدد 11 لسنة 2022 المؤرّخ في 12 فيفري 2022 المتعلّق بإحداث المجلس الأعلى المؤقّت للقضاء، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 1 جوان 2022، ص. 1841.

مرسوم عدد 14 لسنة 2022 مؤرّخ في 20 مارس 2022 يتعلّق بمقاومة المضاربة غير المشروعة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 30، 21 مارس 2022، ص. 791-794.

مرســـوم عدد 54 لسنة 2022 مؤرّخ في 13 سبتمبر 2022 يتعلّق بمكافحة الجرائم المتّصلة بأنظمة المعلومات والاتّصال، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 103، 16 سبتمبر 2022، ص. 2949-2953.

الأوامـــر

أمــر عليّ مؤرّخ في 31 مارس 1956 يتضمّن تحمّل الدّولة مصاريف جمعيّة الأوقاف التي لها صبغة دينيّة أو اجتماعيّة وتحويل مكاسب الأحباس العامّة لملك الأجانب وتصفية جمعيّة الأوقاف، الرّائد الرّسمي التّونسي، 1 جوان 1956، ص. 963-964.

أمـــر عليّ مؤرّخ في 18 جويلية 1957 يتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصّة والمشتركة، الرّائد الرّسمي التّونسي، عدد 58، 19 جويلية 1957، ص. 1160- 1162، كما نقّح وتمّم بالقانون عدد 24 لسنة 2000 مؤرّخ في 22 فيفري 2000 يتعلّق بتنقيح وإتمام الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 والمتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصّة والمشتركة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 16، 25 فيفري 2000، ص. 527-528.

أمـــر عدد 245 لسنة 1964 مؤرّخ في 23 جويلية 1964 يتعلّق بنشر الاتّفاق المبرم بين حكومة الجمهوريّة التونسيّة والفاتيكان، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 36، 24- 28 -31 جويلية 1964، ص. 1.040-1.042.

أمـر عدد 50 لسنة 1978 مؤرّخ في 26 جانفي 1978 يتعلّق بتنظيم حالة الطّوارئ، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 7 ، 24-26 جانفي 1978، ص. 218-219.

أمـر عدد 1428 لسنة 2013 مؤرّخ في 22 أفريل 2013 يتعلّق بإحداث اللّجنة الوطنية للحجّ والعمرة وبضبط تركيبتها وسير أعمالها، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 35، 30 أفريل 2013، ص. 1586-1588.

أمر حكومي عـدد 450 لسنـة 2021 مـؤرّخ فـي 8 جوان 2021 يتعلّـق بتنقيح الأمر عدد 2923 لسنة 2014 المؤرّخ في 5 أوت 2014 المتعلّق بضبط التّنظيم الإداري وطرق تسيير الإدارات الجهويّة للشّؤون الدّينيّة ومشمولاتها، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 52، 18 جوان 2021، ص. 1645-1646.

أمر رئاسي عدد 80 لسنة 2021 مؤرّخ في 29 جويلية 2021 يتعلّق بتعليق اختصاصات مجلس نوّاب الشّعب، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 67، 29 جويلية 2021، ص. 2092.

أمر رئاسي عدد 117 لسنة 2021 مؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 يتعلّق بتدابير استثنائيّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 86، 22 سبتمبر 2021، ص. 2282-2284.

أمر رئاسي عدد 309 لسنة 2022 مؤرّخ في 30 مارس 2022 يتعلّق بحلّ مجلس نوّاب الشّعب، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 35، 30 مارس 2022، ص. 897.

أمر رئاسي عدد 516 لسنة 2022 مؤرّخ في 1 جوان 2022 يتعلّق بإعفاء قضاة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 63، 1 جوان 2022، ص.1842-1843.

أمر رئاسي عدد 578 لسنة 2022 مؤرّخ في 30 جوان 2022 يتعلّق بنشر مشروع الدّستور الجديد للجمهوريّة التّونسيّة موضوع الاستفتاء المقرّر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 74، 30 جوان 2022، ص. 2342-2360.

أمر رئاسي عدد 607 لسنة 2022 مؤرّخ في 8 جويلية 2022 يتعلّق بإصلاح أخطاء تسرّبت إلى مشروع الدّستور المنشور بمقتضى الأمر الرّئاسيّ عدد 578 لسنة 2022 المؤرّخ في 30 جوان 2022 المتعلّق بنشر مشروع الدّستور الجديد للجمهوريّة التّونسيّة موضوع الاستفتاء المقرّر ليوم الاثنين 25 جويلية 2022، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 77، 8 جويلية 2022، ص.2403-2426.

المنـــاشير

منشور رئيس الحكومة عدد 8 المؤرّخ في 17 مارس 2017 والمتعلّق بقواعد إعداد مشاريع النّصوص القانونيّة وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها.

مشاريع نصوص

مشروع مجلّة القضاء الإداري (نسخة سبتمبر 2021)، ضمن نشريّة المحكمة الإداريّة، عدد افتتاحي: خاص

ديسمبر 2021، ص. 264-343.

مقترح مرسوم يتعلّق بتنقيح المرسوم عدد 88 لسنة 2011 مؤرّخ في 24 سبتمبر 2011 المتعلّق بتنظيم الجمعيّات، مع جدول مقارنة يتضمّن الصّيغة المعدّلة والمقترحة من قبل رئيس الجمهوريّة، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://legislation-securite.tn/ar/law/105213

مقترح قانون أساسي عدد 027 / 2023 يتعلّق بتنظيم الجمعيّات، 10 أكتوبر 2023، يمكن تحميله على الموقع الرّسمي لمجلس نوّاب الشّعب ، على الرّابط التّالي:
https://www.arp.tn/ar_SY/loi/project/3957

تقارير رسميّة

دائرة المحاسبات، التّقرير العام السّنوي الثّلاثون، 2016، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://www.courdescomptes.nat.tn/upload/rapport30/rapport30.pdf

مجلس نوّاب الشّعب ، تقرير لجنةالحقوق والحريات والعلاقات الخارجّية حول مشروع القانون الأساسي المتعّلق بتنظيم حالة الطّوارئ (عدد 91/ 2018)، المدّة النّيابيّة الأولى، الدّورة البرلمانيّة الخامسة، ماي 2019.

قرارات قضائية

القضاء الدّستوري: الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين

قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين بخصوص القضيّة عــدد 04/ 2014، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 41، 23 ماي 2014، ص. 1345-1346.

قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين عدد 05/ 2016 بتاريخ 2 جويلية 2016 المتعلّق بمشروع قانون البنوك والمؤسّسات الماليّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 58، 15 جويلية 2016، ص.2508 -2515.

قرار الهيئة الوقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين عــدد 04/ 2019 مؤرّخ في 8 جويلية 2019 يتعلّق بالطّعن في دستوريّة مشروع القانون الأساسي عدد 63/ 2018 المتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء كما نقّح وتمّم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 مؤرّخ في 14 فيفري 2017، غير منشور.

القضاء الإداري: المحكمة الإداريّة

قرار تعقيبي إستعجالي، عدد 731225 ، 15 ماي 2017 ، المكلّف العام بنزاعات الدّولة في حقّ وزارة الصحة ضدّ فتحي الجربي، غير منشور.

قرار تعقيبي إستعجالي، عدد 731240، 12 جويلية 2018، المكلّف العام بنزاعات الدّولة في حقّ وزارة الصحة ضدّ مهنية العبيدي، غير منشور.

حكم ابتدائي، عدد 124153، 4 جويلية 2012، محمد علي الكبسي ضد رئيس الحكومة، غير منشور.

حكم ابتدائي، القضيّة عدد 127207، ،10 جويلية 2015، صلاح الدّين بن الحاج حمدة بن الحاج حسين بن علي ا رئيس الجمهوريّة، غير منشور.

حكم ابتدائي، القضيّة عدد 127208، 10 جويلية 2015، قيس بن صلاح الدّين بن الحاج حمدة بن علي ا رئيس الجمهوريّة، غير منشور.

حكم ابتدائي، القضيّة عدد 127210، 10 جويلية 2015، نجم الدّين بن صلاح الدّين بن الحاج حمدة بن علي ا رئيس الجمهوريّة، غير منشور.

حكم ابتدائي، القضيّة عدد 154772، بن بلقاسم ضدّ وزير الدّاخليّة، 30 نوفمبر 2018، غير منشور.

حكم ابتدائي، القضيّة عدد 155750، السعيدي ضدّ وزير الدّاخليّة، 3 ماي 2019، غير منشور.

الدّائرة الابتدائيّة بالمنستير، قرار في مادّة توقيف التّنفيذ، القضيّة عدد461 6200، 23 مارس 2022، غير منشور.

الدّائرة الابتدائيّة بالمنستير، حكم ابتدائي، القضيّة عدد 6100908، 25 أفريل 2023، الشّهلة سليمان ضدّ المندوب الجهوي للتّربية بالمهديّة، غير منشور.

القضاء العدلي

محكمة الاستئناف بالمنستير، الدّائرة المدنيّة الأولى، قرار عدد 145 بتاريخ 9 جانفي 1986، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 1989، ص. 117-125 (مع تعليق ساسي بن حليمة، ص. 125-142).

المحكمة الابتدائيّة بالكاف، الدّائرة الجناحيّة الأولى، حكم جناحي ابتدائي، القضيّة عدد 220/24، 02/06/ 2024، غير منشور.

محكمة النّاحية بتونس، حكم تبنّي عدد 12639، 12 جويلية 2018، غير منشور.

آراء المجلس الدّستوري

الرّأي عدد 2-2011 للمجلس الدّستوري بخصوص مشروع قانون يتعلّق بالتّفويض إلى رئيس الجمهوريّة المؤقّت في اتّخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 10، 10 فيفري 2011، ص. 175-176.

XII. وثائق ونصوص رسميّة أجنبيّة

دساتير

اسبانيا

دستور إسبانيا الصّادر عام 1978 شاملا تعديلاته لغاية عام 2011، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=ar

البرتغال

دستور برتغال 1976 (المعدّل 2005)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005?lang=ar

ألمانيا

دستور ألمانيا الصّادر عام 1949 شاملا تعديلاته لغاية عام 2012، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar

المغرب

الدّستور المغربي المؤرّخ في 29 جويلية 2011، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf?lang=ar

المملكة العربيّة السّعوديّة
النّظام الأساسي للحكم المؤرّخ في 1 مارس 1992، يمكن تحميله على موقع هيئة الخبراء بمجلس الوزراء السّعودي، على الرّابط التّالي:

https://tinyurl.com/5xftwdj3

الولايات المتّحدة الأمريكيّة
دستور الولايات المتّحدة الأمريكيّة 1787 (المعدّل 1992)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992?lang=ar

ايطاليا
دستور إيطاليا 1947(المعدّل 2012)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012?lang=ar

بلجيكيا
دستور بلجيكا الصّادر عام 1831 شاملا تعديلاته لغاية عام 2014، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014.pdf?lang=ar

جنوب افريقيا
دستور جنوب أفريقيا 1996 (المعدّل 2012)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=ar

سويسرا
دستور سويسرا الصّادر عام 1999 شاملا تعديلاته لغاية عام 2014، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar

فرنسا
دستور فرنسا الصّادر عام 1958 شاملا تعديلاته لغاية عام 2008، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar

كينيا
دستور كينيا الصّادر عام 2010، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010.pdf?lang=ar

مصر
دستور 1971 طبقا لآخر تعديلاته في عام 2007، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/s9z35s7e

دستور مصر 2014 (المعدّل 2019)، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2019?lang=ar

نمسا
دستور النّمسا الصّادر عام 1920، أعيد العمل به عام 1945، شاملا تعديلاته لغاية 2013، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=ar

نصوص قانونيّة أخرى

الإمارات العربيّة المتّحدة

قانون المعاملات المدنيّة لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة وفقا لأحدث التّعديلات، سلسلة التّشريعات والقوانين لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة، أوت 2020، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/4433bjbw

XIII.وثائق ونصوص رسميّة دوليّة

منظومة الأمم المتّحدة

لجنة حقوق الإنسان

لجنة حقوق الإنسان، «مبادئ سيراكوزا المتعلّقة بأحكام التّقييد وعدم التّقيّد الواردة في العهد الدّولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة»، مرفق بحالة العهدين الدّوليّين الخاصّين بحقوق الإنسان، مذكّرة شفويّة في 24 آب/ أغسطس 1984 وموجّهة إلى الأمين العام من الممثّل الدّائم لهولندا لدى مكتب الأمم المتّحدة في جنيف، الأمم المتّحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، لجنة حقوق الإنسان، الدّورة الحادية والأربعون، البند 18 من جدول الأعمال المؤقّت، E/CN.4/ 1985/ 4 ، 28 سبتمبر 1984، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://www.refworld.org /cgi-bin /texis /vtx /rwmain /opendocpdf.
pdf?reldoc=y&docid=4933d08d2

المفوّضية السّامية لحقوق الإنسان

مفوّضية الأمم المتّحدة السّامية لحقوق الإنسان، المعاهدات الدّوليّة الأساسيّة لحقوق الإنسان، الأمم المتّحدة، نيويورك وجنيف، 2006.

المفوّضية السّامية لحقوق الإنسان، خطّة عمل الرّباط بشأن حظر الدّعوة إلى الكراهية القوميّة أو العنصريّة أو الدّينية التي تشكل تحريضا على التّمييز أو العداوة أو العنف، 5 أكتوبر 2012، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_draft_outcome_AR.pdf

هيئات المعاهدات ضمن نظام الأمم المتّحدة لحقوق الإنسان: اللّجنة المعنيّة بحقوق الانسان

اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 27، المادّة 12 (حرية التنقّل)، CCPR/C/21/Rev.1/Add.9، 2 نوفمبر 1999، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/42pcy6c2

اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 32، المادّة 14- الحقّ في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائيّة وفي محاكمة عادلة، CCPR/C/GC/32، 23وت 2007، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/25bcumbx

اللّجنة المعنيّة بحقوق الإنسان، التّعليق العام رقم 34، المادّة 19 (حرية الرّأي وحرية التّعبير)، CCPR/C/GC 34/، 12 سبتمبر 2011، يمكن تحميله على الرّابط التّالي:
http://tinyurl.com/yx6y8je6

مجلس أوروبا

المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان، مجلس أوروبّا، الاتّفاقيّة الأوروبيّة لحقوق الإنسان معدّلة بالبروتوكولين رقم 11 و14، ومتمّمة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و6 و7 و12 و13، ترجمة غير رسميّة، يمكن تحميلها على الرّابط التالي:

https://www.echr.coe.int/documents/convention_ara.pdf

مجلس أوروبّا، الاتّفاقيّة المتعلّقة بالجريمة الالكترونيّة (بودابست)، 23 نوفمبر 2001، مجموعة المعاهدات الأوروبيّة، رقم 185، يمكن تحميلها على الرّابط التّالي:
https://rm.coe.int/budapest-convention-in-arabic/1680739173

المراجع باللّغات الأجنبيّة

I. Ouvrages

Ouvrages généraux

BERGEAL (C.), *Rédiger un texte normatif, Manuel de Légistique*, Paris, Berger-Levrault, 2012.

CARTIER (E.), *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique «républicain»,* Paris, LGDJ, 2005.

DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique I,* Deuxième partie, 1835, Document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, Collection Les classiques de sciences sociales, Bibliothèque äu-Emile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, disponible au lien suivant : http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_t1_2.pdf

FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel,* 25ème édition, Paris, Dalloz, 2023.

GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32e édition, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2018.

HAMON(F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, 42ème édition, Paris, LGDJ, Lextenso, 2021.

HOBBES (Th.), *De Cive ou les fondements de la politique*, traduction de Samuel Sorbière, Paris, Editions Sirey, 1981.

HOBBES (Th.), *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésisatique et civile*, traduit de l'anglais, annoté et comparé avec le texte latin par François Tricaud, Paris, Editions Sirey, 1983.

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

LACHARRIERE (G. de), *La politique juridique extérieure,* Paris, Economica, 1983.

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

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, volume 1, Tunis, Cérès Editions, 1994.

POPPER (K.), *La société ouverte et ses ennemis*, Tome 1, *L'ascendant de Platon*, Paris, Editions du Seuil, 1979.

QUINART (E.), *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958),* Paris, Dalloz, 2021.

ROSSITER (C.), *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, (originally published in 1948 by Princeton University Press), London and New York, Routledge, 2017.

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

ROUSSEAU(J.-J.), *Du Contrat social. Précédé de Discours sur l'économie politique, Du Contrat social (Premi*è*re version) et suivi de Fragments politiques*, Texte établi présenté et annoté par Robert Dérathé, Paris, Gallimard, 1964,

SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie,* Paris, Payot, 1965.

VON IHERING (R.), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développemen*t, traduit sur la 3ème édition par Octave DE MEULENAERE, Tome II, Paris, A. Marescq, Aîné, 1886-1888.

Ouvrages spécialisés

AUER (A.), MALINVERNI (G.), HOTTELIER (M.), *Droit Constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, Berne, 2006.

DROOGHENBROECK (V.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

FAVOREU(L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN(R.), MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), PENA(A.), PFERSMANN (O.), PINI(J.), ROUX(J.), SCOFFONI (G.), TREMEAU(J.), *Droit des libertés fondamentales*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 2016.

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

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

HOTZ (W.), *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zurich 1977.

JELLINEK(G.), *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* Freiburg, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892.

LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, 2ème édition refondue, Bruxelles,

Bruylant, Memesis, 2008.

MÜLLER (J.-P.) (*dir.), Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, Staempfli, 1983.

MASTRONARDI (Ph.), *Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlin 1978.

SCHEFER (M.), *Die Kerngehalte von Grundrechten : Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Berne 2001.

VANNES(V.), *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013.

II. Dictionnaires

DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.

III. Thèses

BAAZAOUI (Y.), «La méthode des intérêts : Paradigme du droit international privé contemporain. (Tour d'horizon de récentes jurisprudence et législations)», thèse de docotrat en droit privé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2022.

BEN MOUSSA (I.), «Le droit musulman dans la jurisprudence tunisienne», thèse en vue de l'obtention du doctorat en Droit public, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2021-2022 .

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

ROUZIERE-BEAULIEU (O.), «La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme», thèse pour obtenir le grade de docteur, Université de Montpellier, L'Institut de droit européen des droits de l'homme, 2017.

SCHMIDT NOEL (A.), «La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé», thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour l'obtention du grade de docteur en droit, 2011.

IV. Articles

ALDEEB ABU-SAHLIEH (Sami. A.), «Dispositions relatives au droit international privé dans le code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis (Traduites et commentées)», *Revue critique de droit international privé*, 1986, pp. 390-401.

AMSELEK(P.), « L'interprétation dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen»,

in. Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté, Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, 2011, pp. 39-56.

BACCOUCHE (N.), « Etrange légalité fiscale », *in. Droits et culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Ben Achour,* Tunis, CPU, 2008, pp. 649-667.

BEN ACHOUR (S.), « Trois constitutions, un seul pouvoir », *in*. REDISSI (H.) (*dir.*), *Le pouvoir d'un seul,* Tunis, Diwen Editions, 2023, pp. 65-84.

BEN DAHMENE (Kh.), « La propriété intellectuelle dans l'ALECA », *in.* BEN MAHFOUDH(H.) (*dir.*), *Négocier l'ALECA: quel intérêt pour la Tunisie ?*, Actes du colloque international, Tunis 23-24 novembre 2018, Tunis, 2019, pp. 157-188.

BOUSTA (R.), « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/4, n° 88, pp. 913-930.

BRAS (G.-Ph.), « Un Etat « civil » peut-il être religieux ? Débats tunisiens *», Pouvoirs*, 2016/1, N° 156, pp. 55-70.

CHARFEDDINE (M.), « La mobilité des personnes et l'ALECA entre la Tunisie et l'Union européenne : quelle synergie », *in.* BEN MAHFOUDH(H.) (*dir.*), *Négocier l'ALECA: quel intérêt pour la Tunisie ?*, Actes du colloque international, Tunis 23-24 novembre 2018, Tunis, 2019, pp. 189-208.

CHEKIR (H.), «La régression des droits des femmes depuis le 25 juillet», *in.* REDISSI(H.) (*dir.*), *Le pouvoir d'un seul*, Tunis, Diwen Editions, 2023, pp. 103-120.

COUTEL (Ch.), « «Tyrannie de la majorité » selon Tocqueville et «droit des minorités»», *L'Enseignement philosophique,* 2010/6, pp. 61-65.

FRANCILLON (J.), « Infractions relevant du droit de l'information et de la communication », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012/1, pp. 162-182.

FRIKHA (I.), « Rapport introductif », *in.* BEN MAHFOUDH(H.) (*dir.*), *Négocier l'ALECA: quel intérêt pour la Tunisie ?*, Actes du colloque international, Tunis 23-24 novembre 2018, Tunis, 2019, pp. 15-27.

GADHOUM (O.), « Imposition et religion musulmane », *Revue tunisienne de fiscalité,* 2007, n°6, pp. 21-32.

GHANNOUCHI (R.), «Participation in non-islamic government*», in.* Kurzman (Ch.) (*ed.*), *Liberal Islam: A Sourcebook*, Oxford University Press, 1998, pp. 89-94.

GHERAIRI (G.), « Le caractère civil de l'Etat tunisien », », *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 119-126.

GUELLALI (A.), « La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution:

Genèse, portée et défis », *in. La Constitution de la Tunisie, Processus, principes et perspectives*, PNUD, 2016, pp. 411-418.

KLIBI (S.), « La loi et le caractère civil de l'Etat » *in*. GARGOURI (M.) et NEJI (L.) *(sous la coordination de*), *La loi*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de Sfax, l'Association tunisienne de Droit constitutionnel et l'Association pour la recherche sur la transition démocratique, les 11 et 12 avril 2019, Tunis, Latrach Editions, 2022, pp. 33- 48.

KLIBI (S.), «La Constitution du 25 juillet 2022, constitution de la dé-démocratisation», *in*. REDISSI (H.) (*dir*), *Le pouvoir d'un seul,* Tunis, Diwen Editions, 2023, pp. 85-102.

LALLEMANT-MOE (H. R.), « La non-régression en droit français : mythe ou réalité?», *Revue juridique de l'environnement*, 2018/2, pp. 333-347.

LE MONNIER DE GOUVILLE (P.), « Le principe de nécessité en droit pénal. À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (*dir.*), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, coll. LEJEP, 2013 », *Les Cahiers de la Justice*, 2014/3, N° 3, pp. 495-503.

LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS (M.), « El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional », *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna,* 1996, nº 13, pp. 41-76.

MARTENS(P.), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » *in. Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jacques Velu*, t 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 49-68.

MEUNIER (J.), «La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'Homme», *in*. RUIZ FABRI (H.) (*dir.*), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs,* Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 185-208.

MEYER-BISCH (P.), « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », *in*. MEYER-BISCH (P.) (*dir.*), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, actes du VIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989, Fribourg, Editions Universitaires, 1991, pp. 97-121.

MÜLLER(J.-P.), « Réflexions générales sur les droits fondamentaux », *in*. THURER (D.), AUBERT (J.-F.), MÜLLER(J.-P.) (*éd.*), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, Schulthess, 2001, pp. 621-645.

NOUIRA(A.), « La religion dans la Constitution de 2022, rupture ou continuité?», *in*. REDISSI (H.) (*dir.*), *Le pouvoir d'un seul*, Tunis, Diwen Editions, 2023, pp.

149-159.

PLATON(S.), «Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'Etat de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel,* 2008/5 HS n°2, pp. 97-116.

REDISSI (H.) «Une dictature bien singulière », *in*. REDISSI (H.) (*dir.*), *Le pouvoir d'un seul,* Tunis, Diwen Editions, 2023, pp. 45-62.

SALAS(D.), «La banalisation dangereuse de l'état d'urgence», *Etudes,* Mars 2016, n°4225, pp. 29-40.

SAUNIER (S.), « La théorie des formalités impossibles ou l'impossible théorie», *RFDA,* novembre-décembre 2020, pp. 1081-1090.

VALABREGA (J.-P.), «Fondement psycho-politique de la censure», *Communications,* 1967/9, *La censure et le censurable*, pp. 114-121.

WILDHABER (L.), «Limitations on Human Rights, in time of peace, war and emergency : a Report on Swiss Law », *in*. DE MESTRAL (A.), BIRKS (S.), BOTHE (M.), COTLER (I.), KLINCK (D.), et MOREL (A.) (*éds.*), *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais,1986, pp. 55 et ss.

V. Articles électroniques

AFROUKH (M.), « Une hiérarchie entre droits fondamentaux ? Le point de vue du droit européen », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n°43, disponible au lien suivant : http://www.revuedlf.com/cedh/une-hierarchie-entre-droits-fondamentaux-le-point-de-vue-du-droit-europeen/

BONBLED (N.), et RINGELHEIM (J.), « La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in*. BAILLEUX (A.), CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.) ET OST (F.) (*dir.*), *Traduction et droits européens: enjeux d'une rencontre, Hommage au recteur Michel Van de Kerchove,* Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint Louis, 2009, disponible au lien suivant: https://books.openedition.org/pusl/24730?lang=fr

CARPENTIER (M.), « État d'exception et dictature », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2011, n°20, disponible au lien suivant : https://journals.openedition.org/traces/5060#ftn2

GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, une technique de protection des libertés publiques ?», *Jus Politicum,* n° 7, mai 2012, disponible au lien suivant: http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP7_Goesel_PDF_corr01-2.pdf

GONZALES (G.), « Ordre public et liberté de religion dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des religions*, 2020/9, disponible au lien suivant : https://journals.openedition.org/rdr/1126#ftn33

GUILMAIN(A.), « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique», *Revue de droit de McGill,* 61 (1), Septembre 2015, pp. 87-137, disponible au lien suivant : https://doi.org/10.7202/1035386ar

HACHEZ(I.), «L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels?», *Administration publique*, vol. 24 ème année, no. 1, 2000, pp. 30-57, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:126521/datastream/PDF_01/view

LAMBINET(F), « Mise en œuvre du principe de standstill dans le droit de l'assurance chômage: quelques observations en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2018», pp. 1-19, http://terralaboris.be/IMG/pdf/lb_061_standstill_cho_mage_terra_laboris_18iv07.pdf

MARCH (A.), «The Maqṣad of Ḥifẓ al-Dīn: Is Liberal Religious Freedom Sufficient for the Sharīʿah? », *Islam and Civilizational Renewal*, 2011, vol. 2, no. 2, pp. 358–378, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/4arktzkh

MILLARD (E.), « L'Etat de droit, idéologie contemporaine de la démocratie», *in*. FEVRIER (J.-M.), CABANEL (P.) (*éd.*), *Question de démocratie*, Presses universitaires du Mirail, 2001, pp.1-24, disponible sur le site: https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/126251/filename/Etat_de_droit.pdf

MOURON(Ph.), « La liberté de création artistique au sens de la loi du 7 juillet 2016», *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2017, chronique n°30, disponible sur le site de la revue, au lien suivant: http://tinyurl.com/5n8cbcer

PHILIPPE (X.), *in.* DRI-IDEA-PNUD, *Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie: La mise en œuvre de l'article* 49 *de la nouvelle Constitution tunisienne*, Tunis, 27-28 novembre 2014, pp. 23-29, disponible au lien suivant: https://tinyurl.com/tjwde4bw

STEFF (A.), « La protection de l'accès au juge judiciaire par les normes fondamentales», *Les annales de droit,* 2017-11, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/y5jm8teb

TAMIETTI (A.), « Le principe de légalité aux termes de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un bref aperçu de jurisprudence », *eucrim*, 2015/3, pp. 116-119, disponible au lien suivant:
https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2015-03.pdf#page=42

TCHEN(V.), « Domaines de la loi et du règlement », *JurisClasseur Administratif*, Fascicule n°106, 14 octobre 2014, disponible au lien suivant : https://dicopac.wordpress.com/2018/01/25/domaines-de-la-loi-et-du-reglement/

VI. Articles dans la presse, généraliste et spécialisée

BEN ACHOUR (S.), « L'arbre qui cache la forêt : de l'Islam religion de l'Etat à l'Islam communautaire », *Nachaz/Dissonances,* 17 septembre 2022, disponible au lien suivant : https://nachaz.org/larbre-qui-cache-la-foret/

GEISSER (V.), «La Tunisie de Kais Saïed : héritage révolutionnaire et restauration autoritaire», *Diplomatie: Affaires stratégiques et relations internationales,* 2023, n°118, disponible au lien suivant: https://hal.science/hal-04377100/document

JONVILLE(M.) et BONNEFOY(V.), « Négociations UE-Tunisie: libérer les échanges sans échanger les libertés? », *Le club de Mediapart*, 25 avril 2018, disponible au lien suivant: https://blogs.mediapart.fr/edition/desconstructions-transmediterraneennes/article/250418/negociations-ue-tunisie-liberer-les-echanges-sans-echanger-le

REDISSI (H.), « Raison publique et laïcité islamique: la constitution tunisienne de 2014 », *Leaders,* 04/07/2014, disponible au lien suivant : https://www.leaders.com.tn/article/14489-hamadi-redissi-raison-publique-et-laicite-islamique-la-constitution-tunisienne-de-2014

VII. Etudes et rapports

ARTICLE 19, *Analyse juridique du décret-loi n*°2022-54 *du* 13 *septembre* 2022, Pamt 2 (Programme d'appui aux médias tunisiens), Union européenne, Janvier 2023, disponible au lien suivant : https://pamt2.org/wp-content/uploads/2023/02/Analyse-juridique-Decret-loi-No_-2022-54.pdf

CHAPRA (M. U.), « The Islamic development in the light of Maqāsid Al-Sharī'ah», *Working paper*, Islamic Research and Training Institute Islamic Development Bank, Jeddah, 2008, disponible au lien suivant: https://www.researchgate.net/publication/303499103_The_Islamic_Vision_of_Development_in_the_Light_of_Maqasid_Al-Shari'ah

VIII. Documents et textes officiels nationaux

Textes officiels

Allemagne

Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), Loi sur l'application des réseaux

du 1er septembre 2017, modifiée en dernier lieu par l'article 3 de la loi du 21 juillet 2022, disponible sur le site officiel du ministère fédéral de la Justice, au lien suivant: https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html

Canada

Charte canadienne des droits et libertés du 17 avril 1982, disponible au lien suivant : https://canada.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/dlc-rfc/ccdl-ccrf/pdf/charte-poster.pdf

France

Textes pré-constituants *

Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941, portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre et créant le Comité national français, disponible au lien lien suivant :
https://mjp.univ-perp.fr/france/co1940fl-cnf.htm

Ordonnance du 17 septembre 1943 portant constitution d'une Assemblée consultative provisoire, *J.O.R.F (Alger) du* 23 *septembre 1943*, p.140.

Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, disponible au lien suivant :
https://mjp.univ-perp.fr/france/co1945.htm

Textes constitutionnels

Constitution du 4 octobre 1958, Texte original, disponible sur le site du Sénat français, au lien suivant : https://www.senat.fr/evenement/revision/texte_originel.html#II

Constitution du 4 octobre 1958, texte en vigueur à jour de la révision constitutionnelle du 08 mars 2024, disponible au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000019241004/2024-04-19/

Textes législatifs

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, version consolidée au 1er janvier 2023, disponible au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000877119/

Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF n°0297 du 23 décembre 2018*, texte n°2, disponible au lien suivant :http://tinyurl.com/227akwkr

Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, *JORF n°0019 du 23 janvier* 2022, Texte n° 1, disponible au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/

* Voir pour cette catégorie BLOUET (A.), « Le pouvoir pré-constituant : contribution à l'étude de l'exercice du pouvoir constituant originaire à partir du cas de l'Egypte après la Révolution du 25 janvier (février 2011-juillet 2013) », thèse de doctorat en droit comparé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018.

JORFTEXT000045062855

Ordonnances

Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF du* 23 *décembre* 1958, version en vigueur, disponible au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA00000609159

Autres

Réponse de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, à la question n°37496 relative au décret du ministère de la justice, paru le 15 août 2013 au *Journal officiel,* Réponse publiée au *Journal officiel* le 02/09/2014, p. 7432, disponible sur le site de l'Assemblée nationale, au lien suivant: https://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-37496QE.htm

Jurisprudence

Allemagne

BVerfGE 7, 377, *Apotheken-Urteil,* 11 juin 1958, disponible au lien suivant : https://servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html

BVerfGE 22, 180, 141, 142, *Jugendhilfe*, 18 juillet 1967, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html

BVerfGE 30, 292, *Erdölbevorratung,* 16 mars 1971, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292.html

BverfGE, 35, 382, *Ausländerausweisung,* 18 juillet 1973, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035382.html

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

BverfGE, 51, 324, *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten,* 19 juin 1979, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051324.html

BverfGE, 61, 126, *degressive Zweitwohnungsteuer*, 15 Janvier 2014, disponible au lien suivant : https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv135126.html

Belgique

C. trav. Liège (Neufchâteau), 10 février 2016, R.G. n° 2015/AU/48, disponible au lien suivant : http://www.terralaboris.be/IMG/pdf/ctlneuf_2016_02_10_2015_au_48.pdf

Canada

Cour suprême du Canada, *R. c. Oakes,* [1986] 1 R.C.S. 103, 136, n°17550, 28 février 1986, disponible au lien suivant : https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/

item/117/index.do

Cour suprême du Canada, *Thomson Newspapers Co. c. Canada*, [1998] 1 RCS 877, n° 25593, 29 mai 1998, disponible au lien suivant : https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1621/index.do

Cour suprême du Canada, *R. c. Ndhlovu* 2022 CSC 38, n°39360, 28 octobre 2022, disponible au lien suivant : https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/19538/index.do

Espagne

Tribunal constitutionnel, STC 11/1981, 8 avril 1981 (*BOE nº* 99 *du* 25 *avril* 1981), « Droit de grève ».

Etats-Unis d'Amérique

U.S. Supreme *Court, Ex parte Milligan,* 71 U.S. 4 Wall. 2 2 (1866), disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/ym5ch5f6

U.S. Supreme Court, *Beauharnais v. Illinois,* 343 U.S. 250 (1952), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/

U.S. Supreme Court, *Buckley v. Valeo,* 424 U.S. 1 (1976), 424 U.S. 1, https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/

France

Conseil Constitutionnel

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1981/80127DC.htm

Décision n°84-172 DC du 26 juillet 1984, Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84172DC.htm

Décision n°85-196 DC du 08 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85196DC.htm

Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm

Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm

Décision n°2004-491 DC du 12 février 2004, Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004491DC.htm

Décision n°2013-674 DC du 1er août 2013, Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, disponible au lien suivant:
https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013674DC.htm

Décision n°2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016737DC.htm#:~:text=L'article%2024%20de%20la,agence%20fran%C3%A7aise%20pour%20la%20biodiversit%C3%A9

Décision n°2022-835 DC du 21 janvier 2022, Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique, disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/2022835DC.htm

Questions prioritaires de constitutionnalité

Décision n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, M. Pierre B. [Mur mitoyen], disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201060QPC.htm

Décision n°2013-317 QPC du 24 mai 2013, Syndicat français de l'industrie cimentière et autre [Quantité minimale de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles], disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/32f8vwph

Décision n°2014-393 QPC du 25 avril 2014, M. Angelo (R.) Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/2p97at9x

Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité], disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020843QPC.htm

Décision n° 2020-851/852 QPC du 03 juillet 2020, M. Sofiane A. et autre [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire], disponible au lien suivant : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020851_852QPC.htm

Décision n°2021-949/950 QPC du 24 novembre 2021, Mme Samia T. et autre [Droits de l'époux commun en biens en cas de confiscation prévue à titre de peine complémentaire de certaines infractions], disponible au lien suivant: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021949_950QPC.htm

Conseil d'Etat

CE, *Botton,* 22 février 1946, *Recueil Lebon,* p. 58.

CE, *Société Ekzy,* n°46922, 12 février 1960, *Recueil Lebon,* p. 101.

CE, *Le Coustumer,* n°23943, 23 décembre 1981*, Recueil Lebon,* p. 571.

CE, *Syndicat général de l'éducation nationale CFDT*, n°23176, 17 juin 1985, *Recueil Lebon,* p. 471.

CE, *Meyet et autres,* n°258253, 17 décembre 2003, disponible au lien suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008184643/

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

CE, Arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat, *Fédération CFDT des finances et autres, Confédération générale du travail et autres, Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière,* n°440258, 440289, 440457, 16 décembre 2020, disponible au lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042687547

CE, Le juge des référés, N°460801, 461012, Ordonnance du 10 février 2022, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/t6ksm7f4

Suisse

ATF 99 Ia 747, *Arrêt du* 7 *novembre* 1973 *dans la cause Etienne contre Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois,* disponible au lien suivant:
http://tinyurl.com/yc2225c6

ATF 123 I 296, 12 novembre 1997, *X c. Conseil d'Etat du Canton de Genève*, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/mry9pdna

ATF 126 I 112, Arrêt du 23 mai 2000, *S. gegen Gesundheits- und Fürsorgedirektionsowie Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, disponible au lien suivant :
http://tinyurl.com/yc36dszd

IX. Documents et textes officiels internationaux

Système des Nations Unies

Instruments conventionnels

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, Nations Unies, *Collection des traités*, disponible au lien suivant : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_fr#85

Actes des organes du système des Nations Unies

Conseil des droits de l'homme

Assemblée générale, Conseil des droits de l'homme, « Pandémies et liberté d'opinion et d'expression », Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, A/HRC/44/49, 44ème session, 23 avril 2020, disponible au lien suivant : https://tinyurl.com/2scv6993

Organes conventionnels du système de protection des droits de l'homme des Nations Unies

Comité des droits de l'homme, Observation générale n°29, États d'urgence (art. 4), adoptée le 24 juillet 2001 à sa 1950e session, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001.

Conseil de l'Europe

Cour européenne des droits de l'homme : Jurisprudence

CEDH, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique,* Requête n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, arrêt du 23 juillet 1968, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/584am98

CEDH, *Affaire Delcourt c. Belgique,* Requête n°2689/65, Arrêt du 17 janvier 1970, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/bdzdxxcd

CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni,* Requête n°5493/72, Arrêt du 7 décembre 1976, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/yeykkzj2

CEDH, *Affaire Young, James et Webster c. Royaume-Uni,* Requêtes n°7601/76 et 7806/77, Arrêt du 13 août 1981, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/ycxv752h

CEDH, *Affaire Dudgeon c. Royaume-Uni,* Requête n°7525/76, Arrêt du 22 octobre 1981, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/mvu5whhy

CEDH, *Affaire De Cubber c. Belgique,* Requête n° 9186/80, arrêt du 26 octobre 1984, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/4p4kj698

CEDH, *Affaire Ashingdane c. Royaume-Uni,* Requête n°8225/78, Arrêt du 28 mai 1985, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/38zy7r5a

CEDH, *Affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche,* Requête n°13470/87, Arrêt du 20 septembre 1994, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/98pwruxm

CEDH, *Affaire Bellet c. France,* Requête n°23805/94, arrêt du 4 décembre 1995, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/ztncr9jh

CEDH, *Cantoni c. France,* Requête n°17862/91, Arrêt du 15 novembre 1996, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/yzfe6utc

CEDH, *Affaire E.B. c. France,* Requête n°43546/02, Arrêt du 22 janvier 2008,

disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/mr2bamzt

CEDH, *Affaire Gorou c. Grèce,* Requête n°12686/03, arrêt du 20 mars 2009, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/3z5dbtsb

CEDH, *Affaire Kamburov c. Bulgarie,* Requête n°31001/02, arrêt du 23 avril 2009, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/3bzhnbmm

CEDH, *Affaire Eon c. France,* n° 26118/10, 14 mars 2013, disponible au lien suivant: http://tinyurl.com/3t2j5ffa

CEDH, *Affaire S. A. S. c. France,* Requête n°43835/11, arrêt du 1er juillet 2014, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/2e8du5aa

CEDH, *Affaire Ashlarba c. Géorgie,* Requête n° 45554/08, Arrêt du 15 juillet 2014, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/42dsz7cu

CEDH, *Affaire Izzettin Doğan et autres c. Turquie,* Requête n°62649/10, arrêt du 26 avril 2016, disponible au lien suivant : http://tinyurl.com/bdfz2frs

Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)
Avis

Avis conjoint urgent de la Commission de Venise et la Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur le projet d'amendements au Code pénal concernant la disposition sur les « informations fausses ou trompeuses», Avis n° 1102 / 2022, 7 octobre 2022, disponible au lien suivant : https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)032-f

Conseil de l'Europe : Guides

Conseil de l'Europe, *Les liens entre la liberté d'expression et les autres droits de l'homme, Guide de bonnes et prometteuses pratiques sur la manière de concilier la liberté d'expression avec d'autres droits et libertés, notamment dans les sociétés culturellement diverses,* 2019, disponible au lien suivant : https://edoc.coe.int/fr/liberts-fondamentales/8295-les-liens-entre-la-liberte-d-expression-et-les-autres-droits-de-l-homme.html#

Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 2 du Protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme- Droit à un double degré de juridiction en matière pénale*, Mise à jour au 29 février 2024, disponible au lien suivant:

https://ks.echr.coe.int/fr/web/echr-ks/

Union européenne

Commission européenne, *Le Code de bonnes pratiques de 2022 en matière de désinformation,* disponible au lien suivant : https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/code-practice-disinformation

Actes conjoints

Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'expression et d'opinion, Représentant pour la liberté des médias de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), Rapporteur spécial pour la liberté d'expression de l'Organisation des Etats américains (OAS) et Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les fausses nouvelles (« Fake news»), la désinformation et la propagande,* Vienne, 3 mars 2017, disponible au lien suivant: https://www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2018/11/mandates.decl_.2017.French.pdf

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والإنتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والإنتخابات (International IDEA) هي منظمة حكومية دولية تضم دولاً أعضاء وعددها 35، تأسست في عام 1995 وتتمثل ولايتها في دعم الديمقراطية المستدامة في جميع أنحاء العالم.

عملنا

نقوم بتطوير أبحاث صديقة للسياسات تتعلق بالانتخابات، البرلمانات، الدساتير، التحول الرقمي، تغير المناخ، والمشاركة والتمثيل السياسي، كل ذلك تحت مظلة أهداف التنمية المستدامة للأمم المتحدة. ونقوم بتقييم أداء الديمقراطيات في جميع أنحاء العالم من خلال مؤشراتنا العالمية الفريدة لحالة الديمقراطية ومتتبع الديمقراطية (Democracy Tracker).

كما نقدم تنمية القدرات ومشورة الخبراء للجهات الفاعلة الديمقراطية بما في ذلك الحكومات، البرلمانات، مسؤولي الانتخابات والمجتمع المدني. كما نقوم بتطوير الأدوات ونشر قواعد البيانات والتقارير والكتب الأساسية بعدة لغات حول مواضيع تتراوح من إقبال الناخبين إلى حصص النوع الإجتماعي.

ونقوم بالجمع بين الدول والجهات الفاعلة من غير الدول من أجل الحوار وتبادل الدروس. نحن نقف وننادي لتعزيز وحماية الديمقراطية في جميع أنحاء العالم.

مناطق عملنا

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في إفريقيا، آسيا والمحيط الهادئ، أوروبا، وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. المؤسسة الدولية للديمقراطية والإنتخابات مراقب دائم لدى الأمم المتحدة ومعتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

منشوراتنا وقواعد بياناتنا

لدينا دليل منشورات يضم أكثر من 1,000 منشور وهناك أكثر من 25 قاعدة بيانات متيسرة على موقعنا. يمكن تنزيل معظم منشوراتنا مجاناً.

<https://www.idea.int>

International IDEA
Strömsborg
SE-103 34 Stockholm
Sweden
+46-8-698 37 00
info@idea.int
www.idea.int

Federal Foreign Office
Werderscher Markt 1
11013 Berlin
www.auswaertiges-amt.de

«الحريّات الفرديّة والفصل 55: هل من قراءة أخرى بعد؟»، دراسة من المفروض أن تحيّن كتاب «الفصل 49 والحريات الفرديّة: هل من قراءة أخرى؟»، الذي كان قد صدر في إطار دستور 27 جانفي 2014، أخذا بعين الاعتبار تغيّر السّياق الدّستوري وصدور دستور 25 جويلية 2022.

والمسافة بين الكتابين التي من المفروض أن تعكس المسافة بين منظومتين دستوريّتين مختلفتين، يلخّصها استعمال الظّرف المبهم «بعدُ» الوارد في عنوان هذه الدّراسة التي تتساءل عن التّحوّلات التي طرأت على التّنظيم القانوني للحريات الفرديّة في علاقة بالتّغييرات التي أدخلت على نصّ المادّة الجامعة وعلى الأحكام الدّستوريّة المتّصلة بالحريات ككلّ. وإذا كانت إشكاليّة الكتاب الأوّل تتمثّل في البحث عن قراءة تمكّن من حماية قصوى للحريات الفرديّة فإنّ في الكتاب الجديد- الذي يتوجّه إلى المشتغلين بالقانون عموما والمهتمّين بالتّناسب خصوصا- بحث عن إمكانيّة قراءة تسمح بتحقيق الحدّ الأدنى الضّروري من الاتّساق في المنظومة الدّستوريّة الجديدة، أمام تزاحم رسائل المشرّع التّأسيسي بين ما تمّ الإبقاء عليه وما تمّ التّخلّي عنه وما تمّ الزجّ به في الدّستور من جهاز مفاهيمي جديد، بما يؤدّي إلى تشوّش في التّلقّي. هذا مع إدراكنا لصعوبة المهمّة في ظرف سياسي انتقالي تزاحمت فيه النصوص التي وجبت دراستها على محكّ التّناسب الذي يظلّ الجوهر الخالص للمادّة الجامعة، ومكسبا هامّا، رغم التّغيير الوارد على نصّها في إطار الدّستور الجديد.

فهل من قراءة أخرى بعدُ؟

الرقم المعياري الدولي للكتاب: 978-91-7671-638-0