

DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL

تقرير
اختصاص القضاء الإداري
على محك الحق في التقاضي
واللجوء إلى القضاء

© المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية (DRI). جميع الحقوق محفوظة. يُشجع نشر هذه الوثيقة لغاية غير تجارية شرط ذكر المنظمة (DRI) كمصدر ومدتها بنسخة مترجمة بلغات أخرى. المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية. حررت نسخة بالفرنسية.

بدعم من:

تحظى المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية في إطار مشروع " تطبيق الدستور التونسي من خلال التشريعات الجديدة المعززة لدولة القانون" بدعم من وزارة الشؤون الخارجية والكمونولث.



الفهرس

4	ملخص
6	مقدمة
7	القسم الأول: المشاكل الناشئة عن الإزدواجية القضائية
7	الفرع الأول: المشاكل المرتبطة بالتصرف الحالي في نزاعات الاختصاص
8	الفرع الثاني: المشاكل المرتبطة بالمسائل التوقيفية
8	القسم الثاني: الصعوبات المرتبطة باعتماد المعيار المادي
8	الفرع الأول: رفض اعتماد المعيار العضوي
9	الفرع الثاني: اضطراب المعيار المادي
10	القسم الثالث: الاختصاص الوطني للقاضي الإداري
10	القسم الرابع: اختصاص قاضي تجاوز السلطة
10	فرع أول: الاختصاص إزاء الأوامر ذات الصبغة الترتيبية
11	فرع ثاني: اختصاص إزاء الأعمال الداخلية
11	فرع ثالث: اختصاص إزاء الأعمال الإدارية غير التقريرية
12	فرع رابع: اختصاص إزاء المراسيم
13	فرع خامس: اختصاص إزاء الأعمال الإدارية الراجعة للقاضي العدلي
14	القسم الخامس: اختصاص قاضي القضاء الكامل
14	فرع أول: القضاء الكامل الموضوعي
14	فرع ثاني: القضاء الكامل الذاتي
15	القسم السادس: اختصاص محاكم الطعون
15	فرع أول: الطعن بالاستئناف
15	فرع ثاني: الطعن بالتعقيب
16	القسم السابع: اختصاص القاضي الاستعجالي
17	القسم الثامن: الصعوبات المرتبطة بنزاع الأعمال الصادرة عن مختلف السلط الدستورية
17	الفرع الأول: السلطة التنفيذية و أعمال السيادة (و تسمى أيضا أعمال الحكومة)
19	الفرع الثاني: السلطة التشريعية و الأعمال البرلمانية
20	الفرع الثالث: الأعمال التي تهم السلطة القضائية
21	القسم التاسع: آفاق مستقبلية

اختصاص القضاء الإداري على محك الحق في التقاضي واللجوء إلى القضاء

ملخص

إن تكريس المعيار المادّي ينبغي أن يصحبه تحسين في المنظومة التي تؤدي إلى تحديد اختصاص القاضي الإداري. أول شيء يجب فعله هو تحسين التعرف على فقه القضاء الإداري، الذي يمرّ بنشر أفضل لهذا الأخير بكل الوسائل المتاحة. من ناحية أخرى، على القاضي الإداري أن يمتثل لإرادة المشرع في مادة توزيع الاختصاص. فليس للقاضي الإداري أن يحيد عن ما أحدثه المشرع من كتلة اختصاص لفائدة القاضي العدلي، حتى ولو اعتبر نفسه القاضي الطبيعي لهذا النوع من النزاع، لأن هذا الموقف ينم عن تطبيق دغماي للمعيار المادّي.

3. إن إقرار الصبغة الوطنية للقضاء الإداري التونسي، حملته على أن لا يطبق إلا القانون الوطني. هذا الموقف يؤدي إلى منع اللجوء إلى القاضي الإداري، كلما استدعى النزاع تطبيق القانون الأجنبي. يمكن للمشرع أن ينص صراحة على أن القاضي يمكنه النظر على أساس قاعدة تنتمي إلى نظام قانوني أجنبي، طبعاً كلما لم تتعارض هذه القاعدة مع مقتضيات النظام العام التونسي.

4. تبين دعوى تجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية، كما نص عليها التشريع النافذ مثلما تم تأويله من المحكمة الإدارية، أن هناك بعض التضييقات على الحق في التقاضي.

أولاً، النظام النزاعي الاستثنائي لدعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد الأوامر ذات الصبغة الترتيبية معقد أكثر من النظام العادي لدعوى تجاوز السلطة. ويمكنه أن يعوق المتقاضي عن الإلتجاء إلى القضاء. لذا ينبغي على المشرع إعادة النظر فيه لردّه إلى النظام العادي.

ثانياً، الحصانة القضائية للتدابير الداخلية فيها مساس بالحق في التقاضي. وهما أن هذه الحصانة تمثل استثناءاً لمبدأ علوية القانون و للحق في التقاضي، فإن استعمالها من طرف القاضي يجب أن يقتصر على ما هو ضروري، أي عندما يكون تأثير هذه التدابير في الوضعيات القانونية بسيطاً جداً إلى درجة تصبح معها الرقابة القضائية المسلطة عليها غير ذات فائدة. فعلى القاضي أن يكون أكثر صرامة في وصف عمل إداري بأنه تدبير داخلي. و يجدر تجنّب هذا الوصف خاصة عندما يمس التدبير المتنازع في شأنه من الحقوق والحريات الأساسية.

ثالثاً، إن رفض القاضي الإداري مراقبة المناشير التفسيرية بدعوى أنها ليست ملزمة قد يطرح إشكالا. فالصبغة الملزمة للعمل الإداري يجب تناولها بشكل واسع، دون حصرها في أسلوب صياغة المنشور. و لابد من إجراء تحليل نفسي لتأثير المناشير على الأشخاص المتقبلين لها، باعتبار أن أعوان المرفق ينظرون إلى المناشير على أنها ملزمة.

يشكل تحديد القاضي المختص صعوبة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالازدواجية القضائية المعتمدة في تونس منذ دستور غرة جوان 1959، ثم في دستور 27 جانفي 2014 بعد ذلك. وهو ما يعني أن مسألة الحق في التقاضي لصيقة بنظام الازدواجية القضائية.

1. رغم إحداث مجلس تنازع الاختصاص سنة 1996، بهدف فضّ الصعوبات المتعلقة بتحديد الجهاز القضائي المختص (الإداري أو العدلي)، فقد بينت التجربة أن النظام المعتمد لم يمكن من تفادي كل التعقيدات الناتجة عن الازدواجية القضائية.

يجدر أولاً إعادة النظر في اختصاص مجلس التنازع، و ذلك بالتنصيص صراحة على الفرضيات التي لم ترد في القانون عدد 96-38 المؤرخ في 3 جوان 1996. كما يجدر التفكير ثانياً في توسيع مجال تعهد مجلس التنازع إلى جميع المحاكم مهما كانت درجتها في الجهاز القضائي الذي تنتمي إليه، ما لم يتعارض ذلك مع مصلحة حسن سير القضاء. كذلك من المفيد السماح لأطراف النزاع بالقيام لدى المجلس، كلما لم يقع القيام من طرف محكمة. هذا الإصلاح يفترض أن يرافقه إصلاح لهيكل مجلس التنازع و الوسائل الموضوعية على ذمته و المبادئ التي تحكم الإجراءات المتبعة لديه. في الأخير، لابد من العمل على نشر فقه قضاء مجلس التنازع، بشكل سريع و واسع، حتى يسهل على الكافة التعرف عليه.

من ناحية أخرى، تعتبر المسائل التوقيفية من مستلزمات الازدواجية القضائية. لكن الصعوبات المنجّرة عنها تكون في الغالب عالية الكلفة. وهو ما سيؤثر حتماً بالسلب في فاعلية الحق في التقاضي. للحد من هذه السلبيات، من المفيد إدخال مزيد من الدقة في نظام المسائل التوقيفية. إذ يمكن للمشرع التنصيص مثلاً على واجب البت في حدود الإحالة أو على أجل للبت في المسألة التوقيفية أو على كيفية احترام استقلالية المحكمة التي تولت الإحالة أو على حدود تقيّد القاضي بالإحالة، إلى غير ذلك من المسائل.

2. بعد اعتماد المعيار المادّي في تحديد اختصاص القاضي الإداري مصدراً لصعوبات جدية. فحتى لا ترفض الدعوى لعدم الاختصاص من طرف القاضي الإداري، وجب العلم جيداً بأدق تفاصيل فقه القضاء الإداري. لكن هذا الأخير، يتميز غالباً بعدم استقراره و بعدم نشره بشكل كاف.

درجتين. من جهة أخرى، من المفيد أن يكرّس المشرع، بوضوح، في التشريع الجديد، الاختصاص المبدئي لقاضي التعقيب الإداري.

7. الإجراءات الاستعجالية المنصوص عليها في التشريع النافذ تبين غياب إجراءات ملائمة في مادّة الاستعجالي «الحماي»، أي إجراءات تتعلق مباشرة بحقوق و حريات المتقاضين. التشريع الجديد ينبغي أن يبدأ بإصلاح الإجراءات الاستعجالية الموجودة بهدف تيسير لجوء المتقاضين إليها. من جهة أخرى، يجدر التفكير في إجراءات استعجالية أخرى أكثر تلاؤماً مع ضمان الحقوق و الحريات الأساسية للمتقاضين.

8. إنّ الحصانة القضائية المطلقة التي تتمتع بها أعمال السيادة لا تتلاءم مع الحقّ في التّفاضي المضمون في الفصل 108 من الدستور. إنّ تدخّل المشرع قد يكون ضرورياً للقبول بإمكانية مراقبة بعض أعمال السيادة. لكن، حتّى في غياب القانون، لا شيء يمنع القاضي الإداري التونسي من تطوير فقه قضائه وقبول إمكانية إقرار مسؤولية الدولة دون خطأ من أجل أعمال السيادة، على أساس الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، إذا كان الضرر خاصاً و غير عاديّ.

9. إنّ التّنظيم الجديد للقضاء الإداري التونسي، كما ورد في الدستور الذي ينصّ على إحداث محاكم إدارية ابتدائية و محاكم إدارية استئنافية، سيّطرح إشكاليات جديدة مرتبطة بتوزيع الاختصاص التّراخي بين مختلف المحاكم المكوّنة للجهّاز الإداري. من الضروري أن لا يكون هذا التّنظيم الجديد مصدراً لتعقيدات إضافية للمتقاضي. فذلك مرتبط بفعالية الحقّ في التّفاضي.

رابعاً، رقابة القاضي الإداري على المراسيم يمكن أن تطرح مشكلاً بخصوص الإلتجاء إلى القضاء. ينبغي على القاضي الإداري أن يؤكّد ما جاء في فقه قضائه الأخير من أنّ المراسيم أعمال إدارية ما لم تقع المصادقة عليها بقانون.

خامساً، قد يعتبر القاضي الإداري أنّه غير مختصّ في مراقبة شرعية قرار إداري، في حين أنّ المشرع لم يسند الإختصاص صراحة إلى القاضي العدلي (مثال: قانون العلامات). هذا الاختيار الفقه القضائي يزيد من تعقيد الأمر على المتقاضي الباحث عن قاض، حتّى و لو كان هذا الإختيار مؤسساً على مصلحة حسن سير القضاء. لتوضيح الأحكام المتعلقة بتوزيع الاختصاص، يجب إسناد النزاع المتعلّق بشرعية القرارات الإدارية إلى القاضي الإداري.

5. اختصاص القاضي في مادّة القضاء الكامل يمّس، في بعض الحالات، من حقّ الإلتجاء إلى القاضي الإداري.

في خصوص القضاء الكامل الموضوعي، يتوزّع النزاع الجبائي و النزاع الانتخابي بين القاضي العدلي و القاضي الإداري، و هو ما لا يسهّل تحديد القاضي المختصّ. كما أنّ جودة القضاء تمثّل اليوم دون شكّ أحد عناصر الحقّ في التّفاضي. لكنّ التجربة تبين أنّ الحلّ المعتمد في التشريع النافذ بالنسبة لهذين النزاعين (خاصة النزاع الجبائي) يجعل القاضي العدلي لا يعتبر نفسه ملزماً بفقه قضاء المحكمة الإدارية. لذا على المشرع أن يحرص دائماً على توحيد النزاع الإداري بإسناده للقاضي الإداري، قاضيه الطبيعي، إلا إذا اقتضت مصلحة حسن سير القضاء خلاف ذلك.

في خصوص القضاء الكامل الذاتي، يجدر مراجعة النصوص المكرّسة لعدم مسؤولية السلطة العامة، خاصة في مادّة الارتفاقات العمرانية. هذه النصوص التي تصطدم بشكل مباشر بالحقّ في التّفاضي و تابعه الحقّ في القيام بدعوى المسؤولية، تطرح مشكلاً مدى دستوريّتها.

6. يعتبر اختصاص القاضي الإداري في الاستئناف و التعقيب مصدراً للعديد من التعقيدات بالنسبة للمتقاضي. في الاستئناف، يحرم هذا الأخير من حقه الدستوري في استئناف بعض الأحكام أو في رفع استئنافه أمام القاضي الإداري، القاضي الطبيعي للنزاعات ذات الصبغة الإدارية. في التعقيب، لا يزال مجال اختصاص المحكمة الإدارية غير محدّد بصفة ثابتة.

من المفيد أن تعمّم الأحكام التشريعية الجديدة ممارسة الطعن بالإستئناف، حتّى تتطابق مع الدستور الذي أعطى قيمة دستورية لقاعدة التّفاضي على

إنَّ الحقَّ في التَّقاضي حقٌّ أساسيٌّ. وهو مكرّس في الفصل 108 فقرة ثانية من الدّستور الذي ينصُّ على أنَّ «حقَّ التَّقاضي و حقَّ الدّفاع مضمونان». كما نجده مكرّسا في أهمِّ المواثيق الدّوليّة. إذ ينصُّ الفصل 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنَّ «لكلِّ شخص الحق في دعوى فعّالة لدى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له الدّستور والقانون». أمّا الفصل 14 فقرة أولى جملة 2 من الميثاق الدّولي المتعلّق بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة والمؤرّخ في 19 ديسمبر 1966 فينصُّ على أنَّ «كلَّ شخص له الحقُّ بأن تسمع دعواه بكلِّ عدل و إنصاف وبصفة علنيّة من طرف محكمة لها أهليّة النّظر...»⁶.

4. الحقُّ في التَّقاضي يجب أن يكون فعّالا. الدّعوى الفعّالة شرط للصّبغة العادلة للمحاكمة⁷. و هناك عدّة عناصر تجعل من الحقِّ في التَّقاضي فعّالا: غياب العوائق الماليّة، البتُّ في القضايا في أجل معقول، تنفيذ الشيء المقضيّ فيه، وغيرها من العناصر.

لكنّ العنصر الذي يتدخّل أولا هو ذلك المتعلّق باختصاص القاضي المتعهّد. فالسؤال الأوّل الذي يطرحه القاضي هو المتعلّق باختصاصه. فإذا كان مختصّا، فسيواصل النّظر في القضية، وإلاّ فإنّه سيرفضها.

5. التّقرير الحالي سيتعرّض إلى الحقِّ في اللّجوء إلى القضاء الإداري. هذا الأخير تمثله حاليا المحكمة الإداريّة، بمختلف هيئاتها القضائيّة (الدوائر الابتدائيّة والدوائر الإستئنافية والدوائر التّعقيبيّة والجلسة العامّة)⁸، التي تشكّل لوحدها الجهاز القضائي الإداري.

من المؤكّد أنّه توجد محاكم إداريّة متخصصة مراقبة من قبل المحكمة الإداريّة عن طريق الاستئناف أو التّعقيب، مثل مجلس المنافسة أو لجنة العقوبات (التي عوّضت اللّجنة المصرفيّة)، لكنّ كلّ محكمة من هذه المحاكم لها خصوصيّاتها وإجراءاتها وقواعد اختصاصها التي تتطلّب دراسة خاصّة في إطار تقرير خاصّ بها. النّشريّة الحاليّة ستقتصر على دراسة اختصاص القضاء الإداري العامّ.

6. اختصاص القضاء الإداري هو مادّة تشريعيّة. هذا الأمر يستشفّ صراحة من الفصل 116 فقرة أخيرة من الدّستور الذي ينصُّ على أنّه «يضبط القانون تنظيم القضاء الإداري و اختصاصاته و الإجراءات المتبّعة لديه و النّظام الأساسي الخاصّ بقضاياه». و بصفة أدقّ، هذا القانون هو قانون أساسي باعتبار أنّ الفصل 65 فقرة 2 ينصُّ على أنّه «تتخذ شكل قوانين أساسيّة النّصوص المتعلّقة بالمسائل التّالية:(...)تنظيم العدالة والقضاء...».

القوانين التي ستأتي لإعادة تنظيم القضاء الإداري طبقا لمقتضيات الدّستور، عليها إذن أن تتفاعل مع الحقِّ الدّستوري في التَّقاضي. على هذا الأساس، سيعكف التّقرير الحالي على تفحص مختلف جوانب اختصاص القضاء الإداري، انطلاقا من التّشريع الحالي، لرصد المشاكل التي يطرحها ثمّ اقتراح حلول لها، مع الأخذ بعين الاعتبار للأحكام الدّستوريّة الجديدة التي يجب أن تقود المشرّع في صياغة النّصوص المتعلّقة بوضع الدّستور حيّز التّطبيق.

1. يمكن القول اليوم إنّ الازدواجيّة القضائيّة أصبحت تشكّل جزءا من التّراث القانوني لتونس. فكل من دستور غرّة جوان 1959 و دستور 27 جانفي 2014 يكرّسان صراحة الازدواجيّة القضائيّة. و يتمخّض عن تقرير اللّجنة التّأسيسيّة للقضاء العدلي و الإداري و المالي و الدّستوري حول مشروع باب السّلطة القضائيّة¹، أنّ جميع الأطراف المتدخّلة في النّفاش كانت متّفقة على الحفاظ على نظام الازدواجيّة القضائيّة.

الدّستور لم ينصّ فقط على وجود القضاء الإداري، و لكنّه خصّ هذا الأخير بنزاعات معيّنة².

بالإضافة إلى ذلك، تخلّى المؤسّس عن التّنظيم الحالي للمحكمة الإداريّة لفائدة تنظيم أكثر تطوّرا يجعل من جهاز القضاء الإداري نظيرا للجهاز العدلي: في المستقبل، سيتكوّن القضاء الإداري من محكمة إداريّة عليا و من محاكم إداريّة استئنافية و من محاكم إداريّة ابتدائية.

في تعريف بسيط، الازدواجيّة القضائيّة تعني وجود جهاز قضاء إداري إلى جانب جهاز القضاء العدلي³. و بصفة عامّة، يقع إحداث محكمة للبتّ في نزاعات الاختصاص التي يمكن أن تنشأ بين الجهازين القضائيين: في تونس، هذه المهمّة أوكلت إلى مجلس تنازع الاختصاص.

2. الصّعوبة الأساسيّة للازدواجيّة القضائيّة تتمثّل في تحديد الجهاز القضائي المختصّ. فكلّ من المتقاضين و المحاكم يمكنهم أن يخطئوا. المتقاضون يمكنهم القيام لدى محكمة غير مختصة، أمّا المحاكم فيمكنها أن تسيئ فهم القانون. لهذا من شأن الازدواجيّة القضائيّة أن تجعل وضع الحقِّ في التَّقاضي حيّز التّطبيق معقّدا، باعتبار أنّه من المحتمل دائما أن يعلن الجهاز القضائي المتعهّد أنّه غير مختصّ. مما تنجرّ عنه تكاليف على مستوى المصاريف و الوقت المهدور.

3. يعرف الحقُّ في التَّقاضي بأنّه حقّ كلّ شخص طبيعي أو معنوي، مهما كانت جنسيّته، في اللّجوء إلى القضاء للدّفاع عن حقوقه⁴. الحقُّ في التَّقاضي يمثّل إذن سلطة غير مشخّصة، مجردة و دائمة تمكّن من التّوجّه إلى القاضي. فلا نخلط بينه و بين الدّعوى القضائيّة التي يمكن تعريفها على أنّها الرّابطة التي تنشأ عن وضعيّة ملموسة و التي تتكوّن بين شخصين، بواسطتها يمكن لإحدهما أن تدعي على الأخرى ادّعاءات متعلّقة بالوضعيّة المذكورة أمام قاض عليه سماعها ليقول إن كانت مبنية على أسس صحيحة أم لا. يجب تمييز الحقِّ في التَّقاضي أيضا عن عريضة الدّعوى التي تضع الدّعوى حيّز التّطبيق و تتمثّل إذن شرطا لقبولها⁵.

¹ يمكن الاطلاع على التّقرير في الموقع الإلكتروني لمجلس نواب الشعب عبر الرّابط التّالي:

http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/rapport_final/rapports.jsp?cid=9

² حسب الفصل 116 فقرة أولى من الدّستور، "...يختصّ القضاء الإداري بالنّظر في تجاوز الإدارة سلطتها، وفي النزاعات الإداريّة...".

³ الحديث عن ازدواجيّة، في الوضع القانوني الحالي، هو عبارة عن تبسيط للأمور، لأنّه يوجد على الأقلّ ثلاثة أجهزة قضائيّة منصوص عليها في دستور 27 جانفي 2014: جهاز القضاء العدلي و جهاز القضاء الإداري و جهاز القضاء المالي.

⁴ انظر:

Serge Guinchard et autres, Droit processuel. Droit commun du procès, Précis Dalloz, 1ère édition, 2001, n° 231, p. 291 et s.

⁵ حول كلّ هذه الفروق، انظر:

Georges Wiedeker, in. Dictionnaire de la justice (sous la direction de Loïc Cadiet), PUF, coll. Grands dictionnaires, p. 6 et s.

⁶ إنّ انضمام تونس إلى الميثاق الدّولي المتعلّق بالحقوق المدنيّة و السّياسيّة تمّ بمقتضى القانون عدد 30-68 المؤرّخ في 29 نوفمبر 1968، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 51 المؤرّخ في 30 نوفمبر 3-ديسمبر 1968، ص. 1477. و قد تمّ نشر الميثاق في الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 79 المؤرّخ في 6 ديسمبر 1983، ص. 4253 و ما بعدها.

⁷ مفهوم المحاكمة العادلة مكرّس في الدّستور في فصله 108 فقرة أولى.

⁸ الهيئات الاستشاريّة للمحكمة الإداريّة لن تقع دراستها في التّقرير الحالي.

القسم الأول. المشاكل الناشئة عن الإزدواجية القضائية

الفرع الأول. المشاكل المرتبطة بالتصرف الحالي في نزاعات الاختصاص

القانون عدد 96-38 المذكور أعلاه، يسمح لمحكمة التعقيب و الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية أن يعرض على مجلس التنازع إشكالا «جدياً» حول الاختصاص، لم يسبق البت فيه من قبل هذا الأخير. على خلاف الفرضية السابقة، لا يمكن لمحاكم الأصل القيام لدى المجلس. إن القيام لديه من قبل أعلى محكمتين في الجهازين القضائيين ليست عديمة الفائدة، و لكنها تأتي للأسف في وقت متقدم جداً من النزاع: إذا وقع التصريح بعدم اختصاص الجهاز القضائي المتعهد بالقضية، فعلى الطرف الأحرص القيام لدى الجهاز المقابل، وهو ما ينتج عنه، بالتأكيد، بالنسبة لهذا الأخير خسارة معتبرة في الوقت و المال. و في نهاية الأمر، قد يحجم المتقاضون عن القيام لدى القاضي المختص الذي حدده المجلس. وهو ما يؤدي، إذن، إلى المساس من جديد بالحق في اللجوء إلى القضاء.

الفرضية الأخيرة لتدخل مجلس التنازع و المنصوص عليها بالقانون عدد 96-38، هي فرضية فصله 9. و ترمي إلى التوقي من التنازع السليبي للإختصاص. لكنها تفترض علم المحكمة التي ستقوم لدى مجلس التنازع بالحكم القاضي بعدم الإختصاص الذي سبق صدوره عن المحكمة التي تنتمي إلى الجهاز القضائي المقابل. وهو أمر غير متاح دائماً لأنه لا يوجد أي واجب إعلام متبادل على كاهل المحاكم في خصوص ما يصدر عنها من أحكام.

القانون عدد 96-38 لم يتعرض إذن إلى جميع فرضيات تنازع الاختصاص. ما العمل إذن إذا نشأ نزاع سلمي أو نزاع إيجابي؟ الوضعية الأولى تعني نكرانا حقيقياً للعدالة، في حين تؤدي الثانية إلى حكمين متضاربين في الأصل.

لتفادي تنازع إيجابي في الإختصاص، وهي فرضية لم ينص عليها كذلك القانون عدد 96-38، أعلن مجلس التنازع اختصاصه للبت في صعوبة الإختصاص التي عرضتها عليه الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية، و ذلك على أساس الفصل 4 من القانون عدد 96-38 الذي أعطاه اختصاصاً عاماً في البت في مشاكل الاختصاص، و على أساس الفصل 8، المذكور سابقاً، من نفس القانون¹⁴.

خاتمة: إن إجراءات معالجة صعوبات الاختصاص من قبل مجلس تنازع الاختصاص لا تمكن من تفادي جميع التعقيدات الناشئة عن الإزدواجية القضائية. فالمشرع لم ينص على جميع فرضيات تنازع الاختصاص، وهو ما يجعل معالجة الفرضيات المحتملة التي لم يضبطها القانون تتسم بعدم الثبات. من جهة أخرى، لا يتم نشر فقه قضاء مجلس التنازع بصفة منتظمة، كما أن المحاكم لا تتبادل المعلومات فيما بينها.

توصيات: يجب، أولاً، إعادة النظر في اختصاص مجلس التنازع، بالتخصيص صراحة على الفرضيات غير المذكورة في القانون عدد 96-38. ورغم اعتماد المجلس على البند العام الذي يسند إليه الاختصاص على أساس الفصل 4 من القانون السابق، فإن تدخل المشرع يبقى مطلوباً لتحديد مختلف حالات تنازع أو صعوبات الاختصاص، بالإضافة إلى الإجراءات المتعلقة بها. كما يجدر التفكير ثانياً في توسيع مجال تعهد مجلس التنازع إلى جميع المحاكم مهما كانت درجتها في الجهاز القضائي الذي تنتمي إليه، ما لم يتعارض ذلك مع مصلحة حسن سير القضاء. كذلك من المفيد السماح لأطراف النزاع بالقيام لدى المجلس، كلما لم يقع القيام من طرف محكمة.

هذا الإصلاح يفترض أن يرافقه إصلاح لهيكله مجلس التنازع و الوسائل الموضوعية على دتمته¹⁵ و المبادئ التي تحكم الإجراءات المتبعة لديه¹⁶.

إن وجود جهازين قضائيين في نفس الوقت من شأنه التسبب في بعض التعقيدات. و طبعاً يتمثل التعقيد الأساسي في إمكانية وجود صعوبات في تحديد الجهاز القضائي المختص. فالمدعون يمكنهم، بحسن نية أو عن سوء نية، القيام لدى قاضي غير مختص. كما أن المحاكم نفسها يمكنها أن تسيئ تقدير اختصاصها و أن تقر خطأ أنها مختصة⁹ أو غير مختصة. نلاحظ أن صعوبة تحديد القاضي المختص لها علاقة مباشرة بالحق في التقاضي و يمكنها، في غياب الآليات المناسبة، المساس به بشكل جدي.

لمعالجة أخطاء الاختصاص، أحدث المشرع¹⁰ مجلس تنازع الاختصاص¹¹، وهو هيكل مكلف بالبت في ما قد ينشأ من نزاعات في الاختصاص بين المحكمة الإدارية و المحاكم العدلية¹². لكن، في الوضع القانوني الحالي، يظهر أن المجلس غير قادر على القضاء على جميع السلبات الناتجة عن الإزدواجية القضائية.

الفرضية الأولى لتدخل مجلس التنازع، و المنصوص عليها بالفصل 7 من القانون عدد 96-38، تتعلق «بالتنازع الإيجابي» على معنى القانون الفرنسي¹³. في هذه الفرضية، هناك محكمة عدلية متعهدة بقضية. و يمكن للطرف العمومي (المكلف العام بنزاعات الدولة و الجماعات المحلية و المنشآت العمومية) في هذه القضية أن يثير عدم اختصاص القاضي العدلي، بحجة أن النزاع يرجع إلى اختصاص المحكمة الإدارية.

يمكن توجيه عدة انتقادات لإجراء الفصل 7. في البداية، هو لا ينطبق إلا في اتجاه واحد: إنه لا يحمي إلا اختصاص القاضي الإداري. فهو يفترض أن القاضي العدلي فقط هو من يتعدى على اختصاص القاضي الإداري. لذلك عندما يصدر التعدي عن هذا الأخير، ليس هناك إجراء مماثل لإجراء الفصل 7 لإحالة القضية على قاضيتها الطبيعي. ثم إن وضع الإجراء حيز التطبيق مرتبط بإرادة الطرف العمومي الذي يمكنه إثارة عدم اختصاص القاضي العدلي، كما يمكنه عدم فعل ذلك. وهذا الأمر لا يتلاءم مع كون الاختصاص الحكمي يهيم النظام العام. فإجراء الفصل 7 هو إذن بمثابة مطعن محدث لفائدة أحد أطراف النزاع، الذي بإمكانه استعماله لمصلحته الذاتية، بهدف إطالة آجال التقاضي خاصة. و هكذا فإن الفصل 7 لم يعد يسمح بتعديل الاختصاص بين الجهازين القضائيين، بل أصبح عنصر تعقيد في نزاع قائم. أخيراً، لا يمكن الدفع بعدم اختصاص الجهاز العدلي أمام محكمة التعقيب. من المؤكد أن هذا المنع ينبني على اعتبارات مرتبطة بمصلحة حسن سير القضاء، لكن وقعت التضحية بحق المتقاضين في اللجوء إلى القاضي الطبيعي للقضية.

الفرضية الثانية لتدخل مجلس التنازع و المنصوص عليها بالفصل 8 من

⁹ يرجع هذا المشكل في جزء منه إلى سوء صياغة النصوص المحددة لاختصاص المحاكم.

¹⁰ القانون الأساسي عدد 96-38 المؤرخ في 3 جوان 1996 و المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية و المحكمة الإدارية و إحداث مجلس لتنازع الاختصاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 47 مؤرخ في 11 جوان 1996، ص. 1213 و ما بعدها.

¹¹ أقر على المجلس الوطني التأسيسي إدراج مجلس تنازع الاختصاص في الدستور. لكن، في النهاية، لم تتم الاستجابة لهذا المقترح. وهو قرار صائب لأن دستورا جدياً لا يجب أن ينص على كل شيء و ينظم كل شيء. و لقد نص الفصل 110 من الدستور على أن إحداث أصناف المحاكم يعود إلى المشرع. و يمثل مجلس تنازع الاختصاص صنفاً بذاته من أصناف المحاكم.

¹² عملياً، نزاعات الاختصاص لا تهيم سوى جهاز القضاء الإداري و جهاز القضاء العدلي. مثلاً، لم تسجل أي نزاعات بين المحكمة الإدارية و دائرة المحاسبات.

¹³ في معناه العادي، يحصل التنازع الإيجابي عندما تقرّ محكمتين، واحدة تابعة للجهاز العدلي و الأخرى للجهاز الإداري، باختصاصهما للنظر في نفس القضية. في القانون الفرنسي، مفهوم التنازع الإيجابي له معنى خاص. و ينتج عن اعتراض الإدارة، ممثلة في المحافظ، على إقرار محكمة عدلية باختصاصها في نزاع متعمدة به.

¹⁴ مجلس تنازع الاختصاص، القضية عدد 41 بتاريخ 12 جويلية 2001، العيادي ضد المجلس الوطني لهيئة الصيادلة.

¹⁵ مثلاً، ليس للمجلس مقر أو كتابة خاصة به.

¹⁶ دستورية بعض هذه المبادئ، كعدم علنية الجلسات أو عدم إمكانية الطعن في قرارات المجلس، قابلة للنقاش.

خاتمة: المسائل التوقيفية نتيجة ضرورية للإزدواجية القضائية. لكن الكلفة الناتجة عنها (كلفة الإجراءات و كلفة الزمن) تكون في الغالب باهضة.



توصيات: للحد من سلبات المسائل التوقيفية، يجدر إدخال مزيد من الدقة على نظامها القانوني. يمكن للمشرع، مثلا، التنصيص على واجب البت في حدود الإحالة، أو على أجل للبت في المسألة التوقيفية، أو على آليات احترام استقلالية المحكمة التي أحالت، أو على حدود خضوع القاضي للإحالة، إلخ. من ناحية أخرى، الواجب الذي يكون محمولا على القاضي للبت في المسألة التوقيفية في أجل محدد يندرج ضمن إشكالية أعم، هي التفليس من أجل معالجة القضايا أمام المحاكم التونسية، ويفترض جملة من الإجراءات والأعمال لبلوغ هذا الهدف.

القسم الثاني: الصعوبات المرتبطة باعتماد المعيار المادّي

الفرع الأول: رفض اعتماد المعيار العضوي

رفض فقه قضائي أول. في صيغته الأصلية، كرس القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 و المتعلق بالمحكمة الإدارية معيارا عضويا لتحديد اختصاص القاضي الإداري.

فالفصل 2 فقرة أولى من هذا القانون كانت تنص، في مادة نزاع التعويض، على أنه «تنظر المحكمة الإدارية في النزاعات المتعلقة بالإدارة»²³. في معناها العضوي، تحيل الإدارة إلى الدوات العمومية²⁴. و بالتالي، تكون المحكمة الإدارية مختصة كلما كانت ذات عمومية طرفا في النزاع. نلاحظ أن تطبيق المعيار العضوي بسيط باعتبار أن تحديد الدوات العمومية لا يطرح في العموم مشكلا. في هذا الإطار، كان الفصل الثالث فقرة أولى من نفس القانون أكثر وضوحا عندما ينص على أنه «تختص المحكمة الإدارية بالنظر ابتدائيا ونهائيا في دعوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء كل المقررات الصادرة عن السلط الإدارية مركزية كانت أو جهوية أو عن الجماعات العمومية المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية».

المحكمة الإدارية رفضت اعتماد المعيار العضوي المنصوص عليه في القانون وفضلت عليه المعيار المادّي، مؤسّسة هكذا لفقه قضاء مخالف للقانون. يحيل المعيار المادّي إلى طبيعة النزاع. فكلمّا تعلق النزاع بالتصرف العمومي، كان القاضي الإداري مختصا. يكون هناك تصرف عمومي كلما قامت الإدارة بتسيير المرافق العامة باستعمال صلاحيات السلطة العامة.

مناسبة تنقيح قانون 1 جوان 1972، المذكور سابقا، بمقتضى القانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996²⁵ المؤرخ في 3 جوان 1996، أصبح المعيار المادّي مكرّسا في الفصل 2 (جديد) كما يلي: «تنظر المحكمة الإدارية ببيئاتها القضائية المختلفة في جميع النزاعات الإدارية»²⁶

لو فرضنا أن القضاء الإداري هو المختص، فإن حق المتقاضي في اللجوء إليه يمكن أن يتعكّر بفعل مسألة توقيفية¹⁷. إذا كان مبدأ شمولية اختصاص المحكمة المتعدهة يقضي أن القاضي المتعهد بنزاع داخل في اختصاصه، يختص بالبت في جملة المطاعن المثارة أمامه، سواء من قبل المدعي أو المدعى عليه، فإن مدى هذا المبدأ يجب تدقيقه في سياق الازدواجية القضائية.

إن شمولية اختصاص القاضي الإداري تجد حدها في شمولية الاختصاص الإداري. بعبارة أخرى، القاضي الإداري غير مختص بالنظر في المسائل التي، لو طرحت بصفة أصلية، لخرجت عن اختصاص القضاء الإداري. هذه المسائل يمكن أن تكون لها صبغة توقيفية، إذا كانت الإجابة التي ستعطي لها، والتي نفترض أنها ضرورية للبت في الدعوى، تطرح صعوبة حقيقية¹⁸.

أمام مسألة توقيفية، على القاضي الإداري أن يتوقف عن النظر و يحيل الأطراف أمام المحاكم العدلية¹⁹.

على الأطراف انتظار الحكم الذي سيصدر عن المحكمة المدنية التي ستبت في المسألة التوقيفية، حتى يتمكنوا من القيام مجددا لدى القضاء الإداري. المسألة التوقيفية تؤدي، حتما، بالنسبة إلى أحد الأطراف، إلى تأجيل الاعتراف بحقوقه. هذه الوضعية فيها مساس، طبعاً، بفعالية اللجوء إلى القضاء.

من حسن حظ المتقاضي، تستعمل المحكمة الإدارية المسائل التوقيفية باعتدال. و لكنها لا تتورّع عن اللجوء إليها عندما يكون ذلك ضرورياً. ففي قضية وُجّه فيها الطعن بالإلغاء ضدّ رفض الإدارة الترخيص في استغلال مقطع، قرّر القاضي الإداري التوقف عن النظر إلى حين بت المحكمة المختصة في مسألة ملكية العقار موضوع القرار الإداري المطعون فيه بتجاوز السلطة²⁰. في قضية أخرى، قرّر القاضي الإداري التوقف عن النظر و أحال الأطراف على المحكمة العدلية للبت في صفة النقابة الوطنية لمؤسسات التعليم الخاص لإبرام ملحق للإتفاقية الوطنية المشتركة للتعليم الخاص²¹. في نفس الإتجاه، بمناسبة دعوى في تجاوز السلطة ضدّ قرارات ضمنية برفض إرجاع وثائق محتجزة من قبل الشرطة (جوازات سفر، بطاقات تعريف، شهادات جنسية)، توقف القاضي الإداري عن النظر إلى حين بت المحكمة المختصة في مسألة الجنسية²².

نجد تجسيدا للتعقيدات التي يمكن أن تنشأ عن المسائل التوقيفية، في قضية جمعت شركة نور والمكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة التجهيز والإسكان. في هذه القضية، أصدرت المحكمة الإدارية حكما تحضيريا بتاريخ 12 أبريل 1993، قرّرت فيه التوقف عن النظر و إحالة الأطراف على المحاكم المختصة للبت في صحة عقود البيع المتنازع في شأنها. لم تبت المحاكم المدنية في حدود الإحالة، بل نظرت في أصل القضية، و دام النزاع أكثر من ثلاثة عشر سنة أمام الجهاز العدلي، لينتهي برفض في الأصل أمام محكمة التعقيب.

¹⁷ يمكن تعريف المسألة التوقيفية على أنها المسألة التي يجب البت فيها، باعتبارها ضرورية لفرض أصل النزاع، لا من طرف المحكمة المتعدهة، و لكن من طرف المحكمة صاحبة الاختصاص الحصري للنظر فيها. عملياً، المحكمة التي تطرح أمامها مسألة توقيفية عليها التوقف عن النظر في النزاع المتعدهة به إلى حين بت المحكمة المختصة حصرياً في الضعوية موضوع المسألة التوقيفية. وهي تتميز عن المسألة الأولية التي و لن يرتبط بها فرض أصل النزاع، إلا أنها تبقى من اختصاص المحكمة المتعدهة.

¹⁸ في غياب صعوبة حقيقية، هناك فقط مسألة أولية و اختصاص القاضي الإداري.

¹⁹ نفترض أن الضعوية من اختصاصها، و هي الفرضية الأكثر شيوعاً.

²⁰ حكم تحضيري مؤرخ في 31 نوفمبر 2003 في قضية برني هميلي ضدّ وزير أملاك الدولة.

²¹ حكم تحضيري مؤرخ في 28 مارس 2003 في قضية المدرسة الخاصة خزندار و من معها ضدّ وزير الشؤون الاجتماعية.

²² حكم تحضيري مؤرخ في 24 أكتوبر 2002 في قضية كمال قديش و من معه ضدّ وزير الداخلية.

²³ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 23 مؤرخ في 2-6 جوان 1972، ص. 788 و ما بعدها.

²⁴ حالياً، في القانون الوضعي التونسي، الدوات العمومية هي أولا الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية. إلى جانب هذه الدوات العمومية التقليدية، هناك الهيئات المهنية التي تعتبرها المحكمة الإدارية دواتا عمومية دون أن تكون مؤسسات عمومية، و كذلك مختلف الهيئات العمومية المستقلة التي تكاثرت بعد الثورة، سواء نصّ عليها الدستور (الباب 6) أم لا (مثلا الهيئة الوطنية للإحصاءات أو الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية).

²⁵ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 47 مؤرخ في 11 جوان 1996، ص. 1214 و ما بعدها.

²⁶ قارن بالصياغة القديمة للفصل 2.

الفرع الثاني: اضطراب المعيار المادّي

على خلاف المعيار العضوي، فإن استعمال المعيار المادّي لا يخلو من الصّعوبة. وفقا لهذا المعيار، يرتبط اختصاص القاضي الإداري بتطبيق بعض المفاهيم: المرفق العامّ، السّلطة العامّة، الملك العمومي، العون العمومي، الأشغال العموميّة، إلخ. يمكن القول إنّ اختصاص القاضي الإداري يتبع المفهوم³². لكنّ تحديد كلّ هذه المفاهيم ليس دائما سهلا و يؤدّي غالبا إلى اختلافات حسب ملاسبات كلّ قضية. نفهم إذن أنّه يترك مجالا لتقدير القاضي الذي يكون أحيانا تقديرا ذاتيا.

إذا طبقنا على نشاط الدّوات العموميّة، يؤدّي المعيار المادّي إلى التّمييز بين نشاط السّلطة العامّة لهذه الأخيرة و الذي يرجع لاختصاص القاضي الإداري، و نشاطها الخاصّ الرّاجع للقاضي العدلي. فمبدئيّا، تصرّف الدّوات العموميّة في ملكها الخاصّ هو تصرّف خاصّ و يرجع نزاعه إذن للقاضي العدلي. ولكنّه مثل كلّ مبدأ، يعرف استثناءات. هذه الاستثناءات تظهر أحيانا حسب ملاسبات كلّ قضية. فقد قرّرت المحكمة الإداريّة أنّ التصرّف في مقاسم سكنيّة تابعة للملك البلدي الخاصّ هو نشاط ذو صبغة إداريّة، لأنّ البلديّة يبيعها هذه المقاسم تساهم مباشرة في تسيير مرفق عام السّكن³³. نحن إزاء تصوّر من أوسع ما يكون لمفهوم المرفق العامّ. في نفس الاتجاه، إذا كان بيع جزء من الملك الخاصّ من اختصاص القاضي العدلي، فإنّ القاضي الإداري يصبح مختصّا إذا كان الجزء المعنيّ على ملك أجنب³⁴.

مثال آخر يعبر عن اضطراب المعيار المادّي. حسب فقه قضاء مستقرّ للمحكمة الإداريّة، العقود بين الخواصّ هي عقود خاصّة من اختصاص القاضي العدلي، إلا إذا أريم أحد الأطراف الخاصّة العقد لحساب ذات عموميّة³⁵. كما قرّرت المحكمة الإداريّة أنّ الصّفات العموميّة عقود إداريّة³⁶. لكنّ صفقة عموميّة يمكن أن تبرم بين خواصّ دون أن يكون أحدهما قد تعاهد لحساب ذات عموميّة³⁷.

في نفس الاتجاه، تطبيقا للمعيار المادّي، إذا كانت قرارات الدّوات الخاصّة لها صبغة إداريّة كلّما عبّرت عن استعمال صلاحيّات السّلطة العامّة لتسيير المرفق العام³⁸، فإنّ القرارات التي تتخذها نفس هذه الدّوات لتنظيمها الداخلي هي أعمال قانون خاصّ. أمام هذه المسائل الدّقيقة المرتبطة بتطبيق المعيار المادّي، يمكن أن نلاحظ أنّ تحديد القاضي المختصّ، و بالتالي اللّجوء إلى القضاء، يصبح أمرا شائكا.

أخيرا، نشير إلى أنّ الدّعاوى المرفوعة من الدّوات العموميّة على الخواصّ تدخل، مبدئيّا، في اختصاص القاضي العدلي، «باستثناء بعض الحالات الاستثنائية التي لا تهمّ حماية الملكية الأدبيّة و الفنيّة» للدّوات العموميّة³⁹.

³² صاحب هذه العبارة هو:

Jean-François LACHAUME, « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in. L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ, 2004, p. 71 et ss.

³³ م، إ، تن، 16 ماي 1995، عبد الجليل بن سعد / بلدية توزر، المجموعة، ص. 219 و ما بعدها.

³⁴ م، إ، تن، ابتدائي، 27 أكتوبر 2000، الشركة المدنيّة العقارية "الوطنية 96" / وزير أملاك الدولة و الشؤون العقارية، المجموعة، ص. 221 و ما بعدها.

³⁵ م، إ، ابتدائي، شبيل / وزير الفلاحة و الموارد المائيّة و الصيد البحري و المكلف العام بنزاعات الدولة في حقّ نصّ الوزارة، غير منشور.

³⁶ انظر مثلا م، إ، اس، 1 ديسمبر 1998، بلدية تونس / الشركة الصناعيّة للتسيج، المجموعة، ص. 587.

³⁷ من بين المشورتين العموميين على معنى تنظيم الصّفات العموميّة، نجد المنشآت العموميّة. هذه الأخيرة إما أن تأخذ شكل مؤسسة عموميّة أو شكل شركة. في هذه الحالة الأخيرة، تكون لدينا صفقة مبرمة بين مشتري عمومي- ذات خاصّة و معاقده و هو أيضا من الخواصّ.

³⁸ م، إ، ابتدائي، 31 أكتوبر 2006، مراد / الجامعة التّونسيّة لكرة القدم، المجموعة، ص. 115 و ما بعدها.

³⁹ م، إ، اس، 11 جويلية 2000، المكلف العام بنزاعات الدولة في حقّ مؤسسة الإذاعة و التّلفزة التّونسيّة / شركة "نهي موزيك" و من معها، المجموعة، ص. 446 و ما بعدها.

عدا ما أسند لغيرها بقانون خاصّ». في نفس الاتجاه، وعلى إثر صدور القانون الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرّخ في 4 فيفري 2011 و المتعلق بتنقيح و إتمام القانون عدد 40 لسنة 1972 المذكور سابقا²⁷، أصبح الفصل 3 أيضا يكرّس المعيار المادّي لتحديد اختصاص قاضي تجاوز السّلطة: "تختصّ المحكمة الإداريّة بالنظر في دعاوى تجاوز السّلطة التي ترفع لإلغاء المقرّرات الصّادرة في المادّة الإداريّة"²⁸. هكذا لم يفعل المشرّع سوى تكريس فقه القضاء السّابق للمحكمة الإداريّة.

رفض فقه قضائيّ ثاني. أحدث القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 و المتعلق بتوزيع الإختصاص بين المحاكم العدليّة و المحكمة الإداريّة و إحداث مجلس لتنازع الإختصاص، المذكور سابقا، كتل اختصاص، سواء لفائدة القاضي العدلي أو القاضي الإداري.

إنّ من شأن كتل الاختصاص أن تسهّل على المتقاضين الولوج إلى القضاء باعتبار أنّ المشرّع هو من يعيّن بنفسه القاضي المختصّ للفصل في بعض النزاعات.

دائما من أجل تسهيل اللّجوء إلى القضاء، تتركز كتل الاختصاص على معيار عضوي. فالفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996 المذكور سابقا ينصّ على أنّه «تختصّ المحاكم العدليّة بالنظر في ما ينشأ من نزاعات بين المنشآت العموميّة بما في ذلك المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصناعيّة و التجاريّة، من جهة، و أعوان هذه المنشآت أو حرفائها أو الغير، من جهة أخرى». إذن، كلّما كانت منشأة عموميّة طرفا في نزاع، فيجب أن يرجع إلى القاضي العدلي. لكنّ الأمور لا تسير على هذا النّحو. لأنّ المحكمة الإداريّة متمسّكة بالمعيار المادّي و تبحث دائما فيما إذا كان النشاط موضوع النزاع يتعلّق بالتصرّف العمومي أم لا. إذا كان كذلك، تقرّ باختصاصها للنظر في النزاع²⁹. مجلس تنازع الاختصاص اعتمد أيضا نفس التّمسّي³⁰.

تبنت محكمة التّعقيب في مرحلة أولى موقف المحكمة الإداريّة و مجلس التنازع، لكن حصل بعد ذلك تحوّل في فقه قضائها، في اتجاه قراءة طبيعيّة للفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996. فبمقتضى قرارين صادرين عن الدوائر المجتمعة، وهي أهمّ هيئة في محكمة التّعقيب، أقرّت هذه الأخيرة اختصاص القاضي العدلي للبتّ في جميع النزاعات المتعلّقة بالمنشآت العموميّة، مهما كان نوع التصرّف (عموميا أو خاصا) المعتمد من طرف المنشأة العموميّة³¹.

نلاحظ أنّ مجلس التنازع الذي يفترض فيه أنّه يفصّ نزاعات الاختصاص، يساهم في خلق النزاعات بين الجهازين القضائيين بمساندته المحكمة الإداريّة في قراءتها الخاطئة لحكم تشريعي، رغم وضوحه. الأعمال التحضيرية للقانون عدد 38 لسنة 1996 تؤكد أيضا الاختصاص العدلي.

الخاسر في كلّ هذا النقاش هو المتقاضى. أمام هذين الفقهين القضائيين المتعارضين، يصبح تحديد الجهاز القضائي المختصّ مسألة شائكة. كما أنّ هذه الوضعيّة يمكن أن تؤوّل إلى حكمين متناقضين، أحدهما صادر عن جهاز القضاء الإداري و الآخر عن جهاز القضاء العدلي.

²⁷ الزائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 11 مؤرّخ في 5 فيفري 2002، ص. 276. في 1996، لم يرد المشرّع الإقرار من الفصل 3 حتّى لا يتعرّض للنقد في خصوص الإبقاء على حصانة الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبية ضدّ دعوى تجاوز السّلطة، وهي حصانة موجودة في الفقرة 2 من الفصل 3.

²⁸ تسطير من طرف المنظّمة الدّولية للتقرير عن الديمقراطية.

²⁹ م، إ، اس، قضية عدد 21981، 16 جانفي 1999، الشركة الوطنيّة للشكك الحديديّة التّونسيّة / أحمد و محمّد البوي، غير منشور؛ م، إ، اس، قضية عدد 21905، 19 نوفمبر 1999، الدّيان الوطني للتطهير / منصف درويش، المجموعة، ص. 502 و ما بعدها.

³⁰ مجلس تنازع الاختصاص، قضية عدد 64 بتاريخ 4 فيفري 2003، قضية عدد 120 بتاريخ 6 جانفي 2005، قضية عدد 125 بتاريخ 29 مارس 2005.

³¹ تعقيبي مندي، دوائر مجتمعة، عدد 5269، 30 نوفمبر 2006، الشركة الوطنيّة لاستغلال و توزيع المياه / بلقاسم / تعقيبي مندي، دوائر مجتمعة، عدد 6612، 30 نوفمبر 2006، الشركة التّونسيّة للكهرباء و الغاز / خالد.



خاتمة: اعتماد معيار مادّي لتحديد اختصاص القاضي الإداري يتسبّب في صعوبات جدية. حتّى لا يرفض القاضي الإداري الدّعى لعدم الاختصاص، يجب الإلمام بخفايا فقه القضاء الإداري. لكن، هذا الأخير، في أغلب الأحيان، غير مستقرّ و غير منشور بالشكل الكافي⁴⁰.



توصيات: من المفيد أن يترافق اعتماد المعيار المادّي مع تحسين الطريقة التي تؤدّي إلى تحديد اختصاص القاضي الإداري. أوّل شيء يجب فعله هو تحسين الإطلاع على فقه القضاء الإداري الذي يمرّ عبر نشر أفضل لهذا الأخير بكلّ الوسائل المتاحة. فالنفاذ الأفضل إلى القاضي الإداري يرتبط بنفاذ أفضل إلى فقه قضائه. بعد ذلك، على القاضي الإداري أن يمثّل إلى إرادة المشرّع في مادّة توزيع الاختصاص. على القاضي الإداري ألاّ ينحرف بكتلة اختصاص أحدثها المشرّع لفائدة القاضي العدلي. في دولة القانون، لكلّ سلطة دورها: للمشرّع التشريع وللقاضي التصريح بالقانون، مع العلم أنّ التأويل له قواعده⁴¹.

القاضي الإداري، حتّى و لو كانت السّلطة التي تمّ القيام عليها سلطة إدارية تونسية⁴⁵، بل حتّى و لو كان جميع أطراف النزاع تونسيين⁴⁶. هذا الموقف المبدئي الذي يعتبر أنّ القضاء الإداري لا يطبّق إلا القانون الوطني لا يستقيم و يمكن أن يؤدّي في بعض الحالات إلى المساس بالحقّ في التقاضي.

لتدعيم وجهة نظره، يلجأ القاضي الإداري إلى مبدأ الإقليمية. يكفي أن نذكر باختصار بأنّ التّصوّر التقليدي لمبدأ الإقليمية و الذي بمقتضاه لا يمكن تطبيق القانون الأجنبي على التّراب الوطني، قد تمّ تجاوزه لصالح تصوّر جديد يفصل مبدأ الإقليمية عن مفهوم السيادة، لخصره في وظيفة تعيين رابطة قانونية على تراب هذه الدولة أو تلك⁴⁷. بالتالي، كلّ رابطة قانونية تخضع للقانون العامّ و تتضمّن عنصرا خارجيا يجب تعيينها، و وفقا لتعيينها، تخضع تارة للقانون الوطني للقاضي، و تورا للقانون الأجنبي. و بهذا يتسنى للقاضي الإداري تطبيق القانون الأجنبي. في القانون المقارن، صفة قاضي وطني بالنسبة للقاضي الإداري الفرنسي، لم تمنعه من البتّ على أساس القانون الأجنبي⁴⁸.

خاتمة: إنّ التأكيد على الصّبغة الوطنية للقضاء الإداري التونسي قادت إلى أن لا يطبّق إلا القانون الوطني. هذا الموقف إشكالي باعتباره يؤدّي إلى غلق أبواب القضاء الإداري كلّما اقتضى النزاع تطبيق القانون الأجنبي. و هو ما يشكّل تضييقا مؤكدا من حقّ اللّجوء إلى القاضي الإداري.



توصيات: بما أنّ مبدأ الإقليمية لم يعد بإمكانه، نظريا، التأسيس لإقصاء القانون الأجنبي من طرف القاضي الإداري، فمن الأجدر، على المستوى العملي، قبول تطبيق القانون الأجنبي، وهو ما من شأنه تدعيم مكانة القاضي الإداري ضمن السّلطة القضائية⁴⁹. أمام تطوّر العلاقات الدولية التي تكون الذوات العمومية طرفا فيها، لم يعد خيار تطبيق القانون الأجنبي رفاهية، بل ضرورة. لتجاوز تردّد القاضي الإداري، يمكن أن ينصّ المشرّع صراحة على إمكانية أن يبتّ القاضي على أساس قاعدة تنتمي إلى نظام قانوني أجنبي، كلّما لم تتعارض هذه القاعدة طبعاً مع مقتضيات النظام العامّ التونسي.

القسم الثالث: الاختصاص الوطني للقاضي الإداري

أكدت المحكمة الإدارية دائماً أنّ اختصاصها لا يتعدّى النزاعات ذات الصّبغة الوطنية، أي تلك التي تعني الهيئات الإدارية الوطنية. فقد صرّحت المحكمة الإدارية بعدم اختصاصها للنظر في الدّعى المرفوعة ضدّ رفض شركة فرنسية التّكفّل بانخراط المدّعية بصناديق الضّمان الاجتماعي، و كذلك في الطلبات الرامية إلى الحصول على المبالغ التي يستوجب دفعها إلى الصّناديق⁴². في قضية مشابهة، رفع العارض دعوى ضدّ رفض صندوق الضّمان الاجتماعي الفرنسي أن يدفع له غرامة سقوط إثر مرض مزمن أقعده عن العمل. المحكمة الإدارية رفضت الدّعى لعدم الاختصاص⁴³. في نفس الإتجاه، رفض القاضي الإداري مطالبا استعجالياً يهدف إلى إلزام وزير الدّفاع الفرنسي بمدّ المدّعي ببطاقة قدماها المحاربين. حسب القاضي، «طالما تعلق المطلب المائل بإلزام سلطة أجنبية بتمكين المدّعي من وثيقة، فإنّه يكون خارج ولاية هذه المحكمة واتّجه رفضه لعدم الاختصاص»⁴⁴.

إنّ عدم اختصاص القضاء الإداري تجاه النزاعات الناشئة عن أعمال تنسب إلى دول أجنبية أو منظمات دولية أمر طبيعيّ جداً. إلّا طبعاً، إذا أسندت إليه معاهدة دولية الاختصاص تجاه بعض هذه النزاعات. ففي الحكمين السابقين، وريدة جدي و خميس، تعرّضت المحكمة الإدارية إلى الاتفاقيّة العامّة للضّمان الاجتماعي المهزمة في 19 ديسمبر 1965 بين تونس و فرنسا، لتلتفت النّظر إلى أنّها لا تحدّد القاضي المختصّ بالنزاعات الناشئة عن تطبيقها.

لكنّ تمسّي المحكمة الإدارية للتصريح بعدم اختصاصها، في كلّ القضايا المذكورة آنفاً، يطرح سؤالاً في علاقة مباشرة مع الحقّ في التّقاضي. ذلك أنّ القاضي الإداري يرى أنّه بالرّجوع إلى الصّبغة الوطنية للقضاء الإداري، فإنّه لا يمكنه لهذا الاعتبار إلا تطبيق القانون الوطني. هذا الموقف المبدئي للقاضي الإداري يصيب بالحيرة. لأنّ القراءة العكسية لهذا الموقف تعني أنّ النزاعات التي تستدعي تطبيق القانون الأجنبي تخرج، بصفة آليّة، عن اختصاص

القسم الرابع: اختصاص قاضي تجاوز السّلطة

فرع أوّل: الاختصاص إزاء الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبية

خصوصيّة هذا الصّنف من القرارات الإدارية هي الحصانة القضائية التي كانت تتمتع بها ضدّ دعوى الإلغاء. ففي صياغته الأصلية، كان الفصل 3 فقرة 2 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 و المتعلّق بالمحكمة الإدارية، المذكور سابقاً، ينصّ على ما يلي: «...لا يمكن أن توجّه دعوى تجاوز السّلطة ضدّ الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبية». لتبرير هذه

⁴⁵ لنفترض، مثلاً، نزاعاً بين عون متعاقد جنسيته أجنبية و المصالح الديبلوماسية أو القنصلية التونسية في الخارج التي وظيفته. في هذه الحالة، هل سيقتل القاضي الإداري التونسي المختصّ بتطبيق قانون مكان تنفيذ العقد، أي القانون الأجنبي، أم أنّه سيصرّح بعدم اختصاصه؟

⁴⁶ مثلاً، النزاع الذي يجمع التونسي الذي على ملكه مؤسسة تربية خاصة بالخارج تدرّس طبقاً للبرامج التونسية، و وزارة التربية التي تمنح الاعتماد. انظر الأمر الحكومي عدد 824 لسنة 2016 مؤرّخ في 24 جوان 2016 يتعلّق بضبط شروط اعتماد المؤسسات التربوية الخاصة بالخارج للتدريس وفق البرامج التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55-56 مؤرّخ في 4 و 8 جويلية 2016، ص. 2453.

⁴⁷ انظر: J.-M. Bischoff, « La territorialité des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontalière », in. Aspects juridiques de la pollution transfrontalière, OCDE, 1977, p. 138.

⁴⁸ انظر: Bernard Dolez, « Le juge administratif et les conflits de lois », RDP, 1995, p. 1029-1051.

⁴⁹ القاضي العدلي يطبّق القانون الأجنبي منذ زمن طويل.

⁴⁰ إلى حدّ اليوم، ليس للمحكمة الإدارية موقع الكتروني. كما أنّ آخر مجموعة منشورة لفقه قضاء المحكمة الإدارية تعود إلى سنة 2011. مع العلم أنّ المجموعات لا تنشر إلا جزءاً من فقه القضاء الصادر عن المحكمة. أحياناً، لا نجد فيها القرارات الهامة.

⁴¹ مجلّة الاتّفاقيات و العقود تنصّ على بعضها في فصولها 532 و ما بعدها.

⁴² م، إ، ابتدائي، 7 أفريل 1999، وريدة الجدي / مخابر أسترا فرنسا، المجموعة، ص. 122 و ما بعدها.

⁴³ م، إ، ابتدائي، 10 ماي 2000، خميس / صندوق الضّمان الاجتماعي الفرنسي، المجموعة، ص. 153 و ما بعدها.

⁴⁴ م، إ، استعجالي، رئيس الدائرة الابتدائية الثانية، 24 جوان 2009، عياد / وزير الدّفاع الفرنسي، المجموعة، ص. 30.

المدرسة و السجن و التكنة، و هي أماكن يكون الإحساس فيها بالانضباط قوياً جداً. لكن مجال الأعمال الداخلية يتجاوز هذه المؤسسات الثلاث ليشمل جميع جوانب الحياة الإدارية. فقد اعتبرت المحكمة الإدارية أن توجيه الإدارة لتوبيخ شديد لأحد أعوانها، دون الاحتفاظ به في ملفه الشخصي، يمثل عملاً داخلياً لا يقبل إذن الطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة⁵⁴.

تنتمي أيضاً إلى صنف الأعمال الداخلية، الأعمال المتعلقة بتنظيم المرفق. لكن هذه الأعمال الأخيرة لها خصوصية: أعوان المصلحة فقط (و كذلك جمعياتهم و نقاباتهم) لا يمكنهم الطعن فيها، أما مستعملو المرفق و الغير فيأماكنهم القيام بدعوى في تجاوز السلطة ضد هذا النوع من الأعمال. هكذا لا تقبل دعوى رئيس مصلحة في مستشفى ضد قرار وزاري يضع حداً لمهامه، إلا إذا كان في هذا القرار مساس بحقوق و امتيازات الأعوان⁵⁵. وهو فقه قضاء يُفسر بالحرص على ضمان احترام مبدأ التسلسل الهرمي داخل الإدارة.

خاتمة: رغم أن الحصانة القضائية التي تتمتع بها الأعمال الداخلية ترتبط بالحرص على حسن سير القضاء، لتفادي تراكم القضايا لدى القاضي الإداري، فهي تمثل مع ذلك مساساً بالحق في اللجوء إلى القاضي. وهي مخالفة للتوجه الذي يرمي إلى توسيع إمكانيات الرقابة على النشاط الإداري. لذلك نلاحظ، في القانون المقارن، تراجعاً للأعمال الداخلية، باعتبار امتداد الرقابة القضائية باستمرار على حساب هذه الأعمال.

توصيات: باعتبار أن مفهوم العمل الداخلي فيه مساس بمبدأ علوية القانون و بحق اللجوء إلى القاضي، فإن استعماله من طرف هذا الأخير يجب أن يقتصر على ما هو ضروري، لما تكون الأهمية القانونية لهذه الأعمال ضعيفة إلى درجة تكون معها مراقبتها غير مجدية. على كل حال، إذا كنا لا ننتظر اختفاء صنف الأعمال الداخلية في وقت قريب، يمكن أن نأمل أن يكون القاضي أكثر تشدداً في وصف إجراء بأنه عمل داخلي. ويجب تفادي هذا الوصف خاصة إذا كان الإجراء المتنازع في شأنه يمس من الحقوق و الحريات الأساسية. وهو الشأن مثلاً بالنسبة للأنظمة الداخلية للإعداديات و المعاهد التي يمكن أن تحظر ارتداء بعض العلامات أو الملابس، وهو ما يجعلها في علاقة بحريات التعبير و المعتقد للتلاميذ.

أما بالنسبة للحالة الخاصة المتعلقة بإجراءات تنظيم المرفق، فعلى فقه القضاء أن يتطور نحو تسهيل شروط قبول دعاوى الأعوان، باستخلاص العبرة من التطور التشريعي في مادة الوظيفة العمومية، في اتجاه تشريك أفضل للأعوان في تنظيم المرفق⁵⁶.

فرع ثالث: الاختصاص إزاء الأعمال الإدارية غير التقريرية

الأعمال الصادرة عن الإدارة لا تكتسي كلها صبغة تقريرية. فقط تكتسي الصبغة التقريرية الأعمال الأحادية للإدارة التي تتضمن حكماً، بمعنى قاعدة ذات صبغة أمر. لكن الإدارة ليست فقط مؤسسة تصدر الأوامر. فأعمال الإدارة تختلف كثيراً في مضمونها.

تتخذ الإدارة خصوصاً مناشير تتضمن تعليمات و توجيهات و شروحات موجّهة من رؤساء المصالح، و خاصة الوزراء، إلى الأعوان الخاضعين لهم في العمل. في

الحصانة المخالفة لمنطق خضوع الإدارة للقانون⁵⁰، كانت تقع الإشارة إلى عدم اختلاف الأوامر ذات الصبغة الترتيبية و القانون على المستوى المادي. لكن، في الواقع، نعلم أن الأوامر ذات الصبغة الترتيبية لم تكن تقبل الطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة لأنها صادرة عن رئيس الجمهورية. لكن، كان بالإمكان دائماً إثارة عدم شرعية أمر ذي صبغة ترتيبية عن طريق الدفع، أي بمناسبة الطعن الموجه ضد قرار يستند إلى هذا الأخير. إذا كان الدفع مبنياً على أسس صحيحة، يقع التصريح بعدم شرعية القرار المطعون فيه.

هذه الحصانة لم تنته إلا بمقتضى القانون الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 4 فيفري 2002 و المتعلق بتنقيح و إتمام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 و المتعلق بالمحكمة الإدارية، بما أن الفصل 3 من هذا القانون الأخير أصبح ينص على أنه «تختص المحكمة الإدارية بالنظر في دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصادرة في المادة الإدارية».

لئن أصبح من الممكن، منذ هذا التنقيح، القيام بدعوى في تجاوز السلطة ضد أمر ذي صبغة ترتيبية أمام المحكمة الإدارية، فإن المشرع وضع نظاماً إجرائياً استثنائياً لهذا الصنف من الدعاوى، و هو نظام ليس من شأنه تسهيل اللجوء إلى القاضي الإداري.

ذلك أن دعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد الأوامر ذات الصبغة الترتيبية لا تقبل إلا بشرطين: تقديم مطلب إداري مسبق و إنابة محام لدى التعقيب⁵¹. في المقابل، إذا كانت موجهة ضد أي قرار آخر، فإنها تكون معفاة من إنابة المحامي في الطور الابتدائي و يكون المطلب المسبق اختيارياً⁵².

خاتمة: من الواضح أن النظام النزاعي الاستثنائي لدعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد الأوامر ذات الصبغة الترتيبية أكثر تعقيداً من دعوى تجاوز السلطة العادية، وهو ما قد يثني المتقاضين من اللجوء إلى القاضي.

توصيات: النظام النزاعي لدعوى تجاوز السلطة ضد الأوامر الترتيبية تجاوز الزمن. إنه لا يتماشى مع الواقع الدستوري و السياسي الجديد. المشرع مدعو لإعادة النظر في هذا النظام الاستثنائي لجعله متوافقاً مع النظام النزاعي العادي.

فرع ثاني: الاختصاص إزاء الأعمال الداخلية

مبدئياً، لا تقبل دعوى تجاوز السلطة إلا إذا كانت موجهة ضد قرار إداري. لكن بعض الإجراءات، مع أن لها صبغة تقريرية لا غبار عليها، لا يمكن الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة: إنها الأعمال الداخلية. و يرى القاضي الإداري أن ضعف الأهمية العملية لهذه القرارات تبرر عدم إمكانية الطعن فيها في شأنها.

و رغم ذلك فإن هذه القرارات «تجسد وجود نوع من سلطة الضبط الداخلي للإدارة... سلطة ترمي إلى ضمان نوع من النظام الداخلي تجاه أعوان المصالح و مستعملي هذه الأخيرة»⁵³. إذن، هذه القرارات يمكن أن تكون لها آثار لا يستهان بها على حقوق الأعوان و مستعملي المرافق العمومية. و بالفعل، فقد ارتبطت الأعمال الداخلية، بصفة تقليدية، بثلاثة أماكن حساسة جداً:

⁵⁰ في ذلك الوقت، الحديث عن دولة القانون لم يكن معتاداً.

⁵¹ الفصل 35 فقرة أخيرة من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية. كانت الطعون من اختصاص الوزارر الاستثنائية ابتدائياً و الجلسة العامة استثنائياً. هذا الوضع الغريب انتهى بمقتضى القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرخ في 3 جانفي 2011 و المتعلق بتنقيح و إتمام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 و المتعلق بالمحكمة الإدارية، الزائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 2 مؤرخ في 7 جانفي 2011، ص. 46 و ما بعدها.

⁵² الفصول 35 و 37 من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية.

⁵³ René Chapus, Droit administratif général, t. 1, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 11ème éd., 2004, n° 670, p. 559 (ترجمة خاصة بالمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية).

⁵⁴ م، إ، تن، 30 مارس 1982، جريبي / وزير النقل و المواصلات، المجموعة، ص. 51.

⁵⁵ م، إ، تن، 22 جويلية 1977، أمال فري / وزير الصحة العمومية، المجموعة، ص. 181؛ م، إ، تن، 25 ماي 1994، نور الدين قور / وزير الصحة العمومية، المجموعة، ص. 78.

⁵⁶ وهو ما تجسده مثلاً مؤسسة "اللجان الإدارية المتناصفة" في الإدارة.



توصيات: يعتمد القاضي الإداري غياب الصبغة الإلزامية عن المنشائر التفسيرية لرفض دعاوى الإلغاء الموجهة ضدها. هذا التبرير يمكن استبعاده بتحليل نفسي لتأثير هذه المنشائر على من تتوجه إليهم. فأعوان المصلحة لا يقومون بتطبيق القوانين و النصوص الترتيبية، رغم دخولها حيز النفاذ، إلا بعد صدور المنشور التفسيري المناسب من رئيس الإدارة. وهو ما يبين تصور الأعوان لهذه المنشائر. فلو لم يكن يرونها ملزمة، لمروا مباشرة إلى تطبيق القوانين و النصوص الترتيبية المعنية، دون انتظار المنشور. بمعنى آخر، الصبغة الملزمة للعمل الإداري يجب النظر إليها بصفة واسعة، دون حصرها في الأسلوب الذي صيغ به المنشور.

في القانون المقارن، في قرارات حديثة⁶⁰، أصبح القاضي الإداري الفرنسي، بشروط معينة، يقبل إمكانية الطعن بدعوى تجاوز السلطة في أعمال من قبيل «القانون المرن»، لا تتوفر فيها إذن المعايير التقليدية للقرار الذي يلحق أذى. فقد قبل الدعاوى الموجهة ضد بيان لهيئة السوق المالية وموقف لهيئة المنافسة، بسبب الآثار المترتبة عن هذه الأعمال.

يمكن قبول دعاوى الإلغاء الموجهة ضد المنشائر التفسيرية التي تعتبر هي أيضا من أعمال «القانون المرن».

فرع رابع: الاختصاص إزاء المراسيم

المراسيم هي إجراءات تتخذ، من طرف السلط الإدارية، في مواد ترجع عادة إلى المشرع، سواء تعلق الأمر بالتدخل في مواد تشريعية لم يتدخل فيها المشرع بعد، أو بنسخ أو بتفكيح قوانين نافذة.

بمقتضى دستور 27 جانفي 2014، في صورة حل مجلس نواب الشعب، يمكن أن تصدر مراسيم عن رئيس الجمهورية، بالتوافق مع رئيس الحكومة، تعرض على مصادقة المجلس في الدورة العادية التالية. كما يمكن لهذا الأخير أن يفوض بقانون، لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين و لغرض معين، إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم. عند انقضاء المدة المذكورة، تعرض هذه المراسيم على مصادقة مجلس نواب الشعب (الفصل 70).

لكن مسألة النظام النزاعي للمراسيم طرحت بحدة في خصوص المراسيم التي اتخذت خلال الفترة الانتقالية، أي بعد 14 جانفي 2011 و قبل المصادقة على الدستور.

الفصل 4 من المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية⁶¹ كان ينص على أنه «يتم إصدار النصوص ذات الصبغة التشريعية في صيغة مراسيم يختمها رئيس الجمهورية المؤقت (...)». و قد تميز فقه قضاء المحكمة الإدارية المتعلق بقيمة هذه المراسيم بعدم ثباته. في بعض القرارات، قضت المحكمة أن المراسيم المتخذة على أساس الفصل 4 المذكور سابقا، لها قيمة تشريعية، و تكون بذلك غير قابلة للطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة⁶². في قضية أخرى، صرح القاضي الإداري أيضا بعدم اختصاصه، ولكن لأن المرسوم المعني اعتبر كعمل سيادة⁶³.

أغلب الأحيان، تتعلق المنشائر بتطبيق قانون أو نص ترتيبية معين، بالتعليق على أحكامها أو تأويلها.

تميز المحكمة الإدارية بين المنشائر الملزمة والمنشائر غير الملزمة. تشمل الأولى المنشائر الترتيبية أي تلك التي تضيف للمنظومة القانونية بإعطاء حقوق أو ضمانات لمنظوري الإدارة أو بفرض التزامات إضافية عليهم بالنسبة للتشريع أو النص الترتيبية المعني⁵⁷، و المنشائر التفسيرية الملزمة التي ولت اقتصر على إعطاء تأويل للقانون الموجود، فإنها تأمر بتطبيق هذا التأويل⁵⁸. المنشائر الملزمة تعتبر ذات قيمة حكمية وهي بالتالي قابلة للطعن أمام القاضي.

في المقابل، التعليمات التي ليست لها أية صبغة ملزمة، ليست لها قيمة حكمية: مجرد النصائح والتعليمات بالعمل في هذا الاتجاه أو ذلك، و التي تحفظ هامش تحرك للسلطات المختصة باتخاذ القرار تشكل منشائرا غير ملزمة، منشائرا تفسيري.

المنشائر التفسيرية تكتسي أهمية عملية كبرى. لأن أعوان المصلحة، في الواقع، ينتظرون المنشور المناسب ليقوموا بتطبيق الأحكام التشريعية و الترتيبية التي دخلت، مع ذلك، حيز النفاذ⁵⁹.

رغم أهميتها، فإن المنشائر التفسيرية غير قابلة للطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة. هذه الدعوى، إذا وجهها أحد منظوري الإدارة، سترفض باعتبارها غير مقبولة. كذلك، من غير المفيد التمسك بمطاعن متعلقة بمخالفة منشور، بمعنى أن منظوري الإدارة لن يجديهم نفع التمسك بأن قرارا يجب الإلغاء لأنه اتخذ خلافا لمقتضيات منشور تفسيري.



خاتمة: تضعنا المنشائر التفسيرية أمام معضلة. من ناحية، نوكد أن كل نشاط الإدارة يجب أن يحترم الشرعية، بما في ذلك أعمالها غير التقريرية. من ناحية أخرى، يحدث القاضي منطقة غير خاضعة للقانون برفضه مراقبة المنشائر التفسيرية.

60 Conseil d'Etat, ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta international GMBH, n° 368082 ; Conseil d'Etat, ass., 21 mars 2016, Société Numericable, n° 390023

61 الزائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 20 مؤرخ في 25 مارس 2011، ص. 367. بمقتضى هذا المرسوم تم حل مجلس النواب و مجلس المستشارين. و أصبح رئيس الجمهورية المؤقت هو من يمارس السلطة التشريعية عن طريق المراسيم. و يمارس أيضا السلطة التنفيذية بمساعدة حكومة مؤقتة. هذا المرسوم يشكل في الحقيقة "الدستور" الجديد لتونس، باعتبار أن دستور أول جوان 1959 وقع تعليق العمل به. و بالفعل، فقد كان هذا المرسوم تطلق عليه تسمية "الدستور الصغير".

62 م، إ، توفيق تنفيذ، عدد 413663، 24 جوان 2011، شركة ماتال و شركة لجين، غير منشور؛ م، إ، توفيق تنفيذ، عدد 413778، 26 أوت 2011، غيف البوني، المجموعة، ص. 676.

63 م، إ، توفيق تنفيذ، عدد 413838، 17 أكتوبر 2011، حزب الحداثة، غير منشور.

57 م، إ، ت، 3 مارس 1978، مصطفى خوجة / الوزير الأول، المجموعة، ص. 44.

58 م، إ، ت، ابتدائي، 28 مارس 2008، عبد المجيد / وزير التعليم العالي و البحث العلمي و التكنولوجيا، المجموعة، ص. 29؛ م، إ، ت، ابتدائي، 30 نوفمبر 2011، الغرفة الجهوية للمستشارين الجبايين بنابل / وزير العدل، المجموعة، ص. 94.

59 في قرار المحكمة الإدارية المؤرخ في 12 جوان 1990، محمد التومي / وزير العدل (المجموعة، ص. 391 و ما بعدها)، اعتبر القاضي أن المنشور المطعون فيه تفسيري باعتبار أنه يقتصر على توضيح أحكام القرار المتعلق بتأجيل عدول التنفيذ دون أن يضيف إليها شيئا. في المقابل، في الحكم السابق المؤرخ في 30 نوفمبر 2011، الغرفة الجهوية للمستشارين الجبايين بنابل (انظر الهامش رقم 58 المذكور أعلاه)، اعتبر القاضي أن المنشور المطعون فيه تفسيري ملزم. عدة عناصر قادت القاضي إلى هذه النتيجة: أسلوب الصياغة، الثبرة المستعملة، الغياب الإجرائي المنصوص عليه في صورة عدم احترام المنشور.

لكن، في أحد الأحكام تمّ اعتبار المراسيم التي تعيننا قرارات إدارية قابلة للطعن بدعوى تجاوز السلطة أمام القاضي الإداري.⁶⁴

القانون أن مجلس السوق المالية مؤهل لاتخاذ تراتيب و كذلك قرارات فردية (الفصل 28). باعتبارها متخذة في مادة إدارية، من المؤكد أن هذه القرارات قرارات إدارية. و رغم ذلك فإنّ الطعن في هذه القرارات يرجع، بمقتضى القانون لاختصاص محكمة الاستئناف بتونس (الفصلان 40 و 42).

كذلك الطعن في القرارات الإدارية المتخذة من طرف الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية⁷⁰ (منح أو سحب رخص معالجة المعطيات الشخصية، تلقى التصاريح، إعداد قواعد سلوكية في مجال معالجة المعطيات الشخصية، مثلا. انظر الفصل 76 من القانون الأساسي المؤرخ في 27 جويلية 2004 المذكور سابقا)، يجب أن يكون أمام القاضي العدلي. قرارات الهيئة قابلة للطعن أمام محكمة الاستئناف بتونس، في أجل شهر انطلاقا من الإعلام بها. وأوضح المشرع أنّ النظر في الطعن يتمّ وفقا لمقتضيات مجلة المرافعات المدنية والتجارية. كما أنّ القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بتونس تقبل الطعن بالتعقيب لدى محكمة التعقيب (الفصل 82 فقرة 2 و أخيرة).

في نفس الاتجاه، وقع اتخاذ جملة من القوانين لحماية الملكية الصناعية: القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرخ في 24 أوت 2000 و المتعلق ببراءات الاختراع⁷¹، و القانون عدد 20 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 و المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة⁷²، و القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 و المتعلق بحماية الرسوم و النماذج الصناعية⁷³، و القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 و المتعلق بحماية علامات الصنع و التجارة و الخدمات⁷⁴. في كلّ هذه القوانين، تمّ التنصيص على أنّ الطعون ضدّ قرارات الممثل القانوني لهيكل المكلف بالملكية الصناعية في مجال منح أو رفض براءات الاختراع، أو بخصوص إيداع تصميمات شكلية لدوائر متكاملة أو رفضها، أو بخصوص إيداع الرسوم والنماذج الصناعية أو رفضها أو الإبقاء على حمايتها، أو بخصوص منح العلامات أو رفضها، ترفع أمام المحاكم المختصة.

القرارات المعنية هي قرارات إدارية: هي صادرة عن ذات عمومية تسير مرفقا عامّا باستعمال صلاحيات السلطة العامة. المفروض أنّ الطعن في هذه القرارات يجب أن يرجع لاختصاص القاضي الإداري.

لكن تفاجئنا المحكمة الإدارية في حكم بارز بالتصريح بعدم اختصاصها لفائدة القاضي العدلي في خصوص الطعن في قرار رفض تسجيل علامة، رغم تأكدها على صبغته الإدارية. لتبرير موقفها، اعتمدت المحكمة على حسن سير القضاء الذي يفرض إسناد مختلف الطعون في مادة العلامات إلى القاضي العدلي لتفادي تشتت هذا النزاع بين عدّة قضاة⁷⁵.

خاتمة: حتى لبّ النزاع الإداري، وهو مراقبة شرعية القرارات الإدارية، لم يسلم من شطحات المشرع، في مادة توزيع الاختصاصات القضائية. و تكون حيرة المتقاضى أشدّ، وهو يبحث عن قاضي، عندما يساهم القاضي الإداري في هذه الفوضى، بالتصريح بعدم اختصاصه، في حين من المفروض أن يكون الحامي الطبيعي لشرعية القرارات الإدارية.

و قد عرفت المراسيم المتخذة على أساس القانون عدد 5 لسنة 2011 المؤرخ في 9 فيفري 2011 و المتعلق بالتفويض إلى رئيس الجمهورية المؤقت في اتخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من دستور 1959⁶⁵، نفس التجاذبات⁶⁶. ففي البداية، تمّ اعتبارها أعمالا ذات قيمة تشريعية لا يمكن للمحكمة الإدارية مراقبتها عن طريق الإلغاء⁶⁷. لكن، يبدو أنّ مسألة قيمة المراسيم تمّ حسمها بمقتضى حكم حديث⁶⁸ ميّز بين المراسيم المتخذة تطبيقا لقانون 9 فيفري 2011، المذكور أعلاه، و المراسيم المتخذة على أساس الفصل 4 من مرسوم 23 مارس 2011 المذكور سابقا. المراسيم الأولى تعتبر أعمالا إدارية ما لم يصادق عليها المشرع، و ذلك تطبيقا للفصل 28 من دستور 1959، في حين أنّ المراسيم الثانية هي أعمال ذات صبغة تشريعية، منذ صدورها.

خاتمة: إنّ تحديد قيمة المراسيم مسألة هامة جدا لأنّ إمكانية مقاضاة المرسوم مرتبطة بالإجابة عن هذا السؤال. إذا اعتبرناها أعمالا ذات صبغة تشريعية أو أعمال سيادة، ستكون بمنأى عن رقابة القاضي الإداري. و إذا اعتبرت أعمالا إدارية، ستكون قابلة للإلغاء من طرف القاضي الإداري إذا كانت غير شرعية.

توصيات: المطلوب من القاضي الإداري أن يدعم مكتسبات فقه قضاء بلحسن و غيره كما جاءت في الحكم المذكور سابقا المؤرخ في 8 جوان 2015. فقد استقرّ الفقه على أنّ المراسيم أعمال إدارية ما لم تتمّ المصادقة عليها بقانون. و بالتالي، فهي قابلة للطعن. ككلّ القرارات الإدارية، عن طريق دعوى تجاوز السلطة. و لا تصبح المراسيم بمنأى عن رقابة القاضي الإداري إلا إثر المصادقة عليها التي تصيرها نصوصا ذات قيمة تشريعية، بمفعول رجعي.

فرع خامس: الاختصاص إزاء الأعمال الإدارية الراجعة للقاضي العدلي
القاضي الطبيعي للنظر في شرعية القرارات الإدارية هو القاضي الإداري. إنّ مراقبة شرعية الأعمال الإدارية اختصاص مسند، بمقتضى الدستور، إلى القاضي الإداري بصفة حصريّة. فقد نصّ الفصل 116 من دستور 17 جانفي 2014، و قبله الفصل 57 من دستور أول جوان 1959 في صيغته الأصلية، على أنّ القاضي الإداري هو المختصّ بالنظر في تجاوز الإدارة سلطتها.

لكنّ بعض القوانين تسند إلى القاضي العدلي اختصاص النظر في شرعية بعض القرارات الإدارية. وهو ما يطرح مسألة دستورية هذه القوانين. من المنتظر أن تطرح هذه المسألة على المحكمة الدستورية بمناسبة دفع أحد الأطراف باستثناء اللادستورية أمام المحاكم (الفصل 120 فقرة أولى مطّة رابعة من الدستور).

من بين القوانين المذكورة أعلاه هناك القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 و المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية⁶⁹. يستخلص من هذا

⁶⁴ م، إ، ابتدائي، عدد 124153، 4 جويلية 2012، محمد علي الكبيسي / رئيس الحكومة، غير منشور.

⁶⁵ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 10 مؤرخ في 10 فيفري 2011، ص. 174.

⁶⁶ جاء قانون 9 فيفري 2011 في ظرف يتسم بفقدان مجلس النواب لمشروع عيّنه كاملة. باعتبار أنّه لم يعد بإمكانه، سياسيا، مواصلة التشريع، فقد تخلى عن ممارسة وظيفته، بتطبيق دستور أول جوان 1959، الذي كان لا يزال نافذا في تاريخ صدور القانون، و ذلك بالتفويض إلى رئيس الجمهورية المؤقت في اتخاذ مراسيم. هذا القانون مهّد لحلّ المجلس المذكور، الذي تمّ بمقتضى المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 23 مارس 2011 و المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، المذكور أعلاه.

⁶⁷ م، إ، توقيف تنفيذ، عدد 413623، 17 جوان 2011، محمد الطرابلسي، غير منشور.

⁶⁸ م، إ، ابتدائي، عدد 123538، 8 جوان 2015، بلحسن و من معه/ رئيس الحكومة، غير منشور.

⁶⁹ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 90 مؤرخ في 15 نوفمبر 1994، ص. 1970 و ما بعدها.

⁷⁰ أحدثت بمقتضى القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 و المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 61 مؤرخ في 30 جويلية 2004، ص. 2084 و ما بعدها.

⁷¹ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 68 مؤرخ في 25 أوت 2000، ص. 2183 و ما بعدها.

⁷² الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 12 مؤرخ في 9 فيفري 2001، ص. 293 و ما بعدها.

⁷³ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 12 مؤرخ في 9 فيفري 2001، ص. 297 و ما بعدها.

⁷⁴ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 31 مؤرخ في 17 أفريل 2001، ص. 994.

⁷⁵ م، إ، ابتدائي، 30 جوان 2008، شركة حلويات جوهرة باب العسل / المديرية العامة للمعهد الوطني للمواصفات و الملكية الصناعية و المكلف العام بنزاعات التّولة في حقّ وزارة الصناعة و الطاقة و المؤسسات الصّغرى و المتوسّطة، المجموعة، ص. 21 و ما بعدها.



توصيات: ليكون القانون واضحا في مادة توزيع الاختصاصات، يجب أن يكون النزاع المتعلق بشريعة القرارات الإدارية حكرا على القاضي الإداري. هذا الحل كرسه المشرع في عديد النصوص (في نزاع الاعتزاع أو الحيطة الاجتماعية مثلا).
النصوص التي تعتمد الحل المقابل تطرح مشاكل تتعلق بدستوريتها بالنظر إلى الفصل 116 من الدستور الجديد.

للإختخابات في خصوص الترشح للإختخابات التشريعية، فهو موزع في حد ذاته، عموديا، بين القاضي العدلي في الطور الابتدائي، و المحكمة الإدارية في الاستئناف.⁷⁸

إنّ التشتيت المبالغ فيه لنزاع لا يمكن إلا أن يضر بحق اللجوء إلى القاضي. وكما تمت الإشارة إليه أعلاه بالنسبة للنزاع الجبائي، فإنّ توحيد النزاع لفائدة جهاز قضائي واحد يؤدي إلى تقديم عدالة ذات جودة من طرف قضاة متخصصين. لنذكر أنّ من الشروط المطلوبة في القاضي، كما وردت في الفصل 103 من الدستور، هو أن يكون ذا كفاءة. هذه الكفاءة تكتسب أفضل عندما نتفادي تشتيت النزاع.

أما في خصوص الاعتبار المتعلق بتقريب القضاء للمتقاضين، فيمكن إدراكه بوسائل أخرى غير تفتيت النزاع المتعلق بمادة واحدة. و يعتبر مشروع القانون الأساسي المتعلق بتنقيح وإتمام القانون الأساسي المؤرخ في 26 ماي 2014 والمتعلق بالانتخابات و الاستفتاء، مثلا لذلك، بما أنه ينص، طبقا للفصل 15 فقرة أخيرة من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، على إحداث دوائر قضائية إدارية ابتدائية للبت في الطعون ضد قرارات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات المتعلقة بالترشح للإختخابات المحلية. استئناف الأحكام الصادرة عن هذه الدوائر يرفع أمام الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية.

فرع ثاني: القضاء الكامل الذاتي

1. النزاع التعاقدية. إذا كان العقد غير قابل في حد ذاته للطعن بدعوى تجاوز السلطة، فقد قبل القاضي الإداري الطعون بالإلغاء الموجهة ضد القرارات المنفصلة عن العقد⁷⁹: قرار إبرام العقد أو الترخيص في إبرامه أو قرار المصادقة على العقد مثلا⁸⁰.

إذا كان العمل المنفصل غير شرعي، فإنّ قاضي تجاوز السلطة يلغيه. لكن يطرح السؤال حول معرفة ما إذا كان القاضي سيقبل، بالإضافة إلى الإلغاء، أن يرتب الآثار الناتجة عنه على صحة العقد. بمعنى آخر، هل سيقبل التصريح ببطان العقد؟

الإجابة الناتجة عن التمييز بين قاضي تجاوز السلطة و قاضي العقد، هي إجابة بالنفي. فسلطات قاضي تجاوز السلطة لا تسمح له بالتصريح ببطان العقد. فقط قاضي العقد يمكنه التصريح ببطلانه. إذن، بعد الحصول على إلغاء العمل المنفصل، على المعني أن يلجأ إلى قاضي العقد لترتيب النتائج عن هذا الإلغاء.

هذا التعقيد المرتبط بالصلاحيات المحدودة لقاضي تجاوز السلطة، يمثل تعقيدا إجرائيا من شأنه المساس بالحق في التقاضي، لأنه يؤدي بالضرورة إلى تكاليف على مستوى الاجراءات والوقت من شأنها أن تثني من تحصل على إلغاء العمل المنفصل عن اللجوء إلى قاضي العقد.

مما يبرر كذلك التردد في اللجوء إلى قاضي العقد هو أنّ إلغاء العمل المنفصل لا يؤدي في كل الأحوال إلى إبطال العقد.

القسم الخامس: اختصاص قاضي القضاء الكامل

فرع أول: القضاء الكامل الموضوعي

يدخل في القضاء الكامل الموضوعي⁷⁶ النزاع الجبائي و النزاع الانتخابي. كل واحد من هذين النزاعين مشتت بين القاضي العدلي و القاضي الإداري.

1. يرجع النزاع الجبائي، حسب مقتضيات مجلة الحقوق و الاجراءات الجبائية، إلى اختصاص المحاكم العدلية، في الطورين الابتدائي والاستئنافي، و لاختصاص المحكمة الإدارية بوصفها قاضي تعقيب.

يشكل النزاع الجبائي جزءا من النزاع الإداري. في رده على سؤال النواب حول أسباب إسناد النزاع الجبائي للمحكمة الإدارية في طور التعقيب، بين ممثل الحكومة بوضوح أنّ النزاع الجبائي أسند للمحكمة الإدارية بالنظر إلى الطبيعة الإدارية لهذا النزاع، و أنّ إسناده إلى المحاكم العدلية أملاه غياب محاكم إدارية في الجهات⁷⁷.

إنّ تطبيق الأحكام الدستورية الجديدة المتعلقة بإحداث محاكم إدارية ابتدائية و محاكم استئناف إدارية من شأنه أن يؤدي إلى استرجاع جهاز القضاء الإداري للنزاع الجبائي برمته.

إنّ توحيد النزاع الجبائي من شأنه تسهيل التعرف على القاضي المختص في المادة الجبائية وتحسين جودة العدالة الجبائية المقدمة للمتقاضين. إنّ جودة القضاء تمثل اليوم، دون شك، عنصرا من حق اللجوء إلى القضاء. لأنّ الحل الحالي الذي يعتمد المشرع يؤدي، بالإضافة إلى دستوريته المشكوك فيها، إلى أنّ قضاة التعقيب الجبائي، قضاة المحكمة الإدارية، مدعوون إلى البت في مسائل، في حين لم تعرض عليهم القضية في الأصل، باعتبار أنّ قاضي التعقيب لا يبت، مبدئيا، إلا في المسائل القانونية. كما بينت التجربة أنّ القاضي العدلي لا يعتبر نفسه مقيدا دائما بفقهاء قضاء المحكمة الإدارية، الغريب عنه. وبالفعل، فإنّ الاختلافات الفقه القضائية بين المحكمة الإدارية و المحاكم العدلية موجودة. في مثل هذه الظروف، قد لا تستطيع المحكمة الإدارية، بوصفها قاضي التعقيب الجبائي، لعب دورها الأساسي المتمثل في تسيق فقه قضاء محاكم الأصل.

2. النزاع الانتخابي موزع هو أيضا بين المحاكم العدلية و المحكمة الإدارية. إذا كان نزاع التسجيل بالقوائم الانتخابية من اختصاص القاضي المدني (المحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف)، فإنّ الطعن في قرارات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات المتعلقة بالترشح للإختخابات الرئاسية و كذلك الطعن في نتائج مختلف عمليات الإقتراع يرجع إلى المحكمة الإدارية (الدوائر الاستئنافية و الجلسة العامة). أما في خصوص الطعن في قرارات الهيئة العليا المستقلة

⁷⁸ انظر القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 و المتعلق بالانتخابات و الاستفتاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 42 مؤرخ في 27 ماي 2014، ص. 1382 و ما بعدها.

⁷⁹ م 1، تن، 11 مارس 1980، قيفة / وزير المالية، المجموعة، ص. 93؛ م 1، تن، 29 جوان 1979، بوزقندة / رئيس بلدية تونس، المجموعة، ص. 207.

⁸⁰ انظر: Mohamed Sayari, « L'identification des décisions détachables du contrat dans la jurisprudence du Tribunal administratif », in Mélanges en l'honneur du doyen Yadh Ben Achour. Droits et culture, CPU, 2008, p. 945 et ss.

⁷⁶ القضاء الكامل الموضوعي له ميزتان: هو قضاء كامل باعتباره يعطي للقاضي صلاحيات من أوسع ما يكون. وهو موضوعي لأنه يطرح على القاضي سؤالا يتعلق بالشريعة فالقاضي الانتخابي مثلا يبتت من صحة عملية الإقتراع، و يقوم بإلغائها إن لزم الأمر و يصرح بنفسه بالنتائج الجديدة. كما أنّ القاضي الجبائي يبتت من شرعية توظيف الأداء و يعدل إن لزم الأمر قاعدة الأداء و يتولى بنفسه احتساب الأداء الواجب.

⁷⁷ الرائد الرسمي، مداوات مجلس النواب، عدد 39، 21 جويلية 2000، ص. 1938، إجابة على السؤال رقم 150.

بالاستئناف أمام الدوائر الاستئنافية. القائمة طويلة و تشمل جلّ الأحكام الصادرة ابتدائياً.

لكن، إذا نظرنا إلى قانون 1 جوان 1972 برّمته، يمكن أن ننتبين أنّ بعض الأحكام مازالت تصدر ابتدائياً و نهائياً، بمعنى دون إمكانية استئنافها.

أولاً، ينصّ الفصل 182 من القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك و المؤسسات المالية⁸¹ على أنّ قرارات لجنة العقوبات⁸² تقبل الطعن أمام المحكمة الإدارية. لكنّ الفصل 13 (ثالثاً) من قانون 1 جوان 1972، المذكور سابقاً، ينصّ على أنّ هذه القرارات تقبل الطعن بالتعقيب أمام المحكمة الإدارية. وهو ما يعني أنّ القرارات التي تهمّنا، بما أنّها غير معنيّة بالطعن بالاستئناف، فهي تصدر ابتدائياً و نهائياً.

ثانياً، ينصّ الفصل 41 من قانون 1 جوان 1972، المذكور سابقاً، على أنّ القرارات الصادرة في مادّة توقيف أو تأجيل التنفيذ لا تقبل الطعن بأيّ وسيلة، بما في ذلك إذن الاستئناف.

أخيراً، ينصّ الفصل 85 من نفس القانون، المذكور أعلاه، على أنّ الأذن الاستعجالية الصادرة عن رؤساء الدوائر الاستئنافية لا تقبل الطعن بالاستئناف. كلّ هذه الأحكام التي تقصي ممارسة الطعن بالاستئناف مشكوك في دستوريّتها، بعد إضفاء القيمة الدستورية على قاعدة التقاضي على درجتين.

كما يمكن أن نشكك في دستورية النصوص التي تسند اختصاصا لقاض غير القاضي الإداري للنظر في الطعون بالاستئناف في المادّة الإدارية. في هذا المجال، لا تنقصنا الأمثلة: اختصاص محاكم الاستئناف للنظر في النزاعات في مختلف الهيئات المهنية؛ اختصاص محكمة الاستئناف للبتّ في الاعتراض على بطاقات الإلزام⁸³؛ اختصاص محاكم الاستئناف في المادّة الجبائية.

فرع ثاني: الطعن بالتعقيب

تاريخ الطعن بالتعقيب، أمام المحكمة الإدارية، متقلّب. في مادّة دعوى تجاوز السلطة، كان ينصّ المشرّع، كما ذكرناه سابقاً، على أنّ الأحكام تصدر ابتدائياً و نهائياً. و هو ما يعني أنّ الطعن بالاستئناف فقط كان ممنوعاً، دون الطعن بالتعقيب ضدّ هذه الأحكام، الذي كان إذن ممكناً. لكنّ المحكمة الإدارية قضت بغير ذلك عندما قرّرت أنّ الطعن بالتعقيب ضدّ الأحكام الصادرة في مادّة تجاوز السلطة غير مقبول بتعلّة أنّ أوجه الطعن بالتعقيب و بدعوى تجاوز السلطة هي نفسها تقريبا (عيب الاختصاص، العيوب الشكلية و الاجرائية، خرق القانون، الانحراف بالسلطة، من جهة دعوى تجاوز السلطة؛ الإفراط في السلطة، خرق الشكليات، خرق القانون، من جهة التعقيب)⁸⁴. في مادّة التعويض، المشرّع كان ينصّ، منذ البداية، على أنّ الأحكام الصادرة عن المحاكم المدنية في دعاوى المسؤولية، تقبل الطعن بالاستئناف و التعقيب أمام المحكمة الإدارية. لكن، نظرا لتنظيم المحكمة الإدارية في تلك الفترة، لم تقبل هذه الأخيرة النظر في الطعون بالاستئناف، لأنّ نفس الهيكل، وهو الجلسة العامة، لا يمكنه النظر في طعنين (الاستئناف و التعقيب) في نفس الوقت.

اليوم، هيكله المحكمة الإدارية تطوّرت كثيرا مقارنة بالبدايات. فلقد أصبحت تشمل على دوائر ابتدائية و دوائر استئنافية و دوائر تعقيبية و جلسة عامة

2. نزاع المسؤولية. إذا كان المبدأ هو أنّ كلّ الأضرار الناتجة عن النشاط الإداري يجب أن ينجّر عنها تعويض، فهناك إلى الآن بعض المجالات التي يحكمها انعدام مسؤولية الإدارة. وهو الشأن خصوصا بالنسبة للإرتفاقات العمرانية باعتبار أنّ الفصل 23 من مجلة التهيئة الترابية و التعمير ينصّ على أنّه « لا ينجّر أيّ تعويض عن الارتفاقات الناتجة عن الترتيب العمرانية...». في نفس المعنى، يمكن أن نذكر أيضا صورة ارتفاق الضفّة الحرّة. حسب الفصل 40 فقرة أولى أخيرا من مجلة المياه، هذا الارتفاق « لا يخول أيّ حقّ في الغرامة».

انعدام مسؤولية الإدارة يبدو مخالفا للدستور الذي يكرّس الحقّ في اللجوء إلى القاضي، بما في ذلك الحقّ في القيام بدعوى المسؤولية التي تعدّ نتيجة له.

خاتمة: انعدام مسؤولية الإدارة و كذلك توزيع الاختصاصات بين الجهازين القضائيين في مادّة القضاء الكامل الموضوعي يشكّلان مساسا بحقّ اللجوء إلى القاضي الإداري.

توصيات: يجب أن يسعى المشرّع دائما إلى توحيد النزاع الإداري بإسناده إلى القاضي الإداري، قاضيه الطبيعي. إلّا إذا اقتضى حسن سير القضاء خلاف ذلك.

بالنسبة للنصوص التي تكرّس انعدام مسؤولية السلطة العامة، فإنّه ينبغي مراجعتها. هذه النصوص تطرح أسئلة تتعلق بمدى دستوريّتها لأنها تتعارض بشكل مباشر مع الحقّ في اللجوء إلى القاضي و تابعه الحقّ في القيام بدعوى المسؤولية.

القسم السادس: اختصاص محاكم الطعون

يشمل الحقّ في اللجوء إلى القاضي الحقّ في اللجوء إلى قاضي أول وكذلك الحقّ في اللجوء إلى محاكم الطعون.

فرع أول: الطعن بالاستئناف

من الأشياء الجديدة التي تشدّ الانتباه و التي أتى بها دستور 27 جانفي 2014 هو الحكم الوارد بالفقرة 3 من الفصل 108 الذي يمقتضاه «يضمن القانون التقاضي على درجتين». هكذا، يكون للحقّ في الطعن بالاستئناف قيمة دستورية.

ينصّ الفصل 108 فقرة أولى من الدستور على أنّ «لكلّ شخص الحقّ في محاكمة عادلة». و تساهم قاعدة التقاضي على درجتين في تدعيم ضمان حقوق الدفاع باعتبارها مكوّنا ضروريا للمحاكمة العادلة.

و قد تمّت إعادة الاعتبار للاستئناف الإداري بمناسبة القانون عدد 39 لسنة 1996 المنقّح و الممتّم للقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 و المتعلق بالمحكمة الإدارية. فقد أصبحت الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية مختصة للبتّ «في استئناف الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية بالمحكمة الإدارية».

هذا الحكم يلغي الحكم الذي كان ينصّ على أنّ الأحكام في مادّة تجاوز السلطة تصدر ابتدائياً و نهائياً (الفصل 3 فقرة أولى من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، في صيغته الأصلية).

الاختصاص الاستئنابي للمحكمة الإدارية يجد ركبته في الفصل 19 من قانون 1 جوان 1972، المذكور سابقاً، و الذي يعدّد قائمة الأحكام القابلة للطعن

⁸¹ الرّأى الرّسمي للجمهورية التّونسيّة عدد 58 مؤرّخ في 15 جويلية 2016، ص. 2516 و ما بعدها.

⁸² هذه اللّجنة تعوّض اللّجنة المصرفيّة القديمة.

⁸³ الفصل 27 من مجلة المحاسبة العموميّة.

⁸⁴ هذا الإدعاء صحيح جزئياً. فكلّ الطّعنين يسهران على ضمان احترام القانون، من طرف قرار إداري في إحدى الصّور، و من طرف قرار قضائي في الصّورة الأخرى. بالإضافة إلى ذلك، في التاريخ العامّ للنزاع الإداري، الطّعن كان لهما أصل مشترك. ولم يقع التمييز بينهما إلا مؤخراً. لكنّ كل هذا لا يمكنه أن يبرّر موقف المحكمة الإدارية.

قضائية. بالتالي الطعن بالتعقيب الإداري تعمم وأصبح يشمل القضاء الكامل ودعوى تجاوز السلطة.

قاضي التعقيب. في المحكمة الإدارية، هيئتان قضائيتان تختصان بالبث في الطعون بالتعقيب: الدوائر التعقيبية و الجلسة العامة.

الدوائر التعقيبية تمثل قاضي التعقيب العادي. أما الجلسة العامة فلها اختصاص مسند. حسب الفصل 21 من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، « تنظر الجلسة العامة تعقيبا في الطعون الموجهة ضد الأحكام النهائية المشار إليها بهذا القانون والتي تقتضي توحيد الآراء القانونية بين الدوائر التعقيبية أو التي تخوض في مسائل قانونية جوهرية وكذلك في الصور المشار إليها بالفصل 75 من هذا القانون. وترفع لها القضايا المذكورة إما بمقتضى حكم بالتخلي صادر عن الدائرة التعقيبية المعنية أو بقرار معلل يتخذه الرئيس الأول قبل أن يقع تعيين القضية لجلسة المرافعة لدى الدائرة المنشورة لديها». إذا كانت الصورة الأخيرة لا تطرح مشكلا، ففي صورتين الأخريين، يمكن أن نخشى أن يستعمل الرئيس الأول الإمكانيات التي أتاحتها له المشرع لينحرف ببعض القضايا «الحساسة» عن قاضيه الطبيعي، أي الدوائر التعقيبية، نحو الجلسة العامة التي يرأسها الرئيس الأول وتتكون، في غالبيتها، من رؤساء دوائر.

القرارات القضائية التي تقبل للطعن بالتعقيب. ينص الفصل 21 (ثالثا) من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية على أنه «تختص الدوائر التعقيبية بالنظر في الطعون الموجهة ضد الأحكام النهائية المشار إليها بهذا القانون».

الأحكام المعنية أولا هي القرارات الصادرة عن الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية. لكن أيضا الأحكام المنصوص عليها بالفصول 11 (الأحكام الصادرة في المادة الجبائية) و 12 (الأحكام الصادرة في المادة الانتخابية) و 13 (الأحكام الصادرة في النزاعات التي تهم الهيئات المهنية) و 13 ثانيا (الأحكام الصادرة عن اللجنة المصرفية، التي أصبحت لجنة العقوبات). وطرح السؤال حول ما إذا كانت المحكمة الإدارية مختصة بالنظر في الطعون بالتعقيب المرفوعة ضد قرارات لم ينص عليها قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، صادرة عن محاكم إدارية متخصصة.

اعتبرت المحكمة الإدارية أن الفصول من 11 إلى 13 من قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية، المذكور سابقا، جاءت على سبيل الذكر، و أن اختصاصها كقاضي تعقيب يمتد إلى الفرضيات الأخرى التي لم ينص عليها القانون المذكور⁸⁵. لكن في قرار «ستراميك» المؤرخ في 25 ماي 2004، تبني مجلس تنازع الاختصاص موقفا مخالفا لموقف المحكمة الإدارية، عندما قرر أن اختصاص المحكمة الإدارية بوصفها قاضي تعقيب، هو اختصاص مسند بمقتضى الفصول 11 و 12 و 13 من قانون 1 جوان 1972 المذكور سابقا. في قضية الحال، تعلق الأمر بتحديد القاضي المختص للنظر في الطعن بالتعقيب الموجه ضد القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بتونس في خصوص قرارات مجلس السوق المالية. أكد مجلس التنازع أنه ما لم يسند قانون 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية، الاختصاص صراحة إلى المحكمة الإدارية في خصوص تعقيب قرارات مجلس السوق المالية، فإن الطعن فيها يكون من اختصاص المحاكم العدلية.

خاتمة: يمثل اختصاص القاضي الإداري، في الاستئناف و التعقيب، مصدرا للعديد من التعقيدات بالنسبة للمتقاضي. في الاستئناف، هذا الأخير إما أنه محروم من حقه الدستوري في الطعن بالاستئناف ضد بعض الأحكام، أو أنه محروم من ممارسة الاستئناف أمام القضاء الإداري، القاضي الطبيعي للنزاعات ذات الصبغة الإدارية.

في مستوى التعقيب، مجال اختصاص المحكمة الإدارية مازال غير محدد بصفة ثابتة. وأحسن دليل على ذلك هو الاختلاف القائم، في هذا الإطار، بين المحكمة الإدارية و مجلس تنازع الاختصاص.

توصيات: من المؤكد أن تتولى الأحكام التشريعية الجديدة تعميم الطعن بالاستئناف، حتى يقع احترام الدستور الذي أضفى على قاعدة التقاضي على درجتين قيمة دستورية.

من جهة أخرى، من غير الطبيعي أن يبقى اختصاص قاضي التعقيب الإداري متميزا بالتذبذب. المشرع مدعو لتوضيح هذه المسألة بالتصيص، صراحة، في التشريع الجديد، على الصبغة المبدئية لاختصاص قاضي التعقيب الإداري.

القسم السابع: اختصاص القاضي الاستعجالي

منذ زمن، و القضاء الاستعجالي لم يكن يتبوأ المكانة التي يستحقها في النزاع الإداري. مع تنقيح قانون 1 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية بمقتضى القانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996، طرأ تحسن ملحوظ في هذا المجال. فقد أصبحت الإجراءات التالية متاحة للمتقاضي للجوء للقاضي الاستعجالي.

أولا، هناك توقيف تنفيذ القرارات الإدارية (الفصول من 39 إلى 41 من قانون 1 جوان 1972 المذكور سابقا). هذا الإجراء يمكن المتقاضي من أن يطلب من الرئيس الأول للمحكمة الإدارية بأن يأذن بتوقيف تنفيذ قرار إداري. و الإذن بتوقيف التنفيذ يمكن أن يصدر إذا كان الطلب قائما على أسباب جدية في ظاهرها وكان تنفيذ القرار موضوع المطلب من شأنه أن يتسبب للمدعي في نتائج يصعب تداركها.

سلطات القاضي، في إطار هذا الإجراء، محدودة. إذ لا يمكنه أن يأذن إلا بتوقيف تنفيذ القرار موضوع المطلب. بالإضافة إلى أن مطلب توقيف التنفيذ لا يمكن أن يستقل عن دعوى تجاوز السلطة.

ثانيا، هناك الأذون الاستعجالية المتعلقة بتأخذ الوسائل الوقتية المجدية (الفصل 81 من قانون 1 جوان 1972 المذكور سابقا). و يلزم في هذه الأذون توفر شرطين صارمين: عدم المساس بالأصل و عدم تعطيل تنفيذ قرار إداري. وهو ما قد يفسر محدودية نجاعتها. ففي أفضل الأحوال، هي تمكن المتقاضي من الحصول على وثائق تمتنع الإدارة عن مده بها. كما يمكن أن تستعمله الإدارة لتطلب من القاضي الإذن بإخراج خواص يشغلون الملك العمومي دون وجه حق.

ثالثا، هناك الأذون الاستعجالية المتعلقة بإلزام المدين بأن يدفع لدائنه مبلغا على الحساب إذا لم يتبين للقاضي وجود منازعة جدية حول أصل الدين (الفصل 82 فقرة أولى).

أخيرا، نجد الأذون الاستعجالية المتعلقة بإجراء معاينة و التي يقتصر موضوعها على تعيين خبير تتمثل مهمته في معاينة واقعة مهددة بالزوال و من شأنها أن تكون محل نزاع إداري (الفصل 82 فقرة 2).

⁸⁵ م (إ، تعقيب، قضية عدد 12، 10 مارس 1977، وزير المالية / ...، المجموعة، ص. 124 و ما بعدها.

الهامة كحالات الحرب و العلاقات الخارجية و علاقات الحكومة بالسلطة التشريعية... ذلك أن للسلطة صفتين، الأولى بصفتها كإدارة فإنها تستخدم القرارات الإدارية كأداة للوصول إلى غاياتها في تسيير الخدمات والمرافق خدمة للصالح العام. و الثانية سياسية تستخدم نوعا آخر من القرارات حفاظا على سلامة الدولة...».

هذه المقتطفات من قرار فالكون تبين وجود نوعين من أعمال السيادة. يمكن القول أن أعمال السيادة هي، من ناحية، أعمال السلطة التنفيذية في علاقتها بالبرلمان، و من ناحية أخرى، أعمال الحكومة التونسية في علاقتها بالمنظمات الدولية و الدول الأجنبية.

من بين أعمال السيادة التي تدخل ضمن الصنف الأول، يمكن أن نذكر الأعمال التالية:

- الأوامر الرئاسية و الحكومية المتعلقة بدعوة مجلس نواب الشعب للإنعقاد في دورة استثنائية أثناء العطلة البرلمانية (الفصل 57 فقرة أخيرة من الدستور).

- الأوامر الرئاسية المتعلقة بحل مجلس نواب الشعب (الفصل 77 فقرة 2 مطة أولى).

- الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة في إطار ممارسة المبادرة التشريعية (إيداع أو سحب مشاريع القوانين، الامتناع عن إيداع مشاريع القوانين أو رفض ذلك) (الفصل 62 من الدستور).

- الأوامر الرئاسية المتعلقة بختم القوانين (الفصل 81 من الدستور).

- تسميات أعضاء المحكمة الدستورية من طرف رئيس الجمهورية (الفصل 118 فقرة 2 من الدستور).

- الأوامر الرئاسية المتعلقة بعرض مشاريع القوانين الاستثنائية (الفصل 82 من الدستور) والتي تنقل بذلك ممارسة السلطة التشريعية من البرلمان إلى الشعب.

- قرار رئيس الجمهورية بتطبيق الفصل 80 من الدستور الذي يؤدي إلى انعقاد مجلس نواب الشعب بصفة دائمة و إلى عدم إمكانية حله و إلى تمكين رئيس الجمهورية من سلطة التشريع.

- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بردّ أو عدم ردّ مشروع قانون إلى مجلس نواب الشعب للتداول ثانية (الفصل 81 فقرة 2 من الدستور).

- قرارات رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة بعرض أو عدم عرض مشروع قانون صادق عليه مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية (الفصل 120 فقرة أولى مطة أولى من الدستور).

ينبغي أن نضيف إلى هذه الأعمال تلك التي تهم العلاقات الدستورية بين رئيس الجمهورية والحكومة: تكوين الحكومة، تقديم الحكومة لاستقالتها (مثلا الأمر الرئاسي عدد 94 لسنة 2016 المؤرخ في 31 جويلية 2016 والمتعلق باستقالة الحكومة و بتكليفها بمواصلة تصريف الأعمال⁸⁸)، تسمية رئيس الحكومة و أعضائها.

في قرار حديث صادر في 25 أوت 2016، زياد الهاني / رئيس الجمهورية، رفض الرئيس الأول للمحكمة الإدارية المطلب الرامي إلى توقيف تنفيذ الأمر الرئاسي عدد 95 لسنة 2016 المؤرخ في 3 أوت 2016 و المتعلق بتكليف السيد يوسف الشاهد بتكوين حكومة⁸⁹، على أساس أن هذا الأمر يشكل عمل

في كل هذه الإجراءات، نلاحظ أن اللجوء إلى القاضي الاستعجالي جدواه محدودة: إما أن سلطات القاضي نفسها محدودة (توقيف التنفيذ)، و إما أن الشروط التي وضعها المشرع لاتخاذ الأذن الاستعجالية مشددة (الأذن المتعلقة باتخاذ الوسائل الوقائية المجدية)، و إما أن موضوع الإذن الاستعجالي دقيق جدا (الإذن المتعلق بدفع مبلغ على الحساب و الإذن المتعلق بإجراء معاينة).

خاتمة: تهدف الإجراءات الاستعجالية، بصفة عامة، إلى الحفاظ على حقوق المتقاضين من التهديدات التي توشك أن ترتكبها الإدارة. فبعضها يضمن للمدعي حظوظا أوفر لنجاح دعواه أمام قاضي الأصل. و البعض الآخر يهدف إلى حماية المتقاضي من الأضرار التي قد تلحقها به الإدارة.

إن إعادة تنظيم جميع هذه الإجراءات شرط للسير المرضي للقضاء، و بالتالي لفاعلية حق اللجوء للقضاء. لكن الإجراءات المتعلقة بالحماية هي التي تشد الانتباه أكثر من غيرها لأنها تمس مباشرة بحقوق و حريات المتقاضين. و في هذا المستوى يجابه المتقاضي بغياب الإجراءات الملائمة.

توصيات: يجدر بالتشريع الجديد أن يبدأ بإصلاح الإجراءات الاستعجالية الموجودة ليتمكن المتقاضي من اللجوء إليها بأكثر سهولة. و هذا يمر طبعاً عبر إضفاء أكثر مرونة على الشروط التي وضعها المشرع لتطبيقها.

من ناحية أخرى، يجب التفكير في إجراءات أخرى تتناسب أكثر مع ضمان الحقوق و الحريات الأساسية للمتقاضين. فتوقيف تنفيذ القرارات الإدارية و الأذن المتعلقة باتخاذ الوسائل الوقائية لا يمكنها أداء هذه الوظيفة. القانون المقارن يوفر أمثلة عن إجراءات تضمن حماية فعالة للحقوق والحريات الأساسية (مثلا، في القانون الفرنسي، هناك إجراءات استعجالية خاصة بحماية الحريات الأساسية). لكن، لتمكين المتقاضين من اللجوء إلى مثل هذا النوع من الإجراءات، على المشرع أن يتحلى بالشجاعة و التجديد، لأن هذا الإصلاح الذي يتطلب القبول بتقليص صلاحيات الإدارة و تمكين القاضي من سلطات جديدة، يستوجب قطيعة مع الطرق القديمة في التفكير، المتعارف عليها في القانون الإداري.

القسم الثامن: الصعوبات المرتبطة بنزاع الأعمال الصادرة عن مختلف السلطات الدستورية

الفرع الأول: السلطة التنفيذية و أعمال السيادة (و تسمى أيضا أعمال الحكومة⁸⁶)

الحصانة القضائية لأعمال السيادة، أعمال السيادة تجسد النشاط الحكومي بما هو نشاط يتميز عن النشاط الإداري. لكن من الصعب تقديم تعريف مسبق للوظيفة الحكومية يميزها عن الوظيفة الإدارية. لذلك يتكون صنف أعمال السيادة مما أفرزه فقه القضاء، عند نظره في ملائمت كل قضية. كرست المحكمة الإدارية، وجود هذا النوع من الأعمال، لأول مرة، في قرار بيار فالكون المؤرخ في 14 أبريل 1981⁸⁷، بهذه العبارات: «وحيث أنه ما يسمى بأعمال السيادة في الفقه والإجتهاد القضائي إنما يقصد بها الأعمال السياسية

⁸⁸ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 مؤرخ في 2 أوت 2016، ص. 2707.

⁸⁹ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64 مؤرخ في 5 أوت 2016، ص. 2764.

⁸⁶ المحكمة الإدارية تستعمل هاتين العبارتين دون تمييز.

⁸⁷ م، إ، تن، قضية عدد 325، 14 أبريل 1981، بيار فالكون و من معه لوزير الفلاحة، المجموعة، ص. 110-118.

سيادة. فحسب القاضي الإداري، " يتعلّق الأمر المعنيّ بالمقتضيات الدستوريّة المنظمة للعلاقة بين السلّطة التنفيذية و السلّطة التشريعيّة، من جهة، وداخل السلّطة التنفيذية، بين رئيس الجمهوريّة و رئيس الحكومة، من جهة أخرى"⁹⁰.

أعمال السيادة التي تدخل ضمن الصنف الثّاني تتعلّق بالنّظام الدّولي. ذكرت المحكمة الإداريّة العمليّات الحربيّة، و يمكن القول إنّ الأعمال المتّخذة في مادّة العمليّات العسكريّة، وهي أوسع من العمليّات الحربيّة، هي أعمال سيادة. من ذلك مثلا عندما يعلن رئيس الجمهوريّة الحرب أو يبرم السّلم أو يرسل قوّات إلى الخارج، على معنى الفصل 77 فقرة 2 مطّة رابعة من الدّستور. كما ذكرت المحكمة العلاقات الدّوليّة. و تشمل بالتأكيد الإجراءات والممارسات الصّادرة عن السّلط المختصة خلال التّفاوض أو في ما يتعلّق بتنفيذ المعاهدات الدّوليّة أو في إطار العلاقات الدّبلوماسية.

أعمال السيادة غير قابلة للطعن بسبب طبيعتها السياسيّة، كما بيّنت المحكمة الإداريّة ذلك بنفسها في قرار فالكون المذكور سابقا. وهي غير قابلة للطعن على مستوى شرعيّتها الخارجيّة و كذلك على مستوى شرعيّتها الداخليّة. يبقى معرفة إن كانت المحكمة الإداريّة ستقبل التعويض عن الأضرار الناتجة عن مثل هذه الأعمال؟ هذا السّؤال لم يطرح على القاضي الإداري. في قرار فالكون، وقعت الإشارة إلى أنّ أعمال السيادة «في تراجع مستمرّ». فهل يمكن أن نأمل أن يتمّ التراجع عن الحصانة القضائيّة لأعمال السيادة؟

التعلّل بأعمال السيادة. الحكم الصّادر عن المحكمة الإداريّة في 15 جويلية 2008، بن سدرين / الوزير الأوّل⁹¹، يبعث على القلق. في هذا الحكم، تمّ رفع دعوى في تجاوز السلّطة ضدّ الأمر عدد 629 لسنة 2002 المؤرّخ في 3 أفريل 2002 والمتعلّق بدعوة الناخبين للإستفتاء في مشروع القانون الدّستوري المتعلّق بتنقيح بعض أحكام من الدّستور⁹². المحكمة الإداريّة اعتبرت أنّ الدّعوى غير مقبولة لأنّ الأمر المطعون فيه يشكل، في نظرها، أمرا حكوميا⁹³.

صدر هذا الحكم قبل 14 جانفي 2011، في ظلّ نظام بن علي، و الإستفتاء المعنيّ كان يهدف في الحقيقة إلى تعديل الحكم الدّستوري المتعلّق بعدد الدورات الرّئاسيّة، لتمكين هذا الأخير من التّرشح لدورة جديدة. لكن، على المستوى القانوني، يصعب أن نتفق مع الحلّ الذي أقرّته المحكمة الإداريّة والذي فيه خلط بين نزاع أعمال السيادة و نزاع الانتخابات السياسيّة. لا جدال أنّ عملية الإستفتاء لها صبغة سياسيّة: عندما يتدخّل الشعب للمصادقة على مشروع قانون، هو لا يتولّى طبعاً النظر في مسائل إداريّة. لكن، لا يمكن أن نعتبر أنّ عملية الإستفتاء عمل سيادة، كما ذهبنا إلى ذلك المحكمة الإداريّة في الحكم السّابق، و ذلك لسببين. من ناحية، في عمليّة الإستفتاء، الشعب هو الذي يصوّت و ليس الحكومة. من ناحية أخرى، وفقا لتمييز تقليدي، أقرّه الفقه، بين عمليّة الاقتراع و تنظيم الاقتراع، هذا الأخير يعتبر شأنًا إداريًا و الإجراءات المتّخذة من طرف السلّطة التنفيذية بهدف هذا التنظيم هي

⁹⁰ ورد في البيان الصّادر عن وحدة الإعلام بالمحكمة الإداريّة في 26 أوت 2016، و الذي تمّ تداوله في وسائل الإعلام الصّادرة في نفس اليوم.

⁹¹ المجموعة، ص. 151-154.

⁹² الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 28 مؤرّخ في 5 أفريل 2002، ص. 986 و ما بعدها .

⁹³ من المفيد أن نورد المقتضيات التّالية من الحكم:

" و حيث ترتبنا على ذلك فقد استقرّ الفقه و القضاء على أنّ دعوى تجاوز السلّطة لا تقبل إلا متى كان القرار المطعون فيه يكتسي الصبغة الإداريّة و كان أحادي الجانب و تنفيذيًا و مؤثرا في الوضعيات القانونيّة الساندة، الأمر الذي يؤول إلى استبعاد الرقابة القضائيّة على أعمال و تصرّفات السلّطة التنفيذية التي لا تندرج في نطاق وظيفتها الإداريّة، و إنما تنصير ضمن الأعمال الحكوميّة التي تباشرها طبقا لأحكام الدّستور و مبادئه، عند دخولها في علاقة بالسلّطة التشريعيّة أو بالدول الأجنبيّة و المنظمات الدّوليّة، مثل حل البرلمان و الدعوة إلى انتخابات مبكرة و الإحتكام للشعب بواسطة الإستفتاء و إنهاء مهام الحكومة أو إبرام المعاهدات و المصادقة عليها و ربط علاقات دبلوماسية مع دولة أخرى أو قطعها ؛ و حيث أنّ الأمر المطعون فيه بحكم تعلّقه بدعوة الناخبين للإستفتاء في مشروع القانون الدّستوري المتعلّق بتنقيح بعض أحكام من الدّستور، فإنّه لا ينتمي إلى صنف المقرّرات الصّادرة في المادّة الإداريّة التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء على معنى الفصل 3 من قانون المحكمة الإداريّة، بل ينزل في إطار أعمال السيادة التي لا يملك القاضي الإداري بسط رقابته عليها، الأمر الذي يتّجه معه عدم قبول هذا الفرع من الدّعوى".

⁹⁴ في قضيّة الحال، كان بإمكان القاضي الإداري أن يجد أساسا أكثر صلابة لحض اختصاصه، دون الإحتماء وراء عمل السيادة. فالقانون الدّستوري الذي صوّت له الشعب وقع ختمه و نشره (القانون الدّستوري عدد 51 لسنة 2002 المؤرّخ في 1 جوان 2002 المتعلّق بتنقيح بعض أحكام من الدّستور، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 45 مؤرّخ في 3 جوان 2002، ص. 1442 و ما بعدها) قبل رفع الدّعوى (في 4 جويلية 2002). في هذه الصّورة، يحول القانون بين القاضي و الإجراءات المطعون فيها، رغم تعلّقها بتنظيم الإستفتاء، لأنّ القاضي لا يمكنه النظر في هذه الإجراءات دون تفحص صخّة القانون الدّستوري نفسه.

⁹⁵ انظر الفصل 113 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 و المتعلّق بالانتخابات و الإستفتاء، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 42 مؤرّخ في 27 ماي 2014، ص. 1382 و ما بعدها.

⁹⁶ الفصل 145 و ما بعده من نفس القانون الأساسي.



توصيات: الحصانة القضائية المطلقة⁹⁸ التي تتمتع بها أعمال السيادة لا تتماشى مع مقتضيات دولة القانون كما عبر عنها الدستور⁹⁹، و لكنها لا تتماشى خصوصا مع حق اللجوء إلى القضاء الذي ضمنه الفصل 108 من هذا الأخير¹⁰⁰. بما أن أعمال السيادة صادرة عن السلطة التنفيذية، فلا نتصور أن ينظر فيها القاضي العدلي. يمكن أن نفكر في القاضي الدستوري باعتبار أن أعمال السيادة أعمال ذات طبيعة سياسية. لكن هذا الطرح يصطدم بالاختصاص المسند للمحكمة الدستورية، كما نصت عليه أحكام الدستور و القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 و المتعلق بالمحكمة الدستورية¹⁰¹. بقي القاضي الإداري، لكن يبدو أن الأمر محسوم بالنسبة له. إذن، فتدخل المشرع ضروري لتجاوز فقه القضاء الإداري المتعلق بأعمال السيادة. على كل حال، هذا ما قام به المشرع الإسباني عندما مكن القاضي الإداري من صلاحية مراقبة أعمال السيادة¹⁰².

لكن، حتى في غياب قانون، لا شيء يمنع القاضي الإداري التونسي من القيام بجهود متواضع لقبول مسؤولية الدولة بدون خطأ، على أساس الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، بفعل أعمال السيادة، في صورة ضرر خاص و غير عادي¹⁰³. مسألة إلغاء هذه الأعمال معقدة أكثر. لكن، يمكن تصور رقابة مقتصرة على أوجه الشرعية الخارجية للعمل، دون أوجه شرعيته الداخلية¹⁰⁴. مراقبة هذه الأخيرة قد يكون حساسا جدا، بل وخطيرا، لأن القيام به يدفع القاضي ضرورة إلى اتخاذ القرار عوضا عن السلطة الخاضعة للرقابة، أي أن يحل محلها في اتخاذ القرار، لأنه لا توجد قاعدة موضوعية تحدد أو يمكن أن تحدد مضمون عمل السيادة.

الفرع الثاني: السلطة التشريعية و الأعمال البرلمانية

نعني، في الفقه، بعبارة «أعمال برلمانية» كل الإجراءات الصادرة عن المجالس البرلمانية، باستثناء تلك التي لها صبغة تشريعية¹⁰⁵. إن الإطلاع على النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب يعطينا فكرة عما يمكن أن تكون فعلا الأعمال البرلمانية:

⁹⁸ يمكن أن نأمل أن هذه الحصانة ستكون نسبية، على الأقل بالنسبة لبعض أعمال السيادة، لأن المحكمة الدستورية، في إطار مراقبتها لدستورية القوانين، قد تقبل بطريقة غير مباشرة أن تراقب دستورية أعمال السيادة المتخذة في إطار الإجراءات التشريعية (مثلا، القرار المتعلق بتقديم مشروع قانون، إيداع تعديل من طرف الحكومة، المداولة الثانية التي يطلبها رئيس الجمهورية من مجلس نواب الشعب).

⁹⁹ في التوطئة و كذلك في الفصل 2 من الدستور هناك تأكيد على "علوية القانون".

¹⁰⁰ النظام الزراعي لأعمال السيادة لا يمكن أن يكون موضوع دفع بعدم الدستورية على معنى الفصل 120 مطة رابعة من الدستور. فالحصانة القضائية لهذه الأعمال ليس نتيجة قانون أو حتى تأويل فقه قضائي للقانون، وإنما هو نتاج اجتهاد فقه قضائي صرف.

¹⁰¹ المرآة الرسمية للجمهورية التونسية عدد 98 مؤرخ في 8 ديسمبر 2015، ص. 3379 و ما بعدها.

¹⁰² la juridiction administrative : « L'ordre juridictionnel administratif est compétent pour connaître des questions relatives à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, aux éléments réglés et à la réparation des conséquences dommageables des actes du gouvernement ou des conseils de gouvernement des communautés autonomes, et ce, quelle que soit la nature de ces actes », cité par F.Melleray, « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel, Dalloz, 2007, note 43, p. 1324

¹⁰³ مثلا، عند عدم ممارسة أو ممارسة منقوصة للحماية الدبلوماسية والقنصلية التي تسمح بتدخل الحكومة لدى الدول الأجنبية بهدف حماية أشخاص أو أملاك أو مصالح الزعامة التونسيين.

¹⁰⁴ أوجه الشرعية الخارجية تشمل اختصاص صاحب العمل و إجراءات إعداده و شكل العمل. أما أوجه الشرعية الداخلية، فتشمل مضمون العمل و أسبابه و هدفه.

¹⁰⁵ بالطبع، القوانين ليست أعمالا إدارية و لا تخضع لرقابة القاضي الإداري. لكن المحكمة الإدارية قبلت المبدأ القاضي بأنه يرجع للقاضي الإداري تقدير مطابقة القانون للمعاهدات، عند البت في شرعية قرار إداري (م، إ، تن، 21 ماي 1996، الزاوية التونسية لحقوق الإنسان / وزير الداخلية، المجلة التونسية للقانون، 1997، الجزء العربي، ص. 200 و ما بعدها). هذا المبدأ أقرته نفس المحكمة في 2005، ببيانات عامة، عندما أكدت أن علوية المعاهدات التولية يجب أن تكترس، مهما كان تاريخ المعاهدة بالنسبة للقانون (م، إ، تن، ابتدائي، 24 جوان 2005، سعيدة / وزير الصحة العمومية، المجموعة، ص. 63). من ناحية أخرى، بعد الثورة، ذهب القاضي الإداري أبعد من ذلك، عندما قبل مراقبة دستورية القوانين. و اعتمدت المحكمة الإدارية، لتبرير رقابة الدستورية، على غياب المحكمة الدستورية (م، إ، الجلسة العامة القضائية، 7 نوفمبر 2013، سنية بن عمر / رئيس المجلس الوطني التأسيسي، غير منشور)، و بعد إحداث الهيئة الوصية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، على كون مشروع القانون موضوع النقع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري لم يكن محل رقابة دستورية (م، إ، 10 أكتوبر 2014، عادل العلمي / الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، غير منشور).

- اللوائح الصادرة عن رؤساء الكتل البرلمانية (الفصل 141 من النظام الداخلي).
- لائحة اللوم ضد الحكومة (الفصل 148 من النظام الداخلي).
- إعفاء رئيس الجمهورية (الفصل 157 من النظام الداخلي).
- القرارات التي يتخذها رئيس المجلس أو مكتبه أو لجانه أو كاتبه العام أو موظفوه.

يمكن أن نضيف إلى هذه الإجراءات:

- اللجوء إلى المحكمة الدستورية من قبل النواب (الفصل 120 مطة أولى من الدستور) أو من قبل رئيس مجلس نواب الشعب (الفصل 120 مطة أخيرة من الدستور).
- تعيين أعضاء المحكمة الدستورية من قبل مجلس نواب الشعب (الفصل 118 من الدستور).

كما في باقي المواد، تطبق المحكمة الإدارية على أعمال الهياكل البرلمانية المعيار المادي للتمييز، ضمن الأعمال غير التشريعية لهذه الهياكل، بين تلك التي تتعلق بالنشاط الإداري و تشكل تبعاً لذلك أعمالا إدارية خاضعة بصفتها تلك لرقابة القاضي الإداري، و تلك التي لا تنفصل عن الوظائف السياسية للبرلمان و التي تستحق وصفها بالعمل البرلماني، فيكون القاضي الإداري غير مختص إزاءها.

فقد اعتبرت المحكمة الإدارية أنها مختصة للبت في الطعن بالإلغاء ضد عقوبة صادرة عن رئيس مجلس النواب ضد أحد أعوان المجلس¹⁰⁶. في نفس الاتجاه، و في المادة الاستعجالية، اعتبر القاضي الإداري أن إسناد المنح البرلمانية لا يتعلق بممارسة الوظيفة البرلمانية، ولكن بتنظيمها. لذلك يكون لمطلب تعليق صرف هذه المنح لأعضاء مجلس النواب و مجلس المستشارين صبغة إدارية تجعله راجعا لاختصاص القاضي الإداري¹⁰⁷. أخيرا، اعتبر القاضي الإداري أن قرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي المتعلق بإسناد منح لنائبيه لم يتخذ في إطار المهام التأسيسية أو التشريعية أو الرقابية للمجلس، و التي تستبعد طبيعتها اختصاص القاضي الإداري، و لكنه يتصل بأعمال التصرف البحث المتعلقة بالتنظيم الإداري و المالي، و هو ما يضيف عليه الصبغة الإدارية¹⁰⁸.

في المقابل، قرار لجنة التشريع العام بإحالة مشروع قانون التّحصين السياسي للثورة إلى مكتب المجلس، و كذلك قرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي بنشر المشروع المذكور على الموقع الإلكتروني للمجلس، لا يعدان من الأعمال الإدارية لأنهما يتصلان بإجراءات العمل البرلماني و بتأدية المجلس لوظائفه في مجال التشريع¹⁰⁹. في نفس الاتجاه، قرار رئيس المجلس الوطني التأسيسي بتعليق أعمال المجلس لأجل غير مسمى، لا ينفصل عن الوظائف السياسية للمجلس¹¹⁰.

¹⁰⁶ م، إ، تن، 7 جوان 1994، أحمد التّايبي / رئيس مجلس النواب، المجموعة، ص. 93.

¹⁰⁷ م، إ، قضية عدد 711506، استعجالي، 10 مارس 2011، المجموعة، ص. 658 (قبول المطلب).

¹⁰⁸ م، إ، توقيف تنفيذ، قضية عدد 414828، 18 أكتوبر 2012، غير منشور.

¹⁰⁹ م، إ، توقيف تنفيذ، قضية عدد 415936، 26 جوان 2013، غير منشور.

¹¹⁰ م، إ، توقيف تنفيذ، قضية عدد 416218، 17 أكتوبر 2013، غير منشور.

الفرع الثالث: الأعمال التي تهمّ السلطة القضائية

حسب الدستور، تتكوّن السلطة القضائية من القضاء العدلي والإداري والمالي، من جهة، ومن المحكمة الدستورية، من جهة أخرى.

تطبيقاً للمعيار المادّي، تميّز المحكمة الإدارية بين تنظيم مرفق عام القضاء وتسييره. الأعمال المتخذة في إطار تنظيم مرفق القضاء هي أعمال إدارية، يعود نزاعها إذن إلى القضاء الإداري، في حين لا تعدّ أعمالاً إدارية الأعمال المتخذة في إطار تسيير المرفق، وتخرج عن اختصاص القاضي الإداري¹¹⁵.

تعدّ أعمالاً متعلّقة بتنظيم المرفق، مثلاً، القرارات المتعلّقة بإحداث أو حذف المحاكم، تسمية أعضاء المجلس الأعلى للقضاء¹¹⁶، وكذلك كلّ القرارات الترتيبية والفردية المتعلّقة بانتداب والمسار الوظيفي للقضاة (تسمية، ترقية، نقلة، عقوبات تأديبية)¹¹⁷. في المقابل، تعدّ أعمالاً متعلّقة بسير المرفق الأحكام والقرارات القضائية، والإجراءات التي يتمّ بمقتضاها اللجوء إلى المحاكم والتحقق في القضايا والإجراءات المتعلّقة بتنفيذ الأحكام.

لأوّل وهلة، يبدو المعيار المحدّد لاختصاص القاضي الإداري بسيطاً. لكنّ، تطبيقه ليس دائماً كذلك. وهو ما ستكون له آثار على الحقّ في اللجوء إلى القضاء.

العنصر الأوّل الذي من شأنه أن يدخل تشويشاً في ذهن المتقاضى الذي يبحث عن قاض هو لجوء هذا الأخير إلى تقنية الأعمال المنفصلة. فقد اعتبر القاضي الإداري في قراره المؤرّخ في 25 أبريل 1997، شركة الخمار وعبّاس / بلدية قصبية المديوني¹¹⁸، أنّ النزاع المتعلّق بتنفيذ حكم مدني يدخل في إطار سير القضاء العدلي ولا يدخل بالتالي في اختصاص القضاء الإداري. لكنّ المحكمة الإدارية قرّرت، بمقتضى إذن استعجالي، مؤرّخ في 4 نوفمبر 2004، سعيدة البنزرتي / وزير الداخلية والتنمية المحلية¹¹⁹، أنّ طلب الاستعانة بالقوة العامة بهدف تنفيذ حكم يعتبر مادّة إدارية «صرفة». ويكون القاضي الإداري، بالتالي، مختصّاً للبتّ في رفض الإدارة الاستجابة لهذا المطلب. بعبارة أخرى، حسب المحكمة الإدارية، نزاع الإجراءات المتعلّقة بتنفيذ الأحكام العدلية من اختصاص القاضي العدلي، أمّا رفض طلب الاستعانة بالقوة العامة فهو منفصل عن تنفيذ الحكم.

تنشأ صعوبة ثانية من وجود تدابير يصعب إلحاقها بسير المرفق أو تنظيمه: مثلاً، قرارات مكاتب الإعانة القضائية، رفض كتبة المحكمة تسليم نسخة من حكم، تحديد تركيبة الدوائر من طرف رئيس المحكمة. حسب الفقيه روني شابو، هذه التدابير تحتلّ موقفاً وسطاً بين تنظيم المرفق وسيره، وهي توجد في منطقة يصعب الجزم معها بطبيعتها¹²⁰. يبدو أنّ الفرصة لم تسنح للمحكمة الإدارية للبتّ في طبيعة هذه الإجراءات. ويميل القاضي الإداري الفرنسي إلى اعتبارها متعلّقة بسير المرفق، وإلى التصريح بعدم اختصاصه تبعاً لذلك. لكن، هناك صعوبات. فبعض الحلول التي اعتمدها القاضي كانت خلافاً للملاحظات

خاتمة: اختصاص القاضي الإداري إزاء الأعمال الإدارية الصادرة عن الهيكل البرلمانية أمر طبيعي. فالقاضي الإداري مختصّ، بمقتضى القانون، بالنظر في كلّ نزاع له صبغة إدارية. والمحكمة الإدارية لم تردّد في تطويع كلّ الإمكانيات التي يتيحها المعيار المادّي، المكرّس من طرف المشرّع منذ 1996، في مجال الأعمال غير التشريعية للهيكل البرلمانية¹¹¹.

أمّا في خصوص الأعمال غير التشريعية للهيكل البرلمانية والتي لا تنفصل عن إجراءات العمل البرلماني وتؤدي إلى تأدية المجلس لوظائفه في مجال التشريع ومراقبة الحكومة، فهي تخرج عن رقابة القضاء الإداري. وهو أمر طبيعي أيضاً باعتبارها أعمالاً لا تنفصل عن الوظائف السياسية للبرلمان. النزاعات الناشئة عن هذه الأعمال السياسية تخرج طبعاً عن النزاع الإداري. وحتى القاضي العدلي لا يختصّ بالنظر فيها. على غرار أعمال الحكومة، تتمتع هذه الأعمال بالحصانة القضائية.

توصيات: الحصانة التي تتمتع بها بعض الأعمال البرلمانية ترتبط، غالباً، بفكرة استقلالية المجالس النيابية. ففي بعض قراراتها السابقة، لا تتأخّر المحكمة الإدارية في الإشارة إلى مبدأ التفريق بين السّلط لدحض اختصاصها في هذا المجال.

ويبدو أنّه من الصعب أن يذهب القاضي الإداري أبعد من ذلك (و من باب أولى وأحرى القاضي العدلي). كلّ مساس بالخط الذي يفصل حالياً بين التنظيم (اختصاص القاضي الإداري) وتسيير المجالس (عدم اختصاص القاضي الإداري) من شأنه أن يؤدي إلى ردّ سريع وحاسم من المشرّع. المسألة لا تطرح من أصلها بالنسبة إلى القاضي العدلي.

بقي القاضي الدستوري. هذا الأخير يختصّ برقابة الأعمال التشريعية. ويختصّ أيضاً بمراقبة النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب¹¹². النظام الداخلي يستجيب لتعريف العمل البرلماني. لماذا لا يقع إذن إخضاع الأعمال البرلمانية الأخرى، التي لا تشكل أعمالاً إدارية، لرقابة القاضي الدستوري؟

هذا التمشّي يمكن تعميقه، خاصّة وأنّ الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري تتماشى مع الأعمال ذات الطبيعة السياسية¹¹³. ولا يمكن أن نواجه القاضي الدستوري بمبررات مرتبطة بمبدأ التفريق بين السّلط لثنيه عن ممارسة رقابته على الأعمال البرلمانية. فالعديد من المختصّين يعتبرون اليوم أنّ المحكمة الدستورية لها مكانة متميّزة في تنظيم السّلط، وهناك من كتب أنّه «من المؤكّد (...) أنّ المحكمة لا تدخل، لا فقط ضمن الجهاز العدلي، ولكن لا تدخل حتّى ضمن التنظيم القضائي بالمعنى الأوسع للكلمة، أي ضمن مجموع الهياكل التي تمارس الوظائف القضائية (...) المحكمة الدستورية (...) تبقى خارج سلط الدولة التقليدية المعروفة. إنّها تشكل سلطة مستقلة يتمثّل دورها في ضمان احترام الدستور في كلّ المجالات»¹¹⁴.

لكنّ المشكل هو أنّ المحكمة الدستورية لها اختصاص مسند لا يمتدّ إلى الأعمال البرلمانية. في غياب تعديل دستوري، لا يستبعد البعض أن يوسّع القاضي الدستوري من مجال اختصاصه عن طريق فقه قضائه.

¹¹⁵ هذا التمييز نجده في القرارات التالية: م، إ، تنس، 26 أبريل 1982، بن لونة و من معه / الوزير الأوّل، المجموعة، ص. 647؛ م، إ، تنس، 26 نوفمبر 1991، طاهر زقروية / المجلس الأعلى للقضاء، المجموعة، ص. 147 و ما بعدها؛ م، إ، استئناف، 27 جافني 1992، حميدة عبد النبي / المكلف العام بنزاعات التولية في حقّ وزارة العدل، المجموعة، ص. 226.

¹¹⁶ يرجع نزاع انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء للقاضي الإداري بمقتضى الفصول 24 و 29 و 30 من القانون الأساسي المؤرّخ في 28 أبريل 2016 و المتعلّق بالمجلس الأعلى للقضاء (الزائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 35 المؤرّخ في 29 أبريل 2016، ص. 1635 و ما بعدها).

¹¹⁷ القانون الأساسي المؤرّخ في 28 أبريل 2016 المتعلّق بالمجلس الأعلى للقضاء، المذكور أعلاه، نصّ صراحة في فصوله 56 و 57 و 66 على أنّ النزاع المتعلّق بهذه الإجراءات يرجع للقاضي الإداري.

¹¹⁸ المجلة التونسية للقانون 2000، ص. 311 و ما بعدها.

¹¹⁹ المجلة التونسية للقانون 2006، ص. 163 و ما بعدها.

¹²⁰ René Chapus, Droit administratif général, t.1, Montchrestien, Domat droit public, 14ème éd., 2000, n°1171, p. 955

¹¹¹ على خلاف القاضي الإداري الفرنسي الذي لقي معارضة من قبل المشرّع عندما أراد توسيع رقابته إلى جميع الأعمال الإدارية للهيكل البرلمانية. انظر:

Pierre BON, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », in. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel, Dalloz, 2007, p. 1065 et ss

¹¹² الفصل 120 من الدستور.

¹¹³ تشير إلى أنّ طريقة تعيين أعضاء المحكمة الدستورية كما نظّمها الدستور و القانون الأساسي المتعلّق بالمحكمة الدستورية لا تتجاهل الاعتبارات السياسية.

¹¹⁴ Vezio Crisafulli, cité par Louis Favoreu et al., Droit constitutionnel, Précis Dalloz, 16ème éd., 2014, n°353, p. 280 et s

مندوب الدولة. و في بعض القضايا التي أثارت لدى مجلس الدولة الفرنسي شكًا، تمّت إحالة ملفها إلى محكمة التنازع¹²¹.

أخيرا، وهو أمر يثير التعجب، في بعض الحالات، حتّى و لو كان تكييف الإجراء لا يطرح، مبدئيًا، أيّ مشكل، فقد يكون من غير الملائم اعتماده. مبدئيًا، النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي فيما يتعلق بالنفاذ إلى أرشيفه هو إجراء يتعلّق بتنظيم المرفق. وهو الوصف الذي ذهب إليه مندوب الحكومة. لكنّ مجلس الدولة قرّر خلاف ذلك معتبرا أنّ النظام الداخلي المذكور «لم يكن منفصلا عن الشروط التي يتولّى فيها المجلس الدستوري ممارسة المهام التي أسندها له الدستور»¹²². النظام الداخلي موضوع النزاع ليس إذن عملا إداريًا والقاضي الإداري يكون غير مختصّ إزاءه. وهو ما يؤدّي في الواقع إلى إضفاء حصانة قضائية لهذا النظام الداخلي، لأنّه لن يكون هناك أيّ قاض مختصّ للنظر فيه. هذا الحلّ، و قد وقع انتقاده، يفسّر بالسعي إلى المحافظة على استقلالية القاضي الدستوري الذي يتمتّع، كما قلنا سابقا، بمكانة خاصة في تنظيم السّلط.

خاتمة: نزاع الأعمال التي تهمّ القضاء يبيّن مرّة أخرى الصّعوبات المرتبطة باعتماد المعيار المادّي لتحديد اختصاص القاضي الإداري. إذا كان التّمييز بين تنظيم المرفق و سيره يبدو لأوّل وهلة واضحا، فإنّ تطبيقه يشكّل أحيانا مصدرا لعدّة صعوبات بالنسبة للمتقاضين.

توصيات: إذا كانت آليّة الأعمال المنفصلة تطبّق عموما، من طرف القاضي الإداري، لضمان حقّ اللّجوء للقضاء لمنظور الإدارة، عندما يكون العمل موضوع النزاع يتمتّع بحصانة قضائية (أعمال السّيادة، الأعمال البرلمانية)، فإنّ اللّجوء إلى هذه الآليّة هنا في مجال الأعمال التي تهمّ مرفق القضاء، غير مفيد و يؤدّي إلى تعقيد النزاعات، لأنّه سيكون هناك في كلّ الحالات قاض، هو القاضي العدلي، يتولّى البتّ في المسألة. و لا يمنعه من ذلك لا الحكم الوارد بالفصل 3 من قانون 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية و بإحداث مجلس لتنازع الاختصاص¹²³، و لا المبدأ الذي يمنح القاضي من توجيه أوامر إلى الإدارة، و إلاّ وقع في نكران العدالة.

في الأخير، الأمن القانوني يفرض تطبيق المعيار المعتمد في توزيع الاختصاص على جميع المحاكم، حتّى و إن كانت هذه المحكمة، المحكمة الدستورية. بل من المفيد العمل على إخضاع الأعمال الإدارية الصّادرة عن المحكمة الدستورية للرّقابة، درءا لشبهة حكومة القضاة عن القاضي الدستوري.

القسم التاسع: آفاق مستقبلية

حاليًا، في ظلّ وجود محكمة إدارية تمثّل لوحدها كامل الجهاز القضائي الإداري، لا يطرح توزيع الاختصاص بين مختلف الهيئات القضائية للمحكمة مشاكل خاصة. هي مسألة داخلية للمحكمة يتعهّد بها الرّئيس الأوّل. في المقابل، بتطبيق الفصل 116 من الدستور، الذي يفرض إحداث محاكم إدارية ابتدائية ومحاكم إدارية استئنافية، ستظهر صعوبات مستجدة في علاقة بتوزيع الاختصاص بين مختلف المحاكم المكوّنة لجهاز القضاء الإداري. وتجدر

الإشارة إلى أنّ هذه الصّعوبات كان يمكن أن تبرز لو تمّ إحداث دوائر ابتدائية في الجهات على معنى الفصل 15 فقرة أخيرة من قانون 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإدارية.

و كمثال على ما نقول، سننطلق من القانون النّافذ حاليًا. لنفترض أنّ بلدية أبرمت لزمة مرفق عامّ على ملكها العمومي. لصحة العقد، يجب المصادقة عليه بقرار من وزير الداخلية¹²⁴. مناسبة نزاع بين البلدية وصاحب اللّزمة، يطلب هذا الأخير إبطال قرار المصادقة المتخذ من طرف الوزير وكذلك التّصريح ببطلان العقد. إذا طبّقنا القواعد العامّة المنطبقة في توزيع الاختصاص، ستكون دعوى تجاوز السّلطة من اختصاص المحكمة التي بدائرتها مقرّ الوزير، في حين ستكون دعوى الإبطال من اختصاص المحكمة التي بدائرتها مقرّ رئيس البلدية الذي أمضى على العقد. لكي نتفادى نظر محكمتين في دعويتين مترابطتين، يقع إسنادهما إلى محكمة واحدة. هذا الحلّ يمكن المحكمة التي يعينها القانون من النّظر في كلا الدّعويتين ويمكن القاضي من تناول النزاع في شموليته، وهو ما من شأنه أن يضمن حلا متناسقا للقضية.

في نفس الاتّجاه، التّشريع الجديد يمكن أن يحدث آليّة تمكّن من إحالة القضية إلى القاضي المختصّ: إذا اعتبرت محكمة إدارية ابتدائية أو محكمة إدارية استئنافية أنّها غير مختصة للبتّ في نزاع، مع الإقرار باختصاص جهاز القضاء الإداري، يكون من الممنوع إصدار حكم بعدم الاختصاص. في هذه الحالة، على المحكمة المعنية إحالة القضية إلى المحكمة المختصة. هكذا يعفى المتقاضين من مشقّة القيام مجدداً أمام القاضي المختصّ.

امتدادا للحلّ السّابق، يمكن للمشروع أن يذهب أبعد من ذلك و يمنع الأطراف والقاضي من إثارة عدم الاختصاص التّرابي للمحكمة المتعهّدة، بعد ختم التحقيق. هذا الحلّ استثناء لصبغة النظام العامّ التي تميّز قواعد الاختصاص، و لكنّه مبرر بالحرص على أن لا يجد الأطراف أنفسهم مجبرين على القيام مجدداً أمام القاضي المختصّ. فبروز مسألة تهمّ الاختصاص، عندما تكون القضية في طور متقدّم، من شأنه أن يدخل الإرباك و يتسبّب في إعادة النّظر في إجراءات القضية برمتها.

خاتمة: آليات تذليل الصّوبات المتعلّقة بتوزيع الاختصاص داخل جهاز القضاء الإداري موجودة. المهمّ هو الحرص على أن لا يكون التّنظيم الجديد للقضاء الإداري مصدرا لتعقيدات إضافية بالنسبة للمتقاضين. فالمسألة لها ارتباط وثيق بالحقّ في اللّجوء إلى القضاء.

¹²¹ نفس المرجع، نفس الصّفحة.

CE Ass. 25 octobre 2002, Brouant ¹²²

¹²⁴ الفصل 19 فقرة أخيرة من الأمر عدد 362 لسنة 2007 المؤرّخ في 19 فيفري 2007 و المتعلّق بضبط شروط و صيغ الإشغال الوقي و لزمة المرفق العمومي في الملك العمومي البلدي، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية عدد 17 المؤرّخ في 27 فيفري 2007، ص. 579 و ما بعدها.

¹²³ ينصّ هذا الفصل على مايلي: "ليس للمحاكم العدلية أن تنتظر في المطالب الرّامية إلى إلغاء المقرّرات الإدارية أو إلى الإذن بأيّ وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرفق العمومي".

المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية ، منظمة غير ربحية ومستقلة وغير تابعة لأي حزب سياسي، يقع مقرّها ببرلين في جمهورية ألمانيا الفدرالية. ويتمثل هدف المنظمة الدولية لنشر التقارير حول الديمقراطية في تعزيز المشاركة السياسية لدى المواطنين وتدعيم مسؤولية الأجهزة الحكومية وتنمية المؤسسات الديمقراطية. وتدعم " المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية " المبادرات الوطنية الرامية إلى تعزيز الحقوق الكونية لدى المواطنين ونعني بذلك حقهم في أن يشاركوا في صلب الحياة السياسية داخل بلادهم مثلما أقرّ ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

للمزيد من المعلومات:

<http://www.democracy-reporting.org>

المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية

Prinzessinnenstraße 30

10969 Berlin / Germany

T / +49 30 27 87 73 00

F / +49 30 27 87 73 00-10

info@democracy-reporting.org

www.democracy-reporting.org