



المجلس الأعلى للقضاء

الجلسة العامة

الرأي عدد 1 لسنة 2017

إنّ الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء،

بعد الإطلاع على دستور الجمهورية التونسية،

وبعد الإطلاع على القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل 2016 والمتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء المنقح والمتمم بالقانون الأساسي عدد 19 لسنة 2017 المؤرخ في 18 أبريل 2017،

وبعد الإطلاع على المراسلة الواردة من السيّد رئيس مجلس نواب الشعب بتاريخ 30 جوان 2017 تحت عدد 731 حول طلب رأي المجلس الأعلى للقضاء في خصوص مشروع القانون الأساسي المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد،

وبعد الإطلاع على مشروع القانون الأساسي المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في نسخته المرفقة بمراسلة السيّد رئيس مجلس نواب الشعب المذكورة أعلاه،

وبعد التداول بخصوص مشروع القانون المعروض بجلستها المنعقدة بتاريخ 14 جويلية 2017 ومعاينة انسحاب السيّد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والسيّد الرئيس الأول لدائرة المحاسبات من الجلسة وتغيّب السيّد الرئيس الأول للمحكمة الإدارية عن أعمالها تبعا لعضويتهم بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، والذي تواصل بجلستها الملتئمة بتاريخ 17 جويلية 2017 التي انسحب منها لنفس السبب السيّد الرئيس الأول لمحكمة التعقيب

وتغيب عنها كل من السيد الرئيس الأول للمحكمة الإدارية والسيد الرئيس الأول لدائرة المحاسبات،

تبدي الرأي التالي:

من حيث الاختصاص:

حيث اقتضى الفصل 42 من القانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أبريل 2016 المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء أن الجلسة العامة تبدي الرأي وجوبا بخصوص مشاريع ومقترحات القوانين المتعلقة خاصة بتنظيم العدالة وإدارة القضاء واختصاصات المحاكم والأجراءات المتبعة لديها،

وحيث يؤخذ من الإطلاع على مشروع القانون الأساسي المعروض على المجلس وأن هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد تسهم في إرساء سياسات ونظم منع الفساد ومكافحته كما تتولى رصد حالات الفساد والتحقق منها وهي تتولى تلقي العرائض ويمكنها عن طريق قسم مكافحة الفساد تلقي الشهادات وجمع المعلومات والأدلة ويتصف أعوانها بصفة مأمور ضابطة عدلية أسندت إليهم علامات التفتيش والحجز، وهي في مجملها أعمال تحقيق تجعل من مضمون هذا القانون الأساسي يندرج في إطار تنظيم العدالة عموما،

وحيث يكون تبعا لما تقدم إبداء الرأي في مشروع القانون الأساسي المعروض من اختصاص الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء.

من حيث الشكل:

حيث اقتضت أحكام الفصل 65 فقرة ثانية من الدستور أنه تتخذ شكل قوانين أساسية النصوص المتعلقة بتنظيم العدالة والقضاء وكذلك النصوص المتعلقة بالهيئات الدستورية.

وحيث أحدثت هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد بمقتضى الفصل 130 من الدستور الوارد بالبواب السادس المتعلق بالهيئات الدستورية المستقلة.

وحيث أنّ مشروع القانون المعروف هو قانون أساسي واتّجه تبعاً لذلك اعتبار النصّ المعروف مستجيباً للمقتضيات الدستورية من الناحية الشكلية.

وحيث جاء بقرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 02 لسنة 2015 المؤرخ في 8 جوان 2015 أنّ "الرأي الاستشاري هو إجراء جوهري وأساسي له وثيق الارتباط بقواعد النظام العام الدستوري وأنّ الجهة المعنية بإحالة مشروع القانون للاستشارة هي اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب دون سواها بعد أن يبلغ لديها المشروع وضعا تتضح ملامحه وتبدو مظاهره فيتيسر إبداء الرأي فيه"، وانتهت إلى أنّ التنازلي عن التحقق من وقوع هذا الإجراء الأساسي يعدّ خرقاً للدستور.

وحيث اقتضت أحكام الفصل 21 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أبريل 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أنّ قرارات الهيئة المذكورة ملزمة لجميع السلطات وترى الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء التنفيذ بقرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين المشار إليه أعلاه.

وحيث اقتضت أحكام الفصل 121 من النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب أنّه تقدّم مقترحات التعديل المتعلقة بمشروع قانون إلى مكتب اللجنة المعنية في أجل أقصاه أربعة أيام من نشر المشروع والتقرير على الموقع الإلكتروني للمجلس دون اعتبار يوم النشر، وأنّه لا يجوز بانقضاء الأجل المذكورة تقديم مقترحات التعديل من نواب الشعب ولا يجوز تقديمها إلا من قبل ممثل جهة المبادرة وهي في صورة الحال الحكومة وتعرض على التصويت دون نقاش.

وحيث بالنظر إلى أهمية القانون الأساسي المعروض وما يتضمنه من أحكام محلّ جدل، فإنّ الجلسة العامّة للمجلس الأعلى لقضاء لا ترى جدوى من تقديم رأيها في شأن أحكامه طالما أضحى متعدّرا قانونا على أعضاء مجلس نواب الشعب مناقشتها وتقديم مقترحات التعديل بشأنها.

وحيث بالإضافة إلى ذلك، فقد ثبت بالاطّلاع على الموقع الرسمي لمجلس نواب الشعب أنّ الجلسة العامّة للمجلس سبق وأن صادقت على مجموعة من فصول مشروع القانون الأساسي المعروض، كما ثبت أيضا أنّ أحكام هذا المشروع ارتباط وثيق بأحكام مشروع القانون الأساسي المتعلّق بالأحكام المشتركة للهيئات الدستورية المستقلة الذي تمّت المصادقة عليه سابقا من مجلس نواب الشعب دون استشارة هذا المجلس، والمعروض حاليا على أنظار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين تبعا لحصول الطعن فيه أمامها، لذا ترى الجلسة العامّة أنّه يتعدّر عليها بصورة أصلية- إبداء رأيها من حيث الموضوع في مشروع القانون الأساسي المعروض.

وبصورة عرضية:

تألفت الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء نظر المجلس الموقر إلى الملاحظات التالية:

*** الملاحظات العامة:**

- جاء المشروع المعروض مخالفا للفصل 130 من الدستور الذي نصّ "على أن تسهم الهيئة في سياسات الحوكمة الرشيدة ومنع الفساد وتعزيز مبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة". كما نصّ على أنّها "تتولى رصد حالات الفساد، في القطاعين العام والخاص والتحقّق منها والتقصّي فيها" حيث أنّه بالرجوع إلى الفصل 19 يتبين أنه أسند للهيئة "ذات الطبيعة الإدارية صلاحيات قضائية" منها أعمال التحقيق وهذا يمس بالنظام العام ومن مصلحة المتهم ، بالتالي يجب ممارسة كل تلك الصلاحيات تحت إشراف القضاء .

- استبعاد مجلة الاجراءات الجزائية والتداخل مع مهام القاضي الجزائي المخوّل له ممارسة سلطة التتبع وتكييف الوقائع لان النظر في التهم يكون دوما من مشمولات الهيئة القضائية

المختصة ولا يمكن بالتالي لأي طرف الحلول محلها وغاية ما هنالك هو أنه يمكن للهيئة الإدارية جمع جميع المعطيات للملف ثم إحالته إلى الجهة القضائية المختصة المؤهلة لتكييف الوقائع وتتبع المعني بالأمر عند الاقتضاء .

- غياب الإشارة إلى المعايير الدولية التي تضبط أوجه التعاون بين الهيئات العليا للرقابة ومنها دائرة المحاسبات وبقية الهيئات ومنها هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد قصد تفادي مختلف الإشكاليات التي يمكن أن تطرح في مجال تنازع الاختصاص السلبي أو الإيجابي بين الهيكلين، حيث أن الدائرة مكلفة بالرقابة على حسن التصرف في المال العام وتقوم بأعمال التدقيق الضرورية لذلك، في المقابل يسمح النص المقترح للهيئة بالقيام بأعمال التحقيق والتقصي في هذا المجال. بالتالي يجب ضبط مجال الاختصاص بدقة لتفادي التداخل المحتمل بين اختصاص الهيكلين.

*الملاحظات المتعلقة ببعض الفصول:

الفصول 13 و 14 و 44:

- المس من صلاحيات دائرة المحاسبات من خلال إلغاء اختصاصها في مجال تلقي التصريح بالمكاسب والذي تم إسناده إلى الرئيس الأول لرئيس دائرة المحاسبات بمقتضى القانون عدد 17 لسنة 1987 المؤرخ في 10 أفريل 1987 والمتعلق بالتصريح على الشرف بمكاسب أعضاء الحكومة وبعض الأصناف من الأعوان العموميين. والقيام بتحويله لهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد دون وجود أي مبرر لتغيير الجهة التي تودع لديها التصريح بالمكاسب.

مع العلم وأن هذه الصلاحيّة ترجع بالنظر إلى الدائرة منذ أكثر من ثلاثين سنة وأنّ قضاتها ينتمون بالحياديّة والكفاءة للأزمة ممّا يحيطها بالضمانات الضرورية لسريّة المعطيات المصرّح بها.

كما أنّ التصريح بالمكاسب لدى الدائرة من صميم اختصاصها الدستوري المتعلق بالرقابة على حسن التصرف بالمال العام حيث يمكن اعتماد هذه التصاريح للثبوت في الوضعية المالية لبعض المتصرفين العموميين .

ويرى المجلس ضرورة تطوير القانون المذكور الذي يبقى مبتورا ولا يخول للدائرة ممارسة الرقابة الكافية على التصاريح في اتجاه توسيع مجال الأشخاص المعنيين بالتصريح وترتيب

جزاء في صورة الاخلال به مع الإبقاء على اختصاص الرئيس الأول لدائرة المحاسبات وهو ما سيضفي النجاعة المرجوة دون حاجة الى تحويل الاختصاص الى جهة أخرى.

كما أن مبدأ الفصل بين السلط والتوازن بينها يفرض تصريح أعضاء السلطة التنفيذية والتشريعية لدى السلطة القضائية التي تقدم بدورها التقارير ويؤدي أعضاؤها اليمين لدى السلطة التشريعية والتنفيذية وهو من جوهر النظام الجمهوري .

الفصول 19 و 20 و 21:

تم إسناد صلاحيات الضابطة العدلية العامة بصفة ضمنية إلى السيد رئيس الهيئة وأعضائها وبصفة صريحة إلى أعوان قسم مكافحة الفساد وهو ما يتعارض وأحكام الفصل 10 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي أورد القائمة الحصرية للأشخاص المخول لهم صلاحيات الضابطة العدلية.

وهو ما يؤدي الى خلق إجراءات موازية لممارسة الضابطة العدلية الحالية وذلك دون منح المعني بالتتبع ما يضمن حقوقه الشرعية.

-إن إسناد رئيس الهيئة و أعضائها صلاحيات التفتيش والحجز دون إحالة في ذلك إلى الإجراءات الواجب إتباعها الواردة بمجلة الإجراءات الجزائية من شأنه المساس بالضمانات الأساسية لذوي الشبهة.

ومن ناحية ثانية، فإن إقرار مثل هذه الصلاحيات الواسعة دون تأطيرها بإجراءات خاصة وفي غياب اشتراط الحصول على أدون قضائية مسبقة يتناقض مع مهام الهيئة المتمثلة في مجرد النقصي عن شبهة فساد وتجميع العناصر الدالة على ثبوتها. أما أعمال النقصي العميقة التي تتطلب أبحاث دقيقة من شأنها أن تؤدي إلى كشف الحقيقة بثبوت شبهة الفساد أو نفيها فهي أعمال ترجع إلى صميم عمل السلطة القضائية لا سيما في ظلّ إحداث أحداث قطب قضائي اقتصادي ومالي يضم قسما فنيا مختصا في البحث والتتبع والتحقيق في الجرائم المالية والاقتصادية المتشعبة.

(قانون أساسي عدد 77 المؤرخ في 6 ديسمبر 2016 المتعلق بالقطب القضائي الإقتصادي والمالي الذي يضم مساعدين فنيين مختصين تعهد لهم مهمة القيام بجميع الأعمال الإستقرائية الضرورية بمرحلتى التتبع والتحقيق.)

كما أن الفصل 49 من الدستور نص على أن القانون يحدد الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات وممارستها بما لا ينال من جوهرها، وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

وبناء على هذه الأحكام والمبادئ الدستورية، فإن الهيئة لا يمكن لها أن تقوم بعمليات الحجز والتفتيش إلا تحت رقابة السلطة القضائية المسبقة كضامن للحقوق والحريات.

وفي نفس الاتجاه، فإنه لا يمكن لرئيس الهيئة و أعضاءها مجرد إعلام السط القضاء مع الاقتصار على إحالة المحاضر ونتائج الأعمال المنجزة فقط بل يجب إضافة "والمحجوزات" لتصبح الصياغة على النحو التالي :

"... إحالة المحاضر ونتائج الأعمال المنجزة والمحجوزات".

الفصل 25:

جعل مجلس الهيئة الطرف المحدد لمآل الملفات المحالة من قسم التحقيق قد يمسّ من نزاهة العملية بالتالي من الأجر إلزام المجلس بإحالة كل الملفات على القضاء لتفادي الانتقائية في التعامل مع الملفات .

الفصل 27:

يسمح الفصل المذكور بتبادل معطيات مع هيئات مكافحة الفساد بالدول الأخرى باستثناء المعطيات التي تهم الامن القومي والدفاع الوطني إلا أنه لم يتم ترتيب أي جزاء على الاخلالات التي قد تحصل في هذا الإطار والتي قد تهدد الامن القومي مما يوجب الإشارة الى العقوبات الواردة بالمجلة الجزائية في صورة عدم احترام مقتضيات المذكورة.

الفصل 28:

أسند الفصل 28 لمجلس الهيئة صلاحية التداول في أعمال التقصي التي تم القيام بها والبت فيها بالحفظ أو الإحالة على الجهات الإدارية أو القضائية المختصة.

وهو ما يتعارض بصفة صريحة مع أحكام الفصل 30 من م إ ج والذي ينص على أن: "وكيل الجمهورية يجتهد في تقرير مآل الشكايات والإعلامات التي يتلقاها أو التي تنهى إليه".

وبالتالي فإن سلطة تقرير مآل الأبحاث في شبهة الفساد المأذون بها من قبل السلطة القضائية لا يمكن أن يكون إلا بيد وكيل الجمهورية ولا مجال قانوناً لإسناد تلك الصلاحية إلى مجلس

الهيئة باعتباره مخالفا لمجلة الإجراءات الجزائية التي أحال الفصل 20 من المشروع صراحة إلى أحكامها.

أما في صورة ما إذا تم إقرار منح صلاحيات الضابطة العدلية لأعوان قسم مكافحة الفساد مع عدم ربط ممارستها بإشراف السلطة القضائية ممثلة في النيابة العمومية، فإن ذلك يستدعي إثارة الملاحظات التالية:

إن إقرار هذا التوجه يجعل الهيئة في تضارب صريح مع مبدأ الفصل بين السلط ومع الضمانات الممنوحة للمواطنين في إطار الدستور وقانون الإجراءات الجزائية والقانون الجزائي.

فمن الواضح أن هذا الخيار سوف يخل على الأقل بمبدأين دستوريين جوهريين نص عليهما الباب الثاني من الدستور الوارد تحت عنوان: "الحقوق والحريات"، يتمثل الأول في تساوي المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات إضافة إلى مساواتهم أمام القانون من غير تمييز (الفصل 21 من الدستور) في حين ينص المبدأ الثاني على أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة (الفصل 27 من الدستور).

وغني عن البيان في هذا السياق أن مباشرة وظائف الضابطة العدلية (في طور التتبع) من قبل أعوان الإدارات والهيئات الذين منحوا بمقتضى قوانين خاصة السلطة اللازمة للبحث عن بعض الجرائم أو تحرير التقارير فيها دون إشراف ورقابة في ذلك من طرف السلطة القضائية صاحبة الاختصاص الأصلي في شأن ينطوي على إخلال واضح بمضامين المبدأين الدستوريين السالف ذكرهما.

إن إقرار هذا الخيار من شأنه المساس بمبدأ ثابت في القانون الجنائي العام ينص على "منع أي مسؤول أو حاكم إداري من الفصل في مسألة من اختصاص المحاكم" وهو مبدأ فقهي وقضائي.

إن إقرار هذا الخيار يتعارض مع ما نصت عليه المادة الخامسة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي صادقت عليها تونس بخصوص ضبط حدود مجال تدخل مثل هذه الهيئات والمتمثل في "وضع وتنفيذ وترسيخ سياسة فعالة ومنسقة لمكافحة الفساد وتعزيز مشاركة المجتمع وتجسيد مبادئ سيادة القانون وحسن إدارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة..." الأمر الذي يستفاد منه بأن فلسفة الاتفاقية الأممية تعتمد أساسا على وجوب إحداث هيئات أو مؤسسات وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته على أن تتكفل السلط

القضائية والأجهزة الأمنية بمكافحته في إطار ما ينص عليه القانون وفي إطار أعمال مبدأ التفريق بين السلط.

وتجد هذه المسألة سندها القانوني في نص الفصل 130 من الدستور ذاته الذي جاء فيه ما يلي: "تسهم هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في سياسات الحوكمة الرشيدة ومنع الفساد ومكافحته ومتابعة تنفيذها ونشر ثقافتها، وتعزز مبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة. تتولى الهيئة رصد حالات الفساد في القطاعين العام والخاص، والتقصي فيها، والتحقق منها، وإحالتها على الجهات المعنية...".

الفصلان 30 و31 :

نصّ هاذان الفصلان على إجراءات حصول الهيئة على المعطيات والتقارير ذات العلاقة بمجال اختصاصها من قبل جميع الهياكل العمومية والخاصة والهيئات الدستورية دون تمييز بينها ومن ضمنها دائرة المحاسبات.

وتجدر الإشارة الى أنّ دائرة المحاسبات جزء من السلطة القضائية ومن شأن إلزامها بمَدّ الهيئة بتقاريرها المساس من استقلالية القضاء المالي خاصّة بالنسبة للتقارير ذات الصبغة الخصوصية على غرار تقارير مراقبة تمويل الحملات الانتخابية.

بالإضافة إلى ذلك تمثّل محكمة المحاسبات أعلى جهاز للرقابة على المال العامّ وتتلقّى بدورها كافة تقارير الرقابة والتفقد وأفردها الدستور صلب الفصل 117 بنظام خاصّ في نشر تقاريرها والجهات المخول لها الحصول على تلك التقارير ولم يتمّ التنصيص على هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد في هذا الإطار وهو ما يجعل من الفصول 30 و31 من مشروع القانون الأساسي مخالفة لمقتضيات الدستور.

وتجدر الإشارة إلى أنّ محكمة المحاسبات تتولّى زجر أخطاء التصرف التي تمّ الوقوف عليها بتقاريرها وفق الفصل المذكور أعلاه من الدستور إضافة إلى إحالة الأخطاء ذات الصبغة الجزائية إلى القضاء العدلي مما يجعل من التعهد المزدوج بمتابعة التقارير المذكورة دون جدوى.

من جهة أخرى نصّ الفصل 32 في فقرته الثانية أنّه وفي صورة تعلّق طلب الهيئة بالاستثناءات المنصوص عليها في التشريع الخاصّ بالنفاذ إلى المعلومة فإنّها تلجأ إلى القضاء الإداري لاستصدار إذن استعجاليّ في الغرض. ويفترح في هذا الخصوص ربط هذا الفصل بأحكام القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرّخ في 24 مارس 2016 والمتعلّق بالحقّ في النفاذ إلى المعلومة والذي ضبط إجراءات الطعن في قرارات رفض مطلب النفاذ للمعلومة

وذلك تفاديا لتعدد الآليات المتعلقة بطلب الحصول على المعطيات المدرجة ضمن استثناءات حقّ النفاذ إلى المعلومة ممّا من شأنه أن يؤدي إلى إفراغ هذه الإستثناءات من محتواها.

الفصل 32 :

لا يمكن سحب عدم إمكانية مجابهة الهيئة بالسّر المهني بالنسبة إلى القضاة حيث يتناقى ذلك والقسم الذي يتلوه القاضي والمتضمن خاصة لمبدأ عدم إفشاء سرية المفاوضات واعتماد سلوك القاضي الأمين.

الفصلان 36 و37:

من الاجدر تحديد مفهوم الاقدمية وربطها بالأقدمية في مباشرة الاختصاص ومزيد توضيح مفهوم الخبرة .

الفصل 38:

ضرورة وضع معايير مضبوطة بالنصّ تدرج بالسلم التقييمي لتقييد السلطة التشريعية عند إعداده .

الفصل 40 :

ضرورة تحديد الجهة المخول لها الطعن في قرارات اللجنة البرلمانية.

الفصل 42:

لم يتمّ التطرق لإمكانية تعذر التوصل لاختيار الرئيس بأغلبية الثلثين كم أن إمكانية تساوي الأصوات في هذه الأغلبية غير ممكن حسابيا.

الفصل 48:

لم يتمّ التطرق لحالة الشغور المتزامن للرئيس ونائبه ضرورة إضافة إمكانية معاينة الشغور من قبل نصف الأعضاء على سبيل المثال.

الفصل 55:

ضرورة تصريح أعضاء الهيئة بمكاسيهم لدى دائرة المحاسبات ضمانا لاستقلالية وحيادية عملية التصريح والسماح للقضاء المالي بممارسة مهام الرقابة الضرورية على أعضاء الهيئة باعتبارهم متصرفين في المال العام.

الفصل 62:

ينصّ الفصل 62 على تقديم التقرير السنوي لنشاط الهيئة بالإضافة إلى التقرير في مجال الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد إلى كلّ من مجلس نواب الشعب ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، ويقترح في هذا المجال إضافة رئيس المجلس الأعلى للقضاء.

عن الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء

الرئيس المؤقت