



القطاع القضائي التونسي: تحليل وتوصيات

توم جينسبرج

جامعة شيكاغو - كلية الحقوق

إعداد المعهد الدولي للديمقراطية والمساعدة الانتخابية

25 سبتمبر، 2012

* أنجز هذا العمل من قبل السيد توم جينسبرج باسمه الخاص وعلى مسؤوليته الشخصية ودون أي تدخل من الجهة المنظمة للندوة

المحتويات

أ. مقدمة.....	3
ب. الجوانب السياسية للتمكين والتحول القضائي.....	4
ج. تصميم النظام القضائي والسمعة القضائية.....	6
د. أثر النصوص الدستورية.....	8
هـ. المجلس القضائي الأعلى.....	10
و. المحكمة الدستورية.....	12
ز. النيابة.....	13
ح. الخلاصة.....	13
التوصيات.....	13



القطاع القضائي التونسي: تحليل وتوصيات

توم جينسبرج

أ. مقدمة

1. تم إعداد هذا التقرير استجابة لطلب المعهد الدولي للديمقراطية والمساعدة الانتخابية بغرض الاستفادة منه في المناقشات التي تدور حول الإصلاح القضائي في تونس، وقد أثمر هذا التقرير عن إجراء بعض البحوث المقارنة المعاصرة حول الاستقلال القضائي وتصميم النظام القضائي والإصلاح الدستوري. أثناء إعداد التقرير، سنحت لي فرصة الاطلاع على الوثيقة التي أعدها القاضي أحمد الورفلي بشأن "الإصلاح القضائي في تونس: المبادئ الدستورية المرتبطة بالقضاء". يقدم هذا التقرير المدروس بعناية تحليلاً عميقاً لأهم الخيارات التي تواجه تونس في هذا الصدد. كما اطلعت على ترجمة المعهد الدولي لمسودة الدستور الصادر في 14 أغسطس 2012.

2. في البداية، ينبغي أن أعبر عن تقديري لإتباع منهج عام في صياغة الدستور في تونس، حيث بدأ أن المشرعين يفكرون في القضايا الكبيرة ويتجنبون الضغوط حتى لا يتسرعوا في إصدار مسودة. ويعكس تقرير القاضي الورفلي هذا المنهج العام من خلال طرح أسئلة مفاهيمية عميقة حول طبيعة السلطة القضائية التي ينبغي أن تؤسسها تونس. وبما أنني أتفق مع الكثير مما توصل إليه من نتائج وما قدمه من توصيات، لن أعلق على كل واحدة منها، بل سأقدم بعض التعليقات المقارنة التي قد تساعد في توفير المزيد من التفاصيل والمعلومات حول صانعي القرار التونسيين.

3. يتمثل الهدف من تصميم النظام القضائي في المجتمعات الديمقراطية في أن تتمتع السلطة القضائية بالاستقلال وأن تكون قابلة للمحاسبة ومتسمة بالكفاءة، وعلاوة على ذلك، يجب أن تكون هذه هي رؤية المواطنين للمحاكم كما هو موضح أدناه. إلا أن هذه الأهداف يمكن مبادلتها ببعضها البعض حيث إن القضاء الذي يتمتع باستقلالية كاملة دون محاسبة قد يصبح فاسداً أو يصدر أحكاماً لا يرضى عنها عموم الناس، والقضاء الذي يخضع لنظام كامل من المحاسبة عند إتخاذ كل قرار قد ينقصه الاستقلالية. وبالتالي، فإن المشكلة تتمثل في الوصول إلى الوضع الأمثل بالرغم من تعدد الأهداف واختلافها، وفي تحقيق درجات مناسبة من الاستقلالية والمحاسبة.

4. يتطرق نقد القاضي الورفلي إلى الكثير من جوانب الحكومة الحديثة التي يرثى لها في بلدان أخرى. وبالرغم من إنه ينوه إلى أن السلطة التنفيذية هي المسيطرة في الحكومة الحديثة فهو ينتقد القضاة التونسيين لأنهم "عبيد التشريع المكتوب". (الفقرة 11). ويقترح أنه من الضروري توافر سلطة قضائية قوية وكفؤة تسطر جانباً جديداً من التاريخ التونسي، بيد أن تحقيق ذلك يعتبر تحدياً. وبالفعل، فبفضل رؤيته الثاقبة ينوه إلى أنه ليس من المرجح أن يطالب السياسيون بذلك (الفقرة 20).

5. وعلاوة على ذلك، ففي أي ديمقراطية جديدة من المرجح أن لا تتمتع السلطة القضائية التي عملت تحت لواء النظام السابق بالثقة، كما أن هناك خطر التطهير غير المنظم والأرعن للسلطة القضائية الذي قد يؤدي إلى إضعافها في اللحظة التي تحتاج فيها إلى لعب دور أقوى في المجتمع. وهنا تكمن مشكلة التحول القضائي فحتى إذا إتفق الجميع على رغبة تونس في سلطة قضائية قوية وكفؤة ومستقلة وقابلة للمحاسبة، كيف يمكن تحقيق ذلك؟ يناقش القسم التالي من التقرير هذه القضايا بشكل عام ثم أنتقل إلى مناقشة مؤسسات محددة.

ب. الجوانب السياسية للتمكين والتحول القضائي

6. يعد التمكين القضائي أحد الموضوعات التي خضعت للدراسة في العديد من البلدان. وأعتقد أن السلطة القضائية قد تصير جزءاً من اهتمامات السياسيين خاصة في الديمقراطيات، وهو ما أسميه "نظرية تأمين" القضاء¹. تخيل اثنين من السياسيين يكتبان دستوراً لديمقراطية جديدة وأنهما يقومان بذلك مع مراعاة موقعهما المتوقع في انتخابات ما بعد الدستور. إذا كان أحد الأحزاب أقوى من الآخر بكثير، سوف يعتقد أن في إمكانه السيطرة على الحكومة بعد الانتخابات ولن يرغب في وجود سلطة قضائية مستقلة لأنها سوف تحد من حريته في العمل، وبالتالي لن يشتمل الدستور إلا على القليل من السلطات أو الاستقلالية للقضاء.

7. لننظر الآن في سيناريو بديل يقف فيه كلا الحزبين على قدم المساواة، لن يضمن أي منهما السيطرة على النظام السياسي الذي سيظهر بعد الانتهاء من الدستور، وفي مثل هذه الظروف، قد يقرر الحزبان أن تواجد سلطة قضائية مستقلة وقوية أمرٌ جيدٌ لأنه سوف يساعد الحزب إذا خسر الانتخابات. ويستطيع القضاة الأقوياء حماية حقوق الإنسان وإجراء مراجعات دستورية وتوفير كيانات محايدة للطعن على سياسيات الحكومة، وبالتالي تتحول السلطة القضائية إلى نوع من "بوليصات التأمين" للأحزاب المحتمل تعرضها للخسارة. وتفتوح هذه النظرية أن الديمقراطيات الأكثر تنافسية، حيث القوى السياسية متوازنة، سوف تنتج سلطات قضائية أكثر قوة من تلك الموجودة بالبلدان ذات الحزب الواحد المسيطر. وهناك بعض الأدلة المقارنة التي تدعم هذا الاقتراح.

¹ جينسبرج، المراجعة القضائية في الديمقراطيات الجديدة (2003)

8. تعد قضية التحول القضائي التي خضعت للمناقشة في الفقرات 20-27 من تقرير القاضي الورفلي مختلفة اختلافاً طفيفاً إضافة إلى أنها تمثل تحدياً كبيراً. ومع افتراض توافر الإرادة لتشكيل نظام قضائي قوي ومستقل، يجب إتخاذ قرار بشأن القضاة المتواجدين فعلياً. فالديمقراطيات الجديدة تشعر برغبة طبيعية في "تنظيف" القضاء بالتخلص إما من الفاسدين أو القريبين من النظام القديم. إلا أن "التنظيف" يجب أن يتم بحرص. فقد يكون الكثير من القضاة القدامى على قدر كبير من الكفاءة وقادرين على تقديم اسهامات فريدة من نوعها لتطوير النظام القضائي. وقد يقاوم القضاة الجهود المبذولة لفحص سجلاتهم مما قد يؤدي إلى انخفاض الروح المعنوية. في حالة ردد الجميع، لن يتبقى أي قضاة مؤهلين للنظر في القضايا المطروحة أمام المحكمة المنعقدة. وتوفر عملية صياغة الدستور فرصة لتحويل رجال القضاء، لكن في حالة فشل تلك العملية، غالباً ما لن تكون هناك فرصة أخرى.

9. تمكنت كينيا من تنفيذ عملية ناجحة تعد من الأمثلة المعاصرة في هذا المجال حيث أسست مجلساً لفحص القضاة يعمل منذ حوالي سنة². تم تأسيس هذا المجلس خصيصاً بموجب الدستور الكيني (2010) للتعامل مع مشكلة التحول القضائي. يتكون المجلس من ستة كينيين وثلاثة أجانب من المنطقة من بينهم قضاة من غانا وزامبيا وجنوب أفريقيا. (العضو القادم من جنوب أفريقيا هو المنشق المعروف ألفي زاكس الذي نجا من محاولة اغتيال دبرها النظام العنصري ليصبح أول قاضٍ في المحكمة الدستورية التي تأسست بعد مرور المرحلة الانتقالية). ويجتمع المجلس مع كل قاضٍ عمل مع النظام القديم في لقاء خاص (ما لم يفضل القاضي لقاء عاماً). غير أن هذا الإجراء فضفاض إلى حد كبير حيث إنه ليس جلسة استماع تأديبية رسمية حول سوء السلوك بل هو بمثابة تقييم لتحديد احتمالية مساهمة القاضي في سلطة قضائية يمكن للشعب الوثوق بها. ويجب أن يصدر المجلس رأياً مكتوباً يشرح فيه كل حالة من حالات الإقالة. وأتوقع أن تدخل مؤسسات مشابهة في هذا السياق في بلدان أخرى خلال السنوات القادمة. من بين العوامل الهامة التي أسهمت في إنجاح التحول القضائي في كينيا تواجد "كبير قضاة" جديد ونشط وقادر على التواصل مع الشعب حول مشروع التحول المؤسسي.

10. في بلدان أخرى، كان مصير عمليات الفحص إما الفشل أو التوقف. فعلى سبيل المثال، نص دستور المالديف الصادر في 2008 على أن يخضع كل قاضٍ للتقييم بمعرفة المجلس القضائي، إلا أن القضاة الموجودين الذين لا يتمتعون إلا بمؤهلات تعليمية ضعيفة جداً كانوا يخشون بشدة من ضياع وظائفهم لدرجة أنهم تمكنوا من السيطرة على المجلس القضائي، ونتيجة لذلك لم يتعرض أي من القضاة للإقالة من منصبه وبقي مستوى ثقة الشعب في السلطة القضائية شديد الانخفاض.

² أنظر موقع المجلس www.jmbv.or.ke.

ج. تصميم النظام القضائي والسمعة القضائية

11. كما هو مذكور سلفاً، تتطوي مشكلة تصميم النظام القضائي على التبادل بين مختلف الأهداف. فالجميع متفق على أن الاستقلال القضائي أمرٌ هامٌ. بيد أن المفهوم يبقى مفتقراً للتحديد. فقد فشلت العديد من التعريفات في تحديد من الذي ينبغي أن يستقل عنهم القضاة وبأي هدف وبخصوص أي نوع من القضايا. في الأساس، ينطوي الاستقلال القضائي على قدرة المحاكم وإرادتها للحكم في القضايا طبقاً للقانون دون إيلاء اهتمام مفرط لرؤى الأطراف الحكومية الأخرى. بالرغم من أهمية ذلك، فهناك بعض القيم الأخرى التي قد نريدها في النظام القضائي مثل الاتساق والدقة وإمكانية التوقع وسرعة إتخاذ القرار.

12. تعد السمعة القضائية من الموضوعات ذات العلاقة، فالسلطة القضائية التي تحكم في القضايا بطرق غير مقبولة من الناحية القانونية بصورة متكررة لوقوعها تحت تأثير أطراف حكومية من المرجح أن تعاني من إنحدار في سمعتها فيما يخص الاستقلالية والجودة. وفي نهاية الأمر، لن تتمكن السلطة القضائية من الوصول إلى مستوى من الفاعلية من خلال أداء عملها بصورة مستقلة وجيدة فقط، بل يجب أن تبدو كأنها تقوم بعملها بصورة مستقلة وجيدة. وتعتبر السمعة أمراً حساساً فكما قال الأمريكي المشهور بنيامين فرانكلين: يتطلب بناء السمعة الحسنة الكثير من الأعمال الخيرة، ويدمرها عمل سيء واحد.

13. تكمن مشكلة السمعة القضائية في أنها تتسم ببعض الصفات المميزة، وهو ما يسميه الاقتصاديون بمشكلة إنتاج الفريق³ التي تعني أن سمعة كل قاضٍ يساهم في تشكيلها جهده أو جهدها الفردي، بالإضافة إلى عوامل أخرى، حيث تعتمد سمعة كل فرد على جهد السلطة القضائية ككل. ويحفز تصميم النظام القضائي القضاة على بذل جهود لبناء سمعتهم الفردية أو سمعة السلطة القضائية ككل، ويعد كلا النوعين من الجهد ضرورياً، فالنظام الذي يعتمد على سمعة الأفراد دون غيرها قد لا يحظى إلا بسمعة جماعية ضعيفة، بينما النظام الذي يعتمد على آليات لدعم السمعة الجماعية لن يحفز الأفراد على العمل بكفاءة كافية لأنهم لن يحصدوا كامل العرفان لما بذلوه من جهد كأفراد.

14. لنفكر في المقارنة مع إحدى الفرق الرياضية. ففي بعض الأحيان، قد يبذل لاعب كرة قدم جهداً يفوق الحد المطلوب لبناء سمعته على حساب الفريق، كأن يحاول تسجيل أهداف صعبة بدلاً من التمرير لزملائه في الفريق الذين يحظون بفرصة أفضل في تسجيل هدف. هذا السلوك قد يؤدي إلى إنحدار أداء الفريق بالكامل حتى إذا تمكن اللاعب وحده من تسجيل المزيد من الأهداف في الموسم. ومن ناحية أخرى، إذا حصل جميع اللاعبين على فرص متساوية دون اكتساب سمعة حسنة كأفراد، فقد يبذل كل واحد منهم مجهوداً بنسبة أقل من 100% مما قد يؤدي بالفريق إلى خسارة اللعبة.

³ جاروينا وجينسبرج، سمعة، ومعلومات، وتنظيم السلطة القضائية، 4:2 دورية القانون المقارن 226-54 (2011).

15. بعض تصميمات النظم القضائية ينصب تركيزها على الفرد بينما تركز أخرى على الجماعة. بشكل عام، لدينا نوعان مختلفان من السلطات القضائية، يُعرفان في بعض الأحيان بنماذج "المسار المهني" و"التقدير". في نموذج المسار المهني، ينضم القضاة إلى السلطة القضائية في سن صغير حيث يقضون حياتهم المهنية بالكامل في السلطة القضائية ويصعدون السلم الوظيفي حتى يصلوا في النهاية إلى محكمة استئناف أو محكمة عليا. ويتشابه هذا النموذج مع الخدمة المدنية ويتشابه القاضي مع البيروقراطي المقنع الذي لا يتمتع إلا بمستوى اجتماعي وسمعة ضعيفة. وتبقى هوية من أصدر الآراء القضائية غير معلومة التزاماً بالأيدولوجية التي تنص على أن الكلمة "القانون" لا للقاضي. يمكن استئناف الأحكام من جديد (تتم مراجعة القضايا مرة أخرى بالكامل بمحكمة استئناف). هذا هو منطق البيروقراطية ويتمتع بميزة المساعدة في ضمان إتخاذ القرارات بصورة منسقة حتى مع اختلاف القضاة الذين يصدرون القرارات.

16. في نظام التقدير (المطبق في الكثير من بلدان "القانون العام" -"كومن لُو"-)، يتم تعيين القضاة في مراحل متقدمة نسبياً من العمر، بعد قضاء حياة مهنية ناجحة كمحاميين أو وكلاء نيابة أو أستاذة جامعيين، حيث يتم تعيينهم "تقديرًا" لإنجازاتهم لأنهم قد أثبتوا بالفعل كفاءتهم ومهارتهم. وهم يحصلون على دخل مادي جيد ويتمتعون بالكثير من الاحترام. وتتسم الأحكام بالطول وتعكس الرؤى وأسلوب الكتابة الخاص بكل مؤلف على حدة. ويمكن أن يتخذ القضاة مواقف مخالفة إذا ما اختلفوا مع الأغلبية. وتقتصر حالات الاستئناف على أخطاء القانون على سبيل المثال ويعد الاستئناف على درجة ثانية أمراً شديداً الندرة مما يعني احتمالية وقوع المزيد من حالات عدم الاتساق. في هذا النظام، ندرك أن القاضي يتمتع ببعض السلطة التقديرية وبالتالي يجب أن يكون قابلاً للمحاسبة أمام الشعب. ونظرًا لنقطة المجتمع في مهاراتهم سوف يشعر بالارتياح عند إعطائهم السلطة.

17. يؤكد نموذج المسار المهني والتقدير على التوالي على السمعة الفردية والجماعية، ففي نموذج المسار المهني تقل رغبة القضاة في بذل مجهود لوضع قواعد قانونية. ويعتبر النظام القانوني بالكامل أقل ابتكاراً وتجاوباً، بينما في مسار التقدير، يبذل القضاة الكثير من الجهد لبناء سمعتهم الفردية مما ينتج عنه إيلائهم القليل من الاهتمام لعملهم. وعلى سبيل المثال فإن بعض القضاة الأمريكيين يقضون الكثير من الوقت في تأليف الكتب وإلقاء المحاضرات. وعلاوة على ذلك، فإن الظهور المتكرر للقضاة في وسائل الإعلام قد يؤدي في النهاية إلى الإضرار بالسمعة الجماعية للسلطة القضائية. فقاضي التحقيق الأسباني بالتازار جارزون صار مشهوراً على مستوى دولي لمحاكمته لمشاهير، إلا أنه بدا أنه لم يعط اهتماماً كافياً للشروط القانونية الرسمية. باختصار، توجد خيارات ولا توجد طريقة واحدة صحيحة لتصميم نظام قضائي يحسن من السمعة.

18. لفت القاضي الورفلي (في الفقرات 52 و 55 و 61) النظر إلى أن تونس تميل تقليدياً إلى نموذج المسار المهني، إلا أن الكثير من البلدان تنتقل الآن إلى نوع من النماذج المختلطة التي تحتوي على عناصر نموذج المسار المهني وعناصر نموذج التقدير. وتبقى الأسباب الكامنة خلف هذا التحول غير واضحة إلا أنها قد ترتبط بدور الإعلام. وتعكس توصيات القاضي الورفلي هذا النوع من المناهج مع ميل لسلطة قضائية قائمة على نموذج "التقدير"، حيث يقترح مثلاً أن يكون القضاة أكبر من سن 40 سنة (فقرة 101)، وأن تجري الإجراءات القضائية بصورة علانية مع إمكانية تغطيتها إعلامياً (الفقرات 46 - 55)، وأن يتم تضيق مجال الاستئناف (الفقرة 96). وتميل الحماية التي توفرها مسودة الدستور للقاضي كفرد مثل حمايته من النقل أو الترقى (مادة 5.4) إلى الاهتمام بالسمعة القضائية الفردية بدلاً من الجماعية.

19. إلا أن مسودة الدستور لا تشمل على شروط تتعلق بالسن أو بأي نوع من المؤهلات. وفي حالة الرغبة في بناء سلطة قضائية رفيعة المستوى، ينبغي أن توضع شروط تقتضي أن يتسم القضاة بالنزاهة وأن يكونوا حاصلين على مستوى عال من التعليم على سبيل المثال. وأضيف أيضاً أن استعداد الشعب لقبول نظام التقدير سوف يعتمد على اكتمال مشروع التحول القضائي بنجاح.

20. هناك أشياء أخرى يمكن للسلطة القضائية القيام بها لتعزيز سمعتها. فقد تضع المحكمة العليا استراتيجية إعلامية مع تعيين متحدث رسمي يتفاعل مع الإعلام، كما يمكنها إصدار القرارات بصورة سريعة وتشجيع صناعة القرار التي تتسم بالشفافية، ويمكن أن ترحب بمشروع تحول السلطة القضائية الذي سوف يتجاوب مع طلبات الشعب.

21. من بين الاقتراحات الثورية إشراك أشخاص عاديين في عملية صنع القرار وهو ما يمكن أن يساعد في تعزيز السمعة القضائية وضمان المحاسبة القضائية، إلا أن ذلك لا يحتاج إلى نظام كامل من المحلفين كما تسير الأمور في البلدان التي تطبق القانون العام، بل قد يستخدم "نظام مختلط" كما تبنته الكثير من البلدان التي تطبق القانون المدني في السنوات الأخيرة. وتعد اليابان، وروسيا، وإسبانيا، وألمانيا، وكوريا من البلدان التي اعتادت على تطبيق نموذج احترافي من الإجراءات لكنها تشرك الشعب الآن في القضايا الجنائية الخطيرة. وتتخذ القرارات لجان مشتركة من القضاة والمواطنين الجالسين سوياً. وتختلف قواعد التصويت من بلد لآخر. وقد يعتبر ذلك طريقة جيدة لاستعادة ثقة الشعب في العملية القضائية التونسية.

د. أثر النصوص الدستورية

22. تقدم الدساتير حول العالم مجموعة متنوعة من النصوص التي تضمن الاستقلال القضائي. وتتضمن النصوص النموذجية إعلان مبدأ الاستقلال القضائي (كما كان منصوصاً عليه رسمياً في الدستور التونسي الصادر في 1959)، وضمان الولاية القضائية، وآلية تعيين بمعزل عن السيطرة السياسية، وآلية إقالة بمعزل عن السيطرة السياسية لا تستخدم إلا في ظروف محددة جداً، وحماية مرتبات القضاة من الخصم.

23. ما أثر هذه النصوص فعلياً؟ دارت الكثير من المناقشات في المطبوعات العلمية حول العلاقة بين الاستقلال القضائي الرسمي والفعلي، وقد توصلت بعض الدراسات إلى عدم وجود علاقة بين القواعد الرسمية التي تحكم هيكل السلطة القضائية وبين مستوى استقلاليتها الفعلي، بينما وجدت دراسات أخرى ارتباطاً بين الاثنين، حيث تقول إحدى الدراسات أن الاستقلال القضائي الرسمي يعد أقوى مؤشر على الاستقلال القضائي الفعلي.⁴ ويقترح ما أجريته من أعمال احصائية على الموضوع أن القواعد الحاكمة لاختيار القضاة وإقالتهم تعتبر من أهم أدوات الحماية الفعلية التي تعزز من الاستقلال القضائي فعلياً.⁵

24. تعد أهم نقطة طبقاً لبحثنا هي توفير الحماية لكل من التعيين والإقالة، والسبب يسهل فهمه. فلنفترض أن القضاة قد تم تعيينهم من خلال آلية متأنية ومعزولة جداً، لكن الرئيس قادر على إقالتهم جميعاً إذا رغب في ذلك. من المرجح أن يصبح هؤلاء القضاة شديدي الاعتماد على الرئيس ويتبعون ميولاته في قراراتهم. ومن ناحية أخرى، إذا كان الرئيس قادراً على تعيين القضاة من جانب واحد، لن تمثل حمايتهم من الإقالة أهمية كبيرة حيث إنه سوف يعين أصدقائه والموالين له. فلن يتحقق الاستقلال القضائي إلا عند عزل كل من الإقالة والتعيين.

25. يحتوي الفصل الخامس من مسودة الدستور على أحكام الاستقلال القضائي، حيث يحدد في بدايته المبدأ الرئيسي الذي ينص على أن السلطة القضائية ككل يجب أن تكون مستقلة كما يجب أن يكون القضاة كأفراد (المادة 5.1 و 5.2). ويعد التدخل في عمل السلطة القضائية جريمة (المادة 5.9). يحصل القضاة كأفراد على المزيد من الحماية من نقلهم دون رضاهم (المادة 5.4). بينما يعزز ذلك من الاستقلال الفردي ويتسق مع "نموذج التقدير"، يمكن أن يؤدي إلى وقوع مشكلات إذا عمل القضاة على وقف مبادرات تهم الفريق ككل.

26. يرى القاضي الورفلي (الفقرة 29) أن الدستور يجب أن يحدد الحالات التي يمكن فيها إقالة أحد القضاة، وهو ما أتفق معه. لكنني أرى أن المادة 5 لم تحدد بعد المعايير ولم تتحدث عن الإقالة، وتشير بدلاً من ذلك إلى "إيقاف" و"تأديب" القضاة. ومن الضروري وضع معايير محددة لإقالة القضاة في الدستور، وهو عادة ما يشتمل على العجز أو سوء سلوك جسيم، لكنها ليست عامة لدرجة الإشارة إليها "بأي عيوب". والفكرة في هذه الحالة هي أن الدستور يجب أن ينص على المزيد من التفاصيل بشأن إقالة القضاة (ربما المشكلة ترجع

⁴ برند هايو وستفان فويجت. 2007 "شرح الاستقلال القضائي الفعلي". مجلة الاقتصاد والقانون الدولية "27:269-90، أنظر أيضاً هايو وفويجت. 2010. رسم خريطة للاستقلال القضائي بضمنها الدستور - استقصاء عالمي. يمكن الاطلاع على مسودة الورقة بزيارة:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1724696

⁵ يعد هذا الأثر الأقوى في الأنظمة السلطوية وفي السياقات التي الخاضعة للسلطة التنفيذية. ملتون وجينسبرج، هل يهيم الاستقلال القضائي القانوني حقاً؟ إعادة تقييم لشرح الاستقلال القضائي، مسودة ورقة.

إلى الترجمة، لكن تقرير القاضي الورفلي يشير إلى ضرورة الحصول على ثلثي الأصوات التشريعية لإقالة أي قاضٍ. وقد تكون هذه فكرة جيدة إذا كان الغرض ببساطة التأكيد على قرارات المجلس القضائي الأعلى. لا ينبغي أن يكون بديلاً عن للمجلس القضائي الأعلى).

27. لم نتناول مسودة الدستور ولاية القضاة، فالعديد من الدساتير تنص على أن يخدم القاضي حتى سن معين. (تعتبر الولايات المتحدة حالة استثنائية نظراً لعدم وجود سن تقاعد للقضاة. فقد تقاعد واحد من أشهر قضاة المحكمة العليا لدينا عن عمر يناهز 89). ينبغي النظر في تعريف الفترة القضائية أو سن المعاش الإجمالي.

28. لم تتطرق مسودة الدستور إلى عزل الرواتب، فمن المفترض أن القضاة سوف يتمتعون بالمزيد من الاستقلالية إذا كانت تمتعت الرواتب بالحماية من الخفض، وتحتوي 28% من الدساتير تقريباً مثل هذا النص.⁶ ومن المنطقي أن يسعى اللاعبون السياسيون إلى معاقبة القضاة من خلال خفض رواتبهم رداً على قرارات مؤذية. وبالتالي تحظر الكثير من الدساتير خفض الرواتب ونشك في أن الحظر يخلق سلطات قضائية تتمتع بالمزيد من الاستقلال. ينبغي النظر في مثل هذا النصوص في تونس كما هو مذكور في الفقرة 30 من تقرير القاضي الورفلي.

هـ. المجلس القضائي الأعلى

29. طبقاً لمسودة الدستور، يعد المجلس القضائي الأعلى مؤسسة أساسية لضمان الجودة والاستقلال القضائي، وبالتالي يستطيع نقل وترقية القضاة لمصلحة خطة العمل ككل (المادة 5.4). تقع مسؤولية الانضباط القضائي على المجلس وحده (المادة 5.5). ويسهل وقوع القضاة تحت طائلة التحقيقات التأديبية بسبب "أي عيوب" في أدائهم لواجباتهم (المادة 5.5).

30. وفيما يخص الصياغة، أقتراح أن المادة 5.9 تحدد بوضوح أنشطة المجلس القضائي الأعلى التي ينبغي ألا تبدو كأنها تدخل في عمل السلطة القضائية. فعلى سبيل المثال، لا نريد أن يتعرض أعضاء المجلس القضائي من غير القضاة لعقوبات جنائية محتملة بسبب أنشطتهم.

31. لم يتحدد تشكيل المجلس القضائي الأعلى (المادة 5.14). ويوصي القاضي الورفلي بألا يترأسه شخص من السلطة التنفيذية أو التشريعية (المادة 63 - 65)، بل أن يتولى رئاسته شخص "ينتخبه القضاة" بشرط أن تكون على أساس دوري (المادة 65). من وجهة نظري، ينبغي أن ينتخب المجلس رئيسه، إلا إنه فعلياً يوجد ميل لانتخاب المسؤول الأعلى شأنًا (قاضٍ أو وزير) الذي يتصادف تواجدته في المجلس.

⁶ بيانات من مشروع الدساتير المقارنة. أنظر www.constitutionmaking.org

و www.comparativeconstitutionsproject.org.

32. يواجه المشرعون قرارين مهمين: مقدار التفاصيل الذي ينبغي النص عليه في الدستور بشأن المجلس القضائي الأعلى، وتشكيله إذا ما تم إتخاذ قرار بشأنه الآن. على أقل تقدير، ينبغي الإشارة إلى عدد الأعضاء بحيث لا يكون هناك أي ضغط لاحقاً لتوسيع قاعدة العضوية لأسباب سياسية. وعلاوة على ذلك، يمكن النص على قاعدة القرار بشأن المجلس القضائي الأعلى في الدستور حيث إنه من المفيد التفكير في التشكيل الأمثل لمعرفة أي القرارات سوف تحصل على أغلبية بسيطة أو أغلبية الثلثين أو أي قاعدة أخرى.

33. لم تحل مسودة الدستور المسائل المتعلقة بما إذا كان ينبغي أن يكون نصف أعضاء المجلس أو ثلثاهم من القضاة. ومن حيث المبدأ، قد نرغب في أن يشكل القضاة أغلبية من أجل تعزيز الاستقلال القضائي، إلا أن المجالس القضائية تعد بمثابة أجهزة لحماية المحاسبة القضائية. ولتحقيق الفاعلية، ينبغي ألا يقع المجلس تحت سيطرة القضاة وحدهم. ويوجد عدد قليل نسبياً من الدراسات الأكاديمية التي تتناول أثر الأغلبية القضائية على المجلس القضائي. ففي إحدى الدراسات التي شاركت في صياغتها، لم نجد علاقة بين عدد القضاة ومستوى الاستقلال القضائي في البلاد.⁷ وفي بعض البلدان، تمكن القضاة من التأثير بشدة على المجلس بالرغم من كونهم أقلية.

34. لكننا وجدنا في بعض البلدان أن هناك صلة بين صلاحيات المجلس القضائي والاستقلال، فالمجالس التي اشتركت في تعيين القضاة ونقلهم وتأديبهم كانت أفضل في الحفاظ على الاستقلال القضائي من تلك التي لم تباشر إلا بعضاً من تلك المهام، أو تلك التي اقتصرت وظيفتها على تولى المهام الإدارية البحتة. كما وجدنا صلة ضعيفة بين المجالس القضائية التتم تم إخضاعها للدستور (بمعنى أن يكون المجلس مذكوراً تحديداً في الدستور وغير متروك لأي قانون اعتيادي) ومستويات الاستقلال القضائي. وتمنح مسودة الدستور التونسي للمجلس القضائي الأعلى كثيراً من الصلاحيات وقدراً كبيراً من الحماية الدستورية وهو أمر يدل على الحكمة.

35. تشير بعض الدساتير تحديداً إلى انتماء قضاة المجلس لمستويات مختلفة من السلطة القضائية وهو ما يوصي به القاضي الورفلي (توصية 3ب). على سبيل المثال، قد ينص الدستور على أن يأتي قاضيان من المحاكم الابتدائية، وقاضيان من محاكم الاستئناف، وآخران من محكمة التعقيب، على أن يختارهم زملاؤهم من كل مستوى من مستويات السلطة القضائية. (يتفق هذا والاختيار 4 من المادة 5.14). وتحظر بعض البلدان تولي رئيس المحكمة رئاسة المجلس إذ أن ذلك يركز الكثير من السلطة في يد شخص واحد.

36. وقد يكون من الحكمة أيضاً تقديم بعض الإرشادات العامة فيما يتعلق باختيار الأعضاء غير القضاة، فيمكن اختيارهم من خلال جهة التعيين (الرئيس أو البرلمان أو النائب العام أو غيره). ولا أنصح بتعيين كبار

⁷ حراسة الحراس: المجالس القضائية والاستقلال القضائي، 57 المجلة الأمريكية للقانون المقارن 201-32 (2009) (مع نانو جاروبا).

المسؤولين مثل النائب العام في المجلس القضائي، فغالبا ما لا يتوافر لمثل هؤلاء الأعضاء وقتٌ ليكرسوه للعمل اللازم في المجلس.

37. يجب النظر بعين الاعتبار لإدراج أعضاء نقابة (عمادة) المحامين في عضوية المجلس، حيث تؤكد الأبحاث المقارنة أن الاستقلال القضائي في حد ذاته تدعمه نقابة محامين نشطة ومستقلة.

و. المحكمة الدستورية

38. يوصى القاضي الورفلي بإعطاء سلطة مراجعة القوانين للوقوف على دستورتها إلى محكمة دستورية معينة. وتتبنى المادة 5.18 من مسودة الدستور هذه التوصية. ويبدو أن القاضي الورفلي وواضعي مسودة الدستور يدرسون تطبيق نموذج جديد يختلف عن النموذج الفرنسي للمجلس الدستوري الوارد في الفصل التاسع من الدستور القديم، إذ قُصرت الجمهورية الخامسة الفرنسية مراجعة دستورية التشريعات على القضايا المجردة قبل إصدار القانون، وقد تم نبذ هذا النموذج الآن في فرنسا نفسها التي تسمح للمجلس بتلقي اللطعون في دستورية التشريعات قبل إصدار القانون وبعده وذلك اعتبارًا من عام 2008. ويبدو أن هذا هو الإتجاه الذي يسير فيه الدستور المقترح، وهو أمر محمود.

39. تحتاج النصوص الدستورية الخاصة بالمحكمة الدستورية إلى بعض التعديلات. أولاً: لا يعتبر عدد الأعضاء البالغ اثني عشر عضوًا عددًا مناسبًا للمحكمة إذ يعني هذا احتمالية إتخاذ القرارات بموافقة نصف أعضاء المجلس (6-6) إذا أُستخدمت قاعدة الأغلبية. لذلك أوصي باعتماد عدد فردي (وتر) من القضاة. ثانيًا: قاعدة اتخاذ قرارات المحكمة الدستورية ذاتها غير محددة ومن الضروري تحديدها. وبصفة عامة، كلما انخفض الحد الأدنى اللازم لتمرير القرار، كان من الأسهل إقرار عدم دستورية التشريعات وزادت السلطة التي تتمتع بها المحكمة الدستورية.

40. تتسم النصوص الحاكمة لآلية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية بالتعقيد بل التعقيد المبالغ في، إذ تنص آلية الاختيار المحددة في الدستور على ترشيح أربعة وعشرين عضوًا وعلى انتخاب مجلس النواب لاثني عشر عضوًا من بين الأربعة وعشرين عضوًا. ولكن في ظل هذه الصياغة، من الممكن ألا تكون لمحكمة دستورية مُنشأة بهذه الطريقة أي قيود فعلية على التشريعات غير الدستورية. ويُلاحظ أن رئيس مجلس النواب يرشح ثمانية أعضاء، فإذا اعتمد مجلس النواب - لأسباب مؤسسية - هؤلاء الأعضاء كافة وشعروا ببعض الولاء للمجلس، فسيمثل القضاة الذين تم ترشيحهم وانتخابهم من قبل مجلس النواب أغلبية الثلثين في المحكمة الدستورية. ومن ثم قد لا يتخذ هؤلاء القضاة مواقف حاسمة إذا جاءت قرارات مجلس النواب مخالفة للدستور. وبالتالي ستكون آلية مراجعة القوانين، تلك الواردة في المادة 5.12 - التي يمكن بموجبها لأي عشرة أعضاء في المجلس أن يطعنوا في القوانين - في أغلبها غير فاعلة إذا كان القضاة مدينين بالفضل للأغلبية التشريعية. فإذا استمر بقاء شرط موافقة المجلس التشريعي على قضاة المحكمة الدستورية، أقتراح ضمان ألا

يرشح المجلس أي قضاة. ذلك أن الفصل بين جهات الترشيح وجهات اعتماد التعيينات هو أحد المبادئ الأساسية لتصميم هيكل المؤسسات.

41. من بين الاقتراحات الواردة، تحديد المؤسسات المختلفة التي ينتمي إليها الأعضاء المعينون، ويشير أحد النماذج إلى تعيين كل من الرئيس، والهيئة التشريعية، والمحكمة العليا لثلث أعضاء المحكمة الدستورية.

42. لا يحدد الدستور أيًا من مؤهلات قضاة المحكمة الدستورية، ومن الممكن إدراج نصوص تقتضي استيفاءهم سنًا محددة وشرط النزاهة والحصول على نوع محدد من التعليم أو الخبرة.

43. وبخصوص المادة 5.23، يجب معرفة التصرف اللازم اتباعه حيال إجراءات المحكمة العادية عند تقديم طعن دستوري. ففي ظل النظامين الفرنسي والألماني، تُعلق إجراءات المحكمة العادية أثناء النظر في الطعن المباشر. ويرجع السبب في ضرورة إدراج هذا الشرط في القانون إلى تفادي إدعاء أن التأخير الناتج عن الطعن الدستوري يخالف شرط سرعة المحاكمة.

ز. النيابة

44. يُوصى القاضي الورفلي باستقلال النيابة (الفقرات 66 - 68)، فيما لا يزال القسم 5.30 من مسودة الدستور غامضًا للغاية، ولا يمكنني معرفة إذا ما تم النظر في فصل النيابة عن القضاء.

45. وتسري الكثير من المشكلات المذكورة أعلاه والمتعلقة سمعة السلطة القضائية ككل مقابل سمعة الأفراد على رجال النيابة أيضًا. ويعتقد أنه من الأفضل تنظيم النيابة في تدرج هرمي واحد لضمان انعزالهم عن الجمهور، بدلاً من تنظيم السلطة القضائية بهذا الشكل. ومن بين الآليات المتبعة في بعض الدساتير، تحديد منصب النائب العام الذي يشرف على هيئة النيابة ويمنح سلطة ترقية وكلاء النيابة، بعيداً عن وزير العدل.

ح. الخلاصة

46. يقف النظام القانوني التونسي عند نقطة فارقة، حيث يمثل تنفيذ رؤية القاضي الورفلي بإنشاء سلطة قضائية مستقلة ولديها الصلاحيات والكفاءة تحديًا كبيرًا للغاية، وتبدأ هذه العملية من مسودة الدستور الجديد ولكن ما تزال هناك الكثير من التفاصيل المطلوبة. وسوف تحدد الاختيارات المؤسسية في عملية صياغة الدستور شكل السلطة القضائية في الفترة القادمة.

التوصيات

- أ. النظر في إقامة "لجنة فحص قضائية" من الممكن أن تضم بعض الأجانب لتعزيز المصداقية.
- ب. تشجيع ظهور سلطة قضائية رفيعة المستوى من خلال النص على المؤهلات اللازمة في الدستور.
- ج. تقديم تفاصيل حول الإقالة، بما في ذلك المعايير المحدودة التي يمكن اعتمادها كأساس للإقالة.
- د. حماية مرتبات القضاة من خفضها.

- هـ. توضيح آلية التعيين وقاعدة اتخاذ القرار الخاصة بالمجلس القضائي الأعلى.
- و. تعديل آلية الاختيار المعتمدة حتى تضمن المحكمة الدستورية عدم قيام مؤسسة واحدة بترشيح الأعضاء والموافقة عليهم.
- ز. إدراج نصوص خاصة بمؤهلات أعضاء المحكمة الدستورية.
- ح. النظر في تعيين نائب عام في الدستور.

* * *