المعهد الأعلى للمحاماة
- بنقردان -

حقوق الإنسان (I)

أسئلة وإجابات

أ.ع. فرحات.

أساتذة السنة الأولى بالمعهد الأعلى للمحاماة بنقردان.

2015-2016.

فقط لاستطلاع
الرأي، هل أنت
مع أو ضد
عقوبة الإعدام؟

مدخل عام لحقوق الإنسان

إن احترام حقوق الإنسان عامة معيارا أساسيا تقاس من خلاله درجة تقدّم الأمم والشعوب وتقيّم على أساسه السياسات وتعرف بواسطته درجة الانخراط في الحركة الكونية المنادية بإيلاء الإنسان العناية التي يستحقها بحكم إنسانيته المتأصلّة فيه.

يمكن تعريف حقوق الإنسان عموما بأنّها الحقوق المتأصلّة في طبيعة الذات البشرية والمتصلّة بوجودها اتصالا وثيقا ومباشرا ولا يتسنى بدونها للبشر أن يعيش عيشة البشر في كنف الكرامة والسلم ... وبالتالي تستند منظومة حقوق الإنسان التي أثمرها المنظم الاممي إلى الدفاع عن حقوق الإنسان عامة بموجب الكرامة المتجذّرة في كلّ ذات بشرية...

شرعة حقوق الإنسان (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، والصكوك الدولية اللاحقة – العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966)

***الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948**

- يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 10 ديسمبر 1948 نقطة تحوّل في تاريخ الإنسانية أصدرته المجموعة الدولية كإعلان موحّد للحقوق والحريات الأساسية للإنسان غير القابلة للتصرف ويعبّر عن اتفاق الدول على مثل مشتركة تسعى جميع الشعوب لإدراكها:

- وعلى الدول أن ترتقي إلى مبادئ الإعلان وتهتدي بأحكامه لأنه يمثّل إطارا حقوقيا مثاليا يستوجب لتحقيقه تحمسّ كلّ أفراد وهيئات المجتمع لضمان إنفاذ الحقوق المعلنة به بصورة متدرجّة سواء بتدابير ذات الصبغة الدولية أو ذات الصبغة الوطنية..

اعتبر الإعلان خلاصة ما استقر عليه الضمير العالمي وهو يقوم على مبدأ أنّ احترام حقوق الإنسان يمثّل أحسن ضمان للسلام والديمقراطية وكان منطلق كونية هذه الحقوق مجسّدا حاجة الإنسانية جمعاء للإقرار بحقوق الإنسان في مفهومها الشامل لحقوق الذات البشرية وحقوق العائلة والحقوق المالية أي كافة الحقوق الضرورية لتأمين الكرامة الإنسانية وضمان حماية الفرد في علاقاته بالدولة وببقية أفراد المجتمع وأصبح بذلك إطارا حقوقيا مثاليا وجب

تحقيقه يقتضي تحمسّ كلّ أفراد وهيئات المجتمع لضمان إنفاذ الحقوق المعلنة به بصورة متدرجّة سواء بتدابير ذات الصبغة الدولية أو ذات الصبغة الوطنية.

حضي بقيمته تاريخية وسياسية في حين لم تكن له صبغة إلزامية لأنه لم ينشئ التزامات على كاهل الدول ويبقى من الوثائق الدولية ذات الصبغة الأدبية.

- تضمن إعلان 1948 ثلاثين فصلا شملت الأجيال الثلاث لحقوق الإنسان وهي **الحقوق الفردية الكلاسيكية المدنية والسياسية** للجيل الأول والتي تسنى للمواطنين التمتع بها منذ القرنين السابع والثامن عشر وهي تضمن المشاركة في الشأن العام ومن أهمها المساواة بين كلّ البشر دون تمييز والحق في الحياة والحق في التعبير وفي السلامة وفي الأمان وفي حرية المعتقد وفي المساواة أمام القانون وفي الجنسية وفي الملكية وفي حرية الفكر والمعتقد والرأي والاجتماع **والحقوق الاقتصادية والاجتماعية** التي ظهرت في القرن التاسع عشر وتجعل من المجتمع بأسره مطالبا بتوفير المساعدة لذوي الحاجة ومنها الحق في العمل والحق في التعليم...**والحقوق المعنوية والثقافية** التي ظهرت إثر الحرب العالمية الثانية الهادفة لضمان الحرمة الذاتية للمواطن في بعدها الجسدي والأدبي والثقافي.

***العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية وبالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966**

هما عهدان توأمان من أهم المواثيق الدولية التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخلا حيّز التطبيق في 23 مارس 1966 .

*** العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966**

- هو أحد العهدين الدوليين اللذين تولدا عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاء ليجسّم الجيل الأول من حقوق الإنسان وأكّد على قيمتي الحريّة والمساواة وعلى الحق في الشخصية القانونية...

- أكدّ العهد خاصة على حق الأسرة في التمتع بحماية الدولة والمجتمع – المادة 23– ووجوب مراعاة وضعية الطفل في حال تورّطه في قضية جنائية – المادة 14– وحقه في الحياة مهما كان الجرم الذي اقترفه فلا يجوز الحكم بعقوبة الإعدام على جرائم ارتكبها وسنّه دون الثامنة عشرة من العمر ووجوب إتخاذ تدابير للأطفال بسبب ما تقتضيه حالة صغر سنّهم وقصورهم إلى جانب حقوق أخرى منها حقوق الطفل الطبيعي وحق الطفل

في الهوية كما منع العهد تنفيذ عقوبة الإعدام في النساء الحوامل وأرسى قواعد قانونية آمرة لحماية أولاد الطلاق إذ يتوجّب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأطفال في صورة التفكك الأسري...

***العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966**

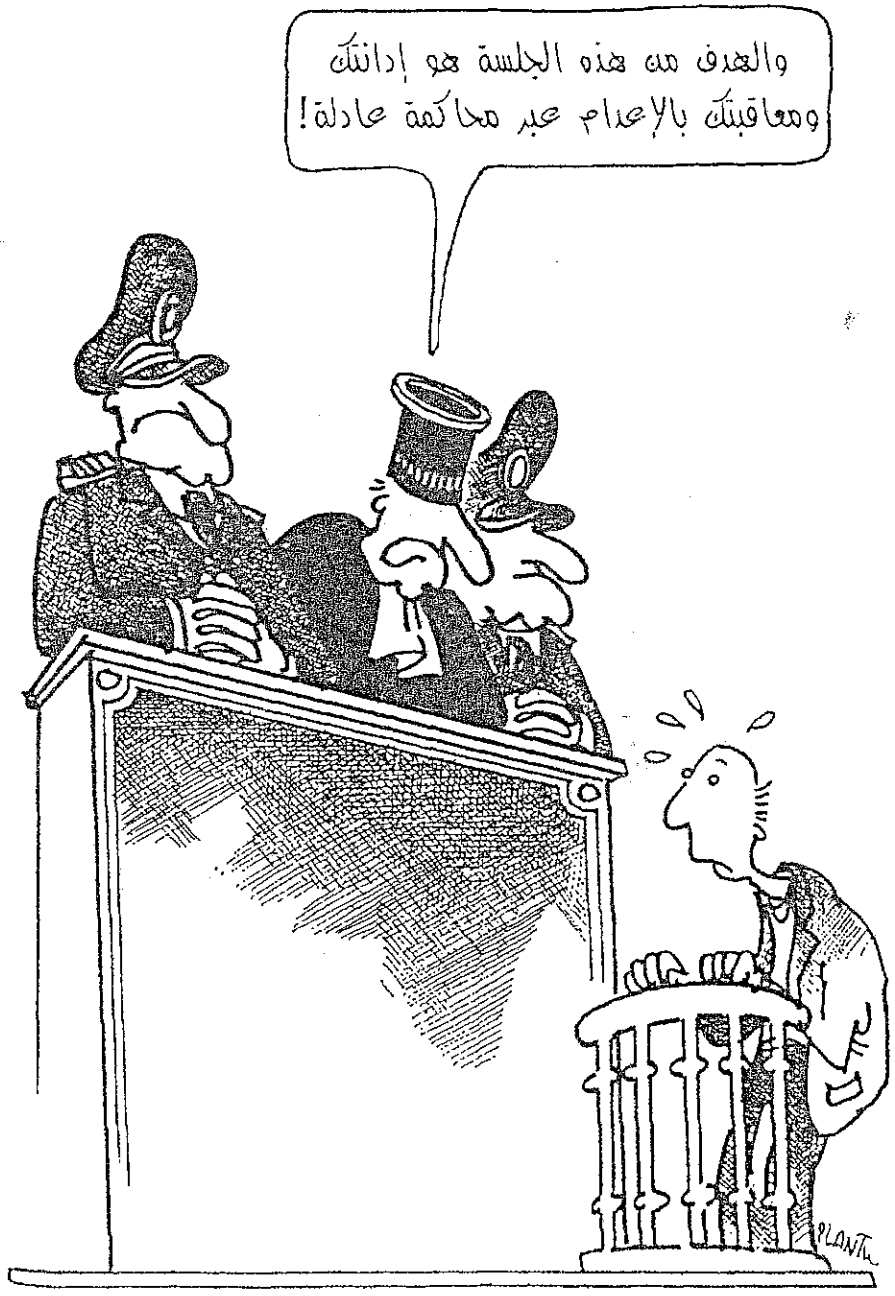
– يمثّل الجيل الثاني من أجيال حقوق الإنسان القائمة أساسا على العدالة الاجتماعية وهو ما يعرف' بالحقوق –الديون ' خلافا ' للحقوق –حريات ' المضمنة بالعهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية. وتقتضي الحقوق الأولى تحمّل الدولة لمسؤوليتها الاجتماعية بتوفير موارد مالية أو متطلبات بشرية وخدمات إيجابية يكون إعمالها بشكل مرحلي متدّرج . ومن بين الحقوق المعترف بها في العهد يمكن ذكر الحق في الصحّة و الحق في الشغل وفي الضمان الاجتماعي... وحق الأطفال والشباب في تدابير حمائية ومساعدة خاصة (مادة 10) كما أقّر العهد بحقوق مؤثرة في الإطار العائلي وفي وضعية الطفولة منها خاصة تعهد الدول الأطراف في العهد بجعل التعليم الابتدائي إلزاميا وإتاحته مجانا للجميع مع احترام حرية الأولياء في اختيار المدارس وحق كل طفل في التربية والتعليم وبالتالي وجوب توجيه هذا الحق إلى الإنماء الكامل لشخصية الطفل– مادة 12–. ...

– نص العهد على ضرورة منح الحماية والمساعدة اللازمة للأسرة خاصة الأمومة إلى جانب حماية اليافعين ومنع كلّ ما يتهددهم من اعتداء واستغلال اقتصادي واجتماعي وجنسي...

– وتكمن أهمية العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية وبالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية في اعتبارها من القوانين الدولية الملزمة لأنّهما أنشآ لجنتان الأولى " لجنة حقوق الإنسان" والثانية "لجنة الحقوق الإقتصادية والإجتماعية" وهما يتركّبان من خبراء محايدين منتخبين يعود لهم إجراء رقابة على مدى إيفاء الدول الأطراف بالتزاماتها ويبيح مواجهة المخالفين منها.

جسّمت شرعة حقوق الإنسان بكلّ وضوح مبدأ أن حقوق الطفل بوصفه إنسانا هي جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان يمكن للطفل أن يطالب بتطبيقها لأنها حقوق تتجذر في عمق الكرامة الإنسانية بما تفرضه من قيم الحرية والعدل والمساواة .

إن عبارة «القانون الدولي» الواردة في الفقرة الثانية من المادة هو للإشارة خاصة لمحاكمتي نورمبرج وطوكيو لكبار مجرمي الحرب التي جرت في نهاية الحرب العالمية الثانية. وخلالها تمت المحاكمة على جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية أمام محكمة دولية وعلى أساس القوانين المطبقة دوليا (القانون الدولي) بدلا من القوانين الخاصة بالدول.



المنظومة الوطنية لحقوق الإنسان (مستوى أول)

السنة الأولى المعهد الأعلى للمحاماة

مخطط المادة/

1- تقديم عام

2- أصناف الحقوق

3- آليات الحماية ز الآليات القضائية والهيئات غير القضائية.

توطئة عامة :

1- مفهوم وخصائص حقوق الإنسان

تعتبر حقوق الإنسان نتاج الحداثة فهي ثمرة نضج الفكر السياسي والفلسفي بأوروبا منذ القرنين 17 و 18 وبدأ بناء أسسه منذ سنة 1945 كما أن تطوّر تلك الحقوق ارتبط ببروز مفهوم الدولة وظهور الأنظمة الديمقراطية (دولة القانون[1] والديمقراطية مفاهيم متداخلة)

تعرّف حقوق الإنسان بكونها "مجموع الحقوق التي تضمن في الآن ذاته حرية الفرد وكرامته ونماء شخصيته" وهذا ما يبيّن الارتباط الوثيق بين حقوق الإنسان ومفاهيم الحرية والمساواة والفرد صاحب الحقوق...

2- حقوق الإنسان والحريات الفردية والعامة

تتواجد بعض التكامل بين هذه المصطلحات فالحرية تعني غياب الموانع والتضييقات ولكن عند ممارستها تصطدم في المجتمع بضرورة وضع حدود (متأتية من الدولة الحامية للنظام العام والمجتمع وبالتالي فلا وجود لحرية مطلقة لان القانون الوضعي يعترف ويضبط ويحدد شروط ممارسة الحر ..وعندما تتدخل الدولة لتنظيم حرية ما تصبح تلك الحرية موصوفة بالحرية العامة يقرّها وينظمها القانون الوضعي **وبموجب ذاك الاعتراف تنشأ عن الحريات جملة من الحقوق الذاتية التي يقرّها القانون ويحميها ...**

وشيئا فشيئا وقع التخلي عن عبارة "الحريات" مقابل اعتماد عبارة "الحقوق الأساسية" وهي حقوق أحادية أساسا يحميها القانون الوضعي [2] إلاّ أن الدستور التونسي الجديد خيّر تبني مجموعة من الحقوق والحريات الفردية والعامة.

وتتمثل الحريات المضمونة دستوريا في حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية (الفصل 6) وحرية اختيار المقر الإقامة والتنقل داخل الوطن أو مغادرته (فصل 24) وحرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر (فصل 31) والحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي والتكنولوجي (فصل 33)

---

[1] هي الدولة التي تمارس فيها السلطة وفق قواعد معلومة مسبقا وتعترف لمواطنيها بجملة من الحقوق يمكنهم مطالبة السلطة بإنفاذها. كما يرتبط مفهوم دولة القانون بضرورة تقييد السلطة واحترام مبادئ الشرعية والحقوق الأساسية مع تحديد مدى تلك الحقوق وإرساء إجراءات كفيلة بممارستها والتصدي لخرقها أو انتهاكها.

[2] ولكنها في حاجة لحقوق أخرى فرعية تضمن ممارستها مثال الحق في حماية المستهلك (إقرار الحق في

وحرية تكوين الأحزاب والنقابات والجمعيات (فصل 35) وحرية الاجتماع والتظاهر السلميين (فصل 37) وحرية الإبداع (فصل 42)

ويبدو أن مفهوم الحريات الفردية والجماعية يتجاوز مفهوم الحق الذاتي لان الحرية تعني أكثر إطلاقية في التصرف عند إنفاذها واقعيا كما أنها تصطبغ بالقدسية لأنها مصيرية بالنسبة لكل مواطن فقد جاء بالفصل 31 من الدستور أنه لا يجوز ممارسة أية رقابة مسبقة على حرية الرأي والفكر والإعلام والنشر...

تبرز منظومة حقوق الإنسان من خلال الخصائص التالية :

1- الصبغة **الموضوعية** : كل" فرد يكتسب تلك الحقوق بصورة طبيعية وبموجب الكرامة المتجذّرة في شخصه وهي حقوق هدفها الأقصى تحقيق حرّية الإنسان.

2- **حقوق ذاتية** معترف بها للإنسان ومنصوص عليها صلب القانون الوضعي لكلّ دولة وهي حقوق تعارض بها السلطة أي أنها حقوق تهدف إلى حماية الفرد ضد الدولة التي يحمل عليها واجب ضمان حماية الحقوق المعترف بها لمواطنيها.

3- حقوق **غير مالية**؛ غير قابلة للتصرّف؛ غير خاضعة للتقادم وغير قابلة للعقلة.

4- **حقوق كونية** خاضعة لحماية المجموعة الدولية

5- **حقوق غير قابلة للتجزئة أو المفاضلة** بينها لأنها تمثّل كلاّ واحدا يعتبر بموجبه خرق أي حق انتهاكا لجملة الحقوق الأخرى.

6- يمكن تصنيف حقوق الإنسان إلى:

أ- حقوق **فردية مدنية وسياسية** حقوق (الجيل الأول) مثال الحق الأصيل في الحياة (حق مقدس لا يجوز المساس به إلاّ في حالات قصوى يضبطها القانون الفصل 22 من الدستور) والحق في المساواة (أمام القانون الفصل 21 من الدستور) والحق في الكرامة وفي الحرمة الجسدية (ومنع التعذيب المعنوي والمادي ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم الفصل 23 من الدستور) والحق في الحرية والأمان والحق في التعبير وفي الحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية (الفصل 24 من الدستور) وحرية التنقل واختيار مقر الإقامة ومغادرة الوطن (الفصل 24 من الدستور) وحرية المعتقد (الفصل 6 من الدستور) كذلك الحقوق اللصيقة بالشخصية القانونية كالحق في الجنسية (يحجّر سحب الجنسية التونسية من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه أو منعه من العودة إلى الوطن (الفصل 25 من الدستور) والحق في الاسم واللقب والحق في الملكية (الفصل 41 من الدستور....) وتعرف هذه الحقوق بالحقوق الأساسية أو الحقوق الضامنة وهي ترتبط بنظام رقابة قضائية على نموذج الفصل 2 فقرة 3 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 1966/12/16 والذي دخل حيّز التطبيق في 1976/01/03 " لكل شخص الحق في القيام أمام المحاكم الوطنية المختصّة ضد كل تصرّف ينتهك حقا من الحقوق الأساسية المعترف له بها في الدستور أو في القانون"

ب- حقوق جماعية أو حقوق دائنية Droit de créances وهي الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية (الجيل الثاني) مثال الحق في الصحّة (الفصل 38 من الدستور) والحق في الثقافة (الفصل 42 من الدستور) في العمل (الفصل 40 من الدستور) والحق في التعليم (الفصل 39 من الدستور) وفي الحق في تكوين الجمعيات (الفصل 35 من الدستور) والاجتماع (الفصل 37 من الدستور) والحق في الترفيه والحق في الضمان الاجتماعي والحق النقابي بما في ذلك الحق في الإضراب (الفصل 36 من الدستور) هذه الحقوق لا تهم الشخص الفرد المنعزل بل الفرد في نطاق المجموعة (العمال- النساء- الأطفال- المعوقون...) ويقتضي إنفاذ هذه الحقوق تدخل إيجابي من الدولة Etat –providence لان تلك الحقوق تنشأ التزامات في جانب الدول التي تقدّم الخدمات لمواطنيها.(إنشاء المرافق العمومية ....)..**حقوق الجيل الثاني تكمّل الجيل الأول من حقوق الإنسان وتشكّل معها كلاّ لا يمكن تجزئته.**

ج- حقوق التضامن (الجيل الثالث) Doits de solidarité أساسها الفصل 28 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان1948 ومؤتمر ستوكهولم 1972 وريو دي جينيرو 1992وهي تتصّل خاصة بأربع أصناف من الحقوق : الحق في بيئة سليمة (ومتوازنة الفصل 45 من الدستور) والحق في حماية المخزون الحضاري المشترك للإنسانية (ضمان حماية الموروث الثقافي وضمان حق الأجيال القادمة فيه الفصل 42 من الدستور) والحق في السلم وفي الأمن والحق في التنمية المستديمة والملاحظ ان **الدستور الجديد لا ينص على هذا الحق واكتفى الفصل 12 باعتبار أن الدولة تسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والتنمية المستدامة والتوازن بين الجهات استنادا إلى مؤشرات التنمية واعتمادا على مبدأ التمييز الايجابي...)...**

د- يتحدّث البعض عن جيل رابع من أجيال حقوق الإنسان : الحقوق الشاملة Droits globaux (مثلا الحق في الماء الفصل 44 من الدستور) ولو ان تيارا مخالف يرى عدم وجاهة الحديث عن جيل ثالث أو رابع...

كما تختلف الحقوق من حيث طبيعتها إلى حقوق وظيفية أي الحقوق المرتبطة بتحقيق الهدف الاجتماعي منها (حق الملكية) والحقوق الإجرائية (حقوق لا يمكن إنفاذها إلاّ من خلال إجراءات تضمن ذاك الحق مثال الحق في البيئة)

وتتحقّق علوية منظومة حقوق الإنسان بواسطة تقنيتين : دسترة الحقوق (ومراقبة دستورية القوانين) وتدويلها (المصادقة على الاتفاقيات الدولية).

2- التحديـــات

- تضخم الحقوق ...مثال الحق في الحياة لا يمنح صاحبه أي سلطة على الحياة كما لا يمكن العدول عن هذا الحق.(إشكالية القتل الرحيم).
- كثيرا ما تنتقد حقوق الإنسان إما من وجهة نظر الدول العالم الثالث التي ترى فيها إفرازا للاديولوجية الغربية التي تحمل في طياتها هيمنة الاستعمار الاديولوجي الحديث....أو من وجهة الدول الإسلامية التي تعتبر أن الإسلام لا يتواءم مع مفهوم المساواة بين الجنسين وحرية المعتقد....أو من دول الآسيوية والإفريقية التي تضع في المقدمة القيم العائلية أو القبلية وتخضع الفرد لأحكام المجموعة وأعباء الهرمية وهذا يتضارب مع فكرة الاعتراف للفرد بحقوق يطالبه بها المجموعة....وعلاوة على ذلك تطرح الخصوصية الثقافية وحماية تنوع الهويات الثقافية إشكالا مع شمولية حقوق الإنسان... وأخيرا أصبح النظام الدولي لحماية حقوق الإنسان مهدّدا بإشكالات أخرى ترتبط بظاهرة تراجع القانون الإنساني وتفهقر الضمانات الأساسية للحريات العامة باسم مكافحة الإرهاب الدولي.

أ- **طرق تنظيم الحريات العامة**

1- اسباب تقييد الحقوق

حرص واضعو الدستور التونسي الجديد على إرساء الآليات الكفيلة بضمان احترام هذه الحقوق.

تتواجد آليات متنوعة التنظيم ممارسة الحريات تتمثل في **النظام الردعي** Le régime répressif وهو نظام يمارس فيه الفرد حريته دون إعلان مسبق ويقوم على مبدأ "كل ما لم يحجّره القانون مباح" إلا أن الفرد يؤاخذ جزائيا إذا تعسف في استعمال الحق وقد جاء بالفصل 65 من الدستور أنه تتخذ في شكل قوانين عادية ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة فقط للعقوبات السالبة للحرية (خلافا لما كان ينص عليه الفصل 34 من الدستور القديم الذي لم يشر للمخالفات التي كثيرا ما تحدد الأوامر الترتيبية الصادرة عن السلطة التنفيذية العقوبات المتعلقة بها) أو **النظام الوقائي** Le régime préventif الذي يمنح السلطة الدراية منع ممارسة حق أو بفرض الحصول على ترخيص مسبق لممارسته مثلا قانون 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات أجاز للسلطة منع كل اجتماع أو مظاهرة يتوقع منها الإخلال بالأمن آو النظام العام أو الحصول على رخصة بناء أو رخصة تعاطي صيد بري ....لكن لا يجوز إخضاع ممارسة إحدى الحريات الأساسية لترخيص مسبق (كالحق في تكوين جمعية او حزب ...) وكذلك إعلام السلطة العمومية مسبق عند شن إضراب....

ولا يمكن للسلطة الترتيبية إقرار تراخيص لذلك أوكل الفصل 49 من الدستور الحديث القاضي «انه لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور **وان القانون يحدد الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها....**"

كما ربطت أحكام الفصل 49 المذكور بين تقييد الحقوق والحريات المعترف بها في الدستور بضوابط **"لا توضع إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير او لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني آو الصحة العامة أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك»** وتتمثل أهم حالة لتقييد الحقوق فيما نصّ عليه الفصل 80 من الدستور من انه " لرئيس الجمهورية في حالة الخطر الداهم المهدد..... الوطني آو امن البلاد او استقلالها يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة ان يتخذ التدابير التي يحميها تلك الحالة

الاستثنائية (عصيان- انتفاضة – أعمال فوضى – إضرابات- إرهاب- حرب أهلية آو مع دولة او دول اخرى..[1]

[1] طرحت مسألة هل يعتبر إعلان حالة الطوارئ في كامل تراب الجمهورية آو في جزء منه من بين الحالات الاستثنائية ؟ ترى بعض الآراء أن إعلان حالة الطوارئ من ضمن التدابير الاستثنائية يمكن أن تنال آو تؤثر في ممارسة الحريات العامة كمنع الجولان ومنع الإضرابات وتحجير الإقامة وتسخير الأشخاص والوسائل ومكاسب ضرورية لحسن سير المصالح العامة آو منع العروض وغلق منحلات التجارة .....ويفرق البعض الآخر بين حالة الطوارئ وحالات الخطر الداهم الناتج عن نيل خطير للنظام العام آو أحداث كارثية ....أمر عدد80 مؤرخ في 26 جانفي 1978...

الجزء الثاني: مضمون الحريات العامة وحقوق الإنسان

الفصل الأول: حماية الحياة الخاصة

يقتضي الحق في الخصوصية أو في حماية الحياة الخاصة بوصفه من أهم الحقوق البشرية اللصيقة بالإنسان إقرار حرية كل فرد في تحديد كيفية معيشته كما يروق له مع أقل قدر ممكن من تدخّل الغير أو السلطة في حياته وحق كل شخص في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدّخل وهو من الحقوق الذاتية حديثة الظهور إذ لم تتضح معالمه إلا مع صدور أولى الصكوك الدولية وهو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 قبل أن يشهد تكريسه من أغلب الدساتير في العالم على غرار دستور 27 جانفي 2014 الذي نصّ لأول مرّة في تاريخ المنظومة الوطنية لحقوق الإنسان على الحق في الحياة الخاصة في مادته 24 " تحمي الدولة الحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية" وكذلك القوانين المقارنة الحديثة على غرار القانون الفرنسي سنة 1970.

ويبدو أن تأخر بروز الحق في حماية الحياة الخاصة كان سببا في غياب الإقرار الصريح بضمان حمايته في الدساتير والنظم القانونية التي ظهرت في بداية ومنتصف القرن المنقضي وهو لسان حال دستور 1959 الملغى الذي توقف عند ضمان حقوق تقليدية للجيل الأول لحقوق الإنسان وهي حرمة الفرد وحرّية المعتقد وحرّية القيام بالشعائر الدينية وحرمة المسكن وسرّية المراسلة...واكتفت المجلة الجزائية الصادرة في 1913 من جهتها بالتنصيص على التصدي للاعتداءات ضد المسكن والمراسلات ومنع إفشاء السر المهني وتنظيم تفتيش المنازل ...في حين أن مجلة الالتزامات والعقود الصادرة في 1906 سكتت عن ذكر هذا الحق وبالتالي لا وجود في المنظومة القانونية الوطنية لحكم مدني أو جزائي عام وشامل لحماية الحياة الخاصة للأفراد.

وربما أرجعت أسباب هذه الثغرة التشريعية لأسباب فقهية مؤداها أن حق الفرد في الخصوصية بقي محل اختلافات متنوعة سواء في تعريفه إذ يعتبره البعض مصلحة مشروعة يحميها القانون في حين ينفي عنه شق آخر طبيعة الحق الذاتي ليجعل منه حرية من الحريات العامة يتجه حمايتها من تدخل السلطة والإدارة أو في تدقيق دائرة الحياة الخاصة نفسها إذ يعتبرها البعض كل ما لا تشمله دائرة الحياة العامة ويراها اتجاه ثان الحياة الفردية أو العائلية ويثير نطاق الحق في الخصوصية بدوره تساؤلا في مدى اقتصاره على المسكن أو تجاوز هذا المنطوق إلى درجة يجوز معها القول أن الحق في الحياة الخاصة هو مفهوم متغير في نهاية الأمر باعتبار الشخص المراد حماية حياته الخاصة من الأشخاص العلنيين أو الأشخاص العاديين... وعلاوة على ذلك فان وجود سلوك اجتماعي يأبى الخوض قضائيا في جوانب الحياة الشخصية أدى لعدم بروز الحق في حماية الحياة الخاصة...

ولكن هذا السكوت لا ينسجم مع أهمية الحق في الحياة الخاصة الذي أصبح يشمل عناصر متنوعة كالحق في الاسم و الحق في الصورة والحق في الشرف والسمعة ...وأضحى يتنازع أو يتصادم مع بعض السلطات حق العموم في الإعلام وحرية الصحافة ...ولم يعد ما يبرره اليوم في ظل تطور العلاقات الاجتماعية وتقدم تقنيات الاتصال وتنوع مصادر التعدي على الحياة الخاصة للأفراد مما يثير تساؤلا في خصوص تحديد معالم نظام قانوني من شأنه ضمان حماية الحياة الخاصة للأفراد.

I- منع التعدي على الحياة الخاصة للأفراد

أ- إقرار الحماية في الصكوك الدولية

1- المواثيق الدولية التي تبنها الجمهورية التونسية الفصل 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا يجوز تعريض أحد لتدخّل تعسّفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمّس شرفه وسمعته. ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدّخل أو تلك الحملات".- الفصل 16 من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المؤرخة في 20 نوفمبر 1989 والتي صادقت عليها تونس بموجب القانون عدد92 لسنة 1991 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991 لا يجوز أن يجرى أي تعريض تعسفي أو غير قانوني للطفل في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته ولا أي مساس غير قانوني بشرفه أو سمعته.

- للطفل حق في أن يحميه القانون من مثل هذا التعرض أو المساس"

ب- إقرار الحماية في القانون الداخلي

- غياب غير وجيه أو مبرر لحكم مدني أو جزائي عام يكرس حماية الحق في الحياة الخاصة وذلك رغم تطور الاختيارات التشريعية الحديثة اعتماد نظرية حقوق الإنسان في مفهومها الشامل غياب حكم عام وشامل لحماية الحق في الحياة الخاصة. – مقارنة بالقانون المقارن مثلا الفصل 9 من المجلة المدنية الفرنسية المنقح بالقانون عدد643 لسنة70 المؤرخ في 17 جويلية 1970)

« Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé »

الاستثناءات المشروعة تفتيش المنازل..

- الفصل 6 من مجلّة حماية الطفل الصادرة بموجب القانون عدد92 لسنة1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 ودخلت حيّز التطبيق في 11 جانفي 1996 "لكل طفل الحق في احترام حياته الخاصة مع مراعاة حقوق ومسؤوليات أبويه أو من يحل محلهما حسب القانون "

- الفصل 121 من نفس المجلة " يعاقب بعقوبات جزائية من ينال أو يحاول النيل من الحياة الخاصة للطفل سواء كان ذلك بنشر أو ترويج أخبار تتعلّق بما يدور بالجلسات التي تعالج فيها قضايا الأطفال وذلك بواسطة الكتب أو الصحافة أو الإذاعة أو التلفزة أو السينما أو بأية وسيلة أخرى أو بنشر أو ترويج نصوص أو صور من شأنها أن تطلع العموم على هوية الطفل متهما كان أو متضررا .

- أضاف تنقيح أوّل جوان 2002 للفصل 9 من الدستور الإشارة لحماية المعطيات الشخصية للفرد وقد صدر قانون خاص يحمي تلك المعطيات.

- المادة 24 من دستور 27 جانفي 2014 " تحمي الدولة الحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية"

II- آليات حماية الحياة الخاصة

أ- المبنى القانوني للجزاء

- تعرض فقه القضاء للتعدي على الحق في الصورة قرار محكمة الاستئناف بتونس في 3 ديسمبر 1986 غير منشور " ليس من الصفة الشرعية أن يتدخّل المؤلف في الحياة الخاصة للناس بنشر أحوالهم أو عاداتهم أو صورهم دون ترخيص..."

- حكم ابتدائي تونس 77296 في 20 فيفري 1992 " حيث ولئن لم يذكر المعني السند القانوني لدعواه فهي لا تكون مستهدفة للرفض طالما أن المبادئ القانونية المرتكز عليها واضحة وهي مستمدّة من المسؤولية التقصيرية..."

- الفصل82 من مجلّة الالتزامات والعقود " من تسبّب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيّا أو معنويا فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة ولا عمل بكل شرط يخالف ذلك "

- يرى البعض أن القرار ربما اعتبر مبدأ حماية الحياة الخاصة مبدأ عرفيا غير مكتوب وهو فعلا غير مكتوب ولا موجود في صيغة عامة

ب- أنواع الجزاء

التعويض المالي عن الضرر المعنوي

الحجز : للكتب والمؤلفات المشكلة للاعتداء

الفصل الثاني

: الحرمة الجسدية

أ- الحماية القانونية

1- الحماية الدستورية

- الفصل 22 من دستور 2014 الحق في الحياة مقدس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون
- الفصل 23 تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد وتمنع التعذيب المعنوي والمادي ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم
- الفصل 128 تراقب هيئة حقوق الإنسان احترام الحريات وحقوق الإنسان....وتحقق في حالات انتهاك حقوق الإنسان لتسويتها أو إحالتها على الجهات المعنية.
- تضارب الفقرة الرابعة من الفصل 5 م ق ج " تسقط الدعوى العمومية الناتجة عن جناية التعذيب بمرور 15 عاما وتجري آجال سقوط الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم التعذيب التي ترتكب على طفل بداية من بلوغه سن الرشد"" والفصل 23 من الدستور القاضي انه "لا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم" الدستور أعلى من القانون.
- صادقت تونس على أهم الاتفاقيات الأممية من أهمها الاتفاقية الخاصة بمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1984 وصادقت عليها تونس في 11 جويلية 1988 دون أي احتراز (شملت احترازات الدول التحفظ على المادة 17 من الاتفاقية المتعلقة بصلاحيات لجنة مناهضة التعذيب والمادة 15 التي نصت أن كل دولة طرف تضمن عدم الاستشهاد بأية أقوال يثبت انه تم الإدلاء بها نتيجة للتعذيب كدليل في أية إجراءات إلا إذا كان ذلك ضد شخص متهم بارتكاب التعذيب كدليل على الإدلاء بهذه الأقوال.والمادة 30 القاضية بإمكانية التحقيق في ممارسة التعذيب داخل أية دولة طرف عندما تتلقى معلومات موثوقا بها تفيد حصول تلك الممارسات (المادة 30) وكذلك الاتفاقية المتعلقة بالرق في 25 سبتمبر 1925 والمصادق عليها في 3 ماي 1966 .

2- إلغاء العقوبات المهينة والشاقة

- إلغاء الأشغال الشاقة سنة 1989
- عدم إلغاء عقوبة الإعدام " فصل 22 من الدستور "الحق في الحياة مقدس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون" – الإعدام ينفذ شنقا وفق الفصل 7 م ق ج إلا على الطفل إلى حد بلوغه سن الرشد الجزائي 18 سنة.

ارتفعت في تونس عدة أصوات تنادي بإلغاء عقوبة الإعدام حماية للحق في الحياة باعتباره من جوهر حقوق الإنسان كذلك إلغاء الإعدام في الجرائم السياسية ويقتضي ذلك تنقيح وتعديل المجلة الجزائية.

ب- الحماية ضد التعذيب

1- شروط تطبيق الفصلين 101 مكرر و103 م ق ج

- **بمقتضى** المرسوم عدد 106 لسنة 2011 بتاريخ 22 أكتوبر 2011 المتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية الغي العمل بأحكام الفصلين 101 مكرر و103 من المجلة الجزائية وعوض بالفصل 101 مكرر جديد الذي عرّف التعذيب بأنه "كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أو معنويا يلحق عمدا بشخص ما بقصد التحصيل منه أو من غيره على معلومات أو اعتراف بفعل ارتكبه أو يشتبه في انه ارتكبه هو أو غيره ويعد تعذيبا تخويف أو إزعاج شخص أو غيره للحصول على ما ذكر .
- ويدخل في نطاق التعذيب الألم أو العذاب أو التخويف أو الإرغام الحاصل لأي سبب من الأسباب بدافع التمييز العنصري.
- ويعتبر معذبا الموظف العمومي أو شبهه الذي يأمر أو يحرض أو يوافق أو يسكت عن التعذيب أثناء مباشرته لوظيفه أو بمناسبة مباشرته له.
- **ولا يعتبر تعذيبا الألم الناتج عن عقوبات قانونية أو المترتب عنها أو الملازم لها"**
- مرتكب الجريمة : من هو الموظف أو شبهه ؟ الفصل 82 م ق ج
- قرار تعقيبي جزائي عدد 4960 مؤرخ في 16 جانفي 1976 ن م ت 1967 ص 97 جاء به أنهم تحديدا " الموظفون الذين اسند لهم القانون أو الحكومة قسطا من السلطة لحفظ النظام العام أ تطبيق القوانين والتراتيب أو تنفيذ المقررات الحكومية أو القضائية"
- **لا يمكن تطبيق الفصل 101 إلا إذا حصل الاعتداء حال مباشرة الموظف لوظيفته أو بمناسبة مباشرتها** أي إذا كان المعتدي موظفا وعنف مواطنا خارج أوقات العمل فانه يعاقب وفق القانون العام و لا ينطبق عليه الفصل 101 مكرر جديد (قرار تعقيبي عدد 6647 في 23 افريل 1969 ن م ت 1969 ص 137 عون الشرطة بغير مكان عمله المكلف بحفظ الأمن فيه لا يعتبر في حالة مباشرته لوظيفته سواء كان لابسا زيه الرسمي أم لا لأنه لا يستطيع قانونا أن يقوم هناك بأي عمل مما هو مكلف به في منطقة عمله ومجرد لبسه الزى الرسمي لا يقتضي

خلاف ذلك ولا يضفي عليه وصفا خاصا يميزه عن بقية مواطني ذلك المكان)

- **"بدون موجب قانوني "** كانت العبارة في الصيغة القديمة "بدون موجب" فقط ويفهم من ذلك أن العنف لا يكون مبررا إلا إذا وجد في القانون شرعية وإذا تم في حدود مضبوطة ولكن القانون ترك مجالا لاجتهاد القضاء مما قد يؤدي لأحكام اعتباطية فلا بد من مقاييس موضوعية دقيقة
- **الاعتداء على الحرية الذاتية أو سوء المعاملة ضد متهم أو شاهد أو خبير بسبب الإدلاء بتصريح آو لانتزاع اعتراف آو تصريح :**الفصل 103 جديد ق ج أضاف الخطية مقارنة بالنص السابق : الموظفون الذين منحهم القانون صلاحيات الاستنطاق المتهمين والشهود أي مأموري الضابطة العدلية المنصوص عليهم بالفصل 10 م ا ج لكن ما هو مفهوم الاعتداء على الحرية الخاصة (احتفاظ غير قانوني بمراكز الأمن....) أما "سوء المعاملة" فهو ليس بالعنف البدني بل يمكن أن يكون منع الأكل أو الشراب أو النوم أو الإضاءة الموجهة لأعين ووجه المظنون فيه أو الترهيب هل يدخل حالات أخرى كالتخدير بواسطة حقن "مصل الحقيقة" Penthotal حتى يبوح الشخص بما لديه من أقوال وخواطر....
- **توخي الطرق المجافية لمبدأ النزاهة في البحث عن الأدلة في المادة الجزائية يشكل اعتداء على الحرمة الجسدية وحقوق الدفاع إذ تسلب المتهم حريته في اختيار كيفية الاتهام ضده.**
- **أما مجرد التهديد بسوء المعاملة** فانه يؤثر في العقوبة المقررة تنزيلا إلى 6 أشهر سجن عوض 5 أعوام و5 آلاف دينار.
- ويمكن أن يمارس العنف او سوء المعاملة بواسطة شخص آخر غير الموظف وشبهه وبأمر الأخير

2- الآثار القانونية المترتبة عن ممارسة التعذيب والإكراه

- عقوبات سالبة للحرية ضد الموظفين وشبههم (5 سنوات سجن و5 آلاف دينار للاعتداء على الحرية الذاتية دون موجب قانوني أو سوء المعاملة ضد متهم أو شاهد أو خبير) و8 سنوات و10 آلاف دينار خطية عند ارتكاب الأفعال المنصوص عليها بالفصل 101 مكرر حال مباشر الوظيفة أو بمناسبة مباشرتها) ويرفع العقوبة إذا حصل بتر عضو أو كسر أو إعاقة دائمة أو الموت أو في صورة تسليط التعذيب على طفل .....
- إعفاء من العقوبة إذا بادر الموظف أو شبهه بالإبلاغ عن الجريمة للسلط الدراية أو القضائية
- تعويضات مدنية
- مسؤولية الدولة إذا كان الخطأ وظيفي وليس شخصي.
- عدم سقوط جريمة التعذيب بمرور الزمن.
- تجري آجال السقوط الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم التعذيب التي ترتكب على طفل بداية من بلوغه سن الرشد.
- تعتبر أقوال المتهم أو اعترافاته آو تصريحات الشهود باطلة إذا ثبت أنها صدرت نتيجة للتعذيب آو الإكراه.
- منع تسليم الأجانب إذا يخشى من التسليم تعرضهم للتعذيب.

3- إحداث الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب

قانون أساسي عدد 43 لسنة 2013 مؤرخ في 21 أكتوبر 2013 .

العنوان الأول – أحكام عامة

الفصل الأوّل - تحدث هيئة عمومية مستقلّة تسمّى "الهيئة الوطنية للوقاية من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" تتمتّع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي ويكون مقرها تونس العاصمة ويشار إليها صلب هذا القانون الأساسي بـ " الهيئة.«

الفصل 2 – يقصد بالمصطلحات التالية على معنى هذا القانون الأساسي :

-الحرمان من الحرية : كل شكل من أشكال احتجاز شخص أو إيقافه أو سجنه أو إيداعه بأمر من سلطة قضائية أو إدارية أو غيرها من السلط أو بإيعاز منها أو بموافقتها أو بسكوتها.

-أماكن الاحتجاز : يقصد بها كلّ الأماكن التي تخضع أو يمكن أن تخضع لولاية الدولة التونسية وسيطرتها أو التي أقيمت بموافقتها والتي يمكن أن يوجد فيها أشخاص محرومون من حريتهم بموجب أمر صادر عن سلطة عمومية أو بإيعاز منها أو بموافقتها أو سكوتها .

وتعتبر أماكن احتجاز بالخصوص :

السجون المدنية ، -مراكز إصلاح الأطفال الجانحين،- مراكز إيواء أو ملاحظة الأطفال،- مراكز الاحتفاظ، مؤسسات العلاج النفسي -مراكز إيواء اللاجئين وطالبي اللجوء، -مراكز المهاجرين،- مراكز الحجز الصحي،- مناطق العبور في المطارات والموانئ،- -مراكز التأديب، -الوسائل المستخدمة لنقل الأشخاص المحرومين من حريتهم.

العنوان الثاني – في الهيئة

12

الباب الأول – في مهام الهيئة وصلاحياتها

الفصل 3 – تتولّى الهيئة أساسا القيام بالمهام التالية :

القيام بزيارات دورية منتظمة وأخرى فجئية دون سابق إعلام وفي أي وقت تختاره لأماكن الاحتجاز التي يوجد فيها أشخاص محرومون أو يمكن أن يكونوا محرومين من حريتهم،

التأكد من توفر الحماية الخصوصية للأشخاص ذوي الإعاقة الموجودين بمراكز الإيواء

التأكّد من خلوّ أماكن الاحتجاز من ممارسة التعذيب وغيره من المعاملات أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، ومراقبة مدى تلاؤم ظروف الاحتجاز وتنفيذ العقوبة مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الوطنية،

تلقي البلاغات والإشعارات حول الحالات المحتملة للتعذيب أو المعاملات أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في أماكن الاحتجاز والتقصّي بشأنها وإحالتها بحسب الحالة إلى السلط الإدارية أو القضائية المختصة،

إبداء الرأي في مشاريع النصوص القانونية والترتيبية ذات العلاقة بالوقاية من التعذيب والممارسات المهينة والمحالة إليها من قبل السلطات المختصة،

تقديم توصيات للوقاية من التعذيب والمساهمة في متابعة تنفيذها،

اعتماد مبادئ توجيهية عامة بالتنسيق مع الجهات المعنية للوقاية من التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في أماكن الاحتجاز والآليات الملائمة لكشفه،

-إحداث قاعدة بيانات تجمع فيها المعطيات والإحصائيات لهدف استغلالها في إنجاز المهام الموكولة إليها،

المساهمة في نشر الوعي الاجتماعي بمخاطر التعذيب والمعاملات أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة عن طريق الحملات التحسيسية وإقامة الندوات واللقاءات وإصدار النشريات والأدلة وتنظيم الدورات التدريبية والإشراف على برامج التكوين في مجال اختصاصها،

-إنجاز ونشر البحوث والدراسات والتقارير ذات العلاقة بالوقاية من التعذيب والممارسات المهينة ومساعدة غيرها من الهيئات على إنجازها،

رفع تقريرها السنوي إلى رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة ورئيس المجلس المكلف بالسلطة التشريعية ونشره بموقعها الالكتروني وبالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

الفصل 4 – يخوّل للهيئة في إطار ممارستها لمهامها :

- الحصول على التسهيلات الإدارية الممكنة والضرورية، -2الحصول على المعلومات المتعلقة بأماكن الاحتجاز وعددها ومواقعها وعدد الأشخاص المحرومين من حريتهم،

الحصول على المعلومات المتعلقة بمعاملة الأشخاص المحرومين من حريتهم فضلا عن ظروف احتجازهم،

الدخول إلى جميع أماكن الاحتجاز ومنشآتها ومرافقها،

إجراء مقابلات خاصة مع الأشخاص المحرومين من حريتهم أو أي شخص آخر يمكن أن يقدّم معلومات دون وجود شهود وذلك بصورة شخصية أو بالاستعانة بمترجم محلّف عند الاقتضاء.

الباب الثاني – في تكوين الهيئة

الفصل 5 – تتركب الهيئة من ستة عشر (16) عضوا كما يلي :

-ستة (06) أعضاء يمثلون منظمات وجمعيات المجتمع المدني المعنية بالدفاع عن حقوق الإنسان،

-أستاذان جامعيان مختصان في المجال الاجتماعي،

-عضو مختص في حماية الطفولة،

-عضوان يمثلان قطاع المحاماة،

-ثلاثة (3) أعضاء يمثلون الأطباء من بينهم وجوبا طبيب نفسي،

-قاضيان متقاعدان.

الفصل 6 – يشترط في المترشح لعضوية الهيئة :

أن يكون تونسي الجنسية، -أن يكون بالغا من العمر 25 عاما على الأقل، أن يكون نزيها ومستقلا ومحايدا، أن لا يكون قد صدر في حقه حكم بات بالتفليس أو تمّ عزله أو إعفاؤه من مهامه لسبب مخل بالشرف، أن لا يكون عضوا بالمجلس المكلف بالسلطة التشريعية في الفترة النيابية التي قدم فيها الترشح، عدم تحمل أي مسؤولية صلب حزب التجمع الدستوري الديمقراطي المنحل أو مناشدة رئيس الجمهورية المخلوع للترشح لمدة رئاسية جديدة وعدم تحمل مسؤولية في الحكومة أو تقلد منصب والي أو كاتب عام ولاية أو معتمد طيلة حكم الرئيس المخلوع.

الفصل 7 – تختار الجلسة العامة للمجلس المكلف بالسلطة التشريعية من بين الترشحات المقدمة إلى اللجنة المختصة بالمجلس المذكور أعضاء الهيئة طبق الصيغ والإجراءات التالية :

-ستة (6) أعضاء من بين ثمانية عشر (18) مترشحا تختارهم اللجنة من بين المترشحين الذين تحمّلوا المسؤولية لمدة لا تقل عن سنتين بالمنظمات والجمعيات المدافعة عن حقوق الإنسان،

-عضوان من بين ستة (6) مترشحين تختارهم اللجنة من بين الجامعيين ذوي الاختصاص في المجال الاجتماعي،

-عضو من بين ثلاثة (3) مترشحين تختارهم اللجنة من ضمن المختصين في مجال حماية الطفولة،

12 13 15

-قاضيان متقاعدان من بين ستة (6) قضاة مترشحين تختارهم اللجنة،
-محاميان اثنان من بين ستة محامين (6) تختارهم اللجنة من بين المترشحين من غير أعضاء الهياكل المهنية،
-ثلاثة (3) أطباء من بينهم وجوبا طبيب نفسي من بين تسعة (9) أطباء تختارهم اللجنة ويكون من بينهم وجوبا ثلاثة (3) أطباء نفسيون.
يفتح باب الترشحات لعضوية الهيئة بقرار من رئيس اللجنة المختصة بالمجلس المكلف بالسلطة التشريعية، ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ويتضمن تحديدا لأجل تقديم الترشحات وطرق تقديمها والشروط الواجب توفرها.
تختار اللجنة المترشحين بأغلبية ثلاثة أخماس (5/3) أعضائها.
يحيل رئيس اللجنة على الجلسة العامة للمجلس المكلف بالسلطة التشريعية قائمة مرتبة يراعى فيها مبدأ التناصف في الاختيار وفق أحكام هذا الفصل تتضمن أسماء المترشحين حسب الترتيب الأبجدي لاختيار أعضاء الهيئة بأغلبية الأعضاء بطريق التصويت السري على الأسماء.
يتم اعتماد الأعضاء المتحصلين على أكبر عدد من الأصوات وفق ترتيبهم، وعند التساوي يقع اعتماد الأكبر سنا.
لا يمكن الجمع بين عضوية الهيئة وأية مسؤولية حزبية أو العضوية بالمجلس المكلف بالسلطة التشريعية .
يعفى من عضوية الهيئة كل من ثبت تقديمه لمعطيات خاطئة.
الفصل 8 – يجتمع الأعضاء المنتخبون في جلسة أولى يرأسها أكبر الأعضاء سنا لاختيار رئيس الهيئة من بينهم بالتوافق ، وإن تعذّر فبالانتخاب على قاعدة الأغلبية المطلقة ، وفي حال تساوي الأصوات يقدّم الأكبر سنا.
الفصل 9 – تتمّ تسمية رئيس الهيئة وأعضائها بأمر لمدة ست (6) سنوات غير قابلة للتجديد.
يؤدي الرئيس والأعضاء قبل مباشرة مهامهم اليمين التالية أمام رئيس الحكومة:
»أقسم بالله العظيم أن أقوم بمهامي بأمانة وشرف واستقلالية وأن أحافظ على السر المهني.«
الفصل 10 – تجدد تركيبة الهيئة بالنصف كل ثلاث (3) سنوات.
ويعلم رئيس الهيئة المجلس المكلف بالسلطة التشريعية قبل ثلاثة أشهر من تاريخ نهاية العضوية بقائمة الأعضاء المعنيين بالتجديد وتاريخ انتهاء مهامهم .
يمارس الأعضاء، المنتهية مدة عضويتهم، مهامهم صلب الهيئة إلى حين تسلّم الأعضاء الجدد لمهامهم.
الباب الثالث – في ضمانات حسن سير عمل الهيئة
الفصل 11 – يعتبر أعضاء الهيئة سلطة إدارية وكل اعتداء على أحدهم يعاقب عليه طبق مقتضيات الفصل 82 من المجلة الجزائية .
الفصل 12 – يتمتع أعضاء الهيئة بالحصانة .
لا يمكن تتبع أو إيقاف رئيس الهيئة أو عضو من أعضائها من أجل آراء أو أفعال تتعلق بممارسة مهامهم ولو بعد انتهاء مدة عضويتهم.
لا يمكن تتبع أو إيقاف رئيس الهيئة أو عضو من أعضائها من أجل جناية أو جنحة ما لم ترفع عنه الهيئة الحصانة بأغلبية أعضائها.
غير أنه في حالة التلبس بالجريمة فإنه يمكن إيقافه وإعلام الهيئة حالا بذلك على أن ينتهي كل إيقاف إن طلبت الهيئة ذلك.
وترفع الحصانة إثر مداولة خاصة للهيئة بعد استدعاء المعني بالأمر لسماعه وذلك على أساس الطلب المقدم من السلطة القضائية مرفقا بملف القضية.
الفصل 13 – لا يمكن للسلط المعنية الاعتراض على زيارة دورية أو فجئية لمكان بعينه إلا لأسباب ملحة وموجبة لها علاقة بالدفاع الوطني أو السلامة العامة والكوارث الطبيعية أو اضطراب خطير في المكان المزمع زيارته بما يحول مؤقتا دون الزيارة ويكون ذلك بقرار كتابي معلّل يبلّغ فورا إلى رئيس الهيئة وينصّ فيه وجوبا على مدة المنع المؤقت.
يكون عرضة للتتبعات التأديبية كلّ من يخالف مقتضيات الفقرة السابقة من هذا الفصل .
الفصل 14 – مع مراعاة التشريع المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، لا يمكن تتبع أي شخص من أجل تقديم معلومات أو إفشاء أسرار تتعلق بممارسة التعذيب أو الإرشاد على مرتكبه.
العنوان الثالث – تسيير الهيئة
الباب الأول – في الموارد.
الفصل 15 – تتكوّن الموارد المالية للهيئة من الاعتمادات) السنوية المخصصة لها من ميزانية الدولة.
ولا تخضع قواعد صرفها ومسك حساباتها إلى مجلة المحاسبة العمومية.
تعيّن الهيئة مراقب حسابات لمدّة أربعة أعوام غير قابلة للتجديد يقع اختياره من بين الخبراء المحاسبين المرسّمين بجدول هيئة الخبراء المحاسبين للبلاد التونسية.
وتخضع الحسابات المالية للهيئة للرقابة اللاحقة لدائرة المحاسبات.
الباب الثاني – في مهام رئيس الهيئة
الفصل 16 – يسهر رئيس الهيئة على سير أعمالها ويرأس جلساتها ويمثّلها لدى الغير ويحفظ وثائقها وهو الآمر بالصرف.
يمارس في نطاق المهام الموكولة إليه الصلاحيات التالية :
الإشراف الإداري والمالي على الهيئة وأعوانها، الإشراف على إعداد مشروع الميزانية السنوية،

الإشراف على إعداد التقرير السنوي للهيئة.
ويمكن لرئيس الهيئة بناء على مداولة للمجلس أن يطلب من السلط المختصّة اتخاذ الإجراءات التحفظيّة المناسبة عند حدوث خرق خطير للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل في مجال حقوق الإنسان.
كما يمكن للرئيس تفويض البعض من صلاحياته كتابيا لنائبه أو لأي عضو من الهيئة .

الباب الثالث – في مهام الهيئة

الفصل 17 – تمارس الهيئة الصلاحيات التالية :
اختيـــار كاتب عام للهيئة من بين أعضائها يتولّى تدوين مداولاتها .
اختيار نائب لرئيس الهيئة من بين أعضائها يعوّضه عند التعذّر أو الغياب بالتوافق وإن تعذّر ذلك فبالأغلبية المطلقة،
إبداء الرأي في مشاريع النصوص القانونية والترتيبية الخاصة بعمل الهيئة،
ضبط الهيكل التنظيمي للهيئة وفقا لأحكام الفصل 22 من هذا القانون الأساسي،
المصادقة على مشروع ميزانية الهيئة،
المصادقة على النظام الداخلي للهيئة،
المصادقة على التقرير السنوي للهيئة.

الباب الرابع – في سير عمل الهيئة

الفصل 18 – تعقد الهيئة جلساتها بدعوة من الرئيس أو من ثلث الأعضاء على الأقلّ وذلك مرّة في الشهر وكلما دعت الحاجة .
يرأس اجتماعات الهيئة الرئيس أو نائبه. ويمكن للرئيس دعوة أي شخص يرى فائدة في حضوره اجتماعات الهيئة بالنظر لكفاءته في المسائل المدرجة بجدول الأعمال ودون المشاركة في التصويت .
يتولى رئيس الهيئة ضبط جدول الأعمال .
تكون مداولات الهيئة سريّة وتجرى بحضور نصف أعضائها على الأقل .
وفي صورة عدم اكتمال النصاب في الجلسة الأولى تتم الدعوة لجلسة ثانية في ظرف أسبوع وتنعقد صحيحة مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين .
وتتخذ الهيئة قراراتها بالتوافق وعند الاقتضاء بأغلبية الحاضرين وفي صورة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.
الفصل 19 – لا يمكن لرئيس الهيئة وأعضائها المشاركة في مداولاتها في مسألة تتعلّق بشخص تكون لأيّ منهم معه مصلحة أو قرابة عائلية أو مصاهرة إلى حدود الدرجة الرابعة.
يجب على رئيس الهيئة وأعضائها التصريح في أي وقت بتضارب مصالحهم أو انتفاء شرط أو أكثر من شروط العضوية المنصوص عليها بهذا القانون الأساسي.
يمكن لأي شخص مادي أو معنوي له مصلحة في ذلك أن يقوم بالتجريح في رئيس الهيئة أو أعضائها وذلك بمكتوب معلّل يوجّه إلى الهيئة.
الفصل 20 – يتولّى المجلس المكلف بالسلطة التشريعية سد الشغور بسبب الوفاة أو الاستقالة أو الإعفاء أو العجز الدائم بطلب من رئيس الهيئة أو من نصف أعضائها على الأقل طبقا للإجراءات المنصوص عليها بهذا القانون الأساسي.
تعاين الهيئة حالة الشغور والتي لا يجب أن تتجاوز الثلاثة أشهر وتدوّنها في محضر خاص تحيله للمجلس المكلف بالسلطة التشريعية.

الباب الخامس – أحكام مختلفة

الفصل 21 – تضبط منح وامتيازات رئيس الهيئة وأعضائها المتفرغين بأمر ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
يكون رئيس الهيئة وكاتبها العام متفرّغين وجوبا.
الفصل 22 – يضبط النظام الأساسي الخاص بأعوان الهيئة بمقتضى أمر. ويمكن أن يخالف هذا النظام بعض أحكام القانون عدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بالنظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التي لا تتماشى وطبيعة وظائف أعوان الهيئة.
وتتم المصادقة على الهيكل التنظيمي للهيئة بمقتضى أمر.
الفصل 23 – يجب على كلّ عضو بالهيئة المحافظة على السرّ المهني في كل ما بلغ إلى علمه من وثائق أو بيانات أو معلومات حول المسائل الراجعة بالنظر للهيئة وعدم استغلال ما أمكنه الاطلاع عليه من معلومات لغير الأغراض التي تقتضيها المهام الموكولة إليه ولو بعد زوال صفته.
الفصل 24 – تلغى الفقرة الرابعة جديدة المضافة للفصل الخامس من مجلة الإجراءات الجزائية الواردة بالفصل الثالث من المرسوم عدد 106 لسنة 2011 المؤرخ في 22 أكتوبر 2011 وتعوض بالأحكام التالية :
لا تسقط الدعوى العمومية في جريمة التعذيب بمرور الزمن.
الفصل 25 – يصادق المجلس الوطني التأسيسي بمقتضى هذا القانون الأساسي على المرسوم عدد 5 لسنة 2011 المؤرخ في 19 فيفري 2011 المتعلق بالموافقة على البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

13 BIS

العنوان الرابع – أحكام انتقالية

الفصل 26 – خلافا لأحكام الفصل العاشر من هذا القانون الأساسي يجدّد نصف الهيئة أثناء مدة العضوية الأولى وعند انتهاء السنة الثالثة من هذه المدة وذلك عن طريق القرعة وفق الطريقة والشروط المنصوص عليها بهذا القانون الأساسي، ويستثنى رئيس الهيئة من التجديد النصفي.

الفصل 27 – تعتبر لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية بالمجلس الوطني التأسيسي هي اللجنة المختصة على معنى أحكام الفصل السابع من هذا القانون الأساسي.

ينشر هذا القانون الأساسي بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية و ينفّذ كقانون من قوانين الدولة.

مرسوم عدد 106 لسنة 2011 بتاريخ 22 أكتوبر 2011
يتعلق بتنقيح وإتمام المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية

إن رئيس الجمهورية المؤقت،

باقتراح من وزير العدل،

بعد الإطلاع على المجلة الجزائية الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 9 جويلية 1913 كيفما وقع تنقيحها وإتمامها بالنصوص اللاحقة،

وعلى مجلة الإجراءات الجزائية الصادرة بالقانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرخ في 24 جويلية 1968 كيفما وقع تنقيحها وإتمامها بالنصوص اللاحقة،

وعلى المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية،

وعلى مداولة مجلس الوزراء،

يصدر المرسوم الآتي نصه :

الفصل الأول - تلغى أحكام الفصلين 101 مكرر و103 من المجلة الجزائية وتعوض بما يلي :

الفصل 101 مكرر (جديد) :

يقصد بالتعذيب كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أو معنويا يلحق عمدا بشخص ما بقصد التحصيل منه أو من غيره على معلومات أو اعتراف بفعل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو غيره.

ويعد تعذيبا تخويف أو إزعاج شخص أو غيره للحصول على ما ذكر.

ويدخل في نطاق التعذيب الألم أو العذاب أو التخويف أو الإرغام الحاصل لأي سبب من الأسباب بدافع التمييز العنصري.

ويعتبر معذبا الموظف العمومي أو شبهه الذي يأمر أو يحرض أو يوافق أو يسكت عن التعذيب أثناء مباشرته لوظيفه أو بمناسبة مباشرته له.

ولا يعتبر تعذيبا الألم الناتج عن عقوبات قانونية أو المترتب عنها أو الملازم لها.

الفصل 103 (جديد) :

يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها خمسة آلاف دينار الموظف العمومي أو شبهه الذي يعتدي على حرية غيره الذاتية دون موجب قانوني أو يباشر بنفسه أو بواسطة غيره سوء معاملة ضد متهم أو شاهد أو خبير بسبب إدلائه بتصريح أو للحصول منه على إقرار أو تصريح.

أما إذا لم يقع إلا التهديد بسوء المعاملة فيحط العقاب إلى ستة أشهر.

الفصل 2 ـ يضاف إلى المجلة الجزائية فصلان 101 ثانيا و101 ثالثا هذا نصهما :

الفصل 101 ثانيا :

يعاقب بالسجن مدة ثمانية أعوام وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار الموظف العمومي أو شبهه الذي يرتكب الأفعال المنصوص عليها بالفصل 101 مكرر من هذه المجلة وذلك حال مباشرته لوظيفه أو بمناسبة مباشرته له.

ويرفع العقاب بالسجن إلى اثني عشر عاما وبخطية قدرها عشرون ألف دينار إذا نتج عن التعذيب بتر عضو أو كسر أو تولدت عنه إعاقة دائمة.

ويكون العقاب بالسجن مدة عشرة أعوام وبخطية قدرها عشرون ألف دينار إذا سلط التعذيب على طفل.

ويرفع العقاب إلى ستة عشر عاما والخطية إلى خمسة وعشرين ألف دينار إذا تولد عن تعذيب طفل بتر عضو أو كسر أو إعاقة دائمة.

وكل تعذيب نتج عنه موت يستوجب عقابا بالسجن بقية العمر دون أن يمنع ذلك من تطبيق العقوبات الأكثر شدة المقررة للاعتداءات على الأشخاص إن اقتضى الحال ذلك.

الفصل 101 ثالثا :

يعفى من العقوبات المستوجبة من أجل الأفعال المنصوص عليها بالفصل 101 مكرر من هذه المجلة الموظف العمومي أو شبهه الذي بادر قبل علم السلط المختصة بالموضوع وقبل تلقيه الأمر بالتعذيب أو تحريضه على ارتكابه أو بلغه العلم بحصوله بإبلاغ السلطة الإدارية أو القضائية بالإرشادات أو المعلومات إذا مكنت من اكتشاف الجريمة أو تفادي تنفيذها.

ويحط العقاب المقرر أصالة للجريمة إلى النصف إذا أدى إبلاغ المعلومات والإرشادات إلى تفادي استمرار التعذيب أو الكشف عن مرتكبيه أو بعضهم ومن إلقاء القبض عليهم أو تفادي حصول ضرر أو قتل شخص.

وتعوض عقوبة السجن بقية العمر المقررة لجريمة التعذيب الناتج عنه موت المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل 101 ثانيا من هذه المجلة بالسجن مدة عشرين عاما.

ولا عبرة بالإبلاغ الحاصل بعد انكشاف التعذيب أو انطلاق الأبحاث.

لا يمكن القيام بدعوى الغرم أو المؤاخذة الجزائية ضد من قام عن حسن نية بالإبلاغ.

الفصل 3 ـ تضاف فقرة رابعة للفصل 5 وفقرة ثانية إلى الفصل 155 وفقرة ثالثة إلى الفصل 313 من مجلة الإجراءات الجزائية كما يلي:

الفصل 5 (فقرة رابعة) :

تسقط الدعوى العمومية الناتجة عن جناية التعذيب بمرور خمسة عشر عاما.

وتجري آجال سقوط الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم التعذيب التي ترتكب على طفل بداية من بلوغه سن الرشد.

الفصل 155 (فقرة ثانية) :

وتعد أقوال المتهم أو اعترافاته أو تصريحات الشهود باطلة إذا ثبت أنها صدرت نتيجة للتعذيب أو الإكراه.

الفصل 313 (فقرة ثالثة) :

إذا يخشى من التسليم تعرض الشخص للتعذيب.

الفصل 4 - تلغى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 61 مكرر من المجلة الجزائية.

الفصل 5 - ينشر هذا المرسوم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية ويدخل حيز التنفيذ بداية من تاريخ نشره.

تونس في 22 أكتوبر 2011.

رئيس الجمهورية المؤقت

فؤاد المبزع

- حرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية

يجري التفتيش في جميع الأماكن التي قد توجد بها أشياء يساعد اكتشافها على إظهار الحقيقة.(93 م ا ج) تفتيش محلات السكنى من خصائص حاكم التحقيق دون سواه.على أنه يمكن أن يباشر التفتيش بمحلات السكنى: أولا ـ مأمورو الضابطة العدلية في صورة الجناية أو الجنحة المتلبس بها وطبقا للشروط المقررة بهذا القانون، ثانيا ـ مأمورو الضابطة العدلية المبينون بالأعداد 2 إلى 4 من الفصل 10 والمكلفون بمقتضى إنابة من حاكم التحقيق، ثالثا ـ موظفو الإدارة وأعوانها المرخص لهم ذلك بمقتضى نص خاص.(94 م ا ج) لا يمكن إجراء التفتيش بمحلات السكنى وتوابعها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الساعة الثامنة مساء ما عدا في صورة الجناية أو الجنحة المتلبس بها أو إذا اقتضى الحال الدخول لمحل سكنى ولو بغير طلب من صاحبه بقصد إلقاء القبض على ذي الشبهة أو على مسجون فار.(95 م ا ج) حاكم التحقيق أو مأمور الضابطة العدلية أن يصطحب معه عند مباشرة التفتيش بمحلات السكنى امرأة امينة إن كان ذلك لازما.

وإذا ظهر عدم إمكان حضور المظنون فيه أو عدم الفائدة من حضوره وقت التفتيش فإن حاكم التحقيق يحضر للعملية شاهدين من سكان المحل وإن لم يتيسر ذلك فينتخبهما من الأجوار ويلزم إمضاؤهما بالتقرير. (96 م ا ج)

- حمـــــاية الحرية الـذاتية

1- نطاق الحرية الذاتية

- 1-1 من الجرائم التي يرتكبها الموظفون العموميون حال مباشرتهم لوظائفهم أو بمناسبة تلك المباشرة : الباب الثالث من الكتاب الثاني من م ج تجاوز حد السلطة ومن هذا التجاوز جريمة التعدي على حرية الغير بدون موجب قانوني الفصل 103 ق ج (كالحبس أو الإيقاف التعسفي من موظف عمومي غير مؤهل قانونا لاتخاذ هذا الإجراء أي من غير مأموري الضابطة العدلية الذين لهم صلاحيات الاحتفاظ بذي الشبهة- الاحتفاظ مدّة تزيد عن أربعة أيام دون إعلام وكيل الجمهورية ودون احترام موجبات الفصل 13 مكرر م ا ج)
- 1-2 الاعتداء على الحرية الذاتية من طرف الخواص: الفصول 250 و251 و252 ق ج (كل من أوقف أو سجن أو حبس شخصا دون إذن قانونيه_)

2- حدود الحرية الذاتية

- 1-1 - الحرمان من الحرية قبل المحاكمة
- أ- الاحتفاظ والإيقاف التحفظي
- الفصل 29 من الدستور " لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي ويعلم فورا بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه وله أن ينيب محاميا وتحدد مدّ الإيقاف والاحتفاظ بقانون"
- الاحتفاظ يكون أثناء الأبحاث الأولية أو لدى باحث البداية وهو مأمور الضابطة العدلية أو أعوان القمارق طبق الفصل 13 مكرر م ا ج لمدة 3 أيام قابلة للتجديد مرة واحدة وفرض المشرع تعليل قرار التمديد في مدّة الاحتفاظ بموجب القانون المؤرخ في 4 مارس 2008 / إعلام وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق في صورة الإنابة العدلية عند تجديد المدّة .
- الإيقاف التحفظي " وسيلة استثنائية " يكون في الطور التحقيقي في الجنايات والجنح المتلبس بها (قيام قاضي التحقيق بإصدار بطاقة إيداع ضد ذي الشبهة الفصل 85 وما بعده م ا ج) أو على ذمة دائرة الاتهام أو المحكمة.المدة 6 أشهر تمدد بالنسبة للجنحة مرة واحدة لا تزيد عن 3 أشهر وبالنسبة للجناية مرتين لا تزيد كل منها على 4 أشهر وهي واحدة سواء أمام قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام. يلاحظ عمليا إهمال الالتزام بأقصى مدة الإيقاف التحفظي من قبل دائرة الاتهام ثم المحكمة المتعهدة بالدعوى وهو بمثابة جريان العمل الثابت على الرغم من أنه مخالف للنظام العام وقواعد الإجراءات الأساسية ومصلحة المتهم الشرعية ويتعين تجاوزه وهجره واعتبار مدة الإيقاف القصوى ملزمة لكل الجهات القضائية ما لم يصدر حكم بالسجن مع التنفيذ الوقتي. (يراجع القرار التعقيبي الجزائي عدد 6912 المؤرخ في 04 جوان 1969" القاضي بان لطعن بالتعقيب في قرار دائرة الاتهام المتعلقة بالإيقاف والإفراج المؤقت لا يقبل إلا إذا كان الطعن مؤسسا على خرق النصوص القانونية التي طبقت قواعد الإيقاف والإفراج المؤقت.")

- قانون عدد 17 لسنة 2007 مؤرخ في 22 مارس 2007 يتعلق بإتمام بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية. الذي جعل نيابة المحامي اختيارية لدى الباحث المناب تمّ إضافة فقرتان للفصل 57 من مجلّة الإجراءات الجزائية: إذا أقتضى تنفيذ الإنابة سماع المظنون فيه، فعلى مأموري الضابطة العدلية إعلامه بأن له الحقّ في اختيار محام للحضور معه والتّنصيص على ذلك بالمحضر. فإذا اختار المظنون فيه محاميا، يتمّ إعلامه فورا من طرف مأمور الضّابطة العدلية بموعد سماع منوّبه والتّنصيص على ذلك بالمحضر. وفي هذه الصورة لا يتمّ السّماع إلاّ بحضور المحامي المعني الذي يمكنه الإطلاع على إجراءات البحث قبل ذلك ما لم يعدل المظنون فيه عن اختياره صراحة أو يتخلّف المحامي عن الحضور بالموعد، وينصّ على ذلك بالمحضر." "الفصل 57: فقرة ثالثة: ولا يعفي ذلك قاضي التّحقيق عند الاقتضاء من إتمام موجبات الفصل 69 من هذه المجلّة إن لم يسبق له القيام بذلك ".لكن وفي غير صورة الإنابة العدلية لا يمكن للمحامي حضور الاستنطاقات بمراكز الأمن أو الحرس أو القمارق وهذا مخالف حاليا لأحكام المادة 29 دستور 2014
- الأحكام القانونية الحالية أوكلت إصدار بطاقات الجلب حسب الحالات إما إلى قاضي التحقيق أو إلى المحكمة المتعهدة بالقضية ولم يضبط الفصل 79 من مجلة الإجراءات الجزائية لمأمور الضابطة العدلية آجلا لتقديم المعني بالأمر موضوع بطاقة جلب إلى الجهة القضائية التي صدرت عنها هذه البطاقة. كما أن القانون لم يوجب من جهة أخرى إعلام السلطة الصادر عنها هذه البطاقة ولم يسحب أحكام الفصل 13 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية المتعلق بضمانات إعلام العائلة والفحص الطبي على المفتش عنهم موضوع بطاقات جلب.
- **ملاحظة:** يحجّر نشر قرارات الاتهام وغيرها من الأعمال المتعلقة بالإجراءات الجزائية قبل تلاوتها في جلسة علنية (الفصول 60 إلى 63 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر).
- **ب- التثبت من الهوية ومراقبتها من طرف أعوان الأمن**
- الفصل 7 من القانون عدد 27 لسنة 1993 المؤرخ في 22 مارس 1993 على كل مواطن حمل بطاقة التعريف الوطنية وان يستظهروا بها عند كل طلب من قبل أعوان الأمن الوطني والحرس الوطني وإلا استهدف إلى خطية مالية قدرها خمسة دنانير
- **ج- الحد من حرية اختيار مكان الإقامة**
- اختيار مكان الإقامة من الحريات الأساسية " لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته (فصل 24 من الدستور)
- في بعض الحالات يحرم الشخص من هذه الحرية ويفرض عليه مكان إقامته فتصبح جبرية ويتأتى ذلك بموجب حالة الطوارئ (قانون 26 جانفي 1978) أو إجراءات تحفظية (خول القانون لقاضي التحقيق عند الإفراج عن المظنون فيه اتخاذ بعض التدابير التي تحد من حرية التنقل منها إلزامه بعدم مغادرة حدود ترابية معينة إلا بشروط معينة ومنعه من الظهور بأماكن معينة وضرورة إعلام حاكم التحقيق بتنقلاته ...) أو قضاء عقوبة جزائية ...
- **ه- تقييد الحرية الذاتية لأسباب صحية**
- إيواء المصابين باضطرابات عقلية في المستشفى : قانون 3 أوت 1992 ضرورة احترام الحريات الفردية والكرامة البشرية عند إيواء المصابين باضطرابات عقلية بدون رضاهم إلا بتوفر شروط الفصل 11 وهي استحالة الحصول على رضاء المريض بسبب الاضطرابات التي إصابته وإذا استوجبت حالته إسعافات مستعجلة وأصبحت حالته الصحية تهدد سلامته أو سلامة غيره. ويتم الإيواء بطلب من الغير أو الإيواء الو جوبي إذ اسند قانون 1993 لوكلاء الجمهورية اتخاذ التدابير الوقتية اللازمة ومنها الإيواء بالمستشفى إذا ظهر خطر وشيك الوقوع يهدد سلامة المريض نفسه وسلامة الغير (قرار نافذ المفعول لمدة 8 أيام)على ان القرار النهائي بالإيواء من اختصاص رئيس المحكمة المختصة ترابيا الذي عليه البت في المطلب المحال اليه من طرف النيابة العمومية
- **قانون عدد 40 لسنة 2004 مؤرخ في 3 ماي 2004 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت 1992 المتعلق بالصحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية.**
- الفصل 24: (فقرة ثانية جديدة) ويأذن رئيس المحكمة الابتدائية بالإيواء الوجوبي للأشخاص الذين تشكّل اضطراباتهم العقلية خطرا على سلامتهم أو على سلامة غيرهم وذلك بأقرب مؤسسة استشفائية عمومية من مقر

17 BIS

إقامة الشخص الذي سيخضع للإيواء يتوفر بها قسم مختص في الأمراض العقلية ويتم ذلك بعد سماع المريض بالجلسة من قبل رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوبه وان تعذّر ذلك فيتم سماعه بمقر إقامته. ولا يتم الإيواء في هذه الحالة إلا بعد الإدلاء بقرار رئيس المحكمة المعنية في هذا الغرض.

- الفصل 28 (جديد):
- يتم خروج المرضى الذين تم إيواؤهم وجوبا في المستشفى عندما يصرّح الطبيب النفساني المباشر بمؤسسة الإيواء ضمن شهادة طبية بأنه يمكن الإذن بالخروج، وفي هذه الحالة يجب على مدير مؤسسة الإيواء تضمين ذلك التصريح بالدفتر الخاص المنصوص عليه بالفصل 23 من هذا القانون وعرض الأمر في ظرف ثمان وأربعين ساعة على رئيس المحكمة المختصة ترابيا الذي يبتّ في شأنه دون تأخير وعليه إعلام إدارة المستشفى بقراره في ظرف ثمان وأربعين ساعة على أقصى تقدير، وبانقضاء ذلك الأجل يتم وجوبا رفع الإيواء.
- الفصل 29 (فقرة ثانية جديدة):
- وتنطبق على الشخص الذي تم إيواؤه في هذه الحالة أحكام هذا القانون المتعلقة بنظام الإيواء الوجوبي في المستشفى، غير أنه لا يمكن رفع الإيواء عنه إلا بناء على رأي لجنة تتركب من ثلاثة أطباء نفسانيين يعيّنهم رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر إقامة الشخص المراد رفع الإيواء عنه ولا يكون من بينهم الطبيب المباشر للمريض أو الطبيب الخبير الذي أدلى برأيه الطبي عند إيواء المريض ويجب التنصيص صلب رأي اللجنة على أن المريض المراد رفع الإيواء عنه لم تعد تصرفاته تشكّل خطرا يهدد سلامته أو سلامة الآخرين.
- الفصل 30 (جديد):
- يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها محل إقامة الشخص الذي تم إيواؤه في الظروف المحدّدة بالباب الثالث من هذا القانون بناء على طلب من السلطة الصحية أن يأذن بعد رفع الإيواء، بمثول المريض لدى المؤسسة التي تم إيواؤه بها في فترات دورية تحدّد له من قبل الطبيب المباشر ليخضع لفحوص المراقبة ولكل علاج قد تتطلبه حالته الصحية ويمكن في هذه الحالة الاستعانة بالقوة العامة لإخضاع المريض للفحص بالمستشفى وذلك بإذن من وكيل الجمهورية.
- الفصل 37:
- 1 (جديد):
- يأوي بالمستشفى شخصا بناء على طلب مقدّم من الغير دون مراعاة أحكام الفصل 15 من هذا القانون.
- 4 (جديد):
- يبقي بوسط حر للإيواء شخصا تتطلب حالته الصحية إخضاعه لنظام الإيواء دون الرضاء طبقا لأحكام الباب الثالث من هذا القانون.
- **الفصل 2:**
- تضاف إلى القانون عدد 83 لسنة 1992 المشار إليه أعلاه الفصول 24 (مكرر) و25 (مكرر) و30 (مكرر).
- الفصل 24 (مكرر):
- يمكن للطبيب النفساني المباشر بالقسم الاستعجالي بالهياكل الصحية العمومية أن يأوي بالمؤسسة الصحية الأشخاص الذين يتمّ فحصهم من قبله إذا كانت حالتهم الصحية وتصرفاتهم تكشف عن اضطرابات عقلية واضحة من شأنها أن تعرّض سلامتهم أو سلامة غيرهم للخطر وفي هذه الحالة يتعيّن على مدير المستشفى أو من ينوبه إعلام وكيل الجمهورية بذلك في ظرف أربع وعشرين ساعة ويكون هذا الإعلام مصحوبا بشهادة طبية تثبت الحالة الصحية للشخص الذي تمّ إيواؤه وتكون متضمّنة لفترة الإيواء التي تستدعيها حالته الصحية وفي صورة عدم صدور قرار من وكيل الجمهورية طبقا لأحكام الفصل 25 من هذا القانون أو في صورة صدور قرار عنه دون إعلام مدير المستشفى أو من ينوبه به في ظرف أربعة أيام من تاريخ توجيه الإعلام إلى وكيل الجمهورية يتم وجوبا رفع الإيواء.
- الفصل 25 (مكرر):
- يمكن للسلطة القضائية المتعهدة بالقضية الجزائية، بناء على رأي الطبيب الخبير، أن تأذن بإيواء المتّهم المحال بحالة إيداع إيواء وجوبيا بمؤسسة صحية عمومية تعيّنها للغرض وذلك قصد إخضاعه للملاحظة والفحص الطبي للتأكّد من سلامة مداركه العقلية وتحديد مدى مسؤوليته عن الأفعال التي يتم تتبّعه من أجلها ويتمّ هذا

الإيواء بالتنسيق مع المصالح السجنية المختصّة وتحت حراستها كامل فترة الإيواء المقرّرة ويمكن التمديد في هذه الفترة حسب نفس الإجراءات.

- الفصل 30 (مكرر):
- تتحمّل الدولة نفقات علاج وإيواء الأشخاص المرضى الذين يخضعون لنظام الإيواء الو جوبي.
- وأخيرا في صورة حفظ التهمة أو الحكم بإخلاء السبيل أو عدم سماع الدعوى لانتفاء المسؤولية الجزائية على معنى الفصل 38 ق ج يمكن للسلطة القضائية أن تأذن بالإيواء الو جوبي إذا ثبت أن الحالة العقلية للشخص تشكل تهديدا لسلامته أو لسلامة الآخرين.
- **و- إيواء المدمنين على المخدرات بإخضاعهم للعلاج** من التسمم لفترة يحددها الطبيب : الفصل 19 من القانون المؤرخ في 18 ماي 1992 (غير مفعل) أو الأشخاص المصابين بأحد الأمراض السارية (قانون 27 جويلية 1992.)

الاعتراف!
PLANTU

I- الإحتفاظ

1- المدة الأصلية للإحتفاظ

لقد ظلت مؤسسة الإحتفاظ مدة طويلة خارج دائرة التقنين ومكثت طويلا كآلية يبيحها البحث ويتصرف فيها مأمورو الضابطة العدلية بحرية ضمن اجتهاد يحمل الكثير من التعسف على حقوق الأفراد.

وقد تدخل المشرع كنتيجة لهذا الخلل الإجرائي منذ قانون 26 نوفمبر 1987 لتنظيم الإحتفاظ وإضفاء الطابع الإستثنائي عليه وهو ما يؤكده الفصل 13 مكرر م.إ.ج. ولعل أهم اثر تركه هذا القانون هو ضبط الحيز الزمني لممارسة هذا الإجراء وخاصة ضوابط وآجال تمديده. وتختلف القوانين المقارنة في تعاملها مع الحريات الفردية في مرحلة الأبحاث الاولية وهو ما يبرر اختلاف الآجال القانونية المعتمدة لممارسة الإحتفاظ في هذه النظم وذلك حسب تصور وفلسفة كل سياسة جزائية لحقوق الإنسان وهو ما يفترض معاينة الآجال التي يعتمدها القانون التونسي (أ) قبل مقارنتها بالآجال الموظفة من قبل القوانين المقارنة في المستوى الثاني (ب)

أ- المدة الأصلية للإحتفاظ في القانون التونسي

لقد مثل قانون 26 نوفمبر 1987 نقلة نوعية وقطيعة مع الماضي حيث تم ضبط المدة الأصلية لهذا الإجراء والتي لا يمكن أن تتجاوز كاجل أقصى "الأربعة أيام" إلا أن هذا الأجل قد أثار الكثير من الجدل خاصة من حيث طول المدة مقارنة بالتشريعات المقارنة وهو ما دفع المشرع في فترة لاحقة إلى تعديله في اتجاه دعم التوجهات الحديثة للسياسة الجزائية في مجال حقوق الإنسان.

حيث تم تنقيح الفصل 13 مكرر بمقتضى القانون عدد 90 لسنة 1999 لتصبح بذلك المدة الأصلية للإحتفاظ في حدود الثلاثة أيام كأجل أقصى. ويتعين مقارنة هذا الأجل بالآجال المعتمدة في القوانين المقارنة حتى تكتمل رؤيتنا لهذا الحيّز الزمني.

ب- المدة الأصلية للإحتفاظ في القوانين المقارنة

إن محاولة الإطلاع على الآجال المعتمدة لإجراء الإحتفاظ في ظل هذه القوانين تقتضي إبداء بعض الملاحظات. لعل أولها اختلاف وتباين هذه الآجال التي تعكس تصور كل سياسة جزائية لقرينة البراءة ومفهوم الإحتفاظ.

فبالنسبة للقانون الجزائري وكذلك القانون الأنقليزي فإن هذه الآجال تقدر بأربعة وعشرين ساعة. وتبدو هذه الآجال مقارنة مع اجل الثلاثة أيام الذي يعتمده القانون التونسي أكثر قصرا.

إلا أن القانون البرازيلي يعتمد أجلا مطولا يقدر بخمسة أيام. هذا بالإضافة إلى العديد من الدول التي لا تعتمد أجلا ثابتا في تحديدها للمدة الأصلية للإحتفاظ حيث تضع آجال تقريبية يمكن أن يمتد عليها هذا الإجراء لكنها تضبط في المقابل الأجل الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه. ومن هذه النظم يذكر القانون السويسري الذي يعتمد آجال تتراوح بين الأربعة والعشرين ساعة والثمانية والأربعين ساعة مع نفي إمكانية التمديد في الآجال.

بالإضافة إلى القانون الأمريكي الذي يعتبر وأن هذه الآجال تبقى متغيرة إذ هي في حدود بعض الدقائق على أن لا تتجاوز الإثني عشر ساعة حيث يعتبر الفقه وأن هذه المدة تعتبر معقولة وتتماشى مع طبيعة الإجراء. ورغم أهمية هذه التوجهات إلا أنه توجد عديد الدول التي إضافة إلى توظيفها لآجال قصيرة للإحتفاظ فهي تنفي في المقابل إمكانية التمديد في الأجل.

ومنها القانون الكندي الذي لا يميز بين المدة الأصلية والتمديد في الأجل معتبرا وانه بانتهاء أجل الأربعة وعشرين ساعة يجب تقديم المحتفظ به إلى القاضي، كذلك القانون البلجيكي الذي لا يعتمد إمكانية التمديد. هذا إضافة إلى عديد الدول التي تعتمد على نوع الجرائم المرتكبة كمعيار لتحديد الأجل ومنها القانون الفرنسي الذي يعتمد اجل الأربعة والعشرين ساعة كمدة أصلية للإحتفاظ بينما تختلف آجال التمديد حسب نوع الجرائم. ففي "جرائم المخدرات" مثلا يمكن تمديد المدة الأصلية المقدرة بأربعة وعشرين ساعة في مناسبتين تقدر الأولى بثمان وأربعين ساعة والثانية بأربعة وعشرين ساعة كذلك في "الجرائم الإرهابية" تعتمد نفس الأجل كما توجد عديد الدول التي تربط هذا الإجراء بعديد الأحكام الإستثنائية مثل القانون الجزائري سابق الذكر الذي يضاعف أجل التمديد في الجرائم المتعلق بأمن الدولة. وانطلاقا مما تقدم يتضح وأن الآجال المعتمدة في إطار هذه القوانين المقارنة تجعلنا نتساءل عن مدى فاعلية الأجل المعتمد في القانون التونسي والمقدر بثلاثة أيام على معنى الفصل 13 مكرر م.إ.ج إذ يتضح وأن هذه المدة تعتبر طويلة مقارنة مع هذه التشريعات التي تعتمد أغلبها أجل الأربعة والعشرين ساعة وأحيانا الثماني وأربعين ساعة كمدة أصلية.

ويزداد النقاش حدة خاصة إذا ما وضعنا التنقيح الأخير موضع تحليل. وما إذا كان قد حقق فعلا دعما لحقوق الأفراد أم أن هذا التدخل التشريعي بقي قاصرا عن إدراك أو تحقيق ما ينتظر منه خاصة لو انتهت المدة الأصلية للإحتفاظ وطرحت إمكانية التمديد في هذا الأجل.

2- تمديد أجل الإحتفاظ:

إنطلاقا من مقتضيات الفصل 13 مكرر م.إ.ج يتضح وان المشرع يعتمد تفرقة بين المدة الأصلية للإحتفاظ والتي يعتبرها خيارا تشريعيا مباشرا تم فيه ضبط الأجل بدقة ضمانة لسير الأبحاث. وبين إمكانية التمديد والتي تفترضها حالات استثنائية توجب التعليل الكافي لإجازة اللجوء إليها.

إلا أن معاينة الاجل المعتمد في حالة تمديد إجراء الإيقاف يفترض الوقوف عند صباغة الفصل 13 مكرر إثر صدوره بمقتضى القانون عدد 70 المؤرخ في 26 نوفمبر 1987.

حتى نقف عند أهمية التنقيح وما أحدثه من اختلافات لاسيما وأن فيه من الإجراءات ما اتصل مباشرة بمسألة التمديد وأجله. حيث يعتبر الأستاذ "عبد الله الأحمدي" وأنه من بين العناصر العامة التي جاء بها قانون 1987/11/26 هو تحديد مدة الإحتفاظ والمقدرة بأربعة أيام طبقا للفصل 13 مكرر م.إ.ج وما تقتضيه من ضرورة إعلام وكيل الجمهورية بهذا الإجراء.

ويمكن لهذا الأخير التمديد في اجل الأربعة أيام لنفس المدة غير أنه ولئن أجاز المشرع لوكيل الجمهورية التمديد مرة ثانية فإنه قيد ذلك بامرين اولهما وجود ضرورة قصوى وثانيهما ان لا تتعدى مدة التمديد اليومين فقط ولا جدال في أن الصبغة التي وردت فيها الفقرة الثانية من الفصل 13 مكرر م.إ.ج تعبر عن الحرص الشديد في الحد من مدة الإحتفاظ الذي لا يمكن أن يتجاوز في كل الحالات عشرة أيام على أقصى تقدير ولا يكون التمديد صحيحا إلا إذا كان كتابيا.

ولئن اتجهت التشريعات المقارنة إلى عديد الخيارات في ما يتعلق بقبول أو رفض إمكانية التمديد وفي تحديد السلطة التي يوكل لها الإذن بهذا الإجراء سواء كانت سلطة قضائية أو إدارية تابعة للأجهزة الأمنية.

إلا أن اختيار المشرع التونسي كان واضحا ودقيقا والذي ترجمه تنقيح الفصل 13 مكرر سابق الذكر بمقتضى القانون عدد 90 المؤرخ في 2 أوت 1999 والذي قدم عديد الإضافات الهامة. فزيادة عن التخفيض من أجل الإحتفاظ من أربعة أيام إلى الثلاثة أيام فقد ألغى إمكانية التمديد في هذا الأجل مرتين.

بحيث اقتصر على التمديد فيه مرة واحدة بنفس مدة الإحتفاظ الأصلية فتصبح بذلك كامل المدة ستة أيام على أقصى تقدير عوضا عن العشرة أيام إلا أن إمكانية التمديد في أجل

الإحتفاظ تقع إجازتها بصفة استثنائية أي في "الحالات القصوى" وهي الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث. كما أن المشرع لم يميّز في حالة التمديد بين مختلف الجرائم موضوع البحث. حيث تبقى كلها خاضعة لنفس الآجال محدثا بذلك مفارقة مع العديد من القوانين الغربية مثل القانون الفرنسي.

إلا أنه قد ضبط السلط المعنية بهذا الإجراء والتي أصبحت تحت الولاية القضائية سواء عن طريق وكيل الجمهورية في سائر الحالات أو عن طريق حاكم التحقيق إذا تم الإحتفاظ في إطار الإنابة العدلية وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 57 م.إ.ج "وإذا لزم لتنفيذ الإنابة أن يحتفظ مأمور الضابطة العدلية بذي الشبهة الذي لم يسبق لقاضي التحقيق المنيب ويمكن لهذا القاضي التمديد في أجل الإحتفاظ مرة واحدة فقط لنفس المدة".

وعموما فإن حصر إمكانية التمديد في مرة واحدة يضفي أهمية قصوى لهذا الغجراء بما يجمله من تركيز للسلطة المشرفة على ضرورة توفر شروطه. كما أنه يعزز الضمانات الممنوحة للمحتفظ بهم خاصة وأن الصبغة الكتابية تقف حافزا لمأموري الضابطة العدلية على عدم طلبه إلا متى وجدت مبرراته الجدية.

إلا أنه ورغم هذه الجهود الواضحة في محاولة التقليص من أجل الإحتفاظ سواء بالتخفيض في المدة الأصلية له أو من خلال التقليص من إمكانية التمديد فيه إلا أن مدة الستة أيام كأجل جملي تبقى طويلة مقارنة بعديد التشريعات الأخرى. وعموما فإنه بالنظر لهذه الضمانات يطرح التساؤل بخصوص التقنيات المعتمدة لإحتساب الأجل ومدى تكريسه فعليا على المستوى التطبيقي أي ماهو الجزاء المستوجب في صورة تجاوز الأجل القانوني للإحتفاظ.

3- الجزاء المسلط على تجاوز مدة الإحتفاظ

إن كل احتفاظ بذوي الشبهة بمدة تتجاوز ثلاثة أيام دون وجود إذن في التمديد يعتبر إحتفاظا تعسفيا. طالما تضمن تجاوزا لضوابط قانونية وهو ما يوجب اللجوء لمقتضيات الفصل 199 م.إ.ج: "تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية" ولذلك يشكل خرق هذا الأجل مساسا بقواعد هذا النظام العام والمصلحة الشرعية للمتهم التي تقتضي عدم الإحتفاظ به لأكثر من الأجل القانوني.

ومبدئيا يستوجب الإخلال بمدة الإحتفاظ التصريح ببطلانه وبطلان الأعمال الناجمة عنه وعموما فإن إمكانية إقرار هذا الجزاء تبقى ممكنة في توفر موجباتها إذ يفترض أن يقع إثبات المدة الفعلية للتجاوز والتي تكون مخالفة لما يقتضيه القانون كأن يفوق اجل الإحتفاظ ثلاثة أيام فيصل إلى أربعة أيام دون وجود إذن في التمديد يضفي الشرعية على هذا التمديد.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في عديد القرارات منها القرار التعقيبي الجزائي عدد 46179 المؤرخ في 3 فيفري 1993 وأن ضرورة إثبات تجاوز الأجل القانوني شرط التصريح بالبطلان. وعمليا فإن عملية الإثبات تثير عديد الإشكاليات والصعوبات وهي نفس المشاكل التي طرحها القانون الفرنسي حيث لا يجد الفرد أحيانا الوسائل الكافية للإثبات وعموما تبقى هذه العملية ممكنة طالما وان المشرع قد وضع قواعد ثابتة لإحتساب هذا الأجل إلا أن الإحتفاظ يظل دائما إجراء أقل خطورة مقارنة بالإيقاف التحفظي.

II - الإيقاف التحفظي

يعتبر الايقاف التحفظي من أهم وأخطر اجراءات التحقيق لما ينطوي عليه من مساس خطير بحرية الفرد وتهديدا لبراءته المتأصلة فيه، اذ هو من ادق القرارات التي تتخذ تجاه ذي الشبهة أثناء هذه المرحلة. فهو الأمر الصادر بإلقاء القبض على المتهم ووضعه في السجن أثناء مرحلة التحقيق وقبل صدور الحكم في الأصل ونظرا لحساسية هذا الاجراء فإن سلطة الايقاف ملزمة بتوخي الحيطة والحذر في اللجوء إليه خاصة أن خطورة هذا الإجراء تزداد كلما طالت مدته كما أن القانون قد شرعه بصفة استثنائية لمصلحة التحقيق.

ولا شك أن سلب الْحرية يعتبر من أخطر الإجراءات السابقة على صدور الحكم القضائي البات فهو يؤدي إلى إيذاء الفرد في سمعته ومصالحه وأسرته، ويعرض سمعة المتهم للتشويه ولمعاناة مادية ومعنوية على جميع المستويات كما أنه يتنافى مع قرينة براءة المتهم فإيداع إنسان بالسجن قبل ثبوت الإدانة عمل خطير يقوي الشكوك ويضعف قرينة البراءة ويسلب الإنسان أهم حقوقه وهي الحرية. لكن للأسف فإن بعض التشريعات تعتبر أن الإيداع في السجن هو الحل الوحيد لمنع فرار المتهم أو قيامه بطمس أدلة الجريمة وإعدامها. وبالتالي فقد سعت التشريعات نحو حصر الحالات التي يجوز فيها سلب حرية المتهم وضبط مدة قصوى لذلك فهي تسعة أشهر في الجنحة وأربعة عشر شهر في الجناية والقول بأنها مدة قصوى يجد مبررا مبدئيا فيما استهلت مجلة الإجراءات الجزائية به أحكام الإيقاف التحفظي وهو المبدأ الذي نص عليه الفصل 84 منها: "الإيقاف التحفظي وسيلة استثنائية" وهذا يفيد أن الصراح هو الأصل بالنسبة للمتهم والإيقاف هو الإستثناء.

وعليه فإنه لم يكن إيقاف المتهم محدد بمدة قبل صدور القانون عدد 70 المؤرخ في 1987/11/26 الذي ضبط لأول مرة مدة الإيقاف التحفظي بستة أشهر مع إمكانية التمديد فيها مرة واحدة بالنسبة للجنحة ومرتين بالنسبة للجناية على أن لا يتجاوز كل تمديد ستة أشهر ثم وبمقتضى القانون عدد 114 المؤرخ في 1993/11/22 ثم التخفيض في مدة الإيقاف التحفظي عند التمديد فيه وذلك بجعل تمديد فترة الإيقاف بالنسبة للجنحة مرة واحدة بثلاثة أشهر وبجعل التمديد في فترة الإيقاف بالنسبة للجناية مرتين لا تزيد كل واحدة عن أربعة أشهر.

1 – نية المشرع من فترة الإيقاف التحفظي:

تنص الفقرة قبل الأخيرة من الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه: "ولا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الإتهام بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق لمواصلة بعض الأعمال التي تقتضيها تهيئة القضية للفصل تجاوز المدة القصوى للإيقاف التحفظي للمتهم الذي يتحتم في هذه الحالة على قاضي التحقيق أو

دائرة الإتهام حسب الأحوال الإذن بالإفراج عنه مؤقتا دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير اللازمة بضمان حضوره" وبالتالي فنيّة المشرع تذهب إلى أن قرار دائرة الإتهام بإجراء البحث لا يمكن أن يترتب عنه تجاوز المدة القصوى للإيقاف التحفظي وأوجب على قاضي التحقيق أو دائرة الإتهام حسب الأحوال الإذن بالإفراج مؤقتا على المتهم بانقضاء هذه المدة.

2 – موقف محكمة التعقيب:

بالرجوع إلى دور محكمة التعقيب فمن الثابت أن قرار بالإيقاف التحفظي أو قرار رفض مطلب الإفراج هو قرار قضائي خاضع للقواعد القانونية حسبما أقرته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب **(القرار الجزائي عدد 5088 صادر في 1963/12/3)**: "إن القرارات الصادرة من قلم التحقيق أو دائرة الإتهام في مطالب الإفراج عن الموقوفين هي قرارات قضائية خاضعة لقواعد قانونية يجب احترامها لصحة القرار. وتأسيسا على ذلك فإن القرارات الصادرة في هذا الشأن عن دائرة الإتهام قابلة للطعن بطريق التعقيب فتنظر محكمة التعقيب فيها لمراقبة صحة تطبيق تلك القواعد القانونية وصحة تطبيق النص القانوني على الجريمة المنسوبة للمتهم". كما أكد ذلك قرار تعقيبي لاحق وهو **القرار التعقيبي الجزائي عدد 6912 المؤرخ في 1969/05/04** : "إن الطعن بالتعقيب في قرار دائرة الإتهام المتعلقة بالإيقاف والإفراج المؤقت لا يقبل إلّا إذا كان الطعن مؤسّسا على خرق النصوص القانونية التي طبقت قواعد الإيقاف والإفراج المؤقت".

وحيث اعتبرت محكمة التعقيب في **قرارها الجزائي عدد 7212 المؤرخ في 2012/11/22** (غير منشور) أن مدة الإيقاف التحفظي المسموح بها قانونا حددها الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي ضبط المدة القصوى للإيقاف وهي مسألة لها علاقة بالنظام العام ومصلحة المتهم الشرعية كما اعتبرت كذلك أنه في **قرارها الجزائي عدد 576 صادر بتاريخ 2013/05/05** (غير منشور): "وحيث خلافا لما ذهبت إليه دائرة القرار المنتقد من أن التمسك بالمدة القصوى للإيقاف التحفظي لا تصح إلا إذا كان ملف القضية تحت طائلة أبحاث جارية لدى التحقيق بطلب من دائرة الإتهام بأنه إذا جارينا هذا التمشّي في مدد الإيقاف التحفظي إلى ما لا نهاية له عند الطعن في قرار دائرة الإتهام في مناسبات عدّة مثل قضية الحال وهو تفسير يمس من حرية الأشخاص ومخالف للصبغة الإستثنائية لمؤسسة الإيقاف التحفظي كما ألمحنا إليه أعلاه ويتعارض مع مصلحة المتهم الشرعية وحقه في التمسك بالمبدأ الفقهي الذي يؤكد على أن تفسير القواعد القانونية الإجرائية يكون لفائدة المتهم، وحيث يكون القرار المنتقد عند اعتماده بطاقة إيداع تجاوز الإيقاف التحفظي فيها أقصى ما يسمح به القانون طبق الفصل 85 المشار إليه يكون قد خالف قاعدة من أوكد القواعد الكونية الأساسية وهي الحرية... ".

كما جاء أيضا في إحدى حيثيات محكمة التعقيب في **قرارها الجزائي عدد 777 صادر بتاريخ 2013/06/12** (غير منشور): "يتبين من الفصل 85 م.إ.ج أن المشرع حدد صلبه المدة القصوى للإيقاف التحفظي الذي بانتهائها يجب الإفراج عن المتهم سوى من طرف السيد المحقق أو دائرة الإتهام، وبالتالي فإن المدة القصوى للإيقاف التحفظي تسري عليهما، فإذا انتهت المدة القصوى وهي أربعة عشرة شهرا والقضية لا تزال لدى السيد قاضي التحقيق فالمشرع حتم عليه الإفراج وإذا كانت القضية عند إنتهاء تلك المدة لدى دائرة الإتهام فالمشرع حتم عليها كذلك الإفراج، ذلك أن المدة المذكورة لها علاقة بمصلحة المتهم الشرعية وبحرية الأفراد... وبالتالي فإن أحكام الفصل 85 م.إ.ج التي حددت مدة الإيقاف التحفظي وهي تترجم عن إرادة المشرع الرامية إلى ضرورة إنهاء كافة إجراءات التحقيق وتقدم المظنون فيه للمحاكمة في **آجال معقولة**. ضبطها الفصل المبين أعلاه وهذا ما أكده وزير العد آنذاك إبان مناقشة القانون المذكور بمجلس النواب... والمشرع عندما نقح الفصل 85 بموجب القانون عدد 75 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/12/11 كان بغاية دعم الضمانات الممنوحة للمتهم في التحقيق بمرحلتيه ولو جارينا دائرة الإتهام فيما ذهبت إليه فإننا سنجد أنفسنا أمام إيقاف لا نهاية له... وبالتالي يصبح حسب دائرة الإتهام التنقيح المذكور لا جدوى منه الحال أن القوانين محمولة على أن تكون مجدية وضامنة للمحاكمة العادلة التي تتطلب فيما تتطلب أن تكون مدة الإيقاف التي هي بمثابة الإستثناء محددة ومضبوطة... ".

وفي الختام يمكن القول أن انتهاء مفعول بطاقة الإيداع لتجاوزها المدّة القصوى المقررة قانونا يتطلب من الجهة القضائية المتعهدة بالملف اتخاذ قرار فوري بإخلاء سبيل المتهم، وهذا واجب حتى من قبل محكمة التعقيب بصريح أحكام الفصل 92 م.إ.ج ونصّت الفقرة الأولى منه: "الإفراج المؤقت يمكن طلبه في كل طور من أطوار القضية من المحكمة المتعهدة بها". وإلا يصبح اعتقال المتهم احتجازا غير شرعي وخارج نطاق القانون وهذه جريمة على معنى الفصل 103 من م.ج، وطالما أن تجاوز المدة القانونية يشكل جريمة وطالما أن الوكلاء العامين لدى محاكم الإستئناف مكلفين بالسهر على تطبيق القانون كل في حدود منطقته (الفصل 22 من م.إ.ج).

وعلاوة عما سبق فقد وصف المشرع الإفراج عن المتهم الذي تجاوزت مدة إيقافه 14 شهرا بكونه إفراجا حتميا بصريح الفقرة الأخيرة من الفصل 85 م.إ.ج ووصف هذه الحالة من حالات الإفراج كونها حتمية يعني بالضرورة أنها تهم النظام العام وملزمة لكل السلط الساهرة على حسن وسلامة تطبيق القانون وعندما يتعلق الأمر بإخلاء سبيل شخص معتقل خارج القانون فإنه من صميم اختصاص النيابة العامة ممثلة في الوكلاء العامين.

ملاحظات أولية على قانون العدالة الانتقالية*

من إعداد الأستاذ محمود داوود يعقوب

العدالة الانتقالية هي البديل الحضاري لعدالة المنتصر التي يرجع أصولها إلى أزمنة بعيدة والتي تجسدت في القرن الماضي من خلال محاكمات مجرمي الحرب في أعقاب الحرب العالمية الثانية.

ويعتبر مفهوم العدالة الانتقالية من المفاهيم التي ما زالت غامضة أو ملتبسة خصوصاً لما يشوبه من إبهام فيما يتعلق بالجزء الثاني من المصطلح ونعني به "الانتقالية" فهل توجد عدالة انتقالية؟ وما الفرق بينها وبين العدالة التقليدية المرتبطة بأحكام القضاء واللجوء إلى المحاكم بأنواعها ودرجاتها؟[2]

ففي تقرير للأمين العام السابق للأمم المتحدة يعرّف " العدالة الانتقالية" بأنها تشمل "كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتفّهم وتجاوز تركة الماضي الواسعة النطاق بغية كفالته للمساءلة وإحقاق العدل وتحقيق المصالحة" وربط كوفي أنان ذلك باستراتيجيات شاملة بحيث تتضمن الاهتمام على نحو متكامل بالمحاكمات الفردية ووسائل جبر الضرر وتقصي الحقيقة والإصلاح المؤسسي أو أي شكل يدمج على نحو مدروس هذه العناصر على نحو ملائم[3]

كما وقع تعريف العدالة الانتقالية حسب وثيقة صادرة عن المعهد العربي لحقوق الإنسان في سبتمبر 2007: «دليل حول العدالة الانتقالية»، على أنها من المفاهيم التي قد تبدو للوهلة الأولى ملتبسة، لأن العدالة التي توصف بالانتقالية هي ليست من صنف العدالة

---

*- هذه ملاحظات أولية تتعلق بالجانب الموضوعي للقانون أساسي عدد 53 لسنة 2013 مؤرخ في 24 ديسمبر 2013 المتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها من وجهة المعايير الدولية للعدالة الجزائية ومبادئ حقوق الإنسان وهي لا تتضمن أي مناقشة لإيجابيات القانون أو الهياكل المحدثة بموجبه والتي ستكون محل استعراض لاحق.

[2]) شعبان، عبد الحسين – الشعب يريد ..! تأملات فكرية في الربيع العربي ، دار أطلس، بيروت، 2012، ص 215 وما بعدها . ولنفس الباحث: العدالة الانتقالية وذاكرة الضحايا، الحوار المتمدن، 2008/1/26.

[3]) تقرير الأمين العام إلى مجلس الأمن الدولي بشأن "سيادة القانون والعدالة الانتقالية، في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع " S2004/16/6 (الفقرتان 8 و26). قارن: لويز، أربور- العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي بمرحلة انتقالية، (محاضرة) المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك 25 تشرين الأول (اكتوبر) 2006.

التقليدية المرتبطة بالقضاء والمحاكم بأنواعها، لكنها تشترك معها في إرجاع الحق أو بعضه الى من انتهكت حقوقه لسبب من الأسباب لا سيما ما تعلق منها بالسياسية[4].

أحياناً كان يطلق على هذا النوع من العدالة مصطلح " عدالة ما بعد النزاعات" وعلى أساسه تم وضع مبادئ شيكاغو التي أعدّت لتحقيق عدالة ما بعد النزاعات وتلك لا تعني سوى استراتيجيات مكافحة الإفلات من العقاب أو "العدالة الانتقالية" وهي عملية متعددة الأوجه تتجاوز النهج القانوني الرسمي لمفهوم العدالة المعروف[5].

وتتطلب العدالة الانتقالية أيضاً تأمين استقلال القضاء ونزاهته والتحقيق والمحاكمة باحترام الإجراءات القانونية ومنع المحاكمات المتعددة للجريمة ذاتها وتأمين حماية الشهود وحماية الإجراءات الخاصة والموظفين، كما تستهدف بث الوعي لدى الجمهور.

ولكن هل أن العدالة الانتقالية هي عدالة خاصة تختلف عن القواعد العامة للعدالة؟

رغم تعدد تجارب العدالة الانتقالية فإنه لا توجد صيغة محددة يمكن اعتمادها، حيث تم تطبيقها حسب خصوصية كل بلد، غير أن الهدف الأساسي لها جميعاً كان واحدا وهو نقل المجتمعات من تحت نير نظام استبدادي قمعي إلى نظام ديمقراطي، وتجاوز آثار جرائم مثل التعذيب والتطهير العرقي وتحقيق المصالحات الوطنية في تلك الدول وتمكين العدالة من استعادة دورها في بناء السلام والأمن الاجتماعيين.

وقد انتجت حصيلة التجارب السابقة خمسة أسس مشتركة للعدالة الانتقالية، تتمثل فيما يلي:

(1) الملاحقات القضائية لمنتهكي حقوق الإنسان،

و(2) جبر الضرر وتعويض الضحايا والمتضررين من الأنظمة،

و(3) إصلاح مؤسسات الدولة وخاصة العسكرية والأمنية والقضائية والمدنية التي ساهمت في تلك الانتهاكات،

و(4) تشكيل لجان الحقيقة لمعرفة الحقيقة باعتبارها أساس المصالحة الوطنية،

---

[4] - بدأ هذا المفهوم يتبلور شيئا فشيئا بالممارسة وتعدد التجارب منذ الحرب العالمية الثانية حيث عرف العالم أكثر من ثلاثين تجربة منها خمس إفريقية وواحدة عربية. من أشهرها إنشاء لجنة الحقيقة والمصالحة بإفريقيا الجنوبية سنة 1995 وهيئة الإنصاف والمصالحة بالمغرب سنة 2004.

[5]) وقد ارتبط القبول الدولي لأفكار استراتيجيات العدالة ما بعد النزاعات (العدالة الانتقالية) بتزايد عمليات الأمم المتحدة بما فيها عمليات حفظ السلام وبحماية حقوق الإنسان، لاسيما بدور مجلس الأمن وتشكيل لجان التحقيق في جرائم الحرب في يوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية برواندا وإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة سنة 1998 في روما إضافة إلى مبادرات أخرى ذات صلة بالأمم المتحدة، مثل إنشاء محكمة دولية مختلطة في سيراليون وكوسوفو وتيمور الشرقية وكمبوديا. أنظر: كتاب (مؤلف جماعي) وثائق مؤتمر العدالة ما بعد النزاعات المسلحة والمحكمة الجنائية الدولية 15-17 جانفي (كانون الثاني- يناير) 2009، القاهرة جامعة الدول العربية، 2009، مقدمة الدكتور محمود شريف بسيوني ودانيال روتنبرغ، ص 9-23 وص 78 وما بعدها.

و(5) تخليد ذكرى الضحايا[6].

وقد أعطت تجارب العدالة الانتقالية المختلفة نموذجين أساسيين:

الأول "نموذج الاستمرارية القانونية": وهو الذي مثلته تجربتي بولونيا وهنغاريا والمغرب، خصوصاً فالتغيير كان سلساً وسلمياً وتواصلياً وتدرجياً.

أما الثاني "نموذج القطيعة مع الماضي": فقد عكسته مثلا تجربتي ألمانيا الديمقراطية وتشيكوسلوفاكيا[7]، حيث كان التغيير ثورياً إذ ارتفعت دعوات القطيعة مع الماضي واستخدام العدل العقابي والتاريخي وسيلة لمعالجة جرائم النظام السابق.

ولكلا النموذجين خصومه وأنصاره،

فخصوم النموذج الأول يعتبرون أنه يسمح للكثيرين بالإفلات من العقاب من خلال عدم المعاقبة أو التخلّي عن إمكانية المعاقبة، بما يؤدي إلى إضعاف الدولة القانونية، التي لا يوجد فيها شخص فوق القانون، ولهذا فالأمر يتطلّب تصفية الحسابات مع جرائم الماضي، فتطبيق ثقافة المساءلة مكان ثقافة الإفلات من العقاب التي سمحت بارتكاب الانتهاكات ،يعطي إحساسًا بالأمان للضحايا ويوجه تحذيرًا لمن يفكرون في ارتكاب انتهاكات في المستقبل. بينما يرى أنصار هذا النموذج أن ميزته الجوهرية هي في أنه يسعى لتجاوز الماضي بوسائل تدرّجية سلمية إدماجيه حرصاً على السلم الاجتماعي وإقامة الدولة القانونية دون انتقام أو ثأر.

أما خصوم النموذج الثاني (القطيعة مع الماضي) فهم يعتبرون أنه يزيد من أمر انقسام المجتمع ويشغله إلى حدود بعيدة عن إعادة البناء، خصوصاً وان الكثير من الجرائم المرتكبة مضى عليها زمن طويل ويصعب أحياناً التوثق منها، لكن أنصار هذا النموذج يؤكدون أن ميزته الجوهرية تتجسد في كونه يضمن في الوقت نفسه تصفية تركة الماضي وعدم تكرار مآسيه مجددا، من خلال التذكير بالجرائم ومصارحة الذات لوضع حدّ لمختلف الصراعات والنزاعات الداخلية؛ وبناء أسس متينة تدعم دولة الحق والقانون.

فإي النموذجين اعتمد في قانون العدالة الانتقالية في تونس؟

بقراءة أولية لقانون العدالة الانتقالية في تونس يلاحظ أنه تبنى في مجمله نموذج القطيعة مع الماضي وهو ما سيقع بيانه من خلال إظهار النقائص العديدة لقانون العدالة الانتقالية في تونس، التي نتعرض لها تباعا:

---

[6] - http://alfudhool.net/news/398/#sthash.SJMLpjGK.dpuf

[7] - بدت الثورة في تشيكوسلوفاكيا "ألمانية" الملامح بالنزول إلى الشوارع والساحات، لكنها اكتسبت سمات بولونية وهنغارية عشية التغيير، لاسيما بقبول مبدأ التفاوض والانتقال السلمي للسلطة.

1- غياب المرجعية القانونية:

إن القارئ لقانون العدالة الانتقالية في تونس سيخيل اليه أنه قانون وضع في بلد لا يملك تراثا قانونيا عريقا، فخلافا للعادة لم يتضمن القانون أي إشارة للمحيط القانوني الذي صدر في ظله، كما أنه لم يتضمن أية إشارة للقوانين النافذة المتصلة بموضوعاته وتلك التي تضمن حقوق الإنسان والحق في المحاكمة العادلة وغيرها، فقد خلا القانون مثلا من أي إشارة لمجلة الإجراءات الجزائية ومجلة حماية الطفل[8]، كما لم تقع الإشارة إلى المعاهدات والمواثيق والإعلانات الدولية المصادق عليها، وكان من المفترض أن يقع التنصيص عليها صراحة خاصة وأن القانون ذاته سيحيل إلى تلك المعاهدات عند الإشارة إلى انتهاكات حقوق الإنسان. كما أن الحديث عن الفساد المالي والاعتداء على المال العام كان يقتضي تحديد النصوص المرجعية المتعلقة بهما، وكذا الأمر بالنسبة لتزوير الانتخابات والدفع إلى الهجرة الاضطرارية لأسباب سياسية اللذان يفتقدان لنص يجرمهما صراحة وبصفة مباشر لا لبس فيها، ومن الثابت ان غياب هذه المرجعية زاد من غموض عدة فصول تعتبر ركنا جوهريا في هذا القانون.

وعلاوة عما سبق فقد أكتفى الفصل 38 بالفقرة الأخيرة منه على أنه: "ولا يحق لأي كان التدخل في أعمالها (هيئة الحقيقة والكرامة) أو التأثير على قراراتها"!!! ما معنى هذا؟ وأي قيمة له؟ وماذا يترتب عن مخالفته؟ فما هي جدوى التحجير دون ان يقع تجريم التدخل أو التأثير أو محاولة ارتكاب أي منهما؟، خاصة وأنه كان يجب التجريم احتراما لاتفاقية مكافحة الفساد التي صادقت عليها تونس منذ سنة 2008.

2- تجاهل الوضعيات الجارية:

خلافا لما هو معتاد في القوانين التي تتضمن أثرا رجعيا، والقوانين التي تنظم وضعية غير مسبوقة، فقد خلا القانون من أية أحكام ختامية أو انتقالية تنظم الوضعيات الجارية وخاصة المحاكمات التي بدأت بعد 2011/1/14 وحتى الآن، فكما هو معلوم للجميع أن هناك محاكمات جارية وهناك قرارات وأحكام ابتدائية ونهائية وباتة صدرت ضد بعض الأشخاص عن أفعال تدخل في نطاق قانون العدالة الانتقالية، وهناك من قضى مدة العقوبة أو على الأقل قضى قرابة الثلاث سنوات في السجن، كما أن هناك أشخاص موقوفين لذات

---

[8] - للإشارة فقط فإن قانون مكافحة الارهاب لسنة 2003 رغم كل مساوئه والانتقادات الموجهة إليه نص في فصله الأول صراحة على: " وذلك في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية، دون المساس بالضمانات الدستورية". كما ينص الفصل الثالث من ذات القانون على: "تنطبق أحكام المجلة الجزائية ومجلة الإجراءات الجزائية ومجلة المرافعات والعقوبات العسكرية والنصوص الخاصة، المتعلقة ببعض الجرائم والإجراءات المقررة لها، على الجرائم المعنية بهذا القانون بقدر ما لا تتعارض مع أحكامه. ويخضع الأطفال إلى مجلة حماية الطفل".

المدة تقريبا دون أي حكم فما هو مصيرهم اليوم؟، وهل يعقل ان يقف هؤلاء أمام هيئة الحقيقة والكرامة وهم سجناء مغلولي الأيدي؟ بينما يتقدم غيرهم حرا طليقا؟

تقتضي العدالة وأصل البراءة والطابع الاستثنائي للإيقاف أن يحال الجميع بحالة سراح وعلى قدم المساواة. كما يجب التساؤل هل أن قاعدة عدم المعارضة بمبدأ اتصال القضاء الواردة بالفصل 42 من القانون تشمل هذه المحاكمات أيضا؟ إذا كان الجواب بنعم فهذا عبث، لأن تلك المحاكمات تعتبر جزء لا يتجزء من العدالة الانتقالية ولو أنها سبقت هذا القانون وكان من الواجب أخذها بعين الاعتبار صراحة إذ لا يجوز أن يحاكم الشخص عن ذات الفعل مرتين في ظل نفس المنظومة القانونية لذات البلد، وتعتبر المنظومة القانونية المطبقة بعد الثورة واحدة لا تتجزأ.

وعلاوة عما سبق فقد تجاهل القانون تماما وضعية الأشخاص المصادرة أموالهم بموجب المرسوم عدد 13 لسنة 2011 رغم ان هذا المرسوم لم يغب عن واضعي القانون[9]، فكيف لهؤلاء الاشخاص ان يقوموا بالمصالحة وقد وقعت مصادرة جميع املاكهم؟؟؟ وما جدوى انخراطهم أصلا في منظومة العدالة الانتقالية طالما أن فرضية المصالحة مستحيلة عليهم؟.

3- عدم التنصيص على مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء:

المساواة هي حجر الأساس في حقوق الإنسان بوصفه كائنا اجتماعيا يعيش في جماعة، ويعتبر حق المساواة من أهم الحقوق الإنسانية والصقها بالإنسان وأقدمها ، وأكثرها أصالة على الإطلاق ، فهذا الحق هو أساس كل الحقوق ، وهو أساس مرتبط بالوجود الإنساني ارتباطا لا يقبل الانفكاك، كما أشارت كثير من المواثيق لهذا الحق بما فيها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث نص في المادة الأولي منه : " يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق ، وقد وهبوا عقلا و ضميرا وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء" ولا يمنع هذا التعميم من التركيز على إبراز الحق في المساواة بصدد بعض الحقوق الهامة كما يفعل الإعلان ذاته في المادة السابعة بشان تأكيد المساواة أمام القانون وضرورة كفالة حمايته للجميع دون تمييز، وهذا الأمر هام في اعتبار جميع الأفراد سواء أمام القانون وحمايته الايجابية التلقائية .

---

[9] - إذ وقعت الاشارة اليها في الفصل 43 منه، وتحديدا الفقرة المتعلقة بـ "لجنة الفحص الوظيفي و إصلاح المؤسسات" الذي نص على:" وتصدر اللجنة للجهات المختصة توصيات بالإعفاء أو الإقالة أو الإحالة على التقاعد الوجوبي في حق كل شخص يشغل إحدى الوظائف العليا للدولة بما في ذلك الوظائف القضائية, إذا تبين أنه: ... ب- قام بعمل عن قصد نتج عنه مساندة أو مساعدة للأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم عدد 13 لسنة 2011 في الاستيلاء على المال العام.".

ويقصد بمبدأ المساواة أمام القانون بصفة عامة وأمام القضاء على وجه الخصوص، خضوع الأشخاص المتماثلين في المراكز القانونية أمام القضاء لقواعد وإجراءات واحدة، وتمتعهم بالحقوق والضمانات المقررة على قدم المساواة.

لكن من الثابت سواء بموجب قرارات تعقيبية أو شهادات لهيئات وأشخاص حقوقية أن مسار العدالة بعد الثورة كان انتقائيا لا بل انه اتخذ أحيانا طابعا انتقاميا، ووقع تقديم أكباش فداء إرضاء لبعض الجهات التي احتكرت الكلام باسم الشعب وادعت أنها مفوضة منه (هناك تسجيلات صوتية ومرئية لمسؤولين بعد الثورة تؤكد الطابع الانتقائي الانتقامي للمحاسبة)، كما تعرض العديد من الأشخاص (قضاة، وزراء سابقين، مدراء عامين، موظفين) إلى إجراءات تعسفية بدنية ومدنية ووظيفية لا يوجد ما يبررها وتفتقد للسند القانوني السليم، ولازال أغلب هؤلاء تحت وطأة هذا التعسف اللا قانوني وغير المبرر.

وكان من المفروض بواضعي القانون ان يراعوا هذا الواقع المستجد بعد الثورة والذي يشكل بدوره انتهاكا جسيما لحقوق الإنسان، وان ينصوا صراحة على وضع حد لأي إجراءات تعسفية وتعليق العمل بها إلى حين عرض الملف على هيئة الحقيقة والكرامة، وذلك بالتنصيص صراحة على مبدأ المساواة أما القانون والقضاء، وأعتقد أن تجاوز هذا النقص ممكن اعتمادا على أحكام الدستور.

4- انتهاك الكرامة المتأصلة في الإنسان:

إن الكرامة الإنسانية غير قابلة للمساومة، فهي ليست شيئًا يباع ويشترى أو شيئًا نسبيًا في قيمته على حسب ظروف الحال، و الكرامة لا ترتبط بالحالة الراهنة للشخص بل هي متأصلة فيها لا تفارقه لا في الزمان ولا في المكان ومهما عظم شأنه أو جرمه. فالبشر غايات في ذواتهم، لا مجرد وسائل لتحقيق غاية أحد آخر، فلا يمكن أن يُستعمل إنسان كأداة كي يخدم بها أهداف شخص آخر أو خططه أو أيديولوجيته. صحيح أنه يمكن توظيف البشر في تلك الجهود، ولكن لا يمكن معاملتهم باعتبارهم مجرد موظفين في مشروع، فهم دائمًا وفي الوقت نفسه غاية في ذاتهم، وهم يحملون كرامة وقيمة متأصلة بغض النظر عن أي ميزة أو منفعة يخدمون بها مشروعات أي شخص آخر أو خططه.

ومن المفترض بعد الثورة ان يعمل الجميع على تكريس وترسيخ هذا المعنى لقيمة الإنسان مهما كان وضعه ومهما ساء فعله، وعندما ناصرتْ حركةُ التنوير الغربي الأفكار حول الكرامة الإنسانية المتأصلة، حدثت تغييرات اجتماعية جذرية في القرن الثامن عشر وما بعده. وبالطبع، فإن هذه الأفكار ليست خاصة بالتنوير الغربي فحسب، إذ يؤكد المفكرون والكتّاب في شتى أنحاء العالم على تلك المفاهيم في إطار قواعدهم الفلسفية أو الدينية أو الثقافية الخاصة بهم. فالعلماء المسلمون -على سبيل المثال- منذ قرون مضت ومن مختلف أنحاء العالم، يفسرون القرآن الكريم بتفسير يعبر عن القيمة الإنسانية الأصيلة

والكرامة الأخلاقية . فالكرامة الإنسانية هي الأساس في تعريف السلوك الشرعي وغير الشرعي تجاه أفراد المجتمع، وقد جاء في عهد تونس للحقوق والحريات:" أنّ ثورة شعبنا ثورة ضدّ منظومة استبداد أهانت الكرامة المتأصلة في الإنسان وعطّلت التنمية العادلة وانتهكت قيم المساواة والعدالة والحرية،...". فهل يعقل إذن انتهاك كرامة أي أنسان مهما كانت تهمته ومهما كان جرمه؟ يبدو أن واضعي القانون تجاهلوا عمدا (وليس عن حسن نية) التنصيص على كرامة المتهمين، إذ لا نجد إشارة اليها في اي من فصول القانون، فيما تكرر التنصيص على حفظ كرامة الضحايا، بل أكثر من هذا فاليمين التي يقسمها أعضاء هيئة الكرامة لا تفرض عليهم سوى " احترام كرامة الضحايا" (الفصل 27).

ويمكن القول أن الفصل الوحيد الذي ينص على ضمان خصوصية وسلامة المتهمين الجسدية والنفسية هو الفصل 53 الذي يبقى نصا خاصا لا يكفي لأنه يتعلق بمسألة حماية الحق في الخصوصية عند المشاركة في جلسات الاستماع العمومية.

5- عدم المعارضة بمبدأ اتصال القضاء

ينص الفصل 132 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه: " لا يمكن تتبع من حكم ببراءته من جديد لأجل نفس الأفعال ولو تحت وصف قانوني آخر". وهذا الفصل يعتبر من المبادئ الأصولية في المحاكمات الجزائية طبق المعايير الدولية، إذ تضمنت المادة 14(7) من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية أنه:" لا يجوز تعريض أحد مجدداً للمحاكمة أو للعقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها بحكم نهائي وفقاً للقانون وللإجراءات الجنائية في كل بلد".

لكن الفصل 42 من قانون العدالة الانتقالية في تونس ينص على: "تحيل الهيئة إلى النيابة العمومية الملفات التي يثبت لها فيها ارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان ويتم إعلامها بكل الإجراءات التي يتم اتخاذها لاحقا من قبل السلطة القضائية.

ولا تعارض الملفات الواقع إحالتها بمبدأ اتصال القضاء".

مما يعني أن المشرع كرس استثناء صريح لقاعدة "عدم جواز المحاكمة عن ذات الجريمة مرتين" وهو ما يستوجب ثلاث ملاحظات:

- هذا الاستثناء لا يميز بين الانتهاكات التي صدر بشأنها أحكام بعد الثورة وتلك التي سبقت الثورة وهذا غير منطقي إطلاقا.
- هذا الاستثناء لا ينطبق إلا بالنسبة للملفات التي ترى هيئة الحقيقة والكرامة لزوم إحالتها على النيابة العامة
- هذا الاستثناء جاء مطلقا دون قيد ولا شرط وهو ما يجعله خطيرا وغير معقول. وكان بالإمكان اعتماد نفس الحل الموجود في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهو حصر إمكانية محاكمة شخص سبق له أن حوكم أمام محكمة أخرى عن

ذات الفعل في حالتين (1):عدم اتسام المحاكمة بالنزاهة، والاستقلال كما هو متعارف عليه دوليا أو لمنع المطالبة بإحالة الشخص للعدالة. (2) إذا كان الهدف من إجراءات المحاكمة الأولى هو ضمان حماية الشخص للإفلات من المسؤولية الجنائية من أفعال إجرامية ثابتة بحقه.

ونتمنى ان تتبنى هيئة الحقيقة والكرامة في التطبيق نفس موقف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للحد من سلبيات هذا الاستثناء.

6- الغموض الاصطلاحي:

ينص الفصل 3 من قانون العدالة الانتقالية على أن: "الانتهاك على معنى هذا القانون هو كل اعتداء جسيم أو ممنهج على حق من حقوق الإنسان صادر عن أجهزة الدولة أو مجموعات أو أفراد تصرفوا باسمها أو تحت حمايتها وإن لم تكن لهم الصفة أو الصلاحية التي تخول لهم ذلك. كما يشمل كل اعتداء جسيم وممنهج على حق من حقوق الإنسان تقوم به مجموعات منظمة". ويمكن إبداء ثلاث ملاحظات على هذا النص:

1- نص يتعارض مع أصول التشريع إذ يفترض في القانون الوضوح فما هو المقصود بـ " كل اعتداء جسيم أو ممنهج على حق من حقوق الإنسان" فحقوق الإنسان قائمة طويلة تطورت عبر الزمن

2- القانون يمتد مجال تطبيقه من 1955/7/1 وحتى 2014/1/5 فهل سيراعي مطبقوه مراحل تطور مفهوم حقوق الإنسان وأجيالها؟ أما أنهم سيسقطون مفهوم وأنواع حقوق الإنسان اليوم على كل ما سبق. فبعض الانتهاكات ارتكبت في وقت لم تكن الحقوق المرتبطة بها قد قننت دوليا ووطنيا.

3- هل سيقع اعتماد المعاهدات والمواثيق الدولية التي هي المرجع في تحديد حقوق الإنسان من تاريخ نفاذها دوليا أم من تاريخ المصادقة عليها وطنيا؟

ان الإجابة عن هذا السؤال لا تكون إلا بالتنسيق مع الفصل 8 الذي ينص على:" القضايا المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على معنى الاتفاقيات الدولية المصادق عليها" وهو تأويا تفرضه أيضا المواثيق الدولية:

- المادة 11(2) من "الإعلان العالمي لحقوق الانسان":لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي."

- المادة 15(1) من "العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية":"لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون

الإنسان في اللجوء إلى القاضي الطبيعي حق أصيل يرتبط بصفة الإنسانية وهو من المبادئ الأصولية العليا، بل لعله المبدأ الأول الذي يهيمن على كل نظام قضائي أيا كانت فلسفة هذا النظام إذ يؤدي بالضرورة إلى أن لكل فرد الحق بأن يقاضى أمام قاضيه الطبيعي ،وإلا يجبر على المثول أمام غير هذا القاضي ، وفكرة القاضي الطبيعي قديمة حديثة اقتضاها مبدأ الفصل بين السلطات أي استقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والتنفيذية، فكل تدخل من أي من هاتين السلطتين في اختصاص القاضي بمناسبة دعوى معينة، يعد اعتداء على سلطة القضاء. ويأتي هذا التدخل في شكل انتزاع دعوى من قاضيها الطبيعي طبقا لإحكام القانون الذي حدد اختصاصه، أي ولايته وجعلها من اختصاص قاضي آخر، ويعد هذا الانتزاع المفتعل للولاية، أو الإضفاء المصطنع للاختصاص، مساسا باستقلال القاضي صاحب الاختصاص الأصيل، بل يتضمن عدوانا على استقلال وحياد القاضي الأخر الذي أصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الافتعال. وكل ما تقدم يعد تدخلا في شؤون القضاء، لما يؤدي إلى تنحية القاضي عن دعواه، وتخصيص قاض بالذات لنظر الدعوى، لذلك فان مبدأ القاضي الطبيعي مكمل لمبدأ استقلال القضاء، ويعد أيضا نتيجة حتمية لمبدأ المساواة أمام القضاء التي تأبى إلا أن يتساوى الناس أمام قضاء واحد هو القاضي الطبيعي المنوط به – بحسب الأصل – تأدية العدالة، والفصل فيما ينشأ من منازعات أمام المحاكم العادية غير الاستثنائية سواء بين الأفراد بعضا أم بين الأفراد والدولة .

ومما سبق يتضح أن حق الفرد باللجوء إلى القاضي الطبيعي يعد ناقصا في حالة مثول الفرد أمام محاكم استثنائية تتميز جرائم المتهمين بها بطابع خاص، وهو ما يستوجب ضرورة عدم إنشاء محاكم استثنائية، والاحتكام إلى القضاء العام المختص بجميع الجرائم ويشمل اختصاصه كل المتهمين. وانطلاقا من مبدأ استقلال القضاء وحياده، يمكننا أن نستخلص عناصر القضاء الطبيعي وهي:

- أن تكون المحكمة مشكلة بموجب قانون و ليست مشكلة من السلطة التنفيذية.
- أن تكون المحكمة موجودة و مؤسسة قبل ارتكاب الجريمة لكي يمكن الاطمئنان إلى استقلالها و حياديتها.
- ان تكون المحكمة دائمة أي غير استثنائية أو غير مرتبطة بظروف و أحوال معينة.
- أن تتوافر لقضاة المحكمة الضمانات اللازمة.

وبالرجوع إلى قانون العدالة الانتقالية يلاحظ انه نص في فصله السابع على: " المساءلة والمحاسبة من اختصاص الهيئات والسلطات القضائية والإدارية حسب التشريعات الجاري

بها العمل". وهذا تكريس صريح للقاضي الطبيعي، ولكن الصدمة ستأتي مباشرة من الفصل الذي يليه وهو الفصل 8 الذي ينص على:" تحدث بأوامر دوائر قضائية متخصصة بالمحاكم الابتدائية المنتصبة بمقار محاكم الاستئناف تتكون من قضاة، يقع اختيارهم من بين من لم يشاركوا في محاكمات ذات صبغة سياسية،...". ومن الثابت أن هذه الهيئات القضائية الاستثنائية (ولا أقول الخاصة) لا تتوفر فيها عناصر القاضي الطبيعي، فهي تشكل من السلطة التنفيذية، ولها صبغة مؤقتة وأحدثت للنظر في جرائم سابقة، كما أنها لا تحترم مبدأ المساواة فيما يتعلق بجرائم تزوير الانتخابات والفساد المالي والاعتداء على المال العام والدفع إلى الهجرة الاضطرارية لأسباب سياسية، إذ إنها لا تنظر إلا في الجرائم التي تحيلها عليها هيئة الحقيقة والكرامة.

كما إن القانون صمت تماما عن ذكر طرق الطعن في الأحكام التي ستصدرها تلك الدوائر، فهل أحكامها نهائية أم ابتدائية الدرجة قابلة للطعن فيها بالاستئناف و التعقيب؟ وإن كان باب الطعن مفتوحا فهل يعقل أن يقع الطعن في قرارات دوائر قضائية وصفت بأنها "متخصصة" أمام محاكم أعلى غير مختصة؟ إن غياب تنظيم قضائي هرمي متكامل مكلف بالعدالة الانتقالية سيؤدي إلى انعدام جدوى من أحداث دوائر قضائية وصفت بأنها "متخصصة" ونؤكد أنها خاصة استثنائية.

وعلاوة عما سبق فكيف سنوفق بين أحكام الفصلين 7 و8؟ أي متى تبقى القضية من اختصاص القضاء الطبيعي ومتى تصبح من اختصاص القضاء الاستثنائي؟ يبدو أنه يجب انتظار ان تضع الهيئة الأدلة الإجرائية المبسطة لسير أعمالها في كافة مجالات اختصاصها، وهذا بدوره خرق جديد فالإجراءات هي من الاختصاص الحصري للقانون.

8- تكريس الطابع الذاتي للمصالحة و انعدام جدواها:

يعرف الفصل الأول من القانون العدالة الانتقالية بأنها :"العدالة الانتقالية على معنى هذا القانون هي مسار متكامل من الآليات والوسائل المعتمدة لفهم ومعالجة ماضي انتهاكات حقوق الإنسان بكشف حقيقتها ومساءلة ومحاسبة المسؤولين عنها وجبر ضرر الضحايا وردّ الاعتبار لهم بما يحقق المصالحة الوطنية ويحفظ الذاكرة الجماعية ويوثقها ويرسي ضمانات عدم تكرار الانتهاكات والانتقال من حالة الاستبداد إلى نظام ديمقراطي يساهم في تكريس منظومة حقوق الإنسان". كما يضيف الفصل 15 :" تهدف المصالحة لتعزيز الوحدة الوطنية وتحقيق العدالة والسلم الاجتماعية وبناء دولة القانون وإعادة ثقة المواطن في مؤسسات الدولة".

وهو ما يستفاد منه أن من غايات هذا القانون تحقيق المصالحة الوطنية وحفظ وتوثيق الذاكرة الجماعية، وهي أمور تتجاوز المصالح الخاصة لتحقق المصلحة العامة، فالعدالة الانتقالية لا يجب ان تكون رهينة قرارات فردية، بل هي منظومة وطنية جماعية، وعليه

فمن المفترض ان يكون الطابع الوطني الجماعي هو أساس المساءلة والمحاسبة والمصالحة والمصارحة.

لكن بالرجوع إلى القانون نجد وان المصالحة تبقى رهينة إرادة الضحية:

الفصل 2:" كشف حقيقة الانتهاكات حق يكفله القانون لكل المواطنين مع **مراعاة مصلحة الضحايا وكرامتهم** ودون المساس بحماية المعطيات الشخصية".

الفصل 45: "تحدث لجنة للتحكيم والمصالحة صلب الهيئة يعهد إليها النظر والبت في ملفات الانتهاكات على معنى هذا القانون **بعد الحصول على موافقة الضحية**...".

الفصل 46:" تتعهد لجنة التحكيم والمصالحة بناء على اتفاقية تحكيم ومصالحة:

-بطلب من الضحية بما في ذلك الدولة المتضررة ،

-بطلب من المنسوب إليه الانتهاك **شرط موافقة الضحية**،

-**بموافقة الدولة في حالات الفساد المالي** إذا تعلق الملف بأموال عمومية أو أموال مؤسسات تساهم الدولة في رأسمالها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"

فالمستفاد من جملة هذه الفصول ان المصالحة شأن خاص بالضحية وليس قضية وطنية، وهذا الطابع الذاتي للمصالحة يهدم أحد أسس العدالة الانتقالية ويعطيها طابعا انتقاميا ثأريا، فالضحية هو المتحكم في قرار المصالحة لا المصلحة الوطنية، وهو ما يمكن ان يترك عجلة الانتقام دائرة، فالثأر لا يولد إلا الرغبة في الثأر، والانتقام هوة لا قاع لها.

وعلاوة عما سبق فإن القانون بعد أن منح هيئة الحقيقة والكرامة واللجان المتفرعة عنها سلطة فوق كل السلط، نص في الفصل 50 على أنه: " يتم إكساء القرار التحكيمي بالصبغة التنفيذية بعد إمضائه من الرئيس الأوّل لمحكمة الاستئناف بتونس في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ إيداعه لديه"!!!. فلماذا تخلت الهيئة عن عليائها في هذه النقطة فقط؟

وعلى فرض أن "اتفاقية التحكيم والمصالحة" تمت فعلا فماذا ينتج عنها؟ المنطق القانوني يقضي بأن الصلح "عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة" كما أنه " لا رجوع في الصلح بالوساطة في المادة الجزائية ولو باتفاق الأطراف"، أما اتفاقية التحكيم والمصالحة في قانون العدالة الانتقالية فهي: " لا تعني الإفلات من العقاب وعدم محاسبة المسؤولين عن الانتهاكات" (الفصل15)، كما أنها:" وفي حالات الانتهاكات الجسيمة لا يحول قرار اللجنة (أي لجنة التحكيم والمصالحة) دون مساءلة مرتكبي الانتهاكات على أن يؤخذ قرارها بعين الاعتبار عند تقدير العقاب"(الفصل45). فهل هو اتفاق صلح فعلا؟ أم مجرد اتفاق لتخفيف العقاب؟؟؟ ولو أردنا التوسع في الحديث عن "اتفاقية التحكيم والمصالحة" فسنقول فيها اكثر مما قاله الامام مالك في الخمر، لهذا أثرنا تركها لوقت لاحق.

9- ربط الصلح بالتخلي المسبق عن حق التقاضي

نصت المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "الكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون."

كما نصّت المادّة الثانية فقرة ثالثة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أن "كل فرد من حقه الالتجاء للأجهزة القضائية...» و نصت المادة الثامنة على أنه «تتعهد كلّ الأطراف في هذا العهد بأن تكفل توفير سبيل فعّال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه وحرياته المعترف بها في هذا العهد". ونذكر أيضا أن المادة السادسة من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الصادرة في 1965/12/22 نصت على أن: "تكفل الدول الأطراف لكل إنسان داخل في ولايتها حق الرجوع إلى المحاكم الوطنية وغيرها من مؤسسات الدولة المختصة لحماية ورفع الحيف عنه على نحو فعّال وكذلك حقّ الرجوع إلى المحاكم المذكورة التماسا لتعويض عادل مناسب أو ترضية عادلة مناسبة من أي ضرر لحقه كنتيجة لهذا التمييز."

ورغم ان تونس صادقت على المواثيق السابقة الذكر وغيرها من المواثيق الإقليمية المكرسة لحق التقاضي فهناك خرق صارخ لهذا الحق في قانون العدالة الانتقالية، إذ ينص الفصل 46 فقرة أخيرة على أنه: "**يقع التنصيص بالمطالب وجوبا على القبول بالقرار التحكيمي واعتباره قرارا نهائيا غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن أو الإبطال أو دعوى تجاوز السلطة**".

أي أن اطراف المصالحة سيتخلون مسبقا عن حقهم في الطعن بالقرار التحكيمي، وهو ما يشكل انتهاكا لحق أساسي.

10- غموض حماية الحق في الخصوصية والمعطيات الشخصية:

ينص الفصل 47 على أنه: "لا يجوز لأطراف النزاع التحكيمي الامتناع عن المشاركة في جلسات الاستماع العمومية إذا طلبت الهيئة ذلك وتعلق إجراءات المصالحة في صورة عدم الالتزام بأحكام هذا الفصل."، وهو ما يعني بكل بساطة ان التمسك بالحق في الخصوصية سيؤدي الى الحرمان من إمكانية المصالحة، لهذا فإن الفصل 47 يتعارض مع أحكام **الفصل 2** من نفس القانون **الذي ينص على أن:** "كشف حقيقة الانتهاكات حق يكفله القانون لكل المواطنين مع مراعاة مصلحة الضحايا وكرامتهم ودون المساس بحماية المعطيات الشخصية". فالفصل 2 يمنح للاطراف حق حماية خصوصيتهم ثم يأتي الفصل 47 ليجبرهم على كشف خصوصيتهم للعموم. وربما يخفف من هذا التناقض ما جاء في الفصل 53:"تتكفل الهيئة بتحديد إجراءات تنظيم وسير جلسات الاستماع **مع احترام خصوصيات الضحايا** وخاصة النساء والأطفال والفئات ذات

الاحتياجات الخاصة والفئات الهشة **وكذلك المسؤولين عن الانتهاكات** وضمان سلامتهم الجسدية والنفسية". ويبدو أنه كان من الأنسب رفعا لكل التباس ونجاوز لأي غموض إضافة العبارات التالية لمطلع الفصل 47 "دون الإخلال بأحكام الفصلين 2 و 53 من هذا القانون لا يجوز...بقية النص كما هي".

11- الفساد المالي "خصوصية أم إسقاط؟"

اعتبرت عدة جهات مهتمة بالعدالة الانتقالية ان من خصوصيات الحالة التونسية في العدالة الانتقالية أنها تشمل جرائم الفساد المالي، وبغض النظر عن كون هذا خصوصية من عدمه إذ أن دول أخرى سبقت تونس في إقحامه صلب منظومة العدالة الانتقالية، فإن ما يهمنا هنا هو الطابع المسقط لأحكام الفساد المالي الواردة في القانون (فأغلبها لم ترد ضمن مشروع القانون)، مما جعل نظام التتبع والمصالحة فيها غامضا ومنقوصا.

فهو غامض لأن القانون ينص على:

الفصل 8 " الفساد المالي **والاعتداء على المال العام**"

الفصل 45 " مطلب الصلح في ملفات **الفساد المالي**"

الفصل 46:" وإذا كان طلب المصالحة يتعلق **بالفساد المالي** فيجب أن يتضمن وجوبا بيان الوقائع التي أدت إلى استفادة غير شرعية وقيمة الفائدة المحققة من ذلك ويكون الطلب مرفوقا بالمؤيدات التي تضبط صحة أقوال طالب الصلح".

والسؤال الأول هل أن الاعتداء على المال العام ليس فسادا ماليا؟ الجواب حسب الفصل 8 سيكون نعم، وهو ما سيترتب عليه غموض بقية الفصول المتعلقة بالمصالحة في جرائم الفساد المالي، وهل يشمل الصلح جرائم الاعتداء على المال العام؟ من الواضح أن عبارة الاعتداء على المال العام أدرجت خطأ في الفصل 8 ولكنها الآن صارت جزء من القانون وبالتالي فهي تفرض نفسها كحالة خارجة عما يقصده المشرع في هذا القانون بالنسبة للفساد المالي. وكان من الأجدر بواضعي القانون أن يستخدموا عبارة الفساد مع الاحالة في تعريفها لاتفاقية مكافحة الفساد أو للمرسوم الاطاري عدد 120 لسنة 2011 مؤرخ في 14 نوفمبر 2011 المتعلق بمكافحة الفساد وهو : " الفساد : سوء استخدام السلطة أو النفوذ أو الوظيفة للحصول على منفعة شخصية. ويشمل الفساد خاصة جرائم الرشوة بجميع أشكالها في القطاعين العام والخاص والاستيلاء على الأموال العمومية أو سوء التصرف فيها أو تبديدها واستغلال النفوذ وتجاوز السلطة أو سوء استعمالها والإثراء غير المشروع وخيانة الأمانة وسوء استخدام أموال الذوات المعنوية وغسل الأموال".

ثم لماذا يستخدم المشرع في عديد الفصول عبارة الفساد في المطلق، ثم في التجريم والصلح يخصصها في الفساد المالي فقط؟ أترك الجواب لواضعي القانون وبانتظار الأدلة التي ستصدرها هيئة الحقيقة والكرامة.

ويبدو ان الطابع المسقط لجرائم الفساد المالي ضمن منظومة العدالة الانتقالية سيكون عائقا كبيرا أمام سيرها وتقدمها ونجاحها.

12- التحصين الدستوري للعدالة الانتقالية

من الواضح ان قانون العدالة الانتقالية يتضمن عدة أحكام مخالفة للمبادئ الدستورية المعروفة والمكرسة في مشروع الدستور القادم، كما أن الدستور يتضمن آلية قضائية لرقابة دستورية القوانين، وهو ما سيفتح الباب لاحقا أمام إمكانية الطعن بعدم دستورية بعض أحكام هذا القانون، وهو ما سيهدم بنيان العدالة الانتقالية برمته.

لهذا فقد تم التوافق ضمن لجنة التوافقات بالمجلس التأسيسي (جلسة 10(2013/12/28 على دسترة هذه الأحكام الاستثنائية ضمن الفصل 146 الواردة ضمن باب الأحكام الانتقالية وتحديدا في البند 9 منه (اصبح الفصل 148 البند 9 في الصياغة النهائية للدستور) ونصها: " تلتزم الدولة بتطبيق منظومة العدالة الانتقالية في جميع مجالاتها والمدة الزمنية المحددة بالتشريع المتعلق بها، ولا يقبل في هذا السياق الدفع بعدم رجعية القوانين أو بوجود عفو سابق أو بحجية اتصال القضاء أو بسقوط الجريمة أو العقاب بمرور الزمن".

وهذا الفصل بحد ذاته يعتبر خطيرا ويفتح الباب أمام انتهاكات "شرعية"، لا تختلف كثيرا عما كان سائدا قبل الثورة، فالانتهاك لا يعالج بانتهاك مضاد، وإنما بالاستفادة من تجارب الماضي وتجاوز أخطائه. فالمصادقة على هذه الأحكام بهذه الصيغة الإطلاقية سيجعل من الدستور أداة لشرعنة الانتقام من جهة، كما أنه سيترك للمحكمة الدستورية إرثا ثقيلا.

فكيف ستتعامل المحكمة الدستورية لاحقا مع هذا النص؟ خاصة وأن الدستور نفسه يتضمن مايلي:

- الفصل 102: " القضاء سلطة مستقلة تضمن اقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات".
- الفصل 145: "توطئة هذا الدستور جزء لا يتجزأ منه".
- الفصل 146:" تفسر أحكام الدستور ويؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة".

مما يعني أن تأويل البند 9 من الفصل 148 سيكون بالانسجام مع جملة المبادئ المقررة في بقية فصول الدستور، وخاصة المبادئ فوق الدستورية المكرسة في الديباجة،

[10] - منشورة على موقع المجلس الوطني التأسيسي:

http://www.anc.tn/site/main/AR/docs/proposition_costutition/resultat_concensus.pdf

فديباجة الدستور هى تعبير عن أهم المبادئ التي يؤمن ويتمسك بها الشعب، لا تقبل النقصان ولكن تقبل الزيادة خلال التحولات والمراحل المختلفة التي يمر بها هذا الشعب. وهى المبادئ التي يعمل الدستور، في أبوابه المختلفة، على تكريسها وحمايتها. فالديباجة يستند اليها المشرع والمحكمة الدستورية في أى خلاف حول تفسير نص دستوري ليستنبط منها الحل، وقد تضمنت ديباجة الدستور قيما إنسانية سامية مثل: مبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية وعلوية القانون واستقلالية القضاء ومبدأ الفصل بين السلطات واحترام الحريات وحقوق الإنسان والعدل والمساواة والكرامة والتفتح والاعتدال وثوابت الإسلام...إلخ، فهل سيصمد هذا التحصين أمام هذه القيم السامية "الفوق دستورية"؟ إذا كان الجواب بنعم فهذا معناه أنه يمكن من الناحية الشكلية الدستورية تحصين أي انتهاك للقيم الإنسانية السامية من الرقابة على دستورية القوانين، وهذا أمر خطير يهدم أكثر مما يبني، وكلنا نعلم ان كثيرا من انتهاكات الماضي وقع تقنينها ودسترتها لأكسائها شرعية شكلية دستورية وهمية ما لبثت ان انهارت على رؤوس صانعيها.

وعلاوة عما سبق يمكن التساؤل أيضا ما جدوى هذا التحصين الجزئي؟ وهل أنه قادر فعلا على حماية منظومة العدالة الانتقالية؟ اعتمادا على جملة ما وقع بيانه ضمن هذه السطور يمكن القول ان عملية التحصين كانت فاشلة لأنها انحصرت في أمرين هما "رجعية القوانين الجزائية" و "عدم الدفع باتصال القضاء" ولكنها لم تشمل:

- حرمة المعطيات الشخصية. (الفصل 24 من الدستور)
- قرينة البراءة[11]. (الفصل 27 من الدستور)
- قاعدة الضرورة والتناسب في ضبط الحقوق والحريات. (الفصل 49 من الدستور)
- علوية مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته. (الفصل 49 من الدستور)
- حق التقاضي عموما وحق التقاضي على درجتين خصوصا.(الفصل 108 من الدستور)
- الحق في القاضي الطبيعي. (الفصل 110 من الدستور)
- الحق في محاكمة عادلة وخاصة حق الدفاع.[12] (الفصول 27 و105 و108 من الدستور)

---

[11] - أي أن كلّ منهم يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته بواسطة محاكمة عادلة. فالشخص الذي سيقف أمام هيئة الحقيقة و الكرامة لن يكون متمتعا بأصل البراءة الذي يفترض أنه كامن في كل شخص ويصبح قرينة قانونية لفائدته بمجرد توجيه الاتهام عليه، ولا تسقط هذه القرينة الا بموجب حكم قضائي بات بعد محاكمة عادلة.

[12] - خلا القانون تماما من التنصيص على مبدأ المحاكمة العادلة و مبدأ توفير الضمانات القانونية و الفعلية المتعلّقة بالدّفاع. فالقانون العام يفرض على كل السلط قضائية التنبيه على المتّهم بأن له الحق في إنابة محام وإن تعذّر ذلك في الجنايات يسخّر له محام على نفقة الدولة.

- وجوبية احترام رأي المجلس الأعلى للقضاء عند تسمية القضاة. (الفصل 106 من الدستور)
- مبدأ المساواة بين المواطنين عموما وبين المتقاضين خصوصا.(الفصلين21 و108 من الدستور)
- قانونية إحداث المحاكم وإجراءات التقاضي. (الفصلين 65 و110 من الدستور)

فهذه الحقوق والمبادئ لها مرتبة دستورية، وقد وقع انتهاكها أو الحد منها بشكل وبأخر ضمن قانون العدالة الانتقالية.

كما أن المواثيق المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته تتخذ حسب الدستور مكانة تعلو على القوانين الأساسية، بينما صدرت العدالة الانتقالية بموجب قانون أساسي، ويفترض عند وجود تعارض بين نصين أن يطبق القاضي القانون الأعلى درجة نزولا عند الواجب المحمول على عاتقه حسب الفصل 102 من الدستور في ضمان علوية الدستور وسيادة القانون، فالقاضي هنا لا يمارس رقابة دستورية وإنما يرجح بين نصين متعارضين من درجتين مختلفتين.

وقد سبق للمحكمة الإدارية التأكيد أنه: "وحيث اقتضى الفصل 32 من الدستور (الملغى ويقابله الفصل 20 من الدستور الجديد) أن المعاهدات الدولية المصادق عليها أقوى نفوذا من القوانين، **الأمر الذي يخول للقاضي الموكول له وظيفة تطبيق القانون السهر على احترام تلك الأفضلية**"[13]. وفي مناسبة أخرى أكدت المحكمة الإدارية أن: "المعاهدات الدولية المصادق عليها... على معنى الفصل 32 من الدستور (الملغى ويقابله الفصل 20 من الدستور الجديد) **تتمتع بعلوية وأفضلية في التطبيق إزاء القوانين الداخلية، بقطع النظر عن زمن دخولها حيز التنفيذ**"[14]. و بهذا تكون المحكمة الإدارية قد طبقت قاعدة الترتيب الهرمي للقواعد القانونية، وكرست حلا ينبغي العمل به، لأنها مستند إلى نص صريح في الدستور، وطبق الفصل 102 فقرة ثانية من الدستور فإن " القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون".

<u>في الختام:</u> لابد من التأكيد أن العدالة الانتقالية بطبيعتها تستوجب خروجا عن المبادئ التقليدية للعدالة الجزائية، ولكن لا يجب أن يكون هذا الخروج مفتوحا ومطلقا بلا بد من

---

[13]- القضية عدد 3643 بتاريخ 1996/5/21 الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان ضد وزير الداخلية. فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 1996.ص185.

[14]- القضية عدد 15327 بتاريخ 2005/6/24 السيدة مداني ضد وزير الصحة العمومية. غير منشور، مذكور لدى: **محمد رضا جنيح** ومن معه، مؤلف جماعي، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، 2007. ص442. وفي ذات الاتجاه القضية عدد 34289 بتاريخ 2004/3/22 تعاونية التأمين للتعليم ضد الإدارة العامة للمراقبة الجبائية. غير منشور، مذكور في نفس المرجع. ص444.

يوم دراسي حول العدالة الانتقالية

المعهد الأعلى للمحاماة

تقرير إلى ورشة آلية التحكيم والمصالحة

الأستاذ عماد الدين فرحات

I- مجال اختصاص لجنة المصالحة والتحكيم

أ- حالات التعهد

1- البت في الانتهاكات الجسيمة شرط موافقة الضحية

- انعدام النصوص المرجعية (الفساد المالي – الاعتداء على المال العام – تزوير الانتخابات والدفع إلى الهجرة الاضطرارية لأسباب سياسية يفتقدان لنص يجرمهما صراحة)

- ما هو مصير المحاكمات التي بدأت بعد 14 جانفي 2011 وحتى الآن – هناك من المذنبين من قضى عقوبته او لا يزال موقوفا- فأين الأحكام الانتقالية؟

- تبدو المصالحة شان خاص بالضحية وليس قضية وطنية وهذا الطابع الذاتي للمصالحة قد يهدم أسس العدالة الانتقالية ويعطيها طابعا انتقاميا فالضحية يتحكم في قرار المصالحة لا المصلحة الوطنية.

- بقطع النظر عن انقراض الدعوى أو سقوط العقاب (هل هذا مخالف لأحكام الفصل 132 مكرر م ا ج "لا يمكن تتبع من حكم ببراءته من جديد لأجل نفس الأفعال وتحت وصف قانوني آخر" الفصل 14 (7) من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية "لا يجوز تعريض أحد مجدّدا للمحاكمة أو العقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو برئ منها بحكم نهائي وفقا لقانون وللإجراءات الجنائية في كلّ بلد"

- تطبيق قواعد الإنصاف والعدالة

2- النظر في مطالب الصلح في ملفات الفساد المالي

- لماذا اقتصر الصلح على الفساد المالي ؟ علاقة الفصل 8 بالفصلين 45 و46 من القانون ؟ ما هو مفهوم الفساد المالي ؟ هل تقصى الحالات الأخرى للفساد مطلقا التي نصّ عليها المرسوم الإطاري عدد120 لسنة 2011 المؤرخ في 14 نوفمبر 2011 المتعلق بمكافحة الفساد (اثر اتفاقية مكافحة الفساد التي صادقت عليها تونس منذ سنة 2008)"وهو سوء استخدام السلطة أو النفوذ أو الوظيفة للحصول على منفعة شخصية ويشمل الفساد خاصة جرائم الرشوة بجميع أشكالها في القطاعين العام والخاص والاستيلاء على الأموال العمومية أو سوء التصرّف فيها أو تبديدها واستغلال النفوذ وتجاوز السلطة أو سوء استعمالها والإثراء غير المشروع وخيانة الأمانة وسوء استخدام أموال الذوات المعنوية وغسل الأموال".

- إن إقرار اختصاص للجنة في مادة الفساد المالي إلى جانب الانتهاكات يعني حجم عمل كبير وعبئ إداري ثقيل للجنة قد يمس بمصداقيتها لان النظر في هذا النوع من النزاعات

يقتضي وضع إجراءات شبه قضائية (اللجوء للفنيين والخبراء) إذا أرادت اللجنة تحقيق العدالة

ب- شـــروط التعهد

1- وجوبية اتفاقية التحكيم والمصالحة

- الانتهاكات الجسيمة: بطلب من الضحية (شخص مادي أو معنوي/ الدولة المتضررة)
- الفساد المالي :موافقة الدولة (استيلاء على أموال عمومية أو أموال مؤسسات تكون الدولة مساهمة فيها)
- إحالة من الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بناء على اتفاقية تحكيم ومصالحة بين الأطراف المعنية
- بطلب من مقترف الانتهاك شرط موافقة الضحية

-يلاحظ تجاهل أحكام مجلة التحكيم وخاصة الفصل 7 منها الذي ينص على أن الدولة لا يمكن ان تكون طرفا في التحكيم " والفصل الأول الذي يعرف التحكيم كطريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها مما يطرح تساؤلا حول صورة التعهد بإحالة من الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد. "

2- وجوبية إقرار طالب المصالحة صراحة بما اقترفه والاعتذار والتخلي المسبق عن حق التقاضي (التنصيص على القبول بالقرار التحكيمي واعتباره نهائيا)

- خرق المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "لكل شخص الحق في أن يلجا إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من العمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"

إذا كان طلب المصالحة يتعلق بالفساد المالي يجب أن يتضمن بيان وجوبي للوقائع التي أدت إلى الاستفادة غير الشرعية وقيمة الفائدة.+ مؤيدات.

II- مآل القيام أمام لجنة المصالحة والتحكيم

أ- عند التعهد بالمطلب

1- تعليق نظر الهيئات القضائية في القضايا المنشورة وقطع آجال التقادم

- بالنسبة للفساد المالي: شرط تنفيذ بنود المصالحة
- إعلام الهيئات القضايا بتعهد اللجنة

-حفظ الوثائق والممتلكات (مآل المرسوم عدد11 لسنة 2011 مصادرة الممتلكات والمصالحة؟)

2- وجوبية حضور أطراف النزاع التحكيمي عن المشاركة في جلسات الاستماع العمومية إذا طلبت الهيئة ذلك وإلا تم تعليق إجراءات المصالحة (هل يعني هذا أن التمسك بالحق في الخصوصية سيؤدي إلى حرمان من إمكانية المصالحة ؟ هل يتضارب هذا الفصل مع الفصل 2 من القانون ؟ / الدولة طرفا أصليا في الملفات المعروضة./ احترام خصوصيات الضحايا وخاصة الأطفال والفئات ذات الاحتياجات الخاصة والفئات الهشة وكذلك المسئولين عن الانتهاكات وضمان سلامتهم الجسدية والنفسية

3- على لدولة والأشخاص مدّ اللجنة بالوثائق والتصاريح حول الانتهاكات أو الفساد المالي
- الإعفاء من واجب السر المهني (بالنسبة لأشخاص القانون العام – الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون)

ب- عند صدور القرار التحكيمي وتنفيذه

1- اتخاذ إجراءات وتدابير طيلة تنفيذ الصلح لضمان عدم الإفلات من العقاب
2-إصدار قرار نهائي غير قابل للطعن فيه ولو بدعوى تجاوز السلطة يتضمن بيان الوقائع ووصفها القانوني ونصوصها وبيان وجود الانتهاكات من عدمه والأدلة وتحديد درجة جسامة الانتهاك ونسبته للمسئول وطبيعة الأضرار وقيمتها وطرق جبرها
- يكسى القرار بالصبغة التنفيذية بعد إمضائه من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس في اجل 3 أيام من إيداعه.
- ظرف تخفيف في حالات الانتهاكات الجسيمة لا تحول دون المساءلة .(إفراغ لآلية التحكيم من مضمونها وجدواها المفروض أن الضحية التي تقبل الدخول تحت طائلة التحكيم تتنازل عن حقها في اللجوء للقضاء (الاعتذار مقابل الصفح) ومن جدواها لان المنسوب اليه الانتهاك سيرفض منطقا القبول بالتحكيم اعتبارا إلى انه كمتهم أمام القضاء سيكون له الحق في الصمت والحق في الكذب والسرية في حين انه أمام هيئة التحكيم يكون ملزما بالمصارحة والحقيقة والعلنية (جلسات الاستماع العمومية) وهو مطالب بالاعتذار ولكنه رغم ذلك يبقى مهددا بالتتبع والإدانة ....اتفاق صلح أو اتفاق لتخفيف العقاب؟)
هذه المقاربة القائمة على نوعية الانتهاكات أو الأفعال لا تتعهد بحقوق مقترف الفعل ولكن بنسبته لفئة ما وهذا يخالف هدفا من أهداف العدالة الانتقالية وهو تدعيم مؤسسة حقوق الإنسان بحكم اختلاف المعاملة.
3- انقراض الدعوى العمومية إيقاف المحاكمة –إيقاف تنفيذ العقوبة عند تنفيذ بنود المصالحة (استئناف التتبع والمحاكمة والعقوبة إذا ثبت تعمد إخفاء الحقيقة ...)
يرى البعض أن إقرار آلية التحكيم والمصالحة صلب قانون العدالة الانتقالية للنظر والبت في ملفات الانتهاكات شابه تشويه هذه الآلية عوضا عن تطويعها ... Dénaturation