



# فهرس

5

تمهيد

6

مذكرات اللادستورية

8

مذكرة 1 : في عدم دستورية الفصلين 226 و 226 مكرر من  
المجلة الجزائرية

14

مذكرة 2 : في عدم دستورية الفصل 231 من المجلة الجزائرية

19

مذكرة 3 : في عدم دستورية الفصل 230 من المجلة الجزائرية

24

مذكرة 4 : في عدم دستورية الفصل 13 من مجلة الاحوال  
الشخصية

28

مذكرة 5 : في عدم دستورية الفصل 236 من المجلة الجزائرية

# تمهيد

لئن عرفت تونس، منذ ثورة 17 ديسمبر 2010 - 14 جانفي 2011، إصلاحات تشريعية هامة في مجال الحريات العامة و بعض الحقوق المدنية و السياسية، إلا أن الحريات الفردية، تلك « الساق الثانية » التي يقوم عليها النظام الديمقراطي، لزالَت ضحية منظومة تشريعية بالية و استبدادية، في تعارض صارخ مع دستور 2014. و تمثل الحقوق الجنسية جزءا لا يتجزأ من حقوق و حريات الفرد، وهي المتصلة بحياته الخاصة و حرمة الجسدية، التي ضمنها دستور 2014. دستور الجمهورية الثانية لم يكتف بإعلان هذه الحقوق، بل حذد ضمانات لاحترامها، و آليات لتفعيلها، و لعل أبرزها على الإطلاق المحكمة الدستورية و رقابتها البعدية، عن طريق الدفع، على نصوص تشريعية دخلت حيز النفاذ.

و حيث أن الحقوق الجنسية، على أهميتها الشديدة، بقيت على هامش الإصلاحات التشريعية، نظرا لاتصالها باعتبارات ثقافية و أخلاقية، فإن المحكمة الدستورية تكاد تكون السبيل الأمثل لتكريسها و لتجاوز التشريعات المناهية لها. فأننا، مجموعة من الشباب المشاركين في برنامج جيل المستقبل لمؤسسة فريدريش ايبرت - مكتب تونس، بالتعاون مع الأستاذ وحيد الفرشيشي، ارتأينا صياغة و نشر خمسة مذكرات في عدم الدستورية لأحكام تشريعية خطيرة تمس بالحقوق الجنسية للأفراد، و تخرق بذلك الضمانات التي أتى بها دستور 2014.

# مذكرات اللا دستورية

وحيد الفرشيشي<sup>1</sup>

وخاصة في باب الحقوق والحريات التي كرسها وجعل منها أسس الجمهورية الثانية في تونس.

وبتحقق القوانين السابقة واللاحقة لدستور 2014، يلاحظ أن العديد منها يحتوي على فصول تتعارض مع الدستور. من بين هذه النصوص تكون المجلة الجزائية من أكثر التشريعات المتعارضة مع الدستور والتي تعتبرها الحركة الحقوقية الديمقراطية في تونس أكثر النصوص معاداة للحريات وذلك لأسباب عديدة أهمها أن المجلة الجزائية التونسية والتي صدرت منذ سنة 1913 جاءت لتعكس الفلسفة الجنائية لتلك الفترة، متأثرة بالانفكار الجزائية للقرن التاسع عشر ومتأثرة بفترة الجمهورية الثالثة الفرنسية والتي عرفت بطابعها المحافظ، المتشدد والأخلاقوي، وهو ما انعكس على فصول المجلة وخاصة فيما يتعلق بما يعرف «بالجرائم الأخلاقية» والتي لا تزال كما هي منذ صدور المجلة في سنة 1913 محتوية على جرائم الاعتداء بالفواحش والاعتداء على الأخلاق الحميدة والاعتداء بما يناهز الحياء والتحرير على الخناء وجريمتي اللواط والمساحقة والزنا... وهي جرائم اختفت منذ ستينات القرن العشرين من قوانين الدول «المدنية الديمقراطية» التي كانت قد أثرت في قوانيننا في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، إلا أننا لازلنا نحافظ عليها كموروث ثقافي استعماري بل وأصبحنا نعتمده ونصبغ عليه الشرعية الثقافية، الاجتماعية وكذلك الدينية، وهو ما يتأكد حتى مع قوانين صادرة بعد الإستقلال وحاولت أن تكون مجددة و«ثورية» كمجلة الأحوال الشخصية والتي ألغت تعدد الزوجات ومنحت حق الطلاق لكل من الزوجين ومع ذلك لا تزال هذه المجلة محتوية على رواسب تكرس دونية المرأة وعدم مساواتها في الحقوق مع الرجل.

هذه النصوص والأحكام يتوجب الآن فحصها وقراءتها على ضوء دستور 2014 وإعداد مذكرات الطعن في عدم دستوريته لعرضها لاحقاً على المحكمة الدستورية حين تشكيلها وبدء عملها. وفي هذا الإطار نعرض خمس مذكرات للادستورية لبعض أحكام المجلة الجزائية ومجلة الأحوال الشخصية.

لقد أكد الدستور التونسي على اختصاص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعاً للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون (الفصل 120)، كما بين الدستور أنه «عند تعهد المحكمة الدستورية تبعاً للدفع بعدم دستورية قانون فإن نظرها يقتصر على المطاعن التي تمت إثارتها وتبت فيها خلال ثلاثة أشهر قابلة للتמיד لنفس المدة مرة واحدة ويكون ذلك بقرار معلل. إذا قضت المحكمة الدستورية بعدم الدستورية فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به» (الفصل 123).

وتطبيقاً لهذه الأحكام الدستورية صدر القانون عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 ليفضل المهام والإجراءات والآثار المترتبة عن أحكام المحكمة الدستورية.

هذا الإقرار الدستوري والتفصيل التشريعي لدور المحكمة الدستورية جاء ليؤكد على إمكانية الطعن (ولو بطريقة الدفع) في دستورية قوانين صدرت عن مجلس النواب سابقاً (قبل إنهاء العمل بدستور 1959) أو عن المجلس الوطني التأسيسي (بين 2011 و2014) أو عن مجلس نواب الشعب الحالي (منذ أكتوبر 2014) وهو ما يمكن المواطنين والمواطنات ومنظمات المجتمع المدني من اللجوء إلى القضاء وإثارة مسألة دستورية القوانين النافذة بقراءتها على ضوء دستور 27 جانفي 2014. هذه إمكانية وإن كانت مقيدة من حيث الإجراءات، إلا أنها ستتمكن من فحص عديد القوانين التي تعتبر لا دستورية من حيث عدم توافقها مع مقتضيات الدستور

<sup>1</sup> أستاذ القانون، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس رئيس الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية

و الدستورية فيما يتعلق بمفهومها من ناحية و في آثارها الخطيرة و اللادستورية على الحقوق و الحريات.

### - في المفهوم الخطير للاعتداء على الاخلاق الحميدة:

لقد أورد كل من الفصلين 226 و 226 مكرر مجموعة من العبارات الدالة على سلوكيات مجرمة دونما تحديد لمحتواها: التجاهر عمدا بفحش، الاعتداء علنا على الاخلاق الحميدة او الانداب العامة، الوجه المخل بالحياء، وجود فرصة لارتكاب فجور ... و هي كلها عبارات فضفاضة تخضع لتقديرات تختلف بحسب الزممة و الامكنة و الاشخاص و ثقافتهم و مفهوميهم للانداب و الاخلاق و الحياء و الفحش و الفجور ... و هو ما نلاحظه عندما يتدخل القضاء لمحاولة تعريف هذه المفاهيم. ففي القرار الصادر عن محكمة التعقيب عدد 288 المؤرخ في 18 أوت 1976<sup>1</sup> ان الفعل المخل بالحياء هو فعل مادي يخل بالحياء مغاير للانداب العامة أو تقتضي الاخلاق و الانداب العامة التستر عند ارتكابه سواء كان الفعل في ذاته مشروعاً أو غير مشروع معاقب عنه أو غير معاقب عليه و بذلك فهو امر اعتباري موكول بتقديره لاجتهاد قاضي الموضوع مما يستمد من حالة الواقعة و ظروفها بالنظر للوسط الذي وقعت فيه و درجة الحضارة التي كان عليها ذلك الوسط و غاية المشرع من هذا حماية الانداب و محاربة الرذيلة و صيانة الجمهور من ان يقع نظره على مشهد مغاير للانداب. هذا المفهوم الواسع و المطاط لهذه العبارات: الاخلاق الحميدة، التجاهر بفحش، الدليل بالحياء، لفت النظر الى وجود فرصة لارتكاب فجور ... جعلت منها مدخلا مخيفا لضرب عديد الحقوق و الحريات نظرا لعدم دقتها و غياب الموضوعية عنها و علاقتها بمسائل ثقافية، أخلاقية متغيرة و متطورة. و لذا فإن هذين الفصلين فيهما تعارض مع فصول و احكام دستور 2014 و خاصة الفصول 21، 24، 31 و 42، و 49.

## في عدم دستورية الفصلين 226 و 226 مكرر من المجلة الجزائية

جريمة الاعتداء على الاخلاق الحميدة

خصصت المجلة الجزائية القسم الثالث من الباب الاول من الجزء الثاني لجرائم الاعتداء بالفواحش و ينزل كل من الفصل 226 و 226 مكرر في الفرع الاول من هذا القسم و هو فرع يحمل عنوان «في الاعتداءات على الاخلاق الحميدة و أضيف اليه التحرش الجنسي بتفويض المجلة الجزائية بموجب القانون عدد 73 لسنة 2004 المؤرخ في 2 أوت 2004. و ينص الفصل 226 على أنه «يعاقب بالسجن مدة ستة اشهر و خطية قدرها ثمانية و أربعون دينارا كل من يتجاهر عمدا بفحش». و ينص الفصل 226 مكرر (و الذي أضيف بالقانون عدد 73 لسنة 2004 و المؤرخ في 2 أوت 2004): «يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر و بخطية قدرها ألف دينار كل من يعتدي علنا على الاخلاق الحميدة أو الانداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علنا إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياء. و يستوجب نفس العقوبات المذكورة بالفقرة المتقدمة كل من يلفت النظر علنا الى وجود فرصة لارتكاب فجور و ذلك بكتابات أو تسجيلات أو ارساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية او ضوئية.»

يندرج هذان الفصلان فيما يعرف تقليديا بالاعتداء على الاخلاق الحميدة و هي عبارة فضفاضة و خطيرة على الحقوق و الحريات و تثير عديد الاشكاليات القانونية

## 1. في تعارض الفصلين 226 و 226 مكرر من المجلة الجزائية مع الفصل 21 من الدستور:

ينص الفصل 21 من الدستور على أنه: « تضمن الدولة للمواطنين و المواطنين الحقوق والحريات الفردية و العامة و تهيب لهم أسباب العيش الكريم ». هذا الضمان الدستوري الهام للحقوق و الحريات و الذي يوجب على الدولة اتخاذ التدابير اللازمة [و منها التدابير القانونية] لضمان الحقوق و صيانتها، لا يتوافق مع محتوى الفصلين 226 و 226 مكرر وذلك سواء على مستوى الحقوق والحريات الفردية أو العامة:

فعلى مستوى الحريات العامة: إن تطبيقات الفصل 226 مكرر يمكن أن تنال من الحريات العامة خاصة حريات التجمع التظاهر وغيرها من الحريات العامة التي يكفلها الدستور، إذ أن عديد التظاهرات العامة إذا ما تم استعمال عبارات أو ألفاظ أو حركات وأفعال مخلّة بالحياء وبالأخلاق الحميدة يمكن أن تدخل تحت طائلة هذا الفصل ويعاقب مرتكبها أو مرتكبوها،

على مستوى الحريات الفردية: إن التطبيقات السابقة للفصلين 226 و 226 مكرر تؤكد استعمالها لضرب الحقوق والحريات الفردية، فهذه الأخيرة تقوم أساسا على الاختيارات الحرة للفرد ومظهره وعلاقاته وتصرفاته وسلوكاته، طالما لم تمس بحقوق الآخرين فمسك الأشخاص لأشياء أو صور أو وسائل مخالفة للأخلاق الحميدة « تقع تحت طائلة الفصلين 226 و 226 مكرر ويتم معاقب الأشخاص على أساس ذلك.

## 2. في تعارض الفصلين 226 و 226 مكرر مع مقتضيات الفصل 24 من الدستور:

يقتضي الفصل 24 من الدستور وجوب أن « تحمي الدولة الحياة الخاصة وحرمة المسكن وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية ». هذه الحماية الدستورية يناقضها تماما ما جاء في الفصلين 226 و 226 مكرر خاصة وأن مجال

انطباق هذين الفصلين لا يشمل فقط الفضاءات العامة بالمعنى المتداول والبسيط ليدخل إلى الفضاءات الخاصة وإلى المجالات الخاصة بالانفراد.

فمن خلال التطبيقات الكثيرة والسابقة لهذين الفصلين ونظرا لبتساع العبارات فإن القراءة الأمنية من ناحية ثم القراءة القضائية لهما توسعت في معنى الفضاء العام من ناحية وفي المجالات الخاصة الخاضعة لمقتضيات الفصلين 226 و 226 مكرر.

فعلى مستوى معنى الفضاء العام، خاصة وأن هذان الفصلين يتعرضان للتجاهر، الاعتداء علنا، لفت النظر علنا... مما يوجب بأن انطباق أحكام الفصلين لا تسري إلا على الفضاء العام، بينما نلاحظ بأن التطبيقات القضائية توسعت في مفهوم العلن والمجاهرة لتدخل إلى الأماكن الخاصة من ذلك إقرار محكمة التعقيب بتحقيق العلانية في المكان الخاص الذي يمكن للغير أن يشاهده من الخارج (تعقيب عدد 5974 في 7 أوت 1968، نشرية 1968، ص 225، وقرار تعقيبي في 18 أوت 1976، نشرية سنة 1976، جزء 1، ص 53).

كما ينطبق التجاهر على الأماكن الخاصة المغلقة حتى بحضور شخص واحد (تعقيب 18 أوت 1976) وقد تأكدت خطورة مثل هذه الفصول عند اعتبار أن الفعل المخل بالحياء هو الذي يחדش حياء العين والاذن وتكون الاصوات المنبعثة من الأماكن الخاصة والحميمية وإن كانت في إطار علاقة قانونية مخلّة بالحياء إذا كانت صادرة أثناء عملية جنسية، أو مداعبات أو غيرها، أو مشاهدة أفلام وهو ما يؤكد خطورة هذه الفصول على الحقوق والحريات وعلى العلاقات...

وعلى مستوى مجالات انطباق هذين الفصلين وخصوصا الفصل 226 مكرر نلاحظ أن مفهوم لفت النظر علنا إلى وجود فرصة لارتكاب فجور بكتابات أو تسجيلات أو إرساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو ضوئية... تمثل مدخلا خطيرا لرقابة الفضاءات الافتراضية مما يهدد الحياة الخاصة للشباب خاصة ومعطياتهم الشخصية ويعرضهم للعقاب لمجرد استعمال المواقع والتطبيقات

التي تساعد على التعارف والتقارب وخوض التجارب...

فهذين الفصلين وتحديدًا الفصل 226 مكرر يمثلان خطرا واضحا على الحقوق والحريات الفردية وحماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية وسرية المراسلات والاتصالات إلى جانب الخطورة التي يمثلانها على حرية العمل الفني.

### 3. في تعارض الفصلين 226 و226 مكرر مع الفصلين 31 و42 :

ينص الفصل 31 من الدستور على أن «حرية الرأي والفكر والتعبير والإعلام والنشر مضمونة ولا تجوز ممارسة رقابة مسبقة على هذه الحريات» كما ينص الفصل 42 على أن «الحق في الثقافة مضمون، حرية الإبداع مضمونة...» ويؤسس هذان الفصلان لحرية ثقافية وإعلامية كبيرة حيث لا تتقيد عموما هذه الحريات وخاصة حرية الإبداع بالضوابط الأخلاقية النمطية ولا تكون حدودها إلا منع خطاب الكراهية والتحريض على العنف. ولذا فإن تطبيق الفصلين 226 و226 مكرر فيهما ضرب لحرية الإبداع والإعلام والنشر وحرية الفكر والتعبير.

فمن خلال التطبيقات القضائية لهذين الفصلين نلاحظ التدخل في الأعمال الفنية : الرقص، السينما، المسرح الكتابات التي بحسب القضاء تحتوي على تجاهر بالفحش وتعدى على الأخلاق الحميدة بالإشارة أو بالقول... حيث يذهب القضاء إلى أن مجرد وجود الفعل، أو القول الخادش الحياء يكفي لتطبيق الفصل 226، دونما حاجة للبحث في نية الشخص الذي قام بذلك حيث « لا لزوم للبحث هل أن الجاني قد ارتكب فعلة شهوة أو على سبيل الانتقام أو بسبب الإنحطاط الخلقي بل يكفي أن يكون على بينة من أن فعله هو مما تأباه الأخلاق الفاضلة» (تعقيب 18 أوت 1976).

ويبلغ هذا التوجه أقصى مداه أمام لوحات الرقص الشرقي حيث يكون الفيصل في ارتكاب «الراقصين» لجريمة التجاهر عمدا بفحش هو مدى اصطحاب الرقص «بحركات أو إشارات واضحة تنطوي على إيحاءات ذات طبيعة جنسية فإنها تكون موجبة للمؤاخذة والتتبع الجزائي.

هذه التطبيقات الخطيرة للفصلين 226 و226 مكرر على الحريات الفكرية والفنية المكرسة دستوريا تتعارض أيضا مع الفصل 49 من الدستور.

### 4. في تعارض الفصلين 226 و226 مكرر مع الفصل 49 من الدستور :

عند وضعه للضوابط التي تفيد الحقوق والحريات عمد الفصل 49 من الدستور إلى التأكيد على مبدئي الضرورة في دولة مدنية ديمقراطية لحماية أداها العامة وعلى تناسب التقييد مع موجهه ويتوجب في هذا الإطار قراءة الفصلين 226 و226 مكرر على ضوء الفصل 49 وخاصة فيما يتعلق بمقتضيات حماية الأداب العامة تحديدا والتي يذكرها صراحة الفصل 226 مكرر فهل أن مقتضيات الأداب العامة بإمكانها أن تشرع التدخل في الحياة الخاصة والحميمية والاختيارات الفردية للمظهر وللسلوكات والعلاقات وطريقة التعبير عنها... هذه الاعتبارات تتوجب إبداء الملاحظات التالية حول مفهوم الأداب العامة وتطبيقاته:

- إن الأداب العامة ومقتضياتها لم ترد مطلقة في الفصل 49 من الدستور بل تم ربطها بالدولة المدنية الديمقراطية أي بالدولة المبنية على القانون العقلاني العادل، وليس على الاعتبارات الأخلاقية غير الموضوعية، المقامة على الحريات والحق في الاختلاف والتنوع ونبذ العنف والتحريض عليه، وعدم التدخل في الحياة الخاصة والحميمية، وهو ما يتنافى تماما مع مضمون الفصلين 226 و226 مكرر وتطبيقاتهما المانعة للحريات.

- يخضع تقدير الأداب العامة إلى اجتهاد القضاء في إطار دوره لحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك» (الفصلين 49 و102 من الدستور) وليس في إطار حماية القضاء للأخلاق أو الأداب العامة مطلقا.

ولذا فإن الفصلين 226 و226 مكرر في صيغتهما الحالية يخالفان تماما مقتضيات الدستور في فصوله 21 و24 و31 و49 وروحه القائمة على حماية الفرد في حرياته العامة والفردية وكرامته وحماية حياته الخاصة ومعطياته الشخصية...

و بقراءة الفصول 231 الى 235 من المجلة الجزائية فإننا نلاحظ مدى خطورتها و تعارضها اليوم مع نص الدستور الصادر في 27 جانفي 2014. هذا التعارض يجعل من هذه الفصول غير دستورية و ذلك على مستويات عدة:

### 1. في مخالفة جريمة المرادة لمقتضيات الفصل 21 من الدستور:

تنص هذه المادة على أنه « ... تضمن الدولة للمواطنين و المواطنين الحقوق و الحريات الفردية و العامة، و تهيب لهم أسباب العيش الكريم ». هذا التنصيص على وجوب حماية الحريات الفردية ... و من خصائص الحريات الفردية، حرية اختيار الشريك سواء في اطار العلاقات المستمرة او «المؤقتة». و من مقومات الحريات الفردية ايضا اختيار الشكل و الهندام و المظهر الخارجي ... هذه الأسس للحريات الفردية تصطدم بمقتضيات الفصل 231 ذلك ان هذا الفصل يجرم «النساء اللاتي ... يعرضن انفسهن بالاشارة او بالقول او يتعاطين الخناء و لو صدفة ...». هذه المقتضيات تفتح الباب أمام الإيقافات للنساء على أساس مظهرهن الخارجي أو طريقة لبسهن أو سلوكهن دونما أن تكون هناك أي رغبة منهن أو قصد لممارسة الخناء. و من ناحية أخرى فإنّ هذا التجريم يجعل من امكانية تعارف الاشخاص امرا مجزّما. هذه الخطورة نراها بصفة جلية في مختلف تطبيقات الفصل 231 من المجلة فبالنسبة لبيع العرض أي العمل الجنسي المعاقب عليه نلاحظ أن الفصل 231 لا يذكر أي تفصيل عن ذلك مما يفتح المجال أمام تجريم عديد الأفعال التي تدخل تحت طائلة الفعل الجنسي و لا يكتفي القضاء بمعاينة الفعل الجنسي بالمعنى الضيق أي الوطء بالمكان الطبيعي للأنثى بطريق الإيلاج حيث يعاقب القضاء كل الأفعال التي تمكن فيها المرأة الرجل من التلذذ الجنسي بجسدها سواء عن طريق المواقعة أو غيرها من الطرق و لو لم يقع الوطء سواء بالملامسات و التمسيد و المداعبات ... وهو ما يمثل قراءة خطيرة جدا فيها توسع كبير لمفهوم ممارسة الخناء.

أما بالنسبة لركن التعود فقد أشار الفصل 231 صراحة على مسألة «تعاطي

## في عدم دستورية الفصل 231 من المجلة الجزائية

جرائم التحريض على فعل الخناء

تنزل المجلة الجزائية «الجرائم المتعلقة بالخناء» في الجزء المخصص للاعتداء على الاشخاص و في القسم المخصص للاعتداء بالفواحش و الفرع المتعلق بالتحريض على فعل الخناء.

هذا التنزيل يثير عديد التساؤلات حول مدى وجاهة اعتبار ممارسة البغاء داخلية في الاعتداء على الاشخاص؟

هذا التنزيل تمكن قراءته على أساس أنّ المجلة الصادرة سنة 1913 لم تكن تعتدّ إلا بجريمة التحريض على الخناء فممارسة الخناء هو تحريض المرأة للرجال على فعله و لذا فإن المرأة هي الفاعل الاصل «المحرضة على الخناء و الرجل و حتى لا يعتبر ضحية ما تقوم به المرأة فهو شريك لها!! هذا التمشي و الذي يعكس نظرية كلاسيكية، أخلاقية و تمييزية ضد المرأة نراه قد انعكس في الفصول المنطبقة على هذه «الجريمة» و التي توسعت في مفهوم التحريض على الخناء، و اوردته في صياغة فضفاضة جدا و خطيرة جدا على الحقوق و على الحريات و خاصة حقوق النساء. و تحديدا جريمة « المرادة » و التي تعتبر مدخلا لضرب حقوق و حريات النساء و الفتيات من ناحية، كما يتم استعمالها من ناحية أخرى لتحجير أي علاقة جنسية رضائية بين راشدين من الجنسين في الفضاء الخاص و الحميمي و ذلك رغم غياب أي تجريم قانوني واضح لهذا النوع من العلاقات الانسانية في القانون التونسي.

الغناء» وهو ما أدى إلى قراءة ذلك بكونه ركن التعود حيث أكدت المحاكم وخاصة محكمة التعقيب التونسية ذلك في فقه قضاء مستقر «حيث أن جريمة البغاء السري لا تتوفر إلا إذا ثبت أن الفاجرة اعتادت بيع العرض». وهذا التمشي يجعل تعاطي البغاء السري جريمة اعتياد وهو تمشي قد يقلل من إمكانية عقاب ممارسة البغاء.

إلا أن هذه الإمكانية لا تعفي تماما من العقاب ذلك أنه يمكن مؤاخذة هذه النسوة على أساس المراودة أو تعاطي الخناء صدفه كما تعرض لذلك نفس الفصل 231.

## 2. في مخالفة جرائم التحريض على الخناء لمقتضيات الفصل 24 من الدستور:

يقتضي هذا الفصل بأن «تحمي الدولة الحياة الخاصة وحرمة المسكن...». وبالرجوع إلى المجلة الجزائية نلاحظ بأن تجريم العلاقات الجنسية في إطار «جريمة» التحريض على الخناء من شأنه ان يمثل خطورة على حماية الحياة الخاصة والتي من أهم مكوناتها الحميمية والحياة الجنسية للأشخاص وعلاقاتهم وهو ما يمكن من إثبات وجود هذه العلاقات بدخول المساكن والأماكن المعدة للسكن. ويتعدى ذلك إلى محض مراسلات الأشخاص وحجز هواتفهم وحواشيبهم للتحقيق في محادثاتهم ومراسلاتهم وقائمات الأشخاص الذين يتصلون بهم... وهي اعتداءات على حقوق ضمنها الدستور وخاصة «سرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية» [الفصل 24 من الدستور].

## 2. في مخالفة جرائم التحريض على الخناء للفصل 23 من الدستور:

يقتضى هذا الفصل أن «تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد...» وبالرجوع إلى الفصل 231 وخاصة فيما يتعلق «بجريمة تعود بيع العرض» و«جريمة المراودة» حيث تنتج عن تطبيقاتها من قبل القضاء تجاوزات خطيرة

لكرامة الذات البشرية وحرمة الجسد. حيث تذهب المحاكم إلى اعتبار جريمة تعاطي الخناء قائمة عندما «تمكن المرأة رجلا من نفسها ولو من باب الصدفة دون حاجة إلى المقابل المالي أو الهدايا لشيء في الفصل 231 يتعرض للمقابل المالي». (215)، كما تذهب المحاكم عند التعرض إلى ركن المقابل المالي إلى اعتباره أي مقابل سواء كان من المال أو من الهدايا والمصوغ ومن الملابس مهما كانت قيمته... وهو إمعان في هدر كرامة الأشخاص وحظ من قيمتهم. مما يجعل كل العلاقات الحميمية خارج أطر الزواج مشمولة بهذا التجريم. وهو ما يؤدي أيضا إلى استعمال وسائل إثبات ضد النساء تتعارض مع واجب حماية كرامتهن كالفحوصات الطبية للعدوية ولتعود ممارسة الجنس... مما يعتبر في فقه لجان حماية حقوق الإنسان الدولية «بمثابة التعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية والحاطة من الكرامة». ويكون الفصل 231 بذلك في تعارض مع مقتضيات الدستور وأحكامه وأسسها المبنية على كرامة الإنسان وحماية حرمة الجسدية والمعنوية.

## 3. في مخالفة التحريض على الخناء لأحكام الفصل 49 من الدستور:

يقتضي الفصل 49 من الدستور وجوب احترام مجموعة من الضوابط عند تقييد الحقوق والحريات أهمها أن تكون القيود ضرورية في دولة ديمقراطية مدنية وأن تكون غايتها حماية حقوق الغير أو مقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو النداب العامة. مع احترام مبدأ التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها.

و بالرجوع إلى الفصل 231 نلاحظ أنه يجزم ويعاقب بالسجن مجموعة من السلوكات التي ليس من شأنها في دولة مدنية وديمقراطية أن تهدد الأمن العام ولا الدفاع الوطني.

أما فيما يتعلق بالصحة العامة فإن التوعية الصحية لجميع المواطنين والمواطنات من شأنها أن تحد من أي مخاطر كانت على الصحة العامة أما فيما يتعلق بالنداب العامة فإن العلاقات الحميمية طالما كانت تمارس في الفضاء

## في عدم دستورية الفصل 230 من المجلة الجزائية

اللواط و المساحقة

ينص الفصل 230 من المجلة الجزائية على أن: "اللواط و المساحقة إذا لم يكن داخلًا في أي صورة من الصور المقررة بالفصول المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاث أعوام".

و بذلك فإن الفصل 230 لا يمكن أن ينطبق إلا على العلاقات الرضائية بين راشدين من نفس الجنس و في إطار الحياة الخاصة، أي دون مجاهرة بذلك. و يطرح هذا الفصل عديد المشاكل القانونية التي من شأنها أن تؤدي إلى عدم احترام الحياة الخاصة للأفراد و كرامتهم و التمييز ضدهم إلى جانب عدم تطابق الفصل 230 مع الضوابط التي وضعها دستور 2014 للحد من الحقوق و الحريات.

### 1. في عدم تطابق الفصل 230 مع مبدأ حماية الحياة الخاصة:

ينص الفصل 24 من الدستور على أنه: "تحمي الدولة الحياة الخاصة و حرمة المسكن...". كما تنص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية (و كل منهما مصادق عليه من قبل الدولة التونسية) على أنه: "لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته..". و بالرجوع إلى الفصل 230 من المجلة الجزائية فإننا نلاحظ أن مجال انطباقه

الخاص و في إطار الرضائية فإنها لا تمس بالنداب العامة وانه لا يمكن الاحتجاج بهذا القيد خاصة و أن الدولة تعترف بالعمل في الجنس في الفضاءات المهيأة لذلك و المرخص فيها. فليس الفعل في حد ذاته هو المجرم بل عدم القيام به بموجب رخصة. فليست النداب العامة و لا الأخلاق الحميدة هي التي وقع المس بها بل الاعتداء على التراتيب و عدم احترامها، و تحديدا القرار الصادر في 30 أفريل 1942<sup>1</sup> و المحين بمنشور وزير الداخلية المؤرخ في 12 جانفي 1977 و لذا لا يكون العقاب المقرر لهذه «الجريمة» متناسبا معها و هو ما يتعارض تماما مع مبدأ التناسب المقرر في الفصل 49 من الدستور فليس من المنطقي قانونا أن تكون عقوبة مخالفة التراتيب السجن من 6 أشهر إلى سنتين:

و لكل هذه الاسباب يكون الفصل 231 من المجلة الجزائية غير دستوري.

بالناس هو المجال الخاص (الحميمي) للفراد وهو ما يجعل منهم مستهدفين بالتدخلات التعسفية في مجال حياتهم الخاصة قصد التثبيت من مدى حصول الفعل المجرم (اللواط أو المساحقة).

## 2. في عدم تطابق الفصل 230 مع مبدأ حماية الذات البشرية و حرمة الجسد:

ينص الفصل 23 من الدستور على أنه: " تحمي الدولة كرامة الذات البشرية و حرمة الجسد و تمنع التعذيب المعنوي و المادي... " و هو ما كانت أقرته كل من المادتين 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية حيث ينصان على أنه: " لا يجوز إخضاع احد للتعذيب و لا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو الحاطة من الكرامة... " و تضيف المادة 7 من العهد أنه: " و على وجه الخصوص لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر... ".

و بالرجوع للفصل 230 و تطبيقاته نلاحظ أنها تحط من كرامة الفرد خاصة عند اللجوء إلى إثبات الأفعال المجرمة بمقتضاه عن طريق الفحوصات الطبية للأشخاص المشتبه بهم أو المتهمين بهذه الأفعال وهو ما حدا باللجنة الخاصة للأمم المتحدة لمناهضة التعذيب إلى اعتبار فحوصات العذرية و الفحوصات الشرجية من الأفعال التي تدخل في باب التعذيب وهو ما أقرته اللجنة في تقريرها السنوي الصادر في 3 أكتوبر 2014 و أوصت اللجنة في تقريرها بوجوب حظر هذه الفحوصات لضمان " الاحترام الكامل لكرامة الإنسان ".

و يكون الفصل 230 بما يفتحه من باب للفحوصات الماسة بحرمة الجسد و بكرامة الإنسان مخالفا لمقتضيات الفصل 23 من الدستور و الفصلين 5 و 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية.

## 3. في عدم تطابق الفصل 230 مع مبدأ عدم التمييز:

ينص الفصل 21 من الدستور على أن: " المواطنون و المواطنات متساوون في الحقوق و الواجبات وهم سواء أمام القانون من غير تمييز " و تنص المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: " الناس جميعا سواء أمام القانون وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز... " كما تنص المادة 2 من العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية و السياسية و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية على أنه " تتعهد كل دولة طرف في العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه و بكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها و الداخلين في ولايتها دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك من الأسباب ".

هذا المبدأ الأساسي الذي يجعل من كل المواطنين و المواطنات متساوين في الحقوق بقطع النظر عن اختلافاتهم بما فيها الانتماء لجنس ما، تمت قراءته في فقه كل الهيئات الدولية المشرفة على إنفاذ الصكوك الدولية على أنه يشمل أيضا منع التمييز على أساس الميول الجنسية.

وهو ما أكدته صراحة لجنة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية في ملاحظتها العامة عدد 20 لسنة 2009 (الفقرة 27) حيث أقرت أن عبارة "... غير ذلك من الأسباب " تندرج في إطارها التمييز على أساس الميول الجنسية " و كانت قد أكدت ذلك سابقا في بعض الحقوق كمنع التمييز على أساس الميول الجنسية في مجال الشغل<sup>1</sup> و في مجال الحق في الصحة<sup>2</sup>.

نفس هذا التوجه أقرته لجنة مناهضة كل أشكال التمييز ضد المرأة في الملاحظة العامة عدد 28 و قراءتها للفصل الثاني من المعاهدة و التي أقرت منع التمييز على أساس الميول الجنسية .

كذلك لجنة حقوق الطفل و التي قدمت توصيتها العامة عدد 4 لسنة 2003

1 الملاحظة العامة للجنة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية عدد 18 فقرة 12

2 الملاحظة العامة عدد 14 لسنة 2002 فقرة 18

معتبرة أن الفصل الثاني من معاهدة حقوق الطفل يشمل منع التمييز على أساس التوجهات أو الميول الجنسية.

كذلك لجنة مناهضة كل أشكال التعذيب والمعاملة القاسية والحادثة من الكرامة والتي أقرت نفس هذا التوجه في ملاحظتها العامة عدد 2 لسنة 2008 وفي قرار مجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة عدد 17/1921 بتاريخ 15 جوان 2011 عبر هذا الأخير عن انزعاجه الشديد فيما يتعلق بالعنف المسلط على الأشخاص بسبب توجهاتهم الجنسية.

أما اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب واستنادا إلى الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب وتحديد المادة 2 منه والمتعلقة بمنع التمييز، فقد أقرت وجود أقلية جنسية (المثليين) والتي تتعرض لانتهاك حقوقها وللعنف. (القرار عدد 275 الدورة العادية عدد 55 اغولا من 28 افريل إلى 12 ماي).

وبالنظر في الفصل 21 من الدستور فإن عبارة منع التمييز جاءت على إطلاقها وفي قراءة لها متوائمة مع الشرعة الدولية لحقوق الإنسان والشرعة الإفريقية تكون قراءة منع التمييز بصورة واسعة لتشمل التوجهات أو الميول الجنسية ويكون الفصل 230 من المجلة الجزائية في تعارض واضح مع مبدأ منع التمييز، بل انه يكرس التمييز بين المواطنين والمواطنات على أساس الميول الجنسية ويجعل من هذا الاختلاف فعلا مجرما ويحدّ بذلك من الحقوق والحريات دونما انسجام مع فصول الدستور وأحكامه.

#### **4. تعارض الفصل 230 مع أحكام الفصل 49 من الدستور المتعلق بالحدود المفروضة على الحقوق والحريات:**

ينص الفصل 49 من الدستور على أنه: "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 أولمقتضيات الأمن العام أو الدفاع الوطني أو الصحة العامة أو الذئاب العامة وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك...».

هذه الضوابط الهامة التي وضعها الدستور لحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك تشريعي كان أو ترتيبي أو غيره لا تتوفر في الفصل 230 من المجلة الجزائية والذي يجرم الاختيارات أو التصرفات الحميمة للفرد والتي يمارسها في فضائه الخاص مما لا يتعارض مع أي من القيود المفروضة دستوريا، فنظرا لكونه سلوك رضائي فهو لا يلحق أي أذى بالغير ويمارس في الفضاء الخاص فلا علاقة له بالذئاب العامة وليس من شأنه أن يمس بالأمن العام ولا بالصحة العامة ويكون منعه وتجريمه متعارض مع مقومات الدولة المدنية والديمقراطية والتي تقوم أساسا على احترام اختيارات الفرد و صون كرامته و حرمة.

ويكون الفصل 230 من المجلة الجزائية عندئذ في تعارض واضح مع مقتضيات الدستور وتحديدًا فصله 49.

وتعارض الفصل 230 مع جميع مبادئ حماية حقوق الفرد وحرياته وتعسفها في التدخل في الحياة الخاصة للأفراد وعدم صون كرامتهم و حرمتهم وإحداث تمييز بينهم على أساس ميولهم فإنه يكون للهيئات القضائية أن تتكفل " بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك " كما نص على ذلك الفصل 49 من الدستور وأكدته الفصل 102 منه والذي أقر أنه: " القضاء سلطة مستقلة تضمن... حماية الحقوق والحريات".

ويعد الفصل 230 من المجلة الجزائية بذلك نموذجا عن النصوص القانونية التي تتعارض صراحة مع نص و روح دستور 2014 المبني أساسا على مبدأ صون كرامة الأفراد واحترام خصوصياتهم و حرمتهم ومع مختلف المعاهدات والمواثيق الدولية الراضة للتمييز المبني على الميول والاختيارات والتوجهات الجنسية للأفراد.

رضيت به<sup>1</sup>.

ولذا وبمنطوق هذا الفصل فإن الزوج لا يرتكب جريمة الاغتصاب إذا أكره زوجته على الصلة الجنسية. فالأصل أن الاغتصاب لا يكون إلا في العلاقات غير القانونية، كما أن الإكراه في العلاقة الزوجية (ما عبر عنه الفصل 13 بجبر الزوج المرأة على البناء) هو إكراه شرعي فللزوج الحق في جبر زوجته على تمكينه من نفسها فهو حقه الشرعي.

ويذهب الشراح إلى أنه وعلى اعتبار أن الجبر على الاتصال الجنسي فيه إكراه للزوجة إلا أن ذلك لا يكوّن جريمة اغتصاب بل في أقصى الحالات يمكن تتبع الزوج بتهمة الاعتداء بالعنف<sup>2</sup>.

أما شراح القانون في المنطقة العربية الإسلامية فلا يعتدون تماماً بفكرة وجود اغتصاب الزوج لزوجته، حيث «ليس للزوجة المسلمة حرية التسليم في نفسها لزوجها وعدم التسليم بل هي مجبرة بحكم عقد الزواج وبحكم الشرع إلى موافاة زوجها عند الطلب وليس لها أن تمتنع بغير عذر شرعي وإلا كان له حق تأديبها»<sup>3</sup>. هذا التوجه الذي يصبغ الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية والذي يجعل الإكراه على الاتصال الجنسي من حق الزوج طالما أنه قد دفع المهر للزوجة، فيه تعارض واضح مع مقتضيات دستور 2014 وخاصة كل ما يتعلق بحقوق النساء من ناحية، وحمائتهن من أي عنف يمكن أن يسلط عليهن وفيه مس من كرامتهن وحرمتهم الجسدية.

## 2. تعارض الفصل 13 مجلة الأحوال الشخصية مع الفصل 23 دستور :

ينص الفصل 23 من الدستور : «تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد...». هذا الإقرار الدستوري بالحقوق في الكرامة والحرمة الجسدية والذي يؤدي

1 قرار تعقيبي مدني عدد 79402 في 5 ديسمبر 1996 غير منشور، حكم استئنافي مدني، محكمة الاستئناف بسوسة، عدد 2876، 30 أبريل 1997، تعليق الأستاذ ساسي بن خليفة، المجلة التونسية للقانون سنة 1999، ص 168.  
2 (... André Vitu, Emile Garçon, Robert Vouin)  
3 (مجموعة الاحكام القانونية المصرية، الجزء 1، رقم 16، ص 22.)

## في عدم دستورية الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية

إجبار الزوجة على ممارسة الجنس

ينص الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: «ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق».

هذا الفصل يندرج في إطار تنظيم الزواج وتحديدًا في علاقة المهر بالزواج والحقوق التي يمنحها المهر للزوج على زوجته أي الدخول بها وممارسته العلاقة الجنسية معها.

فهذا الفصل يمكن الزوج من حق إجبار الزوجة على ممارسة الجنس معه بمجرد حصولها على المهر. فعبرة إجبار المرأة على البناء تنطوي على إمكانية استعمال الإكراه عليها مع ما يمكن أن يؤدي إليه من استعمال العنف ضدها وإهدار كرامتها وحرمتها الجسدية. ولذا يطرح السؤال حول مدى تشريع هذا الفصل لإغتصاب الزوج لزوجته ومدى تطابقه مع أحكام الدستور؟

### 1. في تشريع الفصل 13 لاغتصاب الزوجة :

إن منطوق الفصل 13 يحتوي بوضوح على حق الزوج في إجبار المرأة على البناء وهو ما يقرأ اليوم على أنه تشريع لاغتصاب الزوج لزوجته. وبالنظر في هذا الفصل نراه يتنزل في إطار تشريعي ثقافي لا يقر بوجود اغتصاب الزوجة. فالزوجة التي تبرم عقد زواج قد قبلت أن يوافقها زوجها طبقاً لنظام الطبيعة فليس لها أن تتنكر لما

على أنه «... تتخذ الدولة التدابير الكفيلة بالقضاء على العنف ضد المرأة». فالإجبار هو شكل من أشكال العنف والاعتصاب هو مظهر شنيع من مظاهر العنف. ولذا دأبت الدول المدنية الديمقراطية على مناهضة كل أشكال العنف ضد المرأة والقرار بوجود اغتصاب الزوجة وترتيب عقاب عليه.

فكانت محكمة التعقيب الفرنسية منذ 17 جويلية 1984 قد أقرت المؤاخذه الجزائية لزوج اتصل جنسيا بزوجه بتهديدها وبدون رضاها واعتبرت ذلك اغتصابا وليس فقط ممارسة عنف وهو ما يجعل العقاب مختلفا تماما وأكدت ذلك لاحقا في فقه: قضاء مستقر (5 سبتمبر 1990 و 11 جوان 1992). ثم كان القرار التعقيبي الفرنسي الصادر في 26 سبتمبر 1994 والذي أقر صراحة أنه وإن كان من حق الزوج ممارسة الجنس مع زوجته، إلا أنه لا يستطيع جبرها على أداء هذا الواجب وإلا يعتبر مغتصبا. ثم كانت التشريعات المدنية الديمقراطية والتي جرمت اغتصاب الزوج لزوجته ومنها التشريع الفرنسي والإسباني والكندي الذي يعاقب الزوج إذا اعتدى على زوجته جنسيا سواء كان يساكنها أو لا في تاريخ الواقعة وتحرم الزوج بذلك من الحضانة التي يتمتع بها حرصا على حرمة الذات والقضاء على العنصرية الجنسية. ويكون بذلك الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية مكرسا لنظرة دولية للمرأة ومشرا على استعمال العنف والاعتصاب ضدها مما يجعل منه فصلا غير دستوري بمخالفته المواد 21 و 23 و 46 من الدستور .

وجوبا إلى حماية الذات البشرية من أي انتهاك لكرامتها من ناحية ولحرمة جسدها من ناحية أخرى يمنع أي فعل أو قول أو سلوك من شأنه الحط من قيمة الشخص المعنوية أو تحقيره أو جعله يشعر بالدونية والنقص، أو المس من جسده بالاعتداء عليه دون رغبة منه ودون رضاه سواء باستعمال وسائل الإكراه المادية أو المعنوية. هذه المقتضيات الدستورية نلاحظ بأنها لا تحترم تماما إذا ما نظرنا إلى الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية.

فهذا الفصل يجعل من المهر ثمن الدخول بالمرأة وهو ما يستشف من صريح النص الذي يعطي الحق للزوج إذا ما دفع المهر من أن يجبر المرأة على الدخول بها وممارسته الجنس معها سواء برضاها أو بدونها وهو ما يمثل انتهاكا لكرامة المرأة وجعلها في موضع البضاعة أو الشيء الذي يستهلك بدفع ثمنه، فربط دفع المهر بالإجبار على البناء فيه تحقير للمرأة وهدر لكرامتها وتشويه لجسدها.

ويتأكد ذلك من أن الفصل نفسه لا يمنح حقوقا متساوية للمرأة فيما يتعلق بالمهر، ذلك أنه إذا تم الدخول بها قبل دفع المهر فإنه يصبح دينا يمكن للمرأة المطالبة به إلا أنه لا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق، مما يجعل العلاقة غير متوازنة بين الزوجين فللزوج حق إجبار الزوجة على البناء عند دفع المهر بينما لا يمكن إجباره لاحقا على الدفع ليصبح المهر دينا لا يترتب عند الطلاق. هذه العلاقة غير المتوازنة من شأنها ومنذ البداية جعل المرأة في منزلة دونية بالنسبة للزوج.

### 3. تعارض الفصل 13 مع الفصل 46 من الدستور :

إن الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية مبني على فكرة إجبار الزوجة على الدخول والإجبار فيه إكراه معنوي ولكن أيضا فيه جبر جسدي مادي خاصة وأن الفعلة ستكون على جسد الزوجة التي يمكن ألا تكون موافقة على ذلك. وتكون مكرهة على القبول بهذا الوضع وهو ما يمثل صورة من صور الاعتصاب، وهو توجه يتعارض تماما مع مقتضيات الفصل 46 من الدستور والذي ينص صراحة

تكن كلها مبنية على حماية الحقوق والحريات وعلى تمتيع المظنون فيه بقرينة البراءة. فقد ذهبت محكمة التعقيب في فقه قضاء متواصل الى أن الزنا يثبت بكل الوسائل؛ فالقانون أوكل القاضي «حرية تقدير الأدلة من شهادات وقرائن وغيرها من الحجج التي لم يحجرها القانون»<sup>3</sup>، ذلك أن مسالة اثبات الزنا خاضعة للقناعة الباطنية من الأدلة التي تنفرد المحكمة بتقديرها<sup>4</sup> وينطبق ذلك أيضا على المشاركة في الزنا والتي تثبت بجميع ما يقنع المحكمة بارتكابها<sup>5</sup>.

هذا التوسع الخطير في اثبات الزنا يمثل خطورة كبرى على الحقوق والحريات وهو ما أدى بمحكمة التعقيب الى محاولة حصر هذه الوسائل الدثباتية: «إما بالقرار الصريح المدعم أو بضبط الجانبين يمارسان الخطيئة أو وجودهما في وضع مستراب أو في حالة دالة على قيام العلاقة الفاجرة بينهما»<sup>6</sup>.

هذه المحاولة لم تحسم كما نلاحظ مسالة الأدببات القطعي والذلي لا يمكن أن يتوفر إلا بحالة التلبس بالفعل الجنسي الواضح.

يثير هذا الفصل أيضا مشكلة عقوبة الشريك. فالفصل يعاقبه بنفس عقوبة الفاعل الأصلي [الشخص المتزوج]، دونما اشتراط علم الشريك بزواج الفاعل الأصلي. إذ بانعدام هذا العلم المسبق تنتفي عليه جريمة المشاركة في الزنا. وغياب هذا التنصيص الصريح في نص الفصل أدى أيضا الى اجتهادات فقه قضائية أكدت أنه لقيام جريمة الزنا علم الشريك بزواج الفاعل، إلا أن هذا العلم يمكن استقراؤه من علاقة الفاعل الأصلي بالشريك: القرابة، الجيرة الزمالة ... وهو ما يقيد الشريك ويفند انكاره بهذه المعرفة<sup>7</sup>.

إن هذا الفصل والذي يقر جريمة الزنا بنفس المقومات التي كانت سائدة في الدول التي اثرت في تشريعاتنا وخاصة فرنسا، والتي تجاوزت ذلك بإلغاء جريمة الزنا

3 نثرية محكمة التعقيب 1969 ص 214

4 نثرية محكمة التعقيب 1975، ص 98، سنة 1982، ص 167

5 نثرية محكمة التعقيب 1987، ص 233

6 نثرية محكمة التعقيب 1986، ص 313

7 نثرية محكمة التعقيب سنة 1964، ص 113

## في عدم دستورية الفصل 236 من المجلة الجزائية

جريمة الزنا

ينص الفصل 236 من المجلة الجزائية على أن «زنا الزوج و الزوجة يعاقب عنه بالسجن مدة خمسة اعوام و خطية قدرها خمسمائة دينار و لا يسوغ التتبع الا بطلب من الزوج او الزوجة الذين لهما وحدهما الحق في ايقاف التتبع او ايقاف تنفيذ العقاب.

و اذا ارتكب الزنا بمحل الزوجية فلا تنطبق احكام الفصل 53 من هذا القانون. و الشريك يعاقب بنفس العقاب المقرر للزوجة او الزوج المرتكب للجريمة».

هذا الفصل يثير عديد المشاكل القانونية المتعلقة اساسا بمفهوم جريمة الزنا حيث لم يحدد المشرع ركنها المادي مما أدى الى اجتهادات فقه قضائية مختلفة ولكنها تتوسع عادة في مفهوم هذا الركن. حيث اعتبرت محكمة التعقيب تارة أن «مجرد الاتصال الجنسي تتم به جريمة «الزنا و لو بمجرد الدلك فلا يشترط الايلاج»<sup>1</sup> و اعتبرت طورا أنه «تتم جريمة الزنا بمجرد اتصال جنسي و لو مع حائل خفيف أو بدون انتشار»<sup>2</sup>.

كما يثير الفصل مشكلا يتعلق باثبات جريمة الزنا: حيث لم يتعرض الفصل مطلقا لوسيلة او وسائل الأدببات المعتمدة رغم خطورة التجريم و شدة العقوبة [خمس سنوات سجن]، و هو ما فتح الباب أيضا امام اجتهادات فقه قضائية لم

1 نثرية محكمة التعقيب، 1980، ص 18

2 نثرية محكمة التعقيب 1980، ص 207

بمقتضى القانون عدد 617 لسنة 1975 المؤرخ في 11 جويلية 1975، يعد اليوم من الفصول المقدوح في دستورها و ذلك بالنظر خاصة في مقتضيات الفصل 49 من الدستور.

### - مخالفة جريمة الزنا لاحكام الفصل 49 من الدستور:

يقر الفصل 49 بوجوب احترام مجموعة من المقتضيات للحد من الحقوق والحريات، أهمها ضرورة هذه الضوابط في دولة مدنية وديمقراطية و ذلك لحماية أمنها العام و دفاعها الوطني و حقوق الغير فيها و الصحة العامة و النداب العامة، و أن يكون الحد الموضوع لذلك الحق او الحرية مناسبا للفعل او الجرم.

بالرجوع الى الفصل 236 نلاحظ بان سبب تجريم الزنا هو حصرا الاعتداء على حقوق الغير : أي القرين. هذا التوجه نستنتجه صراحة من الفصل 236 و الذي يقر بأنه «لا يسوغ التتبع الا بطلب من الزوج او الزوجة اللذان لهما و أحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب». فالغاية إذا ليست حماية النداب أو الأخلاق العامة و هو ما يسمح لنا، بصفة عكسية، أن نعتبر أنه يحق للزوج ممارسة الجنس مع شركاء آخرين طالما لم يشتكى القرين و لم يطلب التتبع من أجل الزنا.

و هنا تتساءل عن مدى تناسب العقاب المقرر بالفصل 236 مع الفعل المرتكب من قبل القرين؟ فالسؤال المطروح هنا يتعلق بمدى تناسب التجريم و العقاب مدة 5 سنوات لفعل تضرر منه القرين في اطار علاقة مدنية اجتماعية [الزواج]؟

فالملاحظ أن الزواج كرابط مدني يمكن أن ينفصم بالطلاق بالتراضي أو للضرر. و في هذا الإطار يمكن للزنا أن يؤدي الى الطلاق للضرر و تنفصم الرابطة الزوجية طالما أن أحد الزوجين قد تضرر من فعل قرينه و لم يعد يرى فيه الشريك المناسب نظرا «لخيانته». و يمكن للقاضي ان يقدر غرم الضرر الحاصل و يقضى به الى جانب الطلاق و امكانية إسناد الحضانة و غير ذلك من تبعات الطلاق للضرر. و تكون عقوبة الزنا عندها «عقوبة مدنية» تماما على شاكلة الرابطة بين الزوجين. أما أن تكون العقوبة السجن لخمس سنوات فإن في ذلك عدم تناسب مع الفعلة من ناحية

و مع الغاية من العقاب: فهل الغاية هي التشفي من الفاعل؟ و تأديبه و ردعه؟ فهل أن السجن سيكون في هذه الحالة هو الأسلوب الأمثل للردع و لإصلاح القرين الذي أقدم على الزنا؟ أثبتت كل التجارب المقارنة عدم جدوى العقوبة السالبة للحرية في قضايا الزنا و هو ما أدى الى التراجع عنها في كل دولة مدنية ديمقراطية كما اقتضى ذلك الفصل 49 من الدستور.

إن جريمة الزنا، بوصفها فعل مرتكب ضد شخص واحد باهانتة في كرامته و «شرفه» لا تستجيب لمقومات الفصل 49 من الدستور و الذي اوجب ان يكون التجريم ضروريا في دولة مدنية ديمقراطية و أن يتناسب مع الفعل المرتكب، تكون بذلك مخالفة للدستور بإقرارها عقوبة سالبة للحرية لمدة 5 سنوات و يتوجب عندها إلغاء هذه الجريمة و إقرار عدم دستورها و جعل هذه السلوكات خاضعة للعلاقات الزوجية المدنية التي من شأنها أن تحكم بمقتضيات مجلة الاحوال الشخصية فيما يتعلق بالطلاق و تبقى المسألة مدنية بحتة و لا يمكن إدراجها في المجال الجزائي.