كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

كراس الدروس المسيرة

السنة الثانية من الإجازة في القانون

الملف عدد 2 :

النظرية العامّة للقاعدة الجزائية

مبدأ الشرعية الجزائية

الأستاذة المشرفة : رشيدة الجلاصي

الفريق البيداغوجي :

عايدة البكري – ريم قايجي– محمود يعقوب – منير العش – حياة العرفاوي

أمل الشماخي – مالك بن جعفر

السنة الجامعية : 2022-2023

قائمـــــــــــة في بعض المراجـــــــــــع

I- المراجع باللغة العربية

- **المؤلفات العامة:**

- **جندي عبد المالك**، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع بيروت، د.ت. **موسوعات 12.**
- **رمسيس بهنام**، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965. **جنائي 5.**
- **فرج القصير**، القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006. **جنائي 804.**
- **محمد عوض**، القانون الجنائي، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964. **جنائي 4.**
- **مصطفى العوجي**، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006. **جنائي 948.**
- **يوسف بن المكي عبيد**، القانون الجزائي العام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009. **جنائي 951.**
- **محمود نجيب حسني**، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة، 1989. **جنائي 472.**

- **المقالات:**

- ناجي البكوش، "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات"، أعمال الملتقى الدولي "مائوية المجلة الجزائية الماضي والحاضر والمستقبل"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص. من 53 إلى 65. **جنائي 54056/1208.**

II- Références en langue Française

- **BOULOC (B)**, Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2017. **DCP 945.**
- **DREYER (E)**, Droit pénal général, LexisNexis, Paris, 2016. **DCP 948.**
- **LEROY (J)**, Droit pénal général, L.G.D.J. Paris, 2014. **DCP 956.**
- **LEVASSEUR (G), GASTON (S) et BOULOC (B)**, Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2000. **DPC 795.**
- **PRADEL (J)**, Droit pénal, tome 1, introduction générale, droit pénal général, Cujas, Paris, 1981. **DPC 392.**
- RENOUT (H), Droit pénal général, Larcier, Bruxelles, 2012. **DCP 923.**
- **Rassat (M-L)**, Droit pénal général, Presses universitaires de France, 1999. **DCP 744.**
- Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal avril – juin 2001, **Faut-il repenser le principe de la légalité pénale?**, Travaux du XIVe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, Université Montesquieu-Bordeaux IV, (25-26 mars 1999).

التشريـــــع

1- التشريـــــــــع الوطنـــــي

- **الفصل 34 من دستور 25 جويلية 2022**: "العقوبة لا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم".

- **الفصل 75 من دستور 25 جويلية 2022**: "تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة... بضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية... يدخل في مجال السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون".

- **أمر رئاسي عدد 80 لسنة 2021 مؤرخ في 29 جويلية 2021 يتعلق بتعليق اختصاصات مجلس نواب الشعب:**

- **الفصل الأول**: "تعلق كل اختصاصات مجلس نواب الشعب لمدة شهر ابتداء من 25 جويلية 2021.
يمكن التمديد في المدة المذكورة بمقتضى أمر رئاسي وفق ما ينص عليه الفصل 80 من الدستور".
- **الفصل الثاني**: "ترفع الحصانة البرلمانية عن كل أعضاء مجلس نواب الشعب طيلة مدة تعليق أعماله".

- **أمر رئاسي عدد 117 لسنة 2021 مؤرخ في 22 سبتمبر 2021 يتعلق بتدابير استثنائية:**

- **الفصل الأول**: "يتواصل تعليق جميع اختصاصات مجلس نواب الشعب".
- **الفصل الرابع**: "يتم إصدار النصوص ذات الصبغة التشريعية في شكل مراسيم يختمها رئيس الجمهورية ويأذن بنشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، وذلك بعد مداولة مجلس الوزراء.
لا يجوز عند سن المراسيم النيل من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة بالمنظومة القانونية الوطنية والدولية".
- **الفصل الخامس**: "تتخذ شكل مراسيم، النصوص المتعلقة بـ:
... الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم،
ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية..."

- **الفصل الأول من المجلة الجزائية**: "لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع".

- **الفصل 2 من مشروع مراجعة المجلة الجزائية**: "لا يسري القانون الجزائي على الماضي".

2- التشريـــــــــع الدولـــــي

- **المادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789**: "لا يجوز أن يعاقب أحد إلا بموجب نظام مسنون قبل الجرم ومعمول به قانونيا قبله".

- **المادة 11 فقرة ثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان**: "لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما 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 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية**: "لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي. كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة. وإذا حدث، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف".

- **المادة 24 فقرة أولى من نظام روما الأساسي**: "لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدء نفاذ هذا النظام. في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي، يطبق القانون الأصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة".

3- التشريـــــــــع الإقليمـــــي

- **المادة 49 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي**: "لا يعتبر أي شخص مذنباً بأي جريمة بسبب أي فعل أو إهمال لم يكن يشكل جريمة بموجب القانون المحلي أو القانون الدولي حين ارتكابه، ولا تفرض عقوبة أشد من التي كانت واجبة التطبيق وقت ارتكاب الجريمة".

- **المادة 09 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان**: "لا يجوز أن يدان أحد بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن يشكل وقت ارتكابه جرما جزائيا بمقتضى القانون المعمول به. ولا يجوز فرض عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية عند ارتكاب الجرم الجزائي، ويستفيد المذنب من أية عقوبة أخف قد يفرضها القانون على الجرم بعد ارتكابه".

- **المادة 07 فقرة ثانية من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب**: " لا يجوز إدانة شخص بسبب عمل أو امتناع عن عمل لا يشكل جرما يعاقب عليه القانون وقت ارتكابه، ولا عقوبة إلا بنص".

- **المادة 15 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان**: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي سابق، ويطبق في جميع الأحوال القانون الأصلح للمتهم".

4- التشريـــــــــع المقارن

- **المادة 58 من الدستور الجزائري**: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

- **المادة 95 من الدستور المصري**: ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون.

- **الفصل الرابع من القانون الجنائي المغربي**: "لا يؤاخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه".

- **L'article 112-1 du code pénal Français**: «Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. »

ناجي البكوش: "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات"، مائوية المجلة الجزائية، الماضي والحاضر والمستقبل. مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2016.

I- طغيان الطابع الإسمي للمبدأ

صحيح أن تونس دخلت الحداثة القانونية قبل أكثر من قرن ونصف وحققت بذلك سبقا تاريخيا مقارنة بكل البلاد الإسلامية بما في ذلك الباب العالي مقر الخلافة. فبعد إقدام أحمد باي على منع العبودية بواسطة أمر 23 جانفي 1846، قام خلفه بإصدار عهد الأمان سنة 1857 الذي مهد لصدور دستور 26 أفريل 1861الذي اقترن إعلانه بإصدار باي تونس المجلة الجنائية والمدنية في نفس اليوم. ويعتبر صدور هذين النّصين قطعا مع المنظومة القديمة المتسمة بغياب " مُشرّع مركزي " (législateur central) باعتبار أن منظومة التشريع الإسلامي تقوم على تطبيق منظومة القصاص كيفما يقع تأويلها من طرف الفقهاء وبحكم انتماءاتهم التي يدلّ عليها اختلاف المذاهب.

وبصدور الدستور والمجلة سنة 1861 احتكرت الدولة سلطة التشريع وسلطة التجريم وتحديد العقاب. كما أن انتقالا جذريا طال المنظومة الزجرية تمثل في تعهد قضاء "مهني" بالنظر في الجرائم بما مهّد لاستبعاد رجال الدين من وظيفة القضاء التي عُهد بها تدريجيا لقضاة يتلقون تكوينا في القانون الوضعي وتقنياته.

وبالإضافة إلى استئثار الدولة بوظيفة سن القواعد فإنّ دستور 1861 والمجلة أقرّا مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ تضمّن الفصل 90 من الدستور أن مختلف الرعايا لا يُحكم في ما يرتكبونه من جرائم إلا من طرف محاكم (مجالس

الحكم وهي ذات تركيبة جماعية) وطبقا لما يقتضيه القانون. وأما المجلة فقد تضمنت تحديدا سلم عقوبات بالفصل 203 وتأكيدا بالفصل 204 على أن لا يقع العقاب بغير ما ذكر بالفصل 203 "مما يؤلم الأبدان" وهذا معناه بكل بساطة أن الجلد أو قطع يد السارق أو الرجم قد وقع التخلي عنها رسميا. ومنع الفصل 210 الطواف في الأسواق بالمحكوم عليه بالإعدام وقلّص من التشهير به حماية لكرامته البشرية التي كانت تداس بمثل هذه الأفعال التي كان القاضي يأذن بها حتى يكون "المجرم" عبرة لغيره.

والأهم من ذلك كلّه أنّه لم يعد بإمكان القضاة تجريم أفعال أو تسليط عقوبات غير تلك التي يقرها التشريع وذلك خلافا للمنظومة السابقة التي كانت سائدة في مختلف البلاد الإسلامية والتي خلّفت ممارسات لم تعد تطاق.

وبقطع النظر عن ظروف إصدار هذه النصوص التحديثية والتأثيرات الخارجية لاعتمادها مما جعلها لم تعمر طويلا إذ تمّ إيقاف العمل بها إبان ثورة "علي بن غذاهم" سنة 1864 فإنها مثّلت مرحلة مهمة لاعتماد منظومة قانونية وضعية تضمن للناس قدرا أدنى من الأمان القانوني وتقطع مع ما يعرف بمنظومة الشريعة وما كانت تفرزه ممارستها من هتك للحقوق.

وفي حين لم تفلح محاولة خير الدين في تعصير المنظومة الجزائية اقترن مجيء الحماية الفرنسية باستصدار مجموعة من النصوص الجنائية كان أبرزها المجلة الجنائية التي تم إصدارها بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 9 جويلية 1913. وقد بدأ العمل بالمجلة في مطلع سنة 1914 وذلك بعد أن أعدته لجنة الثمانية كان من بينهم تونسيين اثنين من بين القضاة الشرعيين (سيدي محمود بن محمود، مدرس وقاض حنفي وسيدي محمد القصار، شيخ وقاض مالكي). وأمّا الأعضاء الآخرون فكانوا من الفرنسيين.

تتضمن المجلة الجزائية لسنة 1913 في فصلها الأول إقرارا صريحا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. الحقيقة أنّ هذا الفصل يتجه للقضاة أولا وأساسا حتى يلتزموا بمقتضياته إذ يجب أن يكون النص الذي يتضمن التجريم والعقاب سابقا للفعل موضوع المؤاخذة، بيد أن قراءة النص عن قرب تدلنا على أن الأخذ بالمبدأ إنما هو "جزئي" ولا يتماشى مع المقتضيات العامة التي كانت وراء إدراج هذه القاعدة والمتمثلة

أساسا في تحويل سلطة التجريم من السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية التي – فضلا عن تداولها في نطاق جهاز جماعي – تتمتع بتمثيلية تضمن لها قدرا من المشروعية.

فلو عدنا إلى مجلة 1861 وكذلك النصوص ذات المحتوى الزجري في بداية الحماية الفرنسية وكذلك المجلة الجزائية ذاتها نلاحظ أنّ جميعها اتخذت شكل الأمر الصادر عن السلطة التنفيذية. وهذا الجانب الشكلي له أهمية قصوى إذ يجعل من اعتناق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مجرد اعتناق إسمي (**nominal**) بعيدا كل البعد عن مفهوم المبدأ في الدول الديمقراطية حيث ينفرد البرلمان كجهاز تداول جماعي منتخب ويمثل الشعب بسلطة سن القواعد الزجرية. ولا يتعلّق الأمر بمجرد شكلية وإنما يتعلق بإخلال بجوهر المبدأ بالنظر للجهة التي تولت التجريم وضبط سقف العقوبة وأصدرت النص القانوني والتي كانت إلى حدود سنة 1959 تجمع بين أيديها الاختصاص التشريعي والاختصاص التنفيذي وكذلك الاختصاص القضائي ذاته الذي لم يقع التخلي عنه من قبل الباي إلا سنة 1921 بمقتضى إعلان 24 أفريل 1921 لتعتمد تونس نهائيا منظومة القضاء المفوض عوضا عن القضاء المقيد.

وإذن، صدرت المجلة الجنائية سنة 1913 في شكل "أمر" وهو من النصوص التي تصدر عن رئيس السلطة التنفيذية وذلك في غياب جهاز برلماني. صحيح أن هذا الأمر وقع اعتباره لاحقا من فصيلة النصوص **ذات المحتوى التشريعي**، بيد أن تواصل العمل "بالأوامر الجزائية" استمر إلى ما بعد تاريخ انتخاب مجلس الأمة عملا بدستور 1959 في 8 نوفمبر 1959. ولقد وقع تعديل المجلة الجزائية بواسطة أوامر إلى حين إعلان الجمهورية إذ تمّ سنة 1926 سحب جزء من المجلة الجنائية وهو المتعلق بالجرائم السياسية (أمر 29 جانفي 1926، الفصول 60 إلى 81) وإعلان تطبيق القانون الجزائي الفرنسي المتعلق بأمن الدولة. وفي سنة 1956 أعيد العمل بالأحكام الخاصة بالجرائم المتعلّقة بأمن الدولة الداخلي (أمر 8 ديسمبر 1955). وهذا النص الاخير مجهول من قبل الجميع تقريبا في حين أنه أعاد العمل بأحكام سبق أن تم نسخها. ولم يتفطن أصحاب مشروع قانون 2005 المتعلق بتطهير المجلة من بعض ما اعتبر شوائب لهذا الأمر. كما تمّ إعادة العمل بالأحكام المتعلقة بأمن الدولة الخارجي بمقتضى أمر 10 جانفي 1957.

ويجب التنبيه الى أنّ مجيء الجمهورية لم يغير جوهريا من الطابع غير البرلماني للقانون إذ سيقع استبدال كلمة أمر بقانون بداية من 29 جويلية 1957. وسيحافظ رئيس الجمهورية على هذا الاختصاص بإصدار قوانين لا تملك من مقومات القوانين إلا الاسم وذلك إلى غاية 7 نوفمبر 1959 وهو تاريخ شهد إصدار ما لا يقل عن عشرة قوانين لتقادي عرضها على المجلس النيابي ومن بينها عدة قوانين تتضمن تجريما وتنصيصا على العقوبات.

وعلى حدّ علمنا فإنّ رئيس الجمهورية لم ينقح المجلة الجنائية آنذاك بواسطة هذا النوع من القوانين خلال فترة 1957-1959. لكن رئيس الجمهورية أصدر قانونا في المادة الجزائية أذكر منها قانون بتاريخ 19 نوفمبر 1957 يتعلق بجريمة ما سمي "بالتجرد من الحقوق القومية " **L'indignité nationale** " وإصدار قانونا آخر في 22 أكتوبر 1959 لإلغاء ذات القانون المتعلق " بالتجرد من الحقوق القومية ".

ولما أصبح دستور 1959 نافذا تحولت المجلة الجزائية برمتها إلى ميدان القانون وأصبح تنقيحها أو اتمامها يتم بواسطة نصوص برلمانية أي قوانين. لكن يبقى السؤال المطروح هو الآتي : هل أنّ استئثار المجلس النيابي – نظريا– بإصدار النصوص الجزائية إلى غاية سنة 1976 يضمن في حد ذاته الاستجابة لمقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؟

لا يخفى على أحد أنّ غياب مقومات النظام الديمقراطي يجعل من المبدأ مجرد شكلية قد يتم الاستجابة لها ظاهريا بوجود جهاز تشريعي لكن الارتقاء إلى استيعاب المبدأ ومقتضاته يتطلب أكثر من تمرير نص جزائي على مصادقة مجلس غير تمثيلي وغير تنافسي.

ولا بد من التأكيد على أنه إذا كان القانون يترجم عن إرادة صاحب السيادة، فإن القانون ولو كان برلمانيا فإنه لا يملك حقوقا مطلقة لصياغة ما شاء من القواعد الزجرية. وعليه فإن توظيف الجهاز التشريعي واستعماله لاستصدار قوانين زجرية جائرة يعتبر انتهاكا لمقومات الدولة الديمقراطية. بيد أن التحكم في الجهاز التشريعي لم يكف السلطة التنفيذية التي أبقت على "صلاحيات" من القواعد الجزائية في مخالفة صارخة للقواعد الدستورية ذاتها كما حدث في 26 جانفي 1978 عندما أصدر

الرئيس بورقيبة تحت وطأة الأحداث أمرا يتعلق بتنظيم حالة الطوارئ وهو أمر يتضمن أحكاما سالبة للحريات قد تصل سنتين سجنا فضلا عن تقييد للحريات ما كان لرئيس الجمهورية ممارسته في ظلّ أحكام دستور 1959 بعد تعديله سنة 1976. وهذا الأمر أعيد العمل به سنة 1984 وكذلك بعد الثورة طيلة ثلاث سنوات بحالها.

وكل هذه التطورات المتناقضة تُؤشر على صعوبة استيعاب مقتضيات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من قبل المنظومة الدستورية والسياسية والزجرية التونسية.

II- صعوبات استيعاب مقتضيات المبدأ

يمكن اختزال هذه الصعوبات وتصنيفها في صنفين اثنين : صعوبات متعلقة بالمعطيات الدستورية وصعوبات متعلقة بصياغة النصوص والتعامل القضائي.

1- صحيح أن المجلس النيابي استأثر بسلطة سن القواعد الجزائية عموما. ولكن في ظل الصيغة الأصلية للدستور – أي الى حدود سنة 1976 – فإنّ القوانين الجزائية لم تكن تحمي الحقوق في كل الأحوال وخاصة عندما يتعلق الأمر بالجرائم المرتبطة بممارسة الحريات الأساسية. وقد تجلى ذلك من خلال قانون محكمة أمن الدولة الذي صدر سنة 1968 لمحاكمة الخصوم السياسيين بواسطة محكمة استثنائية طيلة عقدين.

ولنتوقف عند المعطيات الدستورية التي سرعان ما تغيرت في ظل دستور 1959 وذلك بإدراج الفصل 34 بمقتضى تعديل 8 أفريل 1976المشابه لنفس الفصل 34 من دستور فرنسا لسنة 1958 والذي حصر اختصاص القانون في مجالات محددة دون سواها. وتبعا لذلك وقع تحديد اختصاص المشرع بما في ذلك في المادة الجزائية اقتداء بالنمط الفرنسي منذ 1958 والذي أثار حفيظة عديد فقهاء القانون وبفرنسا وفي مقدمتهم استاذ القانون الجزائي G. LEVASSEUR الذي كتب دراسة شهيرة Une révolution en droit pénal حول تخلي القانون عن احتكار سن القواعد في كلّ ما يتعلّق بالجرائم بما أنّ ميدان المخالفات تحول إلى مجال السلطة الترتيبية العامة. واعتمد الدستور التونسي منذ 1976 هذا الحل الذي تأكد بصورة أكثر وضوحا سنة 1997 عندما اختار واضعو التعديل حصر اختصاص القانون في

قائمة من المجالات بعد أن كان مطلقا وأصبح الاختصاص المبدئي لسن القواعد بصورة أصلية موكولا لصاحب السلطة الترتيبية العامة أي لرئيس السلطة التنفيذية الذي كان بمقتضى دستور 1959 قبل تعديله مكلفا بتنفيذ النصوص التشريعية (الفصل 45).

ولم يبتعد دستور 2014 عن هذا الخيار بما أنّ الفصل 65 أقرّ للقانون باختصاص ضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات لعقوبات سالبة للحرية. ومدلول هذا الخيار أنّ السلطة الترتيبية – أي السلطة التنفيذية – حافظت على صلاحية التجريم وضبط العقوبات في ما يتعلق بالمخالفات ما لم تنص هذه الأحكام على عقوبات سالبة للحريات.

ولا يعتبر النموذج الفرنسي الأفضل من حيث حرصه على حماية الحريات وفقا للنظام الديمقراطي إذا ما تمت مقارنته بأنظمة اكثر الدول الديمقراطية. وقد كان للنموذج الفرنسي وقع عندنا وعند بلدان شمال افريقيا إذ وقع تحديد مجال مبدأ شرعية الجرائم وفتح المجال للسلطة الإدارية في تونس لسن القواعد في المجال الجزائي ولو أن الأمر يتعلق بالجرائم من صنف المخالفات التي هي أقلّ خطورة على الحقوق والحريات وعلى النظام العام الذي يحميه القانون الجزائي.

وفضلا عن هذا المعطى الدستوري يمكن إضافة عدم مشروعية المجلس التشريعي في زمن ما قبل الثورة بسبب عدم نزاهة الانتخاب واصطفاف المجلس وراء ما تعرضه السلطة التنفيذية من مشاريع بصورة شبه آلية بما من شأنه أن يحدّ من فاعلية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. وقد لاحظنا كيف تم تنقيح الفصل 227 سنة 1985 على إثر مواقعة سائحة بإحدى واحات قابس إذ تمّ بمقتضى قانون 7 مارس 1985 إدراج حكم الإعدام بناء على قرار من الرئيس بورقيبة دون مناقشة جدية من طرف المجلس الذي تعوّد على مُباركة قرارات رئيس السلطة التنفيذية. وعلى أساس الفصل 227 من المجلة الجزائية الذي أعتمد بتسرع غريب تسلط حكم بالإعدام على شاب اعترضته سائحة أجنبية بشواطئ قابس ورغم محاولة السائحة إنقاذه، لكن القضاء ورئيس الجمهورية رفض تمكينه من العفو.

وهذا السلوك السياسي الذي يرتبط بموروثنا وتراكماته وما تقتضيه من انصياع لأولى الأمر يعود بنا إلى منهجية التشريع في بلادنا – وهي منهجية فوقية بعيدة عن البحث عن " قبولية " النص من طرف النسيج الإجتماعي الذي لم يكن ينظر إليه على أنه يتكون من مواطنين وإنما رعايا يقع عليهم واجب الطاعة.

– كما أنّ صعوبة استيعاب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مرتبطة بصناعة النص وفن صياغته بما يتلاءم مع مقتضيات المبدأ من جهة وكذلك هندسة النصوص وتناسقها ومسألة التجريم غير المباشر أو الإحالة بواسطة نصوص إدارية أحيانا L'incrimination par renvoi.

ولنشر على سبيل المثال إلى مسألة التجريم بالإحالة لنصوص أخرى والتي نجد لها تطبيقا شاسعا وغير محدود ضمن الفصل 315 من المجلة الجزائية الذي ينص على عقوبة لجملة من الأفعال غير المحددة كما يقتضيه مبدأ شرعية الجرائم وإنما تتمثل الجريمة في مخالفة القرارات الصادرة عن السُلط الإدارية ذات النظر. ومثل هذه المعالجة لظاهرة مخالفة القرارات الإدارية – ولئن لها ما يبررها من حيث ضرورة التقيد بما تقره الإدارة باعتبارها مؤتمنة على الصالح العام – إلا أنها لا تتماشى مع مقتضيات مبدأ شرعية الجرائم بما أن التجريم يصبح والحالة على ما ذكر بيد الجهة الإدارية ولا بد من التأكيد على أن العقوبة يمكن أن تكون سالبة للحرية مما يجعل توافق الفصل 315 مع الدستور الجديد محل شك وسيكون الفصل 315 محلّ تشكيك في السنوات المقبلة في ظل منظومة رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع التي أقرها الدستور الجديد.

وأمّا مسألة صياغة الأحكام الجزائية التي تتولى التجريم فإنه من الضروري أن تلتزم بالدقة الشديدة لتعريف الفعل المجرم حتى لا يترك مجال للاجتهادات أو للسلطة التقديرية الواسعة والتي يمكن أن تحكمها اعتبارات سياسية أو اعتبارات شخصية أو مصلحيه مما يُعيدنا إلى مربع انعدام الأمن القانوني الذي برّر اعتماد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. إن ضبط أركان الجريمة بالدقة المطلوبة هو من مقومات مبدأ شرعية الجرائم. ومن أبرز الأحكام الجزائية السارية التي لا تتقيد بهذه الضوابط، الجرائم السياسية التي تتضمنها المجلة ضمن فصولها 60 وما يليها والواردة

تحت باب الاعتداءات على أمن الدولة. ويكفي الرجوع إلى الفصول 67 أو 69 لنتبين خطورة الصياغة المفتوحة لجملة من الجرائم والتي لا توفر أي ضمانة للمتهم باعتبار نزوع المشرع لاستعمال عبارات لا تقيد القاضي الذي يستعيد في مثل هذه الجرائم حرية واسعة جدا في التقدير تتعارض وموجبات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وقد سبق للقضاء أن استعمل هذه الأحكام بصورة جعلت منه أداة لضرب الخصوم. ولا يتعلق الأمر بمحكمة أمن الدولة فقط وإنما بمحكمة التعقيب ذاتها التي سبق لها أن تصرّفت بطريقة أقل ما يقال فيها أنها غريبة فيما يتعلق بنسخ جزء من المجلة الجنائية سنة 1926 والتي أعيد العمل بها على مرحلتين خلافا لما تتضمنه نسخة المجلة المنشورة حاليا كما أسلفنا. فبمقتضى قرار تعقيبي مؤرخ في 13 فيفري 1961 تولت المحكمة تأو ، أمر 29 جانفي 1926 وقد جاء بقرار المحكمة الذي ينص على ما يلي " وبناء على ذلك فقد وقع نسخ الفصل 60 وما بعده إلى 81 من القانون الجنائي التونسي" وقد جاء بقرار المحكمة " وحيث يتضح من عبارة وبناء على ذلك أن المشرع لم يقصد إلغاء عقاب تلك الجناية وإنما أحال النظر فيها للمحاكم الفرنساوية...". حيث أن الجناية التي أدين من أجلها الطاعن ارتكبها قبل تنقيح القانون الجنائي التونسي بالأمر الصادر في 10 جانفي 1957 وتعيين حينئذ محاكمته طبق الفصل 62 من ذلك القانون " (صيغته الأصلية سنة 1913). وخلافا لهذا التأويل الذي ما كان له أن يكون باعتبار وضوح الأحكام فإن هذا الفصل نسخ بصريح النص وأعيدت صياغته صياغة مختلفة بمقتضى أمر 10 جانفي 1957.

إنّ حرية القاضي الجزائي تجاه الأحكام الجزائية يُمكن أن تضعنا خارج متطلبات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" وذلك بقطع النظر عن خطورة الفعلة المنسوبة للمتهم. لذلك فإن مبدأ شرعية الجرائم يستوجب سلوكا من القاضي يتسم بالحذر الشديد عند قراءة النص وتأويله بقطع النظر عن الأبعاد الاجتماعية والسياسية.

وبقطع النظر عن نبض الشارع وضغوطاته التي ستزداد في ظل مناخ الحرية السياسية فإن القاضي مطالب بالاحتكام للنصوص المكتوبة وتأويلها تأويلا ضيقا دون التوسع بما من شأنه أن ينال من الأمن القانوني ومن الثقة المشروعة في

القانون والمؤسسات. ولعلّ دقة الظرف السياسي والاجتماعي تحتم على القضاء التقيد بالنصوص في انتظار استقرار الأمور حتى ينأى القاضي بنفسه عن المزايدات السياسوية. وأما إن ترك العنان للقضاء لتأويل النص الجزائي بالحرية المعهودة في المجال المدني أو التجاري فإننا سنمنح القاضي سلطة إنشائية للقاعدة الجزائية وهذا ما يأباه مبدأ شرعية الجرائم الذي يقوم على أسبقية التجريم بنص قانوني خدمة للأمن القانوني الذي لا بديل عنه في المجتمع الديمقراطي إذ يفرض نفسه على كل هذه الأنظمة حتى أن تغافلت عنه الدساتير.

صحيح أنّ ما ذكرته انما هو تصور نموذجي ومثالي. وأما الممارسة فإنها توكل للقاضي مجالا من الاجتهاد يحتمه عليه الواقع الإجتماعي والموروث والثقافة. فالنظام العام المحمي بواسطة القاعدة الجزائية يتكيف بحسب الظرف. ومع الإقرار بواقع الممارسة القضائية الزجرية فإن تقييد المشرع وتقييد سلطة القاضي تحتمه هشاشة الظرف وانتظار استبطان القيم الديمقراطية حتى يكتسب القضاء ثقة المتقاضين. وهذا رهان لا يمكن أن يتحقق بمجرد إصدار النصوص ولو كانت رائعة شكلا ومضمونا.

إنّ استبطان هذا المبدأ من قبل المعنيين بالسياسة الزجرية يستوجب الحذر الدائم والنقد المستمر ذلك هو السبيل لاحتواء التجاوزات والتعسف الذي جاء من أجله المبدأ.

وينتظر بلادنا فتح ورشات عديدة لمراجعة التشريع، وخاصة إعادة صياغة المجلة الجزائية وتعهدها بالإصلاح وتبنيها من طرف سلطة تشريعية تتمتع بشرعية الانتخاب وبشرعية الأداء بعيدا عن الشعبوية التي تهدد ديمقراطيتنا الناشئة كما تهدد الديمقراطية العريقة. والهدف من هذا الإصلاح المرتقب استجابة المجلة بمقتضيات المجتمع الديمقراطي الذي يفترضه الدستور الجديد إن لم يقع الانحراف به من قبل المتربصين بالديمقراطية التي تفترض الحداثة والحرية والعقلانية ولا تحتمل الفكر الأسطوري.

وسيكون الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 حاجزا أمام القوانين الزجرية التي تخرق مبدأ الضرورة La nécessité de la loi ومبادئ النظام

الديمقراطي التي تقوم على احترام جوهر حقوق الإنسان إذا ما توفر لتونس قضاء دستوري قدير ومستقل ومتشبّع بالديمقراطية وقيمها.

إنّ مبدأ شرعية الجرائم والحقوق يعتبر من المبادئ الدستورية الأساسية التي تعلو إرادة المشرع ذاته وتعلو الدولة ذاتها لتعلقها بجوهر حقوق الإنسان. ولا بد للدارسين في القانون أن يوفروا أبحاثا معمقة للمرجعية التي تقود الفصل 49 من الدستور حتى يكون الفصل حصنا أمام كل أنواع التعسف التي كانت مبرر وجود مبدأ شرعية الجرائم وامتداداته ومقتضياته. وفي كلمة أكد أن المنظومة القانونية والزجرية تحتاج إلى استيعاب هذا المبدأ حتى يتحقق الأمان الذي بشّر به المُصلحون الأول منذ سنة 1857 عندما اعلنوا بكل شجاعة وبصورة غير مسبوقة في البلاد الاسلامية عهد الأمان.

أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشرق مصر، ط.2، 2002.

١ ٤ـ مدى سلطة القاضى الجنائى فى الالتجاء إلى القياس

القياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق استعارة الحل الذى قرره القانون لمسألة مماثلة لها . وعلى هذا النحو فإن القياس ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون فى إطار الصيغة التى استعملها ، بل إنه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق .

ومن المقرر أن التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها ، أو بينها وبين المصلحة العامة يتطلب وضع حدود لممارسة الحقوق والحريات ، وإعطاء حدود لممارسة الحقوق والحريات ، وإعطاء المشرع سلطة التجريم والعقاب . ولاشك فى أن هذه السلطة تأتى قيدا على الحقوق والحريات تقتضيه الضرورة الديمقراطية . وهذا القيد بطبيعة الحال لا يجوز التوسع فى تفسيره ، لأنه استثناء على أصل عام ، والاستثناء لا يقاس عليه .

من أجل هذا، فإنه طبقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقتصر مهمة التجريم
رير العقاب على القانون وحده، ولا يملك القاضى أى سلطة فى هذا الشأن ولو
ن عن طريق سد ثغرة فى القانون بواسطة القياس[1]. لقد اقتضت حماية الحرية
ردية أن يكون التجريم والعقاب بيد المشرع وحده، وأن يقتصر دور القاضى على
رد التفسير كخطوة نحو التطبيق السليم للقانون.

على أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا تتعارض إلا مع استعمال القياس من
ل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظرف مشدد جديد. ولكنه لا يتعارض
طلقا بالنسبة إلى تطبيق النصوص لصالح المتهم كالتى تقرر أسباب الإباحة أو موانع
سئولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة.

ففى هذه الحالات لا يؤدى القياس إلى الافتئات على سلطة المشرع وحده فى
تجريم وفرض العقاب، بل إن هذا القياس هو استصحاب على الأصل العام فى
لأفعال وهو الإباحة. والقياس فى هذا المجال هو تأكيد لهذا الأصل العام ومن ثم
إنه جائز قانونا.

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على إجازة القياس لصالح المتهم. من
ثلة ذلك أنه قاس على السرقة بين الأصول والفروع والأزواج التى لا تؤدى إلى
ير التعويض المدنى (المادة ٣٨٠ عقوبات)، جرائم النصب[1]. وخيانة الأمانة[2].
ما استخلص القضاء الفرنسى أن حالة الضرورة تعد من أسباب الإباحة رغم عدم
وجود نص خاص بهذا المعنى[3]، نص عليها قانون العقوبات الفرنسى الجديد المادة
٧-١٢١. وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية كذلك على إجازة القياس لصالح
لمتهم[4].

ومن ناحية أخرى، فيجوز القياس فى قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى
القواعد التى تكفل الحرية الفردية، استصحابا على أن الأصل فى الفرد هو التمتع
بالحرية، لأن الأصل فى المتهم البراءة، وهو ما يقتضى تأكيد كافة ضمانات حريته
الفردية. هذا بخلاف القواعد الإجرائية الماسة بالحرية، فقد وردت على سبيل
الاستثناء. وقد توهم البعض أن تقيد القاضى الجنائى بقاعدة الشرعية يلزمه باتباع
منهج معين فى التفسير الضيق أو الحرفى. وأنصار هذا الاتجاه هم الذين أنكروا على
القاضى الجنائى سلطة التفسير ودعوا إلى إسنادها إلى السلطة التشريعية، حتى لا
يتحول القضاة إلى مشرعين[5]. ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية
والتشريعية لا يمكن مطلقا ان ينزع من القضاة رخصة تفسير القانون، لأن التفسير
الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ
معنى يخرج عن إرادة القانون، وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، وكان
منهج التفسير المتبع لا يخرج عن نطاق هذا القانون. فإنه من غير المفهوم، الحديث
عن التفسير الضيق أو الحرفى للقانون. فالقاضى عندما يفسر القانون لا يعطى رأيه
الشخصى، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقى للقانون، عن قيمته الموضوعية كما
أرادها المشرع. هذا إلى أن منهج التفسير الحرفى أو الضيق يجد تبريره الوحيد فى
العصر الذى نشأ فيه حين ظهرت المدرسة الكلاسيكية بزعامة بيكاريا كرد فعل ضد
تحكم النظام القديم والسلطة التحكمية للقضاة. ولكن المبدأ فى حد ذاته تنقصه
الموضوعية، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفى يفترض الاتفاق من جانب المشرع فى
التعبير عن إرادته لكشف الحقيقة وتقرير حق الدولة فى العقاب. ونظرا لتعلق هذا
الحق بالحرية الشخصية فلا يجوز تنظيمها إلا بقانون، ومن ثم فإن القياس عليها غير
جائز[1]. وتطبيقا لذلك حكم فى فرنسا بأن النص على التزام الخبير بحلف اليمين
قبل مباشرة مهمته عند انتدابه فى أحوال التلبس، يمكن القياس عليه بالنسبة إلى
جميع الخبراء[2]، وأن النص على عدم تحليف اليمين بالنسبة إلى الشاهد الذى لم
يبلغ الخامسة عشر فى التحقيق الابتدائى يسرى من قبيل القياس على التحقيق أمام

المحكمة[1]. وقد حكم بإبطال الاعتراف الذى حصل عليه البوليس بطريق التليفون
قياسا على المبادئ العامة لحقوق الدفاع. وقضت محكمة النقض المصرية بقياس
جريمتى النصب وخيانة الأمانة على السرقة بالنسبة إلى تعليق رفع الدعوى الجنائية
على تقديم شكوى من المجنى عليه فى جريمة السرقة التى تقع بين الأصل والفروع
والأزواج، وذلك طبقا للمادة ٣١٢ عقوبات[2].

علق على القرار التالي:

قرار تعقيبي جزائي عدد 48321

مؤرخ في 25 فيفري 2004

صدر برئاسة السيد الشريف الشافعي

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم صحبة بطاقة خلاص المعاليم القانونية بتاريخ 2003/10/27 من طرف الأستاذ أكرم.

في حق : أحمد.

ضد : الحق العام.

طعنا في الحكم الجناحي (مخالفة) عدد 22243 الصادر عن محكمة ناحية قرطاج بتاريخ 2003/10/22 القاضي نهائيا حضوريا بتخطئة المتهم بتسعة دنانير و600 مليم (9.600د) وحمل المصاريف القانونية عليه.

وبعد الإطلاع على ملحوظات السيد المدعي العام لدى هاته المحكمة والإستماع لملحوظاته بالجلسة.

وبعد الإطلاع على الحكم المطعون فيه والتأمل من كافة الإجراءات.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث إستوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه الشكلية وصيغه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث يستفاد من الحكم المطعون فيه ومن الأبحاث التي إنبنى عليها أنه بتاريخ 2003/2/4 قررت النيابة العمومية بتونس إحالة المعقب أحمد

القرارات الصادرة ممن له النظر طبق أحكام الفصل 315 من ق.ج وقضت المحكمة بالحكم المبين نصه أعلاه.

فتعقبه المظنون فيه بواسطة محاميه الأستاذ أكرم ناعيا عليه :

خرق أحكام الفصلين 1 و13 من الدستور :

بمقولة أن النيابة أحالت المتهم دون أن تثبت ما هو القرار الذي وقعت مخالفته من قبل المتهم ومن الجهة التي أصدرت ذلك ؟ وأن محكمة الحكم المنتقد لما جارتها في ذلك يكون حكمها خارقا للفصل 1 من الدستور.

كما أن المحضر تضمن أن المخالفة الواقع إرتكابها على فرض شرعيتها صدرت عن عامل النزل المدعو عبد الله الذي أكد ضمن محضر سماعه أن الخطأ الذي حصل يعزى إلى عدم التنسيق مع زميله الذي يشتغل بالنهار وطلب النقض والإحالة.

المحكمة

حيث إقتضت أحكام النصوص الجنائية العامة والخاصة منها أن العقوبة شخصية ولا تسلط إلا على من إرتكب فعلا يجرمه القانون وعززت ذلك الرأي أحكام الدستور التونسي.

وحيث تضمن الحكم المنتقد أن ما نسب إلى المظنون فيه هو عدم ترسيم النزلاء بالنزل بالدفتر المعد لذلك الغرض وأنه تمت معاينة ذلك الدفتر وتبين وجود غرف تحمل رقم 4 و5 و8 بالنزل بها أشخاص لم يقع تسجيلهم بالدفتر المعد لتسجيل حرفاء ذلك النزل وتبين من سماع العامل عبد الله من طرف الباحث إعترافه بأنه لم يقع تسجيل النزلاء بالغرف المذكورة وأن ذلك حصل نتيجة سهو إذ عوض هو زميله (المتهم) في العمل بداية من الساعة الخامسة من بعد زوال يوم 2002/11/5 ليعمل إبتداء من تلك

تاريخ تحرير المخالفة وسماعه من أجلها.

وحيث يتضح أن المخالف الحقيقي ليس هو المتهم بل هو عامل غيره إلا أن الحكم المنتقد لم يتول البحث وراء ذلك أو تتبع آثار تلك التصريحات وقضى بإدانة المظنون فيه دون تعليل عملية إسناد الفعلة إليه بما يجعل الحكم من هاته الوجهة ضعيف التعليل يستوجب النقض.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا صلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية لى محكمة ناحية قرطاج لإعادة النظر فيها مجددا يئة أخرى والإعفاء.

وصـــدر هذا القرار بحجرة الشورى يـــوم 2004/2/2 عن الدائرة -13- المتألفة من رئيسها سيد الشريف الشافعي ومستشاريها السيدين علي اب بالله والحبيب العرضاوي بمحضر المدعي عام السيد البشير شوشان وبمساعدة كاتب المحكمة سيد فيصل ربعاوي.

وحرر في تاريخه