CAHIER N° 1

MIGRATION

Le Forum Tunisien pour les Droits Economiques et Sociaux inaugure avec la publication de ce premier cahier une nouvelle expérience de contribution à la réflexion sur les problèmes émergeants dans un contexte de mondialisation féroce qui marginalise les populations les plus vulnérables et hypothèque l'avenir de générations à venir par sa logique de gains immédiats et de primauté des intérêts politiques et financiers dominants.

Cette publication trimestrielle de l'OST se veut comme la vitrine du travail de l'observatoire et des chantiers de réflexion du FTDES. Elle n'en sera pas la seule. Nous œuvrerons également à assurer la publication mensuelle régulière d'une policy paper sur les sujets spécifiques ou d'actualité immédiate.

Elle intervient à la suite d'une première expérience de veille, d'analyse et de publications de « Observatoire Sociale Tunisien » que le FTDES voudrait capitaliser pour répondre aux défis de l'actualité.

Le FTDES réaffirme par ce travail d'analyse son engagement solidaire avec ses partenaires tant nationaux que régionaux pour l'impératif de respect des droits humains mais également dans la lutte contre les menaces de la destruction de notre environnement, de la montée des extrémismes, de la militarisation des conflits et de l'injustice climatique que nous payons de nos dernières ressources élémentaires et vitales.

Forum Tunisien pour les Droits Economiques et Sociaux
Adr: 47, Avenue Farhat Hached 2ème étage, 1001, Tunis, Tunisie
Tél: 71 257 664 - Fax: 71 257 665
E-mail: contact@ftdes.net

FRIEDRICH EBERT STIFTUNG

CCFD TERRE SOLIDAIRE Soyons les forces du changement

Avril 2019 MIGRATION CAHIER N° 1

Les cahiers du FTDES

CAHIER N° 1

MIGRATION

Juin 2019

FTDES المنتدى التونسي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية

Ost Observatoire Social Tunisien المرصد الإجتماعي التونسي FORUM TUNISIEN POUR LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التونسي

رابح الخرايفي

ملخص

لقد أصبح بحث موضوع الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التّونسي، مبحثا ذو قيمة علمية قانونية وقضائية منذ تنقيح القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السفر بمقتضى القانون الاساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004. يُعدّ هذا القانون، أحد عناصر السّياسية الجزائية العامة التّونسية لزجر الهجرة غير النظامية.

إنّ ما يُمْكِنُ إبرازه من تعدد نقائص قانون تنظيم دخول الأشخاص التّراب التّونسي ومغادرته، ورود فصوله الجديدة في صياغة عامة تقبل تأويلات واسعة من قبل القاضي الجزائي. ففُتحتْ هذه العمومية لقضاة محاكم الأصل حرية الإجتهادات المختلفة والمتناقضة فساهم ذلك وسيساهم في المستقبل - إن لم ينقح القانون- في تذبذب مواقف محكمة التّعقيب وعدم إستقرارها على رأي.نستخلص هذه النقائص من خلال دراسة فقه القضاء الجزائي التّونسي الذّي لم يوازن بين القانونين الوطني والدّولي، ففي ذات الوقت توسع في تأويل القانون الجزائي الوطني الزّاجر للهجرة غير القانونية وأهمل الإتفاقيات الدّولية حامية حقوق المهاجر وحرياته، التّي صادقت عليها الدّولة التونسية.

كلمات مفاتيح: الهجرة غير النظامية . حقوق و حريات المهاجرين . القاضي الجزائي . سياسة زجرية . تونس

Unauthorized migration in the jurisprudence of the Tunisian penal judiciary

Abstract

The issue of unauthorized migration in the jurisprudence of the Tunisian penal judiciary has become a subject of scientific and legal interest since the revision of Law No. 40 of 1975 of 14 May 1975 on passports and travel documents under Basic Law No. 6 of 2004 on 3 February 2004. This Law, is one of the tools of Tunisia's general penal policy to repress unauthorized migration.

What can be highlighted is the multiplicity of shortcomings in the law regulating the entry and departure of Tunisian people, and the introduction of its new chapters in a general formulation that allowslarge interpretations by the penal judge. This has enabled judges to make different and contradictory judgments. This will contribute in the fluctuation of the Courts positions and opinions. Evidences of these shortcomings are made through the study of the jurisprudence of the Tunisian Penal Judiciary which did not balance national and international laws. At the same time, it expands the interpretation of the national penal law for unauthorized immigration and neglects the international conventions protecting migrant rights and freedoms, The Tunisian state.

Key Words: Irregular Migration - Rights and Freedoms of Migrants - Penal Judge – Repressive Policy- Tunisia

مقدمـــــة:

يَنبغي أنْ نُبيّن من البداية أن ألفاظ "الهجرة غير النظامية " التّي يقابلها الهجرة القانونية[26] - كجزء أوّل من عنوان البحث -ألفاظ لم يضعها المشرّع التّونسي ولم يعرّفها تعريفا قانونيا دقيقا ،لا في قانون عقوبات المهاجرين غير القانونيين، لاسيما منها الفصول الجديدة التّي وضعها وأضافها القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 والمنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 والمتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، ولا في القوانين ذات الصّلة ومنه القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 والمتعلق بحالة الأجانب بالبلاد التّونسية، ولا في القانون الأساسيعدد 61 لسنة 2016 المؤرخفي 3 أوت 2016 و المتعلق بمنع الإتجار بالأشخاص و مكافحته.

إنّها ألفاظا وضعها الإعلاميون والسّياسيون وفقه القانون[27]، لأن المشرع التّونسي إستعمل ألفاظ أخرى وهي "دخول التّراب التّونسي ومغادرته"، وهي ذات الألفاظ والعبارات التّي إستعملها القضاء الجزائي التونسي في أحكامه. أمّا النّصف الثّاني من عنوان البحث "في فقه القضاء الجزائي التّونسي"، فيفيد أنّ التّحليل سينحصر في دراسة بعض من الأحكام القضائية الصّادرة عن المحاكم الإبتدائية ومحاكم الإستئناف ومحكمة التعقيب في زجر المهاجرين غير القانونيين التونسيين وذوي جنسيات أخرى منذ سنة 2004 تاريخ صدور القانون ونفاذه إلي سنة 2018 ، لما تمثله هذه القرارات من فقه قضائي جزائي يُمكّن الباحثين من الإطلاع على كبرى توجهات القضاة في تطبيق النّص ومدى إحترامهم لحقوق المهاجرين التّي ضمنتها الإتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها البلاد التونسية.

بناء على ذلك ، سيتمحور التّحليل حول نصوص الأحكام وتطبيقها للقانون وقصورها وهي التّي أمكن الإطلاع عليها وليس دراسة للسّند القانوني للحكم، كركن شرعي دون أن نهمل حدود هذا النّص التّشريعي ونقائصه.

---

[26] Nicole Guimezanes,La migration et le droit, Revue internationale de droit comparé, Année 2014 66-2 pp. 199-247.

[27] محمد بوزويتينة (مساعد وكيل الجمهورية) ، الهجرة السرية في القانون التونسي بين الوقاية والعلاج ، القضاء والتشريع عدد 8، 2007، ص 201-232.

إنّ إقتصار البحث على دراسة بعض أحكام القضاء الجزائي الصادرة في زجر المغادرين لتراب البلاد خلسة، يرجع لسبب عدم نشرهذه الأحكام على موقع محكمة التعقيب أو في مجمع قرارات أو في أي موقع أخر وهو ما لا ييّسر الإطلاع عليها إلاّ بعد عناء وبحث كبيرين.

لقد أصبح بحث موضوع الهجرة غير النظامية في فقه القضاء الجزائي التّونسي ،مبحثا ذا قيمة علمية قانونية وقضائية وحقوقية منذ تنقيح القانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السفر ووثائق السّفر بمقتضى القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 فأُلغي عنوان الباب الرّابع وعُوِّض بعنوان دخول التّراب التّونسي ومغادرته، وأضاف فصولا جديدة وإعتبر مرتكبا لأفعال إجرامية ".....كل من أرشد أو دبّر أو سهّل أو ساعد أو توسّط أو نظّم بأيّ وسيلة كانت، ولو دون مقابل، دخول شخص إلى التّراب التّونسي أو مغادرته خلسة سواء تمّ ذلك برا أو بحرا أو جوّا، من نقاط العبور أو من غيرها" وفق نصّ الفصل 38 . ويؤاخذ جزائيا كذلك "كل من تولى إيواء الأشخاص الداخلين أو المغادرين للتراب التّونسي خلسة أو مرتكبي الجرائم المنصوص عليها بهذا الباب أو خصص مكانا لإيوائهم أو أخفاهم أو عمل على ضمان فرارهم أو عدم التّوصل إلى الكشف عنهم أو عدم عقابهم" وفق نصّ الفصل 39 من القانون المذكور.

لقد مكّن هذا القانون في ذات الوقت النّيابة العمومية من إثارة التتبع الجزائي وتوجيه الإتهام للفاعلين الأصليين والمشاركين ، وتعهد القضاة بهذه القضايا للحكم فيما نسب للمتهمين من جرائم وإصدار الأحكام القضائية الجزائية.

يُعدّ هذا القانون، أحد عناصر السّياسية الجزائية العامة التّونسية لزجر الهجرة غير النظامية. وقد سُنّ في سياق تنفيذ البلاد التّونسية لإلتزاماتها وتعهداتها القانونية الدّولية، لمّا صادقت بمقتضى القانون عدد 6 لسنة 2003 المؤرخ في 21 جانفي 2003 على بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البرّ والبحر والجوّ كبروتوكول مكمّل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والمعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 نوفمبر 2000 المصادق عليها والمنشورة بالأمر عدد 1398 لسنة 2004 المؤرخ في 22 جوان 2004.

ثلاثة أسباب كبرى لبحث موضوع "الهجرة غير النظامية" في فقه القضاء الجزائي التّونسي، وهي:

أوّلا: معرفة أغراض إصدار المشرّع التّونسي لنصّ جزائي يَزجُر الهجرة غير النظامية ،هل هي أغراض وطنية داخلية أم استجابة لضغوط خارجية إقليمية ودولية ؟ .

ثانيا: لأنه موضوع لم تنجز فيه دراسات خلافا لموضوع الهجرة الذّي بُحِثَ من النّواحي القانونية

والسّياسية[23] والسّوسيولوجية[24].

ثالثا: لأنه مبحث نقف فيه على وجه حقوقي ووجه حُسنُ تطبيق محاكم الأصل للقانون الجزائي الزاجر لمغادري التّراب التّونسي خلسة ،وكيف فهمته محكمة التّعقيب ، ومدى إلتزام القاضي بما عُهِدَ إليه من حماية حقوق وحريات المتهم "المهاجر غير النظامي" تطبقيا للقانونين التّونسي والدّولي الإنساني.

إنّ ما يُمْكِنُ إبرازه من تعدد نقائص وحدود قانون تنظيم دخول الأشخاص التّراب التّونسي ومغادرته،الذّي وردت فصوله الجديدة في صياغة عامة تقبل تأويلات واسعة من قبل القاضي الجزائي.

لقد فَتحتْ هذه العمومية لقضاة محاكم الأصل حرية الإجتهادات المختلفة والمتناقضة، فساهم ذلك وسيساهم في المستقبل - إنْ لم ينقحّ القانون- في تذبذب مواقف محكمة التّعقيب وعدم إستقرارها على رأي ،وإستمرار هضم الأحكام لحقوق المهاجرين.

نستخلصُ هذه النّقائص من خلال دراسة فقه القضاء الجزائي التّونسي وسنده القانون عدد 6المؤرخ في 3 فيفري 2004 الذّي صدر تحت الضغط الاوروبي[25] عموما والايطالي خصوصا ولم يوازن بين القانونين الوطني والدّولي ، ففي ذات الوقت توسّع في تأويل القانون الجزائي الوطني الزّاجر للمغادرين للتراب التونسي خلسة (**الفقرة الاولى**)، وأهمل الإتفاقيات الدّولية التّي تحمي حقوق المهاجرين وحرياتهم ، والتّي صادقت عليها الدّولة التّونسية وأصبحت جزء من المنظومة القانونية الوطنية النافذة (**الفقرة الثانية**).

---

synthèse 2011/47, Série sur la lutte contre la traite des personnes et le trafic de migrants dans la législation module Juridique, p, 10.

file:///C:/Users/media%20world/Downloads/Documents/CARIM_ASN_2011_47.pdf

(Consulté le 2 septembre 2018).

[23]**Riadh** Ben Khalifa, L'émigration irrégulière en Tunisie après le 14 janvier 2011, *Hommes & migrations,* 1303, 2013, pages, 182-188.

[24]Mehdi Mabrouk, "*El Harikoun*", pour une approche sociologique du milieu social desimmigrés clandestins et de leur imaginaire", in *Revue tunisienne de sciences sociales*, n° 125, 2003, pp. 15-49.Mehdi Mabrouk, Emigration clandestine en Tunisie : Organisations et filières, Revue, NAQD,2009/1 ,N° 26-27,Pages 101 – 126.

[25]**Hassan Boubakri**, Les migrations en Tunisie après la révolution, Confluences Méditerranée **2013/4 ,N° 87, Pages 31 – 46.**

الفقرة الأولى :توسع قاضي الأصل الجزائي في تأويل قانون زجر مغادرة التراب التونسي خلسة وإهماله للإتفاقيات الدولية المصادق عليها

إنّ ما نلاحظه حول تطبيق المحاكم التّونسية للقانون عدد 6 المؤرخ في 3 فيفري 2004 هو توسّع القاضي الجزائي التّونسي كقاضي أصل في الطورين الإبتدائيوالإستئنافي في تأويل القانون الجزائي الوطني الزّاجر للهجرة غير القانونية عند تطبيقه بما يجعله يهضم حقوق المهاجرين التّي ضمنتها الإتفاقيات التّي صادقت عليها تونس(أ).

أمّا مواقف محكمة التّعقيب كمحكمة قانون فقد كانت متذبذبة فتارة تساير قاضي الأصل في توسع قراءته للقانون وتطبيقه ، وتارة ترفض هذا الموقف وتقرّ التّطبيق والفهم الضّيق والحرفي للنصّ القانوني (ب).

أ- توسّع قاضي الأصل الجزائي في تأويل فصول قانون زجر مغادرة التّراب التّونسي خلسة

قاضي الأصل الجزائي هو القاضي المنتصب لفض النّزاعات ذات الصّبغة الجزائية الموصوفة جنحا أو جنايات والتّي تُعرض على المحاكم الإبتدائية (1)، ومحاكم الإستئناف (2).

1- فقه قضاء المحاكم الإبتدائية متنوع وغير مستقر

صدرت أغلب الأحكام القضائية الجزائية الإبتدائية في قضايا زجر الهجرة غير القانونية عن المحاكم الإبتدائية بالولايات السّاحلية[22] التّي تمّ بمرجع نظرها إيقاف المهاجرين المتهمين بمغادرة أو محاولة مغادرة التّراب

[22] CHERIF (I), La lutte contre les migrations clandestines, Mémoire, Mastère en sciences politiques, Université Tunis El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2004-2005, annexes n° 4. Souhayma Ben Achour, Le droit tunisien face à La traite de, Personnes et au trafic de migrants, CARIM Notes d'analyse et de

التّونسي خلسة في المياه الإقليمية أو إنطلاقا من موانئ صيد هذه الولايات التّي تُعدّ منافذا للهجرة غير القانونية أو الذين تم انقاذهم في المياه الدولية ، وهي محاكم ولايات كل من مدنين، وصفاقس، وسوسة، والمنستير ،ونابل، والمهدية ،وبنزرت.

لقد كان السّند القانوني للأحكام القضائية الجزائية الفصول الجديدة للقانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 والمنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر. وفي بعض القضايا يحال المتهم في ذات الوقت على القانون والقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 والمتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال.

ما نلاحظه حول التّشريع الجزائي التّونسي المنظم لدخول التّونسيين والأجانب وخروجهم من التّراب التّونسي، والذّي يطبقه القاضي الجزائي في الجنح والجنايات عند زجره لمغادرة التّراب التّونسي خلسة مهما كان الغرض، هو القصور الذّي يتمثل في عمومية ألفاظه وعدم دقتها .إذ تقبل هذه الألفاظ التّأويلات الواسعة عند تطبيق المحكمة لهذا القانون فتُجرّم بذلك كل أشكال المساعدة دون تمييزها على تلك التّي يبيحها القانون الدّولي الانساني وتعدّ من الحقوق الأساسية للمهاجرين مهما كانت جنسياتهم، وهو ما يجعل القاضي يسحب هذا النّص على كل أصناف الهجرة دون إعتبارلأغراضها،وعلى كل المهاجرين البالغين، والأطفال، والنّساء الحوامل[19]، مها كانت دوافع المهاجرسواء كان دافع هذه الهجرة الهروب من الحرب أو من الجفاف أو من الإقتتال العرقي أو من الفقر[20] بحثا عن العمل للعيش مقاومة للجوع والبطالة، ومهما كان مركزهم حتى وإن كانوا من الذّين يُتاجَرون بهم ورغم إفراد هؤلاء بالتّتبع الجزائي بقانون متخصص في جرائم الإتجار بالبشر[21].

القاضي الجزائي التّونسي لا يأخذ بهذه الدّوافع "للهجرة غير القانونية" حتى وإن كانت إنسانية، ولا يأخذ بتلك الأعذار المذكورة حتى وإن كانت وجيهة وجديّة تقرّها معاهدات القانون الدّولي الإنساني وصادقت عليها الدّولة التّونسية.

---

[19] وائل بن سليمان: قاضي مستشار بمحكمة التعقيب: الهجرة السّرية من وجهة نظر قاضي حين تصبح الهجرة السّرية مطية لإرتكاب جرائم خطيرة ومنظمة، جريدة الصباح التونسية، 17 نزفمبر 2017، الهجرة السرية «الحرقة» الأسباب التداعيات والمعالجات الممكنة الهجرة السرية من وجهة نظر القانون الجزائي وعلوم الاجرام ... جريمة ام لا، ندوة المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات بالتعاون مع "دار الصباح".http://www.assabah.com.tn/article/144456

تاريخ الاطلاع (7-9-2018)

[20]**Mehdi Lahlou,** Dossier : Les causes multiples de l'émigration africaine irrégulière, Population & Avenir, n° 676, 2006/1, Pages 4 – 7.

[21] سلمى عبيدة،الإطار القانوني الحالي لمكافحة الاتجار بالاشخاص في تونس، القضاء والتشريع، عدد 1، جانفي 2016، ص، 9-37.

فتارة يتمسك القاضي بحرفية النّص وتارة أخرى يتوسّع في تأويله حتى يمكنه من إستيعاب الوقائع محل التتبع لإدانة المتهم عند تطبيقه للقانون. هذا التوجه القضائي الجزائي لا يُعدّ صائبارغم ما تقتضيه ضرورة حماية الأمن والنّظام العامين التّونسيين.

لقد وردت ألفاظ الفصول الجديدة للقانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر في صياغة عامة تقبل تأويلات واسعة عند تطبيقها من قبل القاضي الامر الذي خلف تناقضا في اتجاهات نفس المحكمة إذ مثلا لم تعتبر المحكمة الإبتدائية بصفاقس في حكمها الابتدائي عدد 2088 بتاريخ 15 جوان 2006، وعدد 2179 بتاريخ 12-11-2006 المهاجرين "غيرا" أو "ضحايا" بل إدانتهم بالسّجن لإعتبارهم منخرطين في التنظم الإجرامي. بينما ذات المحكمة إعتبرت في حكمها الابتدائي الجنائي عدد 1888 بتاريخ 9-10-2006 و عدد 2196 بتاريخ 21 جوان 2007 إن دفع مبالغ مالية والرغبة في الهجرة لا يعد تعاونا أو إنظماما لوفاق إجرامي.

لقد فُتحتْ من ثمة أبواب الإجتهادات المختلفة والمتناقضة لمحاكم الأصل المتمثلة في المحاكم الإبتدائية ومحاكم الإستئناف.

الحالات التّي ينطبق فيها القانون عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر على الأفعال التّي تعدّ هجرة غير قانونية أو سريّة.

غير أنّه رغم هذا التّحديد فإن قضاة محاكم الأصل توسعوا في فهم هذا القانون وسحبوا فصولهعلى "كل مهاجر" تلقى مساعدة من مهربين أو من غير المهربين لأغراض أخرى حتى وإن كانت إنسانية كالإنقاذ التّي يحميها القانون الجزائي الوطني[18] والقانون الدّولي الإنساني.

معظم الأحكام القضائية الصّادرة عن المحاكم التّونسية لزجر الهجرة غير النظامية كانت على أساس المساعدة على إجتياز الحدود خلسة تهريبا للمهاجرين أو العمليات الفردية لمساعدة الغير على اجتياز الحدود خلسة أو تهريب المهاجرين في إطار وفاق أو تنظيم وفق الفصلين 41 و42 من القانون المذكور . وفي أغلب إحالات النيابة العمومية كان على سند الفصلين المذكورين وهي تكوين وفاق إجرامي. فهل يشمل هذا النّص الأشخاص غير التونسيين الموصوفين بالمهاجرين ؟.

هذا المشكل واجهه القضاء التّونسي عبر أغلب محاكمه،لأن القاضي الجزائي التونسي مطالب أن يجيب عن "مركز المهاجرين" هل هم مشاركون في الوفاق وفق الفصل 32 من المجلة الجزائية، أم متضررون من شبكات تهريب المهاجرين؟. لم يبحث القاضي هذه المسألة ، كما لم يبحث روح هذا القانون الذي هو في الأصل يمكن القول عنه

[18] ينص الفصل 143 من المجلة الحزائية التونسية على انه "يعاقب بالسجن مدة شهر وبخطية قدرها ثمانية وأربعون دينارا كل من يمتنع أو يتقاعس وهو قادر على مباشرة الخدمات أو الأعمال أو الإغاثة التي دعي إليها في حال حوادث أو ازدحامات أو غرق أو فيضان أو حريق وغيرها من الكوارث وكذلك في صور السلب والنهب أو مفاجأة المجرم حال مباشرة الفعل أو مطاردة الجمهور له صائحا وراءه أو تنفيذ عدلي".

قانون لإدارة الدول الأوربية لحدودها عن بعد وذلك من خلال تعهدها بالدعم الإقتصادي والمالي لتونس[14] على أن تقوم هذه الأخيرة بمنع المهاجرين من الوصول إلى السّاحل الجنوبي للدّول الأوروبية وساحل إيطاليا خصوصا.

1- تأييد محاكم الإستئنافلتوجه قضاة المحاكم الإبتدائية:

تنظر محاكم الإستئناف في القضايا المستأنفة أمامها من حيث الوقائع والقانون وهي محاكم درجة ثانية في التقاضي وتكون أحكامها إمّا ناقضة للأحكام المسأنفة أو معدّلة أو مؤيدة لها.

في هذا السّياق النظري القانوني من حيث الإجراءات والأصل، تعهدت بعض محاكم إستئناف الولايات السّاحلية بنزرت ونابل والمنستير وسوسة وصفاقس ومدنين بقضايا متهمين مستانفة أمامها ادينوا ابتدائيا لإرتكابهم لجرائم يعاقب عليها القانون عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر.

محكمة الإستئناف بالمنستير أصدرت حكما بتاريخ 17 مارس 2006 تحت عدد 1144 ، وحكما اخر تحت عدد 238 بتاريخ 10 جويلية 2008 ، فرغم أنّ الوقائع والافعال المكونة لجريمة الهجرة غير القانونية تختلف عن أفعال ووقائع تكوّنِ جريمة الاتجار بالبشر[15] فان القاضي الجزائي لا يميز بينهما ويعتبرها كلها أفعالا وأعمالا مكوّنة لجريمة الهجرة غير النظامية .

وذهبت محكمةالاسستئناف بنابل عدد 7890 بتاريخ 28 افريل 2016 الى اعتبار ان الانضمام الى وفاق اجرامي يساعد على مغادرة البلاد التونسية يثبت"بمجرد قيام شخص بتسهيل او مساعدة الاشخاص المنظمين للوفاق على تحقيق الهدف الذي اتفقوا عليه ولو بدون مقابل"[16].

ذات الموقف اتخذته محكمة الاستئناف بتونس في الأحكام عدد 23861 بتاريخ 24 نوفمبر 2016[17]

[14] **Alain Morice,Claire Rodier, Politiques** de migration et d'asile de l'Union européenne en Méditerranée, Confluences Méditerranée ,2013/4, N° 87, Pages 109 – 120.

[15] حافظ العبيدي ، خصوصية الاتجار بالبشر ، القضاء والتشريع ، عدد 4، 2012.
Hafedh Laabidi, La lutte contre la traite des personnes à des fins d'exploitation économique et sexuelle en droit tunisien, RJL, n 5 ,2009.

[16] قرار عدد 7890 بتاريخ 28 افريل 2016 صادر عن محكمة الاستئناف بنابل (غير منشور).
[17] قرار محكمة الاستئناف عدد 23861 بتاريخ 24 نوفمبر 2016 (غير منشور)

وعدد 24271 بتاريخ 19 جانفي 2017[11] ، ومحكمة الاستئناف بالمنستير عدد 6166 بتاريخ 2 جانفي 2016[12].

أ- تذبذب مواقف محكمة التّعقيب حيال تطبيق محاكم الأصل لقوانين زجر الهجرة غير النظامية:

يتمثل دور محكمة التّعقيب في الرقابة على حسن تطبيق محاكم الأصل للقوانين الجزائية والمدنية لذلك عُدتْ "محكمة قانون" فهي لا تتعهد بالوقائع إلاّ في حالات محدودة حصرها القانون ،ولا تعدّ من ثمّة محكمة درجة ثالثة للقضاء. لذلك ينحصر تعهدها في درس النزاع القانوني وحسن تطبيقه الذّي يثيره المعقب ويتمسك به تقديرا منه أن محاكم الأصل أساءت تطبيق قانون سند الدّعوى أو قانون سند الإتهام.

تعهدت المحكمة بمطالب التّعقيب في القضايا الجزائية وفق ما نصّ عليه الفصل 258 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية للنظر في "الأحكام والقرارات الصّادرة في الأصل نهائيا ولو تم تنفيذها، وذلك بناء على عدم الإختصاص أو الإفراط في السّلطة أو خرق القانون أو الخطأ في تطبيقه".

بناء على ذلك، تمثل قرارات محكمة التّعقيب في المادة الجزائية عموما وخصوص منها الهجرة غير القانونية فقها قضائيا[13] ملزما للمحاكم الإبتدائيةوالإستئناف كمحاكم أصل وجب إحترامه وإتباعه في القضايا المحالة إليها بموجب نقضها، أمّا احكام التعقيب الجزائي في مجمل القضايا فانه يعدا فقها قضائيا يمكن الاستنارة به واستفادة المحاكم منه.

انّ فقه القضاء الجزائي للمحكمة في القضايا التّي نظرت فيها بموجب التعقيب من محاكم الاصل في موضوع الهجرة غير القانونية، غير منشور للعموم والباحثين ولا توجد منظومة معلوماتية تحفظ هذه الاحكام تمكن الباحث من النفاذ اليها بيسر ،وهذا أمر لا يُسهل بحث إحصائها ولا يُسهل انجاز بحوث ودراسات علمية أكاديمية.

من القرارات التّي ستجيب فيها محكمة التعقيب على حسن تطبيق المحاكم للقانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 المنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر، أو اساءة تطبيقه قرارها عدد 7944 الصّادر بتاريخ 16 فيفري 2007 الذي اعتبرت فيه "مساهمة المعقب ضدهم بالمال يعد من قبيل المشاركة في وفاق لتسهيل مغادرة اشخاص التراب التونسي".فأيدت

---

[11] قراري محكمة الاستئناف بتونس عدد 23861 بتاريخ 24 نوفمبر 2016 (غير منشور) ، وعدد 24271 بتاريخ 19 جانفي 2017 (غير منشور)

[12] قرار محكمة الاستئناف بالمنستير عدد 6166 بتاريخ 2 جانفي 2016 (غير منشور).

[13] المنجيالأخضر ،تطور التشريع والقضاء التونسي ودور محكمة التعقيب في تركيز فقه القضاء جزائي في بحر الخمسين السنة الماضية, القضاء والتشريع عدد 7 ، 2011.

بذلك محكمة التّعقيب توسع بعض محاكم الأصل في تأويل الفصلين 41 و42 من القانون المذكور.

تراجعت محكمة التعقيب على هذا الموقف في قرارها الأول عدد 13006مؤرخ في 19 افريل 2007 وجاء فيه ان المهاجرين " الطرف المستعمل للتهريب وهم الأشخاص الذين وصفهم المشرع بالغير الذي تكون التنظيم لغاية تهريبهم". وهي قراءة تقرب مما جاء في الاعمال التحضيرية لنقاش هذا القانون[6].

في ذات السياق ذهبت محكمة التعقيب في قرارها عدد 18182 بتاريخ 7 جوان 2007 الى إعتبار ان توافق مجموعة لإجتياز الحدود خلسة لا يعد فعل يجرمه الفصل 41.

اعتبرت ايضا أن أفعال توفير البنزين أو دفع مبلغ مالي للمهربين لعبور صقلية لا يُعدّ مشاركة في عصابة تهريب البشر تنطبق عليها أحكام القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004.

وفي سنة 2017 أيدت محكمة الإستئناف لمّا إعتبرت إنه يثبت الوفاق الإجرامي المساعد على مغادرة البلاد التونسية "بمجرد قيام شخص بتسهيل او مساعدة الاشخاص المنظمين للوفاق على تحقيق الهدف الذي اتفقوا عليه ولو بدون مقابل"[7].

غير أنه في بعض الأحكام عمدت محكمة التعقيب إلى عدم نقاش الجانب القانوني لإعتبار أن مستندات التّعقيب تعرضت لنقاش مسائل واقعية تمس الاصل وهذا يخرج عن أنظارها كمحكمة قانون وكان ذلك في الأحكام التّالية الحكم عدد 42802 بتاريخ 22 مارس 2017[8] ، والحكم عدد 55444 بتاريخ 18 جانفي 2018[9] ،والحكم عدد 58285 بتاريخ 18 جانفي 2018[10] وخاصة في الأحكام التّي يحال فيها المتهم المعقب على أساس قانون مكافحة الارهاب الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2003 .

[6] الاعمال التحضيرية، مداولات مجلس النواب،27 جانفي 2004 ، الرائد الرسمس للجمهورية التونسية عدد 19 ، ص، 796.
[7] حكم عدد 49061 بتاريخ 21 نوفمبر 2017، صادر عن محكمة التعقيب، غير منشور.
[8] القرار التعقيبي عدد 42802 بتاريخ 22 مارس 2017 ، غير منشور
[9] القرار التعقيبي عدد 55444 بتاريخ 18 جانفي 2018، غير منشور
[10] القرار التعقيبي 58285 بتاريخ 18 جانفي 2018، غير منشور

الفقرة الثانية : إهمال القاضي الجزائي التّونسي للإتفاقيات الدّولية في أحكامه الزاجرة لمغادرة تراب البلاد خلسة

تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل 34 من دستور 1 جوان 1959 الملغى[3] على أنّ "المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيسالجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النّوابأقوى نفوذا من القوانين".

وفي ذات السّياق تنصّ الفقرة الأخيرة من الفصل 67 من دستور 27 جانفي 2014 التونسي على إنّه " لا تصبح المعاهدات نافذة إلا بعد المصادقة عليها" بقانون أساسي ينشر بالرائد الرّسمي للجمهورية التّونسية.

تأسيسا على ذلك، تصبح الإتفاقيات التّي تضمن حريات المهاجرين وحقوقهم الأساسية ، والتّي صادقت عليها الدّولة التّونسية ونشرت بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية نافذة ، وجزء من الإطار التّشريعي والنّظام القانوني عموما والجزائي خصوصا .

تلزم هذه الإتفاقيات ذات الأسس والرّتبة الدّستوريتين كل من المُشرّع والقاضي التّونسيين، فالمُشرّع ملزم بأنْ لا يَسنّ قوانين متعارضة معها ،والقاضي الجزائي سواء كان من قضاة محاكم الأصل أو من قضاة محكمة التّعقيب، ملزمون بتطبيق هذه الإتفاقيات كقانون من قوانين الدّولة التّونسية ،ولا يُمكن أن يتجاهل وجوب الرّجوع إليها في أحكامه مهما كان السّبب والنّية عمدا أو جهلا.

ينبغي أن تكون هذه المعاهدات والإتفاقيات من الأسانيد القانونية لأحكامه الجزائية، بينما في الممارسة لا نجد أثر لذلك في الأحكام القضائية الجزائية التّي صدرت منذ صدور القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 والمنقح للقانون عدد 40 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المتعلق بجوازات السّفر ووثائق السّفر.

إنّ إهمال قاضي الأصل لهذه الاتفاقات التّي ينجرّ عليه هتك حقوق وحريات المهاجر التي ضمنتها تلك المواثيق الدّولية التّي صادقت عليها الدّولة التونسية ومنها العهد الدّولي للحقوق المدنية والسياسية[4] المؤرخ في 16 ديسمبر 1966،والميثاق الافريقي لحقوق الإنسان والشعوب المؤرخ في 26 جوان 1981، وإتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التّعذيب وغيره من العقوبات وضروب المعاملة القاسية واللاإنسانية والمهينة[5] الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر

---

[3] **تنص الفقرة الأولى من الفصل 27 من القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلطالعموميةعلى أن "يقر المجلس الوطني التأسيسي ما تم من تعليق العمل بدستور الأول من جوان 1959 ويقرر إنهاء العمل به بصدور هذا القانون التأسيسي".**

[4] مصادق عليه بالقانون عدد 82-64 المؤرخ في 6 اوت 1982، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 10 بتاريخ 13 اوت 1989، ص، 1689.

[5] منشورة بالأمر عدد 88-1800، الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية، عدد 72 بتاريخ 25 اكتوبر 1988،ص، 1470.

.1984

غير إنه ،منذ شروع المحاكم الجزائية التّونسية في التعهّد بالنّظر في قضايا المتهمين بخرق القانون الأساسي عدد 6 لسنة 2004 بتاريخ 3 فيفري 2004 وإصدار أحكامها لم يتضمن أي حكم – على الأقل التّي أمكن الاطلاع عليها- الرّجوع للاتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها الدّولة التونسية كأسانيد قانونية أسوة بما إستقر في فقه القضاء الفرنسي[1].

يمكن أن نفسر هذا الإهمال إمّا بعدم إثارة دفاع المتهمين لهذه الإتفاقيات ذات العلوية على القوانين أو إقتصار محامي الدّفاع على القانون الجزائي الوطني لعدم إلمامهم وتكوينهم ومعرفتهم بقواعد القانون الدّولي النافذة في تونس، وإمّا لقصور في فهم القضاة المباشرين الذّين تنقصهم الشّجاعة القضائية وعمق المعرفة القانونية في القانون الدّولي حتى يتخذوا المعاهدات الدّولية المصادق عليها أسانيد قانونية لأحكامهم أو ايضا عدم استقلالية القضاء عن السلطة السياسية ومجاراتها في سياستها القانونية حيال مسألة الهجرة.

إنّ ما يمكن أن نستخلصه من نتائج علمية وعملية من هذا البحث هي أنه ينبغي على الدّولة التّونسية عموما ووزارة العدل خصوصا إعادة صياغة سياستها العامة الجزائية تجاه المهاجرين غير القانونيين وتميزهم عن المهربين للبشر والمتاجرين بهم وذلك من خلال تدقيق من هو "المهاجر غير القانوني"، وتعيد النظر في جملة قوانين زجرهم في إتجاه تعزيز حماية حرياتهم وحقوقهم الأساسية بما يتفق وإلتزامات الدّولة التّونسية بالإتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها فأصبحت هذه الإتفاقيات عنصرامن عناصر تكْوين النّظام القانوني الوطني العام والجزائي خصوصا.

ومن أسباب هذه الخلاصة، هو إستمرارإقتصار القاضي الجزائي التونسي على تطبيق القانون الوطني وإهماله للإتفاقيات الدّولية التّي صادقت عليها الدّولة التونسية وأصبحت نافذة، فلم يدرك ترابطهما. يظهر هذا الإهمال في خلو الأحكام الجزائية التّي أصدرتها المحاكم ضد المتهمين بخرق أحكام القانون الأساسي عدد 6 بتاريخ 3 فيفري 2004 الزاجر للهجرة غير النظامية ،منإعتمادها كأسانيد قانونية للحكم .

كما لم يوفق[2] القاضي الجزائي في أحكامه في الجمع بين مصلحة المتهمين وحماية حقوقهم الأساسية من جهة ،وواجب تطبيق القانون الزّاجر للهجرة غير النظامية من جهة أخرى.

---

[1] Tribunal correctionnel de Foix, 8 septembre 2009 n°713/2009. In, Anita Bouix, Les délits d' « aide aux migrants » Entre autonomie et dépendance à l'égard des infractions d'entrée et de séjour irréguliers sur le territoire français, université Évry, université d'Évry-val -d'Essonne ,2012, p,32.

[2]Kiara Neri, Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer, Revue québécoise de droit international,26.1, 2013, P, 125.

لا يوجد ما يفسر إقتصار القاضي على تطبيق القانون الجزائي الوطني فقط في محاكمة المتهمين بالهجرة غير النظامية إلاّ على الأقل فرضيتين مختلفتين : الفرضية الأولى وهي توجهٌ متعمد من قبل القاضي الجزائي، والفرضية الثانية تتمثل في قصور في فهم القاضي الجزائي وتكوينه الأكاديمي والمهني وفي الحالتين لا ينبغي أن يستمر الحال على ما هو عليه.

أضف إلى ذلك أنّ ،وزارة العدل مدعوة إلى تنقيح القوانين الجزائية الزّاجرة للهجرة غير النظامية، لتصبح هذه القوانين متوافقة ومحترمة للمعايير الدولية التّي تحمي الحقوق الأساسية للمهاجرين حتى وإن كانت هجرتهم موصوفة بغير النظامية حتى يقيد القاضي ويُلزم بهذه التشاريع.

ولبناء وتطوير قدرات منفذيها من القضاة، فمن الوجيه أن تشرع اليوم الهيئة الوطنية للمحامين في تنظيم دورات تكوينية للمحامين المباشرين حول نفاذ المعاهدات في القانون التونسي وتدرج في برنامج تكوين المحامين الجدد بالمعهد الاعلى للمحاماة هذهالإتفاقيات ،وتشرع وزارة العدل في وضع برنامج تأهيل وتكوين القضاة المباشرين والملحقين القضائيين الجدد ، محوره تطبيق القاضي الجزائي في ذات الوقت القانونين الوطني والدّولي حماية للحقوق الأساسية للمهاجرين .

وجب أن تظهر نتائج إستيعاب القضاة لهذا التأهيل والتّكوين المهني القضائي في تعليل الأحكام الجزائية الصّادرة عن المحاكم التّونسية في مجال مكافحة الهجرة غير النظامية، كما يبرز هذا الإستيعاب في عرض الأسانيد القانونية لهذه الأحكام.

المراجع

1- بالغة العربية

حافظ العبيدي ، خصوصية الاتجار بالبشر ، القضاء والتشريع ، عدد 4، 2012.

سلمى عبيدة، الإطار القانوني الحالي لمكافحة الاتجار بالاشخاص في تونس، القضاء والتشريع، عدد 1، جانفي 2016.

محمد بوزويتينة، الهجرة السرية في القانون التونسي بين الوقاية والعلاج ، القضاء والتشريع عدد 8،2007.

المنجيالأخضر ،تطور التشريع والقضاء التونسي ودور محكمة التعقيب في تركيز فقه القضاء جزائي في بحر الخمسين السنة الماضية, القضاء والتشريع عدد 7 ، 2011.

وائل بن سليمان: قاضي مستشار بمحكمة التعقيب: الهجرة السّرية من وجهة نظر قاضي حين تصبح الهجرة السّرية مطية لارتكاب جرائم خطيرة ومنظمة، جريدة الصباح التونسية، 17 نزفمبر 2017.

- باللغة الفرنسية :

Alain Morice,Claire Rodier , Politiques de migration et d'asile de l'Union européenne en Méditerranée, Confluences Méditerranée ,2013/4, N° 87

Ben Achour Souhayma, Le droit tunisien face à la traite des personnes et au trafic des migrants, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse*, n° 47, 2011. http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/18977/CARIM_ASN_2011_65.pdf?sequence=1 (consulté le 31 Aout 2018).

Ben Cheïkh Farah, ChekirHafidha, La migration irrégulière dans le contexte juridique tunisien, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse,* n° 64, 2008.

CHERIF (I), La lutte contre les migrations clandestines, Mémoire, Mastère en sciences politiques, Université Tunis El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, annexes n° 4 ,2004-2005.

HafedhLaabidi, La lutte contre la traite des personnes à des fins d'exploitation économique et sexuelle en droit tunisien, RJL, n 5 ,2009

Hassan Boubakri, **Les migrations en Tunisie après la révolution, Confluences Méditerranée, N° 87, 2013/4.**
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/10109/CARIM_AS%26N_2008_64.pdf?sequence=1 ,(consulté le 31 Août 2018).

Kiara Neri, Le droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer, Revue québécoise de droit international,26.1, 2013

Mehdi Lahlou,Dossier : Les causes multiples de l'émigration africaine irrégulière, Population & Avenir, n° 676, 2006/1.

Mehdi Mabrouk, "***El Harikoun***",**pourune approche sociologique du milieu social desimmigrés clandestins et de leur imaginaire", in *Revue tunisienne de sciences sociales*, n° 125, 2003.**

Mehdi Mabrouk, **Émigration clandestine en Tunisie : Organisations et filières, Revue, NAQD**,**2009/1, N° 26-27,Pages 101 – 126.**

Nicole Guimezanes,La migration et le droit, Revue internationale de droit comparé, Année 2014.

Riadh Ben Khalifa, L'émigration irrégulière en Tunisie après le 14 janvier 2011, *Hommes & migrations,* 1303, 2013