



الجمعية التونسية للدفاع
عن الحريات الفردية
www.adlitn.org

« المحقرون »

في القانون التونسي :

حين يؤسس القانون للامساواة

دراسة من اعداد :
محمد أمين الجلاصي
دكتور في القانون

تقديم : الأستاذ وحيد الفرشيشي
ما بعد التقديم : العميد حبيب القزدغلي





الجمعية التونسية للدفاع
عن الحريات الفردية
www.adlitn.org

« المحقرون » في القانون التونسي : حين يؤسس القانون للامساواة

محمد أمين الجلاصي
دكتور في القانون | دراسة من اعداد

الأستاذ وحيد الفرشيشي
العميد حبيب القزدغلي | تقديم
ما بعد التقديم

/ الكتاب /

الحجم : 235 155 مم

الورق : 100 - 300 غ

عدد الصفحات : 232 صفحة

الطبعة : الأولى - ماي 2018

الإخراج الفني و التصميم : أنيس المنزلي / حلفاوين ستوديو 2018

عدد النسخ : 200 نسخة

رقم الإصدار القانوني : 2-6-9821-9973-978

© جميع الحقوق محفوظة للجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية

/ الفهرس /

- 7 سياق الدراسة
7 الإشكالية والتساؤلات والمقاربة
9 إستعمال العبارات
15 المبادئ التي سيقع التطرق إليها من خلال هذه الدراسة

/ الباب الأول /

• حالة الفراغ القانوني : القاعدة القانونية لا تضمن المساواة

- 19 المبحث الأول : القاعدة القانونية تساهم في غموض «الوضعية القانونية» لبعض الأفراد
الفقرة الأولى : تحديد « المركز القانوني » لمغايري الهوية الجنسانية طبقا لمرجعية محافظة
الفقرة الثانية : خطورة الإفصاح عن الهوية الجنسية في الفضاء العام
المبحث الثاني : القاعدة القانونية تميز ضد بعض الأفراد

- 25 الفقرة الأولى : الأشخاص المهددون على أساس معتقداتهم
- التهديد على أساس نصوص صريحة
- التهديد على أساس نصوص ضمنية
الفقرة الثانية : ضمانات حماية الأشخاص المهددين على أساس معتقداتهم

/ الباب الثاني /

• القانون يجرم أفعال الأشخاص « المثليين »

- 37 المبحث الأول : أسباب تجريم المثلية الجنسية
المبحث الثاني : آثار تجريم « العلاقات المثلية »
الفقرة الأولى : التستر الإختياري للأشخاص المثليين
الفقرة الثانية : عدم التمتع بمحاكمة عادلة
- تكييف الأشخاص « المثليين » مبني على قوالب غمضية
- التكييف المرتبط بالظروف
الفقرة الثالثة : الإعتداء على الحرمة الجسدية

50

/ الباب الثالث /

• القاعدة القانونية « تضعها الأغلبية للأغلبية »

52

المبحث الأول : القانون يصنف الإسلام كدين مهيمن

الفقرة الأولى : الدولة تهتم أساسا بالدين المهيمن

الفقرة الثانية : الدولة تتدخل في الحياة الخاصة للأفراد

58

المبحث الثاني : القانون يجعل من اللغة العربية اللغة المهيمنة

الفقرة الأولى : هيمنة اللغة العربية في جميع الميادين

الفقرة الثانية : طمس التنوع الثقافي

66

/ الخاتمة /

50

/ تقديم /

عندما يصبح الاختلاف قاتلا...

بقلم وحيد الفرشيشي أستاذ القانون العام
جامعة قرطاج كلية العلوم القانونية بتونس

سنة 2011، وفي خضمّ السياق الثوري الذي صاحبه آمال تغيير جذري في النموذج الاجتماعي والسياسي التونسي اتّصل بي محمد أمين الجلاصي للحديث عن إمكانية إشرافي على أطروحة الدكتوراه التي ينوي إعدادها. فوافقت في الحال وذلك لكون موضوعها يتعلّق بمسألة « الأقليات في تونس ».

وبمتابعتي لأمين خلال بحثه المشوّق، استطعت التأكّد من بعد مزعج للقاعدة القانونية : اللامساواة و الظلم من خلال « القانون ».

واكتشفت معه كذلك أنه، وإن كان من المفترض أن يعمل « القانون » من أجل إرساء معاملة قانونية تؤسس للمساواة بين الجميع وذلك من دون أي تمييز مبنيّ على أساس الجنس أو اللغة أو المعتقد أو الأصل العرقي أو الاجتماعي أو اللون أو الحالة الصحية ... فقد شاركت القاعدة القانونية في تعميق التمييز والوصم، وشرّعت لانتهاكات وتجاوزات من جميع الأشكال...

ويرجع هذا، في الواقع، لكون « القانون »، عندما يترجم الإرادة السياسية لإيديولوجيا مهيمنة فإنه يعكس في الوقت نفسه القيم السائدة ويحمي مصالح من هم في السلطة، كما أنّح ذلك بشكل مأساوي مع الدولة النازية و مؤخرا مع « الدولة الإسلامية في العراق و الشام »... لذلك شهدنا، طوال تاريخ « القانون »، ظهور واختفاء أشكال التمييز المكرّسة والمؤسّسة من خلاله...

ف« القانون » الذي يسعى إلى تنظيم العلاقات والظواهر الاجتماعية يمكن، وذلك وفقا لإرادة الحكّام أن يدعم جماعة ويجعل أخرى ضحية للتمييز...

فقد تمكّنت الإنسانية، من خلال « القانون »، تلك الأداة الخطرة، أن تميز أو تدين أو حتى تزهد حقوق أشخاص وجماعات وحتى مجموعات سكانية بأكملها، لأنها كانت مختلفة...

إلا أن تطوّر « القانون » وتنمية مقاربة كونية لحقوق الأشخاص، في البداية من خلال مفهوم « حقوق الإنسان » والتي أصبحت مؤخرا تسمّى بـ « الحقوق الإنسانية »، قد أدّى تدريجيا إلى تحوّل فيه وذلك من قانون حام للمجموعات إلى قانون يهدف إلى حماية الأفراد...

ولذلك، فإن الانتقال من « حق المجموعات المهيمنة » إلى « قانون الأشخاص »، يسمح بالاعتراف وتكريس مجال واسع من الاختلافات واحترام الإنسان في فرديته.

هذه المقاربة، التي يبدو أنها قد تجاوزت المفهوم التقليدي لحقوق الأقليات كما تم تصوّرها والاعتراف بها في القانون الدولي، تسعى لمحاربة القواعد القانونية التي تشرّع لجميع أشكال التمييز المسلّط على المجموعات والأشخاص وذلك من خلال فرض وضعيّة دنيّة عليهم مبنية على اختلاف الآراء والقناعات والمعتقدات والمظهر والأصل العرقي أو الاجتماعي والحالة الصحية والتوجّه الجنسي أو الخيارات الشخصية، « قانون » مصدر لشرعيّة التمييز، « قانون » يعاقب الاختلاف ويرفض التعدّد، فهو « قانون » قاتل...

وبالتالي، فإن معالجة قضية الأشخاص المحقّرين وضحايا التمييز تشدّد على حدود « القانون » وتشجع على التفكير في التساؤل الذي يراد من خلاله معرفة كيف سيكون من الممكن ملاءمة قانون مبني على أسس تمييزيّة مع المبادئ الكونية التي تجعل من الفرد هدف الحماية والدعم ؟ هذا من بين أهداف الدستور التونسي لسنة 2014 الذي يضعه في صميم مقتضياته، وذلك من خلال مركزية مرجعية كرامة الإنسان فيها ... ولكننا نلاحظ تباطؤا في انفاذ الدستور فيما يتعلق باحترام الحياة الخاصة والخيارات الفردية...

ولذلك، لازلنا نتساءل بخصوص مستقبل الأشخاص المحقّرين وضحايا التمييز وبخصوص الإطار القانوني الأنسب من أجل تحقيق احترام الأفراد ككيانات مستقلة وجزر الأفعال التي تمسّ الحرمة الجسدية وكرامة الأشخاص...

هل نحن جاهزون اليوم لملاءمة التشريع الوطني مع مقتضيات الدستور ومع الالتزامات الدولية للدولة، وذلك استئناسا بالتشريعات المقارنة التي أقرّت تدريجيا المساواة بين المواطنين والمواطنين أمام قانون عادل. تشريعات مرّت من التجريم إلى التسامح والمساواة والتي تمنع اليوم أي تمييز أو وصم...

أخيرا ومن أجل تعميم وبثّ بعض نتائج أطروحة محمد أمين الجلاصي¹، شجّعت الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية صاحب هذا البحث على نشره تحت عنوان « المحقّرون في القانون التونسي : حين يؤسس القانون للمساواة... »

¹ JELASSI (Mohamed Amine), Les minorités en Tunisie, Thèse de Doctorat en Droit, soutenue le 11 novembre 2017, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.

سياق الدراسة /

منذ الرابع عشر من جانفي 2011، لم يعد تناول موضوع الأشخاص المنتمين إلى أقليات من المواضيع المحظورة. فحتى وسائل الإعلام أصبحت تتحدث في هذا الموضوع بكل حرية.

ومن الأحداث التي كانت سببا في تناول هذا الموضوع إيقاف جابر الماجري في 2012 بتهمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة لانتقاده للدين الإسلامي وإيقاف مجموعة من الشباب في القيروان، سنة 2015، وذلك بتهمة ممارسة «اللواط» على معنى الفصل 230 من المجلة الجزائية.

وقد كان لهذه الأحداث وغيرها ردود فعل متباينة على مواقع التواصل الإجتماعي والتي ندد على إثرها رواد هذه المواقع بممارسات السلطة التعسفية والسالبة للحرية.

هذا وقد شهدت كتابة الدستور الحالي مخاوف صلب المجلس الوطني التأسيسي خاصة فيما يخص إعادة تعريف الهوية التونسية. إذ أحسّ البعض من الأفراد بتهديد على المستويين القانوني والإجتماعي. كما تعالت بعد 14 جانفي 2011 الأصوات الداعية لحماية المقدسات. وقد وصل الأمر بمطالبة السلطة التأسيسية بتجريم الإعتداء على المقدس والإلحاد. كل هذه الأحداث ساهمت في تغذية التطرف الديني وظهور فتاوى التكفير التي تضاعف عددها بين 2011 و2013 وهو ما أدى إلى تهديد حرية الضمير والحياة الخاصة لعديد الأفراد.

الإشكالية والتساؤلات والمقاربة /

يتعلق التمتع بالحقوق والحريات بالمواطنة. لكن الواقع الإجتماعي والقانوني لا يعكس هذه الفكرة. لهذا السبب قمنا، صلب هذه الدراسة، بطرح الأسئلة التالية :

- ليكون الفرد مواطنا أو مواطنة تونسية، هل يجب عليه أن يكون عربيا ومسلما ؟
- للتمتع بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، هل يجب على الفرد أن يكون عربيا ومسلما ؟
- للحصول على الحماية المتكافئة للقانون، هل يجب على الفرد أن يكون عربيا ومسلما ؟
- ولماذا لا يمكن الحديث عن تونسي مثلي أو تونسي يهودي أو تونسي مسيحي أو تونسي بهائي أو تونسي ملحد أو مشكك أو تونسي أمازيغي ؟
- تتناول هذه الدراسة مسألة الحماية المتكافئة للقانون لفهم هل أن الهوية الوطنية يمكن ان تكون سببا للحدّ من التمتع بالحقوق الفردية ؟

تقوم المقاربة المعتمدة في هذه الدراسة على فحص كل مصادر القانون الوضعي التونسي والدولي والمقارن في مادة الحقوق والحريات.

وما لاحظناه أن القانون والواقع في تضارب. فلتن كان القانون التونسي ثريا في مادة الحريات فإن هذا الثراء لا إنعكاس له في الواقع. فالفرد لا يتحدد إلا بإنتمائه للمجتمع. وهو ما يجعل بعض الأفراد يصطدمون بالنموذج المسلط عليهم من طرف المجتمع العربي المسلم الذي ينتمون إليه والتي يعبر عنها بالهوية الثقافية السائدة والتي تشمل الدين واللغة والعادات والأعراف والتقاليد.

فبعد قراءة العديد من فصول دستور 2014، نعتقد للوهلة الأولى أنه دستور وضع للمجتمع التونسي العربي المسلم. إذ تؤثر هذه المقتضيات الدستورية في تصرفات الفاعلين السياسيين وغير السياسيين إزاء الأفراد خاصة عندما لا يمثلون للقاعدة القانونية والإجتماعية.

ولذلك فالهدف من هذه الدراسة هو أن نفهم كيف يمكن حماية الحقوق الفردية من خلال القانون حتى لا يكون هذا الأخير عاملا متسببا في اللامساواة. في هذا الصدد، لا بد من التذكير بما جاء في توطئة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 القاضي بأنه « من الضروري أن يتولى القانون حماية حقوق الإنسان لكيلا يضطر المرء آخر الأمر إلى التمرد على الاستبداد والظلم ».

إن الحديث عن حماية حقوق الإنسان بالقانون تعني توفير الضمانات القانونية لكل الأفراد بهدف حماية حقوقهم طبقا للقانون الوطني والدولي. وتلتزم الدولة التي صادقت على النصوص الدولية لحقوق الإنسان باحترام وحماية وتطبيق حقوق الإنسان. ويعني هذا الإلتزام بالإحترام عدم تدخّل الدولة في حقوق الإنسان أو تقليص التمتع بها. فالإلتزام بالحماية يشترط على الدولة أن تحمي الأفراد والجماعات من انتهاكات حقوق الإنسان. أما الإلتزام بالتطبيق فإنه يتضمن مطالبة الدول باتخاذ التدابير الضرورية لتيسير التمتع بحقوق الإنسان الأساسية.¹

¹ SIMMA (B.): "International human rights and general international law: A comparison analysis", Collected Courses of the Academy of European Law, 1993, vol. IV-2, pp. 153-256; FLAUSS (J-F): « La protection des Droits de l'Homme et les sources du droit international », in La Protection des Droits de l'Homme et l'évolution du Droit international, Société française pour le Droit international (Colloque de Strasbourg), Pédone, 1998, pp. 48-79.

إستعمال العبارات /

التمييز : عدم احترام المساواة في الحقوق بين الجميع دونما تمييز على أساس العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين أو أي أساس آخر.

وبالرجوع للفقرة 1 من الفصل 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 « تلزم كل دولة طرف باحترام الحقوق المعترف بها في العهد وبضمان هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والخاضعين لولايتها دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب أو غير ذلك من الأسباب ». هذا وتنص عديد المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على حظر وإلغاء كافة أشكال التمييز².

لكن وإن عرّفت بعض المواثيق عبارة « التمييز » فإنها تعالج فقط حالات للتمييز لأسباب محدّدة. لذلك عرفت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان هذه العبارة في إطار تعليقها على مبدأ عدم التمييز كما جاء بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي ينص على أنه «يتضمن أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس أي سبب كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك مما يستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف لجميع الأشخاص، على قدم المساواة، بجميع الحقوق والحريات أو التمتع بها أو ممارستها³».

المساواة : تعني المساواة أمام القانون والحماية المتساوية التي يكفلها القانون.

وتتطلب المساواة من المشرّع أن يسن تشريعاته دون تمييز بين فرد وآخر وللمساواة أمام القانون معنيان : **الأول :** في مضمون القانون أن يكون متساويا، إذ يجب عدم التمييز بين البشر في الحقوق والواجبات. **الثاني :** المساواة في فرض القانون أي يجب تطبيق القانون على جميع

² صكوك دولية لحقوق الإنسان ألغت التمييز وهي ذات صبغة عامة:

كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخان في 16 ديسمبر 1966 وصكوك ذات صبغة خاصة ألغت التمييز على أساس معين :

كالاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري المؤرخة في 21 ديسمبر 1965

إعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد المؤرخة في 25 نوفمبر 1981

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979

³ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان الدورة السابعة والثلاثون (1989) التعليق العام رقم 18: «عدم التمييز»، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، المجلد الأول «تجميع للتعليقات العامة والتوصيات العامة التي اعتمدها هيئات معاهدات حقوق الإنسان»، 27 ماي 2008، ص. 198.

الأفراد في الدولة بالتساوي⁴.

وينص الفصل 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن « جميع الأشخاص متساوون أمام القانون ولهم الحق في الحماية المتساوية التي يكفلها القانون دون تمييز، وأنه يتعين أن تكفل القوانين لجميع الأشخاص حماية متساوية وفعالة من التمييز لأي من الأسباب (...) ». وترى اللجنة المعنية لحقوق الإنسان « أن المادة 26 ليست ترديدا وحسب للضمانة المنصوص عليها من قبل في المادة 2؛ وإنما هي تنص في صلبها على حق مستقل. فهي تحظر التمييز أمام القانون أو، في الواقع، في أي ميدان تحكمه وتحميه سلطات عامة. ولذا فإن المادة 26 تتعلق بالالتزامات المفروضة على الدول الأطراف فيما يتعلق بتشريعاتها وبتطبيق هذه التشريعات. ومن ثم، فعندما تعتمد دولة طرف تشريعا معينيا يجب أن يكون هذا التشريع متمشيا مع متطلبات المادة 26 بمعنى ألا يكون محتواه تمييزيا⁵ ».

الأقلية :

قبل التطرق لتعريف ما المقصود بعبارة « أقلية » لا بد من تقديم بعض الملاحظات :
أولا، ظهرت عبارة « الأقليات » في مادة القانون الدولي العام، من ذلك عبارة « الأقليات القومية ». وهي عبارة تحيل مباشرة إلى الحماية التي تكرسها القواعد الدولية لحقوق الإنسان⁶.
ثانيا، دراسة ما يسمى بـ« الأقليات » ليس بالأمر الهين وذلك لتعلقها بظاهرة متحركة ودينامكية تحيط بها عوامل سياسية أو اجتماعية أو ثقافية أدت إلى نشأة هذه العبارة⁷. وتعود صعوبة الدراسة أيضا إلى تعدد الظواهر الغير متجانسة لما يطلق عليه بـ« الأقليات ». ولذلك فإن القانون الوطني والدولي لم يضع تعريفا ثابتا ومتفقا عليه، فهي ظاهرة إجتماعية يصعب على القانون حصرها.

ثالثا، عبارة « أقليات » لا تحيل إلى مجموعة تتمتع بالشخصية القانونية، بل أن الغاية من دراسة

⁴ عبد العزيز بن محمد الصغير: الضمانات الدستورية للمواطنين بين الشريعة و القانون.المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص. 30.

⁵ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، التعليق العام رقم 18: «عدم التمييز»، نفس المصدر.

⁶ ROULAND (N.), PIERRE-CAPS (S.) et POUMAREDE (J.): Droit des minorités et des peuples autochtones, P.U.F., Paris, 1996, p.182.

⁷ BOKATOLA (I-O.): « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales et ethniques, religieuses et linguistiques », R.G.D.I.P., 1993, p. 745. SOULIER (G.): « Droits des minorités et pluralisme juridique », Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, vol. 18, n° 2, 1993, pp.625-630. Cités par KOUBI (G.): « L'entre deux » des droits de l'Homme et des droits des minorités: un concept d'appartenance », R.T.D.H., n°18, avril 1994, p. 179, pour montrer les raisons d'absence d'une définition juridique de minorité.

الأقليات تكمن في إيجاد حماية للأفراد المنتمين لأقليات. ولهذا من المستحيل الحديث عن قائمة حصرية للـ «أقليات».

أخيرا، لا بد من الإشارة إلى أن منظمة الأمم المتحدة، ولئن تطرقت للأقليات بالفصل 27 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، لم تقدّم تعريفا لهذه العبارة. فحتى «تعريف» الأقليات صلب أعمال مقررري الأمم المتحدة فهي محدودة جغرافيا وزمنيا ولا يمكن اعتمادها في الوقت الراهن أو تطبيقها على كل الظواهر الإجتماعية التي يطلق عليها «أقليات» في كل بلدان العالم.⁸

فما هو المقصود بعبارة «الأقلية» ؟

يتناول القانون الدولي العام مسألة الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية. ويمكن أن نطلق على فئة الأقليات القومية عبارة الأقليات «الكلاسيكية» والتي تقصي فئة أخرى من الأفراد التي يقع التمييز ضدها على أساس التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية أو المعتقدات الإلحادية وغير التوحيدية والتي يمكن أن نطلق عليها عبارة الأقليات الغير قومية أو «الغير كلاسيكية».

• الأقليات القومية أو «الكلاسيكية» :

هذا التصنيف تقليدي وكان يهتم بالأساس حماية الأقليات القومية في أوروبا.⁹ ف «الأقليات القومية» هي المجموعات التي صارت أقليات داخل حدود الدولة نتيجة أحداث تاريخية وقعت ضد إرادتها وأن العلاقة بين هذه الأقلية والدولة علاقة مستديمة وأفرادها من مواطني هذه الدولة.¹⁰

ونتيجة هذه الأحداث التاريخية ظهر ما يسمى بالنزعة القومية وأصبح الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية يسعون للحفاظ على هويتهم العرقية أو اللغوية أو الدينية والتي يعتبرونها مختلفة عن الهوية الوطنية لبقية أفراد المجتمع.¹¹

⁸ في عام 1947، أنشئت اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات بوصفها إحدى الهيئات الفرعية للجنة حقوق الإنسان، وأعد المقرر الخاص فرانسيسكو كابوتوري في الستينات للجنة الفرعية دراسة بشأن مسألة الأقليات تم نشرها سنة 1979. E/CN.4/ Sub.2/384/Rev.1

⁹ منى يوخنا ياقو: حقوق الأقليات القومية، دار شتات للنشر، القاهرة، 2010، ص. 128.

¹⁰ إعلان فيانا لحماية الأقليات القومية في الدول الأوروبية والصادر عن مجلس أوروبا سنة 1993.

¹¹ CLAUDE (I-L.): National minorities: an international problem, Harvard University Press, Cambridge, 1955, p. 2. LAPONCE (J-A.): The protection of minorities, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1960, p. 6. REHMAN (J.): The weakness in the international protection of minorities rights, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 17-18. PREECE (J-J.): National minorities and

ويمكن تعريف الأقليات القومية أيضا بأنها « مصطلح سياسي جرى استعماله في العرف الدولي المعاصر، يقصد به مجموعة أو فئات من رعايا دولة من الدول تنتمي من حيث العرق أو اللغة أو الدين إلى غير ما تنتمي إليه الأغلبية¹² ».

قد تختار هذه الفئة الإدماج بالأغلبية. إلا أن بعضها الآخر يفضل التمتع بحكم ذاتي أو استعمال الحق في تقرير المصير¹³ وهو مالا تصبو إليه الفئة الغير كلاسيكية موضوع هذه الدراسة.

• الأقليات الغير قومية أو الغير كلاسيكية :

تسمى الأقليات الغير قومية أيضا بـ« الأقليات الإجتماعية ». فهذه الأخيرة لديها مطالب اجتماعية وتشارك مع الأغلبية في الهوية الوطنية ولكنهم يعانون من حقيقة أن حقوقهم غائبة أو ضعيفة وغالباً ما يعتبرون مواطنين من الدرجة الثانية أو أدنى منزلة.

ثم إن الأقليات التي نتحدث عليها في هذا الإطار الإجتماعي والقانوني والسياسي التونسي ليست نتيجة أحداث تاريخية بل هي نتيجة إطار قانوني وسياسي وإجتماعي لا يكرس حماية ناجحة لما أطلقنا عليه تسمية أقليات إجتماعية. إذ ينص الدستور على العناصر الأساسية للهوية الوطنية في تونس ألا وهي : اللغة العربية والدين الإسلامي.¹⁴

وتفسر هذه العناصر كيف أن القانون يعترف بحقوق أقل لهذه الفئة من الأقليات أو قد لا يعترف البتة بحقوق لها. وكنتيجة لذلك يكون الأفراد المنتمون للأقليات الغير قومية في وضعية دونية وليس فقط في وضعية تمييز. فاختلاف الأفراد المنتمين لهذه الأقليات يجعل منهم في وضعية أقل درجة من بقية أفراد المجتمع وهذه الوضعية تحكمها موازين القوى في أي مجتمع. لذلك يمكن وصفهم بـ« ناقصي أو عديمي الحقوق » أو إلى حد أنه يمكن وصفهم بـ«الأفراد المحرومين من المواطنة الكاملة» أو بـ« المحقّرين »¹⁵.

the European nation-states system, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 24.

¹² محمد عبد الغني علوان النهاري : المدخل إلى فقه الأقليات (موسوعة فقه الأقليات المسلمة في العالم 1-1) ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2017، ص. 19.

¹³ حول الأقليات الانفصالية والاندماجية والانصهارية أنظر: حسيب جريدي: التعددية الثقافية في الجماعة الوطنية الأقليات في تونس : البربر، اليهود والسود، البدوي للنشر، تونس، 2016، ص.ص. 76-78. أنظر أيضا: مصلح خضر الجبوري: الدور السياسي للأقليات في الشرق الأوسط، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2014.

¹⁴ الفصل الأول من دستور 27 جانفي 2014.

¹⁵ Minoré(e)s ou minorisé(e)s.

• ناقصي أو عديمي الحقوق (« المحقرين »):

لا يعتمد التصنيف الكلاسيكي للأقليات مقارنة علم الإجتماع التي تعتبر مقارنة أوسع من مقارنة القانون الدولي العام. فعلم الإجتماع يأخذ بعين الإعتبار مجموعات إجتماعية أخرى لم تنص عليها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان. وتأخذ هذه المقارنة بمعيار « الهيمنة » لتعريف الفئة موضوع هذه الدراسة.

ويمكن تبني هذا التعريف لتحديد المقصود بالأقليات الغير قومية أو الاجتماعية: « جماعة لها وضع اجتماعي داخل المجتمع أقل من وضع الجماعات المسيطرة في نفس المجتمع و تمتلك قدرا أقل من النفوذ والقوة وتمارس عددا أقل من الحقوق مقارنة بالجماعة المسيطرة في المجتمع، وغالبا ما يحرم أفراد الأقليات من الاستمتاع الكافي بحقوق مواطني الدرجة الأولى»¹⁶.

فمركزها القانوني والإجتماعي مرتبط بالوضع الإجتماعي وليس بالضرورة بالتمييز. إذ تتمثل في مجموعة ترى بأنها تتلقى معاملة غير متساوية مع باقي المواطنين بسبب صفات جسدية أو ثقافية أو اجتماعية خاصة بها، حسب تعريف عالم الاجتماع لويس ويرث. فهذا الأخير يعرفها على أنها « مجموعة من الأفراد يقع اقصائها عن بقية أفراد المجتمع نتيجة خصائص مادية أو ثقافية وتعيش في مجتمعها في ظل معاملة غير متساوية ولديها إحساس بأنها موضوع تمييز جماعي. وجود أقلية في مجتمع ما يعني بالضرورة وجود مجموعة أخرى تتمتع بمركز اجتماعي أعلى وبامتيازات كبيرة»¹⁷.

فوجود « المحقرين » مرتبط بالمشروعية الإجتماعية وتتحدد وضعيتهم بموازين القوى¹⁸. فالإذعان للقواعد الإجتماعية سابقة الوضع تزيل عنهم صفة كونهم « محقرين » حتى وإن شاركوا في نفس الخصائص مع أفراد آخرين ضحايا للتمييز من أجل نفس الأسباب.

أقرب مثال لتفسير هذه الوضعية يتعلق بالأشخاص المثليين جنسيا. فهؤلاء وإن كانوا ممن يجذبون جنسيا لنفس الجنس لا يحملون في حد ذاتهم صفة « المحقرين » لأنهم إذا امتثلوا للقواعد الإجتماعية وتزوجوا لكن في الآن ذاته يمارسون علاقات جنسية مع أفراد من نفس الجنس يبقى وجودهم «مشروعا». لكن المثلي الذي لا يمثل للقواعد الإجتماعية السائدة

¹⁶ مصلح خضر الجبوري: الدور السياسي للأقليات في الشرق الأوسط، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص. 9.
¹⁷ COONTZ (P): «The etymology of « minority » and woman in international law», in CHANDRA (S.) (dir.), International Protection of Minorities, Mittal Publications, Delhi, 1986, p.162. L'auteur cite WIRTH (L.): « The problem of minority groups », in LINTON (R.) (dir.), the science of Man in the world crisis, Columbia university press, New York, 1945, pp. 347-372.
¹⁸ FENET (A.): « La question des minorités dans l'ordre du droit », in CHALIAND (G.) (dir.), Les minorités à l'âge de l'État-nation, Fayard, Paris, 1985, p. 38.

ويفصح عن هويته الجنسية التي لا تتماشى والمثال المشروع لأغلبية المجتمع سيقع إقصاءه و بالتالي سيقع « تحقيره » وستنقص حقوقه أو سيحرم من البعض منها.

لذلك فإن « المحقّر » هو من يكون أقل منزلة في نظر الأغلبية. وهذه النظرة الدونية سببها الخصائص التي تجعل الأفراد مختلفين عن بقية أفراد المجتمع على أساس الدين أو اللغة أو الهوية الجنسية. أي كل ما من شأنه أن يمثل تهديدا للسائد بالنسبة لمن هم في مرتبة أعلى اجتماعيا. وفي هذه الحالة فإن القاعدة القانونية تعكس الثقافة السائدة وتحط من الثقافة التي يمثّلها الأفراد المنتمون لأقليات¹⁹.

المثليات والمثليون ومزدوجو الميل الجنسي ومغايرو الهوية الجنسية وحاملو صفات الجنسين (LGBT/LGBTI)

تحيل هذه العبارات على التوجه الجنسي للأفراد وهوية النوع²⁰.

التوجه الجنسي²¹: « يشير إلى استطاعة كل شخص للإنجذاب العاطفي والوجداني والجنسي العميق إلى أشخاص من نوع اجتماعي آخر أو من ذات النوع الاجتماعي، أو مع أكثر من جنس واحد وإقامة علاقة حميمة وجنسية معهم ».

هوية النوع: هي ما « يدل على تجربة النوع الاجتماعي الداخلية الفردية كما يحس بها كل شخص في قرارة نفسه وهي ما قد تتفق أو لا تتفق مع النوع الاجتماعي عند ولادته بما في ذلك الإحساس الشخصي بجسده) وهو ما يمكن أن يشمل، لو كان حرا في اختياره، تعديلا على مظهر الجسد أو وظائفه بوسائل طبية أو جراحية أو بوسائل أخرى (وغير ذلك من أشكال التعبير عن النوع الاجتماعي كاللباس وطريقة الكلام والسلوكيات ».

¹⁹ SAILLANT (F): « Reconnaissance et réparation », in BOGALSKA MARTIN (E.) et al. (dir.) Itinéraires de reconnaissance: Discriminations, revendications, action politique et citoyennetés, Collectif Archives contemporaines, Paris, 2017, p. 60. Dans le même sens. RATH (J.): «The ideological representation of migrant workers in Europe: A matter of racialization» in WRENCH (J.) and SOLOMOS (J.) (editors) Racism and Migration in Western Europe, Berg, Oxford, 1993, pp. 215-232.

²⁰ Etude sur: « Les associations LGBTIQ++ en Tunisie : Emergence d'un nouveau militantisme humain », réalisée par Mme Jinane LIMAM et préfacée par M. Wahid FERCHICHI, Association de Défense des Libertés Individuelles avec le soutien de la Fondation Heinrich Boll, Tunis, octobre 2017, p. 12 et s. https://tn.boell.org/sites/default/files/1._etude_associations_lgbtqi_fr.pdf

تستعمل المنظمات الدولية والغير حكومية عبارة «الأقليات الجنسية» للتعبير عن الأشخاص الذين يحملون توجهها جنسيا أو هوية جنسية غير معيارية.

²¹ مبادئ يوغياكارتا حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتوجه الجنسي وهوية النوع، مارس 2007، ص. 8. <https://yogyakartaprinciples.org/principles-ar/>

أنظر أيضا في ما يخص مبادئ يوغياكارتا :

CHEKIR (H): « De la Conférence du Caire à celle de Jogjakarta: Les avancées en matière de droits sexuels », in Droits sexuels, droits humains à part entière, ouvrage coll. Sous dir., FERCHICHI (W) et CHEKIR (H), Tunis, ADLI, 2017, pp. 72-95.

المبادئ التي سيقع التطرق إليها من خلال هذه الدراسة /

سنقوم، على أساس هذه المبادئ، بتحليل ودراسة القانون الوضعي التونسي لمعرفة كيف يقوم بتناول هذه الظواهر الإجتماعية وذلك بمقارنته بالنصوص الدولية والقانون المقارن في ميدان حقوق الإنسان. فقد وقع اعتماد مبدأ عدم التمييز لأول مرة في التاريخ الدستوري لتونس بالفصل 21 من دستور 27 جانفي 2014²² الذي ينص على أن : « المواطنون والمواطنات متساوون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز.

تضمن الدولة للمواطنين والمواطنات الحقوق والحريات الفردية والعامّة، وتهيئ لهم أسباب العيش الكريم».

يضع هذا الفصل 5 مبادئ مختلفة: المساواة في الحقوق والواجبات، المساواة أمام القانون، مبدأ عدم التمييز والإعتراف لكل شخص بالحقوق والحريات الفردية والجماعية وبالكرامة لكل شخص. لكن قراءة الدستورلا تعني بالضرورة أن بقية فصوله في انسجام مع الفصل 21. إذ أن بعض المواطنين والمواطنات يقع اقصائهم من الحماية²³. هذا بالإضافة لبعض النصوص التي لا تعكس المساواة بين المواطنين وتهدد التمتع بالحقوق والحريات²⁴ كما جاءت في دستور 2014 والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

فمبدئيّ المساواة وعدم التمييز من بين « أحد الأهداف الأساسية للأمم المتحدة، كما أعلنها الميثاق، هو تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتشجيع على احترامها بالنسبة للجميع، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين (..) » والتي ترتبط « بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقيمتها، وبحقوق المتساوية للرجال والنساء وللأمم كبيرها وصغيرها²⁵ ». كما تؤسس هذه الحقوق أيضا على القيم المنصوص عليها بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ألا وهي : الحرية والكرامة والمساواة²⁶.

²² لا يوجد أثر لهذا المبدأ في دستور 1 جوان 1959 بيد أن دستور المملكة التونسية لسنة 1861 تحت الحكم العثماني تضمن مقتضيات تذكر عباراتها بمبدأ عدم التمييز وذلك بالباب الثاني عشر «فيما لأهل المملكة التونسية من الحقوق وما عليهم».

الفصل 1 : «كل واحد من أهل المملكة التونسية سواء ولد بالحاضرة أو غيرها من البلدان والقرى ونواجع العربان علي اختلاف الأديان، له من الحق أن يكون آمنا علي نفسه وعرضه وماله، كما هو المفتتح به في عهد الأمان».

الفصل 3 : «سائر أهل المملكة علي اختلاف الأديان بين يدي الحكم سواء لا فضل لأحد علي آخر بوجه من الوجوه. يجري حكم هذا القانون علي أعلى الناس مع أدناهم من غير نظر لمقام ولا لرياسة وقت الحكم».

²³ الفصل 74 : «الترشح لمنصب رئيس الجمهورية حق لكل ناختبة أو ناخب تونسي الجنسية منذ الولادة، دينه الإسلام».

²⁴ خاصة النصوص الجزائية التي تستعمل عبارات فضفاضة وقابلة لتأويلات كعبارة الأخلاق الحميدة والتجاهر بما ينافي الحياة. مقتطف من توطئة إعلان بشأن حقوق الأشخاص المنتهين إلى أقليات قومية أو إثنية وإلى أقليات دينية ولغوية المؤرخ في 18 ديسمبر 1992.

²⁶ ينص الفصل الأول: « يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء».

وبالرجوع لهذه المبادئ يمكن أن نعتبر أن القانون غير ضامن للمساواة خاصة عندما يتعلق الأمر بالحالات الثلاث التالية :

في حالة الفراغ القانوني أي عندما لا توجد قاعدة قانونية تنظم وضعية ما (الباب الأول) أو بالعكس في ظل وجود قواعد تنظم حالة معينة فإن القاعدة القانونية تجرم أفعالاً معينة وبالتالي تسمح للدولة بأن تتدخل تعسفياً في حياة الأفراد الخاصة (الباب الثاني) أو أن القاعدة القانونية قد وضعت « من طرف الأغلبية لخدمة الأغلبية » على حساب بقية الأفراد التي تختلف في خصائصها عن العناصر المكونة للهوية الوطنية (الباب الثالث).

(الباب الأول)

حالة الفراغ القانوني :

القاعدة القانونية لا تضمن

المساواة

يسمى الفراغ القانوني أيضا بالنقص القانوني وهو « حالة عدم تمكن القاضي من إيجاد نص في التشريع لكي يطبقها على النزاع المعروض عليه (...)»، ويعبر البعض عن حالة النقص في التشريع بمصطلح الفراغ الذي يتحقق عند انعدام وجود شيء يتطلب واقع الحال وجوده، وفكرة الفراغ بالمعنى المتقدم تعبر عن حالة من حالات عدم الكمال. ولا يوجد الفراغ في القانون لمجرد وجود تعارض بين قصد المشرع و معتقدات المحاكم الشخصية ذلك أن الهدف هو تطبيق القانون وليس إحلال المعتقدات الشخصية محل القانون بحجة وجود فراغ فيه²⁷.

لكن غياب نصوص قانونية خاصة بحالة معينة لا يعني غياب القانون. فالقاضي يمكن له أن يطبق نصوصا قانونية عامة على حالات خاصة. بيد أنه لا ضمان بأن مثل هذه النصوص قد تحمي حقوق الأفراد. فهذا الفراغ قد جعل بعض الأفراد في وضعية غير واضحة (المبحث الأول) خاصة عندما تحل الثقافة السائدة في المجتمع محل الحريات الفردية التي من المفروض أن يحميها القاضي طبقا لعلوية الدستور وسيادة القانون. ومثال ذلك وضعية الأشخاص مغايري الهوية الجنسانية وحاملي صفات الجنسين الذين لا يتمتعون بحماية قانونية واضحة.²⁸

مثل هذه النصوص جعلت أيضا في بعض الحالات من ممارسة الفرد لحرية الضمير والفكر المضمونة دستوريا وبالمعاهدات الدولية لحقوق الإنسان المصادق عليها من طرف الدولة التونسية أمرا محظورا أدى أحيانا إلى الحكم بالسجن بالرغم من عدم وجود نص صريح يجرم الأفكار والآراء الإلحادية أو التي تشكك في دين الأغلبية (المبحث الثاني).

(المبحث الأول)

القاعدة القانونية تساهم في غموض « الوضعية القانونية » لبعض الأفراد

إن تحديد « الوضعية القانونية » للأشخاص مغايري الهوية الجنسانية مرتبط بمرجعية القاضي الذي يحدّد القاعدة عندما يترك المشرع وضعية خاصة غير منظمة بنص خاص بها.

فبالرجوع لعديد الأحكام والقرارات القضائية نلاحظ انسياقا نحو المرجعية المحافظة المستلهمة من الثقافة الإسلامية التي يؤسس عليها القاضي أحكامه (الفقرة الأولى). إضافة إلى ذلك فإن هذه الوضعية الغامضة جعلت من إفصاح هذه الأشخاص عن هويتهم في الفضاء العام أمرا معقّدا أو شبه مستحيل (الفقرة الثانية).

²⁷ حيدر أدهم عبد الهادي: أصول الصياغة القانونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص. 103.

²⁸ REDISSI (H.) et BEN ABID (S.): « L'affaire Samia ou le drame d'être « autre », Commentaire d'une décision de justice, in MOULIN (A-M.) (dir.), Islam et révolutions médicales : Le labyrinthe du corps, KARTHALA Editions, Paris, 2013, p. 249.

/ الفقرة الأولى / تحديد « المركز القانوني » لمغايرو الهوية الجنسانية طبقا لمرجعية محافظة

مغايرو الهوية الجنسانية « مصطلح جامع يستخدم لوصف طائفة واسعة من الهويات التي تعتبر مظاهرها وخصائصها غير مألوفة من الناحية الجنسانية، ويشمل ذلك المتحولين جنسياً، ومغايرو اللباس (المشار إليهم أحياناً بالمتشبهين بالجنس الآخر)، والأشخاص الذين يصفون أنفسهم بالجنس الثالث²⁹». أما « المتحولون جنسياً فهم الأشخاص المنتمين لجنس معين والذين لديهم اقتناع مطلق في الانتماء للجنس الآخر مع وجود رغبة جامحة وملحة في تغيير الجنس للعيش بمظهر مطابق للفكرة التي وضعوها³⁰». فتغيير الجنس في هذه الحالة يتنزل في إطار ما يطلق عليه بجراحة تغيير الجنس. والمراد بها الجراحة التي يتم بها إما تغيير للجنس من ذكر لأنثى أو تغيير للجنس من أنثى إلى ذكر.

ولتعلق الأمر بإختيار الشخص لجسده نلاحظ سكوت النصوص فيما يخص تغيير الجنس. فلا وجود لنص يمنع أو يسمح بتغيير الجنس. وقد طرحت هذه المسألة أمام القضاء بمناسبة النظر في مطلب تغيير علامة « الجنس » الموجودة في رسم الولادة.

وبالرجوع لعديد الأحكام والقرارات القضائية نلاحظ بأن أساس رفض المطلب حماية المجتمع. لأنه حسب القاضي « متحول الجنس » يهدد المثلث المحافظ ونواة المجتمع ألا وهي الأسرة التقليدية المتكونة من رجل وإمرأة. لأن « متحول الجنس » في نظر القاضي لا ينتمي لأي من الجنسين ولا يمكن له بالتالي الزواج. فحسب الأحكام والقرارات القضائية، التغيير الإرادي للجنس ممنوع. فإما يقع وصفه بـ « التغيير الاصطناعي في الجنس³¹ ». أو أنه حسب قرار قضائي آخر « يشجع على التخثت الاصطناعي (...) إضافة إلى أنه يسمح بالتصرف في الجسم البشري لكونه يگن الشخص من تغيير جنسه كيف ومتى شاء وهو ما يتنافى والقانون الوضعي والشريعة الإسلامية³² ».

وحسب القاضي يعتبر هذا « التغيير الإصطناعي » متسرعا وكان على المتقاضى أن يتلقى علاجاً نفسياً حتى يجد توازنه النفسي لأنه في نظر القاضي قد « خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة وهو ما يعبر عنه قانوناً بالنظام العام والأخلاق الحميدة³³ ».

²⁹ مبادرة الأمم المتحدة « أحرار ومتساوون » <https://www.unfe.org/ar/definitions>

³⁰ ARNOUX (I.): Les droits de l'être humain sur son corps, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 1994, p. 204.

³¹ محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993. رشيدة الجلاصي تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية، م. ق. ت. 1995، ص. 146 « تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه. »

³² المحكمة الابتدائية بن عروس، حكم عدد 621، المؤرخ في 28 مارس 1990، مجلة القضاء والتشريع عدد 2، فيفري 1991، ص. 127.

³³ محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية، م. ق. ت. 1995، ص. 145.

وبالرجوع لفقهاء القضاء نلاحظ خلطاً في المفاهيم حيث يستعمل القاضي نفس العبارة ليقصد بها « متحول الجنس »³⁴. ومثال ذلك قرار محكمة الإستئناف بتونس الذي استعمل كلمة « مختلط الجنس »³⁵ في قضية تتعلق بمتحول الجنس لأن هذا الأخير ملامح جنسه واضحة منذ الولادة وقام بإجراء عملية تغيير من ذكر لأنثى (وليس تصحيحاً لجنسه). وقد أقرت المحكمة منذ البداية بانتماءه لجنس الذكور. وقد وردت العبارة في نص القرار لتعرف سامي المستأنف في قضية الحال بتعريف « مختلط الجنس »³⁶ قائلة بأنه لا ينتمي لأي جنس.

إلا أنه في حكم آخر استدركت المحكمة الابتدائية بقفصة الأمر لتصف « مختلط الجنس » بأنه يعاني منذ الولادة من مرض « غموض الجنس » وقبلت مطلب تغيير رسم الولادة من جنس أنثى إلى ذكر. لأن مختلط الجنس لا ينتمي لجنس معين ولم يغير جنسه بطريقة إرادية. « وحيث بالاطلاع على موضوع الطلب ومؤيداته وخاصة منها تقرير الاختبار الطبي المشار إليه تسرب خطأ بخصوص الحالة المدنية في خصوص جنسه إذ تم تسجيله على أنه يدعى سكيينة من جنس الاناث بناء على عدم ظهور ملامحها البدنية والجنسية كما ينبغي في البداية وبعد ذلك وبعد أن قام الأطباء بإجراء عملية تجميلية عليه دون أن تكون تعلق بتغيير جنسه تأكد بشكل تام أنه ذكر »³⁷.

بالرجوع للقضايا في هذا الموضوع نلاحظ أن القاضي وضع شروطاً للسماح بتغيير الجنس في حالة الضرورة وذلك بعد استشارة أخصائي نفسي. إذ تتمثل حماية الجسد في كونه تغييراً لحالة الضرورة من ناحية « كي تؤمن الانسجام بين المظاهر الجسمية الظاهرة لدى المريض وبين الجنس الذي أثبتت الخبرة الطبية الموثوق بها أنه ينتمي إليها وفقاً لهذه المظاهر ولهذه التغيرات »³⁸. وبأنها حماية في مرحلة أخيرة ومستعجلة وبأنها الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الشخص من ناحية أخرى.

وهذا ما أكدته محكمة الإستئناف ببيروت التي جاء في قرارها « وحيث يستفاد مما تقدم أن تحول المستأنفة إلى رجل تبعاً للعلاجات الهرمونية والعمليات الجراحية التي خضعت لها يعود

³⁴ Le transsexuel

³⁵ رشيدة الجلاصي: محكمة الإستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993 تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995. ص. 170. intersexuel

قام سامي بإجراء عملية جراحية في اسبانيا لتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى ثم طلب من المحكمة تغيير رسم الولادة من «جنس» ذكر إلى جنس أنثى. رفضت المحكمة طلبه على أساس عدم انتمائه لأي من الجنسين وبأن مقامه به يهدد مؤسسة الأسرة فلا يستطيع بالتالي الزواج.

³⁶ يولد ثنائيي الجنس برتكية ببنوية جنسية، وأعضاء تناسلية و/أو أمهات كروموسومية لا تتلاءم مع التعريف التقليدي للذكر أو الأنثى. حكم ابتدائي مدني، المحكمة الابتدائية بقفصة عدد 54406 بتاريخ 12 فيفري 2007. غير منشور.

³⁷ فواز صالح: جراحة الخنثوية وتغيير الجنس في القانون السوري. مجلة جامعة دمشق، المجلد 19، العدد الثاني، 2003. ص. 58-57.

سببه إلى حالة مرضية نفسية لازمتها منذ طفولتها ولم يكن هناك من وسيلة لشفائها منها إلا بالعلاج الهرموني والجراحة التي أدّت إلى تحويلها إلى رجل. وحيث أن تحوّل جنس المستأنفة يكون بالتالي ناتجا عن عمل طبي ضروري لشفائها ولتخليصها من المعاناة التي رافقتها طيلة حياتها³⁹...».

لكن إقحام المرجعية المحافظة فيما يخص الهوية الجنسية للأفراد يمثل عائقا أمام ممارستهم لحرياتهم الفردية. خاصة وأن عديد القرارات التي تناولت موضوع تغيير الجنس تتبنى بعض الجوانب من الشريعة والقيم الإسلامية التي يضعها القاضي في المقدمة لتفسير وتعليل الحل الذي توصل إليه⁴⁰.

فهذه المرجعية لا تأخذ بعين الإعتبار خصوصيات الأفراد التي تنتمي للأقليات. لذلك يكون القاضي ملزما بإجازة أو منع تصرف معين حسب ما تقتضيه مرجعية المجتمع الذي ينتمي إليه. وبالتالي فإن القاضي ينشئ منظومة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالثقافة الإسلامية لكي لا يكون في قطيعة مع أغلبية المجتمع المسلم. وهذا ما عبر عنه القاضي في الحالة المعروضة أمامه والمتعلقة بمتحول جنسي بأنه يرفض أن يتبع خطوات القاضي الأوروبي، لأنه حسب رأيه « القاضي يجد نفسه مقيدا بحضارته ويجب عليه احترام متطلبات الوظيفة التي يقوم بها في المجموعة الإجتماعية...»⁴¹ ولو كان ذلك على حساب الحريات الفردية لبعض الأشخاص.

وفي نفس القضية يؤكد القاضي ويذكر بثقافته العربية والإسلامية التي تختلف عن القاضي الأوروبي. مبينا بأن اختلاف الثقافات هو ما يؤسس حكمه. لكن، في هذه الحالة نلاحظ أن القاضي يقضي الطالب من الحماية أمام القانون لأنه لم يمثل للإرث الحضاري العربي والإسلامي. وهو ما يجعلنا نتساءل هل يجب على الفرد أن يكون عربيا ومسلما حتى يكون مواطنا تونسيا؟ ثم، إنّه من المفروض على القاضي أن يصدر حكمه بإسم الشعب التونسي مهما كانت ديانته وليس بإسم « الأمة الإسلامية ». ويبدو أن القاضي التونسي فيما يخص الهوية الجنسية لا يزال متشبثا بمرجعية محافظة ومقصية لبعض الأفراد الذين لا يجدون مكانا لهم في منظومته القضائية التي من المفروض أن تكون منظومة محايدة وعادلة وحامية للحريات الفردية.

³⁹ محكمة الاستئناف ببيروت قرار عدد 2015/1123، 03 سبتمبر 2015، منشور في المفكرة القانونية. <http://www.legal-agenda.com/uploads/1452859968-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1.pdf>

⁴⁰ BOSTANJJI (S.): « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel: le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », Revue internationale de droit comparé, vol. 61, n°1, 2009, p. 12.

⁴¹ محكمة الاستئناف بتونس، قرار مدني عدد 10298 بتاريخ 22 ديسمبر 1993. رشيدة الجلاصي: تعليق حول امكانية تغيير الجنس المنصوص عليه في رسم الحالة المدنية. م. ق. ت. 1995، ص. 152.

وفي المقابل، قطعت بلدان أخرى أشواطاً كبيرة في حماية الأشخاص على أساس هويتهم الجنسية. إذ أننا نجد في القوانين المقارنة كمالا التي أقر فيها البرلمان في أبريل 2015 قانون « الهوية الجنسية والتعبير الجنسي والخصائص الجنسية»⁴². حيث تضمن أحكاماً تتعلق باحترام حقوق متحولي الجنس ومختلطي الجنس. ويحظر القانون التمييز على أساس هوية نوع الجنس، وينص على إجراء مبسّط يسمح للأشخاص المتحولين جنسياً بالحصول على اعتراف قانوني بنوع جنسهم بدون شرط الخضوع إلى معالجة طبية أو تقييم نفسي. كما يجرم القانون أية معالجة لتحديد النوع أو تدخل جراحي في الخصائص الجنسية للقاصرين مزدوجي النوع (مختلطي الجنس)، إذا كان بالإمكان تأجيل ذلك إلى أن يصبح الشخص المعني راشداً وقادراً على إعطاء موافقته.

ويبدو أن عبارات مثل « متحول الجنس » و « الهوية الجنسية » لا تزال دخيلة على المشرع التونسي والقاضي التونسي. وكنتيجة لذلك، فإن كراهية مغايري الهوية الجنسانية تعكس واقعا قانونيا واجتماعيا يؤثر على اظهار الهوية الجنسية في العلن. لأن هذه الكراهية تتغذى من عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية ودينية مناهضة وداعمة لمتحولي الجنس مثلا.

/ الفقرة الثانية / خطورة الإفصاح عن الهوية الجنسية في الفضاء العام

عند الحديث عن الهوية الجنسية نعني أيضا التنوع الجنسي وإختلاف الجنس في مقابل النموذج المهيمن لمغايري الجنس والمقبول قانونيا وإجتماعيا في العلن. لكن التنوع الجنسي « يشمل تعدد الهويات والسلوكيات »⁴³. إلا أن بعض المجتمعات ترفض أو تجهل التنوع الجنسي والبعض الآخر يقبله.

ولذلك فإن إفصاح مغايري الهوية الجنسانية عن هويتهم الجنسية في الفضاء العام قد يؤدي إلى تهديد سلامتهم الجسدية والنفسية وحتى المهنية. ويعود ذلك إلى وجود أو تطبيق نصوص تشريعية تستعمل عبارات فضفاضة لتجريم أفعال يعبر عنها بـ « الإعتداء على الأخلاق الحميدة » و « التجاهر بما يناهز الحياء ».

فمجرد وجود مثل هذه المقتضيات يسمح للسلطات بمضايقة وتهديد وابتزاز مغايري الهوية الجنسانية.

⁴² Chapter 540 gender identity, gender expression and sex characteristics act 3(1) a, b, c, d. To provide for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person. 14th April, 2015 ACT XI of 2015.

<http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&t=1>

⁴³ CHAMBERLAND (L.), FRANK (B.) et RISTOCK (J.): « Présentation », in CHAMBERLAND (L.) FRANK (B.) RISTOCK (J.) (dir.), diversité sexuelle et constructions de genre, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2009, p. 3.

وفي أغلب الأحيان فإن السلوكيات التي لا تروق للسلطات هي التي تفضح الهوية الجنسية لهذه الأشخاص فيقومون بمضايقتهم وإيقافهم على أساس لباسهم على سبيل المثال والذي يعتبرونه « تجاهرا بما ينافي الحياء » كما هو الحال بالنسبة لرجل يرتدي ثيابا نسوية (مغابري اللباس أوالمشار إليهم أحيانا بالمتشبهين بالجنس الآخر).

ففي نوفمبر 2016 قامت دورية شرطة بايقاف شاب يبلغ من العمر 19 سنة بسبب ارتدائه زي نسائي حسب ماجاء في محضر البحث وذلك بتهمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة حسب مقتضيات الفصل 226 مكرر من المجلة الجزائية وذلك بالحكم الجناعي الصادر عن محكمة الناحية بالحمامات في 19 جانفي 2017⁴⁴.

ويعاني المتحولون جنسيا ومزدوجي النوع من التمييز ضدهم ومن الإعتداءات المتكررة في الطريق العام⁴⁵. هذا وقد ذكرت منظمة العفو الدولية بخصوص تصريحات أفراد من المتحولين جنسيا ومزدوجي النوع عن وجود مستويات عالية من الاستغلال الممارس بحقهم وعن تعرضهم للاعتداء البدني والجنسي من لدن ممثلي الدولة لا سيما عناصر الشرطة. إذ لا يتم التحقيق في الجرائم التي ترتكب بدافع كراهية المتحولين جنسيا كما تقوم الشرطة بإجبار ضحايا الاعتداء على إسقاط الشكاوى أو البلاغات المحررة تفاديا لملاحقتهم بتهمة إقامة علاقات جنسية مثلية⁴⁶. وفي تقريرها المقدم في 2016 إلى اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التابعة للأمم المتحدة تطرقت منظمة العفو الدولية لحالات التمييز والتحرش والعنف على أساس هوية النوع الاجتماعي والميول الجنسية في تونس بسبب تجريم العلاقات المثلية بالفصل 230 من المجلة الجزائية.

« يواجه المثليون والمثليات وذوو الميول الجنسية الثنائية والمتحولون جنسيا ومزدوجو النوع في تونس تمييزا متفشيا في القانون والممارسة على السواء. وهم يواجهون خوفا دائما من الإعتقال والمحاكمة ويتعرضون بشكل خاص للعنف بسبب ميولهم الجنسية الحقيقية أو المتصورة ونوعهم الاجتماعي⁴⁷».

⁴⁴ محكمة الناحية بالحمامات، حكم جناحي عدد 55026 في 19 جانفي 2017، غير منشور.

⁴⁵ « Etat des libertés individuelles en Tunisie 2017 : Les violations continuent et s'intensifient », p. 4 et p. 12. Disponible sur le lien : http://www.adltn.org/sites/default/files/fr_redui_1.pdf

⁴⁶ «الإعتداء ثم الإتهام: العنف الجنسي والقائم على النوع الاجتماعي في تونس، ملخص»، منظمة العفو الدولية، 2015، ص. 3.

<https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3028272015ARABIC.PDF>

⁴⁷ «تونس، تقرير مقدم إلى الدورة التاسعة والخمسين للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التابعة للأمم المتحدة التي ستعقد من 9 سبتمبر إلى 7 أكتوبر 2016». منظمة العفو الدولية، ص. 9 و 10.

وحسب ما أفادت به تقارير منظمات محلية تونسية لمنظمة العفو الدولية أن حوالي 60 متحولاً جنسياً ومزدوجي النوع يعتقلون سنوياً ومعظمهم رجال مثليون بسبب المقاربة النمطية للنوع الإجتماعي، من قبيل سلوكهم ومظهرهم، ونادراً بسبب ضبطهم متلبسين بارتكاب الفعل.

وفي نفس السياق، بمناسبة النظر في التقرير الدوري الثالث المقدم من تونس بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، قدّمت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ملاحظتها الختامية والتي من بينها التمييز القائم على أساس الميل الجنسي والهوية الجنسية معتبرة أنه: « رغم أن الدستور يكرس الحق في الحياة الخاصة وفي حرية التعبير والفكر والرأي، تلاحظ اللجنة بقلق أن التمييز إزاء المثليات والمثليين ومزدوجي الميل الجنسي ومغاييري الهوية الجنسية وحاملتي صفات الجنسين لا يزال قائماً في القانون والممارسة. وتعرب اللجنة عن الانشغال من أن العلاقات بين أفراد من نفس الجنس يجرمها الفصل 230 من المجلة الجزائية تحت باب اللواط أو المساحقة، وأن الفصل 226 من نفس المجلة، الذي يعاقب كل من يتجاهر بفحش، يُستخدم بانتظام ذريعةً لمضايقة الأقليات الجنسية (الفقرة 2 من المادة 48)».

وتبقى مسألة الهوية الجنسية والتوجه الجنسي من المسائل الحساسة لوجود نص يجرم المثلية. لكن هناك أيضاً عديد المسائل الحساسة الأخرى بالرغم من عدم وجود نص يجرمها وهي تتعلق بالإفصاح عن المعتقدات الإلحادية والمشككة.

(المبحث الثاني)

القاعدة القانونية تميز ضد بعض الأفراد

يولد كل الأشخاص متساوين في الكرامة والحقوق. ولا يمكن حرمان شخص من الكرامة وإلا فلا معنى للحقوق التي يتمتع بها. أما المساواة فتعني أيضاً أن القواعد القانونية تحمي كل الأشخاص ولا تستثني أحداً من ذلك أن الدستور القاعدة العليا في النظام القانوني هو دستور كل الأفراد. لكن قد تكون بعض المقتضيات غير واضحة وبالتالي قد لا تضمن حماية لكل الأفراد. فالإشارة للدين الإسلامي منذ التوطئة يساهم في زيادة اللبس الذي يحيط بحماية الأفراد المنتمين لأقليات أو من سميناهم « المحقرين ». فهذه الإشارة تساهم في تهديد بعض الأشخاص على أساس معتقداتهم الإلحادية أو المشككة (الفقرة الأولى). لذلك ومن أجل إزالة هذا التهديد، يمكن البحث عن ضمانات الحماية في المصادر الوطنية والدولية لحقوق الإنسان (الفقرة الثانية).

⁴⁸ اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الملاحظات الختامية على التقرير الدوري الثالث لتونس، أكتوبر 2016، الفقرة 24. E/C.12/TUN/CO/3

الفقرة الأولى / الأشخاص المهددون على أساس معتقداتهم

يواجه الملحدون والمشككون والأشخاص غير المؤمنين بأي دين تهديدا مزدوجا بمقتضى القانون. فإما أن يقع تتبعهم عدليا على أساس نصوص تشريعية ضمنية عندما يعبرون على معتقداتهم (ب) أو أن يتم التدخل في حياتهم الخاصة من خلال إلزامهم بالإفصاح عن معتقداتهم بمقتضى نصوص صريحة (أ).

أ. التهديد على أساس نصوص صريحة

تصبح حماية الأشخاص الملحدين والمشككين والأشخاص غير المؤمنين محل تساؤل عندما يكون تطبيق مقتضيات دستورية أو تشريعية على وضعية ما تدخلا في معتقداتهم. يحدث ذلك في حالة أداء اليمين أو القسم.⁴⁹

ومنها اليمين الدستورية التي يؤديها رئيس الدولة وأعضاء الحكومة و نواب الشعب والإطارات العليا للدولة ونص اليمين « هو شهادة الله على العلاقة التي تربط المسؤول السامي في الدولة بالشعب. وعادة ما يبتدئ بعبارة: «أقسم بالله العظيم» وتنتهي بعبارة «والله على ما أقول شهيد». وقد أضافت الأعراف الدستورية (...) عملية وضع اليد على المصحف⁵⁰».

لكن الصيغة الدينية للنص تطرح إشكالا عندما يتعلق الأمر بممارسة حرية المعتقد والضمير والفكر. فهل يمكن للملحد أو للمشكك أو للأشخاص غير المؤمنين رفض أداء اليمين أو رفض أدائها في صيغتها الدينية؟ وماذا يترتب عن الرفض من آثار قانونية؟

فبالرجوع لدستور 2014 رئيس الجمهورية (الفصل 76) ورئيس الحكومة وأعضاء الحكومة (الفصل 89) وأعضاء مجلس نواب الشعب (الفصل 58) ملزمون بأداء اليمين حرفيا بنفس الصيغة التي وردت به: «أقسم بالله العظيم».

فبعض الدساتير والقوانين الأساسية في العالم ترتب آثارا قانونية على عدم أداء اليمين. كالدستور

⁴⁹ BANNEUX (N): « Brèves observations sur le caractère religieux du serment au XIXe siècle à travers l'affaire « Michel » », in, HEIRBAUT (D), ROUSSEAU (X) et WIJFFELS (A) (dir.): Histoire du droit et de la justice: Une nouvelle génération de recherches, Actes des 19ème journées belgo-néerlandaises d'histoire du droit et de la justice (10-11-12 décembre 2008, UCL, Louvain-la-Neuve), Presses universitaires de Louvain, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 500 et s.

في 16 مارس 1867 موريس ميشال طبيب أسنان في نامور (بلجيكا) وقع جلبه كشاهد في المحكمة. رفض النطق بالعبارة «مساعدة الله» حسب ما يفرضه عليه القانون عند الحلف لأداء الشهادة ورفض أيضا النطق بعبارة «أحلف» لصيغتها الدينية. لكن القانون البلجيكي في 27 ماي 1974 ألغى هذه العبارات في ما يتعلق بتعديل عبارات اليمين والإعلان الرسمي في المادة الإدارية والعدلية.

⁵⁰ الناصر المكنتي: الإسلام و الدستور: دراسة قانونية و فقهية مقارنة لعلاقة الدين بالدولة في مختلف الأنظمة الدستورية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص. 58.

الإيرلندي الصادر في 1 جويلية 1937 والذي يعتبر بفضله 35 أن رفض القضاة أداء اليمين لمباشرة الحياة المهنية يعد تخليا عن منصبهم. أما الدستور الألماني الصادر في 8 ماي 1949 (المادة 56 أداء القسم الوظيفي) فيتميز بمرونة أكثر إذ يمكن لرئيس الجمهورية أن يؤدي اليمين دون الصيغة الدينية المقترحة.

ومن ناحية أخرى، أداء اليمين واجب في أخلاقيات المهنة وذلك بالنسبة للمحامين⁵¹ وعدول التنفيذ وعدول الإشهاد والمهن الأخرى. ألا يعتبر أداء اليمين تدخلا في حرية المعتقد والضمير؟ وذلك بفرض الإفصاح عن معتقدات الشخص. فقد اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار صادر في 3 جوان 2010 أن انتهاك الحرية الدينية يمرّ عبر إلزام الفرد بالإفصاح عن معتقداته الدينية حتى لا يقسم على الإنجيل أمام العدالة الجنائية.⁵² وهو ما يعتبر تدخلا في الحرية الدينية في بعدها السلبي « عندما تتصرف الدولة بطريقة تجعل من الأفراد ملزمين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بالإفصاح عن أنهم غير مؤمنين ».

لذلك، فالحل بالنسبة للملحد أو غير المؤمن بأن يقوم بتصريح رسمي على شرفه أو ضميره دون أن يكون مجبرا على الإفصاح عن معتقداته. ففي دولة مدنية، لا يمكن تصور فرض ديانة معينة لكونها ديانة الأغلبية أو تفضيل سلوك (ديني) على حساب سلوك آخر (لاديني). لأنه في هذه الحالة يفقد الدستور دوره في إرساء وحماية قواعد الدولة المدنية ويصبح أداة لتمرير سياسة دينية أو فكر ديني.⁵³ كما أن الدولة تحمي المؤمنين حتى لا يقع انتهاك معتقداتهم، تحمي في

⁵¹ مرسوم عدد 79 لسنة 2011 مؤرخ في 20 أوت 2011 يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

الفصل 6 : « يجب على المترشح الذي تم قبول ترسيمه أن يؤدي أمام محكمة الاستئناف التي سينتصب بدانترتها وقبل ترسيمه بالجدول في أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر أداء اليمين الآتية: «أقسم بالله العظيم أن أقوم بأعمال بأمانة وشرف وأن أحافظ على سر المهنة وأن أحترم مبادئ المحاماة وقيمتها».

⁵² المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، 3 جوان 2010، ديميتراس ضد اليونان، عدد42837/06، 3237/07، 3269/07، 35793/07 و6099/08

أنظر أيضا قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان «ألكسندريس ضد اليونان» بتاريخ 21 فيفري 2008 . وتمثل وقائع هذه القضية في رفض محام يوناني أداء اليمين قبل ممارسة مهنته لمسأسه بحريته الدينية لإجباره على الكشف عن معتقداته الدينية خاصة وأن أداء اليمين في اليونان هو شرط أساسي لممارسة مهنة المحاماة. فهناك صيغتين لليمين في اليونان : فإذا كان المهني باليمين مسيحي فله أن «يقسم» أما إذا كان ملحدا فله أن «يلتزم» . فقد خلصت المحكمة إلى أن الإجراءات قد أجبرت مقدم الطلب، عند مثوله أمام المحكمة بكشف جزء من معتقداته الدينية، ذلك وأنه باختياره الصيغة الثانية لليمين يكشف بذلك عن إحداه هو أمر يس بالحرية الدينية. وكما اعتبرت أنه «ليس لسلطات الدولة الحق في التدخل في حق لا نوعي للفرد والسعي للبحث عن معتقداته الدينية، أو إجباره على إظهار معتقداته حول الألوهمية سيما إذا اضطر الشخص إلى القيام بذلك من أجل أداء وظائف معينة، وخاصة بمناسبة أداء اليمين الدستورية.».

في هذا الموضوع، أمنة سماري: «المحامي و الحزبات الدينية»، في، وحيد الفرشيشي (تحت إشراف): « الحريات الدينية في تونس»، الجمعية التونسية للنسبة للحريات الفردية، تونس، 2015، ص.ص. 170-171.

DOURNEAU-JOSETTE (P): Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'Homme ?, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p. 189.

⁵³ AMOR (A): « Constitution et religion dans les Etats musulmans », in Constitutions et religions, Tunis, 1994, pp.32- 34.

Cf. GEORGES (N): « Minorités et liberté religieuse dans les Constitutions des États de l'Orient

نفس الوقت غير المؤمنين من أي محاولة لفرض الإنتماء إلى أي دين. ولذلك تمثل حرية الضمير والفكر والتعبير ضمانات للأشخاص الملحقين والمشككين والأشخاص غير المؤمنين.

ب. التهديد على أساس نصوص ضمنية

بالرغم من أن دستور 2014 ينص على أن تونس دولة مدنية تتأسس على احترام المواطنة. فالعلاقة بين الدين والدولة لم يكن بالسهل تجاوزها والإحالة إلى الدين في توطئة الدستور أو في فصول أخرى منه قد يؤدي خاصة إلى تناقض مع مدنية الدولة.⁵⁴

في هذا الإطار، يمكن لشخص لاديني أو ملحد أو ينتمي لعقيدة أخرى غير تلك التي تنتمي إليها الأغلبية أن يخسر حقوقه بمجرد تطبيق نص لا يجرم صراحة معتقدات هؤلاء. فحتى أن بعض المقتضيات تتناقض وما تنص عليه التوطئة من أن الدولة تضمن « احترام حقوق الإنسان والمساواة بين كل المواطنين ». فالمؤمنون والغير مؤمنين يجب حمايتهم واحترامهم من طرف الدولة وأجهزتها.

والسؤال المطروح في هذا الإطار هو لمعرفة هل أن القاضي سيؤسس نص حكمه على « تعاليم الإسلام ومقاصده المتسمة بالتفتح والاعتدال »؟ كما جاء بتوطئة دستور 2014 أم « على القيم الإنسانية ومبادئ حقوق الإنسان الكونية السامية »؟ عندما يتعلق الأمر بنقد « المقدس ».

لكن ولئن أشارت توطئة الدستور إلى حقوق الإنسان فإنها تبقى إشارة ناقصة لأن الدستور من المفروض أن يتوجه نصه لكل المواطنين مهما كان دينهم أو أفكارهم أو معتقداتهم وأن يعتني بالمؤمنين وبغير المؤمنين على حد السواء.

يشير نص التوطئة إلى عبارة « الأمة » والانتماء « الثقافي والحضاري للأمة العربية والإسلامية » وكأن أفراد الشعب التونسي ينتمون بالضرورة إلى دين واحد. فعبارة « الأمة » تحيل إلى مجموعة واسعة، غير واضحة ولا يمكن حصرها.

وبالتالي فإن المشكك أو اللاديني أو الملحد قد يتعرض في هذه الحالة لعوائق تحول دون ممارسته لحرية الفكر والتعبير والضمير لمجرد نقده لدين الأغلبية وعناصره التي تشكل ما تعتبره الأغلبية « مقدسا ».

الفصل 6 من دستور 2014 يحمي « المقدس » ولسائل أن يسأل ماذا سيحصل لملحد تونسي

arabe », Égypte/Monde arabe, Troisième série, n°10, 2013, URL : <http://ema.revues.org/3206>

⁵⁴ وحيد الفرشيشي : « دسترة الحريات الفردية قراءة حقوقية للدستور التونسي الصادر في 27 جانفي 2014 » في وحيد الفرشيشي (تحت إشراف)، الحريات الفردية تقاطع المقاربات، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس 2014، ص. 56.

لو أنه تعبيراً عن معتقداته نقد دين الأغلبية، فهل سيقع تتبعه قضائياً من أجل « التهجم » على الدين الإسلامي ؟

كما ينص الفصل 6 على أن الدولة تلتزم بحماية الدين لكن بدون تحديد أي دين. وهذا ما يدفعنا بالقول بأن المقدس الذي ستحميه الدولة هو المقدس الديني للأغلبية.

لكن ما يجب الإشارة إليه هو أن « المقدس » مفهوم واسع وغير واضح ولا يرتبط في كل الحالات بالدين. فهناك المقدس غير الديني. فالوطن أيضاً مقدس كما جاء بالفصل 9 من دستور 2014 « الحفاظ على وحدة الوطن والدفاع عن حرمة واجب مقدس على كل المواطنين ». فقدسية الوطن تحيل على كل المواطنين مهما كانت انتمائهم الدينية واللادينية. فصفة المواطنة تكفي لإضفاء القدسية على واجب حماية الوطن. أما المقدس الديني فهو خارج عن دائرة المواطنة ويتعلق بالشخص وليس بالمجموعة الوطنية. فأيهما أهم بالنسبة للمشرع والقاضي؟ حماية المقدس الديني للشخص؟ أم حماية المقدس الوطني الذي يشترك فيه كل المواطنين مهما كانت اختلافاتهم؟

وللتذكير أيضاً فإن حرية الضمير والتعبير والفكر من المقدسات أيضاً بالنسبة لللاديني والملحد، فما فائدة التنصيص عليهم دستورياً إذا كانت ممارستهم ممنوعة بإسم حماية المقدس الديني؟ أليس من الأجدر حماية الأفراد الذين يمارسون حرياتهم الدينية بدل حماية مفهوم مجرد لأن هذا المفهوم بطبيعته متغير من بلد لآخر ومن مدينة لأخرى وحتى داخل المدينة نفسها.

فتتبع الأشخاص من أجل التعبير عن معتقداتهم اللادينية أو الإلحادية لا يمس من حرياتهم الفردية فقط بل يفقدهم أيضاً مواطنتهم وكأن هذه الأخيرة مرتبطة بإيمان الشخص بمعتقدات الأغلبية وليس بإنتمائه للوطن.

وغالباً ما يكون التتبع القضائي بتوجيه الاتهام لهؤلاء الأشخاص على أساس « الإعتداء على الأخلاق الحميدة » وهو ما يفتح الباب على مصريه لسن قوانين تجرم الكفر والإلحاد والتشهير بالأديان⁵⁵.

⁵⁵ خلال كتابة الدستور الحالي قدم أعضاء كتلة حركة النهضة بالمجلس الوطني التأسيسي في 2012 مشروع قانون يهدف إلى تعديل المجلة الجزائية فيما يتعلق بتجريم المساس بالمقدسات. يهدف مشروع القانون إلى تعديل أحكام الكتاب الثاني الباب الرابع القسم 13 من المجلة الجزائية بعنوان « التعرض لممارسة الشعائر الدينية » من خلال إضافة فصل جديد وهو الفصل 165 مكرر والذي يستهدف حماية وتعريف المقدسات. جاء المشروع كردّ من حركة النهضة على الاحتجاجات الواسعة في جوان 2012 ضد معرض فني بالقرب أقيم بقصر العبدلية بالمرسى يعرض أعمالاً اعتبر بعض التونسيين أنها مسيئة للإسلام ولمشاعر المسلمين. يتكون جوهر مشروع القانون من مقترح بإضافة فصل جديد هو الفصل 165 في المجلة الجزائية كما يلي: « يعاقب بالسجن مدة سنتين وبخطية قدرها ألفا دينار (2000 د) كل من يمس بالمقدسات. ويقصد بالمقدسات الله سبحانه وتعالى ورسله وكتبه وسنة رسوله الخاتم والكعبة المشرفة والمساجد والكنائس والبيع. ويكون المس

يضمن دستور 2014 حرية الضمير والمعتقد. تعني هذه الأخيرة أيضا الحق في تغيير الدين أو عدم الإيمان بأي دين. لكن في بعض الأحيان يقع اتهام من يعبر عن معتقداته اللادينية على أساس أنها تؤدي إلى « تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة (الفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية) » أو بأنه « يعتدي علنا على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علنا إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياة (الفصل 226 مكرر من المجلة الجزائية) ».

ففي قضية نظرت فيها المحكمة الابتدائية بالمهدية في 2012 تتعلق بشخصين عبرا عن آرائهم الإلحادية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية. وذلك بعد أن أصدر المتهم الأول (غازي الباجي) كتابا بعنوان « وهم الإسلام » نشره على موقع لنشر « الكتابات الاجتماعية » وتناول فيه بشكل ساخر جوانب من سيرة نبي الإسلام، وخاصة حياته الجنسية. أما المتهم الثاني (جابر الماجري) فقد نشر صورا كاريكاتورية على صفحته على موقع التواصل الاجتماعي « فايسبوك » لنبي الإسلام مقتطفة من كتاب غازي الباجي، إضافة إلى كتابات ساخرة عن الإسلام والنبي. أصدرت المحكمة، أحكاما بالسجن وغرامات مالية بـ 1200 دينار بعد أن اتهمتهما وأدانتهمما بنشر مواد « من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة » عملا بالفصل 121 ثالثا من المجلة الجزائية⁵⁶.

نلاحظ من خلال هذه القضية أن جابر الماجري لا يتمتع بحماية بالقانون من أجل تعبيره عن أفكاره الإلحادية. وبالتالي يبدو أن القاضي يطبق القاعدة القانونية ليحمي الحرية الدينية للمؤمنين الذين يمثلون أغلبية المجتمع. لذلك نعتبر أن حرية الضمير تصبح محل تساؤل عندما يتعلق الأمر بحماية دين الأغلبية وكنتيجة لذلك يميز القاضي بين الأفراد على أساس معتقداتهم وأفكارهم الدينية أو اللادينية وكأن جابر الماجري « الملحد » لا يمكن له أن يكون تونسيا لأنه حقر من « مقدسات » التونسيين وذلك بالرغم من عدم وجود نص صريح يجرم «تحقير الإسلام».

فباستئناف الحكم الابتدائي أمام محكمة الاستئناف بالمنستير اعتبرت المحكمة أنه « ولئن كان المتهم حر فيما يعتنقه من ديانة من عدم ذلك الأمر الذي لا يمكن أن يناله التجريم لتعلقه بحريته الشخصية و بحرية المعتقد التي تكفلها المواثيق الدولية و خاصة الإعلان العالمي

بالسب أو الشتم أو السخرية أو الاستهزاء أو الاستنقاص أو تدنيس المقدسات ماديا أو معنويا سواء كان ذلك المس بالكلمة أو بالصورة أو بالفعل، كما يكون المس بتصوير أو تشخيص الذات الإلهية ورسول الله. ويضاعف العقاب في صورة العود».

⁵⁶ المحكمة الابتدائية بالمهدية حكم عدد 1395 بتاريخ 28 مارس 2012. (غير منشور).

لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 و المصادق عليه من قبل البلاد التونسية و الذي يكرسه أيضا دستور هذه البلاد. فإن تحقير الإسلام ... يخرج عن نطاق ممارسة الفرد لحرية الشخصية ... ذلك أنها تمس من مقدسات التونسي⁵⁷».

أما بالرجوع للقانون المقارن فنلاحظ أن بعض تشاريح الدول العربية على عكس المشرع التونسي تجرم الإلحاد والردة، مثال ذلك القانون السوداني لسنة 1991 في الفصل 126 من القانون الجنائي يضع ما يسمى بحد الردة.⁵⁸ والقانون الموريتاني لسنة 1984 بالفصل 306 من قانون العقوبات الموريتاني.⁵⁹

إلا أن المشرع المغربي فهو لا يجرم الردة بصفة مباشرة بل يجرمها في حالة الإكراه أو دعوة مسلم إلى تغيير دينه من خلال عبارة « كل عمل يزعم عقيدة المسلم ».⁶⁰ في غياب مثل هذه النصوص التي تجرم الردة والإلحاد، يركز القضاء وأعداء الأمن على نصوص جزائية أخرى يؤدي تطبيقها إلى تقييد حريات الأفراد التي تعبر عن أفكارها الإلحادية. لكن هذا لا يمنع من وجود ضمانات تحمي الأفراد من الإيقافات التعسفية وتطبيق عقوبة السجن لإلحادهم أو تشكيكهم في دين الأغلبية.

⁵⁷ محكمة الإستئناف بالمنستير، قرار عدد 1056 بتاريخ 18 جوان 2012. (غير منشور).

⁵⁸ ينص الفصل 126 من القانون الجنائي السوداني : «(1) يعد مرتكباً جريمة الردة كل مسلم يروج للخروج من ملة الإسلام او يجاهر بالخروج عنها بقول صريح او بفعل قاطع الدلالة. (2) يستتاب من يرتكب جريمة الردة ويمهل مدة تقررها المحكمة فاذا أصر على رده ولم يكن حديث عهد بالإسلام، يعاقب بالإعدام. (3) تسقط عقوبة الردة متى عدل المرتد قبل التنفيذ.»

⁵⁹ ينص الفصل 306 من قانون العقوبات الموريتاني : «كل من ارتكب فعلا مخلًا بالحياء أو القيم الإنسانية أو انتهك حرمة من حرمت الله أو ساعد على ذلك ، ولم يكن هذا الفعل داخلا في جرائم الحدود والقصاص أو الدية يعاقب تعزيرا بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 إلى 60.000 أوقية . - وكل مسلم ذكرا كان أو أنثى ارتد عن الإسلام صراحة أو قال أو فعل ما يقتض ذلك أو أنكر ما علم من الدين بالضرورة ، أو استهزأ بالله وملائكته أو كتبه أو أنبأته يحبس ثلاثة أيام يستتاب أثناءها ، فإن لم يتب حكم عليه بالقتل كفرا آل ماله إلى بيت مال المسلمين . وإن تاب قبل تنفيذ الحكم رفعت قضيته بواسطة النيابة إلى المحكمة العليا وبتحقيق هذه الأخيرة في من صدق التوبة تقرر بواسطة قرار سقوط الحد عنه أو إعادة ماله إليه . - وفي جميع الحالات التي يدرأ فيها الحد عن المتهم بالردة يمكن الحكم عليه بالعقوبات التعزيرية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة . - كل شخص يظهر الإسلام ويسر الكفر يعتبر زنديقا يعاقب بالقتل متى عثر عليه بدون استتابة ولا تقبل توبته إلا إذا أعلنها قبل الاطلاع على زنديقته . - كل مسلم مكلف امتنع عن أداء الصلاة مع الاعتراف بوجوبها يؤمر وينتظر ركعة من الضروري فإن تمادى في الامتناع قتل حدا وإن كان منكرا وجوبها قتل كفرا ولا يفعل في تجهيزه ودفنه ما يفعل بموتى المسلمين ويكون ماله لبيت مال المسلمين .»

⁶⁰ الفصل 220 من القانون الجنائي المغربي يجرم كل عمل يزعم عقيدة المسلم وليس الردة أو المرتد بصفة مباشرة. «من استعمل العنف أو التهديد لإكراه شخص أو أكثر على مباشرة عبادة ما أو على حضورها، أو لمنعهم من ذلك، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة إلى خمسمائة درهم.» «ويعاقب بنفس العقوبة من استعمل وسائل الإغراء لزراعة عقيدة مسلم أو تحويله إلى ديانة أخرى، وذلك باستغلال ضعفه أو حاجته إلى المساعدة أو استغلال مؤسسات التعليم أو الصحة أو الملاجئ أو الميادين، ويجوز في حالة الحكم بالمؤاخذة أن يحكم بإغلاق المؤسسة التي استعملت لهذا الغرض، وذلك إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات.»

/ الفقرة الثانية / ضمانات حماية الأشخاص المهددين على أساس معتقداتهم

تحمي النصوص الدولية لحقوق الإنسان حرية التفكير والضمير والدين. « ويشمل هذا الحق حرية الإيمان بدين أو بأي معتقد يختاره، وحرية إظهار دينه أو معتقده عن طريق العبادة وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، سواء بمفرده أو مع جماعة، وجهاً أو سراً⁶¹». وحماية المعتقدات تشمل المعتقدات الدينية كما تشمل أيضاً الآراء الإلحادية.

لكن في قضية جابر الماجري يبدو أن محكمة الإستئناف بالمنستير مهتمة فقط بحماية المعتقدات الدينية واضحة دستور البلاد في نفس المرتبة مع الكتاب السماوي مع العلم أن القاضي يضمن علوية الدستور وسيادة القانون (الوضعي) وليس يحمي قدسية كتاب سماوي لا يمثل كل المواطنين.

كما تسند المحكمة للدولة كشخص معنوي ديناً، غير أنه من البديهي أن الدين كمعتقد شخصي وباطني يتعلق بالفرد وليس بكيان غير مادي كالدولة. ثم تحل محل « القاضي الشرعي » لتصف جابر الماجري بـ « المرتد ».

« ما أتاه المتهم ليس خروجاً على كتاب الله تعالى وكفر بالله فحسب لكنه خروج أيضاً عن دستور البلاد وقوانينها ذلك أن الإسلام دين الدولة والدولة ليست علمانية و لا ملحدة و هي لا تدين بدين آخر غير الإسلام فيصبح الاعتداء على دين الدولة اعتداء على الدولة في كيانها و مقوماتها (...) « استهزاء أو استخفاف المسلم بالقرآن الكريم يجعله مرتداً⁶²».

فإذا ما اعتبرنا أن ما أتاه جابر الماجري يسبب « الفتنة بين المسلمين »، لا تشاطر لجنة حقوق الإنسان رأي المحكمة فيما يخص آراء المتهم. فإن لجنة حقوق الإنسان للأمم المتحدة لم تعترف بفكرة حماية « المقدسات » كما أنها لا تدعم منع « التشهير بالأديان » كأساس مشروع لفرض قيود على ممارسة حرية التعبير. ففي أفريل 2011 تخلت الأمم المتحدة عن تعبير « التشهير بالأديان » وتبنت القرار رقم 16/18 المتعلق « بمكافحة عدم التسامح والتتمييط السلبي والتمييز والتحرير على العنف والعنف ضد الأشخاص بناءً على الدين أو المعتقد⁶³ » اعترافاً بالقانون الدولي المتعلق بحرية التعبير وحرية الدين ومنع التمييز.

⁶¹ الفصل الأول من إعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائم على أساس الدين أو المعتقد المؤرخ في 25 نوفمبر 1981.

⁶² محكمة الإستئناف بالمنستير، قرار عدد 1056 بتاريخ 18 جوان 2012. (غير منشور).

⁶³ المتوفر على الموقع http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/16/18

وفي خصوص هذا الموضوع أشارت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 1993 إلى أن حرية الدين أو المعتقد وحرية الضمير تعتبر « من الموجودات القيمة للملحدين وغير المؤمنين والمتشككين وغير المكتريين. إن التعددية التي لا يمكن فصلها عن المجتمع الديمقراطي والتي كانت هي السائدة لقرون طويلة تعتمد على ذلك المبدأ».⁶⁴

وبالتالي فإن وحدة « الأمة » لن يهددها التشهير بالدين أو الآراء الإلحادية أو غيرها مما لا تتفق معه الأغلبية بما أن التعبير عنها لا يستهدف الأشخاص المؤمنين ولا يدعو للعنف أو للكره ضدهم.

فماهي حرية الضمير وكيف لها أن تحمي هذا النوع من الآراء؟

يوجد الحل في دستور 2014 بالفصل 6 (حرية الضمير) والفصل 31 (حرية الفكر والتعبير) وتحمي هذه الحريات آراء وأفكار الملحدين وغير المؤمنين والمتشككين وغير المكتريين.

وتختلف حرية الضمير عن حرية المعتقد لأنها تسمح للفرد بأن يختار فلسفة أو مذهباً لا يحيل بالضرورة إلى قوة إلهية وتمكن الفرد من التصرف حسب إرادته .

وهو ما أقرته المحكمة الابتدائية بالكاف في 2017 معتبرة « أنه من المبادئ الكونية التي أقرتها التشريعات السماوية والوضعية هي حرية الضمير والتي كرسها الدستور التونسي في فصله السادس وهي امتداد لما وقع تضمينه بالمواثيق والصكوك الدولية المنظمة لحقوق الإنسان والتي تعني أن يؤمن الشخص أو يعتقد وفق ما يميله عليه اقتناعه الشخصي (...)⁶⁵».

وبالتالي فإن الدولة تلتزم بعدم إلزام الأفراد بممارسة معتقد معين أو بالإفصاح عن أفكاره أو معتقداته لمعرفة إن كانت تتطابق ودين الأغلبية أم لا. فالقانون الدولي لحقوق الإنسان يؤكد على أن كل فرد حر في أن يعتقد في دين أو ألا يعتقد.

إضافة لذلك، تمنح الدولة دعوات التكفير طبقاً للفصل 6 من دستور 2014 وبذلك يحمل إلتزام على السلطات العمومية أن تحمي الملحدين وغير المؤمنين. فهل أن حماية الأخلاق أهم من منع الدعوة إلى قتل الأشخاص على أساس إلحادهم ؟

لابد من التذكير بأن القاضي مكلف بتطبيق مبدأ عدم التمييز طبقاً للفصل 21 من الدستور وأن

⁶⁴ كوكانيكيس ضد اليونان، حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الطلب رقم 14307/88 في 25 ماي 1993.

⁶⁵ المحكمة الابتدائية بالكاف، قضية عدد 44801 بتاريخ 12 ديسمبر 2017. (غير منشور).

حسب الوقائع فإن تونسية تزوجت من غير مسلم. فقام الزوج السابق بطلب الحصول على حضانة الأبناء لتخوفه من التربية خاصة الدينية التي سيتحصل عليها أبنائه. فاعتبرت المحكمة أن المصلحة العليا للطفل تقتضي أن الطفل يختار دينه عندما يصبح راشداً وأنها ترفض حسب حرية الضمير أن تقع دمجته أو توجيه نحو دين معين.

يسهر على ضمان « علوية الدستور، سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات » حسب الفصل 102 من الدستور. فحماية الحقوق تلزمه بحمايتها من كل انتهاك وتهديد للملحدين أو غير المؤمنين بالقتل لأنه تهديد لهذه الحقوق. وفي هذه الحالة يحمي القاضي أيضا الأفراد الذين لا يتبنون الفكر العقائدي السائد ويقوم بتتبع الأشخاص الذين يهددونهم بالقتل أو الذين يدعون للعنف أو الكراهية بأي وسيلة كانت. هذا وتمتع ممارسة الحريات الدينية بحماية جزائية إذ يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أشهر الإنسان الذي لا سلطة قانونية له على غيره ويجبره بالعنف أو التهديد على مباشرة ديانة أو على تركها» وذلك طبقا للفصل 166 من المجلة الجزائرية.

وبالتالي يأتي تجريم إرغام شخص على التخلي عن دين أو الإيمان بدين آخر لتدعيم الإلتزام المحمول على عاتق السلطات العمومية للتمسك بالقيم الكونية لحقوق الإنسان واحترام الحريات الدينية في كل عناصرها.

لكن تجدر الإشارة إلى أن الدستور التونسي كبقية الدساتير العربية لا يشير إلى حالة اعتناق ديانة أخرى أو إلى عدم الإيمان بأي دين⁶⁶. لذلك نتساءل ما إذا كانت «عبارة الضمير» تشير إلى المؤمن فقط أو أيضا إلى غير المؤمن؟

لأنه إذا « لم تتعرض النصوص الدستورية لمسألة الإلحاد فلا مكان للملحد في الممارسة المؤسسية أو في الفضاء الإجتماعي أو بصفة أقل بالنسبة للمسلم الذي ترك الإسلام لإعتناق دين آخر. وبالتالي يقع وصف هذا الأخير بالعبارة المكروهة، المرتد⁶⁷».

لكن إذا اعتبرنا أن حرية الضمير كما جاءت في الدستور تحيل أيضا إلى عدم الإيمان. فاعتناق المسلم التونسي ديانة أخرى أو إعلان إلحاده سيصبح مباحا. ومن هذا المنطلق، تعني الحرية الدينية أيضا حرية « الآخرين » وليس فقط حرية من يمارسها. فالحرية الدينية تشتمل أيضا على « مفهوم سلبي »⁶⁸ وتحمي من لا يمارسها وهم غير المؤمنين بإله واللاأدريين والمشككين والملحدين والمتصوفين.

في نفس السياق وفي الولايات المتحدة الأمريكية، وقع الرئيس الأمريكي باراك أوباما في ديسمبر 2016 على قانون يعزز الحرية الدينية، يهدف لحماية حقوق الملحدين والأقليات الدينية في كل

⁶⁶ لا وجود أيضا لهذه الحالة في دستور 1959. دستور 1861 نص على حالة تغيير الدين، الباب الثاني عشر: «فيما لأهل المملكة التونسية من الحقوق وما عليهم»، الفصل 9: «غير المسلم من رعيته إذا انتقل لدين لا يخرجته تنقله من الحماية التونسية ورعايتها».

⁶⁷ ZIRY (J-P): Les Etats arabes : Des Constitutions incohérentes, inégalitaires et restrictives. Des Libertés (Religions et Citoyens), Lulu.com, s.l, 2011, p. 105.

⁶⁸ CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.): Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2010 p. 558.

أنحاء العالم، وينص القانون الذي عرف بقانون « فرانك وولف للحرية الدينية الدولية »، على أن « حرية الفكر والدين تعني حماية المعتقدات التوحيدية وغير التوحيدية وكذلك الحق في عدم اعتناق أو ممارسة أي دين⁶⁹».

لذلك وجب إلغاء جميع التدابير التمييزية ضد من لا يحملون نفس العقيدة أو لا ينتمون لدين الأغلبية. فالحرية الدينية تشمل « الحق في التحول من دين أو معتقد إلى آخر أو في اعتناق آراء إلحادية، فضلا عن الحق في الاحتفاظ بدينه أو معتقده. وتمنع الإكراه الذي من شأنه أن يخل بحق الفرد في أن يدين بدين أو معتقد أو أن يعتنق ديناً أو معتقداً، بما في ذلك التهديد باستخدام القوة أو العقوبات الجزائية لإجبار المؤمنين أو غير المؤمنين على التقيد بمعتقداتهم الدينية والإخلاص لطوائفهم، أو على الإرتداد عن دينهم أو معتقداتهم أو التحول عنها (...) ويتمتع بنفس الحماية معتنقو جميع المعتقدات التي تتسم بطابع غير ديني⁷⁰».

لئن سمح القانون للدولة بأن تتدخل في معتقدات الأفراد مما أدى إلى التمييز ضدهم. فإنه سمح أيضاً للتدخل في حياتهم الخاصة (والحميمية) من خلال تجريم بعض الأفعال.

⁶⁹ H.R.1150 – “Frank R. Wolf International Religious Freedom Act”, 16 December 2016, n°114-281. <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/1150>

Title VI section 2: “by inserting ``The freedom of thought, conscience, and religion is understood to protect theistic and non-theistic beliefs and the right not to profess or practice any religion.» before ``Governments.»”

⁷⁰ الأمم المتحدة، الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، مجموعة التعليقات العامة والتوصيات العامة المعتمدة من هيئات معاهدات حقوق الإنسان. 29 جويلية 1994. ص.ص. 36-37. <https://undocs.org/ar/HRI/GEN/1/Rev.1>

(الباب الثاني)
القانون يجرم أفعال
الأشخاص « المثليين »

يحمي القانون الحريات ويضع الشروط الملائمة لممارستها ويزجر كل محاولة لانتهاكها. فكل جريمة ينتج عنها انتهاك فعلي للقيم الإجتماعية المحمية والتي تختلف من دولة لأخرى. لكن في كل الحالات، الهدف من التجريم في كل المجتمعات هو التصدي لكل الأفعال التي من شأنها أن تضر بالمجتمع.⁷¹ لذلك، « يهدف القانون الجنائي بفرعيه (قانون العقوبات وقانون الإجراءات) إلى إحداث التوازن بين المصلحة العامة التي تمس كيان المجتمع وبين حماية الحقوق والحريات والمصالح الخاصة للأفراد»⁷². فيجب أن لا يصح القانون الجزائي مصدرا للحد من الحقوق والحريات بدون مبرر مشروع لأنه بذلك يؤدي وظيفة « إضعاف » الحقوق الفردية من خلال العقاب الذي توقعه سلطات الدولة حسب الفعل الذي ارتكبه الشخص على أساس نص يجرمه. لذلك وفي هذه الحالة لا بد من التأكد من عدم تمكين قوات الأمن من سلطات تعسفية. لأن كل تجاوز للسلطات يجب رده وحتى أن القيود الواردة على الحريات الأساسية والحقوق الفردية « لا توضع إلا لإلزامية ضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية » وبشكل لا ينال من جوهرها.⁷³

إذا فإن القانون الجزائي يهدف لزجر السلوكيات الممنوعة بالقانون. وتجرى فعل يكون من خلال المجتمع. فهذا الأخير يضع القانون الجزائي كردة على حاجته في تحقيق الأمن والأمان. لكن القواعد الجزائية قد تستهدف أشخاصا معينين بتجريم أفعالهم من دون الأخذ بعين الاعتبار بمقتضيات الدولة الديمقراطية والمدنية. في هذه الحالة، يعد ذلك « استبدادا » للقاعدة الإجتماعية المهيمنة والتي تتبلور في القاعدة الجزائية حسب الظرف الإجتماعي (المبحث الأول). هذا « الاستبداد » له آثار سلبية على حقوق وحريات هذه الأشخاص (المبحث الثاني).

(المبحث الأول)

أسباب تجريم المثلية الجنسية

تسن القواعد القانونية « لتزجر أو تسمح أو نادرا ما تحمي الإنجذاب الجنسي والعاطفي للأفراد من نفس الجنس ».⁷⁴ ويسلط على المثلية الجنسية للذكور في تونس نوعان من العقاب: إجتماعي وبمقتضى القانون.

فقد « كانت المثلية الجنسية تعتبر بلاء اجتماعيا وأخلاقيا أخطر من البغاء. ومثل اللواط في

⁷¹ Au sujet de l'incrimination voir, BECCARIA (C.) : Des délits et des peines, Droz, Genève, 1965, p.9.
GENINET (B.) : L'indispensable du droit pénal, Studyrama, Levallois -Perret 2004, p.33.

فرج القصير: القانون الجنائي العام. مركز النشر الجامعي. تونس. 2006.
⁷² محمد نصر محمد : حق الإنسان في حماية حياته الخاصة في القانون الدولي والتشريعات الداخلية، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، 2013، ص. 139.

⁷³ الفصل 49 من دستور 2014.

⁷⁴ BORRILLO (D.) : Homosexualités et Droit, les voies du Droit, P.U.F Paris, 1998, p. 1.

المنظومة الجزائرية القديمة جريمة خطيرة ضد الأخلاق يعاقب عليها بعقوبات شديدة»⁷⁵. إذ يعاقب على الممارسات الجنسية سرا بين راشدين من نفس الجنس (اللواط حسب العبارة المستعملة من المشرع) بالسجن لمدة ثلاث سنوات حسب الفصل 230 من المجلة الجزائرية. هذا الأخير يجرم اللواط ويمكن اعتباره قاعدة قانونية تتسم برهاب المثلية⁷⁶. لكن النص لا يبين ماهو معنى « اللواط ».

ويعتبر بعض فقهاء القانون أن الممارسات الجنسية المثلية مخالفة للطبيعة وغير أخلاقية ولذلك وقع وضعها في خانة الجرائم الأخلاقية⁷⁷. تذكر هذه العبارة بالمادة 534 من قانون العقوبات اللبني الذي لا يستعمل كالمشرع التونسي عبارة « لواط » بل يعاقب بالسجن حتى سنة واحدة « كل مجامعة على خلاف الطبيعة ». لكن صدرت أحكام في لبنان أخرجت العلاقات المثلية من دائرة المادة 534 حيث بتاريخ 5 ماي 2016، أصدر القاضي المنفرد الجزائري في المتن هشام القنطار قراراً قضى بإبطال التبعات بحق شخص على أساس المادة المذكورة وقد أسهب القرار في تحليل المادة 534 ليصل إلى إستنتاج يقضي بأن عبارة « مجامعة على خلاف الطبيعة » الواردة فيها لا تنطبق على فعل العلاقة الجنسية الحاصلة بين شخصين من الجنس نفسه⁷⁸.

ثم إن تجريم « اللواط » يتأسس على ما يسمى بالسبب الإجتماعي⁷⁹. لأن هذه القاعدة القانونية هدفها « محاربة الممارسات الجنسية الشاذة » أو « مكافحة اللواط » أو محاربة هذا « الشذوذ الأخلاقي » لحماية المجتمع⁸⁰.

لكن لا يشاطر القاضي المنفرد الجزائري في المتن في الحكم المذكور أعلاه⁸¹ هذه النظرة لأنه يضع

⁷⁵ LARGUECHE (A.): Les ombres de la ville : pauvres, marginaux et minoritaires à Tunis (XVIIIème et XIXème siècles), Centre de publication universitaire, Tunis, 2002, pp. 309-310.

⁷⁶ FERCHICHI (W.): « L'homosexualité en Droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », in, LACH'HEB (M.) et FASSIN (E.) (dir.), Être Homosexuel au Maghreb, IRMC- Karthala, Paris, 2016, p. 171 et s.

⁷⁷ LABIDI THAMRI (M.) considère les comportements homosexuels comme des actes déviants et contre nature, dans son mémoire de fin d'études intitulé « Le crime moral dans la législation tunisienne », École Supérieure de la Magistrature, Tunis, 1995. (En langue arabe). Cité par FERCHICHI (W.): « L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », in, LACH'HEB (M.) et FASSIN (E.) (dir.), Être Homosexuel au Maghreb, IRMC- Karthala, Paris, 2016, p. 171.

عبد الله الأحمدى: قانون جنائي خاص. الجرائم الأخلاقية. الخدمات العامة للنشر مطبعة الوفاء. تونس. 1998. ص. 135.

⁷⁸ يستكمل هذا القرار حكمين سابقين كانا قد فسرا المادة 534 في الإتجاه ذاته: الأول صدر عن القاضي المنفرد الجزائري في البترون منير سليمان بتاريخ 2-12-2009، والثاني صدر عن القاضي المنفرد الجزائري في المتن ناجي دحداح في 28-1-2014. أنظر المفكرة القانونية، لمى كرامة، «المادة 534 سقطت: المثلية الجنسية ليست «مخالفة للطبيعة»»، 8 جوان 2016.

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=1582>

⁷⁹ FERCHICHI (W): Ibid., p. 171.

⁸⁰ BOU AZIZ (M) : « L'article 230 du Code Pénal », R.J.L., 1973, p. 20, 23 et 27. Cité par FERCHICHI (W): Ibid., p. 171.

⁸¹ الحكم موجود في المفكرة القانونية بتاريخ 6 ماي 2016 على الرابط التالي: <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=1>

الحريات والحقوق الفردية في المقدمة بالمقارنة مع ما يريده المجتمع. « مبدأ المساواة بين البشر إحدى أهم ركائز المجتمع الديمقراطي، والذي على أساسه لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات، وهذه الحقوق ملتصقة بشخص الإنسان كونه إنساناً، فلا حاجة لأن يكتسبها ولو كان ذلك مرفوضاً من قبل أغلبية أفراد المجتمع ».

فحسب النظرة التي تبرر تجريم المثلية بحماية النسيج المجتمعي والعائلة فإن العلاقات المثلية تحول دون تواصل الجنس البشري وتحوم حولها مخاطر اجتماعية تتمثل في إعادة تعريف مفهوم الزواج بطريقة أوسع من الاتحاد التقليدي بين الرجل والمرأة. ومن هنا فإن عدم الإنجاب يفقد الذكر مركزه كراشد ويعرضه للصورة النمطية السلبية التي تروج في المجتمع حول المثلي أو ما يطلق عليه المجتمع العربي المحافظ « الشاذ ».

تبنى المجتمع التونسي كباقي المجتمع المثال السائد للعلاقات العاطفية والجنسية المبني على الغيرية والتي تأتي من الزواج بين رجل وإمرأة. لذلك فإن العلاقات العاطفية والجنسية المثلية أي القائمة على علاقات حميمية أو انجذابية بين شخصين من جنس واحد بعيدة كل البعد على المعايير الإجتماعية والقيمية السائدة والتي بدورها تخضع لعديد التغيرات الإجتماعية والتاريخية.

وبالتالي فإن تجريم المثلية أدى إلى أن الأشخاص المثليين لا يظهرون توجهاتهم أو هوياتهم في الفضاء العام لأن موضوع الجنس في حد ذاته من المواضيع المحظورة في المجتمعات المحافظة ناهيك عن موضوع المثلية الجنسية وارتباط الصورة النمطية للمثلي « المحقر » و « المنبوذ » اجتماعياً بالعقاب الإلهي لقوم لوط حسب الكتب السماوية الثلاث من منظور من يريد إرجاع تجريم « اللواط » إلى المرجعية الدينية. لذلك يفضل أغلب المثليين الظهور على أساس أن هويتهم غيرية حتى لا يقع تتبعهم عدليا أو الاستهزاء بهم اجتماعياً أو استتزازهم من قبل أعوان الأمن أو حتى طردهم من العمل.

(المبحث الثاني)

آثار تجريم « العلاقات المثلية »

أدى تجريم المثلية إلى أن المثليين اختاروا أن يتستروا عن هويتهم (الفقرة الأولى). لذلك، إذ أصبحوا يكشفون بصراحة عن ميولهم وأهويتهم الجنسية فهم يخشون من تبعات الكشف على المستويين الشخصي أو المهني وقد يصل الأمر إلى تتبعهم قضائياً ولا يتمتعون آنذاك بالحق في المعاملة العادلة والمتساوية أمام القضاء (الفقرة الثانية). ويمكن إدانتهم والحكم عليهم بالسجن على أساس وسائل إثبات تنتهك الحرمة الجسدية (الفقرة الثالثة) إذا أصبحوا مكشوفين في الفضاء العام.

/ الفقرة الأولى / التستر الإختياري للأشخاص المثليين

إن عدم التستر على هويتهم أو ميولاتهم يعرض الأشخاص المثليين إلى الإعتقالات التعسفية والتهديد والإبتزاز والممارسات المهينة واللاإنسانية والمحطّة بالكرامة وذلك حتى في صورة عدم القبض على شخصين مثليين يمارسان الجنس. فقد « قال رجال مثليون في تونس لمنظمة العفو الدولية إنهم اعتقلوا لا لشيء إلا لأن مظهرهم « أنثوي » أو لأنهم شوهدوا وهم يتحدثون مع رجال في منطقة معروفة لدى الشرطة بتردد المثليين عليها. (...)، فقد قُبض على العديد من الرجال بدون أدلة، وأرغموا على الخضوع لفحص الشرج لإثبات ممارسة الجنس عن طريق الشرج، على الرغم من عدم توفر أي أساس علمي لمثل هذا الفحص (...)»⁸². فتجريم « العلاقات الجنسية المثلية » أو « اللواط » و« المساحقة » على معنى الفصل 230 من المجلة الجزائية « يؤجج العنف ضد الأشخاص ذوي الميول الجنسية المثلية » « ويخلق بيئة تسمح بتعرضهم إلى إساءة المعاملة من قبل الشرطة والمضايقة والترهيب من قبل عائلاتهم ومجتمعاتهم المحلية ».

وحسب تقرير منظمة العفو الدولية في تونس تعرض أشخاص من ذوي الميول الجنسية المثلية للطنع أو الجرح بالسكاكين والركل في الرأس والحرق بالسجائر والتهديد بالقتل بسبب هويتهم أو ميولهم الجنسية. « إلا أن البلاغات المقدمة إلى الشرطة غالباً ما كانت تُرفض أو يتم تجاهلها بسبب أحكام المادة 230. وفي بعض الحالات، وبدلاً من إجراء التحقيقات الواجبة في هذه الجرائم النابعة من رهاب المثلية أو رهاب التحول إلى الجنس الآخر. كما قامت الشرطة بتحذير أو تهديد الناجين، بمن فيهم النساء المثليات، لحملهم على سحب شكاواهم، إذا أرادوا عدم ملاحقتهم

⁸² مجدولينا مغربي: «تحدي محرمات رهاب المثلية في تونس» 30 سبتمبر 2015، منظمة العفو الدولية.

<https://www.amnesty.org/ar/latest/news/2015/09/challenging-tunisia-homophobic-taboos/>

قضائيا. وفي حالات أخرى استغلَّ أفراد الشرطة مخاوف الأشخاص ذوي الميول الجنسية المثلية والثنائية والمتحولين إلى الجنس الآخر ومختلطي الجنس من الملاحقة القضائية بغية إخضاعهم إلى الابتزاز والاستغلال وإساءة المعاملة الجنسية في بعض الأوقات⁸³. وبالتالي فإن الكشف على الهوية أو الميولات الجنسية التي تميزهم عن الصورة النمطية السائدة في المجتمع تعرض المثليين لجميع أشكال التمييز والتي تتعلق بتجريم أفعالهم وتصل إلى التعدي على حرمتهم الجسدية⁸⁴.

/ الفقرة الثانية / عدم التمتع محاكمة عادلة

« القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات. القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون »⁸⁵. لكن تجريم أفعال الأشخاص المثليين كان له تأثير على حق بعض الأشخاص في محاكمة عادلة⁸⁶. وذلك يعود إلى تكييف الأشخاص الذين ارتكبوا الفعل المجرم بالفصل 230 « اللواط » بطريقة مُطية تتأسس على قوالب جاهزة (أ) كما أدَّى هذا التكييف إلى إدانة الأشخاص المثليين على أساس العوامل المحيطة بالفعل المجرم بالفصل المذكور (ب).

أ. تكييف الأشخاص « المثليين » مبني على قوالب مُطية

يشكل تجريم المثلية بالقانون الجزائي خطرا. فالنصوص الشاملة والعامّة والغير واضحة تؤدي إلى تجاوزات وخروقات إضافة للإيقافات العشوائية. فهذه النصوص الغير دقيقة تعرض الموقوفين إلى فحوصات طبية مهينة⁸⁷.

⁸³ مجدولينا مغربي: نفس المصدر

JANSEN (S.) et SPIJKERBOER (T.): Feeling homophobia : Demandes d'asile liées à l'orientation sexuelle et à l'identité sexuelle en Europe, Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 2011, p.37 .

⁸⁴ Sur le sujet des problèmes auxquels les minorités sexuelles font face, voir WIRTH (L): "The problem of minority groups", in LINTON (R.) (dir.) The science of Man in the world crisis, Columbia University Press, New York, 1945, p. 347 et ZAHED (L-M): « L.G.B.T. musulman.es, du placard aux Lumières ! », Editions CALEM, Marseille, 2016, p. 82.

⁸⁵ الفصل 102 من دستور 2014.

⁸⁶ الفصل 108 من دستور 2014.

⁸⁷ FERCHICHI (W.): "Law and homosexuality: Survey and analysis of legislation across the Arab world", working paper prepared for the Middle East and North Africa, consultation of the Global Commission on HIV and the Law, 27-29 July 2011.

<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF/0576.pdf>

<http://www.hivlawcommission.org/index.php/working-papers/law-and-homosexuality-survey-and-analysis-of-legislation-across-the-arab-world/download>

Cité par PATTERSON (D.), EL FEKI (S.) and MOALLA (K.): "Rights-based approaches to HIV in the Middle East and North Africa region" in FREEMAN (M.), HAWKES (S.) and BENNETT (B.) (editors), Law and Global Health: Current Legal Issues, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 169.

فعبارة « اللواط » غير واضحة ويمكن أن تأوّل بطريقة واسعة وهو ما يتعارض والقاعدة الجزائية « لا تجريم بدون نص ». وكذلك مبدأ التأويل الضيق للنص الجزائري. فعند إيقاف المتهمين بإرتكاب فعل « اللواط » على معنى الفصل 230، على ماذا تؤسس السلطات اتهامها ؟ على أساس علاقة جنسية بين رجلين أم على أساس آخر؟ هل هذا الفعل جنسي بحت أم يشمل أفعالاً جنسية أخرى كالقبل أو اللمس بين شخصين من نفس الجنس؟⁸⁸

وعموماً، يجب التذكير بأن « اللواط » يتعلق بالميلوات المثلية والغيرية على حد السواء. فهي ليست ممارسة مثلية فقط ولا شرط « ملزم » في العلاقة المثلية. فالفكرة التي تربط اللواط بالمثلية الجنسية للذكور تتأتى أساساً من أن علاقة جنسية شرجية عقيمة. وهذه العلاقة الجنسية يعتبرها البعض مخالفة للطبيعة لأنها لا تلتقي مع الإنجاب. وبالتالي فإن القضاة يطبقون الفصل 230 لإدانة المثلية الجنسية للذكور.

بالرجوع للقانون الأمريكي نلاحظ أن التعريف التقليدي لعبارة « اللواط » يحيل على كل علاقة جنسية مع الحيوانات والطيور أو كل علاقة جنسية بين امرأة ورجل عن طريق الفم أو الشرج.⁸⁹ وقد وقع تعويض هذه العبارة في القانون الأمريكي بـ « العلاقة الجنسية المنحرفة ». حسب المجلة الجزائرية الأمريكية فإن هذه العلاقة لا يقع تجريمها إذا ما كانت بين راشدين برضائهما وفي السر وبدون إحداث هرج في الطريق العام.⁹⁰ أما إذا ارتكب هذا الفعل في مكان عام فذلك يعد « فعلاً فاحشاً » و« تجاهراً بما ينافي الحياء ».⁹¹

وأمام هذا الغموض لمعرفة معنى « اللواط »، يطبق القاضي العدلي الفصل 230 من المجلة الجزائرية بطريقة غمضية تتأسس على قوالب جاهزة مستمدة من ثقافته المحافظة. ففي البلدان التي يكون فيها الإسلام دين الأغلبية، تعتبر المثلية فعلاً مجرماً ومخالفاً للطبيعة وغير أخلاقي.⁹²

⁸⁸ FERCHICHI (W.) : « L'homosexualité en droit tunisien ou de l'homophobie de la règle juridique », in Monia LACH'HEB et Eric FASSIN (dir.), Être Homosexuel au Maghreb, IRMC- Karthala, 2016, p. 171 et s.

⁸⁹ "a person who carnally knows in any manner any animal or bird, or carnally knows any male or female person by the anus, or with the mouth, or voluntarily submits to such carnal a dead body, is guilty of sodomy"

KLOTTER (J-C): Criminal law, Anderson Publishing Company, Cincinnati (Ohio, USA), 2001, p. 145.

⁹⁰ "Deviate sexual intercourse is not criminal if both participants consent and each is of sufficient age and mental capacity to give consent and they conduct their relations in private and create no public nuisance".

KLOTTER (J-C): Idem, p. 147. Voir "Model Penal Code Annotated" 213.2,1985.

⁹¹ Commonwealth vs. Robert Wardell 128 Mass. 52 (1880). "Open and gross lewdness and lascivious behavior" is supported by proof that a man intentionally and indecently exposed his person, without necessity or reasonable excuse therefor, in the house of another, to a girl eleven years old. <http://masscases.com/cases/sjc/128/128mass52.html>

⁹² JAMA (A.): Citoyens interdits: les minorités sexuelles dans les pays musulmans : témoignages, H et O, s.l, 2010.

هذا ويتجلى التوصيف النمطي للأشخاص « المثليين » في استعمال القاضي لعبارات تصف سلوكيات بعض الأفراد.⁹³ وتتمثل هذه العبارات في تطويع القاضي للقاعدة حسب طبيعة المجتمع. ولذلك لكونه محافظا ومتشبثا بتعاليم الإسلام التي ترفض السلوكيات التي يعتبرها منحرفة.

بناء على ذلك وبالرغم من أن الفصل 230 يجرم « اللواط » و« المساحقة » فإن الردع القضائي يستهدف أساسا الذكور من « المثليين ». فعند الرجوع للفصل 230 نجد أن القاضي يستقي تفسيره لعبارة « اللواط » من المرجع الثقافي والإجتماعي لتكييف الفعل حالة بحالة. وعند التمعن في الأحكام القضائية الصادرة في حق شباب اتهموا بارتكاب « اللواط » على معنى الفصل 230 نلاحظ أن التسمية المسندة لهؤلاء الأشخاص مستندة على تكييف المجتمع المحافظ لها. ففي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقيروان في 2015، تمت إدانة 6 شبان بتهمة « اللواط »⁹⁴.

من بين العبارات المستعملة في نص الحكم عبارة « مثلي » لكن دون جدوى بما أن النص يستعمل عبارتي « لوطي » و« مثلي » كمترادفين.

ومن ناحية أخرى، يستعمل القاضي في الحكم التالي عبارات غمطية ذات مرجعية دينية ومحافظه تربط المثلية بالأنثوية « اعترف أنه مثلي ولوطي وأنه يحس أن الهرمونات الأنثوية بجسده تغلب عليه ». كما يستند على أدلة مبنية على أحكام مسبقة تصنف المثلي في خانة الإناث « كذلك تم العثور على فساتين نساء تنبئ عن الأفعال الشاذة التي تجمع لأجلها المتهمون ».⁹⁵

وما يثير الاستغراب هو أن القاضي في هذا الحكم يدين فقط « المثلي » السالب وليس الموجب وذلك بالإعتماد على أدلة مهينة وحاطة بالكرامة ويعتمد أيضا على إقرار المتهم بممارسته لـ « اللواط » منتهكا بذلك الحياة الخاصة والحميمية للفرد، « وحيث تعززت اعترافات المتهمين بما حققه الطبيب الشرعي من أن جميعهم يحمل بدبره علامات تعؤد قديم على اللواط السلبي و ظهور آثار داخل الشرج تدل على إيلاج عضو كالذكر في الأيام الأخيرة ».

كما يستعمل القاضي في نفس القضية عبارات تحقّر من الأشخاص المتهمين. مبنية أساسا على

⁹³ EDGARD (A-Z.) : « Pourquoi le juge intègre-t-il des stéréotypes culturels dans son discours ? Signes, Discours et Sociétés » [en ligne], 4. Visions du monde et spécificité des discours, 29 décembre 2009. Disponible sur Internet: <http://www.revue-signes.info/document.php?id=1280>. ISSN 1308-8378. Dernier accès le 15/10/16

BOURHIS (R-L.) et LEYENS (J-Ph.): Stéréotypes, discrimination et relations intergroupes, Editions Mardaga, Sprimont, 1998.

⁹⁴ حكم جناحي، المحكمة الابتدائية بالقيروان، قضية عدد 6782 بتاريخ 10/12/2015، غير منشور.

⁹⁵ حكم جناحي، المحكمة الابتدائية بالقيروان، قضية عدد 6782 بتاريخ 10/12/2015، غير منشور.

العقلية السائدة التي ترى في المثلي إنسانا غير سوي « اعتادو ممارسة الاتصال الجنسي غير الطبيعي (...) شذوا عن الممارسات الجنسية الاعتيادية ». إضافة إلى ذلك يستعمل القاضي عبارات تحيل على المرجعية الدينية « ويتحقق أفعال الفجور المتمثلة في تعاطي اللواط ».

هذا التكيف، بالإضافة للعبارات المستعملة، وقع استعارته من الثقافة والأدبيات العربية التي تدين بشدة « اللواط السلبي ». وذلك لأن المثلي السالب يوجد في وضعية دونية، وكونه، حسب الفكر المحافظ، يتشبه بالمرأة. ولذلك يعتبر هذا الفكر أن المثلي إنسان مريض مصرحا أن « الإصابة بالأبنة هو الذي سعى في تحصيلها وانقاد إليها باستسلامه للشطار يعملون به الفحشاء »⁹⁶.

إذ تحمل التسميات شحنة من المعاني المحقرة والمهينة. ولكن « اللوطي الموجب » يتمتع بحصانة إجتماعية لأنه يعتبر رجلا يمارس رجولته بشكل مفرط لأن مظهره وتصرفاته وسلوكه لا يستفزون المجتمع خلافا لـ « اللوطي السالب » الذي غالبا ما يتم تشبيهه بالخنث وناقص الرجولة وعارا على الرجال لذلك لا يتمتع بالحصانة الإجتماعية.⁹⁷

غير أن الدكتور ه ألفة يوسف لاتذهب في نفس الإتجاه معتبرة أن تجريم « اللواط » لا أساس له، داحضة بذلك الآراء القائلة بأن العلاقات الجنسية بين أشخاص من نفس الجنس غير أخلاقية « فاحشة قوم لوط لم تكن مجرد اتيان الرجال بل تجسمت في القيام بأفعال أخرى تهدد أمن الآخرين وسلامتهم في أجسادهم وأنفسهم » (...) « فاحشة قوم لوط قد تتجاوز الضرب و الحذف بالحجر و الشتم إلى مواجهة الرجال عنوة أي إلى اغتصابهم »⁹⁸. ولأن تجريم هذه العلاقات هو انتهاك للحق الدستوري وهو الحق في حماية الحياة الخاصة وحرمة المسكن.⁹⁹

⁹⁶ جوزيف مسعد: «اشتهاء العرب». دار الشروق، القاهرة، 2014 يستشهد في الهامش عدد 968 بتعريف الخطيب العدناني (محمد صالح السيد عدنان الموسوي) لعبارة المأبون في مؤلفه: «الزنا والشذوذ في التاريخ العربي»، مؤسسة الانتشار العربي، بيروت، 1999 ص. 126.

⁹⁷ عبارات يطلقها المجتمع الذي يرفض تغيير الصورة السائدة لثنائية الذكر والأنثى. في هذه الحالة، « اللوطي السالب » عبارة تطلق على الذكر الذي يأخذ دور الأنثى في العلاقة الجنسية مع ذكر آخر. أما « اللوطي الموجب » فهي عبارة تطلق على الذكر الذي يأخذ دور الذكر في العلاقة الجنسية مع ذكر آخر.

AL- TIFASHI (S-E-A): Nozhat al- albab fima la youjad fi kitab (The Delight of Hearts: Or What You Will Not Find in Any Book), Riad el-rayyes books Ltd. United Kingdom, 1992, p. 163 et s.

ABU-SAHLIEH (S-A): Religion et Droit dans les pays arabes, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2008, p. 204.

⁹⁸ ألفة يوسف: حيرة مسلمة: في الميراث و الزواج و الجنسية المثلية، دار سحر للنشر، تونس، 2013، ص. 185 و ص. 188.

⁹⁹ الفصل 24 من دستور 2014

يبدو أن القاضي لا يكتث للحريات المحمية دستوريا ويتعد عن مبادئ الحيادية والعدل والإنصاف والمساواة ويضع مفاهيم تمليها عليه الثقافة السائدة والظروف المحيطة بالفعل الذي من أجله يقع تتع الأشخاص المتهمين بإرتكاب « اللواط ».

التكييف المرتبط بالظروف

لتبرير تكييفه المخلوط للأشخاص المثليين، يركز القاضي على أدلة تنتهك حرمة الحياة الخاصة للأفراد. ففي الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقيروان في 2015 وقع إدانة أحد المتهمين بتهمة الإعتداء على الحياء على معنى الفصل 226 من المجلة الجزائية. معتبرا أن ما وجد في حاسوب المتهم الشخصي كاف لإدانته، « و حيث تم حجز جهاز حاسوب خزّن به مقطع فيديو يظهر ذكورا يمارسون اللواط (...) بشكل يسهل نشرها وترويجها...». في نفس السياق اعتبرت المحكمة الابتدائية بصفاقس في 2016¹⁰⁰ أن من بين أدلة الإدانة إقرار أحد المتهمين بقبول مبلغ مالي مقابل ممارسة علاقة جنسية مع المتهم الثاني. ومن بين الأدلة أيضا قام أعوان الشرطة بحجز عازل ذكري غير مستعمل ومادة لزجة.

وتجدر الإشارة أن القاضي يتوسع، من خلال الدليل الأول، في تأويل عبارة الفصل 230 من المجلة الجزائية، عكس ما يقره مبدأ التأويل الضيق للنص الجزائي، لتشمل ليس فقط « اللواط » كعلاقة جنسية بين رجلين بل وكأنه أيضا يجرم ممارسة الذكور للبغياء. وقد وقع اعتماد نفس الدليل لتطبيق الفصل 230 في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في 2013¹⁰¹، إذ خلافا للمبلغ المالي الذي عرضه المتهم على المتهم الثاني اعتمدت المحكمة أيضا كدليل « النظارات الطبية وجهاز حاسوب محمول » وغيره من الأشياء ذات القيمة المالية لإدانة المتهمين.

وفي هذه الحالة يتعد فقه القضاء عن التطبيق « التقليدي » للفصل 230 الذي يفسر « اللواط » على أساس أنه علاقة جنسية بين شخصين راشدين أحدهما موجب والآخر سالب، « جريمة الفصل 230 من القانون الجنائي إن ثبتت تستلزم وجود طرفين باعتبار كل منهما مسؤولا عما اقترفه ايجابيا وسلبيا¹⁰²».

أما في حالة الدليل الثاني الذي على أساسه أدين المتهمون، فينأى بنا أيضا عن تفسير عبارة « اللواط » كممارسة علاقة جنسية لتصحح الإدانة على أساس أشياء تدل على العلاقة الجنسية

¹⁰⁰ حكم جناحي المحكمة الابتدائية بصفاقس قضية عدد 1757 بتاريخ 09/03/2016 غير منشور.

¹⁰¹ المحكمة الابتدائية بتونس، قضية عدد 12799 بتاريخ 19 جوان 2013 غير منشور.

¹⁰² تعقيبي جزائي عدد 7335 مؤرخ في 15/05/1982 نشرية محكمة التعقيب القسم الجزائي عدد 2 سنة 1983، ص.ص. 199-200.

في ظاهرها وعلى أساسها يقع إجبار الموقوفين على الخضوع للتحاليل الطبية الشرجية. مع العلم أن العازل الذكري هو من المواد المرخص لها قانونا وتباع في الصيدليات وتقوم وزارة الصحة العمومية بتنظيم برامج توعية في خصوصها على كامل تراب الجمهورية.

والسؤال المطروح في هذا الإطار هو لمعرفة ما إذا كان الصيدلي سيتأكد من هوية الحريف الجنسية قبل أن يمهده بهذه الوسائل الوقائية التي يعتبرها القاضي وسائل إدانة.

هذا ويعتمد القاضي في بعض الأحكام التي قمنا بدراستها أدلة إدانة تنتهك الحياة الخاصة وبالتحديد سرية المراسلات وخاصة ما إذا كانت هذه المراسلات ذات طابع شخصي وحميمي، يسمح القاضي لنفسه من خلالها الإطلاع على العلاقات العاطفية للأفراد لإدانة الأشخاص على أساس هويتهم الجنسية الخارجة عن المعيار السائد وليس فقط على أساس الممارسة الجنسية، ففي قضية المحكمة الابتدائية بصفاقس « أجرى الباحث معاينة لإرساليات قصيرة على هاتف (...) وفيها مجادلة حول مبلغ 60 دينار مقابل تعاطي اللواط¹⁰³».

نفس الأدلة وقع استعمالها أيضا في قضية المحكمة الابتدائية بتونس، « وبعرض المحجوز المتمثل في 11 إرساليات الكترونية بين اسمين مستعارين (...) والتي تحتوي على حوار بين صاحبي الحساب الإلكتروني حول ممارسة جنسية وقعت بينهما قبل تاريخ التخاطب¹⁰⁴ (...)».

وفي سبتمبر 2015 تم القبض على شخص يبلغ من العمر 22 عاما وصدر بحقه حكم بالسجن لمدة سنة واحدة عن المحكمة الابتدائية في تونس في 22 سبتمبر 2015 بتهمة إقامة علاقات جنسية مثلية عقب إجباره على الخضوع لفحص شرجي من أجل « إثبات » ممارسة الجنس الشرجي بحقه. وقد كانت الضابطة العدلية بحمام سوسة قد استدعت المتهم بعد أن عثر ضابطها على رقمه مخزنا. بتاريخ 6 سبتمبر وقع العثور على هاتف رجل تعرض لجريمة قتل ووفق ما أفاد به محامي المتهم، فلقد اعترف موكله بإقامة علاقة جنسية مثلية مع القتيل بعد أن صفحه ضباط الشرطة وهددوا باغتصابه وإسناد تهمة القتل العمد إليه ما لم يدل باعترافاته. وفي 11 سبتمبر خضع المتهم عنوة لفحص شرجي بمستشفى فرحات حشاد بسوسة بناء على طلب من المحكمة¹⁰⁵.

¹⁰³ حكم جناحي المحكمة الابتدائية بصفاقس قضية عدد 1757 بتاريخ 09/03/2016 غير منشور.

¹⁰⁴ المحكمة الابتدائية بتونس، قضية عدد 12799 بتاريخ 19 جوان 2013 غير منشور

¹⁰⁵ «الإعتداء ثم الإتهام: العنف الجنسي والقائم على النوع الاجتماعي في تونس». منظمة العفو الدولية 2015. ص. 39 و ص. 41.

<https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3028142015ARABIC.PDF>

عدم الإلتفات لتدخل الدولة التعسفي في الحياة الخاصة للأفراد والتي يشجعها القاضي جعلت من قوات الأمن يستعملون الفصل 230 كسلاح ردعي للشرطة التي تحكم على أساس أدلة قوية وحتى في غياب أي ممارسة جنسية بين شخصين من جنس واحد.

لذلك فإن تجريم فعل « اللواط » تحت طائلة الفصل 230 جعل من بعض الأفعال (كاستعمال الواقي الذكري) وسائل إدانة. وفي نفس الوقت تستعمل السلطات دليل إثبات غير قانوني في المقابل (التحليل الشرجي) لأنه إعتداء على الحرمة الجسدية.

/ الفقرة الثالثة / الإعتداء على الحرمة الجسدية

أدانت لجنة مناهضة التعذيب الفحوص الطبية لإثبات الأفعال الجنسية بمناسبة النظر في التقرير الدوري الثالث لتونس في 2016¹⁰⁶. حيث اعتبرت « أن العلاقات بالتراضي بين أشخاص من نفس الجنس يعاقب عليها القانون في الدولة الطرف وأن المشتبه في كونهم مثليين يُجبرون بأمر من القاضي على إجراء فحص شرجي على يد طبيب شرعي لإثبات المثلية الجنسية لديهم. ورغم تمتع الشخص المعني بالحق في رفض إجراء هذه الفحوص، فإن اللجنة تشعر بالقلق إزاء المعلومات التي تؤكد أن العديد من الأشخاص قَبِلوا هذه الفحوص تحت تهديد الشرطة متذرعين، بذرائع منها، أن رفض الموافقة على إجراء الفحص قد يفسر على أنه ثبوت للتهمة ».

في نفس السياق، اعتبر المقرر الخاص المعني بمسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة أن الفحوص الطبية القسرية تعتبر من قبيل التعذيب. وأضاف أن « حظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة ينطبق على الأوضاع الفريدة التي تواجهها النساء والبنات والمثليات والمثليون ومزدوجو الميل الجنسي ومغايرو الهوية الجنسية وحاملو صفات الجنسين¹⁰⁷ ». كما اعتبر كذلك أن الفحوص الشرجية بدون موافقة المحتجزين تشكل ممارسة لاقيمة لها من الناحية الطبية وتكون بمثابة التعذيب أو إساءة معاملة.

في هذا الإطار نتساءل عن شرعية وقانونية الوسائل المستعملة للحصول على المعطيات التي يتم على أساسها إدانة هؤلاء الأشخاص. على أي نص قانوني يستند أعوان الضابطة العدلية التي تعطيهم السلطة للقيام بفحص شرجي للحصول على أدلة مادية تدين المشتبه فيه بإرتكاب

¹⁰⁶ الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثالث لتونس. نظرت لجنة مناهضة التعذيب في التقرير الدوري الثالث لتونس (CAT/C/SR.1398) وفي التقرير المحدث الإضافي (CAT/C/TUN/3/Add.1) في جلستها 1398 و1401 (انظر CAT/C/SR.1398) و1401 (المعقودتين في 19 و21 أبريل 2016. واعتمدت اللجنة في جلستها 1420 و1421 المعقودتين في 6 ماي 2016 ملاحظات ختامية من بينها الملاحظة في الفقرة 41.

¹⁰⁷ تقرير المقرر الخاص المعني بمسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة، 5 جانفي 2016.

فعل « اللواط » المجرم بالفصل 230 من المجلة الجزائرية ؟ (شرعية الدليل). وهل هذه الوسيلة قانونية ؟

بالنسبة لقانونية الوسيلة يمكن القول بأن إيقاف رجلين لأنهم اهتموا بممارسة « اللواط » على معنى الفصل 230 وإخضاعهم للفحوص الطبية لا سند قانوني له بما أن الفحص يتم تحت التهديد وبدون موافقة الموقوف للحصول على أدلة مادية تدينه.

بالإضافة إلى أن هذه الوسيلة تنتهك مبدأ حرمة الجسدية وكرامة الإنسان حسب ما جاء به الفصل 23 من دستور 2014 « تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد، وتمنع التعذيب المعنوي والمادي. ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم ». فكيف تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد إذا كانت تسمح لأعوان الشرطة بإجبار الموقوف على الخضوع لمثل هذه الفحوصات؟ وكيف يسمح القاضي لنفسه بإدانة شخص على أساس أدلة تنفي إنسانية الشخص وعلى أساسها يؤسس حكمه ؟

ويعدّ الفحص الطبي لإثبات ممارسة « اللواط » أيضا ضربا من التعذيب المعنوي الذي يتعرض له الموقوف في مراكز الإيقاف والذي يشيئ وتقع إهانته بالكشف قسرا عن أماكن حساسة من جسده أمام الطبيب الشرعي الملتزم بأخلاقيات المهنة. ثم إن هذا الفحص مخالف للفصل 23 المذكور وليس وسيلة ناجعة ولا كافية لأن « الإدانة لا تكون إلا بناء على أدلة قطعية في الثبوت¹⁰⁸ » لإثبات الفعل المجرم. فما سيثبته التقرير الطبي قد يكون ناتجا عن مرض أو إغتصاب وليس بالضرورة عن ممارسة جنسية، فضلا عن كونها وسيلة منافية للأخلاق.

ويضيف الأستاذ وحيد الفرشيشي في هذا الصدد أنه « حتى بتوفر العديد من الأدلة والآثار التي يمكن أن تؤكد أن الشخص يمارس اللواط السلبي، إلا أن ذلك لا يعني القطع بأنه فعلا يمارس ذلك إذ يمكن لأشخاص لم يمارسوا أبدا هذا الفعل ومع ذلك تكون لهم نفس أعراض ممارسي الأفعال السلبية سواء لأسباب بيولوجية أو لأسباب تعود لاصابات أو أمراض¹⁰⁹ ».

ويجب التذكير أيضا بأن هذه الوسيلة التي تعتبر بمثابة التعذيب تحيل على اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المؤرخة في 10 ديسمبر 1984 والتي صادقت عليها تونس في 23 سبتمبر 1988. غير أن تعريف التعذيب الوارد بالمجلة الجزائرية وحتى بعد تنقيح 2011 لا ينسجم مع تعريف الإتفاقية لذلك تعبر لجنة

¹⁰⁸ سميرة بيطام: حجية الدليل البيولوجي أمام القاضي الجنائي، أمواج للطباعة والنشر والتوزيع، عمان الأردن 2015، ص. 73.

¹⁰⁹ وحيد الفرشيشي: «السياسة، المثلية وفحوص العار في تونس»، المفكرة القانونية، جوان 2013

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=402>

مناهضة التعذيب عن قلقها «إذ لا يزال تعريف التعذيب الوارد في الفصل 101 مكرراً من قانون العقوبات، بصيغته المعدلة في عام 2011، غير منسجم مع التعريف الوارد في المادة 1 من الاتفاقية، لأنه لا يشير إلى « العقاب » بوصفه أحد الأغراض المحظورة في اللجوء إلى أعمال التعذيب، ويقصر العنصر المتعلق « بالتمييز » على « التمييز العنصري ». ويساور اللجنة القلق أيضاً من أن الفصل 101 مكرراً ثالثاً ينص على أن يُعفى من العقاب موظفو الحكومة أو من في حكمهم الذين يُبُغون عن أعمال التعذيب « بحسن نية »، وهو ما يفتح الباب أمام الإفلات من العقاب (المادتان 1 و4)¹¹⁰».

لذلك نتساءل إذا كان بالإمكان للموقوف على أساس اشتباهه بإرتكاب جريمة الفصل 230 أن يستعمل حقه في اللجوء للقضاء لتقديم شكاية في خصوص إجباره للخضوع للفحص الطبي الشرجي ضد أعوان الأمن؟ ويبدو ذلك صعباً بل من قبيل الخيال بما أن القاضي يبرر ما قام به أعوان الضابطة العدلية والطبيب الشرعي ويؤسس حكمه عليه. وكأن الفصل 230 من المجلة الجزائية ينص على تجريم « اللواط » بمجرد إثبات تقرير الطبيب الشرعي أن المتهم « متعود على اللواط ».

هذا ولا بد من التذكير بأن القاضي غير ملزم بالتقيد بتقرير المختص فتقرير هذا الأخير يكون على سبيل الإستعلام ويستأنس به القاضي لا غير، كما أنه ليس ملزماً بتضمينه في نص حكمه¹¹¹. « إن مهمة الطبيب الشرعي هو تبصير العدالة باعتباره خبيراً مختصاً أو مستشاراً فنياً في ميدانه، وعليه أن يقدم وجهة النظر الطبية حول المسألة المطروحة من الناحية التقنية (الفنية)، بكل نزاهة وأمانة علمية، وذلك بالإجابة على الأسئلة المطروحة عليه من طرف السلطة القضائية المكلفة¹¹²». لذلك لا يجب أن يحل الخبير محل القاضي ولا يجب أن يحل هذا الأخير محل الخبير ولكل اختصاصه¹¹³.

في الأخير، إن الفحص الشرجي ليس في خدمة الأمن ولا في خدمة الصحة العمومية طالما أنه إعتداء على الذات البشرية وإهانة للشخص. فإذا كانت القاعدة القانونية لا تحقق المساواة لكونها تجرم أفعالاً تؤدي إلى انتهاك الحياة الخاصة للأفراد بالتدخل في حياتهم الحميمة وتتجاوز ذلك لتبرر و« تشرعن » لوسائل إثبات غير علمية وبدون فائدة وتعتبر بمثابة التعذيب والإهانة. فإن عدم المساواة تأتي أيضاً من تهميش ثقافة الأقلية لصالح الإعتناء بثقافة الأغلبية.

¹¹⁰ لجنة مناهضة التعذيب، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الدوري الثالث لتونس. 6 ماي 2016، الملاحظة في الفقرة 7.

¹¹¹ الفصل 157 من مجلة الإجراءات الجزائية.

¹¹² سميرة بيطام: حجية الدليل البيولوجي أمام القاضي الجنائي، أمواج للطباعة والنشر والتوزيع، عمان الأردن 2015، ص. 81

¹¹³ ERWIN (D.) and SCHREIBER (H-L.): Medical responsibility in Western Europe: research study of the European science foundation, Springer Science and Business Media, New York, 2012, p.192.

(الباب الثالث)

القاعدة القانونية

« تضعها الأغلبية للأغلبية »

إذا اعتبرنا أن القانون هو قاعدة الأغلبية، فإن الأشخاص المنتميين إلى أقليات سيقع حجبهم. فالأغلبية تقرر والأقلية تنصاع. في هذه الحالة نتحدث عن الهيمنة، أي أن الأشخاص المنتميين للأغلبية هم من يمتلكون سلطة اتخاذ القرار وسنّ القوانين التي تترجم الثقافة السائدة. فالمهيمن هو الذي يضع القواعد ويفرضها أو كما أشار إليه الأستاذ علي المرزغني فإن « القانون تصنعه الأغلبية للأغلبية »¹¹⁴. إذ تقوم الدولة بفرض الثقافة المهيمنة عن طريق مؤسساتها وخاصة عبر الحكومة. وعلى سبيل المثال فإن سن قوانين تضع صراحة الإطار القانوني الذي يسهل الحياة العامة للأغلبية ويجعلها أكثر تعقيدا بالنسبة للأشخاص المنتميين للأقلية.

لكن بما أن إرادة الشعب هي مصدر كل السلطات في النظام الديمقراطي¹¹⁵، فإن تفضيل أشخاص على آخرين على أساس اتباعهم للسائد لا مكان له. فالديمقراطية تعني سلطة الشعب بكل أفرادها مهما كانت إختلافاتهم الظاهرة والباطنة وليس أغلبية الشعب¹¹⁶ وذلك حتى لا تصبح الديمقراطية تعكس سلطة الأغلبية للشعب¹¹⁷.

لذلك فعندما يروج القانون للثقافة المهيمنة، تصبح هذه الأخيرة مقصية لكل اختلاف ويؤدي ذلك إلى تهميش الأشخاص المنتميين إلى أقلية. وهنا نتحدث عن ثقافة مهيمن عليها وتصبح بمثابة ثقافة الأقلية التي تهدد الثقافة المهيمنة لأنها في نظر المنتميين للثقافة السائدة تأتي الثقافة الأقلية لتشوّه وتغير ماوقع بناؤه مسبقا.¹¹⁸

وتصبح بذلك الثقافة المهيمنة هي ثقافة من بيدهم مقاليد السلطة.¹¹⁹ وتمارس السيطرة بقوة القانون فهؤلاء هم من يضعون مجموعة القواعد ويوجهون السلوكيات والعنصر المحرك للأغلبية في هذه الحالة هو سيطرتها على كل مؤسسات الدولة لسنّ ودعم وترويج القواعد (من بينها السائدة اجتماعيا) لخدمة مصالحها على حساب الأشخاص المنتميين لأقليات لأنهم لا يتفوقون معهم في العناصر المكونة للثقافة السائدة.

¹¹⁴ MEZGHANI (A.): Lieux et non-lieu de l'identité, sud éditions, Tunis, 1998, p. 65.

¹¹⁵ KELSEN (H.): La démocratie, sa nature, sa valeur, traduit de l'allemand par Charles Eisenmann, Paris Librairie générale du recueil, Sirey, 1932, p. 7.

¹¹⁶ الشعب هو صاحب السيادة في دولة مدنية تقوم على إرادة الشعب. الفصلان 2 و3 من دستور 2014.

¹¹⁷ EMIPHE (M.) et CISHUGI (J-B.): L'idée d'un gouvernement mondial: pour la paix et la fraternité universelles, Editions Publibook, Saint-Denis, 2016, p. 157 et s.

¹¹⁸ Voir PESTIEAU (J.): Les citoyens au bazar : mondialisation, nations et minorités, Presses Université Laval, Québec, 1999, p. 73.

¹¹⁹ مثال الشيعة في البحرين هم عدديا أكثر من السنة لكن السنة هي المهيمنة لأنها تملك مفاتيح السلطة لذلك فالشيعة من فئة الأقلية المحقرة أو عديمة الحقوق. فالشيعة في البحرين لا يشغلون إلا بنسبة 18% من مناصب الوظيفة العمومية. KASSIS (R.) et DEL VALLE (A.): Le Chaos Syrien, printemps arabes et minorités face à l'islamisme, Editions Dhow, Paris, 2014. WOEHLING (J.): "Les trois dimensions de la protection des minorités en Droit constitutionnel comparé", Revue de droit de l'université de Sherbrooke, 2003-2004, volume 34, p. 93.

فهذه القوانين والقواعد قد لا تأخذ بعين الاعتبار تطلعات واختلافات الأشخاص المنتمين لأقليات، ف« أغلبية المواطنين يعيشون في ظل قوانين ارتضوها، بينما أقلية المواطنين فرضت عليهم تلك القوانين، وهكذا يكون تقرير المصير بالنسبة للأغلبية تقريبا مفروضا بالنسبة للأقلية (...) لذلك يبدو عمليا أن الأغلبية هي التي تحكم وتخضع الأقلية لقراراتها»¹²⁰.

لذلك، فإن العناصر المكونة لقرارات وقواعد الأغلبية تتأتى من الثقافة السائدة العربية والإسلامية والتي يمثلها من جهة، الدين (المبحث الأول) واللغة (المبحث الثاني) من جهة أخرى.

(المبحث الأول)

القانون يصنف الإسلام كدين مهيم

تتكفل الدولة بكل مظاهر الدين المهيم مع ترك جانب كبير من الحرية للأديان الأخرى لتسيير شؤونها بنفسها (الفقرة الأولى). هذه الهيمنة التي يكرسها القانون للدين الإسلامي أدت إلى تدخل الدولة في بعض جوانب من الحياة الخاصة للأفراد (الفقرة الثانية).

/ الفقرة الأولى / الدولة تهتم أساسا بالدين المهيم

ينص الفصل الأول من دستور 2014 على أن « تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها ». يحيل هذا الفصل على أن الدولة التونسية هي التي تتكفل بمؤسساتها المنبثقة والمستمدة شرعيتها من سيادة الشعب بإدارة وتسيير شؤون الدين الإسلامي¹²¹ وذلك حتى لا يكون الدين الإسلامي تحت سيطرة رجال الدين¹²². فالدولة مثلا هي التي تحكم سيطرتها على المساجد¹²³. وهي التي تمول وتعين وتتكفل بخلاص رواتب الأئمة وفي بعض الأحيان تفرض مضمون الخطاب الديني الموجه للمنتميين للدين الإسلامي.

¹²⁰ إيهاب سلام : الديمقراطية في الميزان، كتاب الجمهورية، القاهرة، 2011، ص. 187.
DUMAS (C.) et COVO (J.): Minorités et marginalités en Espagne et en Amérique Latine au XIXe siècle, Presses Universitaires de Lille, Lille, 1990, p. 212.

¹²¹ AMOR (A.): "Constitution et religion dans les Etats musulmans", in Cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel, 10ème session, Tunis, 1994, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 44.

¹²² PLONGERON (B.): Théologie et politique au siècle des lumières (1770-1820), Librairie Droz, Genève, 1973, p. 354.

¹²³ حسب ما جاء في تقرير وزارة الشؤون الدينية لسنة 2014 على المستوى المركزي: تواصلت جهود الوزارة في مجال استرجاع المساجد الخارجة عن السيطرة (منذ 2011) البالغ عددها 149 منذ شهر فيفري 2014، وتمثلت الإستراتيجية التي تم اعتمادها في تنسيق الجهود على المستوى المركزي بين ممثلين عن وزارة الشؤون الدينية وممثلين عن وزارة الداخلية ووزارة العدل والمكلف العام بنزاعات الدولة والقيام بإجراءات التنوع العدلي ضد المستولن على خطط مسجدية.

http://www.affaires-religieuses.tn/uploads/media/rapport_mar_2014.pdf

والسؤال الذي يطرح في هذا المستوى هو لمعرفة ما إذا كان هذا تطبيقا لما جاء بالفصل 6 من دستور 2014 على أن « الدولة راعية للدين »؟ فهل هو الدين الإسلامي بما أن العبارة جاءت في صيغة المفرد كما هو الشأن بالنسبة للفصل الأول؟ غير أنه في نفس الفصل تكفل الدولة بممارسة الشعائر الدينية. فهل هي الشعائر الدينية الخاصة بالدين الإسلامي أم أيضا الشعائر الدينية للأشخاص المنتمين إلى أقليات؟

فلا بد من التذكير أن القانون الذي ينظم العلاقات بين المواطنين هو قانون وضعي وليس قانون ديني. وهذا لم يمنع الدولة من الإعتناء بالدين الإسلامي وترك جانب من الحرية للأديان الأخرى المنظمة بقوانين وضعية (في دولة مدنية) أيضا أن تسير شؤونها بنفسها.¹²⁴ أما من ناحية أخرى، « فالدول ذات الأغلبية المسلمة تصبح دول مدنية عندما لا تركز السلطة السياسية على البعد الديني. لأن الدولة التي لا تحتاج لأن تؤسس هويتها على دين الأغلبية لا تعدو إلا أن تكون متسامحة¹²⁵ ». «

وبالإضافة لذلك فإن الإلتزام الإيجابي المحمول على الدولة لتفعيل الحقوق يتطلب منها اتخاذ الإجراءات اللازمة¹²⁶. فتتخذ الإلتزامات أنيط بعهدة مختلف الهياكل الإدارية والتي تهتم بشؤون الأقليات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

لكن وظائف هذه الهياكل محدودة ولا تهتم بصفة رئيسية بشؤون الأقليات الدينية ومثال ذلك وزارة الشؤون الدينية والتي يأخذ فيها الدين الإسلامي نصيب الأسد بالمقارنة مع شؤون الأقليات الدينية وكأنها وزارة « الشؤون الإسلامية ». فمن خلال هذه الوزارة تقوم الدولة بمقتضى القانون الوضعي بتحديد الإطار والحدود المتعلقة بديانة الأغلبية.

فمنذ الإستقلال تضع السلطة السياسية سياسة الدولة في المجال الديني. ويسمى هذا ب«دولة الدين» أي أن الدولة تسهر على وضع الإطار القانوني لممارسة الدين الإسلامي¹²⁷ في دولة مدنية

¹²⁴ MEHREZ (M.): «Laïcité et Etat Civil, quel rapport?», Portimão, n° 5, 2014, pp. 169-178.

¹²⁵ MEHREZ (M.): Ibid., p. 177.

¹²⁶ DUMONT (H.) et HACHEZ (I.): « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'Homme, dans quelles limites ? », in CARTUYVELS (Y.) (dir.) Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal? , Facultés Universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2007, p.53. Voir aussi : CHOLEWINSKI (R.): «State duty towards ethnic minorities: positive or negative? », H.R.Q., 1988, pp. 344-371.

¹²⁷ CHERIF (M-H.): « Hommes de religion et pouvoir dans la Tunisie de l'époque moderne », Annales Économies, Sociétés, Civilisations, 35^e année, n°3-4, 1980, pp. 580-597. BRAS (J-Ph.): « L'islam administré: illustrations tunisiennes » in KERROU (M.) (dir.) Public et privé en Islam, espaces, autorités et liberté, Maisonneuve et Larose, IRMC, Paris, 2002, p.229. BRUNSCHVIG (R): « Justice religieuse et justice laïque dans la Tunisie des deys et des beys jusqu'au milieu du XIXe siècle », in BRUNSCHVIG (R.), Etudes d'islamologie, Maisonneuve et Larose, Paris, 1976, pp. 219-269.

وديمقراطية تحترم حقوق الإنسان ومبدأ التعددية باستعمال القانون الوضعي¹²⁸.

وبذلك يصبح الدين في خدمة الدولة وليس بالعكس الدولة في خدمة الدين. وقد وقع تكريس هذا التوجه منذ أشغال المجلس القومي التأسيسي في 1956 فيما يخص الفصل الأول من الدستور وعبارة « دينها الإسلام »¹²⁹.

بالرغم من التنصيص على الديانة المهيمنة في دستور 2014 أو في نصوص أخرى فإن هذا لا يمنع من وجود ديانات أخرى في تونس. فالديانة المهيمنة هي الإسلام السني الأشعري المالكي لكن في نفس الوقت يوجد اعتراف رسمي بالديانة اليهودية والكاثوليكية واللذان يتميزان بمؤسساتهما الدينية التي يقومون بإدارتها بأنفسهم كما هو وارد في النصوص التي تنظم كل منهما.

أما فيما يخص القانون المتعلق بنظام شعائر الديانة الموساوية والذي وضع بعد الإستقلال في 11 جويلية¹³⁰ 1958 والذي يهدف لإصلاح نظام الديانة الموساوية حسب ما جاء في مقدمة هذا القانون لضمان الحقوق والواجبات لجميع المواطنين بدون ميز. أحدث ما يسمى بـ « الجمعيات الدينية الإسرائيلية » والتي تتولى إدارة الشعائر الدينية الإسرائيلية وبالخصوص إدارة مالها من منقول وعقار وما هو مخصص لتلك الشعائر وتنظيم التعليم الديني وإدارة المعاهد التي تقوم به وابداء رأيها في جميع المسائل التي تهم القيام بالشعائر الدينية الإسرائيلية التي ترى الحكومة مصلحة في استشارتها ولا سيما تسمية كبير أئمة تونس.

لكن هذا القانون يبدو منتهي الصلوحية لكونه وضع في فترة ما بعد الإستقلال ولم يعد يخدم اليوم مطالب يهود تونس ولا يضمن لهم حماية واضحة.

أما بالنسبة للكاثوليكية فتتظم طبقا لاتفاقية بين الحكومة التونسية والفاتيكان موقعة في 9 جويلية 1964 تسمى « *modus vivendi* » والتي تضبط طريقة تواجد الكنيسة الكاثوليكية في وهي الكنيسة الأكثر تواجدا في تونس، أكثر من ألف مبنى تابع للكنيسة كالمدارس والمستشفيات قبل الاستقلال كانت في تونس لم يتبق منها سوى 270 مبنى وقع وضعها تحت إشراف وزارة الثقافة في 1964 ولم يبق اليوم منها سوى 12 تحت تصرف الكنيسة. لكن هذه الاتفاقية الدولية والمتضمنة لبند يمنع التنقيح، قد قامت بتقييد أنشطة وخدمات مؤسسة الكنيسة (علاج،

¹²⁸ BEN ACHOUR (S.): « Les convictions religieuses face au Droit positif », in Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs, textes présentés au Colloque international de Moncton 24-27 août 2008, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp.141-143.

¹²⁹ الشاذلي النيفر: « مسألة الإسلام واللغة أمام المجلس القومي التأسيسي », منشور في أعمال ملتقى حول المجلس القومي التأسيسي انعقد في كلية الحقوق بتونس أيام 31-30-29 ماي 1984. منشورات كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 1986. ص 183.

¹³⁰ قانون يتعلق بنظام شعائر الديانة الموساوية، الرائد الرسمي عدد 55 بتاريخ 11 جويلية 1958. ص. 921.

تدريس، اعانات...) فقد كانت متاحة فقط للقساوسة والرهبان.

بالرغم من الحرية المسندة للأديان الأخرى لتسيير شؤونها بنفسها إلا أن الدولة قد تتدخل للمساعدة فقط وليس للتسيير. لا تتمثل مهمة الدولة في هذه الحالة في إدارة شؤون الأقليات الدينية بل في مراقبة أن شؤونها تسير على أحسن مايرام.

ففي التقرير الصادر عن وزارة الشؤون الدينية في 2012¹³¹ تشير الوزارة إلى العناية بشؤون الأقليات الدينية، غير أنها عناية محتشمة بالنظر إلى تخصيص صفحة واحدة للأقليات الدينية مقابل 20 صفحة للدين الإسلامي في التقرير.

وقد جاء بالتقرير في إطار العناية بشؤون الأقليات الدينية في تونس تم إنجاز ما يلي :

- الموافقة على تجديد الإقامة لعدد من الرهبنة والقساوسة بمختلف الجنسيات وعلى منح الإقامة لعدد منهم،
- متابعة الحركة التبشيرية التي يقوم بها بعض القساوسة وخاصة القوقوف عند نوعية المنشورات التي يتم توزيعها بمحطات القطارات وبصناديق البريد لمختلف الشرائح الاجتماعية، وذلك من خلال بعض المراسلات التي يوفينا بها الأخوة الوعاظ الجهويين ببعض الجهات (وهي قليلة جدا)..
- متابعة بعض الإشكالات العقارية والقانونية التي أفادتنا بها بعض المؤسسات الخيرية اليهودية ومحاولة حلها بالتنسيق مع الجهات المعنية.
- تذليل بعض الصعوبات المالية التي تعرضت لها هيئة المعبد الكبير بالغربية أثناء تنظيمها لموسم الحج بالمعبد، وذلك بتخصيص مبلغ مالي من قبل الوزارة كمساهمة في تهيئة وصيانة وتعهده هذا المعبد.
- مواكبة الوزارة لموسم الحج بالغربية من خلال إرسال وفد يمثل وزارة الشؤون الدينية لتقديم التهئة بهذه المناسبة والاحتفال بهذا العيد مع اليهود التونسيين والوافدين من خارج تونس.
- المتابعة الإعلامية لمشاغل المواطنين التونسيين اليهود ومحاولة إيجاد الحلول للجالية المسيحية بتونس
- وخاصة تسوية وضعية بعض الكنائس بالتنسيق مع السلطات المحليّة والجهوية.

¹³¹ تقرير حول نشاط وزارة الشؤون الدينية بعنوان سنة 2012، ص. 20.

http://www.affaires-religieuses.tn/uploads/media/rapport_2012.pdf

- لقاء السيد الوزير بممثل الجالية المسيحية السيد جوزاف بوزميت وممثل الجالية اليهودية السيد حايم بيتان يوم 10 أفريل 2012.

ويبدو أن مساعدة الأقليات الدينية من قبل سلطات الدولة لم تمنع حدوث تجاوزات وتدخل تعسفي في الحياة الخاصة للأفراد (على أساس معتقداتهم).

/ الفقرة الثانية / الدولة تتدخل في الحياة الخاصة للأفراد

عدم التدخل في الحياة الخاصة يعني أيضا الحق في الطمأنينة¹³² وعدم المضايقة والحق في الهدوء¹³³. فلكل فرد الحرية في إظهار أو عدم إظهار دينه أو معتقده وذلك بأن لا يجبر أحدا على البوح بانتمائه الديني أو عدم انتمائه لأي طائفة دينية. لكن بعض النصوص الترتيبية في تونس لا تتطابق ومبدأ الحرية الشخصية فيصبح بذلك الفرد مجبرا على اعتناق الإسلام ويصبح بالتالي اعتناق الإسلام وكأنه شرط رئيسي لممارسة بقية الحقوق. ويعتبر هذا تعدد على معتقدات الفرد.

نذكر من بين هذه النصوص المنشور عدد 39 من الوزير الأول إلى السادة ضباط الحالة المدنية عن طريق وزير الداخلية والمؤرخ في 14 ماي 1988 والذي يفرض على غير المسلم الراغب في الزواج من تونسية مسلمة الحصول على شهادة في اعتناق الإسلام. وتسلم هذه الشهادة من مفتي الجمهورية لتقديمها عند إبرام عقد الزواج بتونسية مسلمة.

وبالتالي فإن هذه الوثيقة الإدارية تجبر الفرد على تغيير دينه واعتناق الديانة المهيمنة وهذا ما يكرس عدم المساواة بين المسلمين والأشخاص المنتمين إلى أقليات دينية أو لادينية. فهذا التمثي سيحرم التونسي اليهودي والمسيحي والملحد من ممارسة حقوقهم كبقية المواطنين على أساس معتقداتهم ومن ذلك حرية اختيار القرين.

إذ لا يتماشى هذا المنشور ومقتضيات توطئة دستور 2014 التي تكرس المساواة بين المواطنين والمواطنین. هل يجب أن يكون الفرد مسلما ليكون مواطنا تونسيا؟ وهل يجب عليه أن يعتنق الإسلام كدين مهيمن للمجتمع حتى يعترف به في المجتمع التونسي ويتزوج من تونسية؟ ثم ماذا سيكون حال التونسية المسلمة أو غير المسلمة أو حتى غير المؤمنة؟ ألا يمكن لها أن تختار قرينها إلا إذا اعتنقت الإسلام؟ ماذا عن مبدأ المساواة في الزواج بين المرأة والرجل كما هو منصوص عليه في الدستور¹³⁴ واتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة

¹³² RAVANAS (J): « La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image », L.G.D.J., Paris, 1978, p. 518.

¹³³ BEIGNIER (B): « La protection de la vie privée », in CABRILLAC (R) et al. (sous la direction de) « Libertés et droits fondamentaux », Dalloz, Paris, 2005, p. 151.

(سيداو)¹³⁵ ؟ هل الرجل مواطن أكمل حقوقا من المرأة إذ لايشمله شرط الإسلام إذا تزوج من امرأة غير مسلمة ؟ ثم هل أن التونسي المسلم أكثر مواطنة من التونسي الغير مسلم أو الغير مؤمن ليتمتع بحقوق أكثر من هذا الأخير ؟ ثم إن هذا التدخل في الحياة الخاصة ومنها الدينية ينتهك حماية المعطيات الشخصية كما نص على حمايتها الفصل 24 من دستور 2014. وفي نفس السياق يحجر الفصل 14 من قانون المعطيات الشخصية « معالجة المعطيات الشخصية التي تتعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة (...) بالمعتقدات الدينية أو بالأفكار (...) الفلسفية (...)»¹³⁶. ففي هذه الحالة، هل ستحرم المرأة التونسية من حقها في الزواج لأنها اعتنقت ديانة أخرى ؟ ثم إن هذه الوثيقة الإدارية ليست دليلا قاطعا على اعتناق الفرد للدين الإسلامي. فالأمر يتعلق بـ « مسألة عقائدية باطنية »¹³⁷ و« مسألة باطنية خاصة بالأفراد»¹³⁸ « فاعتناق دين معين يهم سرائر الأشخاص ومعتقداتهم»¹³⁹ حسب بعض الأحكام الصادرة عن القضاء العدلي.

لذلك، يعتبر فرض اعتناق ديانة على شخص لأنها ديانة الأغلبية أداة في يد السلطة يحد بها من الحقوق المضمونة لكل الأفراد بدون تمييز. فيجب على الدولة أن تعامل كل الأديان على قدم المساواة وألا تقوم بتفضيل دين على آخر أو معتقد على معتقد آخر بمجرد أنه هو السائد والمهيمن في المجتمع. لذلك يجب على الدولة ألا تستعلم على إنتماء الأشخاص لهذا أو ذلك الدين كما هو الحال عندما يفرض القانون وثيقة إدارية تثبت إعتناق دين الإسلام.

من بين النصوص الأخرى أيضا والتي تتدخل في معتقدات الأفراد، المنشور المؤرخ في 5 نوفمبر 1973 (والذي ألغي بمنشور¹⁴⁰ وزير العدل في 2017¹⁴¹) والذي يكرّس مايسمى بـ «التزاوج الداخلي» أي داخل نفس المجموعة وهو ما نص عليه هذا المنشور الذي يحجر على ضباط

¹³⁵ المؤرخة في 18 ديسمبر 1979. تاريخ بدء النفاذ: 3 سبتمبر 1981 والتي صادقت عليها تونس في 20 سبتمبر 1985. في 24 أكتوبر 2011 وقع إصدارالمرسوم رقم 103 الذي رفع تحفظات الدولة التونسية على المواد 9 و 15 و 16 و 29 من اتفاقية سيداو. وقامت الحكومة التونسية بنشر هذا المرسوم في الرائد الرسمي. في 23 أبريل 2014، أكدت الأمم المتحدة أن تونس أعلمتها بشكل رسمي برفع تحفظاتها على اتفاقية سيداو.

¹³⁶ قانون أساسي عدد 63 بتاريخ 27 جويلية 2004 يتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

¹³⁷ حكم المحكمة الابتدائية بتونس عدد 66229 بتاريخ 1 مارس 2008، مجلة القضاء والتشريع عدد 3، مارس 2009، ص. 213.

¹³⁸ حكم المحكمة الابتدائية بتونس عدد 7602 بتاريخ 18 ماي 1999، المجلة القانونية التونسية، 2000، ص. 246.

¹³⁹ حكم المحكمة الابتدائية بالمنستير عدد 8179 بتاريخ 1 نوفمبر 1994، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 2002، ص. 105.

¹⁴⁰ جاء هذا المنشور أيضا لتكريس حقوق المرأة الواردة بالفصل 46 من دستور 2014 والقانون الأساسي عدد 58 لسنة 2017 مؤرخ في

11 أوت 2017 يتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة والذي يعرف التمييز ضد المرأة بالفصل 3 كما يلي:
« كل تفرقة أو استبعاد أو تقييد يكون من آثارها أو أغراضها النيل من الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات على أساس المساواة التامة والفعلية في الميادين المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها بغض النظر عن اللون أو العرق أو الدين أو الفكر أو السن أو الجنسية أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية أو الحالة المدنية أو الصحة أو اللغة أو الإعاقة.»

¹⁴¹ Cf. « Etat des libertés individuelles en Tunisie 2017 : Les violations continuent et s'intensifient », p. 17. Disponible sur le lien: http://www.adlittn.org/sites/default/files/fr_redui_1.pdf

الحالة المدنية إبرام عقود الزواج بين التونسية المسلمة وغير المسلم، وذلك « محافظة منه على الأصالة الإسلامية للعائلة التونسية، و بعدا لها عن جميع الجوازم الغربية التي ترفضها هذه الخلية بحكم شرعها و تقاليدها، و لا تنسجم معها بأي حال من الأحوال ». فالغاية من هذا « الزواج الداخلي » هو تجنب الإختلاط الديني وتصاحبه الأحادية اللغوية التي تساهم في تهميش ثقافة الأقلية.

(المبحث الثاني)

القانون يجعل من اللغة العربية اللغة المهيمنة

لا تحتل اللغة الغير مهيمنة نفس المكانة التي تحتلها اللغة العربية كلغة رسمية للدولة التونسية (الفقرة الأولى). هذا ما أدى إلى تهميش لغة الأقلية وتغييب التنوع الثقافي (الفقرة الثانية).

/ الفقرة الأولى / هيمنة اللغة العربية في جميع الميادين

إن اللغة المهيمنة أو السائدة هي اللغة الرسمية. إذ يعترف الدستور بالعربية كلغة رسمية كما هو الأمر أيضا بالنسبة لبقية النصوص التشريعية والترتيبية. كما أن مركزها الرسمي المعترف به في الدستور يمنحها الشرعية الرسمية في التواصل حتى يتم فرضها كأداة تواصل وطنية. فاللغة الرسمية هي اللغة التي تتعامل بها السلطات العمومية في خطاباتها الرسمية ومراسلاتها ووثائقها وسجلاتها.

ف« كل لغة إلا ولها رمزية خاصة ومكانة متميزة في نفوس مستعمليها لا تدانيها في ذلك أية لغة أخرى. وهي جميعها تعبر عن وجدان أصحابها وثقافتهم وتجسد هويتهم المتفردة (...)». وتقوم اللغات ببعض الوظائف « مثل وظيفة الإتصال والتعبير عن أغراض المتكلمين بها والتأثير في نفسية المتلقي¹⁴²».

وتتميز تونس بالأحادية اللسانية والتي تؤدي لهيمنة لغة واحدة مقابل إهمال لغة الأقلية إلى حدّ النسيان وإلى أن يصل بها الأمر إلى الإنقراض التام. ومن وسائل إهمال لغة الأقلية عدم تقديم الدولة لأي مساعدة لدعم تدريس هذه اللغة. فتنفق بذلك الأقلية على تعليم لغتها بمفردها وتحمل وحدها الأعباء المالية وهي تختلف عن حالة قمع لغة الأقلية التي لا تسمح باستخدام هذه اللغة في مدارسها الرسمية وتفرض عقوبات على من يستعملها. إلا أن هذه الحالة الأخيرة لا تمثل حالة القانون التونسي¹⁴³.

¹⁴² عبد العلي الودغيري: لغة الأمة ولغة الأم عن واقع اللغة العربية في بيئتها الاجتماعية والثقافية، دار الكتب العلمية، بيروت 2013، ص. 92.

¹⁴³ محمد علي الخولي: الحياة مع لغتين : الثنائية اللغوية، دار الفلاح للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص. 58-56.

وبمقارنتها بالعربية، تعاني الأمازيغية في تونس من التهميش والنسيان وهو ما أدى إلى تخفي الناطقين بالأمازيغية. زيادة على ذلك، فلا وجود لإحصائيات رسمية حول الناطقين بالأمازيغية حتى أن الدولة التونسية لا تأخذ بعين الاعتبار في تقاريرها الموجهة لهياكل الأمم المتحدة التركيبية الديمغرافية.

وعلى إثر الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز العنصري الموجهة لتونس¹⁴⁴، عبرت اللجنة عن قلقها إزاء « غياب بيانات إحصائية عن التكوين الإثني للمجتمع التونسي، توصي اللجنة الدولة الطرف بأن تقدم تقديراً للتكوين الديموغرافي للسكان في تقارير لاحقة ». وفي ظل غياب سياسة لغوية وثقافية واضحة تجاه الناطقين بالأمازيغية، « تلاحظ اللجنة أن الدولة الطرف لم تقدم معلومات عن السكان البربر (أو الأمازيغ) وعما اتخذ من تدابير لحماية وترويج ثقافتهم ولغتهم. ونظراً لعدم ورود أية إشارة في التقرير إلى هذه الفئة، تطلب اللجنة معلومات ملموسة عن حالة البربر وتوصي بإيلائهم المزيد من الاهتمام بوصفهم عنصراً محدداً يدخل في تكوين سكان تونس ».

ففي البلدان المجاورة كالجزاير يبدو الوضع مختلفا حيث وقع الاعتراف بالأمازيغية كلغة رسمية منذ التعديل الدستوري في 2016. فبمقتضى الفصل 4 « تمازيغت هي كذلك لغة وطنية ورسمية. تعمل الدولة لترقيتها وتطويرها بكل تنوعاتها اللسانية المستعملة عبر التراب الوطني¹⁴⁵ ».

كما أنه في 2011، قامت المغرب أيضا بتعديل دستوري أصبحت بمقتضاه الأمازيغية كالعربية لغة رسمية وذلك حسب الفصل 5، إذ « تعد الأمازيغية أيضا لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيدا مشتركا لجميع المغاربة بدون استثناء¹⁴⁶ ».

أما في تونس، فتؤكد النصوص القانونية على المركز الأول والمهيمن للغة العربية المستعملة في كل المجالات¹⁴⁷.

¹⁴⁴ الملاحظات الختامية للجنة القضاء على التمييز العنصري (18) CERD/C/SR.1575 (2003) على التقارير الدورية الثالث عشر إلى السابع عشر لتونس على إثر نظر اللجنة في التقارير الدورية الثالث عشر إلى السابع عشر لتونس، التي قُدمت كوثيقة واحدة (CERD/C/431/Add.4)، في جلستها 1560 و 1561 و CERD/C/SR.1560 (1561)، المعقودتين في 6 و 7 مارس 2003. الفقرة 252 والفقرة 253.

¹⁴⁵ قانون رقم 16 - 01 مؤرخ في 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 مارس 2016.

¹⁴⁶ قرار المجلس الدستوري رقم 815.2011 صادر في 14 جويلية 2011 المعلن عن نتائج الإستفتاء في شأن مشروع الدستور الجديد.

¹⁴⁷ قرار بلدية تونس المؤرخ في 6 أوت 1957، مجلة الإجراءات الجزائرية، قانون عدد 65-91 المؤرخ في 29 جويلية 1991 والمتعلق بالنظام التربوي، قانون توجيهي عدد 80 لسنة 2002 المؤرخ في 23 جويلية 2002 يتعلق بالتربية والتعليم المدرسي، قانون عدد 19 لسنة 2008 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتعلق بالتعليم العالي.

فمثلا بالنسبة للمطبوعات الإدارية « تعتمد اللغة العربية في إعداد نماذج المطبوعات الإدارية ويمكن عند الإقتضاء إضافة ترجمة لها في لغة أو لغات أجنبية¹⁴⁸ ».

أما فيما يخص الجنسية، فإن اكتساب الجنسية التونسية بالتجنيس يخضع لشرط المعرفة باللغة العربية. وهذه الأخيرة هي أيضا لغة المحاكم فكل المرافعات وتحرير عرائض الدعوى تتم باللغة العربية الفصحى¹⁴⁹. ففي نفس السياق، « يكون نشر القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية باللغة العربية. ويتم كذلك نشرها بلغة أخرى وذلك على سبيل الإعلام فحسب¹⁵⁰ ».

أما فيما يخص السلطة التشريعية، ف« تجري مداوات مجلس نواب الشعب باللغة العربية ويسهر مكتب المجلس على توفير الوسائل والآليات الضرورية لتيسير مشاركة الأعضاء الذين لا يتقنون اللغة العربية في أعمال اللجان والجلسة العامة بما في ذلك تسهيل تمكنهم من اللغة العربية¹⁵¹ ».

لكن ما يجب الإشارة إليه أن اختيار اللغة يتعلق بحرية التعبير وأن هيمنة لغة واحدة يحول دون ممارسة هذا الاختيار. وهذا ما يسمى بالأحادية الألسنية أو « وحدانية اللغة » أي تفضيل لغة واحدة على الصعيد السياسي والإقتصادي والإجتماعي والقانوني والثقافي ... ويشير الأستاذ أمين محفوظ في هذا الإطار إلى أن اللغة العربية « تصبح في علاقة مع الهوية فتطفو على السطح العروبة كهوية¹⁵² ».

وفي مقابل الأحادية الألسنية هناك ما يسمى بالتعددية اللغوية وهي خاصة من خاصيات الولايات المتحدة الأمريكية حيث لا وجود للغة رسمية. ويعود الفضل في ذلك للقضاء الأمريكي الذي اعتبر الفصل 28 من دستور ولاية أريزونا¹⁵³ غير دستوري وشارك للتعديل الأول لدستور

¹⁴⁸ الفصل 5 من الأمر عدد 1692-94 المؤرخ في 8 أوت 1994 والمتعلق بالمطبوعات الإدارية.

¹⁴⁹ محكمة التعقيب قضية عدد 21168 بتاريخ 12 أكتوبر 1960، مجلة القضاء والتشريع 1961، ص. 51.

المحكمة الإدارية، تجاوز سلطة، 7 جوان 1985، قضية عدد 1158، الهادي المبروك/ وزير المالية، الأحكام القضائية الكبرى في فقه القضاء الإداري تحت إشراف الأستاذ رضا جنيح، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص. 374.

«الأصل في سلوك اجراءات التقاضي لدى هذه المحكمة أن يكون باللغة العربية، و أن لا يقبل من المتقاضين لديها بدلا عنها».

¹⁵⁰ الفصل الأول من قانون عدد 64 لسنة 1993 مؤرخ في 5 جويلية 1993 يتعلق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها.

¹⁵¹ الفصل 104 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب 24 فيفري 2015، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 16 بتاريخ 24 فيفري 2015، ص. ص. 562 - 579.

¹⁵² أمين محفوظ: «الدستور بين وحدانية اللغة وحرية اللغة»، الأحكام العامة للدستور، خمسينية دستور 1959، هانس سايدل، 2010، ص. 18.

¹⁵³ قامت ولاية أريزونا بإدخال تعديل دستوري في 1988 بموجب استفتاء شعبي يفرض على الحكومة والإدارة أن تكون الأنجليزية اللغة الرسمية في الإنتخابات والمدارس العمومية كل الوظائف والأنشطة الحكومية دون سواها.

أما بالنسبة للدستور التونسي لسنة 2014، فإنه لا يمكن الحديث عن تعددية لغوية به بما أن اللغة الرسمية هي العربية والتي هي جزء من هوية المجتمع التونسي كما جاء ذلك في التوطئة وفي عدة فصول من الدستور منها الفصل 39 الذي ينص على أن الدولة تعمل على « تأصيل الناشئة في هويتها العربية الإسلامية » وعلى « ترسيخ اللغة العربية ودعمها وتعميم استخدامها » من جهة، و« الانفتاح على اللغات الأجنبية والحضارات الإنسانية ونشر ثقافة حقوق الإنسان » من ناحية أخرى.

ويحيل الجزء الثاني من خلال عبارة « الإنفتاح على اللغات الأجنبية » على الإعراف بالتعددية فلا يمنع الإعراف بلغة رسمية في الدستور التعبير بلغة أخرى لكنها تبقى تعددية « غير رسمية » بما أن العربية تبقى اللغة المستعملة في كل المجالات. لكن حسب الأستاذ أمين محفوظ فإن الأولوية تعطى لحرية التعبير عندما يتعلق الأمر بأشخاص القانون الخاص. وهذه الحرية لا يجب أن تهدر رغم فرض لغة رسمية في الدستور وذلك بتعرضه لقرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 15 جوان 1999 الذي ميز بين مفهوم الحياة العامة والحياة الخاصة¹⁵⁵.

فرغم هذا الإنفتاح ورغم تكريس حرية التعبير والتعددية الثقافية في الدستور فإن موقف الدولة من المسألة الأمازيغية يبدو متجاهلا لمطالب الناطقين بالأمازيغية والجمعيات التي تسعى لتطوير والتعريف بالثقافة الأمازيغية. ففي ملاحظاتها الختامية حول التقرير الدوري لتونس لسنة 2016 فيما يخص الحقوق الثقافية، عبرت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية « عن الانشغال إزاء ما ورد من معلومات عن التمييز الذي تتعرض له أقلية الأمازيغ، وبخاصة في ممارسة حقوقها الثقافية، كما تعرب عن القلق إزاء نقص البيانات المصنفة حسب الانتماء الاثني والثقافي، وهو ما يحول دون تقييم الوضع الحقيقي للأمازيغ (الفقرة 2 من المادة 2، والمادة 15). وتلاحظ اللجنة أن تعريف الهوية العربية والإسلامية

Article 28: "English is the official language of the State of Arizona [T]his Article applies to: the legislative, executive and judicial branches of government, all political subdivisions, departments, agencies, organizations, and instrumentalities of this State, including local governments and municipalities, all government officials and employees during the performance of government business . . . This State and all political subdivisions of this State shall act in English and no other language"

¹⁵⁴ Yniguez v. Mofford, 730 F. Supp. 309 (D. Ariz. 1990); Yniguez v. Arizonans for Official English, 42 3d 1217 (9th Cir. 1995); Yniguez v. Arizonans for Official English, 69 F.3d 920 (9th Cir. 1995); Arizonans for Official English v. Arizona, 117 S. Ct. 1055 (1997).²⁷ أنظر أمين محفوظ: نفس المصدر، ص. 27.
LECLERC (J.): « Les législations linguistiques en Amérique du Nord », Telescope, vol. 16, n° 3, 2010, pp. 75-93. Cf. GREEN (L.): "Freedom of expression and choice of language" in, SOIFER (E) (editor) ethical issues: perspectives for Canadians, Broadview Press, Peterborough, 1997, pp. 135-152.

¹⁵⁵ أنظر أمين محفوظ: نفس المصدر، ص. 26.

للدولة الطرف يمكن أن يفضي إلى انتهاكات للحقوق اللغوية والثقافية للأقلية الأمازيغية، وذلك من خلال فرض اللغة العربية لغةً وحيدةً في نظام التعليم العام. وأخيراً تلاحظ اللجنة ضعف الموارد المخصصة في الميزانية لثقافة الأمازيغ ولحماية تراثهم الثقافي، وتعرب عن أسفها من ذلك¹⁵⁶».

وللتذكير فإن الدولة مطالبة باتخاذ التدابير اللازمة لتضمن الممارسة الكاملة للحق في الثقافة وتشمل « تلك التدابير التي تتطلبها صيانة العلم والثقافة وإمّاؤهما وإشاعتها¹⁵⁷ ». فهتميش اللغة الأمازيغية لصالح اللغة العربية المهيمنة يحد من بعض الحقوق ويطمس التنوع الثقافي.

/ الفقرة الثانية / طمس التنوع الثقافي

يبدو موقف تونس تارة متريداً وتارة أخرى متجاهلاً فيما يتعلق بمسألة التنوع الثقافي. فمن ناحية تفيد في أحد تقاريرها الدورية الموجهة للجنة القضاء على التمييز العنصري بأن المجتمع التونسي مجتمع متجانس، ومن ناحية أخرى تقرّ بوجود أشخاص ناطقين بالأمازيغية وأشخاص قدموا من افريقيا جنوب الصحراء للعمل أو الدراسة.

وبالنسبة للأمازيغ تنكر الدولة بصفة مطلقة التنوع الثقافي والتمييز على أساس عرقي أو ثقافي معتبرة « أن أمازيغ تونس، الذين لا تفوق نسبتهم 1 في المائة من مجموع السكان، مندمجون تمام الاندماج في الوحدة التعددية التونسية ولا يتعرضون لأي شكل من أشكال التمييز¹⁵⁸ ».

والسؤال الذي يطرح في هذا المستوى :

هل أن هذا الإندماج هو استيعاب ثقافي ولغوي ؟ أم هو انصهار بمعنى أن الأقليات « تتخلى عن الصفات المميزة لها وتبني كل الخصائص الهيكلية للأغلبية¹⁵⁹ »؟

مع العلم أن اللهجة التونسية استوعبت عديد العبارات الأمازيغية عبر التاريخ¹⁶⁰.

¹⁵⁶ اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الملاحظات الختامية على التقرير الدوري الثالث لتونس (E/C.12/14 TUN/CO/3) نوفمبر 2016. إثر نظر اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في التقرير الدوري الثالث المقدم من تونس بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (E/C.12/TUN/3) في جلستها 57 و58 (انظر E/C.12/2016/SR.57 و58) المعقودتين في 22 و23 سبتمبر 2016. الفقرة 54.

¹⁵⁷ الفقرة 2 من الفصل 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (21د-) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 جانفي 1976، وفقا للمادة 27.

¹⁵⁸ تقرير لجنة القضاء على التمييز العنصري الدورة الرابعة والسبعون (16 فيفري - 6 مارس 2009) (الدورة الخامسة والسبعون (3-28 أوت 2009). الوثائق الرسمية الجمعية العامة الدورة الرابعة والستون، الملحق رقم 18. (A/64/18) ص. 120 و ص. 121

¹⁵⁹ حسيب جريدي: التعددية الثقافية في الجماعة الوطنية الأقليات في تونس: البربر، اليهود والسود، البدوي للنشر، تونس، 2016، ص.ص. 76-77.

¹⁶⁰ QUITOUT (M.): Parlons l'arabe tunisien: Langue et culture, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 8.

يفقد بذلك الأشخاص الناطقون بالأمازيغية كل صفاتهم في الحالة الثانية إذا ما انصهروا ويؤدي ذلك إلى اندثار اللغة الأمازيغية.

ويؤكد واضعوا الدستور منذ التوطئة على عروبة الشعب التونسي إذ يذكر بـ « مقومات هويتنا العربية » و « توثيقا لانتماثنا الثقافي والحضاري للأمة العربية » و « نحو تحقيق الوحدة العربية ».

إذ تعبر هذه المقتطفات من التوطئة على غياب التعريف والدعم للتنوع الثقافي ومن بين مظاهره « الثقافة » الأمازيغية.

غير أن الفصل 42 من دستور 2014 يكرّس الحق في الثقافة ويدعو الدولة إلى الاعتراف بالتنوع الثقافي، « الحق في الثقافة مضمون. حرية الإبداع مضمونة، وتشجع الدولة الإبداع الثقافي، وتدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات ».

فالثقافة الوطنية تشمل كل مكونات المجتمع التونسي مهما كانت اختلافاته الدينية أو اللغوية أو الإثنية ولذلك فالثقافة التي ستشجعها الدولة تحتوي أيضا على الأمازيغية. غير أن عبارتي « تشجع » و « تدعم » غير واضحتان. فما هو نوع هذا التشجيع والدعم ؟ هل على الدولة أن تأخذ التدابير اللازمة لتكريس هذا الحق وذلك بسن قوانين تثمن التنوع الثقافي ؟ أم هل يتمثل أيضا في دعم مادي وإعلامي كأن تمول برامج تعليمية لتدريس الأمازيغية وتحتضن تظاهرات وطنية ومحلية للتعريف بالأمازيغية كلغة وعادات وتراث ؟

فقد جاء في الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التدابير اللازمة التي يجب على تونس اتخاذها لتكفل حماية وتعزيز اللغة الأمازيغية :

- أن تجمع، انطلاقاً من التحديد الذاتي للهوية، إحصاءات مصنفة حسب الانتماء الاثني والثقافي؛

- أن تتخذ تدابير تشريعية وإدارية تكفل توفير التعليم بلغة الأمازيغ في جميع مراحل التعليم، وأن تشجع دراسة تاريخ الأمازيغ وثقافتهم؛

- أن تبطل المرسوم رقم 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1962 وتسمح بتقييد الأسماء الأمازيغية في سجلات الحالة المدنية؛

- أن تيسر الأنشطة الثقافية التي تنظمها الجمعيات الثقافية الأمازيغية¹⁶¹».

وفي هذا الإطار قامت اليونسكو بوضع تدابير لتعزيز ما يسمى بـ « أشكال التعبير الثقافي » وذلك بمقتضى اتفاقية حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي لسنة 2005. حيث « تسعى الأطراف إلى تهيئة بيئة في أراضيها تشجع الأفراد والفئات الإجتماعية على القيام بإبداع أشكال التعبير الثقافي الخاصة بهم وإنتاجها ونشرها وتوزيعها والوصول إليها، مع إيلاء العناية الواجبة للظروف والإحتياجات الخاصة بالنساء وبشتى الفئات الإجتماعية، بما في ذلك الأشخاص الذين ينتمون إلى أقليات وإلى الشعوب الأصلية¹⁶²».

لحماية « أشكال التعبير الثقافي » ظهرت بعد 14 جانفي 2011 جمعيات محلية تدعو لإعادة إحياء ودعم اللغة والثقافة الأمازيغية. قامت إحدى هذه الجمعيات كالجمعية التونسية للثقافة الأمازيغية بتقديم مطالب للمجلس الوطني التأسيسي أثناء إعداده للدستور الحالي للإعتراف باللغة الأمازيغية في الدستور.¹⁶³

وبما أن الثقافة يمكن أن تكون تراثا غير مادي يجب على الدولة المحافظة عليه كجزء من الثقافة الوطنية. وفي هذا الصدد يجب التذكير بالتزامات الدولة حسب اتفاقية عام 2003 لصون التراث الثقافي غير المادي. إذ « تقوم كل دولة طرف بما يلي :

(أ) اتخاذ التدابير اللازمة لضمان صون التراث الثقافي غير المادي الموجود في أراضيها؛

(ب) القيام، في إطار تدابير الصون المذكورة في الفقرة 3 من المادة 2، بتحديد وتعريف مختلف عناصر التراث الثقافي غير المادي الموجود في أراضيها، بمشاركة الجماعات والمجموعات والمنظمات غير الحكومية ذات الصلة».

كما تضع الإتفاقية تدابير حماية أخرى تتخذها الدول من أجل « ضمان صون التراث الثقافي غير المادي الموجود في أراضيها وتنميته وإحيائه»، من ذلك، « تسعى كل دولة طرف إلى (...) اعتماد سياسة عامة تستهدف إبراز الدور الذي يؤديه التراث الثقافي غير المادي في المجتمع وإدماج صون هذا التراث في البرامج التخطيطية¹⁶⁴».

¹⁶¹ اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الملاحظات الختامية على التقرير الدوري الثالث لتونس (E/C.12/14 TUN/CO/3) نوفمبر 2016. إثر نظر اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في التقرير الدوري الثالث المقدم من تونس بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (E/C.12/TUN/3) في جلستها 57 و58 (انظر E/C.12/2016/SR.57 و58) المعقودتين في 22 و23 سبتمبر 2016. الفقرة 55.

¹⁶² الفصل 7 من اتفاقية منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو) لحماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي في 20 أكتوبر 2005 بباريس.

¹⁶³ POUESSEL (S.) : « Les marges renaissantes : Amazigh, Juif, Noir. Ce que la révolution a changé dans ce « petit pays homogène par excellence » qu'est la Tunisie », l'Année du Maghreb, VIII 2012, pp.143-160.

¹⁶⁴ الفصلان 11 و13 من اتفاقية عام 2003 لصون التراث الثقافي غير المادي، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (اليونسكو)، خلال المؤتمر العام المنعقد في باريس من 29 سبتمبر إلى 17 أكتوبر 2003، في دورته الثانية والثلاثين.

(الخاتمة)

تتنزل هذه الدراسة في إطار ما بعد صدور دستور 27 جانفي 2014 والنصوص القانونية التشريعية والترتيبية الصادرة بعد 14 جانفي 2011 حيث قمنا بطرح فرضية حماية حقوق الأقليات غير الكلاسيكية أو « المحقرين » من خلال البحث في مختلف النصوص التشريعية والترتيبية السالبة للحرية وفي المقتضيات الدستورية التي يمكن تأويلها من قبل السلط العمومية حسب مقاربتين : محافظة أو كونية.

ولاحظنا أنه في التطبيق خاصة الفقه قضائي هناك جهل بثقافة حقوق الإنسان عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المنتمين لأقليات. فيقوم القاضي بتفضيل ثقافته العربية الإسلامية على حساب الثقافة الكونية المؤسسة على إحترام وتثمين الاختلاف.

أما فيما يخص بعض فصول الدستور فالإشكال يطرح في كون التناقض يحوم حولها ولا يكرسون بالتالي حماية ناجعة وفعالة لهؤلاء الأفراد. فالتوطئة تحيل في نفس الوقت للدين الإسلامي ولحقوق الإنسان وتارة تتوجه للشعب التونسي وتارة تتوجه للأمة. هذا وقد تعافت السلطة التأسيسية عن ذكر خصائص حقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها والمساواة التي تميزها وفي ترابطها وعدم قابليتها للتجزئة وذلك ما يمنع كل قراءة للدستور من شأنها إضعاف الحريات الفردية.

ومن جهة النصوص التشريعية، فإن الفراغ القانوني أدى إلى تهميش « المركز » القانوني لبعض الأفراد على أساس هويتهم الجنسية وذلك في حالة تغيير الجنس مثلا. وهو ما أدى إلى تعرض هؤلاء للتمييز والتهديدات والتحرش وغيره من المضايقات من طرف الأمن أو أفراد المجتمع والممارسات التي تجعلهم في وضع دوني مهني واجتماعيا.

أما في الحالة العكسية وبوجود نصوص تنظم المركز القانوني للأفراد، فإن بعض الأشخاص يصنفهم القانون كمجرمين لتجريمه الأفعال التي يقومون بها ومن خلال هذا التجريم تعدي الدولة على حياة الأفراد الخاصة والحميمية خاصة بتجريمها للممارسات الجنسية بين شخصين من نفس الجنس والتي تصل إلى انتهاك الحرمة الجسدية بإسم حماية الأخلاق والمجتمع.

وفي خصوص هذا الموضوع، عبّر البرلمان الأوروبي عن انشغاله بالتطور البطيء في ميدان حقوق الإنسان خاصة في ما يتعلق بالأشخاص ذوي الهوية الجنسية الغير معيارية والأشخاص ذوي الجنس الغير معياري والأشخاص ذوي التعبيرات الجندرية الغير معيارية ودعا السلطات التونسية إلى إلغاء عقوبة السجن الواردة بالفصل 230 من المجلة الجزائية الذي يُجرّم اللواط بالسجن لمدة ثلاث سنوات. وذلك لأن هذا التجريم ينتهك المبادئ الدستورية كمنع التمييز

وحماية الحياة الخاصة¹⁶⁵.

لكن، وفي حالات أخرى وحتى في غياب نص يجرم أفعالا معينة فإن بعض الأفراد يواجهون تهديدا على أساس معتقداتهم أو أفكارهم أو آرائهم الإلحادية أو المشككة وذلك في صورة أن القاضي يطبق نصوصا جزائية لا تجرم هذه الأفعال صراحة بل تحمل عبارات فضفضة وواسعة التأويل. وفي هذه الحالة فإن الدولة تتدخل في الحياة الخاصة أيضا للأفراد لمجرد أنهم لا يشتركون في أفكارهم أو آرائهم مع معتنقي الدين السائد والمهيمن.

وقد نظرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مثل هذه الحالة في قضية إيسيك ضد تركيا في 2010. حيث عرض الطالب أن مطلبه بتعويض عبارة « إسلام » بـ « علوي » على بطاقة هويته جوبه بالرفض. فقد قررت المحكمة بأن تركيا قد انتهكت الحرية الدينية المضمونة بالفصل 9 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ليس لرفض السلط مطلب المتقاضي بل لأن وثيقة الهوية تحتوي على إشارة للإنتماء الديني وهو بمثابة إجبار الفرد على الكشف عن معتقداته ضد إرادته¹⁶⁶.

كما يمثل القانون أحيانا مصدرا للتمييز وذلك بتفضيل اللغة والدين المهيمن على حساب لغة ودين الأقلية. إذ تعاني الثقافة الأمازيغية مثلا من التهميش الذي سيؤدي بها إلى الإندثار إن لم تسرع الدولة في إتخاذ الإجراءات اللازمة للنهوض بها ودعمها وإعادة إحيائها وذلك استجابة لتوصيات هيكل الأمم المتحدة المكلفة بمراقبة احترام الدول الأعضاء للنصوص الدولية لحقوق الإنسان وتكريسا لمطالب الجمعيات التي تدافع عن الثقافة الأمازيغية. فإذا كان المجتمع التونسي متجانسا بمعنى أنه يشكل وحدة، فإن داخل هذه الوحدة ثراء وتنوع لا بد من العناية به حتى يقع تمييز ثراء المجتمع التونسي.

ومن جهة أخرى، يبدو أن مصطلح الحريات الجنسية والتنوع الجنسي لا يوجد في قاموس المجتمع ولا المشرع بما أن « المثلية » أو العلاقات الجنسية بين شخصين من نفس الجنس لا تزال مجرمة. لذلك يجب أولا أن يقع إلغاء كل النصوص القانونية السالبة للحرية وخاصة تلك الحاملة لعبارات تحتمل تأويلات مختلفة وواسعة خاصة تلك التي تستعمل عبارات كـ « الإعتداء على الأخلاق » و « التجاهر بما ينافي الحياء ». ثم يجب على الدولة أن تضمن الحق في الصحة وفي الحصول على العلاج لكل الأشخاص بما فيهم المتحولون جنسيا ومزدوجو النوع (مختلط الجنس).

¹⁶⁵ Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les relations de l'Union avec la Tunisie dans le contexte régional actuel (2015/2273(INI)), paragraphe 5.

¹⁶⁶ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قرار بتاريخ 2 فيفري 2010، عريضة رقم 21924/05.

ويجب أيضا منع عمليات تصحيح الجنس التي يقررها الأولياء مكان الطفل « مختلط الجنس ». إذ يعتبر هذا الاختيار اعتداء على اختيار الطفل الفاقد للإرادة الذي قد يرفض القرار الذي اتخذه والديه عندما يصبح راشدا. فهذا الاختيار يعتبر تعديا على الحق المنصوص عليه باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل والمجلة التونسية لحماية الطفل وهو احترام « مصالح الطفل الفضلى ». وقد يؤدي هذا الاختيار أيضا إلى مشاكل نفسية لدى الطفل ناهيك عن الاعتداء الجسدي الذي تعرض إليه. وقد لاحظ المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بالتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في تقريره لسنة 2013 أن مثل هذه العمليات الجراحية التي تجرى على الأطفال بدون معرفة واضحة من طرف الأولياء لها آثار غير رجعية وتؤثر سلبيا على نفسية الطفل¹⁶⁷.

كما تنص مبادئ يوغياكارتا على أن التوجه الجنسي والهوية الجنسية المحددة ذاتيا من قبل الشخص هي « جزء لا يتجزأ من شخصيته » وهي جانب أساسي من حق تقرير المصير والكرامة والحرية. نصت المبادئ بوضوح أن الاعتراف بالنوع الاجتماعي قد يتضمن « لو كان (الشخص) حرا في اختياره، تعديلا على مظهر الجسد أو وظائفه بوسائل طبية أو جراحية أو بوسائل أخرى¹⁶⁸ ».

أما في مالطا فقد وافق البرلمان المالطي بالإجماع على مشروع قانون يعاقب كل أخصائي في ميدان الصحة يتهم بتعيين علاج لتغيير أو إعادة تغيير الجنس والذي يكون موضوعه « تبديل أو منع أو إلغاء التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية لشخص و/أو التعبيرات الجنسية ».

فيجب على المشرع التونسي أن يتبع خطوات المشرع المالطي ويعاقب كل اعتداء على التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية وليس تتبع الأشخاص قضائيا على ذلك الأساس.

لذلك، فإنه يمكن لهذه القواعد المعقدة والغير واضحة أن تزيل عنها الشوائب بمجرد استعمال « اللقاح الدستوري » ألا وهو الفصل 49 من دستور 2014 والذي يضع الشروط الواردة على القيود الواردة على الحريات « 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 وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني،

¹⁶⁷ <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx>

¹⁶⁸ «تطور حقوقي: ليكن الاعتراف القانوني بالمتحولين جنسيا أولوية عالمية». <https://www.hrw.org/ar/world-report/2016/country-chapters/285827>

أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك».

لكن الإشكال يكمن في عدم إرساء المحكمة الدستورية التي ستفرض احترام هذا الفصل وذلك بالرغم من صدور القانون المنظم لها. «إيراد القانون في حماية الحقوق والحريات لا تنتج آثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية. والتدخل القضائي هو الذي يضمن فاعلية نصوص القانون بخلاف السلطة التنفيذية فإنها تعمل على مجرد تطبيق القانون دون أن تملك التأكد من سلامة هذا التطبيق وبالتالي لا تملك ضمان الحماية التي يقرها القانون»¹⁶⁹.

وكما أفاد شارل أيزمان، «إنشاء نظام قانوني لرقابة دستورية القوانين في الدستور» يجعل من هذه القواعد قانونيا ملزمة (...). وفي صورة غياب العدالة الدستورية، «لا يشكل الدستور إلا برنامجا سياسيا، على الأقل ملزم أخلاقيا لإعطاء بعض النصائح للمشرع والذي يكون حرا بأن يأخذها بعين الاعتبار أم لا»¹⁷⁰.

وفي الختام، يجب على المشرع والقاضي أن يقوموا بتحيين العديد المواضيع حتى يستقي قوانينه وقراراته بالإستئناس بالتجارب المقارنة وبالالتزام بالقانون الدولي لحقوق الإنسان.

¹⁶⁹ شادية إبراهيم مصطفى المحروقي وأحمد محروس علي ناجي: الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان في مرحلة المحاكمة، مكتبة الإقتصاد والقانون، الرياض، 2012، ص. 104.

¹⁷⁰ EISENMANN (Ch.): La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche, thèse, Paris, L.G.D.G.J, 1928, p. 22. Cité par : BALOT (F) et GEORGES (F): L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal, Anthemis, Liège, 2008, p. 151.

ما بعد قراءة كتاب المحقرون الى أي مدى يمكن اعتماده كمنهاج عمل لتطبيق القانون ولتطويره

بقلم حبيب القزدغلي - أستاذ التاريخ المعاصر
عميد سابق لكلية الآداب والفنون والإنسانيات بجامعة منوبة

بعد الاطلاع على مضمون البحث المنجز من قبل الزميل الشاب محمد أمين الجلاصي الذي يحمل اسم « المحقرون » والذي تشرفت بقراءته قبل نشره لعموم القراء تساءلت عن الفائدة المرجوة من نشر جزء من عمل أكاديمي أنجز لنيل شهادة دكتورا في الحقوق تحت إشراف الزميل وحيد الفرشيشي وفي الحقيقة ارتبط التساؤل بالغايات و بالأهداف المعرفية التي طرحها صاحب هذا العمل من وراء طرح موضوع لايزال خارج دائرة الاجماع ولا يزال يثير جدلا في المجتمع حيث يعرض صاحب الكتاب حالة الفراغ القانوني بالنسبة لوضعيات موجودة في المجتمع التونسي ولكنها لا تبرز للعموم الا في صبغة اشكالية وحتى تحريضية وتباين شديد في الآراء فيما يتعلق بتأويلها وفهم علاقاتها بالنصوص التأسيسية وفي مقدمتها دستور الجمهورية الثانية الصادر في 27 جانفي 2014.

و اذ نحبي الباحث أمين الجلاصي على مبادرته بطرح مثل هذه القضايا المجتمعية رغم أن بروزها حاليا يطغى عليه الصبغة الاشكالية والمثيرة للجدل فإننا نسجل أن التناول المعرفي والتدرج في البحث كان حريصا على اعتماد المنهج العقلاني الذي ينطق من ملاحظة الظاهرة ووصفها وتقديم السياق القانوني الذي تطرح ضمنه بعيدا كل البعد عن منطلق الضحية أو الاستنجاد بالعواطف.

واذ نشجع هذا التوجه الأكاديمي العقلاني الذي يرفض الخضوع للمحرمات التي تريد ابقاء ظواهر مجتمعية خارج دائرة التناول والدرس ولكن في نفس الوقت يحرص فيه الباحث على التجرد وأخذ المسافة اللازمة بينه وبين المواضيع التي تشكل موضوع البحث فالالتزام الأكاديمي الحقيقي هو التزام بطرق المعرفة وبمناهجها وليس انتصار ذاتي للظاهرة المجتمعية المدروسة. ونحن على يقين أن الحرص على توخي هذا المنهج أمر حاصل باعتبار أن الكتاب الذي بين أيدينا ينحدر من بحث جامعي شامل انجز تحت الاشراف العلمي للزميل والصديق وحيد الفرشيشي و أجمعت اللجنة العلمية التي قيمته - والتي نالني شرف كبير حيث كنت أحد أعضائها- على صبغته الجادة وثمرت ما تميز به من سبق معرفي في مجال دراسة قانون الأقليات.

أملنا كبير أن يفرز هذا الجهد المعرفي نقاشا معمقا وهادئا، فالكتاب كما فهمته هو محاولة لإنضاج التفكير حول مواضيع أصبحت مثارة في أوساط الرأي العام حيث أصبحت وسائل الاعلام بفضل مناخ الحرية الذي تنعم به بلادنا منذ سنة 2011 توليه حيزا من الاهتمام ومن التناول الاعلامي لكن وسط فضاء مواطني لا يزال يفتقر الى الثقافة القانونية العصرية ذات الصلة لذلك سرعان ما تتحول النقاشات الى مشادات كلامية وسرعان ما يتم الاستنجاد بمدونة المرجعيات المحافظة الجاهزة والمهيمنة منذ عقود والتي تعود بنا الى نسق فكري كان الفرد فيه كائنا مسحوقا يعيش تحت سيطرة الكائن الجماعي الذي مثلته القبيلة أو الجماعة أو ما كان يقدم تحت مسمى الأخلاق العامة أو الحميدة الواجب الخضوع لها قسرا ودون اقتناع.

وسواء تعلق الأمر بالمقدمات النظرية التي أشارت الى الفراغات القانونية التي عددها الباحث والتي رأى فيها سببا في ترك مجال للتأويل يؤدي الى التحقير بالاعتماد على « القانون » وما ينتج عن ذلك من التهميش لجزء من مكونات المجتمع حيث توصل الباحث الى تقديم دقيق لهويات جنسانية موجودة في المجتمع ولكن فرض على أصحابها العيش وسط كبت مفروض خوفا من العزلة ونفس الشيء بالنسبة للهويات الاعتقادية المختلفة مع ما هو سائد والتي تطرح ضمن خانة حرية الضمير والتفكير ولكن الواقع اليومي لأصحاب هذه الهويات لا زال معقدا ولا يقدم لهم القانون الضمانات الكافية لممارسة قناعاتهم الجنسية والاعتقادية.

ان معالجة هذا الموضوع يصبح واجبا مجتمعا في دولة القانون المؤسسات الدستورية فهو يطرح لمواطنين فرحوا وارتاحوا مثلهم مثل غيرهم للدستور الجديد لكنهم ظلوا لوحدهم ودون سواهم حذيرين ينتابهم الشعور بالخوف ان هم عمدوا وبالاعتماد فقط على القانون الى الافصاح عن هوياتهم أو معتقداتهم خارج الدائرة الضيقة التي فرض عليهم فرضا التحرك ضمنها لقرون طويلة. تكمن أهمية البحث الذي يقدمه أمين الجلصي في عرض مختلف مظاهر القصور في النصوص القانونية التي يتحتم مراجعتها لتكون متلائمة مع الروح التحررية للنص المؤسس لجمهورية المواطنة التي بشر بها دستور 2014.

أملنا أن يكون هذا الكتاب أداة لتعميق الشعور بالمواطنة عبر اطلاع أوسع دائرة من القراء على الحثيات القانونية التي يطرح ضمنها الموضوع المدروس وعلى النتائج الوخيمة التي تنتج عن وضعيات التحقير والتهميش التي يمكن أن تطال أي فرد من أفراد المجتمع بسبب اعلان هويته الحقيقية أو اعلان تغييرها وهي من الأمور التي أصبحت من مكونات انسانية الانسان المعاصر لذا كان من المفيد أن يركز البحث على تقديم مميزات الأوضاع القانونية في بلادنا التونسية

ولكن أيضا اطلاع القارئ على تجارب مقارنة في مجال حماية الأشخاص وعلى مظاهر وعينات من احترام هويتهم الجنسية والفكرية .

ونحن على ثقة أن البلاد التونسية التي كانت أرضا سباقة الى المبادرة - باسم المصلحة - الى تسوية الأوضاع الدونية لجزء من ساكنيها ممن كانوا يشعرون بالضييم والتحقير بسبب اختلافهم الديني أو الاثني عن بقية المتساكنين حيث تم اصدار قوانين جريئة ألغت العبودية في 1846 وألغت وضعية الذمة لليهود من ساكنيها سنة 1857، وأصدر دستورا لكل أهاليها في سنة 1861 واننا على ثقة في قدرتها اليوم وفي هذا الظرف التاريخي الواعد الذي نعيشه منذ سنة 2011 حتى تتظافر كل الجهود للعمل على تجاوز الفراغات القانونية التي تعرض لها كتاب أمين الجلاصي والذي نحیی صدوره باعتباره اسهاما فكريا على طريق تحقيق المجتمع العادل الذي ينعم فيه كل الأفراد بحريتهم الفكرية والجنسانية باعتبارهما احدى المكونات الأساسية الذي تركزعليها المواطنة الحديثة.