

مبدأ التناسب في فقه قضاء محكمة التعقيب بتونس



مبدأ التناسب في فقه قضاء محكمة التعقيب بتونس

الإعداد:

بديع بن عباس حاتم بن جماعة

المراجعة:

كوثر دباش مراد بن مولي

© 2022 المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

مبدأ التناسب في فقه قضاء محكمة التعقيب بتونس

The Principle of Proportionality in the Case Law of the Tunisian Court of Cassation



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

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

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

تم إنجاز هذا العمل في إطار أنشطة المشروع المتعلق بمبدأ التناسب والموسم:
" دعم تطبيق الفصل 49 ومبدأ التناسب في تونس"
تمويل من وزارة الخارجية الألمانية

التصميم والإخراج الفني: داليا العزب

مُعرف الوثيقة الرقمي: <<https://doi.org/10.31752/idea.2022.69>>

الرقم المعياري الدولي للكاتب (PDF): 978-91-7671-593-2

(المطبوع): 978-91-7671-594-9

المحتويات

12 المقدمة
27 الجزء الأول: رقابة التناسب في المادة الجزائية.
29 الفصل الأول: رقابة التناسب في القانون الجزائي الإجرائي
30 المبحث الأول: في فقه قضاء الدوائر المجتمعة
30 1. قرار الدوائر المجتمعة عدد 21261 بتاريخ 25 نوفمبر 2021
30 1.1. منحه المادة التحديدية
31 2.1. الحيثيات
31 3.1. الملاحظات
33 2. قرار الدوائر المجتمعة عدد 67067/67068 بتاريخ 21 نوفمبر 2019
33 1.2. منحه المادة التحديدية
34 2.2. الحيثيات
35 3.2. الملاحظات
39 المبحث الثاني: في فقه قضاء الدوائر المنفردة
 1. التنازع بين مبدأ حق المجتمع في تتبع الجريمة وقرينة البراءة من جهة والإحالة
39 بالأحوط من جهة أخرى
39 1.1. منحه المادة التحديدية
40 2.1. الحيثيات
41 3.1. الملاحظات
42 2. الاحتفاظ والإيقاف التحفظي
44 1.2. الاحتفاظ
44 1.1.2. قرار تعقبني عدد 72461 بتاريخ 12 فيفري 2019

44	منهج المادة التحديدية.....
45	الحيثيات.....
47	2.1.2. قرار تعقيبي جزائي عدد 14108 بتاريخ 30 نوفمبر 2020.....
47	منهج المادة التحديدية.....
48	الحيثيات.....
48	3.1.2. الملاحظات.....
52	2.2. الإيقاف التحفظي.....
52	1.2.2. منهج المادة التحديدية.....
53	2.2.2. الحيثيات.....
55	3.2.2. الملاحظات.....
60	3. طرق التحري الخاصة.....
60	1.3. منهج المادة التحديدية.....
61	2.3. الحيثيات.....
61	3.3. الملاحظات.....
65	4. حرمة المسكن.....
65	1.4. منهج المادة التحديدية.....
66	2.4. الحيثيات.....
66	3.4. الملاحظات.....
69	الفصل الثاني: رقابة التناسب في القانون الجزائري الموضوعي.....
69	1. مدى جواز استبعاد نص قانوني (تجريبي) بتطبيق التناسب.....
69	1.1. قرار تعقيبي جزائي عدد 43355 بتاريخ 31 أكتوبر 2017.....
70	2.1. الحيثيات.....
70	3.1. الملاحظات.....

2. الحق في ممارسة الشعائر الدينية..... 71
- 1.2. الحيثيات 71
- 2.2. الملاحظات 71

الجزء الثاني: رقابة التناسب في المادة المدنية 73

الفصل الأول: تطبيقات رقابة التناسب في المادة التعاقدية 75

1. تقييد الحرية التعاقدية 76
- 1.1. منهج المادة التحديدية 76
- 2.1. الحيثيات 77
- 3.1. الملاحظات 79
2. تعديل الفائدة المشطة 82
- 1.2. منهج المادة التحديدية 82
- 2.2. الحيثيات 83
- 3.2. الملاحظات 83

الفصل الثاني: تطبيقات رقابة التناسب في المادة التصديرية 89

1. كف الشعب الصادر عن الجار 90
- 1.1. منهج المادة التحديدية 90
- 2.1. الحيثيات 91
- 3.1. الملاحظات 91
2. رفع المضرة 93
- 1.2. منهج المادة التحديدية 93
- 2.2. الحيثيات 94
- 3.2. الملاحظات 94
3. حق الارتفاق 96

1.3. منح المادة التحديديّة.....	96
2.3. الحيثيات	97
3.3. الملاحظات.....	97

99 الفصل الثالث: الحضانة.....

1. منح المادة التحديديّة.....	100
2. الحيثيات.....	101
3. الملاحظات.....	101

105 الخاتمة.....

109 الملحق.....

111 الملحق الأول: القرارات الجزائية.....

قرار الدوائر المجتمعة عدد 21261 مؤرخ في 25 نوفمبر 2021	112
قرار الدوائر المجتمعة عدد 67068/76067 المؤرخ في 21 نوفمبر 2019.....	122
قرار تعقيبي جزائي عدد 25344 / 25343 / 24346 مؤرخ في 19 نوفمبر 2021	135
قرار تعقيبي عدد 72461 مؤرخ في 12 فيفري 2019	147
قرار تعقيبي جزائي عدد 14108 مؤرخ في 30 نوفمبر 2020.....	152
قرار تعقيبي عدد 71468 مؤرخ في 22 جوان 2018	156
قرار تعقيبي جزائي عدد 72835 مؤرخ في 17 ماي 2018.....	162
قرار تعقيبي جزائي عدد 10006 بتاريخ 09 جوان 2020	171
قرار تعقيبي جزائي عدد 60585 مؤرخ في 28 فيفري 2018.....	176
قرار تعقيبي جزائي عدد 43355 بتاريخ 31 أكتوبر 2017.....	179
قرار تعقيبي جزائي عدد 49140 بتاريخ 29 نوفمبر 2017	184
قرار تعقيبي جزائي عدد 49139 بتاريخ 29 نوفمبر 2017	188

193	الملحق الثاني: القرارات المدنية.....
194	قرار تعقيبي تجاري عدد 60069 مؤرخ في 4 ديسمبر 2014.....
202	قرار تعقيبي مدني عدد 67114 مؤرخ في 04 ديسمبر 2019.....
207	قرار تعقيبي تجاري عدد 82353 مؤرخ في 10 جوان 2020.....
214	قرار تعقيبي شخصي عدد 24857 مؤرخ في 03 فيفري 2021.....
219	قرار تعقيبي مدني عدد 73037 مؤرخ في 10 فيفري 2021.....
225	قرار تعقيبي مدني عدد 25501 مؤرخ في 21 أفريل 2021.....
233	قرار تعقيبي جزائي عدد 81800 و 96675 مؤرخ في 4 فيفري 2020.....
239	حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات.....

المقدمة

يعد مبدأ التناسب من أهم المبادئ التي ترمي إلى تحقيق العدالة. إذ يمكن استنباطه من مبدأ سيادة القانون ومن فكرة العدالة، كما يمكن أيضا استنتاجه من طبيعة الحقوق والحريات نفسها المتمثلة في اتسامها بالصبغة الأساسية وتمتعها بنفس القيمة القانونية وغياب الهرمية الشكلية بينها، فضلا عن نسبيتها بما يستدعي الحسم في النزاعات المتعلقة بتنافسها وتصادمها اعتمادا على آلية الترجيح والموازنة بينها وفق منهج في التفكير يقوم على تقدير القيود الموظفة على الحقوق مع موجباتها، والتثبت من عدم تجاوز آثارها حدا معقولا. وبهذا العنوان، فإن مبدأ التناسب متأصل في القانون. فمصطلح التناسب ليس بمصطلح غريب عنه. إذ هو من الأفكار أو المبادئ المعروفة وله تطبيقات قضائية تقليدية من ذلك ضرورة التناسب بين الجريمة والعقوبة، والتناسب في القوة المستخدمة في حالة الدفاع عن النفس¹، والتناسب بين بيع الرهن وقيمه²، والتناسب في الكفالة³ والشركات والتعويض عن غرامة الحرمان⁴، واختيار بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية وغيرها من المواد القانونية التي يطبقها القاضي العدلي على وضعيات واقعية وتصيغ محاكم القانون مبادئ توجيهية في خصوصها⁵.

- 1 الفصل 39 من المجلة الجزائية: «لا جريمة على من دفع صائلا عرّض حياته أو حياة أحد أقاربه لخطر حتمي ولم تمكنه النجاة منه بوجه آخر».
- 2 الفصل 250 من مجلة الحقوق العينية.
- 3 الفصل 1490 من مجلة الالتزامات والعقود: «لا تصح الكفالة في أكثر مما على المدين». أما في القانون الفرنسي، أنظر: J. CHRISTOPHE, « Cautionnement : proportionnalité et valeur des titres de la société débitrice », note sous cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-18670 : « La Cour de cassation confirme une jurisprudence désormais bien établie. Lorsque la caution personne physique est propriétaire de tout ou partie des titres de la société débitrice, ces titres doivent être pris en compte pour apprécier la proportionnalité du cautionnement et ils doivent l'être, non pas à leur valeur nominale mais à leur valeur financière, tenant compte de tout l'actif de la société mais aussi de son passif externe » ; V. aussi, M. BLONDEL, « L'évolution limitée de la règle de proportionnalité du cautionnement », *Petites Affiches*, mars 2022, pp. 18 et s. L'auteur disait : « La récente réforme du droit des sûretés a sensiblement amélioré le régime du cautionnement. Parmi les évolutions attendues en la matière, la règle de proportionnalité tenait une place de choix. Il est dès lors intéressant de se questionner sur les aspects de cette règle ayant été réformés et ceux qui auraient pu l'être ».
- 4 M. CAFFIN, « Garantie d'éviction du cédant de droits sociaux et contrôle de proportionnalité : état-ce utile ? », note sous cass. com., 10 nov. 2021, no 21-11975, *Bulletin Joly sociétés*, Fév. 2022, p. 5.
- 5 J.-P. MARGUENAUD, « Le principe de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle recadré par le principe de proportionnalité », *Revue des contrats*, 3 septembre 2022, CEDH, 26 avr. 2022, no 17060/15, Vod Baur Impex S.R.L. c/ Roumanie. L'auteur disait que : « La confrontation, dans une affaire roumaine à cheval sur le droit des contrats et le droit des collectivités territoriales, du principe de proportionnalité et du principe de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, accrédite l'hypothèse suivant laquelle toute solution conduisant à priver de toute réparation le requérant qui s'est engagé sur la mauvaise voie est a priori disproportionnée. En conséquence, le juge

الالتجاء إلى التناسب ليس إذن أمراً جديداً. فبدأ التناسب كمبدأ عام للقانون راسخ في ذهنية القاضي «لأنه يُعبّر عن قاعدة منطقية يفرضها الذوق السليم»⁶. غير أنه في جميع هذه الفرضيات تمثل مراقبة التناسب تطبيقاً مباشراً للقانون. إذ يضع المشرع قاعدة التناسب ويفوض للقاضي اختصاص تأويلها⁷. فيكتفي القاضي هنا بتقييم تناسب التدبير الذي سيستخدمه انطلاقاً من القاعدة التي وضعها المشرع.

لكن بارتقاء المبدأ إلى المرتبة الدستورية، أصبحت الغاية التي يسعى إليها القاضي تتجاوز ما هو مطلوب منه تقليدياً. فقد أضحي مطالباً، في رقابته للتناسب، بالتصدي لأي انتهاك للحقوق والحريات وبالتالي إلى عقلنة تدخل السلط العمومية في وضعها للقيود عليها. كما يحرص من خلال هذه الرقابة أيضاً، أمام غياب التراتبية الهرمية الشكلانية بين الحقوق والحريات المتنافسة، على ضمان التعايش بينها وضمن تحققها بأكبر قدر ممكن من خلال عملية الموازنة والترجيح بينها.

وقد كان الفقه الألماني أول من أضفى على مبدأ التناسب طابعاً منهجياً ثم تطور بعد ذلك بفضل الأحكام القضائية⁸. إذ اعتبرته المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية من أهم المبادئ العامة التي لا يمكن حصر تطبيقها في مجال معين⁹. فهو قاعدة موجّهة لكل تصرفات الدولة، وواجبة الاحترام عند تفسير أو تطبيق القوانين¹⁰. وينطلق تمثلي تطبيق المبدأ من فكرة عدم الإسراف في التجريم أو وضع القيود لغير ضرورة اجتماعية أو موجب معقول. فالمساس بالحقوق والحريات ينبغي ألا يكون إلا بالقدر اللازم للدفاع عن قيم المجتمع ومصالحه¹¹.

serait tenu, quel que soit le fondement invoqué, d'accorder réparation sur le fondement qui lui convient en dépit du risque de statuer ultra petita ».

6 مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور، رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2021، ص. 6.

7 J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, P. U. F., 2018, 3ème éd., p. 122. L'auteur parle de « délégation normative » ; V. aussi, V. FOURMENT, « La doctrine face au contrôle de proportionnalité in concreto comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit », *R. R. J. 2018-5 - Cahiers de méthodologie juridique*, pp. 2051-2069.

8 H. FULCHIRON, *Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode*, Dalloz, 2017, p. 656.

9 R. UERPMANN-WITZACK, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour constitutionnelle fédérale », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions 2018, p. 1, disponible sur : www.revuegeneraledudroit.eu

10 M.-Ch. SORDIN, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 711.

11 J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *Les Cahiers de droit*, vol. 60, n° 4, Décembre 2019, pp. 1129-1149, spéc. p. 1131.

وقد حظي مبدأ التناسب في فقه القضاء الفرنسي بزخم متزايد¹². وصارت محكمة التعقيب كثيرا ما تُؤسّس أحكامها عند التّرجيح بين الحقوق والقيود على معيار الكلفة والحلّ الأخف وطأة. وبرز هذا التّمشي جليا في قضايا المطالبة بهدم البناءات المخالفة للتراتب العمرانية. إذ تتّبع محكمة التعقيب الفرنسية منهجا للتناسب يقوم على المقارنة بين كلفة الهدم وإعادة تشييد البناء المخالف من جهة، وحماية حقوق الغير من جهة أخرى، سواء كان دائئا أو جارا أو منشأة عمومية¹³. كما مكّن مبدأ التناسب فقه القضاء الفرنسي من تطير عديد المبادئ القانونية الأخرى¹⁴، من ذلك حفظ حقّ المتضرّر في التعويض بقطع النظر عن أساس الطلب¹⁵، أو تقدير القيود الواردة على التصرفات القانونية لناقصي الأهلية بما يتناسب مع النقص في المدارك العقلية¹⁶.

ويجب التّمييز بين نوعين من مراقبة التناسب¹⁷. وهو تمييز يجب أن يفهم جيّدا وأن يدرك التفريق بينهما على الوجه الصّحيح:

• مراقبة التناسب المجرد:

«Contrôle de proportionnalité in abstracto» الذي يُؤدّي إلى استبعاد تطبيق قاعدة قانونية بشكل مجرّد بالنسبة لجميع الحالات. يتعلّق الأمر هنا بمراقبة القاعدة القانونية نفسها. وإذا تبين

12 M. PARMENTIER, « Le principe de proportionnalité a le vent en poupe ! », *Gazette du Palais*, 4 oct. 2022, n° 31, p. 69.

13 وقد رحّجت في عديد القرارات الحديثة التعويض المالي عن التعويض العيني تطبيقا لمبدأ التناسب. أنظر:

Cass. civ., 13 juill. 2022, n° 21-16407, Époux U. c/ M. C. et Société du Parc, FS-B (cassation partielle C. A. Aix-en-Provence, *Gazette du Palais*, 4 oct. 2022, n° 31, p. 70 ; V. aussi, cass. civ., 21 nov. 2021, n° 20-17218 ; Cass. civ., 15 oct. 2015, n° 14-23612 : « ... la demande tendant à la démolition et à la reconstruction des maisons, qui se heurtait au principe de proportionnalité des réparations au regard de l'absence de conséquences dommageables des non-conformités constatées, devait être rejetée ».

14 J.-P. MARGUENAUD, « Le principe de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle recadré par le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p.93.

15 *Ibid.*, L'auteur disait que : « La confrontation, dans une affaire roumaine à cheval sur le droit des contrats et le droit des collectivités territoriales, du principe de proportionnalité et du principe de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, accrédite l'hypothèse suivant laquelle toute solution conduisant à priver de toute réparation le requérant qui s'est engagé sur la mauvaise voie est a priori disproportionnée. En conséquence, le juge serait tenu, quel que soit le fondement invoqué, d'accorder réparation sur le fondement qui lui convient en dépit du risque de statuer ultra petita ».

16 G. RAOUL-CORMEIL, note sous cass. civ., 26 janv. 2022, n° 20-17278, *Gazette du Palais*, 3 mars 2022, p. 4. L'auteur signale que : « La mesure de protection juridique ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité, au sens où le majeur, en raison d'une altération de ses facultés personnelles médicalement constatée, est dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. La mesure doit être proportionnée à l'altération des facultés du sujet de la mesure ».

M. BOUCHET, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de faond », *R. S. C.*, 2017/3, n° 3, pp. 495-506, spéc. p. 497, disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penalcompare-2017-3-page-495.htm>

للمحكمة أنّ القاعدة لا تستوفي مقتضيات التناسب فهي تقرر استبعاد تطبيقها على مختلف الوضعيات المشمولة بنطاق تطبيقها.

• مراقبة التناسب المُجسّم:

«Contrôle de proportionnalité in concreto» الذي يُؤدّي إلى الإزاحة الظرفية لقاعدة قانونية بمناسبة تطبيقها على وقائع بعينها. يتعلّق الأمر هنا بمراقبة الآثار العملية لتطبيق القاعدة القانونية على الحالة المعروضة على القاضي¹⁸. فلا يبتّ القاضي في صحة القانون ولكن فقط يُعدّل من ميدان تطبيقه¹⁹. ويمثّل هذا النوع من الرقابة المجسّمة النموذج الذي تُمارسه المحاكم العليا الأجنبية التي تضطلع بمهمة حماية الحقوق والحريات المكفولة دستورياً²⁰.

فدون أن تضع صحة القاعدة نفسها محلّ تساؤل، تسعى المحكمة إلى التأكّد من أنّ تطبيقها لا يُؤدّي، على ضوء ملابسات القضية، إلى انتهاك غير متناسب لحقّ أساسي مكفول بالدستور وبالمعاهدات الدولية المصادق عليها كما هو الحال في المنظومة القانونية التونسية²¹. إذ تنتصب محكمة التعقيب لمراقبة مدى تطابق القاعدة القانونية الداخليّة مع نص المعاهدة الدولية المصادق عليها. وطالما أنّ كثيراً من المعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس، والتي تعدّ جزءاً من منظومتها القانونية قد كرّست تقريباً جميع الحقوق والحريات، فيمكن حينئذٍ لقاضي التعقيب، إعمالاً منه لمنهج التناسب، استبعاد تطبيق القانون سواء لمخالفة النص لبند معاهدة مصادق عليها أو لأنّ تطبيق نص المعاهدة من شأنه أن يترتب عنه آثار مشطّة دون أن يفضي ذلك إلى بسط رقابته على دستورية القانون. ولئن كانت هذه الرقابة تتشابه في طريقة إعمالها والنتائج المترتبة عنها، غير أنّها تتباينان من حيث الجهة المؤهّلة لإعمال كل واحدة ومن حيث القاعدة القانونية المرجعية لتقدير شرعية القانون.

La Cour de cassation française qualifie le contrôle de proportionnalité de « contrôle du résultat concret de l'application de la norme ». V. Etude annuelle de la Cour de cassation française 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation, p. 303, disponible sur : <https://www.courdecassation.fr/>

J.-Y. CHEROT, « Sur les usages de la distinction par le juge du contrôle de proportionnalité in abstracto et in concreto », 19 *Etudes en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu, Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, pp.177-196.

C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *R. T. D. civ.*, 2015., p. 263.

21 كرّس كل من الفصل 20 من دستور 2014 والفصل 74 من دستور 2022 مرتبة فوق-تشريعية للمعاهدات الدولية. وفي هذا الإطار ينصّ الفصل 74 من دستور 2022 في فقرته الثالثة على ما يلي: «المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس نواب الشعب أعلى من القوانين ودون الدستور».

وطالما صار التناسب مبدأً دستوريًا في النظام القانوني التونسي، دستره دستور 2014 وحافظ عليه دستور 2022، وجب أن نساءل عن بنية مبدأ التناسب وهيكلته الدستورية.

الفصل 55 من دستور 2022	الفصل 49 من دستور 2014
<p>لا توضع قيود على الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور إلا بمقتضى قانون ولضرورة يقتضيها نظام ديمقراطي ويهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العمومية. ويجب ألاّ تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وأن تكون مبررة بأهدافها، متناسبة مع دواعيها.</p> <p>لا يجوز لأيّ تنقيح أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.</p> <p>على كلّ الهيئات القضائية أن تحمي هذه الحقوق والحريات من أيّ انتهاك.</p>	<p>يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك، لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.</p>

ويتبين من المقارنة بين الفصلين أنّ صياغة الفصل 55 من دستور 2022 لا تختلف كثيرا عن صياغة الفصل 49 من دستور 2014. إذ اقتصر من جهة أولى على تعويض ضرورة التقييد من الحقّ أو الحرية لدواعي تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية بدواعي يتطلبها نظام ديمقراطي. وأفرد، من ناحية ثانية، بفقرة مستقلة اختصاص الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك. وحذف من ناحية ثالثة عنصر الآداب العامة من بين الأهداف المرجوة من وضع الضوابط على الحقوق والحريات. وحسّن أخيرا من صياغة الفصل. فقد أضحي أكثر وضوحا بما من شأنه أن ييسر على المخاطبين به فهم المعنى المقصود منه وإدراك محتواه وتسهيل تطبيق أحكامه.

ويخاطب النصّ الدستوري نوعين من السُّلط: السُّلط المَخوِّلة لوضع القوانين أي المشرّع من ناحية، والسُّلط المؤهِّلة لبسط رقابتها على القوانين وإنفاذها على غرار القضاء من ناحية أخرى. ويفرض مبدأ التناسب نفسه كلّما كان القاضي مدعوا إلى التوفيق بين المصالح المتضاربة أو البحث عن الموازنة بين الآثار السلبية للتقييد على الحقّ أو الحرية ونتائجها الإيجابية بالنظر إلى الهدف المراد حمايته.

ويبرز مبدأ التناسب في تونس كمبدأ يخترق كامل بنية ومنظومة الحقوق والحريات. فهو مبدأ دستوري عام لا يُوجّه المشرّع فحسب، وإنما أيضا القاضي؛ أي أنه معول في الصناعة القضائية، وآلية لفضّ النزاعات تستعملها جميع أصناف المحاكم. فقد أضحى القاضي العدلي وفق هذا التوجّه مسؤولا على السهر على احترام كل الشروط الواردة في الفصل 55 من الدستور. فلا معنى كما أكّده الفقه لتنصيب القاضي حاميا للحقوق والحريات إذا كانت صلاحياته مبتورة أو ناقصة من إحدى صور التصدي للانتهاكات.

فما هو الشآن إذن بالنسبة إلى كيفية تنزيل مبدأ التناسب على النزاع ومراحل تحقيقه فعليا؟

التناسب هو منهج (Méthode) أو استدلال (Raisonnement) في تصرف القاضي وليس هدفا في حدّ ذاته²². وهو من المصطلحات التي يستسيغ البعض لتعريفها²³، الانطلاق من أمثلة معبرة على ما تعنيه. فقبل أن التناسب هو ألا تصطاد عصفورا بمدفع²⁴، وألا تستعمل مطرقة لسحق ذبابة²⁵، وألا تلتجئ عند ذبح دجاجة للسكين الذي يُذبح به الثور²⁶.

ويتميّز مبدأ التناسب بكونه تمثلي مركّب يتألّف من عدّة عناصر يتصل بعضها ببعض كالسلسلة. إذ يقتضي إعماله:

1. وجود حقّ أو حرّية على محكّ النزاع المطروح.
2. حضور إجراء وضعته السلطة التشريعية قيد من الحقّ أو الحرية.
3. التثبت من أنّ القيد:

— ضروري في نظام ديمقراطي.

Marthe Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017/3, n° 3, pp. 495-506, spéc. p. 496.

23 مالك الغزواني، مرجع سابق، ص. 11.

24 « On ne tire pas sur les moineaux avec un canon »

هي صورة استعملها الفقيه ألماني Walter Jellinek للتدليل على ضرورة تقيّد السلطة الإدارية عند اضطلاعها بمهام الضبط، أنظر:

G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public*, Mélanges M. WALINE, L. G. D. J., 1974, t.2, p. 297, spéc. p. 298.

25 « On ne doit pas écraser une mouche avec un marteau-pilon » وهو مثل شائع في البلدان الأوروبية. أنظر:

G. BRAIBANT, *Ibid.*

26 « Pour tuer une poule use-t-on d'un couteau à dépecer le bœuf » (Confucius).

E. NAIM-GESBETT, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *Pet. aff.*, 5 Mars 2009, n° 46, p. 54.

- يهدف إلى حماية حقوق الغير أو الأمن العامّ أو الدّفاع الوطنيّ أو الصّحة العموميّة.
- لم يمسّ من جوهر الحقّ.
- متناسب مع دواعي وضعه، وفي هذه المرحلة على القاضي أن:

أ- يفحص مدى ملاءمة وسيلة التّدخل - القيد - مع الغاية من وضعه. فيتساءل؛ هل أنّ القيد أو الحدّ المتّخذ ملائم أي قادر على تحقيق الهدف المنشود؟

ب- لا يكفي من أجل تحقيق الغرض المنشود أن تكون الوسيلة ملائمة بل لا بد أن تكون ضرورية. الضرورة هنا هي ضرورة داخلية. فهي ليست الضرورة الأولى أي ضرورة الحدّ من الحرية أو الحقّ، وإنما ضرورة الإجراء نفسه المتضمن للحدّ أو للتقييد. وتكون الوسيلة ضرورية عند هذا المستوى في حالة ما إذا لم تكن هنالك طريقة أخرى أقلّ إضراراً بالحقّ أو الحرية موضوع القضية لتحقيق الغاية المنشودة وبنفس الجدوى. وهنا يعتمد فحص الضرورة دائماً على البحث عن وسائل بديلة. فإذا تمّ التوصل في قضية مُعيّنة إلى العديد من الوسائل الأخرى الملائمة، فإنّه يقع الاختيار على الوسيلة الأقلّ انتهاكاً للحقّ أو الحرية. أي لا بدّ من تفضيل التّدخل الأدنى وطناً والأكثر اعتدالاً والقادر في ذات الوقت على بلوغ الهدف المزمع تحقيقه.

ج- يجب أن يكون الإجراء الملائم والضروري موافقاً أي مناسباً (بالمعنى الضيق). ويتطلب هذا العنصر تقدير حجم الآثار المترتبة عن فرض ذلك القيد والتثبت من عدم اتسامه بالشطط انطلاقاً من تقدير ظروف وملابسات الوضعية الواقعية المعنية بالتقييد، من جهة، وبالنظر إلى أهمية الهدف والمزايا المنتظرة من تقييد الحقّ، من جهة أخرى، بما يكفل ممارسة الحقوق والقيم المتنافسة بأكبر قدر ممكن من التحقق.

يُحيل التناسب، تبعاً لما تقدّم، بالضرورة إلى آلية موازنة بين مبادئ قانونية تتزاحم في التطبيق وتتطلب منهجاً يتأسس على الترجيح²⁷ قصد تفادي التحديد المشط للحقوق والحرّيات. وضمن هذا التّمشي، تتميّز رقابة التناسب التي يجرّها القاضي على وضعيات شبيهة لكنّها مختلفة. فرقابة التناسب تختلف أولاً عن التّأويل القضائي الذي يتمثّل في «الكشف عن نية صاحب الخطاب بمناسبة واقعة قانونية استدعت

H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode »,

27

op. cit., p. 656 : « On le sait, le contrôle de proportionnalité a pour objet de faire la balance entre les droits et intérêts en présence, intérêts publics et intérêts privés, lors de l'application de la règle à un cas particulier. Il peut conduire à écarter cette application in casu lorsque celle-ci porterait une atteinte excessive aux droits et libertés reconnus à l'individu ».

تطبيقه»²⁸. لذلك فهو تأويل تقريري باعتباره يُعطي معنى عملياً للنص يُؤدّي إلى إنفاذ القانون مباشرة ويتم اعتماد نفس المعنى كلما استدعى الأمر تطبيق القاعدة القانونية بصرف النظر عن تغير الوقائع والظروف والملاسات التي تحف بتطبيق القاعدة القانونية.

وتختلف رقابة التناسب ثانياً عن التكييف الذي يمثل عملية ذهنية تهدف إلى تطبيق القاعدة القانونية بإدراج الواقعة المعروضة في النزاع في الصنف القانوني المناسب لها ليحصل بعد ذلك ترتيب الآثار القانونية عليها²⁹. وتمثل عملية التكييف «الهمّ اليومي» للقاضي³⁰.

كما تختلف رقابة التناسب ثالثاً عن عملية التقدير التي تتعلق بالوضعيات التي يحصل فيها القاضي من المشرّع على تفويض مقصود لاختيار حلّ قانوني للحالة المعروضة عليه³¹.

والملاحظ أنّ رقابة التناسب، وإن كانت تختلف في بنيتها ومراحل تطبيقها عن عمليات التأويل والتكييف والتقدير، فهي تنفي ضرورة تسلّح القاضي بجميع هذه التقنيات. فهي تبقى لازمة بالنسبة إليه لاحتمال استدعاء إحداها واستغلالها أثناء العملية الذهنية التي تقوده في إعمال رقابة التناسب.

28 منير عيّاري، تأويل القانون، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختص وتوزيعه، تونس، 2022، ص. 17؛ ويختلف بذلك التأويل القضائي عن التفسير أو الاستدراك التشريعي الذي يرفع به المشرّع بموجب نصّ لاحق للبرس الحاصل في النصّ الأول. كما يختلف التأويل القضائي أيضاً عن التأويل الإداري. إذ «تتولى الإدارة أحياناً إصدار مناشير تأويلية تفسّر فيها بعض القوانين الجديدة حتى يتسنى تطبيقها من طرف الأعوان الإداريين. فهؤلاء الأعوان يحتاجون إلى تحويل لغة القانون من لغة مجردة إلى لغة أخرى سهلة الإدراك»، محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المختص وتوزيعه، طبعة ثانية، تونس، 2017، ص. 165. ويختلف التأويل القضائي أيضاً عن التأويل الفقهي الذي هو البحث عن نية صاحب الخطاب بمعزل عن الواقعة القانونية التي استدعت تطبيقه. لذلك فسلطة هذا التأويل وإثباته كانت أدبية، فإنّ لها دور مؤثّر جداً، حتى أنّ الأحكام تُحيل إليها في بعض الأحيان مباشرة. بل إنّ التأويل الفقهي يتجاوز ذلك ليؤثّر في التوجهات التشريعية الكبرى التي تهتم المجتمع. أنظر في هذا الخصوص:

D. GUTMAN, « La fonction sociale de la doctrine juridique : Brèves réflexion à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en Droit privé, Essai critique », R. T. D. civ., 2002, p. 455.

N. BEN AMMOU, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation*, C. P. U., Tunis, 2021, p. 135 et s. 29

قرار تعقيبي مدني عدد 36793 بتاريخ 17 أكتوبر 1995، نشرة محكمة التعقيب 1995، القسم المدني، ص. 175: «التكييف هو وصف للوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها».

30 نذير بن عمو، محكمة التعقيب محكمة أصل؟ الشغف بالقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى الأستاذ محمد العربي هاشم، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2006، ص. 836.

J. L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2012, n° 174.

ويجب أن يكون لمحكمة التعقيب، المؤتمنة على حسن تطبيق القانون وتوحيد تأويله³²، وبما لها من سلطة قانونية ومعنوية على محاكم الموضوع³³، قصب السبق في تفعيل رقابة التناسب وتأسيسها صراحة على الأحكام الدستورية دون الاكتفاء بمجرد تكرسها كمبدأ عام للقانون.

ويُطرح السؤال في هذا المستوى من التحليل حول كيفية تنزيل الفصل 55 من الدستور على النزاعات المعروضة على قاضي التعقيب، وتجسيده عملياً بإبرازه في قالب أو شكل محسوس.

تستدعي الإجابة على هذا السؤال النظر بصفة مسبقة في سؤال محوري آخر يتعلق بسلطات محكمة التعقيب. إذ تضطلع محكمة التعقيب بعدة أدوار، وهي:

الدور التديلي (Le rôle régulateur) المتمثل في السعي إلى توحيد المواقف القضائية عند تطبيق القواعد القانونية من مختلف الهيئات القضائية المؤلفة لمنظومة القضاء العدلي بالبلاد؛

والدور التقني أو المعياري أو ما يُطلق عليه أيضاً التقيدي³⁴ (Le rôle normatif) الذي يتجسد في إنشاء قواعد تضاف إلى القواعد النصية، فتشكل معها القانون المنظم لعلاقات الأشخاص القانونيين فيها³⁵؛

32 منصف الكشو، «الطعن بالتعقيب للمرة الثانية»، مقال منشور بمجموعة أعمال ملتقيات نظمها محكمة التعقيب، مجمع الأطرش، 2020، ص. 271 وما بعدها. إذ تضطلع محكمة التعقيب وخاصة دوائرها الجمعية بدور توحيدى لفقه القضاء خاصة من خلال القرارات الصادرة في توحيد الآراء آخرها قرار الدوائر الجمعية عدد 37692 مؤرخ في 19 ماي 2022 الذي اعتبرت فيه أن: «تعميد الدوائر الجمعية في توحيد الآراء إنما هو الصورة التي يجعل منها محكمة فصل لتقوم بدورها التوجيهي لحاكم الأصل ولتضع حدا للاختلاف بين دوائرها وبين محاكم الموضوع»، قرار الدوائر الجمعية عدد 37692 بتاريخ 19 ماي 2022. منشور بموقع محكمة التعقيب.

33 تعد محكمة التعقيب المنتج الرئيسي لفقه القضاء. كما أنها تمثل رمزا من رموز السلطة القضائية وأحد أهم مكوناتها وتحتل بذلك مكانة كبرى في دولة القانون التي يسود فيها العدل وتحترم مؤسساتها. فهي المنارة التي تهتدي بفقه قضائها المحاكم ويعتني باجتهادها شرح القانون وكل المهتمين بالعمل القضائي. وقد كان لمحكمة التعقيب منذ إنشائها سنة 1959 دور كبير في إثراء الاجتهاد القضائي بما جعل فقه قضائها يتسم بالغرارة والبراء. كما أنها سعت لإدخال الانسجام على الأحكام التشريعية وسد ثغراتها وكان لها الفضل في تدقيق عديد المفاهيم التشريعية في المادة المدنية وفي المادة الجزائية، وكذلك في ضبط عناصر التكيف لعدة مؤسسات قانونية، و«تشكيل الرأي القانوني في تعاون مستمر مع باقي رجال القانون من محامين وجامعيين وهو ما آل إلى إثراء رصيد القضاء وحقق إبرازه بما جعلها على مشارف الدور الخلاق للقواعد القانونية»، أحمد عظم، قضاة وقضاة، مؤلف «خمسون عاماً من فقه القضاء المدني (1959-2009)»، المرجع المذكور سابقاً، ص 253 وما بعدها.

34 كلمة (التقييد) هي مصدر قعد، يُقعد. وهو فعل اشتق - بواسطة إجراء القياس اللغوي - من كلمة «قاعدة» (لسان العرب لابن منظور، ج. 2، ص. 3273). من أجل أن يدل على عملية إنشاء القاعدة وتركيبها وصياغة عناصرها.

35 غالباً ما يغيب في الحديث عن أدوار محكمة التعقيب الدور التديلي لحساب الدور التقني؛ راجع في الدور الأخير في الذكر في الفقه الفرنسي: F. MARCHANDIER, « Le rôle normatif de la Cour de cassation », Etude disponible sur le site de la Cour de cassation française.

وفي الفقه التونسي:

ويُضاف لها الدور التأديبي (Le rôle disciplinaire) وهو يتعلق برقابة تنصب على التثبيت من حسن تطبيق قضاة الأصل للقانون بالتثبيت من حسن تعليلهم للأحكام وعدم تحريفهم للوقائع.

وتؤمن محكمة التعقيب بمقتضى تلك الوظائف توحيد تطبيق القانون، وتقرر القواعد الصحيحة فيما يُختلف فيه من المسائل. وقد كرّست الدوائر المجتمعة ما أسمته صراحة دورها التشريعي في القرار عدد 42979 الصادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 16 ديسمبر 2021³⁶. فأكدت دون مواربة أن عدم تضمّن التشريع حلاً يُحتم عليها «البحث عن موقف قانوني ينبع من صميم «الدور التشريعي» للدوائر المجتمعة يراعي الحق في محاكمة عادلة ويهدف إلى وضع حل تديري إجرائي يضمن حسن إدارة النزاع لا يؤدي إلى تفكيك النزاع وتمطيط الزمن القضائي».

ويأخذ الدور التقني (Le rôle normatif) لمحكمة التعقيب بعداً جديداً من خلال تطوّر رقابة التناسب. إذ يُمكن من إجراء تحوّل جذري في وظيفتها وذلك بتبنيها رقابة معمّقة تقوم على الموازنة والترجيح، تضمن بها بأنّ تطبيق القاعدة القانونية لا يؤول إلى نتائج غير متناسبة³⁷ قصد تفادي الآثار المشطة لتطبيق قاعدة قانونية على الوضعية المشمولة بالتقييد.

وبناء على ذلك فقد حان الوقت لتطوير هذا النوع من المراقبة التي قام عليها سبب وجود محكمة التعقيب. وأضحى من الضروري تجديد وظيفتها في حماية الحقوق والحريات عبر التّبيّن الصريح لمنهج رقابة التناسب المكرّس دستورياً³⁸. وفي ذلك اضطلاع منها بدور مُتفرّع عن دورها التقني وهو الدور البيداغوجي³⁹ في توجيه منهج قضاة الأصل بطريقة تسمح باستبطان منهج التناسب.

إنّ رقابة محكمة التعقيب على مدى أعمال محاكم الأصل لرقابة التناسب لا بد أن تكون معمّقة، تنصبّ على مسار اتخاذ القرار وتأخذ بعين الاعتبار في ذات الوقت القواعد القانونية المعتمدة من قبلهم

36 قرار الدوائر المجتمعة عدد 383 بتاريخ 18 جانفي 2018 منشور بموقع محكمة التعقيب. وضعت محكمة التعقيب عبارتي «الدور التشريعي» بين معقّفين من باب الحذر حتى لا يُقال أنّها أخذت دور المشرع وحلّت محله وهو ما لا يجوز قانوناً. وللخروج من كل نقاش أو تحامل على الدوائر المجتمعة لطف الأستاذ محمد كمال شرف الدين بمناسبة ملتقى نظمته محكمة التعقيب حول الدوائر المجتمعة بتاريخ 12 ماي 2022 (غير منشور) من العبارتين وأضاف لها لفظ شبه التشريعي.

Etude annuelle de la Cour de cassation française 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation, op. cit., p. 303. 37

38 في خصوص محكمة التعقيب الفرنسية، أنظر:

B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » J. C. P. G., 2015, n° 1122, p. 1906.

39 محمد محفوظ، الدور البيداغوجي لمحكمة التعقيب، مقال منشور بمجموعة أعمال ملتقيات نظمها محكمة التعقيب، مجمع الأطرش، 2020، ص. 303 وما بعدها.

وخصوصية الوقائع التي تميز القضية المعروضة والتي تمت معاينتها من قبل قضاة الأصل لتقدير مدى سلامة ووجاهة النتيجة التي خلصوا إليها وذلك قصد تأسيس قرارها. وتؤمن الرقابة المعمقة تمفصلا بين مختلف القواعد القانونية والحقوق والمصالح التي تنظمها وتضمنها⁴⁰ بالنظر إلى تساوي مختلف الحقوق من حيث القيمة القانونية، من جهة، ونسبيتها، من جهة أخرى. كما تقوم رقابة التناسب على إجراء موازنة ومفاضلة تقوم على مقارنة قيمية تعكس، في الأخير، موقف القاضي في تعامله مع مختلف القيم والحقوق المتنافسة، كل ذلك في إطار مقارنة تضمن تطبيقا متناغما للقواعد القانونية. وهو ما يستدعي من القاضي تعليلا مستفيضا لبيان المنهجية المعتمدة من قبل المحكمة التي أفضت إلى ترجيحها لحد في قضية ما واستبعادها بالتالي لتطبيق قاعدة قانونية.

وتُوصف محكمة التعقيب بأنها محكمة قانون، لا نظر لها مبدئياً في الوقائع. وانطلاقاً من هذه الخصوصية، حصر المشرع التونسي أسباب الطعن بالتعقيب في مسائل قانونية صرفة⁴¹. غير أن طبيعة رقابة التناسب تمتد في ذات الوقت إلى القاعدة القانونية والوقائع، وهو ما يقتضي إعمال الرقابتين كشرط لضمان فعالية الحقوق، إذ أن تنامي الحاجة لضمان فعالية الحقوق يفضي إلى تعميق عملية تقدير الوقائع وبالتبعية إلى توسيع صلاحيات القاضي في تقديره للوقائع وذلك نظراً للأهمية المحورية التي تحتلها الوقائع في ضمان فعاليتها من خلال إعمال مبدأ التناسب، وما للوقائع وملابسات القضية من دور هام في تقدير حدة القيد وترجيح حق على آخر طالما أن غياب التراتبية يفضي إلى النظر في القيد حالة بحالة.

(La casuistique prend ici toute son ampleur) وهو ما قد يفضي إلى تعطيل أو استبعاد مؤقت لقاعدة قانونية بناء على تقدير الوقائع وظروف وملابسات القضية.

40 بالنظر إلى تساويها من حيث القيمة القانونية، من جهة، ونسبيتها، من جهة أخرى.

41 حصر الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة في خصوص الحالات الآتية:

«أولاً: إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

ثانياً: إذا كان الحكم صادراً فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.

ثالثاً: إذا كان هناك إفراط في السلطة.

رابعاً: إذا لم تراع في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط.

خامساً: إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب.

سادساً: إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الاستثنائي في بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائياً أو كان نص الحكم مشتملاً على أجزاء متناقضة.

سابعاً: إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلاً صحيحاً أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب

الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه.»

أما في المادة الجزائية فلم يفتح الفصل 258 من مجلة الإجراءات الجزائية باب التعقيب إلا بناءً على «عدم الاختصاص أو الإفراط في السلطة أو

خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه.»

ويتحصّل مما تقدّم أنّ تطبيق مبدأ التناسب يُفضي إلى مراجعة جذرية للمنهجية المعتمدة من قبل قضاة الأصل وخاصة قضاة محكمة التعقيب. وهو ما ينعكس على طبيعة ومجال أعمال رقابة محكمة التعقيب بصفتها محكمة قانون لتصبح محكمة ذات صلاحيات قضائية كاملة (cours de pleine juridiction) وبالتبعية درجة ثلاثة للتقاضي. ويمكن التمييز في إطار رقابة التناسب بين صورتين:

ففي صورة مبادرة محكمة الأصل بإجراء رقابة التناسب على النزاع المعروض عليها، فإنّ محكمة التعقيب تُجري حينئذ رقابة تعقيديّة على رقابة التناسب من قاضي الأصل؛ أي أنّها ستراقب حسن تطبيق الفصل 55 من الدستور. إذ يرجع اختصاص رقابة التناسب بدءاً إلى قضاة الأصل. فعلى هؤلاء تحديد طبيعة الحق أو الحرية الواقع تقييدها، وحقيقة هذا التقييد ووجه الإفراط فيه. وتحتفظ محكمة التعقيب بعد ذلك بالحق في رقابة الرقابة؛ أي أنّها تتحقّق من أنّ رقابة التناسب قد أُجريت فعلاً بصورة سليمة وأنّ التوازن بين الحقوق والمصالح قد تمّ بشكل عادل.

• أما في صورة عدم إجراء محكمة الأصل لرقابة التناسب، حال أن القضية تتضمن ما يكفي من المعطيات التي تطرح إشكال رقابة التناسب، أو أنّها أجمت عن الردّ على دفع يتعلق بالتناسب، تأخذ في هذه الحالة رقابة محكمة التعقيب شكل رقابة التعليل⁴².

ويجدر التأكيد في هذا الخصوص على أن ثقافة التناسب تستبطن ثقافة التعليل وهو ما يتماشى مع المنهج القضائي العادي. (Le mode opératoire ordinaire du juge). إذ لا يمكن للقاضي الاكتفاء بالتعليل المقتضب بل يتحمّ عليه اعتماد تعليل مسهب، من جهة، ومتعدد الأبعاد، من جهة أخرى، مؤسس في ذات الوقت على القاعدة القانونية سند القيد وعلى مختلف الأسباب والعناصر التي استند إليها القاضي للوصول إلى النتيجة التي خلص إليها.

وفي المحصلة، فقد كرس الدستور مبدأ التناسب، كمبدأ دستوري في تنظيم وتقييد الحقوق والحريات بما يضمن تحققها وتعايشها بأكبر قدر ممكن. ورغم أن النص الدستوري يُخاطب مختلف الهيئات القضائية المعنية بتطبيق هذا المبدأ، وتخصيص الفصل 55 من الدستور لفقرة مستقلة لهذا الخطاب، ورغم الدور المحوري للقاضي العدلي عموماً ولقاضي التعقيب على وجه الخصوص في ضمان حماية فعّالة من خلال الضوابط والحدود التي يقرّها منحه التناسب، إلا أنه لا يزال متحفّظاً في أعمال مبدأ التناسب لعدة أسباب لعلّ أهمها:

- عدم إلمامه بهذا المبدأ والمنهجية التي يستبطنها وخاصة الصبغة الصدمائية للحقوق والحريات في إطار منظومة حقوق الإنسان التي تقوم على الترابط والتكامل بينها دون مفاضلة مسبقة وغياب الهرمية بينها.
- عمل القاضي العدلي بقي محكوما برقابة الشرعية التي دأب على إعمالها، وخاصة قاضي التعقيب، بالنظر إلى الإرث التاريخي لفكرة نشأة محكمة التعقيب وانحصار دورها في رقابة قضاء الأصل في تطبيقهم للقانون وتوحيد فقه القضاء دون إمكانية بسط رقابة معمّقة على الوقائع باعتبار الطعن بالتعقيب ليس طورا من أطوار التقاضي، وأن دور القاضي ينحصر في تطبيق القانون ولا يسوغ له تقدير مدى تقييد المشرع بمبدأ التناسب واستبعاده لقاعدة قانونية لمخالفتها لقاعدة تعلوها، بالنظر إلى آثار تطبيقها على القائم بالطعن، والذي يعد حسب تقديره إعمالا للرقابة على دستورية القوانين التي تخرج عن مجال اختصاصه.
- الإهتمام بالنتيجة المتوصل إليها وإعراض القاضي عن الإفصاح عن المنهجية التي اعتمدها والتي أفضت به إلى النتيجة التي خلص إليها، وبالتالي إلى الإجماع عن إبراز موقفه إزاء المسائل المعروضة عليه.
- طبيعة الرقابة المحدودة التي يعملها قاضي التعقيب ومحدودية صلاحياته إزاء قضاء الأصل والاكتفاء بالوظيفتين الزجرية وتوحيد فقه القضاء، وهو ما يفسر الصبغة المقتضية لقرارات محكمة التعقيب وغياب مقروئيتها أحيانا بما يُضعف تطبيقها وإبرازها لمبدأ التناسب.
- فإلى أي مدى استنبطت محكمة التعقيب، من خلال قراراتها، مفهوم التناسب على النحو الذي اقتضاه الفصل 49 / 55 من الدستور كمنهج للتفكير لضمان تعايش وتحقيق الحقوق المتنافسة والمتباينة وما يستتبعه من مراجعة جذرية لدور قاضي التعقيب في أعماله؟

رغم ندرة فقه قضاء محكمة التعقيب التونسية الذي يعتمد التناسب كفكر ومنهج ويؤسسه صراحة على الأحكام الدستورية، خلافا لفقه قضاء المحكمة الإدارية أين يجد التناسب مجالا واسعا للانطباق في الأحكام المتصلة بالقانون العام⁴³، إلا أن هذا وذلك لا ينفيان تفعيله صراحة تارة، وضمنا أطوارا أخرى

43 تتعدّد التطبيقات في فقه القضاء الإداري أين يجد القانون العام الذي ينظم علاقة الدولة بالأفراد ميدانا خصبا لانطباق المبادئ الدستورية ومنها التناسب. فقد حاولت المحكمة الإدارية الابتدائية بالمنستير مثلا في قرار حديث في مادة إيقاف التنفيذ صادر تحت عدد 6200461 بتاريخ 23 مارس 2022، تطبيق التناسب على حالة واقعية تسلط المطلب فيها على القرارين الصادرين عن المدوّب الجهوي للتربية بالمهدية ومدير المدرسة الإعدادية بركر القاضيين بإعلام المدّعة بتعليق مباشرتها لعملها بداية من 22 ديسمبر 2021 تبعا لعدم استظهارها بجواز التلقيح. وقد تأسس

للتناسب بالمفهوم الدستوري. ويهدف هذا المؤلف إلى تقديم القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب، والتي تمّ تجميعها لعرضها وتقييمها وفق أسلوب منهجي موحد على ضوء الفصل 49 من دستور 2014 والفصل 55 من دستور 2022.⁴⁴

يتعلّق الأمر وفق هذا النحو بمحاولة تقديم عرض شامل ومختصر بشأن تطبيق مبدأ التناسب في فقه قضاء محكمة التعقيب المتعلّق بالمادة الجزائية بأنواعها⁴⁵ (الجزء الأول)، وبالمادة المدنية بتفرعاتها⁴⁶ (الجزء الثاني).

القرارين المذكورين على الفصل 6 من المرسوم عدد 1 لسنة 2021 المؤرخ في 22 أكتوبر 2021 والمتعلق بجواز التلقيح الخاص بفيروس كورونا والذي يوصى على أنه «يترتب عن عدم الاستظهار بجواز التلقيح تعليق مباشرة العمل بالنسبة إلى أعوان الدولة وذلك إلى حين الإدلاء بالجواز... ويكون فترة تعليق مباشرة العمل أو عقد الشغل غير خالصة الأجر».

وبعد التذكير بأحكام الفصل 49 اعتبرت أنه: «وحيث للرسوم المدفوع بعدم شرعيته لا يعكس مراعاة التناسب بين عدم استظهار العون العمومي بجواز التلقيح والجزاء الذي يقع تحت طائلته ضرورة أنه يفرض إلى تعليق مباشرة العون العمومي المعني لعمله دون توخي سبيل التدرج بانتهاج غير ذلك من التدابير مما دونه وطأة بما في ذلك التشديد في واجب التباعد الاجتماعي وضرورة التقيد بتدابير التوقي من الفيروس واقتضاء تواتر اجراء تحاليل التفصي فضلا عن تمكين العون المعني من استنفاد رصيد العطل الخول له الحصول عليها طبقا للتشريع الجاري به العمل أو إعادة النظر في طبيعة المهام الموكولة إليه أو مركز العمل المعين به عند الاقتضاء».

وانتهت إلى أن التماذي في تنفيذ القرار المخدوش فيه من شأنه أن يخلف لدى العارضة أضرارا بصعب تداركها بحكم اقترانه بإيقاف صرف مرتبها الذي يشكل مورد رزقها الذي تقتات منه واتجه الاذن بتوقيف القرار المطعون فيه إلى حين الحكم في الدعوى الأصلية (حكم غير منشور).

44 يتعلّق هذا المؤلف بتجميع (Un compendium) للقرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التي تناولت أو كان عليها أن تتناول مبدأ التناسب: «Un compendium est une sorte d'abrégé (de certaines disciplines en particulier, comme le droit, la logique ou la philosophie). Proprement, c'est une synthèse, un exposé d'ensemble [...] le compendium, (Juridique pour notre propos) est un condensé, un digest de l'ensemble d'un système ou d'une doctrine juridiques». Juridictionnaire, Centre de traduction et de terminologie juridiques (CTTJ), Faculté de droit, Université de Moncton, Canada.

أي هو تجميع لنصوص مترقفة تتعلّق بنظام أو بمبدأ قانوني، بهدف تقديم عرض شامل ومختصر بشأنه. لذلك فإنّ هذا العمل يختلف عن: -الموجز: (Précis) مؤلّف مختصر قائم بذاته أو ملخص مؤلّف أوسع منه في نفس الموضوع، يتضمّن ما هو أساسي بالنسبة للمادة التي يتناولها من غير تفصيل ولا تفرع.

-الملخص: (Résumé) تكتيف نصّ مع الاحتفاظ فقط بأهم المعلومات، أو تقديم موجز مجمل لعمل معيّن.

-المقتطف: (Extrait) اختيار أو اقتباس المقاطع المميّزة لنصّ معيّن.

-الخلاصة: (Sommaire) وهي تعلن عن المادة في بداية النصّ وتأخذ شكل العرض الموجز أو جدول للمحتويات (فهرس)

45 تنقسم القضايا الجزائية إلى قضايا مخالفات التي يصدر فيها قاضي الناحية حكما نهائيا يكون قابلا فقط للتعقيب، والقضايا الجناحية والقضايا الجنائية، وهو تقسيم يعكس على توزيع العمل بين دوائر محكمة التعقيب إلى دوائر جناحية وأخرى جنائية بما في ذلك تعقيب قرارات دوائر الاتهام.

46 المقصود بتفرعات المادة المدنية هي مواد المدني العام والتجاري والشغلي والضمان الاجتماعي والشخصي والعقاري والاستعجابي والتعويض والمسؤولية التصديرية والتعاقدية وغيرها، وتنقسم محكمة التعقيب من حيث هيكلتها إلى دوائر جزائية وأخرى مدنية تتعلق هذه الأخيرة أساسا بالدوائر المدنية التي تتعدّد بقضايا العقود والمسؤولية وأخرى تجارية وشغلية وضمان اجتماعي وحوادث مرور.

الجزء الأوّل

رقابة التّناسب في المادّة الجزائيّة

يقوم مبدأ المحاكمة العادلة على أسس إجرائية قوامها إمكانية مقاضاة المتهم أمام محكمة مستقلة ومحايده ومُشكّلة وفقاً للقانون، وذلك طبقاً لإجراءات علنية يسودها مبدأ المساواة، يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكينه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل محكمة أعلى درجة.

وقد جدد الدستور التونسي المؤرخ في 25 جويلية 2022 بالفصل 33 منه تأكيده على الحقّ في المحاكمة العادلة التي سبق تكريسها بالفصل 27 من دستور 27 جانفي 2014 الذي صدرت تحت طائلته فقه القضاء المعتمد بهذا العمل: «المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة».

وتفترض العلاقة بين الدستور ومنظومة الإجراءات الجزائية التناظر⁴⁷، لتعلقها بحقوق الأفراد وحياتهم، ولكونها المرآة التي تعكس طبيعة النظام السياسي في الدولة، ومقياساً للحكم على عدالة القضاء وصمام أمان ضدّ الظلم والتعسف. إذ تعدّ الإجراءات توأم الحرية، ولا مدخل لأيّ قضية إلاّ باحترام إجراءات وقواعد محددة سواء على مستوى التتبع أو مباشرة الأبحاث أو الحكم. وقد شرّعت الإجراءات الجزائية لغاية وضع ضوابط لأعمال كلّ المتدخلين في التقاضي الجزائري وتوفير الضمانات بقصد الحفاظ على مصالح الأفراد وحياتهم ومصلحة المجتمع في التصدي للجريمة وتتبع مرتكبيها، ولضمان حسن تطبيق القواعد الموضوعية التي يحكمها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أي لا جريمة ولا عقوبة بدون نصّ يقرها⁴⁸.

وككل القوانين، ينقسم القانون الجزائري إلى قواعد إجرائية وأخرى موضوعية. وسنبحث عن فقه قضاء محكمة التعقيب الذي كرس منهج التناسب سواء في القانون الجزائري الإجرائي (فصل أول) أو القانون الجزائري الموضوعي (فصل ثان).

47 نجيب الفقي، التعديل الختيمي لمجلة الإجراءات الجزائية، مجلة بحوث ودراسات قانونية، العدد 12 لسنة 2016، ص.7.

48 ناجي البكوش، مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أعمال ملتقى مئوية المجلة الجزائرية: الحاضر والمستقبل، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2016، ص. 53.

الفصل الأوّل

رقابة التناسب في القانون الجزائي الإجرائي

تنقسم محكمة التعقيب هيكلية إلى دوائر جزائية منفردة تصدر أحكاما دورية في كل ما يتعلق بالتعقيب الجزائي سواء في الطور الاتهامي أو في مرحلة المحاكمة، ودوائر مجتمعة جزائية نص عليها صراحة الفصل 274 من مجلة الإجراءات الجزائية تتألف من الرئيس الأول ورؤساء الدوائر وأقدم مستشار في كل دائرة⁴⁹. وتعدّ الدوائر المجتمعة واجهة محكمة التعقيب وأعلى هيئة قضائية مهمتها الرئيسية توحيد الآراء القانونية بين الدوائر⁵⁰ والتصدي لظاهرة التباين والاختلاف في فقه القضاء⁵¹. وقد صدرت بعض القرارات التي اعتمدت منهج التناسب سواء عن الدوائر المجتمعة (مبحث أول) أو عن الدوائر المنفردة (مبحث ثان).

49 لكن لم يقع تفعيل تلك التركيبة الجزائية منذ نشأة محكمة التعقيب وظلت تركيبها تضم الدوائر المدنية والجزائية للبت في المسائل الخلافية مهما كان نوعها.

50 ينصّ الفصل 192 م م م على ما يلي: «تنظر الدوائر المجتمعة أيضا: 1) إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر...».

51 يراجع في شأن هذه الظاهرة الدراسة العامة للأستاذ ساسي بن حليمة، التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب، بمؤلف «التعقيب»، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989، ص 135 وما بعدها.

المبحث الأول: في فقه قضاء الدوائر المجتمعة

1. قرار الدوائر المجتمعة عدد 21261 بتاريخ 25 نوفمبر 2021

1.1. مبرج المادة التحديدية

المرجع (عدد القرار وتاريخه)	الحق / الحرية	الوقائع	القيود وسنده التشريعي	مدى المساس بجره الحق	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	موجب القيد	تقدير التناسب بمكوناته الثلاث؛ أي الملاءمة والضرورة والتناسب بالمعنى الضيق
قرار الدوائر المجتمعة عدد 21261 بتاريخ 25 نوفمبر 2021	لا يضار الطاعن بطبعه المترتب عن الحق في محاكمة عادلة الفصل 216 من م ج .	اعتداء بالعنف الجرد، ووردت نتيجة العرض بالطور الاستثنائي (سقوط 22 باللائحة)، هل يطبق مبدأ لا يضار الطاعن بطبعه خصوصا وأن النيابة العمومية لم تستأنف الحكم؟ أم هل يتم النسخ عن القضية للصيغة الجنائية؟	قواعد توزيع الاختصاص الحكمي في المادة الجزائية واشتراط التحقيق وجوبيا في كل الجنايات. الفصلين 219 من م ج و 169 من م ج "إذا ظهر أن الجريمة من اختصاص محكمة أخرى تصدر المحكمة قرارا فوريا بخروج القضية عن أنظارها".	مدى المساس بجره الحق	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	موجب القيد	تقدير التناسب بمكوناته الثلاث؛ أي الملاءمة والضرورة والتناسب بالمعنى الضيق

2.1. الحيثيات

«...وحيث أن «علوية» الحقوق المتصلة بالكرامة الإنسانية، وفي صورة الحال عدم تضرر المتهم بطعنه، على منظومة الإجراءات والاختصاصات القضائية تُستفاد من خلال أفراد القانون الأساسي طبق الفصل 65 من الدستور التونسي مسألة تنظيمها وإقرار الضوابط عليها، «تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية: الحريات وحقوق الإنسان»، في حين أقر ذات الفصل منظومة الإجراءات والاختصاصات القضائية من مجال القانون العادي، « تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة بـ... الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم وضبط الجنايات والجرح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية»، وعليه لا يمكن الحد أو المساس من حق أساسي بموجب نص قانوني عادي وعلى الهيئات القضائية عند التزاحم المتزامن لقواعد قانونية كما هو الحال في القضية الراهنة، أن تغلب حماية الحقوق على قواعد الاختصاص. سيما وأن تسبيق قواعد الاختصاص يؤدي إلى المساس بجوهر حق عدم تضرر المتهم بطعنه، عن الحق الثابت والمتأصل في الإنسان.

... وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه لما قضت بالتخلي عن القضية لصبغتها الجنائية رغم أن المتهم هو الطاعن الوحيد في قضاء محكمة البداية تكون بالضرورة قد خرقت مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 216 من مجلة الإجراءات الجزائية وعكرت حالة المتهم ومست مصلحته الشرعية وأخلت بحقوقه المكتسبة مما يجعل اجتهادها مشوبا بالبطلان وفق مقتضيات وأحكام الفصل 199 من م إ ج لتعلق الأمر بخرق الإجراءات الأساسية».

3.1. الملاحظات

طرحت وقائع القضية موضوع القرار إشكالا يتعلق بتزاحم حقين متفرعين عن الحق في التقاضي:

- الأول يهتم قواعد الاختصاص الحكيم وتنظيم المحاكمة العادلة، وهو حق يتعلق بالنظام العام وبمساواة المتقاضين أم المرفق القضائي. فعلى المحكمة المتعدهدة بالنزاع أن تصرح بخروجه عنها وتخلي عنه كلما اتضح لها عدم اندراجه في ولايتها الحكيمية.
- والثاني يخص مصلحة المتهم الشرعية وبالتحديد مبدأ ألا يضار الطاعن بطعنه. فلا يمكن لمن طعن في حكم جزائي تبعا لعدم رضائه به، أن يتم تعكير حالته طالما أن النيابة العمومية لم تطعن وقبلت بالعقوبة المسلطة. فهو من الحقوق الشرعية للمتهم التي يترتب عن هضمها بطلان الإجراءات على معنى الفصل 199 من م إ ج، وثيره المحكمة من تلقاء نفسها باعتباره من متعلقات النظام العام.

السؤال هنا هو: هل يتمّ تسبيق مصلحة المتهمّ الشرعية على قواعد الاختصاص أم العكس، سيما وأن كلاهما يهّم الإجراءات الأساسية والحق في التقاضي ولهما سواء بسواء علاقة بالنظام العام؟
بعبارة أخرى؛ ما هو الحق الذي يُسبق على الآخر، هل الثابت، وهو عدم إضرار الطعن بالطاعن؟ أم هو المتغير، وهي قواعد الاختصاص؟

اعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أن تسبيق قواعد الاختصاص يؤدي إلى المساس بجوهر حق المتهم في عدم تعكير حالته بموجب الطعن، والحال أن هذا الأخير هو الحق الثابت والمتأصل في الإنسان. ذلك أنّ عدم جواز تضرر الطاعن من طعنه يتصل بكرامة الذات البشرية الذي يعدّ بدوره مقومًا من مقومات الحقوق الأساسية الذي يتم تنظيمه طبقًا للفصل 65 من الدستور بموجب قوانين أساسية بما لا يسوغ الحد منها بموجب قوانين عادية على غرار القوانين التي تتولى تنظيم توزيع الاختصاص الحكمي. وهو ما يفيد إعمالًا بصورة ضمنية وغير صريحة من قبل محكمة التعقيب لشرط التحفظ التشريعي وبما يغني مبدئيًا عن البحث في مضمون القيد وتقدير حدّته من خلال التثبت من أن تطبيق القواعد المتصلة بالاختصاص الحكمي في القضية الراهنة من شأنه النيل من جوهر حق المتهم في الطعن وعدم تعكير وضعيته بموجب الطعن من عدمه على النحو الذي ذهب إليه محكمة التعقيب.

ولئن لم تنص المحكمة في هذا القرار صراحة على الفصل 49 من الدستور الساري المفعول في تاريخ صدور القرار التعقيبي، إلا أنها انتهجت منهجه وطبقت التمثي الفكري الذي أورده. وانتهت إلى أن تقييد قواعد الاختصاص الحكمي لمبدأ «لا يُضارّ الطاعن بطعنه» سيفرغ هذا الأخير من وجوده وينال من جوهره. تطرقت إذن الدوائر المجتمعة لعنصر المساس بجوهر الحق وهو ما أغناها عن المرور إلى باقي مراحل تطبيق مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

2. قرار الدوائر الجمعية عدد 67068/67067 بتاريخ 21 نوفمبر 2019

1.2. منيج المادة التصديدية

المرجع (عدد القرار وتاريخه)	الخط / الطريقة	الوقائع	القيود وسنده التشريعي	مدى المساس بجوهر الخط	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	موجب القيود	تقدير التناسب بمكوناته الثلاثة؛ أي الملازمة والضرورة والتناسب بالمعنى الضيق
قرار الدوائر الجمعية عدد 67068/67067 بتاريخ 21 نوفمبر 2019	الخط في محاكمة عادية من خلال حتى المتناضحي في التخرج في البلاد الوطني (الفصل 248) من م م م ت	مشاركة قاض في الحكم في قضية بوصفه رئيس الدائرة الجنائية الإبتدائية حال أنه سبق أن قدم طلبات فيما بالطور الاستقرائي لا كان يشغل خطة مساعد للوكيل العام.	-عدم التخرج في أعضاء النيابة (الفصل 297 والفصل 298 من م م أ ج)	قيود يس من جوهر الخط في المحاكمة العادية، فيجب حينئذ الوقوف عند هذا الحد دون المرور إلى بقية المراحل.	استبعاد تطبيق النص.		

2.2. الحيثيات

«حيث لا جدال في أن مبدأ حياد القاضي، أي عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه يندرج ضمن أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم القضائي العدلي التونسي. فهو مرتبط من جهة أولى وثيق الارتباط بالعدل كقيمة، بل هو جوهر العدالة نفسها أو عنصرها الأساسي، ويشكل لذلك حجر الزاوية لمرفق القضاء العدلي. كما يُعدّ من جهة ثانية، خاصية أساسية من خصائص حقوق الإنسان المتمثلة في الحق، في محاكمة عادلة، والتزاما أخلاقيا محمولا على القاضي.»

فقد أوجب الفصل 103 من الدستور التونسي على القاضي «الالتزام بالحياد». كما شددت العديد من المواثيق الدولية المُصادق عليها على هذا الواجب، من ذلك الفصل 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أقرّ حق كل فرد في اللجوء إلى محكمة مستقلة وحيادية، وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعترف منذ سنة 1948 بالحق في محاكمة عادلة من قاض مستقل ومحايده.

وحيث تماشيا مع هذا الفهم، فقد وردت الفقرة 5 من الفصل 248 من م م م ت المتصلة بسبق إبداء الرأي في صيغة التحجير المطلق صونا لمبدأ «الحياد الموضوعي» للقاضي بما يعني أنها مسألة متصلة بالنظام العام القضائي والإجراءات الأساسية ويترتب عن مخالفتها البطلان: «تجبر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على «الحكام»: [...] خامسا: في النوازل التي ... سبق منهم إعطاء رأي فيها.»

[...] وحيث أن تأويل القانون يجب أن يكون متناسبا تناسبا معقولا مع أهداف وغايات منظومة الإجراءات الجزائية. ذلك أن التأويل على النحو الذي ذهبت إليه محكمة الإحالة من شأنه أن يترتب عنه نزع صفة النظام العام على نص الفصل 248 خامسا من م م م ت ويفرغه من محتواه رغم عمومية المنع وعبارات التحجير التي تضمّنها.

وحيث ولئن نص الفصل 298 من م إ ج على عدم قبول التجريح في الحاكم من الخصم، إلا أنه ربط ذلك بثبوت علم هذا الأخير بسبب التجريح وتوليّه رغم ذلك مباشرة أعمال الإجراءات لديه.

وحيث تبين بالاطلاع على حيثيات قرار محكمة الإحالة أنها افترضت علم المعقبين الآن بالقدح في رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية افتراضا، حال أنه وإن تولى محاميهما فعلا تقديم ملحوظات في القضية بالطور الابتدائي والترافع فيها أمام رئيس الدائرة المذكور الذي سبق أن شغل في نفس القضية منصب الادعاء العام، فليس من المسلّم به أنهما كانا في زمنه على علم بهويته الشخصية، كما ليس مفترضا في لسان الدفاع

معرفة هوية الحاكم خاصة إذا كانت المحكمة ذات تركيبة جماعية، فضلا على أنه لا يُمكن تحميله واجب العلم بأسماء جميع القضاة والخطط التي شغلها سابقا.

وحيث طالما لا شيء في الملف يثبت بصفة لا لبس فيها علم نائبي المتهمين بسبب التجريح فإنه لا يُمكن إسقاط إحدى المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي واستبعاد ضمانات أساسية من الضمانات الإجرائية لحياة القاضي المرتبطة بالحق في المحاكمة العادلة. وتعين لهذا السبب تطبيق القواعد المتعلقة بسبق النظر في الموضوع كيفما استقر عليه فقه قضاء الدوائر المجتمعة».

[...] وحيث أضحي بذلك الحكم الابتدائي الجنائي الذي شارك ممن سبق منه إبداء رأي فيه، باطل وكان على محكمة الإحالة مُعانة ذلك ثم تصحيحه والحكم في أصل القضية تطبيقا لأحكام الفصل 218 من م إ ج.

وحيث ترتيبا على ما تقدم، فإن القرار الاستثنائي عدد 8689 لما لم يفعل ذلك واعتبر بأنه لا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م م م ت طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية بابا كاملا للتجريح في الأحكام في المادة الجزائية وأن النيابة العمومية لا تتجزأ وتمثل وجهة نظرها رأي الادعاء لا رأيا شخصيا، يجعل قرارها مستهدفا للنقض والإحالة واتجه التصريح بذلك وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها».

3.2. الملاحظات

تتحور الإشكال القانوني المطروح على الدوائر المجتمعة في معرفة إن كانت مشاركة قاضٍ في الحكم حال أنه سبق له، لما كان ممثلا للنيابة العمومية بالطور الاستقرائي، تقديم طلبات كُتابيّة يُعد سبق إعطاء رأي فيها. بعبارة أخرى، هل أن الممارسة المتتابعة لوظيفة الادعاء العام ثم لوظيفة الحكم يمثل خرقا لواجب الحياد الموضوعي يفتح للمتقاضى الحق في التجريح في القاض المعني؟

اعتبرت محكمة الاستئناف أن مشاركة قاضٍ في الحكم حال أنه سبق له لما كان ممثلا للنيابة العمومية بالطور الاستقرائي تقديم طلبات كُتابيّة في نفس القضية لا يُعد سبق نظر في الموضوع. وقد أسست هذا الموقف على مستندين اثنين، أولهما أن رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية الصادر عنها الحكم الابتدائي كان ممثلا للنيابة العمومية لدى دائرة الاتهام، لذلك لا يُمكن التجريح فيه تطبيقا لأحكام الفصل 297 من م إ ج الذي ينص على عدم قابلية التجريح في أعضاء قلم الادعاء العمومي.

أما المستند الثاني، فقد أكدت محكمة الإحالة بمقتضاه أنه وعلى فرض توفر التجريح في شخص رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية فإن أحكام الفصل 298 من م.إ.ج تمنع التمسك بالتجريح بعد معرفة وجهه، ومباشرة أي عمل من أعمال الإجراءات وتقديم ملحوظات أمام القاضي المجرّح فيه. وردت ترتيباً على أساس هذين المستندين المطعن المستمد من خرق واجب الحياد الوظيفي.

غير أنّ الدوائر المجتمعة لم تقرّها في هذا الموقف. ويتطلب الأمر قبل عرض الأخير في الذكر (II) تدقيق مفهوم الحياد الوظيفي للقاضي في ارتباطه بضمانات المحاكمة العادلة (I).

I.

أكدت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في قرارات سابقة أنّ «أساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه إنما هو استبقاء مظهر الحياد لدى القاضي عند البت في النزاع»⁵². فيفضي هذا المبدأ إلى عدم صلاحية القاضي للنظر في قضية معينة لوجود صلة سابقة بينه وبين الدعوى المعروضة عليه تبعاً لسبق إبداء رأيه فيها، أي وجود فكرة مسبقة لديه عن الدعوى يحتمل أن يميل للأخذ بها، وهو ما يُخلّ بموضوعيته وحياده، ويتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلوّ الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزناً مجرداً، ولا يجد نفسه مدفوعاً إلى التثبث برأيه الذي أبداه، مخالفاً بذلك مجرى العدالة.

ذلك أنّ لهذا المبدأ أهمية كبرى⁵³؛ وصفه البعض «بدرّة المبادئ الإجرائية»⁵⁴، وارتقى به دستورا 2014 و2022 وأنزلاه مكانة دستورية فضلا على اتفاق المواثيق الدولية على كونه⁵⁵. ذلك أنّ القاضي

52 قرار الدوائر المجتمعة عدد 406 بتاريخ 2019/02/14، وعدد 415 بتاريخ 2019/07/04، منشورين في موقع محكمة التعقيب: www.cassation.tn

53 يقوم التنظيم القضائي العدلي على مبادئ أساسية وهي: مبدأ استقلالية القضاء، ومبدأ وجوبية الالتجاء إلى قضاء الدولة، ومبدأ ضمان الحق في المحاكمة العادلة، ومبدأ مجانية التقاضي، ومبدأ التمييز بين محاكم الأصل ومحكمة التعقيب، ومبدأ حياد القاضي. أنظر، محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة للقانون-النظرية العامة للحق، طبعة ثانية، مجمع الأطرش للكتاب المختص جانفي 2017، ص. 127 وما بعدها.

54 نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة - التنفيذ- التحكيم، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 18.

55 أنظر على سبيل المثال: المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: «من حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أي دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة ومستقلة وحيادية منشأة بحكم القانون». صادقت الجمهورية التونسية بموجب القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968 المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 51 المؤرخ في 29 نوفمبر 3- ديسمبر 1968 على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966؛ إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاة التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراراتها الصادرين في 29 نوفمبر

الذي سبق أن أبدى رأيه في القضية يكون قد كشف عن موقفه من الموضوع مما يمنعه بعد ذلك من الانتصاب مجدداً للحكم فيها بأي صفة كانت لما لرأيه السابق من تأثير على وجه الفصل اللاحق في القضية من جهة، ولما من شأنه من جهة ثانية أن يولد لدى المتقاضين إحساساً مبرراً بعدم الأمان من ضمان الحياد الموضوعي للمحكمة.

ويُترجم استقرار الدوائر المجتمعة على التشديد على أهمية المبدأ بصور مجموعة من القرارات المتواترة وفي حيز زمني وجيز، تمهيداً منها لاستخلاص النتيجة من هذه الأهمية وتزليلها على أرض الواقع؛ وبالفعل وجدت في قضية الحال الفرصة المناسبة لذلك.

II.

اعتبرت الدوائر المجتمعة أن انتصاب أحد أعضاء النيابة العمومية الذي سبق له تقديم طلبات في قضية معينة للحكم لاحقاً فيها يمثل نيلاً من إحدى مبادئ المحاكمة العادلة. ذلك أن جزم محكمة الاستئناف بعدم جواز التجريح مطلقاً في قلم الادعاء العام كان حسب الدوائر المجتمعة مخالفاً بمبدأ التناسب والحال أن «تأويل القانون يجب أن يكون متناسباً تناسباً معقولاً مع أهداف وغايات منظومة الإجراءات الجزائية».

فالقول بتعذر التجريح في أعضاء النيابة مهما كان العمل الذي سبق أن قاموا به في القضية «من شأنه أن يترتب عنه نزع صفة النظام العام على نص الفصل 248 خامساً من م م م ت ويفرغه من محتواه رغم عمومية المنع وعبارات التحجير التي تضمنها [.... إذ] لا يمكن إسقاط إحدى المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي واستبعاد ضمانات أساسية من الضمانات الإجرائية لحياد القاضي المرتبطة بالحق في المحاكمة العادلة».

1985 و13 ديسمبر 1985 أكد أن «القضاة يفصلون، في إطار من الحيادة، فيما يُعرض عليهم من منازعات على ضوء وقائعها ووفقاً للقانون، غير مدفوعين بتحريض، أو معرضين لتدخل بلا حق، أو محملين بقيود أو ضغوط أو تهديد، مباشراً كان أم غير مباشر، أيا كان مصدرها أو سببها»، المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: «لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تُنظر قضيتُه محكمةً مستقلةً ومحايدةً، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جنائية توجه إليه». والجدير بالذكر أن النصوص التي تكرس مبدأ حياد القاضي متنوعة المصادر، من ذلك الميثاق الأوروبي لنظام القضاة (1998)، والرأي عدد 3 للمجلس الاستشاري للقضاة الأوروبيين بتاريخ 19 نوفمبر 2002 المتعلق بالمبادئ المهنية المنطبقة على القضاة، وخاصة التصرفات المتنافية مع الحياد، فضلاً على مبادئ «بانغور» لسلوك الجهاز القضائي.

وأكدت المحكمة بصورة لا لبس فيها مساس هذا التقييد بحق المتقاضى في التجريح في أيّ قاض سبق منه معرفة قضيتّه عندما أوردت أنّ مقتضيات الفصلين 297 و298 من م ا ج «لا تحول دون رفع الإخلال المتصل بالنظام العام القضائي في حماية مبدأ حياد القاضي».

المبحث الثاني: في فقه قضاء الدوائر المنفردة

1. التنازع بين مبدأ حق المجتمع في تتبع الجريمة وقرينة البراءة من جهة والإحالة بالأحوط من جهة أخرى

1.1. منبج المادة التصديدية

المراجع (عدد القرار وتاريخه)	الخط / الحرية	الوقائع	القيود وسنده التشريعي	مدى المساس بجوهر الخط	التقييم في دولة ديمقراطية	موجب القيود	تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة/ التناسب
قرار تعقيبي عدد 24346	الخط في محاكمة	بيع كمية من التراص أدى استهلاكها إلى تعدد حالات الوفاة.	حق المجتمع في تتبع الجريمة: ملاءمة التتبع الممنوح للنيابة العمومية.	لا يس بجوهر المحاكمة العادية.	النتيجه ضروري في دولة ديمقراطية مدنية لأن الأصل في المواطن هو البراءة.	حماية الأمن العام المرتبط بالسلم الإجتماعي / حماية حقوق الغير (الانتقاضي)	الملاءمة: قياس العقلانية أو قدرة القيد على بلوغ الهدف المتصل بالمصاحبة العامة؛ هذا القيد غير قادر على بلوغ الهدف المتصل بحماية الأمن العام وحقوق الغير. الموازنة بين الحقين: الخط في محاكمة عادية وحق المجتمع في تتبع الجريمة (ملاءمة التتبع). الضرورة؛ أي اختيار الوسيلة الأقل تطلقاً. تجاوزت الحكمة هذا المنصر. التناسب بالمعنى الضيق: يقوم على المقارنة بين الكلفة بالنسبة للخط أو الحرية والفائدة بالنسبة إلى المصاحبة الحماية بالتانون. قرار الإحالة غير متناسب في مضمونه مع مقاصد واضح التانون من جهة ومع وقائع القضية من جهة أخرى.
25343 / 25344 / بتاريخ 19 نوفمبر 2021	عادية: قرينة البراءة						

2.1. الحيثيات

«حيث اقتضى الفصل 49 من دستور الجمهورية التونسية ما يلي: يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

وحيث أن ما يعرف بالإحالة بالأحوط غير المكرس قانونا لا يمكن بحال أن يخالف مبدأ التناسب كمبدأ دستوري صريح يتميز بالعلوية وكمبدأ أساسي من مبادئ القانون الجزائري.

وحيث أن مبدأ التناسب كمبدأ دستوري مثلها هو ملزم للمشرع عموما وللمشرع الجزائري خصوصا، فمن باب أولى أن يكون ملزما للقاضي الجزائري في مرحلتي الاتهام والحكم سواء بسواء.

وحيث أن هذه الإلزامية تصبح أكثر إلحاحا بعد استيفاء المرحلة الاستقرائية بما يستوجب معه أن يكون قرار الإحالة متناسبا في مضمونه مع مقاصد واضع القانون من جهة ومع وقائع القضية من جهة أخرى.

وحيث ترى هذه المحكمة أن الوقوف على مدى احترام مبدأ التناسب من طرف قاضي الاتهام رغم ما يتمتع به من سلطة تقديرية في تكييف الأفعال هو من صميم عملها الرقابي على حسن تطبيق القانون بما يحقق الموازنة المطلوبة بين طبيعة الفعل وخطورة التهمة.

وحيث تأسيسا على ما سلف، فإذا ما ظهر لمحكمة القانون أن قاضي الاتهام قد تعسف في تكييف الفعل موضوع تعهده كان لزاما عليها أن ترد الأمور إلى نصابها المعقول والمقبول قانونا.

وحيث أن الفصل 215 المنظم للجريمة الأصلية موضوع قرار الإحالة - رغم استمرار نفاذه قانونا - إلا أنه جاء في سياق تاريخي خاص جعله عمليا أقرب إلى النص المهجور الخالي من أية تطبيقات قضائية بما يستوجب أن يكون اعتماده مستجيبا للغاية التي وضع من أجلها لا أن يقع الالتجاء إليه خلافا لمقصد واضعه وعلّة سنه.

وحيث أن واقعة البيع السابق لمادة لا يمنع القانون تداولها من طرف من احترف بيعها في ظروف عادية وبصفة متواترة وفي ظل خلوّ ملف القضية من أي دليل على سوء نية بائعها لا يمكن بحال أن يكيف

اتهاما على أنه جريمة يمثل خطورة جريمة الثانية من الفصل 215 من المجلة الجزائية بما يكون معه بائع تلك المادة في نفس مرتبة مرتكب العنف الشديد الناجم عنه موت أو سائر الجرائم التي تصل عقوبتها إلى السجن المؤبد.

وحيث أن فداحة الضرر الحاصل لبعض مستهلكي المادة موضوع القضية وخاصة تعدد حالات الوفاة بينهم لا يمكن أن يكون سببا وسندا لتوسيع نطاق الاتهام ليشمل غير المعنيين بتلك الواقعة بالقصد الثابت أو بالفعل المباشر.

وحيث أنه ومع افتراض أن بيع تلك المادة يمثل جريمة وفعلا محظورا من جانب القوانين الاقتصادية المتعلقة بالمنافسة والأسعار ومسالك التوزيع فإن تلك الجريمة يجب أن تقدر بقدرها لا أن يسبغ عليها وصف قانوني يتجاوز إرادة واضع القانون ونطاق نص التجريم وطبيعة فعل المتهم ونيته وقدرته على التوقع.

وحيث يستخلص مما سلف بيانه أن ما انتهجته دائرة القرار المطعون فيه بخصوص تكييف الأفعال المنسوبة للمتهمين يمثل في ذات الوقت خرقا لمبدأ التناسب ولبدأ شخصية العقوبة المكرّسين على التوالي بموجب الفصلين 49 و28 من الدستور».

3.1. الملاحظات

جرى عمل النيابة العمومية عند تعهدها بالنظر في محاضر الأبحاث الواردة عليها من مأموري الضابطة العدلية (مراكز الشرطة والحرس) إلى إحالة المشتبه فيهم على المحكمة المختصة لمقاضاتهم لا فقط من أجل الجريمة أو الجرائم التي تراها ثابتة في حقهم، وإنما أيضا وعلى سبيل الحذر والاحتياط من أجل جريمة أو جرائم تبدو من ظاهر الوقائع حسب اجتهاد عضو النيابة العمومية أنها لا تستوفي الأركان القانونية. فبهذا تتناول محضر البحث الجزائي من كل جوانبه، وحتى لا تغلّ يد المجلس لاحقا تتجنب عادة النيابة العمومية حفظ بعض التهم في حق المتهمين. ويندرج هذا التوجه ضمن حرص النيابة العمومية على الدفاع على مصالح المجتمع وضمان احتمال إفلات المتهم من التتبع لأجل جريمة قد يكون اجتهاد أحد أعضاء النيابة بحفظها خاطئا.

وقد اعتبرت محكمة التّعقيب تأسيسا على أحكام الفصل 49 من الدستور أن الإحالة من النيابة العمومية بالأحوط مخالف لمبدأ التناسب كمبدأ دستوري يتميز بالعلوية. إذ لا يمكن أن يكون هذا التوجه غير المكرّس قانونا سببا وسندا لتوسيع نطاق الاتهام ليشمل غير المعنيين بالواقعة بالقصد الثابت أو بالفعل

المباشر، مؤكّدة أنّ قرار الإحالة يجب أن يكون «متناسبا في مضمونه مع مقاصد واضع القانون من جهة ومع وقائع القضية من جهة أخرى».

ما يلاحظ أنّ هذا القرار ولئن لم يُطبّق مبدأ التناسب وفق التمثي المنهجي الذي جاء به الفصل 49، فإنّ ما يُحسب له من جهة أولى إشارته إلى بعض عناصره (الموجب، الموازنة، المعقولة). ومن جهة ثانية تأكّيد صراحة على أنّ هذا الأخير يُخاطب القاضي أيضا. فهو إذا كان «ملزما للمشرع عموما وللشريع الجزائي خصوصا فن باب أولى أن يكون ملزما للقاضي الجزائي في مرحلتي الاتهام والحكم سواء بسواء». ومن جهة ثالثة تكريسه بكلّ وضوح لاختصاصه في مراقبة التناسب متى تبين أنّ محكمة الأصل قد تغاضت على ذلك والحال أنّ بالقضية ما يستوجب إعماله. ويمكن بالدفع بهذا التحليل، استخلاص أن محكمة التعقيب وكأنّها قد اعتبرت أنّ خرق مبدأ التناسب يُشكّل سببا من أسباب الطعن بالتعقيب يُضاف إلى الحالات المنصوص عليها قانونا⁵⁶.

2. الاحتفاظ والإيقاف التحفظي

يُعتبر سلب الحرية من أخطر الإجراءات السابقة لصدور الحكم القضائي البات. فهو يعرّض سمعة المتهم للتشويه، ولعانة مادية ومعنوية على جميع المستويات، (العائلية والمهنية والاجتماعية). كما أنه يتنافى مع قرينة براءة المتهم التي ينبغي أن يستفيد منها طالما لم يصدر في حقه حكم قضائي بات بالإدانة.

لكن قد يكون الحرمان من الحرية أحيانا أمرا ضروريا تحتمه حاجة قاهرة أضحّت عرضة للإهدار. وقد أكّد الفصل 13 مكرر م إ ج أنّ: «الاحتفاظ لا يكون إلا في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث». كما بيّن الفصل 84 من نفس المجلة أنّ: «الإيقاف التحفظي وسيلة استثنائية».

56 نصّ الفصل 258 من م إ ج على الحالات التي يجوز فيها الطعن بالتعقيب على وجه الحصر وهي: «الأحكام والقرارات الصادرة في الأصل نهائيا ولو تم تنفيذها وذلك بناء على عدم الاختصاص أو الإفراط في السلطة أو خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه». أما على المستوى المدني فقد حصر الفصل 175 من م م م ت بدوره أسباب الطعن بالتعقيب في الحالات التالية: «أولا: إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله. ثانيا: إذا كان الحكم صادرا فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته. ثالثا: إذا كان هناك إفراط في السلطة. رابعا: إذا لم تراعى في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط. خامسا: إذا كانت هناك أحكام نهائية متناقضة في نصها وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب. سادسا: إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم الاستثنائي في بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائيا أو كان نص الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة. سابعا: إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية بدون أن يقع تمثيله في القضية تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه».

ويصدر قرار الاحتفاظ بوصفه إجراءً احترازيًا من وكيل الجمهورية⁵⁷، أما الإيقاف التّحفظي باعتباره قيدًا على الحرية فيصدر من هيئات التحقيق⁵⁸ أو من الهيئات الحكيمة قبل إصدار الحكم⁵⁹. ويترج الاحتفاظ (2-1) والإيقاف التّحفظي (2-2) مسائل اختلفت الاتجاهات القضائية بخصوصها تتعلق خاصّة بالشكل وبالمدّة القصوى.

والملاحظ أنّ محكمة التعقيب قد سعت في كليهما إلى محاولة الموازنة بين الحرية وضمن عدم الإفلات من العقاب معتمدة في ذلك التّمثلي الذي أورده الفصل 49 من دستور 2014 والفصل 55 من دستور 2022 دون أن تُسمّيه.

57 الفصل 34 م إ ج بالنسبة لوكل الجمهورية، والفصل 13 مكرّم إ ج بالنسبة لأعوان الشرطة والحرس، والفصل 12 م إ ج بالنسبة لحاكم الناحية، والفصل 15 بالنسبة للعمدة.

58 الفصول 78 و80 و84 م إ ج لحاكم التحقيق، والفصل 117 م إ ج بالنسبة لدائرة الاتهام.

59 الفصل 206 م إ ج بالنسبة للإيقاف في مادة الجنح، الفصل 202 م إ ج بالنسبة للإيقاف في مادة المخالفات من طرف حاكم الناحية.

1.2 الاحتفاظ

1.1.2. قرار تعقيبي عدد 72461 بتاريخ 12 فيفري 2019 منبرج المادة التحفظية

المرجع (عدد القرار وتاريخه)	الخط / الحرية	الوقائع	التقييد	مصدر التقييد	ضرورة التقييد	المساس بجزهر الخط	موجب التقييد	تقدير التناسب
قرار تعقيبي عدد 72461 بتاريخ 12 فيفري 2019 العمومي	الحرية الذاتية	أذنت النيابة العمومية بالاحتفاظ بالمشتبه فيه بالتجارة في المشروبات الكحولية دون رخصة وذلك دون التضييع بمجلس الاحتفاظ على تاريخ بداية الاحتفاظ ونهايته.	قرار الاحتفاظ الصادر عن النيابة العمومية.	الفصل 13 مكرر من م 13	حماية الأمن العام	لا يتمس بجزهر الخط باصتباره إجراء ووقتياً ينتهي في أجل أقصاه ثلاثة أيام بالنسبة إلى الجنة وأربعة أيام بالنسبة إلى الجناية.	- حماية حقوق الغير - الأمن العام	اعتبرت محكمة التعقيب أن إبطال محكمة الاستئناف لاجراء ات التبع برمتها (بطلان مطلق) هو جزاء غير متناسب إذ يكفي القضاء بطلان الإجراء الخالف لا غير (بطلان نسبي) وقضت بالنقض والإحالة.

الحيثيات

«حيث اقتضى الفصل 13 مكرر جديد من مجلة الإجراءات الجزائية كيفما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عدد 5 لسنة 2016 في 16 فيفري 2016 على ما يلي: «... يجب أن يتضمن محضر البحث الذي يُحرره مأمور الضابطة العدلية التنصيصات التالية:

- تاريخ بداية الاحتفاظ ونهايته يوما وساعة.
- تاريخ بداية السماع ونهايته يوما وساعة.
- إمضاء مأمور الضابطة العدلية والمحتفظ به.
- إمضاء محامي المحتفظ به في صورة حضوره.

وتُبطل كل الأعمال المخالفة للإجراءات المشار إليها بهذا الفصل».

وحيث نص الفصل 199 من نفس المجلة على بطلان كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام والقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه.

وحيث نصّ الفصل 155 من نفس القانون على أن المحضر لا يعتمد كحجة إلا إذا كان من الوجهة الشكلية محررا طبق القانون وضمن به محرره ما سمعه أو ما شاهده شخصيا أثناء مباشرته لوظيفته، وتعد أقوال المتهم أو اعترافاته أو تصريحات الشهود باطلة إذا ثبت أنها صدرت نتيجة للتعذيب والإكراه.

وحيث يُستنتج من القراءة المتقاطعة للنصوص القانونية المذكورة أن المشرع التونسي لم يكرس نظاما قانونيا واضحا ومتكاملا للبطلان في مادة الإجراءات الجزائية على عكس التشريع المقارنة، فإنه لا خلاف كونه استبعد نظرية البطلان المطلق التي تؤدي إلى بطلان الدعوى برمتها، وتبنى نظرية البطلان النسبي أو المحدود التي يترتب عنها بطلان الإجراء المخالف للنص القانوني دون بطلان كامل إجراءات التتبع التي تأسست عليها الدعوى العمومية. ويستخلص ذلك بوضوح من خلال عبارة «يبطل العمل المخالف للإجراء المشار إليه» الواردة بالفصل 13 مكرر جديد المشار إليه، وخاصة من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 199 التي نصت على أن «الحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه»، وكذلك من خلال الفصل 155 المذكور الذي رتب على التعذيب والإكراه الذي يمارسه الباحث الابتدائي على المتهم أو الشاهد بطلان الاعترافات أو تصريحات الشهود لا غير واستثنى بقية الأعمال الأخرى كتصريحات المتضرر والمعاینات

والحجز والتفتيش والاختبارات والمكافآت والتسجيلات الإلكترونية وغيرها من وسائل الإثبات التي تظل ذات قيمة قانونية حرية بالاعتماد.

وحيث أنه ترتيباً على ذلك فإن ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من ترتيب البطلان الكلي على جميع إجراءات التتبع وعلى الدعوى الجزائية برمتها في تجاهل تام للنصوص القانونية المذكورة، وقضت بناءً على ذلك بترك سبيله لمجرد تسرب خطأ مادي لمخض الاحتفاظ تمثل في عدم التنصيص على نهاية تاريخ الاحتفاظ يوماً وساعة، تكون قد أبجفت بحق المجتمع في حمايته من الجريمة والتصدي لمركبها، ضرورة أنه لا خلاف في كون الإجراءات الجزائية ولئن كانت تهدف بصفة أساسية إلى حماية حقوق المتهم من التعسف بقصد ضمان حقه في محاكمة عادلة، فإنه يهدف كذلك إلى ضمان حق المجموعة في تأكيد سيادة القانون.

وحيث أنه علاوة على ذلك، فإنه يتضح من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه مجتمعة أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى التضييق من حالات البطلان نظراً لخطورتها على الأمن العام وذلك بإخضاع الإجراء المخالف للقاعدة القانونية إلى شرطين أساسيين:

• أولهما شرط جوهرية العيب.

La méconnaissance d'une formalité substantielle

• وثانيهما شرط حصول المضرّة لشخص المحتفظ به.

La condition d'un grief

بمعنى لزوم أن يكون الإجراء المختل قد مس قاعدة جوهرية تحمي مصلحة أساسية، كالاحتفاظ غير المأذون به قضائياً، أو الاحتفاظ الذي انبنى على تجاوز المدة القانونية القصوى، أو الذي احتوى على تعسف واضح بحق الدفاع، ضرورة أن أساس البطلان والفلسفة التشريعية التي يقوم عليها هي حماية مصلحة معينة. وبناءً على ذلك، فطالما انتفت الصبغة الجوهرية للعيب، وطالما لم يترتب عن الإخلال بالإجراء ضرر مباشر لحق المحتفظ به، فإن شروط الحكم بالبطلان تكون منعدمة.

وحيث يُستخلص من جميع ما سبق أن محكمة القرار المنتقد حينما استندت في حكمها ببطلان جميع إجراءات التتبع استناداً إلى قراءة سطحية لأحكام الفصل 13 مكرر ومعزولة عن بقية النصوص القانونية الأخرى تكون قد أساءت فهم القانون وعرضت قضاءها للنقض».

2.1.2. قرار تعقيبي جزائي عدد 14108 بتاريخ 30 نوفمبر 2020 منهج المادة التحديديّة

المرجع (عدد القرار وتاريخه)	الحق / الحرية	الوقائع	التقييد ومصدره التشريعي	مدى المساس ² بجوهر الحق	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	موجب التقييد	تقدير التناسب
قرار تعقيبي جزائي عدد 14108 بتاريخ 30 نوفمبر 2020	الحرية الدائمية	تسلم المتهم من الشاكين أموالا لتكوين وكالة أسفار مختصة في تنظيم رحلات لأداء مناسك العمرة، وقد تبين لهم بعد ذلك أن المشروع كاذب، وباستيفاء الأبحاث أحالت النيابة العمومية المتهم على الجلس الجناحي لمقاضاته من أجل التحصيل طبق الفصل 291 م ج.	- قرار الاحتفاظ الصادر عن النيابة العمومية وتمديد التنفيذ استنادا إلى الفصل 13 مكرر من م ج. - ما ينسب للمشتبه فيه هو من قبيل الخنث في حين أن النيابة العمومية مددت في أجل الاحتفاظ لمدة 48 ساعة والحال وأن الفصل 13 مكرر من م ج حدد مدة التنفيذ في مادة الخنث ب 24 ساعة فقط.	لا يس بجوهر الحق باعتبار أن الإجراء هو إجراء وقي.	ضمان نجاعة التبعاات الجزائية والحد من تواتر الجرائم	-حماية حقوق الغير -الأمن العام	اعتبرت محكمة التعقيب أن إبطال محكمة الاستئناف لإجراءات التبّيع برمتها (بطلان مطلق) هو جزاء غير متناسب إذ يكفي التضام ببطلان الإجراء المخالف لا غير (بطلان نسبي) وقضت بالتعص والإحالة.

الحيثيات

«حيث يتضح من خلال قراءة الفصول 13 مكرر جديد و155 و199 من مجلة الإجراءات الجزائية أن المشرع التونسي قد استبعد نظرية البطلان المطلق في مادة الإجراءات الجزائية التي تؤدي إلى بطلان الدعوى برمتها وتبنى نظرية البطلان النسبي أو المحدود الذي يترتب عنهما بطلان الإجراء المخالف للنص القانوني دون بطلان إجراءات التتبع التي تأسست عليها الدعوى العمومية.

وحيث وعلى فرض بطلان إجراءات الاحتفاظ بالمعقب الآن، فإن هذا البطلان لا يتعدى الإجراء المذكور ولا يمتد إلى جميع إجراءات التتبع وإلى الدعوى الجزائية برمتها».

3.1.2. الملاحظات

يُعدّ الاحتفاظ بإجراء قانونيا مقيدا للحرية تفتضيه ضرورة الأبحاث وحق المجتمع في التصدي للجريمة وحق المتضررين في تتبع المعتدين. فهناك إذن حسب الأستاذة كوثر دباش «رابط عقلائي بين هذا الإجراء الاحترازي والهدف منه المرتبط في النهاية بالضرورة. وبالتالي ليس المشكل في الإجراء نفسه الذي يحترم مبدأ الضرورة، وإنما في إحاطته بالضمانات من حيث تدقيق الحالات التي يتم فيها اللجوء إليه والمدة التي يجب أن تكون قصيرة لضمان سرعة التحقيق والرقابة القضائية للتأكد من شرعية الاحتفاظ»⁶⁰.

فمن المسلم به لدى الفقه أنّ تجسيم الضمانات المحيطة بالاحتفاظ تستدعي تطبيق منهج التناسب، إذ تهدف إجراءات الاحتفاظ إلى ضمان بقاء ذي الشبهة على ذمة العدالة أثناء طور البحث الأولي في إطار ضرورات البحث حسب ما ينص عليه الفصل 13 مكرر من المجلة الجزائية، من ذلك تفادي هروب المظنون فيه أو إتلافه للأدلة وبالتالي هو ضروري لمتابعة المجرمين والتوقي من انتهاكات الأمن العام، فهناك رابط عقلائي بين هذا الإجراء الاحترازي والهدف منه المرتبط في النهاية بالضرورة.

ويطرح هنا السؤال المتعلق بالوضعية التي يتأكد فيها للمحكمة خرق إحدى هذه الضمانات، أي أنّ إحدى إجراءات الاحتفاظ بمحضر باحث البداية قد انتهكت.

60 كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟ منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA)، ص. 208. في نفس الاتجاه: مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور، رقابة القاضي العدلي للتناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، مرجع سابق، ص. 82: «أحيانا يكون الحرمان من الحرية أمرا ضروريا تحتمه حاجة قاهرة تكون عرضة للإهدار إذا لم يقع حرمان الشخص من حريته، وقد يكون هذا في إطار إجراءات جزائية تفرض حرمان المظنون فيه من حريته لإجراء احترازي، سواء من طرف أعوان الضابط العدلية في صورة الاحتفاظ...».

فهل تمكن الخروقات الإجرائية للضمانات القانونية الممنوحة لذي الشبهة القاضي من استحضار منهج التناسب؟

لقد نص المشرع بالفصل 13 مكرر في نسخته الأصلية من مجلة الإجراءات الجزائية على إجراء الاحتفاظ بذي الشبهة وضبط شروطه وآجاله، ثم أعيد تنظيمه بموجب القانون عدد 5 لسنة 2016 المؤرخ في 16 فيفري 2016 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الإجراءات الجزائية، فتم النزول بمدة الاحتفاظ إلى يومين اثنين مع إمكانية التمديد ككليا في هذا الأجل مرة واحدة فقط لمدة أربعة وعشرين ساعة في مادة الجرح، وثمانية وأربعين ساعة في مادة الجنايات⁶¹. ويكون ذلك بمقتضى قرار معلل يتضمن الأسانيد القانونية والواقعية التي تبرره⁶².

ويترتب على مخالفة الإجراءات عموما جزاء البطلان. وتكمن الغاية من هذا الجزاء في حماية حقوق المشبوه فيهم وضمن محاكمة عادلة تسري منذ اللحظة الأولى للبحث وصولا إلى طور المحاكمة. وقد رتب المشرع جزاء البطلان عن كل عمل يكون فيه خرق للقواعد الإجرائية التي فرضها القانون حتى لا تبقى تلك القواعد مجرد ضمانات نظرية. فقد أكدت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن: «الإجراءات الجزائية تقوم على الشرعية الإجرائية والتي تقتضي أن يوفر المشرع للمحكوم عليه الضمانات الكافية في

61 ينص الفصل 13 مكرر (جديد): «في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث، وفي ما عدا ما وقع استثناءه بنص خاص، لا يجوز لمأموري الضابطة العدلية المبنيين بالعدد 3 و4 من الفصل 10 ولو في حالة التلبس بالجناية أو بالجنحة ولا لمأموري الضابطة العدلية من أعوان الديوانة في نطاق ما تحوله لهم مجلة الديوانة الاحتفاظ بذي الشبهة، إلا بعد أن يأذن لهم وكيل الجمهورية بذلك، ولمدة لا تتجاوز ثمانية وأربعين ساعة، ويتم الإذن بأي وسيلة تترك أثرا كليا. أما في المخالفات المتلبس بها فلا يجوز الاحتفاظ بذي الشبهة إلا المدة اللازمة لأخذ أقواله على ألا تتجاوز مدة الاحتفاظ أربعة وعشرين ساعة، وبعد أن يأذن لهم وكيل الجمهورية بذلك بأي وسيلة تترك أثرا كليا.

وعلى مأمور الضابطة العدلية بعد انقضاء المدة المذكورة عرض المحتفظ به مصحوبا بملف البحث على وكيل الجمهورية الذي يتوجب عليه سماعه حينها. ويمكن لوكيل الجمهورية التمديد ككليا في أجل الاحتفاظ مرة واحدة فقط لمدة أربعة وعشرين ساعة في مادة الجرح وثمانية وأربعين ساعة في مادة الجنايات، ويكون ذلك بمقتضى قرار معلل يتضمن الأسانيد القانونية والواقعية التي تبرره...»

62 هذا التنقيح رأى فيه البعض توجهها نحو تدعيم الحقوق والحريات على حساب التصدي للجريمة، وتضمن موجبات غير متماشية مع الواقع العملي. السؤال الذي تم طرحه هو التالي: هل يمكن استيفاء جميع الأبحاث التي تستوجب تدخل عدة أطراف وإجراء أعمال استقرائية عميقة للكشف عن ملابسات أحاطت بجناية خطيرة - قتل نفس بشرية عمدا مثلا - خلال هذه المدة الوجيزة، من إجراء تحاليل جينية، ورفع بصمات، وعينات من سواول المتهم، والسعي إلى إيقاف أشخاص خارج مرجع النظر الترابي أو الحصول على قائمة اتصالات هاتفية... إلخ؟ فالأجل الممنوح لباحث البداية حد من المدة الزمنية إلى أدناها، وجعله ملزما بالإسراع في أعماله حال أنه مرتبط شديد الارتباط بأجهزة وهيكل لا سلطان له وللنيابة العمومية عليها من حيث التسلسل الهرمي الإداري، وقد لا تكون مواكبة أيضا في سير أعمالها للجينية التي عليها أعمال الضابطة. جميع هذه المعطيات تجعل من هذه الآجال آجالا غير مدروسة وغير متلائمة مع البنية التحتية والوسائل المادية التي يحتكم عليها باحث البداية، ولا تحقق النتيجة المرجوة منها. وتترتب عنها عديد الاخلاطات الشكلية والتجاوزات المتعلقة سواء بالأجل أو بالحقوق المقررة لذي الشبهة.

مواجهة السلطة العامة خاصة منها ما تعلق بالاختصاص والظعن أمام أصناف المحاكم التي تتخذ القواعد المتعلقة بها شكل القوانين وجوبا»⁶³.

غير أنّ تعزيز وتطوير ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث يجب ألاّ تحدّ من نجاعة التتبعات الجزائية فتقلب إلى وسيلة تساعد على الإفلات من العدالة، كما يتعين ألاّ تُفضي إلى الحدّ من إمكانية أعمال القضاء لسلطته أو تعطيلها عند مباشرة الإجراءات في تعقب المجرمين.

وإنّ المتأمل في أحدث القرارات الصادرة عن محكمة القانون يلاحظ بحثاً عن المعادلة بين حرية الأفراد من جهة، وتقييدها بضرورات البحث وحقوق الغير والمجتمع من جهة أخرى. وقد انعكست تلك المعادلة على تذبذب في فقه القضاء تراوح بين التصريح بالبطان المطلق لكامل إجراءات التتبع لأبسط الإخلالات الشكّية التي قد تشوب محضر البحث، وبين البحث عن الموازنة من خلال حلّ البطان النسبي الذي يأخذ بعين الاعتبار في الآن ذاته حق المتهم في الحرية الذاتية وحق الغير والمجتمع في تتبعه وإيقافه.

وقد اهتمت عدّة قرارات تعقيبية إلى توقيع جزاء البطان النسبي استناداً إلى معادلة أجرتها بين الحقوق المتضاربة⁶⁴؛ أي باعتماد غير معلى لمنهج التناسب بالمفهوم الدستوري واستحضار مكثف لمفردات التناسب من خلال البحث عن الملاءمة وضرورة حماية المجتمع من الجريمة. فالبطان المطلق يرتب محو جريمة قد تكتسي خطورة بالغة على حقوق الأفراد وأمن المجتمع وإطلاق سراح المتهم والحيلولة دون تتبعه، لذلك يمكن البطان الجزئي من تفعيل منهج التناسب في اتجاهين: من جهة المتهم في توفير الضمانات القانونية، ومن جهة المجتمع في التصدي للجريمة والتوقي من الإفلات من العقاب. وقد استخدمت محكمة التعقيب في ذلك منهج التناسب في الاتجاهين دون أن تسميه:

63 قرار تعقيبي جزائي عدد 147 مؤرخ في 2000/6/1 صادر عن الدوائر المجتمعة، مجموع قرارات الدوائر المجتمعة 2000/1999 ص. 331.

64 استقرّ فقه قضاء محكمة التعقيب على هذا الحلّ. فإضافة إلى القرارين عدد 72461 وعدد 14108 الذين تمّ إخضاعهما إلى منبج المادّة التّحديدية، يمكن الإشارة كذلك إلى القرار التعقيبي عدد 74235 بتاريخ 27 مارس 2019، منشور في موقع محكمة التعقيب: «وحيث أنّ القضاء يترتب البطان المطلق على جميع إجراءات التتبع والدعوى الجزائية فيه استبعاد تام للنصوص القانونية المذكورة وقضاء بترك السبيل وهذا الأمر يعدّ إخفا بحق المجتمع في عدم حمايته من الجريمة وعدم عقاب مرتكبها فضلاً إلى أن إرادة المشرع هي التصديق من حالات البطان حماية للمجموعة وحفاظاً على الأمن العام ولزوم أن يكون الإجراء المختل يمس بقاعدة أساسية.

وحيث وترتيباً على ذلك فإنّ ما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد من ترتيب البطان الكلي على جميع إجراءات التتبع وعلى الدعوى الجزائية برمتها فيه إخفاف لحق المجتمع في حمايته من الجريمة والتصدي لمرتكبها»؛ أنظر أيضاً في نفس الاتجاه: قرار تعقيبي عدد 87678 بتاريخ 31 ديسمبر، 2019، منشور في الموقع: «وحيث تبين من أوراق الملف أنّ القرار المطعون فيه تأسس في قضائه ببطان إجراءات التتبع على مجرد خطأ بسيط تمثل في عدم تنصيب البنك على تاريخ عرض الشيك على الخلاص على ظهره والحال أنّ الخطأ المذكور لا يترتب عنه أي ضرر للمعقب ضده ولا ينجر عنه مساس بحقوقه الشرعية باعتبار أنّ تاريخ عرض الشيك على الخلاص مضمن بجميع الأوراق الأخرى ومنها بالخصوص شهادة عدم الدفع».

- فالإجراءات الجزائية «ولئن كانت تهدف بصفة أساسية إلى حماية حقوق المتهم من التعسف بقصد ضمان حقه في محاكمة عادلة» / التعرّض إلى الحقّ والموجب.
- فإنّها تضمن أيضا «حق المجموعة في تأكيد سيادة القانون» / التعرّض إلى الضرورة التي يقتضيها نظام ديمقراطيّ. أي حق المجتمع في حمايته من ظاهرة الجريمة وتفادي تواترها.
- وبالتالي فإنّ المحكمة بتركها سبيل المتهم «لمجرد تسرب خطأ مادي لمخضّر الاحتفاظ تمثل في عدم التنصيص على نهاية تاريخ الاحتفاظ يوما وساعة، تكون قد أجمفت بحق المجتمع في حمايته من الجريمة والتصدي لمرتكبها» / التعرّض إلى الضرورة الداخليّة.
- تأسيسا على ما تقدّم، اعتبرت المحكمة أنّ البطلان الكليّ لمخضّر الاحتفاظ يتجاوز ما هو ضروري لتحقيق غايته، لذلك فقد تبنت «نظرية البطلان النسبيّ أو المحدود التي يترتب عنها بطلان الإجراء المخالف للنص القانوني دون بطلان كامل إجراءات التتبع التي تأسست عليها الدعوى العمومية» / التعرّض إلى التناسب بالمعنى الضيق بين نوعي البطلان ومصالحتي المتهم والمجتمع. فالبطلان المطلق هو حلّ مبالغ فيه مقارنة بالهدف المراد حمايته. إذ أنّ إبطال كل إجراءات التتبع برمتها بطلانا مطلقا هو جزء غير متناسب ويكفي بالنسبة إليها القضاء ببطلان الإجراء المخالف لا غير أي بطلانا نسبيا.
- أكّدت إذن محكمة التعقيب على أنّ الجزاء ينبغي أن يبقى في حدود ما هو لازم وضروري لضمان نجاعة التتبع وحق المجتمع في تتبّع المجرمين؛ فلا يُمكن أن تُؤدّي الوسيلة المعتمدة (البطلان المطلق لكامل إجراءات التتبع) إلى إجحاف في حق المجتمع في متابعة المجرمين والتوقّي من انتهاكات الأمن العام، يجب ألا يقع المساس بجوهر هذا الحقّ، ومتى اقتضى الأمر ذلك فيجب حينئذ اختيار الحلّ الأقل وطأة (بطلان الإجراء المعيب فقط).
- ويعتبر موقف المحكمة تطبيقا سليما للفصل 49 من حيث المضمون، لكنها لم تعتمد تحليلا منهجيا يتوافق مع منهجية الفصل 49 من الدستور. إذ لم تُفصّل مراحل اختبار التناسب لتبرر موقفها واكتفت باستخدام عناصره دون ترتيب. غير أنّ ذلك لا يمنع من أنّ مثل هذه القرارات تحمل مؤشرات واعدة يمكن البناء عليها مستقبلا في كميّة التعليل.

2.2. الإيقاف التحفظي⁶⁵

1.2.2. منح المادة التصديدية

المرجع (عدد) القرارات التعميمية)	المرجع (عدد) القرارات التعميمية)	الوقائع	التقييم وسنده التشريعي	مدى المساس بجوهر الحق	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	مدى توفر المرجوب	تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة/ التناسب
الأصل الحرية والبقاء بجملة سراح عملاء بقرينة البراءة	الإيقاف التحفظي (الفصل 85 من م 14ج)	لا يمس بجوهر المحاكمة العادلة باعتبار أن الإجراء هو إجراء وقتي ينتهي بإتناء موجه.	التقييم العام -حماية حقوق الغير (المتضررين من الجريمة)	الضرورة لضمان نجاعة التباعدات الجزائية والحد من تواتر الجرائم.	من شأن هذا التدبير الوقي أن يُمكن من تحقيق غايته. -الضرورة: لا مفر منه لاستكمال الأبحاث التناسب: يجب ألا يكون الإجراء مبالغا فيه وَألا يتجاوز المدة اللازمة أَمَا لإتمام الأبحاث أو قبيلها بالبحث عن حلول أخرى أقل وطأة كحجوير السفر أو عدم مغادرة حدود ترابية معينة أو المنع من الظهور في أماكن معينة، أو تجريد الأموال وغيرها.		

65 لم يكن الإيقاف التحفظي قبل صدور القانون عدد 70 لسنة 1987 المؤرخ في 1987/11/26 عددا بأجل أو مدة وقد جاءه القانون المذكور لضبط مدة الإيقاف التحفظي بستة أشهر مع إمكانية التمديد فيها مرة واحدة بالنسبة للجنحة ومرة بالنسبة إلى الجناية على أن لا يتجاوز كل تمديد الستة أشهر فكانت المدة القصوى لنفوس بطاعة الإيداع التي يصدرها قاضي التحقيق صاحب الاختصاص الأصلي في إصدار بطاقات الإيداع سنة بالنسبة للجنحة وستة ونصف بالنسبة للجنايات، ثم وبمقتضى قانون عدد 114 المؤرخ في 1993/11/12 تم النزول بالمدة يجعل فترة تمديد الإيقاف بالنسبة للجنحة مرة واحدة بإثباته أشهر وفترة تمديد الإيقاف بالنسبة للجناية مرتين لا تزيد كل واحدة عن أربعة أشهر وأوجب المشرع أن يكون التمديد بمقتضى قرار معلل وهو قرار قابل للطعن فيه بالاستئناف أمام دائرة الاتهام وفقا لما اقتضته أحكام الفصل 85 من م 14ج وهذا الأجل يسري كذلك على دائرة الاتهام حين أضيفت للفترة قبل الأخيرة من الفصل 85 من م 14ج القانون عدد 75 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/12/11 والتي نصت على أنه لا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الاتهام بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق لمواصله بعض الأعمال التي تتمتعها جهة القضية للفصل تجاوز المدة القصوى للإيقاف التحفظي للمتهم الذي يتختم في هذه الحالة على قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام حسب الأحوال الإذن بالإفراج عنه مؤقتا دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير اللازمة بضمان حضوره، وهي تدابير داخلية في نطاق الموازنة بين التقييد من الحرية وضمان سلامة الأبحاث ويكون متناسبا طبقا للمنهج الاستعماري.

وكان المشرع قد تدخل قبل ذلك ليجب تعديل قرار الإيقاف التحفظي عندما أضاف بمقتضى القانون عدد 21 لسنة 2008 المؤرخ في 2008/3/4 إلى آخر الفقرة 2 من الفصل 85 من م 14ج العبارات التالية: «ويكون قرار الإيقاف التحفظي معطلا يتضمن الأسناد الواقعية والقانونية التي تبرره».

2.2.2. الحيثيات

قرار تعقيبي عدد 71468 بتاريخ 22 جوان 2018

«حيث أن الإيقاف التحفظي طبقا لما تضمنه الفصل 84 من مجلة الإجراءات الجزائية وسيلة استثنائية لا يمكن تفعيلها إلا عند توفر موجباتها وفي حدود ما ضبطه القانون من شروط.

وحيث أن أحكام الفصل 85 جاءت صريحة وواضحة فهي قد حددت أقصى مدة الإيقاف التحفظي ... وأنه بانقضائها فإن المتهم الموقوف تحفظيا يصبح في حالة سراح وجوبي.

وحيث أن أحكام الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية قد تضمنت أن الإفراج الوجوبي عن المظنون فيه لا يمنع من اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حضوره وهو ما يؤكد أن ضمان حضور المتهم لا يمكن أن يتم بعد استنفاد مدة الإيقاف التحفظي بنفس وسيلة الإيقاف التحفظي وإنما بوسائل بديلة مثل المنع من السفر أو غيرها من الوسائل».

قرار تعقيبي جزائي عدد 72835 بتاريخ 17 ماي 2018

«... وحيث أنه خلافا لمسألة اتجاه مطلب الإفراج من عدمه الذي يرجع لتقدير الوقائع وظروف وملابساتها القضية وخطورتها ومصصلحة سير العدالة وهي أمور أوكلمها القانون لاجتهاد قاضي الموضوع، فإن القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام بخصوص الإيقاف التحفظي ومدته، هي قرارات قضائية خاضعة لقواعد قانونية محددة قانونا ويجب الالتزام بمقتضياتها واحترامها للقول بصحتها وتأسيسا على ذلك، فإن القرارات الصادرة في هذا الشأن عن دائرة الاتهام. قابلة للطعن بالتعقيب وتنظر محكمة التعقيب فيها لمراقبة صحة تطبيق تلك القواعد القانونية وتطبيق النص القانوني على الجريمة المنسوبة لهمتهم ما دام الطعن مؤسسا على خرق النصوص القانونية طبقا لأحكام الفصل 258 من مجلة الإجراءات الجزائية.

وحيث تبين في قضية الحال وبالنسبة للمظنون فيه «ز.غ.» أنه تم الاحتفاظ به بداية من 2016/12/02 قبل أن يتم توجيه تهمة القتل العمد مع سابقة القصد والمشاركة في معركة له. وكانت دائرة الاتهام قد أصدرت قرارها القاضي بإحالة من أجل ما ذكر بتاريخ 2018/02/23 واتضح من خلال ذلك أن مدة الإيقاف التحفظي بخصوصه قد تجاوزت المدة القانونية القصوى المشار إليها آنفا وهو ما يعتبر إخلالا لقاعدة إجرائية أساسية تهم مصلحة المتهم الشرعية على معنى الفصل 199 من م.إ.ج.

وحيث تعين تأسيسا على ذلك، اعتبار قرار دائرة الاتهام باطلا بطلانا مطلقا خاصة وأن المشرع، وتكرسا لهذا المبدأ، أكد بالفقرة الخامسة من الفصل 85 من م إ ج على أنه: «... لا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الاتهام بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق لمواصلة بعض الأعمال التي تقتضيها تهيئة القضية للفصل تجاوز المدة القصوى للإيقاف التحفظي للمتهم الذي يحتم، في هذه الحالة، على قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام، حسب الأحوال، الإذن بالإفراج عنه مؤقتا دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير اللازمة بضمان حضوره». أي أنه وحتى في صورة إن ارتأت دائرة الاتهام إحالة الملف على قاضي التحقيق للقيام ببعض الأعمال الاستقرائية فإن مدة الإيقاف لا يجوز مطلقا أن تتجاوز ما تم تحديده قانونا وهو ما يتعين معه، وتأسيسا على كل ما سبق شرحه، نقض القرار المطعون فيه بصرف النظر عن وجاهة بقية المطاعن المثارة من عدمه ذلك أن الأمر يتعلق باحترام القواعد الإجرائية الأساسية التي تشكل حتما جزءا لا يتجزأ من القواعد المتصلة بالنظام العام».

و نجد نفس التوجه في عدة قرارات تعقيبية أخرى⁶⁶.

66 قرار عدد 86626 الصادر عن الدائرة 14 بتاريخ 2019/6/19 والذي جاء فيه:

« وحيث ثبت من جهة أخرى وعلاوة على الخروقات المشار إليها فقد اتضح أن محكمة القرار المنتقد خالفت أحكام الفصل 85 من م إ ج فيما تعلق بأجال الإيقاف التحفظي في خصوص المعقب المظنون فيه «ح س» فقد تبين بمراجعة أوراق الملف أن المعقب المذكور قد تجاوز مدة الإيقاف التحفظي المسموح بها قانونا طبق أحكام الفصل 85 من م إ ج ومحكمة القرار المنتقد تجاوزت عن هذا الإخلال رغم أهميته وعلاقته بالمدة القصوى للإيقاف التحفظي وعدم قيامه بإجراء التمديد في الأجل القانوني وأضحى قرارها خارقا لقاعدة إجرائية أساسية منصوص عليها بالفصل 85 المشار إليه ولها مساس بالنظام العام ومصصلحة المتهم الشرعية بما يجعل قرارها عرضة للنقض والإحالة .

وحيث لا جدال أن أحكام الفصل 199 من م إ ج تجد صداها عاليا في هذا الصدد في تفعيل قاعدة إبطال كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية واتجه اعتبار قرار إيقاف «ح س» باطلا ومخالفا للقانون مع الإذن بالإفراج عنه فورا ما لم يكن موقوفا على ذمة قضية أخرى.

لذا ولهذا الأسباب: قررت محكمة التعقيب قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية لمحكمة الاستئناف بجدوبة لإعادة النظر فيها من جديد بواسطة هيئة أخرى والإعفاء وإبطال قرار الإيقاف التحفظي الصادر في حق المظنون فيه «ح س» تفعيلاً لأحكام الفصل 85 من م إ ج والإذن بالإفراج عنه فورا ما لم يكن موقوفا على ذمة قضية أخرى».

قرار تعقيبي جزائي عدد 91214 بتاريخ 09 أوت 2019: «وحيث بخصوص مطلب الإفراج المقدم في حق المتهمه فان المدة القصوى للإيقاف التحفظي المنصوص عليها بالفصل 85 من م إ ج. قد انتهت في حقها وان بطاقة الإيداع الصادرة ضدها لم تعد تصلح لإبقائها بالسجن خاصة وأنه وفقا لما تم بيانه أعلاه فإن أقصى ما ينسب لها من تهم هي جنحة التحيل وتعين لذلك نقض بطاقة الإيداع المذكورة في حقها بدون إحالة».

وكذلك القرار التعقيبي عدد 86586 الصادر بتاريخ 2019/8/19 والذي جاء فيه:

« حيث يؤخذ من الفصل 85 من م إ ج أن المدة القصوى للإيقاف التحفظي هي أربعة عشر شهرا وأنه ابتداء هذه المدة يصبح المتهم بحالة سراح وجوبي ولا يجوز أن يستمر بعد انتهاء هذه المدة بحالة إيقاف ذلك أن هذا الإجراء لا سند قانوني له ولا يخوله القانون بأي وجه من الوجوه طالما أن القضية لا تزال في مرحلة البحث مثل قضية الحال وإن بطاقة الإيداع الصادرة ضد المتهم «س ش» قد انتهى مفعولها بانقضاء المدة المذكورة وتصبح لاغية ولا يمكن أن تنشئ أي اثر وبالتالي فإن بقاء المتهم بالسجن رغم تجاوز مدة الإيقاف التحفظي فيه مخالفة للفصل 85 المذكور ومخالفة لقاعدة من أوكد القواعد الكونية الأساسية وهي الحرية ولذلك فإن بطاقة الإيداع المذكورة لم تعد تصلح كسند لإبقاء المتهم بحالة إيقاف ووجوده في حالة من حالات السراح الوجوبي وتعين النقض في هذا الخصوص .

وحيث أن اعتبار بطاقة الإيداع الصادرة ضد المتهم منتبهة الصلاحية ولاغية لا يترك لمحكمة الإحالة أي شيء يستوجب النظر من جديد وبالتالي فإنه يتعين النقض في هذا الخصوص دون إحالة.

3.2.2. الملاحظات

تخضع إجراءات الإيقاف التحفظي إلى المبدأ الذي نصّ عليه الفصل 84 وهو أن: «الإيقاف التحفظي وسيلة استثنائية». وهذا يفيد أن السراح هو الأصل بالنسبة للمتهم والإيقاف هو الاستثناء. لذلك أخضع الفصل 85 من م إ ج اتخاذ هذا الإجراء إلى شروط صارمة وهي: «ظهور قرائن قوية تستلزم الإيقاف باعتباره وسيلة أمن يتلافى بها اقتراح جرائم جديدة أو ضمانا لتنفيذ العقوبة أو طريقة توفر سلامة سير البحث». فقرار إيقاف المتهم تحفظيا وإيداعه بالسجن قرار خطير لأنه يسمح بإيداع شخص يفترض أنه بريء في السجن⁶⁷. لذلك فإن مسألة مدة الإيداع تنفيذًا لقرار الإيقاف التحفظي لها أهمية بالغة.

وقد تضاربت القرارات التعقيبية في خصوص المدة القصوى لبقاء المتهم تحت مفعول قرار الإيقاف بين تلك التي:

- تُقرّ بالإفراج الوجوبي عن المتهم بعد استنفاد فترة الإيقاف المنصوص عليها قانونا مهما كان الطور المنشور فيه القضية⁶⁸.
 - تُضيق من نطاق فترة الإيقاف في الحالات التي تعيد فيها دائرة الاتهام القضية لقاضي التحقيق لاستكمال الأبحاث أو تدارك إخلالات دون أن تشمل بقيّة الأطوار⁶⁹.
- اعتبرت محكمة التعقيب في القرارين المشار إليهما أنّ الإيقاف التحفظي إجراءً استثنائيًا مقيدًا للحرية التي تمثل الأصل، وهو إجراء لا بدّ أن يكون ضروريًا تقتضيه مصلحة البحث في الجريمة. لكن لا يمكن أن يتواصل إلى ما لا نهاية آنذاك يمسّ من جوهر الحقّ.

لذا ولهذا الأسباب: قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه جزئيا بدون إحالة بخصوص بطاقة الإيداع الصادرة ضدّ المعقب واعتباره بحالة سراح وجوبي...».

67 تبقى البراءة مفترضة في المتهم إلى حين صدور حكم بات. إذ ينصّ الفصل 33 من دستور 2022: «المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته».

68 وهو الموقف الذي تبنته محكمة التعقيب في القرارين موضوع هذه الملاحظات.

69 أنظر على سبيل المثال القرار التعقيبي عدد 72835 بتاريخ 17 ماي 2017، منشور في الموقع: «حيث أنه وبخصوص ما أثاره لسان الدفاع من أن دائرة الاتهام خرقت أحكام الفصلين 85 و199 من م إ ج على اعتبار أن رفضها الإفراج عن المتهم يعارض مع مقتضيات الفصل 85 من م إ ج الذي حدّد الأجل الأقصى في الإيقاف التحفظي بأربعة عشر شهرا فإنه وخلافا ما وقع إثارته فإن مقتضيات الفصل 85 المشار إليه تضمنت أنه لا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الاتهام بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق مواصلة بعض الأعمال التي تقتضيتها تهيئة القضية للفصل المدة القصوى للإيقاف التحفظي للمتهم بما مؤداه أن إلزامية ووجوبية الإفراج عن المتهم تكون حال إحالة القضية على التحقيق مواصلة الأبحاث فيها حال استنفاد المدة القصوى للإيقاف التحفظي وأن مقتضيات الفصل المشار إليه لم تشمل صورة الإحالة على الدائرة الجنائية التي تبقى صاحبة الولاية عند تعهدا بالموضوع سواء في خصوص وضعية المتهم وفي موضوع الجريمة التي عهدها بها».

وترتيباً على ذلك، فإنه يتعين الإفراج عن المتهم لا إذا بلغت مدة الإيقاف أجلاً محدداً فحسب، وإنما خاصة قبل هذا الأجل إذا استوفى غايته؛ أي لم يعد هنالك خشية من عدم حضور المتهم أو من اقترافه جرائم جديدة كما لا مخافة منه على سلامة سير البحث. فيجب حينئذ البحث عن حلول أخرى متناسبة كتحتجير السفر وغيرها من الوسائل البديلة. وفي ذلك إعمال لاختبار التناسب سواء من حيث الملاءمة أو الضرورة والبحث عن حل متناسب.

فقد طبقت محكمة التعقيب، في هذا الشأن، جميع مراحل اختبار التناسب دون أن تُسميه. فجاء تطبيقها مفتقراً إلى الترتيب المنهجي الذي وضعه الفصل 49 من دستور 2014 الساري المفعول زمن صدور هذه القرارات. فقد كان من الممكن بالنسبة إليها، وقد دعت الحاجة إلى ذلك (الحد من الحقوق والحريات)، أن تؤسس أحكامها صراحة على المقتضيات الدستورية التي تمنحها مساراً عقلاً من شأنه أن يضع حداً لتضارب طال أمده في المواقف بين دوائر محكمة التعقيب نفسها:

- فالإيقاف التحفظي قيد على الحرية يقتضيه أي نظام ديمقراطيّ باعتباره يهدف إلى نجاعة التتبعات الجزائية وضرورة تفادي تواتر الجرائم. كما لا يمسّ من جوهر الحقّ لكونه إجراءً وقتياً ينتهي بانتهاء موجهه.

- فضلاً على ذلك يجب أن يكون متلائماً أي أن يكون قادراً على تحقيق غايته وهي حماية الأمن العام وأن يكون ضرورياً لتحقيق غايته لا أكثر. بمعنى أنه يقع التثبت من أن هذا الإجراء ضروري لحماية الهدف الذي وجد من أجله دون إفراط.

- إذا استوفى الإيقاف التحفظي هذه الشروط، فعلى حاكم التحقيق حينئذ العمل على أن يكون الإجراء متناسباً أي غير مبالغ فيه بالنظر إلى ملف القضية وطبيعة الأفعال الإجرامية ودرجة تعقدها وتعدد المتهمين من عدمه وطبيعة الأعمال الإستقرائية... وألا يتجاوز المدة اللازمة إتمام الأبحاث / أو قبلها بالبحث عن حلول أخرى أقل وطأة كتحتجير السفر أو عدم مغادرة حدود ترابية معينة أو المنع من الظهور في أماكن معينة أو تجميد الأموال وغيرها.

وقد أصلت محكمة التعقيب هذا الحلّ في أحد القرارات الهامة الصادرة عنها والتي نرى أنه من الوجهة التعرّض إلى ما جاء ببحثياته لما تحمله من تكريس للحقوق والحريات واستبطان لمنهجية فرض القيود عليها أثناء الفترة الإستقرائية من الأبحاث القضائية والتي يمكن أن تُمثّل بالنسبة إلى القاضي الجزائي البوصلة وخطّ السير الذي عليه انتهاجه: «حيث لا خلاف في أن الأصل في الإنسان الحرية والاستثناء سلبها أو

التقييد منها، لا العكس، ذلك أن الحرية هي من أهم حقوق الإنسان التي لا يجوز الانتقاص منها أو انتهاكها. وقد أجاز القانون، فقط في حدود ضيقة جدا، لجهات محددة الاحتفاظ بالإنسان أو إيقافه بقيود موضوعية وزمنية وضمانات يحظر تجاوزها.

وحيث وعملا بهذا المبدأ الذي أضخى عرفا دوليا استقر عليه الضمير الإنساني، تولت جل القوانين الدولية والإقليمية والتشريعات والوطنية تحديد وبيان ماهية الإيقاف وحدوده بنصوص صريحة تبرز بغاية الوضوح والدقة ضرورة تحديد مدته القصوى وشروطه في جميع صور التبع، على ألا تقبل هذه النصوص التأويل وعلى أن يترتب على الإخلال بمقتضياتها خرق القانون وعدم اعتماد ما ترتب عنها من آثار قانونية.

وحيث سائر المشرع التونسي هذا التوجه، إذ أقر مبدأ تحديد المدة القصوى للإيقاف التحفظي وكرّسه بالفصل 29 من دستور الجمهورية التونسية الذي نص صراحة على أنه "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 مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون". وقد استأنس المشرع التونسي في ذلك أيضا بما ورد من أحكام ومبادئ تضمنتها أغلب المعاهدات الدولية والإقليمية ذات العلاقة بحقوق الإنسان والتي صادقت عليها تونس وأصبحت بالتالي جزءا من تشريعها الوطني الواجب النفاذ، بل هي أعلى درجة من القوانين بمقتضى الفصل 20 من دستور 2014 (الفصل 74 من دستور 2022). وفي هذا السياق، نصت الفقرة الأولى من المادة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه "لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقا للإجراء المقرر فيه". وتضيف الفقرة 3 من المادة 9 ذاتها أنه: "يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية، سريعا، إلى أحد القضاة أو أحد الموظفين الخولين قانونا مباشرة وظائف قضائية، ويكون من حقه أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو أن يفرج عنه. ولا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات لكفالة حضورهم المحاكمة في أية مرحلة أخرى من مراحل الإجراءات القضائية، ولكفالة تنفيذ الحكم عند الاقتضاء". كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه: "لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله، وتأمرا بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني، وأنه لا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة". وهو ما يتماشى أيضا مع ما جاء بمجموعة المبادئ

المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن لسنة 1988. فضلا عما ورد بالمادة التاسعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أنه: "لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا". هذا بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 14 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان والتي أكدت على أنه: "لا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للأسباب والأحوال التي ينص عليها القانون سلفا وطبقا للإجراء المقرر فيه..... 5- يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية أمام أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانونا مباشرة وظائف قضائية، ويجب أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو يفرج عنه". وهذا أيضا ما أكدت عليه المادة السادسة من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي نص على أنه: "لكل فرد الحق في الحرية والأمن الشخصي ولا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للدوافع وفي حالات يحددها القانون سلفا، ولا يجوز بصفة خاصة القبض على أي شخص أو احتجازه تعسفا".

وحيث وانسجاما مع ما سبق، تضمن قانون الإجراءات الجزائية التونسي مجموعة من القواعد القانونية الجزائية التي تحدد كيفية التتبع والتحري في الجرائم والتحقيق في شأنها مع الجناة الذين تولوا ارتكابها وإيقافهم ليتسنى إحالتهم إلى المحاكم المختصة ومحاكمتهم وإصدار الأحكام في حقهم وتحديد طرق الطعن فيها وتنفيذها وهيئات القضاة المختصة بذلك. وهي قواعد أساسية لا يمكن الاستغناء عنها ويجب تطبيقها في جميع الوقائع الجرمية بالكيفية التي نظمها قانون الإجراءات الجزائية ولها الصبغة الإلزامية وفي صورة الإخلال بها يكون الإجراء مختلا ولا يترتب عليه أية آثار قانونية إجرائية باعتباره من بين الإجراءات الأساسية التي تهم النظام العام والمصلحة الشرعية للمتهم.

وحيث أن فصول مجلة الإجراءات الجزائية هي من القواعد الآمرة التي تهم النظام العام والغاية من سنّها هو ضمان نجاعة التتبعات الجزائية وحماية المجتمع من تواتر الجرائم، من جهة، وحماية الحريات العامة والفردية من جهة أخرى، ومن شأنها إرساء مبدأ الشرعية الإجرائية أي ممارسة السلطات، وتحقيق الضمانات التي يقرها القانون في الحدود التي أقرها المشرع والتي تؤسس لضمان المحاكمة العادلة.

وحيث أن البطلان في مادة الإجراءات الجزائية هو جزاء للإخلال بالقواعد الإجرائية وسنده يكمن في ضمان حقوق المتقاضين والمشبوه فيهم حتى يضمن لهم الحق في محاكمة عادلة تسري منذ بداية التتبع ثم الاستقراء وصولا إلى طور المحاكمة.

وحيث نص الفصل 199 من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه: " تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه".

وحيث يستخلص من الفصل المشار إليه أن المشرع التونسي فرض البطلان وعدم ترتيب أي أثر قانوني عند مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية ومصلحة المتهم الشرعية ومن ذلك مخالفة القواعد الإجرائية التي أرساها المشرع في خصوص مدة الإيقاف القصوى».

3. طرق التحري الخاصة 1.3. مبرج المادة التصديدية

المرجع (عدد القرارات التعقيدية)	المرجع (عدد القرارات التعقيدية)	الوقائع	التقييم وسنده التشريعي	مدى المساس بجوهر الحق	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	مدى توفر الوجوب	تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة/ التناسب
قرار تتبعي جزائي عدد 10006 بتاريخ 9 جوان 2020 ⁷⁰	حرمة الحياة الخاصة	الحصول على رشوة مقابل الإيهام بالتدخل في قضية منشورة.	قيد تشريعي: المشروع رخص استعمال تلك الطرق في التحري بخصوص جرائم محددة دون سواها. -الفصل 150 من م.ج وطرق التحري الخاصة الواردة بقانون مكافحة الإرهاب وفضيل الأموال. إذن وكيل الجمهورية بتاريخ 21 فيفري 2018 للدير إدارة العمليات الفنية بوزارة الداخلية اعتراضات الاتصالات رقم هاتف المتهم.	لا يتيسر التقييم بجوهر الحق لكونه محدود زمنياً ومكانياً. والاجتماع.	التقييم ضروري لنجاعة تتبع الجرائم والحد من تواترها وضمان سلامة الاجتماع.	-حماية الأمن العام -حماية حقوق الغير.	هل هناك إجراء آخر أقل انتهاكاً للحق وبفهم النجاعة؟ -التعدي على الحياة الخاصة يجب أن يكون في أضيق نطاق ممكن: يمكن الانتباه إلى وسائل إثبات أخرى كمهادنة الشهود والاختبارات ... هل هناك تناسب بين الهدف المنشود وخطورة التقييم؟ ليس هناك تناسب لأن إثبات الفصل ليس متوقفاً على الاعتراض على اتصالات المتهم. الإذن باعتراض اتصالات رقم هاتف المتهم تم قبل رفع الحصانة عليه وهو ما يجعل منه مخالفاً للمبدأ حماية القاضي ويال بالتالي من مصلحته الشرعية باعتبارها إحدى مكونات الحق في محاكمة عادلة.

70 انطلقت الأبحاث لشكائية تقدم بها مبلغ مفادها أن أحد القضاة عمد إلى الحصول على رشوة مقابل إيهامه بالتدخل في قضية منشورة بالحكمة الابتدائية، وقد فتح وكل الجمهورية بحثاً تحتفظياً بناءً على هذه الشكائية من أجل التحل باستعمال خصائص الوظيف واستغلال موظف عمومي ما له من نفوذ لقبول عملياً أو منافع طين الفصين 114 و 291 من م.ج. فانتفى القاضي التحققي بالتصديق المطلوب القضائي الاقتصادي والمالي إلى التصريح بقرار ختم البحث بقيام ما يكفي من التحقير على ارتكاب ذي النسبة لا ذك، وأحاله على دائرة الاتهام بحكمة الاستئناف بونس التي أبدت ما توصل إليه إليه قاضي التحقيق. وافق المتهم بقرار دائرة الاتهام وقد كانت من بين مطالعته هي بطلان الإذن الصادر من وكيل الجمهورية بتاريخ 21 فيفري 2018 للدير إدارة العمليات الفنية بوزارة الداخلية اعتراضات اتصالات رقم هاتفه.

2.3. الحيثيات

«حيث لا جدال في أنّ المشرع يهدف من وراء القاعدة الإجرائية إلى حماية الحقوق والحريات وهي المصلحة المحميّة بالبطان وفي الوقت نفسه حماية المصلحة العامة وهو الأمر الذي يستوجب إرساء التناسب المنطقي بين الحقوق والحريات التي تحميها القاعدة الإجرائية والمصلحة العامة المتوخاة من هذا الإجراء».

[...] وحيث أن غاية القواعد الجزائية الإجرائية تتمثل في إحداث التوازن بين ضرورة حماية أمن المجتمع وبين حماية حرية الأشخاص والمحاكمة العادلة».

3.3. الملاحظات

من بين الوسائل الحديثة المضيقة للحقوق والحريات، ما كرّسه المشرع التونسي من إمكانية الاعتماد على طرق التحري الخاصة. فقد مكّن القانون المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال قاضي التحقيق والمحكمة في حالات الخطر الملمّ وإن اقتضت الضرورة ذلك إجراء استنطاق المتهم وتلقي تصريحات من يريّان فائدة في سماعه باستعمال وسائل الاتصال السمعية البصرية الملائمة دون ضرورة لحضور المعني بالأمر شخصياً⁷¹.

ذلك أنّ أجهزة إنفاذ القانون تواجه تحديات هامة بسبب تطور أساليب عمل التنظيمات الإجرامية. فالطبيعة السرية والمعقدة للمؤامرات والأنشطة الإجرامية المنظمة التي استفادت من تقدم التكنولوجيات الحديثة حتمت اللجوء إلى أساليب تحقيق خاصة تضمن نجاعة التصدي للظاهرة الإجرامية من خلال القيام بتحريات دقيقة وذات جدوى. وقد تزامن ذلك مع المصادقة على القانون المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 07 أوت 2015⁷²، والذي نظم فيه المشرع لأول مرة ثلاث وسائل حديثة تحت عنوان «في طرق التحري الخاصة»، وهي اعتراض الاتصالات والاختراق والمراقبة السمعية البصرية⁷³.

71 الفصل 73 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسيل الأموال: «يمكن لقاضي التحقيق أو لرئيس المحكمة في حالات الخطر الملمّ وإن اقتضت الضرورة ذلك إجراء أعمال البحث أو الإذن بانعقاد الجلسة بغير مكانها المعتاد مع اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حق المتهم في الدفاع عن نفسه، ولهما أن يقررا استنطاق المتهم وتلقي تصريحات من يريّان فائدة في سماعه باستعمال وسائل الاتصال السمعية البصرية الملائمة دون ضرورة لحضور المعني بالأمر شخصياً».

72 القانون عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 07 أوت 2015، الرائد الرسمي عدد 63 المؤرخ في 7 أوت 2015، ص 2163 وما بعد.

73 تعرّض المشرع لتقنية اعتراض الاتصالات بالفصل 54 من القانون، وعرفها بكونها أعمال تنصّت أو اطلاع على محتوى الاتصالات ونسخها أو تسجيلها باستعمال وسائل فنية معينة، وأخضعها إلى شروط أصلية تتمثل في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث مع ما يثيره هذه العبارة من

والجدير بالملاحظة أنّ المشرّع كرّس هذه الطّرق بصورة صريحة بالنسبة لأربعة أنواع من الجرائم وهي جرائم الإرهاب وجرائم الاتجار بالأشخاص تطبيقاً للقانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافئته⁷⁴، والجرائم المتشعبة في إطار الأبحاث المخولة للقطب القضائي المالي بمقتضى القانون الأساسي عدد 77 المؤرخ في 6 ديسمبر 2016 المتعلق بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي الذي يختص بالبحث والتتبع والتحقيق والحكم في الجرائم الاقتصادية والمالية المتشعبة⁷⁵، وأخيراً جرائم غسل الأموال والجرائم المرتبطة بها.

وتطرح طرق التحري الخاصة عديد المخاطر المتمثلة خصوصاً في إمكانية المسّ من الحريات الفردية المضمونة دستورياً. إذ تُعدّ «حماية الحياة الخاصّة مركز الثقل في مجال الحريات الفردية طالما أنّ الحياة الخاصّة هي المجال الذي سيمارس فيه الفرد خصوصيّته وفردانيته»⁷⁶. ذلك أنّه لطرق التحري الخاصّة وخاصّة اعتراض الاتصالات والمراقبة السمعية البصرية خصائص اقتحامية للحياة الخاصّة للفرد في اتصالاته وفي حياته اليومية، يتجسّم ذلك خصوصاً في أسلوب المراقبة الإلكترونية الذي يهدّد خصوصية الأفراد. لذلك عادة ما تكون هذه الأساليب خاضعة لرقابة قضائية صارمة ولضوابط قانونية عديدة لمنع إساءة استخدامها.

ويمكن أن نذكر هنا بموقف المجلس الدستوري الفرنسي الذي شدّد على أنّه: «إذا كان بإمكان المشرّع إقرار تدابير تقصّي خاصّة لمعانة الجنايات والجنح ذات التّعقيد الخاص وجمع الأدلّة والإثباتات والبحث عن مرتكبها فيجب أن يتمّ القيام بهذه العمليّات في إطار احترام صلاحيات السّلطة القضائية، ضامنة للحريات الفردية وأن تكون تقييدات الحرية التي تضرّها على الحقوق المضمونة دستورياً ضرورية لكشف الحقيقة ومناسبة مع خطورة الجرائم وتعقيدها وألّا تحدث تمييزاً غير مبرّر»⁷⁷.

إشكالات مرتبطة بما يشوبها من غموض ومسحة شكلية تتمثل في اشتراط صدور إذن كتابي من وكيل جمهورية مختص، مع تحديد محتواه وتقييد مدتها بأربعة أشهر من تاريخ القرار قابلة للتמיד لفترة بنفس المدة بموجب قرار معلل. أما الاختراق سواء كان مباشراً أو رقمياً فيمكن تعريفه بكونه إجراء يتضمن الترخيص من قبل السلط القضائية لأعوان الضابطة العدلية لمدة زمنية محددة لمراقبة العناصر الإجرامية التي ترتكب الجرائم الخطيرة، وذلك بتقصص دور أحد الفاعلين الرئيسيين فيها قصد التوغّل داخلها لمعرفة أطرافها وجمع المعلومات عنها. وتتمثل المراقبة السمعية البصرية في وضع تقنيات بالأغراض الشخصية لذي الشبهة بأماكن أو محلات أو عربات خاصة أو عمومية لغاية التقاط ونقل وتسجيل كلامه وصوره بصفة سرية وتحديد أماكنه.

74 الرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ 12 أوت 2016، ص. 4084 وما بعد.

75 الرائد الرسمي عدد 104 بتاريخ 23 ديسمبر 2016، ص. 2852 وما بعد.

76 كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟ منشورات المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (International IDEA)، ص. 20، 2021.

77 قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتعلق بالسّجل الوطني للبصمات الجينية للأشخاص المحكوم عليهم من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في قائمة: Décision du Conseil constitutionnel français, 2010-25 QPC - 16 septembre 2010 - M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], considérant n°11.

وعلى هذا النهج، أكد المشرع التونسي على الصبغة الاستثنائية لطرق التحري الخاصة مكرّسا شرط الضرورة كمعيار تشريعي وحيد للجوء إليها ولكنه تغاضى - خلافا للتشريع الفرنسي⁷⁸ - عن شرطي الاحتياطية والتناسب. والمقصود بمعيار التناسب هو أن تخضع عملية اللجوء لطرق التحري الخاصة لشرط الملاءمة بين طبيعة الإجراء الاستقصائي وقدرته على البلوغ إلى معرفة الجناة وتحدي الأفعال الإجرامية المرتكبة من قبلهم بدقة بالنظر إلى طبيعة الجريمة أو الجرائم موضوع التتبع وخصوصيتها. ويشترط منحه التناسب تبرير اللجوء إلى طرق التحري الخاصة بعد استنفاد جميع الوسائل التقليدية الأقل وطأة وكلفة.

وبالرجوع تحديدا إلى القرار موضوع الدراسة، يتبين أنّ محكمة التعقيب قد أقرت إمكانية اللجوء إلى طرق التحري الخاصة حتى في غير الجرائم المنصوص عليها بقانون مكافحة الإرهاب والاتجار بالأشخاص لما قضت بإبطال هذا الإجراء لا لأنه استخدم في إحدى الجرائم التقليدية الواردة بالملحة الجزائية، وإنما لسبب آخر يتعلق بعدم الحصول على إذن مسبق من الهيكل المشرف على المتهم واعتبار الوسيلة المستخدمة وهي التنصت على المتهم كانت خطيرة وكان بالإمكان اللجوء إلى وسائل أخرى أقل خطورة وأكثر نجاعة. وارتكبت المحكمة تبعا لذلك على مبدأ حرية الإثبات في المادة الجزائية الذي جاءت به أحكام الفصل 150 من م.إ.ج. سندا لمشروعية استعمال جميع الوسائل سواء كانت حديثة أو كلاسيكية⁷⁹. وخلافا لذلك التوجه فقه القضائي، فإنه يتجه التنبيه إلى خطورة استخدام الوسائل التقنية والتكنولوجية الحديثة في تتبع المجرمين، والتي لا يمكن اللجوء إليها إلا بخصوص الجرائم التي خول المشرع للسلطة القضائية اعتماد ذلك الصنف من إجراءات التقصي والتحري وعلى أن يكون استعمال تلك الوسائل بما يتناسب مع خطورة الجرم وإثبات استنفاد طرق التحري التقليدية في تحصيل الأدلة المتعلقة ببعض الجرائم تحقيقا لنجاعة التتبعات الجزائية وضمانا لحقوق وحرمانا للأشخاص موضوع التتبع الجزائي.

78 محمد بوزويتينة، زاهة الدليل الجزائي، مداخلة أقيمت يوم 6 فيفري 2020 بسوسة في إطار ملتقى نظمته محكمة التعقيب حول توحيد فقه قضاء الإجراءات الجزائية (غير منشورة). «تضع بعض التشريعات المقارنة الآليات للرقابة على استعمال طرق التحري الخاصة ضمانا لاحترام الحقوق والحريات. ففي القانون الفرنسي مثلا، وبموجب تقنين مجلة الإجراءات الجزائية أنشئت مؤسسة قاضي الحريات والاحتفاظ. وقد كلف هذا القاضي الجالس بعديد المهام المتعلقة بالنظر في توفر شروط الاحتفاظ والسراح ضمانا لحقوقهم».

79 ينص الفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية على ما يلي: «يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» ويقضي الحاكم حسب وجدانه الخالص. أنظر تطبيقاً لذلك: قرار تعقبتي جزائي عدد 74974 بتاريخ 26 مارس 2019، منشور في موقع محكمة التعقيب: www.cassation.tn «حيث يفهم من الفصل 150 ما ج أن المشرع التونسي استبعد المذهب القانوني للإثبات في المادة الجزائية الذي يقوم على تحديد وسائل الإثبات وضبطها بمقتضى القانون. كما أسقط المبدأ العلمي الذي يجعل من الأدلة العلمية أساسا وحيدا للإثبات وتبنى المذهب النفسي الذي يمنح القاضي مطلق الحرية في تقدير الأدلة التي يطمئن إليها وجدانه دون أن يتقيد في استدلاله على ثبوت الجريمة أو نفيها بواسطة إثبات معينة ولم يستثن من ذلك إلا جريمة السباقة تحت تأثير حالة كحولية التي أوجب إثباتها بالاختبار الطبي وذلك بقيس نسبة الكحول في الدم».

يجد إذن إجراء اعتراض اتصالات المتهم، باعتباره قيّدا على حرمة الحياة الخاصّة، مصدره التشريعيّ في القراءة المتكاملة لنصّ الفصل 150 من م إ ج والفصول المنظّمة لطرق التحري الخاصّة الواردة بقانون مكافحة الإرهاب وغسيل الأموال.

واللافت أنّ محكمة التعقيب قد استخدمت تقريبا جميع عناصر الفصل 49 من الدّستور: التناسب المنطقي/ حماية الحقوق والحريات/ المصلحة المحمية/ المحاكمة العادلة/ التوازن بين ضرورة حماية أمن المجتمع وبين حماية حرية الأشخاص. وكان من الأفضل لو نصّصت المحكمة صراحة على الفصل 49 من الدّستور ممّا من شأنه إكساء قراراتها تأصيلا دستوريا. كما أنه كان يمكنها اعتماد مراحل اختبار التناسب وفق المنهجية التي يقوم عليها الفصل المذكور خاصّة وأنّ القضية قد تضمّنت معطيات واقعية وقانونية استدعت ذلك.

خلاصة القول، يظهر الفصل 49 قديم والفصل 55 جديد كضمانة مهمة بوصفه يمنح محكمة التعقيب آليّة للرقابة على استعمال هذه الوسائل لضمان عدم مساسها بحقوق الأفراد والحريات العامة من جهة أولى، وآليّة للموازنة بين ضرورة الكشف عن الجريمة وملاحقة مرتكبيها وضرورة احترام الضمانات الممنوحة للمتهم وخاصة حياته الخاصّة من جهة أخرى.

4. حرمة المسكن

قرار تعقيبي عدد 60585 بتاريخ 28 فيفري 2018
1.4. منبج المادة التحديدية

تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة / التناسب	مدى توفر الموجب	تقدير الضرورة في دولة ديمقراطية	مدى المساس بجوهر الحق	التقييد وسنده التشريعي	الوقائع	الحق / الحرية	المرجع (عديد القرارات التعقيبية)
هل هناك إجراء آخر أقل انتهاكا لحق وبنفس النجاعة؟ هل هناك تناسب بين المدف المنشود وخطورة التقييد؟ ليس هناك تناسب لعدم التوافق بين القيد (مداهمة وتفتيش المسكن ليلا) والمدف الذي من أجله قرر هو البحث عن وسائل إغاثات جريمة السرقة وليس جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية.	حماية حقوق الغير / الأمن العالم	التقييد ضروري لضمان نجاعة التبعاات الجزائية	لا يس التقييد بجوهر الحق	تفتيش محلات السكني طبق الفصل 93 من م ٢٠١٤ وما يليه.	تم الاذن بتفتيش في خصوص جريمة سرقة فتح استعمال ذلك للبحث في جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية.	حرمة الحياة الخاصة من خلال حرمة المسكن	قرار تعقيبي جرائي عدد 60585 بتاريخ 28 فيفري 2018

2.4. الحثيات

«حيث خلافا لما انتهى إليه الطاعن، فإن محكمة الموضوع أحسنت تطبيق القانون حين انتهت إلى النقض والقضاء مجددا ببطلان إجراءات التتبع لكون المداهمة التي تولى الباحث القيام بها بمحل المعقب ضدها إ.ب. زمن تلك الليلة على الساعة الثانية صباحا كانت متجافية وأحكام الفصل 24 من الدستور التي توجب حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن ذلك أن المداهمة ولئن كانت بإذن من النيابة العمومية فإن موضوع ذلك الإذن قد تعلق بخصوص البحث بشأن واقعة سرقة، ولم يكن بخصوص جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية وبالتالي فإن تلك الأبحاث قد شكلت انتهاكا لقرينة البراءة الدستورية وانتهاكا لحرمة المسكن وبذلك فإن ما انتهت إليه محكمة الموضوع يكون مكرسا لضرورة حماية الحياة الخاصة للأفراد كتكريس وجوب حماية حرمة المسكن على نحو مقتضيات أحكام الدستور، كما أنه لا يجوز تفتيش محلات السكنى إلا متى اقتضى الأمر ذلك عند الضرورة على معنى أحكام الفصول 93 وما يليه من م إ ج ومن ذلك أن منطوق الفصل 95 من ذات القانون لا يجيز إجراء التفتيش بمحلات السكنى وتوابعها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الثامنة مساء ما عدا صورة الجناية أو الجنحة المتلبس بها أو غير ذلك مما يسمح به القانون، ثم أن فضلا عما سلف بيانه، فإنه حتى في صورة وجود الإذن الكافي في الغرض، فإن التفتيش لا يكون إلا باصطحاب امرأة أمينة لتنفيذ عملية المداهمة والتفتيش ولذلك كله، فإن في غياب تلك المستوجبات يصبح التفتيش بالمسكن متجافيا والحقوق الشرعية للأفراد وماسا بالمصلحة الشرعية للمعقب ضدهما».

3.4. الملاحظات

كرست عديد القرارات التعقيبية نفس التمشي في حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن باعتماد منهج التناسب نورد على سبيل الذكر:

قرار تعقيبي عدد 81800 المؤرخ في 4 فيفري 2020⁸⁰

تمثلت وقائعه في أن أعوان الضابطة العدلية وتبعاً لمخبر بحث موضوعه بيع الخمر خلصة تحولوا إلى مستودع تابع لهم أين تم العثور على جهاز تلفاز مسطح نوع بلازما مستعمل تم حجزه وفتح بحث في الجنحة الديوانية المتعلقة بالشراء والمسك دون صك صحيح لبضاعة خاضعة لقاعدة إثبات المصدر.

الإشكال القانوني المطروح هو التالي: في صورة حجز أشياء لا تتعلق بالجريمة موضوع التحقيق، هل يجوز بمناسبة إجراء تفتيش في جريمة معينة حجز أشياء أخرى لا تتعلق بالجريمة الأولى بحجة أن حيازتها تشكل جريمة قائمة بذاتها أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى غير تلك التي استدعت أصالة القيام بالتفتيش؟

وقد استهلّت محكمة التعقيب قرارها بهذه الحثيات: « وحيث نص الفصل 27 من الدستور على أن المتهم بريء إلى أن ثبت إدانته.

وحيث تفتضي قرينة البراءة ألا يخضع المرء إلى أية أبحاث أو تحريات أو إجراءات تحفظية دون أن توجد قرائن أو مؤشرات على ارتكابه جريمة من الجرائم... وذلك منعا للجرائم الماثرة والاتهامات المفتعلة والمسقطه وحفاظا على نزاهة الإثبات وسلامة الإجراءات الجزائية».

الفصل الثاني

رقابة التناسب في القانون الجزائي الموضوعي

1. مدى جواز استبعاد نص قانوني (تجريبي) بتطبيق التناسب

1.1. قرار تعقيبي جزائي عدد 43355 بتاريخ 31 أكتوبر 2017

الوقائع: تقدّم الشاكية بشكاية ضدّ زوجها مفادها تعمدّه الاعتداء عليها بالعنف الجسدي واللفظي فخرجت من المنزل بمعية أبنائها ثم هدّدها بحرق أدبائها، وقد فعل ذلك بأن تولى حرق سجادة.

الإجراءات: إحالة المظنون فيه على الدائرة الجنائية لمقاضاته من أجل إضرام النار عمدا بمنقول طبق الفصول 307 من م ج.

قضت المحكمة ابتدائيا واستئنافيا بالإدانة، فتعقبه الطاعن وتمسك نائبه في أحد المطاعن بمخالفة الحكم لمبدأ التناسب الوارد بالفصل 49 من الدستور ضرورة أن محكمة الأصل قضت بالإدانة ولم تلتفت إلى حماية الأسرة واكتفت بالتطبيق الحرفي والضيق للنص الجزائي.

2.1. الحيثيات

«عن المطعن القائل بمخالفة القرار المنتقد لمبدأ التناسب الوارد بالفصل 49 من الدستور:

حيث خلافا لما تمسك به الطاعن فإن أحكام الفصلين 7 و49 من الدستور لا يمكن أن تقصي تطبيق أحكام المجلة الجزائية كلّها وقعت جريمة وإن كان مرتكبها فردا في أسرة بل أن حماية هذه الأخيرة من قبل الدولة وبجميع مؤسساتها لا يكون إلا بردع من يعتدي على حقوقها وأمنها ويرتكب في حقها أفعالا يجرّمها القانون الجزائري وهو ما يوجب ردّ هذا المطعن الذي لا يتّسم بالجدية».

3.1. الملاحظات

وجد الفصل 49 من دستور 2014 صدى في فقه القضاء. فقد تم التمسك به صراحة كأحد مطاعن الطعن بالتعقيب. ولئن خصصت محكمة التعقيب جوابا مستقلا عن المطعن المتعلق بمخالفة الحكم المطعون فيه لأحكام الفصل 49 من الدستور، غير أن تلك الإجابة تعكس عدم فهم المحكمة لمبدأ التناسب وأهميته بما يحمله من منهج وفكر يمكن الاحتكام إليه واستغلاله لتطوير طريقة معالجة النزاعات.

ذلك أنّ تطبيق مبدأ التناسب يُفضي بالضرورة إلى استبعاد تطبيق النص المذكور بالاستناد إلى وقائع القضية وتقدير الآثار المترتبة عن تطبيق القانون على وضعية الحال. وإذا ما أفضى ذلك التقدير إلى وجود آثار مشطّة على وضعية المتهم فإنه يتم استبعاد تطبيقه. لذلك فقد فوتت المحكمة الفرصة لإجراء عملية موازنة وترجيح بين حماية المجتمع، وأثر العقاب المزمع تسليطه على المتهم على حماية حقوق الأسرة وضمان توازنها واستمرارها بإعتباره أحد أفراد العائلة ورئيسها وبالنظر إلى ظروف وملابسات القضية بما في ذلك نية المتهم وطبيعة الأفعال ودرجة خطورتها.

ويكتسي هذا القرار أهمية لتناوله مباشرة للفصل 49 من الدستور⁸¹. ورغم التّطبيق المختلّ لمحكمة التعقيب للفصل المذكور، إلا أنّ الأمر يرتبط بمسألة أعمّ وهي وعي القاضي بالحقوق والحريات ومصادرها العليا وعلى رأسها الدستور. وهو ما ينفي المسلمات والتقاليد التي رسخت لعقود طويلة في ذهنية القاضي، وهي تقاليد تحصر أدوات عمله أساسا في المستوى التشريعي، وبالمقابل رفضت محكمة التعقيب إزاحة تطبيق نص جزائي تأسيسا على أحكام الفصل 49 من الدستور في وقائع القضية، إلا أن الدوائر المجتمعة توصلت لاحقا في القرار عدد 67068/67067 بتاريخ 21 نوفمبر 2019 إلى استبعاد

81 لا يوجد بالقرار تطبيق لاختبار التناسب لذلك لم يقع تحرير جدول بخصوصه وتبقى أهميته أساسا بيداغوجية.

تطبيق الفصلين 297 و 297 من م إ ج اللذين يحجران التجريح في أعضاء النيابة العمومية باعتبارهما ينالان من جوهر الحق في التقاضي، ونظرا لاعتبار النيابة العمومية جزء من القضاء العدلي.

2. الحق في ممارسة الشعائر الدينية

قرار تعقيبي عدد 49140 بتاريخ 17 نوفمبر 2017 وقرار تعقيبي عدد 49139 بتاريخ 17 نوفمبر 2017.⁸²

1.2. الحثيات

الوقائع: إثر الصلاة خطب المتهم في الحضور، ثم تمت تلاوة آيات قرآنية قام الجميع إثرها بأداء قسم خاص بحزب التحرير تضمن التبرؤ من الدستور فضلا على توزيع منشائر رافضة لمشروع «دستور التأسيس العلماني». (مشروع دستور 2014).

النص القانوني: ينص الفصل 31 من القانون عدد 4 المؤرخ في 1969/01/24: «كل تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح سواء كان ذلك بخطب تلقى عموما وبكثائب أو مطبوعات تعلق أو توزع يعاقب عليه بالسجن من شهر إلى سنة...».

«وحيث إن ممارسة الشعائر الدينية وتلاوة آيات قرآنية تعدّ من الحقوق اللصيقة بكيان الفرد وحرية الدينية ولا تحدّ ممارستها مكان ولا زمان بكونها مكفولة بأحكام الدستور والقانون».

2.2. الملاحظات

يتبين من وقائع القرار أنّ المحكمة أخطأت في تكييف الوقائع موضوع القضية. إذ لا يتعلق الأمر بممارسة شعائر دينية بل بممارسة نشاط سياسي (مناصرة حزب سياسي) ضمن فضاء مخصص لممارسة الشعائر الدينية. وتكمن أهمية هذا القرار في بيان المحكمة بأن ممارسة الشعائر الدينية تعدّ من قبيل الحقوق غير القابلة للتقييد. فهي حسب تعبير المحكمة: «ولا تحدّ ممارستها مكان ولا زمان» وذلك على النحو الذي خلص إليه فقه القضاء المقارن وخاصة الأوروبي منه. وي طرح هذا الصنف من الحقوق غير القابل للتقييد مدى جواز إخضاعها لأحكام الفصل 49.

82 لم يقع تحرير جدول بخصوص تلك القرارات باعتبارها تكرر حقوقا غير قابلة للتقييد وهو ما ينضوي في الأهمية النظرية لتلك القرارات واتصالها بأحكام التناسب دون خضوعها لتقييدات.

هناك شقّ من الفقه يعتبر أنّ هناك صنف من الحقوق والحريات الأساسية لا يمكن الحدّ منها وهي: حرية المعتقد والضمير (الفصل 6) والمساواة وعدم التمييز (الفصل 21) وكرامة الذات البشرية وحرمة الجسد (الفصل 23) وتنجير سحب الجنسية التونسية من أي مواطن أو تغريبه أو تسليمه (الفصل 25) وقرينة البراءة (الفصل 27) وشخصية العقوبة وشرعية الجرائم والعقوبات (الفصل 28) وحق كلّ سجين في معاملة إنسانية تحفظ كرامته (الفصل 30) وحرية الرأي والفكر (الفصل 30) والحقّ في محاكمة عادلة (الفصل 108)⁸³.

وقد اعتبرت الأستاذة كوثر دباش أنّ صنف الحقوق غير القابلة للتّحديد ترتبط بهرمية للحقوق والحريات استنتجها الفقه من تنصيصات دستورية ونصوص دولية وفقه قضاء دستوري ودولي⁸⁴، و«تؤسّس شئنا أم أينا لهرمية للحقوق [...] ربّ عليها فقه القضاء الدستوري آثارا فيما يتعلق بعلاقتها بالحقوق الأخرى «الأقلّ أهمية» عند البحث عن التوفيق بينها، وأسبغ عليها جانب من فقه القضاء الدستوري مرتبة «فوق-دستورية» كما أصّهلها فقه القضاء الدولي في القواعد الآمرة للقانون الدولي الملزمة للدول»⁸⁵.

83 سليم اللغماني، «الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014 في ثمانية أسئلة»، كتابات في السياسة والدستور على أثر الثورة، تونس، منشورات نيرفانا، 2020، ص. 108.

84 أنظر تفصيلا لذلك: كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟ مرجع سابق، ص. 72-74.

85 كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية: هل من قراءة أخرى؟ مرجع سابق، ص. 75. وتؤكد الكاتبة: «رغم هذا الحضور المكثف للحقوق الأساسية غير القابلة للتّحديد في الفقه والقانون الوضعي وفقه القضاء، فإنها تطرح مآزق بالجملة، فضلا عن التّباين في تعدادها بين مختلف المعاهدات وكذلك في الدراسات الفقهية كما رأينا، فإن الحقوق غير القابلة للتّحديد جزء من التّضخّم المفهومي المرتبط بالحقوق الأساسية مما يؤدي إلى انزلاقات وضبابية أكيدة، لأنّ الحقّ قد يصنّف مثلا في بعض المعاهدات في صنف الحقوق غير القابلة للتّقييد indérogeables أي لا يمكن أن يكون موضوع استثناء حتى أثناء وضعيات الأزمة وحالات الطوارئ دون أن يكون حقاً مطلقا droit absolu كالحقّ في الحياة لوجود استثناءات قد تطاله. ونضيف إلى ذلك الحقوق التي لا يمكن أن يطلها أي تغيير droits inaliénables والتي تخصّ مثلا حقوق الأشخاص المحميين بانفاقيات جنيف للقانون الدولي الإنساني حيث لا يمكن حرمانهم منها ولا يمكنهم التخلّي عنها طواعية، وكذلك المبادئ غير القابلة للفرق principes intransgressibles المتصلة بمبادئ القانون الدولي الإنساني المنطبقة أثناء النزاعات المسلّحة التي تكسب هذه الصّفة لصيغتها الأساسية في احترام الدّات البشرية. كما نجد أيضا إحالة للحقوق غير القابلة للانتقاص droits intangibles يستعملها الفقه للدلالة على 'نواة حقوق الإنسان' التي تشمل الحقوق غير القابلة للتّحديد المشتركة بين مختلف المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان وتشمل أربع حقوق وهي الحقّ في الحياة وحظر التعذيب وحظر العبودية والاسترقاق وعدم رجعية القوانين الجزائية، ونظرا للتداخل بين مختلف الأصناف، فإن الحدود بين المفاهيم التي تحيل إليها لا تبدو فاصلة إلى درجة كبيرة. صنف إلى ذلك المآزق الذي يطرحه صنف الحقوق غير القابلة للتّقييد بالنظر إلى فكرة الهرمية التي يجيل إليها والتي تخرق وحدة حقوق الإنسان وتربطها وكونيتها وعدم قابليتها للتجزئة والتي ترفض فكرة تجزئة حقوق الإنسان بحسب طبيعتها الأساسية من عدمها والسماح إذن بعدم احترام بعضها أحيانا. من ناحية أخرى، من غير الوجهه ربط الحقوق غير القابلة للتّقييد بفكرة ما فوق الدستورية 'غير القابلة للبناء منطقيا' فضلا عن خطورتها بالنسبة إلى النظام القانوني الديمقراطي الذي تكون فيه السيادة لسلطة أولى ومطلقة وعليها هي السلطة التأسيسية الأصلية».

الجزء الثاني

رقابة التناسب في المادة المدنية

تتكون محكمة التعقيب من عدة دوائر مدنية تختص في قضايا المدني العام والتجاري والشغلي والضمان الاجتماعي والعقاري والشخصي وغيرها. ويمكن من خلال القرارات التي اعتمدت منهج التناسب التمييز بين التطبيقات المتصلة بالعقود (فصل أول) وتلك المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية (فصل ثان) والحضانة (فصل ثالث).

الفصل الأوّل

تطبيقات رقابة التناسب في المادة التعاقدية

1. تقييم الحرية التعاقدية

قرار عدد 60069 بتاريخ 4 ديسمبر 2014 يتعلق بالحرية التعاقدية

1.1. منيج المادة التحديدية

المرجع (عدد القرارات التعقيبية)	الخطى / الحرية	الوقائع	التقييم وسنده التشريعي	مدى المساس ¹⁰ بجوهر الحق	موجب القيد	تقدير التناسب: الملازمة / الضرورة/ التناسب
قرار عدد 60069 بتاريخ 4 ديسمبر 2014	- حرية التعبير - حرية التعاقد	اتفاقية تمنح مساحة تجارية مع حرية النشر، فوجئت المدعية بنشر مقال على نفس الموقع الذي يتضمن المساحات الإخبارية المسداة لفائدتها تضمنت عبارات تشهير ومساس صارخ من سمعتها التجارية وثلبا لسمعتها وتشكيكا في نجاعة سياستها واختياراتها التجارية الى حد التفتؤ بتراجع وتفتقر مردوديتها ومكاتها في السوق المرجعية.	والمصادقات الدولية (الدستور والمصادق عليها) تقييدها بعدم المساس بالمقدسات وبالوثايت والمسلمات في الدين وعدم الاضرار بحقوق وحرريات الآخرين وعدم المساس بسمعتهم وتزاهتهم وشرفهم.	لا يمس من جوهر حق التعبير وبالتالي جواز منع الاشهار المضر بسمعة المقبية	حقوق الغير: اضرار الشركة المستشيرة صاحبة الموقع الإلكتروني النيل من سمعة معاقدها من خلال مضامين المقالات التي تتولى نشرها بذات الموقع.	البحث عن الحل الأنسب وعدم الاضرار بحقوق وحرريات الآخرين وعدم المساس بسمعتهم وتزاهتهم وشرفهم. الحل يكمن في استبعاد محكمة التعقيب للفصل 5 من الاتفاقية التي تجتمع العقيدة بالمعقبة ضدها واقرار امكانية تقييد حرية صاحب الموقع في اختيار ونشر المضامين بالموقع. ويعد اقرارا من قبل المحكمة بأن يسوغ فرض قيود على الحرية التعاقدية لا يجوز بحد العقد أو بالاستناد إلى التواعد الأمرة صلب التشريع والمعلقة بتأطير إبرام العقود وتنفيذها بل بالاستناد إلى مبدأ التناسب من خلال إجراء موازنة وتزجيج بين حرية التعبير، من جهة، وحماية حقوق الأخرين وحقتهم في حماية سمعتهم، من جهة أخرى.

2.1. الحيثيات

«حيث دفعت الطاعنة بأن ما تضمنه المقال الصادر عنها بتاريخ 2010/05/07 والذي تم نشره بموقعها الإلكتروني في نطاق اتفاقية بيع مساحات إخبارية المبرمة بينها وبين المعقب ضدها هو من قبيل التعبير عن الرأي ولا يتضمن بتاتا عبارات ثلب أو تشهير تجاه هذه الأخيرة على معنى أحكام قانون الصحافة وأن محكمة القرار المنتقد تكون قد جانبت الصواب لما استبعدت تطبيق الفصل الخامس من الاتفاقية معتبرة إياه تعسفيا على أساس أن الطاعنة قد حادت عن مبدأ حسن النية.

وحيث أن الإشكال المطروح يتمحور بصفة عامة حول حرية الرأي والتعبير مفهومها وضوابطها وبصفة خاصة الإشهار الإلكتروني مفهومه وضوابطه وحدوده سيما في ظل وجود اتفاقية مبرمة بين الطرفين تحد من إمكانية تدخل المتعاقد المستفيد من الإشهار في الخط التحريري للموقع الإلكتروني.

وحيث تعد حرية الرأي والتعبير من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية والوسيلة الأساسية من أجل تقدم المجتمع وهي المدخل الحقيقي لممارسة الكثير من الحريات والحقوق العامة الفكرية والثقافية وغيرها كحق النقد وحرية الصحافة والطباعة والنشر وحرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي وحرية مخاطبة السلطات العامة.

وحيث عرّف الفقه حرية الرأي والتعبير بكونها كفالة تتمتع كل إنسان بالحق في إبداء رأيه وتلقي المعلومات والأفكار دون تدخل من جانب الغير كما تم تعريفها بكونها حرية الإنسان في تكوين رأيه بناء على تفكيره الشخصي دون أن يكون في ذلك تابعا أو مقلدا لأحد أو خائفا من أحد وأن يكون له كل الحرية في إعلان هذا الرأي الذي تبناه بالأسلوب الذي يراه ويكون التعبير عن الرأي بالكلمة أو بالصورة أو بالرسم أو بالكاريكاتور.

وحيث أقرت معظم الاتفاقيات الدولية والديساتير والقوانين الوضعية في كافة المجتمعات حرية الرأي والتعبير واعتبرته حقا أساسيا للإنسان، فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المادة 9 منه على أنه «لكل إنسان الحق في حرية الرأي والتعبير وهذا الرأي يتضمن حرية اعتناق الآراء بدون تدخل وأن يلتمس ويتلقى وينقل المعلومات والأفكار من خلال أي وسيلة إعلامية بغض النظر عن الحدود السياسية.

وحيث نظم المشرع التونسي من جهته حرية الصحافة والطباعة والنشر من خلال المرسوم عدد 15 لسنة 2011 المؤرخ في 2011/11/02 الذي ألغى بموجب الفصل 79 منه مجلة الصحافة الصادرة بالقانون

عدد 32 لسنة 1975 وجميع النصوص اللاحقة المتممة والمنقحة له واقتضى هذا المرسوم بفضله الأول أن «الحق في حرية التعبير مضمون وبمارس وفقا لبنود العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبقية المواثيق الدولية ذات العلاقة المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية وأحكام هذا المرسوم.

ويشمل الحق في حرية التعبير حرية تداول ونشر وتلقي الأخبار والآراء والأفكار مهما كان نوعها.»

وحيث أقر المشرع التونسي هذا الحق كذلك صلب الدستور التونسي الجديد للجمهورية التونسية لسنة 2014 إذ نص بالفصل 13 منه على أن «حرية الرأي والفكر والتعبير والاعلام والنشر مضمونة ولا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات».

وحيث ولئن كان لكل قاعدة استثناءات ولكل حق قيود ولكل حرية حدود، فإنه يصعب القول بوجود ضوابط مفصلة ودقيقة لممارسة حرية الرأي بل أن هناك ضوابط عامة تستند إليها تشريعات كافة الدول مثل عدم المساس بالمقدسات وبالثوابت والمسلمات في الدين وعدم الإضرار بحقوق وحرريات الآخرين وعدم المساس بسمعتهم ونزاهتهم وشرفهم. فحرية الشخص تقف عندما تبدأ حريات الآخرين أي بمعنى آخر لا يجوز أن تفقد حرية التعبير والصحافة معناها وقيمتها النبيلة وتتحول الصحافة ووسائل الإعلام عموما إلى مجال للمهاترات والمزايدات الكلامية بلا رقيب فتنتهك الأخلاق والقيم وتتعرض المصالح الاقتصادية إلى كل ضروب التهديد.

وحيث وفي نفس الإطار، أفرز التطور التكنولوجي الحديث في جميع أنحاء العالم تقنية الإشهار الإلكتروني عبر مواقع الواب في شكل إعلانات موجهة للعموم. ويعد إعلانا إشهاريا العمل الذي يتوجه بواسطته معلن إلى العموم عن طريق المستندات الإشهارية سواء مباشرة أو بواسطة عون إشهار للتعريف بمؤسسته ومنتجاته قصد تنمية مبيعاته أو خدماته، كما يعتبر إشهارا تجاريا كل عملية اتصال تهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى تنمية منتجات أو إسداء خدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المعتمدة.

وحيث لا جدال أن الاتفاقية سند الدعوى المبرمة بين طرفي النزاع تدرج في هذا السياق، إذ التزمت المعقبة من خلالها ببيع مساحات إشهارية عبر موقعها الإلكتروني لفائدة المعقب ضدها قصد التعريف بمنتجات وخدمات هاته الأخيرة وذلك مقابل مبالغ مالية سنوية تتقاضاها المعقبة من المعقب ضدها.

وحيث انحصر النزاع في مدى مشروعية وإلزامية البند الخامس من الاتفاقية للمتعاقدن الذي أقر مبدأ عدم جواز تدخل المعقب ضدها في محتوى ما يتم نشره من قبل المعقبة من مقالات وفيما يتعلق عموما بالخط التحريري للمجلة الالكترونية التابعة لها.

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه أنه ولئن كان العقد شريعة الطرفين إلا أن ذلك لا يمكن أن يكون ذريعة ومدعاة للتعسف في استعمال بنوده للإضرار بمصالح المتعاقد وبشكل يتنافى مع موضوع العقد ذاته.

وقد كانت على صواب في ذلك باعتبار أن المتعاقدين ملزمون بأداء التزاماتهما عن حسن نية وطبق واجب الوفاء والأمانة ولا يسوغ بالتالي للطاعنة حاليا الاعتداد بالفصل الخامس من الاتفاقية تجاه المعقب ضدها التي أوفت من جهتها بالتزاماتها لتنشر ما تشاء من المقالات التي قد تضر بسمعة ومصصلحة المعقب ضدها لأن ذلك يتعارض مع الالتزام الذي تعهدت به والمتمثل في خدمات الإشهار. فإلزام البند الخامس صلب الاتفاق يجعل العقد خاليا من السبب بالنسبة للمعقب ضدها.

وحيث ثبت من أوراق الملف أن المقال الذي نشرته المعقبة عبر موقعها الإلكتروني عوض أن يبرز منتج المعقب ضدها للمستهلك في صورة مثلى جلبا للحرفاء وترويجا للخدمات المسداة طبق ما اقتضته الاتفاقية فقد تضمن عبارات ومعاني من شأنها التأثير سلبا على الحرفاء وإبراز تفوق الشركات المنافسة على حساب التقليل من شأن المعقب ضدها وإبراز تراجع مكانتها في السوق وتردي خدماتها وفشل سياستها التجارية والترويجية إلى حد رميها بالانهيار والتلاشي وهو ما يشكل ضررا لهذه الأخيرة يتمثل في المس من سمعتها ومصالحها ومصداقيتها إزاء حرفائها.

وحيث ذهب بعض شراح القانون إلى حد اعتبار أنه لا يشترط في أن تكون الأخبار المنشورة صحيحة أو خاطئة بل يكفي أن تكون مما يضر بالغير كلكم التي تمس ببعض الجوانب الخاصة.

وحيث وخلافا لما ورد بهذا المطعن، فإن محكمة البداية ومن بعدها محكمة الحكم المطعون فيه قد أحسنت تطبيق القانون وفهم محتوى الاتفاقية وعلت قضاءها تعليلا سليما مستساغا استنادا إلى إخلال المعقبة بالتزاماتها التعاقدية والحياد عن مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات وكان بذلك قرارها المنتقد بمنأى عن النقض وتعين لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب أصلا.

3.1. الملاحظات

يكتسي القرار المذكور أهمية بالغة في تقييد حرية التعبير من خلال منع نشر مقالات من شأنها الإضرار بسمعة الشركة المبرمة لعقد استنثار بالموقع الإلكتروني للمستشيرة من شأنها النيل من سمعة معاقدتها من خلال مضامين المقالات التي تتولى نشرها بذات الموقع.

وتفيد وقائع القضية كيفما أوردتها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الأصل (المعقب ضدها الآن) لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضة بواسطة نائبا أنها أبرمت مع الشركة المطلوبة اتفاقية بيع مساحة إخبارية مسجلة بتاريخ 2009/04/28 التزمت بموجبها هذه الأخيرة بتقديم خدمات إخبارية لفائدة المدعية عبر موقعها الإلكتروني www.africanmanager.com وذلك مقابل مبالغ مالية سنوية تتقاضاها من المدّعية. فأوفت المدعية بجميع التزاماتها إزاء المطلوبة إلا أنها فوجئت بقيام هذه الأخيرة بنشر مقال على نفس الموقع الذي يتضمن المساحات الإخبارية المسداة للمدعية تضمنت عبارات تشهير ومساس صارخ من سمعتها التجارية وثلبا لمسيرتها وتشكيكا في نجاعة سياستها واختياراتها التجارية إلى حد التنبؤ بتراجع وتقهقر مردوديتها ومكانتها في السوق المرجعية بل إلى حد التنبؤ بصيرورتها نحو التلاشي والانهيار وهو ما يتضح من عنوان المقال المذكور «من يخلص المزود العمومي والتاريخي اتصالات تونس من التلاشي»، كما أنه ومن بين هذه العبارات «اتصالات تونس وبعد زمن حب الملوك اعتصرت كالبرتقالة» و«الانهيار المحقق لشركة اتصالات تونس» و«التراجع المستمر لحصصها في السوق التي باتت كالثلج تحت أشعة الشمس» و«تزييف التداعي». وتجدر الإشارة إلى أن المقال المذكور والذي تمت معانيته بواسطة محضر المعاينة المحرر من قبل عدل التنفيذ تضمن محتوى متنافيا ومتناقضا مع مضمون وأهداف إتفاقية الإشهار الرابطة بين الطرفين والتي يتمثل هدفها في الثناء على منتج المدعية وربط الصلة بينها وبين حرفائها والتعريف بخدماتها واستقطاب حفاء جدد عبر موقع المطلوبة الإلكتروني بغاية دعم مكانتها التجارية ومقدرتها التسويقية والتنافسية. إذ عمد المقال المذكور إلى تنفير وإقناع الحرفاء وزوار الموقع بتقهقر مكانة الشركة المدعية وسمعتها وتردي خدماتها لفائدة شركات منافسة تولى المقال الرفع من قيمتها والإعلاء من شأنها ومدح خدماتها والتأكيد على حيازتها مكانة مرموقة في السوق على حساب تلاشي مكانة المدعية المزعوم، فتولت المدعية التنبيه على المطلوبة باعتزامها فسخ اتفاقية الإشهار الرابطة بينهما بسبب ما تضمنه المقال المذكور من مساس بسمعتها ومصالحها ومصداقيتها إزاء حرفائها، فما كان من المطلوبة إلا أن تمسكت بحرية الصحافة وبفحوى البند الخامس من الاتفاقية الذي نص على عدم تدخل المستفيد من الخدمات الإخبارية للمطلوبة في مضمون المقالات المنشورة على موقعها الإلكتروني، وأن هذه الدفعات مردودة باعتبار أن حرية الصحافة محدودة بضوابط يملها القانون المؤطر لمهنة الصحافة وتمليها أخلاقيات المهنة. ويخلص من ذلك أن العبارات والمعاني الواردة بالمقال المذكور تعد من قبيل الثلب والتشهير Diffamation موضوع الفصل 50 من مجلة الصحافة، وأن البند الخامس من الاتفاقية الرابطة بين الطرفين والتي تمثل عقد إذعان باعتبارها من قبيل العقود النموذجية

يعد بندا تعسفيا طالما أولته المطالبة بشكل يسوغ لها القيام بما يتنافى بل ويتناقض تماما مع موضوع العقد ومضمونه.

قُضي ابتداءً واستئنافية بفسخ اتفاقية بيع الفضاء الإشعاعي والتعويض لفائدة المدعية عن الأضرار والمصاريف، وبرفض التعقيب أصلا واستبعاد محكمة التعقيب للفصل 5 من الاتفاقية التي تجمع المعقبة بالمعقب ضدها وإقرار إمكانية تقييد حرية صاحب الموقع في اختيار ونشر المضامين بالموقع. وهو ما يعد إقرارا من المحكمة بأنه يسوغ فرض قيود على الحرية التعاقدية لا بموجب بنود العقد أو بالاستناد إلى القواعد الآمرة صلب التشريع والمتعلقة بتأطير إبرام العقود وتنفيذها بل بالاستناد إلى مبدأ التناسب من خلال إجراء موازنة وترجيح بين عناصر متصادمة وهي حرية التعبير، من جهة، وحماية حقوق الآخرين وحقهم في حماية سمعتهم، من جهة أخرى.

وقد تميّز القرار المذكور باستخدام مكثف لعناصر التناسب ومفرداته وتكريس غير معلن للفصل 49 من الدستور واستحضار صريح لمنهج التناسب. فقد أكد على حرية التعبير وأهميتها وإمكانية التقييد فيها والحد منها بموجب نصوص قانونية تحمي حقوق الغير الاعتبارية والاقتصادية، والبحث عن الملاءمة بين الحقوق المتصادمة تحقيقا لضرورة حماية الحقوق والحريات وصولا إلى التناسب في صياغة حلول تحمي الحرية وتحد منها في آن واحد. فحرية الشخص تقف عند ما تبدأ حريات الآخرين، ولا يجوز المساس بسمعتهم ونزاهتهم وشرفهم. أي بمعنى آخر لا يجوز أن تفقد حرية التعبير والصحافة معناها وقيمتها النبيلة وتتحول الصحافة ووسائل الإعلام عموما إلى ميدان للانتهاكات والمزايدات بلا رقيب، فتهدر الأخلاق والقيم وتتعرض المصالح الاقتصادية إلى كل ضروب التهديد.

2. تعديل الفائدة المشططة

قرار عدد 82353 بتاريخ 10 جوان 2021 تعديل الفائدة المشططة، استعمال عبارات «التناسب»، «التوازن»:

1.2. منبج المادة التحديدية

المرجع (عديد القرارات التعقيبية)	الحق / الطريقة	الوقائع	التقييم وسنده التشريعي	مدى المساس ^١ بجوهر الحق	موجب القيد	تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة / التناسب
قرار عدد 82353 بتاريخ 10 جوان 2020	حق الدائن استيفاء كامل دينه: أصلا وفاضلا (الفصل 242 م 1 ع)	تقدمت المعقبة الآن لدى المحكمة الابتدائية بالقبوروان بطلب الائتفاع بالتسوية القضائية نظرا لكونها تمر بصعوبات مالية نتيجة تجزؤها عن الوفاء بدينها للتدهور رقم معاملاتنا وتراكم ديونها.	تعديل الفوائد المشططة. الفصول 243 و278 من م 1 ع.	لا يمس من جوهر حق الدائن في دينه.	حقوق الغير	البحث عن الحل الأنسب من خلال تعديل الفوائد المشططة دون إلغاء الدين تحقيقا للتوازن ووصولاً لحل متناسب.

2.2. الحثيات

«حيث تعلق المطعن منذ الطور الموضوعي بمناقشة الفائض القانوني الذي تم تقريره في خلاص الدين الراجع للقباضة المالية، فقد تم احتسابه بنسبة 9٪ على خلاف النسب المعتمدة لباقي الدائنين.

وحيث يعدّ تكييف الفوائض مسألة قانونية مطروحة يمكن لمحكمة التعقيب تسليط رقابتها عليها وتعديل الفوائض تبعا لذلك باعتبارها من الشروط التفرعية التي يجوز للقاضي تعديلها بما يتناسب مع الغاية من تكريسها وحتى لا تكون تلك النسب المعتمدة مكلفة على المدين سيما وأن تنفيذها مستمر في الزمن، وأن تنفيذ تلك النسبة في الفترة التي تمر فيها المؤسسة بصعوبات لا يتناسب مع الخدمات التي وفرها الدائن للمدين سيما وأن توظيفها هو حث للمدين على الإيفاء بالتزاماته ولا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من إجراء ما لها من حق الرقابة على النسبة المفروضة بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصلين 243 و278 م إ ع على قاعدة أنّ القراءة المتكاملة للفصلين 242 و243 م إ ع تبين أن المشرع التونسي لم يقص تماما إمكانية تدخل القاضي بمراجعة التزام أحد طرفيه متى يثبت أنه كان مرهقا ومجحفا بحقوقه أو أنه لم يعد مواكبا ومتماشيا مع الظروف العامة ضرورة أن المبدأ يفترض إمكانية تدخل المحكمة لإيجاد توازن بين الالتزامات المحمولة على المؤسسة المدنية الخاضعة للتسوية والتي تبحث عن مساعدة دائنيها وحتى لا يتم إرهابها بفوائض مشطية ولا يكون المجال لتعسف الدائن.

وحيث أن محكمة القرار المنتقد لم تمارس سلطتها التقديرية في مراجعة نسبة الفوائض المحددة بـ9٪ ولم تناقشها أو تبدي رأيها فيها رغم الدفع بذلك بما أوردت حكمها ضعفا في التسبب موجبا للنقض من هذه الناحية وتعين لذلك نقض القرار المطعون فيه فيما يتعلق بتسمية الدائن بنك الأمان كمرقب تنفيذ وفيما تعلق بنسبة الفائض القانوني المرتب على دين القباضة المالية».

3.2. الملاحظات

يثير هذا القرار الاهتمام لوجود استحضار مكثف لمفردات التوازن والتناسب وربط المسألة بمصالح المتدخلين. إذ أن تعديل الفوائض المشطية يندرج في إطار التقييد التشريعي لحق الدائن في استيفاء دينه، وهو قيد وارد بالفصلين 243 و278 م إ ع وذلك في إطار ضرورة البحث عن التناسب والتوازن بين حق الدائن في استخلاص دينه وحث المدين على خلاصه. ويشكل البحث عن الحل الأنسب من خلال تعديل الفوائض المشطية دون إلغاء الدين ضرورة تقتضيها حماية حقوق المتدخلين تحقيقا للتوازن ووصولاً لحل متناسب.

ولئن بدا أن محكمة التعقيب قد خلطت بين الفائض التعاقدية المحدد ضمن عقد القرض بين الدائن والمدين سواء كان ثابتاً أو متغيراً من جهة، وبين الفوائض القانونية التي توظف على المدين في صورة تأخره عن سداد القرض أو جزء منه وفقاً لبنود عقد القرض والذي يعد شرطاً تعريماً، والذي يهدف إلى حث المدين على الإيفاء بالتزاماته في الآجال القانونية المحددة وليس مقابل استهلاك المال وإرجاعه على أقساط وخلال مدة محددة من جهة أخرى، فإن مسألة الفوائض المشطة وتعديلها (I) بما يحقق التوازن بين المتعاقدين والتناسب في تنفيذ الالتزامات وتمييزها عن الشرط التعريفي (II) تستحق تأصيلاً نظرياً لربطها مع أحكام الفصل 55 من الدستور ومنهج التناسب.

I.

يقصد بالفائض أو الفائدة⁸⁶، ما يستحقه صاحب رأس المال مقابل انتفاع معاقده بالمبالغ الموضوعة على ذمته في مدة زمنية معينة⁸⁷. فهو تعويض عن الخسارة التي ستلحق الأول جزاء حرمان نفسه من استغلال ماله طيلة مدة القرض. أو هو ما يستحقه الدائن أجراً عن المدة التي يبقى فيها رأس المال تحت تصرف المدين بمعنى أنه معلوم كراء المال⁸⁸.

وككل مؤسسة قانونية، تناول المشرع «الفوائض» بالتأطير واعتمد نظرية توفيقية في بيانه للنظام القانوني للفوائض⁸⁹. فبعد أن أجاز نسبياً التعامل بالفوائض تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وضع حدوداً لنسبة الفوائض التي لا يجوز بأي حال تجاوزها. وتعتبر معايير الشطط الأساس القانوني لقيام جزاء الفائض «الربوي» أو الفائض المشط.

إذ يسعى المشرع دائماً إلى تحقيق العدالة التعاقدية وحماية الطرف الضعيف في العقد. ذلك أن من أوكد واجباته الحذر من ممارسات من تخول لهم أنفسهم استعمال ما لهم من ثروة لاستغلال من دفعتهم

86 تجدر الإشارة أن المشرع التونسي، بمقتضى مشروع مجلة الالتزامات والعقود المقترح اقصر على استعمال مصطلح «فائدة» للدلالة على الفائض. إلا أن مجلة الالتزامات والعقود في شكلها النهائي، تضمنت للدلالة على الفائض المصطلحين «فائدة» و«فائض» واستعملتهما تديلاً على نفس المعنى صلب أحكام الفصل 1102 منها.

87 مالك الغزواني، الفوائض في القانون التونسي بين التحديد والتحرير، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، المعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 2000/1999، ص 1.

F. DERRIDA, «Intérêts des capitaux», *Encyclopédie Dalloz Civil, Intérêts*, n° 1973.

88

89 رؤى حولي، نظام الفوائض في القانون التونسي، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، جويلية 2022.

الحاجة إلى الاقتراض⁹⁰. ويعتبر الفصل 1103⁹¹ من مجلة الالتزامات والعقود تطبيقاً خاصاً لنظرية الاستغلال⁹² المكرسة في القانون الألماني في الفقرة 2 من الفصل 138 من المجلة المدنية⁹³، أو ما يصطلح على تسميته بالإكراه الاقتصادي الذي تدخل القاضي لضبط المعايير والعناصر التي تمكن من اعتبار الضغط الاقتصادي إكراهاً. ويتولى قاضي الموضوع ضبط الحدود الفاصلة بين حالة الضرورة ومجرد الحاجة الاقتصادية، وبين الفوائد المشطة والفوائد المعقولة، وبين الاستغلال المرادف للتعسف الاقتصادي والاستعمال العادي لوضعية القوة التي يتمتع بها المعاهد⁹⁴.

ويمكن للقاضي أن يتوخى منح التناسب بالمفهوم الدستوري لردّ الإكراه الاقتصادي أو تدارك بطلان العقد، وهو ما برز من خلال القرار التعقيبي أعلاه. فالحق في تنفيذ الالتزامات التعاقدية على معنى الفصل

90 مالك الغزواني، الفواض في القانون التونسي بين التحديد والتحرير، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، المعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 2000/1999، ص 7؛ أنظر كذلك: بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر (صحة العقد والاستقرار التعاقدية)، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، الطبعة الأولى، مارس 2017، ص 122؛ عبد المنعم فرج الصدة، الاستغلال كسبب لإبطال العقد، جامعة بيروت العربية، 1974، ص 6.

91 نص الفصل 1103 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه: «يعاقب كل من اغتتم اضطراب غيره أو ضعف إدراكه أو عدم معرفته بالأحوال فأقرضه مالا أو جدد له أجلا بفائض وغيره من المنافع التي تتجاوز القدر المعتاد بقيمة الخدمة المسداة حسب الأماكن وظروف الأحوال بمقدار معتبر يطالب لدى المحاكم الجزائية...»

ولا ترتبط مقتضيات الفصل 1103 من مجلة الالتزامات والعقود فقط بسعر الفائدة وإنما كذلك بالوضعية الخاصة بالمدين عند التعاقد ومدى إدراكه ومعرفته بموضوع المعاملة وما له من مصالح، كحداولة لمعالجة عدم تكافؤ الالتزامات المتبادلة عموماً وشطط الفائدة على وجه الخصوص من زاوية أكثر موضوعية وواقعية، حيث لا يقدر الشطط من الناحية الاقتصادية المجردة فقط، بل يأخذ بعين الاعتبار المعطيات الذاتية الخاصة بكل وضعية بما في ذلك حالة الضعف التي يكون عليها المقترض تجاه المقرض أو المستهلك إزاء المحترف والقيمة الشخصية محل الالتزام في اعتبار المعاهد. أنظر: مروى الحاج حسين، الفوائد المشطة في العقود الخاصة، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير بحث في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، 2013-2014، ص 15.

92 يقوم عيب الاستغلال على استفادة المعاهد المستغلّ قصداً من حرج أو ضعف أو قلة خبرة أو تهور المستغلّ للحصول على منافع ومكاسب لا تتناسب بصفة مشطة مع قيمة ما تحصل عليه هذا الأخير بموجب العقد، ويحق له تبعاً لذلك طلب رفع الغبن عنه.

93 L'art 138 du code civil Allemand dispose : « Un acte juridique qui est contraire aux bonnes mœurs est nul. En particulier, un acte par lequel quelqu'un en exploitant, la nécessité, la légèreté, ou l'inexpérience d'autrui, se fait promettre ou conférer, pour une prestation, des avantages pécuniaires qui excèdent à tel point la valeur de la prestation qui, suivant les circonstances, ces avantages pécuniaires se trouvent en disproportion flagrante avec cette prestation ».

94 يراجع في هذا الإطار:

Cass. 1er civ., 30 mai 2000, JCP, G., 2000, I; D. 2001, p. 1140; Cass. civ., 1er jav. 2002, Kannas c/ Bordas, Bull. civ., I, n° 108 ; D., 2002, p. 1860, note Gridel et 1862, note Chazal, D. 2002, somm., p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; H.L., (J.) MAZEAUD et (F.) CHABAS, *Leçon de droit civil. Les obligations*, T. 2, vol I, Montchrestien, 1991, n° 203 ; (L.) BELMONTI, article précité, p. 19 ; (L.) LEVENEUR, « La contrainte économique permet-elle d'annuler un contrat ? », *Contrats Concurrence Consommation*, 2000, n° 10, p. 18; R. SECNAZI, « Nullité d'une transaction : la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion », note sous cass. 1er civ., 30 mai 2000, JCP, 2001, *Entreprise et Affaires*, n° 13, p. 572.

242 من م ا ع يقابله الحق في التنفيذ مع تمام الأمانة الذي يصطبغ بمسحة أخلاقية ويرتبط بمبادئ حسن النية والإنصاف والشراكة في التعامل التي بلورها المشرع بعدد النصوص القانونية والمختزلة بالفصل 243 م ا ع⁹⁵، والتي تسمح للقاضي باعتماد منهج التناسب، وهو ما مكن قاضي التعقيب من الحط من الفوائض المشطة المتفق عليها بين طرفي العقد من خلال إقرار حلول تعديلية واستبعاد المعايير الذاتية، ومعالجة الخلل الذي يعتري العقد باعتماد العامل الحسابي واتباع طريقة التخفيض على ما هو متفق عليه عندما يكون فوق الحد الأقصى أو الترفيع فيه كلما كان دون الحد الأدنى وهو تمثي يتلاءم مع اختبار التناسب⁹⁶.

.II.

وأما بالنسبة للبند التغريبي⁹⁷، فهو الشرط الذي يقدر بمقتضاه المتعاقدون زمن التعاقد مبلغا جزافيا لتعويض الخسارة المتوقعة في صورة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد أو التأخير فيه. وقد تخلى المشرع التونسي عن وضع نظام خاص بالشرط التغريبي رغم إدراجه في مشروع صانتيلانا⁹⁸. وتم تبرير تخل المشرع عن تنظيم الشرط التغريبي بمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية باعتباره من قبيل الربا. وهو حل لا ينسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي رفعت عن الناس الضرر والضرار وأوجبت عليهم الوفاء بالعقود، فهو ليس مصدرا للربح وإنما يكتسي طابعا تعويظيا⁹⁹. وقد تبناه المشرع المغربي صراحة بتاريخ 11 أوت 1995 محورا أحكام الفصل 264 من الظهير بتكئين القاضي من التخفيض في مبلغ التعويض كلما كان مشطا أو الزيادة فيه كلما كان تافها¹⁰⁰. وتدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون 10 فيفري 2016 لإعادة صياغة تنظيم قانوني جديد للبند التغريبي يتماشى مع تطور المفهوم الاقتصادي

95 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Paris, 1989, n°6, p.12

96 J. PERRIN, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, Thèse, Paris 2005, p.290.

97 يراجع بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مرجع سابق، ص. 377 وما بعد.

98 المشروع الأول مؤرخ سنة 1897 مكن بفصله 223، القاضي من تعديل الشرط التغريبي بتخفيضه في صورة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، وهو نفس الحل المنصوص عليه بالفصل 342 من مشروع 1899.

99 فائزة العوني، القاضي وتعديل الشرط التغريبي، رسالة ماجستير قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2004-2005، ص. 6.

M. HASEN, « La circulation du code tunisien des obligations et des contrats au Maroc », in *Livre du centenaire du 100 code des obligations et des contrats*, p.p. 519 et s.

للعقد¹⁰¹. فقد سبق أن مكّن القاضي من تعديل البنود التفرعية بالفصل 1152 فقرة 2 من المجلة المدنية بعد أن عرّفها بالفصل 1226 استناداً إلى معيار التعادل في الالتزامات، أقر بالفصل 1171 جديد فلسفة متطورة لإرساء توازن تعاقدى يبنى على التصدي لتبعات التبعية الاقتصادية، وهي فلسفة مستوحاة من فقه القضاء الذي عجز على سحب قوانين حماية المستهلك على العلاقات التعاقدية العامة ثم انبرى يبحث عن آليات قانونية للحدّ من آثار البنود المجحفة خصوصاً في عقود الإذعان استناداً إلى تفعيل مفهوم حسن النية والتصدي للإكراه الاقتصادي¹⁰².

وقد رفضت محكمة التعقيب التونسية بدواؤها المجتمعة في 28 أبريل 1975 تعديل الشرط التفرعي بالتخفيض وبالزيادة مستندة إلى الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد المكرس بالفصل 242 م إ ع «... حيث جرى عمل المتعاقدين في نطاق حرية الاتفاقات أن يضبطوا علاقتهم فيما يتوقعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالالتزام أو تأخير الوفاء به ويعينوا مقدارا مالياً مسبقاً يتفقون عليه يسمى شرطاً تفرعياً... وحيث أن هذا النوع من الشروط لا يهيم النظام العام ولا يخلّ بالأخلاق الحميدة ولم يخالف القانون فصار واجب الإتيان وليس للمحكمة أن تتدخل بالزيادة أو التخفيض في المبلغ المتفق عليه»¹⁰³.

وقد تمت القطيعة مع تلك الحلول القضائية بصدور قرار محكمة التعقيب بتاريخ 28 أبريل 1994 والذي خلصت فيه إلى أنه «ولئن كان الشرط الجزائي خاضعاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد تنفيذاً

L'article 1171 nouveau dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif¹⁰¹ entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à » la prestation ».

Dans son commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, article précité, n° I II, p.14 ; M. MIGNOT écrit que : Le texte concerne tout contrat conclu à titre onéreux (art.1107), à condition qu'il soit d'adhésion (al.1er). On sait qu'un tel contrat est défini par référence à un critère formel peu satisfaisant. La jurisprudence pourra soit prendre ce critère au sérieux malgré son évidente imperfection, soit revenir à des conditions de fond liées à la force économique respective des contractants. Compte tenu de cette importante réserve liée à la nature du contrat et des règles existantes, le texte à un champ d'application très limité. En effet, il ne peut concerner que les contrats conclus entre une partie forte et une partie faible ».

Th. LE BARS, « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libertés », D. 10 mars 2016, 102 n°10, p.p. 578 et s.

Pour une illustration récente, V.com.10 mars 2015, n°13627.993, RTD civ.2015.378, obs. H. Barboer, spéc.379 et Civ.3°, 21 mai 2008.1619 ; RTD Com.2008.610, obs. D. Legeais ; RTD 2008. 1167, obs. J-S. BORGHETTI ; 24 sept. 2008, n°07-13.989, D.2008 .2497.

103 قرار الدوائر المجتمعة عدد 7919 مؤرخ في 28 أبريل 1975، م ق ت 1976، الجزء 2، 1976، ص. 166، تعليق فتحية المشيشي (باللغة الفرنسية).

لمقتضيات الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود، إلا أن هذا لا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من إجراء ما لها من حق المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التقيص فيه أو الإبقاء عليه عند الاقتضاء أو إلغائه بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصل 278 من نفسها المجلة تحقيقاً لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل»¹⁰⁴. وهو ما يفضي إلى تنسيب مبدأ سلطان الإرادة ويوفق بين مقتضيات الحرية التعاقدية الواردة بالفصل 242 من م إ ع وسلطة القاضي في ممارسة رقابة على شطط البند المجحف، ومسيرة للموجة الاستهلاكية «الحديثة» التي تتجه نحو إرساء توازن في العلاقات التعاقدية المتسمة بانعدام التكافؤ في المراكز الاقتصادية انطلاقاً من الدور الاجتماعي لرسالة القاضي¹⁰⁵. فمن واجب قاضي الموضوع، حسب عبارات محكمة التعقيب، تعديل الغرامة اليومية الناتجة عن التأخير، كلما تراءى له أن تقديرها فيه إجحاف وحييف، وأن الضرر الذي حصل لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه كما يحدث ذلك أن يكون المدين مرغماً على الالتزام حتى لا يضيع عنه فرص العمل، وقد يحدث أيضاً أن يعتقد المدين أنه قادر على الوفاء بالتزاماته، وفي هذه الحالات وجب على المجلس استعمال سلطته في تقدير الخسارة خاصة إذا تجاوز المبلغ المتفق عليه في العقد قيمة الالتزام المقابل¹⁰⁶.

وسواء تعلق الأمر بتعديل الفائدة المشطّطة أو الالتزام المالي التعاقدية المرهق، فإن كليهما يشكل مجالاً خصباً لإعمال منهج التناسب المنصوص عليه بالفصل 55 من الدستور واعتماد آلياته القائمة على الضرورة والتوازن وصولاً لتنفيذ الالتزام بما يتناسب بين الحق في استيفاء الدين والقيود التشريعية الرامية لتعديلها.

الفصل الثاني

تطبيقات رقابة التناسب في المادة التفسيرية

1. كف الشغب الصادر عن الجار

قرار محكمة التعقيب عدد 67114 الصادر في 4 ديسمبر 2019 صورة لضرورة مراعاة النفاضي لجوهر الحق إذا ما اقتضى الأمر تقييده.
1.1. منيج المادة التصديرية

المرجع (عديد القرارات التعقيبية)	الحق / الحرية	الوقائع	التقييد وسننه التشريعي	مدى المساس بجوهر الحق	موجب القيد	تقدير التناسب: الملازمة / الضرورة / التناسب
قرار محكمة التعقيب عدد 67114 الصادر في 4 ديسمبر 2019	حق الملكية	تجاوز البناء الحدوث عقار المالك ليضم إليه 60 مترا مربعا من عقار جاره.	كف شغب على عقار مسجل بإزالة الإحداثيات. الفصل 307 من م ح ع.	لا يمس من جوهر حق الملكية لأنه لا يبغي ملكية الجار.	حقوق الغير	البحث عن الحل الأنسب لتدارك الالتم الذي يتوول إلى هدم كامل البناء.

2.1. الحيثيات

«وحيث ومن جهة أخرى فإنه من المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة اتخاذ جميع المسائل لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرّة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرّة فادحة للمتسبب في الضرر وذلك باعتماد قاعدة أخف الضررين واعتماد الحكم الأرفق، على أن اللجوء إلى تلك القاعدة وجب أن يكون كفيلا برفع المضرّة وإزالة الشغب موضوع النزاع وهي مسألة خالفها محكمة الحكم المطعون فيه. فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر اللاحق بعقار المعقب ضده دون ضرر بالطاعن وبعقاره واعتمدت المقترح الأول الوارد بتقرير الخبير المنتدب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح بعقار الطاعن لكون الهدم يؤول حتما إلى هدم كامل البناء، ولم تراع المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء بما يورث قرارها ضعفا في التعليل الموجب للنقض من هذه الناحية أيضا».

3.1. الملاحظات

تعلقت القضية بكف شغب على عقار مسجل مناط الفصل 307 من مجلة حقوق عينية. اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 67114 الصادر في 4 ديسمبر 2019 أن هدم جزء البناء الواقع في الأرض المستولى عليها (60 مترا مربعا) سيؤدي حتما إلى سقوط كامل منزل الجار المستولي بالنظر إلى ترابط البناء. بالتالي فإن الوسيلة المعتمدة لحماية حق الغير ضحية الاستيلاء، ستؤدي إلى النيل من جوهر حق الجار المستولي، أي حقه في حماية البناء الذي شيده بعقاره والذي سينهار حتما انهارا كاملا نتيجة هدم الجزء موضوع الاستيلاء.

يكتسي هذا الموقف لمحكمة التعقيب أهمية بالغة لأنه يدل على دور رقابة التناسب في التوفيق بين الحقوق والحريات المتضادة. فالحق في هدم جزء صغير من بناء مستولى عليه ضمنا لحماية عقار العارض من عملية استيلاء الجار جزء يسير من العقار نتيجة تجاوز أشغال البناء لحدود عقاره، لا يمكن أن يؤدي إلى إهدار حق آخر في حماية بناية كاملة أقيمت بشكل شرعي. بهذا المنظار يتضح معنى قرارات محكمة التعقيب وأهميتها في تكريس رقابة التناسب كما أتى بها الفصل 49 من الدستور، ولو أنها ولئن ذُكرت بالتناسب إلا أنها لم تعتمد كمرجع دستوري في حيثياتها.

فقد أجاز المشرع القيام بدعوى حوزية لمن افتك منه حوزة في عقار مسجل، واستقر فقه القضاء على اعتبار أن الشغب في العقار المسجل ينحصر في منع المالك من الانتفاع بعقاره¹⁰⁷. وهي دعوى على معنى الفصل 307 من م ح ع، وتختلف عن دعوى كف الشغب العادية¹⁰⁸ وكذلك عن دعوى رفع المضرة الشخصية¹⁰⁹، وهي خاصة بذات الشخص المسجل لفائدته العقار لا بذات من عداه. وعليه أن يثبت بكل وسيلة من وسائل الإثبات مشاغبته في الانتفاع به. وبالتالي فهي دعوى عينية تجد أساسها القانوني في حماية حق الملكية نفسه للعقار المسجل. ويكون القائم بدعوى كف الشغب على معنى الفصل المذكور ملزماً بإثبات أمرين هما صفته كمالك للعقار المسجل وحصول الشغب الواقع له في الانتفاع بعقاره المسجل.

وتبرز أهمية تلك القرارات في أنه ولئن كان صحيحاً أن الذي صدر عنه الشغب المسلط على عقار مسجل من خلال استيلائه على جزء منه، فهو لم يمارس في منطلق النزاع حقاً، وأن ليس له أي حق على ما استولى عليه، إلا أن ذلك لا يفي أنه يبقى متمتعاً بحقه في الملكية كاملاً على عقاره الذي تولى البناء عليه بشكل شرعي، بذلك فإن الوسيلة المعتمدة لحماية حقوق ضحية الاستيلاء ينبغي أن تبقى في حدود ما هو لازم وضروري لضمان حقوقه، وينبغي خاصة ألا تؤدي الوسيلة المعتمدة في رفع المضرة بدورها إلى ضرر وإحجاف بحق المستولي خاصة إذا كان عن حسن نية وبنائه تم تشييده بموجب رخصة، وإن كان لا بد من أن يقع المساس بحقوقه فيجب أن يكون ذلك في أضيق نطاق ممكن وألا تفضي إزالة الإحداثيات المقامة فوق الجزء المستولى عليه إلى هدم كامل البناية.

107 صدرت عدداً من القرارات المنشورة بموقع محكمة التعقيب في نفس التوجه من ذلك:

- قرار تعقيبي مدني عدد 81158 بتاريخ 10 مارس 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.
- قرار تعقيبي مدني عدد 22229 بتاريخ 7 أبريل 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.
- قرار تعقيبي مدني عدد 22985 بتاريخ 21 ماي 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.
- قرار تعقيبي مدني عدد 24788 بتاريخ 1 جوان 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.
- قرار تعقيبي مدني عدد 31011 بتاريخ 2 جوان 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.
- قرار تعقيبي مدني عدد 24774 بتاريخ 21 جوان 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.

108 قرار تعقيبي عدد 24784 بتاريخ 29 سبتمبر 2020. منشور بموقع محكمة التعقيب.

109 قرار تعقيبي عدد 70290 بتاريخ 21 أكتوبر 2020. منشور بموقع محكمة التعقيب.

2. رفع المضررة

قرار تعقيبي عدد 73037 المؤرخ في 10 فيفري 2021 متعلق برفع المضررة
1.2. مزيج المادة التعديدية

المرجع (عديد القرارات التعقيبية)	الحق / الحرية	الوقائع	التقييد وسننه التشريعي	مدى المساس بجوهر الحق	موجب القيود	تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة / التناسب
قرار تعقيبي عدد 73037 المؤرخ في 10 فيفري 2021	حق الملكية	المطارب غرس أشجار عديدة تسببت في تصدع الجدار وجانب من محل سكني المدعي وفق ما جاء بمحضر المعاينة وقد تسبب ذلك في مضررة مسكنه.	الفصل 99 من م ٢٠١٤.	لا يس من جوهر حق الملكية لأنه لا يعنى ملكية الجار	حقوق الغير	البحث عن الحل الأنسب للحد من الآثار المشطة لا استعمال مالك العقار لحقه في الملكية بخصوص الجزء الحاذي لعقار الجار بشكل يفضي إلى الانتفاع الأمثل للأجوار بعقاراتهم.

2.2. الحثيات

«وحيث أن حثيات النقص بموجب القرار التعقيبي عدد 14688 قد تسلطت على طريقة رفع المضرة كون المحكمة في مجاراتها للطريقة المقترحة من الخبير المنتدب لم تتحقق من مدى تناسب تلك الطريقة مع الضرر الثابت ومع نسبة مسؤولية المطلوب في الأصل في وقوعها باعتبار أن جزء منها خارج عن إرادة هذا الأخير ولم تتسلط على مدى ثبوت المضرة المدعى في شأنها المتمثلة في تضرر الجدار التابع لعقار المعقب الآن بسبب غراسة المعقب ضده الآن لشجرة لوز في مساحة قريبة من ذلك الجدار فضلا على غياب جدار خاص بعقار المعقب ضده».

3.2. الملاحظات

قد يبدو من أول وهلة أن نزاعات رفع المضرة لا يمكن أن تنضوي ضمن الفصل 49 من الدستور الذي يوجب توفر حق ثم ضرورة لتقييده، وهو ما لا يبدو متوفرا في قضايا رفع المضرة لأن من يتسبب في مضرة غيره ببناء يحجب التهوية أو نور الشمس أو يكشف عقار جاره بما ينتهك حياته الخاصة لا يمارس حقا وإنما هو يتعدى على حق الغير.

ولا يتعلق الأمر ببناء فقط بل مختلف الأنشطة التي من شأنها تعكير وتكدير راحة الأجوار. ولا يمكن الجزم هنا بأن الجار مصدر المضرة ليس له حق، بل أن المضرة كانت ناجمة عن ممارسة حق ملكيته للعقار، خاصة في المساحة المحاذية لعقارات الأجوار، غير أن الآثار المترتبة عن ممارسة ذلك الحق من شأنها أن تلحق أضرارا بالأجوار. على أن طبيعة تلك الأضرار وحجمها وتأثيرها على راحة الأجوار من شأنها التأكيد أو الجزم بأنها تدرج ضمن زمرة مضار الجوار والذي يستدعي معالجة النزاعات بشأنها إعمال مبدأ التناسب بما يتضمنه من الموازنة والترجيح وتقدير حدة القيد وحجم آثاره.

وتتصل قضايا رفع المضرة في الواقع بخصوصية حقوق الغير كهدف للتقييد التي قد يتصادم مع ممارسة الطرف المقابل لحقه. وهو ما يعد أمرا دارجا، فقد تؤدي ممارسة حق الملكية إلى ضرر للطرف المقابل يتصادم مع ممارسة حق الملكية. وهو نفس ما تطرحه ممارسة حرية التعبير مثلا أو حق النفاذ إلى المعلومة بما قد يتصادم مع الحق في الخصوصية ويحدث ضررا للمتمتع بها. وهذه الصدامية هي التي تبرر وجهة استعمال منهج التناسب للحسم كطريقة للموازنة والترجيح بين الحقوق المتنافسة والمتصادمة والتي تكتسي نفس القيمة القانونية.

وبالتالي يمكن أن تنضوي نزاعات رفع المضرّة في إطار الفصل 49، فالوسيلة المعتمدة لحماية حقوق الجار ضحية المضرّة ينبغي أن تبقى في حدود ما هو لازم وضروري لضمان حقوق الجار المتضرر، وألا يؤول مقترح رفع المضرّة إلى إجحاف بحق الجار (مصدر المضرّة)، وأن يقع المساس بحقوقه في أضيق نطاق ممكن دون النيل من جوهر حقه في الانتفاع بملكه.

والجدير بالذكر أن عديد الأحكام الصادرة حديثاً عن بعض محاكم الأصل تحتكم صراحة للفصل 49 من الدستور في فصلها لقضايا رفع المضرّة. فقد أوردت محكمة الاستئناف بقابس في قرارها عدد 15651 المؤرخ في 10 ماي 2022 ما يلي «وحيث يتّجه والحالة تلك تعديل حكم البداية في هذا الخصوص تفعيلاً لمبدأ التناسب المقرر بالفصل 49 من الدستور وذلك بتعويض سدم النوافذ المطلّة على عقار المستأنف ضده وإلزامه وعلى نفقته بتعليق الحد السفلي للنوافذ وسدمه إلى علو لا يقل عن متر وثمانين صنتمتر (1,80 صم) على مستوى أرضية كل طابق تحت إشراف الخبير ل. ن. في بحر شهرين من تاريخ الإعلام بالحكم»¹¹⁰.

وهي قرارات لا تزال محل طعن بالتعقيب. وينتظر أن تجيب محكمة التعقيب عن المطاعن وتستند صراحة للفصل 49.

110 صدر في نفس التوجه: قرار عدد 77364 بتاريخ 24 أكتوبر 2019 وقرار عدد 84671 بتاريخ 25 فيفري 2021. منشورين في موقع محكمة التعقيب.

3. حق الارتفاق

قرار تعقيبي عدد 25501 بتاريخ 21 أبريل 2021

1.3. منبرج المادة التحديدية

المرجع (عدد) القرارات التعديدية)	الحق / الحربة	الوقائع	التقييم وسندة التشريعي	مدى المساس بجوهر الحق	موجب التقيد	تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة/ التناسب
قرار تعقيبي عدد 25501 بتاريخ 21 أفريل 2021	حق الملكية	عقار مكثف من جميع الجهات وقد تعمد المدعي عليه سد جميع المنافذ الطبيعية المؤدية للعقار منها هو ثابت من محضر المعاينة وقد أدت هذه الرضعية إلى حرمان المدعيتين من استغلال العقار على الوجه الأكل وهو ما جعل الاكتناف ثانيا لا لبس فيه.	الفصل 178 من مجلة الحقوق العينية.	لا يمس من جوهر حق الملكية لأنه لا يبغي ملكية الجار	حق الغير في الوصول لعقاره	البحث عن الحل الأنسب الذي تتوفر فيه قصر العمر وأخف الأضرار للمالك الأرض. الجار

2.3. الحيثيات

«حيث يتعلق الأمر بتوظيف حق مرور على عقار والتأكد من مراعاة شروط الفصل 178 م ح ع والبحث حسب عبارة محكمة التعقيب عن المقترح الأنسب».

وحيث في إطار الموازنة والتناسب المتعلق بقصر الممر فإن الأخذ بهذا المقترح يقتضي أن يكون قد راعى أيضا أخف ضرر لمالك الأرض المحدث بها ذلك الممر».

... وحيث إن ما جنحت إليه محكمة القرار المطعون فيه من إقصاء للفرضية الثانية دون منازعة من أي من طرفي النزاع وإغفالها مراعاة عقار المعقب وتضرره من الفرضية الأولى المقترحة من الخبير لما له من أهمية في هذا الصدد نفس الصياغة معتمدة بنص القرار وهنا أضحي من المتعين معه اعتبار هذا الطعن مقبولاً أصلاً لوجهة أسانيده».

3.3. الملاحظات

تستند دعوى الحصول على ممر إلى الفصل 178 من م ح ع الذي اقتضى «يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن ويراعى في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به».

وتعدّ القضايا الرامية للحصول على ممر للولوج لعقار مكثف ميدانا خصبا لتطبيق الفصل 49 من الدستور لما تطرحه من تقييد لحق الملكية وخيارات لتمكين الطالب من الدخول لعقاره. يتحتم على القاضي إذن تفعيل اختبار التناسب للوصول للحل الأنسب للطرفين.

وتختلف الدعوى المتعلقة بحق الارتفاق عن دعاوى كف الشغب، وهو ما بيّنته محكمة التعقيب في القرار عدد 80708 المؤرخ في 11 جوان 2021¹¹¹. وتبحث محكمة التعقيب عن الحل الأنسب من بين الحلول المقترحة من أهل الخبرة وهو ما بدا جلياً من خلال عدّة قرارات تعقيبية¹¹².

111 قرار تعقيبي مدني عدد 80708 المؤرخ في 11 جوان 2021 منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء به ما يلي: «...حيث أن المحكمة تبحث من بين الحلول المقترحة من الخبير على الممر الذي يأخذ من الجهة الأقصر مسافة للطريق العام لحماية مصلحة طرفي النزاع طالب حق الارتفاق ومالك العقار ومن ثمة فإنه عليها تحييص نتيجة الاختبار ومراقبة النتيجة التي توصل إليها ومدى توفر مقترحات متعددة لرفع الاكتناف من عدم ذلك حتى تطبق عليها المعيار المنصوص عليه بالفصل 178 المشار إليه بخصوص البحث عن الطريق الأقل مسافة وأخف الأضرار على صاحب العقار...»

112 قرار تعقيبي مدني عدد 28292 بتاريخ 2 جوان 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.

قرار تعقيبي مدني عدد 28933 بتاريخ 28 جوان 2021. منشور بموقع محكمة التعقيب.

الفصل الثالث الحضانة

قرار تعقيبي عدد 24857 مؤرخ في 3 فيفري 2021
1. مبرج المادة التعديدية

تقدير التناسب: الملاءمة / الضرورة / التناسب	موجب القيود	مدى المساس بجوهر الحق	التقييم وسننه التشريعي	الوقائع	الحق / الحرية	المرجع (عدد) القرارات التعقيبية)
- الموازنة بين الحقوقي - هل التقييد ضروري؟ تقاس الضرورة بالمصلحة الذاتية للمحضرين هل هناك حلول أخرى أكثر تناسبا حتى لا يتم النيل من حق الملكية؟ إمكانية القضاء بمنحة سكن في عديد القرارات الأخرى	الحق في العيش الكرام	لا يمس من جوهر حق الملكية لأنه لا يتقلها للحاضنة وإنما فقط يخصصها بالسكنى.	الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية.	تخصيص الزوجة الحاضنة بمحل الزوجية.	حق الملكية	قرار تعقيبي عدد 24857 مؤرخ في 3 فيفري 2021

2. الحيثيات

«المطعن الثاني: مخالفة أحكام الفصل 56 من م اش.

...وحيث يتضح من أوراق الملف ومستندات القرار المطعون فيه أن المحكمة مصدرته ارتأت أن إبقاء الحاضنة بمحل الزوجية هي الوسيلة الأجدر لمصلحة المحضون لما فيها من ضمان لاستقراره وتوازنه النفسي بالمحافظة له على الإطار الذي بدأ نشأته به وتعود عليه ولما في ذلك من تأثير إيجابي عليه من خلال تخفيف وطأة وقع طلاق والديه عليه.

وحيث أضحى تمثي المحكمة مستساغا واقعا وتعليلها فضلا على تلاؤمه مع موجبات الفصل 56 من م أش الذي ينص من ضمن وسائل إسكان الحاضنة إبقاءها بالمحل الذي على ملك الأب وهو ما يجعل قضاءها قائما على حسن تطبيق القانون ومعللا تعليلها كافيا وسليما».

3. الملاحظات

يمكن القول بأن القرار المذكور استعمل مفردات التناسب وهي القيد أو الوسيلة «الأجدر» أي الأنسب من بين الوسائل الأخرى «وسائل إسكان الحاضنة» والأكثر تلاؤما «تلاؤمه» مع ضرورة «مصلحة المحضون». وي طرح القرار التعقيبي مدى إمكانية تقييد حق ملكية الزوج للعقار محل الزوجية بموجب إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وخاصة الزوجة من خلال تخصيصها بمحل الزوجية الذي هو في الأصل على ملك الزوج، وهو ما يترتب عنه ضرورة مغادرته، وذلك دون النيل من حقه في ملكية العقار الذي يظل ملكا للزوج لكن لا حق له في التفويت فيه عملا بقانون 4 مارس 2008 المتعلق بسكنى الحاضنة الذي يُجرّم التفويت. وتتمثل الضرورة في المصلحة العليا للمحضون ضمانا لتوازنه النفسي وحسن تنشئته بعيدا عن الخلافات الزوجية. فالغاية هي البحث عن التوازن النفسي للمحضون وتمكينه من مواصلة التنشئة ضمن نفس الفضاء والمحيط الذي اعتاد العيش ضمنه والحيلولة دون إدخال أي إرباك على نسق حياته والفضاء الذي نشأ وترعرع ضمنه.

وقد أصّلت محكمة التعقيب بدواؤها المجتمعة في القرار عدد 71373 الصادر بتاريخ 19 ماي 2022¹¹³ الحلول الممكنة عند إسناد الحضانة وبحث عن الحل الأنسب وهو إلزام الزوج بدفع منحة سكن خلافا للقرار السالف عرضه والذي خصص الزوجة بمحل الزوجية. واستحضرت الدوائر المجتمعة عديد مفردات التناسب، واستخدمت منذ طالع تسببها للقرار مصطلح التناسب وربطه بالسكن اللائق والحق

في الكرامة من خلال طرح الإشكال القانوني التالي «حيث يطرح النزاع مسألة الحق في السكن كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشي مناسب؛ فقد اعتبر المقرر الخاص المعني بالسكن اللائق التابع للأمم المتحدة «أن الحق في السكن اللائق يعني أكثر من توفير سقف يعيش الإنسان تحته، وهو الحق في أن يحيا المرء حياة آمنة وكريمة في مسكن لائق».

وأوردت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب تعليلا مستفيضا في معالجتها لحق الملكية من جهة والحق في العيش الكريم من جهة أخرى باعتبارها حقوقا متصادمة يتم من خلالها أعمال منهج التناسب سواء من حيث تلاؤم الحل مع الوضعية الواقعية المطروحة أو ضرورة حماية المصلحة الفضلى للطفل وصولا لحل مناسب أقل وطأة من تخصيص الزوجة بجل الزوجية وهو إسناد الزوجة منحة سكن مؤيدة اجتهاد قضاة الأصل وأضافت ما يلي:

«وحيث واعتبارا لكون المسكن موقّما مهمّا من موقّومات الحياة الكريمة، لما يوفره من حماية لبعض الفئات الخاصة فقد أولاه المشرع التونسي أهمية وتعرّض له في أكثر من موضع في مجموعة من النصوص القانونية، فالمسكن مثلا يمتكّن من تحقيق رعاية أفضل للطفل المحضون ويحوّل القيام بشؤونه ومصالحه؛ وقد أقرت في ذلك مجلة الأحوال الشخصية للمحضون الحق في مسكن لائق لممارسة الحضانة على الوجه المأمول منها قانونا.

وحيث سعى المشرع التونسي إلى حماية الطفل أثناء نشر قضية الطلاق عبر اتخاذ قرارات فورية محلّلة بصيغة التنفيذ على المسودة وكذلك في صورة الحكم بإيقاع الطلاق بين والديه وحمل الأب مجموعة من الالتزامات منها الالتزام بتوفير المسكن الملائم لإسكان المحضون وحاضنته أو توفير بدل نقدي يدفع للحاضنة، للفصلين 56 و56 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية.

وحيث اقتضى الفصل 56 أن: « مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فن مال أبيه، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون.

ويترب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حق البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحق بزوال موجب.

وفي صورة إلزام الأب بإسكان الحاضنة مع المحضون في المسكن الذي في تسوغه يستمر الأب على أداء معينات الكراء إلى زوال الموجب.

وعند إلزام الأب بأداء منحة سكن لفائدة الحاضنة ومحتونها يتم تقديرها بحسب وسع الأب وحاجيات المحضون وحال الوقت والأسعار.

ولا يحول حق البقاء الممنوح للحاضنة ومحتونها بالمسكن الذي على ملك الأب دون إمكانية التفويت فيه بعوض أو بدونه أو رهنه شريطة التنصيص على هذا الحق بسند التفويت أو الرهن.

ويمكن مراجعة الحكم المتعلق بسكنى الحاضنة إن طرأ تغيير في الظروف والأحوال وتنظر المحكمة في مطالب المراجعة وفقا لإجراءات القضاء الاستعجالي وعليها عند البت في ذلك تقدير أسباب المراجعة مع مراعاة مصلحة المحضون.

وتبقى القرارات الفورية الصادرة عن قاضي الأسرة بخصوص سكنى الحاضنة ومحتونها قابلة للمراجعة طبقا للإجراءات المقررة لها».

وحيث تطرق المشرع صلب هذا الفصل (أي الفصل 56) إلى سكنى المحضون وحاضنته، فاعتبر أن مصاريف شؤون المحضون تؤخذ من ماله إن كان له مال وإلا فن مال أبيه الذي عليه إسكان الحاضنة مع محتونها إذا لم يكن لها مسكن، وإذا أثبت أنها تملك مسكنا فإنه يعفى من واجب إسكانها، وعبء إثبات ملكية الحاضنة محل سكنى محمول على الأب الملزم أساسا بإسكانها مع محتونها.

وحيث يتضح من الفصل المذكور أن المشرع ميز بين ثلاث صور يتجسد من خلالها واجب إسكان المحضون بمعية حاضنته الصور، هي:

- البقاء في المسكن الذي على ملك الأب أي إلزام هذا الأخير بإسكان الحاضنة مع محتونها بالمسكن الذي يملكه.
- إلزام الأب بإبقاء الحاضنة مع المحضون بمحل الزوجية المتسوغ واستمراره في دفع معالم الكراء.
- إلزام الأب بأن يؤدي للحاضنة منحة سكن تمكنها من كراء محل سكنى يفي بحاجيات الحاضنة ومحتونها.

وحيث أن الواجب المحمول على الأب هو بموجب القانون في صوره أعلاه وتنزل قضية الحال في خانة الحالة الثالثة والأخيرة. فلم يثبت من أوراق الملف أن للحاضنة مسكن بل بخلاف ذلك فقد تبين من

خلال ما دفعت به منذ الطور الابتدائي أنها تقيم بمنزل والديها وبالتالي فهي محقة في المطالبة بتمكينها من سكن بوصفها حاضنة.

وحيث إن سكني الحاضنة بمحل سكني والديها لا يعفي الأب من دفع منحة السكن بحكم أن والديها المانحين لذلك الحق يمكنهما الرجوع فيه في أي وقت، ولذلك يتوجه إسنادها منحة سكن تمكنها في كل الظروف من إيجاد المسكن الذي يأويها صحبة المحضون لأن المعني الأصلي بالإسكان هو المحضون لا الحاضنة وتتبع المحضون في ذلك فهي غير معنية مباشرة بالإسكان.

ويقدر القاضي الحل المناسب والتقييد الأقل نيلا من حق الملكية (منحة سكن-إبقاء الحاضنة بمحل الزوجية-تخصيص الحاضنة بمحل الزوجية...)، مع مراعاة ضرورة تحقيق الحق في العيش الكريم كموجب للتقييد والبحث عن الموازنة بين حقوق الطرفين وصولا إلى الضرورة الداخلية وهي ضمان مصلحة الطفل الفضلى، وفي ذلك أعمال لاختبار التناسب طبق الفصلين 49 قديم و55 جديد. وهو من صميم دور قاضي التعقيب في إجراء رقابة معمقة على تلك العناصر باعتماد منهج التناسب. ويعدّ قرار الدوائر المجتمعة المؤرخ في 19 ماي 2022 أحسن مثال على الرقابة المعمقة التي يجب أن تضطلع بها لا فقط الدوائر المجتمعة وإنما كل الدوائر التعقيبية.

الخاتمة

رغم أنّ الفصل 49 من دستور 2014 وكذلك الفصل 55 من دستور 2022 يخاطبان كل الهيئات القضائية المكلفة بإنفاذ القوانين، وبهذا المعنى يكون القضاء العدلي وخاصة محكمة التعقيب باعتبارها مؤتمنة على توحيد تأويل القانون وحسن تطبيقه مدعوة إلى تطبيق منهج التناسب الدستوري، فقد تميز تعامل محكمة التعقيب مع الفصل 49 المذكور بـ:

- التحفظ من خلال ندرة التطبيقات التي تُشير صراحة إلى الفصل المذكور أو تجنّب إثارة مسألة التناسب رغم أنّ القضية تزخر في بعض الأحيان بالمعطيات التي تستدعي ذلك.
 - التذبذب الذي يُستروح من أن محكمة التعقيب قد تُشير لمبدأ التناسب في بعض القرارات بصفة صريحة لكن دون تطبيق منهج الفصل 49 والتمسّي الذي يتأسس عليه. إذ تتعامل معه كبدأ عام للقانون ليس إلا.
 - رفض تطبيق الفصل 49 في بعض الأحيان رفضاً صريحاً. وهو أمر لا يبعث على الارتياح ويُعزى في جزء منه إلى عدم وعي بعض قضاة التعقيب بأهمية الفصل 49 ومنهجية التناسب التي يقوم عليها، وخاصة بالفائدة منه في حلّ النزاعات المعروضة عليهم عوض عليه.
- وخلاصة القول، ليس لنا إلا أن نؤكد على ما استخلصه القاضي مالك الغزواني بأنه ليست هناك مؤشرات «تكفي للجزم بوجود توجه عام وشامل، أفقياً لدى جل القضاء وعمودياً في كل درجات المحاكم يتبنّى تطبيق الفصل 49»¹¹⁴.

يستدعي الأمر إذن تغيير المقاربة المعتمدة من رقابة الشرعية التي تُجرىها محكمة التعقيب على أعمال قضاة الأصل إلى رقابة معمّقة. وتأخذ تلك الرقابة بعين الاعتبار، في ذات الوقت، القاعدة القانونية المنطبقة على النزاع وظروف وملايسات القضية وكذلك المعطى الدستوري الجديد حتى يتسنى القيام بإجراء الموازنة والترجيح بين الحقوق المتنافسة والمتعارضة بدل الاكتفاء برقابة تعليل قضاة الأصل لأحكامهم.

ولعلّ المطّلع على أحكام الفصل 49 من دستور 2014 ومن بعده الفصل 55 من دستور 2022 سيكتشف أنه جاء ليؤطر تقييد الحقوق والحريات بصورة منسجمة وشاملة، بما من شأنه أن يعضد

114 مالك الغزواني، مرجع سابق، ص. 11.

دور القضاء ويدققه في إطار دفاعه عن الحقوق والحريات ويمنح القضاء بمختلف مكوناته، بما في ذلك القاضي العدلي، دوراً محورياً في ضمان وحماية الحقوق والحريات الأساسية. فاستقراء أحكام هذا الفصل ورصد مختلف الآليات القضائية التي جاء بها سيمكّن القاضي من أن يجسّد دوره فعلاً كحصن منيع يذود به عن كلّ أشكال الحدّ من الحقوق والحريات.

لقد حان الوقت إلى التخلّي نهائياً عن الفكرة القائلة بأنّ الدستور لم يوضع إلّا لتنظيم عمل الفاعلين السياسيين ولا شأن للقضاء العدلي به، والتوجّه نحو اعتباره الجزء الأهمّ والحاسم في الكفّالة المعيارية التي يستخدمها القاضي في عمله اليومي.

إن إعمال مبدأ التناسب من قاضي التعقيب يفضي بالضرورة إلى:

- توسيع في صلاحيات القاضي العدلي عموماً وخاصة قاضي التعقيب باعتباره قاضي قانون وليس قاضي أصل.
 - إدخال تحوير جذري في منهجية وصياغة الأحكام والقرارات القضائية وما يستدعيه من تعليل مستفيض وتبرير للمنهجية المعتمدة في القضية والتي أفضت إلى النتيجة التي خلصت إليها المحكمة. وهو ما يساعد على مقروئية الأحكام ومن وراء ذلك تكريس الأمان القانوني وحسن تقبل المتقاضين للأحكام وإذاعته لها.
- ذلك أن الوعي بأهمية منهج التناسب لدى قاضي التعقيب، وتعميق فهمه لآليات إعمالها من شأنه إكساب الأحكام الصادرة عنه أكثر إقناعاً وتقبلاً من المتقاضين. لأنّ التناسب هو منهج عقلائي وخُطّة منظّمة لعدّة عمليات ذهنية بغية الوصول إلى كشف الحلّ الأمثل والأقلّ وطأة على الحقوق والحريات والبرهنة عليه. وبذلك فهو فكر يتأسس على الاستدلال والتوفيق بين المصالح المتضاربة والبحث عن الموازنة بين الآثار السلبية للقيود على الحقّ أو الحرية ونتائجها الإيجابية بالنظر إلى الهدف المراد حمايته. كما أن تطبيق مبدأ التناسب من قبل قضاة التعقيب من شأنه أن يفضي إلى توسيع في صلاحيات محكمة التعقيب وعدم إقتصرها، على النحو الذي دأبت عليه تاريخياً، على بسط رقابتها على حسن تطبيق قضاة الأصل للقانون وعلى توحيد فقه القضاء لتمتد إلى إجراء رقابة معمقة على القيود الموظفة على الحقوق والحريات وتقدير مدى تناسب النتائج المترتبة عن تطبيق القانون مع الآثار المترتبة عنها سواء بالنظر إلى الأحكام والمبادئ المضمنة بالمعاهدات الدولية المصادقة عليها أو بالنظر للظروف وملابسات القضية بما يكفل المعادلة بين الحقوق المتنافسة بأكبر قدر ممكن ويكسبها أكثر فعالية.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ التناسب كمنهج في التفكير وضمانا للتناسق في تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات من شأنه أن يعد أداة للحوار بين محكمة التعقيب ومختلف الأقضية الأخرى من خلال الاستفادة من فقه قضاء المحكمة الإدارية بخصوص تأصيل العديد من المفاهيم وكيفية إعمال مبدأ التناسب والذي شهدت إعمالا مطردا لمبدأ التناسب وساهمت بموجب الدور الإنشائي في تأصيل العديد من المفاهيم وتحديد وتبيان منهجية إعمال مبدأ التناسب، من جهة، وكذلك فقه القضاء المقارن في إنتظار تركيز المحكمة الدستورية.

لكن لا يغيب عن الأذهان أنّ فاعلية هذا المبدأ تظلّ موصولة بوجود إرادة حقيقية في تطبيق التناسب واستبطاننا عميقا لمنهجه، في غيابهما لا تعدو أن تكون الحقوق والحريات التي يكرّسها الدستور والقوانين سوى، كما جاء في الأثر، «مجموعة من الألفاظ المليحة الرائقة لها من سحر القول ورونق التعبير ما تُستمال به القلوب ولا تدرك به الغايات».

وعليه، فإنّ ما أورده أحدهم بقوله بأنّ «الحقوق تولد في القلوب قبل أن توجد على الورق»¹¹⁵، ليس إلاّ إحياءاً بالدور الريادي الذي يجب أن يأخذه القضاة على عاتقهم بغية تعزيز المنظومة القانونية للحقوق والحريات وبلورة الآليات القضائية الكفيلة بحمايتها وفي طليعتها المادة الجامعة المكرّسة لمنهج التناسب.

S. ALBIE, «Protecting human Rights in a New South Africa» Oxford University press Capetown, 1990, cité par T.115 KATARINA, « Les droits économiques , sociaux et culturels et le rôle des juristes », *Revue de la commission internationale des juristes*, Genève, Décembre 1995, n°55, conférence 23, p. 251.

الملاحق

الملحق الأول القرارات الجزائية

قرار الدوائر المجتمعة عدد 21261 مؤرخ في 25 نوفمبر 2021

صدر برئاسة السيد منصف الكشو

المادة: إجراءات جزائية.

المراجع: الفصل 65 من الدستور- الفصول 169 و 199 و 216 من م. ا. ج.

المفاتيح: لا يضار الطعن بطعنه- مصلحة المتهم الشرعية- قواعد الاختصاص-تنظيم قضائي-تنازع- الحقوق المتصلة بالكرامة الإنسانية- المساس بجوهر الحق.

المبادئ:

. يمثّل الإشكال في تراحم مبدئين قانونيين الأول يهتم قواعد الاختصاص الحكمي وتنظيم العادلة، وهو وجوب احترام قواعد الاختصاص وأنه على المحكمة التي تتعهد بالنزاع أن تصرّح بخروجه عنها وتختلّي عنه كلما اتضح لها عدم اندراجه في اختصاصها الحكمي والثاني يخص مصلحة المتهم الشرعية وبالتحديد مبدأ ألا يضار الطاعن بطعنه فلا يمكن لمن طعن في حكم جزائي، لم يرض به، أن يتم تعكير حالته طالما أن النيابة العمومية لم تطعن ورضيت بالعقوبة المسلطة. فهل يتم تسبيق مصلحة المتهم الشرعية على قواعد الاختصاص أم العكس سيما وأن كلاهما يهتم الإجراءات الأساسية في التقاضي التي لها علاقة بالنظام العام؟

. صون الكرامة الإنسانية هي من المبادئ الثابتة التي لا تتغيّر بفعل الزمن ولا يمكن النيل منها فهي المعطى الثابت منها مصلحة المتهم الشرعية في أنه لا يضار بطعنه وأما المتغيّر فهي أصناف التنظيم القضائي بحسب السياسة الجزائية التي تختارها كل دولة وما تملّيه سياستها الجزائية وهي بذلك من المتغيرات بمرور الأزمنة وتطور المجتمعات.

. تسبيق قواعد الاختصاص يؤدي إلى المساس بجوهر حق عدم تضرر المتهم بطعنه، عن الحق الثابت والمتأصل في الإنسان.

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار التالي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 27/06/2014 تحت عدد 1788 من طرف الأستاذ "س. و".

في حق:

- "ص.ش."
- "ج.ش."
- "ع.ش."
- "ن.ش."
- "ع.ش."

ضد:

- "ح.ش."
- الحق العام.

طعنا في القرار الجنائي عدد 651 الصادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير بتاريخ 19/06/2014 والقاضي نهائيا حضوريا في حق جملة المتهمين عدا "ع" فغيايا في حقه بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بالتخلي عن القضية لفائدة المحكمة المختصة لصبغتها الجنائية وإرجاع أوراق القضية للنيابة العمومية لاتخاذ ما تراه:

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن بالتعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "ح.د" حسب رقمه عدد 15756 بتاريخ 13/02/2015.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ 17/02/2015.

وبعد الاطلاع على قرار الدائرة الرابعة عشر بتاريخ 12/05/2016 بإحالة القضية على السيد الرئيس الأول للنظر في إمكانية إحالتها على الدوائر المجتمعة للبت في المسألة موضوع الخلاف على معنى أحكام الفصل 191 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على قرار السيد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب المؤرخ في 25/03/2019 المتضمن دعوة الدوائر المجتمعة للنظر في المسألة القانونية محل الاختلاف وعرض القضية على السيد وكيل الدولة العام لدى هذه المحكمة لتقديم ما لديه من ملاحظات وتكليف المستشار السيد عبد الباسط الخالدي بتقرير القضية وإعداد الدراسات القانونية اللازمة وتهيئتها للحكم.

وبعد الاطلاع على ملاحظات الادعاء العام لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها بالجلسة والرامية إلى

طلب قبول التعقيب شكلا واصلا والنقض والإحالة.

1/ من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع صيغته القانونية ما يتجه معه قبوله شكلا.

2/ من حيث الأصل : في الوقائع والإجراءات

حيث يستفاد من أوراق القضية وبالاطلاع على الحكم المنتقد أن المدعو "أ.ح" تقدم بشكاية إلى النيابة العمومية بالمهدية عرض فيها أنه يوم 08/09/2011 ولما كان بصدد السهر رفقة شقيه "ح" بحفل زفاف بمنطقة أولاد خليفة بالسواسي تعمد المشتكى بهم "ج" و"ص" و"ع" و"ن" و"ع" الاعتداء عليهما بالعنف دون مبرر طالبا تتبعهم عدليا وفي نفس التاريخ تقدم كل من "م" و"ع" و"ع" و"ص" و"ف" بشكاية ضد كل من "ح" و"ع" و"م" و"أ" و"و" و"ر" و"ح" مفادها تعمدهم إفساد حفل الزفاف طالبن بدورهم تتبعهم عدليا فأجريت الأبحاث وأحيلت على النيابة العمومية التي أحالت كل من "ص.ش" و"ج.ش" و"ع.ش" و"ن.ش" و"ع.ش" على المجلس الجناحي بالمحكمة الابتدائية بالمهدية لمقاصبتهم من أجل الاعتداء بالعنف الشديد الناجم عنه تشويه بالوجه طبق أحكام الفصل 219 من م ج كتوجيه تهمة دخول محل الغير ليلا من جمع مركب من عدة أفراد دون إرادة صاحبه والإضرار عمدا بملك الغير على المتهم "ح.ح" وجميعهم المشاركة في معركة وإحداث الهرج والتشويش طبق أحكام الفصول 256 و257 و220 و304 من م ج.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الابتدائية بالمهدية حكمها عدد 4629 بتاريخ 14/03/2012 والقاضي ابتدائيا حضوريا في حق "ص" و"ن" و"ج" و"ع" و"ع.ش" ومعتبرا كذلك في حق "أ" و"ح" وغيايبا في حق من عداهم بسجن كل واحد من المتهمين مدة شهرين اثنين من أجل المشاركة في معركة ومدة خمسة عشر يوما من أجل إحداث الهرج والتشويش وباعتبار جريمة الاعتداء بالعنف الشديد الناجم عنه تشويه بالوجه المنسوبة للمتهمين "ص" و"ن" و"ج" و"ع" و"ع.ش" من قبيل الاعتداء بالعنف الشديد المجرد مناط أحكام الفصل 218 م ج وسجن كل واحد منهم من أجل ذلك مدة أربعة أشهر كسجن كل واحد من المتهمين "أ" و"ح" و"و" و"س" و"ع.ح" و"م.ل" و"ح" و"م.ق" مدة أربعة أشهر من أجل دخول محل الغير ليلا من جمع مركب من عدة أفراد دون إرادة صاحبه وحمل المصاريف القانونية عليهم وعدم سماع الدعوى فيما زاد على ذلك.

وحيث تمّ الطعن بالاستئناف في الحكم الابتدائي المذكور من قبل المتهمين فأصدرت محكمة الاستئناف

بالمستير حكمها عدد 966 بتاريخ 13/12/2012 والقاضي نهائيا حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بالتخلي عن القضية لفائدة المحكمة المختصة لصبغتها الجنائية وإنهاء أوراقها للنياحة العمومية لاتخاذ ما تراه.

وحيث طعن كل من المحكوم ضدهم "ص" و"ن" و"ج" و"ع" و"ع" في القرار الاستئنافي المذكور بالتعقيب بواسطة نائبهم الأستاذ "س.و" فأصدرت محكمة التعقيب قرارها عدد 10489 بتاريخ 29/01/2014 بالنقض والإحالة بمقولة أن التخلي عن القضية لفائدة المحكمة المختصة للصبغة الجنائية فيه تشديد على المتهمين والحال أنه المستأنفين في قضية الحال وهو ما يشكل خرقا لأحكام الفصل 216 من مجلة الإجراءات الجزائية.

وحيث أعيد نشر القضية مجددا لدى محكمة الاستئناف بالمستير لبت فيها بدائرة أخرى فأصدرت قرارها عدد 651 بتاريخ 19/06/2014 والقاضي نهائيا حضوريا في حق جملة المتهمين عدا "ع" فغيايا في حقه بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بالتخلي عن القضية لفائدة المحكمة المختصة لصبغتها الجنائية وإرجاع القضية للنياحة العمومية لاتخاذ ما تراه. وعلت موقفها بأن محكمة الأصل بتقيد بالأفعال الإجرامية المحالة عليها ولا بتقيد بالوصف الواقع إكسأوه من قبل النياحة العمومية على تلك الأفعال وأنه ثبت أن الاعتداء بالعنف الذي تسلط على المتهم "ح" قد خلف له عجزا بدنيا دائما قدره 22% وهو ما يجعله يدخل تحت طائلة مقتضيات الفصل 219 من المجلة الجزائية فضلا على أن أحكام الفصل 169 من م إ ج اقتضت أنه إذا ظهر أن الجريمة من خصائص محكمة أخرى تصدر المحكمة قرارا بخروج القضية عن أنظارها وتنتهي أوراقها للنياحة العمومية.

وحيث طعن جملة المحكوم عليهم في قرار محكمة الإحالة مجددا بالتعقيب وقد جاء بمستندات تعقيب نائبهم ما يلي:

1. المطعن الأول: في خرق أحكام الفصل 210 م إ ج:

قولاً أنه ثبت من أوراق الملف أن المعقب ضده "ح.ش" أسقط حقه المدني في التبع وأمضى على كتب إسقاط مضاف للملف ومن ثم فقد صفتته في الاستئناف بصفتته متضررا وقائما بالحق الشخصي.

وقد اقتضى الفصل 210 م إ ج أن حق الاستئناف محول للمتهم المحكوم عليه من أجل جنائية أو جنحة والمسؤول مدنيا والقائم بالحق الشخصي في خصوص حقوقه المدنية فقط ووكيل الجمهورية وأنه ولئن كان من حق المعقب ضده الطعن بالاستئناف في الفرع الجزائي للحكم الابتدائي باعتباره محكوم ضده فإنه

طالما أسقط حقه المدني في تتبع المعقبين فلا حق له في استئناف الدعوى المدنية إلا بمعاوضة النيابة العمومية وطالما أن النيابة العمومية لم تستأنف الحكم الابتدائي أصلاً وطلبت لدى الطور الاستئنافي إقرار الحكم الابتدائي فإن محكمة القرار المطعون فيه تكون قد خرقت صراحة أحكام الفصل 210 من م ا ج المشار إليه.

2. المطعن الثاني: خرق أحكام الفصل 216 م إ ج والمبدأ القائل بأنه "لا يضر الطاعن بطعنه":

قولاً أن فقه قضاء محكمة التعقيب درج على اعتبار أن التخلي عن القضية لصبغتها الجنائية عندما يكون المتهم هو المستأنف الوحيد فيه تشديد على المتهم وهو أمر غير قائم قانوناً وأنه يكون قابلاً لنقض القرار الذي صدر بالتخلي عن القضية لفائدة الدائرة الجنائية والحال أن المتهمين "ص" و"ن" و"ج" و"ع" هم المستأنفين الوحيدين لأن التخلي فيه تشديد على المتهم وأنه إذا استأنف المتهم بمفرده فلا يشدد عليه العقاب وليس للمحكمة أن تتخلى عن القضية إذا تبين لها صبغتها الجنائية لأن في ذلك مضرة للمتهم وهو المستأنف الوحيد وأن القول بخلاف ذلك فيه خرق لأحكام الفصل 216 م إ ج ويترتب عنه تعكير حالة المتهم ومساس بمصلحته الشرعية وأن الفصل 199 م إ ج اقتضى أنه تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو القواعد الإجرائية الأساسية أو مصلحة المتهم الشرعية خاصة وقد سبق لمحكمة التعقيب أن أصدرت قرارها عدد 10489 بتاريخ 29/01/2014 بالنقض والإحالة في نفس هذا الإطار لخرق القانون ولأحكام الفصل 216 م إ ج .

المحكمة

1/ في تعهد الدوائر المجتمعة:

وحيث اقتضى الفصل 191 من م م م ت أن "القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض يرجع الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الحكم المنقوض في خصوص ما تسلط عليه النقض وإذا كان النقض مع الإحالة على محكمة أخرى وحكمت هذه المحكمة بما يخالف ذلك ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع من أجله أولاً فإن محكمة التعقيب متألفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونية الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة".

وحيث إن محكمة الحكم المنتقد بوصفها محكمة إحالة قضت بما يخالف المستندات القانونية الواردة بالقرار التعقيبي في مناسبتين، فتم الطعن مجدداً في حكمها للأسباب نفسها وبذلك أضحي الخلاف واقعا في مجال اختصاص الدوائر المجتمعة المؤهلة لحسمه في إطار الفصل 191 من م م م ت.

2/ عن المطعنين لتداخلهما واتحاد القول فيهما:

حيث ينعى الطاعنون على الحكم المطعون فيه خرق القانون يعيب قرار التخلي يفتقد لأسائده القانونية والواقعية عملا بأحكام الفصلين 199 و216 من مجلة الإجراءات الجزائية.

وحيث بالرجوع إلى أوراق الملف يتبين أن النيابة العمومية بالحكمة الابتدائية بالمهدية أحالت الطاعنين على المجلس الجنائي لمقاضاتهم من أجل الاعتداء بالعنف الشديد الناجم عنه تشويه بالوجه فأصدرت تلك المحكمة حكمها عدد 4629 بتاريخ 14/03/2014 في اعتبار جريمة الاعتداء بالعنف الشديد الناجم عنه تشويه بالوجه المنسوبة للطاعنين من قبيل الاعتداء بالعنف الشديد المجرد مناط الفصل 218 من م ج وإدانة كل واحد من المتهمين وتم الطعن بالحكم المذكور بالاستئناف من قبل المحكوم ضدهم فقط -دون النيابة العمومية - فأصدرت محكمة الاستئناف بالمنستير قرارها عدد 651 بتاريخ 19/06/2014 أوردت فيه أن محكمة البداية قد أذنت بعرض المتهم "ح" على الفحص الطبي إلا أنها لم تنتظر نتيجة الاختبار لتصدر حكما في القضية وقد وردت نتيجة الاختبار الطبي والتي يتبين بالاطلاع عليها أن المتهم المذكور قد أصيب بنسبة عجز بدني نتيجة العنف الذي تسلط عليه بلغت نسبته 22% وبما أن المحكمة بتقيد بالأفعال المحالة عليها ولا بتقيد بالوصف الواقع إكساؤه من طرف النيابة العمومية على تلك الأفعال وبما أن الاعتداء الذي تسلط على المتهم "ح" قد خلف له سقوطا بدنيا قدره 22% فإنه لا يكون مشمولا بأحكام الفصل 219 من م ج ويجعل القضية خارجة عن أنظار محكمة البداية لصبغتها الجنائية ووفق ما اقتضاه الفصل 169 من م ج وقضت بنقض الحكم الابتدائي والتخلي عن النظر في القضية وبموجب الطعن بالتعقيب قضت هذه المحكمة بالنقض والاحالة على أساس مخالفة الفصل 216 من م ج القاضي بأنه لا يضر الطعن بطعنه غير أن محكمة الإحالة تمسكت بموقفها في التخلي عن النظر في القضية لصبغتها الجنائية وغلبت قواعد الاختصاص على مصلحة المتهم في أنه لا يضر بطعنه وقد اقتضى الطعن ثانياة لنفس السبب القانوني عرض القضية على نظر الدوائر المجتمعة وذلك للبت في الاشكال المتمثل في تراحم مبدأين قانونيين الأول يهم قواعد الاختصاص الحكمي وتنظيم العادلة، وهو وجوب احترام قواعد الاختصاص وأنه على المحكمة التي تتعهد بالنزاع أن تصرح بخروجه عنها وتختلي عنه كلما اتضح لها عدم اندراجها في اختصاصها الحكمي والثاني يخص مصلحة المتهم الشرعية وبالتحديد مبدأ أن لا يضر الطاعن بطعنه فلا يمكن لمن طعن في حكم جزائي، لم يرض به، أن يتم تعكير حالته طالما أن النيابة العمومية لم تطعن ورضيت بالعقوبة المسلطة. فهل يتم تسبيق مصلحة المتهم الشرعية على قواعد الاختصاص أم العكس سيما وأن كلاهما يهم الإجراءات الأساسية في التقاضي التي لها علاقة بالنظام العام؟

وحيث أنه من الثابت أن صون الكرامة الانسانية هي من المبادئ الثابتة التي لا تتغير بفعل الزمن ولا يمكن النيل منها فهي المعطى الثابت منها مصلحة المتهم الشرعية في أنه لا يضار بطعنه وأما المتغير فهي أصناف التنظيم القضائي بحسب السياسة الجزائية التي تختارها كل دولة وما تمليه سياستها الجزائية وهي بذلك من المتغيرات بمرور الأزمنة وتطور المجتمعات فما كان يصنف في مخالفة مثلا يمكن أن يتغير في تصنيفه في جنحة كلما دعت الحاجة إلى التصدي لظاهرة معينة كالمخالفات المرورية مثلا بما يعني أن تحديد اختصاص كل محكمة وتصنيف كل جريمة هو من المتغيرات ومنه يطرح السؤال ما هو المبدأ الذي يسبق على الآخر هل الثابت ، وهو عدم إضرار الطعن بطعنه في النزاع الحالي ؟ أم هو المتغير، وهي قواعد الاختصاص؟

وحيث أن "علوية" الحقوق المتصلة بالكرامة الإنسانية، وفي صورة الحال عدم تضرر المتهم بطعنه، على منظومة الإجراءات والاختصاصات القضائية تُستفاد من خلال أفراد القانون الأساسي طبق الفصل 65 من الدستور التونسي مسألة تنظيمها وإقرار الضوابط عليها، "تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بالمسائل التالية: الحريات وحقوق الإنسان"، في حين أقر ذات الفصل منظومة الإجراءات والاختصاصات القضائية من مجال القانون العادي، "تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة ب... الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم وضبط الجنايات والجنح والعقوبات المنطبقة عليها وكذلك المخالفات المستوجبة لعقوبة سالبة للحرية"، وعليه لا يمكن الحد أو المساس من حق أساسي بموجب نص قانوني عادي وعلى الهيئات القضائية عند التزاحم المتزامن لقواعد قانونية كما هو الحال في القضية الراهنة، أن تغليب حماية الحقوق على قواعد الاختصاص سيما وأن تسبق قواعد الاختصاص يؤدي إلى المساس بجوهر حق عدم تضرر المتهم بطعنه، عن الحق الثابت والمتأصل في الانسان.

وحيث نصّ الفصل 216 من مجلة الإجراءات الجزائية أنه "إذا كان الاستئناف صادرا عن ممثل النيابة العمومية فلحكمة الاستئناف أن تقرر الحكم أو تنقضه كلاً أو بعضاً لفائدة المتهم أو ضده. وإذا كان الاستئناف صادرا عن المتهم أو المسؤول مدنيا فقط فليس للمحكمة أن تعكّر حالة المستأنف". وإذا كان الاستئناف صادرا عن القائم بالحق الشخصي فقط فليس لها أن تعدل الحكم بما يضر بحقوقه".

وحيث من الثابت أن الإجراءات شرعت لحماية الأطراف ولتكون المسلك الذي يضمن لهم محاكمة عادلة ومنها بالأساس ضمان مصلحة المتهم الشرعية ومنه فإن محكمة الحكم المنتقد لما تخلت عن النظر في الملف المعروض عليها لصبغته الجنائية بقولها تكون بذلك قد تجاوزت مانعا إجرائيا أساسه المنع من تعكير حالته المتهم المستأنف بمفرده سيما وأن عبارة "تعكير حالة المتهم" الواردة بالفصل المذكور في فقرته

الثانية جاءت مطلقة ولم تحدد صورة معينة سواء ما تعلق بالترافع في العقاب مثلا ويتوجب حينئذ أخذها على إطلاقها وسحبها على جميع حالات المس من مصلحة المتهم الشرعية.

وحيث وعلى ذلك ليس للمحكمة أن تتخلى عن القضية إذا تبين لها صبغتها الجنائية إذا كان المتهم هو المستأنف الوحيد ويرمي الانتفاع من الطعن لأن في ذلك مساس بمصلحته الشرعية وتعكير لحالته ولذلك وجب عليها في هذه الصورة تغليب قاعدة حماية المصلحة الشرعية على حالة الاختصاص.

وحيث ومن جهة أخرى فإن المحكمة قد حرمت المتهم من درجة من درجات التقاضي المضمونة دستوريا وتشريعيا، فلم تتمكن من مناقشة محتوى الاختبار والطعن في محتواه وحتى المطالبة بإعادة الاختبار ضمانا للحقوق وصونا للحقوق وضمنا للمحاكمة العادلة.

وحيث أن ما اعتمده القرار المنتقد من ترجيح لمقتضيات قواعد الاختصاص الحكمي والقضاء بالتخلي عن القضية لصبغتها الجنائية استنادا لأحكام الفصل 169 م إ ج على حساب قاعدة عدم جواز تعكير حالة المتهم إذا كان الاستئناف صادرا عنه دون النياية العمومية وفقا لأحكام الفصل 216 م إ ج جاء مخالفا لقاعدة مبدأ الأثر الناقل للاستئناف الذي يقيد محكمة الدرجة الثانية بالنظر في الجزء المستأنف من الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى ذلك أن تجاوز محكمة الدرجة الثانية لما هو محدد بمسندات الاستئناف يعتبر خروجاً عن اختصاصها عند النظر في غير ما طلب منها، من ذلك الحكم بالتخلي عن القضية لصبغتها الجنائية، طالما أنه يفضي إلى تعكير حالة المتهم المستأنف بمفرده دون النياية العمومية، ما يشكل خرقاً لمبدأ المفعول الناقل للاستئناف الذي تقوم عليه قاعدة لا يضر الطعن بطعنه الواردة بالفصل 216 م إ ج والتي تعتبر من أهم الضمانات الممنوحة للمتهم أثناء المحاكمة لدى الطور الاستئنافي.

وحيث أن التخلي عن القضية لصبغتها الجنائية رغم ان الاستئناف صادر عن المستأنفين (الطاعين الآن) دون النياية العمومية وحرمانهم من ممارسة حقهم في الخوض في أصل القضية ومناقشة إجراءات الاختبار الجرى فيها ومضمونه ونتيجته وطلب إعادته عند الاقتضاء تطبيقاً لمبدأ المواجهة وضمنا لقاعدة توازن الإجراءات الجزائية ولمقومات المحاكمة العادلة، يورث القرار المنتقد هضما لحقوق الدفاع مفضيا إلى تعكير حالة الطاعين، ويجعله مستهدفا للنقض بسبب مخالفته لقاعدة إجرائية أساسية تتمثل في عدم جواز تعكير حالة المتهم إذا كان الاستئناف صادرا عنه دون النياية العمومية ما يشكل خرقاً لقواعد الإجراءات الأساسية ونبلا من مصلحة المتهم الشرعية الموجبان للبطلان تطبيقاً لأحكام الفصل 199 م إ ج.

وتأسيسا على ذلك، كان على محكمة القرار المطعون فيه تقديم المانع المتمثل في عدم جواز تعكير حالة المتهم المستأنف على المقتضي المتمثل في ضرورة مراعاة قواعد الاختصاص الحكي والذي لا يمكن تداركه إثر تعهدها بالقضية بموجب استئناف المتهم دون النيابة العمومية.

وحيث نص الفصل 199 من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه "تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو القواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية والحكم الذي يصدر بالبطان يعين نطاق مرماه". ولا جدال أن قواعد الإجراءات الأساسية الجزائية هي انعكاس واقعي لنظرة الضمير الجماعي للعدالة وبالتالي فالدعوى الجزائية بهذا المعنى تبرز رد فعل المجتمع إزاء مرتكب الفعل الإجرامي الذي يتوجب أن يخضع إلى محرار عقلائي توصلنا للحقيقة وبالتالي القضاء العادل، سيما أن الغاية من وضع قواعد إجرائية أساسية هو ضمان ممارسة السلطة العامة لمرورها في محاربة الجريمة وفق ضوابط تجنبها انتهاك حق الفرد، لذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري التونسي يحرص دائما على توفير الضمانات المنصوص عليها مسبقا لحماية الحريات توصلنا لتحقيق العدالة ولذلك رتب جزاء البطان لكل عمل مخالف للقانون وبهذه الصورة يصبح البطان هو الوسيلة الناجعة لتحقيق سلامة العدالة في مفهومها الشامل وفي مراحل المحاكمة ذلك أن للمحاكمة سلطة قانونية وواقعية في مراقبة الإجراءات والنظام العام ومصلحة المتهم الشرعية وتمتد سلطتها إلى كامل المراحل القضائية بحثا وحكما وتنفيذا..

وحيث لا جدال أن المشرع التونسي رتب جزاء البطان عن مخالفة قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية ومصلحة المتهم الشرعية ومنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد حالات البطان وما يترتب عنها من آثار.

وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه لما قضت بالتخلي عن القضية لصبغتها الجنائية رغم أن المتهم هو الطاعن الوحيد في قضاء محكمة البداية تكون بالضرورة قد خرقت مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 216 من مجلة الإجراءات الجزائية وعكرت حالة المتهم ومست مصلحة الشرعية وأخلت بحقوقه المكتسبة مما يجعل اجتهادها مشوبا بالبطان وفق مقتضيات وأحكام الفصل 199 من م إ ج لتعلق الأمر بخرق الإجراءات الأساسية وتعين عليها النظر في الطعن على حالته من جهة الأصل إقرارا أو نقضا أو تعديلا.

وحيث جاء الحكم المنتقد خارقا للقانون وضعيف التعليل ويتجه التصريح بنقضه مع الإحالة وإعفاء الطاعنين من الخطية.

ولهاته الأسباب:

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالمنستير للنظر فيها مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع معلوما المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بتاريخ 25 نوفمبر 2021 برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية السادة رؤساء الدوائر نازك كادة وعبد السلام ديمق ونجوى الملولي ونعيمة رحيم وثريا الجريبي وكوثر السعدي ولطفية البغدادي وسارة العياري ومفيدة الشوالي وعبد المجيد بوريقة وسلوى النهدي وماجدة بن غربية ومنيرة النحالي ومفيدة الصوي ووسيلة التليلي وروضة أويش وهاجر المحرزي وحياة البصلي وآية بن ملوكة ومحمد العسكري والمنجي شلغوم وعادل الأندلسي ورياض الإمام ورياض الموحلي وليلى الجباري وملياء الحمامي وزهرة السلامي ومحمد كمال دويك وليلى الذويبي وزكية الماجري وروضة القراني وصوفية بن عاقلة ووجدي الهذلي ومريم البكوش والسادة المستشارين يوسف بن رمضان ومكرم الخذري ونجوى الغربي وأسماء عبد الغفار ورشيد الشياوي وبسمة بون وولياء الرزقوني وزهير حسني ومحمد صالح الجدي ونجلاء المصمودي وسلوى بن علي وهناء سخون وإيمان الكلاعي وجعفر الربعاوي وهاجر الخالدي ونادرة بن سالم وهندة عباس وزينب لغلوغ وكمال بوكثير وعادل الأخضر وشادية الموم وأنور مليح وعبد الكريم كعون وعبد الباسط خالدي وفانر بركات وماهر كنو وهالة البجار ومحمد المعز العروسي ومفيدة الداغي ونبيهة العويني وزهرة المحجري ونجلاء نصير وإسماعيل بن موسى وريم بوزيان ومحمد علي يمن ومحضر السيد شكري التريكي مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة نسرین الطرشاني.

حرر في تاريخه

قرار الدوائر المجتمعة عدد 67068/76067 المؤرخ في 21 نوفمبر 2019

صدر برئاسة السيد منصف الكشو

المادة: إجراءات جزائية

المراجع: الفصل 103 من الدستور- الفصل 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية-
الفصلين 192 و248 من م. م. م. ت. والفصول 199 و218 و298 من م. ا. ج.

المفاتيح: مبدأ حياد القاضي- سبق إبداء الرأي- تنظيم قضائي- حقوق الإنسان- الحق في محاكمة عادلة-
تأويل-التناسب- غايات منظومة الإجراءات الجزائية-النظام العام.

المبادئ:

.مبدأ حياد القاضي، أي عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه، يندرج ضمن إحدى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم القضائي العدلي التونسي. فهو مرتبط من جهة أولى وثيق الارتباط بالعدل كقيمة، بل هو جوهر العدالة نفسها أو عنصرها الأساسي، وبشكل لذلك حجر الزاوية لمرفق القضاء العدلي. كما يعد من جهة ثانية خاصية أساسية من خصائص حقوق الإنسان المتمثلة في الحق في محاكمة عادلة.

. تأويل القانون يجب أن يكون متناسبا تناسبا معقولا مع أهداف وغايات منظومة الإجراءات الجزائية. ذلك أن التأويل على النحو الذي ذهبت إليه محكمة الإحالة من شأنه أن يترتب عنه نزع صفة النظام العام على نص الفصل 248 خامسا من م م م ت ويفرغه من محتواه رغم عمومية المنع وعبارات التحجير التي تضمنها.

أصدرت محكمة التعقيب بدواؤها المجتمعة القرار التالي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب الأول المقدم من الأستاذ "م. ب" بتاريخ 26 أفريل 2018 والمسجل تحت عدد 67068 مصحوبا بما يفيد خلاص المعالم القانونية،

نيابة عن المتهم "ص. ج".

وعلى مطلب التعقيب الثاني المقدم من الأستاذة *** بتاريخ 24 أفريل 2018 والمسجل تحت عدد 76067 من قبل المتهم بواسطة محاميه مصحوبا بما يفيد خلاص المعالم القانونية،

نيابة عن المتهم "ق.م".

ضد: 1- الحق العام،

2- القائمة بالحق الشخصي "م.ج" في حق إبنا القاصر "ن.خ". طعنا في القرار الجنائي عدد 8689 الصادر عن محكمة الإستئناف بنابل بتاريخ 19/04/2018 والقاضي نصه: " قضت المحكمة نهائيا حضوريا في حق المتهمين ** و** وغيابيا في حق المتهم حسان بقبول الإستئناف شكلا وفي بإقرار الحكم الابتدائي في فرعيه الجزائي والمدني".

وعلى قرار السيد الرئيس الأول لهذه المحكمة والقاضي بإحالة الملف على الدوائر المجتمعة مع عرضه على السيد وكيل الدولة العام لتقديم طلباته، وتكليف المستشار المقرر السيد حاتم بن جماعة بإعداد الدراسات القانونية اللازمة لتهيئة القضية للفصل.

وعلى طلبات الادعاء العام المؤرخة في 11 جويلية 2019 الرامية إلى قبول مطلي التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بنابل لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليها.

وعلى أوراق القضية وكافة الإجراءات فيها. وبعد المفاوضة القانونية صُرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلبا التعقيب جميع الشروط والصيغ القانونية المنصوص عليها بالفصول 261 و262 و263 من م إ ج وأضحيا حريين بالقبول شكلا.

من حيث الأصل:

حيث تتلخص وقائع ملف قضية الحال أنه بناء على الأبحاث المجرأة في القضية بواسطة أعوان الضابطة العدلية التابعين لمركز الأمن الوطني بقرمبالية حسب محضرهم عدد 75 بتاريخ 07/05/2014 وأعوان فرقة الشرطة العدلية بقرمبالية حسب محضرهم عدد 105 بتاريخ 08/05/2014 تقدم الشاكية "م.ج" بشكاية مفادها أن ابنا "ن.خ" البالغ من العمر ثمانية سنوات والذي يدرس بالسنة الثالثة من التعليم الابتدائي بالمدرسة الابتدائية الروضة تردت نتائج الدراسة وبتوليها تفقده اكتشفت يوم 07/03/2014 وعلى إثر عودته من المدرسة أن ملابسه الداخلية متسخة بفضلاته البشرية وأن دبره مفتوح وعند

مواجهتها له بالأمر أعلمها أن شابا يرتدي جمازة جلدية يجهل هويته له مثبت أسنان بغمه ويعمل بجنيزة حي الازدهار يأتيه إلى المدرسة في أوقات مختلفة ويستدرجه إلى بيت الراحة وهناك يتولى مفاحشته من دبره وتمسكت بتبع كل من يثبت إدانته. وبسماح الطفل المتضرر حقق تعرضه للمفاحشة من أكثر من نفر في ظروف وبطرق مختلفة.

وحيث باستكمال الأبحاث الأولية أذنت النيابة العمومية بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية بفتح بحث تحقيقي سجل تحت عدد 30672 وصدر قرار ختم البحث بتاريخ 15/05/2014 القاضي بتوجيه تهمة الاعتداء بفعل الفاحشة على طفل بدون رضاه لم يبلغ سنه 18 عاما طبق الفصول 228 من ق ج على المتهمين "ق.م" و"ص.ج" شهر "***" وإحالتهم على دائرة الإتهام بمحكمة الاستئناف بنابل لتقرر في شأنهما ما تراه والحفظ في من عداهما.

وحيث قررت دائرة الإتهام بتاريخ 29/05/2014 تحت عدد 9846 نقض قرار ختم البحث جزئيا فيما انتهى إليه من حفظ، وتوجيه تهمة الاعتداء بفعل الفاحشة على طفل بدون رضاه لم يبلغ سن 18 عاما طبق الفصول 228 من ق ج على المتهمين "ق.م" و"ص.ج" شهر "***" و"ح.إ" وإحالتهم على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية لمقاضاتهم من أجل ما ذكر.

وحيث أصدرت الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية حكمها عدد 6608 بتاريخ 05/11/2014 والقاضي نصه: "قضت المحكمة ابتدائيا حضوريا بثبوت إدانة المتهمين "ق.م" و"ص.ج" فيما نسب إليهما وسجن كل واحد منهما مدة اثني عشر عاما وحمل المصاريف القانونية عليهما وبدعم سماع الدعوى في حق من عداهما وإبقاء الهاتف الجوال والمحجوز وشريحة النداء على ذمة صاحبها المدة القانونية وقبول الدعوى المدنية شكلا وفي الأصل بتغريم المتهمين "ق.م" و"ص.ج" متضامين بأن يؤدي للقائمة بالحق الشخصي مبلغ عشرة آلاف دينار تعويضا عن الضرر المعنوي اللاحق بالمقام في حقه "ن.خ" ومبلغ خمسمائة دينار لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وحمل مصاريف الدعوى المدنية على القائمة بها ولها حق الرجوع بها على من يجب قانونا والإذن بتأمين المبالغ المقضي بها تعويضا عن الضرر المعنوي بأحد المصارف البنكية لا تصرف منها إلا بإذن قضائي خاص ممن له النظر."

وباستئنافه من طرف النيابة العمومية والقائمة بالحق الشخصي والمتهمين المحكوم عليهما قضت محكمة الاستئناف بنابل تحت عدد 7308 بتاريخ 07/05/2015 "نهائيا حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي".

وقد تمسك لسان الدفاع خلال هذا الطور ببطلان الحكم الابتدائي المطعون فيه لمشاركة قاض سبق له إبداء الرأي في القضية بإصدار الحكم فيها وهو رئيس الدائرة الذي شغل خطة مساعد للوكيل العام وكان بصفته تلك ممثلا للنيابة العمومية في إطار قرار دائرة الإتهام عدد 9846 المؤرخ في 29/05/2014 المشار إليه أعلاه في باب الإجراءات والذي تعهدت بموجبه الدائرة الجنائية بملف القضية غير أن محكمة الإستئناف ردت ذلك الدفع بمقولة أن مساعد الوكيل العام ينتمي عضويا ووظيفيا إلى النيابة العمومية ولا يجوز بحكم القانون التجريح فيه لأنه لا يملك سلطة الإحالة التي تمارسها دائرة الإتهام ولا تمتلك الوكالة العامة أي سلطة في تقدير الإحالة من عدمها ولا يعتبر المساعد مبديا لرأيه في الأصل لكونه خاضع رئاسيا للوكيل العام أي النيابة العمومية ككل ولو كانت الطلبات شفاهية لكان الأمر مختلفا لأن المشرع ترك لممثل الإدعاء الحرية التامة في الترافع شفاهيا وقيدها كتابيا وكنتيجة لذلك فإن تقديم طلبات كتابية لا يمكن اعتبارها من قبيل إبداء الرأي لكونها طلبات مرؤوسة.

وهو الحكم الذي عقبه في مناسبة أولى المتهمين "ق.م." و"ص.ج." بواسطة محاميها الأستاذين "ع.ق." و"م.ب." ناعيين عليه مخالفة القانون في خصوص أحكام الفصل 248 من م م م م ت وضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع معيدين التمسك كليهما ببطلان الحكم الابتدائي لمشاركة قاض سبق له إبداء الرأي في القضية.

وحيث فقضت محكمة التعقيب تحت عدد 33299 بتاريخ 07/04/2017 بالنقض والإحالة استنادا إلى خرق القانون لثبوت مشاركة القاضي *** في هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي الابتدائي والحال أنه سبق له أن أبدى رأيه في الملف بصفته ممثلا للنيابة العمومية لدى دائرة الإتهام و قدم طلبات لديها تمسك بها بما يمثل خرقا للفصل 248 من م م م م ت بما يجعل الحكم الابتدائي باطل تطبيقا لمقتضيات الفصل 199 من م إ ج وكان على محكمة الحكم المنتقد في هذه الحالة تطبيق مقتضيات 218 من م إ ج في فقرته الثانية وطالما لم تفعل وقضت بإقرار الحكم الابتدائي الموجب للإبطال تكون قد خرقت القانون.

وحيث وبإعادة نشر القضية مجددا قضت محكمة الإحالة بالحكم المضمن نصه بالطلع مبينة في خصوص الدفع ببطلان الحكم الابتدائي أن أحكام التجريح في الأحكام تبقى خاضعة لمجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م م م م ت طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية باب كامل للتجريح في الأحكام بها في المادة الجزائية وأن التججير الوحيد الصريح الوارد بمجلة الإجراءات الجزائية حول مشاركة من سبق له أن قدم طلبات سواء كانت كتابية أو شفاهية باعتباره قلم ادعاء في

اصدرا الحكم في الأصل، كان في مادة التعقيب بالفصل 268 من م إ ج، وباستثناء ذلك فإنه لا تجرئح في قلم الإدعاء وأنه لا قياس في مادة الإجراءات خاصة وأن النيابة العمومية لا تتجزأ وأن طلباتها تمثل وجهة نظر الإدعاء ولا تمثل رأي شخصي. وطالما لم يمنع المشرع في باب إجراءات الإستئناف من سبق له لعب دور النيابة العمومية المشاركة في الحكم في الأصل على غرار ما ورد في باب التعقيب فإنه لا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 199 وتباعا الفصل 218 من ذات المجلة لتضيف أنه وعلى فرض توفر التجريح في شخص رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية فإن أحكام الفصل 298 من م إ ج تمنع التمسك بالتجريح بعد معرفة وجهه ومباشرة أي أعمال من الإجراءات وتقديم ملحوظات أمام القاضي المجرح فيه.

وهو الحكم المطعون فيه حاليا من قبل نائي المتهمين معيدين التمسك في شأنه بنفس المطاعن المقدمة في الطعن بالتعقيب السابق التي من بينها بطلان إجراءات الحكم الابتدائي لمخالفته لمقتضيات الفصل 248 من م م ت والفصل 199 من م إ ج.

المحكمة

أولاً: في صحة تعهد الدوائر المجتمعة:

حيث أقتضى الفصل 273 من م إ ج "إذا كان القرار بالنقض مع الإحالة وحكمت محكمة الإحالة بما يخالفه ثم وقع الطعن في هذا الحكم بنفس المطاعن الأولى فإن محكمة التعقيب المتألفة من دوائرها المجتمعة تتولى فصل الخلاف القائم بينها وبين محكمة الإحالة. وقرارها في هذا الموضوع يكون واجب الاتباع من طرف محكمة الإحالة الثانية".

وحيث يتبين من الفصل المتقدم أن نظر الدوائر المجتمعة مشروط بتحقق شرطين متلازمين، أولهما وقوع الطعن في الحكم لنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولاً، وثانيهما مخالفة محكمة الإحالة لقرار النقض في خصوص المسألة القانونية التي استند إليها النقض.

الشرط الأول: وقوع التعقيب الثاني لنفس السبب

حيث طعن المعقبين الآن في القرار الإستئنافي عدد 7308 بتاريخ 07/05/2015 وتمسكا ببطلان الحكم الابتدائي المطعون فيه لمشاركة قاض سبق له إبداء الرأي في القضية. فالقاضي السيد م. د. شارك في الحكم في القضية بوصفه رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية حال أنه سبق أن قدم طلبات فيها بالطور

الإستقرائي في إطار قرار دائرة الإتهام عدد 9846 المؤرخ في 29/05/2014 لما كان يشغل خطة مساعد للوكيل العام.

وحيث تم نقض القرار الاستثنائي المشار إليه استنادا للمطعن المذكور.

وحيث تسلط الطعن الحالي على نفس المطعن المتعلق بخرق أحكام الفصل 248 من م م م م ت، وتبعا لذلك فإن الطعن في الحكم قد تم لنفس السبب الذي تم النقض من أجله، فتحقق معه الشرط الأول لتعهد الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 192 من م م م م ت.

الشرط الثاني: المسألة القانونية التي تسلط عليها النقض

حيث تبين بالإطلاع على القرار التعقيبي 33299 بتاريخ 07/04/2017 أن نقضه للقرار الإستثنائي عدد 7308 بتاريخ 07/05/2015 قد تأسس على أن مشاركة قاض في هيئة المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي الابتدائي والحال أنه سبق له أن أبدى رأيه في الملف بصفته ممثلا للنيابة العمومية لدى دائرة الإتهام وقدم طلبات لديها تمسك بها، يمثل خرقا للفصل 248 من م م م م ت.

وحيث بتعهد محكمة الإحالة من جديد اعتبرت أن أحكام التجريح في الأحكام تبقى خاضعة لمجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م م م م ت طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية باب كامل للتجريح في الأحكام بها في المادة الجزائية وأن التحجير الوحيد الصريح الوارد بمجلة الإجراءات الجزائية حول مشاركة من سبق له أن قدم طلبات سواء كانت كتابية أو شفاهية باعتباره قلم ادعاء في اصدار الحكم في الأصل، كان في مادة التعقيب بالفصل 268 من م م م ج، وباستثناء ذلك فإنه لا تجريح في قلم الادعاء وأنه لا قياس في مادة الإجراءات خاصة وأن النيابة العمومية لا تتجزأ وأن طلباتها تمثل وجهة نظر الإدعاء ولا تمثل رأي شخصي. وطالما لم يمنع المشرع في باب إجراءات الإستئناف من سبق له لعب دور النيابة العمومية المشاركة في الحكم في الأصل على غرار ما ورد في باب التعقيب فإنه لا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 199 وتبعا للفصل 218 من ذات المجلة لتضيف أنه وعلى فرض توفر التجريح في شخص رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية فإن أحكام الفصل 298 من م م م ج تمنع التمسك بالتجريح بعد معرفة وجهه ومباشرة أي أعمال من الإجراءات وتقديم ملحوظات أمام القاضي المجرح فيه.

وحيث يتضح مما سبق أن محكمة الإحالة قد خالفت محكمة التعقيب في المسألة القانونية التي أوردتها بقرارها عدد 33299 بتاريخ 07/04/2017 والتي قضت بالنقض على أساسها.

وحيث وفي ظل وقوع التعقيب لنفس السبب الذي تم النقض من أجله أولاً، واستناداً لثبوت مخالفة محكمة الإحالة للمسألة القانونية التي استند إليها النقض، فقد توفرت الشروط القانونية الموجبة لعرض الملف على الدوائر المجتمعة على معنى الفصل 273 من م.إ.ج.

ثانياً: في المسألة القانونية محل الخلاف

حيث تحور الخلاف القانوني بين محكمة التعقيب ومحكمة الإحالة في مسألتين اثنتين:

-مدى انطباق أحكام الفصل 248 من م م م م ت على المادة الجزائية؟

-هل أن مشاركة قاضٍ في الحكم حال أنه سبق له لما كان ممثلاً للنياحة العمومية بالطور الإستقرائي تقديم طلبات كتابية تمسك بها جلسة، يعد سبق إعطاء رأي فيها؟

1. مدى انطباق أحكام الفصل 248 من م م م م ت على المادة الجزائية؟

حيث اعتبرت محكمة الإحالة في قرارها عدد 8689 الصادر بتاريخ 19/04/2018 أن أحكام التجريح في الأحكام تبقى خاضعة لمجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م م م ت طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية باب كامل للتجريح في الأحكام بها في المادة الجزائية.

وحيث إن القول بأن التجريح في القضاة في القضايا الجزائية يجب الرجوع فيه حصراً إلى مجلة الإجراءات الجزائية ولا مبرر لأي تطبيق لما ورد بمجلة المرافعات المدنية تضمن:

-مخالفة لمجلة الإجراءات الجزائية نفسها التي أوردت صراحة بالفصل 296: " المتهم أو القائم بالحق الشخصي أو غيرهما ممن شملته القضية إذا ظهر له لسبب من الأسباب المبينة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية أن يجرح في حاكم يجب عليه أن يقدم عريضة في ذلك إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف".

-خلطاً بين إجراءات التجريح وأسبابه. فلئن نصت مجلة الإجراءات الجزائية بالبواب السادس منها المتضمن للفصول من 296 إلى 304 على إجراءات خاصة بالتجريح في المادة الجزائية، إلا أنها أحالت في خصوص أسباب التجريح إلى مجلة المرافعات المدنية. أي أن المشرع جعل من حالات التجريح المذكورة بمجلة الإجراءات المدنية هي النظام المشترك للتجريح في الأحكام الذي يحيل عليه بالنصوص الإجرائية الأخرى. فعلى غرار مجلة الإجراءات الجزائية فقد أحالت مجلة التحكيم بالفصل 22 منها أو مجلة الشغل بالفصل 228 صراحة إلى أسباب التجريح الواردة بالفصل 248 من م م م م ت.

وحيث إن مبدأ سريان قواعد الفصل 248 من م م م ت على المادة الجزائية قد استقر عليه فقه القضاء. فقد جاء مثلا بالقرار التعقيبي عدد 71786 الصادر بتاريخ 13/11/2018: ” وحيث ولئن ورد الفصل 248 بمجلة المرافعات المدنية إلا أنه ينطبق على الإجراءات في المادة الجزائية بصريح عبارات الفصل 296 من م إ ج الوارد في باب التجريح في الأحكام [...] وهو ما يؤكد أن أسباب التجريح الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وتحديدًا بالفصل 248 الوارد في الباب السادس من المجلة تحت عنوان ”التجريح في الأحكام“ ينطبق على الإجراءات في المادة الجزائية من حيث صور التجريح“.

2. هل أن الممارسة المتتابعة لوظائف الادعاء العام والحكم يمثل خرقا لواجب الحياد الموضوعي؟

حيث اعتبرت محكمة الإحالة أن مشاركة قاضٍ في الحكم في قضية حال أنه سبق له لما كان ممثلا للنيابة العمومية بالطور الإستقرائي تقديم طلبات ككائية فيها لا يعد سبق نظر في الموضوع. وقد أسست هذا الموقف على مستندين اثنين، أولا هما أن رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية الصادر عنها الحكم الابتدائي كان ممثلا للنيابة العمومية لدى دائرة الإتهام، لذلك لا يمكن التجريح فيه تطبيقا لأحكام الفصل 297 من م إ ج الذي ينص على عدم قابلية التجريح في أعضاء قلم الادعاء العمومي.

أما الأساس الثاني فقد أكدت محكمة الإحالة بمقتضاه أنه وعلى فرض توفر التجريح في شخص رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية فإن أحكام الفصل 298 من م إ ج تمنع التمسك بالتجريح بعد معرفة وجهه، ومباشرة أي عمل من أعمال الإجراءات وتقديم ملحوظات أمام القاضي المجرح فيه.

*في خصوص عدم قابلية التجريح في قلم الادعاء العمومي:

حيث أن ما جاء بالفصل 297 من م إ ج أنه ”لا يقبل التجريح في أعضاء قلم الادعاء العمومي.“ يقتضي عدم توجيه القدرح بناء على الأسباب الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية في قلم الادعاء، والحال أن التجريح في ملف قضية الحال متصل بعضو في القضاء الجالس انتصب للبت في أصل الملف وليس في ممثل النيابة العمومية، وسبب التجريح هو سبق إبدائه الرأي في القضية بصفته كان ممثلا للإدعاء وقدم طلبات ككائية فيها. لذلك وخلافا لما تمسك به قضاة الأصل فإن الفصل 297 من م إ ج لا يحول دون رفع هذا الإخلال المتصل بالنظام العام القضائي في حماية مبدأ حياد القاضي.

**في خصوص مباشرة الطاعن لأعمال الإجراءات مع علمه بالتجريح:

حيث لا جدال في أن مبدأ حياد القاضي، أي عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه،

يندرج ضمن إحدى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم القضائي العدلي التونسي. فهو مرتبط من جهة أولى وثيق الارتباط بالعدل كقيمة، بل هو جوهر العدالة نفسها أو عنصرها الأساسي، ويشكل لذلك حجر الزاوية لمرفق القضاء العدلي. كما يعد من جهة ثانية خاصية أساسية من خصائص حقوق الإنسان المتمثلة في الحق في محاكمة عادلة، والتزاماً أخلاقياً محمول على القاضي.

فقد أوجب الفصل 103 من الدستور التونسي على القاضي "الإلتزام بالحياد". كما شددت العديد من المواثيق الدولية المصادق عليها على هذا الواجب، من ذلك الفصل 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أقرّ حق كل فرد في الإلتجاء إلى "محكمة مستقلة وحيادية"، وكذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعترف منذ سنة 1948 بالحق في محاكمة عادلة من قاض مستقل وحياد.

وحيث تماشياً مع هذا الفهم فقد وردت الفقرة 5 من الفصل 248 من م م م ت المتصلة بسبق إبداء الرأي في صيغة التحجير المطلق صونا لمبدأ "الحياد الموضوعي" للقاضي بما يعني أنها مسألة متصلة بالنظام العام القضائي والإجراءات الأساسية ويترتب عن مخالفتها البطالان: "تجر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على "الحكام": [...] خامسا: في النوازل التي ... سبق منهم إعطاء رأي فيها".

وحيث إن محكمة الإحالة وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ الذي ارتقى به دستور 2014 وأنزله مكانة دستورية واتفقت المواثيق الدولية على كونه، فقد أولت استثناء العمل به الوارد بالفصل 298 من م إ ج ت أو يلا واسعا: "لا يقبل التجريح في الحاكم من الخصم الذي مع علمه بسبب التجريح باشر لديه عملا من أعمال الإجراءات أو قدم له ملحوظات في القضية بدون القيام بالتجريح".

فقد اعتبرت محكمة الإحالة أن "الدفع بالخلل الإجرائي المذكور تجريحا في أحد أعضاء الهيئة المصدرة للحكم المطعون فيه جاء بعد صدور الحكم وأنه لم تقع إثارته من المتهمين رغم مثولهم واستنطاقهم وإعدادهم وتولي نائبيهم تقديم تقارير في شأنهم مما يجعل هذا الدفع غير متجه وغير مقبول".

وحيث إن تأويل القانون يجب أن يكون متناسبا تناسبا معقولا مع أهداف وغايات منظومة الإجراءات الجزائية. ذلك أن التأويل على النحو الذي ذهب إليه محكمة الإحالة من شأنه أن يترتب عنه نزع صفة النظام العام على نص الفصل 248 خامسا من م م م ت ويفرغه من محتواه رغم عمومية المنع وعبارات التحجير التي تضمنها.

وحيث ولئن نص الفصل 298 من م إ ج ت على عدم قبول التجريح في الحاكم من الخصم إلا أنه ربط ذلك بثبوت علم هذا الأخير بسبب التجريح وتوليّه رغم ذلك مباشرة أعمال الإجراءات لديه.

وحيث تبين بالإطلاع على حيثيات قرار محكمة الإحالة أنها افترضت علم المعقبين الآن بالقدح في رئيس الدائرة الجنائية الابتدائية افتراضاً، حال أنه وإن تولى محاميهما فعلاً تقديم ملحوظات في القضية بالطور الابتدائي والترافع فيها أمام رئيس الدائرة المذكور الذي سبق أن شغل في نفس القضية منصب الادعاء العام، فليس من المسلم به أنهما كانا في زمنه على علم بهويته الشخصية، كما ليس مفترضاً في لسان الدفاع معرفة هوية الحاكم خاصة إذا كانت المحكمة ذات تركيبة جماعية، فضلاً على أنه لا يمكن تحميله واجب العلم بأسماء جميع القضاة والخطط التي شغلها سابقاً.

وحيث تتدعم هذه القراءة بالصياغة التشريعية التي تبناها الفصل 298 من م إ ج نفسه إذ أكد صراحة على أن التجريح لا يقبل إلا متى باشر الخصم أعمال الإجراءات "مع علمه" أي رغم علمه وهو علم يجب إثباته ولا يقوم على الظن أو الإحتمال.

وحيث طالما لا شيء في الملف يثبت بصفة لا لبس فيها علم نائبي المتهمين بسبب التجريح فإنه لا يمكن إسقاط إحدى المبادئ التي يقوم عليها التنظيم القضائي واستبعاد ضمانات أساسية من الضمانات الإجرائية لحياة القاضي المرتبطة بالحق في المحاكمة العادلة. وتعين لهذا السبب تطبيق القواعد المتعلقة بسبق النظر في الموضوع كيفما استقر عليه فقه قضاء الدوائر المجتمعة.

وحيث استقر فقه قضاء الدوائر المجتمعة على التأكيد أنه ولئن لم يعرف المشرع الخطأ البين كسبب يبرر الطعن بالتعقيب كما لم يحدّد مفهومها لعبارة "سبق منه النظر في الموضوع"، فإنه مما لا جدال فيه أن إرساء هذه القاعدة يأتي في إطار تكريس مبدأ أساسي من المبادئ العامة المنظمة لمرفق العدالة المنصوص عليه بالفصل 103 من الدستور، والمتمثل في مبدأ حياد القاضي. فأساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه إنما هو استبقاء مظهر الحياد لدى القاضي عند البت في النزاع (قرار الدوائر المجتمعة عدد 406 بتاريخ 14/02/2019، وعدد 415 بتاريخ 04/07/2019).

وحيث يُفضي هذا المبدأ إلى عدم صلاحية القاضي للنظر في قضية معينة لوجود صلة سابقة بينه والدعوى المعروضة عليه تبعا لسبق إبداء رأيه فيها، أي وجود فكرة مسبقة لديه عن الدعوى يحتمل أن يميل للأخذ بها، وهو ما يُخلّ بموضوعيته وحياده، ويتعارض مع ما يُشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها، ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزناً مجرداً، ولا يجد نفسه مدفوعاً إلى التشبث برأيه الذي أبداه مخالفاً بذلك مجرى العدالة.

وحيث إن سبق النظر في الموضوع هي قاعدة إجرائية، وبهذا المعنى فهي لا تفيد الإطلاق وإنما تأوّل تأويلاً ضيقاً، ويبقى تقديرها من جهة أولى رهين توفر شروط محددة، ومن جهة ثانية يُنظر فيها حالة بحالة وفقاً لمعطيات وظروف كل قضية، ولا يكفي بالتالي مجرد الظاهر منع الجمع المتتالي للوظائف القضائية.

وحيث لا بد من توفر ثلاثة شرط لقيام حالة سبق النظر في الموضوع: (قرارات الدوائر المجتمعة عدد 345 بتاريخ 26/04/2018 وعدد 2015/350 بتاريخ 02/03/2017 وعدد 406 بتاريخ 14/02/2019، وعدد 415 بتاريخ 04/07/2019).

1. أن يكون القاضي قد سبق أن أبدى رأياً في الدعوى المعروضة عليه ثانية.
2. أن يكون نظره في نفس المسار القضائي للقضية.
3. أن يتعلق الأمر بنفس موضوع القضية سواء بالنسبة للوقائع أو السند القانوني أو الطلبات.

وحيث بتزليل هذه الشروط على ملف قضية الحال يتبين أن رئيس الدائرة الجنائية قد شارك في إصدار الحكم الابتدائي رغم سبق معرفته لنفس موضوع القضية ضمن ذات المسار القضائي لما كان يشغل عضواً بالادعاء العام.

وحيث إن المشاركة ممن سبق له النظر في الموضوع إنما هي مشاركة نفس القاضي وإبداء رأيه في مسألة قانونية أو واقعة قانونية لها تأثير على وجه الفصل في النزاع المعروض عليه ثانية. ذلك أن أساس رغبة المشرع من خلال عدم جواز إبداء الرأي فيما سبق إبداء الرأي فيه هو صون مبدأ الحياد الموضوعي للقاضي واستبقاء مظهره لديه عند البت في النزاع خشية أن يؤثر رأيه السابق على رأيه اللاحق.

وحيث إن تقديم القاضي السيد م. د. لطلبات في قضية الحال في اتجاه الإدانة لما كان يمثل النيابة العمومية لدى دائرة الإتهام وتمسكه بها جلسة، يعد إبداء رأي منه ضرورة أنه كشف عن موقفه من القضية مما يمنعه بعد ذلك من الانتصاب مجدداً للحكم فيها بأي صفة كانت لما لرأيه السابق من تأثير على وجه الفصل اللاحق في القضية، وهو ما من شأنه أن يولد لدى المتقاضين إحساساً مبرراً بعدم الأمان من ضمان الحياد الموضوعي للمحكمة.

وحيث نص الفصل 199 من م.إ.ج: "تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية. والحكم الذي يصدر بالبطالان يعين نطاق مرماه".

وحيث أضحى بذلك الحكم الابتدائي الجنائي الذي شارك ممن سبق منه إبداء رأي فيه، باطل وكان على محكمة الإحالة مُعانة ذلك ثم تصحيحه والحكم في أصل القضية تطبيقاً لأحكام الفصل 218 من م.إ.ج.

وحيث ترتيباً على ما تقدم فإن القرار الإستثنائي عدد 8689 لما لم يفعل ذلك واعتبر بأنه لا مبرر للرجوع لمقتضيات الفصل 248 من م.م.ت. طالما خصصت مجلة الإجراءات الجزائية باب كامل للتجريح في الحكم في المادة الجزائية وأن النيابة العمومية لا تتجزأ وتمثل وجهة نظرها رأي الإدعاء لا رأياً شخصياً، يجعل قرارها مستهدفاً للنقض والإحالة واتجه التصريح بذلك وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض القرار المطعون وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بنابل للنظر فيها مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 21 نوفمبر 2019 برئاسة السيد الطيب راشد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب؛

وعضوية رؤساء الدوائر السادة:

نازك كادة، البشير المطوي، نجوى الملوي، لطيفة البغدادي، سارة العياري، عبد المجيد بوريقة، محمد عماد بن عبد الجليل، ماجدة بن غربية، وسيلة التليلي، روضة اويش، حياة البصلي، آية بن ملوكة، رضا العرعوري، بسمة العيساوي، مفيدة المداغي، رياض الامام، رياض الموحلي، لمياء الحمامي، ثريا بن منا، محمد كمال دويك، زكية الماجري، روضة القرافي، صوفية بن عاقلة؛

والمستشارين السادة:

هاجر الخالدي، هناء سخون، ليلي الجباري، سلوى سلامة، وريدة الغري، محمد علي يمن، وجدي الهذيلي، سامي الدايش، رشيد الشياحي، بديع بن عباس، علية القاطري، حاتم بن جماعة، راضية المنتصر، هندة العلاقي، عدنان عبد اللطيف، مريم البكوش، زينب لغلوغ، مكرم الخذري، عادل الأخضر، نجلاء المصمودي، سهام الشاهد، لطيفة الحصري، رجاء بوسمة، إيمان الشرفي، أنور المليح،

بسمة بودن، محمد الورهاني، ماهر كنو، عبد الباسط الخالدي، فاخر بركات، محمد بن منصور، سميرة الحويوي؛

ومحضر السيد المنتصر صفطة مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة نسرین الطرشاني.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 24346 / 25343 / 25344 مؤرخ في 19 نوفمبر 2021

صدر برئاسة السيد رياض الإمام

المادة: قانون جزائي

المراجع: الفصل 49 من دستور - الفصل 215 من م. ا. ج.

المفاتيح: الإحالة بالأحوط - مبدأ التناسب كمبدأ دستوري يتميز بالعلوية وكبدأ أساسي من مبادئ القانون الجزائري - مبدأ التناسب ملزم للقاضي الجزائري - تناسب قرار الإحالة مع مقاصد واضع القانون وقائع القضية.

المبادئ:

- . ما يعرف بالإحالة بالأحوط غير المكرس قانونا لا يمكن بحال أن يخالف مبدأ التناسب كمبدأ دستوري صريح يتميز بالعلوية وكبدأ أساسي من مبادئ القانون الجزائري.
- . مبدأ التناسب كمبدأ دستوري مثلها هو ملزم للمشرع عموما وللمشرع الجزائري خصوصا فن باب أولى أن يكون ملزما للقاضي الجزائري في مرحلتي الاتهام والحكم سواء بسواء.
- . هذه الإلزامية تصبح أكثر إلحاحا بعد استيفاء المرحلة الاستقرائية بما يستوجب معه أن يكون قرار الإحالة متناسبا في مضمونه مع مقاصد واضع القانون من جهة ومع وقائع القضية من جهة أخرى.
- . والوقوف على مدى احترام مبدأ التناسب من طرف قاضي الاتهام هو من صميم عمل محكمة التعقيب الرقابي على حسن تطبيق القانون بما يحقق الموازنة المطلوبة بين طبيعة الفعلة وخطورة التهمة.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي

وبعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 25343 المقدم بتاريخ 2 أوت 2021 من طرف الأستاذة "ه.ع" ش .

في حق المظنون فيه "ع.ق" قاطن بطريق الأفران **** صفاقس ينوبه كذلك الأستاذ "ح.س"

ضد النيابة العمومية.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 25345 المقدم بتاريخ 30 جويلية 2021 من طرف الأستاذ "ع.ع"

في حق المظنون فيه "ع.ز" قاطن بطريق *** صفاقس كلم 4 *** ضد النيابة العمومية .

وبعد الاطلاع على مطلب التعقيب عدد 25344 المقدم بتاريخ 2 أوت 2021 من طرف الأستاذ "ع.م" حق المظنون فيه "م.ج" قاطن بطريق *** صفاقس نيوبه كذلك الأستاذ "ك.ج" ضد النيابة العمومية.

وذلك طعنا في القرار الصادر عن دائرة الاتهام لدى محكمة الاستئناف بالقيروان تحت عدد 2435 بتاريخ 16 جويلية 2021 والقاضي نضه: قررت الدائرة قبول مطالب الاستئناف شكلا وفي الأصل بتأييد قرار ختم البحث وتوجيه تهمة إعطاء مواد للغير نتج عنها الموت وتعهد إعطاء مواد للغير نجم عنه مرض أو عجز عن الخدمة على المظنون فيهم 1 "ي.ع" 2 "س.ع" كتوجيه تهمة المشاركة لهما في ذلك على المظنون فيهم "م.س" و"ف.ت" و"ع.ق" و"س.ذ" و"ع.ز" و"ع.ق" و"م.ج" وإحالتهم على الحالة التي هم عليها مع ملف القضية والمحجوز على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان لمقاضاتهم من أجل ذلك طبق أحكام الفصلين 32 و 215 من المجلة الجزائية ورفض مطالب الإفراج وإصدار بطاقة إيداع في شأن المظنون فيهم "ي.ع" و"س.م" و"م.س" و"ف.ت" و"س.ذ" و"ع.ز" و"ع.ق" و"م.ج" وإعلام من يهيمه الأمر بالقرار .

وبعد الاطلاع على الملاحظات والطلبات الكتابية المقدمة من السيد المدعي العمومي لدى هذه المحكمة

وبعد المفاوضة القانونية صرح علنا بما يلي:

من جهة الشكل

حيث قدمت مطالب التعقيب ممن لهم الصفة والمصلحة وكانت مستوفية لشروطها الاجرائية بما يتجه معه التصريح بقبولها شكلا

من جهة الأصل:

حيث تنفيذ وقائع القضية أنه بتاريخ 25 ماي 2020 تم إعلام النيابة العمومية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان بوفاة مجموعة من الأشخاص نتيجة تناولهم مادة الكحول بجهة حاجب العيون بعد نقلهم إلى المستشفى الجهوي بالقيروان

وحيث دلت الأبحاث الأولية والاختبارات الطبية المجرأة في القضية الى ان مجموعة من متساكني الجهة قد عقدوا جلسة تناولوا فيها مادة القوارص بما أدى لوفاة بعضهم ومرض آخرين.

وحيث شملت الأبحاث مجموع المتداخلين في بيع وتوزيع تلك المادة.

وحيث تم بناء على ذلك فتح بحث تحقيقي من أجل إعطاء مواد للغير نتج عنها الموت وتعهد إعطاء مواد للغير نجم عنه مرض أو عجز عن الخدمة طبق الفصل 215 من المجلة الجزائية

وحيث خلص قاضي التحقيق المتعهد صلب قراره عدد 312/ 2020 / 4 المؤرخ في 25 جوان 2021 إلى التصريح بقيام ما يكفي من الحجب والقرائن الدالة على ارتكاب المظنون فيهم "ي.ع" و "س.م" لجرime إعطاء مواد للغير نتج عنها الموت وتعهد إعطاء مواد للغير نجم عنه مرض أو عجز عن الخدمة وعلى اعتبار ما ارتكبه المظنون فيهم "م.س" و "ف.ت" و "ع.ق" و "س.ذ" و "ع.ز" و "ع.ق" و "م.ج" من قبيل المشاركة في تعهد إعطاء مواد للغير نتج عنها الموت وتعهد إعطاء مواد للغير نجم عنه مرض أو عجز عن الخدمة طبق أحكام الفصلين 32 و 215 من المجلة الجزائية وإحالتهم على الحالة التي هم عليها مع ملف القضية والمحجوز على الدائرة لتقرر في شأنهم ما تراه والحفظ في حق المظنون فيه مهري بن منير بن التوفيق لعدم كفاية الحجة .

وحيث تم إستئناف ذلك القرار من طرف المظنون فيهم "ع.ق" و "ع.ز" و "م.ج".

وحيث تضمنت مستندات الطعن المقدمة من طرف الأستاذ *** في حق المظنون فيه "ع.ز" أن القرار المطعون فيه قد خلا من أي تعليل لتطبيق مقتضيات الفصل 32 من المجلة الجزائية في حق منوبة ومن بيان نوع المشاركة المنسوبة له نخلوه من بيان الركن القصدي لجرime المشاركة ولركن العلم

وحيث تضمنت مستندات الطعن المقدمة من طرف الأستاذين *** و *** في حق المظنون فيه "ع.ق" أن القرار المطعون فيه لم يكن في طريقه إستنادا للمطاعن التالية :

1- خرق القانون ومخالفة الإجراءات الأساسية قولاً أن رفض مطلب الإفراج وإصدار بطاقة إيداع جديدة في حق منوبة يجعل الأخير تحت وطأة بطاقتي إيداع صادرتين في نفس القضية أولاها صادرة عن قاضي التحقيق تم رفض مطلب الإفراج بشأنها وثانيها صادرة عن دائرة الاتهام وفي ذلك خرق للفصول 85 و 117 و 199 من م إ ج كما ان بطاقة الإيداع الصادرة في حق منوبهما لم تستوف التنصيصات الوجوبية موضوع الفصل 81 من م إ ج

ثانيا ضعف التعليل وتحريف الوقائع وسوء تطبيق القانون قولاً أن أسانيد القرار كانت مبهمة بخصوص وضعية منوبهما وطبيعة الفعل المنسوب له على معنى الفصل 215 من المجلة الجزائية

ثالثا خرق الفصل 32 من المجلة الجزائية قولاً أن الركن القصدي للمشاركة منتف تماماً في حق منوبهما كما أنه لم يقع تحديد نوع المشاركة المنسوبة لمنوبهما ولا الفعل المادي المكون لتلك المشاركة

رابعا ضعف التعليل وتحريف الوقائع وسوء تطبيق الفصل 215 من المجلة الجزائية قولاً أن الفصل الأخير لا يجرم من تولى بيع مادة الكحول للمصنعين في غير الصيغ القانونية ولا يمكن توسيع دائرة انطباقه لتشمل غير البائع المتعمد العالم بنوع المادة ونية مشتريها في استلامها كمسكر.

وحيث تضمنت مستندات الطعن المقدمة من طرف الأستاذ *** في حق المظنون فيه "م.ج" أن القرار المطعون فيه لم يكن في طريقه استنادا للمطاعن التالية :

أولا خرق الفصل 215 من المجلة الجزائية وضعف التعليل قولاً أن نطاق الفصل المذكور منحصر في الأفعال المسلطة على جسم الغير عند حصولها بطريقة غير قانونية سواء بالإكراه أو بالتغيير وفي قيام الجاني بإدخال مواد في جسم المتضرر رغم إرادة هذا الأخير وأن تسليم البائع المبيع للمشتري الحاصل في كنف القانون لا يحقق فعل اعطاء موضوع الفصل 215 وأن الضرر الحاصل لم يكن بسبب فعل الإعطاء وإنما بسبب استعمال المادة من طرف مشتريها بما يخالف طبيعتها والغرض العادي منها بما يحول قانوناً دون إمكانية مساءلة البائع عن وجه ذلك الإستعمال كما أن الركن المعنوي للجريمة مختل بغياب القصد الجنائي الخاص

ثانيا خرق الفصل 28 من الدستور والفصل 32 من المجلة الجزائية وضعف التعليل والإخلال بالمصلحة الشرعية للمتهم وهضم حقوق الدفاع قولاً أن القرار المطعون فيه قد خلا من مناقشة الدفوعات الجوهرية المضمنة بمستندات استئناف منوبة ومطلب الإفراج عنه ولم يقع بيان الفقرة المنطبقة في شأن منوبه بالنسبة للفصل 32 م ج ولا الكيفية التي تحقق المشاركة في شأنه شخصياً وأنه لا صلة بين منوبه وبين بقية المتهمين ولا اتفاق بينهما فضلا عن عدم إبراز الركن القصدي في جانب منوبة

وحيث انتهى جملة الطاعنين إلى طلب النقض والإحالة

المحكمة

عن المطعن الإجرائي المتعلق ببطاقة الإيداع الصادرة في حق المظنون فيه. ع. ق.

حيث أن بطاقة الإيداع التي يصدرها قاضي التحقيق هي إجراء وقفي محدود في الزمن حسبما ضبطته أحكام الفصلين 106 و 107 مجلة الإجراءات الجزائية.

وحيث أن مفعول بطاقة الإيداع في صورة إحالة المتهم على دائرة الاتهام ينتهي حسب أحكام الفقرة الثانية من الفصل 107 من مجلة الإجراءات الجزائية بصدر قرار تلك الدائرة.

وحيث أن المتهم الواقع إحالته من طرف دائرة الاتهام على الدائرة الجنائية لا يكون تحت مفعول بطاقة الإيداع التي سبق إصدارها من قاضي التحقيق والتي استنفذت مفعولها باستنفاد ولاية دائرة الاتهام على الملف وبها فيه بما يستوجب معه في الحالات التي ترى فيها دائرة الاتهام المتعهدة وجوب مثل المتهم أمام الدائرة الجنائية موقفاً أن تصدر بشأنه بطاقة إيداع جديدة.

وحيث أن إصدار بطاقة إيداع من طرف دائرة الاتهام بمناسبة إحالة المتهم على الدائرة الجنائية لا يجعل المتهم الواقع إصدارها في حقه تحت طائلة بطاقتي إيداع مثلما تمسك به نائباً الطاعن بل أنه يكون حصراً تحت طائلة بطاقة الإيداع الثانية الصادرة عن دائرة الاتهام.

وحيث أن إصدار بطاقة إيداع من طرف دائرة الاتهام في حق المتهم المحال على الدائرة الجنائية وإضافة إلى استناده لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 107 من مجلة الإجراءات الجزائية فإنه بت في حالة المتهم المحال خلال الفترة الفاصلة بين صدور قرار الإحالة على الدائرة الجنائية وبين التعهد الفعلي لتلك الدائرة.

وحيث أن إصدار بطاقة إيداع من طرف دائرة الاتهام في حق المتهم الموقوف تحفظياً بموجب بطاقة إيداع من قاضي التحقيق ليس فيه أي خرق إجرائي بل هو من صميم عمل تلك الدائرة كما أن عدم إصدار دائرة الاتهام لبطاقة إيداع يجعل المتهم المحال على الدائرة الجنائية قانوناً بحالة سراح وجوبي بحكم أنه لم يعد تحت طائلة بطاقة الإيداع الأولى الصادرة من قاضي التحقيق.

وحيث أنه بالنسبة لما نسب لبطاقة الإيداع الصادرة في حق المتهم من إخلالات فإن تلك الإخلالات لا تؤدي قانوناً إلى بطلان تلك البطاقة طبقاً لصريح أحكام الفصل 83 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي جاء به أن عدم مراعاة الصيغ القانونية في تحرير البطاقات القضائية لا يترتب عنه بطلانها.

وحيث يتجه تأسيسا على ما تقدم التصريح برفض هذا المطعن.

عن المطاعن المتعلقة بمخالفة أحكام الفصل 215 من المجلة الجزائية

حيث لئن تم إحالة جملة الطاعنين في القضية كشاركين لا كفاعلين أصليين إلا أن لهم كامل المصلحة الشرعية في مناقشة مدى توفر أركان الجريمة الأصلية اعتبارا لكون الجريمة الأصلية تمثل الركن الأولي لجريمة المشاركة فإذا انتفت الجريمة الأصلية أو اختلفت أركانها انتفت معها بالضرورة وبالتبعية جريمة المشاركة.

وحيث ان الفصل 215 من المجلة الجزائية سند الإحالة قد تضمن في صيغته الأصلية الصادرة بموجب الأمر العلي المؤرخ في 9 جويلية 1913 ما يلي:

الإنسان الذي بدون قصد القتل يتعمد إعطاء غيره موادا ويتعمد مباشرات أو عمليات تؤثر له مرضا أو عجزا عن الخدمة يستوجب العقوبات المقررة للضرب والجرح حسب الفروق المقررة بالفصلين 218 و219 من هذا القانون

ويكون العقاب بالأشغال الشاقة بقية العمر إذا تسبب عن ذلك الموت“.

وحيث أن هذا الفصل قد حافظ على صيغته الأصلية المشار لها باستثناء حذف عقوبة الأشغال الشاقة بموجب القانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فيفري 1989 من فقرته الثانية مع الإبقاء على عقوبة السجن المؤبد بنفس تلك الفقرة ولم يتم إدخال أي تغيير على صيغة الفصل المذكور بموجب القانون عدد 46 لسنة 2005 المؤرخ في 6 جوان 2005 والمتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها.

وحيث أن الفصل المشار له قد ورد صلب الجزء الثاني من المجلة تحت عنوان: في الإعتداء على الناس وتحديدًا في الباب الأول منه المتعلق بالإعتداء على الأشخاص.

وحيث أن الفصل المذكور قد جرم ثلاثة أنواع من الأفعال وهي:

أولا إعطاء مواد للغير.

ثانيا القيام بمباشرات للغير.

ثالثا إجراء عمليات.

وحيث أنه بالنظر للسياق التاريخي الذي سن فيه هذا الفصل فإن ظاهره يدل على أنه جاء لمواجهة ظاهرة التطب التي كانت منتشرة خلال مطلع القرن الماضي بسبب قلة الإطارات الطبية المختصة من خلال تسليط عقاب على المتطببين الذين يتسببون بفعلهم في أضرار للأشخاص الذين يتولون علاجهم بمواد يعطونها لهم أو بغير ذلك من الوسائل

وحيث أن هذه القراءة التاريخية للفصل 215 تتعزز بكون مختلف الأفعال الواردة صلبه من إعطاء مواد أو القيام بعمليات أو مباشرات هي أفعال مشابهة أو مماثلة للممارسات الطبية العادية التي يمارسها أهل الاختصاص الطبي كما تتعزز كذلك بكونه جاء لاحقا لأحكام الفصل 214 الذي كانت صيغته الأصلية تجرم فعل الإجهاض كممارسة طبية

وحيث لئن لم يشترط الفصل 215 صراحة صفة محددة في الجاني إلا أن مبدأ التأويل الضيق للنص الجزائي يوجب ألا يقع التوسع نطاق التجريم لتشمل كل من أعد أو صنع أو باع مادة نجم عنها ضرر للغير إلا متى كانت تلك المادة ضارة بطبيعتها

وحيث أن فعل الإعطاء الوارد صلب الفصل 215 من المجلة الجزائية يجب أن يقع تأويله على أضيق نطاق بحيث لا يشمل إلا من باشر إيصال المادة المعنية إلى جسم المتضرر كمن تولى حقنه بتلك المادة أو حملها على شربها في ظروف غير اعتيادية وبسوء نية.

وحيث يجب زيادة على ذلك أن تكون المضرة الحاصلة قد حصلت بسبب الفعل الإجرامي الصادر عن الجاني.

وحيث لم تتضمن مستندات القرار خلال استعراضها لمجمل الأفعال التي شكلت أساس اتهام جملة الطاعنين ولا حتى بقية المتهمين أي فعل يمكن أن يندرج في خانة فعل الإعطاء المتعمد لمادة نشأ عنه ضرر على معنى الفصل 215 من المجلة الجزائية.

وحيث أن مستندات القرار تضمنت أفعال البيع والشراء والتوفير والإضافة والتعليب والترويج لمادتي الكحول والميتانول وتم اعتبار "بيع تلك المواد لمن يستعملها لغير الغرض المعد لها باستعمالها كمسكر بمثابة إعطاء الغير موادا تحدث له مرضا أو عجزا عن الخدمة أو موت موضوع جريمة الفصل 215 من المجلة الجزائية".

وحيث يستخلص من ذلك أن دائرة القرار المطعون فيه لم تنسب لجملة المتهمين قيامهم بفعل الإعطاء

وإنما اعتمدت نوعا من القياس وتأويلا موسعا نزلت فيه بيع مادة القوارص للمستهلكين منزلة فعل تعمد إعطاء مادة للغير موضوع الفصل 215.

وحيث أن ما انتهجته دائرة القرار المطعون فيه يوجب على هذه المحكمة الوقوف على مدى تناسب هذا التكييف القانوني مع وقائع القضية.

وحيث اقتضى الفصل 49 من دستور الجمهورية التونسية ما يلي: يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير أو لمقتضيات الأمن العلام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

وحيث أن ما يعرف بالإحالة بالأحوط الغير مكرس قانونا لا يمكن بحال أن يخالف مبدأ التناسب كمبدأ دستوري صريح يتميز بالعلوية وكمبدأ أساسي من مبادئ القانون الجزائي.

وحيث أن مبدأ التناسب كمبدأ دستوري مثلما هو ملزم للمشرع عموما وللمشرع الجزائي خصوصا فن باب أولى أن يكون ملزما للقاضي الجزائي في مرحلتي الاتهام والحكم سواء بسواء.

وحيث أن هذه الإلزامية تصبح أكثر إلحاحا بعد استيفاء المرحلة الاستقرائية بما يستوجب معه أن يكون قرار الإحالة متناسبا في مضمونه مع مقاصد واضع القانون من جهة ومع وقائع القضية من جهة أخرى.

وحيث ترى هذه المحكمة أن الوقوف على مدى احترام مبدأ التناسب من طرف قاضي الاتهام رغم ما يتمتع به سلطة تقديرية في تكييف الأفعال هو من صميم عملها الرقابي على حسن تطبيق القانون بما يحقق الموازنة المطلوبة بين طبيعة الفعلة وخطورة التهمة.

وحيث تأسيسا على ما سلف فإذا ما ظهر لمحكمة القانون أن قاضي الاتهام قد تعسف في تكييف الفعل موضوع تعهده كان لزاما عليها أن ترد الأمور إلى نصابها المعقول والمقبول قانونا.

وحيث أن الفصل 215 المنظم للجريمة الأصلية موضوع قرار الإحالة - رغم استمرار نفاذه قانونا - إلا أنه جاء في سياق تاريخي خاص جعله عمليا أقرب إلى النص المهجور الخالي من أية تطبيقات قضائية بما يستوجب أن يكون اعتماده مستجيبا للغاية التي وضع من أجلها لا أن يقع الالتجاء إليه خلافا لمقصد واضعه وعلّة سنه.

وحيث أن واقعة البيع السابق لمادة لا يمنع القانون تداولها من طرف من احترف بيعها في ظروف عادية وبصفة متواترة وفي ظل خلو ملف القضية من أي دليل على سوء نية بائعها لا يمكن بحال أن يكيف اتهامها على أنه جريمة بمثل خطورة جريمة الفقرة الثانية من الفصل 215 من المجلة الجزائية بما يكون معه بائع تلك المادة في نفس مرتبة مرتكب العنف الشديد الناجم عنه موت أو سائر الجرائم التي تصل عقوبتها إلى السجن المؤبد.

وحيث أن فداحة الضرر الحاصل لبعض مستهلكي المادة موضوع القضية وخاصة تعدد حالات الوفاة بينهم لا يمكن أن يكون سببا وسندا لتوسيع نطاق الاتهام ليشمل غير المعنيين بتلك الواقعة بالقصد الثابت أو بالفعل المباشر.

وحيث أنه ومع افتراض أن بيع تلك المادة يمثل جريمة وفعلا محظورا من جانب القوانين الاقتصادية المتعلقة بالمنافسة والأسعار ومسالك التوزيع فإن تلك الجريمة يجب أن تقدر بقدرها لا أن يسبغ عليها وصف قانوني يجاوز إرادة واضع القانون ونطاق نص التجريم وطبيعة فعل المتهم ونيته وقدرته على التوقع.

وحيث يستخلص مما سلف بيانه أن ما انتهجته دائرة القرار المطعون فيه بخصوص تكييف الأفعال المنسوبة للمتهمين يمثل في ذات الوقت خرقا لمبدأ التناسب ولمبدأ شخصية العقوبة المكرسين على التوالي بموجب الفصلين 49 و28 من الدستور.

عن المطاعن المتعلقة بالمشاركة في جريمة الفصل 215 من المجلة الجزائية

حيث أن إحالة الطاعنين كمشاركين في جريمة الفصل 215 من المجلة الجزائية يستوجب تدقيق الاتهام وتفريده

أولا: في تدقيق الاتهام

حيث اقتضى الفصل 27 من الدستور أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة

وحيث أن من ضمانات المحاكمة العادلة في طور التتبع أن يتم بعد استيفاء الأبحاث تدقيق التهمة الموجهة على المتهم بالنسبة للجريمة الأصلية وحالة المشاركة فيها.

وحيث أن هذا التدقيق لا يرتبط فقط بشروط المحاكمة العادلة بل يرتبط كذلك بمصلحة المتهم الشرعية وبحقه في الدفاع

وحيث أنه بالنسبة للجريمة الأصلية فإن كثيرا من النصوص الجزائية تجرم صلب الفصل الواحد عديد الأفعال كما هو الشأن بالنسبة للفصل 96 من المجلة الجزائية أو الفصل 5 من قانون 18 ماي 1992 بما يستوجب أن يقع بيان الفعل المنسوب للمتهم ارتكابه من بين مجموع الأفعال التي تضمنها الفصل القانوني سند الإحالة.

وحيث أن إحالة المتهم من أجل المشاركة في إعطاء مواد للغير نجم عنها مرض أو عجز صيغة تفتقد الدقة بخصوص نوع الضرر المنسوب للمتهم المشاركة في حصوله هل هو من قبيل المرض أم العجز أم كليهما معا.

وحيث أنه بالنسبة للمشاركة فإن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المشاركة تشمل حالات مختلفة وأنه لا بد من تخصيص حالة المشاركة المنسوبة للمتهم حتى يمكنه تقديم وجه دفاعه عن تلك الحالة تحديدا وحتى يمكن لمحكمة التعقيب من إجراء رقابتها على حسن تكييف قضاة الأصل لوقائع القضية (يراجع على سبيل المثال القرار التعقيبي الجزائري عدد 11782 بتاريخ 25 أفريل 1984 الذي جاء به أن عدم بيان حالة المشاركة من بين الصور التي جاء بها الفصل 32 من المجلة الجزائية يكون به الحكم قاصر التعليل مستوجبا للنقض وكذلك القرار التعقيبي الجزائري عدد 3695 بتاريخ 24 مارس 1980 الذي جاء به أنه يجب على المحكمة أن تبين بحكمها نوع الإشتراك المنسوب للمتهم وبيان الطريقة التي أعان بها الفاعل الأصلي بكيفية واضحة وجلية وإلا كان حكمها معرضا للنقض و القرار التعقيبي الجزائري عدد 79655 / 79660 بتاريخ 25 فيفري 2020 الذي جاء به أن الإحالة على معنى الفصل 32 من المجلة الجزائية لا يمكن أن يكون صبرة واحدة وأنه لا بد من تحديد الفقرة المعنية بالإحالة لأنه من متطلبات مصلحة المتهم الشرعية)

ثانيا: في تفريد عناصر الاتهام

حيث أن الأفعال المنسوب اقترافها من جملة المتهمين الطاعنين لم تكن في إطار جريمة جماعية ارتكبت في وقت واحد أو بناء على تقارير سابق بل كانت أفعالا حصلت في أوقات مختلفة وأماكن مختلفة وصدرت عن أشخاص لا رابطة بينهم وهو ما يتوجب معه أن يقع تفريد عناصر الاتهام بالنسبة لكل واحد منهم ببيان القرائن الدالة على توفر القصد الجنائي العام والخاص من جهة كبيان الأفعال المادية

المنسوبة لكل واحد منهم والتي استوجبت اعتبارهم مشاركين في الجريمة الأصلية على قاعدة من فعل ماذا.

وحيث أنه بالنسبة للركن القصدي فإن المشاركة هي جريمة قصدية بامتياز تنتفي بانتفاء العنصر القصدي في جانب من تم اعتباره شريكا حتى ولو ثبتت إعانته ماديا للفاعل الأصلي (يراجع القرار التعقيبي الجزائي عدد 11429 بتاريخ 12 مارس 1975 الذي جاء به أن المشاركة جريمة قصدية لا تنطبق إلا فيما وقع العزم فيه دون النتائج الأخرى الغير متوقعة أو المستبعد حدوثها وكذلك القرار التعقيبي الجزائي عدد 1018 بتاريخ 3 أكتوبر 2000 الذي جاء به أن الركن الأدبي للمشاركة لا يستنتج إلا متى ثبت أن المساعدة المادية كانت قصدية يرمي من ورائها المشارك إلى إعانة الفاعل الأصلي على إيقاع الجريمة).

وحيث أن توفر الركن القصدي في المشاركة يقتضي كذلك إتحاد أو بالحد الأدنى تلاقي نية الشريك مع نية الفاعل الأصلي وأن يقع الاستدلال على إتحاد النية هذا - باعتباره مسألة باطنية - بعناصر واقعية لها أصل ثابت بالملف تؤكد توفره

وحيث لم تتضمن مستندات القرار المطعون فيه أدنى إشارة إلى وجود نية لدى المتهمين في حصول أي ضرر لمستهلكي المادة التي تولوا بيعها فضلا عن خلوتك المستندات من أي عنصر دال على سبق التقارر بين من وقع اعتبارهم فاعلين أصليين ومن تم اعتبارهم مشاركين على إيقاع الضرر الحاصل للضحايا.

وحيث أن انتفاء العلم والقصد والتقارر يجرّد تهمة المشاركة من ركنها الجوهرية.

وحيث أنه بالنسبة للركن المادي لجريمة المشاركة فقد سبق لهذه المحكمة في عدد القرارات أن بينت بأنه يجب على قضاة الأصل إبراز الأفعال المادية الصادرة عن المتهم والتي من شأنها أن تجعله مشاركا للفاعل الأصلي (يراجع في هذا المعنى على سبيل المثال القرار التعقيبي الجزائي عدد 35085 بتاريخ 24 نوفمبر 1990).

وحيث أن القرار المطعون فيه لم يبرز عناصر الاتهام بالنسبة لكل واحد من المتهمين على قاعدة من فعل ماذا وإكتفى بصيغة مجملة قائمة على التعميم بدل التفصيل الذي يستوجبه تعدد المشمولين بقرار الإحالة.

وحيث أن الإكتفاء بصيغة مجملة يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بضعف التعليل

وحيث يتجه تأسيسا على ما تقدم التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة ملف القضية على محكمة الاستئناف بالقيروان للنظر فيه بهيئة أخرى والإعفاء.

وقد صدر هذا القرار عن الدائرة عدد 29 المجتمعة بمحجرة الشورى بتاريخ 19 نوفمبر 2021 برئاسة رئيسها السيد رياض الإمام وعضوية المستشارين السيدين سامي الداهاش ونجيب العرعوري وبحضور المدعي العمومي السيد بديع حكيم ومساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير.

قرار تعقيبي عدد 72461 مؤرخ في 12 فيفري 2019 صدر برئاسة السيد المنصف الحاج علي

المادة: إجراءات جزائية.

المراجع: الفصول 13 و155 و199 من م. ا. ج.

المفاتيح: احتفاظ -إخلال بالإجراءات- تناسب بين الجزاء والإخلال-بطلان مطلق- بطلان نسبي لا يتعدى الإجراء المعيب.

المبادئ:

ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من ترتيب البطلان الكلي على جميع إجراءات التبع وعلى الدعوى الجزائية برمتها في تجاهل تام للنصوص القانونية المذكورة، وقضت بناء على ذلك بترك سبيله لمجرد تسرب خطأ مادي لمخض الاحتفاظ تمثل في عدم التنصيص على نهاية تاريخ الاحتفاظ يوما وساعة، تكون قد أبحفت بحق المجتمع في حمايته من الجريمة والتصدي لمرتكبها ضرورة أنه لا خلاف في كون قانون الإجراءات الجزائية ولئن كان يهدف بصفة أساسية الى حماية حقوق المتهم من التعسف بقصد ضمان حقه في محاكمة عادلة، فإنه يهدف كذلك الى ضمان حق المجموعة في تأكيد سيادة القانون.

إرادة المشرع قد اتجهت الى التضييق من حالات البطلان نظرا لخطورتها على الأمن العام، وذلك بإخضاع الإجراء المخالف للقاعدة القانونية في حد ذاته الى شرطين أساسيين، أولهما شرط جوهرية العيب وثانيهما شرط حصول المضرّة لشخص المحتفظ به بمعنى لزوم أن يكون الإجراء المختل قد مسّ قاعدة جوهرية تحمي مصلحة أساسية.

أصدرت محكمة التعقيب القرار التالي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من طرف وكيل الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بالمنستير طعنا في الحكم عدد 976 الصادر بتاريخ 19/12/2017.

ضد المتهم: "م.م".

طعنا في الحكم الاستئنافي عدد 976 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بتاريخ 19/12/2017 بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي الراجعة لدائرتها بالنظر والقاضي نصه بنقض الحكم

الابتدائي والقضاء من جديد ببطلان إجراءات التتبع واستصفاء المحجوز لفائدة صندوق الدولة.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة إجراءات القضية.
وبعد الاطلاع على ملحوظات ممثل الادعاء العام والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

1. من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع شروطه الشكلية المنصوص عليها بالفصل 261 وما بعده من م.ا. ج واتجه قبوله من هاته الناحية.

2. من حيث الأصل:

حيث تنفيذ وقائع القضية كما أثبتها القرار المنتقد والوقائع التي انبنى عليها أن أعوان الدورية الأمنية التابعة لمنطقة الأمن الوطني بقصر هلال عثروا بتاريخ 26/11/2017 على الساعة التاسعة ليلا على عدد 03 أشخاص بصدد تناول المشروبات الكحولية بإحدى الأماكن المهجورة، وبعد التحري معهم صرحوا أنهم اقتنوا تلك المشروبات من المدعو "م.م" المعروف بالمنطقة بالتجاره في المشروبات الكحولية، فتم اعلام النيابة العمومية التي أذنت بالاحتفاظ به، ثم إحالته في وقت لاحق بحالة إيقاف على ناحية المكين لمقاضاته من أجل الاتجار في المشروبات الكحولية المعدة للحمل بدون رخصة طبق قانون 18/02/1998، فقضت تلك المحكمة بثبوت إدانته وسجنه مدة عام واحد وتخطيته بألف دينار، فاستأنفه المحكوم ضده المذكور، فقضت المحكمة الابتدائية بالمنستير بالنقض والقضاء من جديد ببطلان إجراءات التتبع لتضمن محضر الاحتفاظ عدة إخلالات شكلية من بينها عدم التنصيص على بداية ونهاية الاحتفاظ، فتعقبت النيابة العمومية ونعت عليه تحريف الوقائع قولا أن محكمة القرار المنتقد جانبت الصواب في ما ذهبت إليه الأمر الذي جعل قرارها مخالف للقانون وطلبت النقض والإحالة.

المحكمة

عن المطعن الوحيد:

حيث اقتضى الفصل 13 مكرر جديد من مجلة الاجراءات الجزائية كيفما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عد05د لسنة 2016 المؤرخ في 16 فيفري 2016 ما يلي "... يجب أن يتضمن محضر البحث الذي

يحرره مأمور الضابطة العدلية التنصيصات التالية:

تاريخ بداية الاحتفاظ ونهايته يوما وساعة.

تاريخ بداية السماع ونهايته يوما وساعة.

إمضاء مأمور الضابطة العدلية والمحتفظ به.

إمضاء محامي المحتفظ به في صورة حضوره.

وتبطل كل الأعمال المخالفة للإجراءات المشار إليها بهذا الفصل.

وحيث نص الفصل 199 من نفس المجلة على بطلان كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو القواعد الاجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه.

وحيث نص الفصل 155 من نفس القانون على أن المحضر لا يعتمد كحجة إلا إذا كان من الوجهة الشكلية محررا طبق القانون وضمن به محرره ما سمعه أو شاهده شخصيا أثناء مباشرته لوظيفته وتعد أقوال المتهم أو اعترافاته أو تصريحات الشهود باطلة إذا ثبت أنها صدرت نتيجة للتعذيب والإكراه.

وحيث يستنتج من القراءة المتقاطعة للنصوص القانونية المتكررة أن المشرع التونسي ولئن لم يكرس نظاما قانونيا واضحا ومتكاملا للبطلان في مادة الاجراءات الجزائية على عكس التشريع المقارنة، فإنه لا خلاف في كونه استبعد نظرية البطلان المطلق التي تؤدي الى بطلان الدعوى برمتها، وتبنى نظرية البطلان النسبي أو المحدود التي يترتب عنها بطلان الإجراء المخالف للنص القانوني دون بطلان كامل إجراءات التتبع التي تأسست عليها الدعوى العمومية، ويستخلص ذلك بوضوح من خلال عبارة "يبطل العمل المخالف للإجراء المشار اليه" الواردة بالفصل 13 مكرر جديد المشار إليه أعلاه وخاصة من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 199 التي نصت على أن "الحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه" وكذلك من خلال أحكام الفصل 155 المذكور الذي رتب على التعذيب والإكراه الذي يمارسه الباحث الابتدائي على المتهم أو الشاهد بطلان الاعترافات أو تصريحات الشهود لا غير، واستثنى بقية الأعمال الأخرى كتصريحات المتضرر والمعائينات والحجز والتفتيش والاختبارات والمكالمات والتسجيلات الالكترونية وغيرها من وسائل الإثبات التي تظل ذات قيمة قانونية حرة بالاعتماد.

وحيث أنه ترتيبا على ذلك فإن ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد من ترتيب البطلان الكلي على جميع إجراءات التتبع وعلى الدعوى الجزائية برمتها في تجاهل تام للنصوص القانونية المذكورة، وقضت بناء

على ذلك بترك سبيله لمجرد تسرب خطأ مادي لمخض الاحتفاظ تمثل في عدم التنصيص على نهاية تاريخ الاحتفاظ يوماً وساعة، تكون قد أبحفت بحق المجتمع في حمايته من الجريمة والتصدي لمرتكبها ضرورة أنه لا خلاف في كون قانون الاجراءات الجزائية ولئن كان يهدف بصفة أساسية الى حماية حقوق المتهم من التعسف بقصد ضمان حقه في محاكمة عادلة، فإنه يهدف كذلك الى ضمان حق المجموعة في تأكيد سيادة القانون.

وحيث أنه علاوة على ذلك فإنه يتّضح من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه مجتمعة أن إرادة المشرّع قد اتجهت الى التضييق من حالات البطلان نظرا لخطورتها على الأمن العام، وذلك بإخضاع الإجراء المخالف للقاعدة القانونية في حد ذاته الى شرطين أساسيين، أولهما شرط جوهرية العيب "La méconnaissance d'une formalité substantielle" وثانيهما شرط حصول المضرة لشخص المحتفظ به "La condition d'un grief" بمعنى لزوم أن يكون الإجراء المختل قد مسّ قاعدة جوهرية تحمي مصلحة أساسية كالاحتفاظ الغير مأذون به قضائياً أو الاحتفاظ الذي انبنى على تجاوز للهدة القانونية القصوى، أو الذي احتوى على تعسف واضح لحقوق الدفاع ضرورة أن أساس البطلان والفلسفة التشريعية التي يقوم عليها هي حماية مصلحة معينة، وبناء على ذلك فطالما انتفت الصبغة الجوهرية للعيب وطالما لم يترتب عن الإخلال بالإجراء ضرر مباشر لحق المحتفظ به فإن شروط الحكم بالبطلان تكون منعدمة.

وحيث أن التوجّه التشريعي المذكور قد انتهجه المشرّع الفرنسي طبق المادة 171 من قانون الاجراءات الجزائية، وكذلك المشرّع المصري طبق المادة 25/2 والمشرّع السوري طبق المادة 35 من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمشرّع الكويتي طبق المادة 17 من نفس القانون.

وحيث يستخلص من جميع ما سبق ان محكمة القرار المنتقد حينما استندت في حكمها ببطلان جميع إجراءات التتبع استنادا الى قراءة سطحية لأحكام الفصل 13 مكرر ومعزولة عن بقية النصوص القانونية الأخرى تكون قد أساءت فهم القانون وعرضت قضاءها للنقض.

لذا ولهاته الأسباب

قضت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي الراجعة لدائرتها بالنظر لإعادة النظر فيها بجهة أخرى.

وصدر هذا القرار بحجرة الشوري عن الدائرة الجزائرية الثامنة والعشرون بتاريخ 12 فيفري 2019 المتألّفة من رئيسها السيد المنصف الحاج علي وعضوية المستشارين السيدين صلاح الشحاوي ومحمد رؤوف اليوسفي وبحضر ممثل الادعاء العام السيدة ليل الشابي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد أحمد عبّيد.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 14108 مؤرخ في 30 نوفمبر 2020

صدر برئاسة السيد رضا العرعوري

المادة: إجراءات جزائية.

المراجع: الفصول 13 مكر جديد و155 و199 من مجلة الإجراءات الجزائية.

المفاتيح: احتفاظ - إخلال بالإجراءات- بطلان مطلق- بطلان نسبي - البطلان لا يتعدى الإجراء.

المبادئ:

يتضح من قراءة الفصول 13 مكرر جديد و155 و199 من مجلة الإجراءات الجزائية أن المشرع التونسي قد استبعد نظرية البطلان المطلق في مادة الإجراءات الجزائية التي تؤدي إلى بطلان الدعوى برمتها وتبنى نظرية البطلان النسبي أو المحدود الذي يترتب عنهما بطلان الإجراء المخالف للنص القانوني دون بطلان إجراءات التتبع التي تأسست عليها الدعوى العمومية.

على فرض بطلان إجراءات الاحتفاظ فإن هذا البطلان لا يتعدى الإجراء المذكور ولا يمتد إلى جميع إجراءات التتبع وإلى الدعوى الجزائية برمتها.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ (ح.ل) في حق (س.ز) بتاريخ 02/03/2020.

ضد: الحق العام

طعنا منه في القرار الجنائي عدد 5897 الصادر عن محكمة الاستئناف والقاضي نهائيا حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي.

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه والتأمل في كامل الإجراءات القانونية. وبعد الاطلاع على طلبات الادعاء العام لدى محكمة التعقيب والاستماع لشرحها بالجلسة. وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب أوضاعه وصيغته القانونية فهو حري بالقبول شكلا.

من حيث الأصل:

حيث اتضح بالاطلاع على الحكم المنتقد ومن الوقائع التي إنبنى عليها حسب محضر البحث الجزائي عدد 19-3-200 المحرر بتاريخ 05/11/2019 من طرف أعوان فرقة الأبحاث العدلية بالمهدية بتاريخ 11/04/2015 أنه وعلى إثر ورود مكاملة هاتفية على القاعة الجهوية للحرس الوطني بالمهدية للحرس الوطني بناء على إحالة السيد وكيل الجمهورية بالمهدية عدد 56412/5/19 بتاريخ 05/11/2019 والقاضية بالبحث في شكاية المدعو (م.غ) والتي مفادها أن هذا الأخير أنه خلال شهر ماي الماضي حسب ذهب لأداء مناسك العمرة رفقة المدعو (خ.ب) وتعرفوا خلالها على (خ.ز) حيث إتفق ثلاثتهم على إحداث وكالة أسفار على أن يكون نصيبه هو والمدعو (خ) 50 ألف دينار ونصيب المشتكى به 50 ألف دينار وعند عودتهم إلى تونس خلال شهر أوت تقابلوا مع المشتكى به أين سلمه الشاكي صك بنكي به 18 ألف دينار وفي مناسبة ثانية سلمه 8 آلاف دينار نقدا كما سلمه الشاكي الثاني (خ.ب) مبلغ 25 ألف دينار على أن يقوم تسليمه العقود لإمضائها بعد يومين إلا أنه بقي يماطلهم وعند مطالبته بإرجاع أموالهم تلدد في ذلك وطلب منهم مهلة بتعلة أن الأموال موجودة بحساب مغلق ثم واصل في مماطلتهم إلى أن اكتشفوا أنهم كانوا عرضة لعملية تحيل وبسماح الشاكي الثاني (خ.ب) أكد ما جاء بأقوال الشاكي الأول وسماع المشتكى به اعترف بما نسب إليه وأفاد بأنه قام بتحويل الأموال إلى وكالة الأسفار (ي) قصد تسليمه تسليمه وكالة حرة تحمل اسم الوكالة المذكورة بحكم أنها من الوكالات المعروفة بتنظيم رحلات العمرة وسبق له التعامل معها إلا أنه تعرض لعملية تحيل. وباستيفاء الأبحاث أحالت النيابة العمومية المتهم على المجلس الجنائي لمقاضاته من أجل التحويل طبق الفصل 291 م ج فأصدرت المحكمة حكمها عدد 4661 بتاريخ 11/12/2019 والقاضي ابتدائيا حضوريا بسجن المتهم (س.ز) مدة عام واحد وحمل المصاريف القانونية عليه وبعدم سماع الدعوى في حق المتهم (س.ب) فاستأنفته النيابة العمومية والمتهم فأصدرت المحكمة حكمها المضمن أعلاه.

فتعقبه المتهم بواسطة نائبه ناعيا عليه:

1. خرق أحكام الفصل 13 مكرر جديد و155 و199 من مجلة الإجراءات الجزائية المقترن بفقدان التعليل: قولا أن المحكمتين بدرجتيهما لم تناقش الدفوعات الشكلية الجوهرية وهي:

(1) بعد نهاية مدة الاحتفاظ الأولى وعرض المعقب صحة الملف على النيابة العمومية لم تتول هذه الأخيرة سماعه طبق الفصل 13 مكرر جديد م إ.ج.

(2) النيابة العمومية قررت إرجاع المحضر إلى مصدره والإبقاء على المعقب في حالة احتفاظ بدون أن تصدر في شأنه قرار في تمديد فترة الاحتفاظ.

(3) إذا ما تم إعتبار أن القرار الذي اتخذته النيابة العمومية يعد قرارا في التمديد فإن التمديد لا يكون إلا لمرة واحدة فقط ولمدة أقصاها 24 ساعة حال أن المعقب وقع الاحتفاظ به لمدة 4 أيام بداية من مساء اليوم الموافق لـ 30/11/2019 إلى غاية 04/12/2019 مما يجعل من تلك الأعمال باطلة.

2. تحريف الوقائع وفقدان التعليل المقترن بهضم حقوق الدفاع: قولا بأن المعقب كان ينوي فعلا مشاركة الشاكين في إنشاء فرع جديد للشركة بمدينة جمال واتفق معهما على ذلك وتسلم منهما المال لتلك الغاية وقد كان عرضة للتحويل من طرف وكيل الشركة (س.ب) والذي تسلم المال المدفوع من الشاكين وقد أيد ذلك بوصول إيداع مبلغ نقدي بالحساب الجاري للشركة الأم وأيضاً بما ورد صلب محضر البحث الجزائي المدلى به خلال الطور الاستثنائي والذي تعلق بقضية جناحية أخرى وقع نشرها ضد لطرفين لأجل وقائع متطابقة مع قضية الحال والتي تأكد منها بأن شركة الياقوت للأسفار قد تولت فعلا فتح فرع بمدينة الشابة وأن المعقب كلف بإدارته ... وطالما ثبت أنه يشغل فعليا خطة رئيس فرع للشركة بمدينة الشابة وطالما ثبت أن الأموال جميعها لم يحتفظ بها لديه بل سلمها للمتهم الثاني (س.ب) وكيل الشركة الأم وطالما إقترن كل ذلك بما يدل على حسن نيته ومن ذلك تسليمه وصلوات وشيكات للتعامل معهم فإن ذلك يقطع ببراءته وهو الأمر الذي لم تهتم به محكمة الأصل طالبا على أساس ذلك النقض والإحالة.

المحكمة

1. عن المطعن المأخوذ من خرق أحكام الفصل 13 مكر جديد و155 و199 من مجلة الإجراءات الجزائية المقترن بفقدان التعليل:

حيث يتضح من خلال قراءة الفصول 13 مكرر جديد و155 و199 من مجلة الإجراءات الجزائية أن المشرع التونسي قد استبعد نظرية البطلان المطلق في مادة الإجراءات الجزائية التي تؤدي إلى بطلان الدعوى برمتها وتبنى نظرية البطلان النسبي أو المحدود الذي يترتب عنهما بطلان الإجراء المخالف للنص القانوني دون بطلان إجراءات التبع التي تأسست عليها الدعوى العمومية.

وحيث وعلى فرض بطلان إجراءات الاحتفاظ بالمعقب الآن فإن هذا البطلان لا يتعدى الإجراء المذكور ولا يمتد إلى جميع إجراءات التتبع وإلى الدعوى الجزائية برمتها.

وحيث أن محكمة الأصل غير ملزمة بالرد على جميع الدفوعات عدا الجوهرية منها والتي لها تأثير على وجه الفصل في القضية مما يتعين معه رد المطعن لعدم وجاهته.

2. عن المطعن المأخوذ من تحريف الوقائع وفقدان التعليل المقترن بهضم حقوق الدفاع:

حيث يهدف المطعن إلى مناقشة محكمة الموضوع فيما إعتدته لتبرير قضائها بإدانة المعقب من أجل ما نسب إليه وهو جدل موضوعي يكون غير مقبول لدى هذه المحكمة على إعتبرات تقدير الإحالة من المسائل الموضوعية الراجعة بالنظر إلى إجتهد محكمة الموضوع طبق الفصل 150 م إ ج ولا رقابة عليها طالما كان قرارها معللا وقد تبين أن ما إنتهت إليه محكمة القرار المنتقد كان مؤسسا على خلافا ما ورد بالظعن بإعتراف المتهم بتسليمه مبالغ مالية من الشاكين قصد بعث وكالة أسفار دون إنجازها علاوة على أن الدفوعات المثارة في جزء منها لا تختلف بالوقائع موضوع قضية الحال وليس على المحكمة الرد عليها أو مناقشتها.

وحيث تجرد الطعن والحالة تلك من السند القانوني الصحيح فيما يتعين معه رده ورفض مطلب التعقيب أصلا.

وحيث طالما أخفق الطاعن في طعنه فإنه يتعين حجز معلوم الخطية المؤمن عنه.

لذا ولهذا الأسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 30/11/2020 عن الدائرة 22 برئاسة السيد رضا العرعوري وعضوية المستشارين السيدين منير وردليتو ونورة البكوش وبحضور المدعي العام السيد محمد القمودي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية العبادوي

قرار تعقيبي عدد 71468 مؤرخ في 22 جوان 2018

صدر برئاسة السيد الحبيب سعادة

المادة: إجراءات جزائية.

المراجع: الفصل 29 من الدستور- الفصلين 84 و85 من م. ا. ج.

المفاتيح: الإيقاف التحفظي- وسيلة استثنائية- وسيلة أمن يتلافى بها اقتراح جرائم جديدة- ضمانا تنفيذ العقوبة- طريقة توفر سلامة سير البحث- الإفراج- اتخاذ التدابير المناسبة لضمان حضوره- وسائل بديلة

المبادئ:

-بالنظر إلى ما للإيقاف التحفظي من مساس بالحقوق والحريات الأساسية فقد جاءت صيغة الفصل 29 من الدستور مؤكدة لصبغتها الاستثنائية.

-تضمن الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية بيانا للحالات التي يمكن فيها إيقاف المظنون فيه تحفظيا وهي حالات التلبس بالجنح أو الجنايات وظهور قرائن قوية تستلزم الإيقاف باعتباره وسيلة أمن يتلافى بها اقتراح جرائم جديدة أو ضمانا لتنفيذ العقوبة أو طريقة توفر سلامة سير البحث.

- الإفراج عن المظنون فيه لا يمنع من اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حضوره وهو ما يؤكد أن ضمان حضور المتهم لا يمكن أن يتم بعد استنفاد مدة الإيقاف التحفظي بنفس وسيلة الإيقاف التحفظي وإنما بوسائل بديلة مثل المنع من السفر أو غيرها من الوسائل.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 18 جانفي 2018 طرف الأستاذ "الح.ع" نيابة عن المظنون فيه: "م. بن. لب. بن. م. ز." ضد الحق العام .

وذلك طعنا في القرار الصادر عن دائرة الاتهام لدى محكمة الاستئناف ببزرت تحت عدد 10737 بتاريخ 16 جانفي 2018 والقاضي نضه: قررت الدائرة قبول مطلب الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض قرار ختم البحث المطعون فيه جزئيا وإحالة المظنون فيهم "خ. الد. الب" و"الع. بن. ح. ز." و"م. بن. ب. بن. م. ز." و"ع. بن. عبد الق. ه." على الحالة التي هم عليها صحبة ملف القضية والمحجوز على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية ببزرت لمقاضاتهم من أجل ارتكابهم لجرائم الانخراط في عصابة موجودة

داخل البلاد وخارجها لارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالقانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 والمتعلق بالمخدرات داخل البلاد والعمل لحسابها والتعاون معها والمسك والحيازة والملكية والعرض والنقل والشراء والإحالة والتوسط والتسليم والتوزيع لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب بنية الإتجار فيها وتوريد وتصدير مادة مخدرة مدرجة بالجدول ب بنية الإتجار فيها في غير بها قانونا ويضاف "م.بن ب.بنم.ز" و"ع.بن عبد. الق.ه" تهمة الاستهلاك والمسك بغاية الاستهلاك الأحوال المسموح لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب في غير الأحوال المسموح بها قانونا طبق الفصول 1 و2 و4 و5 و6 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 وتأييد قرار ختم البحث فيما زاد على ذلك حفظا للاتهام لعدم كفاية الحجة.

وبعد الإطلاع على ملحوظات السيد المدعي العام لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية صرح علنا بما يلي:

من جهة الشكل:

حيث قدم مطلب التعقيب ممن له الصفة والمصلحة وكان مستوفيا لشروطه الإجرائية بما يتجه معه التصريح بقبوله شكلا

من جهة الأصل:

حيث تنفيذ وقائع القضية أنه بتاريخ 23 أوت 2016 بلغت إلى أعوان الأمن بإقليم سوسة اعتراف "خ.الد.ب" نقل كمية من المخدرات من الجنوب الغربي وتخزينها بالقيروان وقد تولى الباحث لاحقا نصب كمين لسيارة المذكور وحجز 360 صفيحة من المادة المخدرة وتحرير محضر في الغرض .

وحيث بناء على ذلك المحضر قررت النيابة العمومية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان فتح بحث تحقيقي ضد "خ.الد.ب" وكل من عسى ان يكشف عنه البحث من اجل الانخراط في عصابة موجودة داخل البلاد وخارجها لارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالقانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 والمتعلق بالمخدرات داخل البلاد والعمل لحسابها والتعاون معها والاستهلاك والمسك بغاية الاستهلاك لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب والمسك والحيازة والملكية والعرض والنقل والشراء والإحالة والتوسط والتسليم والتوزيع لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب بنية الإتجار فيها طبق الفصول 1 و2 و4 و5 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 والمتعلق بالمخدرات وحيث

أجاب المظنون فيه الطاعن أمام قاضي التحقيق المتعهد أنه لم يكن يعلم بكون "الم" يدلس العملة الورقية أو يستعمل المعدات التي اخفاها في منزله في ذلك الغرض.

وحيث خلص قاضي التحقيق المتعهد صلب قراره عدد 1.644.2016 المؤرخ في 3 جويلية 2017 إلى التصريح باتجاه التهام المظنون فيهم: "خ.الدب" و"الع.بن ح.ز" و"م.بن ب.بنم.ز" و"ع.بن عبد اللق.ه" فالثلاثة الأول من أجل الانخراط في عصابة موجودة داخل البلاد وخارجها لارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالقانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 والمتعلق بالمخدرات داخل البلاد والعمل لحسابها والتعاون معها وتوريد وتصدير مادة مخدرة مدرجة بالجدول ب بنية الإتجار فيها في غير الأحوال المسموح بها قانونا ونقل مادة مخدرة مدرجة بالجدول ب في غير الأحوال المسموح بها قانونا ويضاف للرابع تهمة الاستهلاك لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب في غير الأحوال المسموح بها قانونا طبق الفصول 4 و 5 و 6 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 واحالتهم على دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بالقيروان لتقرر في شأنهم ما تراه.

وحيث استأنف المظنون فيهم والنيابة العمومية ذلك القرار أمام دائرة الاتهام المذكورة التي أصدرت قرارها بتاريخ 26 ماي 2017 بإبطال قرار ختم البحث فتم إصدار قرار ختم بحث جديد فتقدم محاميا للطاعن الآن بمطلب في استجلاب القضية أمام محكمة التعقيب التي أصدرت قرارها عدد 0709 بتاريخ 5 ديسمبر 2017 بقبول مطلب الاستجلاب وإحالة ملف القضية على محكمة الاستئناف ببزرت ثم تم تقديم مطلب استجلاب ثان تحت عدد 948 صدر بشأنه القرار المؤرخ في 5 ديسمبر 2017 والذي قرر كذلك وإحالة ملف القضية على محكمة الاستئناف ببزرت التي أصدرت قرارها المشار له بالطالع فتعقبه نائب المظنون فيه ناسبا له ما يلي :

أولا الإفراط في السلطة قولاً أن مستندات استئناف منوبه أمام دائرة الاتهام المطعون في قرارها قد تضمنت مطلباً في التخلي لعدم الاختصاص وآخر في الإفراج الوجوبي لانتهاؤ مدة الإيقاف وثالثاً في إرجاء البت في الملف والإذن في القيام ببعض أعمال البحث فلم تتم الإشارة مطلقاً إلى مجموع تلك المطالبات أو الإجابة عنها وأن طلب الاستجلاب تعلق حقيقة بأعمال التحقيق التي شابها خلل إجرائي تمثل في مباشرة أعمال التحقيق من طرف قاضي تحقيق غير قاضي التحقيق المتعهد دون أن يتعلق الأمر بإحدى الحالات المنصوص عليها بالفصل 48 من مجلة الإجراءات الجزائية وأن أعمال التحقيق قد تم إبطالها من طرف دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بالقيروان وهو ما يوجب تعهد قاضي تحقيق بالمحكمة الابتدائية ببزرت عملاً بمبدأ وجوبية التحقيق في الجنايات وبمبدأ التقاضي على درجتين وأن طلب الإفراج قد

أنبنى على مخالفة الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية قولاً أن منوبه قد تجاوز المدة القصوى للإيقاف التحفظي وأن طلب إرجاء البت في الأصل قد أنبنى على وجود نقائص في أعمال البحث كان من الوجيه استكمالها

ثانياً الخطأ في تطبيق القانون: لبطلان قرار ختم البحث لصدوره عن قاضي تحقيق غير متعهد رغم عدم توفر إحدى الحالات المنصوص عليها بالفصل 48 من مجلة الإجراءات الجزائية فضلاً عن عدم قيام قاضي التحقيق المتعهد بالتجريح في نفسه مثلما يوجبها الفصل 304 من نفس المجلة وضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع

ثالثاً خرق القانون: قولاً أن محكمة القرار المطعون فيه لم تبرز أركان الجرائم الموجهة على منوبه ولم تبين الأسباب القانونية والواقعية لتوجيهها عليه منتها لطاب النقص مع الإحالة.

المحكمة:

عن المطعن المتعلق بمطلب الإفراج:

حيث أن الإيقاف التحفظي طبقاً لما تضمنه الفصل 84 من مجلة الإجراءات الجزائية وسيلة استثنائية لا يمكن تفعيلها إلا عند توفر موجباتها وفي حدود ما ضبطه القانون من شروط.

وحيث أنه بالنظر إلى ما لهذه الوسيلة من مساس بالحقوق والحريات الأساسية فقد جاءت صيغة الفصل 29 من الدستور مؤكدة لصبغتها الاستثنائية ولضرورة التقيد بحكم القانون في ممارستها.

وحيث تضمن الفصل 29 من الدستور أنه لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه وله أن ينيب محامياً ويحدد مدة الإيقاف بقانون.

وحيث أن الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية قد تضمن بياناً للحالات التي يمكن فيها إيقاف المظنون فيه تحفظياً وهي حالات التلبس بالجناح أو الجنائيات وظهور قرائن قوية تستلزم الإيقاف باعتباره وسيلة أمن يتلافى بها اقرار جرائم جديدة أو ضماناً لتنفيذ العقوبة أو طريقة توفر سلامة سير البحث .

وحيث أن القانون التونسي قد حدد مدة الإيقاف التحفظي في الجنائيات بستة أشهر قابلة للتمديد مرتين لتزيد مدة كل واحد على أربعة أشهر

وحيث اقتضى الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية في فقرته الخامسة أنه لا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الاتهام 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 الاتهام حسب الأحوال الإذن بالإفراج عنه مؤقتاً دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير اللازمة بضمان حضوره.

وحيث أن أحكام الفصل 85 جاءت صريحة وواضحة فهي من جهة أولى قد حددت أقصى مدة الإيقاف التحفظي في الجنايات بأربعة عشر شهراً حتى في الحالات التي تقرر فيها دائرة الاتهام المتعهددة إحالة الملف إلى قاضي التحقيق لمواصلة بعض الأعمال التي تقتضيها تهيئة القضية للفصل وهي من جهة ثانية قد بينت أن هذا الأجل الأقصى ملزم لقاضي التحقيق ودائرة الاتهام على حد سواء وأنه بانقضائه فإن المتهم الموقوف تحفظياً يصبح في حالة سراح وجوبي.

وحيث أن عبارة يتحتم الواردة بالفصل 85 المتقدم جاءت واضحة في التأكيد على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم تجاوز الأجل الأقصى لمدة الإيقاف التحفظي.

وحيث أنه من جهة ثالثة فإن أحكام الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية قد تضمنت أن الإفراج الوجوبي عن المظنون فيه لا يمنع من اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حضوره وهو ما يؤكد أن ضمان حضور المتهم لا يمكن أن يتم بعد استنفاد مدة الإيقاف التحفظي بنفس وسيلة الإيقاف التحفظي وإنما بوسائل بديلة مثل المنع من السفر أو غيرها من الوسائل.

وحيث أن دائرة القرار المطعون فيه لما قررت إحالة المظنون فيه الطاعن بحالة إيقاف رغم استنفاده مدة الإيقاف التحفظي ولما لم تجب عن مطلب الإفراج المقدم من محاميه تكون قد هضمت حق الدفاع وأساءت تأويل الفصل 85 من مجلة الإجراءات الجزائية بما يتجه معه التصريح بقبول هذا المطعن

عن المطعن الثاني المتعلق بالخطأ في تطبيق القانون :

حيث تمسك الطاعن بمجموعة من الدفوعات الإجرائية تعلقت أساساً ببطلان قرار ختم البحث سند الإحالة على دائرة القرار المطعون فيه .

وحيث أن دائرة الاتهام المتعهددة قد قررت إحالة الطاعن دون الإجابة عن ذلك الدفع ودون التعرض أو الإجابة عن بقية الدفوعات المتعلقة بوجود نقائص في أعمال البحث وهو ما يجعل قرارها ضعيف التعليل وهاضماً لحق الدفاع

عن المطعن الثالث المتعلق بمخرق القانون:

حيث لئن خول الفصل 116 من مجلة الإجراءااا الجزائرية لداائرة الاااااا المتعهدة سلطة تقديرية واسعة في التحقق من كفاية الأدلة المعروضة لتوجيه التهمة فإن فقه قضاء محكمة التعقيب استقر على اعتبار قرارات داائرة الاااااا كالأحكام القضائية يستوجب القانون تعليلها تعليلًا شاملًا ومستوفيا للعناصر القانونية والواقعية على معنى الفصل 168 من نفس المجلة.

وحيث أن القرار المشار له قد انتهى إلى توجيه تهم الانخراط في عصابة موجودة داخل البلاد وخارجها لارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالقانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 والمتعلق بالمخدرات داخل البلاد والعمل لحسابها والتعاون معها والمسك والحيازة والملكية والعرض والنقل والشراء والإحالة والتوسط والتسليم والتوزيع لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب بنية الإااااا فيها وتوريد وتصدير مادة مخدرة مدرجة بالجدول ب بنية الإااااا فيها في غير الأحوال المسموح بها قانونًا ويضاف والاستهلاك والمسك بغاية الاستهلاك لمادة مخدرة مدرجة بالجدول ب في غير الأحوال المسموح بها قانونًا طبق الفصول 1 و2 و4 و5 و6 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 ماي 1992 على المظنون فيه الطاعن دون إبراز الأركان القانونية لكل جريمة منها ودون بيان المستندات القانونية والواقعية لتوجيه التهم المذكورة وخاصة درن بيان الأفعال التي صدرت من الطاعن طبق نصوص الإحالة حتى يتسنى لهذه المحكمة إعمال رقابتها على حسن تطبيق الفصول القانونية المذكورة .

وحيث أن ما انتهجته داائرة القرار المطعون فيه يعد مخالفًا لمقتضيات الفصل 168 ماج الجزائرية.

وحيث يتجه تأسيسًا على ما سلف التصريح بنقض القرار المطعون فيه

لهذه الأسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة ملف القضية على محكمة الاستئناف ببنزرت للنظر فيه بهيئة أخرى والإعفاء .

وقد صدر هذا القرار عن الداائرة عدد 29 المجتمعة بتاريخ ع جوان 2018 رئيسها السيد الحبيب سعادة وعضوية المستشارين السيدين شكري كمون وسامي الداهاش وبحضور المدعي العمومي السيد بديع حكيم ومساعدة كاتب الجلسة السود جلال الدين العنتير .

وحرر بتاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 72835 مؤرخ في 17 ماي 2018

صدر رئاسة السيد جميل بن عياد

المادة: إجراءات جزائية

المراجع: الفصل 29 من الدستور- المادة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية- المادة 9 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان- المادة 14 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان- الفصول 85 و199 و258 من م. ا. ج.

المفاتيح: إيقاف تحفظي- المدة القانونية-إخلال بقاعدة إجرائية أساسية تهم مصلحة المتهم الشرعية- الإفراج عن المتهم مؤقتا- اتخاذ تدابير بديلة لضمان حضور المتهم.

المبادئ:

. الأصل في الإنسان الحرية والاستثناء سلبها أو التقييد منها، لا العكس، ذلك أن الحرية هي من أهم حقوق الإنسان التي لا يجوز الانتقاص منها أو انتهاكها. وقد أجاز القانون، فقط في حدود ضيقة جدا، لجهات محددة الاحتفاظ بالإنسان أو إيقافه بقيود موضوعية وزمنية وضمانات يحظر تجاوزها.

. فصول مجلة الإجراءات الجزائية هي من القواعد الآمرة التي تهم النظام العام والغاية من سنها هو تحقيق الصالح العام من جهة وحماية الحريات العامة والفردية من جهة أخرى ومن شأنها إرساء مبدأ الشرعية الإجرائية أي ممارسة السلطات وتحقيق الضمانات التي يقرها القانون في الحدود التي أقرها المشرع والتي تأسس لضمان المحاكمة العادلة.

. لا يمكن إيقاف المظنون فيه تحفظيا إلا إذا ظهرت قرائن قوية تستلزم الإيقاف. الإفراج عن المظنون فيه لا يمنع من اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حضوره وهو ما يؤكد أن ضمان حضور المتهم لا يمكن أن يتم بعد استنفاد مدة الإيقاف التحفظي بنفس وسيلة الإيقاف التحفظي وإنما بوسائل بديلة مثل المنع من السفر أو غيرها من الوسائل.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من طرف الأستاذ "خ.الك" بتاريخ 26/02/2018
26/02/2018 في حق 1/ "ز.بنم.بن.ال.ع" 2/ "ح.بن.م.بن.الص.ع" "غ"

ضد: الحق العام

طعنا في القرار الصادر عن دائرة الاتهام لدى محكمة الاستئناف بالقيروان بتاريخ 23/02/2018 تحت عدد 881 القاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بتأييد قرار ختم البحث المطعون فيه و توجيه تهمة القتل العمد مع سابقة القصد والمشاركة في معركة على المظنون فيه "ز.بن م.بن الص.غ" وتوجيه تهم المشاركة في معركة وتبادل الاعتداء بالعنف الشديد والسكر الواضح وإحداث الهرج والتشويش على المظنون فيهم "الم. بن م.بن اص.غ" و"الم.بن م.بن الص.غ" و"أ.بن الم.بن ع.غ" و"ح.بن ع.بن ح.غ" و"عبد الرب.بن ع.بن ح.غ" و"م.بن خ.بن س.بن الح.ج" و"ح.بن م.بن الح.أ.غ" كتوجيه تهمة حيازة آلة حارقة على المظنون فيه "ح.بن ع.بن ح.غ" كتوجيه تهمة تعمد إخفاء ما تثبت به الجريمة على المظنون فيما "م.بن الص.بن م.غ" و"ح.بن م.بن الص.غ" وإحالتهم على الحالة التي هم عليها مع ملف القضية والمحجوز على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان لمقاضاتهم من أجل ذلك طبق الفصول 201 و202 و218 و220 و316 و317 و158 من المجلة الجزائية والأمر المؤرخ في 18/6/1894، وإصدار بطاقة ايداع ضد المظنون فيهما "ز.غ" و"ح.غ" ورفض مطلب الإفراج المقدم في حق "ز.غ" وإعلام من يهمة الأمر بهذا القرار.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات في القضية وعلى مستندات الطعن وعلى طلبات السيد المدعي العام لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد المفاوضة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب أوضاعه وصيغته القانونية فهو حري بالقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث يؤخذ من القرار المنتقد و من الوقائع التي انبنى عليها أنه بتاريخ 02/01/2016 تم اعلام مركزالحرس الوطني دار الجمعية السبيخة القيروان من المستشفى الجهوي الناظور مفادها قبول المدعو "ز.بن خ.غ" جثة هامدة بعد تعرضه إلى عملية دهس بجرار كان يقوده المدعو "ز.غ" على خلفية حصول خلاف ومعركة بين الهالك ومن معه وأشقائه المظنون فيه "ز" بحفل زفاف وبذلك انطلقت الأبحاث في قضية الحال.

وبعد استيفاء الابحاث أذنت النيابة العمومية بفتح بحث تحفيفي ضد : 1/ "ز.بن.م.الص.غ" 2/ "الم. بن.م.بن.الص.غ" 3/ "الم.بن.م.بن.الص.غ" 4/ "أ.بن.الم.بن.ع.غ" 5/ "ح.بن.ع.بن.ح.غ" 6/ "عبد الر.بن.ع.بن.ح.غ" 7/ "م.بن.خ.بن.س.بن.الج" 8/ "ح.بن.م.بن.الح.أ.غ" 9/ "م.بن.الص.بن.م.غ" 10/ "ح.بن.م.بن.الص.غ" وكل من عسى أن يكشف عنه البحث من أجل المشاركة وتبادل الاعتداء بالعنف الشديد المجرد والسكر الواضح وإحداث الهرج والتشويش ويضاف للأول القتل العمد مع سابقة القصد والثاني والثالث من أجل المشاركة له في ذلك ويضاف للخامس حيازة آلة حارقة ويضاف للتاسع والعاشر تعمد إعدام أو إخفاء ما تثبت به الجريمة قبل وضع يد السلطة عليه طبق الفصول 158/317 32/201/202/218/220/315/316 من المجلة الجزائية

وحيث أصدر السيد قاضي التحقيق بالمكتب الاوالمحكمة الابتدائية بالقيروان قرار ختم البحث عدد 2016/1/90 المؤرخ في 30/8/2017 الرامي إلى التصريح : أولا : توفر الأدلة الكافية على وجاهة إتهام المظنون فيهم / "ز.بن.م.الص.غ" 2/ "الم.بن.م.بن.الص.غ" 3/ "الم.بن.م.بن.الص.غ" 4/ "أ.بن.الم. بن.ع.غ" 5/ "ح.بن.ع.بن.ح.غ" 6/ "عبد الر.بن.ع.بن.ح.غ" 7/ "م.بن.خ.بن.س.بن.الج" 8/ "ح.بن.م.بن.الح.أ.غ" 9/ "م.بن.الص.بن.م.غ" 10/ "ح.بن.م.بن.الص.غ" فالأول من أجل القتل العمد مع سابقة القصد والثاني والثالث والرابع والخامس والسادس والسابع والثامن من أجل المشاركة في معركة وتبادل الإعتداء بالعنف الشديد والسكر الواضح وإحداث الهرج والتشويش ويضاف للخامس حيازة آلة حارقة والتاسع و العاشر من أجل تعمد اخفاء ما تثبت به الجريمة طبق أحكام الفصول 201/202/218/220/316/317/58 من المجلة الجزائية وأمر 18/06/1894 وإحالتهم على الحالة التهم عليها صحة ملف القضية والمحجوز على دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بالقيروان لتقرر في شأنهم ما تراه وحفظ تهمة المشاركة في القتل العمد مع سابقة القصد المنسوبة للمظنون فيهما "الم" و"الم" لعدم كفاية الحجّة وحفظ تهمة السكر الواضح وإحداث الهرج والتوي في مواجهة المظنون فيه "ز" لعدم كفاية الحجّة.

وحيث استأنف المظنون فيه "ز" قرار ختم البحث المذكور وأصدرت دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بالقيروان قرارها عدد 789 المؤرخ في 24/11/2017 القاضي بإبطال قرار ختم البحث وإرجاع القضية إلى السيد قاضي التحقيق لإعادة صياغته والقيام ببعض الأعمال.

وحيث أنجز السيد قاضي التحقيق الأعمال المطلوبة وأصدر من جديد قرار ختم البحث عدد 90/01/2016 المؤرخ في 28/12/2017 الرامي إلى التصريح أولا : توفر الأدلة الكافية على وجاهة اتهام المظنون

فيهم/“ز.بن.م.الص.غ” 2/ “الم.بن.م.بن.الص.غ” 3/ “الم.بن.م.بن.الص.غ” 4/ “أ.بن.الم.بن.ع.غ” 5/ “ح.بن.ع.بن.ح.غ” 6/ “عبد.الرب.بن.ع.بن.ح.غ” 7/ “م.بن.خ.بن.س.بن.الج” 8/ “ح.بن.م.بن.الح.أ.غ” 9/ “م.بن.الص.بن.م.غ” 10/ “ح.بن.م.بن.الص.غ” فالأول من أجل القتل العمد مع سابقة القصد والثاني والثالث والرابع والخامس والسادس والسابع والثامن من أجل المشاركة في معركة وتبادل الاعتداء بالعنف الشديد والسكر الواضح وإحداث المهرج والتشويش ويضاف للخامس حيازة آلة حارقة والتاسع والعاشر من أجل تعمد إخفاء ما تثبت به الجريمة طبق أحكام الفصول 18/06/1894/201/202/2018/316/317/158 من المجلة الجزائية وأمر 18/06/1894، وإحالتهم على الحالة التي هم عليها صحة ملف القضية والمحجوز على دائرة الاتهام بمحكمة الاستئناف بالقيروان لتقرر في شأنهم ما تراه وحفظ تهمة المشاركة في القتل العمد مع سابقة القصد المنسوبة للمظنون فيهما “الم.” و”الم” لعدم كفاية الحجة وحفظ تهمة السكر الواضح وإحداث المهرج والتشويش في مواجهة المظنون فيه “ز” لعدم كفاية الحجة .

وحيث استأنف المظنون فيهما “ز” و”ح” قرار ختم البحث المذكور وأصدرت دائرة الاتهام لمحكمة الاستئناف بالقيروان قرارها المشار إليه بالطالع وهو القرار المطعون فيه في قضية الحال الذي نسب إليه نائب الطاعنين الأستاذ “خ.الك” ما يلي :

لاحظ بأنه تبين من أوراق الملف تجاوز مدة الإيقاف بالنسبة إلى المظنون فيه “ز.غ” ذلك أنه تم إيقافه منذ 05/12/2016 وبقي موقوفا إلى تاريخ نشر هذه القضية أي بعد 14 شهرا خلافا لما نص عليه الفصل 85 من مجلة الاجراءات الجزائية، مضيفا أن صيغة النص المذكور جاءت بصورة آمرة. في حين أن مدة إيقاف منوبه تجاوزت المدة المسموح بها بشهر وبالتالي أصبح إيقافه غير قانوني.

كما لاحظ الأستاذ نحميس الكافي، بخصوص منوبه “ح.غ”، أن هذا الأخير وبصرف النظر عن عدم ثبوت إدانته فيما نسب إليه، فقد تبين أنه تم إيقافه منذ شهر ماي 2017 وكان قد أحيل من أجل جريمة الفصل 158 من المجلة الجزائية الذي نص بأنه: ” يعاقب بالسجن مدة عام كل من يتعمد إعدام أو إخفاء ما تثبت به الجريمة قبل وضع السلطة عليه“. وتمسك بتطبيق مقتضيات الفصل 85 من م.إ.ج التي نصت حرفيا...ويتحتم الإفراج بضمان أو بدونه بعد الاستنطاق بخمسة أيام لفائدة المظنون فيه الذي له مقر معين بالتراب التونسي و لم يسبق الحكم عليه بأكثر من ثلاثة أشهر سجنا إذا كان أقصى العقاب المقرر قانونا لا يتجاوز العام سجنا. موضحا في هذا الإطار أن لمنوبه مقر معلوم وهو نقي السوابق مطلقا. وبالتالي تنطبق عليه أحكام الفصل 85 المذكور أعلاه وكان على دائرة الاتهام

وقاضي التحقيق الإذن بالإفراج الحتمي لتجاوز آجال الإيقاف التحفظي وطلب على ذلك الأساس النقض بدون إحالة .

كما لاحظ احتياطيا بأنه وبالرجوع إلى محاضر الأبحاث المجراة في القضية وخاصة منها الاختبار الطبي يتضح أن سبب الوفاة نجم عن رضوض عنيفة بعضلة القلب نتيجة إصابة بالجهة الأمامية بالصدر ولا توجد علامات عبور لنوع الجرار على جسم المالك كما تبين أن نسبة الكحول بدم المالك تساوي 1.28 غ/ل وبالمعدة نفوق 6 غرامات/ل. كما أن قرار ختم البحث استند على تصريحات شهود مقدوح فيهم بالقرابة. وحقيقة الواقعة أنها جدت في الليل وأثناء نشوب معركة بين شقين من الحاضرين بحفل زفاف وتم التراشق بالحجارة بين جميع الأطراف ولم يكن منوبه حاضرا زمن حصول المعركة. واستخلص أن غموضا كبيرا بقي يحف بوقائع القضية ومن الثابت أن ركني القصد والإضرار منعدمين تماما في قضية الحال وطلب على ذلك الأساس النقض.

وأضاف الأستاذ "خ.الك" بخصوص منوبه "ح.غ" بكون هذا الأخير نفى ما نسب إليه وأكد بأن كلما في الأمر أنه تولى نقل جرار والده من نوع الندي العادي إلى منزل "س.الس" خوفا من أن يتولى الأهالي إلحاق أضرار به ولم تكن لديه النية في إخفائه باعتباره أداة جريمة وكانت تصريحاته في هذا المجال تلقائية وانتهى بالتالي الركن القصدي لجريمة الفصل 158 من م.ج خاصة وأنه لم يكن حاضرا بمكان وزمن المعركة وطلب على ذلك الأساس النقض.

المحكمة:

حيث لا خلاف في أن الأصل في الإنسان الحرية والاستثناء سلبها أو التقييد منها، لا العكس، ذلك أن الحرية هي من أهم حقوق الإنسان التي لا يجوز الانتقاص منها أو انتهاكها. وقد أجاز القانون، فقط في حدود ضيقة جدا، لجهات محددة الاحتفاظ بالإنسان أو إيقافه بقيود موضوعية وزمنية و ضمانات يحظر تجاوزها.

وحيث وعملا بهذا المبدأ الذي أضحى عرفا دوليا استقر عليه الضمير الإنساني، تولت جل القوانين الدولية والإقليمية والتشريعات والوطنية تحديد وبيان ماهية الإيقاف و حدوده بنصوص صريحة تبرز بغاية الوضوح والدقة ضرورة تحديد مدته القصوى وشروطه في جميع صور التبع، على أن لا تقبل هذه النصوص التأويل وعلى أن يترتب على الإخلال بمقتضياتها خرق القانون وعدم اعتماد ما ترتب عنها من آثار قانونية.

وحيث سائر المشرع التونسي هذا التوجه إذ أقر مبدأ تحديد المدة القصوى للإيقاف التحفظي وكرسه بالفصل 29 من دستور الجمهورية التونسية الذي نص صراحة على أنه "لا يمكن إيقاف شخص أو الاحتفاظ به إلا في حالة التلبس أو بقرار قضائي ويعلم فوراً بحقوقه وبالتهمة المنسوبة إليه، وله أن ينيب محامياً. وتحدد مدة الإيقاف والاحتفاظ بقانون." وقد استأنس المشرع التونسي في ذلك أيضاً بما ورد من أحكام ومبادئ تضمنتها أغلب المعاهدات الدولية والإقليمية ذات العلاقة بحقوق الإنسان والتي صادقت عليها تونس وصبحت بالتالي جزءاً من تشريعها الوطني الواجب النفاذ، بل هي أعلى درجة من القوانين. وفي هذا السياق، نصت الفقرة الأولى من المادة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه "لكل فرد حق في الحرية وفي الأمان على شخصه. ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً. ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه". وتضيف الفقرة 3 من المادة 9 ذاتها أنه "يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية، سريعاً، إلى أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانوناً مباشرة ولائف قضائية، ويكون من حقه أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو أن يفرج عنه. ولا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة، ولكن من الجائز تعليق الإفراج عنهم على ضمانات لكفالة حضورهم المحاكمة في أية مرحلة أخرى من مراحل الإجراءات القضائية، وكفالة تنفيذ الحكم عند الاقتضاء". كما نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه لكل شخص حرم من حريته بالتوقيف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل هذه المحكمة دون إبطاء في قانونية اعتقاله، وتأمراً بالإفراج عنه إذا كان الاعتقال غير قانوني. وأنه لا يجوز أن يكون احتجاز الأشخاص الذين ينتظرون المحاكمة هو القاعدة العامة". وهو ما يتماشى أيضاً مع ما جاء بمجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن لسنة 1988. فضلاً عما ورد بالمادة التاسعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أنه: "لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً". هذا بالإضافة إلى ما نصت المادة 14 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان والتي أكدت على أنه "...2- لا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للأسباب والأحوال التي ينص عليها القانون سلفاً وطبقاً للإجراء المقرر فيه..... 5- يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جزائية أمام أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانوناً مباشرة وظائف قضائية، ويجب أن يحاكم خلال مهلة معقولة أو يفرج عنه". وهذا أيضاً ما أكدت عليه المادة السادسة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي نص على أنه: "لكل فرد الحق في الحرية والأمن الشخصي ولا يجوز حرمان أي شخص من حريته إلا للدوافع وفي حالات يحددها القانون سلفاً، ولا يجوز بصفة خاصة القبض على أي شخص أو احتجازه تعسفاً".

وحيث وانسجاما مع ما سبق، تضمن قانون الإجراءات الجزائية التونسي مجموعة من القواعد القانونية الجزائية التي تحدد كيفية التتبع والتحري في الجرائم والتحقيق في شأنها مع الجناة الذين تولوا ارتكابها وإيقافهم ليتسنى إحالتهم إلى المحاكم المختصة ومحاكمتهم وإصدار الأحكام في حقهم وتحديد طرق الطعن فيها وتنفيذها والهيات القضائية المختصة بذلك. وهي قواعد أساسية لا يمكن الاستغناء عنها ويجب تطبيقها في جميع الوقائع المجرمة بالكيفية التي نظمها قانون الإجراءات الجزائية ولها الصبغة الإلزامية وفي صورة الإخلال بها يكون الإجراء محتلا ولا يترتب عليه أية آثار قانونية إجرائية باعتبارها من الإجراءات الأساسية التي تهتم النظام العام والمصلحة الشرعية للمتهم .

وحيث أن فصول مجلة الإجراءات الجزائية هي من القواعد الآمرة التي تهتم النظام العام والغاية من سننها هو تحقيق الصالح العام من جهة وحماية الحريات العامة والفردية من جهة أخرى ومن شأنها إرساء مبدأ الشرعية الإجرائية أي ممارسة السلطات وتحقيق الضمانات التي يقرها القانون في الحدود التي أقرها المشرع والتي تأسس لضمان المحاكمة العادلة.

وحيث أن البطلان في مادة الإجراءات الجزائية هو جزء للإخلال بالقواعد الإجرائية وسنده يكمن في ضمان حقوق المتقاضين والمشبه بهم حتى يضمن لهم الحق في محاكمة عادلة تسري منذ بداية التتبع ثم الاستقراء وصولا إلى طور المحاكمة.

وحيث نص الفصل 199 من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه: " تبطل كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام أو للقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية. والحكم الذي يصدر بالبطلان يعين نطاق مرماه".

وحيث يستخلص من الفصل المشار إليه أن المشرع التونسي فرض البطلان وعدم ترتيب أي أثر قانوني عند مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية ومصلحة المتهم الشرعية ومن ذلك مخالفة القواعد الإجرائية التي أرساها المشرع في خصوص مدة الإيقاف القصوى.

وحيث أنه خلافا لمسألة اتجاه مطلب الإفراج من عدمه الذي يرجع لتقدير الوقائع وظروف وملابساتها القضية وخطورتها ومصلحة سير العدالة وهي أمور أوكلها القانون لاجتهاد قاضي الموضوع، فإن القرارات الصادرة عن قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام بخصوص الإيقاف التحفظي ومدته، هي قرارات قضائية خاضعة لقواعد قانونية محددة قانونا ويجب الالتزام بمقتضياتها واحترامها للقول بصحتها وتأسيسا على ذلك فإن القرارات الصادرة في هذا الشأن عن دائرة الاتهام قابلة للطعن بالتعقيب

وتنظر محكمة التعقيب فيها لمراقبة صحة تطبيق تلك القواعد القانونية وتطبيق النص القانوني على الجريمة المنسوبة للمتهم ما دام الطعن مؤسسا على خرق النصوص القانونية طبقا لأحكام الفصل 258 من مجلة الاجراءات الجزائية.

وحيث تبين في قضية الحال وبالنسبة للمظنون فيه "ز.بن م.غ" أنه تم الاحتفاظ به بداية من 02/12/2016 قبل أن يتم توجيه تهمتي القتل العمد مع سابقة القصد والمشاركة في معركة له. وكانت دائرة الاتهام قد أصدرت قرارها القاضي بإحالة المتهم من أجل ما ذكر بتاريخ 23/02/2018 واتضح من خلال ذلك أن مدة الإيقاف التحفظي بخصوصه قد تجاوزت المدة القانونية القصوى المشار إليها آنفا وهو ما يعتبر إخلالا لقاعدة إجرائية أساسية تهم مصلحة المتهم الشرعية على معنى الفصل 199 من م.إ.ج.

وحيث تعين تأسيسا على ذلك، اعتبار قرار دائرة الاتهام باطلا بطلانا مطلقا خاصة وأن المشرع، وتكريسا لهذا المبدأ، أكد بالفقرة الخامسة من الفصل 85 من م.إ.ج على أنه... لا يمكن أن يترتب عن قرار دائرة الاتهام بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق لمواصلة بعض الأعمال التي تقتضيها تهيئة القضية للفصل تجاوز المدة القصوى للإيقاف التحفظي للمتهم الذي يحتم، في هذه الحالة، على قاضي التحقيق أو دائرة الاتهام، حسب الأحوال، الإذن بالإفراج عنه مؤقتا دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير اللازمة بضمان حضوره. أي أنه وحتى في صورة إن ارتأت دائرة الاتهام إحالة الملف على قاضي التحقيق للقيام ببعض الأعمال الاستقرائية فإن مدة الإيقاف لا يجوز مطلقا أن تتجاوز ما تم تحديده قانونا وهو ما يتعين معه، وتأسيسا على كل ما سبق شرحه، نقض القرار المطعون فيه بصرف النظر عن وجهة بقية المطاعن المثارة من عدمه ذلك أن الأمر يتعلق باحترام القواعد الإجرائية الأساسية التي تشكل حتما جزءا لا يتجزأ من القواعد المتصلة بالنظام العام.

وحيث وإضافة إلى ما ذكر وبخصوص المتهم "ح.بن م.غ" فقد تبين أنه تمت إحالته من أجل جريمة الفصل 158 من المجلة الجزائية الذي نص: "يعاقب بالسجن مدة عام كل من يتعمد إعدام أو إخفاء ما ثبتت به الجريمة قبل وضع يد السلطة عليه". وقد اتضح من خلال أوراق القضية أنه نقي السوابق العدلية وأن له مقر محدد، وقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 85 من م.إ.ج على أنه "يتحتم الإفراج بضمان أو بدونه بعد الاستنطاق بخمسة أيام عن المتهم الذي له مقر معين بالتراب التونسي ولم يسبق الحكم عليه بأكثر من ستة أشهر سبينا إذا كان أقصى العقاب المقرر قانونا لا يتجاوز عامين سبينا فيما عدا الجرائم المنصوص عليها بالفصول 68 و 70 و 217 من المجلة الجزائية".

وحيث أضحى المتهم "ح.ع" بناء عليه، مشمولاً بحالة من حالات السراح الوجوبي المنصوص عليها بالفصل 85 من م.إ.ج واتجه بالتالي نقض القرار المطعون فيه لهذا السبب.

لذا ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً وفي الأصل نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالقيروان للنظر فيها مجدداً بهيئة أخرى والإعفاء من الخطية.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 17 ماي 2018 عن الدائرة الخامسة عشرة المتألّفة من رئيسها السيد جميل بن عياد وعضوية المستشارين السيدين "عدنان الهاني" و"آمال عاشور" بمحضر المدعي العام السيد "محمد بالحاج عمر" وكاتبة المحكمة السيدة "منيرة المانعي".

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 10006 بتاريخ 09 جوان 2020

صدر برئاسة السيد جلال بوكثيف

المادة: قانون جزائي.

المراجع: الفصلين 114 و 291 من المجلة الجزائية - الفصل 24 من الدستور.

المفاتيح: التحيل باستعمال خصائص الوظيف - حرمة الحياة الخاصة - سرية المراسلات والاتصالات - طرق التحري الخاصة - مساس بمصلحة المتهم الشرعية - قيد غير متناسب - الحصول على إذن قضائي.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من طرف الأستاذ س. ت. بتاريخ 06-12-2019 في حق المتهم.

ضد: الحق العام

طعنا في القرار الصادر عن دائرة الاتهام بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي بمحكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 295/32 المؤرخ في 12-04-2019 القاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بتوجيه تهمة التحيل باستعمال خصائص الوظيف على المتهم طبق أحكام الفصلين 114 و 291 من المجلة الجزائية وإحالته على الحالة التي هو عليها صعبة ملف القضية والمحجوز على الدائرة الجنائية بالقطب الاقتصادي والمالي بالمحكمة الابتدائية بتونس لمقاضاته من أجل مل ذكر.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات في القضية وعلى مستندات الطعن وعلى طلبات السيد المدعي العام لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها في الجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب أوضاعه وصيغته القانونية فهو حري بالقبول شكلا.

من حيث الأصل:

حيث يُؤخذ من القرار المنتقد ومن الوقائع التي انبنى عليها أن الأبحاث في قضية الحال انطلقت

بواسطة شكاية تقدمت بها المبلغة (ر.) المضمنة بالدفاتر المسوكة من طرف النيابة العمومية تحت عدد 224/2018 مفادها أن القاضي (...) عمد إلى الحصول على رشوة مقابل إيهامها بالتدخل في قضية جزائية منشورة بالمحكمة الابتدائية بتونس وتم توثيق ذلك بتسجيلات صوتية عن طريق هاتفها الجوال وبذلك انطلقت الأبحاث في قضية الحال.

وبعد استيفاء الأبحاث أذنت النيابة العمومية بفتح بحث تحقيقي ضد المتهم من أجل التحيل باستعمال خصائص الوظيف واستغلال موظف عمومي ما له من نفوذ أو روابط حقيقية لدى موظف عمومي ويقبل بنفسه أو بواسطة غيره عطايا أو وعودا بعطايا أو منافع كيفما كانت طبيعتها بدعوى الحصول على حقوق أو امتيازات لفائدة الغير على معنى أحكام الفصول 87 و114 و291 من المجلة الجزائية.

وحيث أصدر السيد قاضي التحقيق بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي قرار ختم البحث عدد 531/6 المؤرخ في 31 أوت 2018 الرامي إلى إحالة المتهم على أنظار دائرة الاتهام بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي بمحكمة الاستئناف بتونس لتقرر في شأنه ما تراه صالحا لارتكابه جريمة التحيل باستعمال خصائص الوظيف طبق أحكام الفصلين 214 و291 من المجلة الجزائية وحفظ ما زاد على ذلك في حقه لعدم توفر الأركان القانونية.

وحيث استأنف المظنون فيه قرار ختم البحث المذكور وأصدرت دائرة الاتهام بالقطب القضائي الاقتصادي والمالي بمحكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 295/32 المؤرخ في 20/02/2019 الرامي إلى إرجاء النظر في الأصل وإرجاع الملف إلى السيد قاضي التحقيق للقيام [ببعض الأعمال التكميلية].

وحيث أنجز السيد قاضي التحقيق الأعمال المذكورة وأرجعت القضية إلى دائرة الاتهام والتي أصدرت قرارها عدد 295/32 المؤرخ في 04/12/2019 وهو القرار المطعون فيه في قضية الحال الذي نسب إليه نائب الطاعن ما يلي:

[...]

المطعن الثالث المتعلق بعدم توفر القرائن القانونية لتوجيه تهمة نص الإحالة:

لا حظ بأن قرار توجيه تهمة نص الإحالة على منوبه بقي فاقدا لسنده الواقعي والقانوني ذلك أن دائرة الاتهام أسست قرارها على تسجيلات بجملة من المكالمات الهاتفية المسجلة على قرص مضغوط بين المبلغة ومنوبه وما قامت به المبلغة من تسجيل المكالمات الهاتفية المذكورة دون إذن قضائي يُعدّ خارقا لأحكام

الفصل 24 من الدستور التونسي الذي يضمن سرية المراسلات والاتصالات لما في ذلك من مساس بالحياة الخاصة والمعطيات الشخصية للفرد ولضمان عدم التعسف في استعمال هذه الآلية من أي شخص دون ضوابط يضمنها القانون وفقا لإجراءات خاصة وقد أكدت العديد من الاتفاقيات والمعاهدات والمواثيق الدولية والإقليمية على أهمية احترام الحياة الخاصة بمختلف مفرداتها وتفصيلها إزاء أي اعتداء يقع عليها من قبل الآخرين أو من السلطة العامة وأكدت معظم الدساتير على حرمة الأحاديث الهاتفية وعدم جواز الاعتداء عليها بالتسجيل أو التنصت أو أي صورة من صور الاعتداء لتعلقها بالحياة الخاصة ومنها الدستور التونسي لسنة 2014، وتم تجريم تسجيل الاتصالات في القانون التونسي بمقتضى الفصل 85 من مجلة الاتصالات الذي يحيل بدوره لمقتضيات الفصل 253 من المجلة الجزائية. وقد تولت دائرة التهام الأخذ بتلك التسجيلات الصادرة عن المبلغة مما يعد مخالفة للنصوص المذكورة فضلا على أن دائرة الإتهام اعتبرت أن تلك التسجيلات لا تدخل تحت خاتمة التعدي على المعطيات الشخصية باعتبارها تحت إطار التبليغ على الفساد الذي يُمكن إثباته بجميع الوسائل إلا أن هذا التمثي مخالف لأحكام الفصل 5 من القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين الذي نص على أنه: «يتعين على الهيكل المكلف بتنفيذ هذا القانون التقيّد بمقتضيات حماية المعطيات الشخصية وفقا للتشريع الجاري به العمل في هذا المجال». خاصة وأن التسجيلات أجريت بدون إذن قضائي علاوة على أن التسجيلات التي اعتمدها دائرة الاتهام كانت مقتضبة ولا يمكن أن تعتمد كقرينة ولم تسفر الأبحاث على ما يُدعم صحة ما جاء على لسان المبلغة في تبريرها وتفسيرها لمحتوى الحوار ومفاضلتها على ما برر به منوبه لمحتواها والتي جاءت متطابقة مع شهادة الشهود الواقع سماعهم من قبل قاضي التحقيق بناء على قرار دائرة الاتهام في خصوص المعاملات المالية الرابطة بين المبلغة ومنوبه وهو ما استبعدته دائرة الاتهام بدون مبرر، مما يجعل قرارها مشوبا بضعف التعليل. كما أنه ولئن جاءت نتيجة الاختبار الفني المجرى بواسطة الإدارة الفرعية للمخبر الجنائية والعلمية - مصلحة المعاينات الفنية - أن تسجيل المكالمات الهاتفية الواقع معاينتها لم يدخل عليها أي تغيير فإن هذا التقرير لا يرتقي للمستوى الفني والعلمي المطلوب باعتبار أن الاختبار اعتمد تسجيلات محمولة بقرص ليذري والحال أنه كان من المفروض أن يتم معاينة التسجيلات الأصلية وحجز الهاتف الجوال التي تمت بمقتضاه التسجيل قصد إجراء الاختبار عليه مباشرة كما لم تبن الأعمال المخبرية والتقنيات المعتمدة في النتيجة التي توصل إليها كما أن الاختبار لم ينسب تسجيل الحادثة الصوتية بين الطرفين وإن كانت تلك الحادثة مركبة من عدمه أو تم إدخال تغييرات عليها مكتفيا بتشخيص مقتضب: «كما تم العثور على تسجيل حدث مباشرة بالهاتف الجوال به محادثة».

وأضاف بأنه وعلاوة على ما ذكر فإن دائرة الاتهام لم تجب عن المطعن المتعلق بانتفاء صفة «حسن النية» للمبلغ وإنما مجرد واثية سيئة النية أرادت استغلال علاقة الصداقة التي تربطها بمنوبه لقضاء مآربها ومصالحها وأفعالها ومخططاتها لاستغلال العلاقة المذكورة بمعية زوجها الذي تم سماعه من قبل مساعد وكيل الجمهورية بالقطب المالي والاقتصادي كشاهد وكذلك قلم التحقيق مخالفان أحكام الفصل 96 من م م م م الذي ينص على عدم الأخذ بشهادة أقارب الشاكي أو المدعي لتوفر القدر القانوني فيه ولعدم إمكانية الاطمئنان لشهادته خاصة وأن الشهادة كانت صادرة عنه بوصفه محامي للمدعو ف. ش. ومقتربة بالقضية الديوانية موضوع قضية الحال وما كان ليؤدي شهادته إلا بمناسبة مباشرته لملف القضية الديوانية التي حاولت المبلغة إيهام النيابة العمومية من كون منوبه سيدعى للتدخل لإبقاء موكل زوجها بحالة سراح مقابل مبلغ مالي وهو ما يخالف المرسوم المنظم لمهنة المحاماة لسنة 2011 الذي يحجر على المحامي تقديم شهادته في خصوص نزاع أئيب فيه وكذلك في خصوص استشارة قانونية كلف بها فضلا على أن الشاهد ف. ش. أنكر تسليمه لمبلغ مالي في خصوص موضوع قضية الحال وبالتالي أين تكمن مصلحة المبلغة كي تدفع ذلك المبلغ لمنوبه وطلب على ذلك الأساس النقض بدون إحالة.

المحكمة

[...]

عن المطعن الثالث المتعلق بعدم توفر القرائن القانونية لتوجيه تهمة نص الإحالة:

حيث أنه ولئن كان للقاضي الجزائي الحرية في الأخذ بأي دليل لإثبات الإدانة أو البراءة إلا أنه وفي الوقت ذاته ملزم بعدم الأخذ بدليل غير نزيه أو تمّ التوصل إليه بطريقة غير مشروعة وغير قانونية وعليه بالتالي السعي دائما إلى التطبيق السليم لقاعدة مشروعية الدليل الجنائي التي تستند على مبدأ الوصول إلى أي دليل أو الحصول عليه يجب أن يكون بوسيلة مشروعة حتى ينتج أثره والاعتداد به في مجال الإدانة وهو ما كرسه فقه القضاء على أن القاعدة لقبول الدليل أمام القضاء الجزائي وهو أنه لا بد أن يكون مشروعا وتمّ التوصل إليه بطريقة قانونية في نطاق احترام النصوص القانونية الضامنة للحقوق والحريات وبالتالي واعتمادا على ما تمّ بيانه فإنه ومتى اتضح أنه تمّ الحصول على الدليل بإجراءات تخرج عن إطار الشرعية فإن هذه الإجراءات تعد باطلة ومتى تقرر البطلان فيجب استبعاد ما ينتج عنه من أدلة.

وحيث تبين أن قلم التحقيق ومن بعده دائرة الاتهام اعتمدا في التصريح بثبوت إدانة الطاعنة في قضية الحال بخصوص تهمة التحيل باستعمال خصائص الوظيف على معنى أحكام 114/292 من

القانون الجزائري بالاعتماد على ما تضمنه القرص الليزري المضغوط الذي احتوى على تسجيل مكالمات وإرساليات هاتفية بين المبلغة والمعقب الذي تم بدون إذن قضائي وخرقا لأحكام الفصل 24 من الدستور التونسي الذي أقر بأن الدولة تحمي الحياة الخاصة ... وسرية المراسلات والاتصالات والفصل 85 من مجلة الاتصالات الذي نص على أنه: «يعاقب طبقا لأحكام الفصل 253 من المجلة الجنائية كل من يفشي أو يبحث أو يُشارك في إفشاء محتوى المكالمات والمبادلات المرسلة عبر شبكات الاتصالات في غير الأحوال التي يميز فيها القانون ذلك». ومقتضيات القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية وخاصة منه الفصول 6 و7 و8 و9 فضلا على أن الاختبار أجري على القرص الليزري المذكور الذي أعدته المبلغة ولم يتم إجرائه على الهاتف الجوال الذي احتوى تبادل الإرساليات بينهما ولم يتم حجز الهاتف الجوال بما يجعل ما اعتمده محكمة القرار المطعون فيه مشوبا بفقدان السند القانوني وهو ما يوجب النقض.

لذا ولهذا الأسباب:

قررت الدائرة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر في شأنها مجددا بهيئة أخرى والإعفاء من الخطية.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 09 جوان 2020 عن الدائرة الخامسة عشرة المتألّفة من رئيسها السيد جلال بوكتيّف وعضوية المستشارين السيدين عدنان الهاني وآمال عاشور ومحضر المدعي العام السيد أنيس ضيف الله وكاتبة المحكمة السيدة منيرة المانعي.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 60585 مؤرخ في 28 فيفري 2018

صدر برئاسة السيد جمال المستيري

المادة: إجراءات جزائية

المراجع: الفصل 24 من الدستور- الفصلين 93 و95 من م. ا. ج.

المفاتيح: حماية الحياة الخاصة- حرمة المسكن-تفتيش محلات السكنى لا يكون إلا عند الضرورة- إذن كتابي- مساس بالمصلحة الشرعية للمتهم- عدم تناسب بين الهدف المنشود وخطورة التقييد.

المبدأ: . تولى الباحث القيام بتفتيش محل المعقب ضدها زمن تلك الليلة على الساعة الثانية صباحا كانت متجافية وأحكام الفصل 24 من الدستور التي توجب حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن.

. المداهمة ولئن كانت بإذن من النيابة العمومية فإن موضوع ذلك الإذن قد تعلق بخصوص البحث بشأن واقعة سرقة، ولم يكن بخصوص جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية وبالتالي فإن تلك الأبحاث قد شكلت انتهاكا لقرينة البراءة الدستورية وانتهكا لحرمة المسكن.

. لا يجوز تفتيش محلات السكنى إلا متى اقتضى الأمر ذلك عند الضرورة وحتى في صورة وجود الإذن الكتابي، فإن التفتيش لا يكون إلا باصطحاب امرأة أمينة لتنفيذ عملية المداهمة والتفتيش. وفي غياب تلك المستوجبات يصبح التفتيش بالمسكن متجافيا والحقوق الشرعية للأفراد وماسا بالمصلحة الشرعية للمتهم.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية بنابل.

بتاريخ 16/01/2017.

ضد: إ.ب.س.ب. و.أ.ب.ع.ج.و.

طعنا في القرار عدد 529 الصادر بتاريخ 10/1/2017 من المحكمة الابتدائية بنابل والقاضي نصح نهائيا غيايبا بقبول الاستئناف شكلا وأصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا ببطلان إجراءات التتبع.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات في القضية وبعد الطلاع على ملحوظات المدعي العمومي لدى محكمة التعقيب والاستماع لشرحها بالجلسة وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث قدم المطلب ممن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونية ثم استوفى إثر ذلك كافة مقتضيات القانونية بما صيره حريا بالقبول من هه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تبين من استقراء القرار المطعون فيه والأبحاث المجرأة في القضية أنه بتاريخ 23/2/2016 وعلى إثر مداومة محل سكني بنايل تسوغته المعقب ضدها إ.ب. وذلك بمناسبة التحري في قضية سرقة، تم التفتن لهذه الأخيرة داخل المحل برفقة المعقب ضده أحمد الوسلاقي المتهم بالسرقة على الساعة الثَّانِيَةِ والنصف فجرا بدون أن يكون بينهما عقد زواج شرعي فكان منطلق القضية.

وحيث واستيفاء الأبحاث في القضية، أحالت النيابة العمومية بنايل المتهمين المعقب ضدهما على محكمة ناحية نابل لمقاضاتهما من أجل الزواج على خلاف الصيغ القانونية طبق أحكام الفصل 36 من القانون عدد 03 لسنة 1957 المؤرخ في 01/08/1957 فأصدرت محكمة الناحية حكمها عدد 886 بتاريخ 07/09/2016 والقاضي ابتداءيا بحضوريا بالسجن كل واحد من المتهمين مدة شهرين اثنين وحمل المصاريف القانونية عليهما.

فاستأنفت المعقبة ضدهما... فأصدرت المحكمة الابتدائية بنايل حكمها عدد 529 المذكور أعلاه. فتعقبه وكيل الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بنايل ناسبا له:

ضعف التعليل ومخالفة القانون:

بمقولة أن دخول محل سكني المعقب ضدها إ.ب. كان بناء على إذن من النيابة العمومية وأن الحكم ببطلان إجراءات التتبع كان مخالفا للقانون خاصة وأن المعقب ضدهما اعترفا بجريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية وأن الإذن بتفتيش المنزل لم يكن سندة جريمة قضية الحال بل جريمة السرقة وانتهى إلى النقض والإحالة..

المحكمة

حيث خلافا لما انتهى إليه الطاعن، فإن محكمة الموضوع أحسنت تطبيق القانون حين انتهت إلى النقض والقضاء محددًا ببطلان إجراءات التتبع لكون المداهمة التي تولى الباحث القيام بها بمجل المعقب ضدها إ.ب. زمن تلك الليلة على الساعة الثانية صباحا كانت متجافية وأحكام الفصل 24 من الدستور التي توجب حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن ذلك أن المداهمة ولئن كانت بإذن من النيابة العمومية فإن موضوع ذلك الإذن قد تعلق بخصوص البحث بشأن واقعة سرقة، ولم يكن بخصوص جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية وبالتالي فإن تلك الأبحاث قد شكلت انتهاكا لقرينة البراءة الدستورية وانتهاكا لحرمة المسكن وبذلك فإن ما انتهت إليه محكمة الموضوع يكون مكرسا لضرورة حماية الحياة الخاصة للأفراد كتكريس وجوب حماية حرمة المسكن على نحو مقتضيات أحكام الدستور، كما أنه لا يجوز تفتيش محلات السكنى إلا متى اقتضى الأمر ذلك عند الضرورة على معنى أحكام الفصول 93 وما يليه من م.إ.ج ومن ذلك أن منطوق الفصل 95 من ذات القانون لا يبيح إجراء التفتيش بمحلات السكنى وتوابعها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الثامنة مساء ما عدا صورة الجناية أو الجنحة المتلبس بها أو غير ذلك مما يسمح به القانون، ثم أن فضلا عما سلف بيانه، فإنه حتى في صورة وجود الإذن التفتيشي في الغرض، فإن التفتيش لا يكون إلا باصطحاب امرأة أمينة لتنفيذ عملية المداهمة والتفتيش ولذلك كله، فإن في غياب تلك المستوجبات يصبح التفتيش بالمسكن متجافيا والحقوق الشرعية للأفراد وماسا بالمصلحة الشرعية للمعقب ضدهما.

لذا، وهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 28/02/2018 عن الدائرة 31 برئاسة السيد جمال المستيري وعضوية المستشارين السيدين محمد رضا بن طالب وعلية الماطري بمحضر المدعي العام السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتب الدائرة السيد علي العمراوي.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 43355 بتاريخ 31 أكتوبر 2017

صدر برئاسة السيد المنذر اللومي

المادة: قانون جزائي

المراجع: الفصلين 7 و49 من الدستور.

المفاتيح: مبدأ التناسب- إقصاء تطبيق أحكام المجلة الجزائية-حماية الأسرة-ردع المعتدي.

المبدأ: أحكام الفصلين 7 و49 من الدستور لا يمكن أن تقضي تطبيق أحكام المجلة الجزائية كلاً وقعت جريمة وإن كان مرتكبها فرداً في أسرة بل أن حماية هذه الأخيرة من قبل الدولة وبجميع مؤسساتها لا يكون إلا بردع من يعتدي على حقوقها وأمنها ويرتكب في حقها أفعالاً يجرّمها القانون الجزائري.

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي:

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 26/01/2017 من قبل ل. ع. ينوبه الأستاذ م. ب. المحامي لدى التعقيب بتونس.

ضدّ: الحق العام.

طعنا في القرار عدد 7641 المؤرخ في 19/01/2016 والصادر عن محكمة الاستئناف بنابل والقاضي نصّه نهائياً حضورياً بقبول الاستئناف شكلاً وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي.

وبعد الإطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات في القضية وعلى مستندات الطعن وعلى طلبات المدعي العمومي لدى هذه المحكمة والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية صرّح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث قدّم المطلب مَن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونية ثمّ استوفى إثر ذلك كافة المقتضيات الإجرائية بما صيرّه حريّاً بالقبول من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث يتبين باستقراء القرار المطعون فيه ومظروفات القضية والأبحاث التي انبنى عليها حسب محضر البحث عدد 885 المؤرخ في 08/10/2012 والمجرى بواسطة أعوان مركز الأمن الوطني بدار شعبان الفهري ما مفاده تقدّم الشاكية إ.ع. بشكاية ضدّ زوجها ل.ع. مفادها تعمدّ هذا الأخير الاعتداء عليها بالعنف الجسدي واللفظي بتاريخ 31/07/2012 بعد عودتها من صلاة التراويح وأسمعها كلاما بذينا فخرجت من المنزل بمعية أبناءها ثم إنه هددها بحرق أدبائها وأدبائها وقد فعل ذلك.

وبانتهاء البحث إلى النيابة العمومية بقرمبالية قرّرت فتح بحث تحقيقي. وباستيفاء وإحالته على دائرة الاتهام بنابل قرّرت بمقتضى قرارها عدد 8929 المؤرخ في 20/12/2012 إحالة المظنون فيه على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية لمقاضاته من أجل إضرار النار عمدا بمنقول والاعتداء على الأخلاق الحميدة والقذف العلني طبق الفصول 226-307 مكرر و245 و247 من م.ج.

وبتعهّد محكمة البداية أصدرت حكمها عدد 549 بتاريخ 11/02/2015 قاضيا نصه ابتدائيا غيايبا بسجن المتهم مدة عامين اثنين من أجل إضرار النار عمدا بمنقول ومدة ثلاثة أشهر من أجل الاعتداء على الأخلاق الحميدة بالقول وبمثلاها من أجل القذف العلني وحمل المصاريف القانونية على المحكوم فيه وباعتراض المحكوم ضده على ذلك الحكم صدر الحكم الابتدائي عدد 652 بتاريخ 06/05/2015 قاضيا نصه ابتدائيا حضوريا بثبوت إدانة المتهم فيما نسب إليه وبسجنه من أجل ذلك مدة عامين اثنين من أجل إضرار النار عمدا بمنقول ومدة ثلاثة أشهر من أجل الاعتداء على الأخلاق الحميدة بالقول وبمثلاها من أجل القذف العلني وحمل المصاريف القانونية عليه مع إسعافه بتأجيل تنفيذ العقاب وتحذيره مغبة العود المدّة القانونية وباستئناف ذلك الحكم من قبل المحكوم ضده أصدرت محكمة الاستئناف قرارها الملحق إليه بالطالع فتعقبه هذا الأخير ولاحظ نائبه بمذكرة مستندات الطعن أنه ينص على القرار المنتقد ما يلي:

(1) مخالفة الحكم لمبدأ التناسب الوارد بالفصل 49 من الدستور ذلك أن المحكمة قضت بالإدانة ولم تلتفت إلى حماية الأسرة واكتفت بالتطبيق الحرفي والضيق للنص الجزائي.

(2) مخالفة الفصل 307 من م.ج ذلك أن الحرق شكل فضلات لا حاجة للطرفين بها كما أن الشاكية لم تذكر الأشياء المحروقة تفصيلا ولا قيمتها. كما اعتمدت المحكمة مجرد تصريحات الشاكية وأن الأدبаш والتي هي فضلات موجودة سطح المنزل هي على ملك الطاعن ولم تدل الشاكية بما يفيد ملكيتها لها وأن لا صحة لما ذكرته المحكمة من اعتراف الطاعن الآن بحرق أدبаш زوجته صلب محضر المكافئة

أمام باحث البداية إذ لم يقرّ إلا بحرق السجادة في حالة غضب ولا دليل على أن هذه الأخيرة على ملك الغير ولم تلتفت المحكمة للكتيبين الخططين المضافين بالملف والمتضمنين بتراجع الشاكية وابتها في تصريحاتهما وتأكيدهما على أن الأدبаш المحروقة هي عبارة عن فضلات والمعلوم أن الأشياء المتروكة ليست على ملك أحد ولم تلتفت المحكمة إلى ذلك التراجع.

(3) وفيما يخص جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة على معنى الفصل 226 مكرّر فإن ركن العلانية مفقود في قضية الحال لوقوع الخلاف داخل منزل.

(4) وفيما يتعلق بجريمة الفصل 245 و247 من م.ج فإن ركن العلانية مفقود كذلك فضلا على إسقاط الشاكية لحقّها في التتبع.

(5) ضعف التعليل وهضم حق الدفاع وذلك بعدم التفات المحكمة بما دفعه من عدم إثبات ملكية المنقولات من الشاكية وعدم تشخيصها وحصرها وبانعدام ركن العلانية ولم تناقشها ولم ترد عليها.

(6) لقد اكتفت المحكمة بتبني حكم وأسانيد قرار الدائرة الجنائية الابتدائية دون تعليل ودون تمعن في تفاصيل الواقعة وماديات القضية.

وحيث انتهى نائب الطاعن إلى طلب النقض والإحالة.

المحكمة

(1) عن المطعن القائل بمخالفة القرار المنتقد لمبدأ التناسب الوارد بالفصل 49 من الدستور:

حيث خلافا لما تمسك به الطاعن فإن أحكام الفصلين 7 و49 من الدستور لا يمكن أن تقصي تطبيق أحكام المجلة الجزائية كلّها وقعت جريمة وإن كان مرتكبها فردا في أسرة بل أن حماية هذه الأخيرة من قبل الدولة وبجميع مؤسساتها لا يكون إلا بردع من يعتدي على حقوقها وأمنها ويرتكب في حقها أفعالا يجرّمها القانون الجزائي وهو ما يوجب ردّ هذا المطعن الذي لا يتّسم بالجديّة.

(2) عن المطعن القائل بمخالفة أحكام الفصل 307 من م.ج:

حيث خلافا لما تمسك به الطاعن فإن محكمة القرار المنتقد قد أبرزت كيف أن الأشياء المحروقة هي بطبيعتها وحسب ما أعدت له تابعة للزوجة وأبناءها ولا حاجة لإثبات تعداد تلك الأدباش تفصيلا وقد اعتمدت المحكمة في إطار اجتهادها المطلق في تقدير عناصر الإثبات على تصريحات المتضررة المستقرة

خلال كامل أطوار البحث وعلى اعتراف المتهم بكونه قد حرق السجادة في لحظة غضب وهذا يكفي في حد ذاته للتدليل على قيام الركن المادي لجريمة الفصل 307 فضلا على إقراره لدى الباحث المناب من قبل قاضي التحقيق بكونه وبوصفها الأدباش التي قام بحرقها فإنها ليست ذات قيمة وبقيامه بذلك كردة فعل على قيام الشاكية برفع أدباش المنزل متجاهلا أن إتلاف تلك الأدباش بالحرق أو غير ذلك ليست من حقه طالما أن تلك الأدباش وإن كانت متروكة أو غير ذات قيمة هي تابعة بالملك لزوجته وأبناءه والثابت ذلك بذكر الشاكية وشهادة ابنة الطرفين وهي شهادة قبلها المظنون فيه ولم يقدر فيها بشيء وأن المحكمة ولئن التفت عن الكتبيين الخطيئين المحتجّ بهما من المظنون فيه والمتضمنة لتراجع الشاكية وابنتها في تصريحاتهما بخصوص طبيعة الأشياء المحروقة قد تعين بالنظر لعدم جدية ذلك التراجع واقعا وقانونا.

(3) عن المطعن القائل بانتفاء ركن العلانية في جرميتي القذف العلني والاعتداء على الأخلاق الحميدة:

حيث خلافا لما ذهب إليه الطاعن فإن ذلك الركن متوفر في قضية الحال من خلال مواكبة الواقعة من قبل ابنة المظنون فيه وقد جاء الفصلان 226 مكرر و247 من م.ج عامين في خصوص عبارتي "علنا" و"العموم" بحث يتوفر الركن المادي للجريمتين كلها واكب الفعل المجرّم شخص آخر غير المتخاطبين وهو الأمر الذي استقرّ عليه فقه القضاء بما يتعين معه ردّ هذا المطعن.

(4) عن المطعنين القائلين بضعف التعليل وهضم حق الدفاع:

حيث خلافا لما تمسك به الطاعن فإن القرار المنتقد تضمّن تعليلا مستساغا وتناول دفوعات لسان الدفاع بصفة ضمنية من خلال عرض الوقائع تفصيلا ثم إبراز أركان الجرائم المحال لأجلها الطاعن الآن وعناصر الإثبات المعتمدة كل ذلك في تعليل مستساغ ومستند إلى ما له أصل ثابت بأوراق الملف وتعين لذلك ردّ هذا المطعن الذي لا يهدف شأنه شأن جملة المطاعن الأخرى سوى مجرد الجدل الموضوعي الذي هو من صميم اختصاص قضاة الأصل ولا يمكن لهذه المحكمة معارضة الجدل بالجدل لكون دورها يقتصر على السهر على حسن تطبيقه وتأويله.

وحيث أنّه ومن جهة أخرى فقد أحرز القرار المطعون فيه على جميع مقوماته الشكلية والجوهرية وبات مستجيبا لمقتضيات أحكام الفصل 168 من م.إ.ج ولم يلاحظ به خلل إجرائي يوجب نقضه لفائدة النظام العام القضائي.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والمحجز.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 31 أكتوبر 2017 عن الدائرة العشرين المتألّفة من رئيسها السيد المنذر اللومي وعضوية المستشارين السيدين الحبيب الغربي وآمال بن الأمين وبحضور المدعي العمومي السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتب المحكمة السيد جلال الدين العنتير. وحرّر في تاريخه.

قرار تعقيبي جزائي عدد 49140 بتاريخ 29 نوفمبر 2017

صدر برئاسة السيد جمال المستيري

المادة: قانون جزائي.

المراجع: الفصول 2 و5 و23 و31 من القانون المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجهيم.

المفاتيح: حرية دينية - ممارسة الشعائر الدينية - حق لا يحد ممارسته مكان ولا زمان - حق غير قابل للتقييد.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم صحبة بطاقة خلاص المعاليم القانونية من طرف الأستاذ عماد الدين حدوق في حق منوبه ه. غ. بتاريخ 26/05/2016*

ضد: الحق العام

طعنا في القرار عدد 143 الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي بتاريخ 16/05/2016 والقاضي نصه نهائيا حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي في خصوص المتهمين ي. وش. وب. في خصوص جريمة التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح وذلك بخطب تلقى عموما وبتوزيع كُتائب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول مع تعديل نصه وذلك باستبدال العقاب البدني بخطية مالية قدرها خمسمائة دينار ونقضه فيما زاد على ذلك والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى كنفوضه في خصوص المتهمين خ. وم. وح. والقضاء مجددا في حقهم بعدم سماع الدعوى.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات في القضية وعلى المستندات وعلى الملاحظات الكتابية للمدعي العمومي لدى محكمة التعقيب والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية صرح علنا بما يلي:

من جهة الشكل

حيث قدم المطلب ممن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونية ثم استوفى إثر ذلك كافة المقتضيات والمستوجبات الإجرائية بها صيره حرياً بالقبول من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تبين من استقراء القرار المطعون فيه والأبحاث ومظروفات القضية التي انبنى عليها حسب محضر البحث عـ31/1 عدد المحرر من طرف أعوان مركز الحرس الوطني بمنوبة بتاريخ 22/01/2014 أنه إثر صلاة المغرب قام المتهم ن. بخطبة صحبة المتهمين ي. وش. وه. وب. وخ. وم. وح. ثم تلاوة آيات قرآنية من سورة إبراهيم وقاموا جميعا بأداء قسم خاص بحزب التحرير الذي تضمن التبرؤ من الدستور ثم عمدوا إلى توزيع منشائر حزب التحرير المتضمنة رفض دستور التأسيس العلماني وتضمن الآية القرآنية: «أحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون». وباستيفاء الأبحاث قررت النيابة العمومية إحالة كل من ن. وي. وه. وش. وب. وخ. وم. وح. على المجلس الجنائي لمقاضاتهم من أجل التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح بخطب تلقى عموما وتوزيع كُتائب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول والاجتماع العام دون سابق إعلام طبق الفصل 2 و5 و23 و31 من قانون المؤرخ في 24/01/1969.

وحيث أصدرت محكمة ناحية منوبة حكمها عدد 71928 والقاضي غيايبا بسجن جملة المتهمين مدة ثلاثة أشهر من أجل التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح بخطب تلقى عموما وتوزيع كُتائب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول ومثلها من أجل الاجتماع العام دون سابق إعلام.

وحيث اعترض المتهم ه. غ. على هذا الحكم فأصدرت محكمة الناحية بمنوبة حكمها الاعتراضي عدد 74668 بتاريخ 09/07/2019 والقاضي نصح. ابتدائيا حضوريا بسجن المتهم مدة ثلاثة أشهر من أجل التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح بخطب تلقى عموما وتوزيع كُتائب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول وبمثلها من أجل الاجتماع العام دون سابق إعلام وحمل المصاريف القانونية عليه وإعدام المحجوز.

وحيث تم الطعن بالاستئناف في القرار المذكور من قبل المتهم ه. غ.

وحيث أصدرت الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بمنوبة بوصفها محكمة استئناف أحكام النواحي قرارها السالف تضمين نصح بالطالع.

وحيث تعقبه الاستاذ ع. ح. في حق منوبه ه. غ. ناسبا له تحريف الوقائع وخرق القانون وضعف التعليل بمقولة أن محكمة القرار المنتقد استندت في إدانة منوبه على محضر شابه التضارب وبه مساس بمصلحة المتهم الشرعية وبخصوصياته ومعطياته الشخصية ومتضمنة لمعطيات خاطئة ومزيفة وغير مطابقة للواقع

فضلا على إدانة منوبه بناءً على أفعال سياسية وقع التعبير عنها في إطار أعمال معارضة مثل صدور الدستور شأنه شأن بقية المواطنين في إطار الأحزاب السياسية الأخرى وأن المحكمة المطعون في قرارها تكون قد هضمت حقوق الدفاع بإغفالها الرد على تلك المطاعن وفضلا أيضا على تناقض ما انتهت إليه المحكمة حيث برأت منوبه من تهمة عقد اجتماع عام بدون سابق إعلام بثبوت وقوع إعلام السلط المختصة واعتبرت رغم ذلك وفي المقابل بأن دعوى العموم أثناء ذلك الاجتماع لتلاوة آيات قرآنية هو تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح الأمر الذي يستوجب طلب النقض مع الإحالة .

المحكمة

حيث أنه مما لا جدال فيه أن الحكم القضائي لا يمكنه بحال إحراز الحجية الواقعية والقانونية إلا متى أحاطت محكمة الموضوع بكافة عناصر الدعوى الواقعية والقانونية من جهة الأصل ومن جهة الإجراءات دون المساس بمصلحة المتهم الشرعية ودون إغفال ما من شأنه ضمان المحاكمة العادلة.

وحيث باستقراء أسانيد القرار المطعون فيه يتضح أن ما انتهت إليه محكمة الموضوع بإدانة المتهم المعقب بخصوص جريمة الفصل 31 من القانون عدد 4 المؤرخ في 24/01/1969 قد انبنى على سوء فهم وتطبيق مقتضياته ذلك أن الفصل المذكور نص على أن: « كل تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح سواء كان ذلك بخطب تلقى عموما أو بكثائب أو مطبوعات تُعلّق أو تُوزّع يعاقب عليه بالسجن من شهر إلى سنة إذا انجر عنه مفعول وإلا فإنّ الحكم يكون بالسجن من شهر إلى ثلاثة أشهر».

وحيث أن محكمة القرار المنتقد استندت في إبرازها الأركان القانونية للجريمة موضوع النص المذكور على واقعة تلاوة المتهم المعقب بمعية غيره من المتهمين لآيات قرآنية بمكان عام أمام جامع الغفران والتوبة بمنوبة وعلى إصداره برأي وموقف خاص وتلاوة قسم خاص بحزب التحرير وتوزيع منشور متضمنة لإبداء رأي في مشروع الدستور المعروض أُنذاك للمصادقة عليه.

وحيث على خلاف ما انتهت إليه محكمة الموضوع فإن ممارسة الشعائر الدينية وتلاوة آيات قرآنية تعد من الحقوق اللصيقة بكيان الفرد وحرية الدينية ولا تحد ممارستها مكان ولا زمان لكونها مكفولة بأحكام الدستور والقانون ولا يمكن بحال الاستناد إلى أمر مباح شرعا وقانونا واعتباره فعلا مجرما وركنا ماديا للجريمة موضوع نص الإحالة.

وحيث خلافا لما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد فإن مجرد إبداء الرأي في مشروع الدستور في طرف أي فرد أو جهة كانت لكونه لا زال بصدد مناقشة بنوده ولم تتم المصادقة عليه هو أمر لا يمنعه نص

القانون لاعتباره من مبادئ الحريات العامة طالما ثبت أنها مورست في إطار الترتيب والقوانين المنطبقة في المجال ومن طرف من خول له تلك الممارسة ومادامت في حدود التعبير عن الرأي.

وحيث باستقراء وقائع قضية الحال يتبين أن اجتماع المتهمين بمن فيهم المعقب كان بمناسبة أداء فريضة صلاة المغرب بجامع الغفران والتوبة بمنوبة الوسطى بمعية غيرهم من المصلين وهو يختلف عن فعل التجمهر موضوع الفصل 31 من قانون 24/01/1969 خاصة وقد ثبت أن الأمر يتعلق باجتماع مزعع إجراؤه في يوم لاحق وقد تم العدول عنه وعن توزيع المنشائر استجابة لأوامر السلط المختصة وأن تجمهر المعقب وغيره بالمسجد كان استجابة لدعوة أذان صلاة المغرب. كما تبين أن محكمة الموضوع انتهت إلى تبرئة ساحة المعقب بخصوص تهمة عقد اجتماع عام بدون سابق إعلام وذلك لثبوت إعلام السلطة المختصة وانصياعهم لأوامرها بإلغائه بما يجعل ما انتهت إليه من اعتبار دعوة العموم لذلك الاجتماع العام أثناء تجمع المعقب بمعية غيره من المتهمين أمام جامع الغفران والتوبة بتلاوة آيات قرآنية هو بمثابة قرينة دالة على اتجاه نيتهم إلى التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح قد تأسس على تناقض واضح في حيثيات حكمها وأسانيده وأن استخلاصها لتوفر القصد الجنائي انبنى على تحريف للوقائع والتخمين والحال أن الظن والتخمين لا يغني عن الحق شيئاً.

وحيث لكل ما سلف بيانه أضخى الحكم المطعون فيه محرّفًا للوقائع وخارقًا للقانون وبات ضعيف التعليل واستوجب لكل ذلك النقض.

لذا ولهذه الأسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية بمنوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي بدائرتها للنظر فيها من جديد بهيئة أخرى والإعفاء.

وقد صدر هذا بحجرة الشورى بتاريخ 8 أكتوبر في 29/11/2017 عن الدائرة الجزائية 31 برئاسة السيد جمال المستيري وعضوية المستشارين السيدين محمد رضا بن طالب وعلية القاطري وبمحضر المدعي العام السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد علي عمراوي.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 49139 بتاريخ 29 نوفمبر 2017

صدر برئاسة السيد جمال المستيري

المادة: قانون جزائي.

المراجع: الفصول 2 و5 و23 و31 من القانون المؤرخ في 24 جانفي 1969 المتعلق بالاجتماعات العامة والمواكب والاستعراضات والمظاهرات والتجهيز.

المفاتيح: حرية دينية - ممارسة الشعائر الدينية - حق لا يحد ممارسته مكان ولا زمان - حق غير قابل للتقييد.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم صحبة بطاقة خلاص المعاليم القانونية من طرف الأستاذ عماد الدين حدوق في حق منوبيه ش. ب. وي. ي. وب. ع. بتاريخ 26/05/2016*

ضد: الحق العام

طعنا في القرار عدد 143 الصادر عن المحكمة الابتدائية بمنوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي بتاريخ 16/05/2016 والقاضي نصه نهائيا حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي في خصوص المتهمين ي. وش. وب. في خصوص جريمة التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح وذلك بخطب تلقى عموما وتوزيع كُتائب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول مع تعديل نصه وذلك باستبدال العقاب البدني بخطية مالية قدرها خمسمائة دينار ونقضه فيما زاد على ذلك والقضاء مجددا بعدم سماع الدعوى كنفوضه في خصوص المتهمين خ. وم. وح. والقضاء مجددا في حقهم بعدم سماع الدعوى.

وبعد الإطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل في كافة الإجراءات في القضية وعلى المستندات وعلى الملاحظات الكتابية لهدهي العمومي لدى محكمة التعقيب والاستماع لشرحها بالجلسة.

وبعد المفاوضة القانونية صرح علنا بما يلي:

من جهة الشكل

حيث قدم المطلب ممن له الصفة والمصلحة وفي الآجال القانونية ثم استوفى إثر ذلك كافة المقتضيات والمستوجبات الإجرائية بها صيره حرياً بالقبول من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تبين من استقراء القرار المطعون فيه والأبحاث ومظروفات القضية التي انبنى عليها حسب محضر البحث عـ31/1 عدد المحرر من طرف أعوان مركز الحرس الوطني بمنوبة بتاريخ 22/01/2014 أنه إثر صلاة المغرب قام المتهم ن. بخطبة صحبة المتهمين ي. وش. وه. وب. وخ. وم. وح. ثم تلاوة آيات قرآنية من سورة إبراهيم وقاموا جميعا بأداء قسم خاص بحزب التحرير الذي تضمن التبرؤ من الدستور ثم عمدوا إلى توزيع منشائر حزب التحرير المتضمنة رفض دستور التأسيس العلماني وتضمن الآية القرآنية: «أحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون». وباستيفاء الأبحاث قررت النيابة العمومية إحالة كل من ن. وي. وه. وش. وب. وخ. وم. وح. على المجلس الجناحي لمقاضاتهم من أجل التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح بخطب تلقى عموما وبتوزيع كُتاب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول والاجتماع العام دون سابق إعلام طبق الفصل 2 و5 و23 و31 من قانون المؤرخ في 24/01/1969.

وحيث أصدرت محكمة ناحية منوبة حكما الاعتراضي عدد 75017 بتاريخ 22/10/2015 والقاضي بنصه ابتدائيا حضوريا بسجن كل واحد من المتهمين مدة ثلاثة أشهر من أجل التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح بخطب تلقى عموما وبتوزيع كُتاب ومطبوعات دون أن ينجر عن ذلك مفعول ومثلها من أجل الاجتماع العام دون سابق إعلام وحمل المصاريف القانونية عليهم وإعدام المحجوز.

وحيث تم الطعن بالاستئناف في القرار المذكور من قبل المتهمين ش. وخ. وب. وم. ع. وي. وح.

وحيث أصدرت الدائرة الجناحية بالمحكمة الابتدائية بمنوبة بوصفها محكمة استئناف أحكام النواحي قرارها السالف تضمنين نصه بالطالع.

وحيث تعقبه الاستاذ ع. ح. عن منوييه ش. وي. وب. ناسبا له تحريف الوقائع وخرق القانون وضعف التعليل بمقولة أن محكمة القرار المنتقد استندت في إدانة منوييه على محضر شابه التضارب وبه مساس بمصلحة المتهم الشرعية وبخصوصياته ومعطياته الشخصية ومتضمنة لمعطيات خاطئة ومزيفة وغير مطابقة للواقع فضلا على إدانة منوييه بناء على أفعال سياسية وقع التعبير عنها في إطار أعمال معارضة مثل صدور الدستور شأنهم شأن بقية المواطنين في إطار الأحزاب السياسية الأخرى وأن المحكمة المطعون في قرارها تكون قد هضمت حقوق الدفاع بإغفالها الرد على تلك المطاعن وفضلا أيضا على تناقض ما انتهت إليه المحكمة حيث برأت منوبه من تهمة عقد اجتماع عام بدون سابق إعلام بثبوت وقوع إعلام السلط

المختصة واعتبرت رغم ذلك وفي المقابل بأن دعوى العموم أثناء ذلك الاجتماع لتلاوة آيات قرآنية هو تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح الأمر الذي يستوجب طلب النقض مع الإحالة .

المحكمة

حيث أنه مما لا جدال فيه أن الحكم القضائي لا يمكنه بحال إحراز الحجية الواقعية والقانونية إلا متى أحاطت محكمة الموضوع بكافة عناصر الدعوى الواقعية والقانونية من جهة الأصل ومن جهة الإجراءات دون المساس بمصلحة المتهم الشرعية ودون إغفال ما من شأنه ضمان المحاكمة العادلة.

وحيث باستقراء أسانيد القرار المطعون فيه يتضح أن ما انتهت إليه محكمة الموضوع بإدانة المتهمين المعقبين بخصوص جريمة الفصل 31 من القانون عدد 4مؤرخ في 24/01/1969 قد انبنى على سوء فهم وتطبيق مقتضياته ذلك أن الفصل المذكور نص على أن: « كل تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح سواء كان ذلك بخطب تلقى عموماً أو بكأب أو مطبوعات تعلق أو توزع يعاقب عليه بالسجن من شهر إلى سنة إذا انجر عنه مفعول وإلا فإن الحكم يكون بالسجن من شهر إلى ثلاثة أشهر».

وحيث أن محكمة القرار المنتقد استندت في إبرازها الأركان القانونية للجريمة موضوع النص المذكور على واقعة تلاوة المتهمين المعقبين لآيات قرآنية بمكان عام أمام جامع الغفران والتوبة بمنوبة وعلى إصدارهم برأي وموقف خاص وتلاوة قسم خاص بحزب التحرير وتوزيع منشورات متضمنة لإبداء رأي في مشروع الدستور المعروض آنذاك للمصادقة عليه.

وحيث على خلاف ما انتهت إليه محكمة الموضوع فإن ممارسة الشعائر الدينية وتلاوة آيات قرآنية تعد من الحقوق اللصيقة بكيان الفرد وحرية الدينية ولا تحد ممارستها مكان ولا زمان لكونها مكفولة بأحكام الدستور والقانون ولا يمكن بحال الاستناد إلى أمر مباح شرعاً وقانوناً واعتباره فعلاً مجرماً وركناً مادياً للجريمة موضوع نص الإحالة.

وحيث خلافاً لما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد فإن مجرد إبداء الرأي في مشروع الدستور في طرف أي فرد أو جهة كانت لكونه لا زال بصدد مناقشة بنوده ولم تتم المصادقة عليه هو أمر لا يمنعه نص القانون لاعتباره من مبادئ الحريات العامة طالما ثبت أنها مورست في إطار التراتيب والقوانين المنطبقة في المجال ومن طرف من خول له تلك الممارسة ومادامت في حدود التعبير عن الرأي.

وحيث باستقراء وقائع قضية الحال يتبين أن اجتماع المتهمين المعقبين كان بمناسبة أداء فريضة صلاة المغرب بجامع الغفران والتوبة بمنوبة الوسطى بمعية غيرهم من المصلين وهو يختلف عن فعل التجمهر موضوع الفصل 31 من قانون 24/01/1969 خاصة وقد ثبت أن الأمر يتعلق باجتماع مزع إجراؤه في يوم لاحق وقد تم العدول عنه وعن توزيع المعقبين وغيرهم بالمسجد كان استجابة لدعوة أذان صلاة المغرب. كما تبين أن محكمة الموضوع انتهت إلى تبرئة ساحة المعقبين بخصوص تهمة عقد اجتماع عام بدون سابق إعلام وذلك لثبوت إعلام السلطة المختصة وانصياعهم لأوامرها بإلغائه بما يجعل ما انتهت إليه من اعتبار دعوة العموم لذلك الاجتماع العام أثناء تجمع المعقبين أمام جامع الغفران والتوبة بتلاوة آيات قرآنية هو بمثابة قرينة دالة على تجاه نيتهم إلى التحريض المباشر على التجمهر غير المسلح قد تأسس على تناقض واضح في حيثيات حكمها وأسانيده وأن استخلاصها لتوفر القصد الجنائي انبني على تحريف للوقائع والتخمين والحال أن الظن والتخمين لا يغني عن الحق شيئا.

وحيث لكل ما سلف بيانه أضحي الحكم المطعون فيه محرفا للوقائع وخارقا للقانون وبات ضعيف التعليل واستوجب النقض.

لذا ولهذا الأسباب:

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية إلى المحكمة الابتدائية بمنوبة بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي بدائرتها للنظر فيها من جديد بهيئة أخرى والإعفاء.

وقد صدر هذا بحجرة الشورى بتاريخ 8 أكتوبر في 29/11/2017 عن الدائرة الجزائية 31 برئاسة السيد جمال المستيري وعضوية المستشارين السيدين محمد رضا بن طالب وعلية القاطري وبحضر المدعي العام السيد لطفي العابدي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد علي عمراوي.

وحرر في تاريخه

الملحق الثاني

القرارات المدنية

قرار تعقيبي تجاري عدد 60069 مؤرخ في 4 ديسمبر 2014

صدر برئاسة السيدة منصف الكشو

المادة: قيود حرية التعبير

المراجع: المادة 9 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 والمرسوم عدد 15 لسنة 2011 المؤرخ في 02/11/2011 و الفصل 13 من دستور 2014.

المفاتيح: حرية التعبير-القيود-الضوابط-التناسب.

المبدأ: لكل قاعدة استثناءات ولكل حق قيود ولكل حرية حدود ويصعب القول بوجود ضوابط مفصلة ودقيقة لممارسة حرية الرأي بل أن هناك ضوابط عامة تستند عليها تشريعات كافة الدول مثل عدم المساس بالمقدسات وبالثوابت والمسلمات في الدين وعدم الاضرار بحقوق وحرريات الآخرين وعدم المساس بسمعتهم ونزاهتهم وشرفهم، فحرية الشخص تقف عند ما تبدأ حريات الآخرين. أي بمعنى آخر لا يجوز أن تفقد حرية التعبير والصحافة معناها وقيمتها النبيلة وتتحول الصحافة ووسائل الاعلام عموما إلى مجال للمهاترات والمزايدات الكلامية بلا رقيب فتنتهك الأخلاق والقيم وتعرض المصالح الاقتصادية إلى كل ضروب التهديد.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 02/07/2013 من الاستاذ "ف. الم" المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن: "ش. ال. والأ. لاف." "MBA SARL" والكائن مقرها الاجتماعي بنهج...أريانة.

ضد: "الش. الو. للا. ا. ت." في شخص ممثلها القانوني شركة خفية الاسم مرسمة بالسجل التجاري لدى المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد ...

الكائن مقرها بالمقسم...تونس وكذلك لدى محامها الاستاذ "ر. ع. ا."

طعنا في القرار الاستثنائي التجاري عدد 30946 الصادر بتاريخ 03/05/2012 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي "قضت المحكمة بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطية المستأنفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها وتغريمها لفائدة المستأنف ضدها بأربعمائة دينار (400,000 د) لقاء أتعاب تقاضي واجرة المحاماة.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة من الاستاذ رضا عباس نيابة عن المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والمحجز.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

وحيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغته القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردتها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الأصل (المعقب ضدها الآن) لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضة بواسطة نائبها انها ابرمت مع الشركة المطلوبة اتفاقية بيع مساحة شهرية بتاريخ 03/04/2009 ومسجلة بتاريخ 28/04/2009 التزمت بموجبها هذه الأخيرة بتقديم خدمات شهرية لفائدة المدعية عبر موقعها الالكتروني WWW.....com وذلك مقابل مبالغ مالية سنوية تتقاضاها من المدعية فأوفت المدعية بجميع التزاماتها ازاء المطلوبة الا انها فوجئت بقيام هذه الاخيرة بتاريخ 17/05/2010 بنشر مقال على نفس الموقع الذي يتضمن المساحات الاشهارية المسداة للمدعية تضمنت عبارات تشهير ومساس صارخ من سمعتها التجارية وثلبا لمسيرتها وتشكيكا في نجاعة سياستها واختياراتها التجارية الى حد التنبؤ بتراجع وتمهقر مردوديتها ومكانتها في السوق المرجعية بل الى حد التنبؤ بصيرورتها نحو التلاشي والانهيار وهو ما يتضح من عنوان المقال المذكور "من يخلص المزود العمومي والتاريخي اتصالات تونس من التلاشي" كما انه ومن بين هذه العبارات "ات. ت. وبعد زمن حب الملوك اعتصرت كالبرتقالة" و "الانهيار المحقق لشركة ات. ت." والتراجع المستمر لخصصها في السوق التي باتت "كالثلج تحت اشعة الشمس" و "نزيف التداعي" وان المقال المذكور والتي تمت معاينته بواسطة محضر المعاينة المحرر من قبل عدل التنفيذ بتونس خ.

بن ح. حسب رقمه عدد 459 تضمن محتوى متنافيا ومتناقضا مع مضمون واهداف اتفاقية الاشهار الرابطة بين الطرفين والتي هدفها الثناء على منتج المدعية وربط الصلة بينها وبين حرفائها والتعريف بخدماتها واستقطاب حرفاء جدد عبر موقع المطلوبة الالكتروني بغاية دعم مكانتها التجارية ومقدرتها التسويقية والتنافسية اذ عمد المقال المذكور الى تنفير واقناع الحرفاء واقناع زوار الموقع بتفهم مكانة الشركة المدعية وسمعتها وتردي خدماتها لفائدة شركات منافسة تولى المقال الرفع من قيمتها والاعلاء من شأنها ومدح خدماتها والتأكيد على حيازتها مكانة مرموقة في السوق على حساب تلاشي مكانة المدعية المزعوم فتولت المدعية التنبيه على المطلوبة باعتزامها فسخ اتفاقية الاشهار الرابطة بينهما بسبب ما تضمنه المقال المذكور من مساس بسمعتها ومصالحها ومصداقيتها ازاء حرفائها فما كان من المطلوبة الا ان تمسكت بحرية الصحافة وبفحوى البند الخامس من الاتفاقية الذي نص على عدم تدخل المستفيد من الخدمات الاشهارية للمطلوبة في مضمون المقالات المنشورة على موقعها الالكتروني، وان هذه الدفعات مردودة باعتبار ان حرية الصحافة محدودة بضوابط يملها القانون المؤطر المهنة الصحافة وتمليها اخلاقيات المهنة ويخلص من ذلك ان العبارات والمعاني الواردة بالمقال المذكور تعد من قبيل الثلب والتشهير Diffamation موضوع الفصل 50 من مجلة الصحافة وان البند الخامس من الاتفاقية الرابطة بين الطرفين والتي تمثل عقد اذعان باعتبارها من قبيل العقود النموذجية يعد بندا تعسفيا طالما اولته المطلوبة بشكل يسوغ لها القيام بما يتنافى بل ويتناقض تماما مع موضوع العقد ومضمونه وعليه فلا يمكن الاعتداد به او الاستناد اليه عملا بمضمون الفصل 244 من م ا ع الذي ينص على انه لا يسوغ لعاقد ان يشترط عدم التزامه بخطئه الفاحش او تعمده وتأسيسا على ذلك فان الشركة المطلوبة تعد مخلة بالتزاماتها التعاقدية تجاه المدعية باعتبار انها عمدت الى نقض ما التزمت به الى الحياد عن مبدأ حسن النية في تقييد الالتزامات ونتيجة للأضرار المعنوية التي لحقت بالمدعية جراء ما ورد بالمقال المذكور وما تضمنته من ثلب ومس من سمعة المؤسسة ومسيرتها وسعيها من المدعية لتلميع صورتها ازاء حرفائها لفائدة شركات منافسة ومحاوله منها لتدارك الوضع فقد تكبدت مصاريف اشهار طائلة قصد ابدال علامتها المميزة واعداد لوحات وومضات اشهارية بواسطة وسائل الاعلام السمعية والبصرية والجرائد اليومية والمجلات الوطنية والعالمية واللافتات بالطرقات العمومية وبالمواقع الالكترونية وغيرها. وطلبت تأسيسا على ما تقدم وعملا بأحكام الفصول 547 و273 و277 من م ا ع الحكم بفسخ اتفاقية بيع الفضاء الاشهاري المبرمة مع المطلوبة بتاريخ 03/04/2009 والمسجلة في 28/04/2009 كالزام المطلوبة في ش م ق بان تؤدي للمدعية المبالغ المالية التالية :

(1) 500 000,000 دينار تعويضا عن ضررها المعنوي.

(2) 54,080 دينار لقاء محضر الاعلام بالفسخ.

(3) 76,200 دينار لقاء محضر معاينة.

(4) 5 000,000 دينار لقاء اتعاب التقاضي وكلفة المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليها بما في ذلك اجرة رقيم الاستدعاء للجلسة وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 27119 بتاريخ 1 جانفي 2011 قاضيا ابتدائيا بفسخ الاتفاقية المبرمة بين الطرفين المؤرخة في 3 افريل 209 والمسجلة في 27 افريل 2009 والزام المدعي عليها في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي المبالغ التالية للمدعية في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي المبالغ التالية للمدعية في شخص ممثلها القانوني :

1/ 5 000,000 د تعويضا عن ضررها المعنوي.

2/ (167,520 د) لقاء المصاريف المبذولة.

3/ (600,000 د) لقاء اجرة محاماة معدلة وحمل المصاريف القانونية عليها.

فاستأنفته المحكوم ضدها.

وبعد استيفاء الاجراءات اصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها المطعون فيه المضمن نصه اعلاه.

فتعقبته الطاعنة حاليا بواسطة نائبا الاستاذ ف. الم. الذي طلب صلب مستندات طعنه نقضه مع الاحالة بناء على ما يلي :

عن المطعن الوحيد المستمد من تحريف محتوى الاتفاقية :

قولاً بأنه يجب فهم الاطار التعاقدي الرابط بين طرفي النزاع ذلك ان العقد المبرم بينهما هو عقد بيع فضاءات اشتهارية وليس بعقد استشارة الذي يعبر عنه باللاتينية سبسونينق (Sponsoring) او كما عبرت عنه المعقب ضدها صلب عريضة افتتاح الدعوى من كونه عقد تقديم خدمات اشتهارية وعلى ذلك الاساس فان العقد يفرض على المعقب التزام ادراج لافتات اشتهارية (Bannieres publicitaires) للشركة المعقب ضدها بموقعها الالكتروني المتمثل في صحيفة الكترونية مقابل مبلغ مالي يدفع سنويا حسبما هو مضمن بالعقد ونتيجة لهذا الاتفاق فان المعقب مطالبة بمنع فضاءات اشتهارية على موقعها الالكتروني وقع تحديد مميزات وحجم هذه الفضاءات بالاتفاقية المذكورة وبالرجوع الى القرار المطعون فيه يتضح ان محكمة البداية قد تبنت موقف المعقب ضدها دون أي تمييز في ما يتعلق بكنه الاتفاق المبرم بينهما اذ اعتبرت بان المقال المنشور من شأنه ان يقلل من شأن الانتاج الذي التزمت

المعقبة باشهاره وان فيه مساس من سياسة الشركة المعقب ضدها في تسويق منتوجها بما من شأنه ان يؤثر سلبا على الحرفاء وعلى صورتها وسمعتها معتبرة ان الامر تعلق بابرار نقائصه مستنتجة ان هذا المقال يتعارض مع ما سمته بالالتزام الاخلاقي والقانوني المحمول على المعقبة لتنفيذ الالتزامات بوفاء وامانة طبقا لأحكام الفصل 243 من م ا ع وفي خصوص الفصل الخامس من هذه الاتفاقية المتعلق بمبدأ عدم تدخل المعقب ضدها في محتوى ما يتم نشره من قبل المعقبة وفي الخط التحريري للمجلة فان محكمة البداية قد ذهبت خطأ في اعتبار انه طالما ان هناك التزاما بدفع مقابل مالي فان ذلك يفرض على المعقبة تركيزها للموقع الالكتروني في صالح الخدمة الاشهارية التي لا يمكن ان تتوفر الا من خلال الترويج للمستأنف ضدها وربطها لصلة بينها وحرفائها وحرفاء جدد الا انه وخلافا لذلك فان ما تضمنه المقال هو من قبيل التعبير عن الرأي الذي يعتبر من الأسس الهامة للعمل الاعلامي وهو مقال قد احتوى على ارقام رسمية وثابتة المصدر ولا يتضمن بتاتا أي عبارة للثلب او التشهير على معنى احكام قانون الصحافة وان المصدر المعتمد هو تقرير الهيئة الوطنية للاتصالات (I.N.T) والتي تم التنصيب عليه صراحة صلب المقال موضوع قضية الحال وستخلص من ذلك ان محكمة القرار المطعون فيه كانت مجانبة للصواب لما ابعدت تطبيق الفصل الخامس من الاتفاقية المبرمة بين طرفي النزاع واعتبرته تعسفيا على اساس ان المعقبة قد حادت عن مبدأ حسن النية مضيئا ان العقد شريعة الطرفين وان المعقب ضدها مطالبة باحترام بنوده دون استعمال تعلات واهية وانه بالرجوع الى العقد الرابط بين الطرفين يتضح ان حالات فسخه مضبوطة بالفصل 8 منه وذلك عند اخلال احدهما بالتزاماته المحمولة عليه وان المعقب ضدها قد اخطأت لما قامت بفسخ العقد بصفة احادية مخالفة بذلك احكام الفصل 8 المذكور مما يعتبر في جانبها فسخا تعسفيا لانعدام أي موجب له.

وحيث وردا على ذلك لاحظ الاستاذ عباس نائب المعقب ضدها ان مستندات الطعن لا توهن في شيء موقف منوبته كما ان القرار المخدوش فيه جاء مؤسسا على اسانيد واقعية وقانونية سليمة بما يتعين معه اقراره ورفض مطلب التعقيب اصلا.

المحكمة

عن المطعن الوحيد :

حيث دفعت الطاعنة بان ما تضمنه المقال الصادر عنها بتاريخ 07/05/2010 والذي تم نشره بموقعها الالكتروني في نطاق اتفاقية بيع مساحات اشهارية المبرمة بينها وبين المعقب ضدها هو من قبيل التعبير

عن الراي ولا يتضمن باتا عبارات تلب او تشهير تجاه هذه الأخيرة على معنى احكام قانون الصحافة وان محكمة القرار المنتقد تكون قد جانبت الصواب لما استبعدت تطبيق الفصل الخامس من الاتفاقية معتبرة إياه تعسفيا على أساس ان الطاعنة قد حادث عن مبدأ حسن النية.

وحيث ان الاشكال المطروح يتمحور بصفة عامة حول حرية الرأي والتعبير مفهومها وضوابطها وبصفة خاصة الاشهار الالكتروني مفهومه وضوابطه وحدوده سيما في ظل وجود اتفاقية مبرمة بين الطرفين تحد من امكانية تدخل المتعاقد المستفيد من الاشهار في الخط التحريري للموقع الالكتروني .

وحيث تعد حرية الراي والتعبير من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية والوسيلة الاساسية من اجل تقدم المجتمع وهي المدخل الحقيقي لممارسة الكثير من الحريات والحقوق العامة الفكرية والثقافية وغيرها كحق النقد وحرية الصحافة والطباعة والنشر وحرية البحث العلمي والابداع الادبي والفني والثقافي وحرية مخاطبة السلطات العامة.

وحيث عرف الفقه حرية الراي والتعبير بكونها كفالة تمتع كل انسان بالحق في ابداء رايه وتلقي المعلومات والأفكار دون تدخل من جانب الغير كما تم تعريفها بكونها حرية الانسان في تكوين رأيه بناء على تفكيره الشخصي دون ان يكون في ذلك تابعا او مقلدا لاحد او خائفا من احد وان يكون له كل الحرية في اعلان هذا الرأي الذي تبناه بالأسلوب الذي يراه ويكون التعبير عن الرأي بالكلمة او بالصورة او بالرسم او بالكاريكاتور.

وحيث أقرت معظم الاتفاقيات الدولية والديساتير والقوانين الوضعية في كافة المجتمعات حرية الراي والتعبير واعتبرته حقا اساسيا للإنسان فقد نص الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 في المادة 9 منه على انه "لكل انسان الحق في حرية الرأي والتعبير وهذا الرأي يتضمن حرية اعتناق الآراء بدون تدخل وان يلتمس ويتلقى وينقل المعلومات والافكار من خلال أي وسيلة اعلامية بغض النظر عن الحدود السياسية.

وحيث نظم المشرع التونسي من جهته حرية الصحافة والطباعة والنشر من خلال المرسوم عدد 15 لسنة 2011 المؤرخ في 02/11/2011 الذي ألغى بفصله 79 مجلة الصحافة الصادرة بالقانون عدد 32 لسنة 1975 وجميع النصوص اللاحقة المتممة والمنقحة له واقتضى هذا المرسوم بفصله الاول ان "الحق في حرية التعبير مضمون ويمارس وفقا لبنود العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية وبقية المواثيق الدولية ذات العلاقة المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية واحكام هذا المرسوم.

ويشمل الحق في حرية التعبير حرية تداول ونشر وتلقي الأخبار والآراء والأفكار مهما كان نوعها.“

وحيث اقر المشرع التونسي هذا الحق كذلك صلب الدستور التونسي الجديد للجمهورية التونسية لسنة 2014 إن نص بالفصل 13 منه ان ”حرية الراي والفكر والتعبير والاعلام والنشر مضمونة ولا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات“.

وحيث ولئن كان لكل قاعدة استثناءات ولكل حق قيود ولكل حرية حدود فانه يصعب القول بوجود ضوابط مفصلة ودقيقة لممارسة حرية الرأي بل ان هناك ضوابط عامة تستند عليها تشريعات كافة الدول مثل عدم المساس بالمقدسات وبالثوابت والمسلمات في الدين وعدم الاضرار بحقوق وحرريات الآخرين وعدم المساس بسمعتهم ونزاهتهم وشرفهم فخرية الشخص تقف عند ما تبدأ حريات الآخرين أي بمعنى آخر لا يجوز ان تفقد حرية التعبير والصحافة معناها وقيمتها النبيلة وتتحول الصحافة ووسائل الاعلام عموما الى مجال للمهاترات والمزايدات الكلامية بلا رقيب فتنتهك الاخلاق والقيم وتعرض المصالح الاقتصادية الى كل ضروب التهديد.

وحيث وفي نفس الاطار افرز التطور التكنولوجي الحديث في جميع انحاء العالم تقنية الاشهار الالكتروني عبر مواقع الواب في شكل اعلانات موجهة للعموم ويعد اعلانا اشهاريا العمل الذي يتوجه بواسطته معلن الى العموم عن طريق المستندات الاشهارية سواء مباشرة او بواسطة عون اشهار للتعريف بمؤسسته ومنتوجاته قصد تنمية مبيعاته او خدماته كما يعتبر اشهارا تجاريا كل عملية اتصال تهدف بصفة مباشرة او غير مباشرة الى تنمية منتوجات او اسداء خدمات مهما كان المكان او وسائل الاتصال المعتمدة.

وحيث لا جدال ان الاتفاقية سند الدعوى المبرمة بين طرفي النزاع تندرج في هذا السياق اذ التزمت المعقبة من خلالها ببيع مساحات اشهارية عبر موقعها الالكتروني لفائدة المعقب ضدها قصد التعريف بمنتوجات وخدمات هاته الاخيرة وذلك مقابل مبالغ مالية سنوية تتقاضاها المعقبة من المعقب ضدها.

وحيث انحصر النزاع في مدى مشروعية والزامية البند الخامس من الاتفاقية للمتعاقدين الذي اقر مبدأ عدم جواز تدخل المعقب ضدها في محتوى ما يتم نشره من قبل المعقبة من مقالات وفيما يتعلق عموما بالخط التحريري للمجلة الالكترونية التابعة لها.

وحيث اعتبرت محكمة القرار المطعون فيه انه ولئن كان العقد شريعة الطرفين الا ان ذلك لا يمكن ان يكون ذريعة ومدعاة للتعسف في استعمال بنوده للإضرار بمصالح المتعاقد وبشكل يتنافى وموضوع العقد ذاته.

وقد كانت على صواب في ذلك باعتبار ان المتعاقدين ملزمين بأداء التزاماتها عن حسن نية وطبق واجب الوفاء والأمانة ولا يسوغ بالتالي للطاعنة حاليا الاعتداد بالفصل الخامس من الاتفاقية تجاه المعقبة ضدها التي اوفت من جهتها بالتزاماتها لتنشر ما تشاء من المقالات التي قد تضر بسمعة ومصصلحة المعقب ضدها لأن ذلك يتعارض مع الالتزام الذي تعهدت به والمتمثل في خدمات الاشهار فيقَام البند الخامس صلب الاتفاق يجعل العقد خاليا من السبب بالنسبة للمعقب ضدها.

وحيث ثبت من اوراق الملف ان المقال الذي نشرته المعقبة عبر موقعها الالكتروني عوض أن يبرز منتج المعقب ضدها للمستهلك في صورة مثلى جلبا للحرفاء وترويجا للخدمات المسداة طبق ما اقتضته الاتفاقية فقد تضمن عبارات ومعاني من شأنها التأثير سلبا على الحرفاء وبرزت فوق الشركات المنافسة على حساب التقليل من شأن المعقب ضدها وبرزت تراجع مكانتها في السوق وتردي خدماتها وفشل سياستها التجارية والترويجية الى حد رميها بالانهار والتلاشي وهو ما يشكل ضرا لهذه الأخيرة يتمثل في المس من سمعتها ومصالحها ومصداقيتها ازاء حرفائها.

وحيث ذهب بعض شراح القانون الى حد اعتبار انه لا يشترط في ان تكون الاخبار المنشورة صحيحة او خاطئة بل يكفي ان تكون مما يضر بالغير كملك التي تمس ببعض الجوانب الخاصة.

وحيث وخلافا لما ورد بهذا المطعن فان محكمة البداية ومن بعدها محكمة الحكم المطعون فيه قد أحسنت تطبيق القانون وفهم محتوى الاتفاقية وعلت قضاءها تعليلا سليما مستساغا استنادا الى اخلال المعقبة بالتزاماتها التعاقدية والحياد عن مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات وكان بذلك قرارها المنتقد بمنأى عن النقض وتعين لذلك رد هذا المطعن لعدم وجاهته ورفض مطلب التعقيب اصلا.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 04 ديسمبر 2014 عن الدائرة المدنية الرابعة برئاسة السيد منصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجلاء المصمودي وشادية الصافي بحضور المدعي العام السيد محمد بن حميدة وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة كريمة الغزواني.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي مدني عدد 67114 مؤرخ في 04 ديسمبر 2019

صدر برئاسة السيدة منصف الكشو

المادة: كف شغب

المراجع: الفصل 37 من م ح ع.

المفاتيح: التناسب-الحل الأنسب-أخف الضرر.

المبدأ: تقتضي قواعد المسؤولية التقصيرية ضرورة اتخاذ جميع المسائل لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المضرة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مضرة فادحة للمتسبب في الضرر وذلك باعتماد قاعدة أخف الضررين واعتماد الحكم الأرق والمقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر اللاحق بعقار المعقب ضده دون ضرر بالطاعن وبعقاره.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 24/07/2018 من الأستاذ م. الع. المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن: "اله. س".

مقره

ضدّ: "الح. الح." مقره....

طعنا في القرار الاستئنائي المدني عدد 34848 الصادر بتاريخ 22/05/2018 عن المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لأحكام النواحي الراجعة لها والقاضي بقبول الاستئناف الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به طبق نصه وتخطئة المستأنف بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه وتغريمه لفائدة المستأنف ضده بثلاثمائة دينار (300د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

الواقع الإعلام بتاريخ 10/07/2018 بواسطة عدل التنفيذ "س. الش."

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بتاريخ 06/08/2018 بواسطة عدل التنفيذ "س. الت." وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل

185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا والنقض مع الإحالة.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع أوضاعه وصيغته القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تنفيذ وقائع القضية كيفما أوردتها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب ضده الآن) لدى محكمة ناحية المنستير عارضا بواسطة نائبه أنه على ملكه العقار المسمى الود 1 موضوع الرسم العقاري عدد 37178 المنستير المتكون من القطعة عدد 19 مساحته 288 م م وهو عبارة عن قطعة أرض صالحة للبناء كائن بالوردانين الجنوبية ومستخرج من الرسم العقاري الأم عدد 9860 المنستير وأن المطلوب في الأصل (المعقب) يملك القطعة عدد 17 موضوع الرسم العقاري عدد 36152 المنستير المجاورة للقطعة عدد 19 التابعة للمدعي وتعمد مشاغبته في حوزة لعقاره المسجل متعمدا الاستيلاء على جزء منه في مساحة تقدر بـ 71 م م وأنجز بها إحداثيات، وطلب الإذن بتكليف خبير لمعاينة الشغب وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 4270 بتاريخ 04/07/2017 يقضي ابتدائيا بإلزام المطلوب بكف شغبه عن العقار التابع للمدعي موضوع الرسم العقاري عدد 37178 المنستير المشخص بتقرير الخبير المنتدب الش. الم. المؤرخ في 19/01/2017 وفق الطريقة الأولى المقترحة من قبله وذلك في ظرف شهر من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ وفي صورة تقاعسه عن ذلك فالإذن للمدعي بالقيام بذلك على نفقته وله حق الرجوع على المطلوب بالمصاريف اللازمة لذلك وفق ما قدرها الخبير كتغريم المطلوب لفائدة المدعي بمائتي دينار (200,000د) لقاء أتعاب تقاضي وأجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية للدعوى على المحكوم ضده ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

فاستأنفه المطلوب في الأصل بواسطة محاميه الأستاذ الهاني استنادا إلى أن التجاوز كان على حسن نية بسبب أعمال البناء التي قام بها المقاول أثناء تواجد المطلوب بالخارج إلا أنه مستعد لقبول

المقترح الثاني وشراء المساحة المتجاوز إليها وطلب النقص والإذن بالتحجير على الطرفين لتحقيق الصلح.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها قرهارد عدد 34848 بتاريخ 22/05/2018 السالف تضمنين نصه أعلاه.

فتعقبه المطلوب في الأصل بواسطة محاميه الأستاذ العلوي ناسبا له ما يلي:

1/ المطعن الأول: خرق القانون:

1. الفرع الأول: خرق الفصلين 110 و112 من م م م ت:

بمقولة أن المعقب ضده كان طلب صلب عريضة الدعوى رفع الشغب الواقع على عقاره في مساحة تقدر بـ 71 م م وإن الخبير المنتدب قدم كيفية رفع الشغب منتها إلى إزالة الإحداثيات المنبئية على مساحة 71 م م حسب طلب المدعي في الأصل والحال أن الجزء المستولي عليه عن حسن نية هو 66 م م فقط طبق ما هو ثابت من مثال ديوان قيس الأراضي وبذلك فإن الخبير لم يقم بما عهد إليه طبق الفصل 110 م م م ت فلم يحدد المساحة المستولى عليها ولم يضبطها كجلا وجهة مكتفيا بما جاء بعريضة الدعوى مما أوقعه في الخطأ في المساحة وكان بذلك تقرير الاختبار مخالفاً للفصل 110 م م م ت وغير مؤسس علميا وفنيا.

2. الفرع الثاني: مخالفة الفصل 112 من م م م ت:

بمقولة أن المحكمة تقيدت بنتيجة الاختبار رغم خطئه إذ لم يحدد المساحة المستولى عليها حداً وموقعا ومساحة وتقيدت المحكمة برأي الخبير رغم مخالفته للوقائع مخالفة بذلك أحكام الفصل 112 من م م م ت.

3. الفرع الثالث: مخالفة الفصل 37 من م ح ع:

بمقولة أن الطاعن أحدث بناءه على أرضه متجاوزا عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة له وثبت حسن نيته فهو يقيم بالخارج وأوكل عملية البناء إلى مقاول الذي أخطأ في قراءة المثال الهندسي ف تجاوز إلى عقار الغير بـ 66 م م تاركا نفس المساحة من عقار الطاعن للغير من الجهة المقابلة وشيد طبق أول وطابق علوي وأن المساحة المستولى عليها عن حسن نية المقدرة بـ 66 م م ضئيلة مقارنة بالمساحة العامة لذلك طلب تملكه بالمساحة المذكورة مقابل قيمة عادلة إلا أن المحكمة اختارت حلّ هدم البناء على مساحة 71 م م وهو ما يعني هدم كامل البناء دون موجب ولم تراعي المحكمة المصلحة العامة ولا مصلحة الطاعن.

2/ المطعن الثاني: ضعف التعليل:

بمقولة أن القرار المنتقد اعتمد تقرير اختبار منقوص غير واضح لم يحدد المساحة المستولى عليها بما يجعل تنفيذه فيه خطورة على بناء الطاعن كما أنه سيهدم كامل البناء الذي بذل فيه المعقب أكثر من 200 ألف دينار وطلب قبول التعقيب شكلا وأصلا والنقض مع الإحالة.

المحكمة

حيث أوجب الفصل 121 من م م م م ت إمضاء القضاة المشاركين في المفاوضة على لأئحة الحكم التي لا تكون لها صبغتها النهائية إلا بعد النطق بها بجلسة علنية يحضرها جميع القضاة الذين أمضوها وإذا تعذر على أحد القضاة لمانع شرعي الحضور بجلسة التصريح بالحكم بعد المفاوضة وإمضاء لأئحة الحكم يقع التصريح بالحكم بحضور القاضيين الباقين وإذا لم يمضي القاضي المتعيب لأئحة الحكم أو كان السبب المانع يتعلق بزوال صفته فإنه يجب إعادة الترافع في القضية.

وحيث إن مقتضيات الفصل 121 من م م م م ت تتعلق بإجراء أساسي يهيم النظام العام وتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها وتبعاً لما خوله الفصل 14 من م م م م ت لهذه المحكمة من صلاحيات في بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون.

وحيث تبين بالاطلاع على محضر الجلسة المتضمنة الحكم المطعون فيه أنه ممضى من قاضيين فقط ودون التنصيص على العذر المانع للإمضاء وفي ذلك مخالفة للقواعد الآمرة والتي تضمنها الفصل 121 من م م م م ت بما يصيره باطلا لمساسه بقواعد الإجراءات الأساسية ويوجب النقض.

وحيث ومن جهة أخرى فإنه من المعلوم أن قواعد المسؤولية التقصيرية تقتضي ضرورة اتخاذ جميع المسائل لإزالة الوضعية الضارة ويعتمد في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء فتتجه المحكمة إلى اعتماد الوسائل الممكنة لإزالة الشغب ورفع المصرة دون أن تتسبب تلك الوسائل في مصرة فادحة للمتسبب في الضرر وذلك باعتماد قاعدة أخف الضررين واعتماد الحكم الأرفق على أن اللجوء إلى تلك القاعدة وجب أن يكون كفيلاً برفع المصرة وإزالة الشغب موضوع النزاع وهي مسألة خالفها محكمة الحكم المطعون فيه فهي لم تبحث عن المقترح الأنسب لكف الشغب وإزالة الضرر اللاحق بعقار المعقب ضده دون ضرر بالطاعن وبعقاره واعتمدت المقترح الأول الوارد بتقرير الخبير المنتدب حال أن تلك الطريقة ينتج عنها لا محالة ضرر فادح بعقار الطاعن لكون الهدم يؤول حتماً إلى هدم كامل البناء، ولم تراعى المحكمة في ذلك مبدأ التناسب بين الضرر والجزاء بما يورث قرارها ضعفاً في التعليل الموجب للنقض من هذه الناحية أيضاً.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على المحكمة الابتدائية بالمنستير بوصفها محكمة استئناف لمحاكم النواحي الراجعة لها لإعادة النظر فيها من جديد بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء 04 ديسمبر 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة المترتبة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبمحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي تجاري عدد 82353 مؤرخ في 10 جوان 2020

صدر برئاسة السيدة منصف الكشو

المادة: فوائض مشطة.

المراجع: الفصول 242 و 243 و 278 من م.ع.

المفاتيح: التناسب-الحل الأنسب-أخف الضرر.

المبدأ: لم يقص المشرع التونسي تماما إمكانية تدخل القاضي بمراجعة التزام أحد طرفيه متى يثبت أنه كان مرهقا ومجحفا بحقوقه أو أنه لم يعد مواكبا ومتماشيا مع الظروف العامة ضرورة أن المبدأ يفترض إمكانية تدخل المحكمة لإيجاد توازن بين الالتزامات المحمولة على المؤسسة المدنية الخاضعة للتسوية والتي تبحث عن مساعدة دائئها وحتى لا يتم إرهابها بفوائض مشطة ولا يكون المجال لتعسف الدائن.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 04/11/2019 من الأستاذ "ج. الم." المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن: "الش. الت. للص. الخ. س." في ش م ق في حالة تسوية قضائية مقرها ب....

ضد :

- (1) "الص. الو. للض. الاج." في شخص ممثله القانوني، بمقر فرعه بالقيروان.
- (2) "الت. ل." في حق العامة للإيجار المالي في شخص ممثله القانوني، مقره ب....
- (3) "الع. للاس. وت. الد." التي حلت محل شركة "الأ. للإي. الم." في شخص ممثله القانوني، مقرها ب....
- (4) "الش. الت. للإ. الم." في شخص ممثله القانوني، مقرها الاجتماعي ب....

.....

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 3300 الصادر بتاريخ 06/06/2018 عن محكمة الاستئناف بالقيروان والقاضي بقبول جملة الاستئنافات الأصلية والعرضية شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي في جميع ما قضى به عدا ما تضمنه منطوقه تحت العددين 2 و3 بخصوص شراء المعدات اللازمة لتسويق الإنتاج وتحسينه وشراء الآلة الرافعة تحت إشراف مراقبي التنفيذ وبنك *** في شخص ممثله القانوني

فتسجيل حصولها وحمل المصاريف القانونية على جملة المستأنفين وتخطيطهم بالأموال المؤمنة وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للتعقب ضدّهم بتاريخ 27 و28 نوفمبر 2019 بواسطة عدول التنفيذ "خ.ك." و"ن.ع." و"ف.الع."

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من المحامين... والرامية جميعها إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:
من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع أوضاعه وصيغته القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.
من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها أنه بتاريخ 24/02/2009 تقدمت المعقبة الآن لدى المحكمة الابتدائية بالقيروان بمطلب للانتفاع بالتسوية القضائية نظرا لكونها تمرّ بصعوبات مالية نتيجة عجزها عن الوفاء بديونها لتدهور رقم معاملاتها بسبب نقص المشاريع من جهة وانعدام التسوية الإنتاجية من جهة أخرى، فأصدر رئيس المحكمة بذات التاريخ قراره القاضي باطلاع النيابة العمومية على المطلب ومكاتبة لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية لإبداء الرأي.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 27 بتاريخ 15/01/2016 يقضي ابتداءيا باعتبار الشركة *** في حالة توقف عن الدفع منذ 14 جويلية 2006 والمصادقة على برنامج الإنقاذ العد من قبل المتصرف القضائي السيد *** بتاريخ 02 جوان 2015 القاضي بمواصلة المؤسسة لنشاطها وذلك وفق البنود التالية:

(1) تعيين السادة ... مراقبي تنفيذ لبرنامج الإنقاذ المذكور أعلاه.

- (2) تكليف مراقبي التنفيذ... بالإشراف على شراء المعدات اللازمة لتنوع الإنتاج وتحسينه والمشخصة بتقرير الخبير السيد *** المؤرخ في 12 ماي 2015 والتحقق من ترسيمها ضمن أصول الشركة المدنية في أجل أقصاه سنة من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ وذلك باستثناء الآلة الرافعة.
- (3) تكليف مراقبي التنفيذ... ي بالإشراف على شراء الآلة الرافعة والتحقق من ترسيمها ضمن الشركة المدنية في أجل أقصاه أربعة سنوات (04) من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ.
- (4) تكليف مراقب التنفيذ ... بالإشراف على استقبال المعدات المشخصة بتقريره المؤرخ في 12 ماي 2015 باستثناء الآلة الرافعة بالميناء والتحقق من مطابقتها للمواصفات المبينة بتقريره المذكور بمساعدة لجنة من الخبراء التابعين للمركز الوطني للصناعات الميكانيكية والكهربائية الذين تبقى أجرتهم محمولة على الشركة المدنية.
- (5) تكليف مراقب التنفيذ.... بالإشراف على تجديد المعدات وفقا لبرنامج المضمن بتقريره المؤرخ 12 ماي 2015.
- (6) تحجير التفويت في مكاسب الشركة المدنية باستثناء تلك المتعلقة بتجديد المعدات على النحو المبين بتقرير الخبير
- (7) تكليف مراقبي التنفيذ ... بمراقبة مدى تحقيق الشركة المدنية للنتائج التقديرية المستقبلية للاستغلال المبينة بتقرير الخبير السيد...الأصلي المؤرخ في 28 أبريل 2015 والتكميلي المؤرخ في 04 نوفمبر 2015 من عدمه والوقوف على الأسباب في صورة عدم تحقيق تلك النتائج وعلي مسيري الشركة المدنية مدهم بالإيضاحات والوثائق اللازمة كلما طلبوا منهم ذلك.
- (8) تكليف مراقبي التنفيذ ... بالإشراف على إعداد الشركة المدنية في شخص ممثلها القانوني لدليل إجراءات التصرف وهيكل تنظيمي تقع المصادقة عليه من قبل مجلس الإدارة خلال السنة الأولى من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلا للتنفيذ.
- (9) إلزام الشركة المدنية في شخص ممثلها القانوني بانتداب عدد ستة عمال (06) على النحو المبين بتقرير الخبير *** المؤرخ في 28 أبريل 2015 وذلك في أجل أقصاه سنة من تاريخ دخول المعدات اللازمة لتنوع الإنتاج وتحسينه باستثناء الآلة الرافعة في دورة الإنتاج.
- (10) إلزام الشركة المدنية في شخص ممثلها القانوني بانتداب عدد 02 سائق في أجل أقصاه أربعة سنوات

من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلاً للتنفيذ.

(11) اعتبار السيد ف. الم. دائماً للشركة المدينة بمجرد شراء المعدات المشخصة بتقرير الخبير المؤرخ في 12 ماي 2015 وترسيمها ضمن أصول الشركة المدينة وتحويله حق استخلاص دينه وفق الرزامة المضبوطة من قبل الخبير السيد *** في تقريره الكتابي المؤرخ في 04 نوفمبر 2015.

(12) تكليف مراقبي التنفيذ ... بمراقبة خلاص الشركة المدينة لديونها في الآجال المبينة ببرنامج الإنقاذ والوقوف على الأسباب وفي صورة عدم الخلاص.

(13) على مراقبي التنفيذ مشترك إلى السيد رئيس المحكمة بتعليق سير مراحل تنفيذ برنامج الإنقاذ وذلك بصفة دورية كل ستة أشهر (06) وعليهم توجيه نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

(14) لكل واحد من مراقبي التنفيذ تقرير خاص للسيد رئيس المحكمة كلما اقتضى الأمر ذلك وعليه أن ينهي نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات الاقتصادية.

(15) الإذن لكافة المحكمة بترسيم هذا الحكم بالسجل التجاري ونشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وتوجيه نسخة منه إلى لجنة متابعة المؤسسات وحمل المصاريف القانونية على الشركة المدينة.

فاستأنفته طالبة التسوية بواسطة محاميها الأستاذ *** استناداً لكونها تعترض على تكليف بنك ال. بمراقبة تنفيذ برنامج الإنقاذ وإلى أن توظيف فائض على دين القباضة المالية بنسبة 9% سنوياً لم يراعي وضعية الشركة.

وطلب تعديل حكم البداية بحذف الفائض المذكور.

كما استأنفه الدائن التجاري بنك بواسطة نائبه الأستاذ بن رمضان استناداً إلى أن برنامج الإنقاذ انبنى على عناصر غير مدعمة فلا وجود لعروض جدية لصفقات عقود وطلب تعديل حكم البداية والحط من مدة الجدولة.

كما استأنفه الدائن بنك ال. بواسطة محاميه الأستاذ *** استناداً إلى أن برنامج الإنقاذ انبنى على عناصر افتراضية.

وطلب التحرير على المساهمين وتعديل برنامج الإنقاذ وعند الاقتضاء إحالة المؤسسة أو تفليسها.

وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الاستئناف بالقيروان قرارها عدد 3300 بتاريخ

06/06/2018 السالف تضمين نصه أعلاه.

فتعقبته طالبة التسوية بواسطة نائبها الأستاذ *** ناسبة له ما يلي:

1/ المطعن الأول: انعدام التعليل وهضم حقوق الدفاع:

بمقولة أن تعليل المحكمة لرفض طلب حذف بنك *** كمرقب تنفيذ لم يبرز الأسباب الواقعية والقانونية التي استندت إليها المحكمة وفي ذلك مخالفة لما استقر عليه فقه القضاء، وقد كانت الطاعنة قد عرضت أمام محكمة القرار المنتقد تحفظاتها التي تبرر طلبها لكن المحكمة لم تنظر إليها ولم تجب عنها بما يشكل قصورا في التعليل.

فبنك *** كان يفعل كل ما يلزم لإفشال إنقاذ المؤسسة من ذلك تلده في خلاص ثمن الأرض المقام عليها المصنع رغم تعهده بالخلاص، كما أجرى عقارية ضد الطاعنة وكان يسعى لاستخلاص دينه بصورة أحادية وهو يطالب بتفليسها بما يؤكد عدم وجاهة تكليف بنك ال. بمهام مراقبة التنفيذ ولم تناقش المحكمة المعطيات الواقعية ولم تجب عليها.

2/ المطعن الثاني: إهمال البت في طلب أساسي بما يورث مخالفة للقانون:

بمقولة أن الطاعنة كانت دفعت بأن الفائض المقدر بـ9% الذي ضمنه برنامج الإنقاذ بخصوص دين القباضة المالية كان مرتفعا ولا يماشى مع غاية إنقاذ المؤسسة كما تضمن البرنامج فائض بنسبة السوق المالية زائد نقطة بالنسبة لديون البنوك وزائد نقطتين لديون مؤسسات الإيجار المالي وهو فائض مرتفع بالنظر إلى إمكانيات المؤسسة التي كانت طلبت تخفيض الفائض إلى نسبة السوق المالية زائد نصف نقطة وهو مطعن رغم التمسك به تجاهلته المحكمة ولم تبين أسباب رفضه.

وطلب قبول التعقيب شكلا وأصلا والنقض مع الإحالة.

وحيث ردّ المعقب ضدهم بطلب رفض التعقيب أصلا.

المحكمة

عن المطعن الأول المأخوذ من انعدام التعليل وهضم حقوق الدفاع:

حيث أسست المعقبة طعنها على عدم وجاهة تكليف الدائن بنك "ال." بمهام مراقب التنفيذ.

وحيث يطرح المطعن السؤال التالي هل يجوز أن يكون أحد الدائنين مراقبا للتنفيذ؟

وحيث ينص الفصل 453 من المجلة التجارية على أنه "وتعتمد المحكمة برنامج الإنقاذ وذلك بمواصلة المؤسسة لنشاطها أو بكرائها أو ببراء مشفوعا بإحالتها وبإعطائها للغير في نطاق وكالة حرة أو بإحالتها للغير وتحدد مدة البرنامج وتعين مراقبا أو مراقبين لتنفيذه سواء كان المتصرف القضائي أو ممثل الدائنين وغيرهما والمراقب التنفيذ أن يطلب من المحكمة اتخاذ الإجراءات الضرورية لضمان تنفيذه".

وحيث يؤخذ من أحكام الفصل 453 م ت المذكور أعلاه أنه يمكن أن يكون أحد الدائنين مراقب تنفيذ إذا كانت له صفة ممثلا للدائنين ويعرض ما لهم من ملاحظات على القاضي المراقب وليس مراقبا للتنفيذ باعتباره دائما فقط حتى لا يتأثر بموقعه كدائن وحتى لا تتضارب المصالح، بالإضافة إلى ما تقتضيه التجربة في إدارة تنفيذ برنامج التسوية بالصورة الكافية التي تثير سبيل المحكمة وهي عناصر لم تبرزها محكمة القرار المنتقد وكان ردّها عن الدفع بعدم وجاهة تكليف الدائن بنك*** بمهام مراقب التنفيذ عاما وغير مقنع لأن ضمان حسن تنفيذ برنامج الإنقاذ لا يتحقق بمجرد تكليف أحد الدائنين وإنما بتوفر التجربة والتخصص لديه في إدارة تنفيذ برنامج التسوية ولا يكفي أن يكون أكثر الدائنين مثلها يدفع بذلك المعقب ضده بنك*** ما لم تتوفر فيه صفة ممثل الدائنين وفق مقتضيات الفصل 453 من المجلة التجارية المذكور أعلاه فالمشرع وإن منح الخيار للمحكمة في تكليف أحد الدائنين كمراقب تنفيذ يتوقف أو على صفته كممثل للدائنين بما يعني أن هؤلاء قد منحوه صلاحيات التفاوض في حقهم وعرض ملازماتهم عند إعداد البرنامج أي خلال فترة المراقبة وهي الصفة التي تجعله على دراية بالبرنامج وأساسه بما ييسر عليه متابعة تنفيذه وهو ما يفسر الربط بين الصفتين كما يتوقف على تلاؤم ذلك مع وضعية المؤسسة وهي مسائل قد أغفلت محكمة القرار المنتقد البحث فيها واتجه نقضا قرارها في الفرع المذكور.

عن المطعن الثاني المأخوذ من إهمال البت في طلب أساسي بما يورث مخالفة للقانون:

حيث تعلق المطعن منذ الطور الموضوعي بمناقشة الفاضل القانوني الذي تم تقريره في خلاص الدين الراجع للقباضة المالية، فقد تم احتسابه بنسبة 9% على خلاف النسب المعتمدة لباقي الدائنين.

وحيث يعدّ تكليف الفوائض مسألة قانونية مطروحة يمكن لمحكمة التعقيب تسليط رقابتها عليها وتعديل الفوائض تبعا لذلك باعتبارها من الشروط التفرعية التي يجوز للقاضي تعديلها بما يتناسب مع الغاية من تكريسها وحتى لا تكون تلك النسب المعتمدة مكلفة على المدين سيما وأن تنفيذها مستمر في الزمن، وأن تنفيذ تلك النسبة في الفترة التي تمر فيها المؤسسة بصعوبات لا يتناسب مع الخدمات التي وفرها

الدائن للمدين سيما وأن توظيفها هو لحث المدين على الإيفاء بالتزاماته ولا يمنع محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية من إجراء ما لها من حق الرقابة على النسبة المفروضة بحسب أحوال كل قضية على معنى الفصلين 243 و278 م ا ع على قاعدة وأن القراءة المتكاملة للفصلين 242 و243 م ا ع تبين أن المشرع التونسي لم يقص تماما إمكانية تدخل القاضي بمراجعة التزام أحد طرفيه متى يثبت أنه كان مرهقا ومجحفا بحقوقه أو أنه لم يعد مواكبا ومتماشيا مع الظروف العامة ضرورة أن المبدأ يفترض إمكانية تدخل المحكمة لإيجاد توازن بين الالتزامات المحمولة على المؤسسة المدنية الخاضعة للتسوية والتي تبحث عن مساعدة دائئها وحتى لا يتم إرهابها بفوائض مشطة ولا يكون المجال لتعسف الدائن.

وحيث إن محكمة القرار المنتقد لم تمارس سلطتها التقديرية في مراجعة نسبة الفوائض المحددة بـ9% ولم تناقشها أو تبدي رأيها فيها رغم الدفع بذلك بما أوردت حكمها ضعفا في التسبيب موجبا للنقض من هذه الناحية وتعين لذلك نقض القرار المطعون فيه فيما يتعلق بتسمية الدائن بنك *** كمرقب تنفيذ وفي ما يتعلق بنسبة الفوائض القانوني المرتب على دين القباضة المالية.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بالقيروان للنظر فيها من جديد بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء 10 جوان 2020 عن الدائرة المدنية الرابعة المترتبة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدة نجوى الغربي والسيد محمد معز العروسي وبحضر المدعي العام السيد حسن بالحاج عبد الله وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي شخصي عدد 24857 مؤرخ في 03 فيفري 2021 صدر برئاسة السيدة سارة العياري

المادة: شخصي غير طلاق

المراجع: الفصلين 56 و 56 مكرر من م أ.ش.

المفاتيح: التناسب-الحل الأجدر-التلاؤم-الضرورة-مصلحة المحضون.

المبدأ: يمكن تقييد حق ملكية الزوج للعقار محل الزوجية بموجب إسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وخاصة الزوجة من خلال تخصيصها بحل الزوجية الذي هو في الأصل على ملك الزوج، وهو ما يترتب عنه ضرورة مغادرته، وذلك دون النيل من حق ملكية العقار الذي يظل ملكا للزوج لكن لا حق له في التفويت فيه عملا بقانون 4 مارس 2008 المتعلق بسكنى الحاضنة الذي يُجرّم التفويت. وتتمثل الضرورة في المصلحة العليا للمحضون ضمانا لتوازنه النفسي وحسن تنشئته بعيدا عن الخلافات الزوجية.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 14 جويلية 2020 عدد 637 من الأستاذ "ف. الت." المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن :

"ع. الد. بن ح." - متقاعد - قاطن ب.....

المعقب ضدها:

"أ.ح." ، قاطنة ب.....

نائبها الأستاذة "ه. الذ." الحامية لدى التعقيب.

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 26763 الصادر عن محكمة الاستئناف ببنزرت بتاريخ 19/05/2020 والقاضي "نهائيا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا بإفراد الزوجة بحل الزوجية الكائن بنهج *** ببنزرت وإقراره في ما زاد على ذلك وإعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلوما المؤمن وإلزام المستأنف ضده أن يؤدي للمستأنفة مبلغ قدره 600.000 دينار أجرة محاماة وأتعاب تقاضي عن القضية التعقيبية عدد 59077/2018 مع أربعمئة دينار 400 دينار أجور

الدفاع وأتعاب التقاضي عن قضية الحال وحمل المصاريف القانونية عليه.“

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "أ. الحج." حسب محضره عدد 5175 بتاريخ 10 أوت 2020

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة بتاريخ 12 أوت 2020 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة بتاريخ 04/09/2020 من قبل الأستاذة "ه. الذ." والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا متى وقع قبوله شكلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب المقدم جميع أوضاعه وصيغته القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية .

من حيث الأصل:

حيث تنفيذ وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل المعقب الآن بواسطة نائبه أمام المحكمة الابتدائية ببزرت عارضا انه بتاريخ 25/11/1989 تزوج بالمدعى عليها المعقب ضدها الان بموجب عقد زواج شرعي محرر بواسطة عدلين وتمّ البناء بينهما إلا ان العلاقة الزوجية ساءت بينهما وتعذر مواصلتها لذا طلب ايقاع الطلاق بينهما للمرة الأولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوجة. وقد حور المدعي مبنى الطلاق الى طلب الطلاق انشاء منه وبعد تعذر الصلح بين الطرفين أصدرت محكمة البداية الحكم عدد 63877 بتاريخ 19/12/2016 القاضي نصه " ابتدائيا بايقاع الطلاق بين الزوجين المتداعيين "ع. الد. بنح." و"أ. بن ح." للمرة الاولى بعد البناء انشاء من المدعي والاذن لضابط الحالة المدنية بالتنصيص على ذلك برسمي ولادتهما وبطره أصل رسم صداقهما والزام المدعي بأن يؤدي للمدعي عليها مبلغ تسعة آلاف دينار 9000.000 د تعويضا عن

ضررها المعنوي كإلزامه بأن يؤدي لها مبلغ مائة وخمسين دينارا 150.000 د بعنوان جناية عمرية تدفع لها مشاهرة وبالحلول بداية من تاريخ انتهاء امد عدتها الى انتفاء الموجب تعويضا عن ضررها المادي ومبلغ ثلاثمائة دينار 300.000 د بعنوان اتهاب تقاضي ولجرة محاماة وإقرار الوسائل الوفتية المتعلقة بالحضانة والزيارة والاستصحاب والنفقة الابن "س.د." مع تعديلها والترفيغ فيها الى 100 د كإقرار الوسيلة الوفتية المتعلقة بمنحة السكن مع تعديلها والترفيغ فيها الى مائتي دينار 200.000 د وحمل المصاريف القانونية على المدعي.

فاستأنفته المدعى عليها طالبة الترفيع في الغرامات وفي نفقة الابن القاصر "س.د." وإبدال منحة السكن بإبقاء الزوجة بمحل الزوجية واحتياطيا الترفيع في منحة السكن فقضت محكمة الاستئناف بإقراره بموجب قرارها عدد 22981 بتاريخ 26/12/2017. فتعقبته الطاعنة طالبة نقضه مع الاحالة. فقضت محكمة التعقيب بموجب قرارها عدد 2018/59077 والمتضمن نصه قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه جزئيا في فرعه المتعلق بسكنى الحاضنة وإحالة القضية عن محكمة الاستئناف بنزرت لإعادة النظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها إليها.

وحيث تولى المستأنف ضده في الاصل المعقب الان طلب اعادة نشر القضية من جديد وبعد استيفاء الاجراءات القانونية لدى محكمة الاحالة أصدرت القرار الاستئنافي المشار اليه بالطالع عددا وتاريخا ونصا.

وحيث طعن المستأنف ضده في القرار المذكور بالتعقيب استنادا الى المطاعن التالية :

مستندات التعقيب

المطعن الأول : ضعف التعليل

قولاً ان محكمة القرار المنتقد عللت حكمها بان المشرع قد أقر عدة حلول لاسكان الحاضنة مع محضونها وان اعتماد حل دون الاهرا لاسكانها يبقى محكوما بمعيار أساسي وهو المصلحة الفضلى للمحضون ، معللة قضاءها باستقرار فقه القضاء على اعتبار أنه في سكنى الحاضنة تكون هذه الأخيرة تابعة للمعني مباشرة بالإسكان ويجب أن يراعى في ذلك بدرجة أولى مصلحة المحضون الفضلى.

وأن هذا التعليل قد جانب الصواب ضرورة أن مصلحة المحضون تتحقق بقرب الولد من حاضنته بقطع النظر عن مكان استقرارها وسكانها خاصة ان المحضون قد تجاوز مرحلة الطفولة المبكرة وأصبح في

مرحلة التمييز التي لا يخشى فيها عليه من تعكر استقراره أو توازنه النفسي بمجرد تغيير مكان سكناه باعتبار أن توازنه النفسي يتوفر بالإحاطة والرعاية الكافية من طرف حاضنته طالما كان المسكن الذي يقيم به يستجيب إلى شروط العيش الكريم وتتوفر به ضرورات الحياة المعاشية.

المطعن الثاني: مخالفة أحكام الفصل 56 من م اش

قولاً أن الحكم المطعون فيه لما قضى بإفراق الزوجة بمحل الزوجية كان مخالفاً لأحكام الفصل 56 من م اش باعتبار في ارساء المشرع لسكنى الحاضنة واشترائه إقامة المحضون مع حاضنته بمسكن واحد أراد بذلك تحقيق أبعاد نفسية أكثر منها اجتماعية باعتباره أراد ان يبقي المحضون مع حاضنته بمسكن واحد أراد بذلك تحقيق أبعاد نفسية أكثر منها اجتماعية باعتباره أراد ان يبقيه قريباً من امه الحاضنة حتى لا يحرم من عطف الامومة بما في ذلك تمتعه برعايتها وعنايتها وإحاطتها وإشرافها على تربيته وتنشئته تنشئة صحيحة مما يضمن عليه السكنينة والاطمئنان حتى يتحقق بذلك توازنه النفسي. وذلك بقطع النظر عن مكان اقامتهما بمحل الزوجية أو غيره كلما كان المسكن يستجيب للاشروط العيش الكريم وضرورات الحياة اليومية الذي يمكن ان يتوفر بتسوغ الحاضنة لمحل سكنى بواسطة منحة سكن تصرف لها مشاهرة من طرف المعقب وبالتالي فان تغيير محل السكنى لا يتعارض مع السعي إلى تحقيق مصلحة المحضون الفضلى .

وان محكمة القرار المطعون فيه قد جانبت الصواب في تقديرها لمعيار مصلحة الفضلى للمحضون وبإفراق الزوجة بمحل الزوجية مما يجعل حكمها مستهدفاً من هذه الوجهة .

المحكمة

عن المطعين معا لثرباطهما واتحاد القول فيهما:

حيث انحصر الجدل بين الطرفين في مدى سلامة ما توصلت اليه محكمة القرار المطعون فيه من تقدير مصلحة المحضون الفضلى فيما انتهت اليه من استبدال منحة السكن المحكوم بها لفائدة الحاضنة بالطور الابتدائي بتخصيصها بمحل الزوجية .

وحيث ان المسألة المذكورة هي مسألة موضوعية ترجع الى خالص اجتهاد محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التعقيب متى كان قضاءها مؤسساً على ما له أصل ثابت بالملف ومعللاً تعليلاً كافياً ومستساغاً.

وحيث يتضح من اوراق الملف ومستندات القرار المطعون فيه ان المحكمة مصدرته ارتأت ان ابقاء الحاضنة محل الزوجية هي الوسيلة الاجدر لمصلحة المحضون لما فيها من ضمان لاستقراره وتوازنه النفسي بالمحافظة له على الإطار الذي بدأ نشأته به وتعود عليه ولما في ذلك من تأثير ايجابي عليه من خلال تخفيف وطأة وقع طلاق والديه عليه .

وحيث اضحى تمثلي المحكمة مستساغ واقعا وتعليلها فضلا على تلاؤمه مع موجبات الفصل 56 من م اش الذي ينص من ضمن وسائل اسكان الحاضنة ابقاءها بالمحل الذي على ملك الأب وهو ما يجعل قضاءها قائم على حسن تطبيق القانون ومعللا تعليلها كافيا وسليما ويفضي على الطعن صبغة موضوعية لانطوائه على جدل لا طائل منه في اجتهاد المحكمة يجعله حرياً بالرفض.

ولذا ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و رفضه اصلا و بحجز معلوم الخطية.

صدر هذا القرار عن الدائرة السابعة المجتمعة بحجرة الشورى يوم الاربعاء 03 فيفري 2021 برئاسة السيدة سارة العياري وعضوية المستشارتين السيدتين هالة البجار وإيمان الشرفي وبحضور المدعي العام السيد محمد الزواوي وبمساعدة كاتبة المحكمة السيدة امال بن نصر

قرار تعقيبي مدني عدد 73037 مؤرخ في 10 فيفري 2021 صدر برئاسة السيدة آية بن ملوكة

المادة: رفع مضره.

المراجع: الفصلان 99 و 100 من م ا.ع.

المفاتيح: التناسب-رفع المضره-الضرر.

المبدأ: على المحكمة أن تتحقق في رفع المضره من مدى تناسب تلك الطريقة مع الضرر الثابت ومع نسبة مسؤولية المطلوب في الأصل في وقوعها باعتبار أن جزء منها خارج عن إرادة هذا الأخير ولم تتسلط على مدى ثبوت المضره المدعى في شأنها المتمثلة في تضرر الجدار التابع لعقار المعقب الآن بسبب غرسة المعقب ضده الآن لشجرة لوز في مساحة قريبة من ذلك الجدار فضلا على غياب جدار خاص بعقار المعقب ضده.

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الأستاذ "م.م. الم." المحامي لدى التعقيب الكائن مكتبه بتونس بتاريخ 11 فيفري 2019 المرسم تحت عدد 69.

في حق: "الص. الد." القاطن ب..... المعين محل مخبرته بمكتب محاميه الأستاذ "م.م. الم." الكائن مكتبه ب.....

ضد: "الح. الع." المعين محل مخبرته بمكتب محاميه ونائبه لدى هذا الطور الأستاذ "يو. الح." الكائن ب.....

طعنا في القرار الإستئنافي المدني عدد 240 الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 2018 عن محكمة الإستئناف بجندوبة القاضي نهائيا بقبول الإستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم المطعون فيه والقضاء من جديد برفض الدعوى والزام المستأنف ضده بأن يؤدي للمستأنف ثمانمائة دينار (800د) تعويضا عن أتعاب التقاضي والحاماة عن الطورين الابتدائي والإستئنافي وحمل المصاريف القانونية عليه وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع المال المؤمن بعنوانها إليه.

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ "ض.ج." حسب المحضر عدد 2902 بتاريخ 07 مارس 2019 والمقدمة لكاتبه هذه المحكمة بتاريخ 13 مارس 2019

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الإحالة وإعفاء الطاعن من الخطية.

وبعد الإطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة في ميعادها القانوني من طرف الأستاذ "يو.الج." في حق المعقب ضده.

وبعد الإطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث إستوفى مطلب التعقيب جميع شكلياته وصيغته القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل:

حيث تفيده وقائع القضية كيفما أوردتها الحكم المنتقد والأوراق التي إنبنى عليها قيام المدعي في الأصل المعقب الآن وعرض أنه يملك محل سكني مجاور لمحل المطلوب في الأصل المعقب ضده الآن يحده جدار تابع للمدعي بموجب حكم إستحقاق منذ 20 أكتوبر 2005 وقد تولى المطلوب غرس أشجار عديدة تسببت في تصدع الجدار وجانب من محل سكني المدعى وفق ما جاء بمحضر المعاينة وقد تسبب ذلك في مضرة مسكنه وطلب تكليف خبير مختص في مادة البناء لمعاينة المضرة المدعى في شأنها وبيان أسبابها وكيفية رفعها وقيمة ذلك.

وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 11751 بتاريخ 27 ديسمبر 2012 القاضي إبتدائيا بإلزام المدعى عليه برفع المضرة وفق تقرير الإختبار الفني المجرى بواسطة الخبير العدلي "ع.الج.القي." والمؤرخ في 10 ماي 2012 في ظرف شهر من تاريخ الإعلام بالحكم وذلك تحت إشرافه وفي صورة عدم الإذعان فتمكين المدعى من القيام برفعها تحت نفقته في حدود الكلفة المقدرة بألفين وثمانمائة وأربعون دينارا (2840.000د) وله حق الرجوع بالمصاريف على المدعى عليه كإلزام هذا الأخير بأن يؤدي للمدعي المبالغ التالية:

1. مائتين وتسعون دينارا لقاء أجره الإختبار معدلة (290.000د).
2. ثمانية عشر دينارا لقاء معلوم التوجه 18000د لقاء معلوم التوجه.
3. ثلاثمائة دينار (300د) لقاء أجره محاماة وأتعاب تقاضي وحمل المصاريف القانونية عليه وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها أصلا.

فإستأنفه المحكوم عليه وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 17362 بتاريخ 18 نوفمبر 2013 القاضي نهائيا بقبول الإستئناف الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي وإجراء العمل به وتغريم المستأنف ضده بثلاثمائة ونمسين دينار (350د) لقاء أتعاب التقاضي وأجور المحاماة وتخضية المال المؤمن وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه.

فتعقبه الطاعن وبعد إستيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة التعقيب قرارها 14688 بتاريخ 08 مارس 2017 القاضي بقبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه وإحالة ملف القضية على محكمة الإستئناف بينزت فيها من جديد بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه إستنادا إلى أن المحكمة إعتمدت نتيجة الإختبار وقضت طبق نتيجته دون أن ينزل النتيجة التي توصل إليها التنزيل القانوني الصحيح لما إعتبرت مصاريف إعادة ليقة الجدار تمثل طريقة لرفع المصرة طبق الفصل 99 من م إ ع والحال أن رفع المصرة تقتضي إزالة الأماكن المصرة بالصحة أو المكورة للراحة وإتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المصرة وذلك حسب الحالة في حين أن تدارك عواقب الفعل الضار يكون بالتعويض المصرة التي تسبب فيها ذلك الفعل وقد ترتب عن ذلك عدم إعمالها الشروط الخاصة بالمسؤولية التقصيرية من حيث الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية بينهما وتحديد نسبة المسؤولية عند الإقتضاء كما أن الحكم بحجر الخندق وإقامة جدار سور لا يتناسب مع ما حدده الخبير من أن سبب المصرة يعود لمياه لسقي الشجرة الأمر الذي ينم عن سوء فهم لأحكام الفصل 99 من م إ ع التي إقتضت أن رفع المصرة يكون برفع سببها فقط.

وبعد إعادة النشر وإستيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الإحالة حكمها عدد 240 المضمن نصه أعلاه.

فتعقبه الطاعن ناعين عليه ما يلي:

المطعن الأول: ضعف التعليل:

بمقولة أن دعوى الحال منذ إنطلاقها تضمنت أسباب المصرة الواقعة للجدار التابع للمعقب ويتمثل خاصة

في تعمد المدعى عليه في الأصل زرع أشجار ملاصقة للجدار يتولى سقيها وبمرور الزمن تسربت جذورها إليه وتسببت في تصدعه وأن أمر سيلان المياه سواء التي أتاها المعقب ضده أو التي تنساب من الأمطار إنما ذلك أمر ثانوي مرده وجود الأشجار الملاصقة للجدار التي كانت بفعل المدعى عليه في الأصل ولما كانت المضرة في الأصل بسبب زرع الأشجار في مساحة ملاصقة للجدار وتماهي جذورها تحت الجدار وعبره فإن ذلك ليس عاملا طبيعيا.

المطعن الثاني: تحريف الوقائع:

بمقولة أن المحكمة تغاضت عن السبب الحقيقي لحصول الضرر بجدار المعقب وفق ما تم التطرق إليه أعلاه وإكتفت بما تضمنه تقرير الخبير المنجز بالطور الأول الذي تضمن تشخيصا ثانويا للمضرة والمتمثل في إنسياب مياه الأمطار وهو أمر طبيعي لتراجع في النهاية في الحكم التحضيري القاضي بإنتداب خبير وطلب بناء على ذلك قبول مطلب التعقيب أصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية إلى محكمة الإستئناف بباجة للنظر فيه بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من معلوم الخطية.

وحيث أجاب نائب المعقب ضده على مستندات التعقيب أن الحكم المطعون فيه جاء معللا تعليلا مستساغا ومؤسس واقعا وقانونا ولم تأت مستندات التعقيب بما يوهنه وطلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

المحكمة

عن المطعنين الأول المأخوذ من ضعف التعليل والثاني المأخوذ من تحريف الوقائع لإرتباطهما وتداخلهما ووحدة القول فيهما:

حيث نعى الطاعن على محكمة القرار المنتقد تغاضيا عن السبب الحقيقي للمضرة الثابتة المتمثل في غرس المعقب ضده لأشجار بالجزء الملاصق للجدار التابع لعقاره وسقيه لها وتراجعها عن إنتظار نتيجة الإختبار الذي أذنت به للوقوف على عدم تأثير إنسياب مياه الأمطار في المضرة اللاحقة به.

وحيث أن محكمة الدرجة الثانية بوصفها محكمة إحالة لا تنظر إلا في حدود ما تسلط عليه النقض عملا بأحكام الفصل 191 من م م م ت.

وحيث أن حيثيات النقض بموجب القرار التعقيبي عدد 14688 قد تسلطت على طريقة رفع المضرة كون المحكمة في مجاراتها للطريقة المقترحة من الخبير المنتدب لم تتحقق من مدى تناسب تلك الطريقة مع

الضرر الثابت ومع نسبة مسؤولية المطلوب في الأصل في وقوعها بإعتبار أن جزء منها خارج عن إرادة هذا الأخير ولم تتسلط على مدى ثبوت المصرة المدعى في شأنها المتمثلة في تضرر الجدار التابع لعقار المعقب الآن بسبب غراسة المعقب ضده الآن لشجرة لوز في مساحة قريبة من ذلك الجدار فضلا على غياب جدار خاص بعقار المعقب ضده.

وحيث أن محكمة الإحالة مصدرة القرار المطعون فيه حسمت في عدم توفر الشروط القانونية لقيام مسؤولية المعقب ضده عن الأضرار الثابتة اللاحقة بالجدار التابع لعقار المعقب لإزدواجية سبب المصرة بين إنسياب مياه الأمطار وبين مياه السقي التي يستعملها المعقب ضده مما يفقد جدوى طريقة رفع المصرة المتوصل إليها من الخبير معتبرة أن إقتلاع شجرة اللوز وحفر خندق وبناء سور خاص بمنزل المعقب ضده لن يؤدي بالضرورة إلى زوال المصرة.

وحيث أن محكمة القرار المطعون فيه لما قضت على النحو المذكور قد جانبت الصواب وأورثت حكمها ضعفا في التعليل ضرورة أن ما تضمنته نتيجة الإختبار المنجز بالطور الأول من أن أسباب المصرة المحققة المتمثلة في بروز شروخ عميقة وذات بال وهبوط في مستوى الأسس بالجدار التابع لعقار المعقب تعود إلى تسرب مياه داخل الأسس أحدثت فجوة أسفلها أدت إلى الهبوط المذكور ومصدر هاته المياه هو إنسياب الأمطار كذلك المياه المستعملة لري المغروسات بحديقة المعقب ضده ومنها شجرة اللوز البالغ قطر جذعها 0.12 م وإرتفاعها 3 م ولا تفصلها سوى مسافة 0.70 م عن الجدار المتضرر مع إفتقار منزل المعقب ضده لجدار خاص به كان يحتم على المحكمة وفقا لسند تعهدها مزيد بذل الجهد بالإذن بالأعمال الإستقرائية اللازمة للوقوف على السبب الحقيقي والرئيسي المتسبب في المصرة وتحديد مدى فاعلية أو تأثير كل من العنصر الطبيعي المتمثل في مياه الأمطار والعنصر البشري الراجع للمعقب ضده بسقي أشجار حديقته على المصرة توصلا لبيان الطريقة اللازمة والمجدية لرفعها.

وحيث أن تحديد أسباب المصرة هي من المسائل الفنية التي يقع تحديدها بالإستعانة بأهل الإختصاص والخبرة ولا يمكن نفيها بغلبة الظن أو الترجيح لما في ذلك من تأثير على الحقوق وإن نتيجة الإختبار المأذون بها لا يمكن أن يؤدي إلى النتيجة القانونية الحتمية بإنتفاء مطلق لأي مسؤولية في جانب المعقب ضده عن المصرة الثابتة اللاحقة بالجدار ما لم يثبت فنيا إنعدام أي دور لغراسة المعقب ضده لشجرة اللوز وسقيها وعدم إقامة سور خاص به في الأضرار المشخصة.

وحيث لم يكن القرار المطعون فيه سليما واقعا وقانونا طالما أن المحكمة لم تبذل الجهد اللازم المحمول عليها

للبت في مسؤولية المعقب ضده عن تضرر الجدار أو مساهمته فيها بصورة قاطعة وحاسمة وفقا لما تسمح به لأحكام الفصل 86 من م م م م ت.

وحيث ومن هذا المنظور أضحى المطعونان المثاران في طريقتهما وتعين التصريح بقبولهما.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة الملف على محكمة الإستئناف بباجة لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه. وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 10 فيفري 2021 عن الدائرة المدنية الواحدة والعشرون المتألفة من رئيسها السيدة آية بن ملوكة والمستشارتين السيدتين نادرة بن سالم وسلوى سلامة بمحضر المدعى العام السيد مصطفى العجيمي ومساعدة كاتب الجلسة السيد أحمد عبيد./.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي مدني عدد 25501 مؤرخ في 21 أبريل 2021 صدر برئاسة السيدة آية بن ملوكة

المادة: رفع مضررة.

المراجع: الفصلان 177 و 178 من م ح ع.

المفاتيح: التناسب-الحل الأنسب-أخف الضرر.

المبدأ: يوجب تحديد الممر في العقارات المكتتفة البحث عن الحل الأنسب وأخف ضرر لمالك العقار المحدث به.

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 27/07/2020 تحت عدد 10698 من طرف المحامي الأستاذ "الص.ع."

في حق: "ر.الق." القاطن ب.....والمعين محل مخابراته بمكتب محاميه المذكور الكائن ب36 شارع الجمهورية 400 سوسة.

ضد: (1) "ن.الو."

(2) "س.الو."

القاطنتين ب.....

محاميها الأستاذ: "و.الش".

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 67562 الصادر بتاريخ 19-02-2020 عن محكمة الاستئناف بسوسة والقاضي نهائيا بقبول الاستئناف الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي مع تعديله وذلك بتمكين المستأنف ضدهما من المرور عبر الممر المقترح بالفرضية الأولى من تقرير الخبير المنتدب بالطور الابتدائي "م. الح." المؤرخ في 16-03-2011 والمثال المرافق له مقابل القيمة العادية المقدرة بمائة وسبعة وعشرين دينارا ومليمات 500 (500 د 127) وإعفاء المستأنف من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضدهما ورفض طلب الغرم عن أجره المحاماة كرفض الاستئناف العرضي موضوعا.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهما بواسطة عدل التنفيذ "إل. ز." حسب

محضرها عدد 02785 بتاريخ 24-08-2020 وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الإجراءات والوثائق المقدمة في 25/08/2020 وفقا لمقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة من قبل المحامي الأستاذ "و. الش." بتاريخ 18-09-2020.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والمخز.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي:

من حيث الشكل

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغته القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الأصل

حيث تنفيذ وقائع القضية مثلما أثبتها الحكم المطعون فيه والأوراق التي انبنى عليها قيام المدعيتين في الأصل (المعقب ضدّهما الآن) لدى محكمة البداية عارضتين بواسطة نائبيهما أنه على ملكهما قطعة أرض كائنة بغابة القلعة الصغرى مكنتف من جميع الجهات وقد تعمد المدعى عليه سد جميع المنافذ الطبيعية المؤدية للعقار مثلما هو ثابت من محضر المعاينة المرافق وقد أدت هذه الوضعية إلى حرمان المدعيتين من استغلال العقار على الوجه الأكمل وإن الاكتناف ثابت لا لبس فيه خول الفصل 177 م ح ع المالك المحاط من كل جانب طلب ممر في العقارات المجاورة مقابل دفع تعويض عادل لذا طلبتا الإذن بتكليف خبير مختص ليتولى التوجه على العين وتشخيص العقار حدا وموقعا وتحقيق حالة الاكتناف وبيان أقصر ممر إلى الطريق العام وتقدير قيمته العادلة لذا مع حفظ الحق في تقديم الطلبات النهائية على ضوء نتيجة الاختبار.

وحيث وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة البداية حكمها عدد 660 بتاريخ 11/07/2011 يقضي ابتدائيا بتمكين المدعيتين من المرور عبر الممر المشخص بتقرير الخبير المنتدب السيد "م. الح." المؤرخ في 16-03-2011 وطبق المثال المعد في الغرض وذلك حسب الفرضية الثانية مقابل القيمة العادلة المقدرة بستمائة وتسعة دنانير (609,000) تدفع لفائدة المدعى عليها وحمل المصاريف القانونية

على المدعيتين بما في ذلك أجرة الاختبار المعدلة بثلاثمائة دينار (300,000 د) وتغريمهما لفائدة المدعى عليه بمائتي دينار (200,000 د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

وحيث استأنف المدعى عليه الحكم المذكور بواسطة محاميه ورسمت القضية تحت عدد 67562 وأصدرت محكمة الاستئناف حكمها المضمن نصه بطالع هذا بناء على .

فتعقبه المستأنف بواسطة محاميه الذي نعى عليه:

المطعن الأول تحريف الوقائع: بمقولة أن المسألة القانونية المطروحة أقر شروطها المشرع التونسي بوضوح بالفصل 177 وما بعده م ح ع أ وهي مؤسسة " حق المرور " وإن موقف محكمة القرار المنتقد بني على معطيات مغلوطة مخالفة لواقع الحال وما ثبت بتقرير الاختبار من خلال التشخيص والمثال البياني المصاحب له وبقية أوراق الملف ، وفي ذلك تحريف للوقائع إذ جاء صراحة بجيئيات قرارها " ... وحيث تبين بالاطلاع على أوراق الملف وعلى الفرضية المعتمدة من طرف محكمة البداية لتمكين المدعيتين في الأصل من الممر أنها شملت القطعة عدد 159 C والتي هي على ملك المدعو "م. بن أ." والقطعة عدد 163 C التي هي على ملك المدعو "ح. بن أ." ومن معه في حين أن الأطراف المذكورة لم يقع استدعاؤها أو إدخالها في الطور الابتدائي مما بعد خرقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ومسا من حقوق الدفاع فضلاً على أن المقترح الثاني المقترح من طرف الخبير المعتمد من طرف محكمة البداية يتنافي مع أحكام الفصل 178 م ح ع المذكور باعتبار أن الممر المقترح في الفرضية الأولى أقصر وأقل كلفة مما يتجه معه تعديل الحكم الابتدائي .." تكون قد حرفت الوقائع وجانبت موضوع النزاع لتبحث في مسألة أخرى لا علاقة لها بموضوع النزاع ضرورة أن لا شيء يفيد أن الفرضية الثانية المعتمدة بحكم محكمة البداية قد شمل القطع المتحدث عنها والتابعة للمالكين ليسوا أطراف في النزاع ذلك أن الخبير ولئن عرج وذكر في تشخيصه وتحديدده للممر المقترح والمنحصر بين النقاط A و B و C و D (المعلم عليه باللون الأزرق بالمثال) على القطعتين عدد 163 C وعدد 159 c فإنما هو أكد عند التشخيص على حدود القطعة عدد 164 C التي هي على ملك المعقب والمأخوذ منها الممر المقترح محل النزاع إذ أنه ذكر كونها مسامية لكامل واجهتها شأنهما في ذلك شأن القطعة عدد 158 c دون أن يجعل منها شاملة للممر المقترح وقد أخطأت محكمة الحكم المنتقد في قراءة تقرير الاختبار كما أخطأت في قراءة المثال البياني المصاحب له وعدلت محكمة الحكم المنتقد نص الحكم الابتدائي على مجرد قراءة مغلوطة لأوراق الملف ودون طلب من الأطراف ودون أن تتوجه على العين والبحث مادياً وعلى أرض الواقع في مدى تطابق ذلك مع حقيقة الواقع فتكون بذلك قد أخطأت في استخلاص النتائج القانونية بتحريفها الوقائع التي لها

أصل ثابت بالملف .

المطعن الثاني: في الخطأ وسوء تطبيق القانون (خرق القانون): قولاً أن عبارات الفصل 177 م ح ع جاءت عامة ومقتضية لأبعد الحدود إذ لم يفصل المشرع النظام القانوني لهذه المؤسسة التي لا تهم النظام العام وتجدر تكريسا واقعيا لها خاصة بين المالكين الأجوار والمشاركين الذين انتقلت لهم الملكية بالإرث سواء تعلق الأمر بعقارات مبنية أو فلاحية ولم يتحدث المشرع عن أساس قانوني لهذه المؤسسة من حيث كيفية إثباتها أو مدتها وآثارها كما لم يبين المشرع هل أنها مؤسسة تشمل كل العقارات ، بما فيها العقارات الفلاحية على اعتبار أن موضع النص بالملحة ، جاء ضمن الأحكام المنظمة والمتحدثة عن العقارات غير الفلاحية وعلى اعتبار أن مسألة الاكتناف وحق المرور عامة في العقارات الفلاحية ، تكاد تكون غير مطروحة ضرورة أن تلك الأراضي الفلاحية وخاصة منها المغروسة زياتين تكون عادة وفي جلها مفتوحة على بعضها البعض ومتصلة بمسالك فلاحية وحدود طبيعية مؤدية للطريق العام وتحكم طريقة المرور عبرها عادات وأعراف فلاحية معلومة من المالكين المجاورين وتعود للأجداد وإن اعتماد محكمة الحكم المنتقد على معطيات غير مطابقة لواقع الحال ولما هو ثابت بأوراق الملف حسبما جاء بحجيات حكمها فيه تحريف للوقائع ضرورة أنه غاب عن محكمة القرار المطعون فيه أن "حالة الاكتناف في العقارات الفلاحية عامة وفي غابة الزياتين خاصة" هي حالة واقعية قبل أن تكون مؤسسة قانونية وثبتت ماديا على الأرض وليس بالضرورة أن تثبت فنيا والتي هي نتيجة يمكن استخلاصها من الواقع المادي المعاش على أرض الواقع وليس بتصريحات الأطراف والمعائنات بواسطة عدول التنفيذ أو تطبيق الأمثلة الناقلة للملكية من طرف الخبراء وإن محكمة القرار المنتقد وإضافة إلى خطئها في قراءة أوراق الملف فإنها أساءت تطبيق أحكام وشروط مؤسسة "حق المرور" مناط الفصل 177 وما بعده م ح ع والتي تم تطبيقها بصفة جافة ودون استفراغ ما خوله لها القانون من صلاحيات الاستقراء والبحث في حقيقة الأمور بكل موضوعية وانطلاقا من طبيعة العقار حسبما تم بيان ذلك بمستندات الاستئناف وهي كلها معطيات ولئن وقفت على جل نقطها محكمة البداية فإن محكمة القرار المنتقد قد تجاوزتها وتغافلت عن غيرها وإنه وعلى خلاف ما ذهب إليه محكمة الحكم المنتقد من اعتبار أن مؤسسة حق المرور وطلب التمكين من ممر تستوجب اعتماد معيارين أو توفر شرطين اثنين وهما أولا ثبوت الاكتناف وثانيا اعتماد المسافة الأقصر ما يمكن والأقل كلفة مثلها ينهض من حيثيات قرارها، فإن المشرع ومن خلال أحكام الفصلين 177 و178 م ح ع وضع أربعة شروط متلازمة ودون تفاضل بينهما بحيث أنه وإلى جانب الشرطين الأولين والمتمثلين في ضرورة ثبوت حالة الاكتناف واعتماد معيار المسافة الأقصر ما يمكن فإن الشرط الثالث يتمثل في ضرورة أن يؤخذ الممر بأخف ضرر لملك العقار المحدث به وأما

الشرط الرابع فيتعلق بالتعويض العادل ولا وجود لمعيار أو شرط مزدوج بين المسافة الأقصر ما يمكن والأقل تكلفة المعتمد من طرف محكمة القرار المنتقد التي أسقطت هذا الشرط دون موجب ودون سند قانوني فحق المرور هو حق شخصي يسلب على حق عيني دون ضرر به ومقابل تعويض عادل متناسب مع قيمة الحرمان من الانتفاع وهو ليس بحق أصيل وإنما حق وقفي واستثنائي يعتمد في تمكين طالبه بتوفر ضمانات لصالح صاحب الحق العيني الأصيل والذي إلى جانب تعويضه عن حرمانه من الانتفاع فإنه يستوجب عدم الإضرار بعقاره بحيث أن المشرع غلب وسبق حماية صاحب الحق العيني الأصلي عن صاحب الحق الشخصي الاستثنائي بمعنى أن شرط الأقل تكلفة الذي أسقطته محكمة القرار المنتقد على وقائع قضية الحال لفائدة طالب المر ليس له أي سند قانوني بل جاء مخالفا لتوجه المشرع وفلسفته على اعتبار أن محكمة القرار المنتقد بذلك الموقف تكون قد فضلت مصلحة صاحب الحق الشخصي وهو طالب المرر باعتماد شرط مستنبط وغير قانوني على مصلحة صاحب الحق العيني ومالك العقار الذي سوف يتضرر من جراء المر الأقل تكلفة الذي سوف يقسم عقاره إلى جزئين وسوف يتسبب في ضياع مياه الأمطار المتأتية من المسقاة إلى أصول الزيتون والحال أن المشرع قد أكد على اعتماد أخف الأضرار المالك العقار مثلها ذهب إلى ذلك الخبير المنتدب في رأيه المبين بخلاصة تقريره وهو الموقف المعتمد من محكمة الدرجة الأولى عكس الصورة الأولى التي تلحق مضرة بالمدعى عليه لأن السعر المقترح في اتجاه مستقيم يفصل عقاره إلى جزئين مما جعل حكمها فيه خرق واضح للفصلين المذكورين مما يتجه معه الحكم بنقض القرار المطعون فيه لهذا السبب أيضا فضلا عن كل ذلك فإن خروج محكمة القرار المنتقد عن مبدأ الحياد مناط الفصل 12 م م ت بات واضحا باعتبارها قامت بتعديل الحكم الابتدائي المطعون فيه دون طلب من أي من الطرفين.

المطعن الثالث: ضعف التعطيل الناتج عن الإفراط في السلطة وهضم حقوق الدفاع: قولا أن ما عللت به محكمة القرار المنتقد قضاءها كان اعتمادا على عناصر غير منسجمة مع وقائع القضية والقانون الذي أساءت تطبيقه مما جعله يتسم بالوهن والضعف في التسبب لعدم فهمها للوقائع ضرورة أنه وعلى خلاف ما جاء بتعليل الحكم المطعون فيه من أن محكمة الدرجة الأولى قد شملت بحكمها عقارات ومالكين ليسوا بأطراف في القضية تكون بذلك لم تستوعب مفهوم مؤسسة حق المرور كما أنها لم تبين كيف يمكن إثبات حالة الاكتناف ضرورة أنه وعلى خلاف ما ذهب إليه المحكمة بقولها ذلك فإن الخبير المنتدب والمحكمة الابتدائية من ورائه لم يدخلوا عقارات على ملك الغير بموضوع النزاع بل أن ما توفر بالملف من مؤيدات وما جاء بتقرير الخبير من ذكر العقارات المجاورة ولأسماء أصحابها كان من باب التشخيص والتحديد ولإثبات حالة الاكتناف ليس إلا وإنما وفي نفس إطار إفراطها في السلطة

اعتمدت في تعليلها وتبريرها لتعديل حكم البداية معطيات ذكرت أنها وردت بمسئداته والحال أنه لا وجود لها أصلا بحيثيات الحكم الابتدائي وهو ما أدى إلى تناقض نص قرارها مع أسانيدته إذ من جهة تعتبر أن المستأنف قد أفلح في استئنافه والحال أنه لم يطلب التعديل ومن أخرى تعتبر أن المستأنف ضدهما قد خابا في استئنافهما العرضي وحملتهم بالمصاريف والحال أنهما استفادا من قرارها بالتعديل وهما لم يطلببا ذلك وهو ما يجعل قضاءها متسما بضعف التعليل والقصور في التسبيب وفيه هضم واضح لحقوق الدفاع ضرورة أنه وانتهى إلى طلب بقبول المطلب من الناحية الشكلية ، وفي الأصل بنقض القرار المطعون فيه وإرجاع ملف القضية إلى محكمة الاستئناف بسوسة للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء المعقب من الخطية وإرجاع مالها المؤمن إليه

وحيث رد نائب المعقب ضدهما عن الدفع بتخريف الوقائع وخرق القانون أن وقائع قضية الحال واضحة ولا لبس فيها اعتبارا إلى أن المعقب ضدهما كاتتا ترومان الحصول على حق مرور لعقارهما المكتنف وأن محكمة القرار المطعون فيه اعتمدت على ما جاء في تقرير الاختبار المأذون به من طرف محكمة البداية والمعد من طرف الخبير السيد محمد الحفصي المختص في قيس الأراضي الذي أكد أن عقار المعقب ضدهما مكتنف من جميع الجهات وقد اقترح الخبير المنتدب طريقتان لرفع الاكتناف قضت محكمة الحكم المطعون فيه تمكين المعقب ضدهما من حق المرور طبق الفرضية الأولى وفي ذلك حسن تطبيق أحكام الفصل 178 م ح ع أما بخصوص ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع لاحظ أن محكمة الحكم المطعون فيه قامت باعتماد الفرضية الأولى من ضمن الفرضيتين المقترحتين من قبل الخبير المنتدب وعللت حكمها تعليلا مستساغا لأن الممر المقترح كانت مسافته اقصر وكلفته أقل وهو ما يراعي مصلحة الجميع وإنه من الثابت من تقرير الاختبار ومن مظاهرات الملف أن عقار المعقب ضدهما مكتنف من جميع الجهات وأن محكمة الموضوع قد أحسنت تطبيق القانون باعتماد الفرضية الأولى تطبيقا لمقتضيات الفصل 177 م ح ع وقد أصابت محكمة القرار المنتقد بأن اعتمدت الطريقة الأولى المبينة صلب تقرير الاختبار وهي الأنسب لأنها تشمل الممر الأقصر مسافة والأقل كلفة وقد عللت محكمة الاستئناف قرارها التعليل الكافي والسليم واقعا وقانونا وانتهى إلى طلب الحكم برفض مطلب التعقيب شكلا وإلا فأصلا.

المحكمة

عن المطعنين معا لوحدة القول فيهما:

حيث اقتضى الفصل 165 م ح ع أن "الارتفاق حق مرتب على عقار لمنفعة عقار يملكه شخص غير مالك للعقار الأول" كما نص الفصل 180 من ذات المجلة على أنه "يجوز للمالكي العقارات أن يحدثوا لها أو عليها ما شاؤوا من حقوق الارتفاق ولا تكتسب هذه الحقوق بالتقادم ولا تثبت إلا بكتب".

وحيث لا جدال في أن حق المرور هو حق ارتفاقي ناشئ عن القانون وهو أيضا حق انتفاع عيني يتمتع به صاحب العقار المكتنف المحاط من كل جانب إذا لم يكن له منفذ إلى الطريق العام يستوي في ذلك إن كانت الأرض المكتنفة فلاحية أم مقام عليها بناء طالما جاءت عبارات الفصل 177 م ح ع مطلقة فإنها تجري على إطلاقها عملا بمقتضيات الفصل 533 م إ.ع.

وحيث وخلافا لما ذهب إليه نائب المعقب فقد ثبت من خلال أوراق الملف الاكتناف في جانب عقار المعقب ضدّهما وهو أمر وقف عليه الاختبار الجرى من قبل الخبير المنتدب بالطور الابتدائي ما جعل القول بأن مسألة الاكتناف في العقارات الفلاحية تكاد تنعدم مردود عليه خاصة ولم يثبت المعقب العرف المتمسك به بخصوص المسالك المخصصة لكل أرض والتي تصلها بالطريق العام فقد تعلق الإشكال بشروط التمتع بحق المرور من المعقب ضدّهما وما هو المقترح الأنسب في قضية الحال الذي يراعي الشروط المحددة بالفصل 178 م ح ع.

وحيث في حين اعتبرت محكمة البداية أن المقترح الثاني المحدد صلب تقرير الاختبار والمتمثل في الممر المنحصر بين العلامات A و B و C و D في طول 58 م وعرض 3,50 م بمساحة 230 م² اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه أن الفرضية الأولى والمتمثلة في الممر المنحصر بين العلامات "أ" و"ب" و"ت" و"ث" والتي يبلغ طوله 8,50 م في عرض خمسة أمتار أي بمساحة 42,50 م² هي الأنسب استنادا إلى أن الفرضية شملت القطعتين عدد 159C و163C وهما على ملك الغير اللذين لم يقع القيام عليهما ولا إدخالهما في النزاع ما اعتبرته خرقا لمبدأ المواجهة ومسا من حقوق الدفاع من جهة ومن جهة أخرى أن المقترح الأول أقصر وأقل كلفة بما يجعل المقترح المعتمد من محكمة البداية مخالفا للفصل 178 م ح ع.

وحيث اقتضى الفصل 178 م ح ع أنه "يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن ويراعى في ذلك في تعيينه أخف ضرر لمالك العقار المحدث به"

وحيث وإن كان ثابتاً من خلال تقرير الاختبار أن المقترح الأول للممر الوارد بتقرير الاختبار قد راعى الشرط الأول الذي أقره الفصل 178 م ح ع المشار إليه والمتعلق بقصر الممر فإن الأخذ بهذا المقترح يقتضي أن يكون قد راعى أيضاً أخف ضرر لمالك الأرض المحدث بها ذلك الممر.

وحيث ثبت رجوعاً لتقرير الاختبار والمثال الهندسي المصاحب له أن المقترح الأول المحدد باللون الأصفر بالمثال الهندسي وإن كان الأقصر وبالتالي الأقل تكلفة بالنسبة للمعقب ضدهما إلا أنه يقسم عقار المعقب إلى جزئين ويؤدي إلى منع وصول مياه الأمطار المتأتية من المسقاة لقطعة الأرض عدد 189C التابعة للمعقب وبالتالي تلحق بعقاره ضرراً يجعل من اختيار محكمة الحكم المطعون لها دون وقوف على هذا المعطى متعارضاً وأحكام الفصل 178 م ح ع الذي يوجب في تحديد الممر أخف ضرر لمالك العقار المحدث به.

وحيث إن ما جنحت إليه محكمة القرار المطعون فيه من إقصاء للفرضية الثانية دون منازعة من أي من طرفي النزاع وإغفالها مراعاة عقار المعقب وتضرره من الفرضية الأولى المقترحة من الخبير لما له من أهمية في هذا الصدد أضفى على قرارها وهنا أضفى من المتعين معه اعتبار هذا الطعن مقبولاً أصلاً لوجهة أسانيده.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلاً ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بسوسة للنظر فيها مجدداً بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 21 أفريل 2021 عن الدائرة المدنية الواحدة والعشرين المترتبة من رئيسها السيدة آية بن ملوكة وعضوية المستشارتين السيدتين نادرة بن سالم وسلوى سلامة وبحضور المدعي العام السيد مصطفى العجيمي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيد أحمد عبيد.

وحرر في تاريخه

قرار تعقيبي جزائي عدد 81800 و96675 مؤرخ في 4 فيفري 2020

صدر برئاسة السيد منصف الكشو

المادة: إجراءات جزائية

المراجع: الفصل 27 من الدستور- الفصلين 97 و199 من م إ ج- الفصلين 61 و301 من المجلة
الديوانية

المفاتيح: حق الملكية-الدستور- قرينة البراءة- نزاهة الإثبات وسلامة الإجراءات الجزائية- إجراءات
أساسية- حقوق الدفاع-عدم تناسب.

المبادئ:

. أسست محكمة القرار المنتقد حكمها على حق الملكية المكفول دستوريا وقرينة الملكية بموجب الحوز
في المنقولات.

. تقتضي قرينة البراءة ألا يخضع المرء إلى أية أبحاث أو تحريات أو إجراءات تحفظية دون أن
توجد قرائن أو مؤشرات على ارتكابه جريمة من الجرائم...وذلك منعا للجرائم المثارة والاتهامات المفتعلة
والمسقطه وحفاظا على نزاهة الإثبات وسلامة الإجراءات الجزائية.

. استندت محكمة المتهم إلى خرق فاضح لقرينة البراءة وإخلال جسيم بالإجراءات الأساسية وبحقوق
الدفاع والتي ليس لها من مآل سوى البراءة كنتيجة قانونية سليمة.

أصدرت محكمة التعقيب القرار التالي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 22 أكتوبر 2018 من طرف الوكيل العام لدى محكمة
الاستئناف بالمنستير

ضد: ص.ع.

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 498 الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 2018 عن محكمة الاستئناف بالمنستير
والقاضي نهائيا غيايبا بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي.

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه والتأمل في الإجراءات.

وبعد الاطلاع على طلبات الادعاء العام لدى محكمة التعقيب.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي:

حيث أذنت المحكمة بضم القضية عدد 96675 لهذه القضية للبت فيها بحكم واحد.

أولاً: من حيث الشكل:

حيث جاء مطلباً التعقيب مستوفين كامل شروطهما القانونية والإجراءات من حيث الصفة والأجل والمصلحة واتجه قبولهما شكلاً.

ثانياً: من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها القرار المطعون فيه والأوراق التي انبنى عليها وخاصة الابحاث الجراة بواسطة أعوان الشرطة العدلية بالمهدية حسب محضرهم عدد 722/776 المحرر بتاريخ 1/9/2014 أنهم تحولوا إلى مستودع التابع للمدعو ص.ع. حيث تم العثور بتدخله على جهاز تلفاز مستعمل وبالتحري معه أكد ملكيته له وأفاد بأنه قام باقتنائه قصد الاتجار فيه ولا يملك في شأنه أي وثيقة تثبت سلامة مصدره، فتم حجز الجهاز وفتح محضر في الغرض كان منطلق قضية الحال.

وحيث أحالت النيابة العمومية المدعو ص.ع. على المجلس الجناحي بالمهدية لمقاضاته من أجل شراء ومسك بضاعة خاضعة لقاعدة اثبات المصدر طبق الفصول 39 و290 و364 و392 و386 و302 من مجلة الديوانة، فقضت المحكمة بموجب حكمها عدد 5608 بتاريخ 24/1/2018 ابتدائياً حضورياً بعدم سماع الدعوى، فاستأنفه المدير الجهوي للديوانة والنيابة العمومية وقضت محكمة الاستئناف طبق ما ذكر أعلاه، فتعقبه الوكيل العام ناعياً عليه خرق القانون قولاً بأن محكمة القرار المنتقد قضت ببراءة المتهم باعتبار أن جهاز التلفاز المستعمل لا يشترط فيه القانون فاتورة استناداً الى ان ملكية هذه المنقولات يكفي فيها الحوز، والحال أن القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 19/2/2009 المتمم بقراره المؤرخ في 21/5/2018 ضبط قائمة البضائع الخاضعة إلى قاعدة إثبات المصدر وقد أوجب الفصل 290 من مجلة الديوانة على كل من يمسك أو ينقل البضائع المحددة خصيصاً بقرار من وزير المالية أن يدلي عند أو طلب يصدر من أعوان الديوانة أو أعوان الشرطة أو أعوان الحرس الوطني أو أعوان المراقبة الاقتصادية أو أعوان المراقبة الجبائية إما بوصولات تثبت أن تلك البضائع وقع توريدها بصفة قانونية أو بفاتورات شراء أو بوثائق الصنع أو بأية وثيقة أخرى صادرة عن أشخاص أو شركات منتسبة بصفة قانونية داخل

التراب التونسي تثبت مصدر تلك البضائع، وطالما لم يدل المتهم بأي وثيقة تثبت مصدر الجهاز فإنه يكون مرتكبا لجريمة نص الإحالة، طالبا النقض والإحالة.

كما تعقبه المدير الجهوي للديوانة بسوسة ناعيا عليه مخالفة القانون قولا بان محكمة القرار المنتقد اقرت بخضوع جهاز التلفاز لقاعدة اثبات المصدر لكنها ناقضت نفسها بان اعتبرت انه من النادر مسك فاتورة شراء بالنسبة لهذه الاجهزة، مضيفا بأن المحكمة خالفت أيضا مقتضيات الفصول 39 و290 و364 و386 و392 و309 من مجلة الديوانة، طالبا النقض والإحالة.

المحكمة

عن جملة المطاعن:

حيث أسست محكمة القرار المنتقد حكمها على حق الملكية المكفول دستوريا وقرينة الملكية بموجب الحوز في المنقولات وخرق أعوان الضابطة العدلية القانون بدخول محل تابع للمتهم لطلب فاتورة في شان التلفاز. وقد تمسك الطاعنون بثبوت اركان جريمة الحال.

وحيث يتضح من مظروفات الملف أن أعوان الضابطة العدلية وتبعاً لمحضر بحث موضوعه بيع الخمر خلصة تحولوا إلى مستودع تابع للمتهم أين تم العثور على جهاز تلفاز مسطح نوع بلازما مستعمل تم حجزه وفتح بحث في اللجنة الديوانية المتعلقة بالشراء والمسك دون صك صحيح لبضاعة خاضعة لقاعدة إثبات المصدر.

وحيث نص الفصل 27 من الدستور على أن "المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته".

وحيث تفتضي قرينة البراءة ألا يخضع المرء إلى أية أبحاث أو تحريات أو إجراءات تحفظية دون أن توجد قرائن أو مؤشرات على ارتكابه جريمة من الجرائم...وذلك منعا للجرائم المثارة والانتهاكات المفتعلة والمسقطه وحفاظا على نزاهة الإثبات وسلامة الإجراءات الجزائية.

وحيث نص الفصل 199 م إ ج على بطلان كل الأعمال والأحكام المنافية للنصوص المتعلقة بالنظام العام والقواعد الإجرائية الأساسية أو لمصلحة المتهم الشرعية.

وحيث لم يبرز من محضر البحث عدد 722 سند التبع ومن سياق تحريره أيضا - عدا سبق تحرير محضر ضد المتهم في بيع الخمر خلصة البعيد في وقائعه عن جريمة الحال - أي قرينة أو شبهة ارتكاب جريمة

ديوانية منسوبة للمتهم كسك بضائع مهربة من شأنها أن تدفع أعوان الضابطة العدلية الدخول مباشرة إلى المستودع دون معلومات سابقة وتحريات وتفتيشه ومن ثمة حجز جهاز تلفاز وحيد مستعمل لا يمكنه أن يدل أو يفيد بذاته في إقتراف أي جريمة ديوانية تبعا لطبيعة المحجوز ومكان حجزه وكميته وبساطته كأحد المنقولات التي لا يخلو منها أي محل أو مستودع والتي لا يسأل أحد عن مصدرها طالما انتفت من حيث الكمية ومكان الحجز شبهة فساد المصدر وشبهة التوريد غير القانوني... لتكون مباشرة الأبحاث في الجنحة الديوانية من قبل أعوان الضابطة العدلية على النحو السالف خارقة لقرينة البراءة ومُحَلَّة بالإجراءات الأساسية وبمصلحة المتهم الشرعية علاوة على عدم انبائها فعلا على وجود جريمة ديوانية.

وحيث في ذات السياق، فلئن خول الفصل 61 فقرة أولى وثالثة من المجلة الديوانية لأعوان الديوانة القيام بزيارات وتفتيشات داخل المحلات التي يمكن أن توجد بها البضائع لمعينة الجنح والمخالفات الديوانية المرتكبة موضوع الفصول 386 إلى 399 من المجلة والكشف عن الحجج المثبتة لها وحجزها، إلا أنه علق ذلك على توفر قرائن تجعل على الظن على ارتكاب تلك الجنح والمخالفات... بما يحول دون القيام بأي أبحاث أو تحريات أو تفتيشات دون توفر مسبق لمعلومات وقرائن على وجود مخالفة أو جنحة ديوانية وهو شأن قضية الحال حين باشر أعوان فرقة الشرطة العدلية التفتيش بمستودع المتهم وحجز جهاز تلفزة مستعمل لا قرينة على ارتباطه بجريمة ديوانية أو جنحة تهريب ودون قرائن متوفرة ولا معلومات سابقة وهو ما يطال مصداقية البحث الجزائي ويشكل خرقا لنصوص قانونية تهم النظام العام والقواعد الإجرائية الأساسية.

وحيث من جهة أخرى، فقد تولى أعوان الضابطة العدلية حجز جهاز التلفاز دون تحقق حالة التلبس بالجنحة خلافا لأحكام الفصل 97 م إ ج ودون تحرير محضر حجز تام الموجبات تطبيقا لأحكام والفصول 61 فقرة أخيرة و301 وما بعده من المجلة الديوانية لتكون عملية الحجز باطلة قانونا وتغدو الأبحاث المستندة إليها باطلة أيضا تنتفي بها مقومات الجريمة وتختل بها إجراءات المحاكمة التي انبنت عليها تطبيقا لأحكام الفصل 199 م إ ج.

وحيث استندت محاكمة المتهم إلى خرق فاضح لقرينة البراءة وإخلال جسيم بالإجراءات الأساسية وبحقوق الدفاع والتي ليس لها من مآل سوى البراءة كنتيجة قانونية سليمة توصلت لها محكمة القرار المنتقد وإن بسبيل آخر، لتغدو المطاعن بالضرورة وبالمآل فاقدة للمستند القانوني الصحيح وغير ذات موضوع وحرية بالرد.

وحيث ومن جهة اخرى فقد احرز الحكم المنتقد على جميع مقوماته القانونية ولم يلاحظ أي خلل اجرائي يوجب نقضه لفائدة النظام العام عملا بأحكام الفصل 269 م ا ج.

ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلبي التعقيب شكلا ورفضهما أصلا.

وصدر هذا القرار بتاريخ 4 فيفري 2020 عن الدائرة السادسة والعشرين المتألفة من رئيسها السيد المنجي شلغوم وعضوية مستشاريها السيدين عبد القادر غزال وحمادي الرحماني ومجهر المدعي العام السيد عبد الرحمان بن الحاج جلول وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة هاجر السلطاني.

حول المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات

المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات منظمة حكومية دولية مهمتها تعزيز الديمقراطية في جميع أنحاء العالم، باعتبارها طموحاً إنسانياً عالمياً وتمكيناً للتنمية المستدامة. نقوم بذلك عن طريق دعم بناء وتعزيز وحماية المؤسسات والعمليات السياسية الديمقراطية على جميع المستويات. تتمثل رؤيتنا في عالم تكون فيه العمليات والجهات الفاعلة والمؤسسات الديمقراطية تشاركية وخاضعة للمساءلة وتوفر التنمية المستدامة للجميع.

عملنا

نركز في عملنا على ثلاثة مجالات تأثير رئيسية: العمليات الانتخابية، عمليات بناء الدستور، والمشاركة والتمثيل السياسيين. وتبنى مبادئ النوع الاجتماعي والتشاركية وحساسية النزاع والتنمية المستدامة في جميع مجالات عملنا.

توفر المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تحليلات للاتجاهات الديمقراطية العالمية والإقليمية، وتنتج معرفة مقارنة بشأن الممارسات الديمقراطية، وتقدم المساعدة الفنية وبناء القدرات في مجال الإصلاح للجهات المشاركة في العمليات الديمقراطية، وتجري حواراً بشأن قضايا مهمة للنقاش العام بشأن الديمقراطية وبناء الأنظمة الديمقراطية.

مناطق عملنا

يقع مقرنا الرئيسي في ستوكهولم، ولدينا مكاتب إقليمية وقطرية في أفريقيا وآسيا والمحيط الهادئ وأوروبا وأمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. والمؤسسة عضو مراقب دائم في الأمم المتحدة وهي معتمدة لدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي.

<http://www.idea.int>

أحدثت المادة الجامعة في الدستور التونسي (الفصل 49 في دستور 2014/ الفصل 55 في دستور 2022) اختلافاً فارقاً في منظومة حماية الحقوق والحريات في تونس عبر تعديل تدخل السلطة التي تجنح غالباً إلى الحد من الحريات، وذلك من خلال اشتراط تدخل تشريعي لوضع الضوابط المقيدة لهذه الحقوق والحريات. وتفادياً لأي انحراف أو تعسف، ضبقت المادة الجامعة إطاراً لتدخل المشرع وقيدت سلطته التقديرية ووضعت معايير لهذه الضوابط تعتمد بالأساس مبدأ التناسب بين هذه القيود وموجباتها، وجعلت القضاء رقيباً على احترام مقتضياتها.

وفي إطار عملها على دعم تطبيق المادة الجامعة ومبدأ التناسب والتعريف بمختلف المسائل المتعلقة بهما، قامت المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات بإصدار هذا المؤلف حول "مبدأ التناسب في فقه قضاء محكمة التعقيب بتونس".

ويهدف هذا المؤلف إلى تقديم القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب، بوصفها محكمة قانون و باعتبار أهمية فقه قضاائها في توجيه عمل بقية المحاكم، والتي تمّ تجميعاً لعرضها وتقييمها وفق أسلوب منهجي موحد على ضوء الفصلين 49 من دستور 2014 والفصل 55 من دستور 2022 في المادتين المدنية والجزائية.