

الجمهورية التونسية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي و تكنولوجيا المعلومات و الاتصال
جامعة سوسة

كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة



جرائم الفايسبوك

مذكرة لنيل شهادة الماجستير بحث في قانون الأعمال

تحت اشراف الأستاذ:

خليفة الخروبي

أعدّها

صلاح الشichaوي

أمام اللّجنة المتكونة من السّادة:

الأستاذ:..... رئيسا

الأستاذ: خليفة الخروبي

الأستاذ:..... عضوا

السنة الجامعية: 2014/2013

شكر خاص

إلى أستاذي السيد خليفة الخروبي إعترافاً له بالجميل

وإكباراً لفضله عليّ

إن الآراء الواردة في هذه المذكرة لا تعبر عن آراء أو
اتجاهات كلية الحقوق بسوسة إنما هي خاصة بصاحبها.

قائمة المختصرات

| | |
|----------------------------|---|
| D. | : Recueil Dalloz |
| D.A. | : Dalloz analytique |
| D.C. | : Dalloz critique |
| D.H. | : Dalloz hebdomadaire |
| Dt. Pen. | : droit pénal |
| G.P. | : Gazette du Palais |
| J.O. | : Journal officiel |
| J.C.P. | : Semaine juridique |
| Rec.dt. pen. | : Recueil de droit pénal |
| Rev.dt.pen. et crim | : Revue de droit pénal et de criminologie |
| R.I.C.P.T | : Revue internationale de droit comparé |
| Rev.sc. crim. | : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé |
| T.G.I. | : Tribunal de grande instance |
| Trib.pol. | : Tribunal de police |
| Trib.G.ins.p. | : Tribunal grande instance de paris |

المخطط العام

المقدمة

الجزء الأول: تعدد مجالات التجريم

الفصل الأول: الجرائم الماسة بالشرف

الفصل الثاني: الجرائم المتعلقة بالمعطيات الشخصية

الجزء الثاني: خصوصية إجراءات المؤاخظة

الفصل الأول : خصوصية إجراءات التتبع

الفصل الثاني : إجراءات المحاكمة

الخاتمة العامة

المقدمة

مرت الاتصالات بعدد التطورات عبر التاريخ، فقد كان الانسان يتواصل بواسطة الإشارة، ثم الصوت ثم الصورة، فالكتابة و الأرقام ،حتى يتمكن من التخاطب مع الغير وبالتالي التعايش معه، و لم تقف رحلة الانسان في تطوره عند هذا الحدّ، فما أن أوشك القرن الماضي و ما شهده من ثورة صناعية، حتى بدأ الانسان يعيش آثار ثورة جديدة هي ثورة تكنولوجيا المعلومات خاصة بعد أن حدث الاندماج بين المعلوماتية و الاتصال فكان ظهور ما يسمّى بالاتصال عن بعد.

و قد ارتبط هذا المصطلح أساسا بظهور شبكة الانترنت في أواخر القرن الماضي وما صاحبها من تغير جذري في شكل العالم الذي اصبح قرية صغيرة بفضل رقمنة الحياة وسقوط الحواجز و ضوابط الجغرافيا مما مكّن البشر من الالتقاء فرضيا عبر الشبكات وتكوين مجموعة أفكار و خلق و عمل متحدّين عائق البعد.

و قد ازداد ذلك العائق في الزوال و الاضمحلال بظهور المواقع الاجتماعية¹ التي هي مواقع و اب تقدم مجموعة من الخدمات لمستخدمي الانترنت مثل المحادثات الفورية و الرسائل الخاصة و البريد الالكتروني و الفيديو و التدوين و مشاركة الملفات و غيرها من الخدمات.

فهي مجموعة شبكات اجتماعية تفاعلية، ظهرت مع الجيل الثاني للويب (web)²، تتيح لمستخدميها التواصل في ما بينهم في كل وقت و في كل مكان من العالم، غيرت مفهوم التواصل و التقارب بين الشعوب و كسرت حاجز احتكار المعلومات و حجبها.

و لقد أصبحت المواقع الاجتماعية في السنوات الأخيرة وسيلة فعالة للتواصل و تبادل الرسائل و الآراء و معرفة الأخبار و المعلومات و الاطلاع على الملفات الشخصية بين

¹ Les réseaux sociaux en ligne peuvent être définis comme l'ensemble des sites qui permettent de mettre en relation des personnes (Amis, connaissance, collègues) rassemblés en fonction de centre d'intérêts communs, comme par exemple les goûts musicaux , les passions ou encore la vie professionnelle
<http://www.nicolas-bermond.com/social-networking/definition-site-de-social-networking-6>

² le web 2.0 est un terme inventé par Dale Daugherty et popularisé en 2004, qui désigne, la nouvelle génération de site internet et d'internautes qui utilisent des interfaces permettant d'interagir avec le contenu des pages.
Actualité juridique pénal n°3/2009 de mars 2009. Dossier cybercriminalité p.120

تجمعات افتراضية، تشكلت من أفراد في أماكن متفرقة من العالم حتى أصبحت تشكل إحدى أكبر الظواهر الاجتماعية في العالم، من ذلك أنها في فرنسا مثلاً بلغت نسبة مستخدميها خلال سنة 2008 (64%) من جملة مستخدمي شبكة الانترنت³.

و رغم تعدد المواقع الاجتماعية و تنوعها بين أوروبية مثل Myspace و twitter و His lifeboon و غيرها، وأخرى عربية مثل مكتوب و اخوان بوك و اكبس و لملم⁴، فإنّ موقع فايسبوك يبقى أهمها على الإطلاق بالنظر لعدد المشتركين فيه الذي فاق المليار مشترك خلال سنة 2014⁵.

فهو موقع إجتماعي أسسه طالب أمريكي⁶ بجامعة هارفارد خلال سنة 2004 و جعله وسيلة للاتصال بينه و بين بعض زملائه في الدراسة ثم تطور فيما بعد ليصبح مفتوحاً على بعض

³ <http://www.01net.com/editorial/403740/le-chiffre> du jour-64-pour-cent-des-internautes-français-fréquentent-des-reseaux-sociaux

⁴ شبكات اجتماعية عربية ظهرت مؤخراً لكنها لا ترقى إلى مستوى الخدمات التي تقدمها الشبكات الاجتماعية الكبرى

⁵ Le monde.fr facebook franchit la barre du milliard d'utilisateurs

⁶ قام مارك زوكربيرج (Mark Zuckerberg) بتأسيس موقع فايسبوك في 4 فيفري 2004 على النطاق the facebook.com و قد كانت عضوية الموقع مقصورة في بداية الأمر على طلبة جامعة هارفارد كولدج، و خلال الشهر الأول من إتاحة الموقع للاستخدام، قام أكثر من نصف طلبة الجامعة المذكورة بالتسجيل في هذه الخدمة، و في شهر مارس من عام 2004، فتح الفايسبوك أبوابه أمام جامعات ستانفورد و كولومبيا، و وييل، ثم اتسع الموقع أكثر فيها بعد و فتح أبوابه أمام جامعة بوسطن و جامعة ايبي ليج، و شيئاً فشيئاً أصبح الموقع متاحاً للعديد من الجامعات في كندا و الولايات المتحدة الأمريكية و في شهر جوان سنة 2004 تمّ نقل موقع فايسبوك إلى مدينة بالتوالتو في ولاية كاليفورنيا، ثمّ أتاح الموقع بعد ذلك اشتراك العديد من الموظفين من مختلف الشركات و منها شركة مايكروسوفت، في 26 سبتمبر 2006 أصبح الموقع مفتوحاً لكل شعوب العالم الذين يستخدمون بريداً إلكترونياً.

و يعتبر موقع فايسبوك وفقاً لما أعلنته شركة "كومسكور" أشهر موقع للتواصل الاجتماعي، و ذلك استناداً إلى عدد المستخدمين الجدد الذين يرتادونه شهرياً حيث تحطى منافسه موقع my space في أبريل من سنة 2008، و قد أشارت الشركة المذكورة إلى أن الفايسبوك تمكن من جذب 132.1 مليون مستخدم جديد في شهر جويليا من عام 2008 فقط، ووفقاً للإحصائيات التي قام بها موقع "اليسكا" فإنّ ترتيب الموقع بين جميع المواقع المتاحة، قد ارتفع من المركز الستين ليحتل المركز السابع من حيث مدى إقبال المستخدمين عليه على مستوى العالم، و ذلك خلال الفترة الممتدة من سبتمبر 2006 إلى سبتمبر 2007، و يحتل الموقع حالياً المركز الثاني عالمياً فيما يعد أشهر موقع من حيث تحميل الصور حيث يتم تحميل 14 مليون صورة إلى الموقع يومياً.

و لقد تعرض الموقع إلى الكثير من الانتقادات على مدار السنوات الماضية ففي أكتوبر من عام 2005، قامت جامعة نيومكسيكو بحظر الدخول إلى الموقع من أجهزة الكمبيوتر و الشبكات الخاصة بالحرم الجامعي و قد أشارت الجامعة إلى أن السبب وراء ذلك الحظر يتمثل في انتهاج سياسة الاستخدام المقبول للانترنت و خاصة بالجامعة و ذلك فيما يتعلق بإساءة استخدام الموارد المتاحة على الانترنت، علاوة على أن الموقع يفرض استخدام وثائق التفويض الخاصة بالجامعة في أنشطة لا تتعلق بالجامعة.

و في 1 ماي عام 2008 قامت إحدى المجموعات على الفايسبوك بالافصاح عن هوية فتاة قتلت في ولاية تورونتو التي لم تكن اسرتها قد أعطت تصريحاً لشرطة تورنتو يمكنها من نشر إسمها في وسائل الإعلام و ذلك على الرغم من أنه يحظر نشر أسماء القصر الذين تتم إدانتهم في إحدى القضايا بموجب قانون العدالة الجنائية للأحداث، و على الرغم من محاولات الشرطة و كذلك القائمين على الموقع الالتزام بقواعد الخصوصية عن طريق حذف اسم الفتاة، فإنهم قد لاحظوا صعوبة القيام بذلك حيث تتم في كل مرة نشر إعادة البيانات كلما تم حذفها. و نظراً لطبيعة الفايسبوك التي تسمح لأي فرد بالدخول إليه فقد أثرت العديد من المخاوف بشأن استخدامه كوسيلة للمراقبة و استخراج البيانات، فقد تمكن طالبان من معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا من تنزيل ما يزيد عن 70 ألف ملف شخصي من الفايسبوك من أربع كليات مختلفة باستعمال تقنية shellscript وهي عبارة عن نص برمجي يعمل تلقائياً، كجزء من مشروع بحث عن موضوع الخصوصية في الفايسبوك و الذي نشر خلال سنة 2005.

و قد انتقد أنصار الحفاظ على السرية اتفاق الموقع فيما يتعلق بالتزامه السرية و حفاظه على الخصوصية الذي ينص على إمكانية استخدام البيانات الشخصية لمخبريه و بيعها إلى الشركات الخاصة كما أثرت بعض المخاوف بشأن صعوبة قيام المستخدمين لحذف حقوق الدخول أو الحسابات الشخصية بهم عند الرغبة في ذلك باعتبار أن الفايسبوك أتاح للمستخدمين "الغاء تنشيط" حساباتهم فحسب وهو ما يعني أن المعلومات التي قام المستخدم بإدخالها إلى الموقع و على ملفه الشخصي ستظل موجودة، و قد أثار هذا الأمر حفيظة العديد من المستخدمين الذين يرغبون في حذف حساباتهم و ما تبعها من بثار بصفة تامة و دائمة و قد قامت إدارة الفايسبوك في 29 فيفري 2008 من تمكين كل مستخدم من إمكانية الاتصال بالموقع لطلب حذف حسابه الشخصي بصفة تامة.

الجامعات الأمريكية الأخرى، قبل أن يصبح موقعا اجتماعيا مفتوحا للعموم خلال سنة 2006 مما يسمح لكل راغب في الاشتراك فيه بالتسجيل المجاني بالصفحة الخاصة بذلك الموقع بعد تقديم بعض المعطيات الشخصية اللازمة، و المتعلقة اساسا بالهوية و العنوان الالكتروني والميولات و الأهواء التي يقبلها يصبح ذلك الشخص منخرطا في الموقع الاجتماعي فايسبوك، و يتمتع بصفحة شخصية تتضمن عددا من التطبيقات مثل لوحة الحائط (Profil) التي هي عبارة عن مساحة مخصصة في صفحة الملف الشخصي لأي مستخدم تتيح لأصدقائه إرسال الرسائل المختلفة إليه، و مثل خانة للأصدقاء (Ami) التي هي عبارة عن علبة رسائل افتراضية يستقبل فيها المستخدم الاعلامات التي توجه إليه و التي يمكن من خلالها معرفة أصدقاء له يرغبون في إقامة صداقة افتراضية معه، بالإضافة إلى خاصية الصور (photos) التي تمكن المستخدم من تحميل الألبومات و الصور و مقاطع الفيديو من اجهزتهم الإلكترونية الخاصة إلى الموقع، كما توجد بها كذلك ميزة (status) أو الحالة التي تتيح للمستخدم إمكانية ابلاغ اصدقائهم بأماكنهم و ما يقومون به من أفعال في ذلك الوقت⁷.

و بمرور الوقت بدأ الفيسبوك في إضافة العديد من السمات الجديدة إلى الموقع، حيث تم خلال سنة 2006 الإعلان عن خاصية (News feed) أو المعلومات الإخبارية التي تظهر على الصفحة الرئيسية لجميع المستخدمين و التي تقوم بتمييز بعض البيانات مثل التغييرات التي تحدث في الملف الشخصي و كذلك الأحداث المرتقبة و أعياد الميلاد الخاصة بأصدقاء المستخدم.

و يقدم الفيسبوك خدماته مجانا إذ بإمكان أي فرد أن ينشأ موقعه الخاص على شبكة التواصل الاجتماعي بسهولة و يسر و بدون اي مقابل مادي، و يتمكن بالتالي من الالتقاء بأصدقائه القدامى و زملائه في الدراسة أو في العمل و يتبادل معهم المعلومات و الأخبار و التعليقات داخل الفضاء الافتراضي و بدون حاجة للتنقل إليه.

و في ايطاليا تسبب ظهور جماعة مؤيدة لحركة المافيا، في حالة من القلق وهو ما دعى الحكومة إلى سرعة إصدار قانون يلزم مزودي خدمة الانترنت بمنع الدخول إلى مواقع بأكملها في حالة رفض حذف المحتويات غير القانونية، كما يمكن المطالبة بهذا الحذف من قبل المدعي العام، في أية قضية تكون بها شبهة تحريض أو ما شابهه على ارتكاب جريمة

⁷ <http://fr.wikipedia.org/wiki/facebook>

و من ميزات الفايسبوك كوسيلة اتصال أنه يتعامل مع المعلومة و الحدث لحظة وقوعها، ويمكن من تبادل هذه المعلومات بين المستخدمين معززة بالصور و مقاطع الفيديو و التعاليق وهو ما لم تتمكن من الوصول إليه وسائل الإعلام الحديثة، التي رغم تقديمها للخبر تحت مسمى (عاجل أو مباشر)، فإنها تقوم فقط بدور المراسل من خلال وسيلتها الإعلامية كالفضائيات مثلا، و لم تتمكن من ان تجعل المشاهد يتفاعل معها في لحظة بثها لتلك الأحداث إلا بعد فترة من الوقت، عندما تكون تلك الأخبار قد انتشرت على موقعها الإلكتروني، و بهذه الحالة يمكن لمتصفح تلك المواقع للقنوات الفضائية أن يرد أو يعلق على تلك الأخبار والمستجدات.

و بالإضافة إلى ذلك فإن الفايسبوك فضلا عن كونه متاحا للجميع و بصفة مجانية فإنه صمم ليكون سهل الاستخدام و بدون تعقيدات، و تمكن من الجمع لأول مرة بين النص المكتوب والمرئي، و عمل على تحويل المستخدم له من متلق للمعلومات كما هو الحال في وسائل الإعلام التقليدية، إلى منتج للمعلومات و مشارك فيها، كما أنه وفر مساحات كبيرة لمنخرطيه للتعبير عن وجهات نظرهم حول مختلف الوسائل الإجتماعية و الثقافية و الدينية و السياسية و غيرها بكل حرية و بعيدا عن آليات الرقابة التي كانت تستخدمها الأنظمة.

و رغم كل تلك الايجابيات، فإن الموقع الإجتماعي الفايسبوك فتح الباب على مصراعيه لظهور صور من السلوكيات المنحرفة التي لم يكن من الممكن اقترافها في الماضي لخروجها عن دائرة التجريم التقليدية، وهو ما أدى إلى انتشار ظواهر إجرامية مستحدثة من حيث مرتكبيها و موضوعها و أساليب ارتكابها أطلقت عليها تسميات مختلفة، مثل جرائم المعلوماتية، جرائم تكنولوجيا المعلومات المتقدمة، جرائم الفايسبوك⁸.

فهي جرائم تتميز بصعوبة اثباتها و سهولة افلات مرتكبيها من العقاب نظرا لانعدام آثارها المادية و اقتصارها على مجرد أرقام و بيانات يتم تغييرها أو تقليدها و اختراقها و محوها من ذاكرة الحاسب الآلي بسرعة كبيرة.

⁸سنة عبد الله محسن: أعمال الندوة الإقليمية حول الجرائم المتصلة بالكمبيوتر، الموجهة التشريعية للجرائم المتصلة بالكمبيوتر في ضوء التشريعات الدولية و الوطنية- المغرب- 20/19/أفريل 2007، ص.52

و تعد الجريمة جزءا لا يتجزء من سلوك الانسان غير القويم في المجتمع بصرف النظر عن مستواه التعليمي و مدى تحضره و تطوره الاقتصادي و الثقافي، لذلك تسعى كل دولة جاهدة الى وضع قوانين ردعية لمجابهتها و الحد منها، و يمكن تعريف الجريمة لغة بانها الذنب والتعدي و خرق القاعدة القانونية⁹، اما قانونا فهي "كل فعل يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية"¹⁰، او امتناع عن فعل منصوص على تجريمه و عقابه بنص قانوني صريح و يجب ان تتوفر فيه النية الاجرامية ما لم ينص القانون على خلافه.¹¹

اما جرائم الفايبروك التي تتسم بصعوبة التوصل الى اثباتها و معرفة مرتكبيها، فلا اثر للعنف فيها و انما هي مجرد ارقام و بيانات يتم تغييرها او تقليدها او اختراقها او محوها من السجلات المخزنة في ذاكرة الحاسب الالي و ليس لها اثر مادي ملموس.

و في غياب تعريف تشريعي، تعددت المحاولات الفقهية ، فعرف الفقيه الفرنسي Masse جريمة الغش المعلوماتي بانها "الاعتداءات القانونية التي يمكن ان ترتكب بواسطة المعلوماتية بغرض تحقيق الربح"¹²، و يرى الاستاذ PARKER ان الجريمة المعلوماتية هي "كل فعل اجرامي متعمد ايا كانت صلته بالمعلوماتية، ينشأ عنه خسارة تلحق بالمجني عليه او كسبا يحققه الفاعل"¹³.

و المعلوماتية هي "علم المعلومات او تكنولوجيا المعلومات، اي المعلومة الخاضعة للمعالجة الالكترونية و هي مشتقة من كلمة المعلومة information من ناحية ومن كلمة الاوتوماتيك automatique من ناحية اخرى، و قد عرفها المشرع الفرنسي بانها "علم المعالجة العقلانية لا سيما بواسطة الالات الاوتوماتيكية للمعلومة التي تعتبر مرتكزا للمعارف الانسانية و لوسائل الاتصال في المجال التقني و الاقتصادي و الاجتماعي"¹⁴.

⁹ الموسوعة العربية الميسرة، دار النهضة للطبع و النشر، م. 1986 ص. 626

¹⁰ PRADEL. J Droit pénal général, éd. Cujas, 1992, p.14

¹¹ محمد العسكري، خصائص الاثبات في الجرائم المعلوماتية، م.ق.ت. جويلية 2005، ص. 234

¹² سامي الشوا. الغش المعلوماتي كظاهرة اجرامية مستحدثة. ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي القاها 25-25 اكتوبر 1993 ص 3

¹³ PARKER D, B combattre la criminalité informatique ;éd oros 1985,p 18

¹⁴ L'informatique : science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines technique,

اما خبراء المنظمة الاوروبية للتعاون و التنمية الاقتصادية فقد اعتبروا ان المقصود بالجريمة المعلوماتية هي " كل سلوك غير مشروع او مناف للاخلاق، يرتكب بالمعالجة الالية للبيانات و نقلها"¹⁵ و يرى الفقيه MERWE ان "الجريمة المعلوماتية تتمثل في الفعل الغير مشروع الذي يتورط في ارتكابه الحاسوب"¹⁶ و ذهبت هيئة التحقيق الجنائي الالمانية الى تعريفها بانها " كل العوامل التي تكون هدفا يؤدي لفعل مجرم في اطار المعالجة الالكترونية للمعطيات "¹⁷.

واما مصطلح الفايسبوك فلا يوجد في اي نص قانوني و لا حتى في التعريفات الفقهية العديدة التي قدمت لتعريف الجريمة المعلوماتية و ذلك لان جرائم الفايسبوك هي في نهاية الامر فرع من الجريمة المعلوماتية، و لا تختلف عنها الا في بعض الجزئيات التي تتعلق اساسا بهذا الموقع الاجتماعي، والذي لا يمكن ان يكون الا سببا في تسهيل ارتكاب الجريمة لا غير، في حين ان المعلوماتية بانضمامها و معطياتها يمكن ان تكون سببا في تسهيل ارتكاب الجريمة، مثلما يمكن ان تكون محلا للاعتداء، فننتحدث في الصورة الاولى عن الجريمة المعلوماتية في مفهومها الضيق، التي تشمل جرائم الاعتداء على البيانات و تخريب الانظمة المعلوماتية و تدميرها، و نتحدث في الصورة الثانية عن الجرائم التي ترتكب بواسطة المعلوماتية او الجرائم التي تكون فيها المعلوماتية اداة للاعتداء، و التي تشمل الجرائم الاخلاقية و جرائم القذف و التلب و الاعتداء على المعطيات الشخصية و الحياة الخاصة و تعكير صفو النظام العام وهي اساسا جرائم الفايسبوك، و هذا هو التقسيم الذي استقر عليه الراي و طنيا ودوليا.¹⁸

فجرائم الفايسبوك اذن هي جزء من الجرائم المعلوماتية وهي بالتحديد تندرج في اطار الجزء الثاني منها، التي تكون فيها المعلوماتية وسيلة و اداة للاعتداء، باعتبار ان الفايسبوك الذي

économique et social (définition approuvée par l'académie française) voir: Glossaire informatique des termes de la commission ministérielle de terminologie informatique jo du 17 janvier 1982.

¹⁵ GASSIN(R) le droit pénal de l'informatique, D 1986,p 35 .LA délinquance informatique peut être définie comme "tout comportement illégal ou contraire a l'éthique ou non autorisé qui concerne un traitement automatique de données et pour une transmission des données". Définition donnée par un groupe d'experts réunis au sein de l'organisation de coopération et de développement économique O.C.D.E.P1986 P.7

¹⁶ MERWE.(v) computer crimes and other crimes against information technology in south africa :RIDP, 1993, P 554.

¹⁷ Schreiber (w.) la délinquance assistée par ordinateur, R.I.P.C??n 464.1997.p.9

¹⁸ علي كحلون المسؤولية المعلوماتية مركز النشر الجامعي 2005 ص 95 و ما بعد

هو اساسا وسيلة للتواصل الاجتماعي قد يقع الانحراف به و استغلاله في الاعتداء على الاشخاص و المس و من معطيائهم الشخصية و الكشف عن جوانب من حياتهم الخاصة التي عادة ما تكون موجودة على صفحاتهم الشخصية بحكم كونها معلومات ضرورية يشترطها الموقع المذكور على كل مستخدم، وبصورة عامة يمكن تعريف جرائم الفايسبوك بأنها جملة الأفعال المخالفة للقانون التي ترتكب بواسطة الموقع الإجتماعي الفايسبوك.

فهي تلك الأفعال الإجرامية التي عادة ما يرتكبها بعض مستخدمي الفايسبوك ضد الغير، سواء كان هذا الغير مستخدما بدوره لذلك الموقع من عدمه و سواء كان صديقا افتراضيا للمعتدى عليه من عدم ذلك، باعتبار أن عملية التلب والقذف و المساس بالمعطيات الشخصية و الاعتداءات على الحق في الصورة و غيرها، يمكن أن تنال الصديق الافتراضي للمعتدي كما يمكن أن تنال المستخدم الذي لا رابط بينه و بين المعتدي.

و في بداية ظهوره أثار هذا النوع من الجرائم عدة إشكاليات تمحورت أهمها في مدى إمكانية خضوعها للقانون من عدمه إذ أن بعض الفقهاء اعتبر أن الفضاء الافتراضي خارج عن دائرة التجريم¹⁹ و لا يمكن أن يكون خاضعا للقانون.

فالفايسبوك و شبكة الأنترنت بصفة عامة، كان ينظر إليها في بداية ظهورها على أنها وسيلة اتصال عمومية لا تخضع للرقابة، تسمح للأفراد بالاتصال ببعضهم البعض و تبادل الأفكار والمعلومات و الآراء بكل حرية و بدون قيود و لا رقابة من اي جهة كانت.

فلكل شخص الحق في أن يعبر عن آرائه بكل حرية على شبكة الأنترنت و أن ينتقد الظواهر الاجتماعية و السياسية و الدينية و غيرها بدون ان يعرف ذلك الحق حدودا. و قد اعتبر البعض أن شبكة الأنترنت هي المكان الذي لا مجال فيه للمنع وهو المكان الذي تكون فيه الحرية مطلقة²⁰.

¹⁹ Michel Elie, „Aux sources du Net“ 2-3 fevrier 1997, le monde télévision-Radio-multimédia : « sur le réseau tout droit pouvoir se dire, il est interdit d'interdire »

Yaacoob Wiem : la cybercriminalité, mémoire pour l'obtention du diplôme des études approfondies en droit privé, fac droit Sfax 2008-2009, p.29

²⁰ Michel Elie: „Aux sources du net“ 2-3 Février 1997 Le Monde –télévision-Radio Multimédia

« sur le réseau tout doit pouvoir se dire, il est interdit d'interdire »

فالفلسفة التي تقوم عليها شبكة الأنترنت هي الحرية المطلقة التي لا تعرف تدخل الدولة للحد منها تحت أي مبرر كان.

و لعلّ القضية الشهيرة التي تعرف بقضية "ياهو" أكبر دليل على ذلك حينما قام اتحاد الطلبة اليهود برفع قضية أمام المحكمة الابتدائية بباريس طالبا فيها الزام شركة ياهو الأمريكية بإيقاف بيع الأدوات ذات العلاقة بالنازية التي كانت تباع على الموقع "ياهو" فقضت تلك المحكمة بتاريخ 21 نوفمبر 2000 بإلزام موقع "ياهو" باتخاذ الاجراءات و التدابير اللازمة لمنع بيع كل ما له علاقة بالنازية على التراب الفرنسي و إلاّ فإنها ستكون مضطرة لدفع 100 ألف فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير و ذلك عملا بأحكام الفصل 1-645 من المجلة الجزائية الفرنسية.

فقامت شركة "ياهو" برفع الأمر أمام المحكمة الفدرالية بكاليفورنيا طالبة اعتبار أن القرار القضائي الفرنسي غير قابل للتنفيذ بالولايات المتحدة الأمريكية، فاعتبرت المحكمة المذكورة أن حكم المحكمة الفرنسية يتعارض مع الفصل الأول من دستور الولايات المتحدة الأمريكية المتعلق بحرية التعبير و بالتالي فإنه غير قابل للتنفيذ.

إنّ حرية التعبير على شبكة الأنترنت كانت و لازالت موضع نقاش و جدال كبيرين و السبب في ذلك هو الاعتقاد السائد بأن ذلك الفضاء الافتراضي هو فضاء حر لا يجب أن يقع الحد منه بواسطة قوانين تفقده معناه و جوهره الذي وجد من أجله²¹. و لكن الملاحظ أن أغلب التشريعات الحديثة قد ذهبت في اتجاه اخضاع الفضاء الافتراضي إلى القانون نظرا لما أصبح يشكله من تهديد للأمن العام و للحريات الفردية و الخاصة و ما يمثله من فضاء ملائم للمس من المعطيات الشخصية للأفراد و الاعتداء على حياتهم الخاصة.

لقد جاهدت التشريعات دائما للسير قدما مع بذور التطور و التقدم، حيث تعتبر السويد أول دولة تسن تشريعات خاصة بجرائم الكمبيوتر و الأنترنت، إذ صدر قانون البيانات السويدي

²¹ Bonnart,C-L « l'arsenal pénale juridique sur internet » Gaz. Pal 1997, 2 doc p 997.

سنة 1973 الذي تعرض لجرائم التحيل و التزوير و التحويل الإلكتروني و الدخول و الحصول غير المشروع على البيانات المعلوماتية، ثم أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانونا خاصا بحماية أنظمة الحاسوب سنة 1985/1976، و قد حدد معهد العدالة القومي خمسة انواع للجرائم الإلكترونية وهي جرائم الكمبيوتر، جرائم الإستخدام غير المشروع عن بعد، جرائم التلاعب بالحاسوب، جرائم دعم التعاملات الإجرامية، و سرقة البرامج الجاهزة والمكونات المادية للحاسوب، و في سنة 1986 تم إصدار قانون المصطلحات الضرورية لتطبيق القانون على الجرائم الإلكترونية كما تم وضع المتطلبات الدستورية اللازمة لتطبيقه، ثم قامت الولايات الداخلية بإصدار تشريعاتها الخاصة للتعامل مع هذه الجرائم على غرار قانون ولاية تكساس لجرائم الكمبيوتر، و أصدرت سنة 1998 قانونين متخصصين بالجرائم المعلوماتية، هما "قانون الغش و التعسف بالكمبيوتر" Computer fraud and Abuse و "قانون سرية المخابرات الإلكترونية" Electronic communication Privacy Act

أما في فرنسا فقد وقع سنّ أول قانون سنة 1978²²، و كانت من الدول التي اهتمت بتطوير قوانينها الجزائية للتوافق مع الجرائم المستحدثة حيث صدر سنة 1988²³ القانون رقم 88/19 الذي اضاف إلى قانون العقوبات الجزائية جرائم الحاسوب و العقوبات المقررة لها، ووقع دعمها بقانون خاص سنة 2009 للحد من ظاهرة القرصنة عرف بقانون hadopi، وقررت بريطانيا سنة 1981 قانون مكافحة التزوير و التزييف الذي عرف أداة التزوير ووسائل التخزين الحاسوبية المختلفة أو أي أداة أخرى يتم التسجيل عليها سواء بالطرق التقليدية أو الإلكترونية أو بأي طريقة أخرى، و نظرا لارتباط الجرائم الإلكترونية بشبكات الإتصال الحديثة فقد أطلق مصطلح "جرائم الإنترنت" في مؤتمر جرائم الإنترنت المنعقد في استراليا من 17/16 فيفري 1998.

و على غرار أغلب التشريعات الغربية و العربية فقد تدخل المشرع التونسي لسن عدة قوانين مرتبطة بالجرائم المرتكب داخل الفضاء الافتراضي على غرار القانون عدد 75 لسنة 2003 المتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الارهاب و منع غسيل الأموال الذي اعتبر في

²² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

²³ Loi n°88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique (dite loi Godfrain)

فصله الرابع أن الاعتداء على الاتصالات أو على المنظومة الاعلامية يعتبر جريمة إرهابية، كما قام بإصدار القانون عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

كما ادخل المشرع عدة تنقيحات على المجلة الجزائية لجعلها مواكبة للتطور الذي عرفته الجريمة من ذلك تنقيح الفصل 172 بمقتضى القانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999 ليشمل جريمة التدليس للوثيقة المعلوماتية، وكذلك الفصل 199 مكرر بمقتضى نفس القانون، ليشمل تجريم النفاذ أو البقاء بصفة غير شرعية بكامل أو بجزء من نظام البرمجيات و البيانات المعلوماتية. كما تم إضافة الفصل 226 مكرر بمقتضى القانون عدد 73 لسنة 2004 المؤرخ في 2 أوت 2004، لمعاقبة كل اخلاق بالأخلاق الحميدة و كل من يلفت النظر علنا إلى وجود فرصة لارتكاب فجور و ذلك بكتابات أو تسجيلات أو ارساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو ضوئية، بالإضافة إلى الفصل 226 ثالثا من المجلة الجزائية المتعلقة بجريمة التحرش الجنسي. إلا أن ما يلاحظ في هذا الإطار أن هذا التمشي المواكب لظاهرة تطور الجريمة لم يقع اعتماده في إطار مجلة الاجراءات الجزائية التي بقيت محافظة على أحكامها التقليدية و لم يقع ادخال أي تعديل عليها لجعلها متماشية مع الظواهر الاجرامية المستحدثة المرتكبة داخل الفضاء الافتراضي، و خاصة فيما يتعلق بقواعد البحث و الحجز و التفتيش و غيرها و بقيت بالتالي أحكامها قاصرة على تتبع مرتكبي الجرائم المذكورة.

و استنادا إلى ما سبق بيانه، فان دراسة موضوع جرائم الفايسبوك تتمتع على الصعيد النظري بأهمية قصوى تتمثل اساسا في كيفية اخضاع هذا النوع المستحدث من الجرائم المرتكبة داخل فضاء افتراضي إلى قواعد قانونية بقيت محافظة على صبغتها التقليدية، و لم يقع تطويرها بالشكل الكافي لتكون مواكبة للتطور الملحوظ للجريمة، بالإضافة إلى ما اصبح يحضى به هذا النوع من الجرائم من أهمية، على اعتبار انتشاره بصفة كبيرة نظرا لاتساع شبكة مستخدمي هذا الموقع الاجتماعي.

و أمّا على المستوى العملي فإنّ دراسة هذا الموضوع على درجة من الأهمية نظرا للاشكاليات القانونية الكبيرة التي يطرحها على مستوى اثبات الجرائم و اسنادها إلى مرتكبيها و طرق البحث فيها و آليات النفاذ إلى المعلومات المخزنة و كيفية التفتيش عنها و حجزها، بالإضافة إلى الاختصاص القضائي و كيفية تحديد المسؤول الجزائي و غيرها من الاشكاليات.

و أمام ما تفرضه جرائم الفايسبوك من تحديات فإنّ السؤال المطروح في هذا الإطار الذي يمثّل اشكالية هذا الموضوع هو كالتالي: هل أنّ النصوص التجريبية التقليدية قادرة على التصديّ للتجاوزات التي افرزتها وسائل الاتصال الحديثة و خاصة الفايسبوك أم أنّ هذه الأخيرة قد ألهمت المشرع لسنّ نصوص مستحدثة ؟

إنّ المتمعن في المنظومة الجزائية التونسية بصفة عامة، يلاحظ بدون عناء، قصور النصوص التقليدية على مواجهة هذا النوع المستحدث من الجرائم و عدم قدرتها على التصديّ لها نظرا لتميّز العالم الإلكتروني بتطبيقات حديثة تتسم بطابعها الافتراضي واللامادي من جهة، و تحت ضغط موجبات مبدأ الشرعية من جهة اخرى، الذي يقتضى الالتزام بالتأويل الضيق للقاعدة القانونية و عدم التوسع فيها لتشمل بعض الظواهر الاجرامية التي ترتكب داخل فضاء افتراضي، و يلاحظ كذلك ان مجال تدخّل المشرّع التونسي في هذا الإطار كان محدودا و اقتصر على بعض النصوص المتفرقة التي تتعلق أساسا بالقواعد الموضوعية المتعلقة بالتجريم و الموجودة أساسا بالمجلة الجزائية وبالمرسوم عدد 115 لسنة 2011 و المتعلق بالقطاع السمعي البصري، و لم يتطرّق مطلقا الى الجرائم الاخرى المتعددة و التي انتشر ارتكابها بواسطة هذا الموقع الاجتماعي كجرائم الاعتداء على النظام العام و جرائم الاعتداء على الاملاك و الجرائم الاخلاقية و جرائم هتك الشرف و الاعتبار و جرائم الاتجار بالمخدرات و غيرها، كما لم يدخل اي تغيير على القواعد الإجرائية المتعلقة بآليات البحث عن الجرائم المذكورة وطرق اثباتها و كيفية تتبع مرتكبيها ، رغم الخصوصية التي تتميز بها جرائم الفايسبوك على مستوى الجانب الاجرائي فيها ، و لمزيد توضيح ذلك فإنه سيقع تقسيم هذا الموضوع إلى جزئين يتعلق الأول بتعدد

مجالات التجريم في إطار الفايسبوك (الجزء الأول)، في حين يتمحور الثاني حول خصوصية اجراءات المؤاخذة في الإطار المذكور. (الجزء الثاني)

الجزء الأول

تعدد مجالات التجريم

يعتبر الفايسبوك الاطار الأمثل للمنحرفين لارتكاب جرائمهم و ممارسة أفعالهم المخالفة للقانون، و ذلك لطبيعة هذا الموقع الاجتماعي الذي يسمح لهم بالقيام بتلك الأفعال في اطار من الراحة و الطمأنينة و بعيدا عن الأعين، معتمدين في ذلك على عنصر التخفي و التستر الذي يوفره لهم العالم الافتراضي، لذلك تتعدّد الجرائم و تختلف أنواعها من فرد الى آخر، ومن بيئة الى أخرى، ومن مجتمع الى آخر حيث تتخذ الجريمة أشكالا متنوعة تنحصر أهمها في الجرائم الماسّة بشرف الانسان (الفصل الأوّل)، وتلك المتعلقة بحياته الخاصة و التي تتركز أساسا على المعطيات الشخصية التي جرّمها المشرع التونسي بموجب القانون عدد63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلّق بحماية المعطيات الشخصية (الفصل الثاني).

الفصل الأوّل: الجرائم الماسّة بالشرف

يعتبر الشرف من المفاهيم ذات المضمون المتغير بحكم الظروف الزمانية و المكانية و ذلك على الرغم من كونه قيمة مشتركة تتفق حولها كلّ المجموعات البشرية على اختلاف أجناسها و أديانها. وقد حاول بعض الفقهاء تعريف الشرف، بأنه شعور متعلّق بتقدير واحترام الذات و يدفع للقيام بكل الواجبات التي يفرضها هذا التقدير و ذلك بتجنب كل الأخطاء المتّصلة بهذا الاحترام²⁴

و عموما يعرف الشرف بأنه التقدير الأدنى الذي يشعر به الفرد قبل نفسه و يشمل الأمانة والاخلاص و الاستقامة و غير ذلك من الصفات الأدبية العامّة التي تتوفّر لدى الفرد²⁵.

و للشرف أهمية كبرى لدى سائر المجتمعات على اختلاف أجناسها و أديانها و ثقافاتهما، و لا أدلّ على ذلك من أنّ الاعلان العالمي لحقوق الانسان قد تنطرق الى كرامة الانسان صلب فصله الثاني عشر الذي نصّ على أنّه "لا يعرض أحد لتدخل تعسّفي في حياته الخاصة، أو

²⁴ أنظر:

Paul Hallier; De la diffamation , Dans ses éléments constitutifs et dans ses variétés, thèse pour le doctorat, faculté de droit de Paris, Paris 1899, p29.

²⁵ عزّت حسنين، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الناصر للنشر و التوزيع بالرياض، ص47 تاريخ النشر غير مذكور.

أسرته أو مسكنه أو مراسلته أو حملات على شرفه و سمعته، و لكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"²⁶.

و لئن تطرق المشرع التونسي الى هذه المسألة على عدة اصعدة و خاصة صلب القسم الخامس من الباب الاول من الجزء الثاني من المجلة الجزائية المتعلقة بجرائم الشرف والاعتبار إلا انه مع تطور وسائل الاتصالات الحديثة و ظهور الفايسبوك، لم تعد جرائم الاعتداء على الشرف تتخذ ذلك الطابع التقليدي فحسب و المتمثل في الاعتداءات اللفظية والمادية المباشرة بل انها أصبحت تتخذ أشكالا أخرى مستحدثة يمكن تقسيمها الى جرائم ذات صبغة أخلاقية (المبحث الأول) و أخرى تتعلق بالقذف و التلب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الجرائم الأخلاقية

رغم أنه يمكن ارتكاب جرائم مختلفة و متعدّدة على شبكة التواصل الاجتماعي الفايسبوك كجرائم الاتجار بالمخدرات و الاتجار بالأعضاء البشرية و التهديد بالقتل و القرصنة الالكترونية و غيرها، فإنّ الجرائم الأخلاقية تعتبر من أهم الجرائم التي يقع ارتكابها بواسطة الشبكة المذكورة و ذلك بحكم الميزة الرئيسية التي توفرها و المتمثلة أساسا في عنصر التخفي و التستر عن العموم، خاصة و أن تلك الجرائم ترتبط في مفهومها الواسع بكل ما له علاقة بالحياة العام وهو "ذلك الشعور الجماعي بالخجل و الانزعاج أمام كل ما من شأنه أن يخلّ بحياء كل فرد، لكن عمومية الحياء تستمدّ هذا الطابع من عدم توجّه الاخلال بالحياة لشخص معيّن بذاته"²⁷.

و عموما فإنه يمكن اعتبار أنّ أهمّ الجرائم الأخلاقية التي يمكن ارتكابها بواسطة الفايسبوك هي جرائم الاعتداء بالفواحش (الفقرة الأولى) و جرائم التحريض على فعل الخناء (الفقرة الثانية).

²⁶ الاعلان العالمي لحقوق الانسان المؤرخ في 1948/12/01

²⁷ نسرين بن أحمد: الحياء في القانون الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق و العلوم السياسية تونس 1999 ص 14.

الفقرة الأولى: جرائم الاعتداء بالفواحش

تقوم هذه الجرائم على صعيدين اولهما يتعلق بجريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة (أ) فيما تخص الثانية جريمة التحرش الجنسي (ب).

أ- جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة

لقد تدخل المشرع بموجب القانون عدد73 لسنة 2004 المؤرخ في 02 أوت 2004 لتنقيح جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة مسايرة منه للتطور الذي عرفته الوسائل التقنية التي بواسطتها ترتكب الجريمة المذكورة حيث أدى التنقيح المذكور الى الاستعاضة عن الفصل 13 من الأمر المؤرخ في 25 أفريل 1940²⁸ بالفقرة الثانية من الفصل 226 مكرّر من المجلة الجزائرية و ادماج التقنيات الحديثة للاتصال كوسائل لارتكاب الجريمة المذكورة وقد اقتضى النص القانوني المذكور ما يلي:

" يعاقب بالسجن مدّة ستة أشهر و بخطيّة قدرها ألف دينار كلّ من اعتدى علنا على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو بالقول أو يعمد الى مضايقة الغير بوجه يخلّ بالحياء.

و يستوجب نفس العقوبات المذكورة بالفقرة المتقدّمة كلّ من يلفت النظر علنا الى وجود فرصة لارتكاب فجور و ذلك بكتابات أو تسجيلات أو ارساليات سمعية أو بصرية أو الكترونية أو ضوئية".

انّ المقصود من لفت النظر الى وجود فرصة لارتكاب فجور هو الدعوة الضمنيّة لارتكاب الفجور و لممارسة البغاء و ذلك عبر وضع اشارات أو احياءات أو تلميحات أو حتى أغاني و خطب و صراخ تشير الى أن امكانية الانسياق وراء الغريزة الجنسية متوقّرة و موجودة،والى أنّ هناك من هو مستعدّ لممارسة الفجور بحيث أنّ هذه الجريمة لا يشترط لقيامها تحقّق المقصود و حصول النتيجة، بل انّ مجرد التنبيه يكفي لقيامها مثلما أشار الى

²⁸كان الفصل 13 من الأمر المؤرخ في 25 أفريل 1940 المتعلّق بالاعتداء على الأخلاق الحميدة ينصّ على ما يلي: " و يعاقب بالسجن مدّة شهر واحد الى عامين و بخطيّة تتراوح من مائة الى خمسة آلاف فرنك: من أسمع علانية الأغاني أو الصراخ أو الخطب المخلة بالأخلاق الحميدة و من استغلت النظر علانية الى فرصة ارتكاب فسق أو نشر اعلانا أو مكاتبة من هذا القبيل مهما كانت عبارتها".

ذلك تقرير شرح الأسباب المتعلقة بالفصل 226 م ج "بأنّ هذه الجريمة تتحقق بمجرد القيام بأفعال تدلّ الغير على أنّه بإمكانه ارتكاب فعل فاجر و غير أخلاقي، وهي فرصة ما كان لذلك الشخص أن يعلم بوجودها لولا أنّ الفاعل لفت نظره أو انتباهه إليها من خلال اعلامه بتلك الفرصة²⁹".

و بناء على ما تقدم فإن لفت النظر يعني استدراج مستعمل الفايسبوك و محاولة اشعاره بأن مخاطبه أو صديقه الافتراضي مستعدّ لارتكاب الفجور الذي هو سلوك جنسي يخالف الآداب العامّة سواء كان بين الرجل و المرأة أو بين شخصين من نفس الجنس، و سواء كان يتمثل في المواقعة الجنسية الكاملة أو الناقصة. فالسلوك الاجرامي للجاني يتجسّد في قيامه باعلام الغير بإمكانية اتيان فعل فاجر و لكن دون أن يتعدّى ذلك، و الّا تعلق الأمر بجريمة أخرى هي جريمة التحريض على الفجور المنصوص عليها بالفصل 234 من المجلّة الجزائيّة الذي نص على عقاب " كلّ من اعتدى على الأخلاق بتحريض الشبان القاصرين ذكورا كانوا أو اناثا على الفجور أو اعانتهم عليه أو تسهيله لهم".

و ما يميّز جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة بلفت النظر علنا عن طريق الفايسبوك لوجود فرصة فسق عن جريمة التحريض على الفجور هو أنّ الأولى يقتصر فيها السلوك الاجرامي على مجرد الاعلام بوجود فرصة لارتكاب الفجور بينما تستوجب الثّانية بالضرورة " حتّ الغير على الفساد و ذلك بالضغط و التأثير عليه وهو ما يختلف عن مجرد الاعلام بوجود فرصة لارتكاب الفجور³⁰".

و عمليا يمكن أن تتخذ الجريمة المذكورة عبر شبكة التواصل الاجتماعي الفايسبوك عدّة أشكال تتمثّل أهمها في الدعوات الصريحة أو الرسائل أو الصور أو الاعلانات التي تلمّح أو تدعو علنا الى ممارسة الجنس بمختلف أنواعه سواء بين المرأة و الرجل أو بين طرفين من نفس الجنس على حدّ السواء، وهو ما يطرح اشكالية المراودة التي يقوم بها الرجل و التي

²⁹ التقرير المشترك بين لجنة التشريع العام و التنظيم العام للإدارة و لجنة الشؤون السياسية و العلاقات الخارجية في خصوص جرائم الاعتداء على الأخلاق الحميدة.

مداولات مجلس النواب السنة ستة و أربعون عدد 36 الاربعاء 28 جويلية 2004 ص 1440.

³⁰ زينبات عبيد، الجرائم الأخلاقية من خلال القانون عدد 73 المؤرخ في 02 أوت 2004، مجلة القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 2007 ص 37

هي غير معاقب عنها في القانون التونسي³¹ ، فهل أنّ المشرّع أفلح صلب التنقيح المذكور في تجاوز ذلك الاشكال القانوني و أصبح عرض الشاذ جنسيا نفسه على شاذ مثله فعل مجرم ؟ وبعبارة اخرى، هل يمكن اعتبار أنّ الدعوى التي يقوم بها الشاذ جنسيا و ذلك بلفت نظر غيره لوجود فرصة لارتكاب فسق بواسطة الموقع الاجتماعي الفايسبوك تمثل حلاً لتجاوز الفراغ القانوني المتمثل في عدم وجود نص جزائي في القانون التونسي يجرم المرادة التي يقوم بها الرجل اعتباراً إلى أنّ الفصل 231 من المجلة الجزائية الذي ينظم المرادة اقتصر على جنس الإناث دون الذكور ؟

ان الجواب عن هذا السؤال يفترض الرجوع الى مقتضيات الفصل 226 مكرّر المذكور أعلاه و الذي اعتبر أنّ الفعلة المذكورة لا يمكن أن تكون موضوع تتبع الا اذا ارتكبت بواسطة وسائل محدّدة وقع ذكرها على سبيل الحصر وهي الكتابات أو التسجيلات أو الارساليات السمعية أو البصرية أو الالكترونية أو الضوئية وهو ما يعني أن ارتكاب الفعلة المذكورة خارج الاطار المذكور و بطريقة تقليدية كأن يعرض الشاذ جنسيا نفسه على الغير في الشوارع و الساحات و الأماكن العامّة تكون خارج دائرة التجريم و في اطار مطلق من الحرية لانعدام الركن الشرعي للجريمة.

انّ حصر وسائل ارتكاب جريمة لفت النظر لوجود فرصة لارتكاب فجور يجعل القول بتجريم مرادة الرجل للرجل مستبعد و يؤدي الى تحميل النص الجزائي ما لا يتحمّله خاصة و أنّ المادة الجزائية تقوم على مبدأ التّأويل الضيق³².

ولعلّ ما يلاحظ في هذا الاطار هو أنّ فقه القضاء اعتبر أنّ نشر صور حميمية تجمع فتاة و صديقها وهما بصدد ممارسة الجنس عبر الفايسبوك يشكل جريمة لفت النظر لارتكاب فرصة فجور على معنى أحكام الفصل 226 مكرّر من المجلة الجزائية³³ و ذلك في اطار قضية تمثّلت وقائعها في اقدام فتاة على نشر صور تجمعها بصديقها وهما في وضعيات حميمية ممّا مكن عائلتها و أصدقائها علي صفحة الفايسبوك من التعرف عليها و على

³¹ نص الفصل 231 من المجلة الجزائية على ان النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالقانون يعرضن انفسهن بالاشرة او بالقول او بتعاطين الخناء و لو صدفة يعاقبن بالسجن من ستة اشهر الى عامين و بخطية من 20 الى 200 دينار.

³² بديع بن عباس. التّأويل الضيق للمادة الجزائية، مجلة القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 2004 ص33.

³³ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 659 بتاريخ 2013/02/06 غير منشور.

صورها فقررت النيابة العمومية تكييف الفعلة على نحو ما ذكر أعلاه و الحال أنه لا وجود للركن المادي للجريمة المذكورة و المتمثل في اعلام الغير بوجود فرصة فسق، و لا الركن المعنوي كذلك و المتمثل في انصراف ارادة الجاني الى استجلاب نظر الغير الى وجود فرصة سانحة لممارسة الفجور و انما كانت غاية المتهمة من ذلك هي التشهير بصديقها و احراجة عقابا له عن الاقتران بغيرها.

انّ المشرّع التونسي بإدراجه وسائل الاتصال الحديثة و خاصّة منها الارساليات الالكترونية ضمن الفصل 226 مكرر انّما قصد بذلك اعتبار الفايسبوك وسيلة من وسائل ارتكاب الجريمة مسايرة منه للتطور الذي عرفه المجتمع التونسي على مستوى الوسائل التكنولوجية الحديثة و تأكيدا على قيام جريمة الاعتداء على الاخلاق الحميدة بواسطة الوسائل المذكورة³⁴ و هو نفس التوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي الذي جرّم صلب الفصل 227-23 الاعتداءات الجنسيّة على الأطفال سواءا عبر بثّ، تسجيل أو عرض صور جنسيّة عليهم بقصد تحريضهم على الانحراف و ذلك نظرا لانتشارهذه الظاهرة في المجتمعات الغربية³⁵.

الآن هذا الحسم و هذا القطع للجدل في اعتبار الفايسبوك وسيلة من وسائل ارتكاب الجريمة لا نجده بنفس الوضوح في جريمة التحرش الجنسي.

ب- جريمة التحرش الجنسي

لم يكن القانون التونسي يعرف هذه الجريمة قبل سنة 2004 اذ وقع اقرارها بمقتضى القانون عدد 37 لسنة 2004 صلب الفصل 226 ثالثا من المجلة الجزائية الذي نص على ما يلي : "يعاقب بالسجن مدّة عام و بخطيّة قدرها ثلاثة آلاف دينار مرتكب التحرش الجنسي،

³⁴ حول الجدل الذي اثاره هذا الموضوع في الفقه الفرنسي أنظر:

-Denis perier Daville, le minitel en accusation, Gazette du palais 1987 II, p. 660 : « Minitel Rose » et délinquance télématique, Gazette du palais 1989 II p. 503.

-Claude Jacquinet : À-propos du procès du minitel rose Gazette du palais 1988 II p. 522.

³⁵ صدرت في الولايات المتحدة دراستين خلال الشهر جوان 2001، تبيّن أن 19 % من الأطفال الذين يتراوح سنهم من 10 الى 17 عاما وقع استنراجهم لأعمال جنسيّة مرّة على الأقل بواسطة الانترنت، ويعتقد البوليس الفدرالي الأمريكي (FBI) أن عدد الجرائم المرتكبة بواسطة الانترنت ضد الأطفال ارتفع بـ 10 % و أنّ خلال سنة 2000، 300 طفل اختفوا بعد أن تم ربط الاتصال بهم من طرف مجهول على الانترنت. و بيّنت دراسة أجريت بواسطة منظمة الأمم المتحدة UNICEF ان دعارة الأطفال توفر رقم معاملات سنوي يتراوح بين 2 و 3 مليار دولار في الولايات المتحدة الأمريكيّة وحدها.

و يعدّ تحرشًا جنسيًا كلّ امعان في مضايقة الغير بتكرار أفعال أو أقوال أو اشارات من شأنها أن تنال من كرامته أو تخذش حيائه وذلك بغاية حمله على الاستجابة لرغباته أو رغبات غيره الجنسية أو بممارسته ضغوط عليه من شأنها اضعاف ارادته على التصدي لتلك الرغبات³⁶.

وقد تم ادراج الجريمة المذكورة ضمن القسم الثالث من الباب الأوّل من الجزء الثاني من المجلّة الجزائيّة تحت عنوان " في الاعتداءات على الأخلاق الحميدة و التحرش الجنسي " .

وتعني عبارة التحرش الجنسي *harcèlement sexuel* التسبب في التعذيب المعنوي وكذلك الازعاج و الاستفزاز بصفة متكرّرة و بدون هدنة³⁷.

و يعتبر التحرش الجنسي جريمة مستجدّة في القانون التونسي تهدف الى التصدي لظاهرة الاعتداءات التي تنال من اعتبار الشخص أو تخذش حيائه، ضرورة أنّ " حماية الكرامة لا تقتصر على حماية الشخص من الاعتداءات التي تنال مباشرة من بدنه أو أمواله ، و انما تتعدى ذلك حتما الى تحصينه من الاعتداءات التي من شأنها أن تنال من اعتباره أو تخذش أحاسيسه ...من خلال اخضاعه الى ضغوط من شأنها اضعاف ارادته و قدرته على التصدي لنزوات الغير و حماسه على الانسياق الى رغبات منافية للحياء"³⁸.

فالتحرش الجنسي " يتجسّد في قول أو فعل له مدلول جنسي يعلن أنّه مؤذ لمشاعر ضحيّته"³⁹ وهو ما يترتب عنه أن الأقوال أو الأفعال ذات الطابع الجنسي المتكرّرة والمستمرّة لا تشكل جريمة اذا ما لم تتسبب في مضايقة و أذى للشخص الذي تسلطت عليه والذي تلقاها بالقبول و الرضا⁴⁰.

³⁶ قانون عدد 37 لسنة 2004 مؤرخ في 02 أوت 2004، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 36 بتاريخ 06 أوت 2004 ص 2354

³⁷ عبد الله الأحمدى، التحرش الجنسي، مجلة القضاء و التشريع عدد 10 اسنة 2005 ص 245.

³⁸ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، مداولات مجلس النواب، السنة السادسة و الأربعون عدد 36 الاربعاء 28 جويلية 2004 ص 1439.

³⁹ زينيات عبيد، الجرائم الأخلاقية المرجع السابق ص 40.

⁴⁰ أنظر:

DEKEUWER, DEFOSSEZ, FRANÇOISE le harcèlement sexuel en droit Français : discrimination ou atteinte à la liberté?

J.C.P, 1993, Edition générale, I. Doctrine n°3662 p 140

و اذا ما اقترن تاريخيا ارتكاب جريمة التحرش الجنسي بالفضاءات المغلقة كالمصانع والمؤسسات و غيرها حيث ينتشر الاختلاط بين الجنسين بحكم طبيعة العمل، فان ظهور الفايسبوك قد وسّع في مجال ارتكاب الجريمة المذكورة اذ أصبح الموقع الاجتماعي المذكور هو الاطار الأمثل للتحرش بالغير و ذلك عبر نشر الصور و مقاطع الفيديو ذات الصبغة الجنسيّة و تعدّد اطلاق الغير عليها و ذلك بإشهارها علنا سواء للعموم أو لشخص بذاته بصفة متكرّرة بقصد اضعاف ارادته و حمله على الاستجابة لرغباته الجنسيّة وتم هذا النشر على صفحته الخاصة او حتى ببريدته الالكتروني الخاص طالما و أن جريمة التحرش الجنسي لا تشترط ركن العلنيّة مثل جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة بلفت فرصة فسق⁴¹ ، اذ يعتبر نشر الصّور أو مقاطع الفيديو التي تحمل مشاهد جنسيّة بصفة متكرّرة و مستمرة من قبيل الأفعال التي تتسبّب في مضايقة الغير ضرورة أن المشرّع و لنن تحدث عن الأفعال "كل امعان في مضايقة الغير بتكرار أفعال..." فانه لم يتحدث عن نوعيتها و لا شكلها و لا طريقة القيام بها مكثفيا فقط بالتنصيص على أثرها، تاركا المسألة خاضعة لاجتهاد المحكمة، الأمر الذي يجعل الفعل المرتكب بطريقة تقليديّة كالقيام بلمس امرأة بصفة متكرّرة داخل مقرّ عملها⁴² يقع تحت طائلة التجريم و كذلك قيام العامل بتحريك كرسي عمله بطريقة عمدية بقصد الالتصاق بزميلة له في العمل⁴³ و كذلك دعوة امرأة الى الصعود على سلم لتغيير فانوس بقصد مشاهدتها من الأسفل و نفس الشيء بالنسبة للفعل المرتكب بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة كالفيسبوك، ضرورة أن الشخص الذي يطلب المتحرش بها الظهور بملابسها الداخليّة بقصد التأكد من رشاقتها لانتدابها كعارضة أزياء ثم يعود الى الامعان في مضايقتها و تهديدها بنشر تلك الصور عبر الفايسبوك في صورة عدم الاستجابة لرغباته الجنسيّة، يعتبر مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي⁴⁴. وهو ما يفهم منه أن عبارة الأفعال و الأقوال المنصوص عليها بالفصل 226 ثالثا لا تقتصر فقط على الأفعال و الأقوال المباشرة و الطبيعيّة التي يرتكبها الجاني داخل فضاء مادي ، بل تشمل كذلك تلك المرتكبة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة ، اذ أنّ الأقوال يمكن أن تكون مكتوبة أو حتى مسموعة في

⁴¹ عبد الله الأحمدي، التحرش الجنسي، المرجع السابق ص246.
⁴² أنظر:

Paris 18 Septembre 1996, SDA Frans Mass C/ Mmex, Dalloz 1996. I.R.P 264

⁴³ عبد الله الأحمدي في المرجع السابق ص 28.

⁴⁴ مجموعة من الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 373 و374 و375 و376 بتاريخ 2013/03/26 غير منشورة

شكل مقطع فيديو يرسل الى الضحية بواسطة الفايسبوك عبر رسالة بريدية بحسابه البريدي الخاص أو حتى بصفحة البريديّة.

و لئن كان مبدأ التأويل الضيق للمادة الجزائية⁴⁵ يقتضي عدم التوسع في تأويل عبارات النص بما يجعل عبارة "الأقوال" تنصرف الى معناها اللغوي وهو العبارات الصوتية التي يخاطب بها الشخص ضحيته بطريقة مباشرة و علنية، فانه لا شيء قانونا يمنع من اعتبار الأقوال و العبارات الموجهة لشخص آخر بواسطة الفايسبوك عبر تقنية الفيديو من قبيل الأقوال المقصودة صلب جريمة التحرش الجنسي خاصة اذا ما علمنا أن أساس التجريم هو الحق في الكرامة باعتباره " من أهم مقومات حقوق الانسان⁴⁶ و التي لا خلاف في المساس به و التعدي عليه في صورة ارتكاب الفعلة بواسطة الفايسبوك، و كذلك على الرغم من أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على الوسائل التكنولوجية الحديثة مثلما فعل ذلك في اطار جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة.

الفقرة الثانية: جرائم التحريض على فعل الخناء

وقع تنظيم هذا النوع من الجرائم الأخلاقية بالفرع الثالث من المجلة الجزائية تحت عنوان " في التحريض على فعل الخناء" و تتمثل في جريمتي المراودة (أ) و التوسّط في الخناء(ب).

أ- جريمة المراودة

اقتضى الفصل 231 م ج أن " النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالترتيب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الخناء ولو صدفه يعاقبن بالسجن من سنة أشهر الى عامين و بخطية من عشرين ديناراً الى مائتي ديناراً..."

لم يعرف المشرع المقصود بعرض المرأة نفسها و اقتصر على تحديد وسائل ذلك العرض وهي الإشارة و القول و يعني العرض المنصوص عليه بالفصل 231 التعبير عن الاستعداد و الرغبة في تعاطي الفجور مع الغير وهو ما يعبر عنه أيضا بالمراودة.

⁴⁵ بديع بن عباس، التأويل الضيق للمادة الجزائية القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 2004 .

⁴⁶ مداولات مجلس النواب، المرجع السابق ص 1439.

و عرف شراح القانون المرادة بأنها الدعوة الموجهة إلى شخص ذكر او أنثى مجهولا أو معروفا مهما كانت الوسيلة المستعملة لإتيان الفجور"⁴⁷

و تجدر الإشارة في هذا الاطار الى أن جريمة المرادة و التي تعني عرض المرأة نفسها على الرجال هي جريمة مستقلة بذاتها و لا يمكن اعتبارها من قبيل لفت النظر الى وجود فرصة لارتكاب فجور ضرورة أن المشرع لم يسع في جعل الجريمة المذكورة مواكبة للتطورات التكنولوجية الكبيرة التي عرفها العالم في هذا المجال، ولم يتول بالتالي تنقيح النص القانوني المذكور ليشمل جميع الوسائل و الطرق التي تعتمدھا المرأة في عرض نفسها على الرجال ،بل انه أبقى صلب أحكام الفصل 231 المذكور على نفس صياغته القديمة. وهو ما يعني أن المشرع تبنى المفهوم الضيق للمرادة وذلك بالاقصرار على ذكر وسيلتين فقط لتحديد الركن المادي للمرادة (الإشارة أو القول⁴⁸).

فالجريمة المذكورة تستوجب قيام المرأة بافعال مادية وسط فضاء مادي تتمثل اما في الإشارة أو القول وهو ما يعبر عنه بالمرادة الإيجابية التي تستوجب توفر فعل مادي إيجابي، و قد تتخذ الإشارة عدة مظاهر كالابتسامة التي تتضمن دعوة إلى الفسق و كذلك النظرات والغمزات التي توجه لفئة معينة من الرجال و التي تتم عن رغبة في ممارسة البغاء بالإضافة إلى الذهاب و الاياب على الرصيف التي تقوم به الباغية للفت نظر الرجل.

إلا أن رأي الفقهاء استقر على ضرورة أن تتضمن الاشارات المذكورة دعوة صريحة وواضحة إلى عرض النفس⁴⁹ و ذلك للتمييز بينها و بين التصرفات البريئة و العادية للبعض.

ويتضح بذلك أن المشرع تناسى الوسائل الأخرى و خصوصا وسائل الاتصال الحديثة و منها الفاييسبوك الذي لا أحد ينكر الدور الكبير لهذا الموقع الاجتماعي في نشر الرذيلة و الفساد في صفوف العموم ممّا خوّل لهؤلاء العابثين بالأخلاق أن يفلتوا من العقاب نظرا لعدم وجود نص قانوني يجرّم أفعالهم ضرورة أنّ المرأة التي ترغب في عرض نفسها أصبحت تمارس

⁴⁷ انظر

ANDRE VITU, Droit Pénal spécial, cujas n°1934, 1982

⁴⁸ أحلام بالحاج بريك " المرادة" مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 2007 ص 66.

⁴⁹ عبد الله الأحمدى: الجرائم الأخلاقية تونس 1998 ص.307

رغبتها في اطار كبير من السريّة و الطمأنينة و بعيدا عن الشوارع و الساحات العموميّة التي غالبا ما شكلت مصدر ازعاج بالنسبة اليها، نظرا لما توفره من سهولة في القاء القبض عليها. و لعلّ ما يثير الاستغراب هو أن المشرع التونسي تدخل صلب تنقيح 02 أوت 2004 ليجعل جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة منسجمة مع ما عرفه المجتمع من تطوّر تكنولوجي و وسائل اتصالات حديثة إلاّ أنه تغافل عن جريمة المراودة التي لا تقلّ شأنًا و لا رواجًا مقارنة بالأولى فهل انه قصد بذلك اقضاء الوسائل المذكورة من جريمة المراودة وبالتالي عدم امكانية اعتمادها؟

بالرجوع الى القانون المقارن نجد أن المشرّع الفرنسي استعمل صلب الفصول 1-10-225 و 8-625 من المجلّة الجزائيّة الفرنسيّة عبارة « le fait partout moyen » التي تفيد كل الطرق بما فيها وسائل الاتصال الحديثة و نفس الشيء بالنسبة للمشرّع الجزائري الذي نصّ صراحة على وسيلة الكتابة كعنصر مشكّل للركن المادي في جريمة المراودة و ذلك صلب الفصل 347 من قانون العقوبات و التي نصّت على ما يلي " كل من صدر منه اغراء علني بالإشارات أو القول أو الكتابات أو بأية وسيلة أخرى بقصد اثاره شخص من أي من الجنسين و جرّه على ارتكاب الفسق يعاقب... " و بما أن عبارة القانون جاءت مطلقة في اشارتها الى كلّ وسيلة أخرى غير ما ذكر فان وسائل الاتصال الحديثة و خاصّة الفايبيوك يمكن اعتباره من قبيل الوسائل التي يعتد بها للقول بالتجريم.

ب- جريمة التوسط في الخناء

تتخذ الجريمة المذكورة عدّة صور للوساطة بين طرفي العملية الجنسية كأن يتولى الجاني ربط الصلة بينهما او يتدخّل لتحديد المقابل المالي الذي ستتقاضاه الباغية و كذلك إعداد المحل الذي ستتمّ فيه العملية أو القيام بدور الحراسة خارج الشقة للإعلام عن كلّ طارئ واقتسام محصول الخناء و غيرها من الصّور و لعلّ ما يلاحظ هو أن الصياغة القانونية للجريمة المذكورة توحي بأن وسائل الاتصال الحديثة و منها الفايبيوك يمكن اعتبارها عنصرا من العناصر المشكّلة للجريمة ضرورة أن الفصل 232 م ج نصّ على ما يلي " يعدّ

وسيطا في الخناء و يعاقب بالسجن من عام الى ثلاثة أعوام و بخطيئة من مائة دينار الى خمس مائة دينار كل من:

أولاً: يعيّن أو يحمي أو يساعد بأي وسيلة كانت خناء الغير أو يسعى في جلب الناس اليه.

خامساً: يتوسّط بأي عنوان كان بين الأشخاص الذين يتعاطون الخناء و الفجور و الأشخاص الذين يستغلون الخناء أو الفجور أو الذين يؤجرون الغير على ذلك.

و يفهم من ذلك أنه رغم صدور النص المذكور منذ سنة 1964⁵⁰ إلا أن طريقة تحريره و العبارات التي صيغت به تمكن من ادراج الفايبيوك ضمن الوسائل التي تساعد على الخناء أو تسعى في جلب الناس اليه طالما و أن المشرّع يستعمل عبارة " بأي وسيلة كانت.." " فهذه الصيغة تمكن من زجر مختلف وسائل التوسط في الخناء سواء كانت كتابية أو شفاهية، علانية أو سرية⁵¹ و ذلك استنادا إلى أحكام الفصل 533 م ا ع الذي نصّ على أنه اذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على اطلاقها فالخناء يعني لغة الفحش وهي ترجمة للعبارة الفرنسية *la débauche* و قد عنى بها المشرّع في هذا الاطار البغاء الذي هو " اشباع الشهوة الجنسية للغير بمقابل و بدون تمييز مهما كانت طريقة ذلك"⁵².

أمّا التوسط في الخناء فهو التواجد في عملية العرض و القبول بين طرفي العملية الجنسية و يمكن أن يتخذ عدّة صور تتمثل في المساعدة على الخناء و ذلك امّا بجلب الحرفاء او بتوفير المحل الذي تمارس فيه العملية أو حتى بربط الصلة بين الطرفين و التنسيق بينهما و كذلك بحمايتهما من كل خطر محقق بهما و ذلك بتوفير الظروف الملائمة لممارسة غايتهما.

و عملياً يمكن أن يكون الفايبيوك أداة ووسيلة لارتكاب جريمة التوسط في الخناء كأن يحترف عدّة أشخاص عمليّات من هذا النوع امّا باستعمال أسمائهم الحقيقية و ذلك بوضع عناوين و رسائل تدعو الباحثين الى ربط الصلة بهم قصد ايصالهم الى مبتغاهم و التوسط

⁵⁰ كان الفصل 232 م ج قد ألغي بموجب الأمر المؤرخ في 26 ماي 1949 ثم أضيف بالقانون عدد 34 لسنة 1964 المؤرخ في 02 جويلية 1964.

⁵¹ د. عبد الله الأحمدى، الجرائم الأخلاقية، 1988 ص 237.

⁵² أنظر:

بينهم وبين النساء اللاتي يرغبن في ممارسة الجنس بمقابل مادي حيث أن ما يوفره الفايسبوك من تسرّ و عدم كشف للعملية يشجع الباحثين عن مثل تلك العلاقات على الاندماج فيها و الانخراط صلبها. ان الغموض الذي اتسمت به الجرائم الاخلاقية فيما يخص الفايسبوك و مدى اعتباره و سيلة لارتكابها و مدى إمكانية اعتبارها موجبة للتتبع و العقاب متى ارتكبت داخل الفضاء الافتراضي لن يكون بنفس الحدة في جرائم القذف و التلب نظرا لوضوح النصوص القانونية المنظمة لها.

المبحث الثاني: جرائم القذف و التلب

اذا ما كانت حرية التعبير حق من حقوق الانسان الطبيعية تشترك فيه تقريبا كل الدساتير في العالم⁵³ فان تجاوز الحدود المرسومة لتلك الحرية يجعل ذلك الفعل أو القول مجرّما وهو ما يعني ضرورة التوفيق بين حق الفرد في ممارسة حريته في التعبير و حق الجماعة و الافراد و الهيئات الرسمية و غيرها في حماية أعراضهم وكرامتهم، لذلك عمل المشرع على حماية الأشخاص كلما تجاوز الحق في التعبير الحدود المرسومة بالقانون ليشكل قذفا أو تلبا للغير⁵⁴ لذلك يتجه التطرق لخصائص جرائم القذف و التلب (الفقرة الأولى) قبل الحديث عن ركن العلنية الذي هو قاسم مشترك بينها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصائص جرائم القذف و التلب

لقد تطرق المشرع التونسي الى جريمة القذف صلب الفصل 245 من المجلة الجزائية الذي نص على ما يلي "يحصل القذف بكل ادعاء او نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار شخص او هيئة رسمية ."

كما عرف الفصل 54 من المرسوم عدد 115 لسنة 2011 المؤرخ في 02 نوفمبر 2011 التلب "بأنه كل ادعاء أو نسبة شيء بصورة علنية من شأنه أن ينال من شرف أو

⁵³الفصل 31 من الدستور التونسي لسنة 2014 نص على مايلي: " حرية الراي و الفكر و التعبير و الاعلام و النشر مضمونة . و لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على هاته الحريات "

⁵⁴حيث علاوة على الحماية الجزائية التي خصصها المشرع للمتضرر من القذف و التلب صلب الفصول 245 و 246 و 247 ق ج و المرسوم عدد 115 فان مجلة الالتزامات و العقود بدورها تعرضت لهذه المسألة صلب الفصل 87 الذي نص على ما يلي : "من أذاع على طريق صحف الأخبار او على طريق اخر أو أكد ما هو مخالف للحقيقة و من شأنه أن يخل باعتبار من أنبغ عليه ذلك أو بشرفه أو بمصالحه سواء كان شخصا او جماعة فعلية ضمان ما ينشأ عن فعله من الضرر اذا علم أو كان من شأنه أن يعلم ان ما نسبته لغيره ليس بصحيح كل ذلك مع ما تقتضيه الأحكام الجزائية"

اعتبار شخص أو هيئة رسمية بشرط ان يترتب عن ذلك ضرر شخصي و مباشر لشخص المستهدف".

و هو تعريف يتطابق مع التعريف الذي اعتمده المشرع الفرنسي طلب الفصل 29 من قانون 29 جويلية 1881⁵⁵ وهو أمر طبيعي طالما أن قانون الصحافة الفرنسي كان مصدر استلهاما للمشرع التونسي حين سنه لمجلة الصحافة و حتي المرسوم عدد 115 المذكور.

والملاحظ أن المشرع التونسي في اطار الجريمتين تحدث عن الادعاء او نسبة شيء للغير وهما أمران مختلفان اذ ان نسبة الشيء هي تبني الامر المنسوب و الاخذ به و هو ما يعبر عنه بالتلب المباشر⁵⁶، أما الادعاء فيتمثل في اطلاق الامر المنسوب على أنه رواية أو مأخوذ عن الغير أو وقع ترديده عنه بشكل غير جازم، و هذا المعنى يستقيم أكثر في تفسير العبارة الفرنسية للفصل 54 من المرسوم « Allégation » التي تعنى تقديم الأمر كحقيقة⁵⁷ فالمشرع اذن يعاقب مرتكب القذف أو التلب سواء كانت العبارة المهينة و الماسة بشرف المجني عليه صادرة مباشرة عن الجاني و من صنعه الشخصي أو كانت صادرة عنه بصفته مجرد راوي عن الغير ما يكون قد سمعه، و غايته من ذلك توسيع دائرة التجريم لتشمل الصورتين المذكورتين طالما و ان النتيجة واحدة و هي الحط من كرامة المتضرر وقد اعتبر فقه القضاء الفرنسي ان النقل عن الغير يستوجب العقاب حتى لو كان الغير هو الضحية نفسها.⁵⁸

وقد تطرق المشرع الى صورة النقل عن المنشورات او المكاتيب الواقعة خارج البلاد التونسية فجرم الفعل في مثل هذه الحالة ايضا و ذلك حفاظا منه على كرامة المجني عليه حيث نص الفصل 249 من المجلة الجزائية على أنه "لا تقبل الأعذار المستمدة من الدفع بأن

⁵⁵أنظر:

"L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme étant » : toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. »

⁵⁶أنظر:

Bilin H, chavanne A et Dragor. Traité de droit de la presse, librairies techniques, paris, 1969, p232.

⁵⁷محمد عبو، حدود حرية التعبير، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية تونس المنار 2011/2012 ص 22.

⁵⁸أنظر:

Trib, Dijon, 25 février 1931. D.H.1931 p 214

الكتاتيب والمطبوعات أو الصور موضوع التتبع منقولة من منشورات واقعة بالبلاد التونسية أو خارجها"

و قد تطرق المشرع كذلك للصورة التي يعتمد فيها الصحفي الى اعتماد اسلوب غير مباشر في التلب اذ يورد الأمر المنسوب أو العبارة الماسة من الاعتبار دون ذكر المجني عليه صراحة و انما يعتمد الى التلميح اليه أو ذكره بطريقة غير مباشرة، ففي هذه الحالة تكون الجريمة متوفرة و لا يعفى الصحفي من العقاب وهو ما أكدته الفقرة الثانية من الفصل 54 من المرسوم عدد 115 المذكور التي نصّت على أنّ "اعلان ذلك الادعاء أو تلك النسبة بصورة مباشرة أو بواسطة النقل يعاقب مرتكبه حتى و لو وقع ذلك في صيغة الاحتمال أو كان يقصد به شخص أو هيئة رسميّة لم تقع تسميتها صراحة على أن الاهتداء اليها ييسره فحوى العبارات الواردة في الخطب أو النداءات أو التهديدات أو الكتابات أو المطبوعات أو المعلّقات أو الاعلانات المطعون فيها".

و قد اعتبرت محكمة الاستئناف بصفاقس ان اركان جريمة القذف متوفرة في قضية تمثلت وقائعها في قيام طالب بنعت استاذة على صفحته الشخصية بالموقع الاجتماعي الفايسبوك بأنه من الخدمة المأجورين للنظام السابق⁵⁹ رغم كونه لم يتول ذكر اسمه الشخصي و انما تطرق فقط الى صفته صلب المؤسسة الجامعية.

فالصحفي الذي ينشر مقالا عبر الفايسبوك يقوم فيه بتلب فرد أو شخصيّة سياسيّة أو هيئة رسميّة أو غيرها يكون عرضة للعقاب حتى و لو لم يتولّ ذكره صراحة و بطريقة مباشرة بل يكفي أن يتوضّح من خلال المقال شخص المجني عليه وهو ما ذهبت اليه محكمة التعقيب في احدى قراراتها حينما اعتبرت أنّه " ليس من الضروري لقيام جريمة التلب أن يكون المعتدي عليه معيّنا و أنّما يكفي أن تكون عبارات التلب موجهة بصورة يسهل معها فهم الشخص المقصود⁶⁰ و يعتبر الفقه أن جريمة القذف تعتبر متوفرة في جانب من نشر مقالا

⁵⁹قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس تحت عدد 2811 بتاريخ 2 ماي 2012 غير منشور
⁶⁰ قرار تعقيبي جنائي عدد 1658 مؤرخ في 10 أكتوبر 1964 ن.م.ت، 1964، ص 115.

سبق نشره في صحيفة و كان يتضمن قذفا، فإنّ اعادة نشره من جديد لا تنفي المسؤولية عن الفاعل بدعوى أنّه مجرد ناقل للخبر⁶¹.

و تختلف جريمتي القذف و التلب عن جريمة الشتم التي عرّفها الفصل 56 من المرسوم عدد 115 المذكور بما يلي: "تعتبر شتما كلّ عبارة تنال من الكرامة أو لفظة احتقار أو سبّ لا تتضمن نسبة شيء معين"

و يتمثل وجه الاختلاف أساسا في عدم تضمن جريمة الشتم لنسبة شيء معين لشخص المجني عليه على عكس جريمتي القذف و التلب اللتان يشترط فيهما بالضرورة نسبة ذلك الشيء للغير و بالتالي فانه اذا ما كانت جرائم القذف و التلب و السبّ تتفق جميعها في أن كل منهن تشكل اعتداء على شرف المجني عليه و اعتباره بنسبة شيء معين اليه، بحيث أنها تتفق فيما يخصّ الحق المعتدي عليه، إلا أنها تختلف في ما بينها بخصوص الفعل المكون للجريمة " فبينما لا تقوم جرائم القذف و التلب إلا اذا أسند الجاني للمتضرر واقعة معينة من شأنها لو كانت صادقة أن توجب عقابه أو احتقاره⁶²، فان السبّ يكون بإصاق صفة أو عيب أو معنى شائن الى المجني عليه دون أن يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة اليه، فالقول عن شخص أنّه ارتشى ليقوم بعمل معين من أعمال وظيفته يعتبر قذفا، بينما تقوم جريمة السبّ اذا قيل عن هذا الشخص أنه سارق أو مرتش، اذ يمثل ذلك صفة شائنة دون اسناد واقعة معينة اليه⁶³."

و لعلّ الاشكال الذي يطرح في هذا الاطار هو معرفة مدى امكانية قيام الجرائم المذكورة في صورة ارتكابها بواسطة الفايبيوك.

ان الجواب عن هذا السؤال يستوجب بالضرورة الرجوع الى مقتضيات الفصول 245 م ج و 54 من المرسوم عدد 115 اللذان يتحدثان عن الادعاء أو نسبة أمر للعموم بصفة مطلقة وبدون تحديد للوسيلة التي بواسطتها ترتكب الجريمة وهو ما يمكن معه اعتبار جريمة القذف

⁶¹ محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة دار النشر للثقافة الاسكندرية، 1953، ص 274.
⁶² وهو ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الجزائي عدد 8316 مؤرخ في 13 جويلية 1972، نشرية محكمة التعقيب 1972 ق ج ص 124 " تتكون جريمة القذف من اسناد أمر معين لدى العموم فيه هتك شرف أو اعتبار انسان أو جمع لو صحّ لوجب العقاب".
⁶³ معوض عبد التواب، القذف و السب و البلاغ الكاذب و افشاء الأسرار و الشهادة زورا دار النهضة العربية القاهرة ص 47.

أو الثلب المرتكبة بواسطة الفايسبوك قائمة و مستوفية الأركان طالما و أنّ نسبة الفعل الماسّ بالشرف و الاعتبار حصل لدى العموم و ذلك نظرا للصبغة العمومية للموقع الاجتماعي المذكور.

و اذا ما كان المشرّع المصري لم يتطرّق بدقّة و بصريح العبارة الى الفايسبوك و الى وسائل الاتصال الحديثة بصفة عامّة كوسائل لارتكاب جرائم القذف و الثلب فان العبارة المستعملة صلب المادّة 306 من قانون العقوبات كانت أكثر وضوحا من المشرع التونسي لعموميتها ولصبغتها الجامعة حيث نص الفصل المذكور على أنه " يعدّ قاذفا كل من أسند لغيره بواسطة احدى الطرق المبينة بالمادّة 171 من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة لا وجبت عقاب من أسندت اليه...."

و قد نصّت المادة 171 من نفس القانون على أنه " يعتبر القول أو الصياح علنيا اذا حصل الجهر به أو ترديده بأحدى الوسائل الميكانيكية في محفل عام أو طريق عام.... أو اذا أذيع بطريق اللاسلكي أو بأيّة طريقة أخرى... " فعبارة "بأيّة طريقة أخرى" هي عبارة مطلقة وبالتالي فهي تجري على اطلاقها بما يجعل الفايسبوك وسيلة من وسائل ارتكاب الجريمة المذكورة.

و رغم ان القانون التونسي لم يتعرّض صلب مجلة الصحافة الملغاة بموجب المرسوم عدد 115 بصفة صريحة الى وسائل الاتصال الحديثة و خاصّة الفايسبوك، و اذا ما كان فقه القضاء التونسي بدوره لم تعرض عليه مثل هذا النوع من النزاعات، فان المرسوم المذكور قد حسم الاشكال و ازال الغموض الذي كان موجودا حينما نص صلب الفصل 56 على ما يلي : اعلان ذلك الادعاء او تلك النسبة بصورة مباشرة او بواسطة النقل يعاقب مرتكبه حتى و لو وقع ذلك في صيغة الاحتمال او كان يقصد به شخص لم تقع تسميته بصفة صريحة على ان الاهتداء اليه تيسره فحوى العبارات الواردة في الخطب او النداءات او التهديدات أو الكتابات او المطبوعات أو المعلقات أو الرسوم أو الإعلانات او المنشورات الالكترونية .

فالمشرع اعتبر بصفة صريحة ان الفايسبوك وسيلة من بين وسائل ارتكاب جريمة التلب حينما نص على المنشورات الالكترونية و هو بذلك ساير التشاريح الحديثة و كان مواكبا للتطور التكنولوجي في مجال ارتكاب الجريمة على عكس ما هو الامر في المجلة الجزائية التي بقيت جل احكامها تقليدية و لم ترتق الى مرتبة التطور الذي كان عليه المرسوم عدد 115 المؤرخ في 2 نوفمبر 2011 .

وقد تعرض فقه القضاء التونسي لبعض صور القذف بواسطة الفايسبوك في مجموعة من القضايا بلغ عددها 32 قضية تعلقت جميعها بمتهم واحد و تمثلت وقائعها في قيام الجاني بنشر قائمة اسمية في شخصيات و اطارات و التشهير بها بدعوى أنها كانت ضالعة في الفساد قبل سقوط النظام، فاعتبرت المحكمة أن ما تمسك به المتهم من حق في التعبير مردود عليه بما ثبت من نسبته لأمر و وقائع معينة الى المجني عليهم بواسطة الفايسبوك دون اثباتها أو تقديم الدليل على صحتها مع ما ينجر عن ذلك من تشويه و مس من اعتبار المذكورين و كرامتهم يشكل في جانبه أركان جريمة القذف المنصوص عليها بالفصل 245 ق ج⁶⁴ .

أما فقه القضاء الفرنسي فقد اعتبر بدوره في عدة مناسبات أن القذف أو التلب الحاصل بواسطة وسائل الاتصال الحديثة و منها الفايسبوك يشكل جريمة و يستوجب العقاب المنصوص عليه بالقانون⁶⁵ و ذلك رغم أن تجريم الأفعال المذكورة يعود الى سنة 1881 وذلك بموجب قانون 29 جويلية 1881.

⁶⁴ أنظر:

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفافس تحت عدد 2703 بتاريخ 2013/04/02 غير منشور
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفافس تحت عدد 2704 بتاريخ 2013/04/02 غير منشور
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفافس تحت عدد 2705 بتاريخ 2013/04/02 غير منشور
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفافس تحت عدد 2723 بتاريخ 2013/04/02 غير منشور

⁶⁵ أنظر:

1- Cour de cassation fr, ch . soc ; 29 Avril 2009, n°07-44798/07-44813
2- Cour de cassation fr, ch . soc ; 15 Decembre 2009, n°07-44264 ; propos injurieux
3- cour de cassation fr, ch . crim ; 25 Octobre 2011, n°11-80017 : diffamation publique
4- Cour de cassation fr, ch . crim ; 11 Octobre 2011, n°10-88091: diffamation publique
5- Cour de cassation fr, 1^{er} ch . crim ; 26 Janvier 2012, n°10-27107 : injures publiques

و الجدير بالملاحظة أن القانون الفرنسي على عكس القانون التونسي يميّز بين القذف الخاص و القذف العام⁶⁶ وهو ما يفهم منه أن القذف اذا لم يكن لدى العموم وكان في اطار مغلق ومحدود فانه يكون مستوجبا للعقاب المقرر للمخالفات البسيطة أمّا اذا كان القذف عموميا بمعنى أنّ القاذف استعمل وسيلة نشر كالصحف و الشبكة العنكبوتية و الفايسبوك و غيرها بما من شأنه أن يمكن جميع الأفراد من الاطلاع عليه فان الفعلة تكتسي صبغة الجنحة وتكون مستوجبة للعقاب البدني و الخطيئة في نفس الوقت⁶⁷.

و اذا كان الفايسبوك كوسيلة من وسائل ارتكاب جرائم القذف و التلب لم يطرح اشكالا يذكر على مستوى فقه القضاء فان ركن العلنية في اطار الموقع الاجتماعي المذكور على خلاف ذلك كان محلّ جدال واسع .

الفقرة الثانية ركن العلنية في جرائم القذف و التلب

قبل صدور المرسوم عدد 115 لسنة 2011 كانت مجلة الصحافة في جميع فصولها الجزائية تقريبا⁶⁸ تنظم الوسائل التي يمكن بواسطتها ارتكاب جرائم القذف و التلب و النيل من كرامة الشخصيات الرسمية و البعثات الدبلوماسية و غيرها وهي " الصحافة أو أية وسيلة أخرى من وسائل الترويج " حسب منطوق الفصل 42 من المجلة المذكورة و قد ظلت الوسائل التقليدية المتمثلة في السند الورقي المادي هي المعتمدة الى حين صدور المرسوم عدد 115 لسنة 2011 حين أدرج المشرع وسائل الاتصال الحديثة ضمن الوسائل التي بواسطتها يقع ارتكاب الجريمة اذ ينصّ الفصل 56 من المرسوم المذكور المتعلق بالتلب " ... اعلان ذلك الادعاء أو تلك النسبة بصورة مباشرة أو بواسطة النقل يعاقب مرتكبه حتى ولو وقع ذلك في صيغة الاحتمال أو كان يقصد به شخص لم تقع تسميته بصفة صريحة على أن الاهتداء اليه تيسره فحوى العبارات الواردة في الخطب أو النداءات أو التهديدات أو الكتابات أو المطبوعات أو المعلقات أو الرسوم أو الاعلانات أو المنشورات الالكترونية"

⁶⁶ أنظر:

Article R 621-1 code pénal : « la diffamation non publique envers une personne est punie de l'amende prévue pour les contraventions de première classe.

⁶⁷ أنظر الفصل 29 من قانون 29 جويلية 1881 المذكور أعلاه

⁶⁸ أنظر الفصل 42-51-52-53-54 من القانون عدد 32 لسنة 1975 المؤرخ في 28 أفريل 1975 المتعلق باصدار مجلة الصحافة.

فالمنشورات الالكترونية تعني أن وسائل الاتصال الحديثة و منها الفايسبوك أصبحت وسيلة من وسائل ارتكاب جرائم القذف و التلب وهو توجه لم يكرس بوضوح في القانون الفرنسي إذ بقي الغموض سائدا حول مدى امكانية اعتبار وسائل الاتصال الحديثة وسيلة من جملة الوسائل المنصوص عليها بقانون 29 جويلية 1881 و ظلّ الوضع على ما هو عليه الى حين صدور قانون 21 جوان 2004⁶⁹ اذ نصّ القانون المذكور في فصله السادس على انطباق قانون 29 جويلية 1881 على وسائل الاتصالات⁷⁰.

و اذا ما كان الأمر قد أصبح محسوما بخصوص اعتبار الفايسبوك وسيلة من وسائل ارتكاب الجريمة موضوع الدرس، فان الأمر لا يزال يعتريه الكثير من الغموض، بخصوص توفر ركن العلنية من عدمه في اطار الموقع الاجتماعي المذكور. فلا خلاف في كون ركن العلنية الذي هو الركن الجوهري لجرائم القذف و التلب يكون متوفرا و لا لبس فيه كَمَا وقع ارتكاب الجريمة المذكورة بواسطة وسيلة تقليدية تركز على سند ورقي « support papier » فان الأمر على خلاف ذلك كلما تعلق بوسيلة الكترونية «support électronique» كالفيسبوك.

ان المشرع رغم اشارته للوسائل الالكترونية صلب الفصل 56 و ما بعده من المرسوم عدد 115 فانه لم يتطرق لركن العلنية في اطار الوسائل المذكورة و لم يبين كيفية حصوله بل انه

⁶⁹أنظر:

Loi n°2004-575 du 21 Juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique JORT n° 143 du 22 juin 2004

⁷⁰ أنظر:

Article 6-V de la loi pour la confiance dans l'économie numérique dispose : « les dispositions des chapitres IV et V de la loi du 29 Juillet 1881 sont applicables aux services de communication au public en ligne et la prescription acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de la dite loi »

و أنظر أيضا:

L'article 432-9 du même code qui dispose :

« Le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission d'ordonner de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement la suppression ou l'ouverture de correspondance ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ou un agent d'exploitation de réseaux ouverts au public de communications électroniques ou d'un fournisseur de services de télécommunications, agissant dans l'exercice de ses fonctions, d'ordonner de commettre ou de faciliter, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications »

اكتفى بالإشارة الى ضرورة توفر الركن المذكور لقيام جريمة التلب و الحال أن الأمر طرح عدّة اشكاليات في فرنسا و كان مصدر العديد من الآراء و التعاليق.

فالقانون الفرنسي يميّز بين ما ينشر للعموم على صفحات الشبكة العنكبوتية و ما يضمن صلب المراسلات الخاصّة و لكل واحد نظامه القانوني المستقل عن الآخر، فالمراسلات الخاصة تندرج في اطار سرّيّة المراسلات المنصوص عليها بالفصلين 15-226 و 9-432 من المجلة الجزائيّة الفرنسية⁷¹.

و تخرج عن مجال القواعد القانونية المتعلقة بزجر المخالفات الصحفية المنظمة بمقتضى قانون 1881، أمّا ما ينشر للعموم فيخضع لأحكام القانون المذكور (1881) و خاصة منه ما يتعلق بجرائم التلب.

الا أن الاشكال الذي يطرح في هذا الاطار يتعلق بمعرفة ما اذا كان القذف أو التلب الواقع بواسطة الفايسبوك يعتبر خاصًا أو عاما.

لم يطرح الأمر على فقه القضاء التونسي الى حدّ الآن و لم يسبق له أن عرف نزاعا من هذا النوع، أمّا فقه القضاء الفرنسي فقد اعتمد على معيار تقليدي ليميّز بين التلب العام و الخاص في اطار الفايسبوك وهو معيار " تجمع المصالح⁷² la communauté d'intérêts " التي عرفها بعض الفقهاء بأنّها "الانتماء، المشترك من حيث الاهتمامات والأهداف التي تتقاسمها مجموعة معينة و التي تشكل اطارا مغلقا يحول دون اختراقها من الغير".

⁷¹ أنظر:

Article 226-15 du code pénal Français qui dispose :

« Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et 45000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçus par la voie électronique ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions

⁷² أنظر:

La communauté d'intérêts peut être définie par :

« L'appartenance commune, des inspirations ou des objectifs partagés, formant une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçue comme regroupant des tiers par rapport à l'auteur des propos »

Y.Mayaud, Revue de sciences criminelles, 1998 p 104

فالمحاكم تعتمد على المعيار المذكور للتمييز بين الصبغة العمومية أو الخاصة لموقع ما في اطار الشبكة العنكبوتية⁷³ فكلما توفرت صفة العمومية إلا و كان قانون الصحافة هو المنطبق.

و بعبارة اوضح فانه كلما كان التلب موجهها الى شخص او مجموعة بعينها يجمع بينها رابط مشترك من حيث الاهتمامات كالخلفية الدينية او السياسية او من حيث الاهداف كالغايات النقابية او المصلحة الطلابية او المهنية او العلمية او الميولات الموسيقية و غيرها و كانت منغلقة على نفسها و مقتصرة على قائمة المنخرطين من ذوي الاتجاهات المذكورة و لم تكن مفتوحة للعموم بما يجعل كل ما ينشر على صفحات الفايسبوك لا يطلع عليه الغير الذي لا يقاسم المجموعة المذكورة تلك الإهتمامات و الاهداف ،فان التلب يعتبر تلبا خاصا و يكون ركن العلنية فيه غير متوفر بصفة الية و انما هو يخضع لاجتهاد القاضي . و على العكس من ذلك يكون التلب عاما و يكون ركن العلنية متوفرا كلما كان النشر موجه للعموم و بدون ان يكون هناك رابط بين مجموعة المستخدمين للصفحة .

و في اطار الفايسبوك فان تكييف أو اضعاء الصبغة الخاصة على المقال أو الأغنية المتضمنة لعبارات القذف و التلب التي فيها مساس بشرف و اعتبار الغير يستوجب لا فقط أن يكون ذلك المقال أو الأغنية موجّهة أو ممكن الاطلاع عليه من طرف مجموعة محدودة من الأشخاص بل يشترط كذلك أن لا يكون احد أشخاص تلك المجموعة أجنبي عن الآخر أو لا علاقة له به.

و ينجر عن ذلك أنه اذا قام القاذف بنشر الأمر المنسوب على صفحته الخاصة و كانت تلك الصفحة قابلة للإطلاع عليها من طرف العموم فان الصبغة العمومية و بالتالي ركن العلنية

⁷³ أنظر:

Trib, G.ins. paris, référé, 5 Juillet 2002, D 2003 sommaire p. 1536 observations L. Marino
« La sélection doit être fondée sur un choix positif des usagers, par laquelle sont assurés leur nombre restreint et, partout, leur communauté d'intérêts »

و أنظر أيضا:

« CA Paris, 23 Juin 2000, Légipresse, novembre2000, 111, »
182, note. C.Rojinsky : « La diffusion litigieuse sur le réseau internet, à destination d'un nombre illimité de personnes nullement liées par une communauté d'intérêts, constitue un acte de publicité commis dès que l'information a été mise à la disposition des utilisateurs éventuels du site »
Disponible sur <http://www.juriscom.net/ipt-visu.php?ID=664>

يكون متوفرا، و على العكس من ذلك اذا كانت صفحته غير قابلة للإطلاع عليها إلا من طرف أصدقائه المرسمين بقائمة الأصدقاء فانه يرجع للقاضي تقدير ما اذا كان معيار تجمع المصالح متوفرا من عدمه بمعنى أنه يتعين على القاضي التثبت من مدى وجود الرابطة أو القاسم المشترك بين تلك المجموعة الافتراضية.

و تطبيقا لهذه المعايير عرضت وقائع على محكمة الاستئناف بباريس تمثلت وقائعها في قيام شخص بإرسال رسالة خاصة عبر البريد الالكتروني لما يقارب مائة باحث جامعي تتضمن عبارات فيها مس من شرف و اعتبار المجموعة المذكورة، فاعتبرت تلك المحكمة أن الرسالة المذكورة تكتسي صبغة عامة و بالتالي فان ركن العلنية متوفرا في القضية المذكورة و ذلك على أساس أن صفة المتضررين الجامعية و التي تتوفر في جميعهم لا تكفي للقول بتوفر معيار القاسم المشترك أو المصلحة المشتركة⁷⁴. بمعنى ان المحكمة اعتبرت في اطار سلطتها التقديرية انه رغم توفر الصفة الجامعية بين المجموعة المتضررة من المقال المنشور فان معيار المصلحة المشتركة لم يتوفر بعد و ذلك لان تلك الصفة لوحدها لا تكفي لان تكون المجموعة المنضوية ضمنها تتمتع بالقدر الكافي من الخصوصية التي لا تسمح للغير الاجنبي عنها بالإطلاع عما ينشر بصفحتها الخاصة و بالتالي فان التلب الموجه للمجموعة المذكورة يكون تلبا عاما يتوفر فيه ركن العلنية بصفة الية .

فالمحكمة اعتمدت على المفهوم الضيق للمعيار المذكور الذي يقتضي ضرورة وجود رابط خاص بين المشتركين على صفحة الفايسبوك يختلف عن مجرد علاقة الزمالة في العمل .

ان ما ذهب اليه فقه القضاء الفرنسي من تكريسا للمعيار المذكور يجعل جرائم القذف و التلب المرتكبة بواسطة الموقع الاجتماعي الفايسبوك تكتسي في أغلبها صبغة العمومية و بالتالي فان ركن العلنية يعتبر متوفرا في الجرائم المذكورة كلما وقع ارتكابها في الاطار المذكور.

أما من الناحية العملية فإن مبدأ السرية الذي يتبناه الموقع الاجتماعي فايسبوك يمكن كل متضرر من التضلم اليه من كل محتوى جنسي أو اباحي أو غيره و ذلك عبر ارسال اعلام

⁷⁴ أنظر:

عبر البريد الإلكتروني abuse@facebook.com حيث يتولى الموقع المذكور معالجة التظلم في ظرف 24 ساعة و يحذف المحتوى غير المشروع في ظرف 72 ساعة أو حتى اقصاء المتسبب في المحتوى المذكور من الفايسبوك بصفة عامّة.

لقد اشترط الفصل 245 ق ج صراحة ركن العلنيّة لقيام جريمة القذف حيث جاء فيه " يحصل القذف بكل ادّعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف....".

كما تطرّق الفصل 56 كذلك من المرسوم عدد 115 الى العلنيّة كركن جوهري للمؤاخذة الجزائيّة حيث نصّ صراحة على أنّه " يعتبر ثلثا كلّ ادعاء أو نسبة شيء بصورة علنيّة... " وهو ما يفهم أنّ الثلب الواقع في مكان خاص و غير عمومي لا يعتدّ به و لا تقوم به الجريمة و اذا كان الفايسبوك موقعا اجتماعيا مفتوحا للعموم بما يجعل ركن العلنيّة متوفرا فيه فان الأمر يكون على خلاف ذلك اذا ما استعمل الجاني البريد الإلكتروني للمجني عليه بقصد ثلثه أو قذفه فالرسالة الإلكترونية تعتبر رسالة خاصّة تتسم بالصبغة السريّة التي حماها الدستور التونسي لسنة 2014 صلب الفصل 24 الذي ينصّ على أن الدولة تحمي الحياة الخاصة وحرمة المسكن و سرية المراسلات و الإتصالات و المعطيات الشخصية . وهو نفس المبدأ الذي أقرّته مجلة البريد بدورها بل ان القانون أوجب على المتدخلين المحافظة على سرية المراسلات حتى بعد الانتهاء من ممارسة النشاط البريدي⁷⁵.

ان السؤال الذي يطرح في هذا الاطار في ظلّ غياب نصّ تشريعي واضح يتمثل في مدى امكانيّة اعتبار المحتوى الإلكتروني لمستعمل الفايسبوك يدخل في اطار مبدأ السريّة المنصوص عليه أعلاه؟

ان المحتوى الإلكتروني هو عبارة عن رسالة « message » ترسل من قبل مستعمل الفايسبوك الى بريد الكتروني متكون من اسم سواء حقيقي أو افتراضي يسمح بتعريف المرسل اليه تلك الرسالة ، و يتضح أن استعمال البريد الإلكتروني هو الآلية المفضّلة بالنسبة لـ 50% من مستعملي شبكة الانترنت⁷⁶ و بالتالي فان المحتوى الذي يتم عبر البريد

⁷⁵ أنظر الفصل 11 من مجلّة البريد: " ياتزم المتدخلون بالمحافظة على سرية المراسلات حتى بعد انتهائهم من ممارسة النشاط البريدي.
⁷⁶ أنظر Libération 16-17 Mars 2002, p 6à8:

الالكتروني تعرف بأنها تبادل للرسائل و ما شابهها⁷⁷ وهو ما أكده كذلك فقه القضاء الفرنسي في احدى المناسبات في قضية تمثلت وقائعها في ادعاء طالب أن بريده الالكتروني وقع فتحه و الاطلاع على محتواه مما يشكل خرقا لمبدأ سرية المراسلات فاعتبرت المحكمة أن المحتوى الالكتروني يعتبر من قبيل المراسلات المكتوبة التي يتوجب حمايتها

« Le terme correspondance désigne toute relation par écrit existant entre deux personnes identifiables qu'il s'agisse de lettres, de messages ou de plis fermés ou ouverts ».

و اذا ما كان المحتوى المرسل عبر البريد الالكتروني يعتبر من قبيل المراسلة المكتوبة المحمية قانونا على نحو ما وقع ذكره أعلاه فان التساؤل يطرح من جديد حول خصوصية تلك المراسلة؟

ان الخصوصية تتوفر كلما كانت المراسلة فردية و موجهة لشخص بعينه فمستعمل الفايسبوك الذي يتولى ارسال رسالة الى صديقه الافتراضي عبر بريده الالكتروني تعتبر بدون شك مراسلة خاصة ، و بناء على ما تقدم فان النص أو الأغنية أو العبارة الماسة من الشرف والاعتبار ينتفي فيها ركن العلنية كلما أرسلت للمتضرر منها عبر بريده الالكتروني الخاص اذا ما كان المرسل اليه الوحيد، إذ يتعدّر في مثل هذه الحالة على العموم الاطلاع على فحواها أو مشاهدتها نظرا للصبغة الخاصة للبريد الالكتروني الذي لا ينكشف آليا لجملة المشتركين الأصدقاء في صفحة الفايسبوك، أمّا اذا ما كانت المراسلة موجهة الى عدد من المرسل اليهم كل عبر بريده الالكتروني الخاص فان ركن العلنية يكون متوفرا في هذه الحالة و تقوم بذلك الجريمة.

⁷⁷ أنظر:

G.Cornu « vocabulaire juridique », Association Henry capitain PLF. P 236 et p 810

الفصل الثاني: الجرائم المتعلقة بالمعطيات الشخصية

يتسم مفهوم الحياة الخاصة⁷⁸ بصعوبة تحديد تعريف جامع و مانع له بسبب اختلاف ثقافات الدول و العقيدة السائدة فيها و حتى نظامها السائد، لذلك وجدت عدّة تعريفات متباينة للحق في الحياة الخاصة، حيث عرفها العميد Carbonnier بكونها المجال السري لحياة الفرد الذي يكون له فيه سلطة اقضاء الغير (...). و الحق في حماية الطابع الخاص لشخصه (...). و الحق في أن يترك في هدوء⁷⁹.

كما عرفها الفقيه Pradel بكونها " سلطة منع الغير من دخول الحياة الشخصية لغاية حماية سريتها، وهي حق الفرد في أن يمرّ دون أن يلاحظ"⁸⁰.

⁷⁸ تعتبر الحياة الخاصّة للانسان، الجانب المخفي فيه، الذي لا يتيسّر للعموم الاطلاع عليه بسهولة، نظرا للصبغة الخاصّة و نظرا للسريّة التي يّتميز بها عادة هذا الجانب من شخصيّة الانسان.

و في العصر الحديث فقد ظهر مصطلح الحياة الخاصة لأول مرة صلب الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 الذي تطرق لهذا المصطلح و كرّسه صلب المادة 12 منه، كما اعترفت به العديد من اتفاقيات حقوق الانسان العالمية كالعهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية و اتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفولة و غيرها.

أما على المستوى الإقليمي، فقد نصّت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان و الحريات الأساسية الصادرة في روما سنة 1950 على ذلك الحق. كما أن اتفاقية روما المذكورة، أنشأت المفوضية الأوروبية لحقوق الانسان و المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان بقصد مراقبة سلامة تطبيق الاتفاقية، و كلا المؤسستين لعبتا دورا كبيرا في ضمان حرية المطبات الشخصية و ذلك بالتصديق من الاستثناءات التي جاءت بها فصول الاتفاقية و الحدّ منها بشكل كبير.

وقد اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في اطار القضايا التي عرضت عليها أن عديد الدول فشلت في حماية الأفراد من خطر التجسس على معطياتهم الشخصية و على حياتهم الخاصة و راجعت العديد من قوانين الدول الأعضاء المتعلّقة بتلك المسألة حيث عرضت عليها عدّة دعاوى لأفراد ضدّ حكوماتهم بقصد الزامهم على مدها بالمعلومات الخاصّة بهم و الموجودة في الملفات الحكومية لضمان صحتها.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد صدر عام 1965 الاعلان الأمريكي للحقوق والواجبات الذي يتضمّن مجموعة من الحقوق من بينها الحق في حماية الحياة الخاصّة.

و بداية من الستينات و أوائل السبعينات أصبحت المجتمعات على اختلاف ثقافات و سياساتها تعطي أهمية كبرى للحياة الخاصّة و للحق في حمايتها و ذلك بسبب ظهور وسائل الاتصال الحديثة و ما أفرزته من سهولة في اختراق الحواجز و الوصول الى المعلومات المخزّنة، حيث كانت أوّل معالجة مخزّنة تشريعية في مجال حماية المعطيات الشخصية سنة 1970 في ألمانيا، ثم تلاه قانون دولة السويد لسنة 1973، ثم الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1974، أما في فرنسا فقد صدر القانون عدد 17-78 المؤرخ في 06 جانفي 1978 المتعلّق بالإعلامية و الحريات. ثم تولى الاتحاد الأوروبي سنة 1981 وضع اتفاقية لحماية الأفراد من خطر الاعتداء على حياتهم الخاصّة، وقد أثرت الاتفاقية المذكورة أيّما تأثير على بقية دول العالم التي سارعت الى سن قوانين تكرس الحماية المذكورة.

و يمكن القول أن كل دولة في العالم تقريبا تعرضت في دستورها الى التنصيص على حق الفرد في حماية حياته الشخصية و حتى في الدول التي لم تتضمن دساتيرها مثل ذلك التنصيص فان المحاكم فيها قد أقرت هذا الحق بشكل أو بآخر بالاستناد الى الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بهذا الحق.

أما في الدول العربية، فقد تدخل المشرع المصري سنة 1996 ليضع حدا للتجاوزات اللاحقة بالأفراد نتيجة انعدام الضوابط و الحدود في المجال الصحفي، حيث جرم الفصل 22 من قانون تنظيم الصحافة المؤرخ في 30 جويلية 1996 كلّ مساس بالحياة الخاصّة للمواطنين أو التعرض لها بأي شكل من الأشكال.

أما في تونس فقد تدخل المشرع بمقتضى قانون 2004 المتعلق بالمعطيات الشخصية لينظم الحياة الخاصة للأفراد و لحمايتهم من كلّ تعسف.⁷⁹ أنظر:

Carbonnier (J) : Droit civil des personnes.t.i, p.u.f 1990, 17è, éd p 124

⁸⁰ أنظر:

PRADEL (J) : Dispositions de la loi du 17 Juillet 1970 sur la protection de la vie privée » D. 1971, chron. XVIII, p 3, n°7

و ترى الأستاذة نبيلة المزغني أنه " من الضروري تحديد مضمون الحياة الخاصة و حدودها بالنظر الى الحياة العامة حتى نتجنب حماية مبالغ فيها"⁸¹.

أمّا على مستوى فقه القضاء فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس " أن ميدان الحياة الخاصة لكل فرد، هو ملكه لوحده و ذلك كامتداده لشخصه"⁸² كما اعتبرت في قرار ثاني صدر لها في تاريخ 15 ماي 1970 أن الحياة الخاصة هي الحق المخول للفرد في أن يكون حرّاً، و في أن يعيش كما يشاء و بأقل تدخل في هذه الحياة"⁸³.

و بصفة عامة يمكن القول أن الحياة الخاصة للفرد تعني جميع ما يتعلق بحياته الشخصية كالزواج و الطلاق و الحياة الصحية و المهنية و الحميمية و الجنسيّة و المكتسبات المادية والخلفية السياسية و الدينية و النقابية و العرقية و غيرها.

و مع تطور وسائل الاعلام و تكنولوجيات الاتصال و ظهور الفايسبوك، اتسع مفهوم الحياة الخاصة حيث لم يعد يقتصر على تلك الدائرة الضيقة المتمثلة في حرمة المسكن و سرية المراسلات، بل أصبح يتعداه ليشمل معطيات جديدة، تتعلق، بالإضافة الى الهوية، بالحياة الصحية و العاطفية و الجنسية و السياسية للشخص و بصفة عامة كل ما يتعلّق بمعطياته الشخصية، حيث أصبحت الحياة الخاصة للإنسان بمفهومها الحديث سهلة الاختراق و غير محصّنة بالشكل الكافي و بالإمكان الوصول اليها بمجرد نقرة على جهاز الحاسوب، لذلك كان لزاما على القانون أن يكون جاهزا و فعالا للتصدي لمثل تلك الاعتداءات.

و عمليا يمكن أن تكون الاعتداءات المذكورة أمّا من طرف موقع الفايسبوك في حدّ ذاته (مبحث أول) و أمّا من طرف مستخدمي الموقع المذكور (مبحث ثاني).

⁸¹ أنظر:

Mezghani Nabila, la protection civile de la vie privée thèse pour le doctorat d'Etat, Paris II 1973 p 19.

⁸² حسام الدين كامل الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع.

⁸³ كمال ديش، الحماية القانونية للحياة الخاصة، مجلة القضاء و التشريع أكتوبر 1998 ص 122.

المبحث الأول: الاعتداءات المرتكبة من طرف موقع فايسبوك

ان المقصود بالاعتداءات التي من الممكن ان يرتكبها الموقع الاجتماعي فايسبوك ،هي المعالجة غير المشروعة للمعطيات الشخصية لمنخرطيه ،لذلك يتجه الحديث عن مفهوم المعطيات الشخصية في هذا الاطار(فقرة أولى) قبل التطرق لمعالجتها من طرف الموقع المذكور(فقرة ثانية)

الفقرة الأولى: مفهوم المعطيات الشخصية في اطار الفاييسبوك

جاء بالفصل الرابع من قانون عدد 63 المؤرخ في 27 جويلية 2004 " أن المعطيات الشخصية تستوعب كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها و التي تجعل شخصا طبيعيا معرفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة باستثناء المعلومات المتصلة بالحياة العامة أو المعتبرة كذلك قانونا"

كما جاء بالفصل الخامس منه أنه " يعدّ الشخص الطبيعي قابلا للتعريف اذا أمكن التعرف عليه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال مجموعة من المعطيات أو الرموز المتعلقة خاصة بهويته أو بخصائصه الجسميّة أو الفيزيولوجية أو الجينيّة أو النفسيّة أو الاجتماعيّة أو الاقتصادية أو الثقافية".

و الملاحظ أن التعريف المذكور يقترب من موقف المشرع الفرنسي صلب قانون 06 جانفي 1978 حينما عرّف المعطيات الشخصية بالمعلومات التي تسمح مباشرة أو بصورة غير مباشرة و مهما كان الشكل الذي صاغ فيه بتعريف الأشخاص الطبيعيين⁸⁴ .

و قد استنتج الفقه في فرنسا من ذلك التعريف وجود نوعين من المعطيات الشخصية، معطيات شخصية مباشرة و أخرى غير مباشرة، أمّا المباشرة فهي تلك المتعلقة بالمعلومات

⁸⁴ أنظر:

L'article 4 de la loi n° 78-17 du 06 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui dispose que « sont réputées nominatives au sens de la présente loi, les informations qui permettent, sous quelques forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques aux quelles elles s'appliquent... ».

العادية كالحالة الصحيّة للأشخاص و السجلات الخاصّة بالحرفاء و المزودين لمؤسسة اقتصادية معينة.

وأما المعطيات الشخصية غير المباشرة فتتمثل في جملة الوسائل التقنية المتضمنة لبعض المعلومات الشخصية الأكثر سرية عادة مثل بطاقة الذاكرة و عنوان الايميل⁸⁵.

كما تبنى جانب من الفقه تقسيما آخر للمعطيات الشخصية، معطيات شخصية عادية و أخرى حساسة، أما العادية فهي كل المعطيات المتعلقة بأدق تفاصيل الحياة الخاصة للشخص باستثناء الحساسة منها، و أما المعطيات الحساسة فهي تلك المتعلقة بالأصول العرقية أو بالمعتقدات الدينية أو الأفكار السياسية أو الفلسفية أو النقابية أو بالصحة و الحياة الجنسية⁸⁶.

و بصفة عامة يمكن تعريف البيانات أو المعطيات الشخصية بأنها مجموعة من الحروف أو الكلمات أو الأرقام أو الرموز أو الصور المتعلقة بموضوع معين التي تتحول الى معلومات بعد معالجتها بواسطة الحاسوب⁸⁷.

و بتطبيق تلك المفاهيم و المصطلحات على موقع الفايسبوك، فإننا نجد انطباقا يكاد يكون تاما، ضرورة أنّ الشخص الذي يرغب في الانضمام الى الموقع المذكور و التسجيل به، يكون ملزما بالتعريف بنفسه و بالإدلاء بجملة من المعلومات المتعلقة بمعطياته الشخصية كالاسم و اللقب العائلي، و العنوان الالكتروني و كلمة السر و جنسه و تاريخ ولادته وميولاته و مكان دراسته و اختصاصه و هي كلها معطيات تجعل شخصا طبيعيا معرفا⁸⁸ و يمكن اعتبارها من قبيل المعطيات الشخصية.

و بالإضافة الى ذلك نجد أن موقع الفايسبوك يطلب من الراغبين في الانضمام اليه الادلاء بمعلومات أخرى أكثر خصوصية يعطيها صبغة اختيارية بحيث أن الراغب في التسجيل

⁸⁵ أنظر:

Marie Pierre Fenol- Trousseau, Gérard Hass : internet et protection des données personnelles. Edition hitec 2000 p 13

⁸⁶ أنظر:

Nathalie MAILET-Poujol-la réforme de la loi « informatique et libertés » RF adm, pub n°89 Janvier- Mars 1999- p 49

⁸⁷ هند الصيادي: المعطيات الشخصية والدستور، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2004-2005 ص 87.

⁸⁸ الفصل الرابع من قانون 27 جويلية 2004

بالموقع المذكور غير ملزم بالتصريح بها و إنما هو مخير في ذلك باعتبار أنه بإمكانه تجاوز تلك المعلومات و عدم الردّ عليها و تتعلق هذه المعلومات عادة بالعلاقات العاطفية و الجنسيّة للشخص و آرائه السياسية و عقيدته الدينية و غيرها.

ان هذه المعطيات الموغلة في الخصوصية محجّر معالجتها و ذلك عملا بأحكام الفصل 14 من قانون 2004 الذي نصّ على أنه "تحجّر معالجة المعطيات الشخصية التي تتعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالأصول العرقية أو الجينية أو المعتقدات الدينية أو الأفكار السياسية أو الفلسفية أو النقابية أو بالصحة".

وهو نفس التوجه الذي اختاره المشرع الفرنسي صلب الفصل 81 من قانون 1978 حينما حجّر معالجة المعطيات الشخصية المذكورة نظرا للصبغة الحساسة التي تتميز بها⁸⁹.

الأ أن المنع المذكور يزول بمجرد حصول الموافقة من المعنى بالأمر حسب ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل 14 المذكور بما يعني أن معالجة المعطيات الشخصية الحساسة المذكورة يصبح شرعي و لا عيب يشوبه كلما وافق المعنى بالأمر على ذلك.

الا ان السؤال الذي يطرح في هذا الاطار يتعلق بمعرفة ما اذا كان موقع فايسبوك قد جمع المعطيات الشخصية المذكورة بموافقة مستخدميه الصريحة طبق ما اقتضاه القانون؟

للجواب عن هذا السؤال يتجه تحديد مفهوم الموافقة التي جاء بها المشرع ضمن الفصل 14 المشار اليه أعلاه .

فالمشرع لم يعرف الموافقة و لم يبين المقصود منها بل انه اقتصر على ذكر طريقة تقديمها وهي أي وسيلة تترك أثر كتابي .

⁸⁹ أنظر:

Art 8 de la loi informatique et libertés : « il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle.

و لعلّ ذلك يعود الى كون المشرع الفرنسي لم يتعرض بدوره لمفهوم الموافقة صلب قانون 6 جانفي 1978 و ذلك على عكس التوصية الأوروبية المؤرخة في 24 أكتوبر 1995 التي عرّفت الموافقة بكونها "كلّ تعبير عن الارادة بطريقة حرّة، خاصة و معلومة"⁹⁰.

وهو ما يفهم منه أنّ موافقة المعني بالأمر على معالجة معطياته الشخصية الحساسة تفترض ثلاثة عناصر، حرية الموافقة وخصوصيتها و الاعلام بمحتوى الموافقة .

فأمّا بالنسبة للشرط الأوّل المتعلق بحرية الموافقة فإنّه لا خلاف في توفره ضرورة أن مستخدم الفايسبوك له مطلق الحرية في الادلاء بالمعطيات المذكورة من عدمه باعتبار أن الموقع المذكور لا يشترط الآ المعطيات البسيطة و العامّة و أمّا بالنسبة للشرط الثاني المتعلق بالخصوصية فإنه لا خلاف بشأنه كذلك باعتبار أنّ موافقة الراغب في التسجيل بالموقع فايسبوك تتعلق بسؤال محدّد و ليس بجملّة من الأسئلة التي تطرح مرّة واحدة وهو ما يعني أنّه بإمكان الشخص المذكور عدم الاجابة الآ على البعض منها و ليس على جميعها و بالتالي فان شرط خصوصية الموافقة و عدم عموميتها متوفر في اطار الفايسبوك.

و أمّا بالنسبة للشرط الثالث و الأخير و المتعلق بالإعلام فإنه و على عكس الشرطين الأوّلين غير واضح في هذا الاطار ضرورة أنه لا يقع اعلام المترشحين الراغبين في الانضمام للموقع المذكور عن فحوى تلك المعطيات و عن الغاية من طلبها و ما اذا كانت عملية تسجيل المستخدمين تستوجب بالضرورة تلك المعلومات الخاصة وهو ما يعني أن الشرط الثالث و المتعلق بإعلام المعني بالأمر⁹¹ بالغاية من جمع معطياته الشخصية غير متوفرة و بالتالي فإنه يمكن القول أن شرط الموافقة الذي نصّ عليه الفصل 14 غير متوفر في اطار الفايسبوك.

و لقد طرح اشكالا آخر في فقه القضاء الفرنسي تمثل في معرفة ما اذا كانت الهوية الرقمية (L'adresse IP) تعتبر من قبيل المعطيات الشخصية من عدمه.

⁹⁰ أنظر:

L'article 2 (h) de la directive du 24 Octobre 1995 « le consentement est toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée »

⁹¹ المعني بالأمر هو كل شخص طبيعي تكون معطياته الشخصية موضوع معالجة و ذلك حسب الفصل 6 فقرة 4 من قانون 27 جويلية 2004.

فالهوية الرقمية هي طريقة للتعريف بكل حاسوب مرتبط بشبكة الانترنت⁹² و قد ثار النقاش في فرنسا حول ما اذا كانت معالجتها بدون ترخيص يشكل اعتداء على المعطيات الشخصية، إذ ذهبت المحاكم الى عدم اعتبارها من قبيل المعطيات الشخصية طالما وأنها لا تمكن من جعل الشخص الطبيعي معرفا أو قابلا للتعريف، و انما هي فقط تتعلق بجهاز الحاسوب الذي هو آلة و ليس شخص⁹³.

في حين اعتبرتها الهيئة الوطنية للإعلامية و الحريات (CNIL) و كذلك مجموعة هيئات حماية المعطيات الشخصية الأوروبية من قبيل المعطيات الشخصية⁹⁴، طالما و أن وراء الحاسوب الذي تعنيه تلك الهوية الرقمية شخص طبيعي معرف. و ذهبت في ذلك الاتجاه محكمة التعقيب الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ 04 أبريل 2007⁹⁵ حيث اعتبرت بطريقة غير مباشرة أن الهوية الرقمية من قبيل المعطيات الشخصية طالما و أن معالجتها تخضع للترخيص المسبق من الهيئة الوطنية للحريات و الاعلام .

ان ذلك التوجه الفقه القضائي دفع المشرع الفرنسي الى أن يتدخل ليحسم ذلك الجدل⁹⁶ ويعتبر أن الهوية الرقمية من المعطيات الشخصية للمعني بالأمر التي لا تجوز معالجتها إلا بمقتضى ترخيص مسبق.

غير أنه طالما وقع الانتهاء الى أنّ تلك المعلومات تشكل معطيات شخصية فانه يتجه بيان كيفية معالجتها من طرف موقع فايسبوك.

⁹² أنظر:

L'adresse IP (internet Protocol) est une « série de quatre nombres (compris entre 0 et 255) servant à identifier un ordinateur connecté à internet » Actualité juridique pénal n° 3/2009 de Mars 2009, « Dossier cybercriminalité : mozceaux choisis » p 120.26 itéanu « l'identité numérique » p 16

⁹³ أنظر:

-Cours d'appel de Paris 27 Avril 2007 Anthony G. contre SCPP disponible sur

<http://www.legalis.net/jurisprudence/decision.php?idarticle=1945>

-Cour d'appel de Paris 15 Mai 2007 Henris.contre SCPP disponible sur

<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/cour-d-appel-de-paris-13è-chambresection-a-15-Mai-2007-html>

⁹⁴ أنظر:

Avis/sn°4/2007, le concept de données à caractère personnel du 20 Juin 2007, wp136. p18

⁹⁵ أنظر:

Cass.Grim.4 Avril 2007 disponible sur :

<http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?idarticle=1959>

⁹⁶ أنظر:

<http://www.infos-du-net.com/actualité/15615-senat-Adresse-IP-html>

الفقرة الثانية : معالجة موقع الفايسبوك للمعطيات الشخصية

ان تجميع المعلومات العامة و الحساسة من طرف فايسبوك لكل مترشح يرغب في الانضمام للموقع المذكور يعتبر من قبيل معالجة المعطيات الشخصية عملا بأحكام الفصل 6 من قانون 27 جويلية 2004 الذي نصّ على ما يلي "يقصد في مفهوم هذا القانون بمعالجة المعطيات الشخصية : العمليات المنجزة سواء بطريقة آلية أو يدوية من شخص طبيعي أو معنوي والتي تهدف خاصة الى جمع معطيات شخصية أو تسجيلها أو حفظها أو تنظيمها أو تغييرها أو استغلالها أو استعمالها أو ارسالها أو توزيعها أو نشرها أو اتلافها أو الاطلاع عليها وكذلك جميع العمليات المتعلقة باستغلال قواعد البيانات أو الفهارس أو سجلات أو البطاقات أو بالربط البيئي..."

فالمشرع وسّع في مجال مفهوم معالجة المعطيات الشخصية ليجعلها تشمل كل ما يتعلق بجمع المعطيات و تسجيلها و حفظها وهو ما ينطبق على موقع فايسبوك فيما يتعلق بالمعلومات المتلقاة من منخرطيه⁹⁷.

وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي كذلك صلب الفقرة الثالثة من الفصل الثاني من قانون 1978 حينما اعتبر أن كل عملية أو مجموعة عمليات تتضمن المعطيات المذكورة و خاصة تجميعها، تسجيلها، تنظيمها، حفظها، تعديلها أو حفظها تشكل معالجة للمعطيات الشخصية⁹⁸ و قد بينت الدراسات⁹⁹ أن موقع فايسبوك يستغل المعطيات الشخصية لمنخرطيه في عمليات تجارية و اشهارية حيث أنه بإهدائه الدخول المجاني، فإنه يعمد بالمقابل الى استغلال

⁹⁷ أنظر:

La politique de confidentialité du site facebook : « vous pouvez actualiser votre profil personnel, vos relations, envoyer des messages, effectuer des recherches et envoyer des invitations, créer des groupes, mettre à jour des événements, ajouter des applications, ainsi que transmettre des informations de diverses manières. Nous conservons ces informations à fin de vous offrir un service et des fonctions personnalisés. Dans la plupart des cas, nous les conservons »

⁹⁸ أنظر:

Article 2 alinéa 3 de la loi informatique et liberté : « constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou ensemble d'opérations partout sur telles données, quelque soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification. »

⁹⁹ أنظر:

CNIL Rapport du 9 Février 2009 « la publication ciblée en ligne » ps

المعطيات المخزنة على موقعه لغايات تجارية باعتبار أن العائدات الاشهارية تعتبر من أهم موارد المالية¹⁰⁰.

أمّا من الناحية العملية فإن موقع فايسبوك يقترح عادة عدّة صور اشهارية تتمثل أهمّها في ما يعرف Social Ads و Beacon وهما طريقتان للإشهار يتمحوران بصفة عامّة حول التركيز على ميولات و رغبات مستخدم الفايسبوك بالاستناد الى معطياته الشخصية المخزنة بالموقع المذكور ثمّ استغلال ذلك المعطى و القيام بعمليات اشهارية لمنتجات و ابتكارات وحتى خدمات و ذلك على الجانب الأيمن للصفحة الشخصية لمستخدم الفايسبوك بطريقة تجعل المنتج أو تلك الخدمة بارزة طوال الفترة التي يكون فيها المذكور مرتبطاً بموقع الفايسبوك إذ و بقيامه بمجرد نقرة على عبارة « j'aime » يصبح المستخدم المذكور من المعجبين بالمنتج المذكور و تصبح الشركة المنتجة له تمده في كل مناسبة بأخر المعلومات و آخر الابتكارات حول المنتج المذكور¹⁰¹ كما أنّ تلك المعلومات تبرز آلياً لجميع أصدقاء ذلك المستخدم بما يوسّع دائرة اشهار ذلك المنتج.

ان الجانب الاشهاري المذكور المعروف بتقنية Beacon تعرض لعملية نقد كبيرة عند عرضه سنة 2007 و ذلك لاعتماده على أسلوب (L'optout) الذي يعني الموافقة المفترضة لمستخدم الفايسبوك و التي لا تسمح له بالتفصي من ذلك الاشهار الآ عبر اخفاء الركن المذكور البارز على مستوى الصفحة الرئيسية، و قد قام ما يقارب الخمسين ألف منخرط بتقديم احتجاجات رسمية لموقع الفايسبوك للتخلي عن طريقة الاشهار المذكور وهو ما حصل فعلاً حيث وقع استبدالها بما يعرف بتقنية (L'opt in) التي تعني ضرورة الحصول المسبق على موافقة المنخرط قبل عرض أي منتج عليه و بصفحة الرئيسية¹⁰².

¹⁰⁰ أنظر:

X.Wauthy. Ragard économiques. Publication de l'UCL de Mai 2008 n°59 « No free lunch sur le web 2.0 ! ce que cache la gratuité apparente des réseaux sociaux numériques ».
<http://www.juriscon.net>

¹⁰¹ أنظر:

Politique de confidentialité du facebook

¹⁰² أنظر:

Génération-net-« vie privée : facebook reconnaît ses erreurs et s'excuse » disponible sur <http://www.generation-net.com/facebook-publicité-Zuckerberg-beacon-actualite-50396.html>

غير أن الاعتداءات على المعطيات الشخصية لا يمكن أن يكون فقط من طرف موقع فايسبوك بل قد يكون من طرف مستخدم الموقع المذكور .

المبحث الثاني : الإعتداء على المعطيات الشخصية من طرف مستخدمى الفاييسبوك

يتمثل الإعتداء على المعطيات الشخصية من طرف مستخدمى الفاييسبوك أساسا في الإعتداء على الحق في الصورة لذلك سوف نتطرق الى مفهوم الحق في الصورة (الفقرة الاولى) والى الاساس القانوني لحمايتها(الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: مفهوم الحق في الصورة

ان الصورة هي تجسيد لشخص أو لشيء ما بطرق فنيّة، و قد كان لتطور وسائل التصوير تأثير كبير على الحق في الصورة، وهو ما سهل الى حدّ ما وسائل الاعتداء على ذلك الحق وجعله عرضة لأي انتهاك. فقبل ظهور أجهزة التصوير كان من النادر انتهاك ذلك الحق فلم يكن بالمستطاع الحصول على صورة الشخص إلا من خلال رسم الصورة و الرسم يفترض ووقوف الشخص أمام الرسام فترة طويلة و بالتالي يفترض علم الشخص و موافقته على رسم الصورة، أما الآن فان أجهزة التصوير الحديثة جعلت من الممكن التقاط الصورة دون علم صاحبها و أضحي نشرها، بعد تطور وسائل الاعلام، من اليسير جدا.

و الحق في الصورة هو حق كل شخص في قبول أو رفض التصوير أو نشر أو استخدام صورته الخاصّة¹⁰³. و هو كذلك الحق في المحافظة على صورته الخاصّة. و قد عرفت محكمة التعقيب الصورة بأنها: " حق استثنائي يخول لصاحبها كيفية استعمالها و مدّة

¹⁰³ أنظر:

A.Bertrand, Droit à la vie privée et droit à l'image, Ed. Litec. 1999. P.132

استعمالها، كما أن نشرها يتطلب الترخيص المسبق¹⁰⁴. فكل شخص "حق استثنائي على صورته و على كيفية استعمالها يخول له حق الاعتراض على نشرها"¹⁰⁵.

ان التكييف القانوني لهذا الحق من المسائل التي شغلت بال الفقه منذ زمن بعيد، حتى قبل أن يقع تنظيم ذلك الحق في التشريعات المختلفة و توفير الحماية اللازمة له، اذ عن طريق معرفة هذا التكييف يمكن التعرف على النتائج المترتبة على هذا الحق .

فقد اعتبر البعض أن الحق في الصورة هو من قبيل الحق في الملكية، في حين ارتأى فريق آخر أن الحق في الصورة يقع ضمن الحياة الخاصة للشخص، فهو من العناصر المكونة لحياته الخاصة.

و اعتبر شق آخر أنه من الحقوق الأدبية كحقوق الملكية الفكرية. وهو ما ذهب اليه المشرع التونسي في الفصل الأول من القانون عدد 94-36 المؤرخ في 24 فيفري 1994 و المتعلق بالملكية الأدبية و الفنية و الذي اعتبر أن حق التأليف يشمل الصورة باعتبارها مصنفا أدبيا.

في حين أن المعيار الأساسي لاعتبار حق ما محميا بموجب الملكية الفكرية هو عنصر الابتكار، اذ متى توفر عنصر الابتكار في الانتاج الذهني عد صاحبه مؤلفا و بالتالي يتمتع بالحماية القانونية عن طريق الاعتراف له بحق معنوي و حق مالي على حد سواء أيا كان نوع هذا المؤلف و أيا كانت قيمته من الناحية الأدبية أو العلمية و أيا كانت طريقة التعبير عنه بالكتابة، الصوت، الرسم، أو بالتصوير.

و لكن اعتبار الصورة ملكية فكرية للمصور لا يفقد الشخص موضوع الصورة حقه في صورته، وهو الحق الذي يحميه القانون الأساسي المؤرخ في 27 جويلية 2004 و المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

هنا يجب أن نميز بين مفهومين متقاربين و هما "الحق في الصورة" و " حق الصورة".

¹⁰⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 19320، مؤرخ في 25-06-2008، غير منشور.

¹⁰⁵ حكم مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 56199 بتاريخ 23-06-2005، غير منشور.

فحق الصورة هو مجموعة الحقوق التي يمنحها القانون للمبدع على موضوع ابداعه، هذه الحقوق هي التي يحميها قانون الملكية الفكرية.

أما الحق في الصورة فهو الحق الممنوح لصاحب الصورة، أي موضوع الصورة. وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية. وهو ما أشار اليه المشرع التونسي في الفصل 118 من مجلة الالتزامات و العقود " كل شرط من شأنه أن يمنع أو يقيد على انسان تعاطي ما له من الحقوق البشرية باعتبارها وسيلة تمييز أي شخص عن آخر. فنشر صور أي شخص يعد انتهاكا لحياته الخاصة. و التي تعتبر مجالا شخصيا و خاصا ممنوع على العموم اختراقه بدون ترخيص من المعني بالأمر¹⁰⁶، فهو حق في الحميمة وفي أن يكون لكل شخص حديقته السرية التي لا يمكن لأي كان الولوج إليها¹⁰⁷.

أما في ما يخص المشرع التونسي فقد تدخل سنة 2004 ليتولى سن قانون يحمي الحياة الخاصة، وهو القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 مؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، الذي اعتبر في فصله الأول أن " لكل شخص الحق في حماية المعطيات الشخصية المتعلقة بحياته الخاصة باعتبارها من الحقوق الأساسية المضمونة بالدستور".

غير أن المحاكم التونسية استبقت هذا القانون حينما اعترفت محكمة الاستئناف بتونس سنة 1986 بالحق في الصورة و اعتبرت نشر صورة دون ترخيص صاحبها عملا غير قانوني¹⁰⁸.

أن التطور التكنولوجي غير كل شيء، فقد تغيرت وسائل التواصل و تشعبت العلاقات، في حين ظلّ القانون كما هو تقريبا دون مواكبة للنسق السريع للتكنولوجيا الحديثة. فنعاين كل يوم انتهاكات للحق في الصورة سواء عبر أخذ صور الغير و اعادة نشرها دون رضاه أو

¹⁰⁶ أنظر:

R. Nerson, la protection de l'intimité, journal des tribunaux, 1959, p.173

¹⁰⁷ صلاح خالد، الحق في حماية المعطيات الشخصية، مجلة القضاء و التشريع ديسمبر 2004، ص 21
¹⁰⁸ المؤلف في الحياة الخاصة للناس ينشر أحوالهم أو عاداتهم أو صورهم دون ترخيص اذ في ذلك نيل من الحرمة الشخصية لهم"

تعديلها و محاولات تشويه للسمعة. وتجدر التفرقة بين الصور المحميّة قانونا و الصور الحرّة.

فالصورة الحرة معناها التي تنازل مالکها عن بعض حقوقها، فيصبح بإمكان الآخرين اعادة إنتاجها، نشرها، تعديلها أو تسويقها دون موافقة الطرف المنتج و دون افادته ماديا و مالک الصورة هو الشخص الذي يجوز له قانونا التصرف فيها من ناحية النشر، البيع، التعديل والترخيص. وهوما الشخص موضوع الصورة أو من اكتسب ملكيتها اما بواسطة التقاط الصورة بنفسه بطريقة مشروعة أو شراء الصورة مع كامل الحقوق من مالکها أو ورثته.

و يوجد موقعان مهمان على الانترنت للصور الحرّة و هما فليكر¹⁰⁹ و كومنز¹¹⁰. و هما يحتويان على مجموعة كبيرة من الصور المرخص بإعادة نشرها.

و لكن قد يفاجئ الشخص بصورة التقطت له و وضعت على شبكة الفايسبوك، الذي يتيح لأي كان أن يأخذ صورة شخص ما من على صفحته و يعيد نشرها دون موافقة صاحبها أو حتى دون علمه، فالصورة الخاصّة تصبح متداولة في عديد المواقع وهو ما يمكن أي متصفح من رؤيتها بل و كتابة أي تعليق عليها.

و قد رأت المحكمة الابتدائية بصفاقس أن حماية الصورة مبدأ قانوني، و ذلك في حكمها المؤرخ في 20/11/2006. و تتلخص وقائعه في اقدام احدى الشركات السياحية بنشر صور احدى موظفاتها في مطوية و على موقع النزل على الانترنت و ذلك دون موافقة المعنية بالأمر. و قد اعتبرت المحكمة أن الصورة هي معطى شخصي و أنه "يخلص من التعريف القانوني للمعطيات الشخصية أنه تعريف وظيفي و يرمي المشرّع من ورائه الى حماية أركان سرية الحياة الخاصّة من زحف المعرفة و التواصل الاعلامي الحديث و يشمل كل البيانات المرئية أو المسموعة أو المكتوبة¹¹¹.

¹⁰⁹ أنظر:

<https://www.flickr.com/>

¹¹⁰ أنظر:

[http:// commons.wikimedia.org](http://commons.wikimedia.org)

¹¹¹ حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس عدد 44032 مؤرخ في 2006/11/20 غير منشور.

فالصورة حسب نفس المحكمة "حاملة لكل أوصاف الشخص الذاتية بما فيها من ملامح وقسمات و أبعاد جسديّة تعتبر من أهم أشكال البيانات المرئيّة التي من شأنها أن تجعل الشخص الواقع تصويره معروفا بصفة مباشرة بمجرد مباشرة رؤيته و الاطلاع على تلك الصور".

و تجدر الملاحظة الى أن محكمة الاستئناف بصفافس قد أيدت الحكم المذكور¹¹² ، واعتبرت أنه " خلافا لما تمسكت به المستأنفة فان عبارة معطيات و ان جاءت في صيغة الجمع الآ أن ذلك لا يعني عدم انطباقها على الصورة الفوتوغرافيّة كمعطى شخصي خاص بشخص واحد" و كذلك فعلت محكمة التعقيب¹¹³.

و قد أكد الفصل الأول من القانون الأساسي لسنة 2004 على الارتباط الوثيق بين المعطيات الشخصية و الحياة الخاصّة. فمجرد نشر صورة شخص دون موافقته يوجب المؤاخذه دون اشتراط قصد الاضرار به فكيف لو كان القصد من نشر الصورة الاستهزاء بالشخص أو التشهير به. فالمساس من الحياة الخاصّة قد يعني في هذه الحالة مساسا من الحرمة الذاتية للشخص و من كرامته.

لقد أولى المشرّع التونسي اهتماما كبيرا لمبدأ الحرمة الذاتية و الكرامة الانسانيّة فنص عليها صلب الفصل الأول من قانون 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية ذلك المعطى حين اعتبر أن " لكل شخص الحق في حماية معطياته الشخصية المتعلقة بحياته الخاصّة باعتبارها من الحقوق الأساسية المضمونة بالدستور".

و تمتد كرامة الانسان لتشمل حرمة جسده و اعتباره الذاتي أيضا، فالقانون يحمي الانسان جسدا و ذاتا. و بالتالي يمكن اعتبار حماية الكرامة الذاتية أساسا لحماية الحق في الصورة. فنشر صور تمس من كرامة الشخص و من اعتباره على مواقع الفايسبوك يعدّ تجاوزا لمبدأ الحماية و تعدّ كل صورة تبعث على الاحتقار و السخرية صورة تمس من كرامة الانسان.

¹¹² محكمة الاستئناف بصفافس عدد 21791-22374 مؤرخ في 29-11-2007 غير منشور

¹¹³ تعقيبي مدني عدد 24818 مؤرخ في 19/06/2008، غير منشور

فالمساس بالكرامة ينتج عن كل فعل ينقص من مكانة الانسان و من اعتباره الذاتي¹¹⁴.
فالقانون يحمي كل ما يجعل من الشخص انسانا¹¹⁵.

و قد أوجب الفصل الأول من القانون الأساسي لسنة 2004 احترام كرامة الانسان عند القيام بمعالجة المعطيات الشخصية. و بالتالي فان كل اعتداء على المعطيات الشخصية، و منها الصورة، هو اعتداء على كرامة الانسان. و قد اعتمدت محكمة التعقيب على الفصل الخامس من الدستور القديم الصادر سنة 1959 مبدأ حماية الصورة و اعتبرت أن " الفصل الخامس من الدستور يضمن حرمة الفرد... ان في هذا النص حماية لجميع الحقوق المرتبطة بشخص الفرد بما يجعله منطبقا في قضية الحال لتعلقها باحدى حقوق المعقب ضده الذاتية و هي الحق في الصورة¹¹⁶". و قد أقرت المحكمة الابتدائية بتونس أن " الحق في الصورة هو من الحقوق الذاتية التي تدخل ضمن الحياة الفردية الخاصة التي تنضوي ضمن حرمة الفرد و هو ما جعلها محل حماية من الدستور بالفصل الخامس¹¹⁷".

كما أسست المحكمة الابتدائية بتونس في حكم استعجالي قرارها بإيقاف حملة اشهارية تم فيها استخدام صورة أحد أطباء دون اذنه للترويج لحفاظات للمسنين على أساس كون نشر صورة المدعي يمثل " مسّا من اعتباره¹¹⁸". فالسياق الذي توضع فيه الصورة قد يهم أكثر من فكرة التقاطها، فالمعنى المراد ايصاله من الصورة أو التعليق المكتوب تحتها قد يعني أكثر من صورة. فقد تكون الصورة ذاتها غير مهينة أو لا تمس باعتبار الانسان و كرامته كونها صورة عادية و لكن السياق الذي جاءت فيه و التعليق المرفق بها هو الذي يشكل مساسا بالكرامة و الاعتبار الذاتي.

¹¹⁴ أنظر:

B.EDELMAN, la dignité de la personne humaine, un concept nouveau, Dallaoz 1997, chron. P.185 « Le droit va protéger ce qui, en chaque personne, fait d'elle une personne humaine »,

¹¹⁵ أنظر:

B, BOSSU, la dignité de la personne humaine, collection Lamy droit civil, in Lamy droit des peronnes et de la famille, Mai 2000, pt208

¹¹⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 19320 بتاريخ 2506-2008 غير منشور

¹¹⁷ حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 56199 مؤرخ في 2005/06/23 غير منشور

¹¹⁸ حكم استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 36442 مؤرخ في 2005/10/27 غير منشور

و قد اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن حرية الصحافة و الحق في المعلومة يسمح بنشر صور أشخاص مشاركين في حدث أو مناسبة عامة مع وجوب احترام كرامتهم الإنسانية¹¹⁹. و تجدر الإشارة الى وجوب التمييز بين الشخصيات و الأماكن العامة و الخاصة باعتبار الصورة حقا شخصيا مطلقا.

فلا ريب في أن الشخص وحده يملك الحق في تحديد ما يمكن نشره من صور، فهو الذي يملك اعطاء الاذن بالنشر وهو الذي يحدد الشروط التي يجب أن يتم النشر بموجبها و من ثم فان الرضا يعد ركنا أساسيا من أركان التعاقد.

و يمكن القول أن الفعل حتى يمكن اعتباره اعتداء على الحق في الصورة يجب أن يقع دون رضا الشخص الواقع عليه. و كما هو معلوم أن الرضا أنواع فقد يكون صريحا، و قد يكون ضمنيا. فالشخص الذي يعقد معه لقاء صحفي و يرى آلات التصوير و لم يصدر منه شيء يفيد المنع، فان ذلك يعد قبولا ضمنيا لنشر صورته.

وهو ما أقره الفصل 27 من القانون الأساسي لسنة 2004، ففيما عدا الصور المنصوص عليها بهذا القانون الجاري بها العمل، لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية الا بالموافقة الصريحة و الكتابية للمعني بالأمر و تخضع الموافقة الى القواعد القانونية العامة و هي تلك القواعد المتعلقة بالرضا.

فما يعيب الرضا في المادة التعاقدية من تغرير و تدليس و غبن و اكراه يعيب هذه الموافقة و يصيرها معدومة. و قد أخضع القانون الموافقة لشرط الكتابة أيضا دون أن يبين شروط هذا الكتب.

¹¹⁹ أنظر:

« La liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement sous la seule réserve du respect de la dignité humaine » Cass.civ 20-02-2001, D2001

فنشر الصورة على صفحات الفايسبوك دون موافقة صاحبها هو انتهاك للحياة الخاصة كما ذهبت اليه محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عدد 67367 المؤرخ في 03 ديسمبر 1986¹²⁰.

و لا تشترط الموافقة اذا كانت الصورة تعود عليه بالمصلحة و تعذر الاتصال بالمعني بالأمر أو كان الحصول على موافقته يتطلب مجهودات مرهقة (الفصل 29 من قانون 2004). فيجب على من سيقوم بنشر هذه الصورة اثبات أنه حاول الاتصال بصاحبها و لم يتمكن من ذلك. و مجرد استحالة الاتصال أو صعوبته لا تعفيه من المسؤولية بل يجب أن يعود نشر الصورة بالمصلحة على المعني بها، لا فقط أن لا تعود عليه بالضرر و لا تسبب له احراجا أو إهانة، بل أن تكون ذات فائدة له.

و الموافقة لا تنسحب إلا على الصورة الموافق على نشرها دون غيرها، و هي صالحة لمرة واحدة فقط و للشخص الذي أعطيت له هذه الموافقة دون سواه. فاذا وافق أحدهم على نشر الصورة له عبر موقع الالكتروني واحد فانه لا يجوز للمسؤول عن الموقع اعادة نشرها دون أخذ الموافقة ثانية.

و هذا الشرط ينسحب على مواقع التواصل الاجتماعي فايسبوك، فالشخص حين يعرض صورته الخاصة على صفحته الخاصة على الموقع فان ذلك لا يعني انه بإمكان أي كان اعادة استخدام هذه الصور و نشرها على صفحات واقع أخرى وهو ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف بباريس¹²¹.

فوجود خاصية "نشر" partager تحت الصور الموجودة على موقع الفايسبوك¹²²، لا يعني أن صاحب الصورة قد تنازل عن حقوقه فيها و أنه يجوز اعادة نشرها . فالصور

¹²⁰ جرائم الاعتداء على الأشخاص و الأموال عبر الانترنت، ملحق جهوي بمحكمة الاستئناف بقابس يوم 28 جانفي 2006، سلسلة ملققات و الدورات 2005-2006، منشورات المعهد الأعلى للقضاء ص 49.

¹²¹ أنظر:

Cour d'Appel de Paris, décision rendue le 10-02-1999, « toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui est faite un droit absolu qui lui permet de s'opposer à sa reproduction et sa diffusion sans autorisation expresse, et ce quel que soit le support utilisé », Légipresse, 1999, n°160.1.38

¹²² أنظر:

Le bouton « partager » qui se situe au dessus des photos sur facebook

الموجودة على الموقع لا يعني مجرد وجودها أنها صور حرّة و بإمكان أيّا كان إعادة نشرها واستخدامها¹²³.

و يبقى للشخص صاحب الصورة مطلق الحرية في الموافقة على نشر صورة أو رفض ذلك.

ان قانون 2004 لم يكن هو السبّاق بل كانت الريادة لمحكمة الاستئناف بتونس منذ سنة 1986¹²⁴ حينما اعتبرت أنه " ليس من الصفة الشرعية أن يتدخل المؤلف في الحياة الخاصة للناس بنشر أحوالهم أو عاداتهم أو صورهم دون ترخيص اذ في ذلك نيل من الحرمة الشخصية لهم". وهو ما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية بصفاقس¹²⁵ بل و أكدت على شرط الموافقة الكتابية من قبل المدعية على تلك المعالجة ضرورة أن موافقتها الشفاهية على أخذ تلك الصور لا ترتقي الى منزلة الترخيص الكتابي المنصوص عليه بالفصل 27 من قانون 2004" و أيدتها محكمة التعقيب¹²⁶ لما اعتبرت " الصورة حقا استثنائيا يخول لصاحبها كيفية استعمالها و مدة استعمالها كما أن نشرها يستوجب الترخيص المسبق". كما رفضت " ما تمسكت به الطاعنة من أن نشرها لصورة اشهارية يمنحها حق إعادة نشرها بدون أخذ ترخيص من صاحبها".

ان حماية الحق في الصورة هي في حقيقة الأمر حماية للحياة الخاصة، و لكن مصطلح الحياة الخاصة قد يختلف حسب مدى شهرة الشخص. فالحياة العامة للناس " المغمورين" ليست ذاتها بالنسبة للشخصيات الشهيرة.

فشرط الموافقة على نشر الصورة لا يصبح وجوبيا بالنسبة للشخصيات العامة و ذلك بشرط أن تتعلق الصورة بالحياة العامة لهذا الشخص و ليس بحياته الخاصة. و يبقى التمييز بينهما خطأ رفيعا.

¹²³ أنظر:

¹²⁴ قرار استئنافي عدد 67367 مؤرخ في 03-12-1986 غير منشور.

¹²⁵ عدد 29953 مؤرخ في 28-06-2004 غير منشور.

¹²⁶ تعقيبي مدني عدد 19320 مؤرخ في 25-06-2008 غير منشور.

فالوزير الذي ينتقل في احدى المدارس ليقوم بزيارتها و الاطلاع على سير الدروس بها، وهو عمل داخل في حياته العامة، لا يمكنه أن يعترض على نشر صورته هناك بتعلة عدم أخذ موافقته.

و قد طرحت المسألة أمام القضاء الفرنسي سنة 1997¹²⁷ في اطار تقاض جزائي فقضى بادانة شخص قام بنشر صور اباحية لصديقه السابقة على موقع الفايسبوك. لينظر القضاء الاستعجالي الفرنسي في السنة اللاحقة في القضية الاستعجالية¹²⁸ التي قامت بها العارضة الفرنسية استيل هاليداي Estelle Hallyday ضد صاحب الموقع Altern.org الذي قام بنشر 19 صورة خاصة تظهرها شبه عارية على موقعه المذكور. وقد قضت المحكمة بالزامه برفع الصور عن موقعه و تغريمه بمائة ألف فرنك عن كل يوم تبقى فيه هذه الصور منشورة.

و ذلك على أساس أن الصور لا علاقة لها بالحياة المهنية للعارضة، و تعتبر صوراً خاصة يجب لنشرها الحصول على الموافقة الصريحة و المكتوبة للمعنية بالأمر.

و لا تصبح الموافقة واجبة متى تم النقاط الصورة في اطار نشاط مهني و في مكان عام، ولكن اعادة نشر هذه الصورة لأغراض اشهارية غير مسموح به دون موافقة.

و يبقى بالإمكان التساؤل عن كم الصور الخاصة و الحميمة التي تتواجد يوميا على صفحات الفايسبوك و التي تظهر شخصيات شهيرة في أوضاع خاصة. و الاجابة على هذا التساؤل ستحيلنا الى جزء آخر من المذكرة يتعلق بالإشكالية التطبيقية و القانونية التي تقف أمام حماية الصور على الانترنت.

¹²⁷ أنظر:

TGI de Privas, 3 Septembre 1997, les petites affiches, 11 Novembre 1998, n°135, p19

¹²⁸ أنظر:

TGI Paris, ordonnance de référé, 9 Juin 1998, Expertise, n°219 , p319 ;JCP, éd.E, 1998, n°21, p953 ; Dalloz affaires 1998, p1702, note F-D Goldstein

الفقرة الثانية: الأساس القانوني للحق في الصورة

بالإمكان اللجوء الى القانون المدني أو القانون الجزائي لحماية الصورة من الانتهاكات التي قد تتعرض لها أو لمجابهة تلك الانتهاكات.

فكل شخص تضرر من نشر صورته طلب جبر ذلك الضرر على أساس قواعد القانون المدني.

فبإمكان كل من تعرضت صورته لأي اعتداء أيا كان نوعه، سواء عبر نشرها دون اذنه أو عبر تصويره بطريقة مهينة، أن يطلب رفع تلك المضرّة و ذلك على أساس الفصلين 82 و 83 من م ا ع هذه الفصول التي جاءت عباراتها مطلقة تنطبق على كل حالات الاضرار بالغير أيا كان شكل هذا الضرر. فالفصل 82 م ا ع يلزم كل من تسبب في ضرر غيره عمدا و اختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيّا أو معنويّا، بأن يقوم بجبره. و كذلك حال الفصل 83 م ا ع فمن تسبب في مضرّة غيره خطأ سواء كانت المضررة حسيّة أو معنويّة فهو مسؤول بخطئه اذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضررة مباشرة.

و الخطأ هو فعل ما وجب تركه أو ترك ما وجب فعله. و قد يكون الخطأ قصديا أو غير قصدي.

و يبقى القيام على أساس هذين الفصلين أسهل الطرق فيكفي ثبوت كل من خطأ في انتهاك حق الفرد على صورته، فهو الوحيد الذي بإمكانه منح حق نشرها و استخدامها. و عبء الاثبات هنا محمول على المدعى عليه، الذي عليه أن يثبت حصوله على موافقة المدعي لنشر الصورة و استخدامها¹²⁹.

و على المتضرر أن يثبت حصول ضرر له من جراء نشر صورته و العلاقة السببيّة بين النشر و الضرر الحاصل. و على المحكمة أن تثبت من توفر العناصر المسؤولة¹³⁰. فعلى

¹²⁹ أنظر:

F.TERRE et D.FENOULLEIT, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, 6^{ème} Ed. Dalloz, Paris 1996, p 97

¹³⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 20932/20842-2007، بتاريخ 22-01-2008، السابق الذكر، نقضت محكمة التعقيب القرار مع الاحالة لأن المحكمة أقرت قيام المسؤولية "دون أن تتعرض و تناقش شروط و أركان المسؤولية"

القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عدة عناصر كنوع الموقع الذي نشرت عليه و الغاية من نشرها و كذلك المضمون الذي نشرت فيه¹³¹.

و يمكن اللجوء أيضا الى أحكام الفصل 87 م 1 ع الذي ينص على أن "من أذاع على طريق صحف الأخبار أو على طريق آخر أو أكد ما هو مخالف للحقيقة و من شأنه أن يخلّ باعتبار من أذيع عليه ذلك أو بشرفه أو بمصالحه سواء كان شخصا أو جماعة فعليه ضمان ما ينشأ عن فعله من الضرر اذا علم أو كان من شأنه أن يعلم أن ما نسبه له غيره ليس بصحيح. "وان كان تطبيق هذا الفصل يحيلنا على قانون الصحافة و العقوبات الواردة فيه. وهي عقوبات جزائية و سنتطرق اليها في جزء لاحق.

و بإمكان المتضررّ اللجوء الى القضاء الاستعجالي لوقف نشر و تداول الصور و ذلك على اعتبار وجود صفة الضرورة و يمكن الفصل 201 من م م م ت من ذلك على اعتبار أنه يقطع النظر استعجاليا و بصفة مؤقتة في جميع الحالات المتأكدة بدون المساس بالأصل. ويكون الهدف من الدعوى حماية الحق في الصورة. و قد عرض على أنظار المحكمة الابتدائية بتونس في المادة الاستعجالية ذات الموضوع و اعتبرت في احدى حيثيات الحكم انه و "حيث خلا الملف مما يفيد ترخيص الطالب للمطلوبة بأن تستغل الصورة التي أخذت له للغرض الذي من أجله بنّت وهو اشهار حفاظات للكبار. و حيث انّ تغيير غرض نشر الصورة - الى ما يتمسك الطالب بأنّه- لم يكن محلّ اتفاق بينه و بين المطلوبة و وصفه بكونه مسّا من اعتباره لما تجسّمه تلك الصورة و التعليقات المصاحبة لها و توحى به من صفات لصاحبها هي من المتعلّقات الخالصة للفرد انّما تجيز الاستجابة لطلب وقف الحملة الاشهارية¹³²". و قد قضت المحكمة بإيقاف الحملة الاشهارية لمدة شهر حتى البتّ في أصل النزاع، و بإمكان المتضررّ من نشر صورته طلب التعويض عن ضرره المادي و المعنوي.

¹³¹ أنظر:

S.HOEBECK et B.MOUFFE Droit de la presse, Ed. Bruylant, Bruxelles 2000, p581

¹³² حكم استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 36442 مؤرخ في 27-10-2005

و قد اعتبرت محكمة الاستئناف بصفافس أن "الضرر يتضاعف بتنوع طرق ذلك الاشهار"¹³³.

و يكون الضرر المعنوي موجودا متى كان هناك مساس من كرامة الانسان أو من اعتباره أو من حياته الخاصة عبر نشر صورته¹³⁴.

و يخضع تقديره الى السلطة المطلقة لقاضي الأصل مع وجوب تعليل حكمه. فقد رفضت نفس المحكمة الترفيع من قيمة التعويض باعتبار مصادقة المتضررة على التقاط الصورة وعدم شعورها بالإحراج.

كما اعتبرت في قرار آخر أن استعمال صورة المدعي لغاية الدعاية التجارية يمثل خطأ من جانب المطلوبة... ضرورة أن المطلوبة قد أثرت بذلك على حساب المدعي¹³⁵.

مع الإشارة أن الحق في الصورة هو من الحقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي ليست لها عادة قيمة مالية.

كما أن الحقوق الشخصية لا تورث، فقط الحقوق ذات الصبغة المالية هي القابلة للنقل بموجب الارث في حين أن الحقوق الشخصية تنقضي بموجب الوفاة¹³⁶. و لكن محكمة الاستئناف بتونس قد قبلت القيام من قبل ورثة الهالك الذي تم استغلال صورته دون موافقتهم¹³⁷. و ذلك بشرط اثباتهم لحصول ضرر معنوي لهم، فقد اعتبرت المحكمة أن نشر صورة المورث بالنسبة للورثة فيه "نيل من الحرمة الشخصية لهم... و أن الشركة أساءت للقائمين بالدعوى".

¹³³ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بصفافس عدد 21791-22374 مؤرخ في 29-11-2007 غير منشور
¹³⁴ حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 56199 مؤرخ في 23-06-2005 غير منشور، السابق الذكر.
¹³⁵ حكم ابتدائي بصفافس عدد 29953 مؤرخ في 28-06-2004 غير منشور
¹³⁶ أنظر:

C'est un droit extrapatrimonial, donc indisponible parcequ'il est hors du commerce juridique, pour cette raison il est incessible et inaliénable. Il est aussi insaisissable par les créanciers et intransmissible à cause de mort. Voir, M.H-E.PERREAU, Des droits de la personnalité, op.cit.p.517

¹³⁷ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 67367 مؤرخ في 03-12-1986 غير منشور

أمّا على المستوى الجزائري فقد اعتبر أحد الفقهاء انه عند طرح الحماية الجزائية للحق في الصورة، يظهر القانون الجزائري بمظهر " الأب الفقير"¹³⁸. و لكن هذه المقولة و ان كانت صحيحة فانها لا تعني عدم وجود قواعد جزائية تعاقب كل من يعتدي على حق الشخص في صورته.

لقد أسس القانون الفرنسي حماية جزائية مباشرة للحق في الصورة¹³⁹، على عكس المشرع التونسي الذي لم يعمل على ارساء منظومة خاصة لحماية الصورة، و لكن القواعد الجزائية قد تنطبق على الصورة الفاضحة المنشورة على الفايسبوك.

فالفصل 226 مكرر من المجلة الجزائرية ينص على أنه يعاقب بالسجن مدّة ستة أشهر وبخطيّة قدرها ألف دينار كل من يعتدي علنا على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علنا الى مضايقة الغير بوجه يخلّ بالحياء.

و يستوجب نفس العقوبة كل من يلفت النظر علنا الى وجود فرصة لارتكاب فجور و ذلك بكتابات أو تسجيلات أو ارساليات سمعيّة أو بصريّة أو الكترونية أو ضوئيّة.

و بالتالي فان النصّ المذكور يتحدث عن جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة الأمر الذي يفهم منه امكانية معاقبة الجاني الذي يتعمد الاعتداء على حق الغير في صورته إلا أنّ ذلك يكون مشروطا بالضرورة بتضمن تلك الصورة لمشهد فاضح أو مخلّ بالحياء مهما كانت درجته، أمّا الحالة التي يكون فيها الاعتداء متعلقا بمجرد صورة عادية ألتقطت في مكان خاص و لا تتضمن أي مشهد اباحي أو حميمي أو فاضح فان الجريمة تصبح منعدمة في مثل

¹³⁸ أنظر:

« Dans les réflexions menées des personnes, le droit pénal fait quelque peu figure de parent pauvre » A.LEPAGE, Le contrôle de l'image de la personne en droit pénal, in l'image, journée nationale Tome VIII, Grenoble, Ouvrage collectif, Ed. Dalloz, 2005, p39

¹³⁹ أنظر:

L'article 226-1 « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privé d'autrui :

1.En captant, enregistrant o transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel.

2.En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de la faire, le consentement de ceux-ci est présumé.

هذه الحالة وهو ما يعني أن المشرّع تركّز اهتمامه على حماية الجانب الأخلاقي للصورة أكثر من حماية الصورة نفسها.

وقد انتشرت على صفحات الفايسبوك ظاهرة نشر صورة الأشخاص و خاصة الفتيات منهم حيث يعمد الجناة الى اتباع الطريقة المذكورة كعقابا للمتضررين منها نتيجة عدم خضوعهم لرغباتهم الجنسيّة أو المادية و غيرها، حيث يقومون بنشر صور الضحايا التي ألتقطت لهم في مواضع حميميّة و حتى في مشاهد جنسيّة، و قد طرح اشكالا آخر تمثل في معرفة ما اذا كانت الجريمة قائمة في صورة قيام مستعمل الفايسبوك بما يعرف بعملية تركيب الصور حيث يعمد الجاني بواسطة التقنيات الحديثة الى أخذ الصورة الفوقية لأحد الأشخاص المبرزة لوجهه و انزالها عبر جسد شخص آخر عادة ما يكون في وضع مخل بالحياء بشكل يتعدّر معه على المتصفح التفتن الى زيفها.

و قد اعتبر المشرّع الفرنسي أنه حتى في مثل هذه الحالة فان مبدأ الحياة الخاصة قد وقع المساس به وهو ما يكون معه الفعل المذكور مستوجبا للعقاب¹⁴⁰.

أمّا على مستوى فقه القضاء التونسي فقد عرضت عليه وقائع مشابهة نوعا ما تمثّلت في قيام شخص بنشر صور مسيئة لشخص الرسول الكريم تجسّده وهو في شكل حيوان يتحرّش بالقصر فاعتبرت المحكمة أن ذلك الفعل يشكل جريمة على معنى أحكام الفصل 121 من المجلّة الجزائيّة الذي نصّ على أنه يحجّر توزيع المناشير و النشرات و الكتابات الأجنبيّة المصدر و غيرها التي من شأنها تعكير صفو النظام العام أو النيل من الأخلاق الحميدة وكذلك بيعها و عرضها على العموم و مسكها بنية ترويجها أو بيعها أو عرضها لغرض دعائي...¹⁴¹

و لعلّ أهم ما يلاحظ في هذا الاطار هو انعدام النص الجزائي الواضح و الصريح الذي يعاقب الاعتداء على الحق في الصورة عبر الفايسبوك. فالنصوص القانونية المذكورة فضلا عن تعلقها بجرائم أخلاقية بالأساس فهي لا تتحدث عن الصورة بشكل واضح وهو ما يطرح

¹⁴⁰ أنظر الفصل 226-8 من المجلّة الجزائيّة الفرنسيّة السابق الإشارة إليه أعلاه.
¹⁴¹ قرار إستئنافي عدد 1056 صادر عن محكمة الاستئناف بصفا قس بتاريخ 18 جوان 2012 غير منشور

اشكالية التأويل الضيق للمادة الجزائية هذا زيادة عن أن نشر الصورة المجردة في حد ذاتها لا يترتب عليه أي أثر قانوني .

خاتمة الجزء الأول

ان ظهور الفايسبوك جعل عملية تبادل الآراء و المعلومات و الافكار بين مختلف الشعوب ممكنة و سهلة و سريعة مما جعل العالم مجرد قرية صغيرة تنتفي فيها الحدود و الحواجز بين جميع بلدان العالم.

غير أن ذلك الموقع الاجتماعي بقدر ما كانت له مزايا كبيرة، بقدر ما تسبب في انتهاكات جسيمة للحياة الخاصة للأفراد بسبب ما يوفره من سرية و من انعدام لهوية الجناة.

فعلى المستوى الأخلاقي تعددت المشاهد الاباحية و كثرت الصور و الفيديوات المخلة بالحياء مما حدا بالمشرع الى التدخل بموجب تنقيح 2004 ليجرم الاعتداء على الأخلاق الحميدة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة و منها المواقع الالكترونية.

و أبقى بقية النصوص المتعلقة بالجرائم التقليدية كالمرابذة و التوسط في الخناء و التحرش الجنسي على حالها بدون أن يدخل أي تغيير عليها وهو ما أدى الى حصول حالة من الغموض حول مدى امكانية قيام الجرائم المذكورة و توفر أركانها في صورة ارتكابها في اطار العالم الافتراضي.

أما فيما يخص جرائم التلب و السب فقد وقع تحيينها بما يتماشى و التطور التكنولوجي و ذلك بموجب المرسوم عدد 115 المؤرخ في 02 نوفمبر 2011 الذي نص صراحة على وسائل الاتصال الحديثة و منها المنشورات الالكترونية.

ان الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد يمكن أن يتخذ كذلك شكل الاعتداء على المعطيات الشخصية للأفراد حيث يكون موقع فايسبوك في بعض الأحيان هو المسؤول عن الاعتداءات المذكورة و ذلك عبر استغلال المعلومات الدقيقة للمشاركين و المتعلقة خاصة بالميولات والرغبات في أغراض اشهارية لم تكن معلومة ساعة التسجيل بالموقع المذكور.

كما يمكن أن تكون المعطيات الشخصية موضوع اعتداء من مستخدمي الفايسبوك أنفسهم، وعادة ما تتخذ هذه الاعتداءات شكل التعدي على الحق في الصورة، حيث يعتمد المشتركين أما الى وضع صور أشخاص آخرين عادة ما يكونون من ذوي الشهرة و تثبيتها على صفحاتهم الشخصية، و أما الى تسجيل صور و مقاطع فيديو لأشخاص بدون اذنتهم و موافقتهم و تنزيلها على موقع الفايسبوك.

و عموما فان المحاولات التشريعية المذكورة ضلت دون المامول ولم تعبر عن ارادة جديفة في التصدي لهذه الظواهر الاجرامية المستحدثة التي اصبحت تثقل كاهل المحاكم ،اذ ان مجال تدخل المشرع اقتصر على بعض التنقيحات و القوانين المتفرقة و لم ترتق الى مرتبة المنظومة الجزرية الكاملة التي من شأنها ان تتصدى لهذه الظاهرة وهو ما سيتبين بو ضوح اكبر في الجزء الثاني من هذا الموضوع و المتعلق بالجانب الاجرائي لهذه الجرائم اين حافظ المشرع بصفة تكاد تكون كلية على الاحكام التقليدية لمجلة الاجراءات الجزائية .

الجزء الثاني

خصوصية إجراءات المواخذه

إذا ما كانت إجراءات المؤاخذه في الجرائم العادية التي ترتكب في العالم المادي مبسطة وتقليدية حيث يكون الجاني معلوم الهوية والمقر، ومن اليسير الوصول إليه ومقاضاته لدى المحاكم المختصة وفق قانونه الوطني فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للجرائم التي ترتكب في إطار العالم الافتراضي وبالتحديد بواسطة الفايسبوك حيث تتسم إجراءات التتبع ببعض الخصوصية (الفصل الأول) المتأتية أساسا من صعوبة تحديد المسؤول الجزائي نظرا لعنصر التخفي الذي عادة ما يلجأ إليه مرتكب الجريمة فضلا عن صعوبة تحديد القانون المنطبق نظرا لتعدد المتدخلين في الفايسبوك واختلاف جنسياتهم.

هذا فضلا عما تطرحه مسألة الاختصاص القضائي من إشكاليات مردّها اختلاف مكان ارتكاب الجريمة عن مكان المتضرر منها وحتى مكان الجاني وصعوبة مسألة الإثبات فيها بما يجعل إجراءات المحاكمة نفسها تتسم بدورها بخصوصية واضحة (الفصل الثاني)

الفصل الأول : خصوصية إجراءات التتبع

تتميز إجراءات التتبع في جرائم الفايسبوك ببعض الخصوصيات المتأتية من الطبيعة اللامادية للفضاء الذي ترتكب فيه الجريمة وعمليا تبرز هذه الخصوصية على مستوى المسؤول الجزائي عن جرائم الفايسبوك (المبحث الأول) وعلى مستوى القانون المنطبق (المبحث الثاني)

المبحث الأول : تحديد المسؤول الجزائي

إنّ الأصل في الأمور هو أنّ الجاني يكون هو المسؤول عن أفعاله عملا بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ولكن الأمر يختلف في العالم الافتراضي حيث أنّ مستخدم الفايسبوك الذي يرتكب جريمة أخلاقية تمسّ من شرف واعتبار الغير عادة ما يكون مجهول الهوية أو على الأقل من الصعب التوصل إليه (فقرة أولى) ولهذا السبب عادة ما تلقى المسؤولية على عاتق مستخدمي خدمات الأنترنت Les prestations de service internet بإعتبارهم المسؤولين عن فحوى المحتوى الغير شرعي الذي يغزو موقع فايسبوك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مسؤولية مستخدم الفايبيوك

في عام 1997 صدر الأمر الرئاسي رقم 501¹⁴² المؤرخ في 14 مارس 1997 المتعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات والبرامج المعلوماتية لتقديم خدمات معينة لمعالجة ونشر معلومات ذات طبيعة ومصدر معلوماتي إلى المستعملين " .

وبعد مدة وجيزة لم تتعدى بضعة أيام من صدور ذلك القرار الرئاسي صدر قرار عن وزير المواصلات مؤرخ في 22 مارس 1997¹⁴³ يتعلق بضبط تعريفات الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات وقد نصّ الفصل التاسع من القرار المذكور على أنّ " المدير الذي يعينه مزود الخدمات والذي يقدم اسمه للمتدخل العمومي يتحمل المسؤولية حول محتوى الصفحات وموزعي الواب الذين يقوم باستضافتهم في أنظمتهم وذلك طبقاً لأحكام قانون الصحافة .

كما يكون المشتركون في الخدمات والمالكون للصفحات والموزعين الذين تمّ إيوائهم مسؤولين عن المخالفات لمقتضيات التشريع الجاري .

وهو ما يفهم منه أنّ الفصل التاسع المذكور نصّ بصفة صريحة على المسؤولية الجزائية للمشارك في الخدمة وللموزع .

وهو مبدأ عام أقرته كلّ التشريعات في المادة الجزائية ولكن الإشكال الذي يطرح في هذا الإطار يتعلق بصعوبة التوصل لمعرفة ذلك المسؤول المباشر عن المحتوى المخالف بسبب آلية التخفي التي يلجأ إليها أغلب المشتركون (أ) وبسبب روابط الإيبرتاكس التي يستعملها مستخدم الفايبيوك لنشر المحتوى المخالف (ب) .

¹⁴² أمر عدد 501 لسنة 1997 مؤرخ في 14 مارس 1997 متعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 23 ديسمبر 1988 عدد 85 ص 1736 .

¹⁴³ قرار وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلق بالمصادقة على كراس الشروط الضابط للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات التلماطية والسمعية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ص 28 مارس 1997 عدد 25 .

أ- إشكالية الاسم الخفي : L'anonymant

عادة ما يلجأ مستخدمي الفايبيوك إلى عدم دخول الموقع المذكور بأسمائهم الحقيقية حتى لا يمكن التعرف عليهم عند نشرهم لمحتوى مخالف للأخلاق الحميدة أو فيه ثلب للغير إذ يستعملون أسماء مستعارة لا تمكن من التعرف عليهم والوصول إليهم.

إن استعمال ذلك الاسم المستعار يعطي صاحبه شعور بالقوة وبالحرية في نشر أفكارهم وآرائهم وكل ما يترائي لهم بدون أي اعتبار لحقوق الغير أو لشعورهم أو للنواميس والأطر القانونية التي يفرضها عليهم المجتمع الذي ينتمون إليه.

وفي الحقيقة فإن التخفي وراء الاسم المستعار يدخل في إطار حرية التعبير طالما وأنه يمكن المستخدم من التعبير عن جميع آرائه مهما كان شكلها ومهما كانت طبيعتها بدون أي تخوف أو انتظار ردود الأفعال القانونية وحتى غير القانونية.

إن مبدأ حرية التعبير هو من أهم مبادئ حقوق الإنسان الذي أقرته جلّ الإتفاقيات والمعاهدات الدولية. وهو يعني حق كل إنسان في أن يعبر عن آرائه وأن يناقش الأفكار ويتبادل المعلومات بدون أي مراقبة أو تحديد من السلطة العامة وبدون اعتبار الحدود الجغرافية.

وبناء على ذلك فإن لمستخدم الفايبيوك الحق في عدم التعريف بنفسه وبالتخفي وراء اسم مستعار حتى يتمكن من ممارسة حقه في التعبير بكل حرية ، إذ أنه ينظر إلى تلك الآلية كمرادف لحرية التعبير ووسيلة من وسائلها طالما وأنّ الفايبيوك وشبكة الأنترنت بصفة عامة هي فضاء للتعبير الحر الغير خاضع للقانون.

إن مسألة الاسم الخفي ولئن كانت تدخل في إطار حرية التعبير مثلما وقع ذكره أعلاه إلا أنّها شكّلت ولا زالت عائقا أمام تحقيق العدالة في الوصول إلى الجناة الذين يرتكبون الجرائم المتعددة والمختلفة التي ترتكب عبر موقع فايبيوك، وهو ما جعل البعض ينادي بضرورة

التعريف بمستخدمي شبكة الأنترنت وموقع فايسبوك حتى يمكن الوصول إلى المسؤول عن المحتوى المخالف للقانون¹⁴⁴.

فعدم إمكانية تحديد هوية صاحب المحتوى المخالف يؤدي إلى تحميل المسؤولية لمسدي الخدمات وفق ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي¹⁴⁵.

إن مسؤولية مستخدم الفايسبوك تكون في أغلب الحالات محدودة وتتسم بعدم الجدوى والفاعلية لا فقط بسبب آلية التخفي المذكورة وإنما كذلك بسبب روابط الإيبرتاكس التي تشكل دورها عائقا أمام قيام المسؤولية الجزائية الجناة.

ب- إشكالية روابط الإيبرتاكس : Les liens hyper tex

إن رابط الإيبرتاكس هي عبارة عن صفحات ظاهرة تخفي ورائها صفحات أخرى غير مكشوفة ويتم الوصول إلى الثانية بمجرد الضغط على ما هو ظاهر وهي آلية " تمكّن من تنظيم الصفحات حسب برمجة لغة HTML بطريقة تسمح إلى المتصفح « Le navigateur » بالانتقال من صفحة إلى أخرى سواء كانت بنفس الموقع أو بموقع آخر " ¹⁴⁶.

وتطرح روابط الإيبرتاكس إشكالا قانونيا في إطار مسؤولية صاحب المحتوى المخالف للقانون على موقع فايسبوك يتمثل في معرفة ما إذا كان من الجائز اعتبار مستخدم الفايسبوك مسؤولا جزائيا عن المحتويات المخالفة للمواقع المرتبطة بصفحته بواسطة روابط الإيبرتاكس.

¹⁴⁴ أنظر :

ARNAUD HAMON : Une approche de la liberté d'expression , mémoire de DEA droit de l'homme et libertés publiques, Paris, Université de Paris X Nanterre, 2000 , p 8 et 9 en ligne sur : Juriscom. Net (http : // WWW. Juriscom.net / Uni/ 14 / prestation.ht)

¹⁴⁵ أنظر :

Trinôme avancé par la commission européenne dans sa communication sur le contenu illégal et préjudiciable sur internet de 16 octobre 1996 (com 96/ 487), défendu par le rapport du conseil d'Etat sur internet et les réseaux numériques (la documentation française 1995 p 185 en ligne sur (http : // archives. Internet. Gouv. Fr / affichage. Php ? val : Français : textes ref : râpe 98 : accueil. Htm)

¹⁴⁶ علي كحلون، المرجع السابق ص 156

وبعبارة أخرى ما إذا كان المستخدم المذكور مسؤولاً عن مقالاً فيه ثلب لشخص معين يقع الوصول إليه عبر رابط من روابط الإيبرتاكس الذي هو من رسمه بصفحة عبر تقنية التّحميل « partager ».

فمستعمل الفايسبوك في هذه الحالة لم يحمّل المقال المذكور أو المقطع أو الصورة أو الأغنية المخلة بالحياء وإنّما هو فقط قام بالتّوسّط لفائدة الغير في الوصول إليه عبر إرشاده إليه بواسطة رابط الإيبرتاكس الذي قام بتحميله على صفحته .

فمن هو مزوّد المحتوى أي صاحب المقال في هذه الحالة ،هل هو مزوّد المحتوى الأصلي أي صاحب المقال وكاتبه أم هو مستخدم الفايسبوك الذي أنشأ الارتباط ؟

لم يستقرّ الفقه على رأي معين وكذلك فقه القضاء حيث إعتبرت إحدى المحاكم الأمريكية أنّ المسؤولية في هذه الصورة تحمّل على مزوّد المحتوى الأصلي وأنّ الذي إكتفى بإنشاء الرابط لا جرم يمكن أن ينسب له ¹⁴⁷.

وكانت وقائع القضية تتمثّل في قيام إحدى الشركات بإستعمال مصنّفات تابعة للغير بدون إذنها، تخلّت عنها بعد التّنبية إلّا أنّها أبقت على عناوين بعض المواقع التي بها المصنّفات موضوع النزاع ¹⁴⁸.

إلّا أنّ فقه القضاء لم يستقرّ على ذلك الرّأي وذهب في مناسبات أخرى للقول بمسؤولية من أنشأ الرّابط أو من نشره على صفحته ¹⁴⁹.

¹⁴⁷ أنظر:

Hubert Bitan : acteurs et responsabilité sur internet, ing. P 20, 21 avril 98, US District court of vtah, 6 décembre 1999, [http : // WWW. Droit – technologie. Org](http://WWW.Droit-technologie.Org)

¹⁴⁸ مثال أورده الأستاذ علي كحلون في كتابه المذكور سابقاً ص 191

¹⁴⁹ أنظر:

[http : // WWW. Droit – technologie, org](http://WWW.Droit-technologie.org), la responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperbiens

وقد اعتبرت احدى المحاكم البلجيكية بتاريخ 21 ديسمبر 1999 " إن روابط الإيبرتاكس ليست مجرد مراجع أسفل الصفحة حيث بمجرد تحريك مكان الرّبط يتحقّق الوصول إلى المواقع، ولا يمكن الوصول إلى المواقع إلاّ بتحديد عناوينها والقيام بهذه الحركة"¹⁵⁰.

وقد تمثّلت وقائع القضية في قيام المدّعي عليه بتنظيم روابط تمكّن من تحميل مصنّفات موسيقيّة بطريقة غير قانونيّة.

فلا خلاف في أنّ الرّوابط المذكورة تمكّن من الوصول إلى المصنّفات المذكورة والحصول عليها بدون إذن صاحبها وبطريقة غير قانونية وبالتالي فهي طريقة للمساعدة على الجريمة وبالتالي فإنّ منشئ الروابط يعتبر مسؤولاً جزائياً في مثل هذه الصورة¹⁵¹.

ويستخلص ممّا سبق أنّ من قام بالرّبط إزاء المحتوى المخالف يعتبر مسؤولاً جزائياً في إطار الفاييبوك إلا أنّ تلك المسؤولية لا يمكن أن تخرج عن نطاق جريمة المشاركة المنصوص عليها بالفصل 32 من المجلة الجنائية.

إنّ صعوبة تحديد المسؤول الجزائي تزداد تعقيدا في صورة تعدّد الروابط فمن هو المسؤول في هذه الصّورة ؟

و هل يجوز اعتبار كلّ من قام بالرّبط مسؤولاً ولو تعدّدت الرّوابط اللاحقة ؟

¹⁵⁰ علي كحلون المرجع السابق ص 192
¹⁵¹ انظر:

Un lien n'est pas une simple note en bas de page. En activant un lien, on obtient l'accès à un site. Pour accéder à un site, il faut pouvoir le localiser et l'activer.

L'établissement d'un lien a précisément comme but de fournir ce service au candidat usager. En l'espèce, le défendeur a eu l'intention d'établir des liens vers des sites qui permettent de télécharger de la musique de manière illégale, à savoir sans avoir à payer au titulaire des droits d'auteur.

Le télédownload de morceaux de musique qui sont protégés par un droit d'auteur constitue un délit.

Cela est même considéré comme illégal par le défendeur/ La fourniture de liens – en l'espèce une véritable discothèque de liens – sur un site web a pour but d'assister le candidat usager et de lui fournir la clef nécessaire pour télédownload illégalement de la musique.

Le fournisseur d'une telle clef rend un délit directement passible et est responsable de ce fait.

Le fait qu'il soit possible de commettre ce délit par d'autres voies, et qu'un pirate ne doive pas nécessairement suivre la voie proposée par le défendeur – il ya effectivement beaucoup de voies qui mènent à des MP3 – ne diminue ou n'exclut pas la responsabilité de celui qui met telle ou telle voie à disposition du public (traduit du néerlandais).

T. Verbiest et E. Wery : la responsabilité des fournisseurs de services internet, journal des tribunaux, 17 janvier 2001, – n° 6000 p 8

إنّ جملة هذه الأسئلة لم تجد الجواب القانوني لدى الفقه وحتى فقه القضاء لذلك ذهبت المحاكم وحتى القوانين إلى القول بمسؤولية مسدي الخدمات.

الفقرة الثانية : مسؤولية مسدي خدمات الإنترنت

Les prestataires service internet (PSI)

إنّ مسدي خدمات الإنترنت هم المتدخلين في الشبكة الذي يقومون بتزويد المعلومات وإسداء الخدمات للمستخدم أو المستعمل فهم الذين يتولّون إيواء صفحات الواب بأنظمتهم المعلوماتية وجعل المعلومة في متناول الجميع ضرورة أنّ صاحب الموقع يتوجّب عليه الإتصال بهذا المتدخل لغاية ضمان التواجد بشبكة الإنترنت وقد اقتضى الفصل التاسع من كراس الشروط الخاص بقرار وزير المواصلات المؤرخ في 22 مارس 1997 المتعلّق بضبط تعريفات الخدمات ذات القيمة المضافة للإتصالات أنّ " المدير الذي يعينه مزود الخدمات والذي يقدم إسمه للمتدخل العمومي، يتحمّل المسؤولية حول محتوى الصفحات وموزعي الواب الذين يقوم بإستضافتهم في أنظمتهم طبقاً لأحكام قانون الصحافة".

فمزود الخدمات يتولّى التنبّه من سلامة قواعد الربط بالشبكة لدى حرفائه الراغبين في إيواء صفحات الواب في أنظمتهم المعلوماتية وفي صورة إخلالهم بالقواعد المذكورة فإنّه يتعيّن على مسدي خدمات الإنترنت إعلام الوكالة التونسية للإنترنت بتلك المخالفة¹⁵².

وبالتالي فإن أساس المسؤولية الجزائية التي تحمل على كاهل مسدي الخدمة تركز على مؤسسة المشاركة في الجريمة المنصوص عليها في الفصل 32 من المجلة الجزائية طالما وأنه يتولى تقديم الوسائل التقنية اللازمة لإشهار الفعل المخالف للقانون ولترويج¹⁵³.

ولكن السؤال الذي يطرح في هذا الإطار يتمثّل في طبيعة المسؤولية الملقاة على عاتق مزود الخدمات المذكورة، فهل هي مسؤولية آلية تقوم بمجرد عدم الإعلام عن المحتوى المخالف أم هي مسؤولية موضوعية تستوجب توفّر جملة من الشروط لقيامها (أ) والتي من الممكن أن

¹⁵² علي كحلون المرجع السابق ص 72

¹⁵³ Bakkour Sadok : La responsabilité des intermédiaires de l'internet. Mér pour l'obtention du mastère en droit privé, fac droit sfax 2004/2005 p24 et s.

تؤدي إلى منح المزود المذكور صلاحيات كبيرة قد تؤدي إلى المساس بمبدأ حرية التعبير
(ب)

أ - شروط قيام مسؤولية مسدي الخدمات :

إن صياغة الفصل 9 من قرار وزير المواصلات المذكور توحى بأن مسؤولية مسدي خدمات
الأنترنات هي مسؤولية آلية تقوم بمجرد توفر المحتوى المخالف على صفحات الفايسبوك
ضرورة أنه لم يتحدث عن كيفية تفصي المزود المذكور من المسؤولية بل أنه اقتصر على
التنصيص على وجوبية المراقبة حتى لا يقع تمرير معلومات مخالفة للنظام العام والأخلاق
الحميدة.

فقد ثار نقاش في فرنسا حول مدى إمكانية القول بمسؤولية مسدي الخدمات في صورة تعذر
التوصل إلى صاحب المحتوى المخالف، فاعتبرت المحكمة الابتدائية بباريس في قرار لها
صدر بتاريخ 12 جوان 1996 أن مسدي الخدمات يكون مسؤولاً عن المحتوى المخالف
عملاً بمقتضيات الفصلين 1382 و 1383 من المجلة المدنية الفرنسية¹⁵⁴.

وقد تعلقت وقائع القضية المذكورة التي جمعت بين إتحاد الطلبة اليهود بفرنسا (UEJF)
وعدة مزودي دخول انترنات (FAI) بمجموعة من الرسائل الإلكترونية المعادية للسامية
حيث اعتبرت المحكمة المذكورة أنه يتوجب على مسدي الخدمات أن يلتزموا بواجب مراقبة
المحتويات الغير مشروعة والحيلولة دون نشرها على الشبكة وأقرت بناء على ذلك
بمسؤولية مسدي الخدمات.

وقد واصل فقه القضاء الفرنسي في نفس الاتجاه مكرساً بذلك مسؤولية مسدي الخدمات وذلك
في قرار صدر عن نفس المحكمة بتاريخ 09 جوان 1998 تعلق بعارضة الأزياء

Estelle Hallyday تمثلت وقائعه في قيام عارضة الأزياء المذكورة ضد مزود خدمات
طالبة إلزامه بالتعويض لها عن نشر صورها العارية بشبكة الأنترنات بدون إذنها فأعتبرت

¹⁵⁴ انظر :

UEJFC : Calvacom et autres, trib grande instance de paris, ord, réf, 12 Juin 1996, en ligne [http : // WWW. Gittonnet / jurisprudence / R 1996 htm](http://WWW.Gittonnet/jurisprudence/R1996.htm).

المحكمة أنّ مسؤولية المزود المذكور تكون قائمة في مثل صورة الحال حيث جاء بحيثيات القرار المذكور ما يلي :

« Attendu que sur la question de la responsabilité du fournisseur d'hébergement, il apparaît nécessaire de préciser que le fournisseur d'hébergement a l'obligation de veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge, au respect par ceux-ci des règles déontologiques régissant le web et au respect par eux des lois et des règlements et des droits tiers ».

وقد أثار القرار المذكور جدلاً فقهيًا كبيراً في فرنسا حول ما طرحه من إقرار لمسؤولية مسدي الخدمات حول المحتويات الغير مشروعة والحال أنّه يتعدّر عملياً على المزود المذكور التحري والتحقّق من جميع المحتويات هذا فضلاً عن الصلاحيات الكبيرة التي منحها للمزود المذكور في مراقبة المحتويات وحذف ما يراه منها مخالفاً للنظام العام والأخلاق الحميدة بدون أيّ ضوابط أو قيود وهو ما قد يؤدي إلى المساس بمبدأ حرية التعبير الذي هو أساس شبكة الأنترنت والمحور الرئيسي الذي تركز عليه¹⁵⁵.

ثمّ صدر فيها القرار المؤرّخ في 8 ديسمبر 1999 والذي عرّف بطريقة صريحة نشاط مزود خدمات الإيواء وضبط مختلف الإلتزامات المحمولة عليه وهي واجب أخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الأضرار بحقوق الغير وواجب توفير الوسائل المعقولة للإطلاع على المحتوى المخالف والحيلولة دون نشره على الشبكة.

« Le fournisseur d'hébergement est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence, il lui appartient de prendre les préventions nécessaire pour éviter de léser les droits des tiers et il doit mettre en œuvre à cette fin les moyens raisonnables d'information »¹⁵⁶.

¹⁵⁵ أنظر :

VERBIEST (THIBAUT) « responsabilité pénale des hébergeurs : une nouvelle affaire en France » <http://www.droit-technology.org>

¹⁵⁶ أنظر :

Lacostec. SA multinania production et a. TGI/ Nanterre, 1^{er} ch . A, 8 décembre 1999, t.c. p. 2000. II. 10279

فالمحكمة كرّست في إطار النزاع المذكور الذي عرض عليها التزاما ببذل عناية تجاه مزوّد خدمات الإيواء يتمثّل في واجب الحيطة والحذر تجاه كلّ المحتويات التي تنتشر على الشبكة وهو ما جعل المزوّد المذكور يخرج عن نطاق دوره التقليدي كمجرّد ناقل للمعلومة ليصبح مضطّعا بدورا جديدا هو دور المراقب لتلك المعلومة والمسؤول عمّا كان مخالفا منها لمقتضيات القواعد القانونية المعمول بها في بلد ما.

ويترتّب عن ذلك إن كلّ أعمال أو تقصير في ما يخصّ مراقبة المحتوى المذكور تنجرّ عنه قيام مسؤولية المزوّد على معنى أحكام الفصلين 1282 و 1283 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

وقد صدرت عدّة قرارات لاحقة عن أحكام مختلفة تصبّ في نفس الإتّجاه وتكرّس مسؤوليّة مسدي الخدمات¹⁵⁷ وتذهب في إتّجاه إلزامهم بإتّخاذ تدابير وقائيّة للحيلولة دون الإستعمال الغير مشروع للشبكة ومنها إخفاء الهويّة (L'anonymat) وإخضاع المستفيد لميثاق أخلاقي.

ولعلّ أهمّ النزاعات التي عرضت على فقه القضاء الفرنسي هو النزاع المعروف بقضيّة Yahoo¹⁵⁸ والذي تمثّلت وقائعه في إصدار محكمة باريس الابتدائيّة لقرار بتاريخ 22 ماي 2000 يلزم شركة " ياهو " بإيجاد حلول فنيّة من شأنها أن تمنع مستعملي شبكة الأنترنت من الفرنسيين من الدخول إلى موقع البيع بالمزاد العلني والذي يتمّ عبره بيع بعض الأمتعة والأغراض التي لها علاقة بالنازية والذي يعتبر القانون الفرنسي أنّ مجرد مشاهدتها يشكّل جريمة منصوص عليها بالفصل 645-1 من المجلّة الجنائيّة الفرنسيّة.

¹⁵⁷ أنظر :

Suisses, SNC 3 sh, Helline, Redcats, la redoute
Axinet communication et consort guiffault, trib graude instance Nauterre, 31 Janvier 2000, ord, réf, en ligne sur :
légalitis, net « [http : // www/ legalis. net / egi – iddn : french / affiche – jnet. Cgi ? droite = internet illicite .htm](http://www/legalis.net/egi-iddn:french/affiche-jnet.Cgi?droite=internet.illicite.htm) .
Logottoc. Gallopin , Pacambre, TGI Paris, 24 mars 2000 en ligne sur juris-classeur « [http : // www/ juris-
classeur. Com / »](http://www/juris-classeur.Com/)

¹⁵⁸ أنظر :

L'affaire Yahoo : U E J F et licra c. Yahoo. Inc. Et Yahoo
France. TGI Paris, réf, 22 mai 2000, comm n ° 92. Note J – chr. Galloux en ligne sur :
« [http : // www/ juriscom. Net / txt / jurisfr / cti / tgiparis 20000522. Htm](http://www/juriscom.Net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.Htm)”

وقد كان القرار مرفوقا بتقرير من هيئة خبراء مختصة في الغرض تبين كيفية تنفيذه والطريقة الفنية التي يتوجب إتباعها لتحقيق الغاية المذكورة¹⁵⁹.

إلا أن القضاء الأمريكي رفض الإمتثال لذلك القرار القضائي الفرنسي معتبرا أنه يتناقض ومبدأ حرية التعبير المكرس صلب الدستور الأمريكي.

وقد تعرض القرار المذكور لانتقاد كبير بدعوى أنه يمثل تهديدا لحرية التعبير ورغبة من القضاء الفرنسي في بسط هيمنته على الشبكة العنكبوتية.

وقد تعرض القضاء الفرنسي لقضية Yahoo مرة أخرى بمناسبة التّداعي الجزائي حيث اعتبرت محكمة باريس أن المسؤولية الجزائية لمدير شركة ياهو غير قائمة الأركان وكان ذلك القرار نقطة نهاية النزاع المذكور بين القضاء الفرنسي والقضاء الأمريكي¹⁶⁰.

إن الاجتهادات الفقه قضائية المذكورة دفعت بالدول الأوروبية إلى التدخّل لتنظيم تلك الإشكاليات القانونية ووضع النصوص القانونية الكفيلة بسدّ تلك الفراغات التشريعية حيث صدرت سنة 2000 التوصية الأوروبية التي أرست نظاما قانونية متكاملًا للمسدي خدمات الأنترنت¹⁶¹.

وبصفة عامة يمكن القول أن مسؤولية مسدي الخدمات لا يمكن أن تقوم إلا إذا توفرت نية الإخلال بقواعد احترام حقوق الغير في إطار الشبكة العنكبوتية وذلك عملا بمقتضيات

¹⁵⁹ SEDALLIAN (V) ,, Commentaire de l'affaire Yahoo! ,, Juriscom.net 24 octobre 2000 <http://juriscom.net/chr/2/fr2000.htm>.

¹⁶⁰ أنظر :

Le tribunal correctionnel de Paris a relaxé l'ex-président de Yahoo. Les magistrats ont jugé que ni le délit « d'apologie de crime, ni le contravention de port ou d'uniforme, d'insigne ou d'emblème d'une personne coupable de crime contre l'humanité » n'étaient constitués. Ce jugement net fin à l'affaire Yahoo.

Voir les actualités de Yahoo France, ventes d'objets nazis : la justice relax l'ex-patron de Yahoo, mardi 11 février 2003, en ligne sur « <http://Fr.news.Yahoo.com/030211/85/31mek.html> » et le tribunal de Paris methors de cause l'ex-patron de Yahoo dans la vente d'objets nazis, mardi 11 février 2003, en ligne sur : « <http://Fr.news.Yahoo.com/030211/1/31mek.html> »

¹⁶¹ أنظر :

Directive 2000 / 31 / CE du parlement européen et conseil du 08 Juin 2000 relative a certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, en ligne sur :

: « <http://europa.eu.int/smartapi/agi/spa/doc?smartapi/celexapi/prod.Celexnumdoc=Fr&numdoc=3200020031&model=guichet> »

الفصل 37 من المجلة الجزائية الذي نصّ على أنه لا يعاقب أحد إلا بفعل ارتكب قصدا عدى الصّور المقررة بوجه خاص بالقانون.

فركن النية شرط ضروري لتوفّر شروط مسؤوليّة مسدي الخدمات وقد اعتبر القانون الفرنسي الصادر في 22 جوان 2004¹⁶² وكذلك القانون الكندي المصادق عليه سنة 1999¹⁶³، أنّ ركن النية أو القصد يعتبر متوقّرا متى توفّرت جملة من الشّروط لدى مزوّد خدمات الإيواء وهي شروط العلم بالمحتوى المخالف والقدرة على حذفه والتصدي له وعدم إتّخاذ الإجراءات اللاّزمة لمنع لمع نشره على صفحة الشّبكة¹⁶⁴، فمتى توفّرت هذه الشّروط الثلاثة مجتمعة فإنّ مسؤوليّة مسدي الخدمات تكون قائمة ولا جدال فيها.

فمتى توفّرت المعلومات لمسدي الخدمات عن وجود محتويات مخالفة للقانون على صفحات الفايسبوك وكان بإمكانه تقنياً الحيلولة دون إشهارها ونشرها ودون الإطّلاع عليها من طرف الغير، ولم يتدخّل لفعل ذلك في آجال معقولة فإنّ يعتبر مسؤولاً وتقوم بذلك مسؤوليته الجزائية وحتى المدنية.

إنّ القول بضرورة توفّر الشّروط المذكورة أدّى إلى طرح إشكالات أخرى تتمثّل في الصلاحيات الكبيرة المسندة لمزوّد الخدمات في تقييم فحوى المحتوى والسلطة التقديرية الممنوحة له في حذفه أو إبقائه وهو ما قد يؤدّي إلى المساس بمبدأ حرية التعبير.

¹⁶² أنظر :

Loi n° 2004 – 475 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique JORT n ° 0143 du 22 juin 2004 p 11168

¹⁶³ أنظر :

Conférence pour l'harmonisation des lois au canada, 1999 en ligne au « [http // www. Law. Valberta . ca / alri / ulc /fidex. htm](http://www.Law.Valberta.ca/alri/ulc/fidex.htm)

¹⁶⁴ أنظر :

Trinome avancé par la commission européenne dans sa communication sur le contenu illégal et préjudiciable sur internet en ligne sur : « [http // archives internet. Gov. Fr / affichage. Php ? val = francois / textesref / rapce 98 / accueil. Htm](http://archives.internet.Gov.Fr/affichage.Php?val=francois/textesref/rapce98/acceuil.Htm) ».

Article 6 – 3 du loi n ° 2004 – 575 du 21 Juin 2004

و أنظر أيضا :

« Les personnes visées à l'art 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment ou elles eb ont eu connaissance, elles ont agi pour retenir ces informations ou en rendre l'accès impossible

ب – آلية التفصي من المسؤولية

في ظلّ غياب فقه قضاء تونسي يبيّن طبيعة مسؤوليّة مسدي الخدمات والشروط التي تقوم عليها اقتضى الأمر الرجوع إلى فقه القضاء الفرنسي الذي استقرّ على اعتبار أنّ مسؤوليّة المذكورين تقوم على المبدأ الثلاثي :

القدرة على حذف المحتوى المخالف والعلم به وعدم القيام بذلك (Le trinôme :)
165 pouvoir – savoir – inertie

و هو ما يعني أنّ المزودين المذكورين يتمتّعون بسلطة تقديرية مطلقة وصلاحيات غير محدودة لتقييم المحتوى المخالف وحذفه من صفحات الفايسبوك في إطار ممارسة صلاحيّاتهم المتمثلة في مراقبة المحتويات المخالفة للقانون.

إنّ تلك الصلاحيّة تمنحهم سلطة كبيرة في إخضاع الفايسبوك لإرادتهم وفي السيطرة على المعلومات التي تنشر به إلى الحدّ الذي جعل الوزير الأوّل الفرنسي الأسبق يصفهم بقضاة المحتويات الغير مشروعة¹⁶⁶ أو شرطة المواقع الإجتماعية¹⁶⁷.

فتواجد المحتوى المخالف للقانون على صفحات الفايسبوك يسمح لمزود خدمات الإيواء بحذفه أو بتجميده بدون إذن قضائي وهو ما يعني أنّ المزود المذكور يصبح متمتعا بصلاحيّات القاضي في تقرير مشروعية المعلومة من عدمها وإتخاذ القرار بحذفها أو الإبقاء عليها وهو ما يفترض بالضرورة ثقافة قانونية معينة تمكّن من التمييز بين ما هو مجرّم قانونا وهو مسموح به ويدخل في إطار حرية تبادل المعلومات.

¹⁶⁵ أنظر :

M. vivant « la responsabilité des intermédiaires techniques de l'enternet juris- c – pénal ed . G . 1999
Vincent Fanchour, les FAI français face aux contenus illicites lors de France, aout 2001 en ligne sur : le journal net :

http : // www. Journal dunes . com / juridique

La responsabilité des intermédiaires sur internet : http // www. Droit – technologie. Org

¹⁶⁶ أنظر :

Expression empruntée au discours du premier ministre français Jean – pierre Raffarin à l'EBG, voir association vivre le net, les fournisseurs d'accès et hébergeur seront juges du contenu de l'internet, 13 Novembre 2002, en ligne sur : news vivre le net, « http : // [www.vivrele. Net / mode / 900. htm](http://www.vivrele.net/mode/900.htm)

¹⁶⁷ أنظر :

Expression empruntée à Guillaume etal, le foyer de costil, synthèse de la table ronde : « projet len ; avancées et incertitudes » 25 Juin 2003, en ligne sur : « http : // www. Adij. Asso. Fr / v3 / len. htm

إنّ صفة مزوّد الخدمات كمجرّد ناقل للمعلومة يتعارض والدور الذي منح بمقتضى القانون لعدم تحوّزه على المؤهلات القانونيّة اللاّزمة والكفيلة بتحقيق تلك الغاية.

وقد انتقد الفقهاء في فرنسا هذا المنحى معتبرين أنّ منح المزوّد المذكور صلاحيّات واسعة في تقدير مشروعية المعلومة وإمكانية حذفها بدون إذن قضائي من شأنه أن يؤدي إلى التعسّف في ممارسة السّلطة وإلى الحدّ من الحق في التّعبير الذي هو حقّ مقدّس نصّت عليه كلّ التّشريعات الإقليميّة والدوليّة¹⁶⁸.

لذلك ذهب المشرّع الفرنسي صلب قانون 21 جوان 2004¹⁶⁹ وبالتحديد صلب الفصل 8 – 6 إلى تكريس رقابة قضائيّة على السّلطة التّقديرية لمسدي الخدمات المذكورين حيث أنّ القاضي يمارس سلطة رقابيّة لاحقة لكلّ تدخّل من مزوّد خدمة الإيواء كحذف معلومة معيّنة يعتبرها مخالفة للقانون.

وبالإطّلاع على قرار وزير المواصلات المذكور المؤرّخ في 22 مارس 1997 المذكور أعلاه لا نجد أيّ أثر لهذا الإتّجاه الرّامي إلى حماية الحريّات ضرورة أنّ القرار المذكور خلي من دور القضاء في مجال عمل مزوّد الخدمات ولم يتطرّق لهذه المسألة مطلقاً حيث أنّ الصّلاحيات المسندة للمزوّدين ظلّت مطلقة ولا رقابة عليها من طرف أيّ جهة قضائيّة وهو ما يفهم منه الرّغبة في إعطاء الأولويّة للجانب الرّقابي على حساب الحريّات على عكس القانون الفرنسي الذي حاول التّوفيق بين احترام مقتضيات القانون في حذف كلّ محتوى غير شرعي وفيه اعتداء على النّظام العام أو الأخلاق الحميدة أو مسّ من كرامة واعتبار الغير وبين احترام الحريّات والحق في المعلومة عبر تسليط رقابة قضائيّة على

¹⁶⁸ أنظر :

Le Psi « n'est pas à l'abri d'une erreur en toute bonne foi, or, sans préjugé de la qualité des dits prestations, il est fort à parier que certains d'entre eux commettront de temps à autre des erreurs d'appréciation qui aboutiront à des suppressions non justifiées, appelant ainsi les foudres de leurs clients alors même que leur seul objectif serait de satisfaire aux exigences de la loi, d'un autre côté ils pourront être amenés en toute bonne foi à continuer d'héberger des contenus préjudiciables mais sur les quels ils ne pourront en pratique apprécier la réalité (en cas de contre façon par exemple) ». propos d'Eric Barry, le projet de la loi relatif à l'économie numérique passé au crible, 14 janvier 2003 en ligne sur « [http : // www. Journaonet.com / juridique / juridique 030 1141. Shtml](http://www.Journaonet.com/juridique/juridique_030_1141_Shtml) »

¹⁶⁹ أنظر :

Loi n° 2004 – 575 du Juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique jort n° 143 du 22 juin 2004

إعمال الحذف¹⁷⁰ ومنع انتشار المعلومة، ولكن القانون المذكور تعرّض بدوره لنقد كبير من طرف رجال القانون في فرنسا لعدم دقّته وعدم وضوحه في خصوص ضوابط تحديد المحتوى الغير مشروع وتوقيت تدخّل مسدي الخدمات لحذفه وغيرها من الإشكاليّات¹⁷¹ إلى حدّ أنّ بعضهم أشار إلى أنّ مسؤوليّة المتدخّل المذكور تظل قائمة في كلّ الحالات سواء من طرف من إدعى الضّرر من المحتوى المخالف للقانون أو من طرف حريّفه :

« Il doit agir vite، au risque d'engager sa responsabilité délictuelle envers les tiers lésés، sans agir trop vite، au risque d'engager sa responsabilité contractuelle envers ses clients »

إنّ الإشكاليّات المذكورة جميعها سوف تزداد تعقيدا كلّما اقترنت بإشكاليّة تحديد القانون المنطبق على الجرائم المذكورة.

وخلاصة القول أنّ آلية حذف المحتوى المخالف في الآجال المعقولة تمكّن مزوّد الخدمة من التفصّي من المسؤوليّة المحمولة عليه وتعتبر حلاً لمعالجة الإشكاليّات المذكورة رغم ما في ذلك من تعسّف وخطر على الحريّات مثلما وقعت الإشارة إليه أعلاه.

ولكنّ السّؤال الذي يطرح في هذا الإطار يتعلّق بالصورة التي قامت فيه مسؤوليّة مسدي الخدمات فأيّ قانون سيطبّق عليه في ظلّ تعدّد المزوّدين والبعد العالمي والدّولي الذي يميّز به موقع فايسبوك.

¹⁷⁰ أنظر :

La censure de définit comme l'autorisation préalable donnée par un gouvernement aux publication aux spectacles la censure est donc un control avant publication, un acte politique a priori yves Bismuth : « censurenet ou Internet et la censure » dans X avier linant de bellefonds (dir) internet saisi par le droit : travaux de L'A F O I T, Paris, éd. Des parques p 181

¹⁷¹ أنظر :

Fabian Lesort et laurent szuskin, commentaire du projet de loi sur l'économie numérique 29 janvier 2003, en ligne sur droit et nouvelle technologies « [http : // www. Droit – technologie. Org / 12. Asp ? actuid = 714](http://www.Droit-technologie.Org/12.Asp?actuid=714) »

المبحث الثاني : تحديد القانون المنطبق

إنّ صفة العالمية التي يمتاز بها الموقع الاجتماعي فايسبوك، تجعل استخدامه يجول لا فقط داخل الحدود الجغرافية للدولة التي ينتمي إليها وإنما أيضا في فضاء شاسع غير محدود، وهو ما يطرح إشكالية القانون المنطبق في صورة ارتكابه لأيّ عمل مخالف للقانون مثل إنشاء أو نقل المعلومات المخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة أو المعلومات الداعية والمحرّضة على الميز العنصري وجرائم القذف والتّلب والإعتداء على المعطيات الشخصية والحريّات الخاصة والملكيّة الفكرية وغيرها من الأفعال التي تدخل تحت طائلة القانون الجزائي.

فلا خلاف في كون تشريعات الدول تختلف في ما بينها ولا تتفق على رأي موحد بخصوص مسألة التّجريم من عدمها، وبخصوص التّكييف القانوني وغيرها من الإشكاليات القانونية وهو ما جعل الرّأي غير مستقرّا في خصوص تحديد القانون الجزائي المنطبق، ففي حين ذهبت بعض الآراء إلى القول بتطبيق القوانين الوطنيّة¹⁷² (الفقرة الأولى) نادى البعض الآخر بضرورة إيجاد قوانين خاصّة بالجرائم التي تتركّب في العالم الافتراضي (الفقرة الثانية) وذلك نظرا لما تتميز به من خصوصيّة¹⁷³.

الفقرة الأولى : تطبيق القوانين الوطنيّة

في إطار جرائم الفايسبوك، ينطبق القانون التونسي على جميع الجرائم المرتكبة داخل حدود الدولة التونسيّة وذلك إستنادا إلى مبدأ إقليميّة القانون الجزائي (أ) كما ينطبق كذلك على بعض الجرائم المرتكبة خارج التراب التونسي إذا توفّرت فيها شروط معيّنة (ب)

¹⁷² علي كلون : المرجع السابق ص 337
¹⁷³

أ - تطبيق القانون التونسي إستنادا إلى مبدأ الإقليمية

يمكن تعريف الإقليم بأنه " الحيز المكاني الذي تستأثر به الدولة وتمارس عليه سيادتها بصفة دائمة ومستمرّة ومستقرّة¹⁷⁴ .

وينقسم الإقليم إلى إقليم طبيعي يشمل مجالها الترابي والبحري والجوي، وآخر افتراضي يتعلّق بالسفن والطائرات¹⁷⁵ .

وبناء على ذلك، واستنادا إلى المبدأ المذكور، فإنّ القانون المنطبق على جرائم الفايسبوك هو قانون مكان ارتكاب الجريمة، وهو ما يعني قيام اختصاص نظر المحاكم التونسية في الجرائم المقترفة على متن أو ضدّ هذه الأقاليم الافتراضية.

وهو ما يعني أنّ الجاني الذي يرتكب جريمة أخلاقية أو جريمة قذف أو تلب أو جريمة تتعلّق بالمعطيات الشخصية، فإنّ القانون التونسي يكون هو المنطبق، وسيان أن يكون ذلك الجاني تونسي أو أجنبي الجنسية، إذ أنّ العبرة في إطار مبدأ إقليمية القانون الجزائي هو مكان ارتكاب الجريمة وليس جنسية الجاني .

فالقانون المنطبق في هذه الحالة هو قانون دولة القاضي الذي عرض عليه النزاع وذلك استنادا إلى أنّ التكييف القانوني يخضع عادة لقاعدة قانون القاضي، وبهذه الطريقة يمكن تحديد مدى مخالفة المعلومة للنظام العام والأخلاق الحميدة من عدمه.

إلا أنّ هذا التحليل بقدر ما يكون مقبولا ووجيها كّلما تعلّق الأمر بالجرائم التقليدية ذات الطابع المادي كّلما كان قابلا للنقاش في إطار الجرائم المستحدثة وخاصة جرائم الفايسبوك، لأنّ الجريمة في هذه الحالة تعتبر قد ارتكبت في كلّ مكان أين يوجد احدى عناصرها المكونة لها، فطبيعة الجريمة اللامادية تجعل الضرر اللاحق بالغير غير محدّد بدوره بإقليم

¹⁷⁴ عبد المجيد العبدلي : قانون العلاقات الدولية، الطبعة الثانية شركة أوريبس للطباعة، تونس 2000 ص 68

¹⁷⁵ انظر :

Fédéric Desportes et Francis le gunchec : le nouveau droit pénal, tom I, Droit pénal général, 5^{ème} édition, Economica, paris 1998, p 328

انظر أيضا الفصل 5 من مجلة الجنسية الذي نصّ على ما يلي : " عبارة بتونس الواردة بهذه المجلة مدلولها كامل التراب التونسي والمياه الإقليمية والسفن التونسية "

معين ولا ينعقد بالتالي اختصاص النظر فيها لمحكمة واحدة وإنما تتعدد المحاكم بتعدد مكان نشر المحتوى المخالف وهو ما يؤدي إلى تطبيق نظرية كلية الحضور (théorie de l'ubiquité) .

وقد اعتمدت محكمة استئناف باريس هذه القاعدة في قرار لها صدر بتاريخ 01 مارس 2000¹⁷⁶.

وبناء على ذلك واستناداً لمبدأ الإختصاص الترابي (principe de territorialité) فإن القانون المنطبق هو مكان ارتكاب الجريمة، وبالتالي فإن القانون المنطبق على جرائم الفيسبوك هو مكان ارتكاب الجريمة وهو ما يعني قيام اختصاص نظر المحاكم التونسية في الجرائم المقترفة على متن أو ضدّ هذه الأقاليم الافتراضية.

وبصفة عامة فإنّ الجاني الذي يرتكب جريمة أخلاقية أو جريمة قذف أو تلب أو جريمة تتعلق بالمعطيات الشخصية داخل التراب التونسي، فإنّ القانون التونسي يكون هو المنطبق، ولا تأثير لجنسية الجاني سواء كانت تونسية أو أجنبية، إذ أنّ العبرة في إطار مبدأ إقليمية القانون الجزائري هو مكان ارتكاب الجريمة وليس جنسية المخالف.

إلا أنّ القانون التونسي يعرف مجالاً للإنطباق كذلك حتّى على الجرائم المرتكبة خارج الإقليم التونسي.

ب – تطبيق القانون التونسي على الجرائم المرتكبة بالخارج

من المسلمّ به أنّ القاضي الجزائري لا يطبق إلاّ قانونه الوطني وذلك اعتباراً إلى أنّ الاختصاصين التشريعي والقضائي متلازمان، ومردّد ذلك أنّ طبيعة القانون الجزائري في حدّ ذاتها لصيقة بالنظام العام ومرتبطة بسيادة الدولة وحقّها المطلق في سنّ القوانين الزجرية ولا

176

« Lorsqu'une infraction aux droits de propriété intellectuelle ou un acte de concurrence déloyale a été commis par une diffusion sur le réseau internet, le fait dommageable se produit en tous lieux ou les informations litigieuses ont été mises à la disposition des utilisateurs éventuelles du site ».

Thibault Verbiest, « droit international privé et commerce électronique » : état des lieux, juriscom. Net, 23 février 2001

يجوز للأفراد الإتفاق على خلافها وبالتالي فإنّ المحاكم الجزائية لا يمكنها الاستناد في ما تصدره من أحكام وقرارات إلا إلى نصوص وطنية وهو ما يعني استبعاد القانون الأجنبي سواء كان قانون البلاد الذي ارتكبت فيها الجريمة أو قانون البلاد الذي ينتمي إليها المتهّم.

إنّ هذا الحلّ وقع تكريسه من طرف المشرّع التونسي صلب الفصل 305 من مجلّة الاجراءات الجزائية الذي نصّ على انطباق القانون التونسي على الجريمة المرتكبة خارج التراب التونسي من طرف شخص تونسي¹⁷⁷.

وهكذا فإنّ التونسي الذي يرتكب جريمة خارج التراب التونسي بواسطة الفايبيوك كجريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة أو جرائم القذف أو التلب أو جرائم الاعتداء على المعطيات الشخصية يكون عرضة لتطبيق القانون التونسي عليه طالما وأنّ الأفعال المذكورة مجرّمة في البلاد التونسية وكذلك في البلاد التي ارتكبت فيها الجريمة، ولكنّه يعفى من العقاب في صورة ما إذا كان قانون تلك الدولة الأجنبية لا يعاقب عن تلك الفعل.

إلا أنّ الإشكال الذي يطرح في هذا الإطار يتعلّق بجملة الجرائم الأخلاقية التي بينها المشرّع التونسي صلب المجلة الجزائية والتي سنّ لها عقوبات سالبة للحرية، في حين أنّ تلك الأفعال تندرج ضمن باب حرية التعبير في بعض التشاريح الغربية ولا يترتّب عليها أيّ عقاباً جزائياً.

فجريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة بلغت النّظر لوجود فرصة فسق المنصوص عليها بالفصل 226 ثالثاً من المجلة الجزائية لا يوجد لها نظير في القانون الفرنسي مثلا الذي يعتبر مثله جلّ التشاريح الغربية أنّ ذلك الفعل يدخل في إطار مبدأ حرية التّعبير الذي هو مبدأ مقدّس كرّسته جميع الدساتير والإتفاقيات الدولية.

وبالتالي فإنّ التونسي الذي يقوم بإرتكاب الجريمة المذكورة ولكن داخل التراب الفرنسي يكون قد أفلت من العقاب إلا إذا وقع اعتبار أنّ ما قام بنشره على صفحات الفايبيوك من

¹⁷⁷ نصّ الفصل 305 م ج ج على ما يلي : " يمكن تتبّع ومحاكمة المواطن التونسي من طرف المحاكم التونسية إذا ارتكب خارج تراب الجمهورية جنائية أو جنحة يعاقب عليها القانون التونسي، إلا إذا تبين أنّ قانون البلاد المرتكبة بها الجريمة لا يعاقب عليها أو أثبت المتهّم أنّه سبق إتصال القضاء بها نهائياً من الخارج وفي صورة صدور الحكم عليه بالعقاب أنّه قضى العقاب المحكوم به عليه أو أنّ هذا العقاب سقط بمرور الزمن أو شمله العفو.

مقاطع وأغاني وأفلام قد تضرر منها تونسيون وذلك عملا بمقتضيات الفصل 307 من المجلة الجزائية الذي نصّ على عقاب مرتكب الجريمة خارج التراب التونسي إذا كان المتضرر منها تونسي¹⁷⁸،

فإذا ما وقع تحميل الأغنية أو الصورة المخالفة للأخلاق الحميدة من طرف تونسي على صفحة موقعه الاجتماعي فايسبوك فإنه يعتبر متضررا من ذلك الفعل المخلّ بالحياة ويمكنه التقدّم بشكاية إلى النيابة العمومية بصفته متضررا في طلب مقاضاة ذلك الشخص من أجل ما ارتكبه حتى ولو كانت الجريمة قد ارتكبت خارج التراب التونسي وهو ما يشكلّ حداً لمبدأ حرية التعبير بالنسبة لبعض التشريعات الغربية.

وقد انتقد جانب من الفقه¹⁷⁹ المبادئ التقليدية للقانون الجزائري فيما يتعلّق بقواعد الاختصاص والقانون المنطبق لقصورها عن مسايرة التطور الذي عرفته الجريمة في مجال وسائل الإتصال الحديثة و عدم قدرتها عن تأطير الجوانب المتعددة للفايسبوك لما تتميز به من تعقيد وتشابك وانفتاح، يصعب معه الإكتفاء بمجرد قواعد تقليدية لا تفي بالحاجة، لذلك كان من اللازم البحث عن نمط جديد من القوانين والإتفاقيات الدولية التي تمكّن من تجاوز الإشكاليات التي تطرحها المبادئ التقليدية.

الفقرة الثانية : الحاجة إلى قانون جزائي خاص

إنّ تسارع وتيرة جرائم الفاييسبوك وتزايد عمليات القرصنة واختلاف القوانين المنطبقة على الجرائم المذكورة نظرا لإختلاف الثقافات يجعل من تتبّع الجناة وإحالتهم على المحاكم أمرا صعبا، لذلك إتّجهت إرادة الدول إلى المصادقة على جملة من الإتفاقيات الدولية في محاولة لتجاوز الاجتهادات المتناقضة (أ) فيما ذهب الفقه وفقه القضاء إلى تكريسي حلول أخرى (ب)

¹⁷⁸ نصّ الفصل 307 من إ ج ج على ما يلي : " كلّ من ارتكب خارج التراب التونسي، سواء بوصفه فاعلا أصليا، أو شريكا ، جنائية أو جنحة، يمكن تتبّعه ومحاكمته من قبل المحاكم التونسية إذا كان المتضرر تونسي الجنسية "

¹⁷⁹ أنظر :

Carles de los santes, « la publicité sur internet en droit espagnol », gaz du p 21 – 22 Novembre 97

أ – الإتفاقيات الدولية

إنّ اختلاف التّشريع الدوليّة يطرح اشكالا كبيرا فيما يخصّ جرائم الفايبيوك التي تتميّز ببعدها الدولي جعلت أغلب الدّول تنخرط في مجال الإتفاقيات الدوليّة التي تمكّن من إرساء ضوابط محدّدة وحلول واضحة تنطبق على جميع الدّول في جميع الأوقات وفي جميع الحالات وفي هذا الإطار تقوم عدّة منظمات دولية مثل المنظمة الدوليّة للملكيّة الفكرية

(O M P I) والإتحاد الأوروبي والمجلس الأوروبي بأعمال هادفة لغاية الوصول إلى إجماع دولي لحلول قانونية واضحة للمشاكل المطروحة بقصد الحيلولة دون الفراغ التشريعي .

وقد أعرب الإتحاد الأوروبي في عدّة مناسبات عن رغبته في تنظيم هذا القطاع على المستوى الدولي.

وفي هذا الإطار صدرت إتفاقية بارن حول حماية المؤلفات الأدبية والفنية التي صادقت عليها تونس¹⁸⁰.

ولعلّ أهمّ إتفاقية وقعت المصادقة عليها في إطار مكافحة الجريمة المعلوماتية بصفة عامّة هي إتفاقية بودابست لسنة 2001¹⁸¹ والتي عرفت بعض المفاهيم التي شكّلت اختلافا بين الدّول مثل النّفاد غير الشرعي والجريمة المعلوماتية وغيرها من المفاهيم التي تستدعي وضع تعريف موحد حتّى يسهّل تطبيق الإتفاقية كما تطرقت الإتفاقية المذكورة إلى القواعد المتعلقة بالتعاون في مجال مكافحة الحرية ومنها الاختصاص التّرابي للمحاكم وتسليم المجرمين .

وقد صادقت تونس على إتفاقية الأمم المتّحدة الخاصة بمكافحة الجريمة المنضّمة عبر الوطنيّة بموجب القانون عدد 63 لسنة 2002 المؤرّخ في 23 جويلية 2002 التي احتوى

¹⁸⁰ إتفاقية بارن : 3 سبتمبر 1886 تمّ تنقيحها في 24 جويلية 1971 بباريس وقد صادقت تونس على هذه الإتفاقية بمقتضى القانون عدد 1 لسنة 1975 المؤرّخ في 19 فيفري 1975 الرّائد الرّسمي عدد 12 مؤرّخ في 12 فيفري 1975 ويراجع كذلك الإتفاقية المتعلقة بإحداث المنظمة العالميّة للملكيّة الفكرية – سنوكهولم 14 جويلية 1967 وصادقت تونس على هذه الإتفاقية بمقتضى القانون عدد 53 لسنة 1975 مؤرّخ في 14 جوان 1975، الرّائد الرّسمي عدد 42 المؤرّخ في 20 جوان 1975 (أمثلة أوردها الأستاذ علي كحلون من كتابه المسؤولية المعلوماتية ص)
¹⁸¹ نصّ الإتفاقية منشور على الموقع :

على جملة من الأحكام في التعاون والاختصاص وتسليم المجرمين المتبادلة والتّحقيقات المشتركة وأساليب التحريّ الخاصّة بما في ذلك المراقبة الإلكترونيّة وحماية الشّهود والموظّفين والتّعاون في مجال تنفيذ القوانين، وجمع وتحليل الجريمة المنظّمة.

وقد أشارت هذه الإتفاقيّة بوضوح إلى الجرائم التي يمكن أن ترتكب بواسطة وسائل الإتّصال الحديثة وأعطت التّساور بين الدّول أهميّة كبرى في صياغة الحلّ.

إلّا أنّ ما يلاحظ أنّ الإتفاقيّات المذكورة تبقى حلّاً وقتيّاً ولا يمكن أن يحلّ المشكل لعدّة اعتبارات أهمّها اقتصرها على عدد معيّن من الدّول والحال أنّ جرائم الفايبروك هي جرائم غير وطنيّة ممّا جعل فكرة إرساء قانون جزائي خاصّ بالإنترنت ضرورة لا مناص منها (ب)

ب – ضرورة إرساء قانون جزائي خاصّ بالإنترنت

إنّ إرساء قانون جزائي خاصّ بالجرائم التي ترتكب بواسطة الشبكة العنكبوتيّة هو حلّ جذري لمشكلة القانون المنطبق على الجرائم المذكورة لأنّ هذا القانون سيكون قانون موحد مطبّق من طرف جميع الدّول، يقدّم الحلول للإشكاليّات القانونيّة المطروحة وفي نفس الوقت يراعي مبدأ سيادة الدّولة على غرار ما هو معمول به في إطار القانون الدولي الخاص حيث يوجد قانون وطني لكلّ دولة يوضح مجال أخطائه وحدود هذا الإنطباق وذلك نظراً لخصوصيّة هذه الجرائم التي تستدعي وجود قواعد جزائيّة خاصّة، تستوجب مواكبة تشريعيّة تساهل نسق تطوّرها السّريع .

فإختلاف القوانين قد ينجم عنه تنازعا بين الدّول بالنّسبة للجرائم المعلوماتية بصفة عامّة والتي تتميّز بكونها عابرة للحدود.

فإذا ارتكبت جريمة في إقليم دولة معيّنة فإنّها تكون خاضعة لإختصاصها الجنائي استناداً إلى مبدأ الإقليميّة الذي يعني أنّ قواعد القانون الجزائي لا تطبّق إلّا في حدود الإقليم الخاضع لسيادة الدّولة التي يعترف لها القانون الدولي بالسيادة عليه.

وهو امتداد طبيعي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يفرض أن يكون النص التجريمي معلوما لدى عامة الناس، وتخضع كذلك لإختصاص الدولة الثانية على أساس مبدأ الإختصاص الشخصي، وقد تكون هذه الجريمة من الجرائم التي تستهدف أمن وسلامة دولة أخرى.

إن الصعوبات والإشكاليات القانونية المذكورة دفعت بعض الفقهاء¹⁸² إلى المناداة بضرورة التخلي عن قدسية مبدأ سيادة الدولة بمعنى عدم اعتبار مبدأ سيادة الدولة مبدأ فوق كل المبادئ لا يجوز الحد منه وذلك عبر وضع بعض المعايير المتعلقة بإسناد الاختصاص الدولي في مجال جرائم الشبكة العنكبوتية ويكون ذلك من الناحية العملية بالإستناد إما إلى معيار بلد البث وإما إلى معيار البلد الإستقبال (règles du pays d'émission ou du pays de réception)

والتي تعني أن القانون المنطبق على كل جريمة ترتكب بواسطة الفايسبوك هو قانون الدولة التي ظهرت فيها تلك الجريمة وروّجت فيها أو البلد الذي حصل فيه الضرر وذلك بقطع النظر عن هوية الجاني وعن البلد الذي ارتكبت فيه الجريمة، فهذه الطريقة تمكّن من مراقبة المحتويات التي تنشر على الفايسبوك وتسمح كذلك بضمان مبدأ سيادة الدولة¹⁸³.

ولكنها تطرح إشكالا يتعلّق بالقيود المفروضة على الشخص فمستعمل الفايسبوك مطالب بمعرفة كلّ قوانين بلدان العالم لكي يكون في حلّ من كلّ مسؤوليّة جزائية خوفا من أن يقوم بنشر محتوى يكون شرعيّا في بلده ولكنه مخالف لإحدى قوانين الدول الأخرى وهو ما يشكل حدّا من حرية مستعمل الفايسبوك.

¹⁸² أنظر :

Le discours du sénateur René tréguet dans son rapport sur les « nouvelles technologies de l'information et de la communication » rendu public en mars 1998 Melle Nancy Risacher « A propos des pyramides du pouvoir aux réseaux de savoirs – comment les nouvelles technologies de l'information vont aider la France à entrer dans le XXI siècle ? » Rapport du sénateur René tréguet bull. d'act/ Lamy droit de l'information et des réseaux n ° 104, c , Juin 1998, p 11

¹⁸³ أنظر :

N . Gautrand, « internet, le législateur et le juge », dossier spécial internet, Gaz du palais, 25 – 26 octobre 1996 p 63

الفصل الثاني : إجراءات المحاكمة

إنّ جرائم الفايسوك بإعتبارها جرائم عبر وطنيّة، ترتكب من طرف أشخاص من مختلف الدّول وفي فضاء شاسع وغير محدود، الأمر الذي يثير التّساؤل حول الإختصاص القضائي لهذه الجرائم بإعتبار أنّ الجريمة التي ترتكب في بلد منها قد تمتدّ آثارها إلى عدّة بلدان أخرى وذلك اعتبارا إلى أنّ الضّرر قد لا يقتصر بالضرّورة على بلد ارتكاب الفعل وإنّما قد يتعدان ليشمل بلدان أخرى اعتبارا إلى الصّبغة الدوليّة لجرائم الفايسوك وهو ما يؤدّي إلى الحديث عن المحكمة المختصة في مرحلة أولى (المبحث الأوّل) قبل التطرّق إلى وسائل الإثبات الخاصّة بجرائم الفايسوك (المبحث الثّاني)

المبحث الأوّل : تحديد المحكمة المختصة

إنّ المحكمة المختصة هي المؤسّسة المؤهّلة قانونا لقول كلمة القانون في نزاع معيّن ، ولكن لما كانت جرائم الفايسوك تتميّز بصبغتها الدوليّة التي لا تعترف بالحدود الجغرافيّة بإعتبار أنّ المعلومة المخالفة للقانون والماسّة بالشرف والإعتبار يمكن مشاهدتها في بلاد العالم أجمع، فإنّه لا يعقل أن يسند الإختصاص إلى محاكم العالم أجمع، إنّ الإختصاص ينعقد إلى المحاكم الوطنيّة في بعض الصّور التي يقتضيها القانون (فقرة أولى) إلا أنّ ذلك الإختصاص يظلّ محدودا ومقتصرا على الاطار الجغرافي للدولة الواحدة مما يجعل الغموض يظلّ سائدا والإشكال قائما حول الجهة القضائيّة المختصة بالنّظر في فصل النزاعات المذكورة و يجعل الحاجة إلى محكمة مختصة بجرائم الفايسوك ضرورة ملحة لمعالجة حالات تداخل الإختصاص القضائي (فقرة ثانية)

فقرة أولى : انعقاد الإختصاص للمحاكم الوطنيّة

تختصّ المحاكم التونسيّة بالنّظر في الجرائم في صورتين، الأولى إذا ارتكبت الجريمة فوق أراضيها وهو ما يعبر عنه بمعيار الإقليميّة (أ) والثانية إذا كان الجاني تونسي الجنسيّة وهو ما يعبر عنه بمعيار الجنسيّة (ب)

أ- اختصاص المحاكم التونسية استنادا إلى مبدأ الإقليمية :

اقتضى الفصل 129 من مجلة الاجراءات الجزائية أنه " تنظر في الجريمة محكمة الجهة التي ارتكبت فيها، أو محكمة المكان الذي به مقرّ المظنون فيه، أو المكان الذي به محلّ إقامته الأخير أو محكمة المكان الذي وجد فيه.

فالمعيار الأوّل لإختصاص المحاكم التونسية حسب منطوق النص المذكور هو معيار الإقليمية الذي يعني أنّ جميع العناصر المكوّنة للجريمة قد حصلت فوق تراب الدولة.

إنّ مبدأ الإقليمية يعني أنّ الجاني الذي ارتكب جريمة ما داخل الفضاء الإفتراضي أي بواسطة الموقع الإجتماعي الفايبريوك داخل التراب التونسي فإنّ المحاكم التونسية تكون هي المختصة بالنظر وذلك بقطع النظر عن جنسية الجاني وكذلك المتضرر من الفعل المخالف، وهو ما ينتج عنه بالضرورة أنّ المحاكم تصبح غير مختصة بالنظر في جرائم ترتكب خارج حدودها الترابية وذلك استنادا إلى فكرة الضرر الناتج عن الجريمة الذي قد يكون له بعدا دوليا.

ب- اختصاص المحاكم التونسية استنادا على مبدأ الجنسية

اقتضى الفصل 307 مكرر من مجلة الاجراءات الجزائية " أن كل من ارتكب جريمة خارج التراب التونسي، سواء بوصفه فاعلا اصليا او شريكا في جناية او جنحة، يمكن تتبّعه ومحاكمته من قبل المحاكم التونسية إذا كان المتضرر تونسي الجنسية..."

فجنسية المتضرر في هذه الحالة، تصبح عنصر فاعلا و رئيسيا في انعقاد اختصاص المحاكم التونسية، ضرورة أن كلّ من يرتكب جريمة سواء كانت في إطار ماديا او افتراضيا ضد متضرر تونسي، فإنّ المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر فيها و لو كان ارتكابها تمّ خارج التراب التونسي.

فكل شخص تونسي الجنسية، تضرر من جريمة ارتكبت ضدّه بواسطة الموقع الاجتماعي الفايسبوك خارج التراب التونسي، بإمكانه الالتجاء إلى المحاكم التونسية و ذلك بقطع النظر عن جنسية الجاني، و سواء كان فاعلا أصليا او شريكا في الجريمة.

و يتدعم هذا المبدأ بما جاء به الفصل 55 من القانون عدد 2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بمعاوضة الجهود الدولية لمكافحة الارهاب و منع غسل الأموال حينما ارتكز بدوره على معيار الجنسية و أسند الاختصاص للمحاكم التونسية في الجرائم الارهابية التي يرتكبها كل تونسي الجنسية خارج التراب التونسي .

فالتونسي الجنسية الذي يرتكب خارج التراب التونسي جريمة ارهابية او يشارك فيها او يحرّض عليها بواسطة الموقع الاجتماعي الفايسبوك، فإن محاكمته تكون لدى المحاكم التونسية عملا بمقتضيات الفصل 55 المذكور¹⁸⁴.

الفقرة الثانية: الحاجة إلى محاكم متخصصة

إن الحاجة إلى محاكم متخصصة في جرائم الفايسبوك و الجرائم الالكترونية بصفة عامة متأكدة، وهي حاجة تبررها طبيعة هذه الجرائم التي تتميز عن الجرائم التقليدية من حيث مجال و طريقة ارتكابها و سهولة تبخر أدلة اثباتها، لذلك ذهبت بعض التجارب المقارنة إلى إنشاء محاكم متخصصة في مثل هذا النوع من الجرائم مثل المحكمة السيبرية (أ) و القاضي الافتراضي (ب)

أ- المحكمة السيبرية le cybertribunal

إن المحكمة السيبرية¹⁸⁵ هي فكرة لمشروع كندي أسسه سنة 1996 كل من PIERRE TRUDEL و KARIM BENYekhlef الأستاذان بكلية الحقوق بمونريال وهي

¹⁸⁴ نصّ الفصل 55 من القانون عدد 75-2003 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 المتعلق بمعاوضة الجهود الدولية لمكافحة الارهاب و منع غسل الأموال على ما يلي "تكون المحاكم التونسية مختصة بالنظر في الجرائم الارهابية المرتكبة خارج التراب التونسي في الحالات التالية" أولا: إذا كانت مرتكبة من طرف تونسي..."
¹⁸⁵ انظر

محكمة متكوّنة من قضاة يتولون فض النزاعات بواسطة وسائل الاتصال الحديثة مثل الانترنت.

فطبيعة الانترنت كشبكة عالمية و ما تنسم به من صبغة دولية تتجاوز إطار الدولة الواحدة تستوجب أن يكون الجهاز القضائي المخصص لفض تلك الاشكاليات يتميز بدوره بصبغة دولية وهو ما يجد أثره في المحكمة السيبرية .

و بالإضافة إلى ذلك فإنّ طريقة التقاضي و الاجراءات المتبعة في إطار المحاكم التقليدية تنسم بالبطء و طول نشر النزاعات و تعقدها وهو ما لا يتماشى مع طبيعة الجرائم الالكترونية التي تنسم بسهولة ارتكابها و سرعة محوها و تبخر أدلة إثباتها الأمر الذي يجعل من الجهاز القضائي الافتراضي ضرورة ملحة لمجابهة هذا النوع المستحدث من الجريمة.

ب- القاضي الافتراضي THE VIRTUAL MAGISTRATE

إنّ مؤسسة القاضي الافتراضي¹⁸⁶ هي أول تجربة في مجال العدالة الافتراضية وهي مؤسسة أمريكية تهدف إلى فض النزاعات بواسطة وسائل الاتصال الحديثة باستثناء تلك المتعلقة بالتجارة الالكترونية و التحكيم.

و تتولى هذه المؤسسة اصدار أحكامها و قراراتها في النزاعات التي تعرض عليها في اطار الاحترام الكلي للعقد المبرم بين الطرفين و لمبادئ شبكة الانترنت.

وهي طريقة مبسطة و ميسرة تجنب الاطراف نقائص و سلبيات القضاء العدلي و المتمثلة أساسا في التعقيد و طول الاجراءات بالإضافة على مبدأ العلنية الذي عادة ما ينعكس سلبا على المتقاضين في إطار الجرائم المالية المتعلقة بالشركات العالمية الكبرى نظرا لما فيه من مس بمبدأ السرية في المعاملات التجارية

¹⁸⁶ انظر

« The virtuel magistrate » est une expérience commanditée par le national center for Automated information research (NCAIR) et le cyberspace law institute (CLI) mise en place le 4 mars 1996, site du virtual Magistrate, <http://vmag.vclip.org>.

المبحث الثاني: نظام الإثبات في جرائم الفايسبوك

تحتكم المادة الجزائية إلى مبدأ حرية الإثبات¹⁸⁷ و تخصيص هياكل معينة بالبحث عن الجريمة و إتباع طرق خاصّة في الاستقراء و ذلك على خلاف ما هو معمول به في المادة المدنية الذي تخضع إلى مبدأ الإثبات المقيد .

و لكن ما يلاحظ في هذا الإطار ، أن النظام التقليدي للإثبات في المادة الجزائية لم يعد قادراً على استيعاب الجرائم المستحدثة، و خاصة منها جرائم الفايسبوك ، و ذلك نظراً لصعوبة التعرف على المجرم الذي يرتكب الجريمة في عالم لا مادّي، بالإضافة إلى سهولة تبخّر أدلة الجريمة و آثارها في أوقات قياسية و توفر الآليات التقنية لإتلافها أو فسخها أو تغيير محتواها .

كل ذلك زيادة عن تشعب عناصر الإثبات و تشتتها بين عدد غير محدّد من الدول، و هو ما يجعل من نظام الإثبات الجزائي فيما يتعلق بجرائم الفايسبوك محدود و غير فعال باعتباره نظام تقليدي وجد أساساً لمعالجة الظاهرة الإجرامية التقليدية التي تتسم بطابعها المادّي، لذلك فإنه سيتم تناول هذا الجزء من الموضوع و ذلك بالتركيز على خصوصية الإثبات في جرائم الفايسبوك (فقرة أولى) و كذلك على حدوده (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: خصوصية الإثبات في جرائم الفايسبوك

تتميز جرائم الفايسبوك بكونها جرائم ترتكب وسط فضاء لا مادّي يتمثل في حقل للترددات الكهرومغناطيسيّة و الذبذبات التي تستعمل في الاتّصالات، و بالتالي فإن مسرح الجريمة في إطار الجرائم المذكورة يتميز بطبيعته الافتراضية، و كذلك بأتساع مجال ارتكابها طالما وأنها جريمة غير وطنية تتميز بتعدد مجالها الجغرافي، و طالما و أنّ للإثبات في هذه الجرائم طبيعة خاصة تنعكس بالضرورة على إجراءاته، فإنه سيقع تقسيم هذه الفقرة إلى

¹⁸⁷ انظر الفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي ينص على ما يلي: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، و يقضي الحاكم حسب وحدانية الخاص و إذا لم تقم الحجة، فإنه يحكم بترك سبيل المتهم".

جزئيين يتعلق الأوّل بطبيعة نظام الإثبات في جريمة الفايسبوك (أ) فيما سيقع تخصيص الثاني إلى وسائل الإثبات المعتمدة في هذا النوع من الجرائم (ب).

أ- طبيعة الإثبات في جرائم الفايسبوك

إذا ما كان للاعتداء المسلّط على وسائل الاتّصال أثراً مادياً يستدلّ به على الجاني، فإنّ الاعتداء على محتوى الاتصال لا يترك عادة أثراً، و إن حصل فإنه لا يمكن الحصول عليه الا بطرق فنية و علمية على غاية من الدقة، و هو إلى جانب ذلك يتميز بسرعة الإلتلاف وسهولة التبخر نظراً لقدرة الجاني على حذفه و تغييره .

إنّ الدليل في جرائم الاتصال يكون عادة في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية، تظهر في شكل نصوص مكتوبة أو صور أو أصوات يمكن تجميعها و تحليلها باستعمال برامج و تطبيقات و تكنولوجيات خاصة، لذلك يمكن لصاحب المحتوى المخالف للقانون أن يطمس دليل جريمته طمسا كاملاً و لا يترك لها أثراً و من ثمة فإنه يتعذّر أو يصعب ملاحظته.¹⁸⁸

و زيادة عن تلك الصعوبة التقنية لإثبات الجريمة في مجال جرائم الفايسبوك، فإنّ الإثبات فيها يتّسم كذلك بصفة اللا إقليمية التي لاتعترف بالحدود الجغرافية للدول و حتى للقارات، إذ ترتكب الجريمة في دولة واحدة أو في عدّة دول، كما تنتج أثارها في دولة واحدة أو في عدّة دول و هو ما يشكل أهم عائق أمام إثبات هذه الجرائم.

و نتيجة لذلك فإنّ المستندات التي يمكن اللجوء إليها و اعتمادها في إثبات الجريمة تأخذ شكل مستندات الكترونية و تختلف عن قواعد الإثبات التقليدية التي تعتمد على المستندات الورقية .

و لعل السؤال الذي يطرح في هذا الإطار يتمثل في معرفة ما إذا كان من الممكن اعتبار الكيانات المعنية لوسائل الاتصالات محلاً للتفتيش في إطار البحث عن أدلّة الجريمة خاصة وأن القانون التونسي جاء عاماً و غير دقيقاً فيما يتعلق بهذه المسألة حينما اعتبر صلب

¹⁸⁸د. عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي و التزوير في جرائم الكمبيوتر و الانترنت - دار الكتب القانونية مصر 2004

الفصل 93 من مجلة الإجراءات الجزائية أنه يجري التفتيش في جميع الأماكن التي قد توجد بها أشياء يساعد اكتشافها على إظهار الحقيقة، فعبارة "جميع الأماكن" التي وردت في النص المذكور تجعل من بيانات الحساب الآلي مندرجة في إطار الأماكن التي من الممكن تفتيشها، طالما و أن عبارة النص جاءت مطلقة و ذلك سواء كانت بيانات معنوية أو مادية و سواء كانت مخزنة في حاملتها أو معالجة آليا في الذاكرة الداخلية و لو أن احد شراح القانون¹⁸⁹ ذهب إلى عكس ذلك و أعتبر أن المقصود من عبارة الأوراق و الأشياء التي أشار إليها المشروع صلب الفصل 97 من مجلة الإجراءات الجزائية، هي الأشياء المادية الأمر الذي يستبعد معه الحديث عن الكيانات المعنوية المعتبرة وسائل إثبات و نفس الشيء بالنسبة للمراسلات التي يتعين على حاكم التحقيق حجزها متى كانت فيها فائدة لكشف الحقيقة حيث أن المقصود بالمراسلات المذكورة هي المراسلات العادية المكتوبة على سند ورقي دون غيرها، تقيداً بمبدأ التأويل الضيق للقانون الجزائري .

و إذا ما كان موقف المشرع غير واضح¹⁹⁰ بشكل كافٍ فيما يتعلق بتلك المسألة فإن المشرع الانقليزي نص بصفة صريحة على أن إجراءات التفتيش تنسحب على أنظمة الحاسب الآلي¹⁹¹ و ذلك بموجب القانون الصادر سنة 1990 .

و قد ذهب فقه القضاء التونسي في هذا الاتجاه حينما اعتبر أن الإرساليات القصيرة الموجودة على شاشة الهاتف الجوّال تشكل الركن المادّي لجريمة إزعاج الغير عن طريق الشبكات العمومية للاتصالات.¹⁹²

¹⁸⁹ علي كلون: المسؤولية المعلوماتية، مركز النشر الجامعي 2005 ص 420-421

¹⁹⁰ يمكن اعتبار موقف المشرع التونسي غير واضح لأنه لم ينص بصفة صريحة على كون إجراءات التفتيش تنسحب على بيانات الحساب الآلي و إنما يمكن الاستنتاج تلك الفكرة من عبارة النص الفصل 93 من ج.أ.ج الذي نص على إجراءات التفتيش تشمل جميع الأماكن و كذلك من خلال الفصل 172 من المجلة الجزائية و الذي أصبح يعتبر بعد التنقيح المؤرخ في 2 أوت 1999 أن جريمة التزوير يمكن أن تتم بصنع وثيقة مكتوبة أو تغيير متعمد للحقيقة بأي وسيلة كانت في كل سند سواء كان مادي أو غير مادي من وثيقة معلوماتية أو إلكترونية أو ميكروفيلم أو ميكروفيش و كذلك الفصل 199 ثالثاً من المجلة الجزائية الذي ينص على عقوبة كل من يدخل تغييراً بأي شكل كان على محتوى وثائق معلوماتية أو إلكترونية أصلها صحيح. ضرورة أنه طالما و أن المشروع اعتبر أن الكيانات المعنوية يمكن أن تكون محلاً للجريمة فإنه يمكن كذلك أن تكون محلاً للإثبات.

¹⁹¹ Wask martin : computer crimes and other crimes against information technology in the united kingdom – revue int de droit penal.

¹⁹² أ- قضية جناحية عدد 2005/3214 الصادر فيها الحكم عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 2005/11/30 ؛ غير منشور.

ب- قضية جناحي عدد 2006/4147 الصادر فيها الحكم عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 2006/05/03؛ غير منشور.

ج- قضية جناحية عدد 2007/1226 الصادر فيها الحكم عن المحكمة.

و نفس الإشكال يطرح فيها يتعلق بالمحجوز باعتبار أن المشرع لم يتحدث عن حجز السندات الالكترونية و إنما هو أشار بصفة عامة إلى الأشياء التي من شأنها الإعانة على كشف الحقيقة و ذلك صلب الفصل 97 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي نصّ على ما يلي: "على حاكم التحقيق أن يبحث عن الأوراق و الأشياء التي من شأنها الإعانة على كشف الحقيقة و أن يحجزها".

ب- وسائل الثبات في جرائم الفايبيوك

لقد تضمنت مجلة الإجراءات الجزائية جملة من الوسائل و الآليات القانونية التي تساعد في البحث عن الجريمة و الكشف عن مرتكبيها و ذلك صلب الباب الثالث تحت عنوان "طرق الإثبات" و تتمثل هذه الوسائل في الإقرار الذي يخضع لاجتهاد الحاكم المطلق عملاً بأحكام الفصل 152 من ذات المجلة و المحاضر و التقارير التي يحررها أعوان و مأمورو الضابطة العدلية و كذلك الاختبارات الفنية التي تلجئ إليها المحكمة عند الضرورة و شهادة الشهود السالمة من القرح بالإضافة إلى آليات المعاينة و الحجز و التفتيش.

إلا أن ما يلاحظ هو أن الوسائل المذكورة تتعلق أساساً بالجرائم التقليدية التي ترتكب في فضاء مادي محدود من حيث الزمان و المكان و الأشخاص الفاعلين أو المتضررين، أمّا إذا تعلق الأمر بجرائم ترتكب داخل فضاء افتراضي فان وسائل الإثبات التقليدية تكون عاجزة عن تحقيق النتيجة المرجوة و قد أثبتت التجربة عدم نجا عنها و هو ما أدى إلى ظهور علم جديد في البحث الجنائي، و هو علم البحث الجنائي الرقمي الذي يهتم بالآثار الرقمية الجنائية التي تخلفها الجريمة المرتكبة بواسطة الكمبيوتر أو الشبكة العالمية للاتصالات.¹⁹³

و الدليل الرقمي الجنائي هو نوع من أنواع الأدلة الجنائية تنطبق عليها خصائص وسائل الإثبات التقليدية من حيث شروط الاستخدام و حجيتها إلا أنها تتميز عنها ببعض الخصائص

¹⁹³ممدوح عبد الحميد عبد المطلب: البحث الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر و الإنترنت "دار الكتب القانونية-مصر-2004".

النوعية و قد عرفها الفقه بأنها "كل حامل مادّي لمعلومات في شكلها الثنائي الذي يمثل لغة الحاسب الآلي".¹⁹⁴

فالأدلة الرقمية الجنائية هي الأدوات التقنية التي تستعمل في الفضاء الافتراضي لإثبات الجريمة و الوصول إلى الجاني و حجز ما يمكن حجزه لإثبات التهمة.
و من أهمّها:

1- عنوان البريد الإلكتروني

عنوان البريد الإلكتروني (IP) internet protocole adress هو المسؤول عن تبادل البيانات عبر الشبكة العنكبوتية و توجيهها إلى أهدافها، و هو يشبه العنوان التقليدي الذي يوضع على الرسائل المادية و الوثائق و المكاتب، و هو عنوان يوجد بكل جهاز مرتبط بالانترنت و يعتمد في التخاطب بين كل حاسوب و آخر، بحيث يوجد بالضرورة بكل حاسوب مرتبط بشبكة الانترنت عنوان IP يتكون من أربعة أجزاء، يحتوي كل جزء منها على ثلاثة خانة، و يتولى كل جزء من الأجزاء الأربعة المذكورة التعريف بعنصر من العناصر المعتمدة في عملية الاتصال الافتراضي بحيث يتكفل الجزء الأول من اليسار من العنوان المذكور التعريف بالمنطقة الجغرافية التي تم من خلالها الاتصال فيما يتولى الجزء الثاني الإشارة إلى مزود الخدمات و الثالث إلى مجموعة الحواسيب الآلية المرتبطة فيما بينها خلال الاتصال المشار إليه، أما الجزء الرابع فيتولى تحديد الحاسب الآلي الذي تم منه الاتصال.

و بناءً على ذلك فإن عنوان IP هو أهم تقنية تمكن من التعرف على الجاني و تحديد موقع الجهاز و كذلك هوية مزود الخدمة للوصول إلى معرفة صاحب المقال المخالف للقانون أو صاحب الأعمال التخريبية.

¹⁹⁴ Laurent beslay : « la preuve numérique est tout matériel contenant des informations en forme binaire, qui constitue les longues des ordinateurs et des microprocesseurs ». lutte contre la cybercriminalité : le besoin d'une formation sur la preuve numérique- eric.freyssinet@enfsi.org

2- برنامج التتبع

هي تقنية تتولى التعرف على محاولات الاختراق التي تستهدف الأنظمة المعلوماتية والحسابات الشخصية للأشخاص و من قام بها، كما تتولى إشعار الجهة المتضررة منها.

و لعلّ أهم البرامج المعروفة في هذا المجال نذكر برنامج Hacker tracer 1 و 2 و هو برنامج صمّم للعمل في الأجهزة المكتبية WEB و هو يرصد كل محاولة للقرصنة أو اختراق جهاز الحاسب الآلي و بمجرد اكتشاف إحدى الاعتداءات فإنه يقوم مباشرة بإغلاق منافذ الدخول أمام المخترق، ثم يبدأ في عملية المطاردة التي تستهدف اقتفاء أثر الجاني والتعرف عليه، حتى يتمكن من الوصول إلى الجهاز الذي تم من خلاله الاختراق أو حصلت عبره عملية الاعتداء، و يكشف بالتالي عن الاعتداء و تاريخ حدوثه و العنوان IP الخاص بالجاني الذي قام بالعملية .

و يمكن المستخدم من الاختيار بين أربعة أوامر موجودة على هذه الشاشة الفرعية منه، الأول يسمّى Repartit و الثاني trace it ، و بمجرد الضغط على هذا الأمر تظهر شاشة أخرى تتولى التعريف بالدولة التي تمت منها محاولة الاختراق و بالضغط على أمر NEXT يقوم البرنامج باستكمال عملية اقتفاء الأثر، و بعدها تظهر شاشة ثالثة عليها خريطة العالم مع خط طويل ممتد من المدينة التي تمت منها محاولة الاختراق الى المدينة التي يقيم فيها المستخدم، و يظهر أسفل الخريطة مجموعة من الأوامر، بمجرد الضغط عليها تظهر خريطة أخرى عليها خط سير محاولة الاختراق .¹⁹⁵

أمّا إذا تم الضغط على الأمر الثاني و هو trace it، فإنه تظهر اسم الشركة المستضيفة و عنوان IP و رقم المنفذ port أو البوابة الخاصة بها، و بالضغط على أمر Network الذي يُظهر البيانات الكاملة للشبكة التي تتبعها الشركة المستضيفة الاختراق، بما في ذلك أرقام الهواتف و الفاكس الخاص بها. و لعلّ أهم تحديث هو أمر Registrant الذي يتولى تقديم معلومات الشركة المستضيفة و أمر الاقتفاء و تحديث المعلومات.

¹⁹⁵ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب: البحث و التحقيق الجنائي في جرائم الكمبيوتر و الانترنت - دار الكتب القانونية-مصر-2004

و يظهر هذا البرنامج في شكل دائرة عليها خطان متقاطعان، و يمكن الحصول على هذا البرنامج من موقع www.zdnet.com كما يمكن تحديد جهة مرسل الرسالة عن طريق البريد الإلكتروني باستخدام برامج تتبع مصدر الرسائل.

3- البروكسي: Proxy

إن البروكسي هو تقنية تقوم بدور الوسيط بين الشبكة و مستخدميها، بحيث تعمل الشركات الكبرى التي تتولى تقديم خدمة الاتصالات بالشبكات على ضمان الأمن و توفير خدمات الذاكرة الجاهزة cache Memory، حيث يتلقى مزود البروكسي عبر الانترنت طلبا من المستخدم للبحث عن الصفحة المطلوبة ضمن ذاكرة كاشي المحلية فيتحقق البروكسي مما إذا كانت تلك الصفحة قد جرى تنزيلها من قبل، فإذا كانت كذلك، أعادها إلى المستخدم دون حاجة إلى إرسال الطلب على الشبكة العالمية، أما إذا لم يجد مزود البروكسي الصفحة المطلوبة ضمن ذاكرة كاشي (caché) فإنه يعمل كمزود حريف و يرسل الطلب إلى الشبكة العالمية باستخدام أحد عناوين IP.

و يعتبر البروكسي من أهم وسائل الإثبات في جرائم الفايسبوك و الجرائم المعلوماتية بصفة عامة لأنه يحتوي على ذاكرة (caché) التي تحتفظ بكل العمليات الإلكترونية التي تمت عبرها و هو ما يجعلها مرجعا في الوصول إلى الجاني و إلى معرفة طبيعة الجريمة التي ارتكبتها و تاريخها و المتضرر منها و غير ذلك من المعطيات.¹⁹⁶

4- أدوات الضبط

تعتبر أدوات الضبط كذلك من وسائل الإثبات التقنية المهمة في مجال جرائم الفايسبوك و هي عبارة عن جملة من الآليات التقنية و الفنية التي تمكن من التعريف بالجاني و الوصول إليه وكسر حاجز التستر داخل الفضاء الافتراضي و من أهم هذه الأدوات نذكر أدوات المراجع K. Auditing و أدوات مراقبة المستخدمين للشبكة، و أدوات التنصت على الشبكة، والتقارير التي تنتجها نظم أمن البيانات و مراجعتها، و برامج النسخ

¹⁹⁶ محمد أبو العلاء عقيدة: التحقيق و جمع الأدلة في مجال الجرائم الإلكترونية المرجع السابق ص 124 .

الاحتياطي، والتسجيل وأدوات ضبط أخرى مثل MNM، Windows، content ، IDS، management .

كما يمكن استخدام أغلب الأدوات الواقعة استخدامها لارتكاب الجريمة كأداة ضبط مثل أدوات جمع المعلومات عن الزائرين للموقع كبرمجيات Java Applets و Javax و cookies و غيرها من البرامج المنشئة لهذه الأغراض.¹⁹⁷

و تعتبر أدوات الضبط كذلك أدوات استرجاع المعلومات من الأقراص التالفة مثل view disk، و برامج كسر كلمات المرور، و برامج الضغط و فك الضغط PKZIP، و برامج البحث عن الملفات العادية و مخفية مثل Xtrepo، و برامج تشغيل الحاسب Bootable diskette و برامج نسخ البيانات مثل Laplink.¹⁹⁸

و يمكن اعتبار استرجاع الملفات المحذوفة كذلك من وسائل الإثبات المهمة باعتبار أن الجاني يسعى دائما و بمجرد بلوغ العلوم إليه بانطلاق الأبحاث ضده إلى حذف المقال المخل بالحياء أو الذي يتضمن مخالفة للقانون بصفة عامة لكي يقبر آثارها، حيث أنه توجد عدة طرق فنية تمكن من استرجاع ما وقع حذفه من الشبكة و إحيائه من جديد من ذلك برنامج Windows for rescutile و برنامج Research regreru كما توجد عدة أدوات أخرى تمكن من الوصول إلى الجاني و كشف محتوى الجريمة منها:

- أدوات ARP: و تتمثل وظيفتها في تحديد مكان الحاسب الآلي على الشبكة و تحتفظ بجميع أرقام بطاقات شبكة MAC و له عدد من المداخل التي تكشف على عناوين IP
- برنامج Visual route: و هو برنامج مؤهل لالتقاط أي عملية فحص وقع ضد الشبكة و يتولى تقديم الأجوبة عن العمليات التي حدثت فيها المناطق التي مرّ من خلالها الهجوم.
- أداة tracer و أداة ترسم مسارا بين الجهتين، و تتولى إظهار كل التفاصيل و المعطيات الدقيقة عن كيفية ارتكاب الجاني لجريمته و توضع توقيت الجريمة و المدة الزمنية التي

¹⁹⁷ النقيب سليمان مهجع العنزي: وسائل التحقيق في نظم المعلوماتية مركز الدراسات و البحوث جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - قسم العلوم الشرطية.

¹⁹⁸ ممدوح عبد الحميد المطلب: المرجع السابق ص 77.

استغرقها و العناوين التي تمت زيارتها و القفزات و الوثبات التي قام بها الجاني بحيث أنها تعيد مسرح الجريمة و كيفية ارتكابها أمام الباحث و كأنها ارتكبت أمامه.¹⁹⁹

- أداة Netstat: و هي أداة تهدف إلى فحص الاتصال الحالي للبروتوكول TCP/IP و لها عدد آخر من المهام لعل أهمها عرض جميع الاتصالات و منافذ التنصت و عرض المنافذ و العناوين بصورة رقمية.

غير أن كل تلك الوسائل و الآليات المهمة في مجال إثبات الجريمة تعرف بعض العوائق التي تحد من نجاعتها و تجعل دورها محدوداً في مجال مكافحة جرائم الفايسبوك.

الفقرة الثانية: حدود نظام الإثبات في جرائم الفايسبوك

يعرف نظام الإثبات في جرائم الفايسبوك علاوة على العوائق التقنية، بعض العوائق الأخرى التي تحد من نجاعته و تجعله قاصراً عن تحقيق الغاية المرجوة، و تتمثل هذه العوائق أساساً في غياب قواعد إجرائية خاصة بجرائم الفايسبوك (أ) و بغياب سلطة مختصة بتلك الجرائم (ب).

أ- غياب قواعد إجرائية خاصة بجرائم الفايسبوك

إن جملة النصوص الجزائية المتعلقة بالإثبات و بوسائله المعتمدة صلب مجلة الإجراءات الجزائية²⁰⁰ هي قواعد تقليدية سنت في إطار تاريخي معين اتّسمت فيه الجريمة بطابعها البدائي و التقليدي و بالتالي فإنه من الطبيعي أن تكون أحكامها قاصرة عن مواكبة التطور الذي عرفته الجريمة خاصة في ما يتعلق بمجالها الإلكتروني، و ذلك أن جرائم الفايسبوك ولئن كانت جرائم عادية من حيث التقسيم، باعتبارها جرائم تتعلق بالاعتداء على الأشخاص و الأموال و الأخلاق و النظام العام و غيرها، إلا أنها تختلف عنها من حيث المجال.

¹⁹⁹ النقيب سليمان مهجع العنزري المرجع السابق ص 80.
²⁰⁰ صدرت مجلة الإجراءات الجزائية سنة 1968 بموجب قانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرخ في 24 جويلية 1968 المتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجزائية.

فمسرحة الجريمة في إطار الفاييبوك هو مسرح افتراضي تكون الوسائل المعتمدة فيه معنوية و لا تترك أثارا مادية و تكون كذلك سهلة الإتلاف و سريعة التبخّر بالإضافة إلى صعوبة حصر مكان تحديدها.

و نتيجة لذلك فإننا نجد تطوراّ مذهلا في مجال تقنيات الجرائم يقابله جمود على مستوى القواعد الإجرائية المتعلقة بالإثبات، الأمر الذي أوجد هوة عميقة بين الواقع القانوني و أفرز عدة صعوبات عملية و عجزاً واضحاً في مواجهة هذا النوع المستحدث من الجريمة.

فإجراء التفتيش مثلا المنصوص عليه بالفصل 93 و ما بعده من مجلة الإجراءات الجزائية²⁰¹ قد يصطدم بعدة إشكاليات من بينها الصعوبة الفنية للتفتيش عن أدلة الجريمة في عالم افتراضي بالإضافة إلى الصعوبة المتعلقة بإمكانية المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، كل ذلك زيادة عن إمكانية حذف تلك الأدلة و إخفائها أو تغيير محتواها بسرعة كبيرة و هو ما يطرح إشكالا آخر يتمثل في الأذون الكتابية اللازمة لممارسة أي عمل من أعمال التحقيق المنصوص عليها صلب الفصل 11²⁰² من مجلة الإجراءات الجزائية و التي يتوجب على أعوان الضابط العدلية الحصول عليها بصفة مسبقة لممارسة أعمالهم .

كما أن إجراء الحجز كوسيلة من وسائل الإثبات في جرائم الفاييبوك لا يتوقف على حجز الأجهزة المادية كالحاسب الآلي و القرص المضغوط و غيره و إنما يتعداه ليشمل البيانات والمعطيات و البرامج و النظم الالكترونية و الرقمية و كل ما هو ذا طبيعة معنوية يكون عرضة للتغيير و الإتلاف و هو ما يطرح إشكالا قانونيا يتعلق بمدى إمكانية خضوع البيانات المعنوية لإجراءات البحث و إلى مدى حجيتها في مجال الإثبات.

إن كل تلك التساؤلات تؤكد بوضوح عجز القواعد الإجرائية التقليدية و قصورها على مجابهة الظواهر الإجرامية المستحدثة و تجعل الحاجة إلى إدخال تغييرات جذرية على مجلة الإجراءات الجزائية لمواكبة تلك الجرائم أكيدة .

²⁰¹ نص فصل 93 من مجلة الإجراءات الجزائية على ما يلي "يجري التفتيش في جميع الأماكن التي قد توجد بها أشياء يساعد اكتشافها على إظهار الحقيقة"

²⁰² ينص الفصل 11 من مجلة الإجراءات الجزائية على ما يلي: "مأمور و الضابط العدلية المشار إليهم بالأعداد 2 و 3 و 4 من الفصل 10 هم مساعدون لوكيل الجمهورية و لهم في الجنائيات و الجنج المتلبس بها ماله من السلطة و عليهم أن يعلموه حالاً بما قاموا به من الأعمال, و ليس لهم فيهما عدا ذلك إجراء أي عمل من أعمال التحقيق ما لم يكونوا مأذونين بإجرانه بإذن كتابي.

و إذا ما كان التشريع التونسي لا يزال محافظا على طابعه التقليدي في مجال مكافحة ذلك النوع المستحدث من الجريمة فإنّ بعض البلدان الأوروبية تفتنت إلى ذلك الخلل و سارعت إلى إيجاد الحلول له عبر المصادقة على الاتفاقية السيبرية بتاريخ 21 نوفمبر 2001 التي تهدف إلى ضبط قواعد البحث و إثبات الجريمة التي لها علاقة بالأنظمة المعلوماتية والمعطيات الالكترونية و ما يتصل بهما من محتوى.²⁰³

و قد أعطت الاتفاقية المذكورة للدول المصادقة عليها حق الخيار في اعتماد المفاهيم التقليدية في البحث و التفتيش أو الاستناد بالمفاهيم الحديثة في النفاذ و النسخ، و لكنها أوردت جملة من الإجراءات الحديثة مثل الحفظ السريع للبيانات لضمان نجاح إجراءات التفتيش و الحجز في محيطها الالكتروني و ضرورة الجمع الحيني للمعلومات و التقاطها في وقتها، أي التعرف على المحتوى المعلوماتي ثم جمعه و حفظه²⁰⁴ من طرف مسدي الخدمات و على الأخص مزود الخدمة الذي يتعين عليه المبادرة بحفظ البيانات المخزنة و مراقبتها و ضمان عدم تغييرها أو تعريضها للتلف مع الالتزام بواجب السرية الكاملة احتراماً لحقوق الأفراد والحريات الأساسية و ذلك بقصد تقديمها للجهات الأمنية و القضائية عند الضرورة.

و بالإضافة إلى مسألة جمع و حفظ المعلومات فقد أيدت الاتفاقية كذلك إجراءات تفتيش و حجز المعطيات المعلوماتية المخزنة و أصبح بالتالي من الممكن الحديث عن الوثائق الالكترونية و التفتيش عنها و حجزها.

²⁰³ هي اتفاقية جاءت بناءً على دراسة أجرتها لجنة تسمى اللجنة الأوروبية المكلفة بالمسائل الإجرامية، انتهت فيها إلى أنه من الضروري فرض جملة من القواعد الأمره تحدد الجرائم الالكترونية و تضبط إجراءات البحث و التحقيق فيها تضمن صلب اتفاقية و تكون ملزمة لجميع الدول المصادقة عليها و قد انطلقت اللجنة في أعمالها بداية من شهر أبريل 1997 و انتهت في 31 ديسمبر 2000 و قد وقع المصادقة بصفة نهائية من طرف المجلس الأوروبي على الاتفاقية بتاريخ 8 نوفمبر 2001 و صرقت للإمضاء بتاريخ 23 نوفمبر 2001 بمدينة بودابست بمناسبة انعقاد المؤتمر الدولي حول الجريمة السيبرية.

[http://www.droit_technologie: conseil de l'Europe – rapport explicatif sur la convention de la cybercriminalité \(STE No 185\)](http://www.droit_technologie: conseil de l'Europe – rapport explicatif sur la convention de la cybercriminalité (STE No 185))

²⁰⁴ il importe d'établir une distinction entre la conservation des données et l'archive des données. conserver des données c'est garder des données qui existe déjà sous forme stockée en les protégeant contre tous ce qui pourrait en altérer ou en dégrader la qualité ou l'état actuel. Archiver des données c'est garder en sa possession pour l'avenir des données qui sont en cours de production. L'archive des données implique l'accumulation des données dans le présent et la garde ou la possession de ces données en prévision d'une période future. L'archivage des données est la processus de stockage des données. En revanche, la conservation des données est l'activité qui garantit leur sécurité et leur surité ».

Conseil de l'Europe – rapport explicatif sur la convention sur la cybercriminalité (STE No 185).

<http://conventions.coe.int/treaty/fr/reports/Htm/185.htm> (35 of 88) (23/11/2011)

كما نصّت الاتفاقية بصفة صريحة على إمكانية الجمع الحيني للمعطيات الالكترونية (collecte en temps réel de données informatiques) و الالتقاط البيئي و الحيني للمعطيات الالكترونية الخاصة بالمحتوى (interception de données relatives au contenu) و المقصود بذلك هو التدخل السريع خلال الوقت المناسب للإرسالية الالكترونية بقصد تسجيلها مثل إجراء التنصّت الهاتفي المعمول به في إطار الشبكات التقليدية.²⁰⁵

فالجمع الحيني للمعطيات المرتبطة بالنشاط يعتبر من الأمور المطلوبة في إطار الفايسبوك نظراً لإمكانية تغيير البيانات و انتشارها.

و تكمن أهمية الاتفاقية المذكورة في كونها منحت حق الانخراط لكل الدول و هو ما يعني أنه بإمكان المشرع التونسي تدارك النقائص التي تعترى القوانين الوطنية و ذلك بالانخراط فيها عملاً بمقتضيات الفصل 37 منها المتعلق بشروط الانخراط.²⁰⁶

و الملاحظ أن بعض التشاريح الأوروبية ذهبت في اتجاه تكريس قواعد إجرائية بالبحث الجزائي الالكتروني و منها المشروع البلجيكي الذي تدخل بموجب القانون الصادر في 20 نوفمبر 2000 ليعدّل العديد من الأحكام الواردة بمجلة التحقيق الجزائي بهدف تمكين الجهات الأمنية و القضائية من سحب إجراءات الحجز و التفتيش على الأنظمة المعلوماتية و المعطيات الالكترونية المتعلقة بها.

غير أن تعديل الأحكام المتعلقة بالبحث و التحقيق و إثبات جرائم الفايسبوك لا يكفي في حدّ ذاته ما لم يقع معالجة العوائق المتعلقة بتأهيل السّلط المختصة بالبحث في جرائم الفايسبوك.

²⁰⁵ علي كطول – المرجع السابق ص 430.

²⁰⁶ Article 37 adhésion à la convention :

Après l'entrée en vigueur de la présente convention, le comité des ministres du conseil de l'Europe peut, après avoir consulté les états contractants à la convention et en avoir obtenu l'assentiment anonyme, inviter tout état non membre du conseil et n'ayant pas participé à son élaboration à adhérer à la présente convention. La décision est prise à la majorité prévue à l'article 20 du statut du conseil de l'Europe et à l'unanimité des représentants des états contractants ayant le droit de siéger au comité des ministres.

Conseil de l'Europe – convention sur la cybercriminalité (STE No 185).

<http://convention.coe.int/treaty/fr/treaties/htm/185.htm> (26 of 30) 23/11/2001.

ب- غياب هيكل مختص بالبحث في جرائم الفيسبوك

إن جرائم الفيسبوك تظل جرائم متشعبة و مستعصية عن كشفها و الوصول إلى مرتكبيها ما لم يقع إحداث هيكل مختص بالبحث فيها و ذلك أن عمليات البحث و التحقيق و المعاينات و جمع الأدلة الرقمية المخزنة و فحصها و تحليلها تشكل تحدياً تواجه أعوان الضبط العدلية و الذين لا يتمتعون بتكوين خاص لتقنيات التكنولوجيا الحديثة.

فالمشرع التونسي لم يحدّد هيكلًا مختصاً بالبحث في الجريمة المرتكبة بواسطة الموقع الاجتماعي الفيسبوك و بصفة عامة الجريمة التي لها علاقة بالمجال المعلوماتي و ذلك على غرار المشرع الفرنسي مثلا الذي أقرّ لجنة خاصة بمعاينة الجرائم الالكترونية و البحث فيها و هي لجنة مختصة متكونة من أخصائيين في مجال الاتّصال و أخصائيين عدليين في مجال الضابط العدلية، فوجد بذلك إدارة فرعية خاصة لمكافحة جرائم الاتّصال و المعلوماتية ضمن إدارة الشرطة العدلية و ذلك لتوفير الضمانات اللازمة و تحقيق المعادلة بين توفير المعرفة العلمية و المعرفة القانونية.²⁰⁷

²⁰⁷ فتحي الميموني، جرائم الاتصالات، مجلة الأخبار القانونية بالعدد 6-7 جويلية 2006 ص 31.

خاتمة الجزء الثاني

إن التطبيقات التكنولوجية في مجال الاتصالات أفرزت عديد الإيجابيات المتمثلة أساسا في سرعة التواصل إجتماعيا وفي سرعة التبادل التجاري فكانت نتائجها باهرة على الصعيدين الإجتماعي و الإقتصادي .

ولكن هذا التطور افرز كذلك نتائج سلبية تتمثل في ظهور جرائم خاصة ، انعكس تطور تقنياتها وأسلوب ارتكابها على وسائل الإثبات وإجراءاته، وغيرت كثيرا من طبيعة البحث الجنائي وعدلت الطرق التقليدية في البحث وتتبع المضمون فيهم.

فقد تبين من خلال دراسة هذا الجزء من الموضوع أن الظواهر الاجرامية المستحدثة تتميز بنوع من الخصوصية على مستوى اجراءات التتبع و المحاكمة و طرق الاثبات و وسائله وغيرها مما يدعم الاعتقاد الراسخ بأن القواعد التقليدية للاثبات في المادة الجزائية لم تعد قادرة على استيعاب تلك الظواهر الاجرامية و مكافحتها و التصدي لها.

و يزداد الاشكال تعقيدا كلما تعلّق الأمر بتحديد المحكمة المختصة بالنظر في مثل تلك النزاعات نظرا للبعد الدولي لجرائم الفايبيوك التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتمتد إلى عدة أقطار أخرى وهو ما ينعكس ضرورة على مستوى قواعد الاختصاص القضائي،بالإضافة إلى مسألة تحديد المسؤول الجزائي ، الذي تتسم بدورها بشيء من التعقيد و عدم الوضوح، نظرا لجملة الشروط التي أوجبها القانون لقيام مسؤولية المتداخلين المذكورين.

إن كل تلك الاشكاليات العملية و النقائص التشريعية تجعل الحاجة أكيدة و ملحة لتنقيح مجلة الاجراءات الجزائية و جعلها مسايرة للتطور الحاصل على مستوى هذا النوع من الجرائم الذي أصبح ظاهرة تهدد أمن و سلامة المجتمعات و استقرارها.

الخاتمة العامة

يعتبر الموقع الاجتماعي "الفايسبوك" من أهم تقنيات الاتصال التي توصل إليها العقل البشري نظراً لكونه وسيلة تواصل فعالة و ناجزه و غير مكلفة، ممّا جعل الشعوب تعتمد عليها بصفة تكاد تكون كآية حتى أصبح استخدامه من حيث كثرته يضاهي استعمال الهاتف الخليوي في عصرنا الحديث، و لكن بقدر ما سهّلت هذه التقنية حياة الإنسان بقدر ما أصبحت تشكل وسيلة تهدّد حياته الخاصّة و معطياته الشخصية و فضاءً مناسباً للتعدّي على الغير والاعتداء عليه.

فالفايسبوك أصبح من أهم تقنيات التواصل الحديثة لارتكاب الجرائم نظراً للصبغة اللامادية التي يتّسم بها ممّا يصعب معه إثبات الجريمة و ذلك نظراً لانعدام الآثار المادية للجريمة وللقدرّة على فسخها و إخفائها و تغييرها في وقت سريع بالإضافة إلى صعوبة التوصل لمعرفة الجاني في ظل ما يميّز به الموقع الاجتماعي المذكور من بعد دولي يجعله يتجاوز حدود الدولة الواحدة.

لقد بينت الدراسة أن تعدّد و تنوع مجالات التجريم في إطار الفايسبوك بدءاً بالجرائم الماسة بشرف الإنسان واعتباره مروراً بالجرائم الأخلاقية و جرائم الأمن العام و السلم الاجتماعي و غيرها أصبح يطرح إشكاليات عديدة على المستوى الاجتماعي و القانوني و يستدعي مراجعة شاملة للأحكام و النصوص القانونية التي يتضح من خلالها بكل وضوح أنها قوانين تقليدية أصبحت قاصرة و عاجزة عن مجابهة هذه الظواهر الإجرامية المستحدثة لأن تطبيقها يفترض وقوع الجريمة في فضاء مادّي و ملموس في حين أن جرائم الفايسبوك ترتكب داخل فضاء افتراضي لا تغطيه هذه القوانين و لا تقدر وسائل الإثبات التقليدية على مجابهته والوصول إليه.

فغياب التجريم في بعض الاعتداءات و قصور البعض الآخر منها جعل هذا الفضاء الافتراضي خارج دائرة التجريم و مجال لكل من له نزعة إجرامية لارتكاب جريمته في حلّ من كل مؤاخذة جزائية و هو ما يتنافى و مفهوم دولة القانون و مبدأ المساواة أمامه.

و لقد بيّنت هذه الدراسة الحاجة الأكيدة لسدّ هذا الفراغ التشريعي و السعي السريع الى مواكبة التطور الذي عرفته الجريمة بقصد مجابهة جرائم الفايسبوك و التصدي لها و ذلك بتقديم بعض المقترحات التي قد تكون مفيدة في هذا الإطار على نحو ما يلي:

1- ضرورة الإسراع بسنّ تشريع خاص بجرائم الفايسبوك يحدّد أركانها و طبيعتها و يميّزها بكل وضوح عن الجرائم التقليدية التي ترتكب في إطار مادّي لا يمكن إن يغطي الظواهر الإجرامية المستحدثة التي ترتكب داخل فضاء افتراضي.

2- ضرورة تنقيح قواعد مجلة الإجراءات الجزائية و خاصة منها تلك المتعلقة بالإثبات والحجز و التفتيش و غيرها لتصبح متلائمة مع جرائم الفايسبوك و ما تتميز به طبيعة لا مادّية كالتنصيص الصريح على حجّية الأدلة العلمية و على قوتها الثبوتية.

3- ضرورة إحداث هيكل للبحث و التتبع في جرائم الفايسبوك و الجرائم المعلوماتية بصفة عامة تتوفر فيه المؤهلات العلمية و الفنية و القانونية اللازمة لمجابهة هذه الجرائم و القدرة على الوصول إلى الجناة و التعرف عليهم و تقديمهم الى المحاكم .

4- ضرورة إحداث موقع الكتروني لتلقي البلاغات و الشكاوى لضحايا جرائم هذا الموقع الاجتماعي يلعب دور المرشد القانوني يعمل تحت إشراف إدارة أمنية لمكافحة هذا النوع من الجريمة.

5- ضرورة إحداث محاكم مختصة في المنازعات و الجرائم الالكترونية بصفة عامّة.

الملاحق

قائمة المراجع

المراجع باللغة الفرنسية

I- Ouvrages :

1- Ouvrages généraux :

- 1/ CARBONNIER (Jean) : Droit civil, les personnes, Paris P.U.F. 17^{ème} éd.
- 2/ Frédéric Desportes et Francis le gunchec : le nouveau droit pénal. tom 1, droit pénal général 5^{ém} ed Economica Paris 1998.
- 3/ PRADEL (Jean) : Droit pénal général, éd cujas 1992.
- 4/ TERRE (F) et FENOULLEIT (D) : Droit civil, les personnes, les incapacités, 6^{ème} éd Paris 1996.
- 5/ VERON (Michel) : Droit pénal spécial, Masson 1994.
- 6/ VITU (ANDRE) : Droit pénal spécial, Cujas 1982 n°1934

2- Ouvrages spécialisés :

- 1/ BERTRAND (André): Droit à la vie privée et droit à l'image, éd ITEC 1999.
- 2/ BEN SOUSSAN (Alain) : Les télécoms et le droit, Paris, HERMES 1996.
- 3/ BILIN (H) : traité de droit de la presse, librairies techniques, Paris, 1969.

4/ Bossu (B), la dignité de la personne humaine, collection droit civil, droit des personnes et de la famille Mai 2000.

5/ EDELMAN (B) : La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, Dalloz 1997 chron.

6/ GASSIN (R): Le droit pénal de l'informatique Dalloz 1986

3- Thèses et mémoires :

1/ BAKKOUR (Sadok) :La responsabilité des intermédiaires de l'internet , mém de mastère Fac de droit Sfax 2004-2005.

2/ HALLIER (PAUL) : De la diffamation, dans ses éléments constitutifs et ses variétés, thèse pour le doctorat, fac droit Paris 1899.

3/ MEZGHANI NABILA : La protection civile de la vie privée, thèse pour le doctorat d'Etat Paris II 1973.

4/ HAMON ARNAUD : Une approche de la liberté d'expression, Mémoire DEA Paris uni de Paris X Nanterre 2000, en ligne sur : juriscom.net.

(<http://www.juriscom.net/uni/14/Prestation.ht>)

5/ YAACOOB WIEM : La cybercriminalité, Mémoire DEA droit privé fac droit Sfax 2008-2009.

4- Articles :

1- BONNARD(Catherine-Latry) : L'arsenal penal juridique sur Internet, Gaz . PAL 1997.

- 2/ CARLES DE LOS SANTES : la publicité sur internet en droit espagnol, gaz du palais 22 Nov 1997.
- 3/ DENIS PERIER (D) : le minitel en accusation, gaz du palais 1987.
- 4/ DEKEUWER – DE FOSSEZ (F) : Le harcèlement en droit français, discrimination ou atteinte à la liberté ? semaine juridique 1993 Ed géné I doctrine n°366.
- 5/ JACQUINOT (Claude) : a propos du procès du minitel rose gaz du palais 1988 II.
- 6/ HOEBECK et B. MOUFFE : Droit de la presse éd brylant, 2000.
- 7/ GOURTRAND (N) : internet, le législateur et le juge ,Dossier spécial internet gaz du Palais 25-26 oct 1996.
- 8/ MERWE (V) : Computers crimes and other crimes against information technology in South Africa RIDP 1993.
- 9/ MAYAUD (Y.): la communauté d'intérêts, Revue de sciences criminelles 1998.
- 10/ NERSON (R): La protection de l'intimité, journal des tribunaux 1959.
- 11/ NATHALIO (VARILLE) : Publicité sur internet, gaz du palais 22 Nov 1997.
- SCHREIBER (W.) : La délinquance assistée par ordinateur R.I.D.P.C. n°464 1997
- 12/ POUJOL (Nathalie –Mallet) : la réforme de la loi informatique et liberté, RF , adm, pub n° 89 janvier , mars 1999.
- 13/ TROUSSEAU (Marie-Pierre-Fenoll) : Gérard Hass, internet et protection des données personnels. Ed LITEC 2000
- 14/ VERBIEST (Thribault) : droit international privé et commerce électronique, état des lieux, juriscom.net février 2001.

15/ VERBIEST (T) et WERY : La responsabilité des fournisseurs de service internet, journal des tribunaux 17 janv 2001.

16/ WASK MARTIN : Computer crimes and other crimes against information technology in United kingdom, R.I.D.P., 1993.

5- Sites internet

<http://www.nicolas-bermond.com/social-networking/definition-site-de-social-networking-6>

<http://www.01net.com/editorial/403740/le-chiffre-du-jour-64-pour-cent-des-internautes-français-fréquentent-des-reseaux-sociaux>

[Le monde.fr facebook](http://Le-monde.fr/facebook)

<http://fr.wikipedia.org/wiki/facebook>

<http://www.legalis.net/jurisprudencedecision.php?idarticle=1945>

<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/cour-d-appel-de-paris-13e-chambresection-a-15-Mai-2007-html>

[http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?idarticle=1959 :](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?idarticle=1959)

<http://www.infos-du-net.com/actualite/15615-senat-Adresse-IP-html>

<http://www.juriscon.net>

<http://www.generation-nt.com/facebook-publicite-Zuckerberg-beacon-actualite-50396.html>

<https://www.flickr.com/>

[http:// commons.wikimedia.org](http://commons.wikimedia.org)

([http : // WWW. Juriscom.net / Uni/ 14 / prestation.ht](http://WWW.Juriscom.net/Uni/14/prestation.ht))

([http : // archives. Internet. Gouv. Fr / affichage. Php ? val : Français : textes](http://archives.Internet.Gouv.Fr/affichage.Php?val:Français:textes)
ref : râpe 98 : accueil. Htm)

[http : // WWW. Droit – technologie. Org](http://WWW.Droit-technologie.Org)

[http : // WWW. Droit – technologie, org](http://WWW.Droit-technologie.org), la responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperbiens

[http : // WWW. Gitton net / jurisprudence / R 1996 htm.](http://WWW.Gitton.net/jurisprudence/R1996.htm)

[http://www.droit –technologie.org](http://www.droit-technologie.org)

[http : // www/ juris-classeur. Com / »](http://www/juris-classeur.Com/)

[http : // www/ juriscom. Net / txt / jurisfr / cti / tgiparis 20000522. Htm”](http://www.juriscom.Net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.Htm)

[Http:// juriscom.net / chr /2/fr2000 htm.](Http://juriscom.net/chr/2/fr2000.htm)

[http : // europa. En. Int / smartapi / agi / spa doc ? smartap / celexapi / prod. Celex num doc = Fr & numdoc = 3200020031 & model = guichet »](http://europa.En.Int/smartapi/agi/spa/doc?smartap/celexapi/prod.Celexnumdoc=Fr&numdoc=3200020031&model=guichet)

[http : // Fr.news.Yahoo.com / 030211 / 1 / 31 mek.html »](http://Fr.news.Yahoo.com/030211/1/31mek.html)

[http : // Fr.news.Yahoo.com / 030211 / 85 / 31 mek.html »](http://Fr.news.Yahoo.com/030211/85/31mek.html)

[http : // archives internet. Gov. Fr / affichage. Php ? val = francois / textesref / rapce 98 / accueil. Htm ».](http://archivesinternet.Gov.Fr/affichage.Php?val=francois/textesref/rapce98/acceuil.Htm)

[http // www. Law. Valberta . ca / alri / ulc /fidex. htm](http://www.Law.Valberta.ca/alri/ulc/fidex.htm)

[http : // www. Journal dunet . com / juridique](http://www.Journaldunet.com/juridique)

[http // www. Droit – technologie. Org](http://www.Droit-technologie.Org)

[http : // www.vivrele. Net / mode / 900. htm](http://www.vivrele.Net/mode/900.htm)

[http : // www. Adij. Asso. Fr / v3 / len. htm](http://www.Adij.Asso.Fr/v3/len.htm)

[http : // www. Journaonet.com / juridique / juridique 030 1141. Shtml »](http://www.Journaonet.com/juridique/juridique0301141.Shtml)

[http : // www. Droit – technologie. Org / 12. Asp ? actuid = 714 »](http://www.Droit-technologie.Org/12.Asp?actuid=714)

[http : // convention. Coe . int / treaty / fr / treatiers / htm / 185. Htm](http://convention.Coe.int/treaty/fr/treatiers/htm/185.Htm)

[http ://www.cybertribunal.org.](http://www.cybertribunal.org)

[http://vmag.vclip.org.](http://vmag.vclip.org)

eric.freyssinet@enfsi.org

http://www.droit_technologie

<http://conventions.coe.int/treaty/fr/reports/Htm/185.htm>

المراجع باللغة العربية :

1- الكتب :

سليمان مهجع عنزي: وسائل التحقيق في نظام المعلوماتية مركز الدراسات و البحوث جامعة نايف العربية للعلوم المهنية

عبد المجيد العبدلي: قانون العلاقات الدولية الطبعة II شركة عزت حسنين، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النشر و التوزيع بالرياض

علي كحلون: المسؤولية المعلوماتية مركز النشر الجامعي 2005

عبد الله الحمدي: الجرائم الأخلاقية 1988

مصطفى محود: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة دار النشر للثقافة، الاسكندرية 1953

معوض عبد التواب: القذف و السب و البلاغ الكاذب و افشاء الأسرار و الشهادة زورا، دار النهضة العربية، القاهرة

عبد الفتاح بيومي حجازي: الدليل الجنائي و التزوير في جرائم الكمبيوتر و الانترنت دار الكتب القانونية مصر 2004

ممدوح عبد الحميد عبد المطلب: البحث المدني في جرائم الكمبيوتر و الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2004

2- الاطروحات و المذكرات

محمد عبو: حرية التعبير أطروحة دكتوراه كلية الحقوق و العلوم السياسية تونس المنار 2011-2012

هند الصيادي: المعطيات الشخصية و الدستور، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية تونس 2004-2005.

نسرين بن أحمد: الحياء في القانون المدني، مكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية، كلية الحقوق و العلوم السياسية تونس 1999

أحلام بالحاج بريك: المراودة، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس 2007

3- المقالات:

زينات عبيد: الجرائم الأخلاقية مجلة القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 2007

بديع بن عباس: التأويل الضيق للمادة الجزائية، مجلة القضاء و التشريع عدد 7 لسنة 2004

عبد الله الأحمدى: التحرش الجنسي مجلة القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 2005

حسام الدين كامل الأهواني: الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية للطبع والنشر و التوزيع

كمال ديبش: الحماية القانونية للحياة الخاصة مجلة القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 1998

صلاح خالد: الحق في حماية المعطيات الشخصية مجلة القضاء و التشريع عدد 12 لسنة 2004

فتحي الميموني: جرائم الاتصالات مجلة الأخبار القانونية عدد 6 و 7 جويلية 2006

محمد العسكري: خصائص الاثبات في الجرائم المعلوماتية م ق ت جويلية 2005

الفهرس

| | |
|----|---|
| 1 | المقدمة |
| 13 | الجزء الأول: تعدد مجالات التجريم |
| 14 | الفصل الأول: الجرائم الماسة بالشرف |
| 15 | المبحث الأول: الجرائم الأخلاقية |
| 16 | الفقرة الأولى: جرائم الاعتداء بالفواحش |
| 16 | أ- جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة |
| 19 | ب- جريمة التحرش الجنسي |
| 22 | الفقرة الثانية: جرائم التحريض على فعل الخناء |
| 22 | أ- جريمة المراودة |
| 24 | ب- جريمة التوسط في الخناء |
| 26 | المبحث الثاني: جرائم القذف و التلب |
| 26 | الفقرة الأولى: خصائص جرائم القذف و التلب |
| 32 | الفقرة الثانية ركن العلنية في جرائم القذف و التلب |
| 39 | الفصل الثاني: الجرائم المتعلقة بالمعطيات الشخصية |
| 41 | المبحث الأول: الاعتداءات المرتكبة من طرف موقع فايسبوك |
| 41 | الفقرة الأولى: مفهوم المعطيات الشخصية في اطار الفايسبوك |
| 46 | الفقرة الثانية: معالجة موقع الفايسبوك للمعطيات الشخصية |
| 48 | المبحث الثاني: الإعتداء على المعطيات الشخصية من طرف مستخدمي الفايسبوك |
| 48 | الفقرة الأولى: مفهوم الحق في الصورة |
| 58 | الفقرة الثانية: الاساس القانوني للحق في الصورة |
| 64 | خاتمة الجزء الأول |
| 66 | الجزء الثاني: خصوصية إجراءات المؤاخذة |
| 67 | الفصل الأول: خصوصية إجراءات التتبع |

| | |
|-----------|---|
| 67 | المبحث الأول : تحديد المسؤول الجزائي |
| 68 | الفقرة الأولى : مسؤولية مستخدم الفايسبوك |
| 69 | أ- إشكالية الاسم الخفي : L'anonymant |
| 70 | ب- إشكالية روابط الإيبرتاكس : Les liens hyper tex |
| 73 | الفقرة الثانية : مسؤولية مسدي خدمات الأنترنت |
| 74 | أ - شروط قيام مسؤولية مسدي الخدمات : |
| 79 | ب - آلية التفصي من المسؤولية |
| 82 | المبحث الثاني : تحديد القانون المنطبق |
| 82 | الفقرة الأولى : تطبيق القوانين الوطنية |
| 83 | أ - تطبيق القانون التونسي إستنادا إلى مبدأ الإقليمية |
| 84 | ب - تطبيق القانون التونسي على الجرائم المرتكبة بالخارج |
| 86 | الفقرة الثانية : الحاجة إلى قانون جزائي خاص |
| 87 | أ - الإتفاقيات الدولية |
| 88 | ب - ضرورة إرساء قانون جزائي خاص بالأنترنت |
| 90 | الفصل الثاني : إجراءات المحاكمة |
| 90 | المبحث الأول : تحديد المحكمة المختصة |
| 90 | الفقرة أولى : انعقاد الإختصاص للمحاكم الوطنية |
| 91 | أ- اختصاص المحاكم التونسية استنادا إلى مبدأ الإقليمية : |
| 91 | ب- اختصاص المحاكم التونسية استنادا على مبدأ الجنسية |
| 92 | الفقرة الثانية: الحاجة إلى محاكم متخصصة |
| 92 | أ- المحكمة السيبرية le cybertribunal |
| 93 | ب- القاضي الافتراضي THE VIRTUAL MAGISTRATE |
| 94 | المبحث الثاني: نظام الإثبات في جرائم الفايسبوك |
| 94 | الفقرة الأولى: خصوصية الإثبات في جرائم الفايسبوك |

| | |
|-----|--|
| 95 | أ-طبيعة الإثبات في جرائم الفايسبوك |
| 97 | ب-وسائل الثبات في جرائم الفايسبوك |
| 98 | 1- عنوان البريد الالكتروني |
| 99 | 2- برنامج التتبع |
| 100 | 3- البروكسي: Proxy |
| 100 | 4- أدوات الضبط |
| 102 | الفقرة الثانية: حدود نظام الإثبات في جرائم الفايسبوك |
| 102 | أ- غياب قواعد إجرائية خاصة بجرائم الفايسبوك |
| 106 | ب- غياب هيكل مختص بالبحث في جرائم الفايسبوك |
| 107 | خاتمة الجزء الثاني |
| 108 | الخاتمة العامة |
| 110 | الملاحق |
| 174 | قائمة المراجع |