القضـــــاء الإداري

وفقـــه المرافعـــات الإداريّـــة

القضـــاء الإداري

وفقـه المرافعـات الإداريّـة

عيـاض ابـن عاشـور

الطبعـة الثالثـة

مزيدة ومحينة

مـركـز النّشـر الجـامعـي

2006

جميع حقوق الطبع والتأليف محفوظة
© مركز النشر الجامعي، 2006
ص.ب 255 - تونس - ر.أ.ب. 1080.
الهاتف : 000 874 71 (216) الفاكس : 677 871 71 (216)

المختصـــــرات

إس :	استئناف
ت.س :	تجاوز السّلطة
ت.ت :	توقيف التّنفيذ
تـ :	تعقيب
ر.ر:	الرائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة
ص.ق.ت.ح.إ :	الصّندوق القومي للتّقاعد والحيطة الاجتماعية
ق.ت :	القضاء والتشريع
م.إ. :	المحكمة الإدارية
م.إ.ج :	مجلّة الإجراءات الجزائيّة
م.ت. :	محكمة التعقيب
م.ت.إ. :	مجلس تنازع الاختصاص
م.ح.إ.ج :	مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّة
المجموعة :	مجموعة الأحكام الصّادرة عن المحكمة الإدارية، ثمّ مجموعة قرارات المحكمة الإدارية (منذ 1979)، ثمّ قرارات وفقه المحكمة الإداريـــة، ثـــمّ فقـــه قضـــاء المحكمة الإدارية.
م.ع.ن.د. :	المكلف العام بنزاعات الدّولة
م.ق.ت. :	المجلّة القانونيّة التّونسيّة
م.م.م.ت. :	مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة
ن.م.ت. :	نشريّة محكمة التّعقيب

المختصـــرات بالفرنسيّـــة

-A.J.D.A. : Actualité juridique de droit administratif.

-E.D.C.E. : Etudes et documents du Conseil d'Etat.

-F.S.J.P.S. : Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis.

-G.A.J.A. : M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.

-G.D.C.C. : L. Favoreu et L. Philip, Grandes décisions du Conseil Constitutionnel.

-R.D.P. : Revue de droit public

-REC : Recueil des arrêts et décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits.

-R.F.A.P : Revue française d'administration publique.

-R.F.D.A : Revue française de droit administratif.

-R.T.D. : Revue tunisienne de droit.

-T.A. : Tribunal administratif.

-T.C : Tribunal des conflits.

تقديـــم الطبعـــة الثالثـــة

في تقديم الطبعة الثانية أشرت إلى أهمية الإصلاحات التي أدخلت على نظام القضاء الإداري التونسي بمقتضى قوانين 3 جوان 1996 وبالخاصّـــة القوانين عدد 38 و 39. وكان مفعول القانونين المذكورين يتمثّل في تقريـــب أحكام القضاء الإداري من المنوال الذي أراده الدّستور.

فالدّستور التّونسي، كما سيقع بيانه بالتّفصيل فيما بعد، بدّل النّظام الذي كان يسير عليه القضاء الإداري التّونسي منذ منشور[1] الملك علي باشا بـــاي المؤرّخ في 27 نوفمبر 1888 الذي أقرّ، كما نعرف، مبدأ توحيـــد القضـــاء وتخصيص الإجراء. خلافا لذاك النّظام، تبنّى الدّســـتور الجمهـــوري رؤيـــة جديدة قائمة على مبدأ تفريق السلطتين وعلى تابعته المحتومة المتمثّلـــة فـــي تفريق القضاء العدلي والإداري، وهو نظام الازدواجية القضائيّة.

إلاّ أنّ قانون 8 مارس 1968 (عدد 8) المتعلّق بدائرة المحاسبات وغرّة جوان 1972 (عدد 40) المتعلّق بالمحكمة الإدارية، أحـــدثا نظامـــا يخـــالف المبادئ الدّستوريّة، وذلك من جهتين على الأقلّ : الأولى بتأســـيس ازدواجيـــة خاصّة في الازدواجية العامّة، تبعا للاستقلالية المخترعة والمترتّبة عن تفريق نظامي دائرة المحاسبات والمحكمة الإدارية، والحال أنّ الدّستور وإن ميّز فإنّه لم يفرّق. الثانية، بإبقاء المنازعات الإدارية خاضعة جزئيّا ووقتيّا وابتدائيّا (أي استثناء لمبدأ تفريق السلطتين الدستوري) للمحاكم العدليّة.

ثمّ صدرت قوانين 3 جوان 1996، مقتحمة العقبة الثانية، فأوصلت فكرة الازدواجيّة القضائيّة إلى منتهاها وحوّلتنا من ازدواجيّة قضائيّة ناقصـــة إلـــى ازدواجيّة تامّة، متجاوزة "استثناء" قانون غرّة جوان، ملغية منشور 27 نوفمبر 1888، منجزة تصوّر دستور 1959، محدثة مجلسا لتنـــازع الاختصـــاص،

---

[1]- والمتواتر أنّه "أمر" 27 نوفمبر 1888.

مؤكّدة، وإن كان ذلك بشيء من التّردّد، المعيار المادّي في تعريف النّزاع الإداري.

ثمّ تواصلت الإصلاحات نحو أكثر تناسق ونجاعة. فبعدما أكمل القانون عدد 38 الازدواجيّة القضائيّة وعمّم القانون عدد 39 مبدأ الدّرجتين القضائيتين، أحدثت الدّوائر التعقيبيّة بمقتضى القانون عدد 79 المؤرّخ في 24 جويلية 2001 وأعيد النّظر في اختصاص الجلسة العامّة القضائيّة.

وبجانب بعض الإصلاحات الأخرى، شهد نظام القضاء الإداري التّونسي إصلاحا جوهريّا، إن لم نقل ثوريّا، وهو المتمثّل في القانون عدد 11 المؤرّخ في 4 فيفري 2002 الذي رفع الحصانة القضائيّة التي كانت تتمتّع بها الأوامر الرّئاسيّة ذات الصّبغة الترتيبيّة. وبصدور هذا القانون أصبح الطّعن بتجاوز السلطة طعنا شاملا لا يستثنى من مجاله أيّ قرار إداريّ كان. وإضافة إلى ذلك خلّص المشرّع بالقانون عدد 11 النّظام القضائي الإداري التّونسي من ربقة التّناقض الخطير الذي ظهر من جرّاء القانون عدد 39. وكان هذا التّناقض بين الفصل الثالث الذي أبقي على صياغته القديمة وهي أنّ المحكمة الإدارية تنظر في دعاوي تجاوز السّلطة "ابتدائيّا ونهائيّا"، أي مرّة واحدة وبدون استئناف، وبين الفصل 17 الذي عمّم مبدأ الدّرجتين إلى تجاوز السلطة وجعل الاستئناف في هذه المادّة من نظر الدّوائر الاستئنافيّة.

وبجانب هذه الإصلاحات الجوهريّة، هنالك بعض القوانين الأخرى التي أضافت أحكاما جديدة لقانون غرّة جوان، منها المتعلّقة بإسناد اختصاص إلغائيّ أو تعويضيّ إلى محاكم غير المحكمة الإدارية.

هذا أهمّ ما أوجب إعداد طبعة ثالثة لكتاب "القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية".

المقدّمة العامّة

لو أردنا أن نعرّف القضاء الإداري انطلاقا من واقعه في القانون المقارن لوصلنا إلى النّتيجة الآتية، وهي أنّ القضاء الإداري له معنيان متباينان ومعنى مزدوج.

-المعنى الواسع يفيد أنّ القضاء الإداري هو جزء من القضاء العام، أي أنّه يشمل الطرق القضائيّة التي يجري على مقتضاها النّظر والبتّ في النّزاعات الإدارية طبقا لقواعد القانون العادي. وهو النّظام المعمول به في البلدان الأنجلو-سكسونيّة.

-المعنى الضيّق الذي يفيد أنّ القضاء الإداري يشمل الطرق القضائيّة الخاصّة التي يجري على مقتضاها النّظر والبتّ في النّزاعات الإدارية طبقا لقواعد خاصّة غالبا ما تتميّز عن القانون المدني، وهو النّظام المعمول به بفرنسا.

ومن هنا يمكن أن نتصوّر نظما مزدوجة تكون فيها مقاضاة الإدارة موكولة إلى الهياكل القضائيّة العدليّة العاديّة، ولكن مع تطبيق قواعد إجرائيّة أو قواعد موضوعيّة خاصّة أو الاثنين معا، خارجة عن القانون المدني، وهذا النّظام هو الذي كان جاريا في تونس في نطاق المنشور الملكي الصّادر في 27 نوفمبر 1888، الذي ألغي اليوم بمقتضى القانون عدد 39 المؤرّخ في 3 جوان 1996.

إلاّ أنّه يتعيّن علينا في البداية أن نتعرض لمسألة مبدئيّة وهي معرفة المهمّة القضائيّة والكشف عن المعيار الذي يميّز القضاء عن غيره من الطرق النّزاعيّة، علما بأنّ النّزاعات ينظر فيها بطرق كثيرة ومتنوّعة[1].

[1]- انظر في المسألة رسالة الأستاذ إبراهيم البرتاجي، ص. 2 وما بعدها.
Brahim Bertégi, Organisation des contentieux et bonne administration de la justice, Thése pour le doctorat en droit, F.S.J.P.S., 2000, p. 2 et ss.

الفصـــل الأوّل
عناصـــر القضـــاء

إنّ العناصر التي يتألّف منها القضاء على الوجه العام ستّة : مطالبة حق، طبقا لقاعدة، قول الحق، الإجراءات القضائيّة (المرافعات)، من قبل غير حائد، مع اعتبار القول حكما. لنوضّح هذه العناصر[2] :

الفقـــرة الأولـــى
مطالبـــة الحـــق

إنّ أنواع التّقاضي، أي رفع طلب قول الحقّ إلـــى القاضـــي، تتعـــدّى الإحصاء. أهمّ شيء نقوله في هذا الصدد، يتمثّل فـــي أنّ مطالبـــة الحـــق لا تقتصر دائما ووجوبا على شكاية، أو دعوى شخص ضدّ شخص آخر، أي أنّ مطالبة الحق ليست بالضرورة منجرّة عن خصومة. فالخصومة أو النّـــزاع لا يشكّلان، رغم أنّهما يمثّلان غالب افتراضات التقاضـــي، عنصـــرا جوهريـــا. والدّليل على ذلك، أن طلب الحق قد يكون مقصورا علـــى طلـــب الاعتـــراف الرّسمي بحق أو وضعيّة قانونيّة (عندما يطلب مثلا من القاضـــي أن يعتـــرف

[2]- وقد نبّه القدماء إلى هذه العناصر أو ما يقاربها. فكان ابن الغرس، صاحب "الفواكه البدريّة في الأقضية الحكميّة"، يقول في نظمه المشهور (القرن الخامس عشر ميلادي) :
"أطراف كلّ قضيّة حكميّة ستّ يلوح بعدها التحقيق
حكم ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم وطريق"
والأركان الستّة هي التي كان عرضها ابن فرحون في"تبصرة الحكّام"، قرنا قبل ابن الغرس.

بجنسيّة أو أن يسند الجنسيّة، أو يسند اسما لطفل مجهول النّسب، أو أن يعلن الغياب، أو الوفاة، ... إلى غير ذلك من الافتراضات)، وقد يكون ذلك أيضا مقتصرا على مجرّد "التّأويل"، أو على مجرّد "الإعلان" بدستورية قانون أو بشرعيّة قرار إداري مثلا، بقطع النّظر عن احتمال النّزاع. في كلّ هذه الصّور نرى أنّ الطلب أحادي، غير متعلّق بخصومة، وهو حسب بعض المنظرين شأن القضاء الجنائي وشأن قضاء الإلغاء عن طريق تجاوز السّلطة.

فالمطالبة تكتسي أنواعا وأشكالا قانونيّة عديدة جدّا، قد تكون فرديّة أو جماعيّة، شكاية أو مجرّد طلب. كما أنّها تتنوّع في غايتها : إلغاء قرار إداري، نقض حكم قضائي، طلب مالي، الاعتراف بوضعيّة قانونيّة، طلب تسليط عقاب جزائي... وتتنوّع أيضا في صفة المتقاضين المؤهّلين للتّقاضي : أشخاص عاديّين، شركات، جمعيّات، سلط إداريّة، سلط دستوريّة، أحزاب، نقابات...

الفقرة الثانية
طبقا لقاعدة

كلّ نظام اجتماعي، محتاج إلى منظومة تشريعيّة تشمل جميع الأحكام والقواعد التي تبيّن الحقوق والالتزامات المدنيّة، وما ينجرّ عن الإخلال بها من العقوبات[3]. وطبيعة القاعدة التّشريعيّة تختلف كثيرا في مصادرها من مجتمع إلى آخر، ومن مركّب زمني – حضاري إلى آخر. ومن بيئة حضاريّة إلى أخرى. فمنها المصادر الفوقيّة المنبثقة من التّشريعات السماويّة مثل التّوراة والقرآن، ومنها المصادر الاتّفاقيّة (أو الأفقيّة) المنبثقة عن افتراض أنّ المجموعة البشريّة الممثّلة في الدّولة هي التي تشكّل مصدر الحق و الإلتزام، ومنها العرفيّة المنبثقة

[3]– يراجع في هذه المسألة العدد الخاص الذي أفردته مجلّة فلسفة التشريع إلى "القانون"، سنة 1980.

Archives de philosophies du droit, *La loi*, Ed. Sirey, 1980.

من العادات، والعرف، والمألوف السلوكي. فالذي يطلب الحقّ، إنّما يطلبه في كلّ الصّور طبقا للقاعدة التّشريعيّة مهما اختلفت مصادرها.

والملاحظ حول هذا العنصر الثاني، أنّه لا يميّز القضاء عن سواه، باعتبار أنّ أجهزة الدّولة كلها خاضعة لقاعدة مسبقة. فالإدارة، كالقضاء، لها قدرة تأويليّة واجتهاديّة في تطبيق القانون، لأنّ قدرة الإدارة المسمّاة عند فقهاء القانون الإداري "سلطة تقديريّة" تتّسم بأكثر مرونة وتراخي إذا قارنّاها بالقدرة الاجتهاديّة الرّاجعة للقضاء، وهي بدورها وفي حقيقتها سلطة تقديريّة بأتمّ معنى الكلمة[4]. وهذا العنصر يميّز بدوره الطرق النّزاعيّة غير القضائيّة عن القضائيّة (انظر الفصل 2).

الفقرة الثالثة
قول الحقّ

القاعدة التّشريعيّة التي تحدّثنا عنها سابقا، هي مصدر الحقّ ولكنّها ليست مُظهر الحقّ. فلا تكفي القاعدة التّشريعيّة وحدها لإثبات الحق لأنها مجرّدة وقابلة للتّأويلات، وتنتظر في كلّ الأحوال التّشخيص والتّطبيق على الأوضاع الفرديّة أو الملموسة.

فالقول الأوّل لا يكفي، والبيان الأوّل معلّق، والتّشريع الأوّل في انتظار الحسم، والحاسم هو القاضي أو ذلك الشخص الذي كلّف بإعادة القول الأوّل أو بالأحرى بتوضيحه والاجتهاد فيه وتأويله ورفع التباسه إن هنالك التباس، أو بكلمة أخرى بإنزالها من مستواها المجرّد الشمولي إلى حياة الواقع والجزئيّات – قول الحق يمثّل الانتقال من الكلّي إلى الجزئي[5].

[4]– انظر، محمد العربي دليقة، السلطة التقديريّة الإدارية والسلطة التقديريّة القضائيّة، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام، كليّة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة، تونس أكتوبر 1996.

[5]– انظر "فقه القضاء"،

فالقول الثاني اللاّزم، والذي بدونه يبقى القول الأول معلّقا، أو مختلفا في معناه هو القول القضائي، قول اجتهادي بالضرورة، يُظهر مـا أثبتـه القـول الأوّل[6] ومن هنا جاءت كلمة الفقهاء من أنّ "القضاء مُظهر لا مُثبت". ويمكـن لنا أن نزيد أنّ القضاء لاحق دائما وعلى وجه الإطلاق ولا سابق. فإذا قبلنا أن يكون القضاء سابقا القاعدة أو مثبتا إيّاها، نكون قد حوّلنا القضاء إلى مشـرّع، يحكم بدون قاعدة سابقة ومعروفة من الجميع، أي إلى مشرع اعتباطي.

فلا يغرّنّك ما قيل في شأن "القانون فقه قضـائي" « Common Law » الإنقليزي، أو أخذ القضاء الإنقليزي بالإنصاف Equity، وما قيل في حكومة القضاة « Le Gouvernement des Juges». كلّ ما في الأمر أنّ ذلك توسّـع –لا أكثر– في المهمّة القضائيّة من قبل القاضي الأعلى الانقليزي والأمريكي – أمّا الأول فلم ينشئ من عدم أحكام "الكومن لاو" بل ألف بين أحكام عرفيّة محليّة سابقة، معينا في ذلك المشرّع الأوّل الذي كان في القـرون الوسـطى الملك نفسه، وأمّا الإنصاف فمبناه العقل الاجتهادي الذي يعـيّن القـانون ولا يخالفه أبدا، شأنه في ذلك شأن قضاء المظالم الذي نعرفه في بعـض الـدّول الإسلاميّة قديما – وأمّا حكومة القضاة بالولايات المتّحدة، فإنّها في الحقيقـة تطبيق تشريع أعلى على تشريع أسفل، مع العلم أنّها داخلة في إطار تاريخي خاص لا يعتدّ به كقاعدة عند تنظير المهمّة القضائيّة على الوجه العام.

فالقضاء أبدا سوف يبقى قولا على قول، قدرته الإنشائية لا تكـون إلاّ في حدود القاعدة التّشريعيّة، وما تتحمّله من تفقّه. وإذا تجاوز القضـاء هـذا الحدّ، فسد القضاء وأهدر الحق. ومع ذلك فإنّنا لا ننكر القـدرة الاسـتنباطيّة والإنشائيّة للقضاء، إلاّ أنّنا أردنا أن نضعها في حدودها الحقيقيّة[7].

Archives de philosophie du droit, *La jurisprudence* 1985.

[6]– يقول بلاكستون W . BLACKSTONE "القضاة لا ينشئون الحق، بل يعلنونه"، 1985، A.P.D.، "فقه القضاء"، ص 44.

[7]– خصّص الأستاذ الصادق بلعيد رسالة في هذه المسألة : "بحث في القدرة الإنشائيّة والحكميّة للقضاء"، منشورات الجامعة التونسيّة، 1973.

Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Publication de l'Université de Tunis, 1973.

الفقـرة الرّابعـة
الإجـراءات القضائيّـة

القضاء لا يكون إلاّ بكيفيّة التّثبّت والتّروّي للوصـول إلـى الحقيقـة التّشريعيّة، وذلك هو السبب الذي جعل الإجراءات وطرق الإثبات من أهـمّ عناصر القضاء، وجعل المشرّعين في كلّ أنحاء العـالم يهتمّـون ويقيمـون الإجراءات في مجلّات شاملة، تحتوي في آن واحد على المبادئ الأصـوليّة للإجراءات (حق الدّفاع، مبدأ المواجهة، مبدأ الـدّرجتين)، وعلـى قواعـد تفصيلية تضبط سير القضايا، (قبول الطّعن–الآجال–الإنابة...) ؛ ومن أشهر هذه المجلّات، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، ومجلّة المرافعات الجزائيّة – وسنرى فيما بعد ما هو شأن المرافعات الإدارية. وهذا العنصر من أهـمّ العناصر المميّزة للمهمّة القضائيّة، وهو يهدف في آن واحد إلى حماية حقوق الأفراد والمتقاضين، وإمعان النّظر والتّثبّت للوصول إلى الحقيقـة الواقعيـة وإلى الحقيقة التشريعيّة، مع العلم بأنّ قول القضاء في الحقّ، كما سنرى هـو قول فصل يستوجب حينئذ شديد التّحقّق.

فإذا قارنّا بين العمل الإداري والعمل القضائي، يتّضح لنـا أنّ العمـل الإداري قليل الإجراءات، أو حتى لا إجرائي في بعـض الأحيـان، وذلـك لأسباب بسيطة : تيسير العمل الإداري من ناحيـة، وخضـوع الإدارة إلـى الرّقابة القضائيّة وغير القضائيّة من ناحية أخرى، ممّـا يجعـل أخطاءهـا معرّضة للتّدارك. ونفس الملاحظة صالحة لمواصفة الطّرق النّزاعيـة غيـر القضائيّة التي تتّسم بصبغتها اللاّإجرائيّة (انظر الفصل 2).

الفقـــرة الخامســـة
الحيـــاد القضائـــي

لأسباب بديهيّة لا يجوز أن يكون الطّالب أو الخصم، إن كانت خصومة، هو قائل الحق، فلا بدّ أن يكون الاحتكام أو التّقاضي إلى غيرٍ ثالـــث، خـــارج تماما عن القضيّة[8]. ولا يجوز أيضا لهذا الغير أن يكون له فائدة أو مصـــلحة في كيفيّة إعطاء الحق، أو فصل النّزاع، أو تتبّع مخالفة – فمن الضّروري أن يكون القاضي حائدا غير منحاز، مستقلاّ تمام الاستقلال لا إضرار عليـــه ولا رغبة عنده ولا طمع فيه ولا يأس منه.

ويمكن أن يكون الغير سلطة رسميّة دوليّة، أو شخصيّة غير رسميّة إلاّ أنّ نظامنا الدّولي يميّز القضاء الرّسمي عن غيره، وهذه الظّاهرة ظرفيّـــة لا أبديّة.

الحياد إذن هو العنصر الأساسي لممارسة المهمّة القضائيّة. أمّا كيفيّـــة الممارسة، وتشكيلها، وتعيين الغير الثالث، فكلّها أمور جزئيّة. الأمـــر كلّـــه ينحصر في معرفة هل أنّ هذه الجزئيّات تضمن الحياد.

وخطورة هذا الشرط الجوهري هي التي جعلـــت الفقهـــاء والأدبـــاء يطنبون في "أدب القاضي"، لأنّ المسألة في الحقيقة مسألة أدبيّة، اعتباريّـــة، أكثر منها هيكليّة– فلا يصلح الهيكـــل ولا الضّـــمان الـــوظيفي (الحصـــانة، الإجراءات التأديبيّة الخاصّة، رقابة المجالس القضائيّة العليـــا علـــى تطـــوّر الوظيفة...)، ولا يفيد القانون الأساسي المستقلّ، ولا غير ذلك من الضّمانات الإجرائيّة، مع قاض غير متأدّب بآداب القضاء، أو معرّض بموجب ســـنّه أو

[8]– يعمّم اسكندر كوجيف Alexandre Kojève هذه الظاهرة إلى - التّشريع : ولا يقصره على القضاء فيقول إن التشريع يقتضي وجوبا تداخل غير حائد.
Alexandre Kojève : *Esquisse d'une phénomènologie du droit*, gallimard, 1981, p. 75.
André Pouille : *Le pouvoir judiciaire et les tribunaux*, Ed. Masson, 1985, p. 53.

شخصيّته، أو مستواه المادّي، إلى مخاطر الحياة ومغرياتها. كيف قاض فوق النّاس؟ هذا ما يجب أن تسعى إليه السياسة القضائيّة.

الفقـــرة السادســـة
اعتبـــار القـــول حكمـــا

–قول الحق (Juris dictio) في ذاته وبدوره لا يوفي بشـــروط القضـــاء الأساسيّة على أكمل وجه، طالما أنّه لو بقي مجرّد قول لكان من شأنه أن يثير قولا آخر يخالفه صادرا عن كلّ من هو مؤهّل للفقه. فلا بـــدّ أن يتّســـم قـــول القاضي بقوّة خاصّة، ومشروعيّة تجعله قولا مُلجأ، إلزاميّا لا يقبل –"قانونـــا"– الشّكّ، حتى وإن فرضنا أنّه قابل للانتقاد الذّهني.

فالقول الثاني هو قول الحق، هو قول القانون، في نظام "دولـــة القـــانون الوضعي" وذلك الذي يجعله حكما – فقول القاضي في دولة القانون الوضـــعي له مشروعيّة خاصّة، وهي مشروعيّة الدّولة نفسها (لأنّه يتكلّم باسمها)، تجعلـــه في مأمن من التشكيك أو بالأحرى تفرغ كلّ التشكيك من أيّ مفعول قـــانوني. ولذا نقول أنّ الحكم، هو الحكم الذي قال فيه القضاء كلّ ما كان عنده أن يقول حسب القانون، هو قول فصل، ينهي التّردّد القانوني، وهو ما عبّر عنـــه علـــم التّشريع الحديث بقوّة الشيء المقضي به، أو المحكوم فيه، أو الشـــيء الـــذي اتّصل به القضاء.

والمسألة التي نحن بصدد التّحدّث عنه ليست منوطة بمســـألة التّنفيـــذ. التّنفيذ داخل في نجاعة القضاء، لا في تعريفه الجوهري. وذلك واضـــح فـــي الرّسالة القضائيّة المنسوبة إلى عمر بن الخطّاب حيث قال : "فإنّه لا ينفع تكلّم بحقّ لا نفاذ له"[9]. نعم، لا يفيد التّكلّم (القول الثاني عندنا) ولكن فائـــدة الشـــيء

[9]– انظر الرّسالة وشرحها في الجزء الأوّل من "أعلام الموقعين عن ربّ العالمين" لابن قيم الجوزيّة، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر 1955، ص 86 وما بعدها.

ليست ذات الشيء، وجوهره. فالتّنفيذ عامل زائد، بالرّغم من أنّه ضروري لنجاعة القضاء.

صفة الحكم الجوهريّة، هي قوّة الحكم من حيث الاعتبار القانوني، وهذه القوّة هي التي تميّز أساسا الحكم القضائي عن القرار الإداري، حيث نعرف أنّ القرار الإداري مهما كان، معرّض دائما للسّحب، والنسخ، وللدّفع بعدم الشرعيّة، بينما يصبح الحكم القضائي مؤمّنا من كلّ هذه العوارض. اتّصال القضاء حينئذ هو أوّل معيار وأقواها، نميّز به القضاء عن غيره من القرارات بما فيها القرارات المتّخذة في إطار الطرق النّزاعيّة غير القضائيّة.

الفصل الثاني
الطرق النّزاعيّة غير القضائيّة

عادة ما يميّز المؤلّفون بين نوعين من الرّقابة على الإدارة[10] : الرّقابة غير النّزاعيّة والرّقابة النّزاعيّة

وينقسم الأوّل، حسب رأي الأستاذ شابو، إلى رقابة داخلية وإلى خارجيّة والثاني إلى رقابة إداريّة ورقابة قضائيّة. وهذا التّفسير يعتمد أساسا معيار "النّزاع" ثمّ معيار "الهيكل" المتدخّل في الأمر.

ونحن نفضّل تقسيما يقدّم الهيكل ويؤخّر النّزاع، لأنّه أكثر وضوحا، وذلك يؤدّي بنا إلى نموذجين اثنين من الرّقابة على الإدارة : الأوّل يشمل طرق الرّقابة القضائيّة والثاني يشمل طرق الرّقابة الإدارية. ثمّ بإدخال معيار النّزاع نقسّم كلّ صنف إلى اثنين، حتى نصل إلى تقسيم رباعي على النّحو الآتي :

1-الرّقابة القضائيّة النّزاعية، وهي التي تهدف إلى البتّ في النّزاعات حول الحقوق أو الشرعيّة، بين الإدارة من جهة، والغير من جهة أخرى، وهو حال قضاء الإلغاء، والتعويض، والانتزاع، والنّزاعات الانتخابيّة والجبائيّة وغيرها. وهذه الرّقابة هي موضوع هذا الكتاب. فعندما نقول

---

[10]- انظر مثلا : R. Chapus
Le Contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie, E.N.A, 1968, p. 7 et s.

عن الطرق النزاعية غير القضائية أنظر :
Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, La documentation française, 1993.

"قضاء إداري" نعني الرّقابة القضائيّة النّزاعيّة لا غير، بقطع النّظر عن الرّقابة غير النّزاعيّة، أو الرّقابة الإدارية النّزاعيّة.

2-الرّقابة الزجريّة، وهي التي ترمي إلى مراقبة الإداريين عن طريق التتبع لدى قاض مختصّ (وهو الحال بالنسبة لرقابة دائرة المحاسبات، أو دائرة الزجر المالي، أو المحكمة العسكريّة).

3-الرّقابة الإدارية النّزاعيّة، وهي التي ترمي إلى حلّ النّزاعات بين الإدارة وغيرها بطرق غير قضائيّة، وهو الحال بالنسبة "للموفّق الإداري" أو بالنّسبة للطرق الصلحيّة المتوخّاة من قبل الإدارة.

4-الرّقابة الإدارية غير النّزاعيّة ، وهي رقابة أحاديّة تفتيشيّة ترمي إلى إصلاح وتحسين سير المصالح الإدارية عن طريق البحث، والتّفتيش، والتّقرير، والتنبيه. وهذه الرّقابة تكون موكولة إمّا للرّئيس المباشر، أو لمصالح التّفتيش العاديّة، أو لهياكل خاصّة أحدثت لهذا الغرض، وهو حال "فريق المواطن الرّقيب" المحدث بأمر 18 جانفي 1993[11]، أو "الهيئة العليا للرّقابة الإدارية والماليّة" المحدثة بأمر 19 أفريل 1993[12].

هدفنا في هذا الفصل لا يتّسع إلى جميع أنواع الرّقابة الإدارية، وإنّما يقتصر على المادّة النّزاعيّة. والسؤال الأساسي هو الآتي : ما هو الفرق بين الطرق النّزاعيّة القضائيّة، والطّرق النّزاعيّة غير القضائيّة ؟

للإجابة عن هذا السّؤال لا بدّ من تذكير عناصر القضاء، وهي الآتية: مطالبة الحق، طبقا لقاعدة، قول الحق، من قبل غير حائد، مع مراعاة إجراءات قضائيّة، واعتبار القول حكما. والملاحظة الأساسيّة التي يمكن إبداؤها في هذا الصّدد، هي أنّ جلّ هذه العناصر لا تتوفّر في الطرق النّزاعيّة غير القضائيّة أمثال الأُمْبُدْسمان Ombudsman إسكندنافي، أو المنوّب

[11]- ر.ر، 26 جانفي 1993، عدد 7، ص 139.
[12]- ر.ر، 11 ماي 1993، عدد31، ص 633.

البرلماني للشّؤون الإدارية البريطاني، أو المُصالح الفرنسي Médiateur [13] أو الموفق الإداري التّونسي[14] الذي أحدث بأمر 10 ديسمبر 1992[15]، ثمّ أحدثت مصالحه مع تأكيد صلاحيّاته بقانون لاحق في 3 ماي 1993[16]، وهو أمر غريب جدّا وخارق لأبسط المبادئ القانونيّة، ثمّ صدر أمر 15 جوان 1996 لحصر مشمولاته وطرق عمله وضبط تنظيم مصالحه[17]، ثم قانون 7 فيفري 2000 الذي نقّح القانون المؤرّخ في 3 ماي 1993 ونصّ، إضافة إلى الفصل 2 من قانون 1993، "أنّه يكون للموفّق الإداري ممثّلون جهويّون"[18]، ثم صدر أمر في 27 أفريل 2000[19] يضبط مشمولات الممثّلين الجهويّين وينظّم طرق عملهم، ثم قانون 14 فيفري 2002 المنقّح لقانون 3 ماي 1993 المتعلّق بمصالح الموفّق الإداري. وأخيرا صدر أمر 12 ديسمبر 2005 لظبط الاختصاص الترابي للممثلين الجوهيين بسوسة، وصفاقس، وقفصة، والكاف.

لنركّز المقارنة على "الموفّق" التّونسي.

العنصر الأوّل : مطالبة الحق. إنّ مهمّة الموفّق الإداري لا تقف عند حدّ النّظر في "الحقوق" وإنّما تتعدّاها للنّظر في "الشكاوي الفرديّة المتعلّقة بالمسائل الإدارية" واقتراح الحلول أو رفع التوصيّات في شأنها. فالنّزاعات التي ينظر فيها الموفّق تشمل الحقوق، والمصالح، والمسائل، وكلّ ما من شأنه أن يحدث أي مشكلة بين الإدارة والمواطنين. كما أنّه مختصّ لاقتراح ما يراه صالحا لتسهيل تنفيذ الأحكام القضائيّة التي حالت دون تنفيذها صعوبات معيّنة، وهو افتراض واقع في ميدان قضاء الإلغاء.

[13]- B. Delauney, *Le médiateur de la République*, Puf, Que sais-je ? 1999. A.S. Meschériakoff " *La place du médiateur dans les institutions française : un bilan de dix ans d'existence"*, RFAP, 1983, p. 533. Médiateur et Ombudsmans, RFAP, 1992, n° 64.
[14]- ر.ر، 18 ديسمبر 1992، عدد 84، ص1599.
[15]- ر.ر، 16 ديسمبر 1992، عدد 84، ص 1599 الذي وقع تنقيحه بمقتضى أمر 20 جوان 1997، ر.ر، 20 جوان 1997، ر.ر، عدد 49، ص 1186.
[16]- ر.ر، 11 ماي 1993، عدد 35، ص 633 .
[17]- ر.ر، 25 جوان 1996، عدد 51، ص 1358.
[18]- ر.ر، 8 فيفري 2000، عدد 11، ص 369.
[19]- ر.ر، 9 ماي 2000، عدد 37، ص 395.

العنصر الثاني : طبقا لقاعدة. هذا العنصر ليس من شروط مهمّة الموفّق، لا بمعنى أنّه يحجّر عليه أن يستند إلى القواعد القانونيّة، بل بمعنى أنّه بوسعه أن يهمل تماما الجوانب القانونيّة، وأن ينظر في المسألة ويقترح حلّها طبقا لما يقتضيه الإنصاف، أو الاستحسان، أو المصلحة العامّة، أو الصلح الواقع بن الإدارة والشاكي، أو أخذا بدوافع واعتبارات أخرى يصعب إحصاؤها.

العنصر الثالث : قول الحق. الموفّق غير مكلّف بقول الحق التّشريعي، وإنّما بحلّ المشاكل بأيسر الطرق وأكثرها قبولا، مع العلم بأنّ النّص منعه من النّظر في النّزاعات المنشورة لدى المحاكم.

العنصر الرّابع : من قبل عير حائد. إنّ حياد الموفّق لا يرتقي إلى استقلال القضاء، كما أنّ وضعيّته القانونيّة لا صلة لها بالقانون الأساسي للقضاة، المتميّز بعدّة ضمانات نصّ عليها الدّستور.

العنصر الخامس : الإجراءات. المهمّة النّزاعيّة غير القضائيّة مهمّة لا إجرائيّة. فالموفّق يستعمل كلّ الطرق الكفيلة بأن توصله إلى حلّ، لا غير. يستعمل الطرق الكتابيّة والشفاهيّة، يحقق بنفسه أو يكلّف هيئات الرّقابة الإدارية بأن تقوم بالتّحقيقات، يضبط آجالا يختارها للرّدّ عن أسئلته من قبل الإدارة، يستدعي الموظّفين عند الاقتضاء إلى غير ذلك، بدون شروط ولا مرافعات، ولا إجراءات معيّنة ومقنّنة مسبقا.

العنصر السّادس : اعتبار القول حكما. في الطرق النّزاعيّة غير القضائيّة لا يؤدّي العمل إلى إصدار حكم، مع ما يترتّب على الحكم من قوّة اتّصال القضاء. فدور الموفق، ينحصر في المساعي التي يقوم بها لتقريب الآراء، والاقتراحات التي يقدّمها، والتّقرير الخاص الذي يرفعه إلى رئيس الجمهوريّة عند الحاجة، دون اتّخاذ أيّ قرار ملزم، ومن باب أولى دون إصدار حكم قضائي. إنّ مثال "الموفّق" يكشف لنا الفوارق الشاسعة بين الرّقابة النّزاعيّة القضائيّة والرّقابة النّزاعيّة غير القضائيّة، حيث أنّ الثانية يعوزها تقريبا جميع عناصر الأولى. لنتحول الآن إلى مسألتين جوهريّتين : الأولى هي مسألة وضعيّة القضاء العام في البنية الدّستوريّة، والثانية وضعيّة القضاء الإداري.

الفصل الثالث

القضاء العام في البنية الدّستوريّة التّونسيّة

البنية الدّستوريّة تتجاوز النّص الدّستوري. فهي تشمل كلّ ما هو مترتّب على النّص الدّستوري، أو منعكس عنه، أو ملازم له من أحكام هيكلية أو موضوعية. لنبدأ تحليلنا بالنّصّ الدّستوري.

لقد أشار الدستور في توطئته إلى مبدإ تفريق السّلط، واعتمد المشرّع الدّستوري هذا المبدأ في تحريره للدّستور، وخاصّة في تبويبه، فأفرد بابا خاصّا للسّلطة القضائيّة، وهو الباب الرّابع الذي يحتوي الأحكام الآتية :

- جاء بالفصل 64 أنّ الأحكام تصدر باسم الشعب، وأنّ تنفيذها يقع باسم رئيس الجمهورية، وذلك باعتبار أنّ الشعب هو مصدر القانون، وأنّ السلطة التنفيذيّة مكلّفة بتنفيذ القانون. يلاحظ في هذا الصدد أنّه بإمكاننا أن نتصوّر الأشياء على عكس ورودها بالدّستور قائلين : تنفيذ الأحكام، جزء من العمل القضائي، وبالتّالي راجع إلى القضاء، كما قالوا : الحكم على الإدارة جزء من العمل الإداري، لتبرير مبدإ تفريق السّلطتين الذي سنتحدّث عنه فيما بعد.
- ونصّ الفصل 65 على أنّ القضاة مستقلّون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون. وفي هذا الفصل تأكيد لمبدأين : الأوّل استقلال القضاء، والثاني خضوع القاضي للقانون، أي أنّ مهمّته تنحصر في تطبيق القانون.

- ويحتوي الفصلان 66 و67 على الأحكام الآتية : تكون تسمية القضاة بأمر بعد ترشيح المجلس الأعلى للقضاء، وأنّ هذا الأخير يسهر على الضمانات القضائيّة. ولكنّ الدّستور لم يعرّف هذه الضّمانات.

هذه الفصول تثير تساؤلات جمّة من حيث القانون الدّستوري، وسنقتصر على الملاحظات الآتية :

1- "السلطة القضائية" مقصورة هنا على القضاء العدلي لا غير. والقضاء العدلي هو الخاضع لرقابة المجلس الأعلى للقضاء من الناحية العضويّة والمهنيّة ولرقابة محكمة التعقيب من ناحية أداء الوظيفة القضائية، أي قول الحقّ طبقا للقاعدة القانونيّة، كما أسلفنا. والدّليل على أنّ "السلطة القضائيّة" مقصورة على القضاء العدلي هو أنّ الدستور خصّص بابين منه إلى سلط قضائيّة لا عدليّة وهي المحكمة العليا ومجلس الدّولة (المحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات)، وذلك بقطع النّظر عن إنشاء هيئات قضائيّة أخرى بمقتضي القانون.

نستنتج من ذلك أنّ "السلطة القضائيّة" المنصوص عليها في الدستور ليست "سلطة" تواكب أو تقابل السلطتين التشريعيّة والتنفيذية، بل هي سلطة من بين جهات قضائية أخرى، فالأحرى أن نطلق عليها اسم "الجهة القضائيّة العدليّة" (Autorité Judiciaire). وقد سلك الدّستور التونسي نفس المسلك الذي جرى عليه المشرع الدستوري الفرنسي سنة 1958.

2- والمعنى الذي تبنّاه الدستور التونسي سوف يكون له انعكاس على تفريق السّلط المنصوص عليه في توطئة الدّستور، الذي أكّد فيه المشرّع الدستوري أنّه مصمّم "على إقامة ديمقراطيّة أساسها سيادة الشعب، وقوامها نظام سياسي مستقرّ، يرتكز على قاعدة تفريق السّلط". فتفريق السّلط معناه:

- سلط تشريعيّة تصوّت على القانون وتراقب الحكومة سياسيا
- سلطة تنفيذيّة : تختم القانون وتسهر على نشره وتنفيذه عن طريق الإدارة ولها أن تحلّ المجلس النّيابي ولها سلطة ترتيبيّة عامّة شبه تشريعيّة (انظر الفصل 53 من الدستور والفصل 35 من الدستور).

- جهات وهيئات دولية أخرى تؤدّي ما تبقّى من وظائف الدّولة وهي :
- جهة قضائية عدليّة تحكم في مسائل الحقوق المدنية للأشخاص أو عليهم طبقا للقاعدة القانونيّة، ولها مميزات وضمانات خاصّة.
- جهات قضائية أخرى إدارية، ماليّة، انتخابيّة.
- جهة إدارية تابعة للسلطة التّنفيذية.

3- مصدر الحكم القضائي، هو القانون وحده، باعتبار أن القانون منبعه المشرّع، وأنّ المشرّع منتخب من قبل الشعب. فالقاضي مكلّف بتطبيق هذا القانون. والدّولة مؤسّسة على مفهوم وضعي لا غير. هي "دولة قانون وضعي" لا أساس للقانون سوى المرجع الأفقي الذي يتمثّل في إرادة الدّولة ومن وراءها إرادة الشعب.

4- فيما يتعلّق بالضّمانات : الضمانات القضائيّة صنفان : الأوّل جوهري يتمثل في آن واحد، وبدون أيّ تعارض، في استقلال القاضي من جهة، وخضوعه للقانون من جهة أخرى، بل خضوعه للقانون شرط استقلاله، واستقلاله يتجسّم في خضوعه للقانون. أمّا الثاني فهو صنف هيكلي، ويتمثل في المجلس الأعلى للقضاء، وإخراج القضاء -نسبيا- عن معايير وإجراءات الوظيفة العمومية.

وإذا قبلنا أنّ القانون شرط استقلال القضاء فللأسباب الآتية :

إنّ القانون يحمي القاضي من التّدخّلات غير المنتظرة والتي لها مبرّرات اعتباطيّة أو شخصيّة أو مصلحيّة مهما كان نوعها (اقتصادي، عاطفي، سياسي...). إنّه يحميه من نفسه، أي من أن يُصدر القاضي قرارات فرديّة مبنيّة على تقييمه الشّخصي للأشياء أو على ميولاته أو عقائده، إلى غير ذلك. فالقانون درع القضاء من هذه الزّاوية. وأخيرا إنّه يضمن حياد القاضي نحو المتقاضين باعتبار أنّه المعيار المعروف مسبّقا من قبل الجميع، يخفف في أن واحد مسؤوليّة القاضي ويبعد عن حكمه الظرفيّة والشّخصنة.

بعد هذه الملاحظات حول القضاء العام في البنية الدّستوريّة، يتعيّن علينا أن نتناول وضعيّة القضاء الإداري.

الفصـــل الرّابـــع

القضـــاء الإداري فـــي البنيـــة الدّستوريّـــة

سوف ننطلق، للبحث عن هذه المسألة، من النّصّ الأصلي للدّستور؛ وذلك لأنّ التّنقيحات التي أدخلت عليه منبثقة عن السّلطة الدّستوريّة التفريعيّة ولا التّأسيسيّة. فهي تعديلات وليست دساتير جديدة. فالعمل الدّستوري الأصلي (أي التأسيسي) والنّص الدّستوري الأوّل سيبقيان الظابط الأساسي لفقه قانوننا الدّستوري في هذا المجال. المبدأ التّأويلي حينئذ هو الآتي : النّصّ الدستوري السابق يبقى صالحا لفقه النّصّ اللاّحق. لننطلق من أعمال المجلس التّأسيسي قصد فهم الدّستور.

الفقـــرة الأولـــى
مسألـــة القضـــاء الإداري أمـــام المجلـــس التّأسيســـي

قبل أن يقع الاقتراع النّهائي على الدّستور التونسي لسنة 1959. نظر المجلس التّأسيسي في عدّة مشاريع، نستعرضها للكشف عن المبادئ العامّـــة والغايات التي يستمدّ منها القضاء الحالي قواعده. وقد جاء فـــي المشـــروع

الأوّل للدّستور التّونسي[20] (مشروع الدّستور الملكي) الذي نوقش سنة 1956 والذي صاغته لجنة السلطة القضائيّة ما يلي :

مجلـــس الدّولـــة

16. "مجلس الدّولة هيئة مستقلّة يرجع نظرهـــا الإداري إلـــى رئـــيس الحكومة

17. يتركّب مجلس الدّولة من :

1– محكمة القضاء الإداري

2– قسم الإرشاد والتّوزيع

3– ديوان المحاسبات

ويضبط تراتيبه قانون خاص.

18. تنظر محكمة القضاء الإداري في جميع المشاكل التي تهمّ الوظيفة العموميّة في دائرة قانونها وفي تجاوز الإدارة سلطتها وفي النّزاعات الخاصّة بعقود الالتزامات المبرمة بين الدّولة وغيرها والأشغال العامّة وعقود التوريد الإداري.

ويبدي قسم الإرشاد والتّشريع رأيه في المشروعات التي تحيلها عليـــه الحكومة ويصوغ لها الأوامر والقرارات التي تطلبها منه.

وينظر ديوان المحاسبات في المحاسبات العموميّة وما يخوّل له القانون ويجتمع مجلس الدّولة متى رأى رئيسه.

19. تدير المجلس هيئة يعيّنها قانون خاص.

---

[20]– اطلعنا على نسخة منه حاملة تاريخ 1956/12/3 وهي النّسخة التي وزّعت على أعضاء المجلس آنذاك وتفضّل مشكورا بموافاتنا بها السّيد الرّشيد ادريس، الدّيبلوماسي التّونسي المعروف، وعضو المجلس التّأسيسي التّونسي.

يتبيّن من هذا النّصّ أنّ مراد المؤسّسين كان يرمي إلى إنشاء هيكل ذي وظائف مزدوجة أي أنّه :

*يقضي في النّزاعات الإدارية

* يبدي آراء استشاريّة للحكومة ويعطي الصّياغة القانونيّة الملائمة للمشاريع القانونيّة أو التّرتيبيّة أو غيرها.

*يقوم بوظيفة الرّقابة الماليّة.

ويلاحظ، على المستوى العضوي، أنّ المجلس له عدّة ميزات، أهمّها:

-أنّه مستقلّ باعتبار أنّه يسيطر عليه الطابع القضائي.

-وأنّه راجع إلى نظر رئيس الحكومة باعتبار أنّه قضائي-إداري

-وأنّه متفرّع إلى هيئات مختصّة : محكمة إداريّة، وقسم إرشاد وتشريع، وديوان محاسبات وذلك لأنّه متعدّد الوظائف والمشمولات.

وقد أدخل على النّص المذكور آنفا تغييرات جوهريّة برزت في المشروع الملكي الثاني والأخير لسنة 1957[21] وتمثّلت هذه التّنقيحات في حذف ديوان المحاسبات من جهة وقسم الإرشاد والتّشريع من جهة أخرى. وتضمّنت الصيغة الجديدة، الفصلين 106 و107 من المشروع كما يلي :

الفصل 106 : مجلس الدّولة هيئة قضائيّة يضبط تراتيبها قانون خاص.

الفصل 107 : ينظر مجلس الدّولة في تجاوز الإدارة سلطتها وفي جميع المشاكل التي تهمّ الوظيفة العموميّة في دائرة قانونها الأساسي، وفي النّزاعات الخاصّة بعقود الالتزام المبرمة بين الدّولة وغيرها. وفي حسابات الدّولة وفيما ينيطه القانون بأنظاره.

ورغم استبقاء الصّلاحية الماليّة لمجلس الدّولة فقد حذف كما قلنا ديوان المحاسبات ولكن يتعيّن علينا أن نشير إلى أنّ مهمّة الرّقابة الماليّة تجزّأت في المشروع المذكور إلى جزئين : أول غير قضائي تقوم به دائرة المحاسبات

[21]- المشروع المؤرّخ في 1957/01/9.

يشرف عليه المجلس الوطني الذي يشخص السلطة التشريعيّة[22]، وثان قضائي راجع إلى نظر مجلس الدّولة كما يدلّ عليه آخر ما جاء بالفصل 107 الآنف الذكر، إلاّ أنّ نتيجة هذا التحوير تتمثّل في الفصل بين مجلس الدّولة ودائرة المحاسبات.

وأمّا الدوّر الاستشاري القانوني، الذي كان موكولا إلى مجلس الدّولة، فإنّه تحوّل إلى مفهوم جديد، متباين تماما عن الأوّل ويتمثّل في الدّور الاستشاري الذي أوكل إلى جهاز مستقل له صبغة سياسيّة مؤكّدة[23]. ويقوم في آن واحد بمهمّة غرفة تمثيليّة ثانية، وبمهمّة هيكل استشاري يبدي رأيه في مشاريع القوانين.

المشاريع الجمهورية

وبعد إلغاء الملكيّة بتونس خصّص المشروع الجمهوري الأوّل فصلين إلى مجلس الدّولة، وهما الفصلان 103 و104[24]، يمكن لنا أن نستخلص منهما ما يتبع :

[22]- نصّ الفصل 59 من مشروع 57/01/9 على ما يلي :
يتولى المجلس الوطني ضبط حسابات الدولة بمساعدة دائرة المحاسبات، ويمكن للمجلس الوطني تكليف الدّائرة المذكورة بإجراء أبحاث والقيام بدراسات تهمّ تنفيذ المداخيل والمصاريف العامّة أو تهمّ إدارة شؤون الخزينة.
وجدير بالذكر أنّ أحكام هذا الفصل وقع إقرارها بعد إلغاء الملكيّة بتونس في المشروع الدّستوري الجمهوري الأوّل (الذي نوقش سنة 1958). والذي نصّ فصله 68 على أن "يتولى مجلس الأمّة ضبط حسابات الدّولة... "الباقي بدون تغيير.

[23]- وهو مجلس الشورى المتركّب من ثلاثين عضوا منتخبين من قبل المجالس الجهويّة والبلدية.

[24]- الفصل 103 : "مجلس الدّولة هيئة قضائيّة إداريّة تحت رئاسة وزير العدل تنظر في النّزاعات التي تنشأ بين الأفراد من جهة وبين الدّولة والجماعات العموميّة من جهة أخرى وفي تجاوز الإدارة سلطتها وينظر بالخصوص في الدّعاوى التي يقوم بها أعوان المصالح العموميّة ضدّ الدّولة أو المؤسسات العموميّة التّابعة لها أو الجماعات المحليّة بمقتضى أحكام القانون الأساسي للوظيفة العموميّة أو القوانين الخاصّة التي يخضعون لها.
الفصل 104 : "يحدّد القانون تركيب مجلس الدّولة وإجراءاته ومشمولاته طبقا لأحكام الفصل 103.

-تأكيد أنّ مجلس الدّولة يتميّز بطبيعة مزدوجة "قضائيّة-إداريّة".

-وإنّه يرأسه وزير العدل على غرار القاعدة الفرنسيّة.

-تأكيد الاختصاصات التي أسندته له المشاريع السّابقة.

وبعد المناقشة وقعت القراءة الأولى للمشروع وتمّ الاقتراع عليه بالإجماع يوم 6 نوفمبر 1958 مع إدماج الفصلين 103 و104 وتبسيط الصّياغة[25].

وخصّص المشروع الجمهوري الأوّل الفصل 68 لدائرة المحاسبات وعندما جاءت مناقشته انتقد بشدة، وهكذا وقع تحويره في القراءة الأولى[26] كما يلي :

"تتولّى دائرة المحاسبات مراجعة حسابات الدّولة وترفع تقريرا سنويا في ذلك إلى مجلس الأمّة".

ثمّ وقع تحوير الفصل 68 من جديد في جلسة 5 فيفري 1959 وأضيف إليه أنّ التقرير السنوي يرفع كذلك إلى رئيس الجمهوريّة.

وفي نهاية الأمر اقترح إدماج الفصلين 103 و68[27]. وبعد مناقشات حادّة تمّ التصويت النّهائي على مشروع وقع فيه إدماج الفصول 103 و104 مع الفصل 68 في فصل واحد وهو الفصل 57 من دستور غرّة جوان 1959 الذي يقرأ كما يلي : الباب السادس مجلس الدّولة.

الفصل 57 : يتركّب مجلس الدّولة من هيئتين :

[25]- فصارت كما يأتي : "مجلس الدّولة هيئة قضائية إداريّة تنظر في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد من جهة وبين الدولة أو الجماعات العمومية من جهة أخرى وفي تجاوز الإدارة سلطتها. ويحدد القانون تركيب مجلس الدّولة وإجراءاته ومشمولاته.

[26]- انظر الرّائد الرّسمي، مداولات المجلس القومي التّأسيسي : 19 فيفري 1958، عدد 11. ص 254.
خاصّة انتقاد السيد الصّادق المقدّم الذي عاب عليه الخلط بين مسائل تابعة لأحكام الميزانيّة وبين أخرى تابعة لأحكام المحاسبات.

[27]- اقتراح السيد الباهي الأدغم.

الأولى : قضائيّة إداريّة تنظر في النّزاعات التي تنشأ بين الأفراد من جهة، وبين الدّولة والجماعات العموميّة من جهة أخرى، وتجاوز الإدارة سلطته.

الثانية : دائرة المحاسبات تتولّى مراجعة حسابات الدّولة وترفع تقريرا في ذلك إلى رئيس الجمهوريّة وإلى مجلس الأمّة.

ويحدّد القانون تركيب مجلس الدّولة وإجراءاته ومشمولات أنظاره.

تلك هي الخطوات الأساسية التي مرّت بها أحكام الدستور التّونسي حول القضاء الإداري قبل تجسيدها في الفصل 57.

ويمكن لنا أن نؤكّد منها ما يلي :

أوّلا : نلاحظ ارتباطا متينا بين موضوعي الرّقابة الماليّة والرّقابة الإدارية من بداية أعمال المجلس التأسيسي إلى نهايته مع تراوح بين الفصل والمزج بينهما.

ثانيا : وصف القضاء الإداري بأنّه مزدوج الطبيعة : قضائي من جهة وإداري من جهة أخرى.

ثالثا : التمييز بين المهمّة الاستشاريّة والوظيفة القضائيّة في جهاز واحد تغلب عليه الصّبغة القضائيّة.

الفقـــرة الثانيـــة
المبـــادئ الأصوليّـــة التـــي أقرّهـــا المجلـــس التّأسيـــسي

وأمّا الفلسفة القانونيّة التي سادت المناقشات والرّوح التي طغت علـــى الأفكار آنذاك، فأحسن ناطق عنها تقرير المقرّر العام للدّستور التونسي السيد علي البلهوان[28] ونعتبر الأفكار التي قدّمها المقرّر العام فـــي تقريـــره العـــام وتقاريره المصاحبة لبنود الدّستور كمبادئ وركائز أصوليّة لنظـــام القضـــاء الإداري بتونس اليوم.

أوّلا : كان المقرّر العام يبرّر إنشاء مجلس دولة بتونس اســـتنادا إلـــى المعتقد التحرّري الليبيرالي، فجاء في تقريره في هذا المعنى :

"وحفظا لحقوق المتساكنين بهذه البلاد بصفة فعّالة قـــد أحـــدث هـــذا الدّستور مجلسا للدّولة، من مشمولات أنظاره النّزاعات التي تنشأ بين الأفراد من جهة وبين الدّولة والجماعات العموميّة من جهة أخـــرى وفـــي تجـــاوز الإدارة سلطتها[29].

ثانيـــا : جاء في توضيحاته حول الفصل 103 عند مناقشـــة الجلســـة العامّة يوم 6 نوفمبر 1958 :

.واحتراما لمبدإ تفريق السلط لا يجوز للسّلطة القضائيّة مثلا أن تنقض أعمال السلطة التّنفيذيّة كالمقرّرات والتّسميات وقرارات الترقية وأمور أخرى تهمّ التّصرّف الإداري البحت"[30].

[28]– التقرير العام، الرّائد الرّسمي، 12 فيفري 1958، عدد 3. ص 46.
[29]– مداولات المجلس القومي التّأسيسي، الرّائد الرّسمي، 19 نوفمبر 1958، عدد، 8، ص 196.
[30]– ر.ر، 19 نوفمبر 1958، عدد 8، ص 196.

هذه الفقرة التي استخرجناها من توضيحات المقرّر العام، لهـــي دليل قاطع على أنّ الأفكار العامّة التي كانت تخيّم على أعمال المجلس هي نفـــس الأفكار التي كانت سببا لأحداث مجلس الدّولة الفرنسي أي :

-مبدأ تفريق السّلط، كما أوّله الثوريّون الفرنسيّون حسب تأويل حكمت فيه الأوضاع الخاصّة للبلاد الفرنسيّة، أي بمدلول "تفريق السلطتين".

-مبدأ أنّ التّصرّف الإداري البحت خارج عن نظر القضاء واعتبار أنّ تدخّل القضاء في العمل الإداري البحت (يعني الأعمال الإدارية التـــي هي في صلب أو في جوهر الوظيفة الإدارية دون الأعمـــال المدنيّـــة التي تقوم بها الإدارة أحيانا) يشكّل حلولا قضائيّا في ميدان خارج عن اختصاصه، وغصبا لاختصاص غيره.

والفكرة الضّمنيّة التي تكمن وراء هذا المبدإ، تتمثّل في اعتبـــار أنّـــه يوجد تمييز بين أعمال إداريّة صرفة، أي أعمال إداريّـــة بـــذاتها، وأعمـــال أخرى تقوم بها الإدارة ولا تندرج في صلب الوظيفة الإدارية، لأنّها خارجـــة عمّا هو إداري بالطّبع والضرورة. فكأنّها أعمال عرضيّة يمكن للقضـــاء أن يقضي فيها بدون أن يكون هنالك من قبله تدخّل في التّصرّف الإداري البحت وبدون فتح مجال لاقترافه بأنّه حلّ محل الإداريين واغتصب مشمولاتهم.

أمّا الباب الأوّل الذي يشمل أعمال الإدارة البحتة فهو مغلق أمـــام وجـــه القضاء باعتبار القضاء على الإدارة، جزء من العمل الإداري، كما قرّره المثل الفرنسي المشهور[31]. يقول المقرّر العام في هذا الشأن إجابة عن معرفة ما هي الجهة التي لها أن تقضي في المشاكل الإدارية :"إذا ذهبنا إلى المحكمة نكون قد جعلنا السلطة التنفيذيّة رهينة مقرّرات السلطة القضائيّة في ميدان إداري بحـــت وجعلنا بذلك السلطة القضائيّة تسيطر وتهيمن وتبطل القرارات المتّخذة في حدود تصرّف السلطة التنفيذيّة..." (نفس المرجع). وهذا تعبير آخر عن مبدإ "تفريـــق السلطتين". وحتى لو كان لهذا الرأي بعض الصلة بتفريق السلط إلا أنّه يتميّـــز عنه ولا يجوز الخلط بينهما، لأنّ تفريق السلط أوسع نطاقا وأعمّ أثرا.

[31]– *Juger l'administration, c'est encore administrer.*

ثالثـــا : فإذا حجّر على القضاء أن ينظر في المادّة الإدارية أخذا بنظريّة تفريق السّلط ونظريّة قضاء الإدارة عمل إداري، يبقى أن نجد حلاّ لمقاضـــاة الإدارة. أيّ حلّ؟ يجيب المقرّر العام كما يلي :

"حينئذ وجب على الإدارة أن تجعل هيئة خاصّة تكون صبغتها قضـــائيّة إداريّة طبعا يناط بعهدتها فصل المشاكل التي تنشأ من هـــذه النّـــواحي حتـــى (تكون)[32] الإدارة نفسها بهيكلها المختصّ هي التي تفصل المشاكل الناشئة بينها وبين النّاس، وبطبيعة الحال إذا كانت المقررات الصادرة عن السلطة التنفيذيّـــة (غير شرعيّة)[33] فيجب إعادة النّظر فيها أو إبطالها "بيدي لا بيد عمر"، بمعنى أنّ الإدارة بمحكمتها أي الهيكل المختص بهذا الباب، هي التي تغيّر مقرراتهـــا أو تبطلها أو تنقحها أو توسّعها أو تضيّقها في هذا النّطاق..."[34].

هكذا نصل إلى نهاية المطاف : إنشاء محكمة مختصّة تكون صبغتها مزدوجة، أي أنّها قضائيّة ولكنّها موصولة عضويّا بالهرم الإداري. صفتها القضائيّة تقتضي أن تكون مستقلّة في سيرها أو أحكامها وألاّ تقبل أوامر أو تعليمات من السّلطة الإدارية ولا من السّلطة الحكوميّة، وصفتها الإدارية تقتضي أن يكون لها وصل عضوي بالهرم الإداري، فتكون جزءا منه، لا تشكّل سلطة دستوريّة منفردة كالسلطة القضائيّة العاديّة، إنّها محكمة للإدارة، في الإدارة، كما أدلى به النّص، بمعانيه الضّمنيّة ومعانيه الصّريحة، إنّها محكمة يكون الحاكم فيها قاضيا وعاملا إداريّا.

تلك هي أهمّ الأفكار التي تبلورت من خلال مناقشات المجلس التّأسيسي، والتي يتعيّن علينا أن نثبتها في أذهاننا لكشف الغطاء على مخفيـــات القضـــاء الإداري التّونسي، مع العلم أنّ فقه الدّستور مقيّد بأعمال المجلـــس التّأسيســـي. ونستنتج ختاما للتحليل السابق :

---

[32]- غير وارد في الأصل المنشور بالرّائد الرسمي.
أسلوب الكلام هنا ليس أسلوبا كتابيّا بلاغيا ولكنه أسلوب الكلام القولي المرتجل.
إنّ ذلك لا يحطّ من قيمة المقال بل يزيده معنى ودلالة.
[33]- غير وارد في الأصل المنشور بالرّائد الرسمي، سقوطه يفقد الكلام سياقه.
[34]- نفس المرجع.

.أنّ ممانعة القضاء من مراقبة الأعمال الإدارية لهـــا أصـــلان، الأوّل تفريق السلطتين، والثاني أنّ الإدارة شيء من العمل الإداري.

.إنّ الرّبط الهيكلي بين الرّقابة الماليّة والإدارة الذي وقع في نهاية أعمال المجلس التّأسيسي كان سببه ماديّا وطارئا، وأنّ مضمون الآراء كـــان متّجها نحو الانفصال بينهما. هذا يعني أنّ وحدة مجلس الدّولـــة وحـــدة اسميّة ظاهرة لا مضمون لها، وأنّ الهيئتين اللّتين تؤلّفانه تشكّلان فـــي حقيقة الأمر جهازين مستقلّين من حيث تركيبهمـــا ووظيفتهمـــا. إلاّ أنّ ذلك لا يبرّر أن يكون لهما قانونيا نظامين مفرزين.

.إنّ المحكمة الإدارية محكمة للإدارة في الإدارة، وأنّها تتميّز بصـــفة القاضي وبصفة العامل الإداري[35].

---

[35]- وهاتان النّظريّتان الفرنسيّتان اللّتان كانتا مبرّرا للنّظام الفرنسي في طوريه الأساسيين :
الأولـــى : النّظريّة الإدارية التي ترى، اعتمادا على أن القضاء على الإدارة شيء من العمل الإداري، أن الموظّف الإداري هو الذي يتّخذ القرارات و يبتّ في الشكايات، وهي النّظريّة التي دافع عنها Sirey وHenrion de Pansey في بداية القرن التّاسع عشر (نظريّة الإداري-القاضي Administrateur-juge) وهي التي كانت سائدة في النّصف الأوّل من القرن التّاسع عشر بفرنسا بعنوان نظريّة الوزير-القاضي Ministre-juge.
الثانيـــة : النّظريّة القضائيّة التي ترى أنّ القضاء الموكول إلى أعوان الإدارة ليس قضاء وأنّه ينبغي أن يكون قضاء بأتمّ معنى الكلمة له هياكل خاصّة مستقلّة تماما عن الهرم الإداري وله إجراءات خاصّة وفي هذه الصّورة لم يبق لمثل هذا المنوال من الصفة الإدارية إلاّ أنّه مختصّ في الشؤون الإدارية وأنّه خارج عن النّظام القضائي العدلي لا غير. والنّظريّة القضائيّة هي التي دافع عنها المؤسّسون الأوّلون للفقه الإداري الفرنسي في النصف الأول من القرن التّاسع عشر مثل Vivien, Cormenien, Marcel. وتحققت النّظريّة في النصف الثّاني من القرن التّاسع عشر خصوصا بعد إسناد القضاء الكامل إلى مجلس الدّولة. ولنذكر بالمناسبة أنّ هنالك نظريّة ثالثة، النّظريّة العدليّة، التي اقترنت بالفكرة الليبيراليّة. والحركة الليبيراليّة بقيت تنادي بمقاضاة الإدارة من قبل المحاكم العدليّة كسائر الأشخاص بدون ميز. ممثّل هذا التيّار Benjamin Constant.
J. Chevalier : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, préface R. Drago, L.G.D.J., 1970.
P. Sandevoir : *Etude sur le recours de pleine juridiction*, préface R. Drago, L.G.D.J, 1964. Y. Ben Achour : « *L'Histoire du principe de séparation des autorités en Tunisie* », E.D.C.E., 1992, p. 179.

الفقـــرة الثالثـــة

الأســـس الدّستوريّـــة للقضـــاء الإداري فـــي تونـــس، وإشكـــال دستوريّـــة قوانينـــه الأساسيّـــة

مرّت تقريبا عشر سنوات عن صدور الدّستور التّونسي لانجاز أحكامه من قبل المشرّع. ووقع ذلك بمقتضي القانون الأساسي عـــدد8 لســـنة 1968 المؤرّخ في 8 مارس 1968 (والمنقّح بقانون 29 أكتوبر1990 وقـــانون 17 جويلية 2001) والمتعلّق بدائرة المحاسبات والقانون عدد 40 لســـنة 1972 المؤرّخ في غرّة جوان 1972 الذي وقـــع تنقيحـــه ســـنة 1983، و1991، و1994، ثمّ 1996، وأخيرا سنة 2001 و2002، 2003.

وقليلا بعد صدور قانوني 1968 و1972، تـــمّ تنقـــيح الدّســـتور ســـنة 1976، وبمقتضاه وقع تغيير الفصل 57 في تحريره وترقيمه[36]، فصار الفصل 69، وهو الفصل الوحيد في الباب السادس من الدستور. ويقرأ علـــى النّحـــو الآتي ذكره :

«الباب السادس مجلس الدّولة

الفصل 69 : يتركّب مجلس الدّولة من هيئتين :

-1- المحكمة الإدارية

-2- دائرة الحاسبات

تركيب مجلس الدّولة ومشمولات أنظاره وإجراءاته يضبطها القانون ».

وإذا قارنّا بين تحرير الفصل 69 والفصـــل 57 الأصـــلي، يتبـــيّن أنّ المشرّع التأسيسي ترك الأسلوب التّفصيلي والتّوضيحي، وتبنّى أسلوبا وصفيّا مقتضبا، إقتداء بقانون 8 مارس 1968.

[36]- القانون الدستوري عدد 37 لسنة 1976 المؤرّخ في 8 أفريل 1976.

إلاّ أنّ هذا التّحوير لم يحلّ إشكال تلاؤم قـــانوني 1968 و1972 مـــع الدستور التونسي، من حيث أنّهما أحدثا محكمتين مستقلّتين بإجراءاتها الخاصّة، وهيكلتها المستقلّة، ونظام قضائها الخاص ومجلسيها المنفردين، لا يجمع بينهما سوى عناصر شكليّة، بينما يركّز الدّستور على وحدة مجلس الدّولة، وإجراءاته ومشمولاته، وهو الجهاز الذي يقابل السلطة القضائيّة العدليّة.

وبصدور القانون 39 لسنة 1996، المنقّح لقانون غـــرّة جـــوان، تأكّـــد استقلال المحكمتين، وصارت المحكمة الإدارية جهازا قضائيّا متدرّج النّظام : يقابل الجهاز العدلي. فالازدواجيّة القضائيّة تضبط العلاقة بين المحاكم العدليّـــة والمحكمة الإدارية كما هو ظاهر من القانون عدد 38 لسنة 1996، المتعلّـــق بتوزيع الاختصاص وإحداث مجلس التنازع، ولا بين مجلس الدّولـــة والهـــرم القضائي العدلي، وكلّ ذلك لا يتماشى ومقتضيات الدّستور.

وفي الأخير وقع تنقيح الفصل 69، مرة أخـــرى، بمقتضـــى القـــانون الدّستوري عدد 65 المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 ، وأدخـــل علـــى جزئـــه الأخير تغييرا على النّحو الآتي : "يضبط القانون تنظيم مجلس الدّولة وهيأتيه، كما يحدّد مشمولات أنظارها والإجراءات المتّبعة لديها". وبهذا التّحرير يكون الدّستور قد وسّع من اختصاص المشرّع في مجال تنظيم مجلس الدّولة، حيث لم يعد هذا الاختصاص محدودا في مجال تركيب مجلس الدّولة بل يتّسع إلى تنظيمه وتنظيم هيئاته، ومن جهة أخرى فإنّه ركّز على استقلال الهيئتين حيث أحال إجراءات ومشمولات مجلس الدّولة من الوحـــدة المنصـــوص عليهـــا بالفصل الجديد 69 قديم، إلى التّمييز المنصوص عليه بالفصل 69 جديد.

إلاّ أنّ التّمييز لا يعني التّفرقة والاستقلال ؛ والحلّ ســـيبقى منقوصـــا طالما لم يقع تقسيم مجلس الدّولة صراحة في الدّستور، أو تغيير هيكلته، مثلا من الازدواج إلى التّوحيد والاقتصار على الهيئة القضائيّة الإدارية. التّنقـــيح الدّستوري لسنة 1997 لا يفضّ الإشكال الدّستوري لقـــانون غـــرّة جـــوان والقوانين الأخرى المنظّمة للقضاء الإداري.

مهما يكن من أمر، فإنّ القضاء الإداري في تونس له أساس دستوري لا شكّ فيه خلافا لفرنسا. فمن ناحية روح القانون بيّنا أنّ المجلس التّأسيسي تـأثّر بمبدأ تفريق السلطتين، وأنّ هذا المبدأ كان السبب المباشـر للفصـل 57 مـن الدّستور في نصّه الأصلي. أمّا من ناحية القانون الوضعي، فإنّ الفصـل 57، الذي صار الفصل 69، هو الأساس الدستوري لنظام الازدواجيـة القضـائيّة ولوجود القضاء الإداري وقوانينه التّنظيميّة جميعها. فمن أدنـى الواجبـات أن تكون هذه القوانين ملائمة للدّستور، وألاّ يكون الدّستور هو التّـابع المطـاوع، يتلوّن بألوان القانون وأشكاله وتطوّراته.

الفقـرة الرّابعـة
الأسـس الدّستوريّـة للقضـاء الإداري بفرنسـا

رأينا سابقا أنّ مبدأ تفريق السّلطتين، حسب ما ذهبت إليه الثورة الفرنسيّة، مبدأ دستوري، وهذا هو الرّأي الغالب عند رجال القانون وخاصّة لافريار.

ولكن لم يرد إحداث مجلس الدّولة في الدّستور الفرنسي (عكس ما هـو موجود بتونس، إضافة إلى أنّ مبدأ تفريق السّلطتين مبدأ دستوري في بلادنا).

بالنّسبة للسّلطة القضائيّة العدليّة لا شكّ أنّ الدّستور الفرنسي في فصـله 64 جعل منها "سلطة دستوريّة"، أمّا بالنّسبة للقضاء الإداري فـالأمر مغـاير، لأنّ أعضاء المحاكم الإدارية ومجلس الدّولة ليسوا قضاة بأتمّ معنى الكلمة، بل هم إداريّون مكلّفون بوظيفة قضائيّة وخاضعون لقانون الوظيفة العموميّـة، إلاّ أنّ المجلس الدّستوري قال كلمته في هذه المسألة وذلك في ثلاث مناسبات :

الأولـى : قرار 22 جويلية 1980[37] وهو قرار اعترف فيه المجلـس بأنّ استقلاليّة القضاء الإداري وخاصّية وظيفته معترف بهما منذ قـانون 24

[37]– Décision 119 DC, G.D.C.C, n° 30. A.J.D.A., 1980, p. 48, chron A. De Laudadère, p. 602, note Carcassone.

ماي 1872 بمقتضى "المبادئ الأساسيّة التي اعترفت بها قوانين الجمهوريّة" Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République وهـي مبادئ داخليّة فـي "حلْقَـة الدّسـتوريّة"Bloc de Constitutionnalité. وزاد المجلس أنّ الحاكم الإداري "قضاء" Juridiction وأنّه ليس من حقّ الحكومـة أن تنقض القرارت الصّادرة عن المحاكم أو أنّ تعطيها تعليمات أو أن تحـلّ محلّها في فصل النّزاعات.

الثانيـة : قرار 23 جانفي 1987[38]. ظهرت القضية حـول "مجلـس المنافسة" ومعرفة هل أنّه يجوز للمشرّع أن يحوّل النّظر في الطّعون الموجّهة ضدّ المجلس (وهو هيئة إداريّة) إلى محكمة الاسـتئناف ولا إلـى مجلـس الدّولة. أقرّ المجلس الدّستوري الأحكام الآتية :

–إنّ قانون 16 – 24 أوت 1970 وأمر فركتدور عام III اللّذان أقـرّا مبدأ تفريق السلطتين ليس لهما في ذاتهما قيمة دستورية.

–إلاّ أنّه "طبقا للمفهوم الفرنسي لتفريق السّلط، يعـدّ ضـمن المبـادئ الأساسيّة التي اعترفت بها قوانين الجمهوريّة أنّه... يرجع نهائيّا إلـى اختصاص القضاء الإداري إلغاء أو تحوير القرارات التي اتّخذتها، في نطاق مشمولات القوّة العموميّة، السّلط التي تمارس السّلطة التّنفيذيّـة وما تبعها من أعوانها، والجماعات التّرابيّة للجمهوريّـة أو الهيئـات العموميّة المدرجة تحت سلطتها أو رقابتها".

–وأنّه يتسنّى للمشرّع تسهيلا لسير القضاء وفـي مصـلحته وتفاديـا لتوزيع نفس النّزاعات على القضاء العدلي والإداري أن يوحّد قواعد الاختصاص لفائدة أحد الهرمين القضائيين.

[38]– Décision 224 DC, G.D.C.C., n° 42. R.D.P. 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET.

الثالثة : قرار 28 جويلية 1989[39]. يتعلّق هذا القرار بدستوريّة القانون حول شروط إقامة ودخول الأجانب إلى فرنسا، وقد أسند المشرّع النّظر في الطّعن استعجاليا ضدّ قرار الطرد، لرئيس المحكمة الابتدائيّة العدليّة. فوقع رفع الطّلب للمجلس الدّستوري، كي يبتّ في دستوريّة مشروع القانون، ومخالفته لمبدإ تفريق السّلط بين السلطة القضائيّة العدليّة والإداريّة.

فأقرّ المجلس جلّ المبادئ التي وردت في قراره الصّادر سنة 1987، وبالخصوص أنّ إلغاء القرارات الإدارية من اختصاص القضاء الإداري، طبقا لمبدأ أساسي اعترفت به قوانين الجمهوريّة، وأنّه يجوز للمشرّع، لمصلحة القضاء أن يوحّد الاختصاص، خلافا لمقتضيات اختصاص القضاء الإداري. إلاّ أنّ المجلس، هذه المرّة، رأى أنّ خرق المبدأ العام لا يبرّره شيء في الظروف الخاصّة المحيطة بالقانون المخدوش فيه، وعلى هذا الأساس يصبح هذا القانون غير دستوري.

العبرة التي بإمكاننا أن نستخلصها من مواقف المجلس الدّستوري تتمحور حول النّقط الآتية :

-الوظيفة القضائيّة الإدارية، وظيفة دستوريّة مستقلّة.

-مبدأ تفريق السلطتين ليس من المبادئ الدّستوريّة في حدّ ذاته.

-إلاّ أنّ اختصاص القضاء الإداري في المادّة الإلغائيّة له قيمة دستوريّة.

-تقبل الاستثناء في مصلحة القضاء.

والحقيقة أنّ هذه المواقف لا تخلو من الارتباك.

[39]– Bruno Genevois : *La compétence constitutionnelle du juge administratif et la police des étrangers*, (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 489-261 DC du 28 juil. 1989), R.F.D.A.-5 (4) juil août 1989, p. 691.

أمّا فيما يتعلّق بوظيفة أعضاء مجلس الدّولة والمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافيّة (المحدثة بقانون 31 ديسمبر 1987) فلا يعني قولنا إنّهم "إداريّون" أنّهم لا يتمتّعون بصفة القاضي الوظيفيّة، بل لهم امتيازات تجعلهم مستقلّين تماما منها :

-المجلس الأعلى للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافيّة.

-الضّمانات الوظيفيّة المعترف بها قانونا وقضائيّا ومنها ضمان عدم إمكان النّقلة أو تغيير الوظيفة إلاّ برضا المعني بالأمر المنصوص عليها في الفصل الأوّل من قانون 6 جانفي 1986، المتعلّق بضمانات أعضاء المحاكم الإدارية وإحداث المجلس الأعلى.

الفصـــل الخامـــس
القضـــاء الإداري المنفصـــل – سبـــب نشأتـــه وانفصالـــه – ظهـــور مبادئـــه

إنّ إرساء قضاء مختصّ بالنّزاعات الإدارية ومنفرد عن القضاء العام ليس بحال من الأمور الضّروريّة التي يفرضها العقل أو الضّرورة، إذ لـــيس من المعقول ولا من الطّبيعي أن يتجزّأ القضاء إلى فروع مستقلّة وأن يفقـــد بذلك وحدته وبساطته[40]، فلا ننسى أنّ ازدواجيّة القضاء، علاوة على أن ليس لها مبرر نظري، تحتوي عدّة انعكاسات عمليّة سيّئة على سير القضاء نفسه وعلى مصالح المتقاضين[41]. وبهذه المناسبة نذكر أنّ التّحرريين اللّيبيـــراليّين مثل Duc de Broglie و Benjamin Constant قاوموا فكرة القضـــاء الإداري المختصّ الخارج عن القضاء العدلي، لأنّهـــا خادمـــة السّـــلطان الـــدّولي لا الحرّيّات، وأنّ الفكرة في الأصل التّاريخي كانت مرآة للمعتقدات المركزيّـــة النّابوليونيّة، إلاّ أنّها تحوّلت فيما بعد، عندما تغلّبت الصّبغة القضـــائيّة علـــى الصّبغة الإدارية وأصبح القضاء الإداري المختصّ أداة لمقاومـــة الاســـتبداد الإداري. كما أن بعض الأصوات تعالـــت اليـــوم بفرنســـا، مهـــد المنـــوال الإنفصالي، بمطالبة إدماج القضاء العدلي والإداري[42].

---

[40]– رشيد الصبّاغ ، القضاء الإداري في تونس بين الأمس واليوم، ق.ت، 1980، ص 51.

[41]– على سبيل المثال، قضيّة أحمد بن علي بن سالم ضدّ الصّندوق القومي للتّقاعد... الذي صدر في شأنها قراران متناقضان في الاختصاص، الأوّل عن مخاكم الحق العام والثاني عن المحكمة الإدارية (تس عدد 3/26،29 نوفمبر 1991) غير منشور.

[42]- D. Truchet, « Fusionner les juridictions administrative et judiciaire », Mélanges J.M. Auby, Dalloz, 1992.

والأسباب التي قد تؤدّي إلى إحداث قضاء إداري منفصل لهي من صنفين مختلفين : الصنف الأوّل يتمثّل في اتّقاء تطاول القضاء العادي على الأعمـــال الإدارية، وهو الصنف المتمثّل في المنوال الفرنسي. الصنف الثّاني يتمثّل فـــي عجز القضاء العادي عن محاكمة الإدارة وفرض سلطته عليها أو عـــدم إدراك أساليبها وقانونها، وهو الصّنف المتمثّل في بعض التّجارب الحديثة وفي المنوال التّاريخي المشهور في بعض البلدان الإسلاميّة، منوال ولاية المظالم.

إنّ القضاء الإداري المختصّ المعاصر ظهر بفرنسا لأســـباب خاصّـــة بالظّروف التّاريخيّة الفرنسيّة ثمّ تعمّمت نظمه في أنحاء أخرى مـــن العـــالم تقليدا للمؤسّسات الفرنسيّة، وإنّه لئن دلّ على شيء معيّن على وجه الإطلاق فلا يعدو أن يكون علامة من علامات أزمة القضاء سواء كانـــت داخليّـــة أو اشتملت علاقته بمحيطه الدّولي والإداري.

الفقـــرة الأولـــى
نشـــأة مبـــادئ القضـــاء الإداري بفرنســـا

نشأت تلك المبادئ على مراحل :

1–المبدأ الأساسي الأول الذي انبثق عنه القضاء الإداري هـــو مبـــدأ تفريق السلطتين Principe de séparation des autorités.

2–ومنه انطلقنا إلى إسناد النّزاعات الإدارية إلـــى الإدارة نفســـها طبقـــا لفكرة : "الحكم على الإدارة جزء من العمل الإداري" « Juger l'administration, c'est encore administrer » وهذا هو نظام الإدارة الحاكمة أو القاضية.

3–ثمّ إلى إنشاء قضاء إداري وإقرار الازدواجيّة القضـــائيّة (1872) وبعث محكمة مختصّة في فصل النّزاعات بين الهرمين القضائيين.

4-ثمّ إلى التّفريق بين الوظيفة القضائيّة والوظيفة الاستشاريّة داخل التّنظيم القضائي الإداري وهو من مخلّفات الطّور الثاني.

5-ثمّ إلى التّمييز بين القضاء الإداري وقضاء الإدارة، وإلى أنّ الاختصاص يتبع الموضوع (TC, Blanco, 8 Février 1873).

6-ثمّ إلى التّمييز بين القضاء الكامل، وقضاء الإلغاء، وقضاء التّأويل والتّقدير، والقضاء الزجري (تقسيم لافريار).

1- مبدأ تفريق السّلطتين

وضع المبدأ بمقتضى نصوص عديدة في عهد الثّورة الفرنسيّة، إلاّ أنّ بذوره وجدت منذ القرن السادس عشر، عندما كان الملك الفرنسي والهياكل الإدارية التّابعة له خصوصا رؤساء المناطق الجهويّة في خلاف مستمرّ مع النّبلاء الممثّلين في المجالس القضائيّة (Parlements). وكانت المجالس القضائيّة تمتنع عن تسجيل الأوامر الملوكيّة و تطبيقها عندما تراها مخالفة للقوانين العامّة للبلاد وهي بمثابة القوانين الدّستوريّة، ممّا يدفع بالملك إلى أن يحضر بنفسه لدى البرلمان لتسجيل الأمر الملكي. وفي فيفري 1641 أصدر الملك لويس الثالث عشر رسما يمانع فيه البرلمانات من التّدخّل في سير الإدارة أو أن تلغي الأوامر أو أن ترفض تسجيل القرارات الإدارية[43].

كما أنّه يوجد تنظيم بدائي للشكايات الإدارية يمارسها ممثّلو الملك في المناطق الجهويّة ابتدائيّا، ومجلس الملك (وهو أصل مجلس الدّولة) استئنافيّا وذلك بالإضافة إلى ما كان يوجد من هياكل قضائيّة مختصّة في النّزاعات الإدارية مثل غرفة المحاسبة Chambre des Comptes. فالمبدأ لم تقرّه الثورة من عدم، بل له سوابق قديمة. ومن أهمّ النّصوص الصّادرة في هذا الشأن أثناء الثورة الفرنسيّة :

[43]- وهذا الرّسم هو رسم سان جرمان (Edit de Saint-Germain) الذي أكّد أحكامه فيما بعد ملوك فرنسا، خاصّة لويس الرّابع عشر في جويلية 1661.

-قانون 22 ديسمبر 1789 المتعلّق بتركيب المجالس المحلّية والإدارية الذي نصّ على "أنّه يحجّر على أيّ عمل صادر عن السّلطة القضائيّة أن يشاغب الإدارات الجهويّة والإقليميّة في ممارسة وظائفها الإدارية".

-التّوجيه الصّادر عن مجلس الأمّة في 8 جانفي 1790 : "كلّ عمل صادر عن المحاكم والمجالس القضائيّة يرمي إلى تعطيل أو توقيف نشاط الإدارة لا يترتّب عليه مفعول باعتباره مخالفا للدّستور".

-قانون 6-7-11 سبتمبر 1790 الذي أوكل القضاء الإداري إلى الهيئات الإدارية الجهويّة الجماعيّة (Directoires).

-قانون 16-24 أوت 1790 المتعلّق بتنظيم القضاء الذي ورد في فصله 13 من بابه الثاني ما يلي : "الوظائف القضائيّة متميّزة وتبقى دائما خارجة عن الوظائف الإدارية. ولا يحقّ للقضاة -إلاّ خيانة- أن يشاغبوا بأيّ صفة كانت، عمليّات الهيئات الإدارية ولا أن يدعوا للمثول أمامهم الإداريّين من أجل وظائفهم".

-قانون 7-14 أكتوبر 1791 : "إنّ دعاوي عدم الاختصاص ضدّ الهيئات الإدارية ليست في أيّ حال من مشمولات المحاكم. ويجب رفعها للملك، رئيس الإدارة العامّة. كما يحجّر أن يحال أيّ إداري على المحاكم من جرّاء وظائفه العموميّة، ما عدا إحالته من قبل السّلطة العليا طبقا للقانون". وللقانون الأخير أهميّة كبرى باعتبار أنّه سيصبح فيما بعد (من 1832) الأساس القانوني للطّعن بالإلغاء.

-دستور 3 سبتمبر 1791 الذي جاء يحجّر على المحاكم التّدخّل في ممارسة السّلطة التّشريعيّة و"الوظائف الإدارية" (الفصل 3 من الباب V من دستور 1971).

-أمر فروكتودور سنة Fructodor An III 16، الذي ألغى عدّة أحكام صادرة في نزاعات ماليّة وذكر ما يلي :

"يمنع بتاتا على المحاكم أن تنظر في الأعمال الإداريـــة مهمـــا كـــان صنفها"[44]. وهنالك عدّة نصوص أخرى أوكلت كلّ النّزاعات التي مآلهـــا أن تجعل الإدارة مدينة إلى السّلطة السّياسيّة أو إلى الحكومة وحدها مثل قـــانون 17 جويلية – 8 أوت 1790 الذي قرّر أنّ الدّيون على الخزينة العموميّـــة لا تنشأ إلاّ بأمر من مجلس الأمّة مختوم من قبل الملك واعتبرت هـــذا المبـــدأ دستوريّا، ومثل أمر 26 سبتمبر 1793 الذي أقرّ أنّ الدّيون على الدّولة يقـــع تصفيتها بالطّرق الإدارية.

لقد أوّل الثوريّون الفرنسيّون مبدأ تفريق السّلط على أنّه يعني تفريـــق السّلطة الإدارية العاملة والسّلطة القضائيّة، ومنع هذه الأخيرة من النّظر فـــي الأعمال الإدارية[45]، ولذلك سنطلق عليه عبارة "تفريق السّلطتين" لتمييزه عن مبدأ "تفريق السّلط" الدّستوري. وقد وسّعوا في مجاله حيث أنّه ظلّ يشمل في آن واحد القرارات الأحاديّة، والأعمـــال الماديّـــة، والـــدّيون علـــى الإدارة، والتّتبّعات الجزائيّة ضدّ الإداريّين.

ففي مرحلته الأولى، كان مبدأ تفريـــق السّـــلطتين بمثابـــة الحصـــانة القضائيّة لفائدة الإدارة وهو متركّب من فرعين :

أ– لا يجوز مقاضاة الإدارة Immunité de Juridiction.

ب– الإدارة العاملة المركزيّة والجهويّة والمحليّة هي التي تقضي فـــي نزاعاتها. ولقد ظهرت مشاريع لإرساء محاكم قضائيّة إداريّة ولكنّها لم تُنجز.

ثمّ تطوّر هذا المبدأ من الحصانة القضائيّة إلى إحداث هيكـــل خـــاص بالنّزاعات الإدارية، وهو مجلس الدّولة، ومن هنالك إلى تكوين نظام خـــاص من القواعد القانونيّة الخارقة لقواعد القانون العام (المـــدني) تنطبـــق علـــى الإدارة وينشئها القاضي الإداري على أساس قدرته الإنشائيّة.

[44]– ترجمة النّصوص الفرنسيّة خاصّة للمؤلف.
[45]– حسب مونتاسكيو تقتصر مهمّة القضاء على النّزاعات *بين الأفراد*.

2– القضـــاء علـــى الإدارة جـــزء مـــن العمـــل الإداري

كان سيراي Sirey يقول سنة 1818 : "العدالة الإدارية متمّمة ومكمّلـــة للعمل الإداري" وبُرتليس PORTALIS في نفس المعنى سنة 1834 : "لا تكفّ الإدارة عن الإدارة، حتى عندما تبتّ في المواد النّزاعيّـــة. إنّ الولايـــة التـــي تمارسها تكميل للعمل الإداري[46].

وعلى أساس هذا المبدأ أنشئ مجلس الدّولة في دستور 22 فريمار عام VIII (15 ديسمبر 1799، بمقتضى الفصل 52 مـــن الدّســـتور) : "تحـــت إشراف القناصل، كلّف مجلس الدّولة بتحرير مشاريع القـــوانين والتّراتيـــب (اللّوائح) الإدارية العامّـــة Règlement d'administration publique ويفـــضّ الصّعوبات التي تنشأ في المادّة الإدارية[47].

كان مجلس الدّولة في بدايته هيكلا إداريّـــا محضـــا يقـــوم بوظـــائف الاستشارة، والنّظر، وإبداء الرّأي، والرّقابة الإدارية، وتأويل القوانين، والإذن بمتابعة الإداريّين، وفضّ النّزاعات بين الإدارة والأفراد، والإدارة والمحاكم. فهو مجلس حكومي يقوم في الآن نفسه ببعض الوظائف النّزاعيّة.

إلاّ أنّ الوظيفة النّزاعيّة لم تلبث أن تنفصل عن الوظـــائف الأخـــرى. ومن سنة 1806 (أمر 11 جوان 1806) أنشئت لجنـــة النّزاعـــات وهيئـــة المحامين لدى مجلس الدّولة وصدرت بعض الأحكام الإجرائيّة.

وهكذا شاهدنا الفصل – داخل مجلس الدّولة– بين الوظيفـــة النّزاعيـــة والوظائف العامّة.

وخلاصة الكلام أنّ مبدأ القضاء على الإدارة جزء من العمل الإداري يحتوي على العوامل الآتي ذكرها :

–النّزاعات الإدارية مسندة إلى هيكل تحت إشراف الحكومة.

[46]– Pierre Sandevoir : *Etudes sur le recours de pleine juridiction* L.G.D.J. 1964, p. 188 et 189.
[47]– Le Conseil d'Etat 1722 – 1974, ed. C.N.R.S., 1974, p. 27.

-مع تخصيص الوظيفة النّزاعيّة وانفصالها عن الوظائف الإدارية.

-يسمّى هذا النّظام، نظام القضاء المحجوز Justice retenue.

-وسوف يستمرّ هذا النّظام بفرنسا إلى صدور قانون 24 ماي 1872.

3- من تفريق السّلطتين إلى الازدواجية القضائيّة

لم يتحقّق التّحوّل بصفة حينيّة ولكن على مراحل نذكر منها بالخصوص :

1806 = تكوين هيئة المحامين لدى مجلس الدّولة.

1828 = تنظيم فضّ النّزاعات بين المحاكم العدليّة والإدارة (الرّاجع لمجلس الدّولة نفسه).

1832 = ظهور الطّعن بالإلغاء بقرار مجلس الدّولة Dame Bouillet في 24 مارس 1832، وهو الطّعن بالإلغاء أسّسه مجلس الدّولة على قانون 7 – 14 ديسمبر 1790 وذلك لعدم الاختصاص والإخلال بالشكليّات.

1849 = إحداث قسم النّزاعات، وإسناد "القضاء المفوّض" إلى مجلس الدّولة بمقتضى القانون الأساسي المؤرّخ في 3 مارس 1849 الصّادر تبعا لدستور ولثورة 1848. ولكن وقع إلغاء هذا النّظام الجديد بعد الانقلاب الذي قام به نابليون الثالث. وأخيرا صدر قانون 24 ماي 1872 الذي نصّ على ما يلي :

"يبتّ مجلس الدّولة إطلاقا في الطّعون في المادّة التّنازعيّة الإدارية وفي مطالب الإلغاء لتجاوز السّلطة المرفوعة ضدّ قرارات مختلف السّلط الإدارية".

وهكذا دخلنا نهائيّا في طور القضاء "المفوّض" وهو القضاء المستقلّ، وبه اكتملت شروط الازدواجيّة القضائيّة التي تقتضي وجود هرمين قضائيين تابعين لمحكمتين عُلْيَيْنِ مستقلّتين. إلاّ أنّه يُلاحظ أنّ العلاقة العضويّة بين مجلس الدّولة والسلطة التّنفيذيّة بقيت على ما كانت عليه، ولكن مع تأكيد الفصل بين الأمور الإدارية المَحضة (الأقسام الإدارية)، والأمور النّزاعيّة (القسم النّزاعي). فالازدواجيّة القضائيّة لم تبلغ المستوى العضوي لأنّ أعضاء مجلس الدّولة بقوا على حالتهم السّابقة كموظّفين، لا كقضاة، ولا فرق

بين قسم النّزاعات والأقسام الإدارية، أضف إلى ذلك أنّ مجلس الدّولة يرأسه مبدئيّا وزير العدل. الازدواجيّة القضائيّة حينئذ نتيجة للحصانة القديمة المتمثّلة في مبدأ تفريق السلطتين. فالازدواجيّة تحيلنا من الحصانة إلى التّمييز. وهذا التّمييز سيكون له جانبان :

-تمييز هيكلي بفضل وجود هيكل قضائي خاص للإدارة.

-تمييز حكمي بمقتضى ما أقرّه القضاء الإداري من أنّ الإدارة لا تخضع للقاضي المدني.

فالازدواجيّة الفرنسيّة، ازدواجيّة غير كاملة (من الناحية العضويّة) لفقدانها عناصر "السلطة القضائيّة" المستقلّة والمنفصلة عن غيرها من السّلط الدّستوريّة إلاّ :

-أنّ الإجراءات أمامه إجراءات قضائيّة وذلك رغم خصوصيّاتها بالمقارنة مع المرافعات المدنيّة.

-أنّ استقلاله الوظيفي مطلق، كما بيّناه سابقا (الفصل الرّابع، الفقرة الثالثة).

-وأنّ قراراته حكميّة تتّسم بقيمة الشيء المحكوم فيه (قرينة اتّصال القضاء).

وبموجب التّسلسل، يتطلّب نظام الازدواجيّة القضائيّة، إنشاء محكمة تفضّ النّزاعات التي قد تظهر بين الهرمين، وهذا ما حقّقه قانون 1872 بإحداث محكمة النّزاعات.

هيكل فضّ النّزاعات : محكمة النّزاعات

أنشئ نهائيّا (بعد محاولات دستور 4 نوفمبر 1848 وقانون 3 مارس 1849) بمقتضى قانون 24 ماي 1872 (الباب V) وهو متألّف تناصفا بين مجلس الدّولة ومحكمة التّعقيب.

وله 3 مهام أساسيّة :

-فصل النّزاعات الإيجابيّة في الاختصاص Le conflit positif d'attribution وهي نزاعات تنشب عندما يكون القاضي العدلي بصدد البتّ في نزاع وتدفع الإدارة بعدم اختصاصه لتعلّق القضيّة بمسألة إداريّة ليست من أنظار القضاء العدلي طبقا لتفريق السلطتين.

أمّا رفع مسألة الاختصاص إلى محكمة النّزاعات، فإنّه يقع من قبل المحافظ (Préfet) بمقتضى قرار، وبعد توجيه رسالة في نفي الاختصاص إلى المحكمة العدليّة، و إقرار المحكمة اختصاصها بحكم مستقلّ، وبعد إيقافها الوجوبي عن البتّ في الموضوع.

وحكم محكمة النّزاعات يحتمل ثلاثة أوجه :

+إلغاء قرار رفع النّزاع للإخلال بالإجراءات.

+إلغاء قرار رفع النّزاع موضوعا وهو اعتراف باختصاص المحكمة العدليّة.

+المصادقة على قرار رفع النّزاع ويترتّب عليه سحب القضيّة عن القاضي العدلي.

- فصل النّزاعات السّلبيّة Le conflit négatif de compétence. تتحقّق هذه الصّورة عندما يقع التّصريح بعدم الاختصاص من قبل المحكمة العدليّة والمحكمة الإدارية في نفس القضيّة (مع نفس الطلب، ونفس الأطراف، ونفس السبب). ولهذه الصّورة احتمالان :

الأول : فصل النّزاع السّلبي عن إحالة من قبل المحاكم عند ظهور صعوبة حول الاختصاص. وهذه وسيلة وقائيّة لها ما يماثلها اليوم في القانون التّونسي.

الثاني : فصل النّزاع في الموضوع عن دعوى الخصوم، بعد حدوث نفي الاختصاص من الجهتين القضائيّتين.

-حكم محكمة النّزاعات في الموضوع : Décision sur le fond en cas de contrariété de jugements يتمثّل هذا الافتراض في الصّورة التي يصدر فيها حكمان في الموضوع الواحد عن قاض عدلي وقاض إداري، ويكون الحكمان متناقضين ممّا يؤدّي إلى هضم حقوق المتقاضين ونكر العدالة، وعليك أن تميّز جيّدا هذه الصّورة عن الصّورة التي ذكرناها قبلُ، المتعلّقة بالنّزاع السّلبي في الاختصاص. فالتّناقض في الصّورة الأولى ناتج عن حكمين بنفي الاختصاص، قبل البتّ في الموضوع. المثال الكلاسيكي المعتاد ضربه في هذا الشأن، هو مثال قضيّة Rosay، الصّادر عن محكمة النّزاعات الفرنسيّة في 8 ماي 1933[48]. تفيد وقائع القضيّة أنّ شخصا تضرّر من جرّاء حادث مرور. فقام بقضية ضدّ المتسبّب في الضّرر وهو من الخواصّ، فقضت المحاكم العدليّة، بأنّ المسؤليّة منجرّة عن فعل سائق السيّارة العسكريّة ممّا يجعلها غير مختصّة في الموضوع فقام المدّعي بقضيّة ضدّ الدّولة، ولكن حكم مجلس الدّولة بأنّ المتسبّب في الضّرر هي السيّارة الخاصّة ولا العسكريّة، وهكذا حصل تناقض في الموضوع بين الهرمين أدّى إلى نكر العدالة وهضم الحقّ.

وتبعا لذلك صدر قانون 20 أفريل 1932 الذي يسمح للمتضرّر أن يرفع دعواه إلى محكمة النّزاعات مباشرة في ظرف الشهرين الموالين لآخر حكم صدر في الموضوع لكي تقضي محكمة النّزاعات نفسها في الموضوع. وعلى أساس هذا القانون صدر قرار Rosay وشاطر المسؤوليّة بين الدّولة والمالك الخاص[49].

[48]– TC, Rosay, 8 Mai 1933, Rec., p. 1236.

[49]- J. Theis, « Le Tribunal des conflits, juge du fond », R.D.P., 1932, p. 491.

4- قضـــاء الإدارة والقضـــاء الإداري : قـــرار بلانكـــو TC, Blanco, 8 Février 1873

قبل قرار بلانكو المشهور وقعت محاولات عديدة لتعريف المنازاعات الإدارية وتقليص المبدأ الذي وضعته الثورة. فقيل إنّ النّزاعات التي تـــدخل في ظلّ تفريق السلطتين هي النّزاعات التي تنجرّ عن العمل الإداري المحض وهو العمل الذي يشمل السّلطة العموميّة Actes de puissance publique ولا أعمال التّصرّف Actes de gestion. وقد أدرج في صنف أعمال التّصـــرّف كل من الأعمال المدنيّة للدّولة كالعقود ومسائل الملك الخاص للدّولة، ومسائل المسؤوليّة، لا تُستبعد عن نظر القضاء العدلي إلاّ بمقتضى قانون صريح.

وفي المقابل أدرج تحت عنوان "الأعمال السّلطانيّة" كلّ مـــن القـــرارات الآمرة كالقرارات الجبائيّة، والانتخابيّـــة، والشـــرطة الإداريـــة، والإشـــراف الإداري، بالإضافة إلى نظريّة "الدّولة المدينة" « Théorie de l'Etat débiteur » التي كانت تحجّر على القضاء العدلي أن يجعل الدّولـــة مدينـــة اســـتنادا إلـــى النّصوص المتعلّقة بتفريق السّلطتين التي تعرّضنا لها سابقا.

ثمّ صدر قرار بلانكو وضيّق في مجال التّصرّف، واضعا قاعدة جديدة في هذا المجال، ومبدّلا مجرى فقه القضاء السّابق، حيث ميّز، فـــي مجـــال التّصرّف، بين أعمال التّصرّف العمومي الخاضعة لأحكام القـــانون الإداري، وأعمال التّصرّف العادي للإدارة (أي الذي تتصـــرّف فيـــه الإدارة كســـائر الخواصّ) الخاضعة لأحكام القانون المدني. وهكذا انقسم التّصـــرّف الإداري إلى قسمين :أوّل خارق لقواعد التّصرّف الخاص وخاضـــع بالتّـــالي لرقابـــة القاضي الإداري، وثان خاضع لقواعد التّصرّف الخاص وخارج بالتّالي عـــن رقابة القضاء الإداري. فأصبح الاختصاص يتبع الموضوع La compétence suit le fond.

ومن هنا جاء التفريق بين قضـــاء الإدارة والقضـــاء الإداري، الأوّل يحتوي على التّصرّف العادي وهو راجع إلى نظر القضاء العدلي، والثـــاني

يشمل التّصرّف العمومي الخاص بالإدارة العاملة في ميدان المرافق العموميّة أو بوسائل السلطة الآمرة والرّاجع بالنّظر إلى الهرم القضائي الإداري.

5- الوظيفـــة القضائيّـــة والوظيفـــة الاستشاريّـــة

إنّ تاريخ مجلس الدّولة جعل منه هيكلا مزدوج الطّبيعة. فهو من ناحية هيكل حكومي يساهم في عمل السلطة التّنفيذيّة، طبقا لما أراده مؤسّسه نابليون الأوّل. وتقوم بهذه الوظيفة الأقسام الإدارية الاستشاريّة لمجلس الدّولة. وهو من ناحية أخرى هيكل قضائي تام انطلاقا من 1872. ويقوم القسم النّزاعي بالوظيفة القضائيّة. وهذه الازدواجيّة بين الوظيفتين لها أثر كذلك في تنظيم المحاكم الإدارية الابتدائيّة والاستئنافية.

6- انظـــر الفصـــل الســـادس

الفقـــرة الثانيـــة
منـــوال "ولايـــة المظالـــم"

إنّ ظهور ولاية المظالم في بعض الدّول الإسلاميّة أثناء بعض أطوارها التّاريخيّة لهو إبانة لعجز القضاة عن ممارسة مهمّتهم على أتمّ وجهها. وهذا ما وضّحه الماوردي والفراء في حديثهما عن ولاية المظالم عندما ذكرا الأقسام العشرة التي يحتويها نظر والي المظالم، واتّفقا على أنّ سابعهم : "تنفيذ ما وقف من أحكام القضاة لضعفهم عن إنفاذه، وعجزهم عن المحكوم عليه لتعززه، وقوّة يده، أو لعلوّ قدره، وعظم خطره، فيكون ناظر المظالم أقوى يدا، وأنفذ أمرا، فينفذ الحكم على من توجه عليه، بانتزاع ما في يده، أو بإلزامه الخروج ممّا في ذمّته[50].

---

[50]- أبو يعلى الفراء : "الأحكام السلطانية"، الطبعة الأولى، 1938، مصر، ص 63. أبو الحسن الماوردي : "الأحكام السلطانية"، الطبعة الثالثة، 1973، ص 83 بنفس الألفاظ.

ويزيدان فيكتبان في الفرق بين نظر القضاة ونظر ناظر المظالم : "أنّ لناظر المظالم من فضل الهيبة وقوّة اليد ما ليس للقضاة في كفّ الخصوم عن التّجاحد ومنع التّغالب والتّجاذب"[51].

ومهما كان السّبب الرّئيسي لنشأة ولاية المظالم، يبدو أنّ المبادي الأساسيّة التي يقوم عليها نظام القضاء الإداري المختص في العالم الحاضر لهي ذات المبادي التي انبنى عليها نظام المظالم أي :

*مبدأ التّفريق بين القضاء العام وناظر في شؤون مختلفة من شؤون الدّولة وبالخصوص المنازعات التي تنشأ بين الهيئات العموميّة والأفراد[52].

*مبدأ أنّ النّاظر في القضايا الإدارية هيكل مختلط يجمع بين صفات القضاء وصفات السّلطة العموميّة العاملة، وعلى هذا المعنى عبر الماوردي والفراء عندما قالا في والي المظالم : "إنّه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة وتثبّت القضاة. فاحتاج إلى الجمع بين صفتي الفريقين[53]. وقال الماوردي في نفس المعنى : "فاحتاجوا في ردع المتغلّبين وإنصاف المغلوبين إلى نظر المظالم الذي يمتزج به قوّة السّلطة بنصف القضاء[54]". ولنذكر بالمناسبة أنّ خلط الصّفة الإداريّة والقضائيّة يكمن في صلب نظام القضاء الإداري الفرنسي منذ بعثه إلى اليوم[55]، إلاّ أنّ الموازنة بين الصّفتين تغيّرت كثيرا عبر التّاريخ.

51– أبو الفراء، نفس المرجع والصّفحة. أبو الحسن الماوردي، نفس المرجع والصّفحة.

52– إلاّ أنّه ينبغي أن نشير إلى أنّ اختصاص المظالم امتدّ إلى الجرائم فسمّي والي الجرائم كما أنّه امتزج أحيانا بالشرطة. انظر عبد الرحمن بن خلدون : كتاب العبر... المقدّمة. الطبعة الثالثة، بيروت، 1976.

53– الفرّاء، نفس المرجع ص 58. وزاد الماوردي : "وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين".

54– الماوردي، المرجع السّابق ذكره، ص 78.

55– وقد أفصح نابليون الأوّل عن ذلك القصد عندما شرع في تأسيس مجلس الدّولة الفرنسي فقال : "أريد أن أؤسّس هيئة نصف إداريّة ونصف قضائيّة...".
انظر مجلس الدّولة Le Conseil d'Etat 1799-1977, C.N.R.S.,.

*مبدأ أنّ والي المظالم لا يخضع في أحكامه إلى القواعد الشرعيّة التي تلزم القضاء من جهة، وأنّه متخلّص من إتّباع الإجراءات الشّرعيّة من جهة أخرى. فنظره كما قال الفراء : "يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز، فيكون النّاظر فيه أفسح مجالا، وأوسع مقالا[56]". فله أن يسمع من الشّهادات ما يخرج عن عرف القضاة، وله أن يسأل الشّهود عمّا عندهم في تنازع الخصوم، وعادة الحكام والقضاة تكليف المدّعي إحضار بيّنته.

هذه بعض الفوارق التي تميّز المظالم عن القضاء نقلنا أهمّها لا لسبيل الذكر المجرّد والإطلاع على تاريخ النّظم، ولكن للتّشابه المذهل بين المبادئ التي قام عليها هذا اللّون من القضاء الإداري في تاريخ الحضارة الإسلاميّة، وتلك التي تسود على الأنظمة المعاصرة خاصّة منها النّظام الفرنسي الذي أصبح منوالا متّبعا.

هذا ولا يفوتنا أن نحذّر القاري من المقارنات المخطئة والمخلّة بالمنهجيّة العلميّة، وأن نؤكّد له أنّ المقارنة التي قدّمناها بين المظالم والقضاء الإداري الفرنسي لا يجوز أن نفهمها على وجه مطلق، وذلك لأسباب جمّة أهمّها :

–أنّ هنالك فوارق عظيمة بين النّظرة الغربيّة إلى الأنظمة الدّستوريّة والإدارية والنّظرة الإسلاميّة عامّة وتفصيلا.

–أنّ الأطوار التّاريخيّة التي شابهنا بينها لا تقبل في حدّ ذاتها المقارنة لعدم تناسقها التّاريخي.

–أنّ المظالم لها ألوان كثيرة في البلدان الإسلاميّة ولا تجري أحكامها على منوال واحد، وقد تغيّرت أوصافها واختصاصاتها وطبيعتها وألقابها حسب الأزمنة والأماكن كما أشار إلى ذلك صاحب تبصرة الحكّام[57].

56– الفرّاء، المرجع السّابق ذكره، ص 63.

57– برهان الدّين ابن فرحون : "تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، ص 113.

-وبناء على الاعتبار السّابق يصبح التّمييز الـذي بيّنـه المـاوردي والفراء بين القضاء والمظالم مضروبا بحكم النّسبيّة التّاريخيّة، وتابعا للعادات والعرف الخاصّة بكلّ بلاد، ليس له حدّ ثابت فـي الشـرع، وليس له حكم قارّ في الواقع، ولا في تقريرات الفقهاء، فنـراه مـرّة منفصلا عن القضاء، ومرّة أخرى مجموعا إليـه، تـارة مختصّـا بالأمور الإدارية، وطورا متّسعا إلى النّظر في الجـرائم والقضـاء الجزائي، وحينا راجعا إلى الأمير أو السّلطان أو الخليفة، وحينا آخر موكولا إلى ناظر خاص يباشره مستقلاّ.

الفصـل السّـادس
تصنيـف القضـاء الإداري

إنّ التّصانيف تختلف بحسب المعايير المعتمدة لتقسيم المادّة والمعـايير متعدّدة جدّا : هنالك المعايير الهيكليّة، وهنالك المعايير الشّـكليّة، والمادّيّـة، والعضويّة، إلى غيرها. سنسوق فيما يلي بعض التّصانيف المشهورة محذرين مسبقا من تطبيقها آليّا على الواقع التّونسي، ومذكّرين أنّها مجرّد أنماط فهميّة لا غير، وأنّ هنالك فارق بين النّمط الفهمي للواقع، والواقع، كما هنالك فارق بين الشيء، وقراءة الشيء.

الفقـرة الأولـى
التّصنيـف حسـب معيـار مشمـولات القاضـي

يقول المنظّر الفرنسي الشهير لافريار E. Laferrière, في كتابه المشهور حول "القضـاء الإداري والطّعـون النّزاعيّـة" (سـنة 1887 ص 15) : "إنّ مشمولات المحاكم الإدارية ليست من نفس الطّبيعة ولا من نفس الامتداد فـي كلّ الموادّ النّزاعيّة. وهي حسب الوضع، إمّا مشمولات قضاء كامل، تقتضـي تحكيما تامّا في النّزاع، من حيث الواقع ومن حيث القانون. وإمّـا مشـمولات إبطال مقتصرة على حقّ إلغاء القرارات الإداريـة اللاّشـرعيّة، دون إمكـان تنقيحها من قبل القاضي، أو تعويضها بقراره، وإمّا مشمولات تأويل، تتمثّل في تعيين معنى أو مدى قرار إداري أو في تقدير قيمته الشرعيّة فحسـب، بـدون تطبيق القرار على الأطراف المعنيّين، وإمّا مشمولات زجريّة تتمثّل في عقوبة

المخالفات للقوانين والتّراتيب التي تحمي الملك العمومي وتضمن غايته التي عقدها عليه القانون" (ترجمة المؤلّف).

وهكذا ينقسم القضاء الإداري حسب لافريار إلى :

-صنف نزاعات القضاء الكامل وصنف نزاعات قضاء الإلغاء وصنف نزاعات قضاء التّأويل وصنف نزاعات القضاء الزّجري.

الكامل- يعمل القاضي في الصّنف الأوّل كسائر القضاة في القضاء المدني : ينظر في الواقع وفي القانون، ويردّ الحقوق إلى مستحقّيها كاملة، فيلغي ما تعيّن إلغاؤه، و يبدّل ما توجه تبديله، ويلزم و يغرّم، أي أنّه يقول الحقّ كاملا بين أطراف متساوين، وهذا شأن العقود، والمسؤوليّة التّقصيريّة ونزاعات المرتّبات والأجور، والمنح، والأملاك، ويزيد لافريار النّزاعات الجبائيّة. وقد سمّى هذا الصنف باسم "القضاء الحقوقي" Contentieux des droits.

الإلغاء- ويعمل القاضي في الصنف الثاني كقاض إلغاء لا غير، أي أنّه لا يسعه أن يبدّل شيئا في القرار المطعون فيه وهو من صنف القرار الأحادي الأمر، فيقصّر القاضي في هذه الصّورة قضاءه على حدّ الإلغاء والنّقض لا يتعدّاه، وهذا هو شأن الطّعن بتجاوز السّلطة وقد ألحق به الطّعن التّعقيبي لدى المحكمة الإدارية العليا، نظرا إلى أنّ في كلتا الحالتين يكون القاضي مقتصرا على الإلغاء أو النّقض، وعلى تطبيق القانون فحسب، دون تدخّل في تقدير الوقائع ولا في تقييم السّلطة التقديريّة الرّاجعة للإدارة.

التأويل أمّا الصّنف الثالث، فإنّه يشمل القضايا التي يتعرّض فيها القاضي العدلي إلى مسائل تتعلّق بتأويل أو تقدير شرعيّة قرار إداري، فتصبح إزاءه مسائل إيقافيّة، تستوجب التّأجيل، وإرجاع الخصوم إلى القاضي الإداري، ثمّ استئناف القضيّة في الأصل.

الزّجري والصنف الرّابع والأخير، يحتوي على التّتبّعات التي تقوم بها الإدارة ضدّ من نال من صيانة الملك العمومي الصّناعي أو الطبيعي، وهي نزاعات خاصّة وضعها المشرّع.

وقد تبنّى روميو Romieu مندوب الحكومة بمجلس الدّولـ
لافريار. وأثار تبويب لافريار و روميو وبالخصوص تمييزهما بـ
الإلغاء وطعون القضاء الكامل، انتقاد قاستون جاز Gaston Jèze الذي عاب عليه تفريق ما هو موحّد، وتوحيد ما هو مفرّق في اختصاص المحاكم الإدارية.

الفقـرة الثانيـة
التّصنيـف حسـب طبيعـة الدّعـوى

تقدّم بهذا التّصنيف الفقيهان قاستون جاز Gaston Jèze وليون دوقي Léon Duguit. يميّز الأوّل بين القضاء النّزاعي الشّخصي أو الحقوقي (Contentieux subjectif) وبين القضاء الموضوعي الذي يشمل، حسب رأيه، قضاء تجاوز السلطة (Contentieux objectif)[58].

ويقتدي دوقي بنفس الطّريقة، مبيّنا أنّ القضاء المتعلّق بالحقوق (Juridiction subjective) يرمي إلى ردّ الحقوق الفرديّة المشروعة لمستحقّيها، وأنّ القضاء الموضوعي (Juridiction objective) يرمي إلى ملاءمة القرارات مع القواعد التّشريعيّة[59]، وهو الحال بالنّسبة للقرارات المتعلّقة بالحالة المدنيّة، وقضاء التّتبّعات الجزائيّة، وقضاء التّعويض (جاز Gèze يخالف دوقي Duguit تماما في هذه النّقطة)، وقضاء الإلغاء على الوجه العام وبالخصوص الإلغاء عن طريق الطّعن بتجاوز السّلطة[60].

---

[58]- G. Jèze : «L'acte Juridictionnel et la classification des recours contentieux», R.D.P., 1909, p. 667.

[59]- انظر كذلك :
Marcel Waline, « Vers un reclassement des recours contentieux ? », R.D.P., 1935, p. 205.

[60]- Léon Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, 3è éd. 1928, t.2, p. 458 et s.

وممّا يستحقّ الذكر، أنّ التبويب الذي استنبطه دوقي وجاز يمثّل في الحقيقة ملخّصا للمنوال الذي قدّمه لافريار، باعتبار أنّ القضاء النّزاعي الحقوقي عندهما يوازي القضاء الكامل عند لافريار، وأن القضاء الموضوعي يقابل الأصناف الأخرى عند لافريار.

الفقرة الثالثة
تصنيف الأستاذ شابو Chapus

بعد محاولة سريعة تهدف إلى تقسيم ثنائي شامل بين قضاء الطّعون (Contentieux des recours) وقضاء التّتبّعات (Contentieux des poursuites) ينتهي الأستاذ شابو إلى تقسيم ثلاثي يميّز قضاء تجاوز السلطة والقضاء الكامل وقضاء التّتبّعات[61].

أ- قضاء تجاوز السّلطة

يُدخل الأستاذ شابو على هذا الصنف التّفاصيل الآتية حيث يفرّع قضاء تجاوز السّلطة إلى فروع ثلاثة : الطّعن القديم في تجاوز السّلطة، ثمّ الدّعوى الفرعيّة في تقدير الشرعيّة (Recours en appréciation de légalité) عن إحالة من قبل القضاء العدلي (والدّعوى تُرفع أمام القاضي الإداري من قبل من له مصلحة)، ثم الدعوى التي تهدف إلى إعلان انعدام القرار الإداري (Recours en déclaration d'inexistence) التي ترفع إمّا لدى المحاكم العدليّة وإمّا لدى المحاكم الإدارية[62]. والمعيار المعتمد هنا لجمع هذه الطعون الثلاثة هو معيار الموضوع، حيث تهدف الطعون كلها إلى الخوض في مسألة موضوعيّة تتعلّق

[61]– René Chapus : *Droit du contentieux administratif*, 3[e] ed, Montchrestien, p. 125 et s.

[62]– TC, Guigon, 27 Juin 1966, A.J.D.A. 1966, p. 547. J.C.P. 1967, n° 15135, concl. Lindon.

بشرعيّة القرارات الإدارية، وهي إجرائيّا وتبعا لذلك معفيّة من تقديم الطّعن بواسطة محام.

ب- القضاء الكامل

يحتفظ القضاء الكامل هنا بصفاته المعروفة منذ لافريار، إلاّ أنّ الأستاذ شابو يرى أنّ هذا الصّنف غير متجانس، وأنّه يشمل :

أوّلا : القضاء الكامل العادي المتمثّل أساسا في الدّعاوي الشخصيّة التّقصيريّة والعقديّة.

ثانيا : القضاء الكامل الموضوعي، وهو قضاء كامل باعتبار مشمولات القاضي، وموضوعي باعتبار أنّ المسألة المدرجة لدى القاضي في هذه الصّورة مسألة قانونيّة، موضوعيّة صرفة، ليست محلّ جدال، أو تقدير، والقضاء الكامل الموضوعي عند الأستاذ شابو يحتوي على الافتراضات الآتية :

–الدّعاوي التي تهدف إلى منح المدّعي مبالغ ماليّة أسندها له القانون بصفة آليّة وبقطع النّظر عن أيّ تقدير ممكن (مثل ذلك : المنح المنجرّة آليّا عن بلوغ الموظّف وضعيّة التّقاعد).

–الدّعاوي الإلغائيّة التي أبعدها المشرّع عن دائرة تجاوز السّلطة، وهي في حقيقتها من ذلك الصّنف. (مثال : الطّعن ضدّ قرار الإلزام Etat de liquidation، والطّعن ضدّ السّندات التّنفيذيّة Etat exécutoire). ويمكن أن نضيف الطّعن ضدّ قرارات التّوظيف الإجباري وضدّ القرارات ذات الصّبغة الإدارية الصّادرة عن الهيئات المهنيّة وعن هيئة السّوق الماليّة والهيئة المكلّفة بالملكيّة الصّناعية وغيرها من الهيئات الإدارية التي سنتعرّض لها بالفقرة الثالثة من الفصل الثاني من الباب الثاني من القسم الأوّل.

–القضاء الكامل الخاص ببعض المواد كالمادّة الجبائيّة والانتخابيّة والقمرقيّة.

ثالثـا : يشمل هذا الصنف القضاء التّفسيري، وهو، حسب رأي الأستاذ شابو، ليس من القضاء الموضوعي ولا من القضاء الحقوقي، أقحم في القضاء الكامل إقحاما، ممّا يدل على عدم تجانس هذا القضاء كما أسلفنا.

ويشير الأستاذ شابو إلى أنّ القضاء الكامل الموضوعي أخذ يزاحم بصفة خطيرة الطّعن بتجاوز السلطة، لأنّه يحويه ويتجاوزه، حيث من حق القاضي في القضاء الكامل أن يُلغي المقرّر الإداري وأن يستنتج بنفسه الآثار المترتّبة عنه على مستوى الحقوق والالتزامات الشخصيّة. فالطّعن في القضاء الكامل له أكثر فائدة وأقوى نجاعة[63] حتى أنّ الكثير من رجال القانون تساءلوا عن مستقبل الطّعن بتجاوز السلطة[64] وعن طريقه نحو الاضمحلال. وللقضاء الكامل الموضوعي تعبيرات عديدة في البلاد التونسية، في المجال الجبائي سواء على مستوى أساس الآداء أو على مستوى الاستخلاص، وفي المجال الانتخابي والترسيم بجداول الهيئات المهنية، وغيرها[65].

ج- قضاء التّتبعات

يشمل هذا الصنف القضاء الزّجري لدى المحاكم الإدارية ثم القضاء الرّدعي أمام المحاكم الماليّة.

وفي تونس يمكن لنا أن نضرب أمثالا هامّة في هذا المضمار. الأوّل يرجع إلى القضاء الزجري، ويتمثّل في سلطة لجنة المنافسة التي أحدثها قانون 29 جويلية 1991 (المتعلّق بالمنافسة والأسعار)، هذه اللّجنة التي لا نشكّ في صبغتها القضائيّة وهي مختصّة في عدّة مسائل، منها تسليط بعض العقوبات على المخالفين لأحكام المنافسة والأسعار، مثل الغرامات الماليّة، ومثل إغلاق محلاّت المؤسّسة المدانة لمدّة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، مع العلم بأنّ أحكام

[63]– René Chapus : *Droit du contentieux administratif*, 7é ed, p. 201.

[64]– M. Bernard, « Le recours pour accès de pouvoir est-il frappé de mort ? », A.D.J.A,1995, n° spécial, p. 190. J. M. Woehrling, « *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir* ? » , Mélanges G. Braibant, Dalloz, 1996, p. 777.

[65]- حليم البرتاجي، القضاء الكامل الموضوعي في تونس، مذكرة ماجستير، الدراسات المعمقة في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، 2005.

اللّجنة تطعن لدى المحكمة الإدارية استئنافا[66]. كذلك، لدينا مثال التّتبّعات التي تقوم بها هيئة السّوق الماليّة في نطاق ممارسة وظائفها القضائيّة الرّدعيّة والمتمثّلة في تسليط خطايا ماليّة إلى 20.000 دينار على مرتكبي ممارسات مخالفة للتّشريع الخاص بقطاع السّوق الماليّة، طبقا لقانون 14 نوفمبر 1994. وتكون قرارات الهيئة قابلة للاستئناف لدى محكمة استئناف تونس[67].

أمّا فيما يتعلّق بقضاء الرّدع المالي ضدّ الموظّفين، فإنّه يرجع بالنّظر إمّا لدائرة الزّجر المالي[68] في صورة ارتكاب مخالفات، أو أخطاء التّصرّف من قبل آمري الصّرف، أو المسؤولين عن المؤسّسات العموميّة، وإمّا لدائرة المحاسبات[69] إذا تعلّق الأمر بالمحاسبين العموميّين وفي كلتا الحالتين يرجع للمحكمتين أن تسلّط عقوبات ماليّة.

الفقـرة الرّابعـة
تصانيـف أخـرى ممكنـة

وبالإمكان أن نقدّم تصانيف أخرى تأخذ بعين الإعتبار مميّزات القانون الإداري التّونسي. هنالك تصنيف مزدوج يأخذ بمعيار اختصاص القاضي وطبيعة الطّعون، وهذا التّصنيف يميّز بين قضاء تجاوز السلطة والاستئناف والتّعقيب، وقد فقد هذا التّصنيف اليوم مركزيّته القديمة لفقدان تجاوز السلطة ميزاته الإجرائيّة الأساسيّة بعد القانون الأساسي عدد 39 لسنة 1996.

[66]– القانون الأساسي عدد 70، المؤرّخ في 11 نوفمبر 2003 والقانون عدد 74 بنفس التّاريخ، ر.ر، 11 نوفمبر 2003، عدد 91، ص 3576 و3577.

[67]– Sarra Mami, *La nature juridique du Conseil du marché financier,* mémoire mastère en sciences juridiques fondamentales, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 2003-2004.

[68]– طبقا للفصل 9 من القانون عدد 74 المؤرّخ في 20 جويلية 1985.

[69]– طبقا لقانون عدد 8 المؤرّخ في 8 مارس 1968 المنقح بقانون 29 أكتوبر 1990، والأمر عدد 218 المؤرّخ في 29 ماي 1971.

وهنالك تصنيف يأخذ بمرجع النّظر كما حدّده القانون عدد 39 وهو التّصنيف الذي يميّز بين قضاء الالتزامات والحقوق الإدارية من جهة (عقود، أضرار، استرجاع الأملاك المنتزعة، وغيرها) ومن جهة أخرى قضاء الإلغاء. وهذا التّصنيف في حقيقته رجوع إلى تقسيم لافريار.

وأخيرا يمكن أن نرتّب القضاء الإداري حسب معيار المرافعات المتّبعة وأهدافها، فنفرزه حسب المنوال الآتي : القضاء الابتدائي الذي يشمل النّظر في موضوع النّزاع ابتدائيّا من قبل قاضي الدّرجة الأولى، ثمّ القضاء الاستدراكي الذي يرمي إلى إعادة نظر كلّي (الاستئناف) أو جزئي (التّعقيب) فيما قضاه قاضي الموضوع من الدّرجة الأولى أو الثانية، ثمّ القضاء الاستعجالي الذي يرمي إلى النّظر في الطّلبات المتأكّدة مهما كان صنفها، ثمّ القضاء التّراجعي الذي يهدف استثنائيّا إلى مراجعة الأحكام الباتّة، أي تلك التي استنفدت ضدّها الطّرق الاستدراكيّة العاديّة. إلاّ أنّ هذا التّصنيف لا ينطبق على القضاء الإداري دون سواه، بل من شأنه أن يسع كل أصناف القضاء.

الفصل السّابع

تاريخ القضاء الإداري في تونس

ليس تاريخ النّصوص التّشريعيّة القديمة، في بلاد كالبلاد التّونسيّة، مرآة تعكس تماما الحياة القانونيّة الواقعيّة بقدر ما هي دليل على طموحات بعض الشّرائح الاجتماعيّة، أو على التّطلّعات المستقبليّة لتلك البلاد. فالنّصوص كانت، ولم تزل اليوم إلى حدّ بعيد، تجري على مجرى كاد يكون مستقلاّ عن الحياة التّجريبيّة، ولا يواكب تماما التّركيب الثّقافي والذّهني، ولا يتماشى والتّجربة العمليّة. فإذا اعتبرنا مثلا النّصوص المتعلّقة بالقضاء الإداري، نشاهد أنّ الفائدة من تحليلها متعلّقة بتغيير أساليب الإدارة، والعقليّة الإداريّة، أكثر منها بالقضاء الإداري. تُرينا مثلا التّحويل من الإدارة الشّفاهية إلى الإدارة الكتابيّة[70]، من الإدارة الإقطاعيّة إلى الإدارة المركزيّة، من الإدارة الشّخصنيّة إلى الإدارة الهيكليّة البيروقراطيّة، إلى غير ذلك من الظواهر.

لم تعرف تونس، قبل الحركة الإصلاحيّة، ثمّ الاحتلال في القرن التّاسع عشر، منوالا مؤسّسيا للقضاء الإداري. فكان الحكم مستبدّا، وإذا حكم بين الجهات المخزنيّة والأشخاص، يكون ذلك في شكل أوامر ملكيّة لا غير. أمّا "القيّاد" على المستوى الجهوي، فكانوا مطلقي الأيدي، لا شيء يقيّدهم سوى إرادة الملك.

[70]- على سبيل المثال، أمر 31 جويلية 1870 (جمادى الأولى 1287) : "القسم الثاني (من الوزارة الكبرى) يباشر مقابلة الواردين للوزارة... لتحرير مطالبهم الشّفاهية...". كذلك أمر 14 فيفري 1885 (22 ربيع الثاني 1302).

الفقـــرة الأولـــى

نحـــو هيكليّـــة فـــضّ النّزاعـــات الإداريـــة

1857-1885

تدرّج فضّ النّزاعات الإدارية نحو الهيكلة والتّأسيس عبر النّصوص الآتية :

أمر 27 فيفري 1860 (5 شعبان 1276)، دستور 26 أفريل 1861، أمر 31 جويلية 1870 (جمادى الأولى 1287)، أمر 14 فيفري 1885 (22 ربيـــع الثاني 1302).

*أمـــر 1860

تبعا لعهد الأمان، ظهرت فكرة إخضاع الإدارة إلى الرّقابة المؤسّســيّة سنة 1860 (أمر 27 فيفري 1860) الذي صدر غاية تنظيم الوزارة الأولى. وقد أسند الأمر المذكور فضّ النّزاعات إلى القسم الأوّل من الوزارة الأولى، وهذا القسم هو "وزارة العمالة". ينصّ الأمر على أنّ هنالك : "زمـــام لرســـم سائر النّوازل التي تعرض في القسم ووجه انفصالها سواء كانت النّازلة بـــين الدّولة والعامل أو بين العامل والرّعيّة أو بين الرّعيّة مع بعضهم".

*دستـــور 26 أفريـــل 1861

جاء دستور 1861 يحدّ من الحكم المطلق على أساس توزيـــع السّـــلطة التّنفيذيّة، وإحداث مجلس شبه تشريعي، ثمّ على أساس الرّقابة السياسيّة والرّقابة الإدارية. فيما يتعلّق بالرّقابة على الإدارة، أورد الدّستور وجهين اثنين :

الوجـــه الأوّل : هو الذي نصّ عليه الفصل 40 من الدّســـتور، هـــذا الفصل الذي أكّد الفارق بين الرّقابة النّزاعيّة الإداريـــة والرّقابـــة النّزاعيّـــة القضائيّة، كما هو ظاهر من تحرير الفصل[71].

الفصـــل 40 : "كلّ وزير عرضت في وزارتـــه شـــكاية مـــن بعـــض الموظّفين أو ممّن لنظرها يجب عليه أن ينظر في الشّكاية بما يمكن به التّوصّل إلى معرفة الحقّ، ولو لم يكن على عادات مجالس الأحكام في كيفيّة التّقـــارير، لأنّ نظر الوزير في ذلك نظر آمر في فعل مأموره لا نظر مجلس حكم، وعند ثبوت الحقّ يرفع الضّرر عن الشّاكي، وللشّاكي إن لم ينصفه الوزير ممّن لنظره بعد مضيّ مدّة أكثرها شهر أن يرفع تقرير شكايته للمجلس الأكبر".

الوجـــه الثانـــي، هو الوجه المنصوص عليه بالفصل 42 من الدّستور ؛ وقد تعرّض هذا الفصل لمسألة النّزاعات التي قد تنشب بين العمّال والرّعيّة.

الفصـــل 42 : "شكايات الرّعيّة من العمّال، والعمّال من الرّعيّة فيمـــا يتعلّق بخدمة الأعمال السيّاسيّة، يقع تقريرها والنّظر في حُججها بوزارتـــه، ومنها تعرّض على الملك بمجلسه".

أمّا الفصلان 70 و71 من نفس الدّستور فإنّهما تعرّضا لمسألة مجاورة من الرّقابة على الإدارة، إلاّ أنّهما متعلّقان بالجنايات المرتكبة من قبل سامي الموظّفين.

*أمـــر 31 جويليـــة 1870 (جمادى الأولى 1287)

لقد احتفظ أمر 1870 بكامل نظام القضاء المحجوز، ولكنّه زاده دقّـــة في مجال التأسيس والهيكلة، فأحدث قسمين مخصّصين للنّزاعـــات وأســـندت النّزاعات الإدارية إلى القسم الثاني النّاظر حسب نصّ الأمر في : "الشّكايات من العمّال والمأمورين فيما عسى أن يرتكبوه بقوّة الخطّة".

---

[71]– قانون الدولة، مطبعة الدّولة التونسيّة، سنة 1277، ص 23 (مع تعليقات خطيّة للشيخ محمّد العزيز بوعتّور، الوزير الأكبر).

***أمـر 14 فيفـري 1885 (22 ربيع الثاني 1302)**

ورد هذا الأمر لتوسيع وتقنين الأحكام القديمة المنصوص عليها في أمر 1870 وتدقيق الإجراءات أمام القسم المدني (المختصّ في الشؤون الإدارية) والقسم الجنائي، خصوصا بإحداث سلك الوكلاء، وهم المكلّفون بالتّرافع أمام "محكمة الوزارة".

***القضاء المفوّض التّام –24 أفريل 1921 (10 شعبان 1339)**

وانتقلنا من القضاء المحجوز إلى القضاء المفوّض التّام سنة 1921، عندما أسند الباي المهمّة القضائيّة إلى محكمة الوزارة. وهكذا تحوّلت أقسام الوزارة الكبرى إلى دوائر استئنافيّة، وكان إصلاح 24 أفريل 1921 يرمي، حسب الأمر الملكي، إلى :

–"تحقيق التّفريق بين السّلطة الإدارية والسّلطة العدليّة".

–"تقليد المحاكم (محكمة الوزارة) سلطة إصدار الأحكام كالمجالس الأفاقيّة[72] وتكون لهذه الأحكام قوّة التّنفيذ". وبهذا الأمر وقع إتمام القضاء المفوّض الذي ظهرت بذوره من نهاية القرن التّاسع عشر.

تتلخّص هذه المرحلة الأولى فيما يلي :

1.عدم التّمييز بين المدني والإداري. الإداري جزء من المدني والقسم الثاني من الوزارة "يحكم" في المدني بما فيه الإداري.

2. التّوسّع شيئا فشيئا في الصّبغة النّزاعيّة وتقنين إجراءاتها.

3. إنّ تفويض القضاء لم يكن له في المادّة الإدارية، لا في 1896 ولا في 1921، الأثر الذي كان له في المادّتين الجزائيّة والمدنيّة حيث بقي فقه القضاء الإداري أمام المحاكم التّونسيّة يتّسم بالقلّة والضعف.

---

[72]– التي أحدثت سنة 1896 والتي فوّض إليها القضاء، حسب ما يراه الأستاذ محي الدّين المبروك.
M. Mabrouk, *Traité de droit administratif tunisien*, Tunis 1974, p. 11.

الفقـرة الثانيـة
منشـور 27 نوفمبـر 1888

صدر منشور 27 نوفمبر 1888 بعد إحداث القضاء الفرنسي بتونس سنة 1883، وتجزئة القضاء الحديث (غير الشّرعي) إلى فرنسي وتونسي. وجاء هذا المنشور تطبيقا لبعض الأوامر الملكيّة السّابقة الصّادرة سنة 1883 و1884 والمتعلّقة بالنّظام القضائي الجديد.

وكان توزيع الاختصاص يقع بين النّظامين مبدئيّا بحسب الجنسيّة، حيث تقرّر ابتداء من أمر 31 جويلية 1884 أنّ المحاكم الفرنسيّة تكون مختصّة كلّما تعلّق الأمر بأروباوي أكان مدّعيا أو مُدّعَى عليه، بحيث لم يبق لاختصاص المحاكم التّونسيّة إلاّ القضايا بين المتقاضين التّونسيّين أو المسلمين، والإدارة التّونسيّة أي الإدارة التّابعة للحكومة التّونسيّة. والإدارة التّونسيّة هي التي يحدثها الباي بأمر عَليّ، وإن كان على رأسها مدير فرنسي.

وبجانب هذا التّقلّص الذي مسّ من اختصاص المحاكم التّونسيّة، هنالك عدّة نصوص استثنائيّة أخرى صدرت لإخضاع الإدارة التّونسيّة إلى المحاكم الفرنسيّة بتونس، من أهمّها النّصّ المتعلّق بإدارة البريد (أمر 11 جويلية 1891) وأوامر صدرت بين 1926 و1927 لإسناد مادّة الوظيفة العموميّة كليّة إلى مجلس الدّولة الفرنسي.

وقد تعرّض لملابسات صدور هذا الأمر كلّ من الأستاذ شابو Chapus[73] والأستاذة سناء ابن عاشور[74]، مؤكّدين ارتباطه بظروف الجالية الإيطاليّة بالبلاد التّونسيّة[75].

---

[73]– René Chapus : *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie*, E.N.A., 1968. « Aux sources du régimes du contentieux administratif tunisien : du protocole franco-italien du 25 janvier 1884, au décret beylical du 27 Novembre 1888 », R.T.D,1966-67, p. 75.

[74]– Sana Ben Achour : *La genèse du contentieux administratif tunisien*, in « L'œuvre jurisprudentielle du T.A. tunisien », CERP, 1990, p. 9. « Histoire

هنالك من المؤلّفين من ذهب إلى أنّ أمر 27 نوفمبر نزع عن المحاكم التّونسيّة القضاء الإداري وأوكله كلّيّة إلى المحاكم الفرنسيّة بتونس[76]. وهنالك من ذهب إلى أنّ أمر 1888[77] ما كان له أن ينطبق على المحاكم التّونسيّة وأنّ هذه الأخيرة أخطأت عندما ظنّت أنّها مقيّدة بأمر 1888. ومهما يكن من الأمر، فالثّابت أنّ أمر 1888[78]، وإن لم يكن موجّها نحو المحاكم التّونسيّة التي لم تُحدث إلاّ سنة 1896، فإنّه أقحم في إطار القانون الوضعي بفضل تأويل القضاء التّونسي، وعلى رأسه محكمة الوزارة الكبرى، وبفضل مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة لسنة 1959، ثمّ قانون غرّة جوان. أمّا الموانع التي تقيّد بها القضاء التّونسي، انطلاقا من فهمه لأمر 1888، فإنّها راجعة في الحقيقة، إلى العقليّة التّقليديّة التي كان يتّسم بها القضاء التّونسي، أكثر منها إلى أمر 1888 ذاته.

فالحقيقة هي أنّ القضاء التّونسي كان يفتقر إلى الشّروط الثّقافيّة التي من شأنها أن تبعث قضاء متحرّرا يحكم على الإدارة كلّما اقتضى الأمر ذلك.

فالقضاء على الإدارة يقتضي عقليّة معيّنة وهي العقليّة التّحرّريّة، وشروطا معرفيّة معيّنة (مجلاّت، لقاءات، كتب في الأمور الإدارية العصريّة والقانون الإداري). كلّ هذه العوامل كانت غائبة عن المجتمع التّونسي، هذا المجتمع الذي لم يتخلّص بعد من مناويله الثّقافيّة التّقليديّة، ولم يدخل تماما في المجتمع الحديث، فكان في حالة انتقاليّة ليس حديثا ولا قديما. هذا هو

d'un texte : le DB du 27 Nov. 1888 sur le contentieux administratif » in « Le centenaire du BD du 27 Nov. 1888 et le contentieux administratif », CERP, Tunis.

[75]– أنظر كذلك، رشيد الصبّاغ، القضاء الإداري في تونس بين الأمس واليوم، ق.ت، 1980، ص 35 وما بعدها.

[76]– G. Sorbier de Pougnadoresse : *La justice française en Tunisie*, Paris, Larose, 1987, p. 167.

[77]– M. Mabrouk, *Traité de droit administratif tunisien*, Tunis, 1974, p. 17 et ss.

[78]– Bismut : *Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie*, Dijon, Bernigaud et Privat, p. 162.

الأساسي الذي جعل القضاة التّونسيّين يحجمون عن إقحام الطّريق الذي فتحه أمامهم تشريع 1885، ثمّ 1886، ثمّ 1921، ولا غيره من الأسباب.

وقع تطبيق أمر 27 نوفمبر من قبل المحاكم الفرنسيّة بتونس والمحاكم التّونسيّة بكيفيّة متباينة، حيث تجاسرت المحاكم الفرنسيّة في تأويل الأمر، ودخلت في مجال تقدير شرعيّة القرارات الإدارية عن طريق الدّفع[79]. أمّا فقه محكمة الوزارة فهو نادر ولم يتّسم بنفس الجسارة والتّوسّع في إمكانات الأمر.

الفقرة الثالثة
القضاء الإداري من الدّستور الجمهوري إلى اليوم

تعرّضنا سابقا لمسألة القضاء الإداري أمام المجلس التّأسيسي وفي دستور 1959. تطبيقا لأحكام الدّستور صدر في أوّل الأمر القانون عدد 8 المؤرّخ في 8 مارس 1968 والمتعلّق بدائرة المحاسبات. ولبيان العلاقة بين الدّستور والقانون وبيان وحدة مجلس الدّولة، خصّص القانون عدد8 بابا أوّلا ذا فصلين يحتويان أساسا على تركيب ورئاسة مجلس الدّولة ككلّ لا يتجزّأ[80]. ثمّ

[79]– انظر :
René Chapus : *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie*, E.N.A. –Sana Ben Achour : *La genèse du contentieux administratif tunisien* , l'œuvre jurisprudentielle du T.A., CERP, 1990, p. 9.
R. Drago : *L'exception d'illégalité devant les tribunaux judiciaire en Tunisie*, R.T.D., 1954, p. 1.
R. Drago : « La réforme du contentieux administratif » R.T.D., 1953, p. 364.
René Chapus : «Les projets de réforme du contentieux administratif », R.T.D., 1966-1967, p. 91.
عبد الله الهلالي : "مسؤوليّة الإدارة في القرارات الاستئنافيّة لمحكمة الوزارة" في *Le centenaire du DB de 1888*, colloque organisé par l'A.T.S.A., op. cit.

[80]– وقد تبنّى القانون الدّستوري عدد 76–37 المؤرّخ في 8 أفريل 1976 النّص الذي صدر به قانون 8 مارس 1968 وصار الفصل 57 من دستور 1959 الفصل 69.

تلاه باب ثان ذو أربعة وعشرين فصلا كلّها متعلّقة بدائرة المحاسبات، وأخيرا ورد باب ثالث، ذو فصل واحد، عنوانه : المحكمة الإدارية، ينصّ على أنّ قانونا لاحقا يضبط اختصاص وتركيب، وتنظيم المحكمة الإدارية.

وتبعا لذلك صدر قانون غرة جوان 1972 (عدد 40). محدثا المحكمة الإدارية، مصادقا، "حتى يأتي ما يخالف ذلك". على منشور 27 نوفمبر 1888 في مادّة المسؤوليّة الإداريّة ابتدائيّا لدى المحاكم العدليّة مع العلم وأنّ الاستئناف من اختصاص المحكمة الإدارية، ومنشئا الطّعن بتجاوز السّلطة مباشرة لدى المحكمة الإدارية التي تحكم في هذه الصّورة ابتدائيّا ونهائيّا، أي بدون استئناف. وأخيرا، "أتى ما يخالف ذلك" بصدور القانون عدد 38 المؤرّخ في 3 جوان 1996 فألغى "أمر" 27 نوفمبر 1888 ومعه اختصاص المحاكم العدليّة ابتدائيّا في المادّة الإدارية، وانتقل اختصاصها إلى الدّوائر الابتدائيّة بالمحكمة الإدارية. وهكذا اكتملت الازدواجيّة القضائيّة. وتبعا لذلك أحدث القانون عدد 38 المؤرّخ في 3 جوان 1996 مجلسا لتنازع الاختصاص بين الهرمين القضائيين العدلي والإداري. ومن أهمّ محاور القانون عدد 39، أنّه أدرج تجاوز السّلطة في ظلّ المبدأ الإجرائي العام، وهو مبدأ الدّرجتين. وسيقع تبيين كلّ ذلك في محلّه.

ثمّ توالت التّنقيحات التّشريعيّة ما بين 2001-2003 ؛ فصدر القانون الأساسي عدد 79 المؤرّخ في 24 جويلية 2001 وأدخل بعض التّنقيحات والإضافات على قانون غرّة جوان تتعلّق أساسا بإحداث الدّاوائر التعقيبيّة واختصاص الجلسة العامّة القضائيّة.

وبعد ذلك صدر قانون عدد 11 المؤرّخ في 4 فيفري 2002 وألغى الحصانة التي كان يتمتّع بها الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة بمقتضى الفصل 3 من قانون غرّة جوان. فأصبح اختصاص المحكمة في مادّة تجاوز السّلطة اختصاصا شاملا، غير أنّ الطّعن في الأوامر التّرتيبيّة بقي يخضع للإجراءات خاصّة (المطلب المسبّق وجوبي، الاختصاص راجع للدّوائر الاستئنافيّة ابتدائيّا وللجلسة العامّة القضائيّة استئنافا، إنابة المحامي وجوبيّة في الطّور الابتدائي، عدم إمكان الاستناد إلى "عيب الاختصاص المستمد من تعلّق موضوع الأمر

بمجال القانون" لاعتبار أنّ المسألة من نظر المجلس الدّستوري طبقا للفصل 35 من الدّستور.

وفي سنة 2003، تدخّل المشرّع بمقتضى القانون الأساسي عدد 10 المؤرّخ في 15 فيفري 2003 لتعديل القانون عدد 38 وتوسيع اختصاص المحاكم العدليّة في مادّة الجرايات والضّمان الاجتماعي، كما أنّه تدخّل بالقانون عدد 70 المؤرّخ في 11 نوفمبر 2003 لإسناد الاستئناف ضدّ قرارات لجنة المنافسة إلى المحكمة الإدارية.

فالتّطوّر الذي شهده القضاء الإداري منذ صدور قانون غرّة جوان يتمثّل في المحاور الآتية :

تكريس فقه قضاء المحكمة الإدارية وتبنّيه بمقتضى تعديل قانون غرّة جوان سنة 1996 -القانون عدد 39-.

تعميم مبدأ الدّرجتين.

توسيع اختصاص المحكمة في مادّة تجاوز السّلطة سنة 2002.

إتمام الازدواجيّة القضائيّة (1996).

تبنّي أسلوب كتل الاختصاص (1996).

تقلّص مجال اختصاص المحكمة الإدارية في بعض الموادّ مثل جرايات التّقاعد والضّمان الاجتماعي (القانون عدد 10 والقانون الأساسي عدد 15 المؤرّخان في 15 فيفري 2003). والانتزاع من أجل المصلحة العامّة (القانون عدد 26 المؤرّخ في 14 أفريل 2003) والقضايا المتعلّقة بسير هيئة السّوق الماليّة (انظر قرار ستراميكا، مجلس تنازع الاختصاص في 25 ماي 2004)، وغيرها من الهيئات التي كان من المنتظر أن يرجع اختصاص النّظر في مقرّراتها إلى المحكمة الإدارية.

القسم الأوّل

القضاء الإداري نظامه، هيكلته، توزيعه

البـــاب الأوّل

تنظيـــم القضـــاء الإداري وتوزيـــع قضـــاء الإدارة

أهمّ مبدأ في قانون القضاء الإداري التّونسي، هو الذي يفرّق بين قضاء الإدارة والقضاء الإداري، وهو مبدأ راجع إلى استنباط القضاء، وإلى الأصول الدّستوريّة والتّشريعيّة.

أصل هذا التّمييز في البلاد التّونسيّة، هو تأويل فقـــه قضـــاء المحـــاكم الفرنسيّة بتونس. ورغم أنّ منشور 27 نوفمبر 1888 لم يســـتثن الإدارة مـــن القانون المدني، فإنّ المحاكم الفرنسيّة بتونس، بادرت بتطبيق التّمييز الفرنســـي الذي وضعه قرار بلانكو[81] Blanco، ثمّ سايرتها المحاكم التّونســـيّة فـــي هـــذا الاتّجاه في عهد الحماية، وتواصلت الحركة بعد قانون 1972 من قبل المحاكم العدليّة والمحكمة الإدارية، رغما من أنّ القانون المذكور لم يقرّ هذا التّمييز[82].

لنتعرّض الآن إلى هذا التّمايز.

---

[81]– René Chapus, Le Contrôle et le Contentieux…, p. 57 et 58.

[82]– يسند الفصل 2 من القانون ولاية عامّة للمحكمة الإدارية، حيث أنّه ينصّ على أن "تنظر المحكمة الإدارية في النّزاعات المتعلقة بالإدارة...".

الفصـــل الأوّل

القضـــاء الإداري وقضـــاء الإدارة

الفقـــرة الأولـــى
المبـــدأ

إنّ عبارة "القضاء الإداري" مقصورة في المصطلح المعمول به، علـــى معنى معيّن ومحدود، لا يشمل كلّ القضايا والنّوازل التي تكـــون فيهـــا الإدارة طرفا داعيا أو مدّعًى عليه، إذ لا يشمل كلّ قضاء على الإدارة، ولا يحتـــوي جميع أصنافه، ولا يصبح القضاء على الإدارة قضاء إداريّا بكامل معنـــاه، إلاّ عندما تتوفّر الشّروط التّالية :

1-أن تكون القضيّة، في جانبها الغالب، خاضعة لأحكام خارجة عـــن دائرة القوانين العاديّة المدنيّة أو التّجاريّة أو غيرها، التي تـــنظّم معـــاملات الأفراد ومؤسّسات القانون العادي. وموضوع هذه الأحكام يشكّل مادّة القانون العمومي ومعظم هذه المادّة تتألّف من القانون الإداري.

2-أن تكون الإجراءات القضائيّة المتّبعة مستقلّة بنفسها ومتحرّرة مبدئيّا من قواعد الإجراءات القضائيّة العاديّة المنصوص عليها بمجلّـــة المرافعـــات المدنيّة والتّجاريّة.

3-أن يوجد حاكم خاصّ لفضّ مثل تلك النّزاعات غيـــر تـــابع للهـــرم القضائي العدلي، أو على الأقل، إذا افترضنا أنّ القاضي العـــدلي ينظـــر فـــي بعض القضايا الإدارية، أن ينظر فيه كأنّه قاض إداري متحرّر من إجـــراءات

القضاء العدلي وقوانين الحق العام، فيدخل حينئذ في ظلّ الازدواجيّة الوظائفيّة. ذلك يعني أنّه يتصرّف بصفته قاضيا إداريّا إذا حكم بمقتضى القـــانون العـــام وإجراءات القضاء الإداري، فيكون خاضعا لمراقبة المحكمة الإداريـــة، طبقـــا للفقرة الثانية من الفصل 19 جديد من قانون غرّة جوان.

فالشّروط التي لابدّ من توفّرها لتكتمل صفة القضاء الإداري متعـــدّدة ومتسايرة.

الشـــرط الأوّل : وجود مجموعة من الأحكام القانونيّـــة تتميّـــز عـــن غيرها بموضوعها ومحتواها، وهذا الشرط هو الشرط المادّي.

الشـــرط الثانـــي : أو الشرط الشّكلي الذي يتفرّع إلى فرعين : انفراد الإجراءات وتخصيص القضاء.

الفقـــرة الثانيـــة
تحقيـــق التّمييـــز فـــي التّشريـــع وفقـــه قضـــاء التونسيّيـــن

المحـــور الأوّل : مـــن حيـــث الموضـــوع أو الشـــرط المـــادّي

لقد أقرّ فقه القضاء (باتّفاق العدلي والإداري) أنّ أعمـــال المؤسّســـات الإدارية لها أحكام خاصّة تتميّز بها، وأنّ تلك الأحكام تكون إمّا من وضـــع المشرّع، أو صاحب السّلطة التّرتيبيّة، فتكون فـــي هـــذه الصّـــورة قواعـــد وضعيّة، وإمّا من استنباطات القضاء، فتكون فـــي تلـــك الصّـــورة أحكامـــا اجتهاديّة ابتكرها القضاء قصد إخراج العمل الإداري مـــن دائـــرة القـــانون المدني ومراعاة لخصائصه.

كما أسلفنا، تبلور هذا المبدأ وأدرج في التّشريع المعاصر بفضل القرار المشهور الصّادر في الثّامن من فيفري 1873 عن محكمة النّزاعات الفرنسيّة، وهو قرار بلانكو Blanco[83].

وأهمّ ما جاء في هذا القرار "أنّ مسؤوليّة الدّولة المنجرّة عن الأضرار التي تسبّبت فيها للغير... ليست خاضعة للمبادي المسطّرة في المجلّة المدنيّة لمعاملات الأفراد بعضهم مع بعض، وأنّ هذه المسؤوليّة التي لا تقبل التّعميم ولا الإطلاق، لها قواعدها الخاصّة تتغيّر حسب حاجيات المصلحة وضرورة التّوفيق بين حقوق الدّولة، وحقوق الخواص".

وحوصلة القول : إنّ الطريقة المؤدّية إلى اختصاص القضاء الإداري طريقة متسلسلة تدخل فيها الاعتبارات الآتي ذكرها :

أوّلا : اعتبار الهيكل أو المنظّمة المعنيّة بالنّزاع والتّأكّد من أنّه هيكل إداري أو شبه إداري على الأقلّ، وبعد التّأكّد من ذلك،

ثانيا : اعتبار كيفيّة تصرّف هذا الهيكل وقت وقوع الحادث أو العمل أو القرار الذي تسبّب في النّزاع : هل تصرّف آنذاك كسائر أشخاص الحق العام، أم استعمل وسائل السّيطرة الحكميّة لتحقيق الصّالح العام أو لتسيير شؤون المرافق العامّة خارقا بذلك قواعد معاملات الأفراد ؟

ثالثا : وبعد التّخلّص من المشكل المطروح سابقا الوصول إلى النتيجة المتمثّلة إمّا في إقرار اختصاص القضاء الإداري وإمّا في نفيه.

رابعا : وفي نفس السّياق تعيين القاعدة القانونيّة المنطبقة على القضيّة. وجدير بالانتباه أنّ نوعيّة القاعدة القانونيّة معيار أساسي لوضع القضيّة في إطارها القانوني الصّحيح ومعرفة مرجع النّظر القضائي، إذ لا يخفى علينا أنّ تلك القاعدة القانونيّة تفرض نفسها في بداية الأمر ونهايته، كما يتجلّى ذلك في الاعتبارات الأربع التي ذكرناها. ففي البداية تساءلنا (انظر ثانيا) عن طرق التّصرّف، وهو في الواقع تساؤل عن القاعدة القانونيّة التي

[83]– وقد صدر قبله في نفس المعنى قرار مجلس الدّولة Rotchild 26 ديسمبر 1855.

تحكم نشاط المؤسّسة، وفي النّهاية أثبتنا الأحكام القانونيّة التي يجب تطبيقها في النّزاع، وهكذا يبدو أنّ انتهاء الاستنباط الفقهي رجوع إلى بدايته في دائرة اجتهاديّة مغلقة.

غير أنّ باطن المسألة أكثر تشعّب من ظاهرها يوضّحه لنا الافتراض التّالي : لنعتبر مؤسّسة إداريّة انتزعت ملكيّة الغير عن طريق التّسخير أو الانتزاع أو حتّى باستعمال أيّ وسيلة أخرى من وسائل السّيطرة الحكميّة، ولنفرض أنّ نزاعا نشب بين الإدارة والغير من جرّاء ذلك. ما هي القاعدة القانونيّة التي تحكم النّزاع، وما هو مرجع النّظر القضائي ؟ فلنحكّم لفضّ الإشكال المنوال السّابق :

أوّلا : لاشكّ في طبيعة المؤسّسة، إنّها إداريّة في افتراضنا.

ثانيا : لقد تصرفت بطرق السيطرة الحكميّة كالتّسخير أو الانتزاع أو الشرطة الإدارية، أي حسب أحكام خارقة لتلك التي تخضع لها معاملات الأفراد.

ثالثا : وترتيبا على ذلك يكون الاختصاص للقضاء الإداري.

رابعا : يكون التّعويض لجبر الضّرر النّاتج عن نزع الملكيّة خاضعا لقواعد القانون الإداري، وهي قواعد مختلفة عن قواعد المسؤوليّة المدنيّة.

وهكذا يتّضح أنّ القاعدة التي تحكم التّصرف والتي اعتبرناها في بداية اجتهادنا، ليست نفس القاعدة التي تتسلّط على فضّ النّزاع، أو بعبارة أخرى أنّ قاعدة التصرّف ليست القاعدة الحكميّة. فنقطة الانطلاق ليست، خلافا لما يبدو من أوّل وهلة، نقطة الوصول، لأنّ الأولى تتمثّل في معيار كيفي أو أسلوبي ننتقل به من اعتبار طريقة تصرّف الإدارة إلى إقرار اختصاص القضاء، بينما تتمثّل الثانية في معيار مادّي أو موضوعي يصل بين الاختصاص القضائي وتطبيق القاعدة على الموضوع. الأولى تحكم الاختصاص والثانية الموضوع. ورغم بعض الاختلافات الجزئيّة بين القضاء العدلي وقضاء المحكمة الإدارية، فقد نفّذ القضاء التّونسي هذا المبدأ-في عدّة

مجالات، منها المجال التّعاقدي والتّقصيري، قبل أن يؤكّد المشرّع هذا الاتّجاه في القانون عدد 39 لسنة 1996.

1- تطبيق المبدأ في مجال المقرّر الإداري

كان الفصل 3 الأصلي من قانون المحكمة الإدارية يحدّد اختصاص المحكمة الإدارية في تجاوز السّلطة اعتمادا على المعيار العضوي : "تختصّ المحكمة الإدارية بالنّظر... في دعاوي تجاوز السّلطة التي ترفع لإلغاء كلّ المقرّرات الصّادرة عن السّلطة الإدارية مركزيّة كانت أو جهويّة أو عن الجماعات المحليّة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية". نلاحظ أنّ هذا الفصل لا يميّز بين المقرّرات حسب المجالات أو المواد.

إلاّ أنّ المحكمة سرعان ما اعتبرت أنّه لا يكفي أن يكون القرار صادرا عن سلطة عموميّة بالمعنى الهيكلي أو العضوي، بل يتعيّن أن يكون صادرا في نطاق "مادّة إداريّة". تقول المحكمة في قرار منتصر القليبي الصّادر في 23 جويلية 1976[84] "...أنّه من المفروض

-أن يكون مصدره ذاتا معنويّة عموميّة على معنى الفقرة الأولى من الفصل 3 من القانون عدد 40 المؤرّخ في 1 جوان 1972.

-أن يكون المقرّر المنتقد مرتبطا بتنفيذ عمل من المَرافق العموميّة.

"وأن تتقيّد السّلطة العموميّة بتصريف شؤون المرفق العام بكيفيّة تختلف عن تسيير مرفق خاضع للقانون الخاص... مع اجتناب توخّي إجراءات القانون الخاص".

أكّدت المحكمة هذا التّوجيه في قرار عبد الرّزّاق صفر، 15 جويلية 1980[85]، مع أثره المعاكس أي : من شأن المؤسّسات غير الإدارية أن تتّخذ

[84]- م.إ، 23 جويلية 1976، منتصر القليبي/وزير الماليّة ووكالة الرهان التبادلي، المجموعة، 1975 -1977، ص 87.

[85]- م.إ، 15 جويلية 1980، عبد الرّزاق صفر/وزير المالية، المجموعة، 1980، ص 319.

مقرّرات إداريّة إذا خضعت هذه القرارات للقانون العام وهذا هو مضمون قرار المحكمة الإدارية. أحمد بن عمر رجب/وزير الفلاحة، 15 جويلية 1980[86].

2- تطبيق المبدأ في المجال التّعاقدي

لا ترجع النّزاعات المترتّبة عن العقود التي تبرمها الإدارة إلى نظر القضاء الإداري إلاّ إذا استوفيت فيها بعض الشروط. وصرّحت المحكمة الإدارية في هذا الصّدد : "وحيث ترى المحكمة أنّه يتعيّن لاعتبار العقد إداريّا وإخضاعه بالتّالي لرقابة القاضي الإداري أن تكون الإدارة طرفا فيه، و أن يتّسم بالطّابع المميّز للعقود الإدارية من حيث أخذه بأسلوب القانون العام فيما يتضمّنه من شروط استثنائيّة غير مألوفة في القانون الخاص"[87].

وقد ورد نفس الاتّجاه بعد تردّد في فقه قضاء محكمة التّعقيب التي نظرت في نزاع بين مؤلّف كتب مدرسيّة ووزارة التّربية القوميّة التي تكلّفت بنشرها وتوزيعها، فميّزت في مرحلة أولى في قرار صادر عنها في 8 ديسمبر 1977[88] بين صنف الأعمال الإدارية وصنف الأعمال المدنيّة التي تقوم بها الإدارة من شراء وبيع، واستئجار وتأجير، واعتبرت العقد وهو عقد نشر وتوزيع خاضعا للقانون المدني، ثمّ تراجعت عن موقفها سنة 1981[89]، ورأت، وهي محقّة في ذلك، إذا اعتبرنا النّص الأصلي لقانون غرّة جوان 1972، "أنّه لا مجال لهذا التّقسيم بالنّسبة للتّشريع التّونسي... إذ أنّه اعتبر جميع النّزاعات المتعلّقة بالإدارة من اختصاص المحكمة الإدارية"، ثمّ تراجعت مرّة أخرى سنة 1986 وفي نفس القضيّة دائما، وهذه المرّة في قرار صادر عن الدّوائر المجتمعة، ورأت أنّ العقد المبرم بين الوزارة والمعني بالأمر "لم يشتمل على خصائص العقد الإداري السّالف ذكرها... وترتيبا على ذلك فإنّ العقد لا يخرج عن كونه عقدا مدنيّا بحتا يخضع للقانون الخاص بما فيه القانون عدد 12 لسنة

[86]- م.إ، 15 جويلية 1980، أحمد بن عمر رجب/وزير الفلاحة، المجموعة، 1980، ص 305.

[87]- م.إ، 15 جوان 1978، بلديّة بن عروس ضدّ الشركة التّونسيّة لصناعة الحديد والبناءات المعدنيّة، المجموعة، ص 130.

[88]- ن.م.ت، 1977، الجزء الثاني، ص 200.

[89]- م.ت، 26 فيفري 1981، ن.م.ت، 1981، ص 73.

1966 المتعلّق بحماية حقوق التّأليف... وبالتّالي فإنّ النّزاع في شأنه يكون من خصائص المحاكم العدليّة"[90].

وطرحت هذه المسألة أمام القضاء التّونسي بمناسبة النّظر في الشّروط التّحكيميّة المدرجة في العقود التي تبرمها الإدارة مع غيرها.

ولهذه المسألة جانبان لم ينته إليهما القضاء التّونسي تمام الانتباه. الأوّل يتعلّق بصحّة الشرط التّحكيمي، أي هل يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التّحكيم ؟ والثاني يتعلّق بالاختصاص، وهو الذي يهمّنا. فهنالك من رأى أنّ التّحكيم في العقود المبرمة من قبل الإدارة، يرجع بطبيعته إلى المحاكم المدنيّة بقطع النّظر عن طبيعة العقد، وهنالك من قال إنّ المسألة ليست من اختصاص المحاكم العدليّة إذا تعلّق الأمر بعقد إداري كعقود الأشغال العموميّة. وقد اختلفت اتّجاهات فقه القضاء التّونسي في هذه المسألة كما دلّت على ذلك قضية[91] BEC/GTAF.

وبقطع النّظر عن مسألة بطلان الشرط التّحكيمي، كان الخصام بين المكلّف العام بنزاعات الدّولة والمقاول قائما حول الجهة القضائيّة المختصّة، فكان الأوّل يدّعي أنّ العقد عقد إداري محض خارج عن اختصاص المحاكم العدليّة، وكان الثاني يدّعي أنّ التّحكيم بذاته يرجع حتما لاختصاص المحاكم المدنيّة، علاوة على أنّ العقد من صنف عقود التّجارة الدّوليّة. وصدرت في هذه القضيّة عدّة قرارات متضاربة منها ما يتعلّق بتعيين محكّم عن الدّولة[92]، ومنها ما يتعلّق بصحّة الشرط التّحكيمي.

وأصدرت المحكمة الإداريّة، في هذه القضيّة حكما مؤرّخا في 1 فيفري 1993، واعتبرت أنّ العقد ليس بالعقد الدّولي، بل هو في آن واحد، داخلي وإداري ممّا يبرّر اختصاص الجهاز القضائي الإداري، "وبالتّالي فإنّ

[90]– م.ت، الدّوائر المجتمعة، 28 مارس 1986، ن.م.ت، 1987، ص 235.

[91]– انظر عن تفاصيل هذه المسألة، عياض ابن عاشور، القضاء الإداري...، الطبعة الثانية، 1998، ص 54 إلى 56.

[92]– م.إ، 27 فيفري 1988، م.ع.ن.د/مجمع باك قتاف، المجموعة، ص 30.

اللّجوء إلى التّحكيم من قبل الدّولة لا يكون في هذه الحالة جائزا"، وعلى هذا الأساس، أقرّت المحكمة الحكم الابتدائي[93].

وفي آخر مرحلة أكّد المشرّع التّونسي الشرط المادّي– أي أنّ العقود التي تبرمها الإدارة لا تكون إداريّة وخاضعة لاختصاص المحكمة الإداريّة إلاّ بتوفر الشروط التي تميّزها عن غيرها، كشرط البند غير المعهود في المعاملات المدنيّة، أو شرط إنجاز أشغال عموميّة، أو شرط إنجاز مباشر للمرفق العام– وجاء هذا التّأكيد في الفقرة الثانية من الفصل 17 جديد من قانون غرّة جوان كما نقّحه القانون عدد 39 لسنة 1996، الذي نصّ على أنّ المحكمة الإدارية مختصّة في "الدّعاوي المتعلّقة بالعقود الإدارية"، أي العقود ذات الصّبغة الإدارية.

وقد توخّى مجلس تنازع الاختصاص نفس التّوجّه. فإذا أخذ العقد بامتيازات السّلطة العامّة يكون من اختصاص القضاء الإداري، أمّا إذا تضمّن أحكام مألوفة فإنّه يكون من اختصاص القضاء المدني.

مجلس تنازع الاختصاص، عدد 19، 17 جويلية 2000، شركة أشغال المقاطع/م.ع.ن.د.

كذلك، م.ت.إ، عدد 29، 27 مارس 2001، بن سالم/ م.ع.ن.د. في حقّ وزارة أملاك الدّولة.

كذلك، م.ت.إ، عدد 32، 13 مارس 2001، محمّد المزوغي/ م.ع.ن.د. في حقّ وزارة أملاك الدّولة.

3– تطبيق المبدأ في المجال التّقصيري

إنّ مسؤوليّة الإدارة النّاجمة عن أيّ عمل مضرّ بالغير ناتج عن سير المرافق العامّة ترجع إلى نظر القاضي الإداري[94] الذي يحكم فيها بموجب أحكام المسؤوليّة العموميّة.

[93]– م.أ، مجمع باك–قتاف/المكلّف العام بنزاعات الدّولة، 1 فيفري 1993. غير منشور.

[94]– المحكمة الإدارية، خميّس الزّهّار ضدّ المكلّف العام بنزاعات الدّولة، 5 جانفي 1976 المجموعة ص 33.

فإذا كان المرفق ذا صبغة صناعيّة أو تجاريّة فإنّه يدخل آنذاك في اختصاص المحاكم العدليّة مع تطبيق قواعد المسؤوليّة المدنيّة، هذا ما أراده المشرّع عندما أكّد في الفصل 2 من القانون 38 لسنة 1996، : "تختصّ المحاكم العدليّة بالنّظر في ما ينشأ من نزاعات بين المنشآت العموميّة بما في ذلك المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصّناعيّة والتّجاريّة، من جهة، وأعوان هذه المنشآت أو حرفائها أو الغير، من جهة أخرى". والمنطق التّشريعي يقتضي أن تخضع لاختصاص المحكمة العدليّة جميع نزاعات المؤسّسات ذات الصّبغة الصّناعيّة والتّجاريّة، ممّا يؤدّي مبدئيّا إلى تبسيط أحكام الاختصاص، باعتبار أنّ "كتلة الاختصاص" هذه أسندت كلّها للمحاكم العدليّة.

لكن يتعيّن علينا أن نلاحظ أنّ منهاج كتل الاختصاص لا يمنع التّأويل مطلقا، بل لعلّه يكون سببا في ازدياد التّشعّب والارتباك ووضع الاستثناءات من قبل فقه القضاء. فبإمكان القاضي مثلا، واحتمال ذلك قويّ، أن يقرّ أنّ المسؤوليّة تخضع مبدئيّا للقانون المدني، إلاّ إذا كان سببها قرارا أو عملا إداريّا يضفي على المسؤوليّة في تلك الحالة الصبغة الإداريّة[95]. وإذا قلنا إنّ هذا التّوجّه شديد الاحتمال، فلأنّه يتماشى مع فقه القضاء السّابق للمحكمة الإداريّة ومحكمة التّعقيب الذي يلي ذكره.

رأت محكمة التّعقيب : "أنّ الأعمال التي تقوم بها الشركة التّونسيّة للكهرباء والغاز لمدّ الأسلاك الكهربائيّة ذات الضغط العالي من قبيل المشاريع ذات المصلحة العامّة التي يعجز الأفراد عن القيام بها[96]، والتي لا يكون فيها الرّبح مقصودا لذاته" وأنّ الشركة عندئذ "تقوم بدور المرفق العام" ممّا يجعل النّزاع نزاعا إداريّا خاضعا للقانون العام واختصاص المحكمة الإداريّة[97]".

[95]– المحكمة الإدارية، علويني ضدّ الوكالة العقارية للسّكنى، 19 أكتوبر 1976، المجموعة ص 96.

[96]– وهذا الرّأي ليس له أسس واقعيّة ولا نظريّة.

[97]– محكمة التّعقيب، 8 ديسمبر 1977، نشريّة، ص 200.

وفي نفس الاتّجاه قضت المحكمة الإدارية، وذلك رغم الصّبغة الصّناعيّة والتّجاريّة للشركة التّونسيّة لكهرباء والغاز، فقالت : "حيث أنّه بالرّجوع إلى أوراق الملف يتّضح أنّ اقتحام أرض المستأنف ضدّه من قبل الشركة التّونسيّة للكهرباء والغاز التي هي مؤسّسة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة، تمّ في نطاق قيامها بإنجاز مرفق عام يتمثّل في بثّ الطّاقة، وقد أسند لها المشرّع في هذا الصّدد صلوحيّات السلطة العامّة بمقتضى الأمر المؤرّخ في 12 أكتوبر 1887 التعلّق بتمرير الأسلاك الهاتفيّة، والذي سُحبت أحكامه على تمرير الأسلاك الكهربائيّة بمقتضى الأمر في 30 ماي 1922، وذلك بالسّماح لها بالدّخول عند الاقتضاء، إلى ملك الخواص، وتركيز الرّافعات فيه، وتمرير القنوات في باطن أراضيهم، ومن ثمّة يكون المشرّع قد نزّلها في نطاق قيامها بهذا النّشاط منزلة الإدارة... وحيث أنّه تأسيسا على ما سبق، اتّجه إقرار اختصاص هذه المحكمة بالنّظر في النّزاع الرّاهن[98]".

وليس بإمكان الفصل 2 من القانون عدد 38 لسنة 1996 أن يقوم حائلا دون هذا التّوجّه الفقه قضائي الرّاسخ.

كذلك فإنّ مجلس التّنازع قرّر أن مسؤوليّة الإدارة الرّاجعة للخطأ المرفقي لمؤسّسة عموميّة ذات صبغة صناعيّة وتجاريّة يرجع لنظر القضاء الإداري.

م.ت.إ ، عدد 20، 2000/07/12، الزّرلي ومن معه/م.ع.ن.د، في حقّ وزارة الصّحّة.

وأنّ المسؤوليّة النّاجمة عن الأشغال العموميّة أو الملك العمومي هي مسؤوليّة إداريّة، حتّى إذا كانت المؤسّسة المتصرّفة والمسؤولة ذات صبغة صناعيّة أو تجاريّة.

م.ت.إ، عدد 26، 13 مارس 2001، م.ع.ن.د، في حقّ وزارة الفلاحة ضدّ حامدي.

[98]– م.إ، 30 ديسمبر 1991، الشّركة التونسيّة للكهرباء والغاز ضدّ محمّد الهاشمي، أس 819. م.إ، 29 جوان 1992، الشركة التونسية للكهرباء والغاز / الأزهر بن عمارة السعداوي، المجموعة، ص 326.

م.ت.إ، عدد 66، 11 مارس 2003، ورثة بن عتيق/الشركة الوطنيّة لاستغلال وتوزيع المياه.

المحور الثّاني : من حيث الاختصاص والإجراءات

بعد مراحل تاريخيّة كان فيها القضاء الإداري قضاء مختلط الجنس والإجراءات والتّوزيع، وهو النّظام الذي كان معمولا به في ظلّ منشور 1888 وقانون غرّة جوان إلى حدّ سنة 1996، أصبح اليوم القضاء الإداري قضاء منفرد الجنس والاختصاص والإجراءات، إلاّ بعض الاستثناءات التي سنذكرها في محلّها.

فإذا ثبت أنّ القضيّة، من حيث الموضوع والشرط المادّي قضيّة إداريّة، يسند فيها الاختصاص إلى الجهاز القضائي الإداري، أي إلى المحكمة الإدارية، إمّا ابتدائيّا، وإمّا استئنافيّا، وإمّا تعقيبيّا.

ويسند هذا الاختصاص، حسب إجراءات مستقلّة عن الإجراءات المدنيّة، وهي إجراءات رفع الدّعاوي والتّحقيق والحكم المدرجة بقانون غرّة جوان 1972، كما وقع تنقيحه.

وسنتعرّض فيما بعد (الباب الثالث) إلى مميّزات النّظام القضائي الإجرائي، كما سنتعرّض في سائر الأبواب إلى اختصاصات المحكمة الإدارية والمرافعات الخاصّة بها[99].

[99]- انظر في المسألة :

Khalil Fendri, Procédure administrative contentieuse et procédure civile et commerciale. Recherche sur l'autonomie du procés administratif, thèse, F.S.J.P.S., déc. 2005.

وانظر : غفران ميموني : القاضي الإداري ومجلة المرافعات المدنية والتجارية، مذكرة ماجيستير الدراسات المتعمقة علوم قانونية أساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، تونس 2003-2004.

الفصل الثاني
توزيع قضاء الإدارة

يتّسم هذا التّوزيع بالتّشعّب وقلّة الوضوح.

هنالك تقسيم أوّلي بين قضاء الإلغاء، وقضاء التّتبّعات الجزائيّة ضدّ الإداريّين، وقضاء التّتبّعات الإدارية، وقضاء التّعويض بفرعيه (المدني والإداري)، وما يدخل في ظلّ التّعويض (إرجاع العقارات المنتزعة، القضاء الاستعجالي، الأمر بكف الشغب، العقود...).

إلاّ أنّه يلاحظ أنّ قضاء الإلغاء تشترك فيه هياكل قضائيّة عديدة، منها دائرة المحاسبات على أساس الفصول 59 إلى 67 من الأمر عدد 218 المؤرّخ في 29 ماي 1971 المتعلّق بسير دائرة المحاسبات[100]. ومنها محاكم أخرى مثل محكمة الاستئناف في نزاعات المهن الحرّة، أو المحاكم العدليّة في قضاء الانتخابات أو في مادّة الطّعون الموجّهة ضدّ هيئة السّوق الماليّة وما شابهها عندما تتّخذ هذه الأخيرة مقرّرات إداريّة كما سنبيّن ذلك فيما بعد (القسم الثاني : قضاء تجاوز السّلطة – المقدّمة).

فقضاء الإدارة له نظم خاصّة تتغيّر بحسب المواد (جبائي، مالي، مهني، انتخابي، منافسة تجاريّة، أحزاب، غرف تجاريّة...). وهذه المواد موكولة إمّا للقضاء العدلي كليّة، وإمّا للمحكمة الإدارية تعقيبا، وإمّا لهياكل قضائيّة خاصّة.

والرّقابة القضائيّة على الإدارة قائمة على عدّة ركائز فكريّة بعضها جليّ وبعضها خفيّ، منها :

[100]- إنّ القرارات الإدارية في ضبط المحاسبات قابلة للطّعن بالإلغاء أمام دائرة المحاسبات، وتلغى إذا كانت حاملة لعيب الاختصاص أو خرق الصيغ الشّكليّة أو تجاوز السّلطة.

-أوّلا : أنّ القضاء العدلي لا يكسب الأهليّة الكافية للنّظر في أحوال الإدارة وفي معظم النّزاعات النّاشئة عن سير مصالحها، كما أنّه غير مؤهّل لفحص شرعيّة قراراتها ولا لتقدير تصرّفاتها الماليّة.

-ثانيا : أنّ الشرعيّة الماليّة لها خاصّيات تخرجها شيئا ما عن نطاق القضاء الإداري العادي.

-ثالثا : أنّ الإدارة العسكريّة في المجال الجزائي لها بدورها خاصّيات تخرجها عن جري القانون الجزائي على سائر الموظّفين المدنيّين[101].

وعواقب هذه الأفكار الثلاثة تتمثّل في أنّ الرّقابة القضائيّة على الإدارة أصبحت ذات ألوان كثيرة ومبادئ مختلفة ونظم عديدة تسهر على تحقيقها، مجزّأة إلى رقع مستقلّة حسب المادّة وطبيعة النّزاع أهمّها الآتي ذكرها :

-رقعة الإلغاء،

-رقعة تجاوز السّلطة،

-رقعة التّعويض مدنيّا أمام المحاكم العدليّة،

-رقعة التّعويض إداريّا أمام المحكمة الإدارية،

-رقعة الحالات الخاصّة بالمسائل الجبائيّة والجمركيّة وهي من نظر المحاكم العدليّة، وتعقيبا من نظر المحكمة الإدارية،

-رقعة النّزاعات الانتخابيّة الإدارية أو المهنيّة وهي مشتركة بين المحكمة الإدارية والمحاكم العدليّة،

-رقعة المراقبة على آمري القبض والصّرف الرّاجعة بالنّظر إلى دائرة الزّجر المالي أصلا وإلى دائرة المحاسبات ثانويّا،

-رقعة المراقبة على تصرّف المحاسبين العموميّين الرّاجعة إلى اختصاص دائرة المحاسبات،

[101]- Néji BACCOUCHE : La répression pénale et disciplinaire dans la fonction publique, C.R.E.A., Tunis, 1990, préf. Yadh Ben Achour.

-رقعة تأديب الموظّفين المدنيّين جزائيّا أمام المحاكم العدليّة من جرّاء جنايات أو جنح أو مخالفات ارتكبوها في ممارسة وظائفهم،

-رقعة تأديب الموظّفين التّابعين لمصالح الدّفاع الوطني والقوّات المسلّحة جزائيّا وهي رقعة راجعة بالنّظر للمحكمة العسكريّة،

-رقعة تأديب الموظّفين إداريّا لدى مجالس التّأديب،

-رقعة التّتبّعات في ميدان المخالفات الإقتصاديّة (لجنة المنافسة). أو الماليّة (هيئة السوق الماليّة).

فالوضعيّة الحاليّة لقضاء الإدارة تتّصف بالتّشعّب، ومن المستحسن أن يتدخّل المشرّع لتبسيط هذه الطرق القضائيّة وتوحيدها. والعبرة التي يمكن أن نستخلصها من الاعتبارات السّابقة تتمثّل في أنّ قضاء الإدارة العموميّة يحتوي على حلقات متشابكة، وهي الآتية :

-القضاء الإداري العام أو الأصلي الرّاجع لاختصاص المحكمة الإدارية كلّيا أو على مستوى التّعقيب وحسب، طبقا لقانون غرّة جوان 1972، وعلى أساس خاصّيات أحكامه القانونيّة وإجراءاته المتميّزة عن قواعد وإجراءات القانون المدني.

-القضاء الإداري المتخصّص أو الفرعي وهو من نظر محاكم إداريّة متخصّصة، حسب المادّة، ومستقلّة، مثل دائرة المحاسبات ومحكمة الاستئناف، أو دائرة الزّجر المالي، أو غيرها من المحاكم الإداريّة المستقلّة.

-قضاء الإدارة العدلي، وهو موكول لنظر المحاكم العدليّة العاديّة في مادّة التزامات وعقود الإدارة الخاضعة للقانون المدني أو المسند للمحاكم العدليّة طبقا لنصّ خاصّ، كقانون 28 جوان 1995 الذي نظّم

حوادث الشغل والأمراض المهنيّة في القطاع العمومي[102]، أو لنظر محاكم عدليّة خاصّة في المادّة الجزائيّة مثلا، وهو شأن المحكمة العسكريّة.

وعلى هذا الأساس، نصل إلى حصر مفهوم "القضاء الإداري"، موضوع هذا الكتاب. ويقع هذا الحصر بفضل مقابلة مزدوجة بين :

-القضاء الإداري العام، يقابله القضاء الإداري المتخصّص أو الفرعي،

-القضاء الإداري العام، يقابله قضاء الإدارة العدلي.

ويكون حينئذ من الخطإ أن نكتفي بفرع واحد من المقابلة، قائلين : القضاء الإداري هو القضاء الخارج عن دائرة القانون المدني والمحاكم العدليّة، بل الصّحيح أن نقول : القضاء الإداري، بالمعنى النّزاعي العام، هو القضاء الموكول للمحكمة الإداريّة، دون القضاء الإداري المتخصّص والمستقل، ودون قضاء الإدارة العدلي.

[102]- م.ع. فاضل موسى، التّقرير التّمهيدي لملتقى إصلاح القضاء الإداري 27 إلى 29 نوفمبر 1996، كليّة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة بتونس، تنظيم وتنسيق م.ع فاضل موسى، نشر مركز النشر الجامعي، 1997، ص25.

الفصل الثالث

المراجع التّشريعيّة للقضاء الإداري العام

المرجع الأوّل للقضاء الإداري العام، هو القانون عدد 40 المؤرّخ في غرّة جوان 1972، المنقّح بالقانون 39 المؤرّخ في 3 جوان 1996، والمنقّح أيضا بالقانون عدد 79 لسنة 2001 المؤرّخ في 24 جويلية 2001، وفي الأخير بالقانون عدد 11 سنة 2002 المؤرّخ في 4 فيفري 2002. وهنالك قوانين مرجعيّة أخرى، منها القانون عدد 38 لسنة 1996، ومنها القوانين التي تسند للمحكمة الإدارية اختصاصا معيّنا ابتدائيّا كان أو استدراكيّا، في مواد متنوّعة مثل الأداءات، أو الأحزاب السّياسيّة، أو الهيئات المهنيّة، أو الانتخابات.

وقد أشرنا في الطبعة الأولى من هذا المؤلّف إلى نقائص بل تضارب القوانين التّنظيميّة الكبرى، وبالخاصّة تلك النّقائص النّاتجة عن منشور 27 نوفمبر 1888 وعن قانون غرّة جوان.

ومن فوائد إصلاحات 3 جوان 1996، أنّها أزالت بعض الارتباكات عن النّظام العام للقضاء الإداري ومن أهمّها :

-الازدواجيّة الوظيفيّة التي كان يتّسم بها القاضي العدلي والتي كانت منبع كثير من الصّعوبات[103].

-عدم الاتّساق بين قانون غرّة جوان و"أمر" 27 نوفمبر 1888[104].

[103]- عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، الطبعة الأولى، ص 82.
[104]- نفس المرجع، ص 81.

-عدم التّوافق بين قانون غرّة جوان والدّستور فيما يتعلّق باختصاص المحاكم العدليّة في المادّة الإدارية الذي يخالف تفريق السلطتين[105].

فأتمّت هذه الإصلاحات منطق الازدواجيّة القضائيّة، ووحّدت مبدئيّا النّزاعات الإدارية تحت إشراف المحكمة الإدارية، وأسّست مجلسا لتنازع الاختصاص. إلاّ أنّها انتهجت أسلوب التّنقيح ظاهرا، وهو في حقيقته تنقيح مزيّف من جهتين :

أوّلا : لأنّ القانون عدد39 لسنة 1996 كاد يكون نسخا تامّا لقانون غرّة جوان، فهو تنقيح مغلوط.

ثانيا : لأنّه لم يحترم منهج التّنقيح الصّحيح الذي يستوجب أن يكون الفصل المنقّح مقيّدا بموضوع الفصل القديم الذي أُريد تنقيحه.

وتتمثّل نتيجة هذا التّنقيح المزيّف في أنّه أدّى إلى أخطاء خطيرة جدّا، سنذكرها في حينها.

[105]- نفس المرجع، ص 81.

الباب الثاني

التّنظيم الهيكلي

بعد إصلاحات 3 جوان 1996 والنّصوص التي تلتها تتلخّص هيكلة القضاء الإداري في المحاور الآتية :

1-هنالك "المحكمة الإدارية" وهي مؤسّسة ذات صبغة متشعّبة يرجع لها الاختصاص المبدئي في النّزاعات الإدارية.

2-وهنالك محاكم إداريّة دنيا تعمل في بعض المواد الإدارية تحت رقابة المحكمة الإدارية.

3-وهنالك محاكم إداريّة دنيا مستقلّة، سنذكرها للاستفادة، رغم أنّها خارجة عن تعريف القضاء الإداري الضّيّق الذي قدّمناه. والسبب الذي يحملنا على ذكرها، أنّ إخراجها عن رقابة المحكمة الإدارية، ليس من طبيعة الأشياء، وإنّما هو من باب الاستثناء التّشريعي الذي لا يبرّره محض المنطق القانوني.

4-ولدينا نظام خاص لفضّ التنازع في الاختصاص بين الهرم القضائي العدلي والمحكمة الإدارية.

الفصـــل الأوّل
المحكمـــة الإداريـــة

الأفكار الرّئيسيّة التي أشرفت على إصلاح 3 جوان 1996 تتمثّل فـــي النّقاط الآتية :

1.توحيد مادّة النّزاعات الإدارية.

2.إرقاء المحكمة الإدارية من مجرّد محكمة عليا كما كانت في النّصّ الأصلي لقانون غرّة جوان إلى هرم قضائي متكامل.

3.إسناد الاختصاص المبدئي للمحكمة الإدارية وتوسيعه.

4.اختصار وتبسيط الإجراءات في مادّة تجاوز السّلطة.

5.تغيير هيكلة المحكمـــة الإداريـــة وإحـــداث الـــدّوائر الابتدائيّـــة و الاستئنافيّة. أمّا القانون عدد 79 لسنة 2001 المؤرّخ في 24 جويليـــة 2001 فقد أكمل هيكلة المحكمة طبقا لمقتضيات إصلاح 1996، فأحـــدث الـــدّوائر التّعقيبيّة وغيّر اختصاص الجلسة العامّة التي كانت تنظر في التعقيب سابقا.

وأخيرا صدر القانون الأساسي عدد 11 المؤرّخ فـــي 4 فيفـــري 2002 وألغى الفصل 3، فأدخل الطّعن بتجاوز السّلطة ضـــدّ الأوامـــر ذات الصّـــبغة التّرتيبيّة وأكّد المعيار المادّي فتحوّل الفصل 3 من المعيار العضوي إلى المادّي.

سنتعرّض فيما يلي إلى ولاية المحكمة الإدارية ثمّ إلى هيكلة المحكمة.

الفقـــرة الأولـــى
ولايـــة المحكمـــة الإداريـــة

كما أسلفنا يسعى إصلاح 3 جوان 1996 ثمّ إصلاح 2001 و2002 إلى توحيد المادّة النّزاعيّة وتوسيع الاختصاص، ومن جهة أخرى، إلـــى تكـــريس اختصاصات المحكمة على ضوء فقه قضائها طوال العشرين سنة السّابقة.

1- توحيـــد النّزاعـــات الإداريـــة تحـــت رقابـــة المحكمـــة الإداريـــة وتوسيـــع نطاقهـــا

أكّد القانون ضمنيّا أنّ المحكمة الإدارية كما كانت تقول بنفســـها، لهـــا ولاية عامّة في المادّة الإدارية. فاختصاص المحكمة مبدئي وشامل، يلوح ذلك من خلال الفصل 2 جديد من قانون غرّة جوان الذي ينصّ على أنّ المحكمـــة تنظر في "جميع النّزاعات الإدارية"، كما يظهر من الفصل 17 الـــذي يـــنصّ على أنّ المحكمة، بجانب اختصاصها في تجاوز السّلطة والمسؤوليّة، "تنظـــر في جميع الدّعاوي ذات الصّبغة الإدارية". كما أنّ الفصل 3 جديد (قانون عدد 11 لسنة 2002) تبنّى صيغة عامّة وشاملة بالنّسبة لتجاوز السلطة فجاء فيه : "تختصّ المحكمة الإدارية بالنّظر في دعاوى تجاوز السلطة التي ترفع لإلغـــاء المقرّرات الصّادرة في المادّة الإدارية".

وعلى هذا الأساس يصبح اختصاص المحكمة مبدئيّا لا يســـتثنى منـــه شيء إلاّ بقانون خاص. فقطاع المسؤوليّة، الذي كان مـــن أنظـــار المحـــاكم العدليّة الابتدائيّة سابقا، تحوّل إلى الدّوائر الابتدائيّة للمحكمة الإداريـــة طبقـــا للفقرة الثانية من الفصل 17. والمسؤوليّة تشمل الأضـــرار المترتّبـــة عـــن الأعمال الإدارية غير الشرعيّة، أو من جرّاء[106] الأشغال العموميّة، أو مـــن جرّاء أضرار غير عاديّة مترتّبة عن الأنشطة الخطرة التي تقوم بها الإدارة، أمّا في نطاق تجاوز السّلطة فإنّه اتّسع إلى الأوامر التّرتيبيّة.

---

[106]- ولا "من أجل" كما صرّح القانون عدد 39.

وهكذا أدخل القانون عدد 39 في التّشريع التونسي تمييزا بين المسؤوليّة التّقصيريّة المبنيّة على الفعل المخطئ النّاتج عن قرار إداري غير شرعي أو عمل مادّي مهما كان، أو الإحجام عن القيام بعمل من قبل الإدارة، والمسؤوليّة الموضوعيّة المبيّنة على مجرّد وجود الفعل الضّار والعلاقة السّببيّة بينه والضّرر، بدون التفات للخطأ. وكانت المحكمة الإدارية ابتكرت هذا التّمييز في فقه قضائها السّابق[107].

ومن دلائل توحيد النّزاعات الإدارية تحت رقابة المحكمة الإدارية سحب القانون عدد 38 الاستيلاء على العقارات من نظر المحاكم العدليّة. وكذلك فعل بالنسبة لمسؤوليّة الدّولة عوضا عن أعضاء التعليم العمومي. وهكذا أصبحت كلّ المادّة النّزاعيّة التّعويضية من اختصاص المحكمة الإدارية.

ولابدّ أن نذكر من جملة السّعي إلى توحيد النّزاعات الإدارية انضمام الطّعن بتجاوز السلطة إلى القضاء الكامل الحقوقي من حيث الاختصاص والإجراءات، ما عدا بعض الاستثناءات.

2- تكريس اختصاص المحكمة الإدارية على ضوء فقه قضائها السّابق

مع مرور الزّمن وتدعيم التّجربة برزت بعض النّقائص في قانون غرّة جوان. فقام مشرّع 1996 بعدّة إصلاحات ترمي إلى تحسين القانون وتكميله، مستمدّة بعض القواعد الجوهريّة، وبالخاصّة في القانون عدد 39، من فقه قضاء المحكمة الإدارية طوال العشرين سنة الماضية. فبجانب الأحكام الهامّة المبتكرة، مثل آجال الطّعن بتجاوز السّلطة، واعتراض المحكوم عليه غيابيّا وتأجيل تنفيذ القرار الإداري، وأحكام القضاء الاستعجالي الذي أفرد له باب جديد وهو الباب السّابع، أدرجت بعض الأحكام الجديدة في القانون عن

[107]- (12 مارس 1990، م.ع.ن.د ضدّ المنجي البلغوثي، المجموعة، ص 314. وقرار 21 جوان 1989، شركة نيوين بروديكسيون ضدّ وزارة الشّؤون الثقافيّة، المجموعة، ص 180). انظر في هذا الصّدد، محمّد صالح بن عيسى،
« *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute dans la jurisprudence du Tribunal administratif tunisien* », Mélanges René Chapus, p. 55.

طريق التّقنين من فقه قضاء المحكمة الإدارية، وهذا هو شأن توقيف تنفيذ الأحكام القضائيّة، واعتراض الغير.

3- توسيع الدّور الاستشاري للمحكمة الإدارية[108]

في النّص الأصلي لقانون غرّة جوان، كان الدّور الاستشاري مقصورا على الأوامر التّرتيبيّة. ثمّ وقع توسيع الدّور الاستشاري[109] إلى مشاريع النّصوص الأخرى، وكافة المواضيع التي تقتضي في شأنها النّصوص استشارة المحكمة وإلى المشاريع المعروضة عليها من قبل الحكومة.

وقد دعّم المشرّع بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 1996، تنظيم الهياكل الاستشاريّة، مواكبا توسيع الدّور الاستشاري للمحكمة. فصار النّظام الهيكلي على النّحو الآتي ذكره : الدّوائر الاستشاريّة المتركّبة من رئيس الدّائرة، ورؤساء الأقسام الاستشاريّة وعضوين، ثمّ الجلسة العامّة الاستشاريّة المتركّبة من الرّئيس الأوّل ورؤساء الدّائر الاستئنافيّة والاستشاريّة، ورؤساء الأقسام الاستشاريّة. وتتداول الجلسة العامّة عن إحالة من الرّئيس الأوّل في المشاريع التي نظرت فيها الدّوائر الاستشاريّة والتي تثير مسائل قانونيّة جوهريّة.

ولعلّ المنتظر من تدعيم هيكلة الوظيفة الاستشاريّة، أن تصبح المحكمة المستشار القانوني الحقيقي والفعلي للحكومة.

[108]- أحمد بن حميدة، الوظيفة الاستشاريّة للمحكمة الإدارية وإعادة تنظيم القضاء الإداري، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، سبق ذكره. ص 111.

[109]- بمقتضى القانون الأساسي عدد 67 المؤرّخ في 21 جويلية 1983 والمنقّح للفصل الرّابع من قانون غرّة جوان.

الفقـــرة الثانيـــة
هيكلـــة المحكمـــة الإداريـــة

1- طبيعـــة المحكمـــة الإداريـــة الهيكليّـــة

أدخل القانون عدد 39 لسنة 1996، تحويرات جذريّـــة فـــي هيكليّـــة المحكمة الإدارية. فجعل منها هيكلا ذا طبيعة مزدوجة، فيـــه مـــن طبيعـــة المحكمة التّقليديّة، وفيه من طبيعة الهرم القضائي المتكامل[110].

فبالمعني التّقليدي تعتبر المحكمة الإدارية محكمة استدراكيّة خارجيّـــة، بالنّسبة للمحاكم الإدارية الدّنيا الرّاجعة لمراقبتها استئنافيّا (لجنة المنافسة)، أو تعقيبا، محكمة الاستئناف العدليّة في النّزاعات المهنيّة. واليوم وطبقا للفصـــل 54 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّـــة[111] فـــي النّزاعـــات المتعلّقـــة بالاعتراضات على قرار التّوظيف الجبري أو المتعلّقة باسترجاع الأداء.

وبالمعنى الثاني، وعلى غرار مجلس الدّولة المصري. تعتبر المحكمة نظاما قضائيّا مركزيّا متكاملا يحتوي على الطـــور الابتـــدائي والاســـتئنافي وعلى التّعقيب، وتكون الهياكل القضائيّة التي تتولّى هذه المهام، مجرّد هيئات فرعيّة في هرم قضائي موحّد، كما ورد ذلك في الفصل 2 جديد من قـــانون غرّة جوان : "تنظر المحكمة الإدارية بهيئاتها القضائيّة المختلفة..." ؛ ويعني ذلك أن الهيئات أجزاء متسلسلة وأنّ المحكمة الإدارية هي الأصـــل الجـــامع الهرمي. فمن هذه النّاحية بإمكاننا أن نعتبر أنّ المحكمـــة الإداريـــة جهـــاز قضائي تام، يقابل وحده الجهاز القضائي العدلي. وأكبر دليل على ذلك هـــو

[110]- سنية بن عمّار بجاوي، تنظيم مرجع النّظر القضائي للمحكمة الإدارية، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، ص 126.

[111]- القانون عدد 82 المؤرّخ في 9 أوت 2000. رر، 11 أوت 2000، عدد 64، ص 2071 وما بعدها.

القانون عدد 38، المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة من جهـــة، وهو الهرم الأوّل، والمحكمة الإدارية، التي تمثّل الهرم المقابل[112].

2- الهيئـــات القضائيّـــة

تتركّب المحكمة من ثلاثة أنواع من الهيئات الحكميّة : دوائر ابتدائيّة، ودوائر استئنافيّة ودوائر تعقيبيّة وجلسة عامّة قضائيّة.

- الدّوائـــر الابتدائيّـــة

تتفرّع الدّوائر الابتدائيّة إلى دوائر عاديّة ودوائر دوريّة ودوائر جهويّة.

-الدّوائر الابتدائيّة العاديّة بمقرّ المحكمة، تتألّف من ثلاثة أعضاء مـــن بين المستشارين المساعدين أو المستشارين عند الحاجـــة، وللـــرّئيس الأوّل للمحكمة الإدارية أن يكلّف دائرة بعقد جلسات دوريّة بمقرّ المحـــاكم العدليّـــة للنّظر في القضايا ذات الصّبغة المحلّيّة أو الجهويّة. فتصبح الـــدّائرة دائـــرة دوريّة متنقّلة.

الدّوائر الابتدائية الجهويّة، وهي دوائر متفرّعة عن المحكمة الإداريـــة، يمكن إحداثها للنّظر في النّزاعات المتعلّقة بالسّلط الإدارية الجهويّة أو المحلّيّـــة أو المؤسّسات العموميّة المقرّة بالمنطقة التّرابيّة للدّائرة، أو العقـــارات الكائنـــة بنفس المنطقة. وقد حدّد الفصل 17 جديد من قانون غرّة جـــوان اختصـــاص الدّوائر الابتدائيّة، وهو اختصاص شامل، يحتوي على قضاء تجاوز السلطة ما عدا الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة وجميع الدّعاوي الأخرى التّابعـــة للقضـــاء الحقوقي الذي سنتعرّض له فيما بعد.

ولتقييم هذا النّظام الثلاثي -دوائر عاديّة مركزيّة، دوائر متنقّلـــة، دوائـــر جهويّة ممكنة- لابدّ أن ننتظر عِبَرَ التّجربة، إلاّ أنّه بإمكاننا أن نبدي مـــن الآن بعض الملاحظات. إنّ تركيز القضاء الابتدائي بالمحكمة الإداريـــة، حتّـــى وإن

[112]- فهي حسب عبارة الأستاذ محمد العربي فاضل موسى : "محكمة فدراليّة ذات نظام رئاسيّ وتمثّل بذلك هرما قضائيّا من نوع خاص". ملتقى إصلاح القضاء الإداري، سبق ذكره، ص 31.

واكبته لا مركزيّة ممكنة تتمثّل في الدّوائر المتنقّلة والـدّوائر الجهويّـة، يمثّـل بالنّسبة للمتقاضي وفي مادّة القضاء الحقوقي خطوة إلى الـوراء، حيـث كـان بإمكان المتقاضي أن يحتكم إلى محكمة قارّة قريبة من مركز مصالحه أو سكناه بدون قيد، وهو اليوم مجبر على تقديم دعواه الابتدائيّة بالعاصمة، إلاّ ما عسـى أن يحدث من دوائر متنقّلة أو جهويّة.

-الدّوائـر الاستئنافيّـة

تتألّف الدّوائر الاستئنافيّة من ثلاثة أعضاء من بـين المستشـرين أو المستشارين المساعدين عند الاقتضاء. ولا يجوز لعضو أن يكون قد سبق له النّظر في القضيّة ابتدائيّا.

وقد حدّد الفصل 19 جديد من قانون غرّة جوان اختصاص الـدّوائر الاستئنافيّة على النّحو التّالي :

- استئناف الأحكام الابتدائيّة الصّادرة عن المحاكم العدليّة فـي المـادّة الإدارية، إلاّ ما وقع استثناؤه بقانون خاص لفائدة المحاكم العدليّة.
- استئناف الأحكام الاستعجاليّة الصّادرة عن المحاكم العدليّة.
- استئناف الأحكام الاستعجاليّة الصّادرة في المادّة الإدارية، لاعتبار أنّ الفرع يتبع الأصل.

وتنظر ابتدائيا في دعاوي تجاوز السّلطة المتعلّقـة بـدعاوي تجـاوز السّلطة ضدّ الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة.

-الدّوائـر التّعقيبيّـة

أحدث القانون عدد 79 لسنة 2001 دوائر تعقيبيّة متكوّنة من رئـيس وعضوين من بين المستشارين. ومختصّة بالنّظر في الطّعون ضدّ الأحكـام النّهائيّة (أو بالأحرى "النّهائيّة الدّرجة").

-الجلسـة العامّـة القضائيّـة

قبل تحوير سنة 2001 (القانون عدد 49) كانت الجلسة العامّة مختصّة في مادّة التّعقيب أمّا اليوم فلها اختصاصات جديدة طبقا للفصل 21.

تنظر تعقيبا في الطعون ضدّ الأحكام النّهائيّة الدّرجة والتـي تقتضـي توحيد الآراء القانونيّة بين الدّوائر التعقيبيّة أو التي تخوض في مسائل قانونيّة جوهريّة وكذلك في الصّور المشار إليها بالفصل 75 من هذا القانون".

الصّورة الأولى : "الأحكام التي تقتضي توحيد الآراء القانونيّـة بـين الدّوائر التّعقيبيّة".

تفترض هذه الصّورة أنّ هنالك اختلاف معلوم بين الدّوائر التّعقيبيّة في الحلول القانونيّة لبعض المشاكل. وترفع القضيّة للجلسة العامّة إمّا بمقتضـى حكم في التّخلّي صادر عن الدّائرة التّعقيبيّة أو بقرار معلّل يتّخـذه الـرّئيس الأوّل قبل جلسة المرافعة.

الصّورة الثانيـة : "...أو التي تخوض في مسائل قانونيّة جوهريّـة". لا تفترض هذه الصورة اختلافات بين الدّوائر التّعقيبيّة بل شعورا من قبل الدّائرة أنّها بصدد البتّ في موضوع قانوني عويص يستوجب تدخّل الجلسة العامّة.

الصّورة الثالثـة : افتراض الفصل 75 من القانون. "إذا خالف حكـم محكمة الإحالة ما قرّرته الجلسة العامّة أو الدّائرة التّعقيبيّة وتمّ الطّعن في هذا الحكم لنفس السبب الذي وقع من أجله النقض أو لغير ذلك السبب فإن الجلسة العامّة تتعهّد بالنّظر في هذا الطّعن. وإذا رأت نقض الحكم المطعون فيه من جديد فإنّها تبتّ في الأصل". تتمثّل هذه الصّورة في أنّ الجلسـة العامّـة أو الدّائرة التّعقيبيّة أصدرت حكما في النّقض وأحالت القضيّة للمحكمـة التـي نظرت فيه نهائيّا فقضت محكمة الإحالة بخلاف ما قرّرته الجلسة العامّـة أو الدّائرة التّعقيبيّة ورفع طعن جديد ضدّ القرار النّهائي ورأت الجلسة العامّة أنّه يستحقّ النّقض فإنّها تقضي في الأصل بدون إحالة.

-و"تنظر استئنافيّا في الأحكام الصّادرة عن الدّوائر الابتدائيّة في مادّة تجاوز السّلطة والتي تقتضي توحيد الآراء القانونيّة بين الدّوائر الاستئنافيّة". في هذه الصّورة تتصرّف الجلسة العامّة كمحكمة استئناف، عند اختلافات بين الدّوائر الاستئنافيّة في مادّة تجاوز السّلطة. فالشروط هي الآتية :

- ورود اختلاف معلوم بين الدّوائر الاستئنافيّة
- مادّة تجاوز السلطة لا غير
- تخلّي دائرة الاستئناف أو قرار معلل من قبل الرّئيس الأوّل.

-وتنظر استئنافيّا في الأحكام الابتدائيّة الصّادرة عن دوائر الاستئناف في مادّة تجاوز السلطة المتعلّقة بالأوامر ذات الصّبغة الترتيبيّة.

خلاصة

الجلسة العامّة لها وظائف ذات طبيعة متعدّدة :

1)الجلسة العامّة تحلّ محلّ الدّوائر التعقيبيّة بغية توحيد فقه القضاء أو حلّ إشكال اعترض الدّائرة.

2)الجلسة العامّة تحلّ محلّ الدّوائر الاستئنافيّة لنفس الغاية.

3)الحكم في الأصل.

4)الجلسة العامّة تحلّ محلّ الدّوائر الاستئنافية في مادّة تجاوز السّلطة بغية توحيد فقه القضاء بين الدّوائر الاستئنافيّة.

5)وتنظر استئنافيّا في مادّة تجاوز السّلطة في الأحكام الصّادرة ابتدائيّا عن الدّوائر الاستئنافيّة والمتعلّقة بالأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة.

الفصل الثاني
المحاكم الإدارية الدّنيا المراقبة

المحاكم الإدارية الدّنيا صنفان. الأوّل يرجع لمراقبة المحكمة الإدارية استئنافيا، طبقا للفقرة الثانية من الفصل 19 جديد من قانون غرّة جوان، والثاني للمراقبة التّعقيبيّة (الفصول 11 إلى 13 من قانون غرّة جوان). وهنالك محاكم إداريّة دنيا ترجع لمراقبة المحاكم العدليّة.

الفقرة الأولى
المحاكم الإدارية الدّنيا الخاضعة لرقابة المحكمة الإدارية استئنافيّا

يبدو أنّ المحاكم المدنيّة المشار إليها بالفصل 19 من قانون غرّة جوان، وبعد تحويل النّزاعات المتعلّقة بالتّعويض إلى المحكمة الإدارية، هي المحاكم العدليّة الابتدائيّة النّاظرة في نوازل الانتزاع من أجل المصلحة العامّة، طبقا لقانون 11 أوت 1976، المتعلّق بالانتزاع من أجل المصلحة العامّة ولكن ألغي العمل به بمقتضى القانون عدد 26 المؤرّخ في 14 أفريل 2003 المتعلّق

بتنقيح وإتمام القانون عدد 85 المؤرّخ في 11 أوت 1976 المتعلّق بالانتزاع للمصلحة العامّة[113].

إلاّ أنّ القانون الأساسي 70-2003 المؤرّخ في 11 نوفمبر 2003 أضاف للمراقبة الاستئنافيّة للمحكمة الإدارية القرارات القضائيّة لمجلس المنافسة التي كانت من قبل تخضع لمراقبته التّعقيبيّة. وطبقا لذلك وقع تنقيح قانون 29 جويلية 1991 المتعلّق بالمنافسة والأسعار ليكون مطابقا لقانون غرّة جوان (القانون عدد 74-2003 المؤرّخ في 11 نوفمبر 2003 [114].

الفقرة الثانية
المحاكم الإدارية الدّنيا الرّاجعة لرقابة المحكمة الإدارية تعقيبا

نكتفي بذكر أصناف القضايا الرّاجعة لرقابة المحكمة الإدارية، على أن نفصلها فيما بعد عند تحليلنا للطّعن بالتّعقيب. طبقا للفصول 11 إلى 13 من قانون غرّة جوان تنظر المحكمة الإدارية تعقيبيّا في الأصناف الآتية :

الصنف الأوّل : يحتوي على كلّ محاكم الاستئناف العدليّة في مجال استخلاص الدّيون العموميّة (الاعتراضات على السّندات التّنفيذيّة، وفي مجال التّوظيف الجبائي الجبري واسترجاع الأداء).

الصنف الثاني : المحاكم الابتدائيّة العدليّة في بعض المواد الجبائيّة (المحلّيّة، معاليم انتقال الملكيّة، المعاليم القمرقيّة...).

الصنف الثّالث : محاكم الاستئناف العدليّة في مجال المهن الحرّة.

[113]- الفصل 30 من القانون عدد 26 : "تختصّ المحاكم العدليّة بدرجاتها المبيّنة في مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة بالدّعاوي المرتبطة بالانتزاع للمصلحة العموميّة باستثناء دعوى تجاوز السلطة". (انظر كذلك الفصل 30 مكرر).

[114]- ر.ر، عدد 91، ص 3361.

الصنف الرّابع : المحاكم الابتدائيّة العدليّة في مجال التّسجيل بالقائمات الانتخابيّة.

الصنف الخامس : اللّجنة المصرفيّة البنكيّة.

-الإشكال المتعلّق باللّجان الفنيّة المكلّفة بسحب رخص السّياقة.

تحتوي مجلّة الطّرقات (القانون عدد 71 المؤرّخ في 26 جويلية 1999) على أحكام زجريّة لردع جرائم السّياقة وقد تولّت المجلّة هذه الجرائم على النّحو الآتي : مخالفات عاديّة، مخالفات خطيرة، جُنح، جنايات.

ووزّعت الاختصاص في هذا الشأن بين المحاكم الجنائيّة للنّظر في العقوبات الجنائيّة وبين السلطة الإدارية للنّظر في العقوبات الإدارية، وهو الشأن بالنسبة لعقوبة سحب رخصة السّياقة. في هذا الصّدد نصّ الفصل 95 من مجلّة الطّرقات على ما يلي ذكره :

"تتّخذ قرارات سحب رخص السّياقة من قبل الوزير المكلّف بالنّقل بعد أخذ رأي لجنة فنّية تضبط تركيبتها ومشمولاتها وطرق سيرها بأمر". يبدو من خلال هذا الفصل أنّ اللّجنة لها دور استشاري وليس لها وظيفة تقريريّة.

إلاّ أنّ الفصل 93 من نفس المجلّة نصّ على ما يلي : "تتراوح مدّة السّحب الفعلي لرخصة السّياقة من شهر إلى ستّة أشهر بالنّسبة للجنح الستة الأولى المنصوص عليها بالفصل 92 من هذه المجلّة.

وفي هذه الحالات تحجز رخصة السياقة على الفور من قبل الأعوان المكلّفين بمعاينة هذه الجرائم وتسلّم للسّائق رخصة سياقة وقتيّة صالحة لمدّة خمسة عشر يوما ويحال *المحضر* مصحوبا برخصة السّياقة في ظرف سبعة أيّام إلى اللّجنة الفنّية المختصّة التي تنظر فيه في ظرف خمسة وأربعين يوما من تاريخ ارتكاب الجريمة".

نستخلص من قراءة الفصل 92 :

أوّلا : أنّ اللّجنة تتمتّع باختصاص تقريري ("تنظر") يتعدّى إبداء الرّأي.

ثانيـــا : أنّ هنالك بوادر الوظيفة القضائيّة : وجـــود عقوبـــة، تبليـــغ المحضر.

فعلى هذا الأساس، بإمكاننا أن نقول : إنّ اللّجنة هي محكمة إداريّة دنيا.

بعد ذلك صدر الأمر التّطبيقي المؤرّخ في 18 جانفي 2000 والمتعلّـــق باللّجان الفنيّة الاستشاريّة لسحب رخص السّياقة وقد تجاوز هذا الأمر مقتضيات التّطبيق فبلغ درجة التّشريع ممّا جعله يخالف في آن واحد القانون والدّستور.

جعل الأمر المذكور من اللّجان الجهويّة هياكل شبه قضـــائيّة ابتدائيّـــة ومن اللّجنة الوطنيّة هيكلا قضائيّا استئنافيّا والدّليل هو الطّعـــن بالاســـتئناف المنصوص عليه بالفصل 4 من الأمر عدد 141.

"تجتمع اللّجنة الفنيّة الاستشاريّة الوطنيّة... للنّظر في كـــلّ المطالـــب المقدّمة من قبل السّوّاق الذين سبق لهم أن مثلوا أمام اللّجان الفنيّة الاستشاريّة الجهويّة..."وقد أكّد الفصل 4 صراحة

*أنّ المطلب هو "مطلب استئناف"

*أجل الاستئناف (شهر وهو الأجل العادي)

*المفعول غير التّوقيفي للاستئناف

كما أكّدت بعض الفصول الأخرى من الأمر بعض الأحكـــام المعتـــادة لدى المحاكم منها :

-استدعاء السّائق المخالف 15 يوما قبل انعقاد الجلسة عـــن طريـــق رسالة "مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ" (الفصل 9).

-الإطّلاع على الملف من قبل السّائق يومين على الأقل قبـــل انعقـــاد الجلسة (الفصل 12).

-حقّ الدّفاع (الاستماع للمخالف – الفصل 14).

-الحياد القضائي حيث لا يمكن للعضو الذي شارك في مداولات لجنة جهويّة أن يشارك في مداولات اللّجنة الوطنيّة بخصوص ملف معيّن. وهذا المبدأ غير مفروض على الهياكل الاستشاريّة.

• تأكيد الصّبغة التقريريّة

يتبيّن من تحرير الأمر أنّ اللّجان تصدر قرارات فعليّة فتحسب أجـــل الاستئناف "ابتداء من تاريخ إبلاغ القرار للمخالف من قبـــل اللّجنـــة الفنيّـــة الاستشاريّة الجهويّ..." (الفصل 4 ب)، وتبقى "القرارات... نافذة المفعـــول حتّى صدور قرار مخالف عن اللّجنة الوطنيّة".

كما أنّ الفصل 16 نصّ على أنّه : يقع تبليغ قـــرارات السّـــحب إمّـــا مباشرة للسّوّاق وإمّا عن طريق مراسلة رسميّة والتّبليغ المباشر لا يمكـــن أن يكون من سلطة أخرى غير اللّجنة.

إلاّ أنّ هذا الأمر بقي أسيرا للتّناقض القانوني الذي أشرنا إليه ســـابقا، التّناقض بين الوظيفة الاستشاريّة والتّقريريّة اللّتان أسندتا لنفس الهيكـــل فـــي نفس الوقت، فانجرّ عن ذلك تحرير غريب مثل "تبقى *القرارات* المتّخذة فـــي ضوء *رأي اللّجنة* الفنيّة الاستشاريّة الجهويّة نافذة المفعول حتّى صدور قرار مخالف في ضوء رأي اللّجنة الفنيّة الاستشاريّة الوطنيّة" (الفصل 4 ب) كيف يعقل أن يكون رأي استشاري في الآن نفسه قرارا نافذ المفعول ؟

فالأمر 14 هو أمر غير شرعي وغير منطقي

غير شرعي لأنّه يخالف في آن واحد القانون الذي جاء لتطبيقه والدّستور الذي أفرد لاختصاص المشرّع "الإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم".

فالمشاكل القانونيّة المتعلّقة بالأمر 14 تنحصر في المسائل الآتية :

•هل اللّجنة استشاريّة أم هي تقريريّة ؟

•إذا كانت تقريريّة، هل هي قرارات إداريّة ؟

•أم هي قرارات قضائيّة ؟

الرّاجح على ضوء ما سبق عرضه أنّ اللّجان تقريريّة فيما يتعلّق بسحب رخص السّياقة. وأنّ قراراتها من صنف القرارات القضائيّة (المادّة – الإجراءات – الاستئناف).

أنّ الأمر أقرّ مبدأ الدّرجتين حيث أنّ قرارات اللّجنة الوطنيّة في ميدان السّحب هي قرارات استئنافيّة.

وأنّه بالإمكان أن نطعن في قرارات اللّجنة الوطنيّة بالتعقيب أمام المحكمة الإدارية، نظرا إلى أنّ التّعقيب كما سنبيّنه لاحقا، طعن مفتوح ولو بدون نصّ. فاللّجنة الوطنيّة لسحب رخص السّياقة محكمة إداريّة دنيا مراقبة، ترجع مراقبتها للمحكمة الإدارية تعقيبا.

فالمحكمة الإدارية حينئذ، محكمة تعقيب بالنّسبة :

-للمحاكم الابتدائيّة (تسجيل بقائمات النّاخبين – جباية وقمارق).

-لمحاكم الاستئناف (مهن حرّة، استخلاص الدّيون).

نضيف إلى ذلك أنّ هنالك عدّة احتمالات، خارجة عن نطاق قانون جوان، تتمثّل في الصّورة التي قد يتّخذ فيها هيكل قضائي-إداري غير مسمّى قرارا ذا صبغة قضائيّة يمكن الطّعن فيه بالتّعقيب لدى المحكمة الإدارية.

الفقـرة الثالثـة
المحاكـم الإداريـة الدّنيـا الخاضعـة لرقابـة المحاكـم العدليّـة

هنالك بعض الهياكل أسند لها المشرّع النّظر في نزاعات من طبيعة إداريّة، أي أنّ المادّة التي تتدخّل فيها هذه المحاكم مادّة إداريّة. إلاّ أنّ المشرّع جعل الطعون ضدّ قرارات هذه الهياكل القضائيّة الإدارية من اختصاص المحاكم العدليّة، ولدينا بعض الأمثلة في ذلك :

***المثـال الأوّل : الهيئـة الوطنيّـة للاتّصـالات**

أحدثت الهيئة بمقتضى القانون عدد 1 المؤرّخ في 15 جانفي 2001 المتعلّق بإصدار مجلّة الاتّصالات وتختصّ في توفير خدمات الاتّصالات وإقامة وتشغيل الشبكات وتوزيع التردّدات الرّاديوفونيّة وإسناد الرّخص لكلّ ذلك. ومن اختصاصاتها "النّظر في النّزاعات المتعلّقة بإقامة وتشغيل واستغلال الشبكات".

وتركيب الهيئة مزدوج، قضائي-إداري. فهي تتألّف من :

-رئيس يعيّن بأمر

-نائب رئيس، مستشار لدى محكمة التّعقيب

-عضو مستشار لدى دائرة المحاسبات

-أربعة أعضاء من أصحاب الكفاءة

إنّ الطبيعة القضائيّة الإدارية للهيئة عند آداء وظيفتها النّزاعيّة لا شكّ فيها من حيث المعيار العضوي والمعيار المادّي. فكان من المعيّن أن يرفع الطّعن الاستئنافي لدى المحكمة الإدارية. إلاّ أنّ المشرّع نصّ في الفصل 75 من مجلّة الاتّصالات أن تكون الطّعون الاستئنافيّة من اختصاص محكمة الاستئناف بتونس.

***المثـال الثانـي : هيئـة السّـوق الماليّـة**

أحدثت هيئة السّوق الماليّة بمقتضى القانون عدد 117 المؤرّخ في 14 نوفمبر 1994[115]. وهذه الهيئة ذات صبغة مزدوجة فمن ناحية تتّخذ الهيئة قرارات ترتيبيّة عامّة وفرديّة من طبيعة إداريّة وفي هذه الصّورة لا تتصرّف الهيئة كهيكل قضائي بل كهيئة إداريّة، ومن ناحية أخرى تنظر الهيئة، طبقا للفصل 34 من القانون، في العرائض والشّكاوى وتقوم في ذلك النّطاق بالتّحقيقات والاستقصاءات اللاّزمة. وبإمكانها أن تصدر قرارات تأديبيّة

[115]- ر.ر، 1994، عدد 90، ص 1970.

صارمة تتمثّل في تسليط عقوبات تأديبيّة وماليّة على مخالفي القوانين والتّراتيب المتعلّقة بالسّوق الماليّة. ومن ذلك نستنتج أن الوظيفة القضائيّة التي تقوم بها الهيئة وظيفة قضائيّة إداريّة. ويؤكّد هذه الصّبغة القضائيّة تركيب الهيئة الذي يحتوي في حدود ثلث أعضائه على قضاة محترفين يمثّلون القضاء العدلي والمحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات. (الفصل 25). ورغم هذه الجوانب العديدة المرتبطة بالقضاء الإداري، فإنّ المشرّع وحّد نظام الطّعون ضدّ الهيئة وأسندها لمحكمة الاستئناف بتونس (الفصول 40 و42 من القانون).

وقد صدر في 25 ماي 2004 قرار عن مجلس تنازع الاختصاص (شركة ستراميكا ضدّ هيئة السّوق الماليّة) مفاده أنّ الطّعون الموجّهة ضدّ الهيئة من اختصاص محكمة الاستئناف تونس (حسب القانون) ومن اختصاص محكمة التعقيب العدليّة تعقيبا.

***المثال الثالث : الهيئة الوطنيّة لحماية المعطيات الشخصيّة**

أحدثت هذه الهيئة بمقتضى القانون عدد 63 المؤرّخ في 27 جويلية 2004 المتعلّق بحماية المعطيات الشخصيّة والذي يرمي إلى وضع ضمانات لكلّ شخص تكون معطياته الشخصيّة الجنسيّة، أو الصّحيّة، أو المدرسيّة، أو العائليّة، أو الفيزيولوجيّة، موضوع معالجة آليّة ألكترونيّة أو ميكانيكيّة أو يدويّة وتتمثّل هذه الضمانات في عدّة طرق قانونيّة وهي:

-الترخيص للمسؤولين عن المعالجات

-التّصريح من قبل المناول

-طلب الإصلاح، أو الإتمام، أو التّعديل من قبل المعني بالأمر

-الاعتراض على المعالجة من قبل المعني بالأمر

-الموافقة عن جمع المعطيات ومعالجتها من قبل المعني بالأمر

-"حقّ النّفاذ" وهو حقّ الاطّلاع وحقّ الإصلاح والتّحيين والتعديل من قبل المعني بالأمر.

والجدير بالذكر أنّ السّلط العموميّة أُعفيت من تطبيق هذه الضمانات طبقا للفصل 54 من القانون وهذا دليل بيّن على طبيعة النّظام السّياسي التّونسي.

وهذه المهام تقوم بها هيئة سمّيت "الهيئة الوطنيّة لحماية المعطيات الشخصيّة" : فهي التي تبتّ في التّراخيص والأذون والتّصريحات للقيام بعمليّات المعالجة والاعتراض وممارسة حقّ النّفاذ.

والهيئة تقوم بمهمّتين أساسيتين :

الأولي : اتّخاذ القرارات الإدارية المنصوص عليها في القانون (رخص - رفض الرّخص - تلقي التّصريحات - منع الممارسة...). فالطّعن في هذا المجال، يكون من باب الطّعن بتجاوز السّلطة مبدئيّا.

الثانية : البتّ في النّزاعات بين المسؤول عن المعالجة أو المناول وبين المعني بالأمر فيما يتعلّق بصحّة المعطيات أو بممارسة حقّ النّفاذ أو حقّ الاعتراض، طبقا لإجراءات شبه قضائيّة. ومن هذه النّاحية يكون الطّعن ضدّ الهيئة من باب الطعون القضائيّة فالهيئة هيئة قضائيّة (من حيث الإجراءات والمادّة النّزاعيّة والطّعون).

إلاّ أنّ المشرع وحّد الإجراءات وأخضعها لصنف واحد حيث نصّ في الفصل 82 على أنّ قرارات الهيئة تطعن لدى محكمة الاستئناف بتونس مع استخدام أحكام مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. أمّا التّعقيب فيقدّم لمحكمة التّعقيب.

يبقى لدينا تردّد فيما يتعلّق بطبيعة الهيئة : هل هي محكمة إداريّة دنيا أم هي محكمة عدليّة ابتدائيّة من صنف خاص ؟

غالب الظّنّ أنّها محكمة إداريّة دنيا مراقبة أسندت الطّعون في شأنها للمحاكم العدليّة وهذا لأسباب :

1-من حيث المادّة، المادّة نزاعيّة، تتعلّق بالمصلحة العامّة ولكنّها تتعلّق بالخواص. فالنّاحية المادّيّة لا تؤدّي إلى حلّ واضح. علينا أن نرجع إلى المعيار الهيكلي.

2-تركيب الهيئة يبرز فيها الجانب الإداري على ضوء الفصل 78 :

- رئيس
- عضو من مجلس النوّاب
- عضو من مجلس المستشارين
- ممثّل عن الوزارة الأولى
- قاضيين عدليين
- قاضيين من المحكمة الإدارية
- ممثّل عن وزارة الدّاخليّة
- ممثّل عن وزارة الدّفاع
- ممثّل عن وزارة تكنولوجيا الاتّصال
- باحث من وزارة البحث العلمي
- طبيب من وزارة الصّحّة
- عضو من الهيئة العليا لحقوق الإنسان والحرّيات الأساسيّة
- أخصّائي في ميدان تكنولوجيا الاتّصال

في هذه التّركيبة يتغلّب الجانب الإداري. فنستخلص من هذه التّركيبة أنّها قضائيّة إداريّة. قضائيّة : لاعتبار الإجراءات، والطّعون، والمادّة النّزاعيّة. إداريّة : لاعتبار التّركيبة.

***المثال الرّابع : المحاكم التي تنظر في قرارات الهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة**

صدرت عدّة قوانين تحمي الملكيّة الصّناعيّة وهي القانون عدد 84 المؤرّخ في 24 أوت 2000[116] والمتعلّق ببراءات الاختراع Brevets

[116]- ر.ر، 2000 عدد 68، ص 2183.

d'invention، ثمّ القانون عدد 20 المؤرّخ في 6 فيفري 2001[117] والمتعلّق بالرّسوم والنّماذج الصّناعيّة Dessins et modèles industriels، ثمّ القانون عدد 21 في 6 فيفري 2001[118] والمتعلّق بالتّصميمات الشكليّة للدّوائر المتكاملة Schémas de configuration des circuits intégrés، ثمّ القانون عدد 36 المؤرّخ في 17 أفريل 2001[119] والمتعلّق بعلامات الصّنع والتّجارة والخدمات. Marques de fabrique de commerce et de service .

والإجراء القانوني الذي ينجرّ عنه ضمان وحماية هذه الحقوق، هو إجراء الإيداع Enregistrement لدى الهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة، (أو إجراء التّسجيل).

وتنصّ جميع هذه القوانين على أنّه يتمّ الطّعن في المقرّرات الصّادرة عن الممثّل القانوني للهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة بخصوص منح البراءة أو رفضها أو بخصوص إيداع أو رفض إيداع التّصميمات الشّكليّة أو الرّسوم والنّماذج الصّناعيّة أو علامات الصّنع والتّجارة والخدمات أمام المحاكم (أو المحكمة) المختصّة. وحدّدت هذه القوانين الطّعن بشهر ابتداء من تاريخ الإعلام بالمقرّر المتنازع فيه ويكون الطّعن بمقتضى عريضة تتضمّن بعض البيانات الوجوبيّة.

ولاشكّ في أنّ القوانين المذكورة عندما نصّت على أنّ الطّعن يرفع لدى "المحاكم المختصّة" كانت تعني بذلك المحاكم العدليّة.

إلاّ أنّ طبيعة النّزاع إداريّة للأسباب الآتية : الهيكل إداري يتمتّع بصلاحيّات السّلطة العموميّة في إطار التّصرّف في مرفق عمومي ذي مصلحة عامّة. قراراته المتعلّقة بالتّسجيل : قرارات إداريّة.

[117]- ر.ر، 2001 عدد 12، ص 293.
[118]- ر.ر، 2001 عدد 12، ص 297.
[119]- ر.ر، 2001 عدد 31، ص 294.

فالطّعن من نوع الطّعون الإلغائيّة بتجاوز السّلطة. إلاّ أنّ المشرّع جعلها من اختصاص المحاكم العدليّة. فالهيكل سلطة إداريّة مراقبة راجعة لرقابة المحاكم العدليّة.

الفقرة الرّابعة
القضاء الإداري الموكول كليّا للمحاكم العدليّة

في بعض الصّور يتدخّل المشرّع لإسناد قطاع قضائي من طبيعة إداريّة مباشرة وكلّيّا للمحاكم العدليّة. وهذا هو الوضع بالنّسبة لقطاع الانتزاع وقطاع الجرايات والضّمان الاجتماعي بالنّسبة لأعوان الوظيفة العموميّة.

الفصل الثالث
المحاكم الإداريّة المستقلّة

رغم ما في ذلك من تناقض مع مبادئ الإجراءات العامّة، فإنّ المشرّع التّونسي أحدث بعض المحاكم وأخرجها عن رقابة المحكمة الإدارية. وهذه المحاكم هي محاكم إداريّة باعتبار أنّ المادّة التي تتدخّل فيها من المواد الإدارية (مادّة انتخابيّة، رخص إداريّة، إلى غير ذلك).

والأمثلة في هذا الشأن عديدة نذكر منها :

1-الدّائرة الخاصّة التي تنظر في رفض ترخيص الأحزاب السياسيّة، طبقا للفصل 10 من قانون 3 ماي 1988 المتعلّق بتنظيم الأحزاب السياسيّة. ولئن نصّ القانون على أنّ هذه الدّوائر منبثقة عن المحكمة الإدارية وأنّ إجراءاتها هي نفس إجراءات تجاوز السّلطة، إلاّ أنّ تركيبتها تجعل منها محكمة مستقلّة فهي متألّفة من :

-الرّئيس الأوّل للمحكمة الإدارية

-رئيس دائرة بالمحكمة الإدارية

-رئيس دائرة بمحكمة التّعقيب

-شخصيّتين معروفتين بكفاءتهما في الميدان السّياسي أو القانوني.

والقرارات التي تصدرها هذه الدّائرة غير قابلة للطّعن.

2-اللّجنة الخاصّة لعمليّة الانتخابات البلديّة. (الفصل 129 من المجلّة الانتخابيّة). هذه اللّجنة مختصّة في النّزاعات حول عمليّات الانتخابات البلديّة.

وهي متكوّنة من :

-قاض يعيّنه وزير العدل

-ناخبين يعيّنهما وزير الدّاخليّة باقتراح من الوالي.

ينصّ الفصل 131 من المجلّة الانتخابيّة أنّ قرارات اللّجنة "نهائيّة وغير قابلة للاستئناف".

3-تتعلّق الصّورة الثالثة بانتخابات الغرف التّجاريّة والصّناعيّة[120]. نصّ الفصل 11 من الأمر عدد 1028 المؤرّخ في 6 جوان 1988 على أنّ هنالك لجنة بكلّ ولاية تنظر في كلّ ما يتعلّق بالتّرسيم على قائمات النّاخبين وعلى العمليّات الانتخابيّة. وتركيب هذه اللّجنة إداري بحت ولكنّ نشاطها نشاط قضائي، إنّها متركّبة من :

-الوالي رئيس

-باقي ولاّة دائرة الغرفة

-ممثّل عن وزارة الاقتصاد

-ناخبين يعيّنهم رئيس اللّجنة.

وحتى وإن قبلنا، أنّ قرارات اللّجنة في مادّة التّرسيم قرارات إداريّة تخضع لتجاوز السلطة، فإنّ قراراتها في النّزاعات الانتخابيّة من صنف الأحكام القضائيّة لعدّة أسباب :

أوّلا : الصّبغة النّزاعيّة للقضايا

ثانيا : الشكليّات (حقّ الدّفاع، مبدأ الحضوريّة، الآجال)

ثالثا : الطّعن. ينصّ الأمر المذكور أنّ قرارات اللّجنة تكون قابلة للاستئناف لدى وزير الدّاخليّة في أجل ثمانية أيّام. ووزير الدّاخليّة يقوم هنا

[120]- حذفت الغرف الفلاحية بمقتضى القانون عدد 25، المؤرّخ في 15 مارس 2004، ر.ر، 2004، عدد 22، ص 630.

بدور قضائي وهو أمر لا غرو فيه في ميدان القضاء الإداري، وإن كان أمرا منكرا من النّاحية السّياسيّة.

4- قاضي النّاحية عندما يقضي نهائيّا في مادّة حوادث الشغل والأمراض المهنيّة في القطاع العمومي طبقا للفصل 43 من قانون 28 جوان 1995.

من جرّاء تشعّب المادّة، وتعدّد المحاكم الإدارية الدّنيا المستقلّة، وكثرة طرق الطّعون، يكون من المستحسن أن يتدخّل المشرّع لوضع كلّ هذه الهياكل القضائيّة تحت رقابة المحكمة الإدارية، إمّا عن طريق الاستئناف وإمّا مباشرة بالتّعقيب.

الفصـــل الرّابـــع

الازدواجيّـــة القضائيّـــة ومشكلـــة تنـــازع الاختصـــاص

منذ أن بدأت المحكمة الإدارية أعمالها قريب 1976، ظهـرت بعـض الإشكالات في مجال الاختصاص بين الجهاز العدلي والمحكمة الإدارية، وذلك من جرّاء أنّ كلّ جهاز يبتّ بنفسه في اختصاصه، دون إمكان التجاء إلى هيكل تنظيمي مختصّ في توزيع الاختصاص بين الهرمين، وفضّ التّنازع بينهمـا. وقد تعرّض المؤلّفون إلى هذه النّاحية[121]، ووقع التّفكير فـي عـدّة مشـاريع لتفاديها[122]، نظرا إلى تأثيرها السّلبي على سير القضاء وإحكام إدارته[123].

وبرزت مشاكل الاختصاص في المجالات الآتي ذكرها :

[121]– وخاصّة، توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التّونسي، الطبعة الثانية، المدرسة القوميّة للإدارة، تونس، 1995، ص 420 وما بعدها.

–عبد اللّطيف المامغلي، التّنازع الحكمي بين القضاء الإداري والقضاء العدلي، ملتقى "التعقيب"، 4–7 جويلية 1988، كليّة الحقوق، تونس،1989، ص 283.

– Kamel Gordah, «Les conflits de compétence et leur règlement», Servir, 2ème sem. 1988, n° 42, C.R.E.A, Tunis, p. 11.

Mohamed Lakhdar, «A propos des conflits de compétence, Tribunal Administratif-Cour de Cassation ; l'escalade ? », Bulletin de l'Actualité Juridique, C.E.R.P , Numéro d'essai, p. 43.

[122]– Ghazi Gherairi : *Ordres de juridiction et Conflits de compétence*, Mémoire pour l'Obtention du D.E.A de droit public et financier, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 1991-1992.

[123]- Brahim Bertégi, Organisation du contentieux et bonne administration de la justice, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, F.S.J.P.S., 2000, p. 20 et ss.

–الاستيلاء على الملكيّة الخاصّة والاعتداء المادّي[124]،

–مسؤوليّة المؤسّسات ذات الصّبغة الصّناعيّة والتّجاريّة،

–مسؤوليّة الإدارة عن حوادث المرور المتسبّب فيها سيّارات إداريّة أو غيرها، ومسؤوليّة الإدارة حلولا عن أعضاء التّعليم العمومي.

–استئناف الأحكام في المادّة الاستعجاليّة.

زيادة على تنازعات سلبيّة في الاختصاص[125]، وبقطـع النّظـر عـن النّزاعات العابرة[126].

ولحلّ هذه المشاكل، صدر القانون عـدد 38 لسـنة 1996، المتعلّـق بتوزيع الاختصاص وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص[127].

والحلول التي توخّاها القانون هي الآتي ذكرها في الفقرات التابعة.

[124]– يراجع في هذا الشأن، محمّد العجمي، الاستيلاء والاعتداء المادّي في فقه قضاء المحكمة الإدارية، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، سوسة، 1993–1994.

[125]– انظر، كمال قرداح، المرجع السّابق ذكره ص 20.

[126]– انظر، عبد اللّطيف المامغلي، المرجع السّابق ذكره ص 285

[127]– عن هذه المسائل انظر : غازي الغرايري، مجلس تنازع الاختصاص، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، سبق ذكره، ص65.

Sana Ben Achour : «La répartition légale de compétence entre les juridictions administratives et juridiciaires», colloque sur « La réforme de la justice administrative », F.S.J.P.S.T, C.P.U. 1997, op cit, p. 27. Mohsen Riahi, Développements récents de la dualité de juridiction en tunisie, Mémoire, mastère en droit public et financier, F.S.J.P.S.T., 2004-2005/

الفقـــرة الأولـــى
التّوزيـــع الإجبـــاري للاختصـــاص فـــي بعـــض المـــواد التـــي كانـــت محـــل اختـــلاف

انطلاقا من التّجربة التي ذكرناها، حدّد القانون عدد 38 متوخّيا لـــذلك منهج كتل الاختصاص Blocs de compétence، بعض المواد التـــي كانـــت محلّ تنازع بين الجهازين على النحو الآتي :

.للمحكمة الإدارية في ميدان المسؤوليّة، اختصاص عام ومبدئي يشمل المسؤوليّة التّقصيريّة وغيرها وما دخل في ظلّها، بما في ذلك الاستيلاء على الأملاك العقاريّة[128] ومسؤوليّة الدّولة عن الأضرار المتسبّب فيهـــا أعضـــاء التّعليم العمومي. كذلك، للمحكمة الإدارية النّظر في النّزاعات بين المنشـــآت العموميّة وأعوانها إذا كانوا خاضعين للنّظام الأساسي العام للوظيفة العموميّة.

•أمّا المحاكم العدليّة، وفي مادّة المسؤوليّة، فإنّها تختصّ دون ســـواها في حوادث "العربات والوسائل المتحرّكة مهما كان نوعها والرّاجعة للإدارة"، وتختصّ عامّة في قضاء المنشآت العموميّة (الدّواوين، الشركات العموميّـــة، الشّركات ذات رأس المال المخـــتلط، المؤسّســـات العموميّـــة ذات الصّـــبغة الصّناعيّة والتّجاريّة)، أي النّزاعات بين تلك المنشآت من جهـــة وأعوانهـــا وحرفائها والغير من جهة أخرى. فقضاء المنشآت العموميّة، موكول اليـــوم لاختصاص المحاكم العدليّة على الإطلاق، ما عدا الأعوان الخاضعين لقانون الوظيفة العموميّة والمواد التابعة لها مباشرة.

✱ كذلك، فإنّ المحاكم العدليّة تختصّ بالنّظر في النّزاعات بين "صـــناديق الضّمان الاجتماعي ومستحقّي المنافع الاجتماعيّة والجرايات والمـــؤجّرين أو الإدارات التي ينتمي إليها الأعوان في شأن تطبيق الأنظمة القانونيّة للجرايات وللضّمان الاجتماعي...". هذه الكتلة الاختصاصيّة الجديدة أدخلهـــا التّعـــديل

[128]– ولم يذكر القانون الاعتداء المادّي.

الوارد بالقانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرّخ في 15 فيفري 2003 والذي نقّح القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 . فبينما كان القانون عـــدد 38 الأصلي يُسند للمحكمة الإدارية النّزاعات بين الصندوق القومي للتّقاعـــد والحيطة الاجتماعيّة و منخرطيه في مادّة الجرايات والحيطـــة الاجتمـــاعيّ، وسّع تعديل 2003 هذا الاختصاص إلى جميع صناديق الضّمان الاجتماعيـــة وأوكله للمحاكم العدليّة.

وفي نفس السّياق أُحدثت مؤسسة قاضي الضمان الاجتماعي (القـــانون عدد 15 –15 فيفري 2003) وهو قاضي منفرد لدى المحكمـــة الابتدائيّـــة، مختصّ في النّزاعات المتعلّقة بتطبيق الأنظمة القانونيّة للضّمان الاجتماعيـــة في القطاعين العام والخاص...".

•وخلاصة القول إنّ مسؤوليّة الدّولة والجماعات المحليّة والمؤسّســـات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية ترجع لاختصاص المحكمة الإداريـــة، بينمـــا ترجع مسؤوليّة المؤسّسات ذات الصّـــبغة الصّـــناعيّة والتّجاريّـــة والماليّـــة والمنشآت العموميّة لاختصاص المحاكم العدليّة.

ولتعريف المنشآت العموميّة، يتعيّن مبدئيّا الرّجوع إلى قانون 1 فيفـــري 1989، كما وقع تنقيحه بمقتضى قانون 1 أوت 1994، ثمّ 29 جويلية 1996.

والمنشأة العموميّة، بقطع النّظر عن تسميتها، تحتوي على الأصـــناف الآتية:

–المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة غير الإداريـــة المحـــدّدة قائمتهـــا بأمر[129].

–الشركات القوميّة ذات رأس المال الممتلك من قبل الدّولة.

[129]– آخر أمر صدر في هذا الشأن، هو الأمر عدد 2265، المؤرّخ في 27 سبتمبر 2004 والمتعلق بضبط قائمة المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة غير الإدارية والتي تعتبر منشآت عموميّة.

-الشركات ذات رأس المال المختلط بنسبة مساهمة عموميّة بأكثر من 50%.

إلاّ أنّ معنى المنشأة العموميّة في ضوء القانون الأساسي عدد 38، لا تواكب تماما تعريف قانون 1 فيفري 1989، حيث أنّ القانون عدد 38 اعتبر، في المطلق، المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصناعيّة والتّجاريّة من بين المنشآت العموميّة، ولم يحدّدها بقائمة، ثمّ لم يعتبر جميع المؤسّسات ذات الصّبغة غير الإدارية. وهذا التّعارض بين القانونين، من شأنه أن يفتح أبوابا واسعة للنازعات في الاختصاص.

ونلاحظ من جهة أخرى أنّ المشرّع لم يوضّح مقصده على أكمل وجه. فإنّه من جهة يبسّط الأشياء عندما يسند النّظر في "مسؤوليّة الإدارة" كاملة (الفصل 1) إلى المحكمة الإدارية، وقضاء المنشآت العموميّة كاملة إلى المحاكم العدليّة[130]. ولكن نعرف، من جهة أخرى، أنّه أقرّ المعيار المادّي الذي يؤول إلى تمييز أساسي بين قضاء الإدارة والقضاء الإداري، وذلك يعني، كما أسلفنا، أنّ لا شيء يحول دون استعمال المعيار المادّي داخل كتلة اختصاص معيّنة، كأن يقول القاضي مثلا في مادّة المؤسّسات ذات الصّبغة الصّناعيّة، أنّ العمل المضرّ يخرج عن الاختصاص القضائي العدلي نظرا إلى طبيعة العمل، أو أن يجتهد في خطورة الاستيلاء، وغيرها من التأويلات. وهذا الإمكان يفتح الأبواب واسعة لإشكالات جديدة في الاختصاص.

وفعلا فإنّ مجلس تنازع الاختصاص أقرّ اختصاص القضاء الإداري في نزاعات "تتعلّق بمنشأة عموميّة رغم أنّها تشكّل حسب النّص القانوني كتلة اختصاص مسندة للقضاء العدلي. ففي قضيّة نبيل عروس ضدّ وكالة المواني، الصّادر في 4 فيفري 2003، قرّر المجلس أنّ المنشأة المذكورة "مكلّفة بتسيير وإدارة مرفق عمومي" وأنّ هذا المرفق مرتبط بصيانة الملك العام الصّناعي البحري، وأنّها تمارس الضبط الإداري. وعليه، فإنّ الحادث الذي تضرّر منه

[130]- الفصل 2 من القانون عدد 39 : "جميع النّزاعات الإدارية".

المدّعي من جرّاء اصطدام مركبه بعقود راجع لتصرّف الوكالة، يتعلّق بعمل له صلة بذلك المرفق العام وهو بطبيعته من اختصاص المحكمة الإدارية.

كذلك، في قضيّة علي بن عتيق عتيقي ضدّ الشركة الوطنيّة لاستغلال وتوزيع المياه، قرّر المجلس في قراره المؤرّخ في 11 مارس 2003، بمناسبة أضرار تسبّبت فيها إحدى قنوات الماء، أنّ الضّرر "ناتج عن التّصرّف في الملك العمومي يعتبر وفق ما استقرّ عليه رأي هذا المجلس خاضعا للقواعد المنظمة للمسؤوليّة الإدارية". ونفس الاتّجاه سلكه مجلس التّنازع فيما يتعلّق بنزاعات الشركة التونسيّة للكهرباء والغاز. (م. ت.إ، القضيّة عدد 16، 24 ماي 2000، قاسم بن عبد الجليل ضدّ الشركة التّونسيّة للكهرباء والغاز)"[131].

والشيء الذي يؤكّد أنّ طريقة كتل الاختصاص ليس لها جدوى يتمثّل في أنّ المشرّع نفسه اعترف بالتّجزئة ضمن الكتلة الواحدة، وذلك بواسطة التعديل للقانون 38 المؤرّخ في 15 فيفري 2003. فبعدما أُسند النّظر في النّزاعات بين الصّناديق ومنخرطيها إلى المحاكم العدليّة كما أسلفنا، أورد المشرّع استثناءات لفائدة المحكمة الإدارية وهي تتعلّق، أوّلا بالمقرّرات القابلة للطّعن بتجاوز السّلطة ثمّ، ثانيا، "الدّعاوي المرفوعة ضدّ الدّولة في مادّة المسؤوليّة الإدارية...".

[131]- Ghazi Gherairi : «*Ombre et clarté, dans la jurisprudence du conseil des conflits de compétence* », communication au colloque de la F.S.J.P.S.T., 5-6 mars 2004, *L'évolution contrasté du contentieux administratif (publication à paraître).*

عن تدعيم المعيار المادّي لكتل الاختصاص انظر : خليل الفندري، "معايير الاختصاص القضائي من خلال فقه قضاء مجلس تنازع الاختصاص"، "ملتقى القضاء الإداري بعد إصلاحه"، 12-13 أفريل 2001، مركز البحوث والدّراسات الإدارية، المدرسة الوطنيّة للإدارة، ص 273.

الفقـــرة الثانيـــة
تأكيـــد الموانـــع الخاصّـــة المفروضـــة علـــى المحاكـــم العدليّـــة

ينصّ الفصل 3 من القانون عدد 38 على ما يلي :

"ليس للمحاكم العدليّة أن تنظر في المطالب الرّامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو إلى الإذن بأيّ وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيـــل عمـــل الإدارة أو تعطيل سير المرفق العمومي".

هذا الفصل تأكيد لمبدأ تفريق السلطتين، ورجوع إلى منطق منشور 27 نوفمبر 1888، ولكن في نطاق جديد، وهو نطاق الازدواجيّة القضائيّة. هـــذه الموانع كانت فاقدة المعنى في نطاق قانون غرّة جوان الأصلي، كما بيّنّاه فـــي الطبعة الأولى (ص81 و 82). أمّا اليوم وفي الإطار الازدواجي التّام، فإنّهـــا تستردّ معناها وتبريرها. وتتعلّق هذه الموانع أساسا بمـــادّة الإلغـــاء وبتعطيـــل العمل الإداري أو المرفق العمومي، أي بتوقيفه، أو الأمر بإنجازه أو تغييـــره. ولا تمنع مبدئيّا الدّفع باستثناء اللاّشرعيّة، إذ أنّه ليس بالإلغاء ولا بالتعطيـــل. ولعلّ تكريس الازدواجيّة سيؤول إلى ظهور المسائل التّوقيفيّة في المستقبل[132].

الفقـــرة الثالثـــة
التّنـــازع الإيجابـــي فـــي الاختصـــاص

أ- مبدئيّا يعني التّنازع الإيجابي في الاختصاص أنّ محكمـــة عدليّـــة بصدد البتّ في قضيّة، وأنّ السلطة الإدارية اعتبـــرت أنّ القضـــيّة إداريّـــة وخارجة، بهذا الاعتبار، عن اختصاص المحاكم العدليّة، على أساس تفريـــق

[132]- عن المسائل التّوقيفيّة، انظر : الفصل الثاني، من الباب الأوّل، من القسم الخامس.

السلطتين. فأشعرت المحكمة العدليّة بذلك وأصرّت المحكمـــة علـــى إثبـــات اختصاصها. من هنا يتولّد تنازع إيجابي في الاختصاص. يحتاج إلى إجـــراء قانوني معيّن لفضّه، أي لمعرفة هل أنّ السّلطة القضائيّة العدليّـــة مختصّـــة للنّظر في تلك النّازلة المخصوصة أم لا. فاحتمال التّنـــازع الإيجـــابي فـــي الاختصاص غير مرتبط مباشرة وبصفة حتميّة بالازدواجيّة القضائيّة، وقد تمّ إحداث الإجراء الكفيل بفضّ التّنازع بفرنسا قبل إنشاء الازدواجيّة القضـــائيّة بكثير، في الوقت الذي كانت فيه السلطة التنفيذيّة تنظر بنفسها في الإشـــكال عن طريق مجلس الدّولة النّابليُوني، بعدما كانت نظرت فيه السّلطة التّشريعيّة عن طريق محكمة النّقض في ظلّ دستور 1791، وفي عهد تاريخي سابق.

الطريقة العمليّة المتوخّاة اليوم بفرنسا لحلّ إشكال التّنازع في الاختصاص تتمثّل في المراحل الآتية :

-توجيه مذكّرة في نفي الاختصاص من قبل الـــوالي Préfet، ممثّـــل الإدارة، للمحكمة المعيّنة.

-توقيف البتّ وجوبا من قبل المحكمة للنّظر في اختصاصها.

-وفي حالة تأكيد المحكمة اختصاصها بحكم مستقلّ، تأجيل البتّ إلـــى مدّة خمسة عشر يوم من تبليغ الحكم للوالي.

-رفع التّنازع لمحكمة النّزاعات بمقتضى قرار صادر عن الوالي وفي غضون الأجل المذكور سابقا.

-قرار محكمة النّزاعات إمّا بإلغاء قرار الوالي، وإمّا بتأييده. وترتيبـــا عليه تستأنف القضيّة أمام المحكمة المتعهّدة بها سابقا فـــي الصّـــورة الأولى، وتتخلّى المحكمة عن النّظر في الصّورة الثّانية.

ب- أحدث القانون عدد 38 مجلسا مختلطا أطلق عليـــه إســـم "مجلـــس تنازع الاختصاص"، وهو متركّب من ستّة أعضاء (من بين رؤســـاء الـــدّوائر والمستشارين) يقع اختيارهم بالتّناصف بين أعضاء المحكمة الإدارية ومحكمة التّعقيب. (ويرأسه بالتّداول الرّئيس الأوّل لمحكمة التّعقيب أو للمحكمة الإدارية،

ويعيّنان لمدّة سنتين بأمر). وأثناء هذه المدّة لا ينفكّ أعضاء مجلس التّنازع عن مهامهم الأصلية.

وقد بيّن الفصل السابع من القانون عدد 38 الإجراء الذي يقع بمقتضاه فضّ النّزاع : "يمكن للمكلّف العام بنزاعات الدّولة، والجماعات المحليّة، والمنشآت العموميّة في القضيّة التي يكونون فيها طرفا، أن يدفعوا في مذكّرة مستقلّة ومعلّلة بعدم اختصاص إحدى المحاكم العدليّة للنّظر في هذه القضيّة[133]، استنادا إلى رجوع النّظر فيها إلى المحكمة الإدارية.

وتقدّم المذكّرة بعد إطّلاع الأطراف الأخرى[134] عليها ولا تقبل بعد حجز القضيّة للمفاوضة.

وتصدر المحكمة المتعهّدة حكما معلّلا يقضي بإرجاء النّظر في القضيّة، وإحالة ملفّها على مجلس التنازع، ولا يقبل هذا الحكم أي وجه من أوجه الطّعن ولو بالتّعقيب.

ولا يمكن تقديم الدّفع المنصوص عليه بهذا الفصل أمام محكمة التعقيب.

ترجع المبادرة في نزاعات الدّولة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية للمكلّف العام بنزاعات الدّولة، وهو الممثّل الشرعي الوحيد للدّولة والمؤسّسات ذات الصّبغة الإدارية لدى القضاء في القضاء الكامل[135].

---

[133]- وقضى مجلس تنازع الاختصاص أنّ عدم توجيه هذه المذكّرة من قبل م.ع.ن.د، أو من قبل الجماعة المحليّة، أو المنشأة العموميّة يؤدّي إلى عدم قبول المطلب المرفوع مباشرة للمجلس. م.ت.إ، عدد 1، 6 ماي 1999 .
كما لا يجوز الإحالة التّلقائيّة من قبل المحكمة العدليّة المتعهّدة، فيحكم بعدم قبول الإحالة.
م.ت.إ، عدد 12، 8 مارس 2000.
م.ت.إ، عدد 14، 19 أفريل 2000.
م.ت.إ، عدد 15، 19 أفريل 2000.
فلا يعني "الدّفع" مجرّد وسيلة دفاعيّة يقع تضمينها في المذكّرات العاديّة التبادليّة بين الأطراف بل "مذكّرة مستقلّة" لهذا الغرض. مجلس التّنازع، 13 مارس 2001، مسعود بوحربة ومن معه/الشركة القوميّة لاستغلال وتوزيع المياه (قضيّة عدد 31).
[134]- الإخلال بهذا الإجراء يترتّب عليه عدم قبول الإحالة، مجلس تنازع الاختصاص، القضيّة عدد 22 ، 27 فيفري 2001، الجيلاني والي ضدّ الدّيوان الوطني للتطهير.
[135]- طبقا لقانون مارس 1988.

ومبرّر هذا الإجراء يتمثّل في عدم اختصاص المحكمة العدليّة حسب تقدير الذي قام بالمبادرة لسبب من الأسباب، مثل التّهيء لخرق موانع الفصل 3 من القانون عدد 38 من قبل المحكمة المتعهّدة أو عدم الاختصاص المادّي لاعتبار أنّ المادّة كلّها ليست من اختصاص المحاكم العدليّة.

أمّا الإجراء المتّبع في هذه الصّورة، فهو "الدّفع" بعدم الاختصاص حسب صريح القانون. ويقدّم هذا الدّفع في مذكّرة مستقلّة ومعلّلة بعد عرضها على الأطراف الآخرين للإطّلاع عليها، وقبل حجز القضيّة للمفاوضة.

ج- في نطاق مبادئ المرافعات يعتبر الدّفع بعدم الاختصاص المقدّم من أحد الخصوم (وهو عادة المدّعي عليه) إجراء مؤقّتا يفرض على المحكمة أن تبتّ مسبقا في اختصاصها. ولكن هذا الإجراء ليس له مفعول توقيفي إجباري، حيث أنّه يرجع للمحكمة إمّا أن تنظر فيه في حكم مستقل قابل للطّعن، أو في الحكم في الأصل إذا استقرّ عندها أنّها مختصّة. فإمّا أن تتخلّى عن النّظر، وإمّا أن ترفض الدّفع فتواصل النّظر في الأصل. أمّا في القضاء الإداري الفرنسي وفي نطاق التّنازع الإيجابي، فإن نفي الاختصاص له أثر أقوى يؤول إلى تعطيل النّظر حتّى تنظر محكمة النّزاعات في الأمر، مع العلم أنّ القائم بنفي الاختصاص هي سلطة إداريّة (الوالي) خارجة عن النّزاع.

وأمّا في القانون الحالي التّونسي، فإنّ المذكّرة في نفي الاختصاص الصّادرة عن أحد الخصوم في القضيّة (وهو حكم غير منطقي كما سنبيّنه بعد قليل)، تثير إشكالا عويصا. فإمّا أن نفهم أن ليس لها مفعول توقيفي وجوبي، وإمّا أن نفهم العكس.

الافتراض الأوّل بعيد عن كيفيّة تحرير الفصل السابع من القانون عدد 38، علاوة على أنّه يجعل المحكمة المتعهّدة تتحكّم في الإجراء بدون قيد، تحيل الملف على مجلس التّنازع متى قدّرت، وتمتنع متى شاءت، مع العلم وأنّ المحاكم لها نزعة طبيعيّة لإثبات اختصاصها في غالب الأحيان، ومع العلم أنّ هذا التّأويل لا يتماشى وتفريق السلطتين، ولا الملابسات التي أحاطت

بإصلاحات 3 جوان 1996 والمتّجهة نحو تكريس الازدواجية القضائيّة الإدارية وتوحيد مادّة النّزاع الإداري تحت إشراف المحكمة الإدارية.

أمّا الافتراض الثاني، فإنّه يعني أنّ الدّفع بعدم الاختصاص له أثر توقيفي آلي وإجباري، حيث لا تكون للمحكمة أيّ فرصة للنّظر في اختصاصها، ولكنّها مجبرة على أن تصدر "حكما يقضي بإرجاء النّظر في القضيّة وإحالة ملفّها على مجلس التّنازع...". والإحالة هنا آليّة من محكمة إلى محكمة، وليس للأطراف أيّ دور في الاحتكام لمجلس التّنازع. وفي هذه الصّورة من حقّ المتأمّل أن يلاحظ أنّ الطابع الآلي والإجباري يفقد حكم المحكمة كل معنى، لأنّ الحلّ معروف سابقا، والمحكمة ليست مخيّرة. الحلّ الوحيد هو تأجيل النّظر في انتظار حكم مجلس التّنازع. فما معنى التّعليل مع عدم الاختيار؟ وما هو منطق هذا النّظام سوى منطق القاضي الأسير؟

إنّ الإخلال بمنطق المرافعات يتمثّل في الخلط بين دفع الخصوم بعدم الاختصاص، وهو إجراء عادي لا يقيّد القاضي مطلقا، بل يفتح له باب التّأمّل في اختصاصه، والتّنازع الإيجابي، وهو دفع من نوع آخر، موضوعي وخارجي، له إزاء القاضي أثر توقيفي مطلق. فأخذ المشرّع التونسي بالإجراء الأوّل، ورتّب عليه آثار الثاني، بفضل أسلوب منخرم.

ثمّ نرجع إلى مسألة المبادرة في انطلاق هذا الإجراء. إذا فهمنا الأحكام طبقا للافتراض الثاني، نكون قد وضعنا المبادرة بدون قيد لخدمة صنف واحد من الخصوم وفائدته. وفي ذلك وسيلة للمماطلة يستغلّها خصم واحد وهو نائب الدّولة أو المؤسّسة العموميّة الإدارية أو غيرها من السلط الإدارية، لربح الوقت والتعطيل، وقد أصبح بفضل آلية وإجباريّة التّأجيل والإحالة، هو الخصم والحكم. فكان من المتعيّن على المشرّع أن يُسند المبادرة لسلطة إداريّة خارجة عن النّزاع، وتمثّل الإدارة، تمثيلا موضوعيّا، هدفه الدّفاع عن مبدإ من مبادئنا الدستوريّة له مساس مباشر بالنّظام العام، وهو مبدأ تفريق السلطتين، وليس هدفه حماية مصالح المتقاضين المتحامين في قضيّة عدليّة معيّنة مثل المكلّف العام بنزاعات الدّولة أو نائب أو محامي الجماعة المحلّية أو الجهويّة أو المنشأة العموميّة.

د- وقد بيّن مجلس تنازع الاختصاص فقه قضائه المتعلّق بالفصل 7 من القانون عدد 38 على النحو الآتي ذكره :

1-تخضع المذكّرة المستقلّة لشرطين أساسيّين وهي أن تكون مستقلّة، لا واردة ضمن سائر المذكّرات وأن تكون معلّلة وإذا لم يثبت من أوراق الملف أنّ الشرطين متوفرين يحكم بعدم قبول الإحالة.

2-يكون رفع النّزاع بحكم معلّل، فإذا وقع رفع النّزاع بمقتضى مكتوب إداري عادي صادر عن المحكمة، يحكم بعدم قبول الإحالة (القضيّة عدد 34، 10 أفريل 2001، صالح بن عمر الورفلّي ضدّ بلديّة السّرس).

لكن من المفروض أن نتساءل عمّا إذا أفضى مجلس التّنازع بعدم قبول الإحالة لأسباب شكليّة، هل يعني ذلك أنّ المحكمة تواصل النّظر أم هل يجوز تصحيح الإجراءات ؟

لم يجب مجلس التّنازع عن هذا السّؤال. ولدينا إجابتان : إمّا أن نأخذ بالسلطة المطلقة لقرارات المجلس فنذهب إلى القول بمواصلة البتّ في القضيّة لدى المحكمة التي أثير لديها التّنازع. وإمّا أن نذهب إلى إمكان التّصحيح لاعتبار أنّ المجلس لم ينظر بعد في موضوع الاختصاص، فيمكّنه تصحيح الاختلال بإجراء رفع التّنازل من ذلك.

ه- قرار مجلس التّنازع (الفصل 12)

يتعيّن على المجلس أن يصدر قراره في أجل أقصاه شهران من تاريخ تعهّده بالقضيّة. وتكون مداولاته بحجرة الشورى، دون مرافعة، ويبلّغ قراره للمحكمة المتعهّدة بالقضيّة. ويكون القرار ملزما على أساس السّلطة المطلقة لاتّصال القضاء. ومعنى ذلك أنّ القرار واجب الإتّباع من "قبل سائر المحاكم"، وبالخاصّة، في صورة النّزاع الإيجابي في الاختصاص، من قبل المحكمة العدليّة المتعهّدة. فإذا قضى المجلس بالاختصاص فإنّ المحكمة تواصل النّظر عند تبليغها قرار المجلس، وإذا قضى بعدم الاختصاص تصدر المحكمة في أوّل جلسة لها بعد تبليغها القرار حكما في عدم الاختصاص، ولا يقبل الحكم

أي نوع من أنواع الطّعن وتستأنف القضيّة من جديد، بآجال جديدة انطلاقا من الإعلام بالحكم.

و- وهنالك افتراض آخر يمكن إدراجه في صنف التّنازع الإيجابي في الاختصاص ولم يتعرّض إليه القانون عدد 38. إلاّ أنّنا سنتناوله في الفقـرة الرّابعة، نظرا لتعلّقه بالإجراءات الوقائيّة.

الفقـرة الرّابعـة
الإجـراءات الوقائيّـة

بجانب التّوزيع الإجباري بتوخّي كتل الاختصاص، وفضّ النّزاع الإيجابي عن طريق الدّفع بعدم الاختصاص ثمّ الإحالة على مجلس التنازع، أحدث القانون عدد 38 إجراءات وقائيّة لتفادي إشكالات الاختصاص أو وقوع نزاع سلبي في الاختصاص قد يؤول إلى نكران العدالة.

أ- الإجـراء الوقائـي لـدى الجلسـة العامّـة للمحكمـة الإداريـة[136] *أو لـدى محكمـة التّعقيـب*

تعرّض الفصل 8 من القانون عدد 38 لهذا الافتراض، وأقرّ الحكم الآتي : إذا أثار نزاع معيّن منشور لدى محكمة التّعقيب أو الجلسة العامّة للمحكمة الإدارية إشكالا جدّيا يتعلّق باختصاص الهرم القضائي العدلي أو المحاكم الإدارية، مهما كانت، يمكن للمحكمة العليا المعنيّة بالأمر، أن تحيل القضيّة على مجلس التّنازع للنّظر في المسألة والبتّ فيها بنفوذ اتّصال القضاء المطلق.

وهذه الصّورة تفترض :

[136]- ونظرا إلى أنّ الدّوائر التّعقيبيّة حلّت محلّ الجلسة العامّة فيما يتعلّق بالاختصاص التعقيبي، يترتّب عن ذلك أنّه من صلاحيّاتها أن تبادر بالإحالة مباشرة إلى مجلس التّنازع.

أوّلا : ظهور إشكال جدّي حول الاختصاص، فلا بدّ أن تثير المسألة المطروحة ريبا قويّا في ذهن القاضي المتعهّد حتّى تصبح من نوع المسائل التّوقيفيّة Questions Préjudicielles. وهذه المسألة يمكن أن تقع إثارتها من أحد الخصوم، أو يثيرها القاضي بنفسه.

ثانيـا : أن تثار هذه المسألة لدى إحدى المحكمتين العُلْيَيَيْنِ دون سواهما.

ثالثـا : أن تثار المسألة القانونيّة لأوّل مرّة، وأن لا يكـون لمجلـس التنازع سابق النّظر فيها، و إلاّ تفقد المسألة صبغها التوقيفيّة وتصبح مسـألة أوّليّة، لا توجب التّوقّف[137].

رابعـا : هذا الإجراء اختياري، وليست المحكمة مجبرة على تأجيـل النّظر.

خامسـا : إذا اقتنعت المحكمة بـأنّ هنالـك إشـكالا جـدّيا حـول الاختصاص فإنّها تصدر حكما معلّلا غير قابل لأيّ طعن يتضـمّن تأجيـل النّظر، وإحالة القضيّة على مجلس التّنازع.[138]

وليس للأطراف في هذه الصّورة أيّ دور فـي الاحتكـام لمجلـس التّنازع، وإنّما تقع الإحالة مباشرة وبالطريقة الإدارية.

إلاّ أنّ هذا الفصل الثامن من القانون عدد 38 يطرح إشكالا، حيث أنّه ينصّ في فقرته الأخيرة :

"ويرجأ النّظر في القضيّة على أن يتواصل طبقا لأحكام الفصل 12 من هذا القانون وبعد صدور قرار مجلس التّنازع".

[137]- وقضى مجلس التّنازع في هذا الشأن بعدم قبول الإحالة بمقتضى القرار الوقتي الصّادر في 26 أكتوبر 1999 عن محكمة التّعقيب في قضيّة شغب الإدارة واستيلائها على عقار، حيث سبق له أن بتّ في مثل هذا النّوع من النّزاعات وأقرّ اختصاص الجهاز الإداري في قراره عدد 3 المؤرّخ 17 أكتوبر 1999.
انظر كذلك القرار عدد 23، 27 مارس 2001 العياري ضدّ ديوان الأراضي الدّوليّة.

[138]- فإذا كانت إحالة محكمة التّعقيب دون القرار المعلّل يحكم بعدم قبول الإحالة، القضيّة عدد 28، 27 مارس 2001، عائشة الدّهماني ومن معها ضدّ م.ع.ن.د.

فإذا قضى مجلس التّنازع باختصاص المحاكم التّابعة للمحكمة التي أحالت عليه القضيّة، ينتهي الإشكال وتواصل المحكمة النّظر في القضيّة.

ولكن ماذا يحدث إذا صدر قرار ينفي الاختصاص ؟

إنّ الحكم بعدم الاختصاص يعني أنّ الجهاز الذي نظر في القضيّة، والذي على رأسه المحكمة العليا المتعهّدة، غير مختصّ. وعليه، فلا بدّ أن تنشر القضيّة من جديد لدى الجهاز القضائي المقابل من الطور الابتدائي، بعد التّصريح بعدم اختصاص قاضي الموضوع من قبل المحكمة العليا المتعهّدة.

ب- *الإجراء الوقائي لتفادي نزاع سلبي في الاختصاص قد يؤدّي إلى نكر العدالة*

هذه الصورة هي التي نصّ عليها الفصل 9 من قانون عدد 38 وتفترض :

-أنه صدر عن محكمة حكما باتا بالتخلي لعدم الاختصاص[139]، بناء على أن القضية خارجة عن اختصاص الجهاز القضائي المتعهّد.

-وأن القضية نفسها نشرت لدى محكمة تابعة للجهاز المقابل. فرأت المحكمة الثانية أن القضية من اختصاص المحكمة المتخلّية، أي أنها غير مختصة بدورها،

-فعليها وجوبا أن تحيل القضية على مجلس التنازع للنظر في مسألة الاختصاص، وأن توقف النظر في انتظار قرار المجلس الذي عليه أن يحكم خلال الشهرين من تعهّده بالقضية. فإمّا أن يقرّ المجلس اختصاص المحكمة الثانية، فتواصل هذه الأخيرة النظر في القضية، وإما أن يقرّ اختصاص المحكمة الأولى : "فإن حكمها الصادر بعدم الاختصاص يصبح ملغى"، وتستأنف القضية لديها.

[139]- فإن كان الحكم قابلا للطّعن تكون الإحالة سابقة لأوانها و"متعيّنة للردّ"، القضيّة عدد 21، 27 فيفري 2001، أحمد بن التليلي بن ساسي ضدّ وزير الصّحّة العموميّة. كذلك القضيّة عدد 35، 10 أفريل 2001، نفس الحل.

وهذه الصورة، وهي نادرة جدا في فقه المرافعات، تعنى أنه سيقع التراجع في حكم بات. فهو حينئذ من باب الطرق التراجعية. إلاّ أنّ التّراجع هنا، لم يصدر عن القاضي نفسه (وهو الحال عادة بالنسبة للطرق التراجعية) بل عن هيئة قضائية خارجية وهي مجلس التنازع، ولم يكن محرّك إجراء الأطراف بل ترجع المبادرة للمحاكم.

ج- *الإجراء الوقائي لتفادي نزاع إيجابي عملا بالفصل 8 من القانون عدد 38*

القرار الصّادر عن مجلس تنازع الاختصاص في قضيّة العيادي ضدّ المجلس الوطني لهيئة الصّيادلة في 12 جويلية 2001.

توسّع مجلس التنازع في تأويله الفصل 8 من القانون عدد 38 حتى جعل منه إجراء لتفادي تنازع إيجابي في الاختصاص متوقّع بين الهرمين القضائيين.

وهذا الوجه هو الذي نظر فيه مجلس تنازع الاختصاص في قضيّة العيّادي ضدّ المجلس الوطني لهيئة الصّيادلة (م.ت.إ، قضيّة عدد 41، 12 جويلية 2001)[140]. ورغم أنّ هذا الافتراض له صلة بالفصل 8 من القانون عدد 38، فإنّه يتجاوزه، لأنّه لا يتعلّق "بإشكال جدّي حول الاختصاص اعترض إحدى المحكمتين العُلْيَيَيْنِ وفرض عليها إحالة الملف على مجلس التنازع، بل يشمل الحالة التي يكون فيها هرم قضائي أقرّ اختصاصه في قضيّة معلومة ونشرت نفس القضيّة لدى الهرم القضائي المقابل حتى بلغت المحكمة العُليا، فارتابت لأنّها توقّعت أنّها مختصّة وأنّ الهرم المقابل غير مختص. فلو فرضنا أنّها أقرّت اختصاصها لنتج حتما عن حكمها تنازع إيجابي في الاختصاص بين الهرمين. وهذا ما وقع فعلا في قضيّة العيّادي المومإ إليها. في هذه القضيّة أقرّت محكمة التعقيب اختصاصها، إلاّ أنّ القضيّة نشرت أيضا لدى الجلسة العامّة للمحكمة الإدارية، فرأت أنّها مختصّة على أساس

[140]- انظر عن هذه المسألة غازي الغرايري :
Ghazi Gherairi, « Ombre… » Loc. cit.

الفصل 13 من قانون غرّة جوان فأحالت القضيّة على مجلس التّنازع طبقا للفصل 8 من القانون عدد 38 تفاديا لحدوث فعلي للتّنازع الإيجابي. اجتهد المجلس في تأويل الفصل 8 على النحو الآتي ذكره :

"وحيث لمّا كان مفهوم الإشكال الجدّي حول الاختصاص لا يقف عند معرفة الجهاز القضائي المختصّ للنّظر في أصل النزاع بل يتعدّاه لاجتناب كلّ تضارب محتمل بين الأحكام في صورة وجود تنازع إيجابي حول الاختصاص عند إقرار كلّ من الجهاز القضائي العدلي والجهاز القضائي الإداري لاختصاصه للبتّ في ذات النّزاع.

وحيث طالما ثبت من أوراق الملفّ المعروض على نظر مجلس تنازع الاختصاص أنّ محكمة التعقيب قد سبق أن انتهت إلى إقرار اختصاصها للنّظر في النّزاع موضوع الخلاف والحال أنّ المشرّع قد أسند صراحة صلاحيّات النّظر تعقيبا في النّزاعات القائمة بين الهيئات المهنيّة والأشخاص المنضوين تحتها إلى الجلسة العامّة للمحكمة الإدارية وهو ما يمكن أن ينجرّ عنه تضارب بين قراري الهيئتين القضائيّتين.

وحيث لمّا كانت، والحالة هذه، شروط الإحالة الماثلة من النّاحية القانونيّة فإنّه يتعيّن قبولها".

إنّ موقف مجلس تنازع الاختصاص يستوجب الملاحظات الآتية :

1-الإجراء الذي مكّن من إحالة القضيّة على المجلس، إنّما هو إجراء الفصل 8 من القانون عدد 38. فالافتراض محلّ اهتمامنا يندرج حينئذ في الإجراءات الوقائيّة. وحقيقة الأمر أنّ التّنازع الإيجابي لم يحصل فعلا وإنّما كان على وشك الوقوع وقد كان يتحقّق لو قضت المحكمة الإدارية باختصاصها.

2-وحتى في حدود التّنازع الإيجابي المتوقّع، فلا يمكن حلّ الإشكال إلاّ عن طريق الفصل 8 من القانون عدد 38، أي إذا طرح هذا الإشكال لدى الجلسة العامّة -أو اليوم، الدّوائر التّعقيبيّة- للمحكمة الإدارية، أو محكمة التّعقيب. وفي هذا المجال، لا يوجد إجراء يماثل إجراء الفصل 9 من القانون عدد 38، الذي ينطبق على النّزاع السّلبي بين المحاكم.

3-فليس لدينا إجراء تامّ كفيل بأن يحلّ الإشكال النّاتج عن تنازع إيجابي فعلي وحقيقي في الاختصاص.

الفقرة الخامسة
الأحكام العامّة المتعلّقة بمجلس التّنازع

خصّص المشرّع بعض الأحكام العامّة الإجرائيّة التي تنطبق على مجلس التّنازع في كلّ أصناف القضايا الرّاجعة لنظره.

الحكم الأوّل، هو الذي نصّ عليه الفصل 10 من القانون عدد38، وهو أنّه يتعيّن على المجلس أن ينظر في القضايا في أجل الشّهرين من "تعهّده" بالقضيّة؛ ونفهم من "التّعهّد" تاريخ إحالة القضيّة، و إلاّ يفقد حصر الأجل في الشهرين كلّ جدواه.

الحكم الثاني، أنّ قرارات المجلس تتّخذ بأغلبيّة أعضائه.

الحكم الثالث، يتعلّق بوجوب تعليل القرارات.

الحكم الرّابع، يتعلّق بقوّة اتّصال القضاء المطلق لقرارات مجلس التّنازع، وهو حكم منطقي حيث يعدّ القرار في عداد القرارات القضائيّة الموضوعيّة باعتبار مسألة الاختصاص من تلك الطبيعة. نضيف إلى هذه القواعد عدم إمكان الطّعن في قرارات التّأجيل والإحالة على مجلس التّنازع من قبل المحاكم، وعدم الطّعن في الأحكام بالتّخلّي الصّادر بعد حكم مجلس التّنازع.

البـــاب الثالـــث

نظـــام القضـــاء الإداري الإجرائـــي

لقد بيّنّا سابقا أنّ انفراد الإجراءات القضائيّة تدخل مباشرة في تعريف القضاء الإداري. يبقى الآن أن نتعرّض لهذا الجانب مركّزين التّحليل لا على تفصيل النّظام الإجرائي بل على القواعد الأصوليّة.

الفصل الأوّل
تنوّع الإجراءات

تتنوّع الإجراءات حسب طبيعة الطّعون والطلبات، فعلينا أن نبيّن نوعيّة الدّعاوي القضائيّة، قبل تفصيل الأحكام الإجرائيّة. ولذلك الغرض، بإمكاننا أن نصنّف الدّعاوي القضائيّة على النّحو الآتي :

1- **القضاء العادي**، الذي يحتوي على الطور الابتدائي والطّرق الاستدراكيّة.

يشمل الطور الابتدائي الانطلاق الأول لقضيّة معيّنة لدى محكمة الدّرجة الأولى التي تسمّى عادة محكمة ابتدائيّة، أو دائرة ابتدائيّة، دون أن تكون هذه التّسميات دلائل حتميّة، حيث أنّه يجوز للمشرّع أن يكلّف محكمة استئنافيّة مثلا، بالنّظر في نوع معيّن من القضايا ابتدائيّا، أو ابتدائيّا ونهائيّا. فالتكليف هو المعيار الحاسم ولا تسمية المحكمة.

والطور الابتدائي طور حاسم جدّا، نظرا إلى أنّ محدّدات الدّعوى التي سنتحدّث عنها فيما بعد تتكوّن من هنالك. ولا يمكن تغييرها فيما بعد إلاّ في حدود ضيّقة.

أمّا القضاء الاستدراكي، فهو يشمل إعادة النّظر فيما نظر فيه القاضي الابتدائي وقرّره في حكمه، بطلب من أحد الأطراف يقدّم في أجل محدود انطلاقا من الإعلام بصدور الحكم الابتدائي، وقبل إحرازه على قوّة اتّصال القضاء.

وتنقسم الطّعون الاستدراكيّة إلى قسمين : الاستدراك الكامل الذي هو الاستئناف، والذي يشمل مراقبة سلامة الحكم الأوّل من النّاحية الواقعيّة ومن النّاحية القانونيّة من قبل محكمة أعلى درجة من المحكمة الابتدائيّة، ثمّ الاستدراك القانوني الرّاجع لمحكمة عليا تعقيبيّة، كمحكمة التّعقيب في القضاء العدلي والدّاوائر التّعقيبيّة للمحكمة الإداريّة في القضاء الإداري، والذي يؤول إذا قوبلت الدّعوى في الأصل، إلى مراجعة القضيّة من جديد من قبل محكمة الموضوع.

2- **القضاء الاستعجالي**، وهو الذي يشمل النّظر في طلب فرعي متأكّد من قبل القاضي الفردي عادة (غالبا رئيس المحكمة) طبقا لإجراءات مختصرة بغية اتّخاذ حكم وقتي في الحالات المتأكّدة بدون مساس بالأصل، أي بالموضوع الأصلي للقضيّة.

3- **القضاء الفرعي** الذي يشمل الطلبات المركّبة عرضيّا على الطلب الأصلي، أو المتفرّعة عنه، أو الملحقة به، وهو شأن التّداخل واللإدخال، والطّلب الإضافي، وطلب المعارضة، والاستئناف العرضي، كلّها دعاوي ترفع للمحكمة، لا بصفة مستقلّة، مكتفية بنفسها، بل بمناسبة الدّعوى الأصلية.

4- **القضاء التّراجعي**، الذي يشمل الطلبات الرّامية إلى إعادة النّظر في حكم بات، من قبل المحكمة التي أصدرته، استثناء لمبدأ قوّة اتّصال القضاء، وهو شأن اعتراض الغير، واعتراض المحكوم عليه غيابيّا، وطلب إعادة النّظر. القضاء التّراجعي يغيّر الدّعوى الأصلية، ولكنّه يبقى موثوقا بها، لأنّه يضمن في نفس الوقت صبغة استدراكيّة.

5- **القضاء الإعلاني**، الذي قد يحتمل وقوعه في المستقبل، بعد إصلاح 3 جوان 1996 بتونس، وهو قضاء يشمل الأحكام الصّادرة بتصريح انعدام قرار إداري، أو أحكاما توضّح فيها المحكمة معنى حكم صدر عنها، أو الأحكام التي تقدّر فيها المحكمة الإدارية شرعيّة قرار إداري، إحالة من القاضي العدلي وبدفع من أحد الخصوم. القضاء الإعلاني يشمل حينئذ الإعلان عن الانعدام، والقضاء التّوضيحي، والقضاء التّقديري. وإصلاح الغلط.

الفصل الثاني
القواعد الأصوليّة

تتّسم الإجراءات القضائيّة الإدارية بالصّفات الآتية :

-صفة الاستقلاليّة

الطّابع الاستقصائي أو التّوجيهي (مع شيء من الاحتراز).

-الصّبغة الكتابيّة.

-الصّبغة الإدارية

الفقرة الأولى
صفة الاستقلاليّة

يعني ذلك أنّ القضاء الإداري غير مقيّد بقوانين المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. وله إجراءاته الخاصّة، ممّا يقتضي :

-التّقيد بالنّصوص الإجرائيّة الخاصّة، كقانون غرّة جوان، وقانون 7 مارس 1988 المتعلّق بتمثيل الإدارة، والفصل 32 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة الذي سنّ أحكاما خاصّة بالإدارة خارقة لأحكام الاختصاص التّرابي العاديّ، والإجراءات الخاصّة في المادّة الجبائيّة، والانتخابيّة إلى غير ذلك.

-تجنّب قواعد م.م.م.ت، حتّى وإن تعلّقت بالدّولة أو بالإدارة. ذلك ما أكّدته المحكمة الإدارية فيما يتعلّق مثلا بالفصل 251 م.م.م.ت، الذي يوجب اطّلاع النّيابة العموميّة على كلّ القضايا التي تهمّ الدّولة أو الهيئات العموميّة : "لا يتسنّى التّمسّك به لدى القضاء الإداري باعتبار أنّ هذا الإجراء وقع فرضه عندما تتقاضى الدّولة... أمام المحاكم المدنيّة بدون أن تكون متلبّسة بسلطتها العامّة[141]".

-إمكان استنباط أحكام إجرائيّة على أساس اجتهاد القاضي الإنشائي وبالخصوص إذا اندرجت هذه الإجراءات في دائرة المبادئ العامّة للقانون.

-إمكانيّة اللّجوء إلى مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة أو غيرها من القوانين الإجرائيّة، عند الحاجة ولمصلحة القضاء. وفي هذا المضمار أخذت المحكمة الإدارية بالفصول 140 إلى 143 من مجلّة الالتزامات والعقود في مجال عدّ الآجال[142]، و143 من م.م.م.ت فيما يتعلّق بالاستئناف العرضي، و209 من م.م.م.ت في توقيف قرارات الحاكم الاستعجالي، و402 من م.إ.ع، لاحتساب سقوط الدّعوى بمرور الزّمن[143].

هذا ما أكّدته المحكمة الإدارية في العديد من قراراتها. تقول المحكمة في هذا المضمار :"حيث بالرّجوع إلى ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة يتّضح أنّه استقرّ على العمل بأحكام مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة كمبادئ عامّة في صورة عدم وجود نصّ خاصّ بالقانون الإداري طالما لم

---

[141]- م.إ، 19 جانفي 1979، بن علي ميلاد ضدّ الوكالة العقاريّة للسّكنى، المجموعة ص 9.

[142]- وهو مخالف لفقه قضاء محكمة التّعقيب التي ترى أنّ الفصول 140 إلى 143 لا تنطبق على آجال التّقاضي بل على مادّة الالتزامات. تعقيب 28 نوفمبر 1939، ق.ت، 1960 عدد 9 و10 ص 5.

[143]- انظر في المسألة :

Khalil Fendri, Procédure administrative contentieuse et procédure civile et commerciale ; Recherche sur l'autonomie du procés administratif. Thèse F.S. J.P.S., 2005.

وغفران ميموني : القاضي الإداري ومجلة المرافعات المدنية والتجارية، مذكرة علوم قانونية أساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، 2003-2004.

تتعارض نصّا وروحا مع ما جاء بـه مـن قواعـد وأحكـام خاصّـة[144]". الاستقلاليّة تنطبق على مستوى الإجراءات وعلى مستوى الأصل.

الفقـرة الثانيـة
الطابـع الاستقصائـي

نعلم أنّ القاعدة المعمول بها في القضاء المدني هي التي نصّ عليهـا الفصل 12 من م.م.م.ت : "ليس على المحكمة تكوين أو إتمـام أو إحضـار حجج الخصوم".

وهذا المبدأ هو تفريع لمبدأ أعمّ : "البيّنة على من ادّعى..." ؛ فلا يجوز للقاضي أن يحلّ محلّ الخصوم في الإتيان ببيّناتهم ووسائل إثباتهم. القاضـي حَكَمٌ بين خصمين أو أكثر، ولا يجوز أن يخفّف عن كاهل أحدهما أو يثقـل على كاهل الآخر، خصوصا في ميدان عبء الحجّة.

إلاّ أنّ هذه القاعدة النّظريّة المعقولة تقبل شيئا من التّوسّع في التّطبيـق وحتّى في النّظر، نلاحظ أوّلا أنّ صياغة الفصل 12 جاءت في شـكل عـدم الإلزام ولا في شكل عدم الجواز. يقول الفصل "ليس على المحكمة..."، أي أنّ المحكمة غير ملزمة بتكوين أو تكميل حجج الخصوم، ولا يعنـي ذلـك أنّـه ممنوع عليها. ثمّ إنّ المحاكم العدليّة تتعامل بشيء من المرونة مع الفصل 12، حيث قرّرت محكمة التّعقيب أنّه يجوز للقاضي أن يعيّن خبيرا من تلقاء نفسه، أو أن يستعمل وسيلة أخرى للوصول إلى الحقيقة، في ظلّ حقّه فـي تحقيـق مستفيض[145]. نقوله كي لا نخطئ في تأويل "الإجراءات الاتّهاميّة" المعمول بها في القضاء العدلي. يبقى أن تهيئة القضيّة للحكم في المادّة المدنيّة غالبـا مـا

[144]– م.إ، أحمد شاكيري ضدّ الإدارة العامّة للأداءات، 17 جوان 1991. (تعقيب عدد 992).
[145]– م.م.م.ت، تعليق الأستاذ بلقاسم القروي الشّابّي، المطبعة الرّسميّة، 1990، ص 17.

تقتصر على مبادرات الخصوم حتى أن مؤسّسة القاضـي المقـرّر المكلّـف بالتّحقيق طبقا لـ م.م.م.ت كادت تكون مؤسّسة مهجورة في القضاء المدني.

أمّا في ميدان القضاء الإداري فالمبدأ المعمول به حسب الرأي السّـائد هو مبدأ "الإجراءات الاستقصائيّة"، التي تفتح للقاضي مجالا واسعا للتّعامـل مع وسائل الإثبات تعاملا كشفيّا، تفتيشيّا كالذي يتوخّاه القاضي الجزائي[146].

والسّبب الذي أدّى إلى هذا الاستثناء هو الآتي : في الميدان الجزائي، من النّادر أن تكون الحجج ناطقة ومبيّنة على أتمّ وجه، لأنّ المتّهم يسعى بالضّرورة إلى محو كلّ أثر يكشف عن مخالفته. فيتعيّن على القاضي أن "يقوّل الأحـداث والوقائع" وأن يؤسّس أحيانا حكمه على قناعته الشخصيّة، المدعمـة بـالقرائن والأبحاث. أمّا في مجال القضاء الإداري فالسّبب هو أنّ الخصـمين متفاوتـان إزاء طرق الإثبات، والسلطة الفعليّة، والتّجربة القانونيّة. فمن المعقول حينئذ أن يخفّف القاضي على أضعف جهة في هذا المجال، لا باعتبار أنّه ينحاز معها، أو أنّه يؤلّف لها حججا من عدم، أو أنّه يكمّل حججها تكميلا مفرطا، بل على معنى أنّه يتوسّع في استعمال بعض القرائن، وطرق الإثبات التّفتيشيّة. وهذا ما يسمّى في ميداننا : "الإجراءات الاستقصائيّة" Procédure inquisitoire. وسـنرى فـي محلّه كيف يستعمل القاضي هذه الطّريقة خصوصا في قضاء الإلغاء ونظريّـة "المعرفة المكتسبة" Théorie de la connaissance acquise، أونظريّـة الإقـرار الضّمني[147] Théorie de l'acquiescement.

فالإجراء الاستقصائي في النّهاية يعطي للقاضي أكثر حريّة، ويخلّصـه من مغالاة الخصوم، حتّى وإن كان الطّرف الخاص. هذا ما نلاحظه من خلال أحكام المحكمة الإدارية، في مادّة التّعقيـب وتجـاوز السّـلطة وحتّـى فـي الاستئناف. نذكر على سبيل المثال المقتطف من حكم تعقيبـي صـادر عـن

[146]– انظر الفصل 150 من المجلّة الجنائيّة.
[147]– ملاحظة : إنّ نظريّة الإقرار الضّمني لها ما يشابهها بمجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 429 المتعلّق بالإقرار الحكمي : الإقرار الحكمي ينتج عن سكوت الخصم في مجلس الحكم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدّعوى الموجّهة عليه وأصرّ على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب").

المحكمة الإدارية. تقول المحكمة : "حيث أنّه ولئن خوّل المشرّع إلى اللّجنة تكليف خبير عند الاقتضاء، إلاّ أنّه جعل اللّجوء إلى الاختبار موكول لاجتهادها المطلق دون أن تتقيّد في ذلك بطلب الأطراف كلّما تبيّن لها أنّ الوثائق المظروفة بالملفّ تمكّنها من إجراء رقابتها على قرار التّوظيف دون اللّجوء إلى هذا الإجراء.

وحيث أنّه متى كان الأمر كذلك فإنّها تكون غير ملزمة بالرّدّ عن هذا الطّلب في صورة صدوره عن أحد الأطراف وترتيبا على ذلك اتّجه رفض هذا الفرع من المطعن لعدم وجاهته"[148]. ويستخدم المبدأ المذكور خصوصا في ميدان تجاوز السلطة في شكل الإقرار بادّعاءات الخصم (المنصوص عليه اليوم بالفصل 45 جديد من قانون غرّة جوان)، هذا الشكل الذي وسّعته المحكمة في فقه قضائها. تقول المحكمة : "حيث أحجمت الجهة المدّعى عليها عن الإدلاء بورقتي الامتحان المشبوه فيهما بتعلّة أنّ هذه الأوراق لا تسلّم إلاّ للجان الإمتحانات التي تعمل في كنف السّريّة المطلقة وأنّ إقرار الغشّ من عدمه يعدّ مسألة بيداغوجيّة بحتة لا تخضع لرقابة القاضي الإداري.

وحيث خلافا لما جاء بهذا الدّفع فقد استقر فقه القضاء الإداري على اعتبار أنّ عبء الإثبات في قضايا تجاوز السلطة محمول على كاهل الإدارة وأنّ كلّ عمل إداري يمارس في نطاق السّلطة التّقديريّة للإدارة يخضع للرّقابة الدّنيا للقاضي الإداري وأنّ من عناصر هذه الرّقابة التّثبّت من أنّ القرار المنتقد لم يكن مبنيّا على وقائع غير صحيحة أو على خطإ فاحش في تقدير الوقائع.

وحيث ولئن قصر المشرّع بالفصل 51 من قانون المحكمة الإدارية قرينة الإقرار بصحّة ادّعاءات العارض على صورة عدم ردّ الإدارة على عريضة الدّعوى فإنّ مقتضيات هذا النّص القانوني يمكن سحبها على صورة إحجامها عن الإدلاء بما يدعّم موقفها من الحجج والبراهين المادّيّة إن كان لذلك تأثير على وجه الفصل مثلما هو الشأن في قضيّة الحال.

---

[148]– م.إ، 3 جوان 1991، محمّد بن سالم الحفصي، (تعقيب 949).

وحيث يَخلُص ممّا تقدّم أنّ الجهة المدّعى عليها بإحجامها عن الإدلاء بما طلب منها تكون قد حالت دون إجراء القاضي الإداري لرقابته المشروعة وأضفت على مطاعن العارض صبغة الجدّيّة[149]".

وفي قضيّة أخرى تشابه التي وقع ذكرها اعتبر القاضي أنّ عدم الإدلاء بأوراق الامتحان لعدم الاحتفاظ بها يعدّ أيضا "قرينة على صحّة ما ادّعاه العارض ويجعل أعمال اللّجنة مشوبة باللاّشرعيّة[150]". هذا ونؤكّد مرّة أخرى أنّ الإجراء الاستقصائي لا ينبغي أن يُفهم على وجه الإطلاق، وعليه يتعيّن أن نحتفظ في أذهاننا بالملاحظات الآتية :

1–في المرافعات المدنيّة عادة، تتغلّب الصبغة الاتّهاميّة ولكن لا يعني ذلك أنّ القاضي حَكَم خامل يسلّم بادّعاءات الأطراف.

2–في المرافعات الإدارية، تتغلّب الصّبغة الاستقصائيّة وبخاصّة في قضاء تجاوز السّلطة وهو الذي يفسّر أن وقع إبعاد الاعتراض مدّة طويلة في قضاء تجاوز السّلطة بفرنسا.

–أمّا في القضاء الكامل، أي قضاء الحقوق، ونظرا إلى التّوازي بين القضاء الكامل الإداري والقضاء المدني، فإنّ القاعدة تتمثّل في الصّبغة المزدوجة وسنرى في محلّه[151]، أنّ قبول الاعتراض بدون قيد يبرّره ذاك الاعتبار.

كلّ ذلك لننتهي إلى ما يلي : التّمييز الحقيقي في المسألة، ليس ذلك التّمييز الذي يقابل القضاء الإداري من جهة، والقضاء المدني من جهة أخرى، بل هو التمييز بين القضاء الحقوقي (المدني والإداري) من جهة، وتجاوز السّلطة من جهة أخرى.

---

[149]– م.إ، 17 ديسمبر 1991 (توقيف تنفيذ عدد 475)، عمر بن ابراهيم الصلاح ضدّ وزير التّربية والعلوم. غير منشور.

[150]– م.إ، 14 مارس 1997، الدّائرة الثالثة، الحبيب قارة ضدّ وزير الفلاحة. غير منشور.

[151]– القسم الرّابع، الباب الثاني، الفصل الثاني.

الفقـــرة الثالثـــة
الصّبغـــة الكتابيّـــة للإجـــراءات

المبادلات بين الأطراف تقع عن طريق التّقارير والملحوظات الكتابيّـــة لا غير. فشأن الإجراءات الإدارية كشأن الإجراءات المدنيّة اليوم.

هذا لا يعني أنّ المرافعات الشّفاهيّة مغلقة أمام الأطراف، فإنّه يتسنّى لهم أن يرافعوا في الجلسة، إلاّ أنّ المرافعة تبقـــى مقيّـــدة بالطّلبـــات الكتابيّـــة لا تتجاوزها ولا تضيف إليها مستندات جديدة. المبدأ هو أنّ الكتابي يقيّد الشّفاهي.

والصّبغة الكتابيّة تميّز القضـــاء المـــدني[152] والإداري عـــن القضـــاء الجزائي الذي يكون فيه المحامي متخلّصا من واجب التّقارير الكتابيّة أوّلا، ثمّ إذا قدّم ملحوظات كتابيّة أن يزيد عليها من المستندات القانونيّة، أو الحجـــج الواقعيّة ما يراه صالحا للدّفاع.

يتغلّب التّرافع الشفاهي على الكتابي في الجزائي، والعكـــس بالنّســـبة للقضاء الإداري والمدني.

الفقـــرة الرابعـــة
الصّبغـــة الإداريـــة للإجـــراءات

في المرافعات المدنيّة يقوم المدّعي، بواســـطة محاميـــه، بالمبـــادرات اللاّزمة لانطلاق الإجراءات وسيرها. فعليه :

[152]- انظر الفصول 76 وما بعد من م.م.م.ت، والفصل 81 م.م.م.ت.

1-أن يقوم بتحرير عريضة الدّعوى وأن يستدعي بمقتضاها المدّعى عليه للحضور بجلسة المحكمة المنعقد بتاريخ كذا وذلك في غضون 21 يوما قبل الجلسة (الفصول 69 و 70 م.م.م.ت). وهي مرحلة الاستدعاء.

2-أن يبلّغ العريضة للخصم عن طريق عدل منفّذ (الفصول 6 و8 و11 من م.م.م.ت) وهي مرحلة التّبليغ.

3-أن يسجّل العريضة ويقيّدها لدى كتابة المحكمة قبل تاريخ الجلسة بسبعة أيّام على الأقل (الفصلان 72 و73 من م.م.م.ت) وهي مرحلة الترسيم.

أمّا في المرافعات الإدارية، فإنّ الإجراءات مبسّطة وتتوقّف على إيداع العريضة لدى كتابة المحكمة أو إرسالها عن طريق البريد مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ، مع العلم وأنّ الإيداع أو الإرسال يساويان التّرسيم. وطبقا للفصل 44 من قانون غرّة جوان يقع الإعلام بالدّعوى والمذكّرات بالطريقة الإدارية وبدون مصاريف ويتولّى الكاتب العام للمحكمة الإدارية توجيه المراسلات إلى الأطراف.

بالنّسبة للإعلام بالأحكام ينصّ الفصل 58 على أنّه يقع الإعلام بها بالطّريقة الإدارية كما أنّه يمكن للأطراف أن يقوموا بالإعلام عن طريق عدل منفّذ.

فالمبدأ المشرف على الإجراءات في المادّة الإدارية أنّها تجري بالطّريقة الإدارية.

الفصـــل الثالـــث
محـــدّدات الدّعـــوى

هذه المسألة ذات أهمّية بالغة لما لها من أثر على اختصاص القاضي، وقبول الدّعوى وسلطة الشيء المقضي فيه، وقوّة اتّصال القضاء، والإطـــار الذي لا يجوز أن يخرج عن حدوده الجدال القانوني بين الخصوم.

الفقـــرة الأولـــى
الأطـــراف

كلّ قضيّة تحتوي على أطراف متنازعين والنّزاع بينهم يكون قائما إمّا حول تأويل القاعدة القانونيّة، وإمّا حول الوقائع والأحداث وما يترتّب عليهـــا من انعكاسات قانونيّة.

تتغيّر صفة الأطراف، بين أصليين وغير أصليين[153]، فتكون في غالب القضايا متمثّلة في صفة المدّعي، وهو الذي يقدّم الطّلب، والمدّعى عليه، وهو المطلوب، في قضاء تجاوز السلطة مثلا، الإدارة كمـــدّعى عليـــه والخصـــم المدّعي. وبالإمكان أن تكتسب صفة الأطراف صبغة أخرى من بين الآتـــي ذكرها على سبيل المثال :

-المعترض في قضاء الاعتراض

[153]- المتداخل أو الذي وقع إدخاله.

-المتداخل الذي يتدخّل في القضيّة لمساندة المدّعي أو المدّعى عليـــه، مع العلم أنّ المتداخل لا يعدّ من الأطراف الأصليين.

-المُطالب العرضي الذي يعارض المطلب الأصلي بالمزايدة، فيحـــوّل مركزه من مدافع إلى مطالب، وهـــو شـــأن الطلـــب العرضـــي (أو "المعارضة") ابتدائيّا، والاستئناف العرضي استئنافيّا.

وتكون الدّعوى محدّدة بأطرافها الماثلين أمام أوّل درجة قضائيّة، حيث لا يجوز أن يُستأنف الحكم، أو يُعقّب، أو يُعترض، أو يُراجع من قبل أطراف غير الأطراف الأصليين الابتدائيّين. كذلك لا يجوز أن تُقدّم قضيّة ثانية بنفس الأطراف مع نفس المراكز (نفس المطلوب ونفس الطّالب)، ونفـــس الوقـــائع والموضوع، والسّبب. أمّا إذا تغيّر المركز، أو الموضـــوع، أو الوقـــائع أو السّبب، فمن حقّ الأطراف أنفسهم أن يتقدّموا أمام القضاء ثانيـــة، باعتبـــار القضيّة قضيّة جديدة.

ليكون القاضي الإداري مختصّا في المادّة الإدارية، مـــن المتوقّـــع أن تكون الإدارة في مركز المدافع وهو الشأن بالضّرورة فـــي قضـــاء تجـــاوز السلطة. أمّا في القضاء الكامل الإداري فبالإمكان أن تكـــون الإدارة طرفـــا مدّعى عليه أو حتى مدّعيا، على شرط ألاّ تخرجها صفة المدّعي على رقعة القانون العام، هذا ما أكّدته المحكمة الإدارية عند تأويلها لأمـــر 27 نـــوفمبر 1888، تقول المحكمة[154] : "حيث أنّه فيمـــا يتعلّـــق باختصـــاص المحكمـــة الإدارية للنّظر استئنافيّا في موضوع هذه القضيّة فإنّ الطّابع العقاري للنّزاع لا يكفي وحده للتّصريح بعدم اختصاص هذه المحكمة طالما أنّ النّزاع يتعلّق بملك الدّولة العام وهي من النّزاعات المتعلّقة بالإدارة التي تدخل في ولايـــة هذه المحكمة على معنى الفصل 2 من قانون غرّة جوان 1972.

[154]- م.ع.ن.د، ضدّ محمّد بوبكر الميساوي، 23 مارس 1992، (أس 565)، المجموعة ص 270.

وحيث أنّ إثارة هذه الدّعوى من طرف الإدارة ضدّ الأفراد لا تمنع عنها صفة الدّعوى المندرجة ضمن الخصام الإداري على معنى الفصل الأوّل من الأمر المؤرّخ في 27 نوفمبر 1888 ضرورة أنّ ذلك الفصل لم يحصر الخصام الإداري في المطالب المقدّمة من الأفراد أو الذّوات الاعتباريّة والتي مآلها التّصريح بأنّ الإدارة مدينة بل أدرج أيضا ضمن الخصام الإداري وبصفة جليّة الدّعاوي الموجّهة من الحكومات الإدارية على عامّة النّاس". ولا شيء يحول دون قبول هذا المبدأ حتى بعد إلغاء أمر 27 نوفمبر 1888.

أمّا بعد صدور القانون عدد 39، فلسائل أن يسأل هل من الممكن أن تكون الإدارة في موقع المدّعى ؟ وهذا التساؤل يفرضه تحديد القانون وبالخاصّة فصوله 17 و 45.

رغم أنّ الفصل 2 من قانون غرّة جوان لم يحدّد اختصاص المحكمة الإدارية في الصّورة التي تكون فيها الإدارة مدّعى عليها فإنّ الفصل 17 حدّد، في مادّة المسؤوليّة على الأقل، اختصاص المحكمة في نطاق الدّعاوي الرّامية إلى جعل الإدارة مدينة، أي إلى النّزاعات التي تكون فيها الإدارة في وضع المطلوب المدّعى عليه. أمّا الفصل 45، فإنّه حصر مركز الإدارة أثناء التّحقيق وكأنّها دائما في وضع المدّعى عليه. فجاء نصّه على النّحو الآتي : "يجب على الجهة الإدارية المدّعى عليها... تقديم مذكّرات في الدّفاع...". ويبدو أن هذا الفصل يقصي أن تكون الإدارة طالبة.

وقرّرت المحكمة الإدارية : "أنّ اختصاص المحكمة الإدارية في مادّة المسؤوليّة غير التّعاقديّة ينحصر في الدّعاوي الرّامية إلى جعل الإدارة مدينة ولا يطول الذوات الخاصّة الخاضعة للقانون العام" (الدّائرة الابتدائيّة الثالثة، 21 ماي 1999، م.ع.ن.د/الشركة التونسيّة العالميّة لنيابة نوادي الحماية والتعويض والشركة التونسيّة للملاحة، وبنك تونس العربي الدّولي)[155].

[155]- غير منشور.

أمّا مجلس التّنازع، فإنّه قرّر في القضيّة عدد 6 أنّ الاختصاص يتعيّن بالنّظر إلى المادّة ولا بالنظر إلى مركز الأطراف، فلا مانع من أن تكون القضيّة من اختصاص الجهاز الإداري مع أنّ الإدارة في مركز المدّعي وهو الحال بالنسبة للقضايا المتعلّقة بحماية الملك العمومي (م.ت.إ، القضيّة عدد 1666 ديسمبر 1999، م.ع.ن.د/عبد السّتّار الشريف).

الفقرة الثانية
الموضوع

يتمثّل موضوع الطلب، في جملة ما يطلبه المدّعي من القاضي (إلغاء قرار، مبلغ مالي...). فالموضوع يتعلّق بالحقّ المطلوب (انظر في المقدّمة : مطالبة الحق). وعلى هذا الأساس فإنّ الدّعوى الابتدائيّة هي التي تحدّد الموضوع، وكلّ القضيّة، في جميع أطوارها مقيّدة بذلك الموضوع، لا يمكن أن تتجاوزه.

وتبعا لذلك لا تقبل المستندات، ولا الحجج ولا غيرها إلاّ لكونها مرتبطة بالموضوع الذي تحويه الدّعوى من الأوّل. والموضوع هو الذي يعيّن طبيعة الدّعوى وبالتّالي القاضي المختص، ويحصُر الجدال القانوني وتبادل الوسائل في إطاره، ويحصر مجال الطعون القضائيّة ومداها، ويضبط مشمولات القاضي الذي لا يسعه أن يحكم بأقلّ أو أكثر من المطلوب، والذي يجب عليه أن يستنفد كلّ جوانب الموضوع، والموضوع هو الذي يحدّد الأحكام المُحرزة على قرينة اتّصال القضاء. حيث نعلم أنّ قرينة اتّصال القضاء المنصوص عليها بالفصل 480 إلى 484 من م.إ.ع وبالفصل 8 من قانون غرّة جوان 1972 تنسحب على الأحكام النّهائيّة، أي الأحكام التي بتّت في الأصل (في الموضوع) ولا تنسحب على الأحكام الوقتيّة ولا الأحكام التّحضيريّة ولا أحكام الرّفض لأسباب إجرائيّة ولا الأحكام المندرجة تحت ظلّ القضاء الولائي (أذون، تعيين، مصادقة، تسجيل...).

الفقـــرة الثالثـــة
الوقائـــع ووصـــف الوقائـــع

الوقائع، قانونا، تشمل جميع العمليّات والتّصـــرّفات الماديّـــة، الحسّـــيّة الواقعيّة، التي تنطلق منها القضيّة. فهي حينئذ أسباب الدّعوى الواقعيّة. وعليك أن تميّز بين الوقائع، وكيفيّة الوقائع، ووصف الوقائع القانوني. لنوضّـــح ذلـــك اعتمادا على حادث مرور. الحادث واقعة تنجرّ عنها بعض الآثـــار القانونيّـــة، باعتباره أصل الالتزام.

هذا الحادث له كيفيّة. وهذه الكيفيّة تتمثّل في مجموعة أوصاف الحادث الواقعيّة التي تبرّر الطّلب وتمكّننا من وصف الوقائع القانوني. حالة الطّريق، الوقت ليلا أو نهارا، حالة السّيّارة... تشكّل مجموعة الأوصاف الماديّة التـــي تحيط بالحادث. ويقع إثبات كيفيّة الوقائع عموما عن طريق الحجج ووســـائل الإثبات (شهود، اختبار، كتب عدول، اعتراف، يمين، قرينة...). وهذا الباب من أهمّ أبواب القانون.

من الكيفيّة ننتقل إلى وصف الوقائع القانوني. عندما نستنتج من كيفيّـــة الحادث أنّ هنالك "خطأ"، فقد انتقلنا من مجال الوقائع البحتـــة إلـــى مجـــال القانون. "الخطأ" هو تقدير، حكم، وصف قانوني للوقائع. فالوصف القـــانوني هو الاستنتاج القانوني الذي نستنتجه من الوقائع هو إدخال الوقائع في القالب القانوني الملائم لها.وعلى الخطأ تترتّب الآثار القانونيّة النّهائيّة التي يعيّنهـــا القاضي ؛ وصف الوقائع يؤدّي إلى الحكم بالالتزام، أو العقوبـــة، أو بعـــدم سماع الدّعوى، أو بالعقاب التّأديبي في مجال الوظيفة العموميّة إلى غير ذلك.

الواقعيّة والكيفيّة مرتبطان بالحقيقة الماديّة للوقائع، بينما يتعلّق الوصف بالحقيقة القانونية.

الفقـــرة الرّابعـــة
السّبـــب

من الطبيعي، ونحن أمام نزاع قانوني، أن يكون للـــدّعوى أو للطّعـــن أرضيّة قانونيّة. أي أنّه لا بدّ أن يكون لها ما يبرّرهما قانونا.

فالسّبب هو المرجع الموضوعي القانوني للدّعوى، وما يبرّرها، مـــن وجه الحقوق والرّكيزة التي يرتكز عليها الطلب. كأن تكون الغرامة المطلوبة مؤسّسة على الخطأ أو على ما يسمّى المسؤوليّة الموضوعيّة، أو أن يكـــون طلب إلغاء عقدا مبيّنا على عدم الأهليّة أو عيب مبطل للرّضا (غلط، إكـــراه، تدليس، جهل، مرض، غبن...)، أو أن تكون الدّعوى مؤسّسة على العقد، أو على الوعد، أو على شبه الجنحة.

في قضاء الإلغاء يتمثّل السّبب إمّا في طلب الإلغاء لأســـباب العيـــوب الخارجيّة أو الظاهرة (عدم اختصاص، إخلال بالإجراءات أو بالشكليّات) أو لأسباب داخليّة أو باطنيّة (انحراف بالسّلطة، مخالفة القاعدة القانونيّة).

وعليك أن تميّز السّبب عن الأساس القانوني للمطلـــب. الأوّل يتعلّـــق، كما قلنا، بجانب الحقوق والثاني يتعلّق بجانب النّصوص القانونيّة الوضعيّة.

والسّبب له دور حاسم على مستويين. الأوّل يتعلّق بالطّعون الاستدراكيّة والثاني بقرينة الشيء المقضي فيه. فيما يتعلّق بالطّعون الاســـتدراكيّة يجـــوز تقديم أسباب جديدة لدى درجة الاستئناف ولا يجوز لدى التّعقيب.

أمّا بالنّسبة لسلطة الشيء المحكوم فيه فالسبب يقوم بدور حاســـم حيـــث تنحصر آثار القرينة في حدود وحدة السبب ولا يكون لها أثر إذا تغيّر السّبب.

الفقـــرة الخامســـة
الأســـاس القانونـــي و الوسائـــل

الموضوع جملة، وفروعه تفصيلا، يحتاجان في الغالب إلى دعم قانوني نصّي، أي إلى مرجع تشريعي، أو ترتيبي يعـيّن الحـلّ المناسـب للقضـيّة المطروحة لدى القاضي. كلّ طرف في النّزاع يستغلّ لفائدته النّصوص وعلى القاضي أن يعيّن النّص المناسب، المنطبق على القضيّة، ثمّ أن يعطيه التّأويـل الذي يراه صالحا، حسب اجتهاده. فالأساس القـانوني لكـلّ قضـيّة يشـمل النّصوص الوضعيّة المنطبقة على النّازلة.

نضيف أنّ الأساس القانوني، في القضاء الإداري، يمكن أن يخرج عن نطاق النّصوص ليندرج في نطـاق "المبـادئ العامّـة للقـانون" Principes généraux du droit، وهي مجموعة من القواعد الأصوليّة يستنبطها القاضي عن طريق التّوسّع الاجتهادي في تأويل مقتضيات الدّستور، أو القوانين.

تشتمل الوسائل التّبيين القانوني، والبراهين الجدليّة المقدّمـة لـدعم أو دحض الطّلب. الوسائل هي آلات الجدل القانوني، أو الدّلالات الذهنيّة التـي يقدّمها كلّ طرف لتمفصل تفكيره وأطروحاته القانونيّة.

الفصـــل الرّابـــع
القيـــام بالدّعـــوى والإجـــراءات لـــدى المحكمـــة الإداريـــة

المفعول الأساسي لإصلاحات 3 جوان يتمثّل فـي تقريـب الأحكـام الإجرائيّة بين القضاء الكامل وتجاوز السّلطة، مع إبقاء ميزاتهما، ويبرز هذا المفعول من عدّة نواح.

1-تعميم مبدأ النّظر ابتدائيّا واستئنافيّا، في جميع أنواع القضايا، سواء انتمت إلى رقعة القضاء الكامل أو رقعة تجاوز السّلطة، بينما كانت المحكمة من ذي قبل تنظر في تجاوز السلطة، ابتـدائيّا ونهائيّـا، أي خلافـا لمبـدأ الدّرجتين. ويرتكز مبدأ الدّرجتين على حتميّة المراقبة نظرا إلى خطورة آثار الحكم القضائي على حقوق الأفراد وحرّيّاتهم. وهذه المراقبة تجد تعبيرها في النّظام التّسلسلي للهيئات القضائيّة وفي مبدإ الدّرجتين. وفي عدم الأخذ بالنّظر ابتدائيّا ونهائيّا في القضاء الإداري.

2-تعميم مبدأ إبلاغ الدّعوى وغيرها من المذكّرات والوثائق "بالطّريقة الإدارية وبدون مصاريف"، بينما كان الأمر فـي القضـاء الكامـل يجـري ابتدائيّا، ثمّ استئنافيّا على أساس قاعدة المرافعات المدنيّة التي تقتضي تبليـغ الدّعوى بواسطة العدل المنفّذ وتحرير محضر في الشّأن.

3-توحيد الاختصاصات حيث أضحت نفس الدّوائر، إمّا ابتدائيّا وإمّـا استئنافيّا، وإمّا تعقيبيّا، تنظر في صنفي القضاء الكامل وتجاوز السّلطة، بينما كان الأمر يتّسم بالتّنوّع، حيث كانت الدّوائر تنظر في قضايا تجاوز السّـلطة والجلسة العامّة في الاستئناف والتّعقيب.

4-تعميم الإجراء المختصر، بموجب الفصل 43 جديد من قانون غرّة جوان، بينما كان هذا الإجراء موقوفا على تجاوز السلطة. ومفعول هذا الإجراء أنّه يؤول إلى الاستغناء عن التّحقيق وتبادل المذكّرات بين الأطراف وملحوظات مندوب الدّولة، إذا تبيّن من أوّل وهلة، أي من الإطّلاع على عريضة الدّعوى وحججها الأولى، أنّ الحلّ القانوني واضح.

5-توحيد الطّلبات العرضيّة وتقنينها، مثل الطّلبات الإضافيّة. وطلب المعارضة، والتّداخل والإدخال، والاستئناف العرضي.

أمّا بالنّسبة للإجراءات والتّحقيق، فإنّ الأحكام بقيت على ما كانت عليه من قبل، ما عدا حذف أقسام التّحقيق القديمة وما عدا خاصّية القيام بدعوى تجاوز السلطة. والمراحل الكبرى المشتركة لهذه الإجراءات هي الآتية :

1-ترسيم العريضة الافتتاحيّة الذي يشمل ايداعها بكتابة المحكمة، أو إرسالها عن طريق البريد المضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ، ثمّ تسجيلها حسب عدد رتبي.

2-إجراء التّحقيق[156] من قبل المستشار المقرّر. والتّحقيق يحتوي على جانبين، الأوّل، تبادل المذكّرات في المستندات القانونيّة بين الأطراف، عن طريق الكاتب العام للمحكمة. وفي آجال محدّدة. وعدم احترام هذه الآجال يؤدّي، بعد التّنبيه ومرور أجل التّنبيه، إلى مواصلة التّحقيق دون توقّف، ويترتّب عن ذلك ضياع فرصة قد يكون لها تأثير سلبي على مصالح المتقاعس. الثّاني، القيام بجميع الوسائل الاستقصائيّة الكفيلة بأن يعيّن الكشف عن الحقيقة الواقعيّة والقانونيّة، تحت رقابة وإشراف رئيس الدّائرة.

3-يختم التّحقيق بإعداد تقرير يعدّه المستشار المقرّر ويكون التّقرير مصحوبا بمشروع حكم. ثمّ يحال ملفّ القضيّة في أجل الثمانية أيّام للرّئيس الأوّل ومنه إلى مندوب الدّولة الذي يعدّ ملحوظات كتابيّة تحتوي على رأيه

[156]- عن التّحقيق، انظر نائلة القلال ومنير الغربي، "التحقيق"، ملتقى "القضاء الإداري بعد إصلاحه"، 12 و13 أفريل 2001، مركز البحوث والدّراسات القانونيّة، المدرسة الوطنيّة للإدارة، 2002، ص 51.

في الجوانب القانونيّة للقضيّة وفي الحلّ النّهائي الذي يقترحه على الدّائرة. وإذا تبيّن للرّئيس الأوّل من الإطّلاع على التّقرير في ختم التحقيق أنّ الحلّ واضح، يجوز له أن يعيّن القضيّة مباشرة لجلسة المرافعة، مستغنيا عن ملحوظات مندوب الدّولة.

4-جلسة المرافعة. يقع إعلام الأطراف بانعقاد جلسة المرافعة واحدا وعشرين يوما على الأقل قبل تاريخ انعقادها وذلك بالطّريقة الإدارية المعتادة في الإجراءات القضائيّة الإدارية.

وتتألّف جلسة المرافعة التي يرأسها رئيس الدّائرة من المراحل الآتية: قراءة ملخّص من تقرير التّحقيق، ثمّ إبداء ملاحظات الأطراف في حدود الدّعوى والمستندات المظروفة بالمذكّرات الكتابيّة، وفي الأخير تلاوة ملحوظات مندوب الدّولة[157] وإمكان الرّدّ عليها من قبل الأطراف بطلب منهم أثناء الجلسة وفي الأجل الذي يحدّده رئيس الجلسة. كلّ ذلك مع العلم وأنّ جلسة المرافعة علنيّة إلاّ استثناء لأسباب خطيرة ذكرها الفصل 51 وهي : "المحافظة على النّظام العام أو السّر المهني أو مراعاة للآداب".

5-المفاوضة. يقرّر رئيس الجلسة حجز القضيّة للمفاوضة وهي جلسة سرّيّة بين القضاة أعضاء الهيئة الحاضرين بجلسة المرافعة وبمساهمة المستشار المقرّر الذي له رأي استشاري. ويمكن لرئيس الهيئة الحكميّة أن يدعو مندوب الدّولة للحضور برأي استشاري ولا بدّ أن نقف على الفقرة الثالثة من الفصل 52 التي تنصّ على ما يلي ذكره : "وإذا تعذّر التّفاوض بسبب حصول مانع لأحد أعضاء الهيئة الحكميّة تصرف القضيّة للمرافعة من جديد". أهمية هذا الحكم تتمثّل في أنّه قابل التّعميم لمجالات خارجة عن الإجراءات القضائيّة، مثل مجالس التّأديب، أو المناظرات الجامعيّة أو الوظيفة العموميّة. ومفاد هذا الحكم أنّ أعضاء القرار النّهائي في الهيئات الجماعية التّداوليّة الحكميّة أو شبه الحكميّة، لا بدّ أن يكونوا بذاتهم هم الذين ساهموا في العمليّات

[157]- ملحوظات مندوب الدّولة : رأي قانوني موضوعي يقترح فيه م.د. على المحكمة حلا معلوما للقضيّة.

الاختباريّة، مثل المرافعة، أو الامتحان، أو اختبار المترشّحين للمناظرة، أو استماع دفاع الموظّف أمام مجلس التّأديب.

6-الحكم. سيأتي بيان قواعد الحكم في محلّه، عند التّعرّض للطّعون القضائيّة، كلّ طعن على حده.

إلاّ أنّ هنالك بعض القواعد المشتركة بين تجاوز السلطة والقضاء الحقوقي وهي التي نصّ عليها الفصول الجدد 53 و54 و55 و58 من قانون غرّة جوان.

وهذه القواعد تتعلّق بما يجب بيانه في الأحكام، وبتسجيل منطوقها وحفظها، وتسليم النّسخة التّنفيذيّة للأطراف وتسليم النّسخ المجرّدة، وإعلام الأطراف بالأحكام بالطّريقة الإدارية أو بواسطة عدل منفّذ بمبادرة اختياريّة من الأطراف.

القسم الثاني

الطّعن ضدّ القرار الإداري. قضاء تجاوز السلطة

مقـدّمـة قضـاء الإلغـاء
وقضـاء تجـاوز السلطـة

الفقـرة الأولـى
قضـاء الإلغـاء وأنواعـه

أوّل حقيقة نبدأ بها تتمثّل في أنّ قضاء الإلغاء لا يقتصر على الطّعن بتجاوز السلطة المنصوص عليه بالفصول 3 و5 إلى 10 من قانون غرّة جوان 1972. وهذه الحقيقة تستحقّ الأولويّة لأنّها منسيّة أو مجهولة.

قضاء الإلغاء، أو البطلان، في المادّة الإدارية، يشمل الدّعاوي التي ترمي إلى الحصول على بطلان عمل أو قرار إداري أحادي من قبل القاضي[158]، مهما كان القاضي المختص ومهما كانت الإجراءات المتّبعة. وبالتّالي، ولئن كان الطّعن بتجاوز السلطة يمثّل أوسع باب في قضاء الإلغاء، فإنّه بعيد على أنّ يستنفده.

إنّ قضاء الإلغاء متشعّب جدّا من حيث مجالاته وإجراءاته والقضاة المختصّون، إنّه يشمل كثيرا من المجالات مثل المجال الانتخابي، والمجال المهني، والمجال العمراني، والمجال المالي إلى غير ذلك، والأمثلة التي سنقدّمها بعد حين ليست إحصاء كاملا لجميع افتراضات قضاء الإلغاء، بل عوامل تبيين وحسب.

---

[158]– وتبعا لذلك نبعد عن قضاء الإلغاء، بطلان العقود الإدارية.

في المجال المهني نعرف أنّ قرارات مجلس هيئة المحامين الخارجة عن اختصاصه أو المخالفة للقانون يقع بطلانها بطلب من النّيابة العموميّة من قبل محكمة الاستئناف كما نعلم أنّ قرارات الترسيم أو رفض الترسيم أو القرارات التأديبيّة تطعن ممّن له مصلحة أمام نفس المحكمة، ثمّ تعقيبا لدى المحكمة الإدارية، مثلها في ذلك كمثل العمليّات الانتخابيّة. فالطّعون الموجّهة ضدّ الهيئة، والمتعلّقة بقراراتها التّرسيميّة أو التأديبيّة أو بالعمليّات الانتخابيّة، لهي طعون تهدف الإلغاء، كتجاوز السلطة، إلاّ أنّها أسندت إلى قاض غير قاضي تجاوز السلطة، وبإجراءات متباينة. فالطّعن ضدّ قرارات الهيئة له ثوب الاستئناف والتّعقيب ولكن حقيقته إلغائيّة[159]، حتّى ولئن فرضنا أنّ للقاضي أن يتجاوز البطلان إلى التّعويض أو غيره.

فعندما تنتصب مثلا محكمة الاستئناف للنّظر في إبطال انتخابات مهنيّة، فإنّها تقضي كقاضي إلغاء. والذي يطالع مثل هذه الأحكام يشاهد بسهولة التّشابه بينها وبين حكم في تجاوز السّلطة. فالقاضي هنا وهنالك يتأمّل في الصّفة، والمصلحة، والعمل أو القرار الصّادر عن الهيئة المهنيّة، ثم يلغيه فيكون أثر إلغائه زوال العمل أو القرار من دائرة الشرعيّة. وهذا ما فعلته محكمة الاستئناف في قضيّة أحمد عبد المولى ضدّ المجلس الوطني لهيئة الصّيادلة، التي انتهت بإلغاء انتخابات بعض أعضاء المجلس الوطني لهيئة الصّيادلة لعدم احترام العمليّة الانتخابيّة لمقتضيات القانون[160].

في المجال المالي، رأينا أنّ دائرة المحاسبات لها صلاحيّات إلغائيّة، طبقا لأمر 29 ماي 1971، ضدّ القرارات الإدارية التي تبتّ في حسابات الجماعات المحلّيّة أو المؤسّسات العموميّة، كما أنّ لها أن تأذن بتوقيف تنفيذ هذه القرارات. وإذا تبيّن للمحكمة أنّ القرار غير شرعي لعدم الاختصاص،

[159]– انظر فيما يتعلّق بالمسألة : عياض ابن عاشور : "التّمييز بين القرار الإداري والقرار القضائي، تعليق على قرار أنور بشر"، م.ق.ت، 1984، ص 115، خصوصا القسم الثاني.

[160]– م.إ، 19 أفريل 1990، أحمد عبد المولى ومن معه ضدّ المجلس الوطني لهيئة الصّيادلة، القضيّة عدد 66. غير منشور.

أو الإخلال بالشّكليّات، أو تجاوز السّلطة (انظر الفصل 67 من الأمر) فإنّها تلغيه، ثمّ تحكم في الموضوع، وهذه صورة معتبرة من قضاء الإلغاء[161].

وفي المجال الانتخابي هنا لك عدّة افتراضات إلغائيّة نذكر منها على سبيل المثال النّزاعات حول الانتخابات البلديّة، حيث ينصّ المشرّع في الفصل 128 من المجلّة الانتخابيّة "كلّ ناخب وقع ترسيمه بصفة قانونيّة بالقائمات الانتخابيّة النّهائيّة للبلديّة له الحق في أن يطعن في العمليّات الانتخابيّة بالبطلان"، وإذا وقع الإبطال من قبل اللّجنة المختصّة (التي يترأسها قاض) تعاد العمليّات الانتخابيّة.

هذا ونضيف :

أوّلا : أنّ هنالك عدّة افتراضات في حكم تجاوز السلطة، إلاّ أنّ المشرّع أدخل عليها بعض الاستثناءات الإجرائيّة بالنسبة للإجراءات المعمول بها في الطّعن بتجاوز السلطة. على سبيل المثال نذكر الطّعن المباشر لدى المحكمة الإدارية في مجال شهادة التخصيص العقاري[162] الذي يخرق أحكام الآجال المدرجة بقانون غرّة جوان، والطّعن في قرار رفض ترخيص الأحزاب السياسيّة الخارق لتركيب التّشكيلة القضائيّة المتعهّدة عادة في تجاوز السلطة[163].

ثانيا : وفي التشريع التونسي الحالي تكاثرت صور الطّعون بتجاوز السلطة المقنّعة. أي الطّعون الإلغائيّة التي تستهدف المقرّرات الإدارية والتي تخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية. من بينها :

[161]– الصّورة الأخرى هي الواردة بالفصل 27 من مجلّة المحاسبات العموميّة التي يمكن لنا أن نعتبرها فرعا من قضاء الإلغاء في ثوب استئناف وتعقيب. ولكن النّقاش يبقى مفتوحا حول هذه المسألة.

[162]– انظر المرسوم عدد 13 لسنة 1987، المؤرّخ في 15 أكتوبر 1987، ر.ر، 1987، عدد 71، ص 1261. مع العلم أن هذا المرسوم غير معمول به حيث لم تتم المصادقة عليه من قبل مجلس النواب.

[163]– انظر القانون الأساسي عدد 32 لسنة 1988، المؤرّخ في 3 ماي 1988، المتعلّق بالأحزاب السياسية، ر.ر، 1988، عدد 31، ص 715.

-الطّعن ضدّ المقرّرات الإدارية الصّادرة عن هيئة السوق الماليّة، وهو طعن يرفع استئنافا لدى محكمة استئناف تونس التي تقوم في هذه الصّورة بدور محكمة ابتدائيّة إلغائيّة.

-الطّعن ضدّ المقرّرات الإدارية الصّادرة عن الهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة.

-الطّعن ضدّ المقرّرات الإدارية ذات الصّبغة الإدارية الصّادرة عن الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية الذي يرفع لدى محكمة استئناف تونس، فتقوم هذه الأخيرة بدور محكمة ابتدائية في مادة إلغائية.

-الطّعن ضد المقررات الإداريّة الصّادرة عن الهيئة الوطنية للاتّصالات وهو من نظر محكمة استئناف تونس[164].

العامل المشترك بين الطعون الإلغائية بما فيها الطّعن بتجاوز السلطة هي الآتية :

-الموضوع : تهدف جميع الطعون الإلغائيّة إلى إبطال عمل أو مقرّر إداري.

-المدّعي عليه : في جميع الدّعاوي الإلغائيّة، الإدارة تشكّل دائما المدّعي عليه.

-مداخل الطّعن : في غالب الافتراضات، يستند الطّعن اللإلغائي إلى مداخل الطّعن الآتية أو البعض منها : عدم الاختصاص، خرق الشكليات، الخطأ في تطبيق القانون بفروعه، الانحراف بالسلطة أو بالإجراءات.

[164]- انظر في المسألة :
Y. Ben Achour, « Le recours pour excès de pouvoir dans tous ses états », Mélanges A. Amor, 2005, p. 159.

-الإجراءات : إذا استهدف الطّعن مقرّرا إداريّا فإنّه يكون موقوفا على احترام أجل معلوم وهو أجل التّقاضي. وأجل التقاضي علامة من علامات الطّعون بتجاوز السلطة المقنّعة، حيث نعلم أنّ الطّعن الإلغائي بتجاوز السلطة طعن مغلق، خلافا للقاعدة المعهودة في القضاء الكامل الذي هو قضاء مفتوح.

استثناء الطّعن الموازي في مجال الطّعون الإلغائيّة

باعتبار أنّ الطّعن بتجاوز السلطة يمثّل الدعوى المبدئيّة والحكم العام في مجال الإلغاء، فيترتّب عن ذلك أنّ وجود طريقة قضائيّة خاصّة تقصي الطّعن بتجاوز السلطة. فلا يمكن الاعتماد على تجاوز السلطة ضدّ مقرّر إداري، إذا خصّص المشرّع لهذا المقرّر طريقة قضائيّة خاصّة، وذلك أخذا بالمبدأ القانوني العام[165] في ميدان تعارض القوانين : الحكم القانوني الخاص يقيّد الحكم القانوني العام. وهذا المبدأ ينطبق بالخصوص في ميدان الإجراءات القضائيّة، واستثناء الطّعن الموازي في حقيقته، تعبير عن هذا المبدأ.

ففي القضية عدد 16718 موضوع القرار المؤرّخ في 28 أفريل 2000 عن الدّائرة الابتدائية الثالثة محمّد بن عمر قعيد[166] قرّرت المحكمة أنّ الطّعن بالإلغاء ضدّ الأمر المتعلّق بالمصادقة على التّقارير الاختتاميّة للجنة استقصاء وتحديد الأراضي التابعة لملك الدّولة غير مقبول. والسّبب في ذلك أن التشريع المتعلّق بالتّصرّف والتفويت في العقارات التابعة لملك الدّولة أفرد طريقة موازية خاصّة يمكن للمدّعي أن يلجأ إليها لتحقيق ذات الأثر.

[165]- سمير عبد السيد تناغو النّظريّة العامّة للقانون، منشأة المعارف، 1986، ص 418.
[166]- م.إ، 28 أفريل 2000، محمّد بن عمر قعيد/وزير أملاك الدّولة. الوزير الأوّل.

الفقـــرة الثانيـــة
الطّعـــن بتجـــاوز السلطـــة

يكون تعريف الطّعن بتجاوز السلطة نقطة الانطلاق إلى هذه الدّراسة. الطّعن بتجاوز السلطة : دعوى قضائية ضدّ السلطة الإدارية يقوم بها من له مصلحة، لدى المحكمة الإدارية، بغية إلغاء مقرّر إداري لعدم شرعيّته.

هذا التعريف مقتبس من فصول قانون واحد جوان المتعلّقة بالمسألة وهي الفصول 3 و5 إلى 10. والتعريف متركّب من عدّة عناصر وهي الآتية :

-الغاية ؛ وهي احترام الشرعية

-النتيجة ؛ إلغاء القرار

-الوسيلة ؛ وسيلة قضائيّة

-الشروط ؛ وجود القرار المخدوش فيه والسلطة الإدارية والمصلحة.

1-أمّا الغاية، فهي التي تعرّض لها الفصل 5 من القانون : "تهدف دعوى تجاوز السلطة إلى ضمان احترام المشروعيّة القانونيّة من طرف السلطة التّنفيذيّة". وتبعا لذلك يكتسي الطّعن بتجاوز السلطة أهمّية بالغة من حيث القانون وحتى من الجانب السياسي. ولعلّ هذه الأهمّية التي دفعت المحكمة الإدارية إلى أن تقرّ المبدأ المعروف في فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي Dame Lamotte (17 فيفري 1950)[167] وFalco et Vidaillac (17 أفريل 1953)[168]. تقول المحكمة الإدارية "وحيث أنّه من المبادئ المستقرّة في فقه القانون الإداري وقضائه أنّ دعوى الإلغاء هي وسيلة دائمة لتحقيق المشروعيّة تمتدّ إلى رقابة كلّ القرارات الإدارية ولو أفصحت النّصوص النّافذة بشأنها أنّها "غير قابلة لأيّ

[167]- CE, Ass, 17 février 1950, Min. de l'Agriculture/Dame Lamotte , R.D.P., 1951, 478, concl. Delvolvé, note Waline.

[168]- CE, Ass, 17 avril 1953, Falco et Vidaillac, Dalloz, 1953, 683, note Eisenmann

طعن"، ضرورة أنّ هذه العبارة لا يفهم منها تحصين هذه القرارات من رقابة قاضي الإلغاء الذي لا تستبعد رقابته إلاّ بنصّ صريح العبارة". وعلى هذا الأساس قبل قاضي الإلغاء الطعون ضدّ المجلس الأعلى للقضاء في كلّ المواد المتعلّقة بتطبيق القانون الأساسي للقضاة، كالتّسميات والتّرقيات والتّأديب (قرارات زقروبة، و شريف وغيره المؤرّخة في 26 نوفمبر 1991)[169].

ومعيار المشروعيّة، هو الذي عرّفه باقي الفصل 5 والفصل 7 من القانون. بقيّة الفصل 5 : "... وذلك طبقا للقوانين والتّراتيب الجاري بها العمل والمبادي القانونيّة العامّة". واضح أن الفصل 5 اقتصر على القانون والتّراتيب والمبادي القانونيّة العامّة، ولم يذكر الدّستور ولا الاتّفاقيّات الدّوليّة. ثمّ جاء الفصل السّابع من القانون يخصّص معيار المشروعيّة، وعناصرها، معتبرا إيّاها بمثابة مداخل للطّعن بتجاوز السلطة (Cas d'ouverture) وهي الآتية :

-عيب الاختصاص

-خرق الصّيغ الشكليّة الجوهريّة

-خرق قاعدة من القواعد القانونيّة

-الانحراف بالسلطة أو بالإجراءات

2-بالنسبة للشروط فقد نصّ الفصل 3 الأصلي على القرار الإداري والسلطة الإدارية، حيث أكّد أنّ دعاوي تجاوز السلطة "ترفع لإلغاء كلّ المقرّرات الصّادرة عن السلطة الإدارية مركزيّة كانت أو جهويّة أو عن الجماعات العموميّة المحليّة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية" (ما عدا الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة)، وهكذا يبدو أنّ الفصل 3 الأصلي تبنّى مفهوما عضويّا للسّلطة الإدارية، وأنّه لم يميّز بين القرارات حيث قال : "كلّ المقرّرات الصّادرة عن السلط الإدارية" ممّا يدلّ على التّوسيع ولا على التّضييق.

[169]- م.إ، 26 نوفمبر 1991، الطاهر زقروبة/المجلس الأعلى للقضاء، المجموعة، ص 147.

ولكن المحكمة الإدارية تجاوزت في فقه قضائها المعيار العضوي، كما سنبيّنه فيما بعد، واعتمدت المعيار المادّي. ثمّ صدر القانون عدد 39 لسنة 1996، وأكّد هذا الاختيار القضائي، بإدخاله في الفصل 17 جديد من قانون غرّة جوان 1972 الذي نصّ على ما يلي : "تختصّ الدّوائر الابتدائية بالنّظر ابتدائيّا في دعاوي تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقرّرات الصّادرة في المادّة الإدارية، واستعمال عبارة "المادّة الإدارية"، دليل على تبنّي المعيار المادّي. إلاّ أنّ اعتماد المعيار المادّي كان يفرض إعادة النّظر في الفصل الثالث، في حين أنّه لم يقع في إبّانه، مع ما يترتّب عن ذلك من تناقض بين الفصلين 3 و17.

وبمناسبة إحداث الطّعن ضدّ الأوامر الرّئاسيّة الترتيبية بمقتضى القانون عدد 11، 4 فيفري 2002، وقع تغيير صيغة الفصل 3 على النحو الآتي "تختصّ المحكمة الإدارية بالنّظر في دعاوي تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقرّرات الصّادرة في المادّة الإدارية". الشيء الذي نلاحظه يتمثّل في :

1)اقتضاب الصياغة

2)حذف الحاجز المانع من الطّعن ضدّ الأوامر الترتيبيّة

3)حذف ذكر الهياكل الإدارية المعنيّة بالأمر

4)تطابق الفصل 3 مع بقيّة الفصول "المادّية" للقانون وبالخاصّة الفصل 17.

فلم يبق شأن للمعيار العضوي اليوم سوى في الفصل 15، الفقرة المتعلّقة بالدّوائر الجهويّة، حيث حدّد القانون اختصاص هذه الدّوائر "في القضايا المرفوعة ضدّ السّلط الإدارية الجهويّة والمحلية والمؤسّسات العموميّة الكائن مقرّها الأصلي بالنطاق التّرابي للدّائرة".

فالشّرط حينئذ أن يكون المقرّر "صادر في المادّة الإدارية" بقطع النّظر عن الهيكل الذي يتّخذه.

وورد الفصل 6 لتعريف المصلحة للقيام بالدّعوى فنصّ على أن "يقبل القيام بدعوى تجاوز السلطة من طرف كلّ من يثبت أن له مصلحة ماديّة كانت أو معنويّة في إلغاء مقرّر إداري ما".

3)أمّا النّتيجة، فهي الإلغاء وقد تعرّض لهذه المسألة الفصول 8 إلى 10 من القانون، حيث أقرّ الفصل 8 أنّ المحكمة تلغي القرار المنتقد "إذا ثبت لديها أنّ الدّعوى ترتكز على أسس صحيحة" وبيّن نفس الفصل أنّ الأحكام التي تقضي بالإلغاء لها المفعول المطلق لاتّصال القضاء Autorité absolue de la chose jugée بينما يكون لها مفعول نسبي إذا قضت برفض الدّعوى. وجاء تحرير هذا الفصل في غاية من الغموض والهجنة اللّغويّة، لا يُفهم إلاّ بالرّجوع إلى النّص الفرنسي.

وأضاف نفس الفصل : "إنّ القرارات الإدارية الواقع إلغاؤها بسبب تجاوز السّلطة تعتبر كأنّها لم تتّخذ إطلاقا". وهي ترجمة رديئة للعبارة الفرنسيّة المستخرجة حرفيّا من حكم روديارRodière، وهي الآتية « Les décisions administratives annulées pour excès de pouvoir sont réputées n'être jamais intervenues » وعلى هذا المبدإ تترتّب بعض الآثار القانونيّة سنتعرّض إليها فيما بعد، وهي التي نصّ عليها الفصلان 9 و10 من القانون.

4)وأمّا الوسيلة فإنّها وسيلة قضائيّة[170]، معناه أنّها تجري مجرى الطّعون القضائيّة فيما يتعلّق بإجراءات الاحتكام، وإجراءات التّحقيق، وطبيعة الحكم الصّادر عن المحكمة، وآثاره القانونيّة.

وهذا التّعريف الذي قدّمناه آنفا سيكون الدّافع إلى تخطيط الدّراسة حول تجاوز السلطة، فسنتعرّض في الباب الأول إلى : "غاية الطّعن، معاييره وشروطه" وفي الباب الثاني إلى : "إجراءات التّقاضي" وفي الباب الثالث إلى : "الحكم، طبيعته، أنواعه وآثاره".

[170]– ممّا يميّزها عن الطعون غير القضائيّة مثل التّظلّم الإداري بفرعيه أو الرّقابة السّياسيّة.

البـــاب الأوّل

غايـــة الطّعـــن، معاييـــره، شروطـــه

-الصبغة الموضوعيّة للطّعن بتجاوز السلطة

يُستنتج ممّا سبق ذكره في المقدّمة، أنّ تجـاوز السـلطة لـه صـبغة "موضوعيّة"، حيث يرمي إلى إلغاء مقرّر إداري. طبقا لمعايير معيّنة من قبلُ، مع نتيجة معلومة : إمّا الإلغاء (الجزئي أو الكلّي) وإمّا رفض الإلغاء. نـذكّر في هذا الصّدد أن لافريار E. Laferrière كان يقول إنّ الطّعن بتجاوز السلطة، هو بمثابة القضيّة المرفوعة ضدّ قرار، ولا ضدّ طرف مدّعى عليـه بصـفة شخصيّة متمثلة في شخص معيّن أو هيكل أو مؤسّسة.

وهذه الصّبغة الموضوعيّة، بقطع النّظر عن معرفة هـل أنّ القضـيّة قائمة بين خصمين على أتمّ معنى الكلمة، أم هي أحاديّة كما زعـم لافريـار Laferrière، فإنّها ثابتة لا مناص منها، والدّليل أنّ السّؤال المطـروح أمـام القاضي (هل أنّ ادّعاء الطّالب في محلّه ؟) سؤال بسيط موقوف على إجابـة بـ : "نعم" أو "لا"، وأنّه إذا أجيب عليه بنعم فالقرار يُحذف قانونيّا من دائرة المقرّرات الإلزاميّة، بقطع النّظر عن الأضرار التي أنتجها أو الحقوق التـي أهدرها أو أكسبها للغير. وليس للقاضي أن يتجاوز هذا الحدّ.

وقد تبنّت المحكمة الإدارية هذا الاتّجاه في قرار شركة بدر ضدّ حافظ الملكيّة العقاريّة المؤرّخ في 18 أفريل 1989[171]. "وحيث أنّه ولئن كان من المفروض أن يقع القيام ضدّ السلطة المصدّرة للقرار المقدوح فيه والممثلة في حافظ الملكيّة العقاريّة، إلاّ أنّه نظرا إلى أنّ قضاء الإلغاء هو قضاء موضوعي يهدف أساسا إلى الحفاظ على شرعيّة القرارات الإدارية وليس هو بنزاع بين أطراف...". فالصّبغة الموضوعيّة للطّعن بتجاوز السّلطة تبرز من خمس نواح على الأقلّ :

-موضوع الطّعن الذي هو الإلغاء، والذي يُخرج تجاوز السلطة عن القضاء الحقوقي، مع أنّ تجاوز السلطة فيه أطراف وما فيه أصحاب حقوق.

-استقرار السّؤال المطروح، واستقرار المدّعى عليه الذي لا يتغيّر، والذي هو الإدارة.

-منهجيّة القاضي التي تتمثّل في تقدير الملاءمة بين قاعدتين، عليا وسفلى، طبقا لسلّم الشرعيّة.

-الحكم وآثاره المؤدّية إلى إزاحة القرار من دائرة القواعد الملزمة، بقطع النّظر عن آثاره في دائرة الحقوق والأموال.

-حتميّة الطّعن القانونيّة، وهو طعن عام مبدئي، قائم الذات، ولا يقصيه إلاّ النّصّ الصّريح.

سنتطرّق إلى موضوع هذا الباب عبر مرحلتين : نتعرّض في الأولى إلى المشروعيّة التي أشار إليها القانون والتي تشكّل غاية الطّعن ومعياره، وفي الثانية إلى شروط الطّعن المتمثلة في السلطة الإدارية وفي القرار الإداري وفي المصلحة في الطّعن.

[171]- م.إ، 18 أفريل 1989، شركة بدر ضدّ حافظ الملكيّة العقاريّة، غير منشور.

الفصل الأوّل

الطّعن بتجاوز السلطة في ظلّ مبدإ الشّرعيّة

نورد المعطيات الآتية على سبيل التذكير فحسب، باعتبار أنّها تشكّل الجانب الأوفر من دراسة القرارات الإدارية التي هي موضوع القانون الإداري العام.

يعني مبدأ الشرعيّة أنّ المقرّر الإداري لابدّ أن يكون مطابقا أو ملائما، حسب الوضعيّة (سلطة تقديريّة، سلطة مقيّدة)[172] للأحكام القانونيّة الموضوعيّة أو الإجرائية المنبثقة من :

-الدّستور أو الاتّفاق الدّولي أو القانون أو المبدأ العام للقانون (سلم الشرعيّة الخارجي، الفوقي).

-أو من المقرّرات الإدارية الأعلى منه درجة في سلّم القرارات الإدارية (سلّم الشرعيّة الدّاخلي، الذاتي).

-أو من المقرّرات التي هي من نفس الدرجة على شرط أن يكون صادرا لتطبيقها، طبقا لفقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي لسنة 1983[173]، وأخذا

[172]- للتمييز بين المطابقة والملاءمة انظر :
Ch. Eisenmann : «*Cours de droit administratif*» LGDJ, 1983, t2 p. 432 à 452 et p. 528 à 566.

[173]- CE, Club sportif et familial de la Fève, 19 Mai 1983, AJDA, 1983, p. 426, Concl. B. Genevois.

بالمبدأ الذي يرى أنّ القرارات التّأسيسيّة تعلو القرارات التّنفيذيّة[174]، وإن كانت من نفس الدّرجة، لنبيّن ذلك :

الفقـــرة الأولـــى
مصـــادر الشرعيّـــة الفوقيّـــة

تعرّض الفصل الخامس من قانون غرّة جوان لمسألة مصادر الشرعيّة الإدارية، فنصّ على ما يلي ذكره : "تهدف دعوى تجاوز السّلطة إلى ضمان احترام المشروعيّة القانونيّة من طرف السلطة التّنفيذيّة وذلك طبقا للقـــوانين والتّراتيب الجاري بها العمل والمبادئ القانونيّة العامّة". وقد سها المشرّع في هذا الفصل عن أعلى مصدر الشرعيّة وهو الدّستور. فقامت المحكمة الإدارية باستدراك هذا النّقص وبيّنت مصادر الشّرعيّة على النّحو الذي يأتي ذكره :

-الدّستور : الدّستور، أصل مباشر لشرعيّة المقرّر الإداري. فإذا تبـــيّن لقاضي تجاوز السلطة أنّ قرارا إداريّا يخالف الدّستور، يقوم بإلغاء القرار. هذا ما وقع فعلا في القرار الصّادر عن المحكمة الإدارية فـــي 27 جـــوان 1990 رافع ابن عاشور والفاضل موسى وناجي البكّوش ضدّ وزير التّربية والتّعلـــيم العالي والبحث العلمي. وقضت المحكمة بإلغاء القـــرار الـــذي فـــرض علـــى المدّعين الإقامة بمكان العمل، لمخالفته أحكام الفصل 10 من الدّستور المتعلّـــق بحرّية التّنقّل واختيار مقرّ الإقامة. وفي هذا القرار تطبيق مباشر للدّستور[175].

---

[174]- عياض ابن عاشور
Y. Ben Achour, Droit Administratif, C.P.U., Coll. M/Sciences Juridiques Tunis, 2000, p. 324 et ss.

[175]- في ميدان الإجراءات القضائيّة : التّصريح بعدم قبول الدّعوى لتحريرها باللّغة الفرنسيّة ومخالفتها للفصل الأوّل من الدّستور، م.إ، 30 ديسمبر 1995، الهادي بلحاج علي، ص.ق.ت.ح.إ، فقه قضاء المحكمة الإدارية، بقلم ابراهيم البرتاجي، المجلّة القانونيّة التونسيّة 1996، ص 410.

-المعاهدات الدّوليّة : لا شكّ أنّ المعاهدات الدّوليّة تعتبر أصلا مباشـــرا للشرعيّة. فإذا خالف المقرّر الإداري معاهدة يتّجه إلغـــاءه، وذلـــك لاعتبـــار المعاهدات، طبقا للفصل 32 من الدّستور، "أقوى نفوذا من القوانين" فمن بـــاب أولى أن تكون أقوى نفوذا من المقرّر الإداري. إلاّ أنّ الإشكال نـــاتج مـــن أن المقرّر الإداري نادرا ما تكون له صلة مباشرة بالمعاهـــدات الدّوليّـــة، وإنّمـــا يحجبه القانون، فيتحوّل الأمر عندئذ إلى تقدير مطابقة القانون للمعاهدة في أوّل مرحلة، للوصول إلى تقدير شرعيّة المقرّر الإداري الذي جاء تنفيذا للقانون.

تدرّج فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي إلى حلّ هذا الإشـــكال علـــى مرحلتين. تتمثّل المرحل الأولى في قرار مجلس الدّولة المؤرّخ في 1 مارس 1968، النّقابة العامّة لمنتجي السّـــميد Syndicat général des fabricants de semoule الذي قرّر فيه مجلس الدّولة أنّه غير مختصّ في تقـــدير دســـتوريّة القوانين وترتيبا عليه فإنّ القوانين المخالفة للمعاهدة الدّوليّة والصّادرة بعـــدها -القوانين اللاّحقة- تُلزم القاضي وبالتّالي تحصّن المقـــرّر الإداري المطبّـــق لها. وفي مرحلة ثانية غيّر مجلس الدّولة وجهة نظره، فقرّر أن المعاهـــدات الدّوليّة تفوق القانون وتُفرض عليه حتى إن كان القانون لاحقا.

ووقع هذا التّحويل فقه القضائي في قرار مجلس الدّولة "نيكولو" Nicolo المؤرّخ في 20 أكتوبر 1989 والصّادر عن الجلسة العامّة لمجلس الدّولة[176].

وهذه الصّورة، هي التي مثّلها قرار المحكمة الإدارية الصّادر فـــي 21 ماي 1996، الرّابطة التونسيّة للدّفاع عـــن حقـــوق الإنســـان ضـــدّ وزيـــر الدّاخليّة[177]، حيث تعيّن على القاضي، لتقدير شرعيّة قرار وزير الدّاخليّة، منفذ لقانون 2 أفريل 1992 المتعلّق بالجمعيّات، أن يقدّر ملاءمة هذا القـــانون مـــع الميثاق الدّولي المتعلّق بالحقوق المدنيّة والسياسيّة. وفي هـــذا القـــرار أكّـــدت المحكمة المبدأ الدّستوري المتمثّل في أفضليّة المعاهدات الدّوليّة على القوانين،

---

[176] Nicolo, Ass, 20 octobre 1989, Rec, 1989 concl. P. Frydman.-

[177] -م.إ، 21 ماي 1996، الرّابطة التونسيّة للدّفاع عن حقوق الإنسان/ وزير الدّاخليّة، المجموعة، ص 185.

واستنتجت منه أنّه يخوّل "للقاضي الموكول له وظيفة تطبيق القانون السّهر على احترام تلك الأفضليّة".

القانون : بعد تنقيح الدستور المؤرّخ في 1 جوان 2002، أصبح القانون هو النّص التّشريعي المقرّر من قبل مجلس النّواب ومجلس المستشارين طبقا للقواعد الإجرائيّة الدّستوريّة، والمختوم من قبل رئيس الجمهوريّة، ثمّ المنشور بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة. والقواعد الإجرائيّة، هي المتعلّقة بالمبادرة (الفصل 28 من الدّستور) والمصادقة والختم (الفصل 33)، والعرض الوجوبي على المجلس الدّستوري بالنسبة لأصناف القانون المنصوص عليها بالفصل 72 من الدّستور.

والقانون هو المصدر الأساسي للشرعيّة الإدارية باعتبار تدخّله في ضبط قواعد المرافق العموميّة، كالتّعليم والصّحّة، ونظام الوظيفة العموميّة المدنيّة والعسكريّة، وإحداث أصناف المؤسّسات العموميّة، ونظام الجماعات المحليّة، والحرّيات العموميّة والملكيّة الخاصّة، ومجلس الدّولة والإجراءات القضائيّة، والمجال الجبائي والانتخابي وغيرها من المجالات التي لها مساس مباشر أو غير مباشر بسير الإدارة و مشمولاتها وإجراءات عملها وقراراتها.

-المبادئ العامّة للقانون[178] : خلافا للوضع الفرنسي الذي تشكّل فيه المبادئ العامّة للقانون مصدرا فقه قضائي للشّرعية، فإنّ القانون التونسي يعتبر صراحة المبادئ العامّة للقانون مصدرا وضعيا تشريعيّا للشرعيّة، وذلك بمقتضى الفصل الخامس من قانون غرّة جوان. إلاّ أنّ القانون، إذ عيّن طبيعة المبادئ العامّة للقانون وقيمتها التشريعيّة الأساسيّة فإنّه لم يحددها ولم يحصر محتواها وأنواعها. فيرجع حينئذ للمحكمة الإدارية أن تبيّن محتواها ومعانيها، وهو ما فعلت باستمرار في فقه قضائها، فأقرّت مبادئ أساسيّة تتعلّق بالحرّيات، أو بالمساواة أو

[178]- المصطلح في قانون غرة جوان هو "المبادئ القانونيّة العامّة" والأفضل أن نقول "المبادئ العامّة للقانون"، لأنّ الفكرة الأساسيّة في هذا المجال هي أن عامية المبادئ ليست قائمة في حدّ ذاتها وفي المطلق، بل تنبثق من دائرة التّشريع نفسه. ولو لا خشيتنا من أن نخرق المتواتر لآثرنا استعمال عبارة "المبادئ العامّة للتشريع".

بسير المرافق العموميّة أو بالمقرّرات الإدارية، مثل مبدأ حق الدّفاع في المادّة التّأديبيّة، وكلّما تعلّق القرار بذات الشّخص، ومبدأ حرّيّة التّجارة، ومبدأ المساواة أمام المرفق العام والوظيفة العموميّة والملك العمومي، ومبدأ عدم رجعية آثار المقرّر الإداري، ومبدأ أن الطّعن بتجاوز السلطة لا يقصيه إلاّ النّصّ الصّريح وغيرها من المبادئ[179].

وبالمعنى الضيّق، كما ورد في الفصل الخامس من قانون غرّة جوان، تحتوي المبادئ العامّة للقانون على العناصر الآتية :

- هي قواعد عامّة، ذات قيمة قانونيّة أساسيّة[180]،
- منحصرة في قضاء تجاوز السلطة، لا غير[181]،
- يحدّد قاضي تجاوز السلطة محتواها،
- ولها أثر على شرعيّة المقرّرات الإدارية التي تلغى إذا خالفت مبدأ من المبادئ العامّة للقانون.

الفقـرة الثانيـة
سلّـم الشّرعيّـة الإداريـة الدّاخليّـة

لا تقف الشرعيّة عند حدّ الأصول الفوقيّة، وإنّما تمتدّ إلى سلّم الشرعيّة الدّاخليّة. وهذه الشرعية الداخلية متشعّبة جدّا، لأنّها متشابكة الأطراف، وموزّعة

[179]- انظر، عبد الكريم عروة، المبادئ العامّة للقانون في فقه قضاء المحكمة الإدارية، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام والمالي، كليّة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة، سنة 1996-1997.

[180]- لاعتبار أنّها مدرجة في قانون أساسي، فلا يجوز للقانون العادي أن يلغيها كمصدر من مصادر الشرعيّة.

[181]- لا يعني ذلك أنّه يحجّر على القاضي أن يعمل بالمبادئ العامّة للقانون خارج تجاوز السّلطة، إلاّ أنّه يقوم بذلك في هذه الصّورة على أساس قدرته الإنشائية، على غرار مجلس الدّولة الفرنسي، وبعيدا عن الفصل 5 من قانون غرّة جوان.

بين السّلط الإدارية المركزيّة واللاّمركزيّة التّرابيّة والمصلحيّة، واللاّمحوريّة الترابيّة والمصلحيّة أيضا. والمبادئ التي تشرف على المادّة هي الآتية :

مبدأ التّدرّج الذي يفيد أن قرار السلطة الأعلى درجة في الهيكلة المركزيّة يفوق قرار السفلى، وأنّ القرارات الصّادرة عن السّلط القوميّة المركزيّة تفوق القرارات الصادرة عن السّلط اللاّمركزيّة، رغم ما لهذه الأخيرة من سلطة ترتيبيّة مستقلّة بمقتضى القانون.

مبدأ الشموليّة الذي يقتضي من جهة أنّ القرار الترتيبي يفوق القرار اللاّترتيبي، ومن جهة أخرى أنّ القرار الترتيبي التّأسيسي يفوق القرار الترتيبي التنفيذي، وإن كانا صادرين عن نفس السلطة، فيلغى القرار التنفيذي إن خالف التأسيسي، إذا ثبت أنّه صدر لتطبيقه.

هذا هو مبدأ الشّرعيّة إجمالا. أمّا تخصيصه فإنّه يتمثّل في النّقط الآتية الذكر :

-أن تكون السلطة الإدارية مختصّة شخصيّا، وترابيّا، وزمنيّا.

-أن تحترم السلطة الإدارية إجراءات اتّخاذ القرار والشكليّات الجوهريّة التي فرضها القانون.

-أن تحترم السلطة الإدارية القاعدة القانونيّة، معناه :

-أن يكون القرار مركّزا على سند[182] Base juridique.

-أن لا تخطئ الإدارة في فهم السند، مع العلم أنّ حرّيتها تتغيّر حسب نوعيّة اختصاصها، فتكون واسعة، إذا كان اختصاصها تقديريّا، وتكون ضيّقة إذا كان اختصاصها مقيّدا.

-أن لا تخطئ الإدارة في تقدير الوقائع التي أدّت إلى اتّخاذ القرار، لا في وصف الوقائع، ولا في إثباتها أو وجودها المادّي، ولا في تقدير التّناسب بين القرار والدّافع الذي أدّى إليه.

[182]- فإن فقد السند يصبح اعتداء.

-وأن يكون القصد الذي يحمل الإدارة على اتّخاذ القرار، قصدا سليما غير منحرف. فلا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطتها لغاية لم يُجزها القانون، ولا أن تتوخّى إجراءات لغير الهدف الذي وُضعت من أجله.

فالطّعن بتجاوز السلطة يهدف إذن إلى تحقيق كلّ هذه القواعد إلاّ أنّ الإخلال بالشّرعيّة له درجات حسب الخطورة والظروف. فهناك ظروف تخفيف أو تبرئة : مثل عدم احترام الشّكليّات غير الجوهريّة، أو عدم احترام إجراءات مستحيلة، أو عدم احترام الشّرعيّة لأسباب قاهرة مثل الظروف الاستثنائيّة. وهنالك ظروف تشديد، مثل استعمال السلطة بدون سند، أو التّعدّي على حقوق الغير، أو سوء النّيّة الظاهرة قصد الإضرار.

الظّروف الأولى تخفّف درجة البطلان أو تزيحه فتنقله مثلا من الانعدام الصّرف إلى عدم الشّرعيّة الاعتيادي، أو من عدم الشّرعيّة إلى الشّرعيّة.

الظّروف الثانية هي التي تتفاقم بأثرها درجة البطلان، فيصبح القرار مشوّها، ويفقد الامتيازات التي منحت إيّاه، فتُنقل اللاّشرعيّة إلى الانعدام المحض. وهذا المبدأ أقرّته المحكمة الإدارية في العديد من قراراتها منها: قرار أستري[183] (26 مارس 1987). فقالت المحكمة أنّ العمل الإداري المشوّه، ينحدر إلى الانعدام وأنّ الموانع المنصوص عليها بالفصلين 3 و4 من أمر 27 نوفمبر 1888 لا يكون لها مفعول في هذه الصّورة، وأنّه من حقّ القاضي أن يصدر تجاه الإدارة في هذه الصّورة أوامر مُلجئة. وإذا حوّلنا آراء المحكمة من ميدان الأعمال الإدارية على الوجه العام، إلى ميدان القرار الإداري، يمكن لنا أن نقول إنّ نظريّة التّشويه والانعدام تفتح مجالات واسعة

[183]- المحكمة الإدارية، 2 جويلية 1987، م.ع.ن. د/شركة تأمين وإعادة تأمين أستري، المجموعة، ص 380. "حيث يدّعي المستأنف أنّ الحاكم الابتدائي باتّخاذه لقرار الخروج لعدم الصفة قد خرق الفصلين المذكورين أعلاه الذين يمنعان على المحاكم المدنيّة تعطيل عمل الإدارة وإلغاء قراراتها. وحيث يجدر بادئ ذي بدء التّأكيد على أنّ تصرف الإدارة في عقار التّداعي إنّما تمّ بصورة تعسّفيّة ممّا أضفى عليه طابع الاعتداء المادّي الأمر الذي ينزع عنه الصّبغة الإدارية العموميّة ويجعله تصرّفا غير جدير بالحماية التي تكتسي الطابع العمومي". تأييد الحكم الذي ألزم الإدارة على الخروج.

وجديدة للطّعن ضدّه، وتزيل عنه الحمايات التي يتمتّع بهـا القـرار الإداري عادة، مثل ذلك :

-أن يقع الإعلان عن إلغائه لدى القضاء العدلي، دون اعتبار الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996.

-أن يقبل قاضي الإلغاء الطّعون ضدّه مباشرة بدون تقيّـد بالشـروط الإجرائيّة المنصوص عليها بقانون واحد جوان، خاصّة الفصـل 37 جديد.

-أن يبقى الطّعن ضدّه مفتوحا دائما.

-أن يقع توقيف تنفيذها حتّى بدون طلب صريح من الدّاعي، إلى غير ذلك.

الفصـل الثانـي
شـروط الطّعـن

ترجع شروط الطّعن إلى أصناف أربعة : الأوّل يتعلّق بطبيعة النّزاع، الثاني يتعلّق بالسّلطة الإدارية، الثالث يتعلّق بالقرار الإداري، والرّابع يرجـع إلى المصلحة للقيام بالطّعن.

الفقـرة الأولـى
الشـرط الأوّل : طبيعـة النـّزاع

هذا الشرط له أولى مرتبة، لأنّه بإمكانـه أن يعـوّض وحـده بعـض الآخرين، سيما شرط السّلطة الإدارية وشرط المقرّر الإداري. سيشاهد القارئ عند التّعرّض لهما، أنّه بإمكانه أن يردّهما إلى الشرط الأوّل : طبيعة النّزاع.

معنى هذا الشرط هو الآتي : لا يتدخّل قاضي تجاوز السلطة، كمـا لا يتدخّل القاضي الإداري عامّة، في القضايا المتعلّقة أصلا بمسألة غير إداريّة، من حيث المادّة. أي بمسألة لا تدخل في الوظيفة التّصرّفيّة التي تقـوم بهـا السلطة التّنفيذيّة.

وهذه الوظيفة التّصرّفيّة تحتوي أساسا على تسيير المرافق العموميّـة، وعلى السّهر على الأمن العام عن طريق الشّرطة الإداريـة، وعلـى تنفيـذ القوانين والتّراتيب باستعمال وسائل السلطة العموميّة. وفي المقابل تعتبر غير إداريّة كل المسائل المرتبطة ارتباطا متينا بـالأحوال الشخصـيّة، والملكيّـة

العقاريّة، والعقود الخاصّة، والجنسيّة، والحالة المدنيّة، والعقارات المسجّلة، وكلّ المسائل المقصورة على نظر هيكل خاص كالمسائل الجزائيّة، ومسائل التّجارة، حتّى وإن فرضنا أنّ الإدارة طرف في هذه القضايا.

وانطلاقا من ذلك علينا أن نميّز قضاء تجاوز السلطة، كجزء من القضاء الإداري، عن القضاء والنّزاعات غير الإدارية، ثمّ بعد ذلك أن نميّزه عن بقيّة النّزاعات القضائيّة الإدارية غير الإلغائيّة، مع تذكير ما قدّمنا به هذا القسم من تمييز بين تجاوز السلطة والطعون الإدارية الإلغائيّة الأخرى.

***تمييز قضاء تجاوز السلطة، كجزء من القضاء الإداري، عن النّزاعات غير الإداريّة**

ليس هذا التّمييز، في الحقيقة، إلاّ فرعا من التّمييز الأكبر بين قضاء الإدارة والقضاء الإداري الذي تعرّضنا له سابقا. فما عدا بعض الاستثناءات الرّاجعة أساسا إلى نظريّة القرارات المنفصلة، لا ينطبق قضاء الإلغاء على المواد المدنيّة، والتّجاريّة، والجزائيّة، وغيرها.

تقول المحكمة في هذا الشأن : "حيث يتّضح من أوراق الملفّ أنّ المدّعي يطلب من المحكمة الإدارية إبدال لقب "غومة" الذي أسندته له اللّجنة المحليّة للقب العائلي بتطاوين بجلستها المنعقدة بتاريخ 20 جوان 1961 بلقب "التونكتي".

وحيث أنّ ما يرمي إليه العارض من خلال الدّعوى الرّاهنة لا يدخل في دائرة اختصاص المحكمة الإدارية في إطار دعوى تجاوز السلطة ضرورة أنّ موضوع الألقاب العائليّة خصّه المشرّع بنظام إجراءات خاصّة ضبطها القانون عدد 53 لسنة 1959 المؤرّخ في 26 ماي 1959 وتعيّن لذلك التّصريح بالتّخلّي عن النّظر في الدّعوى لعدم الاختصاص"[184].

[184]– خليفة بن حسن غومة/ضدّ وزير الدّاخليّة، 12 ماي 1992. غير منشور.

فلا ينظر قاضي تجاوز السلطة في قرار رفض إعادة النّظر في حكم جزائي صادر عن وزير العدل[185]. كذلك لا ينظر القاضي الإداري في النّزاعات المتعلّقة بسير مرفق القضاء العدلي لأنّ القرارات المندرجة فيها ليست قرارات إداريّة[186].

كذلك القاضي الإداري غير مختص في القرارات المتعلّقة بترسيم الملكيّة الصّادرة عن حافظ الملكيّة العقّاريّة[187].

***تمييز قضاء تجاوز السلطة، عن القضاء الإداري، غير الإلغائي**

إنّه لمن اليسير أن نميّز قضاء الإلغاء عن قضاء التعويض وما يدخل في حكمه. إلاّ أنّ هناك بعض الحالات التي يكون فيها التّمييز محلّ تردّد. وقد وضّحت المحكمة الإدارية هذا الجانب فقالت مثلا في قرار "محمد كلاش" ضدّ وزير المواصلات : "حيث تضمّنت أحكام الفصل 21 من مجلّة المحاسبة العموميّة أنّ المحاكم العدليّة لا تنظر "في القرارات القاضية بتعمير ذمّة محاسب أو وكيل خازن، بيد أنّه يمكن الاعتراض عليها لدى المحكمة الإدارية" دون أن يتولّى المشرّع تحديد الدّرجة القضائيّة المؤهّلة للنّظر في هذا الاعتراض.

وحيث أنّ النّزاعات المتعلّقة بقرارات تعمير الذمّة لا يمكن حسمهما إلاّ إذا كان القاضي المختص بالفصل فيها متمتّعا بأوسع السلطات التي تمكّنه من تعديل القرار المنتقد عند الاقتضاء والحكم بأداء مبالغ ماليّة، وبالتّالي فإنّ طبيعة النّزاع، في غياب نصّ تشريعي يقضي بخلاف ذلك، تفضي إلى إخراج

[185]– م. إ، 12 نوفمبر 1991، الشاذلي الميلادي ضدّ وزير العدل، المجموعة، ص 138.
[186]– م. إ، 4 مارس 1999، ساسي بن عمّار كريّم ضدّ وزير الدّاخليّة (يطعن الدّاعي في محضر بحث عدلي ويطلب إعادة التحقيق في حادث مرور). كذلك م.إ، 1 جويلية 1999، محمد مواعدة ضدّ وزير الدّاخليّة (يطعن العارض ضدّ قرار وزير الدّاخليّة بفرض الإقامة المحروسة على المدّعي وهو في حالة سراح شرطي طبقا للفصل 357 من م.إ.ج.
[187]– م.إ، 15 جويلية 1993، الشاذلي السويسي ضدّ حافظ الملكيّة العقاريّة، المجموعة، ص 558.

قرارات تعمير الذمّة من دائرة اختصاص قاضي الإلغاء واتجه تأسيسا على ذلك رفض الدّعوى لعدم الاختصاص إلغائيّا[188]".

لقد أصابت المحكمة عندما أعلنت عن عدم اختصاص قاضي الإلغاء، موضّحة أنّ تعمير ذمّة المحاسبين يندرج بطبيعته في القضاء الكامل (خصوصا من حيث مشمولات القاضي). إلاّ أنّ مسألة "الدّرجة" التي أثارتها المحكمة في غير محلّها لأنّ المشرّع في هذا الافتراض أسند الأمر إلى المحكمة الإدارية مباشرة. فإن كانت المحكمة تعني "بالدّرجة"، المحاكم الابتدائيّة (كدرجة أولى) فمن باب الغلط.

***العلاقة بين الطّعن بتجاوز السّلطة والطّلبات الحقوقيّة**

إذا افترضنا مقرّرا ذا موضوع مالي[189]، يمكن للمتقاضي أن يطلب تعديله من حيث المبلغ الذي يستحقّه، أو الذي يريد أن يبرئ منه ذمّته، لدى القضاء الكامل. إلاّ أنّه بإمكانه أيضا أن يطلب إلغاء هذا القرار عن طريق تجاوز السلطة، على شرط أن يطلب الإلغاء بقطع النّظر عن الجانب المالي وعلى أساس أسباب تتعلّق بالشّرعيّة. وهذا الاتّجاه هو الذي أقرّه قرار لافاج Lafage الصّادر عن مجلس الدّولة الفرنسي[190].

بجانب ذلك نشير إلى أنّ المحكمة الإدارية قرّرت إمكان ضمّ طلبين، يهدف الأوّل الإلغاء والثاني التعويض، في دعوى واحدة. فتحكم المحكمة في حكم واحد في الفرعين الإلغائي والتعويضي. (انظر القسم الثالث، الباب الثاني، الفصل الثالث).

---

[188]– م.إ، 27 مارس 1992، محمد كلاش/وزير المواصلات، المجموعة، ص 284.

[189]– أي أنّه يتعلّق بمنحة أو بجراية أو شيء من هذا القبيل.

[190]– CE, Lafage, 8 mars 1912, RDP, 1912, p.266 note G. Jèze, S, 1913, 3,1, concl. Pichat, note Hauriou.

الفقـــرة الثانيـــة
الشـــرط الثانـــي : السّلطـــة الإداريـــة

نعني بالسّلطة الإدارية كلّ السّلط والأجهزة والهياكل التي تقوم بوظيفة معيّنة داخل الدّولة وهي الوظيفة التّصرّفيّة والعمليّة والمرفقيّة، تحت إشراف السّلطة التّنفيذيّة ومسؤوليّتها. وتشتمل الوظيفة الإدارية بمعناها العام على كلّ العمليّات المتعلّقة بالتّصرّف المالي، والتّصرّف المرفقي، والشرطة الإدارية، وهو القسم الأسفل من قسمي الوظيفة التّنفيذيّة التي تتّسم بالإزدواجيّة : مهمّة سياسيّة دستوريّة من جهة، ومهمّة إداريّة عمليّة من جهة أخرى.

وبهذا الاعتبار تنفصل الوظيفة الإدارية – والسلطة الإدارية بالتّالي– عن السّلط الأخرى في الجهاز الدّولي، أو عن المؤسّسات العموميّة التي تقوم بوظيفة غير إداريّة. ذلك يعني أنّ قرار السلطة الإدارية ينفصل تماما عن القرارات الصّادرة عن الأجهزة التي تؤدّي وظيفتي الدّولة الدّستوريّة الأخرى وهي القانون وكلّ ما دخل في ظلّ أداء الوظيفة التّشريعيّة والحكم القضائي وكلّ ما دخل في أداء الوظيفة القضائية، عدليّة كانت أو إداريّة.

ويعني ذلك أيضا أنّ القرار الإداري يخرج عن دائرة القرارات الصّادرة عن السّلطة التنفيذيّة نفسها عندما تقوم بمهمّة من مهامها الدّستوريّة : كعلاقاتها مع مجلس النّواب، أو مع السلطة القضائيّة، أو كعلاقاتها مع الدّول الأجنبيّة.

نضيف أنّ السلطة الإدارية تشمل بالدّرجة الأولى الأشخاص الطبيعيين الموظّفين لأداء جزء معيّن من الوظيفة الإدارية نذكر منهم الوزراء، أعضاء الحكومة، الولاّة، المعتمدين، العمد، رؤساء البلديّات، المديرين، رؤساء المصالح، الكتّاب العامّين في الولايات أو الوزارات إلى غير ذلك. وكلّ هذه السلط سلط شخصيّة مسمّاة. هذه السلط ليس لها الشخصيّة المعنويّة في حدّ ذاتها وإنّما تملك صفة –وهي صفة تمثيليّة– تجعلها مؤهّلة بأن تكون سلطة، معناه بأن يكون لها عدّة صلاحيّات تقوم بها بغية أداء مهمّتها. فالسلطة لها معنيان : الأوّل يتعلّق

بالشّخص أو الهيكل، والثّاني يتعلّق بالمشمولات أو القدرة الإنجازيّة التي تملكها السلطة. كلّ سلطة، بهذا المعنى، لها سلطة.

وعندما صدر قانون 1 جوان 1972، فإنّه ما كان يعني "بالسلطة" أكثر من هذا المعنى، حيث نصّ الفصل 3 على "السلط الإدارية مركزيّة كانت أو جهويّة..."، فقصر القانون عبارة السلطة الإدارية بالمعنى الضيّق على كلّ السلط المركزيّة (وزراء، مديرين، رؤساء مصالح...) والجهويّة (ولاّة، معتمدين، عمد).

وأضاف الفصل أحكاما خاصّة للجماعات المحلّية العموميّة (مجالس، ولايات، بلديّات) وللمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية. بحيث يبدو من تحرير الفصل 3 أنّ المشرّع أراد أن يقصر مفهوم السلطة الإدارية على السلطة الدّاخلة في الجهاز الدّولي (المركزي والجهوي) فحسب.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقول إنّ الطّعن بتجاوز السلطة يتعلّق بثلاثة أصناف من الأجهزة :

1-السلطة الإدارية المندمجة في الشخصيّة المعنويّة للدّولة.

2-الجماعات المحليّة.

3-المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية.

ثمّ أضاف الفصل 3 أنّ تجاوز السّلطة يرفع الإلغاء "كلّ المقرّرات الصّادرة عن السلط الإدارية..."، بدون تمييز بين المقرّرات، ممّا يؤكّد ظاهرا المعيار العضوي.

إلاّ أنّ المحكمة الإدارية تجاوزت تماما مقتضيات الفصل 3 من قانون واحد جوان، ولم تتقيّد بالمعيار العضوي للسلطة الإدارية، وتابعها في ذلك الفصل 17 جديد من قانون غرّة جوان 1972، كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 1996 : "تختصّ الدّوائر الابتدائيّة بالنّظر ابتدائيّا في :

-دعاوي تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقررات الصّادرة في المادّة الإدارية..."، وباستعماله عبارة "المادّة الإدارية"، فقد قلّص المشرّع مفعول المعيار العضوي المعتمد في النّص الأصلي لقانون غرّة جوان، تماشيا مع فقه قضاء المحكمة الإدارية. وتواصلت حركة تعميم المعيار المادّي بمقتضى تنقيح الفصل 3 من قانون غرّة جوان (القانون عدد 11، المؤرّخ في 4 فيفري 2002) : "تختصّ المحكمة الإدارية بالنّظر في دعاوي تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقرّرات الإدارية الصّادرة في المادّة الإدارية".

فلدينا اليوم، وفقا لفقه قضاء المحكمة الإدارية والقانون، تمييزا واضحا بين مفهوم السلطة الإدارية بمعناه القضائي، ومفهوم السلطة الإدارية بمعناه العام. وقد أدخل المعنى القضائي على مفهوم السلطة الإدارية أثرين إثنين، الأوّل في اتّجاه التّضييق، والثاني في اتّجاه التّوسيع.

1-بالمعنى القضائي -أو النّزاعي- لا تعتبر السلطة سلطة إداريّة خاضعة لرقابة قاضي الإلغاء إلاّ إذا عملت في إطار النّشاط الإداري، معناه : في إطار تسيير المرفق العام الإداري، أو إذا عملت بوسائل وأساليب السلطة العموميّة. والأثر المترتّب على تعريف السلطة بالنّشاط ولا بالهيكل يخرج من مجال السلطة الإدارية ومن مجال تجاوز السلطة، الهياكل الإدارية :

-إذا عملت في ميدان العلاقات السياسية أو في مجال العلاقات بين الدّول، أي إذا تصرّفت تصرّف الهيئة الدّستوريّة[191].

-إذا عملت في مجال قضائي وتصرّفت استثنائيّا كما يتصرّف القضاء[192]. تقول المحكمة في هذا المجال : "حيث يهدف المطلب إلى توقيف تنفيذ قرار وزير الدّفاع الوطني القاضي بإعطاء الأمر بتتبّع العارض لدى المحكمة العسكريّة الدّائمة بتونس.

---

[191]- "وحيث أنّه ما يسمّى بأعمال السّيادة في فقه القضاء إنّما يقصد بها الأعمال السياسية الهامّة كحالات الحرب والعلاقات الخارجيّة وعلاقات الحكومة بالسلطة التشريعيّة" المحكمة الإدارية، 14 أفريل 1981، بيّار فلكون ومن معه/وزير الفلاحة، المجموعة 1981، ص 115.

[192]- المحكمة الإدارية، 6 ماي 1985، مشيرقي/وزير العدل، المجموعة، ص 79. فقبول أو رفض وزير العدل إثارة تتبّعات ضدّ الغير لا يعتبر قرارا إداريّا.

وحيث يتّضح من تقرير الإدارة في الردّ أنّ اتّخاذ القرار المذكور تمّ في إطار ما تخوّله مقتضيات الفصل 21 من قانون المرافعات والعقوبات العسكريّة.

وحيث أنّ هذا القرار يغدو في ضوء ذلك عملا قضائيّا لا ينفصل عن وظيفة القضاء العسكري باعتباره إجراء يرمي إلى إثارة تتبّع لدى المحكمة العسكريّة.

وحيث أنّ قاعدة استقلال القضاء الإداري عن غيره من أجهزة القضاء العادي والاستثنائي تقتضي استبعاد كلّ الأعمال المرتبطة بوظيفة هذا القضاء كإجراءات التتبّع والأحكام والقرارات التنفيذيّة عن ولاية القاضي الإداري في مادّتي توقيف التّنفيذ والإلغاء ممّا يتّجه معه التّصريح برفض المطلب لعدم الاختصاص[193]". وينسحب هذا الحكم على أعمال الشرطة العدلية ومأموري الظابطة العدلية[194].

-إذا عملت في مجال صناعي أو تجاري وتصرّفت تصرّف أشخاص القانون المدني أو التجاري[195]، أو قامت بعمليّات استغلال الملك الخاص[196].

تقول المحكمة في هذا الصدد إنّ : "القرار الإداري القابل للإلغاء يجب أن يكون مصدره ذاتا معنويّة على معنى الفصل 3 ...كما أن يكون القرار مرتبطا بتنفيذ عمل من المرافق العموميّة وأن تتقيّد السلطة العموميّة بتصريف شؤون المرفق العام بكيفية تختلف عن تسيير مرفق خاضع للقانون الخاص وبسلوك قواعد القانون العام مع اجتناب توخّي إجراءات القانون الخاص"[197].

-إذا عملت في مادّة غير إدارية بطبيعتها (انظر الشرط الأوّل).

---

[193]- م.إ.، 7 جانفي 1991، محمد النوري ضدّ وزير الدّفاع الوطني، المجموعة، ص 9.
[194]- م.إ.، 4 مارس 1999، الساسي كريم / وزير الداخلية، المجموعة، ص، 90.
[195]- المحكمة الإدارية، 23 جويلية 1976، منتصر القليبي ضدّ وزير الماليّة، المجموعة، ص 87.
[196]- المحكمة الإدارية، 15 جويلية 1980، عبد الرزّاق صفر/وزير الماليّة، المجموعة، ص319.
[197]- عبد الرّزاق صفر، سبق ذكره.

2-وفي مقابل ما ذكر في (1) تعتبر سلطة إداريـة كـلّ الأجهـزة أو الذّوات المعنويّة العموميّة غير الإدارية إذا قامت بنشاط إداري وتـدخّلت فـي سير أو تنظيم المرفق العام الإداري. وهذا المبدأ يشمل الصور الآتي ذكرها :

-الذوات العموميّة الدّوليّة غير الإدارية إذا عملت فـي إطـار تنظـيم المرفق العام الإداري. فإذا فرضنا أنّ رئيس مجلس النّواب اتّخذ قرار تسمية، أو عزل موظّف تأديبيّا، أو أنّ المجلس الأعلى للقضاء اتّخـذ قرارا يتعلّق بسير المرفق العام العدلي، علينا أن نعتبر هذه الأنواع من القرارات، قرارات إداريّة، لأنّها خرجت عـن أداء السـلط الدّوليّـة المذكورة مهمّتها الاعتياديّة ودخلت في إطار التّنظـيم الإداري. وقـد استقرّ فقه قضاء المحكمة في هذا المجـال علـى النّحـو المـذكور، فاعتبرت المحكمة أنّ القرارات الصّادرة عن الجهة القضـائيّة تكـون خاضعة لقضاء الإلغاء إذا قامت الجهة المعنيّة بأحد أعمـال النّشـاط الإداري التّنظيمي الخارج عن مهمّتها القضائيّة.

في الحكم الأوّل (بلّلونة/وكيل الجمهوريّة) المتعلّق بالمسـألة رفضـت المحكمة الطّعن ضدّ قرار صادر عن وكيل الجمهورية لدى محكمة الاستئناف بسوسة والقاضي، تنفيذا للحكم الصّادر عن محكمة أمن الدولة، بتوقيف المدّعي عن العمل مدّة سنتين[198].

وفي الحكم الثاني (بلّلونة وعاشور/الوزير الأوّل) قرّرت المحكمة أنّ الأمر الذي وقع بمقتضاه تعيين قضاة محكمة أمن الدّولة لا يتعلّق بسير السلطة القضائيّة ولكن بتنظيم المرفق العام العدلي، فهو خاضع لرقابة قاضي الإلغاء[199].

---

[198]- م.إ، 26 أفريل 1982، بللونة/وكيل الجمهوريّة لدى محكمة الاستئناف بسوسة، (غير منشور بالمجموعة).
[199]- المحكمة الإدارية، 26 أفريل 1982، بللونة وحبيب عاشور/الوزير الأوّل، المجموعة، ص 62.

وفي عدّة قرارات أخرى[200] اعتبرت المحكمة أنّ المسائل المتعلّقة بتطبيق القانون الأساسي للقضاة (تسمية، ترقية، تأديب) تندرج في "نطاق مرفق القضاء"، ممّا يخضع المجلس الأعلى للقضاء إلى رقابة قاضي الإلغاء[201].

تقول المحكمة في هذا الصّدد : "حيث تدفع الجهة المدّعى عليها بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدّعوى الماثلة بمقولة أنّ أحكام الفصل 59 من القانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرّخ في 14 جويلية 1967 والمتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة تقتضي أنّ القرارات الصّادرة عن المجلس الأعلى في المادّة التّأديبيّة غير قابلة لأيّ طعن.

وحيث جرى قضاء هذه المحكمة على إقرار اختصاص قاضي الإلغاء بالنّظر في النّزاعات النّاشئة عن تنظيم مرفق القضاء العدلي.

وحيث أنّ النّزاعات المترتّبة عن تطبيق القانون الأساسي للقضاة سواء تعلّق الشّأن بتسميتهم أو بترقيتهم أو بتأديبهم إنّما تندرج في نطاق تنظيم مرفق القضاء.

وحيث سبق للجلسة العامّة بالمحكمة الإدارية بوصفها هيئة قضاء عليا أن صرّحت بأن الطعون الموجّهة ضدّ قرارات المجلس الأعلى للقضاء عندما ينتصب كهيئة تأديبيّة لا تدخل في ولايتها تعقيبا.

وحيث أنّ حرص المشرّع على أن تكون تركيبة المجلس الأعلى للقضاء عند انتصابه كهيئة تأديب قيدا على أعضاء لهم صفة القضاة يهدف إلى إقرار الضّمانات التي أوجب الفصل 67 من الدّستور توفيرها لأعضاء هذا السلك وأسند مهمة السّهر على تحقيقها لهذا المجلس وبالتّالي وخلافا لما

[200]– م.إ، 26 نوفمبر 1991، مصطفى الشريف/المجلس الأعلى للقضاء، (عدّة قرارات في نفس الاتّجاه صادرة في نفس التّاريخ م.إ، 26 نوفمبر 1991، الطاهر زقروبة/المجلس الأعلى للقضاء، المجموعة، ص 147).

[201]– يحول اليوم دون هذا التوجه القانون الأساسي عدد 81 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 الذي أدخل في القانون 29 لسنة 1967 قواعد جديدة تمنع من رفع طعن يتجاوز السلطة ضد القرارات الصادرة عن لجنة الطعون المنبثقة عن المجلس الأعلى للقضاء في المادة التأديبية، حيث ينص الفصل 60 جديد على أن تلك القرارات تكون "نهائية غير قابلة للطعن بأي وسيلة بما في ذلك التعقيب أو دعوى تجاوز السلطة".

دفعت به الجهة المدّعى عليها فإنّ تركيبة المجلس على النّحو السّالف الذّكر ليس من شأنها أن تكسو أعماله طابعا قضائيّا.

وحيث أنّه من المبادئ المستقرّة في فقه القانون الإداري وقضائه أنّ دعوى الإلغاء هي وسيلة دائمة لتحقيق المشروعيّة تمتدّ إلى رقابة كلّ القرارات الإدارية ولو أفصحت النّصوص النّافذة بشأنها أنّها "غير قابلة لأيّ طعن" ضرورة أنّ هذه العبارة لا يفهم منها تحصين هذه القرارات من رقابة قاضي الإلغاء الذي لا تستبعد رقابته إلاّ بنصّ صريح العبارة.

وحيث أضحى القرار المخدوش فيه والحالة ما ذكر منضويا تحت ولاية هذه المحكمة إلغائيّا الأمر الذي يتّجه معه رفض الدّفع بعدم الاختصاص"[202] (إلغاء).

–ومن جهة أخرى، ودائما باستخدام المعيار المادّي، تعتبر سلطة إداريّة كلّ الأجهزة، أو الذّوات العموميّة غير الإداريّة (التّجاريّة أو الصّناعيّة أو الماليّة) إذا تصرّفت إداريّا (أي في مادّة تعتبر داخلة في النّشاط الإداري) مع استعمال نفوذ السلطة العامّة. وقد طبّقت المحكمة الإدارية هذا الحكم على الصّندوق القومي للتّقاعد والحيطة الاجتماعيّة[203] وعلى المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصّناعيّة والتّجاريّة[204].

والذي يبرّر موقف المحكمة الإدارية فيما يتعلّق بصندوق التّقاعد هو أنّ ميدان التّقاعد والحيطة الاجتماعيّة ميدان إداري محض[205] لأنّه يدخل في إطار

[202]– م.إ، 26 نوفمبر 1991، الطاهر زقروبة ضدّ المجلس الأعلى للقضاء، المجموعة، ص 147 و 148. كذلك لطفي الباجي –نفس التّاريخ– كذلك محمّد بن عبد الحميد قحبيش – نفس التّاريخ–. وغيرها من القرارات الصّادرة بنفس التّاريخ.

[203]– المحكمة الإدارية، 27 فيفري 1979 بن حميدة/مدير الصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعية، المجموعة، ص 22. خميّس التلمساني/صندوق تقاعد الكهرباء والغاز والنقل، 12 أفريل 1991، المجموعة، ص 47.

[204]– Voir M. S BEN AISSA « La compétence du T. A » partie intitulée : «Les décisions administratives des Epic, in «L'œuvre jurisprudentielle», p. 223 et s.

[205]– حمدة بن سوسيّة/الرّئيس المدير العام للصندوق القومي للتّقاعد والحيطة الاجتماعيّة، 19 جانفي 1983، المجموعة، ص 173.

الوظيفة العموميّة، وأنّ الوظيفة العموميّة مجال إداري بطبيعتــه. فــالقرارات الأحاديّة التي تتّخذ في هذا الصدد هي قرارات صادرة عن سلطة إداريّة.

أمّا القرارات المتعلّقة بالقروض التي يمنحها الصّندوق لمنخرطيه، فإنّ المحكمة ميّزت بين صنفين :

الصنــف الأوّل : القرارات المتعلّقة بالموافقة المبدئيّة، أو الرّفض، أو الرّجوع عن الموافقة على منح القرض، التي هي قرارات ذات طــابع عــام "غير مألوفة"، تندرج ضمن تسيير المرفق العام "وفقا لأساليب التّصرّف العام" وقابلة عندئذ الطّعن بتجاوز السلطة، (حمدة بن سوسيّة).

الصنــف الثانــي : القرارات التي لا تنفصل عــن عقــد الاقتــراض المبرم بين الصندوق والمنخرط، والتي اعتبرتها المحكمة أعمالا تعاقديّــة لا تدخل في نظر المحكمة كقاضي إلغاء، بل ترجع إلى قاضــي العقــود،[206]، (محمّد البغدادي الكريشي).

فيما يتعلّق بقرارات المؤسّســات العموميّــة ذات الصّــبغة الصّــناعية والتّجاريّة، فإنّ المحكمة أقرّت ما يلي، في قرار نقابة أعوان البنك المركزي : "حيث أنّه من المستقرّ في قضاء هذه المحكمة أن تمتدّ ولايتهــا اســتثناء إلــى مراقبة المشروعيّة لتشمل المؤسّســات العموميّــة ذات الصّــبغة الصّــناعيّة والتّجاريّة[207] إذا كان موضوع المنازعة يتعلّق بقرار ترتيبي يســتهدف ســير المؤسّسة العامّة وتنظيمها، وحيث أنّه لكي يتسنّى إخضــاع هــذه المؤسّســات لرقابة المشروعيّة لابدّ من توفّر ركنين أساسيّين هما:

أ-أن تكون المؤسّسة المعنيّة مؤهّلة لاتّخاذ قرارات من جانب واحد.

ب-أن يكون موضوع هذه القرارات متعلّقا بتنظيم المرفــق العمــومي وسيره"[208].

---

[206]- م.إ، 18 جانفي 1990، محمّد البغدادي الكريشي/الرئيس المدير العام للصندوق القومي للتّقاعد والحيطة الاجتماعيّة، (غير منشور).

[207]- لم يصف قانون البنك المركزي بأنّه "مؤسّسة صناعيّة وتجاريّة بل بأنّه مؤسّسة عامّة قوميّة"، إلاّ أنّ المحكمة طبّقت عليه نظريّة المؤسّسات ذات الطّابع المزدوج.

[208]- نقابة أعوان البنك المركزي التونسي/محافظ البنك المركزي التونسي، 17 جويلية 1989، المجموعة، ص 205.

وهكذا يتبيّن لنا أنّ المحكمة أقرّت نهائيّا، وفي تجاوز السلطة هذه المرّة، الاتّجاه التي كانت اتّخذته منذ البداية في قراراتها المتعلّقة ببعض المؤسّســات مثل الوكالات العقاريّة، أو بعض الدّواوين. إذا توفّر الشرطان الــواردان فــي قرار البنك المركزي تصبح المحكمة مختصّة للنّظر في دعوى تجاوز السلطة.

الفقــرة الثالثــة
الشــرط الثالــث : القــرار الإداري

ليكون القرار خاضعا لدعوى تجاوز السلطة القضائية، لابدّ أن تتــوفّر فيه بعض الشروط :

-أن تتوفّر فيه شروط السلطة الإدارية على معنى الفصل 3 وعلى ضوء ما أولته المحكمة الإدارية، وأكّده الفصل 17 جديد مــن قــانون غــرّة جوان. والجدير بالذكر أنّ الأوامر الرئاسيّة الترتيبيّة التي كانت محصّنة من الطعون الإلغائيّة طبقا للفصل 3 قديم مــن قــانون غــرّة جــوان، أصبحت اليوم قابلة للطّعن بتجاوز السلطة وذلك طبقا للتّحوير الأساسي الذي أدخله القانون عدد 11 المؤرّخ في 4 فيفري 2002.

-أن يكون أحاديّا.

-أن يكون موجودا قابلا للتنفيذ.

-أن يكون له أثر ثابت على مصالح أو حقوق الغير.

-أن لا يكون خاضعا لنظام قضائي آخر منفصل عنه.

فإذا توفّرت هذه الشروط يكون الطّعن مقبولا، سواء كان القرار قــرارا إيجابيّا أو قرار رفض، أو امتنعت الإدارة عن اتّخاذ قرار. فامتناع الإدارة عن اتّخاذ قرار، كان واجبا عليها أن تتّخذه يعدّ قرارا بأتمّ معنى الكلمة. مثل ذلــك

أن تمتنع السّلط البلديّة المكلّفة بالضبط الإداري من اتّخاذ قرار يتعلّق بالصّحة أو النّظام العام، إذا كانت الحاجة تدعو إلى ذلك[209].

الصبغة الأحاديّة

تُعدّ الصّبغة الأحاديّة من أبرز شروط القرار القابل للطعن بتجاوز السلطة. ومعنى "الأحاديّة" لا يرجع طبعا إلى عدد السلط التي ساهمت في اتّخاذ القرار، إذ نعلم أنّ القرار قد يكون مشتركا، كالقرارات الوزاريّة المشتركة.

يعرّف الأستاذ أيزنمان Eisenmann القرار الأحادي كما يلي : "القرار الأحادي هو القرار الذي تهدف أحكامه إلى تنظيم العلاقات بين أشخاص غير التي اتّخذت القرار[210]"، وبالفعل فإنّ إبقاء المرؤوس خارجا عن اتّخاذ القرار يميّز وحده القرار الأحادي والعقد.

ولكن هذا العامل لا يكفي وحده لاكتمال معنى الأحاديّة، لأنّه من الممكن أن يتّخذ مصدّر القرار أحكاما ستطبّق على المصدّر نفسه، فيصبح مصدّر القرار موضوع القرار. وعليه، المفروض علينا أن نقول: "إنّ القرار الأحادي هو القرار المنفرد المصدر الإلزامي، بقطع النّظر عن تعدّد الإدارات التي تشاركت في اتّخاذه وعن الخاضعين لآثاره".

هذا هو التعريف المبدئي للأحاديّة. إلاّ أنّه يُلاحظ أنّ هنالك قرارات أحاديّة المظهر، إلاّ أنّها مرتبطة بتنفيذ التزام مزدوج أو متعدّد المصدر الإلزامي كالعقد. تتّخذ الإدارة مثل هذه القرارات تنفيذا للعقد، أو موافقة على اقتراح المتعاقد معها، أو فسخا للعقد، هل يمكن الطّعن بتجاوز السلطة ضدّ مثل هذه القرارات ؟ إجابة فقه القضاء هي الآتية : إذا استقلّت القرارات المذكورة عن العقد، وكان سبب الطّعن فيها مبنيّا على الشرعيّة ولا على الجوانب

[209]– إلغاء امتناع السلطة البلديّة : المحكمة الإدارية، 25 أفريل 1988، توفيق بن قدريّة/ رئيس بلديّة حمّام الأنف.

Ben Hamida, « Servir » Chron, 1er sem. 1988, p. 119.

[210]– «Cours de droit administratif » T1, LGDJ, 1982, p. 420.

«*L'acte unilatéral est l'acte dont les normes ont pour objet de régler les rapports entre des personnes autres que ses auteurs*».

التّبادليّة بين المتعاقدين، يكون الطّعن ضدّها ممكنا[211]، وإلاّ أرجعت إلى نظر قاضي العقود[212].

وقد وضّحت المحكمة الإدارية موقفها من هذه المسائل، فجاء في قرارها الصادق الملّولي/ضدّ رئيس بلديّة سوسة :

"حيث أنّه واضح من عريضة الدّعوى أنّ المدّعي يطعن بالإلغاء في القرار الصّادر عن رئيس بلديّة سوسة بتاريخ 15 ماي 1987 والقاضي بفسخ العقد المبرم بينه وبين بلديّة سوسة في 16 سبتمبر 1982 والمتعلّق بإنجاز قاعة لجميع الرّياضات بسوسة.

وحيث أنّ عقود الإدارة متى كانت من عقود القانون العام التي تبرم بطريقة خاصّة تقتضي في كثير من مراحلها المختلفة صدور قرارات إداريّة قد جرى العُرف على تعريفها بقرارات منفصلة.

وهذه القرارات المنفصلة التي تتّصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده يكون الطّعن فيها موكولا لولاية قضاء الإلغاء بهذه المحكمة جريا على ما اقتضاه الفصل الثالث من قانون المحكمة الإدارية.

وحيث أنّ القرار التي تصدره جهة الإدارة في مادّة صفقات الأشغال العامة بالاستناد إلى شروط العقد الإداري، كالقرارات الخاصّة بجزاء من الجزاءات التّعاقديّة أو بفسخ العقد أو إنهائه لا يعتبر قرارا إداريّا منفصلا بل هو إجراء تعاقدي ليس له كيان ذاتي لأنّ النّظر فيه يؤول إلى النّظر في جوهر العقد. ومن ثمّة فلا يخضع للأحكام العامّة الخاصّة بإلغاء القرارات الإدارية قضائيّا بل يدخل في ولاية قاضي العقد الإداري.

[211]– CE, 4 Août 1905, Martin, Rec, p. 749, Concl. Romieu.

[212]– المحكمة الإدارية، 79/6/29، بوزقندة/بلديّة تونس، المجموعة، ص 206.
فيما يتعلق "بعقود التّطوّع" في الجيش، انظر فتحي بن علي داود/وزير الدّفاع الوطني، 19 نوفمبر 1991. غير منشور.

وحيث أنّه على نحو ما تقدّم ومتى كان المدّعي يستهدف من الطّعن الرّاهن إلغاء القرار الصّادر بفسخ العقد بالاستناد إلى شروطه وتنفيذا له فإنّ المنازعة بشأنه لا تدخل في نطاق ولاية قاضي العقود ممّا يؤول إلى التّصريح بعدم الاختصاص بالنّظر فيها[213]".

الصبغة التّنفيذيّة للقرار الإداري

لا يمكن الطّعن بتجاوز السلطة إلاّ إذا كان القرار موجودا، قابلا التنفيذ، ليس من نوع الأعمال التحضيريّة أو التمهيديّة أو الإعلاميّة،

وعلى هذا الأساس لا يمكن رفع طعن لدى قاضي الإلغاء في صورة عدم اتّخاذ قرار معيّن. فليس من حقّ الموظّف الذي لم يتحصّل على ترقية، من أن يرفع دعوى إلغائيّة مباشرة إلى المحكمة، ويتعيّن عليه في هذه الصورة أن يثير القرار، ثمّ أن يطعن ضدّ قرار الرّفض إن كان صريحا أو كان ضمنيّا، تقول المحكمة في هذا الصّدد :

"وحيث أنه من الثابت أنّ العارض لم يوجّه طعنه إلى قرار معيّن بهدف الحصول على إلغائه وفقا للفصل 3 من قانون المحكمة الإدارية.

وحيث أنّه من المسلّم به فقها وقضاء أنّ دعوى الإلغاء... لا توجّه إلاّ إلى القرارات الإدارية التّنفيذيّة، فلا بدّ من أن يكون ثمّة قرار صادر من جهة إداريّة -صريحا كان أو ضمنيّا- له صبغة تنفيذيّة من شأنه أن يؤثّر في المركز القانوني لرافع الدّعوى أو يلحق ضررا به لكي تقبل هذه الدّعوى[214]..

---

[213]- م.إ، 28 نوفمبر 1991، الصّادق الملّولي/بلديّة سوسة، المجموعة، ص 155.

[214]- المحكمة الإدارية، 22 نوفمبر 1983، وحيد خمير/وزير الفلاحة،المجموعة، ص 323.

كذلك لا يمكن الطّعن ضدّ القرارات التّمهيديّة مثل الاقتراحات[215]، والشهادات والاستشارات[216]، والبحوث التحضيريّة، والإرشادات، والوعود أو التّهديدات باتّخاذ قرار، والتّأشيرات إلى غير ذلك من "القرارات"[217].

وقد بيّنت المحكمة الإدارية أنّه لا يعتدّ بالرّفض الضّمني لوزير الدّاخليّة القاضي بمنع توزيع كتاب، باعتبار أنّ عمليّة التّوزيع لا تتوقّف على ترخيص مسبّق. وتبعا لذلك لا يقبل الطّعن بتجاوز السلطة، إذ لا يتولّد عن سكوت الوزير أيّ قرار إداري[218].

ولابدّ أن نميّز هنا بين مسألة الصّبغة التّنفيذيّة ومسألة تأثير القرار على حقوق أو مصالح الغير، كما سنبيّنه في النقطة التالية.

أن يكون ذا مفعول قانوني على حقوق أو مصالح الغير

هذه المسألة منفصلة عن الأولى. أن يكون للقرار قوّة تنفيذيّة يعني أن يكون بطبيعته قابلا أن ينفّذ ماديّا، أن يكون له أثر واقعي ملموس معيّن. وهذا شرط أوّل ولكنّه لا يكفي وحده لجعل القرار خاضعا لتجاوز السلطة، ذلك لأنّ القرار التنفيذي من شأنه أن يبقى داخليّا لا يتعدّى النّظام الدّاخلي الإداري، وليس له أثر خارجي على مصالح الغير.

في الصّورة الأولى، تجاوز القرار مرحلة القرار التمهيدي، فأصبح له مفعول قانوني وأثر مادّي أي أصبح نافذا، ولكن نفاذه لم يتجاوز حدود المصالح الإدارية ولم يمسّ حقوق الغير. والأمثلة كثيرة ومتنوّعة جدّا. فيمكن أن يكون هذا القرار تنظيميّا داخليّا (أوقات العمل، تنظيم العُطل، توزيع العمل على

---

[215]- كاقتراحات اللّجان المتناصفة، م.إ، 13 ديسمبر 1991، محمد الهادي بن الطّاهر، (تجاوز السلطة عدد 1552)، غير منشور.

[216]- المحكمة الإدارية، 10 جوان 1987، المختار القرزيز/وزير التربية والتعليم، غير منشور.

[217]- على سبيل المثال : المحكمة الإدارية، 6 جويلية 1982، الصّادق بن صالح بن يونس، المجموعة ص 94. (أعمال اللّجان الإدارية أعمال تحضيريّة).

[218]- م.إ، 11 جويلية 1989، المنصف المرزوقي ضدّ وزير الدّاخليّة، ولم ينشر هذا القرار بمجموعة قرارات المحكمة الإدارية.

المصالح)، أو تصرّفيّا (استعمال وسائل النّقل الإدارية، أو الهاتف)، أو مسلكيّا (شروط القيام بالعمل، نقل الموظّفين من مصلحة إلى أخرى، توزيع المهام على الموظّفين) أو حتى تأديبيّا (إنذار، توبيخ، تشديد في ظروف أوقات العمل)[219]، كلّ هذه القرارات تنفيذيّة باعتبار أنّها قابلة للتّنفيذ الفعلي وأنّ لها آثارا قانونيّة داخليّة. ولكنّ هذا الشرط الأوّلي لا يكفي لكي يُصيّر القرار إداريّا بالمعنى النّزاعي المعروف في مادّة تجاوز السلطة. فلا يكون القرار كذلك، إلاّ إذا خرج من دائرة النّظام الدّاخلي وأثّر على مصالح الغير المكتسبة، أو على حقوقهم، إيجابا أو سلبا، نفعا أو ضرّا،إعطاء أو نزعا، أي إذا أثّر، كما تقول المحكمة الإدارية على "المركز القانوني" للغير، فلابدّ أن يمرّ القرار على المراحل الثلاث المذكورة –مرحلة القرار التّمهيدي، القرار التنفيذي الدّاخلي والقرار الفعلي– كي يمكن الطّعن ضدّه بتجاوز السلطة. وقد صرّحت المحكمة على سبيل المثال[220] :

"وحيث أنّه لا شبهة في أنّ الشرط الأساسي لقبول دعوى الإلغاء، هو أن تكون موجّهة إلى قرار إداري بكلّ ما ينطوي عليه هذا المدلول من خصائص وسمات كأن يكون تنفيذيّا وأن تترتّب عنه آثار قانونيّة بذاته ومن شأنه كذلك أن يلحق أذى[221] برافع الدّعوى. وأنّه من المطّرد في فقه القضاء أنّه لا يجوز أن يوجّه طعن مباشر بالإلغاء إلى القرارات التّحضيريّة الصّادرة في المراحل التّمهيديّة والتي تقصد بها الإدارة تحقيق أثر قانوني معيّن".

عدم إخضاع القرار إلى نظام قضائي آخر غير تجاوز السلطة

استقرّ فقه قضاء المحكمة الإدارية على اعتبار أنّ الطّعن بتجاوز السلطة يصبح غير ممكن إذا خضع القرار إلى قضاء خصوصي، يشكّل استثناء بالنّسبة للعمومي، ويتغلّب عليه، وعلى شرط أن يؤدّي القضاء الخصوصي إلى

[219]– "وحيث أنّه من المستقرّ في الفقه والقضاء التجاء الإدارة إلى توجيه ملاحظات صارمة إلى أحد أعوانها دون الاحتفاظ بها بملفه الشخصي لا يشكّل عقوبة مسلكيّة بل يعدّ من قبيل الإجراءات الدّاخليّة التي لا يقبل فيها الطعن بالإلغاء". المحكمة الإدارية، 30 مارس 1982، محمد المنصف الجربي/وزير النقل والمواصلات، المجموعة، ص 50.

[220]– المحكمة الإدارية، 15 فيفري 1985، مفيدة برناز، المجموعة، ص 25.

[221]– كلمة خاطئة في غير محلّها.

نفس النّتيجة. (انظر ما سبق ذكره حول الطّعن الموازي) وأخذا بهذا المبدإ، لا تدخل في اختصاص قاضي الإلغاء :

–القرارات المتعلّقة بالمسائل الجبائيّة الخاضعة للقاضي الجبائي سواء تعلّقت بالمادّة القمرقيّة، أو بالأداءات المحليّة[222]، ولم يأخذ القاضي الإداري في هذه المادّة بنظريّة القرار المنفصل الذي طبّقه في مواد أخرى مثل المسؤوليّة أو العقود. إلاّ أنّه يبدو من خلال مستجدّات فقه قضاء المحكمة الإدارية أن التّوجّه القديم أخذ يتغيّر. في قضيّة تتعلّق بطعن ضدّ قرار وزير الماليّة بخصوص تعيين أعضاء اللّجنة المشار إليها بالفصل 67 من مجلّة الضّريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والشركات رفضت المحكمة الطّعن شكلا ولكن لا لسبب طبيعة المسألة ولكن لانعدام المصلحة[223].

–القرارات المتعلّقة باستخلاص الدّيون العموميّة (السندات التنفيذيّة).

–القرارات المتعلّقة بسير الهيئات المهنيّة، كقرارات رئيس هيئة المحامين الذي رفض ترسيم مترشّح بجدول الهيئة[224].

–القرارات الماليّة، أو التّعويضيّة، إلاّ إذا انفصلت عن المادّة التّعويضيّة وكانت ترمي إلى شرعيّة القرار بقطع النّظر عن المبلغ المالي أو

[222]– م.إ، 28 جوان 1976، الشركة القومية للسكك الحديدية/بلديّة صفاقس، المجموعة، ص 72.

H. Ben Salah, Chronique de jurisprusdence administrative, janvier-juin 1976, R.T.D., 1976, n° 2, p. 235.

انظر كذلك الحبيب العيّادي، ملحوظات تحت م.إ، 5 ديسمبر 1978، المجلة القانونيّة التونسيّة، 1980، ص 535.

M. S. BEN AISSA : « La compétence du T.A… » op cit, p. 218 et 219.

Ahmed BEN HAMIDA : «Chronique de jurisprudence administrative (1989)», Servir, n° 43, 44 p. 58 et s.

[223]– م.إ، 28 أفريل 2000، المنصف بن فرحات ضدّ وزير الماليّة.

[224]– المحكمة الإدارية، 15 جويلية 1988، محمد العلاّني/الهيئة القوميّة للمحامين، غير منشور.

تصفية المبلغ المالي الذي لا يقع التّقاضي فيه إلاّ لدى قاضي القضـــاء الكامل[225].

-القرارات التّعاقديّة، الرّاجعة إلى قاضي العقود، إلاّ إذا استقلّت عــن العقد[226].

تقول المحكمة الإدارية، إنّ عمليّة التّعاقد لها جانبان : تعاقدي وإداري.

من زاوية الجانب الإداري "تصدر الإدارة... قرارات من جانب واحد تتوافر فيه جميع خصائص القرارات الإدارية وتتّصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده... فتختصّ إذن هذه المحكمة بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة القوانين أو الأوامر..."[227]، وذلك طبقا لنظريّة القرار المنفصل التي تبلورت في قرار مارتان Martin[228].

-القرارات المتعلّقة بالملكيّة[229].

-القرارات المرتبطة ارتباطا متينا بتتبّعات جزائيّة[230].

---

[225]- المحكمة الإدارية، 22 نوفمبر 1983، الحبيب الرّقيق/وزير الماليّة، المجموعة، ص 321.
المحكمة الإدارية، 4 ماي 1988، المختار عياط/وزير الصّحّة،
(Ben Hamida, chron, p. 120).

[226]- المحكمة الإدارية، 22 ديسمبر 1981، بن عيسى/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 363.
م.إ، بوزقندة/بلديّة تونس 29 جوان 1979 ص 206. م.إ، 11 مارس 1980، قيقة، المجموعة، ص 91.
م.إ، حرزالله/بلديّة المنستير، 24 نوفمبر 1980، المجموعة، ص 403.

[227]- م.إ، 22 ديسمبر 1981، بن عيسى/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 363.

[228]- CE, Martin, 4 août 1905.5.1906. 3.49 note Hauriou D. 1907.3.49 Concl Romieu. RDP, 1906, 249, note G. Jèze.

[229]- المحكمة الإدارية، 27 ماي 1988، حسين بن بركة ضدّ وزير التّجهيز، المجموعة، ص 56.

Ben Hamida, chronique, Servir, n° 41, p. 116.

[230]- المحكمة الإدارية، 16 جويلية 1985، قودو ومن معه/المدير العام للقمارق، المجموعة، ص 114.
عرض الصلح من قبل المدّعية "لا يمكن فصله عن التّتبعات الجزائيّة المثارة من قبل الإدارة... ومن ثمّة فإنّ المحكمة لا تكون مختصّة..." في رفض الإدارة إجراء الصّلح.
المحكمة الإدارية، 10 ديسمبر 1986، محمد بن علي العكرمي/وزير التعليم العالي، غير منشور.

-القرارات المتعلّقة بالملك الخاص للإدارة. لكن للمحكمة أن تســتخدم نظريّة القرار المنفصل وأن تغلّب في هذه الصّورة وصــف القــرار الإداري على وصف الملك الخاص. تقول المحكمة :

"حيث دفعت البلديّة الدّعوى بعدم اختصاص هذه المحكمة بالنّظر فيهــا إلغائيّا بمقولة أنّ السّوق المركزي هو ملك خاص لها وكذلك بأنّ عدم التّعاقد لا يجوز اعتباره تجاوزا للسلطة.

وحيث استقرّ فقها وقضاء أنّ القرارات الصّادرة عــن البلديّــة حــال تصرّفها في الأسواق التّابعة لها تعتبر قرارات إداريّة رغم اعتبار الأســواق المذكورة جزءا من الملك البلدي الخاص.

وحيث أنّ القرار المطعون فيه فضلا عن طابعه الإداري فهــو قــرار رافض لإبرام علاقة تعاقديّة بين البلديّة والمدّعي، وعليه وخلافا لما ذهبت إليه البلديّة فهو قرار قابل للطّعن بالإلغاء نظرا لأنّه صادر عن جهة واحدة ومؤثّر في المركز القانوني للمعني بالأمر ولا صلة له بأيّ رابطة تعاقديّة بين الإدارة والمدّعي[231]".

-القرارات الصّادرة عن هيئات عموميّة مثل هيئــة السّــوق الماليّــة والهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة والهيئة الوطنيّة لحماية المعطيات الشخصيّة والهيئة الوطنيّة للاتّصالات التي أســندت الطّعــون ضــدّ قراراتها للمحاكم العدليّة.

Voir chron Ben Hamida, Servir, n° 39, p. 116.
م.إ، 28 ديسمبر 1995 ، الشاذلي الميلادي ضدّ وزير العدل، (قرار يتعلق بممارسة وزير العدل اختصاصه في إعادة النّظر في الأحكام الجزائيّة)، مذكور في: ابراهيم برتاجي، فقه قضاء المحكمة في مادّة تجاوز السلطة لسنة 1995، م ق ت 1996، ص 398. وم. إ، الدّائرة الثالثة، 30 ماي 1997، الحبيب بن الحاج عمّار، ضدّ وزير العدل (نفس الوقائع)
م.إ، 28 ديسمبر 1995، الدشراوي/وزير العدل و الدّاخليّة، المجموعة، ص 433.

[231]- م.إ، 30 سبتمبر 1991، عبد الرّزّاق الدلاجي ضدّ رئيس بلديّة منزل بورقيبة، المجموعة، ص 116.

الفقـــرة الرّابعـــة

الشـــرط الرّابـــع : المصلحـــة للقيـــام بالدّعـــوى

الفكرة الأساسيّة التي تحكم هذا المجال ترجع إلى الصبغة الموضوعيّة للطّعن بتجاوز السّلطة الذي يهدف إلى إعادة الشرعيّة بعد أن وقع خرقهـا. وترتيبا عليه يكفي للمدّعي أن يثبت أن له مجرّد مصلحة للقيام بالطّعن، دون أن يكون مقيّدا بإثبات حقّ شخصي للقيام بالـدعوى، مـع العلـم أنّ الحـق الشّخصي يشمل حتما المصلحة.

ورغم أنّ شرط المصلحة شرط أخفّ من شرط الحق، إلاّ أنّه يخضـع إلى عدّة اعتبارات ترمي كلّها إلى السّهر على أن لا يؤول الطّعـن بتجـاوز السلطة إلى طريقة قضائيّة عموميّة مفتوحة للجميع. وأهمّ هذه الاعتبـارات: أن تبقى هنالك صلة مباشرة وشخصيّة بين المصلحة والقرار. والمسألة كلّها في الحقيقة متعلّقة بتقدير القاضي، ولا يمكن أن نعرض حولها قواعد مجرّدة، إلاّ أن نستعرض الوضعيّات الخاصّة التي اعتبر فيهـا القاضـي أنّ شـرط المصلحة متوفّر وتلك التي اعتبر فيها أنّ الشرط غير متوفّر.

المحـــور الأوّل : تعريـــف المصلحـــة

أخذا بفقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، نصّ الفصل 6 من قانون واحد جوان على ما يلي : "يقبل القيام بدعوى تجاوز السلطة من طرف كلّ من يثبت أنّ له مصلحة، ماديّة كانت أو معنويّة[232]، في إلغاء مقرّر إداري ما". وهكذا لم يقصر القانون المصلحة في حدود الضّرر المادّي الذي مـن شـأنه أن ينجـرّ

[232]– فيما يتعلق بالمصلحة المعنويّة، انظر قرار مجلس الدّولة الفرنسي
CE, 13 Mai 1949, Bourgoin, Rec, p. 214.

للمدّعي من جرّاء القرار، وهو أمر مسلّم به في مجال التّقاضي، عامّـة، فـي القانون المدني والإداري معا.

وعليه، تُفهم المصلحة سلبيّا كما يلي : المصلحة للقيام بـالطّعن تقـدّر على حسب الضرر الذي قد يتحمّله المدّعي بسبب استمرار مفعـول قـرار. وهذا الضّرر

*إمّا أن يكون ماديّا ملموسا يقدّر بمبلغ مالي تعويضـا عـن الخسـارة الماليّة (قرار يترتّب عليه فقدان منح، أو خسارة تجاريّة، أو تزايد فـي المصاريف)، أو عن الحقّ المنتزع (أمر انتزاع من أجـل المصـلحة العامّة)، أو عن فقدان الانتفاع بالشيء أو الامتيـاز المكتسـب علـى الشيء (منع المرور بطريق معيّن، منع عبور الملـك العـام، سـحب رخصة لاستعمال الملك العام كالشـاطئ)، أو عـن تشـديد ظـروف استعمال الشيء والانتفاع به (تغيير شروط استعمال المرفق العام...)، أو عن فوات فرصة معيّنة كان من حقّ الدّاعي أن يستغلّها[233].

*وإمّا أن يكون معنويّا، أي أن يمسّ بالحقوق الأدبيّـة، أو المصـالح الاعتباريّة، كالشّرف، والعواطف، والرّموز التذكاريّـة، والشّـعائر الدّينيّة، وكلّ ما له علاقة بالقناعات الجماعيّة، أو القيم بشتّى أنواعها، بما فيها القيم الجماليّة.

*وإمّا أن يكون ماديّا ومعنويّا في آن واحد.

"فالمصلحة" عندئذ تحتلّ مجالا واسعا لا يقبل الإحصاء والحصر، فيما يتعلّق بموضوعها. ولذلك حدّد فقه القضاء عامل المصـلحة بعـدّة شـروط أخرى وهي أن تكون المصلحة : شخصيّة، مباشرة إلى غير ذلك.

[233]– كتمكين العارض من المساهمة في شراء عقار بواسطة المزاد العلني، م.إ، 24 نوفمبر 1980، ابنا البشير حرزالله/بلديّة المنستير، المجموعة، ص 403.

المصلحة، الأهليّة، الصفة، الإنابة، التّمثيل

المصلحة هي الدّافع أو الحافز للقيام بالدّعوى وهي غير الأهليّة، لأنّ الأهليّة شرط قانوني جامع مرتبط بالشّخصيّة القانونيّة لا تفتح بدونه أبواب التّقاضي. بالنّسبة للأشخاص الطبيعيّين. تظهر الأهليّة تبعا لبلوغ سنّ الرّشد[234]، أمّا بالنّسبة للذوات المعنويّة فالأهليّة تتبع تكوين الذات المعنويّة وتعيين أوّل هيئة إداريّة طبقا للشروط والإجراءات القانونيّة، كما أكّدته المحكمة الإدارية في قراراتها المتعلّقة بالاتّحاد العام التّونسي للشّغل، وبنقابة أعوان البنك المركزي، (انظر فيما يلي الفقرة الخاصّة بالصّبغة الشّخصية للدّعوى).

أمّا "الصّفة" فلها عدّة مدلولات[235]، ومدلولها المتعلّق بالقيام بدعوى تجاوز السلطة هو الآتي : الصّفة هي الوضعيّة التي يحتجّ به الدّاعي للقيام بدعواه، والتي تأثّرت سلبيّا بالقرار المنتقد لدى قاضي الإلغاء، فقد يقوم المدّعي بطعنه محتجّا بصفته ناخبا، أو تاجرا، أو مستعملا المرفق العام، أو الملك العام، أو بصفته خاضعا للجباية إلى غير ذلك، هذه الصّفة التي تضرّرت من جرّاء القرار (انظر فيما يلي الصّبغة المباشرة للمصلحة).

أمّا الإنابة فهي "الصّفة" التي تسمح لوكيل أو نائب قانوني أن يقوم بالدّعوى باسم الغير ونيابة عنه. والمعلوم أنّ تجاوز السلطة معفي من وجوب إنابة محام، فيمكن للدّاعي أن يرفع الطّعن بنفسه أو عن طريق وكيل ليس بمحام يعيّنه طبقا لمجلّة الالتزامات والعقود (الفصول 1104 إلى 1115).

أمّا التّمثيل فإنّه لا يتوقّف على توكيل صريح، بل إنّه صفة آليّة قانونيّة تسمح للممثّل القانوني (الوليّ بالنّسبة للقصّر، أو الممثّل القانوني بالنّسبة للذوات المعنويّة) أن يقوم بالدّعوى. وللممثّل أن ينيب وكيلا. وللقيام بأيّ دعوى لابدّ

[234]– طبقا للفصل السّابع من مجلّة الالتزامات والعقود.

[235]– منها المدلول الذي أشارت إليه المحكمة الإدارية في قراراتها المتعلّقة بأعوان البنك المركزي : "حيث أنّ الصّفة هي القدرة القانونيّة على رفع الدّعوى". وهذا التّعريف يأخذ من الصّفة أقرب جوانبها إلى الأهليّة. أمّا الصّفة (في قضاء تجاوز السلطة، وهي مرتبطة بالمصلحة) فهي وضعيّة يحتجّ بها المدّعي لتبرير قيامه بالدّعوى.

أن تتوفّر في القائم كلّ الشّروط الآتية الذكر، أي أن تكون الدّعوى مركّزة على مصلحة، وأن يكون القائم مؤهّلا، وأن تكون له الصّفة الموضوعيّة، وأن يكون له صفة التّمثيل الصّحيح إذا مثّل غيره، أو أن يوكّل بعقد توكيل.

المعيار الحاسم : الصّفة ومعناها الخاص في تجاوز السلطة

المعيار الحاسم في تجاوز السلطة إنّما هو معيار الصّفة، وقد حدّدت المحكمة الإدارية مفهوم الصّفة للقيام بالطّعن، على عكس ما هو معمول به ومتداول في القانون المدني. ونفهم من فقه قضاء المحكمة الإدارية وخاصة منه قرار : ورثة ابراهيم بن أحمد بن جابر النّمري/وزير الفلاحة ووزير الماليّة[236] (1985)، الصّادر بعد تراجع من قبل المحكمة الإدارية[237]، أنّ مفهوم الصّفة يتغلّب ويغطّي وحده الإنابة والتّمثيل بحيث : ما إذا ثبتت الصّفة تتغاضى المحكمة عن التّمثيل الصّحيح كشرط للقيام بالدّعوى، وموقف المحكمة الإدارية ليّن جدّا في هذا المجال، والدّليل على ذلك هو الحيثيّة التي وردت في قرار النّمري المذكور، التي تقول فيها المحكمة :

"وحيث أنّ وزير الماليّة دفع الدّعوى طالبا ردّها شكلا بحجّة أنّ القاصرة حسناء ابنة المدّعية الجازية من زوجها المتوفّى ابراهيم النّمري بلغت سنّ الرّشد في 7 أوت 1984، وكان عليها أن تتدخّل في المنازعة الرّاهنة دون أن تكون لأمّها صفة لنيابتها في الدّعوى.

وحيث أنّه لا وجه للتّحدّي بقواعد المرافعات المدنيّة التي تشترط لقبول الدّعوى وجود صفة لرافعيها. وبأنّ هذه الصّفة تتوافر في البنت حسناء النّمري شخصيّا بعد رشدها، لا وجه للتّحدّي بهذا الدّفع، لأنّ الصّفة في التّقاضي أمام قضاء الإلغاء على خلاف التقاضي أمام المحاكم العاديّة تندمج في المصلحة. فيكفي لقبول طلب إلغاء القرار الإداري توافر شرط المصلحة الشخصيّة

[236]– م.إ، 22 نوفمبر 1985، ورثة المرحوم ابراهيم بن أحمد بن جابر النّمري، شهر وادي ضدّ وزير الفلاحة ووزير الماليّة، المجموعة، ص 136.

[237]– المحكمة الإدارية، 6 نوفمبر 1984، علي زبعر في حق ابنه عثمان/وزير التربية القومية، المجموعة، ص 475. (لا يمكن للعارض أن يقوم بالدّعوى باسم ابنه الذي بلغ سن الرشد، بدون توكيل صحيح).

المباشرة، مهما كانت صفة رافع الدّعوى بالنّسبة إلى القرار المطعون فيه. كذلك ليس من الضّروري أن ترفع دعوى الإلغاء من جميع الأفراد الذين يؤثر القرار الإداري في حالتهم، بل يكفي أن يرفعها بعضهم أو أحدهم على اعتبار أنّ الاختصام في هذه الدّعوى موجّه إلى القرار ذاته، ومن ثمّة لا يعتدّ بدفع الإدارة بهذا الشأن ويتّجه ردّه.

وحيث بعد الذي تقرّر، تكون الدّعوى قد رفعت في الميعاد واستوفت شرائطها الشكليّة، مقبولة شكلا".

فقيام الدّعوى من قبل الأم هنا قيام فاسد، لأنّه يفقده التّمثيل أو الإنابة – إلاّ أنّ المحكمة رأت أنّ القيام صحيح لأنّ الصّفة (بمعنى تجاوز السلطة) متوفّرة وهي المعيار الحاسم في تجاوز السلطة. وهذه ميزة من أبرز ميزات تجاوز السلطة، تخرجه تماما عن القواعد العامّة والمبادئ الأصوليّة للإجراءات القضائيّة.

وفي نفس السّياق اعتمدت المحكمة مطلبا مسبّقا موقّعا من قبل الزّوجة، غير الموكّلة، باسم زوجها اقتداء "بما دأبت عليه هذه المحكمة من مرونة في تأويل أحكام الفصل 40 من قانون غرّة جوان 1972 واستنادا إلى أنّ غاية ما قصده المشرّع من اشتراط التّظلّم المسبّق إنّما يكمن في معرفة رأي الإدارة في إمكانيّة إعادة النّظر في تصرّفها...[238]".

وواصلت المحكمة نفس الاتّجاه في قرارها الصّادر في 27 سبتمبر 1996 عن الدّائرة الابتدائيّة الثالثة في قضيّة طعن قام به متسوّغ ضدّ رخصة بناء أسندتها البلديّة.فجاء في حيثيّات المحكمة ما يلي ذكره :

"حيث دفعت البلديّة بأنّه ليس للمدّعية مصلحة في التّقاضي ضرورة أنّها لا تتمتّع إلاّ بحقّ التّسويغ وليس لها أن تطالب بحقّ الأولويّة في شراء هذا العقار.

[238]– م.إ، 15 جانفي 1986، الحمروني/وزير الدّاخليّة، غير منشور.

وحيث اشترط الفصل 6 من قانون المحكمة الإدارية لقبول دعاوي تجاوز السلطة أن تكون لرافع الدّعوى مصلحة شخصيّة لإلغاء قرار إداري ما، ودأب فقه قضاء المحكمة على اعتبار أنّ الصّفة في التّقاضي أمام قضاء الإلغاء تدمج في المصلحة ويكفي لقبول طلب إلغاء القرار الإداري توفّر شرط المصلحة الشخصيّة المباشر مهما كانت صفة رافع الدّعوى.

وحيث أنّ جوار الشركة المدّعية للمنتفع برخصة البناء كافية لوحدهالإثبات مصلحتها في الطّعن بالإلغاء في هذه الرخصة فضلا على أنّ مصلحتها متأتية من الضّرر اللاحق لها من جرّاء حجب النّور والتهوئة عليها.

وحيث تكون الدّعوى والحالة ما ذكر قد قدّمت ممّن له الصفة وفي ميعادها القانوني وهي حرية بالقبول لاستيفائها جميع مقوماتها الشكلية الأساسية".

فالفكرة الأساسية في هذا الباب أن المعيار الحاسم في تجاوز السلطة يتمثّل في الصفة، بمعنى المصلحة، وعلى أساس اندماج الصفة في المصلحة كما قالت المحكمة.

أهلية الذّوات المعنوية العمومية وتمثيلها

أهليّة الدولة وتمثيلها. أهلية الدولة مسألة دستورية وهي أهلية مستمرة، رغم تبديل الأنظمة والحكومات والدساتير.

أما تمثيل الدولة في تجاوز السلطة فانه يرجع إلى الوزير أو من يمثله بتفويض منه، أو توكيل. ويكون الممثل غالبا مدير إدارة المنازعات أو الإدارة القانونيّة.

إلاّ أن المحكمة الإدارية أقرّت أنه يجوز –في تجاوز السلطة– أن يمثل الوزراء المكلف العام بنزاعات الدولة.

أهلية الجماعات الترابية تستند إلى النص الذي أحدثها وتكتمل بتأليف أول هيئة إدارية. أما تمثيل الجماعات فانّه يرجع إلى السلطة الإدارية المعيّنة حسب الشروط القانونيّة، أو إلى الموكّل عنها. كذلك بالنسبة للمؤسسات العمومية.

المحـــور الثانـــي : شـــروط المصلحـــة

الشروط التي لا بد من توفرها في المصلحة هي الآتيـــة : أن تكـــون المصلحة :

1-واقعة أو متوّقع حدوثها في المستقبل

2- شخصية ومباشرة لا منفصلة العلاقة بالقرار

3-ذات اعتبار لا طفيفة

4-مشروعة

5-قائمة الذات إلى صدور الحكم

1. واقعـــة أو متوقّـــع حدوثهـــا

لا بدّ أن يكون الضّرر أو الإحراج أو الإزعاج ثابتا، واقعـــا، أو علـــى الأقلّ أن يكون حدوثه متوقّعا على ســـبيل الإمكـــان لا علـــى ســـبيل مجـــرّد الافتراض والتّكهّن الخيالي المحض. تقول المحكمة الإدارية في هذا الصـــدد : "ومع التسليم بأنّ الترقية في الرتبة ليست حقا للموظّف كقاعـــدة عامّـــة فـــإنّ القضاء قد اعترف للموظّف بحق الطّعن في قرارات الترقية التي تتمّ مخالفـــة للقانون، إذا كان من شأنها أن تلحق ضررا ولو محتملا. لأنّ مصلحة الطّاعن ليست في أنّ يرقى فحسب، بل في ألاّ يسبقه موظّف آخر على ترقية مخالفـــة للقانون. كذلك من مصلحته أن تظلّ الخطّة شاغرة حتّى يستوفي شروط التّرقية فيرقى إليها"[239].

[239]- المحكمة الإدارية، 14 جويلية 1984، حسن بن صالح العيّاري ومن معه/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 464. ذلك هو اتّجاه فقه القضاء الفرنسي بداية من قرار لوت CE, Lot, 11 mars 1903, S, 1904, 3, 113 note. Hauriou.
كذلك، م.إ، 13 نوفمبر 1978، أحمد عمّار/الوزير الأوّل، المجموعة، ص 192.
انظر كذلك : المحكمة الإدارية، 3 مارس 1978، مصطفى خوجة/الوزير الأوّل، المجموعة، ص 44 : الموظّف المؤهّل أن يشغل وظيفة له مصلحة في الطّعن في القرار الإداري المتعلّق بالوظيفة.

الملاحظ هنا أنّ الضّرر في الصورة السابقة مترتّب على ترقية موظف من شانها أن تشكل للمدعي مزاحمة أو منافسة تحطّ من حظوظه هـــو فـــي الترقية. هنالك حينئذ ضرر متوّقع حدوثه في المستقبل، لا شك في أنه سوف يحدث آثارا على مصالح المدّعي تتمثّل في منع هـــذا الحـــدوث وتوقيفـــه. والضّرر، إن لم يكن واقعا فانه متوّقع على الأقل، ولا كما تقـــول المحكمـــة "محتملا" فمجرّد احتمال الضرر على معنى التكهن والافتراض لا يفتح بـــاب الطّعن بتجاوز السلطة، وفي هذا الاتجاه استقرّ فقه قضـــاء مجلـــس الدولـــة الفرنسي منذ حكم Lot.

2. شخصيـــة لا مجـــرّدة

الصبغة الشخصية لدعوى تجاوز السلطة لها معنيان

الأول : أن الدعوى لا يقوم بها إلاّ المتضرر بالقرار أو من ينوبه أو من يمثّله.

الثانـــي : أن يكون الأثر الملحق بالمدّعي من جرّاء القرار، له علاقة بوضعيته القانونيّة الخاصة، معناه أن يكون من نوع الحـــرج الشخصـــي، أو الضرر القريب، ولا من نوع الإحراج البعيد أو القلق الذي قد يعم فئة كاملـــة من الأشخاص، أو مجموعة كاملة أو عددا هائلا من الناس، إلى أن يصـــبح الإحراج إحراجا عموميا مجّردا يتعدى المصلحة الشخصية[240].

المعنـــى الأول : أثيرت المسألة أمام المحكمة الإدارية بمناسبة الدعوى الجماعية التي يقوم بها عدد من العارضين "بصحيفة واحدة"، والدعوى الجماعية التي يقوم بها الجماعات المهنية أو النقابية باسمها الخاص أو باسم أعضائها.

فيما يتعلق بالصورة الأولى، أجابت المحكمة الإداريـــة بأنـــه يتســـنّى للعارضين أن يقدموا دعواهم في عريضة واحدة إذا تبيّن أن مصلحتهم فـــي إلغاء القرار "مشتركة" وأن النظر في طلباتهم لا يستوجب فحصا مستقلا لكل

[240]- وهو حال الخاضع للأداءات القومية، خلافا لحال الخاضع للاداءات المحلية أو الجهوية.

من وضعياتهم الفردية"[241]. والمبدأ المذكور يطبّق في تجاوز السلطة وغيره[242]. أمّا إذا اختلفت أسباب الطّعن أو وضعيات القائمين بالدعوى المشتركة فلا يقبل الطّعن إلا بالنسبة لمن ورد اسمه أولا[243].

الصورة الثانية تتعلق بعدة افتراضات أهمّها اثنان : الأول يهم الدعوى النّقابيّة والثاني، الضّرر المجرّد.

إنّ مجلس الدّولة الفرنسي قبل الدّعوى "النقابيّة" منذ 1906 في قراره المتعلّق بنقابة الأمناء الحلاّقين لمدينة ليموجة (1906)[244]. وتبعا لملحوظات مندوب الحكومة Romieu، قرّر مجلس الدّولة أنّ النّقابة محقّة في أن تقوم بدعوى لحماية المصلحة المهنيّة ككل، باعتبار أنّ المصلحة الجماعيّة هي في الحقيقة مصلحة شخصيّة بالنّسبة للنّقابة، وأضاف مجلس الدّولة أنّه لا يتسنّى للنّقابة أن تقوم بدعاوي ضدّ القرارات الفرديّة التي تمسّ من مصلحة أعضاء النّقابة فرادى لا جماعة. ولذلك يمكن للنّقابة أن تطعن في القرارات التّرتيبيّة التي لها آثار تنظيميّة على الحياة المهنيّة، كما أنّها محقّة في أن تطعن في القرارات غير التّرتيبيّة التي تمسّ من حقوق أعضائها كليّا أو جزئيّا، وليس لها أن تطعن في القرارات التي لا تتجاوز آثارها القانونيّة دائرة الوضعيّة القانونيّة للشّخص الواحد.

واستقرّ فقه قضاء المحكمة الإدارية على ذلك الاتّجاه في العديد من قراراتها، نذكر منها : الاتّحاد العام التونسي للشّغل/وزير التربية والتعليم

[241] –الحكمة الإدارية، 17 جانفي 1978، علي المبروك ومن معه/وزير الماليّة، المجموعة ص 5 و10 جويلية 1980، عبد العزيز التومي ومن معه/وزير التّجهيز، المجموعة، ص 290. 27 جوان 1978، البشير بن الحاج عمر ومن معه/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 137.

[242]– المحكمة الإدارية، 2 جويلية 1981، رجب بن فرج القابسي ومن معه/مجلس ولاية نابل، المجموعة، ص 220.

[243]– المحكمة الإدارية... 30 ديسمبر 1987، الصحبي الوهايبي/وزير التجهيز، غير منشور.

[244]– CE, Syndicat des Patrons Coiffeurs de Limoges, 28 décembre 1906, S, 1907,3, 23, concl Romieu.

والبحث العلمي[245] ونقابة أعوان البنك المركزي. في الحكم الأوّل ركّزت المحكمة قبول الدّعوى على القانون الأساسي للاتّحاد فيما يتعلّق بالأهليّة وعلى الحق النّقابي المنصوص عليه بقانون الوظيفة العموميّة لسنة 1968، لتستخلص من ذلك حق النّقابة في تمثيل القيّمين بغية الحصول على منحة التّكاليف البيداغوجيّة. وفي هذه القضيّة كانت دعوى النّقابة تهدف إلى حماية المصلحة المشتركة لصنف معيّن من أعضائها. وفي الحكمين المتعلّقين بنقابة أعوان البنك المركزي (المؤرّخين في 17 جويلية 1989) (القضايا عدد 1404 و1405) تقول المحكمة : " من المسلّم به في الفقه والقضاء أن طعون الذوات المعنويّة إذ تستهدف المطالبة بحقوق ذات مصلحة جماعية مشتركة للدّفاع عن مصالح كلّ أعضائها أو البعض منهم، بشرط أن لا تؤول الدّعوى إلى المطالبة بحقوق فرديّة، تكون مقبولة. وعلى هذا الأساس فإنّ دعوى العارضة إذ تعلّقت بالدّفاع عن مصلحة جماعيّة مشتركة بجلّ منخرطيها تكون حقيقة بالقبول..."[246].

المعنى الثاني : "شخصيّة" المصلحة تقتضي أن يكون المدّعي متكبّدا الضّرر بذات نفسه، أي أن يكون الضّرر أو الحرج قريبا منه، لا بعيدا عنه.

3. مباشرة لا منفصلة

لا يجوز للمدّعي أن يقوم بدعوى من جرّاء ضرر لحقه من بُعد، لم يمس وضعيّته القانونيّة مباشرة، ولم يحدث له ضررا ذاتيّا، ملموسا.

وترتيبا على ذلك ليس بإمكان المدّعي أن يطعن ضدّ قرار إداري على أساس أنه يعنيه بصفته مواطنا يهمّه السّهر على الشرعيّة والدّفاع عنها، أو أنّه

[245]– م.إ، 10 جوان 1987، الاتحاد العام التونسي للشّغل ومحمد شندول ومن معه، المجموعة، ص 372.
يراجع كذلك : م.إ، 16 أفريل 1986، هيئة النّقابة لبائعي النّظارات الطبيّة بصفاقس :
A Ben Hamida : Chronique, Servir. n° 39, p. 104.

[246]– م.إ، 17 جويلية 1989، نقابة أعوان البنك المركزي/محافظ البنك المركزي، القضيّتان عدد 1404 و1405، المجموعة، ص 205.
رفض الدّعوى النّقابيّة المتعلّقة "بحقوق فرديّة" م.إ، 30 ديسمبر 1987، الصحبي الوهايبي/ وزير التّجهيز، غير منشور.

ساكن بمنطقة بلديّة أو جهويّة، له حساسيّة خاصّة بصفته تلك لكلّ ما تتّخذه السلط البلديّة أو الجهويّة من قرارات ترتيبيّة. لا يمكن الطّعن ضدّ هذه القرارات العامّة إلاّ إذا ثبت أن لها انعكاس على المركز القانوني للمعني، أو على منفعته الشخصيّة، أو حقوقه الذّاتيّة، أمّا مجرّد الحساسيّة للشيء بدون إثبات النيل من مصلحة فهي لا تصلح لفتح باب الطّعن بتجاوز السلطة. كذلك إنّه لا يجوز للموظّف أن يطعن في التّدابير التّنظيميّة المتعلّقة بالمصالح الإدارية[247]، لمجرّد أنّ لها وقع معيّن على حساسيّته كموظّف، مهتم ومنشغل بكل ما يجري داخل المصالح. فلا بدّ أن تكون العلاقة بين صفة المدّعي (مواطن-ناخب-تاجر-منتخب...) والقرار المطعون فيه، علاقة قريبة، غير منقطعة. فالشرط ليس أن تكون العلاقة متينة، صارمة، كلاّ، بل أن تكون غير منفصمة. كلّ هذه الاعتبارات ترينا أنّ مسألة العلاقة بين المصلحة والطّعن مسألة تقدير وتقييم، تتغيّر حسب وقائع القضيّة، وتحرير العريضة، ومستندات الطّعن.

ومن هنا نفهم كيف أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قبل مصلحة الخاضع للجباية ضدّ القرارات الماليّة أو الجبائيّة المحليّة[248] أو الجهويّة[249]، ولم يقبلها ضدّ القرارات القوميّة، لأنّه لو قبلها سيتحوّل تجاوز السلطة إلى طعن مفتوح للجميع. ولذا قبل الطّعن ضدّ قرارات التّسمية والتّرقية من قبل الموظّف المعني بها، ولم يقبل الطّعن ضدّ القرارات التّنظيميّة التي ليس لها مساس بالمركز القانوني للموظّف. وقبل الطّعن ضدّ الأوامر التّرتيبيّة التي لها علاقة قريبة بمصلحة الدّاعي، ولم يقبل الطعون ضدّ كل الأوامر الترتيبيّة.وقبل الطّعن من

[247]- CE, Ass, 26 octobre 1956, Assoc générale des administrateurs civils, AJ, 1956, 2, p. 491, note Fournier et Braibant ; RDP 1956, p.1309, Concl. Mosset. Contra, CE, Ass, 12 décembre 1952, Narbonne, S 1953, 325, Concl. J. Donnedieu de Vabres.
CE, Ass, juin 1969, Synd. autonome des facultés de droit, RDP, 1969 p. 965, Concl Braibant.

[248]- CE, Casavova, 29 mars 1901, S, 1901, 3, 73, note Hauriou
طعن ضدّ قرار بلدي يتضمّن تكليف طبيب على حساب ميزانيّة البلديّة (قبول الطعن).

[249]- CE, Richemond, 27 juin 1911, Lebon, p. 105, Concl. Heilbronner.

قبل مستعمل المرفق العام في قراره الشهير Croix de Seguey Tivoli[250] ، ولم يقبلها من قبل موظّف المرفق العام، وأخذ بعين الاعتبار وضعيّة الخاضع للجباية، ومستعمل المرفق العام، ولم يعتبر صفة المواطن، واعتبر الدّعوى النّقابيّة ضدّ القرارات الفرديّة الإيجابيّة التي من شأنها أن يكون لها أثر على مصالح الأعضاء، ولا ضدّ القرارات السلبيّة نظرا إلى تعلقها بمصالح شخصيّة.

4- ذات اعتبار لا طفيفة

تتعلّق هذه المسألة بصفة خاصّة بالمجال التأديبي. والفكرة الأساسيّة هي التي كنا تعرّضنا لها فيما يخصّ القرار التّنفيذي الخفيف الذي لا مفعول له يذكر على الوضعية القانونيّة للمدّعي. فإذا كان القرار من نوع الإنذار أو التّوبيخ أو تشديد ظروف العمل بدون إحراج يُعتبر، ولا مساس له بالوضعيّة القانونيّة للموظّف، يُعتبر القرار قرارا طفيفا لا يحدث شيئا على المركز القانوني للمعني بالأمر، ولذلك يعتبره فقه القضاء قرارا غير ذي مفعول Acte ne faisant pas grief. فالمصلحة موجودة، إلاّ أنّها طفيفة لا تذكر، ممّا يجعل الطّعن في هذه الصّورة غير مقبول.

5- مشروعة

إنّ المسألة مرتبطة بتقديرات أخلاقيّة وقانونيّة معا. والفكرة التي تحكم هذا الموضوع بسيطة : ليس بإمكان مدّع أن يطعن في قرار، محتجّا بصفة أو بمصلحة غير قانونيّة أو منافية لما يسمّى في القانون الأخلاق الحميدة. فإذا كان المدّعي متمتّعا بوضعيّة غير مشروعة، أو منافية للأخلاق، تبعا لسهو من السّلطة الإدارية، أو لتجاهل منها، أو مجاملة غير قانونيّة، أو بسبب تحيّل منه، أو تدليس إلى غير ذلك، فإنّه لا يحق له أن يطعن في القرار الذي جاء يصلح

[250]- CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli, S, 1907, 3, 33 note Hauriou. D, 1907, 3, 41 Concl. Romieu.
CE, 29 octobre 1976, Assoc des délégués et auditeurs du CNEM, AJ, 1976, p. 635 note J Théry (recevabilité du recours d'une Association d'étudiants contre la nomination d'un professeur).

الوضعيّة، أو يسحب عنه الامتياز غير الشّرعي، أو يسوّي الوضع، حتّى وإن كان القرار خارقا للشرعيّة الخارجيّة. وهذه القاعدة، تعتبر مبدأ عامّا للقانون وهو المبدأ الذي عبّر عنه الفصل 426 م إ ع الذي نصّ على أنّه : "لا يسوغ إثبات الالتزام في صورتين : إذا كان مآله إثبات وجود التزام غير مباح أو لا قيام به قانونا...".

6- قائمة الذّات عند رفع الدّعوى وإلى صدور الحكم

لتقدير المصلحة وتقييمها يعتمد القاضي الوقت الذي رفعت فيه الدّعوى.ويتأكّد من توفّر المصلحة مع شروطها كاملة من خلال العريضة. فالعريضة هي التي تبيّن وجود المصلحة وصلتها بالقرار المنتقد وصبغتها الشخصيّة[251]، وصفة المدّعي إلى غير ذلك. وقد وضّحت المحكمة هذا المبدأ فقالت :

"حيث إنّه من المسلّم به فقها وقضاء أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافع هاته الدّعوى صفة ومصلحة قائمتين عند رفع الدّعوى وباقيتين له حتى الفصل في النّزاع،

وحيث أنّ العارضة كانت متسوّغة المحل موضوع القرار المطعون فيه وتتعاطى به التّجارة العامّة ممّا كان يخوّل لها القيام بدعوى في طلب إلغاء القرار المنتقد،

لكن وحيث ثبت بالرّجوع إلى أوراق الملفّ أنّ العارضة غادرت المحل المذكور أثناء نشر الدّعوى ممّا يجعل معه صفتها ومصلحتها في القيام بالطّعن الماثل قد زالت ويتّجه تبعا لذلك التّصريح برفض الدّعوى شكلا[252]".

[251]- فإذا قام ولي بتوجيه مطلب مسبق للإدارة، ثمّ بلغ القاصر سنّ الرّشد عند رفع العريضة للمحكمة يعارض الطّعن بعدم قبول الدّعوى لفقدان الصّفة.

[252]- م.إ، 5 ديسمبر 1991، شركة مونوبري ضدّ رئيس بلديّة صفاقس، غير منشور.

إلاّ أنّ المصلحة لا بدّ أن تبقى قائمة الذّات إلى صدور الحكم، وألاّ يحكم بعدم قبول الدّعوى لفقدان المصلحة. فإذا وقعت تغطية القرار المطعون فيه وحجبه بقرار ثان، تصبح الدّعوى غير ذي موضوع لفقدان المصلحة[253].

وفي هذا الصّدد تقول المحكمة الإدارية :"وحيث أنّه لمعرفة ما إذا كان للمدّعي مصلحة قائمة في إلغاء القرار المطعون فيه بعد صدور القرار... القاضي بإلغائه، كان لا بدّ من تدقيق النّظر في القرار الأخير فيما قد يخلّفه من آثار ونتائج منجرّة عن القرار الأوّل الملغي[254]". فإذا كان القرار الثاني ليس له أثر إلغائي إزاء الأوّل، تغدو مصلحة المدّعي قائمة[255].

[253]- المحكمة الإدارية، 18 مارس 1988، البشير بن الهذيلي بن نابلية/وزير الماليّة، غير منشور. الطعن ضدّ قرار بالإيقاف، ثمّ يصدر قرار بالعزل. يصبح الطعن غير ذي موضوع لفقدان المصلحة.

[254]- المحكمة الإدارية، 15 نوفمبر 1989، المنصف بن سليمان، غير منشور. إبقاء المصلحة. قبول الدّعوى.

[255]- المحكمة الإدارية، 22 نوفمبر 1983، نور الهدى الغرياني/وزير النّقل والمواصلات، المجموعة، ص 324.

الوضعيّة، أو يسحب عنه الامتياز غير الشّرعي، أو يسوّي الوضع، حتّى وإن كان القرار خارقا للشرعيّة الخارجيّة. وهذه القاعدة، تعتبر مبدأ عامّا للقانون وهو المبدأ الذي عبّر عنه الفصل 426 م إ ع الذي نصّ على أنّه : "لا يسوغ إثبات الالتزام في صورتين : إذا كان مآله إثبات وجود التزام غير مباح أو لا قيام به قانونا...".

6- قائمة الذّات عند رفع الدّعوى وإلى صدور الحكم

لتقدير المصلحة وتقييمها يعتمد القاضي الوقت الذي رفعت فيه الدّعوى.ويتأكّد من توفّر المصلحة مع شروطها كاملة من خلال العريضة. فالعريضة هي التي تبيّن وجود المصلحة وصلتها بالقرار المنتقد وصبغتها الشخصيّة[251]، وصفة المدّعي إلى غير ذلك. وقد وضّحت المحكمة هذا المبدأ فقالت :

"حيث إنّه من المسلّم به فقها وقضاء أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن يكون لرافع هاته الدّعوى صفة ومصلحة قائمتين عند رفع الدّعوى وباقيتين له حتى الفصل في النّزاع،

وحيث أنّ العارضة كانت متسوّغة المحل موضوع القرار المطعون فيه وتتعاطى به التّجارة العامّة ممّا كان يخوّل لها القيام بدعوى في طلب إلغاء القرار المنتقد،

لكن وحيث ثبت بالرّجوع إلى أوراق الملفّ أنّ العارضة غادرت المحل المذكور أثناء نشر الدّعوى ممّا يجعل معه صفتها ومصلحتها في القيام بالطّعن الماثل قد زالت ويتّجه تبعا لذلك التّصريح برفض الدّعوى شكلا[252]".

[251]- فإذا قام ولي بتوجيه مطلب مسبق للإدارة، ثمّ بلغ القاصر سنّ الرّشد عند رفع العريضة للمحكمة يعارض الطّعن بعدم قبول الدّعوى لفقدان الصّفة.

[252]- م.إ، 5 ديسمبر 1991، شركة مونوبري ضدّ رئيس بلديّة صفاقس، غير منشور.

إلاّ أنّ المصلحة لا بدّ أن تبقى قائمة الذّات إلى صدور الحكم، وألاّ يحكم بعدم قبول الدّعوى لفقدان المصلحة. فإذا وقعت تغطية القرار المطعون فيه وحجبه بقرار ثان، تصبح الدّعوى غير ذي موضوع لفقدان المصلحة[253].

وفي هذا الصّدد تقول المحكمة الإدارية :"وحيث أنّه لمعرفة ما إذا كان للمدّعي مصلحة قائمة في إلغاء القرار المطعون فيه بعد صدور القرار... القاضي بإلغائه، كان لا بدّ من تدقيق النّظر في القرار الأخير فيما قد يخلّفه من آثار ونتائج منجرّة عن القرار الأوّل الملغي[254]". فإذا كان القرار الثاني ليس له أثر إلغائي إزاء الأوّل، تغدو مصلحة المدّعي قائمة[255].

[253]- المحكمة الإدارية، 18 مارس 1988، البشير بن الهذيلي بن نابلية/وزير الماليّة، غير منشور. الطعن ضدّ قرار بالإيقاف، ثمّ يصدر قرار بالعزل. يصبح الطعن غير ذي موضوع لفقدان المصلحة.

[254]- المحكمة الإدارية، 15 نوفمبر 1989، المنصف بن سليمان، غير منشور. إبقاء المصلحة. قبول الدّعوى.

[255]- المحكمة الإدارية، 22 نوفمبر 1983، نور الهدى الغرياني/وزير النّقل والمواصلات، المجموعة، ص 324.

الباب الثاني

إجراءات رفع الطّعن بتجاوز السلطة

من أبرز الإصلاحات التي أدخلت في هذا المجال، ذاك الذي نصّ عليه الفصل 37 جديد من قانون غرة جوان[256].

"ترفع دعوى تجاوز السلطة في ظرف الشهرين الموالين لنشر المقررات المطعون فيها أو الإعلام بها.

ويمكن للمعني بالمقرر قبل انقضاء ذلك الأجل أن يقدم بشأنه مطلبا مسبقا لدى السلطة المصدّرة له. وفي هذه الصورة يكون تقديم المطلب قاطعا لسريان أجل القيام بالدعوى.

ويعتبر مضي شهرين على تقديم المطلب المسبق دون أن تجيب عنه السلطة المعنية رفضا ضمنيا يخوّل للمعني بالأمر اللجوء إلى المحكمة الإدارية على أن يتمّ ذلك في ظرف الشهرين الموالين للأجل المذكور".

هكذا يتبيّن لنا أنّ الفصل 37 يشمل افتراضين اثنين. الأول هو افتراض الطّعن المباشر، والثاني هو الإجراء الإختياري عن طريق المطلب المسبّق.

نظيف إلى ذلك أن الفصل 19 جديد (القانون عدد 11، 4 فيفري 2002) أبقى المطلب المسبق وجوبيا بالنسبة للأوامر ذات الصبغة الترتيبية وأفرد لها نظاما إجرائيا خاصّا.

256- توفيق بوعشبة، دعوى تجاوز السلطة، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، سبق ذكره، ص 135.

الفصـــل الأول
الطّعـــن المباشـــر

وقع تبسيط الإجراءات بشكل صريح وقوي، حيث انحصرت عناصـر الإجراءات في ثلاثة : القرار، أجل التقاضي، والقيـام بالـدعوى بعريضـة افتتاحية، مما يؤدي في آن واحد إلى الاختصار وإلى الاقتصار.

← يحتسب أجل التقاضي، طبقا لفقه قضاء المحكمة الإدارية على النحو الآتي. القاعدة العامّة التي استنبطتها المحكمة الإدارية لعدّ الآجال مستمدة من مجلة الالتزامات والعقود (الفصول 140-141-143) وتتفرع إلى الأحكام الآتية[257] :

1-الشهر الواحد يساوي ثلاثين يوما كاملة (140 م إ ع).

2-لا يحتسب اليوم الذي تم فيه الإبلاغ بالقرار، وإنّما يجري الأجـل من اليوم الموالي.

3-كذلك لا تحتسب أيام العطل والأعياد الرسمية كانطلاق لسريان الأجل.

4-إذا وافق حلول الأجل يوم عيد رسمي يُرجأ إلى اليوم الـذي يلـي العطلة.

5-إذا وافق حلول الأجل يوم عطلة (يوم الأحد) فإنّه لا يُرجأ و يتعين على المدّعي أن يقوم بدعواه آخر أجل في اليوم الذي قبل العطلة.

---

[257]- المحكمة الإدارية، 24 جوان 1977، احمد الماجري، وزير الداخلية، المجموعة، ص 166. يلاحظ أن هذا الموقف مخالف لموقف محكمة التعقيب التي ترى أن الآجال المنصوص عليها بتلك الفصول لا تنطبق على آجال التقاضي بل أجل حلول الالتزام.

الفقـــرة الأولـــى
انطـــلاق الأجـــل : الإعـــلام-النشـــر-الإعـــلان-الإبـــلاغ-المعرفـــة

القاعدة العامة المعروفة هي أن احتساب الأجل للطعن ضـد القـرارات الفردية يقع من الإعلام بها بسعي من الإدارة، بينما يقع الطّعن ضد القـرارات الترتيبية من نشرها إما بالرائد الرسمي (وهـو وجـوبي بالنسـبة للأوامـر، والقرارات الوزارية طبقا لقانون 5 جويلية 1993 المتعلق بنشـر النصـوص بالقانونيّة بالرائد الرسمي)، وإما بالطريقة المنصوص عليها بالقـانون ، وإمـا بطريقة أخرى كفيلة بأن تضمن لها الإبلاغ لمن يهمّه الأمر[258]. والحكم العـام الطبيعي الذي ينطبق هنا، هو أن الإدارة تتحمّل عبء الإثبات عن الإعلام، أو عن الإعلان الكفيل بالإبلاغ[259]، وقد لخّصت المحكمة الإدارية المبادئ العامّـة التي تحكم هذه المادة في قرار البشير بن الحاج عمر فقالت :

"وحيث أن الأصل في بدء ميعاد الطّعن أن يكون من تاريخ النشر فيما يخص القرارات التنظيمية، ومن تاريخ الإعلان[260] فيما يخـص القـرارات الفردية وفقا للفصل 40 المتقدم، وأمّا الإعلان فيما يخصّ القرارات الفرديـة فيجب أن يكون مشتملا على جميع عناصره، وبصورة يكون صاحب الشـأن معها في وسع لتحديد موقفه تجاهها. وعليه فلا يمكن اعتبار التغيير الحاصل في المرتب بمثابة الإعلام القانوني الذي يفي بغاية التبليغ ويقوم مقامه، والذي

---

[258]- فالمسألة كلها مرتبطة بالإثبات والحجج والوقائع الملموسة للقضية، م. إ، 21 نوفمبر 1983، حسن محمد الطرابلسي/وزير الداخلية ، المجموعة، ص 319. كذلك، م.إ، 14 جويلية 1984، العياري ومن معه/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 464.

[259]- المحكمة الإدارية، 14 جويلية 1984، المجموعة، ص 464.

[260]- لم تنتبه المحكمة الى مصطلح الفاسد. "الإعلان" هو الإشهار العام لغة، ولا يفيد الإبلاغ خصّيصا لمن يهمّه الأمر. فالكلمة الصحيحة هي كلمة "الإعلام"، كما وردت في الفصل 40 الذي أشارت إليه المحكمة قبل إدبارها عنه مرتين في الحيثية.

يكشف عن حصول العلم بالقرار الإداري المنتقد"[261] ولرفع الارتباك حول المفاهيم علينا أن نحدّدها طبقا لاستعمالها الاصطلاحي :

فالإعلام بالقرار هو معرفة القرار من قبل من يهمّه الأمر معرفة شخصيّة ثابتة مهما كانت وسائل الإعلام المتوخّاة.

ويصبح الإعلام شكلية أساسية إذا ألزمه القانون، فينتقل من الميدان الشّكلي إلى الميدان الإجرائي. وفي هذا الإطار قرّرت المحكمة الإدارية أن الإعلام الشخصي قبل تنفيذ قرار الهدم، يعدّ من الإجراءات الأساسيّة ويترتّب عن فقدانه البطلان في قضاء تجاوز السلطة، والمسؤولية الإدارية في القضاء الكامل، على أساس أنّ عدم الشّرعية، عمل صادر بغير حق، أو بعبارة أخرى، أنه خطأ يعمّر ذمّة الإدارة[262].

والنشر في الاصطلاح القانوني الحديث هو إدراج القرار كتابيا وبغية الإشهار العام بوسائل النشر القانونيّة وفي مطلعها النشر بالرائد الرسمي للجمهورية.

أمّا الإعلان عن القرار فانه يشمل كل وسائل الإشهار العمومي الكفيلة بالتبليغ لمن يهمّهم الأمر. ولذلك لا ينطبق على وسائل الإبلاغ الفردي، إلا إذا تبنّت طريقة الإشهار العمومي (مثل الإعلان عن نتائج امتحان أو مناظرة الذي يتوخّى تعليق قوائم المترشّحين).

وأما الإبلاغ فهي الغاية المنشودة من كل الوسائل المذكورة ، أي أن يُنهَى بالقرار إلى إشعار المعني أو المعنيين بالأمر، أي إلى معرفتهم.

والعبرة النّهاية من كلّ ذلك أن يكون المعنيّون بأمر ما على علم كامل، مستوف الشّروط. وعلى سبيل المثال ليس للإدارة أن تحاجّ الغير بنشر أمر

[261]– المحكمة الإدارية، 27 جوان 1978، البشير بن الحاج عمر ومن معه/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 137.

[262]– م.إ، 15 جانفي 1999، الدائرة الاستئنافية الثالثة، مطير القابسي ضدّ بلدية الحمامات، غير منشور.

الانتزاع والحال أن هذا النّشر لم يستوف الشّروط المذكورة، ولم يقع استيفاؤها بالإعلام الصّحيح الثّابت. تقول المحكمة الإدارية في قرار الصويعي[263] :

"وحيث أن النشر المقصود الذي يسري منه ميعاد التّظلم والتقاضي يجب أن يكشف عن فحوى المقرر بحيث يكون في وسع المخاطب به أن يعلم به تماما فإذا كان النشر خاليا أو قاصرا في بيان ما يتسنى معه للمدعي العام بتفاصيل المقرر وشموله لأغراضه وتقدير وجه اتصاله به ومساسه بمصلحته، فلا يكون النشر والحالة هذه مجديا في حساب ميعاد إجراءات التقاضي لدى هذه المحكمة ، ولا وجه من ثم للتحدي بما تذهب إليه الإدارة من استفادة علم المدّعي بالمقرر المطعون فيه على افتراض ضرورة إطلاعه عليه في حينه بنشر أمر الانتزاع بالرائد الرسمي. ولما كان من الثابت بلا جدال أن هذا النشر يتضمن تدوينا لتفاصيل لا تتطابق بالتمام مع الأوصاف القائمة لعقار المدّعي، فلا يعتبر أثر النشر هذا بمثابة الإجراء الذي يؤدي إلى العلم القانوني بحصول الانتزاع، وبالتالي لا يترتب على مثل هذا النشر سريان المدة لتوخّي إجراءات التّقاضي.

وحيث أن وقائع الدعوى تفيد أن المدّعي وقد كان جاهلا بأمر الانتزاع عند صدوره بالرائد الرسمي في فيفري 1975 إلا أنه من المؤكد أنه أُخطر بنص هذا الأمر في تاريخ 29 أوت 1975 لدى مثوله أمام قاضي الأمور المستعجلة للنظر في موضوع تحويز الوكالة العقارية للسكنى بالعقار المنتزع.

فلا يقبل منه بعد ذلك القول بأنه لم يكن يعلم بالانتزاع علما كافيا نافيا للجهالة.

وحيث أنه على نحو ما تقدم يكون تظلمه من هذا المقرر المطعون فيه في 23 أوت 1985 قد أقيم بعد فوات ميعاد الستّين يوما المحدّد بالفصل 40 من قانون المحكمة الإدارية جديرا بالرّد مما يتعين معه عدم قبول الدعوى شكلا".

[263]– م.إ، 24 أفريل 1987، الصويعي، غير منشور.

فيترتّب على ما سبق أن طرق الإبلاغ المتّبعة فعليا – إلاّ في صورة إلزام القانون طريقة معيّنة ومحدودة دون غيرها– ليست هي المسألة الحاسمة، بل أهم منها هو الإبلاغ. وقالت المحكمة في هذا الشأن ، بخصوص الإبلاغ بالطريقة الإدارية (أي غير العدلية) : "القاعدة هنا أن الإدارة ليست ملزمة باتّباع وسيلة معيّنة لكي تبلغ الفرد بالقرار. فقد يكون ذلك بمحضر حرره عدل منفذ ، أو عن طريق أيّ موظف إداري آخر، أو بإرسال القرار بالبريد العادي أو الموثق إلى المعنى به، وكل ما يطلب من الإدارة هو أن تنقل القرار إلى الأفراد بوسيلة مؤكدة"[264].

الفقرة الثانية
نظرية المعرفة المكتسبة (أو العلم اليقيني)

ترمي هذه النظرية إلى اعتبار أن الطاعن أحيط علما فعليا بالقرار، خروجا عن الطرق المعتادة أو الطرق القانونيّة، وأن آجال الطّعن ضد القرار تحتسب ابتداء من الحين الذي اكتسب فيه المعرفة بالقرار. وقد تبنى هذه النظرية فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشيء من الاحتراز، وطبّقها في بعض الحالات مثل الآتية :

-القرارات الإدارية الصادرة عن هيئات جماعية والتي شارك المدّعي في اتخاذها بصفة عضو بالهيئة . فالأجل في هذه الصورة يحتسب ابتداء من المصادقة، أو التصويت على المداولة بالنسبة للأعضاء.

-القرارات التي لم تف بمقتضيات النشر أو الإعلام العاديين والتي يرفع في شأنها المدّعي تظلما إداريا، مما يثبت أنه اطّلع على القرار وله علم به.

[264]– م.إ، 19 أفريل 1985، الشركة الجديدة لصنع الآجر/وزير الفلاحة ووزير المالية، المجموعة، ص 70.

-القرارات التي وقّع عليها المدّعي، أو أعلن صراحة أنه على علم بها.

والظاهر أن فقه قضاء المحكمة الإدارية في هذا الشأن يتراوح بين التشديد والتساهل. فقد أبدت شيئا من التشدّد لقبول هذه النظرية، لما فيها من إخلال بالمبادئ العامة، وحماية لمصالح المتقاضين، حيث التجربة تبيّن أن نظرية المعرفة المكتسبة غالبا ما تخدم مصلحة الإدارة التي تسعى، وهي مطلوبة دائما في تجاوز السلطة، إمّا أن تعارض الدعاوي بعدم القبول لفوات الأجل على أساس المعرفة المكتسبة قبل النشر أو الإعلام الرّسمي بالقرار، مع تقصير الأجل المترتب عليه، وإمّا أن تعارضها بعدم القبول لتقديمها قبل إبلاغ القرار رسميا[265].

ولذلك السبب صرحت المحكمة بأن العلم اليقيني بالقرار لا بد أن يكون ثابتا، حقيقيا ولا افتراضيا : "حيث أن دفع وزير الفلاحة بأن العارضين كان لهم علم يقيني بالقرار المنتقد بناء على ما حظي به من إشهار واسع النطاق، فإن هذا التذرّع يستوجب الاستدلال عليه بما يدعّم أن يكون هذا العلم حقيقيا بمودّى القرار ومحتوياته لا ظنيّا ولا افتراضيا، كإثبات حصول العلم به في تاريخ معلوم لكي يمكن حساب ميعاد التظلّم والقيام انطلاقا منه"[266].

وفي قرار سديري ضد وزير المالية رأت المحكمة أن إطلاع المدّعي على قائمة الخبراء المحاسبين ومراقبي الحسابات لدى الشركات والتي أدرجت بالصحف اليومية لا تقوم مقام النشر الرّسمي بالرائد الرّسمي، وأنه لا يجوز معارضة المدّعي بعدم قبول الدعوى لفوات الآجال باحتسابها من إدراج القائمة بالصحف، بل الآجال تحتسب انطلاقا من النشر الرسمي بالرائد الرّسمي[267]. (ويلاحظ أن المحكمة برّرت موقفها على أساس المغايرات بين القائمتين).

[265]– م.إ، 21 نوفمبر 1995، الدربالي/وزير الداخلية، غير منشور. قدم العارض المطلب المسبّق في 27 أوت 1989 على إثر تجريده الفعلي من تجهيزاته الإدارية وقبل إبلاغ القرار بتاريخ 20 ديسمبر 1989. اعتبرت المحكمة أن القرار المبلغ في 20 ديسمبر قرار تأكيدي ، خلافا للإدارة التي كانت تعتبر أن الطعن قدّم قبل أوانه.

[266]– المحكمة الإدارية، 14 جويلية 1984، العياري ومن معه/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 464.

[267]– المحكمة الإدارية، 28 نوفمبر 1986، سديري/وزير التخطيط والمالية، غير منشور.

كذلك ترى المحكمة أنه لا يحاجّ المدّعي بالمعرفة المكتسبة قبل اتخاذ القرار المطعون فيه، وبالتدقيق قبل توقيعه من قبل السلطة الإدارية. فلا يُعتدّ بالمعرفة المكتسبة قبل اتخاذ القرار واكتمال شروطه الشكلية[268].

والتشدّد نحو نظرية المعرفة المكتسبة يزول طبعا إذا كانت هذه المعرفة ناتجة عن القيام بتظلّم من قبل المدّعي نفسه[269]، لأن التظلّم تأكيد يقيني للمعرفة من جهة ، ومن جهة أخرى يدلّ على استعداد المدّعي للتقاضي. فإذا قدّم المدّعي تظلما، فإن هذا المطلب يفتح سريان مدة الطّعن "رغم عدم حصول عملية الإبلاغ"[270]. كذلك إذا أمضى الطاعن على جدول الإرسال المتضمن للقرار[271]، وكذلك إذا تأكّد علم المدّعي بالقرار من خلال حكم مدني في قضية ذكر فيها القرار كما ذكر في الحكم نفسه[272]، وكذلك إذا اعترف المدّعي باتصاله بالقرار في المطلب المسبق[273].

ومن جهة أخرى تتساهل المحكمة في استخدام نظرية المعرفة اليقينية، فترى مثلا أن إيقاف المرتبات والمنح المبنية حسب تقدير المحكمة على قرار ضمني، تبلغ إلى علم المعني بالأمر بمجرد الإيقاف الفعلي، خصوصا إذا تأكّد هذا العلم بموقف المدّعي "موقفا سلبيا من هذا المسلك الذي اعتصمت به

---

[268]– المحكمة الإدارية، 24 جوان1977، أحمد بن محمد الماجري/وزير الداخلية، المجموعة، ص 166. كذلك م.إ، 24 فيفري 1986، سالم بن محمد بن سالم/ وزير الداخلية، المجموعة، ص 208.

[269]– المحكمة الإدارية، 14 ديسمبر 1987، سالم بن مبارك/وزير الداخلية، المجموعة، ص 410، كذلك م.إ، 18 فيفري 1985، المنصف بوخاتم بن علي الرحموني/وزير الداخلية، المجموعة، ص 30.

[270]– المحكمة الإدارية، 22 جويلية 1976، محمد أحمد بالطيب/وزير الداخلية، المجموعة، ص 81. كذلك عمر بن علي زغيدة/وزير المالية، 27 مارس 1979، المجموعة، ص 81. كذلك م. إ، 18 افريل 1986، الحبيب التركي/وزير الفلاحة، غير منشور. وكذلك القرار المذكور آنفا، الدربالي ضد وزير الداخلية.

[271]– المحكمة الإدارية، 17 أفريل 1979، حامد الحبيب براهم/وزير المالية، المجموعة، ص 113.

[272]– المحكمة الإدارية، 13 جوان 1987، محمد مفتاح عفية بزيوش/بلدية المكنين، غير منشور، م.إ، 6 ماي 1985، الحمراوي/والي بنزرت، غير منشور.

[273]– المحكمة الإدارية، 10 جويلية 1975، علي اليعقوبي/وزير الداخلية، المجموعة، ص 8.

الإدارة دون إجابته لحين تظلمه" ؛ وعليه، يقع سريان الآجال من هذا العلم اليقيني ويعتبر التظلم القانوني الصريح متأخرا يعارض بعدم قبول الدعوى[274]. كذلك ترى المحكمة أن الإحالة الفعلية على التقاعد تقوم مقام الإعلام بالقرار مع أن "لا شيء بالملف يدلّ على إعلام العارض بذلك القرار"[275]. وأراني أعتبر هذا الموقف من التساهل لأسباب :

–إن هذا الموقف يخالف مبدأ أقرته نفس المحكمة مفاده : "لا قرار، لا طعن"، ولا يعتدّ بالقرارات الافتراضية.

–ثم إن توقيت المرتب أو "الإحالة الفعلية" تضع المدّعي في وضعية معيّنة أو في ظروف معلومة، يرجع له وحده أن يقوّمها إن أراد، وذلك بإثارة قرار صريح أو ضمني وللمدعي اختيار الوقت الذي يرفع فيه المطلب لإثارة القرار، بدون قيد، وإثارة القرار وحدها هي التي تقيّده. أما مواقفه من "مسلك" الإدارة فليس لها صبغة قانونيّة.

–ثم إن هذا الموقف متناقض تماما مع قرار البشير بن الحاج عمر الذي أكّد أنه "لا يمكن اعتبار التغيير الحاصل في المرتب بمثابة الإعلام القانوني الذي يفي بغاية التبليغ ويقوم مقامه". فبأي سرّ يفي هنا ولم يف هنالك ؟

–وأخيرا ألم تكن مثل هذه القرارات من نوع القرارات ذات المفعول المستمرّ تتجدّد عند تقديم كل مطلب بالتعديل[276]" ؟

---

[274]– م.إ، 27 أكتوبر 1981، بلحسن السقانجي/وزير التخطيط والمالية، المجموعة، ص 283.

[275]– المحكمة الإدارية، 14 مارس 1977، إسماعيل بن الحاج علي/الوزير الأول، المجموعة، ص 132.

[276]– م.إ، 28 نوفمبر 1986، المختار بن راضية/وزير المواصلات، المجموعة، ص 296.

الفقـــرة الثالثـــة
فـــوات الأجـــل

إذا مضى ستون يوما عن نشر القرار، أو الإعلان عنه، أو الإعلام به أو معرفته اليقينيّة، فلا تقبل الدعوى، وتعارض بعدم قبول الدعوى شكلا.

إلا أنّه تجدر ملاحظة تتعلّق باستثناءات، وهي الآتية :

الأول: استثناء أقرّه فقه قضاء المحكمة الإدارية صراحة وهو الاستثناء المتعلق بالقرارات الإدارية المنعدمة. القاعدة هي أنه يجـوز الطّعـن ضـد القرار المنعدم بعد فوات الأجل، وللمحكمة أن تلغي مثل ذلك القرار تلقائيّـا حتّى بدون طعن ضدّه. تقول المحكمة في هذا المضمار فـي قـرار محمـد فرحات ضدّ والي زغوان الصّادر في 31 ماي 1990[277] :

«حيث يستَروَحُ من أحكام الأمر العلي المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشتركة أن اللجنة الجهوية لتصـفية الأوقاف تعتبر استنادا إلى ما تتّسم به تركيبتهـا وصـلاحيتها والإجـراءات المتبعة أمامها وكيفية الطّعن في قراراتها هيئة قضائيّة مختصة بالنظر فـي تصفية الأحباس الخاصة والمشتركة واتخاذ القرارات في شأن تلك التصـفية بما في ذلك القرارات القاضية بتسمية المصفّين وإعفائهم.

وحيث يتّضح من أوراق الملفّ أنّ والي زغوان بصفته رئـيس اللّجنـة المذكورة عندما تولّى تكليف المدّعي بإدارة وقف سـيدي نـاجي بتـاريخ 11 جويلية 1986 وإعفاءه بتاريخ 27 فيفري 1987 قد حلّ محلّ اللجنة المذكورة بوصفها هيئة قضائيّة وأنّ خروج الوالي عن حدود ولايته على هذا الوجـه لا يشوب قراره بمجرّد عيب من العيوب التي تجعله قابلا للإلغاء بل ينطوي على غصب للسلطة ينحدر بالقرارين المذكورين إلى مرتبة العمل المـادّي العـديم الأثر قانونا ممّا يتّجه معه اعتبار قرار الإعفاء المطعون فيه وكـذلك الشـأن

[277]– م.إ، 31 ماي 1990، محمد فرحات/والي زغوان،المجموعة، ص 383.

بالنسبة لقرار تكليف المدّعي بإدارة شؤون الوقف المذكور آنفـا رغـم عـدم الطّعن فيه معدومين ولا أثر لهما.

ولهاته الأسباب، قرّرت المحكمة

التصريح باعتبار قرار الإعفاء المطعون فيه والصـادر عـن والـي زغوان بتاريخ 27 فيفري 1987 معدوما ولا أثر له وكذلك الشـأن بالنسـبة لقرار تكليف العارض بشؤون الوقف المؤرخ في 11 جويلية 1986 تحـت عدد 2126 [278].

نستخلص من هذا القرار أنه إذا كان بالإمكان أن يلغى القـرار بـدون طعن صريح فإنّه من باب أولى أن يطلب إلغاؤه بعد فوات الأجل. (انظر في التصريح بالانعدام الفقرة الثالثة، من الفصل الأول، من الباب الثالـث، مـن القسم الثاني).

الاستثناء الثاني يتعلق بالقرارات ذات المفعول المستمرّ، أي القرارت غير الحينيّة والتي لا تستنفد مفعولها بمجرّد صـدورها. فـالقرارات ذات المفعـول المستمرّ هي قرارات تتعلّق بحقوق مستمرّة، كما تقول المحكمة الإدارية، وهذه النّظريّة الخاصّة بالمحكمة الإدارية جديرة بالاهتمـام والتّمحـيص. فبالنّسـبة للقرارات ذات المفعول المستمرّ، أقرّت المحكمة الإدارية أنه يجوز الطّعن فيهـا ما استمرّ مفعولها[279]. وهذا هو شأن القرارات الراميـة إلـى حجـز جـواز السفر[280]، أو القرارات المتعلقة بالجرايات كجراية التقاعد أو جرايـة القـرين الباقي على قيد الحياة أو التّغطية الاجتماعيّة المتمثّلة في مصاريف العـلاج[281]. ففي هذه الصور يتسنى للمعني بالأمر أن يقوم بعدة تظلمات لدى السلطة الإدارية وأن أجل التقاضي يحتسب من آخر مطلب وجه إلى الإدارة، نظرا لاستمرارية

[278]– م.إ، 31 ماي 1990، محمد فرحات/والي زغوان، المجموعة، ص 383. كذلك انظر، م.إ، 13 أفريل 1990، الحبيب بن محمّد بن سعيد/الرئيس المدير العام لديوان الحبوب، المجموعة، ص 336.

[279]– المحكمة الإدارية، 28 نوفمبر 1986، المختار بن راضية/وزير المواصلات، المجموعة، ص 296.

[280]– م.إ، 5 ديسمبر 1989، مفتاح بن مصباح المليان/وزير الداخلية، غير منشور.

[281]– م.إ، 11 فيفري 1999، محمود التيجاني كيوة/ص.ق.ت.ح.إ، المجموعة، 44.

الحق[282]. وخلافا لما سبق ذكره فقد اعتبرت هيئات أخرى للمحكمة الإدارية أن الطّعن يبقى دائما مفتوحا بدون قيد ولا إقتداء بالمطالب المسبّقة.

الفقـــرة الرابعـــة
العريضـــة الافتتاحيـــة

العريضة هي الوثيقة المكتوبة التي يفتتح بها النزاع القضـــائي لـــدى قاضي تجاوز السّلطة، وهي التي تحدّد الـــدّعوى نهائيّـــا وتبـــيّن الأطـــراف والموضوع والمستندات. وبذلك الاعتبار يمكن أن نجزم بأنّ العريضة هـــي أهمّ مرحلة إجرائيّة لمعرفة النّزاع و تحديده.

سنتعرّض أوّلا إلى القواعد العامّة التي تحكم العريضة، ثمّ إلى مشـــكل استقرار الدّعوى، ثمّ إلى تأويل العريضة، وننتهي بالقواعد الشكليّة الخاصّـــة بالعريضة.

القواعـــد العامّـــة

العريضة هي التي تحدّد الجدال القانوني، والمآخذ التي من جرّائها وقع الطّعن في شرعيّة القرار الإداري، وعلى هذا الأساس يترتّب :

1)أن تكون العريضة مستوفية للشّروط الموضوعية التي يتسنّى مـــن خلالها أن يقع تحديد القضيّة والتي نصّ عليها الفصل 36 جديد مـــن قـــانون واحد جوان. وبالتالي يجب على العارض أن يذكر اســـمه ولقبـــه وعنوانـــه

[282]– م.إ، 5 ماي 1993، الطيب بن عبد الله البشير/الرئيس المدير العام للص ق ت ح إ، المجموعة ص 507. عن تباين موقف المحكمة الإدارية في شأن الحقوق المستمرة، أنظر، إبراهيم البرتاجي، التباين والتنسيق بين دوائر المحكمة الإدارية، نشر في "القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996"، الوزارة الأولى، المدرسة الوطنية للإدارة، مركز البحوث والدراسات القانونية، 2002، ص 37.

وموضوع الطلب (إلغاء جزئي أو كلّي) والسلطة المصدّرة للقرار وتاريخـــه والمستندات القانونيّة من سبب ووسائل.

2)ألاّ تكون العريضة خالية من المستندات القانونيّـــة مكتفيـــة بـــذكر عناصر واقعيّة أو تصليح وضعيّة معيّنة تضرّر منها المـــدّعي، أو إنصـــاف المدّعي المجرّد، دون ارتكاز على مستندات قانونيّة[283]. وعليه تعـــيّن علـــى العارض أن يذكر :

+**الوقائـــع**. هي الأحداث التي تشكل ملابسات القضية الواقعية والتـــي لا توجد "قضية" بدونها. يتعين على العارض أن يـــذكر صـــفته، والقـــرار وتاريخه، وفحوى القرار، والضرر الذي ألحقه، كلّ هذه المسائل التي بفضلها يمكن للقاضي أن يستخلص منها كلّ العناصر التي ذكرناها في الباب الأوّل : وجود القرار، نوع القرار، أحاديّة القرار، تنفيذيّة القرار، مصـــلحة المـــدّعي صفة المدّعي ، وهلمّ جرّا.

+**السبـــب**. سبب الطّعن في تجاوز السلطة هو نوع خرق القانون الذي يتذمّر منه المدّعي، كعدم الاختصاص، أو الخطـــأ فـــي تأويـــل القـــانون أو الانحراف بالسّلطة أو الإجراءات. ويمكن تصنيف الأســـباب إلـــى خارجيـــة (إجرائية وشكلية) وداخلية (خرق القاعدة القانونيّة، انحراف بالسلطة، خـــرق القاعدة العامّة للقانون، وهي في حقيقة الأمر نوع خاص من مراقبة تطبيـــق القاعدة القانونيّة).

+**الأســـاس القانونـــي** كما رأينا سابقا هـــو المصـــدر القـــانوني، أو الدستوري، أو الترتيبي، أو القاعدة العامة للقانون أو المعاهدة الدوليـــة التـــي يستند إليها العارض. فإذا اعتمد مثلا عدم الاختصاص، عليه أن يبيّن علـــى أيّ أساس تكون السلطة غير مختصّة. وهنالك بعض المطاعن تفتقـــر إلـــى أساس نصّي بالمعنى الضيّق للكلمة. فخرق المبدإ العام للقانون يقع إثباته إمّا

[283]– م.إ، 14 ديسمبر 1989، مصطفى بن شعبان/رئيس بلدية تونس، م.إ، 18 جويلية 1989، محمد العباسي/وزير الداخلية.
Chronique Ben Hamida, Servir n° 43, 44 p. 63.

ابتكارا من الدّاعي[284] وتصديقا عليه من المحكمة إن أثير لأوّل مرّة[285]، وإمّا بالرّجوع إلى فقه قضاء المحكمة. كذلك الانحراف بالسلطة، لا يرجع فيه إلى مصدر نصّي معلوم وخاصّ إلاّ قانون واحد جوان نفسه. فالأسس القانونيّة حينئذ إمّا أن تكون نصّيّة، أو أن تكون موضوعيّة.

+**الوسائل**. كما أسلفنا، الوسائل هي العناصر الجدليّة التي يقع بفضلها البرهان على الطّعن وتبيانه، الوسائل هي منطق العريضة القانوني. كأن نقول مثلا :

أ) مقدّمة الوسيلة (طرح الإدارة)

-السلطة كذا غير مختصّة (سبب)

-لأنّ النّصّ أسند ذاك الاختصاص إلى سلطة أخرى (الأساس).

-والسلطة الموقّعة على القرار تدّعي أنّها مختصّة بناء على تفويض من الوزير.

ب) تقويض الطّرح

-والحال أنّ التفويض لا يكون إلاّ بإذن من النص المحدث للسلطة وطبقا لمبدأ عام للقانون.

ج) الخاتمة

-فيترتّب عليه أنّ القرار اتّخذ بصفة غير شرعيّة فهو يستحق الإلغاء.

+**الموضوع**. هو طلب الإلغاء الجزئي أو الكلي لا غير.

3) إمكان تغيير العريضة جوهريّا ما لم يحلّ موفّى أجل الطّعن القضائي. أمّا إذا حلّ الأجل، فالمبدأ هو رسوخ الدّعوى كما سنرى فيما يلي.

[284]- مثلا بالرّجوع إلى آراء قانونية نظريّة مدعّمة ومستمدّة من كتب أشهر المؤلّفين.
[285]- وتصديق المحكمة هو الذي يكوّن وحده المبدأ العام للقانون.

رسوخ الدعوى

إنّ العناصر المذكورة سابقا ذات أهميّة بالغة، لأنّها تحدّد الإطار القانوني للقضيّة من جهة، ولأنها تحدّد الطلب بحيث يصبح من المستحيل أن تضاف طلبات جديدة مبنيّة على وقائع جديدة، أو أسباب جديدة إلاّ في حدود ضيّقة. وهذا المبدأ قد أقرته المحكمة في العديد من قراراتها، وهو مبدأ رسوخ الدّعوى. تقول المحكمة في هذا الشأن :

«...القاعدة الأساسيّة التي دأبت عليها هذه المحكمة في هذا المجال تقضي بأنّ نطاق المنازعة يتحدّد بما يورده المدّعي في عريضة دعواه حال رفعها، ولا يسوغ له التوسّع فيها أو إضافة طلبات جديدة عملا بمبدإ رسوخ الدّعوى[286]».

فالمبدأ حينئذ هو الآتي : العريضة تحدّد الإطار القانوني نهائيا ولا يضاف إليها شيء، إلاّ استثناء.

والفكرة الأساسية التي تحكم الاستثناءات هي الآتية : إذا كانت تحويرات العريضة تغيّر جوهر المطلب فلا تقبل، أمّا إذا كانت إسهابيّة لا تغيّر الموضوع، ولا الوقائع، ولا السبب أساسا فشأنها القبول. وتفسير ذلك يكون على النحو التالي :

في القانون التونسي لدينا عدّة عناصر خاصّة لا بدّ من اعتبارها لحسم هذه المسألة، وهذه العناصر هي الآتية :

1-إلزام "عرض موجز" لعناصر القضيّة بمقتضى الفصل 36. ويعني العرض الموجز أن عناصر القضيّة، لا بدّ أن تذكر كلّها، ولا بعضها، بإيجاز على أن يقع تفصيلها فيما بعد في المذكّرة الإسهابيّة. العرض الموجز لا يعني العرض الناقص أو المفتقر. وإذا فرض القانون عرض الوقائع والمستندات (أي السبب والوسائل والأساس القانوني) في العريضة، فالغرض من ذلك هو

[286]- م.إ، 14 ديسمبر 1982، الموجباني/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 130.
22- م.إ، ديسمبر 1981، الصّادق بنّور/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 359.
17- م.إ، جويلية 1989، نوح العذاري/وزير التّخطيط، غير منشور.

الحفاظ على المبدأ المذكور : إن العريضة تحدّد نطاق القضيّة ، وأنه لا يجوز تحويرها، فهي نهائية.

2-ولكن ليس واقعيّا ولا ممكنا أن نعتبر هذا المبدأ بتصلّب وتحجّر وذلك لا من باب الإنصاف والتيسير على المتقاضين فحسب، بل لأنّ عناصر القضيّة تتّسع بطبيعتها، وتتغيّر حسب تطوّر التحقيق وتبادل المذكّرات والتقارير. فالجدل القانوني يوسّع القضيّة بطبيعة الأشياء، وسيكون لذلك التوسّع أثر لا مناص منه، أوّلا على الوسائل، وثانيا على الأساس، وحتى على الأسباب نفسها في بعض الأحيان. ولقد حدّد مجلس الدّولة الفرنسي مفعول مبدأ رسوخ الدّعوى في القواعد الآتية : حلول الأجل يُجمّد الدّعوى فلا يجوز :

-تحويل طبيعة الدّعوى.

-تغيير السبب من عدم الشرعيّة الخارجيّة إلى عدم الشرعيّة الداخليّة.

فإذا أقيمت الدّعوى على سبب خارجي مثل عدم الاختصاص، أو خرق الإجراءات أو الشكليّة الجوهريّة، لا يقبل تحويرها بتأسيسها على سبب داخلي[287]. أمّا الوسائل والمصادر فليست داخلة في ظلّ المبدأ.

أمّا المحكمة الإدارية فإنّها تصدّت لتحويرات جذريّة على العريضة وعارضتها بعدم القبول في قرار "نوح لعذاري" مثلا[288]. قدّم العارض طعنا ضدّ قرارين اثنين، إلاّ أنّ المحكمة لاحظت :

أوّلا : أنّ القرارين لم يكونا مؤسّسين على نفس الأسباب.

ثانيا : إنّه لم يذكر القرار الأوّل في العريضة، ولكن في مذكّرة تالية تجاوزت نطاق النّزاع المحدّد في العريضة، وأخلّت حينئذ بمبدإ رسوخ الدعوى، فعورضت بعدم القبول. (نفس المثال في قرار بنّور 22 ديسمبر 1981[289]،

[287]-René Chapus, Droit du contentieux administratif, 7è édition, p. 561 et ss.

[288]- م.إ، 17 جويلية 1989، غير منشور.

[289]- م.إ، 22 ديسمبر 1981، المنجي بن الصّادق بنّور/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 359.

وقرار الموجباني 14 ديسمبر 1982[290]). في كلّ هذه الأمثلة يتقدّم الطّالب بطلبات جديدة أثناء التحقيق، تغيّر موضوع الدّعوى، فلم تُؤخذ بعين الاعتبار.

تأويل العريضة

هنالك إشكال مرتبط بالأوّل وهو تأويل العريضة.

لقد تعوّد القضاء في مادّة البطلان أن يعامل المطالب بشيء من الرّفق، خصوصا إذا رفعت الدّعوى بدون محام[291] وقد عاملت المحكمة الإدارية القضايا المرفوعة لديها بكثير من التّسامح واللّين، وأسعفت كم من مرّة عرائض كانت تكون مردودة قطعا لو طُبّق القانون بصرامة. تقول المحكمة في هذا الشأن :

"وحيث أنّ عمل هذه المحكمة يجري على قبول دعوى تجاوز السلطة كلّما أن للقائم بها مصلحة في طلب إلغاء قرار إداري ما وكلّما أمكن التعرّف من خلال عريضة الدّعوى على اسم ومقرّ أطراف النّزاع دون أن يشترط لتحريرها صيغا معيّنة[292]". وتبعا لذلك فإنّ المحكمة تأوّل العريضة طبقا لمنهج غائي، فتقول :

"حيث أنّ فقه قضاء المحكمة دأب على النّظر في الغاية التي يتوخاها المدّعي من دعواه دون الاعتداد بالألفاظ التي وردت على لسانه في عريضة الدّعوى إذ تقوم بتكييف دعواه وتفسير طلباته كلّما دعت المصلحة لذلك[293]". وتسعى المحكمة الإدارية أن تستكشف "حقيقة"[294] الدّعوى من

[290]- م.إ، 14 ديسمبر 1982، أحمد بن محمّد الموجباني/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 130.

[291]- C. Debbasch : «L'interprétation par le juge de la demande des parties», J.C.P., 1982, I, n° 3085.

[292]- م.إ، 28 فيفري 1983، زين العابدين بوطريف/الوزير الأول ووزير الداخلية، المجموعة، ص 202.

[293]- م.إ، 11 نوفمبر 1987، يونس النجار/وزير الصحّة العموميّة، غير منشور. انظر كذلك م.إ، 4 ماي 1988، مختار عيّاط/وزير الصّحّة العموميّة، غير منشور.

[294]- م.إ، 26 جانفي 1976، المقطوف صويد/وزير الداخلية، المجموعة، ص 36.

"جملة التقارير"[295]، وتستنتج أنّ المدّعي "يطعن بالإلغاء في الواقع والقصد"[296].

شكليات العريضة – تعفى الدعوى بتجاوز السلطة من إنابة محام على مستوى الطور الابتدائي.

1–يتعين أن تكون العريضة مكتوبة، ممضاة من قبل المدّعي نفسه أو موكّله القانوني معرّف الإمضاء، وتودع العريضة إمّا مباشرة أو عن طريق البريد المضمون الوصول (مع الإعلام بالإبلاغ).

يقع إيداع العريضة بكتابة المحكمة، وتسجّل العريضة ويعطي لها عدد رتبي، حسب تاريخ ورودها وتكون العريضة مصحوبة :

–بنسخة من المقرّر المطعون فيه، إن كان صريحا.

–بنسخ مشهود بمطابقتها للأصل بكلّ الوثائق التي يدلي بها العارض.

2–الصّبغة الموجزة للعريضة ينصّ الفصل 36 على أنّ العريضة تحتوي وجوبا على "عرض موجز" للوقائع والمستندات والطلبات. وهكذا لم يشترط القانون أن تكون العريضة تامّة، بحيث يمكن للمدعي أن يلحق مذكّرة إسهابيّة في تفصيل وترتيب مآخذه ضدّ القرار، مع العلم بأنّ تبادل المذكّرات بطبيعته سيوضّح ويؤكّد مطاعن المدّعي.

الفقـرة الخامسـة
الطّعـن ضـد عـدة قرارات في عريضـة واحـدة

المبدأ الأصلي في هذه المسألة هو : "طعن واحد ضدّ قرار واحد"، أي أنّ الطّعن بتجاوز السلطة موجّه حتما إلى كل قرار بانفراد ولا يمكن الطّعن

[295]– م.إ، 28 ماي 1980، عبد العزيز المزوغي/وزير التعليم العالي، المجموعة، ص 209.
[296]– م.إ، 11 نوفمبر 1980، البشير بن محمد بن مصباح/ وزير الفلاحة، ص 366.

ضدّ مجموعة من القرارات في عريضة واحدة. وتبرير المبدأ بسيط إذا علمنا أنّ القرارات تستقلّ مبدئيا بمواضيعها، وتواريخها، والوقائع التي انبنت عليها. فمن المعقول أن ندرج هذا المبدأ كمبدأ أصولي لتجاوز السلطة[297].

إلاّ أن المحكمة الإدارية أدخلت في العديد من قراراتها بعض الاستثناءات الهامّة على المبدأ المذكور، ورأت :

–أنه يتسنى للطاعن أن يطعن في عدة قرارات صادرة في نفس التاريخ أو في تواريخ متقاربة بحيث تبقى جميعها داخل نفس الأجل، إذا اشتركت في عناصرها الأساسية. تقول المحكمة في هذا الصدد :

–"حيث يتبيّن بالرّجوع إلى القرارين المطعون فيهما أنهما علاوة على تعلقهما بنفس الشخص فإنهما اتخذا لنفس الغرض ولنفس السبب وصدرا في نفس التاريخ مما ينمّ على وجود ترابط وثيق بينهما"[298]. فالذي يبرّر الطّعن الواحد ضد عدة قرارات هو اشتراك المصلحة في إلغاء القرار، والرابطة المتينة بين القرارات، والبتّ في موضوع مشترك من قبل القاضي[299].

–ثم إنّه يتسنى للطاعن أن يطعن في عدة قرارات صادرة في تواريخ مختلفة ، وذلك إمّا خرقا للإجراءات الشكلية العادية، وإما خرقا لقواعد آجال الطّعن المعتاد قانونا، إذا كانت توجد رابطة متينة بين القرارات، وكانت تهدف إلى البت في موضوع مشترك[300].

–استثناء من الإجراءات القضائية الشكلية العادية.

[297]– المحكمة الإدارية، 22 ديسمبر 1981، المنجي بن الصادق بنور/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 359.
[298]– المحكمة الإدارية، 19 أفريل 1989، ربيعة بن يونس/وزير الصحة، المجموعة، ص 185.
[299]– المحكمة الإدارية، 15 جويلية 1988، شركة شال تونس/بلدية قصر هلال ووالي المنستير، غير منشور.
[300]– المحكمة الإدارية، 27 أفريل 1999، محمد نجيب بن عبد الله/الوزير الأول. و23 فيفري 1999، الأزهر الصغيّر/وزير الثقافة، غير منشورين.

في قضية المرايدي ضد وزير التربية القومية يطعن الداعي ضد قرار صادر في 31 مارس 1982 القاضي بعزله عن العمل، ثم، وبمقتضى تقرير إضافي، ودون توجيه مطلب مسبق ولا رفع عريضة مستقلة، طلب إلغاء قرار لاحق مؤرخ في 16 جويلية 1982 (إذن بدون تقيّد بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل 40 من قانون 1 جوان) وقبلت المحكمة الطّعن ضد القرارين معا مع رفضهما موضوعا، قائلة : "وحيث استقرّ فقها وقضاء أن القرارات الإدارية التي يجمعها ارتباط وثيق يمكن الطّعن فيها كلها في اطار دعوى واحدة دون حاجة لاتّباع الإجراءات القانونيّة بالنسبة لكل قرار على حدة، وبذلك يغدو طلب العارض إلغاء الإيقاف حريّا بالقبول[301].

استثناء من قواعد عدّ الآجال.

في قضية نوح العذاري ضد وزير التخطيط والرئيس المدير العام للصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعية وقع الطّعن في قرار ضمني برفض الكفّ عن استقطاع الأداء على الضريبة الشخصية مقابل المنحة الوظيفية. واثناء التحقيق توسع الطاعن في طلباته وأضاف طلبا جديدا يهدف إلى إلغاء قرار آخر. فأجابت المحكمة ان الأصل في تجاوز السلطة هو الطّعن ضد كل قرار على انفراد، وصرحت بعدم قبول الدعوى في شقّها المتعلق بالقرار الثاني لاستقلاله عن الأول : "...القرار الأول هو الحري وحده بالقبول ولا التفات لبقيّة القرارات الموالية إلاّ إذا كان للطاعن نفس المصلحة في إلغاء جملة القرارات، أو كانت توجد رابطة متينة بين القرارات المخدوش فيها، أو كانت العريضة ترمي إلى البتّ في موضوع مشترك بين كافة القرارات"[302].

وفي هذه القضية لم يكن القرار الأول والثاني مبنيين على نفس الأسباب "ولم يرد ذكر القرار الأول في عريضة الدّعوى (المؤرخة في 19 نوفمبر 1989) وإنّما في مذكرة تالية أردف بها المدّعي في 3 أفريل 1987".

[301]– المحكمة الإدارية، 21 نوفمبر 1984، حمودة بن صالح المرايدي/وزير التربية القومية، المجموعة، ص 477.

[302]– المحكمة الإدارية، 17 جويلية 1989، نوح العذاري/وزير التخطيط والرئيس المدير العام ص.ق.ت.ح.إ، غير منشور.

وهكذا بيّنت المحكمة الشروط التي قد يتمّ بفضلها إمكان الطّعن ضد عدة قرارات مختلفة التواريخ، وهذه الشروط هي الآتية :

-أن يقع الطّعن في العريضة ولا أثناء التحقيق طبقا لقاعدة رسوخ الدّعوى.

-وأنه ليس بالإمكان أن يطعن في القرارات السابقة (التي فات الأجل عن الطّعن فيها) بمناسبة القرارات الموالية (المطعون ضدها في الأجل) إلا إذا كان هنالك ارتباط متين في المصلحة، والموضوع والأسباب. أما إذا استقلّت عن بعضها فلا يقبل الطّعن إلا ضدّ القرار الذي يستوفي الشروط[303]، أو ضد القرار "الذي يذكر أولا في العريضة"[304].

-ثم أنّه يتسنّى للطاعن، في العمليات المركّبة، أن يطعن في القرارات السابقة بمناسبة الطّعن في آخر قرار من العملية المركّبة، وذلك على أساس وحدة العملية المركّبة وارتباط أجزائها[305]. فالمطلب في عملية المناظرة يقدم، إما بعد آخر جزء منها أي بعد الإعلان عن النتائج أو تسمية الفائزين، ومن شأنه أن يشمل في آن واحد قرار افتتاح المناظرة وقرار تعيين لجنة المناظرة، وإمّا ضد كل قرار على انفراد.

الفقـرة السادسـة
السلطـة الإداريـة القائـم ضدهـا الطّعـن

لا بد أن يوجّه الطّعن ضد السلطة الإدارية التي أصدرت القرار من حيث المبدأ، ولا يجوز القيام ضد سلطة أخرى. ولكن المحكمة الإدارية أوّلت معطيات قانون غرّة جوان على سبيل الوسع وصرّحت أن قيام الدعوى يكون

[303]– م.إ، 12 أفريل 1983، محمد الصاح الزواغي/ وزير الفلاحة، المجموعة، ص 221. والمنجي بن الصادق بنور، المذكور سابقا.

[304]– م.إ، 30 ديسمبر 1987، الصحبي الوهابي/وزير التجهيز، غير منشور.

[305]– م.إ، 23 جويلية 1976، الحبيب العيادي/ وزير التربية القومية، المجموعة، ص 83.

مقبولا حتى إذا وقع ضد سلطة غير مختصة لا صلة لها بالقرار المنتقد، على شرط أن يقع تصحيحه قبل الحكم. وتوخّت المحكمة نفس الاتجاه فيما يتعلق بالمطلب المسبق، كما سنرى ذلك فيما بعد.

ورد في حكم هام صادر عن المحكمة الإدارية في 31 جانفي 1986[306] (عبد السلام النابلي) وهو حكم مطوّل أكثر مما تقضيه الفائدة[307]، أن الطاعن أقام دعوى ضد المكلف العام بنزاعات الدولة في أمر انتزاع لفائدة الوكالة العقارية الصناعية، فعارضه المكلف العام بنزاعات الدولة بعدم قبول الدعوى إلا أنّ المحكمة قبلت الطّعن :

-تسهيلا وتيسيرا على المتقاضين ونظرا لتعدد وتشابك المصالح.

-ولمثول المكلف بنزاعات الدولة تلقائيا أمام المحكمة مبديا دفاعا موضوعيا في الدّعوى.

-ولتدارك وتصحيح الوضعية.

وفي قرار "شركة بدر" برّرت المحكمة موقفها على الوجه الآتي ذكره : "وحيث أنه ولئن كان المفروض أن يقع القيام ضد السلطة المصدرة للقرار المقدوح فيه والممثلة في حافظ الملكية العقارية، إلا أنه نظرا إلى أن قضاء الإلغاء هو قضاء موضوعي يهدف أساسا إلى الحفاظ على شرعية القرارات الإدارية وليس هو بنزاع بين أطراف ، فقد تم تصويبا للإجراءات إحالة العريضة على السلطة المعنية"[308].

وقد استخدمت المحكمة في هذا الشأن وسيلة إدخال السلطة الإدارية في قرار الحبيب قعلول/وزير الشؤون الاجتماعية، 12 نوفمبر 1999. كان الطّعن يهدف إلى إلغاء قرار صادر عن الصندوق القومي للتقاعد والحيطة الاجتماعية بينما وُجّه المطلب المسبّق ضد وزير الشؤون الاجتماعية فأذنت المحكمة

[306]- المحكمة الإدارية، 31 جانفي 1986، ورثة عبد السلام النابلي/الوزير الأول. والوكالة العقارية الصناعية، المجموعة، ص 202.
[307]- فيصعب ذكره لما فيه من إطالة وحشو.
[308]- م.إ، 18 أفريل 1989، شركة بدر/حافظ الملكية العقارية، غير منشور.

بإدخال الصندوق "واعتباره بالتالي الطرف المدّعى عليه وإخراج وزير الشؤون الاجتماعية من نطاق المنازعة"[309].

يتجلى مما ذكر أن الدّافع الأساسي الذي أدّى بالمحكمة إلى مثل هذه المواقف هو تصويب الإجراءات. إلاّ أنّ هذا الدّافع، إذا سلّمنا به فيما يتعلق بالمطلب المسبق، فلا يمكن أن نسلّم به بالنسبة للعريضة، نظرا لطبيعتها وأهميتها ودورها الحاسم في تحديد النازلة. وعليه فلا ينبغي أن تتغلّب في شأنها عناصر مأخوذة من النصفة على العناصر القانونيّة.

[309]- م.إ، 12 نوفمبر 1999، الحبيب قعلول/وزير الشؤون الاجتماعيّة، غير منشور.

الفصل الثاني
الإجراء الاختياري عن طريق المطلب المسبّق

الفقرة الأولى
أحكام عامّة

تنصّ الفقرة الثانية من الفصل 37 جديد من قانون غرة جوان على ما يلي : "يمكن للمعني بالمقرر قبل انقضاء ذلك الأجل أن يقدّم بشأنه مطلبا مسبقا...".

هكذا، لم يعد معنى المطلب المسبّق معنى إجرائيا من لوا م الإجراءات القضائية كما كان شأنه في الفصل 40 قديم من قانون غرة جوان، ولكنه اكتسى صبغة صلحية اختيارية بحتة، تهدف إلى تمكين الإدارة من التراجع في قراراها المنتقد إذا اقتنعت بوجهة نظر الطالب، وقبل لجوئه إلى القضاء[310]. وهنالك يطرح سؤال : هل بإمكان الطاعن، بعد تقديم المطلب المسبق أن يتخلّى عن الإجراء الاختياري. وأن يسلك طريقة الطّعن المباشر في الأجل، دون انتظار إجابة الإدارة ؟

وأمام هذا السؤال لدينا موقفان :

[310]- م.إ، 22 فيفري 1988، الطاهر بولعابة، المجموعة، ص 14.

إما أن نجيب بالنّفي، لاعتبار أن الصبغة الاختيارية تقدّم قبل انطلاق الإجراءات. فالاختيار يكون بين الطّعن المباشر والمطلب المسبّق. فإذا اختار المتقاضي أحد المسلكين، عليه أن يتقيّد به بدون تراجع، ولا يجوز أن ينتقل من إجراء إلى إجراء بصفة اعتباطية، لما في ذلك من تغرير.

وإما أن نجيب بالجواز، لاعتبار أن المطلب المسبّق غير وجوبي، وأنّه يجوز للمتقاضي أن يتخلّى عنه وأن يرجع إلى الطّعن المباشر (وهو الإجراء المبدئي) على شرط أن لا يزال أجل التقاضي مفتوحا، والرّاجح أن نغلّب الموقف الأول لتفوّق جدّيته المنطقية والقانونيّة.

ويظيف الفصل 37 : "وفي هذه الصورة يكون تقديم المطلب قاطعا لسريان أجل القيام بالدعوى"، أي أنه يقع انطلاق آجال جديدة من تقديم المطلب، وينقطع وقتيا احتساب أجل التقاضي ويؤجّل إلى ما بعد.

فيكون المنطق الإجرائي على النحو الآتي :

1)القرار

2)انطلاق أجل التقاضي (شهران)

3)المطلب المسبّق : انقطاع أجل التقاضي

4)أجل لتكوين قرار الإدارة بالرفض (شهران)

5)أجل تقاضي جديد (شهران من تكوين قرار الإدارة بالرفض الضمني).

تقديم العريضة.

الإشكال الذي يثيره الفصل 37، أنه لم يرد شيء حول إجابة الإدارة الصّريحة، وذلك خلافا للفصل 40 قديم الذي تعرّض لصورتي الرّفض الضّمني والرّفض الصّريح. فيتعيّن علينا أن نفهم الفصل 37 جديد على ضوء المنطق الإجرائي القديم وتأويلات المحكمة الإدارية، أي إذا صدر قرار صريح بالرفض في غضون الشهرين، فإن ذلك يقطع تكوين القرار الضمني، ويبعث أجلا جديدا للتقاضي. أما الإجابة الصريحة بعد الشهرين، فلا يعتدّ بها.

ولتأويل الفصل 37 جديد، يتعين علينا أن نرجع إلى فقه قضاء المحكمة الإدارية، وبالخصوص فيما يتعلق بمشكلة إثارة القرار وشكليات المطلب السبّق وإثباته وتكرار المطالب وإجابة الإدارة.

الفقـــرة الثانيـــة
المطلـــب المسبـــق وإثـــارة القـــرار

هنالك صور عديدة قد يكون فيها من يعنيه الأمر متضرّرا من وضعيّة معيّنة، أو ظروف معلومة، يحسبها غير شرعية ويروم الطّعن فيها لإرجاعها إلى الشّرعية. إلاّ أنّ الإدارة لم تتّخذ في الأمر قرارا صريحا يمكن الطّعـــن فيه لدى قاضي الإلغاء. هنا يفقد المطلب المسبق صبغته الاختيارية ويتحـــوّل إلى إجراء وجوبي.

واستنبطت المحكمة الإدارية في فقه قضائها[311] أحكاما جيّدة في هـــذا المضمار وهي الآتية :

1-في هذه الصّور لا بدّ من إثارة القرار بمبادرة يقوم بها المدّعي.

2-تقع إثارة القرار بمطلب (وهو مطلب إثارة القرار).

3-يتكوّن القرار إمّا بقرار صريح في غضون الشّهرين (قديما أربعـــة أشهر)، وإمّا برفض ضمني بمرور الشهرين (قديما أربعة أشهر).

4-وضدّ هذا القرار المثار، أي المتكوّن لأوّل مرّة يجوز فـــي نطـــاق الفصل 37 جديد، وأخذا بفقه قضاء المحكمة الإدارية السابق :

311- فقه قضاء المحكمة الإدارية، 9 ماي 1978، في هذا المجال غزير ومستقر. انظر على سبيل المثال : محمد بن صالح عمامو/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 105.
م.إ، 27 فيفري 1979، أحمد بن حميدة/الصندوق القومي والحيطة الإجتماعية، المجموعة، ص 22.
م.إ، 5 مارس 1979، فيصل الحنيفي العلوي/وزير التعليم العالي، المجموعة، ص 55.

-إمّا أن نطعن ضدّ القرار المثار مباشرة لدى قاضي تجاوز السلطة في الشهرين الموالين.

-وإمّا أن يُتّبع الإجراء الاختياري فنعود إلى المطلب المسبّق، ثم إلـــى جواب الإدارة الصريح أو الضمني، ثم إلى رفع الدّعوى للمحكمة.

الفقـــرة الثالثـــة
شكليّـــات المطلـــب المسبـــق وإثباتـــه

يتعيّن على المدّعي أن يثبت إرسال المطلب المسبّق[312] ولـــلإدارة أن تأتي بالحجّة المخالفة، إذا ادّعت مثلا أنّها اتّصلت بمطلب مسبق ســـابق[313]. ويتعيّن أيضا على الطاعن أن يوجّه طعنه إلى السلطة الإدارية التي أصدرت القرار. إلاّ أنّ المحكمة الإدارية استقرّت على تأويل متسع جدّا "نظرا لحداثة قضاء الإلغاء"[314] فقبلت المطلب المرفوع للسّلطة المعنية عن طريق التسلسل الإداري الرئاسي[315]، وعن طريق الإشراف، وعن طريق إرســـال المطلـــب لجهة غير مختصّة "تولّت إبلاغه إلى السلطة ذات النظر"[316]، وأذنت المحكمة بإدخالها تصحيحا للإجراء، وعن طريق إرسال المطلب للجهة القضـــائية[317]،

312- عن طريق البريد (المضمون الوصول أو البسيط) أو بإيداع المطلب بمكتب الضبط، أو عن طريق عدل منفذ إلى غير ذلك. كل المسألة تنحصر في الإثبات لا في نوعية الإبلاغ.
313- المحكمة الإدارية، 5 جويلية 1979، يوسف الزواوي/وزير الشؤون الخارجية، المجموعة، ص 231.
314- المحكمة الإدارية، 22 ديسمبر 1981، المكّي عبد الرحمان بن عيسى/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 363.
315- المحكمة الإدارية، 16 ديسمبر 1977، مراد بن عمّار/الوزير الأول، المجموعة، ص 194.
316- المحكمة الإدارية، 6 جوان 1978، حامد العلويني/وزير التجهيز، المجموعة، ص 123.
317- طلب موجه إلى المدّعي العمومي لدى محكمة الاستئناف ضدّ قرار صادر عن وزير العدل. المحكمة الإدارية : 27 ديسمبر 1982، الشاذلي الميلادي / وزير العدل، المجموعة، ص 135.

وعن طريق إرسال المطلب لجهة خاصّة كالنّقابة تولّت إبلاغه إلـــى الإدارة المعنيّة بالأمر.

لم تقيّد المحكمة المطلب المسبق بصيغ معيّنة[318]، بل تساهلت فيه، طبقـــا لتأويل غائي لنظام المطلب المسبق، فقالت إنه يكفي أن يُنهى إلى الجهة الإدارية المختصّة، أنها مطالبة بالتّراجع في موقفها، أي بالتراجع عن قرارهـــا المنـــوي الطّعن فيه. وتبعا لذلك رأت المحكمة أنه يجوز أن يكون المطلب المسبق غيـــر كتابي[319] بشرط أن تعترف الإدارة بذلك (مثلا ضمن محضر تفقّد). فإذا قبلنـــا مع المحكمة إمكان إعفاء المطلب المسبق من الصّيغة الكتابيّة، تؤول المسألة في النّهاية إلى مسألة إثبات، فيصبح الحكم الذي يضبط المطلب المسبق هو الآتي : المطلب المسبق، هو إجراء غير شكلي، يثبت من خلاله الطّاعن بشتّى وســـائل الإثبات، أنّه توجّه للجهة الإدارية طالبا منها التراجع في قرارها، أو مستصـــدرا منها قرارا معيّنا[320].

تكرار المطالب المسبّقة.

خلافا لما درج عليه فقه قضاء مجلس الدولة الفرنســـي[321] فـــإن تعـــدّد المطالب المسبّقة لا يبعث آجال الطّعن من جديد، بحيث تحتسب مواعيد الطّعن من المطلب المسبق الأول لا غير، أما المطالب الموالية فلا تعتبـــر ولا يعتـــدّ بها.

[318]– المحكمة الإدارية، 24 فيفري 1976، محمد الأخوة/وزير النقل والمواصلات، المجموعة، ص 39. يجب أن يحتوي المطلب المسبق على انتقاد القرار وأن تستدعي عبارته الجواب. م.إ، 3 مارس 1978، مصطفى خوجة/الوزير الأول، المجموعة، ص 44.

[319]– المحكمة الإدارية، 27 جوان 1988، محمد بن علي القرامي/وزير الداخلية، المجموعة، ص 76.

Chron. Ben Hamida, Servir n° 41, p124.

[320]–المحكمة الإدارية، 18 جوان 1979، محمد البشير دبش/وزير الشباب والرياضة، المجموعة، ص 176. مخاطبة السلطة الإدارية عن طريق النقابة.

[321]– يرى مجلس الدولة أن تكرار المطلب المسبق يحفظ الأجل مرة واحدة لا أكثر.

إلا أنّ هنالك بعض الاستثناءات :

الصّورة الأولى تتمثل في القرار الإداري إجابة عن طلب الغيـــر. فـــإذا صدر هذا القرار برفض المطلب، لا شيء يمنع المعني بالأمر مـــن أن يعيـــد مطلبا مؤسسا هذه المرة على عناصر جديدة، لم ترد في المطلب الذي سبقه، ثم إذا عورض بالرفض مجددا، أن يطعن فيه من جديد، يعتبر المطلب اللاّحق ها هنا مطلبا يرمي إلى فحص جديد من قبل الإدارة.

لو اعتبرنا مثلا أنه وقع مطلب مسبّق يرمي إلى التّحصّل على معادلة شهادة قوبل بالرفض، وأعيد المطلب على أسس جديدة وعناصـــر تقديريـــة جديدة. فلا شيء يمنع من الالتجاء إلى المحكمة بناء على المطلب الثاني[322]. والمطلب الثاني لا يعتبر تكرارا لمطلب سابق باعتبار أنه مبنيّ على عناصر تقديرية جديدة ، قد يترتّب عليها قرار إداريّ جديد.

كذلك، إذا اعتبرنا أنّ المطلب المسبّق أرسل بتاريخ 9 جـــوان 1983 وحدثت وقائع جديدة تستلزم أو تفتح مجال إعادة النظر في القرار، فلا مـــانع من أن يتقدم المدّعي بمطلب ثان في 19 جانفي 1984 وأن يرفع عريضـــته إلى المحكمة في 28 ماي 1984 اعتمادا على المطلب المسبق الثاني المبنـــى على وقائع جديدة وأسباب قانونيّة جديدة. وقد أصابت المحكمة الإدارية فـــي حكمها الصادر في هذا الشأن "محمد عيّاش[323]". إلاّ أنّ هذا الحكم يثير بعض التساؤلات سنتعرّض إليها في محلّها.

الصّورة الثانية تتمثل في القرار الإداري المثار، وهو افتراض قريـــب من الأول لا يتميز عنه جوهريا. وتبعا لذلك لا مانع من امتداد الحلّ المتعلق "بالفحص الجديد للمطلب الجديد" إلى مجال القرار المثار.

أمّا القرارات الأحاديّة التي لم تصدر عن طلب فلا يفيد في شأنها إعادة المطلب المسبق، لأنّ الإدارة اتّخذت في هذه الصّورة قرارهـــا علـــى أســـاس

[322]– المحكمة الإدارية، 6 أفريل 1988، شعبوني/وزير التعليم العالي، المجموعة، ص 46.
V. Chron. Ben Hamida, Servir n° 41, p. 125.

[323]– م.إ، 30 نوفمبر 1984، محمّد عيّاش/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 485.

عناصر تقديرية ذاتيّة ولا على أساس عناصر تقديرية وافاها بها المعني بالأمر. فلا جدوى حينئذ للمطلب المسبق الثاني. المطلب المسبق الأول استفرغ الغاية الإجرائية وقد وفى بالحاجة وفاء تامّا.

الصّورة الثالثة تتمثل في إجابة الإدارة بتعديل موقفها الذي يعتبر قرارا جديدا. تقول المحكمة في هذا الشأن "حيث أن تكرار التظلمات لا يفيد في مدّ ميعاد رفع الدّعوى إذا بقيت الإدارة على موقفها الأول. أمّا إذا استجابت للتظلّم كلّيا أو جزئيا بتعديلها القرار المنتقد، فيعتبر قرارها التالي قرارا يسوغ الطّعن فيه بمواعيد جديدة"[324].

أمّا الصورة الرّابعة، فهي التي اشرنا إليها سابقا، والمتعلقة بالقرارات ذات المفعول المستمر. وفقا لفقه قضاء المحكمة الإدارية، فإنه بإمكان المتمتع بحقوق مستمرة أن يتظلم لدى الإدارة عدة مرات دون قيد، ودون أن يحتسب أجل الطّعن من أول مطلب، بل يحتسب من آخر مطلب وجّه للإدارة.

الفقـرة الرابعـة
إجابـة الإدارة عـن المطلـب المسبّـق

بمقتضى إجابة الإدارة عن المطلب المسبق تنتهي المرحلة التمهيدية قبل القضائية. ويتشكل النّزاع نهائيّا بالإجابة السلبية من قبل الإدارة، إمّا بالرّفض التّام، وإمّا بالرّفض الجزئي، وإمّا بإجابة أخرى لم ترض المعني بالأمر، موضوعيا ولا من جهة نظر الطاعن وحسب. ويسمى هذا الإجراء تشكيل النزاع أو ربط النزاع Liaison du Contentieux.

[324]– المحكمة الإدارية، 25 ماي 1982، عبيد بوعنان، المجموعة، ص 70. كذلك، 30 نوفمبر 1984، محمد عيّاش/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 485.

وأهمّ القواعد المتعلقة بإجابة الإدارة هي الآتية :

1–الطّعن بتجاوز السلطة يبقى مبدئيا موجّها ضدّ القرار الأصلي ولا ضدّ إجابة الإدارة بالرفض.

2–ينبغي أن تكون هنالك صلة بين المطلب المسبق وإجابة الإدارة، كما ينبغي أن تكون هنالك صلة بين القرار المطعون فيه والمطلب المسبق. أمّا إذا أجابت الإدارة عن المطلب المسبق باتخاذ موقف ليس له علاقة بالمطلب المسبق (وبالتالي بالقرار الأصلي)، فإنّ الموقف يكون بمثابة قرار جديد، منفرد يستقل بذاته، ويستوجب إجراءات جديدة، لأنه ليس إجابة عن المطلب المسبق. وفي هذه الصورة يتعيّن على المدّعي أن ينتظر شهرين للتقاضي ضدّ القرار الأول، وأن يوجه مطلبا مسبقا مستقلا ضد القرار، إذا أراد أن يطعن ضدّه.

3–إن الإجابة الصّريحة بالرّفض بعد فوات الشهرين لا تمدّد في الأجل، باعتبارها قرارا تأييديا[325]. أمّا إذا صدرت بتعديل القرار المطعون فيه، أو تغيير فحوى أو معنى الرّفض الضّمني، أو بسنّ شرط جديد، إلى غير ذلك، فإنّها تعتبر قرارا يطعن فيه بمواعيد جديدة.

وأضافت المحكمة الإدارية في قرار "محمّد عيّاش" شرطا آخر عندما صرّحت أنّه يجوز الطّعن ضدّ القرار الجديد : "متى كانت التّظلّمات أو الطّلبات الموالية والمتكرّرة ترتكز على وقائع جديدة، أو على أسباب قانونيّة جديدة هي الأخرى[326].

ومن خلال هذا القرار يظهر أنّ استيفاء الشرطين (تعديل القرار ومطلب مبني على أسباب جديدة) يُطلب على سبيل الجمع بينهما (تقول المحكمة "فيعتبر قرارها المعدّل قرارا جديدا متى كانت التّظلّمات أو الطلبات...") ؛ فإذا كان ذلك كذلك، لا يفهم قبول الدّعوى في قضيّة "محمّد عيّاش"، لأنّ الإدارة لم تغيّر

[325]– المحكمة الإدارية، 18 جويلية 1975، فاروق الخياري/وزير الصّحّة العموميّة، المجموعة، ص 11. م.إ، 10 ديسمبر 1986، محمّد بن علي العكرمي/وزير التعليم العالي، غير منشور.

[326]– م.إ، 30 نوفمبر 1984، محمّد عيّاش/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 485.

ولم تعدّل قرارها وإنّما التزمت بالصّمت إزاء المطلب الثاني الذي قدّمه الطّاعن بعد سكوت الإدارة عن مطلبه الأوّل. فسقط حينئذ أحد الشرطين، ولزم عدم قبول الدّعوى. فعلينا سعيا منّا إلى المنطق، أن نُؤوّل قرار "محمّد عيّاش" على أنّه لا يفرض اقتران الشرطين، بل يكتفي بأحدهما. فتعديل موقف الإدارة يكفي وحده لتكوين قرار جديد. أمّا مسألة الطّلب الجديد المرتكز على أسباب، أو وقائع جديدة، فهي مسألة أخرى متعلّقة بالمطلب المسبق لا تمتّ بأيّ صلة بالتي نحن نبحث عنها الآن، ولا يجوز الخلط بينهما.

4-لا يعتدّ بالرّفض الصّادر عن سلطة إداريّة غير مختصّة[327].

5-إذا قدّم المطلب المسبق إلى جهة إداريّة غير مختصّة فإنّ أجل الشهرين يسري ابتداء من إحالة المطلب على الجهة المختصّة[328]. وهذا الحل الذي اتّخذته المحكمة الإدارية غير معقول، لأنّ العبرة في تعداد أجل الرّفض الضّمني بعلم الطّاعن بالتّاريخ الذي وجّه فيه مطلبه المسبق. ولا يعقل أن نحتسب على حساب الطّاعن لقبول الدّعوى أو رفضها، آجلا يجهلها الطّاعن نفسه، إذ ليس من اليسير أن يعلم متى وجّهت الإدارة غير المختصّة مطلبه المسبق إلى الإدارة المختصّة.

[327]- فاروق الخياري المذكور آنفا.

[328]- م.إ، 24 جوان 1983، علي المهذبي/الوزير الأوّل، المجموعة، ص 257.

الفصل الثالث

النّظام الإجرائي الخاص بالأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة

أثار الفصل الثالث من قانون غرّة جوان إشكالات كثيرة، منها :

-أنّه حصّن في نصّه الأصلي وإلى حدّ فيفري 2002 الأوامر الرّئاسيّة الترتيبيّة من الطّعن بتجاوز السلطة. ينصّ الفصل 3 الأصلي على ما يلي "... إلاّ أنّه لا يمكن أن توجّه دعوى تجاوز السلطة ضدّ الأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة".

-وأنّه أصبح بمقتضى تنقيح 3 جوان 1996 (القانون عدد 39) متناقضا مع بقيّة أحكام قانون غرّة جوان، حيث أقرّ الفصل 3 أنّ المحكمة الإدارية تنظر في دعاوي تجاوز السلطة ابتدائيّا ونهائيّا(أي مرّة واحدة وبدون استئناف) بينما أقرّ الفصلان 17 و19 خلاف ذلك، فجاء في الفصل 17 أنّ الدّوائر الابتدائيّة مختصّة "بالنّظر ابتدائيّا" في دعاوي تجاوز السلطة وفي الفصل 19 أنّ الدّوائر الاستئنافيّة تختصّ في استئناف الأحكام الصّادرة عن الدّوائر الابتدائيّة.

وقع استدراك هذا الخطأ البيّن بمقتضى القانون 11 المؤرّخ في 4 فيفري 2002، الذي رفع في الآن نفسه الحصانة التي كان يتمتّع بها الأمر الرّئاسي التّرتيبي. وهكذا جعل القانون عدد 11 الطّعن بتجاوز السلطة طعنا شاملا يستهدف جميع المقررات الإدارية بدون استثناء. ينصّ الفصل الثالث الجديد

على ما يلي ذكره : "تختصّ المحكمة الإدارية بالنّظر في دعاوي تجاوز السلطة التي ترفع لإلغاء المقرّرات الصادرة في المادّة الإدارية".

إلاّ أنّ الأوامر الترتيبيّة تخضع لنظام إجرائي خاص على ثلاثة مستويات. الأوّل، يتعلّق بوجوب المطلب المسبق، والثاني يتعلّق بالتّمثيل والثالث بالهيئة المختصّة.

وجوب المطلب المسبّق

نصّ الفصل 19 على أنّ دعاوي تجاوز السلطة ضدّ الأوامر الترتيبيّة تخضع إلى "نفس الآجال والإجراءات والقواعد المنطبقة لدى الدّوائر الابتدائيّة بالنّسبة لسائر المقرّرات الإدارية "غير أنّ المطلب المسبق يكون وجوبيّا". وهكذا يفقد المطلب المسبق صبغته الاختياريّة إذا تعلّق الأمر بالأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة.

التّمثيل

دائما طبقا للفصل 19 وبالنسبة للأوامر التّرتيبيّة يتمّ التّمثيل من قبل الوزير الأوّل ولا من رئيس الجمهوريّة، صاحب الأمر. ولهذا السّبب يرفع المطلب المسبق للوزير الأوّل ويكون الوزير الأوّل هو المدّعى عليه في القضيّة لدى المحكمة الإدارية.

أمّا تمثيل المدّعي فإنّه يقع وجوبا بواسطة محام لدى التعقيب ولا يمكن للمدّعي أن يقدم العريضة بنفسه.

الاختصاص

طبقا للفصل 21 تختصّ الدّوائر الاستئنافيّة بالنّظر ابتدائيّا في الطّعون ضدّ الأوامر التّرتيبيّة وتختصّ الدّوائر التّعقيبيّة استئنافيّا ضدّ الأحكام الابتدائيّة الصّادرة عن الدّوائر الاستئنافيّة فيما يتعلّق بالأوامر التّرتيبيّة.

وطبقا للفصل 19 لا يمكن للمحكمة الإدارية أن تنظر في الطّعون التي تستند إلى عدم اختصاص صاحب السلطة التّرتيبيّة المترتّب عن خرق مجال القانون من قبل الأمر التّرتيبي المنقّح لقانون سابق والصّادر بناء على الرأي المطابق للمجلس الدّستوري طبقا للفصل 35 من الدّستور.

وهذا التّضييق في اختصاص المحكمة له ما يبرّره، حيث لا يجوز أن يصدر عن المحكمة الإدارية حكم قد يتعارض مع رأي مطابق للمجلس الدّستوري وكي تتحقق هذه الصّورة :

1)لا بدّ أن يكون الأمر من نوع الأوامر المنقّحة لقانون سابق.

2) أن يكون المجلس الدستوري قد أبدى رأيه في مطابقته للدّستور.

3)أن يكون الأمر مطابقا لرأي المجلس الدّستوري.

البـــاب الثالـــث
الحكـــم

يتميّز الحكم في قضاء الإلغاء بعدّة عناصر نصّ عليها قانون 1 جوان 1972، خاصّة في فصوله 3 و8 و9 و10. سنتعرّض فيما يلي إلى ســمات الحكم ثمّ إلى واجب التّنفيذ المسلّط قانونا على الإدارة[329].

[329]– Yadh Ben Achour, «*Les conséquences de l'annulation juridictionnelle d'une décision administrative* », in «L'œuvre jurisprudentielle du T. A». op. cit, p. 507 et s. Lotfi Larguet, «*L'exécution des décisions du juge administratif*», in la justice administrative, Colloque faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 6.7 décembre 1996, Tunis, 1998, p. 153 et ss.

الفصـــل الأوّل

سمـــات الحكـــم

إنّ الحكم الصّادر بالإلغاء (الجزئي أو الكلّي) يكون له المفعول المطلـق لاتّصال القضاء (الفصل 8)[330]. وهذا أهمّ مبدإ في قضاء الإلغاء وهو الذي يبيّن أكثر من غيره أنّ الطّعن بتجاوز السلطة له صبغة موضوعيّة. ومعنى المفعول المطلق لاتّصال القضاء هو أنّ الحكم الإلغائي يحرز على مفعول أقوى من ذلك الذي يتمتّع به الحكم العادي في نطاق قرينة اتّصال القضاء، أو قرينـة الشـيء المحكوم فيه أو المقضي فيه، المنصوص عليها بالفصل 480 من م.إ.ع.

الفقـرة الأولـى
الحكـم الإلغائـي والمفعـول المطلـق لاتّصـال القضـاء

قرينة اتّصال القضاء هي سمة الحكم الذي لا رجوع فيه، وهـي مـن قرائن القانون التي نصّ عليها الفصل 480 من م.إ.ع. وهذه القرينة تعني أنّ الحكم في الأصل، انطلاقا من النطق به، يمثّل القول الفصل فـي القضـيّة، بفضله يُرفع اللُّبس القانوني الذي أدّى إلى القضيّة. فهو القول الحاسم المؤدّي

[330]– في عبارة القانون : "يكون لقرارات المحكمة الإدارية نفوذ مطلق لاتّصال القضاء فيما يخصّ دعاوي تجاوز السلطة عند الإلغاء الكلّي أو الجزئي...". وفي النّص الفرنسي «Les décisions rendues par le T. A sur R.E.P ont l'autorité absolue de la chose jugée lorsqu 'elles prononcent une annulation totale ou partielle… ».

إلى التّنفيذ الجبري. قرينة اتّصال القضاء هي تعبيـر عـن حجيّـة الشـيء المحكوم فيه الذي لا يقبل المراجعة ولا القيام بدعوى ثانية في شأنه.

إلاّ أنّ هذه القرينة لا تنطبق في القانون المـدني والقضـاء الحقـوقي الإداري إلاّ في حدود معلومة، وهي الآتية :

–تسقط القرينة إذا كان الحكم مبنيّا على رسوم مزوّرة أو بيّنات مزيّفة، كانت هي السّبب الأصلي في صدور الحكم.

–أو إذا كان الحكم مبنيّا على غلط مادّي

–أو إذا انبنى على وقائع من شأنها أو تؤدّي إلى القيام بدعوى علـى الحاكم (الفصل 484 م.إ.ع).

–ولا تقوم القرينة بدورها ضدّ تجديد الدّعوى، إلاّ إذا توفّرت الشروط الآتية : أن يكون الموضوع واحدا، وسبب الدّعوى الثّانية نفس السبب وبين نفس الأطراف. (مبدأ وحدة الموضوع، وحدة السـبب، وحـدة الأطراف)[331].

وهكذا يظهر أنّ قرينة اتّصال القضاء نسبيّة، والحـال فـي القضـاء الإداري الكامل كالحال في القانون المدني والقضاء العدلي باعتبار أنّ القضاء الكامل قضاء يتعلّق بالحقوق الشخصيّة[332].

والقيمة النسبيّة لاتّصال القضاء تتحقّق في قضاء تجاوز السـلطة فـي صورة ما إذا صدر الحكم برفض الدّعوى، طبقا للفصل 8 من قـانون غـرّة جوان. وفي هذا المعنى قرّرت المحكمة الإدارية "وحيث اتّضح بعد التّمعّن في أوراق الملفّ أنّه سبق للمدّعي أن رفع قضيّة ضدّ وزير الفلاحـة فـي نفـس المعنى ثمّ رفضها موضوعا من طرف المحكمة الإدارية فـي القضـيّة عـدد 1135 بتاريخ 31 ديسمبر 1985.

[331]– م.إ.ع، جمع محمود ابن الشيخ، 1984، المجموعة، ص 206.

[332]– R. Perrot et N. Fricero, «Autorité de la chose jugée», jurisclasseur, Proc. Civ, Fasc. 554.

وحيث أنّ مبدأ اتّصال القضاء يمنع المحكمة من إعادة النّظر في الدّعوى التي لها نفس الأطراف ونفس الموضوع ونفس السّبب المعنيين في القضيّة الأولى ممّا يتّجه معه عدم قبول الدّعوى"[333].

وتبعا لذلك فلا مانع من أن تقام قضيّة ثانية ضدّ نفس القرار، إذا تغيّرت إحدى محدّدات الدّعوى الأساسيّة. إلاّ أنّ هذا الافتراض ضعيف الاحتمال من النّاحية العمليّة، نظرا إلى حصر الطّعن بتجاوز السلطة في أجل قصير للتّقاضي.

أمّا في صورة البطلان، فالأمر يختلف تماما نظرا لآثار قرار الإلغاء، وهو قرار "مُلزِم للجميع"، أي أنّه يُلزِم الأطراف وغير الأطراف والإدارة والقضاة. وتبعا لذلك :

- إذا صدر حكم بالبطلان لا يمكن القيام بدعوى إلغائيّة ثانية، حتّى وإن فرضنا أنّ الدّعوى الثانية مبيّنة على أسباب مختلفة أو قام بها أطراف غير الأطراف الماثلين في القضيّة الأولى[334].
- إنّ استثناء الشيء المحكوم فيه من متعلّقات النّظام العام، يتعيّن على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، خلافا للوضع في المفعول النسبي لاتّصال القضاء[335].
- إنّ الحكم الصّادر بالإلغاء له مفعول رجعي. وهذا المبدأ هو الذي نصّ عليه الفصل 8 (الفقرة 3) من القانون : "إنّ القرارات الإدارية الواقع إلغاؤها بسبب تجاوز السلطة تعتبر كأنّها لم تتّخذ إطلاقا". وهذا المبدأ هو ترجمة للمبدأ الذي أقرّه حكم رودیار Rodière الصّادر عن مجلس الدّولة الفرنسي سنة 1925[336].

---

[333]– المحكمة الإدارية، 19 جوان 1992، وحيد الخمير/وزير الفلاحة، غير منشور

[334]– الدّائرة الابتدائيّة الأولى، 22 جوان 1999، الغرفة النقابيّة القوميّة للاختصاصيين في النّظارات/وزير الصّحّة، غير منشور.

[335]– م.إ، 24 نوفمبر 1999، الناصر العوني/وزير الدّاخليّة، المجموعة، ص 276.

[336]– C.E, Rodières, S, 1925, III, p. 49, note Hauriou.

فالقرار الإداري ينسخ نسخا باتّا، ويزول تماما، كأنّه لم يكن، وعليه يتعيّن على الإدارة أن تُرجع الوضعيّة القانونيّة إلى ما كانت عليه قبل أن يغيّرها القرار الملغي. وهو ما أكّده الفصل 9 من القانون "يوجب قرار الإلغاء على الإدارة إعادة الوضعيّة القانونيّة... إلى حالتها الأصلية بصفة كلّيّة".

الفقرة الثانية
حدود القوّة المطلقة لاتّصال القضاء في قضاء البطلان

لا ينبغي أن نفهم من مفهوم المفعول المطلق لاتّصال القضاء أنّ الحكم الإلغائي له حصانة مطلقة.

فالقرينة تسقط في عدّة أوضاع، مبدئيّة وهي الأوضاع التي قد تؤدّي إلى إعادة النّظر في الحكم الإلغائي طبقا للفصل 77 وللفصل 78 من قانون غرّة جوان.

كذلك، لا تحول القوة المطلقة في البطلان دون مراجعة الحكم بالطريقة التراجعية الأخرى وهي اعتراض الغير.

من جهة أخرى علينا أن نشير إلى أن مبدأ المفعول المطلق لاتصال القضاء أخذ يتقلص رويدا رويدا في فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي لاعتبارات قانونيّة وواقعية : قانونيّة بالنظر إلى ضمان الحقوق التي اكتسبها الأشخاص على أساس القرار الملغى، واقعية بالنظر إلى الصعوبات الجمّة، سواء كانت مالية أو إدارية أو سياسية، التي قد تحول دون تنفيذ الإلغاء القضائي. كما قال مندوب الحكومة في ملحوظاته في قضية فيرون–ريفيل Véron-Réville[337] ليس من اليسير أن نعتبر القرار الملغى كأنه لم يكن أو "كأنه لم يتخذ إطلاقا" على تعبير الفصل 8 من قانون غرة جوان.

---

[337]– CE, Ass, 27 mai 1949, Véron-Réville, Rec.p. 246.

وانطلاقا من هذه الاعتبارات ، قرّر مجلس الدولة، بجانب الأساليب القديمة التّصحيحية مثل تبديل القاعدة القانونيّة التي يستند إليها القرار Substitution de base légale, أو تعويض أسباب القرار Substitution de motifs،

-أن يحدّد القاضي مجال الإلغاء، فيلغي القرار في جانب من جوانبه أو بصفة من صفاته وهو بمثابة الإلغاء الجزئي[338].

-أن القرارات التي اتخذها موظف ألغيت تسميته عن طعن تجاوز السلطة تبقى قائمة نافذة المفعول، سمّيت هذه النظرية نظرية الموظف الفعلي Théorie du fonctionnaire de fait .

-وأن القرارات الفردية التي أحدثت حقوقا للغير لا تسقط بمجرّد إلغاء القرار التّرتيبي التي تستند إليه.

-وأن إلغاء المناظرات في الوظيفة العمومية تبقى دون تأثير على التسميات الناتجة عن تلك المناظرة والتي لم يُطعن مباشرة في شرعيتها.

-وأنه من حق المحكمة أن توجّه الإدارة وأن تملي عليها بعض الإجراءات الانتقالية في انتظار تسوية الوضع الناتج عن الإلغاء.

-وأنه من شأن المحكمة أن تأذن للإدارة بأن تصحّح القرار المنتقد وإن لم تفعل فعليها أن تسحبه[339].

-وعند الاقتضاء وبصورة استثنائية ، أنه من حقّ المحكمة أن تكيّف آثار الإلغاء حسب الظروف Modulation des effets de l'annulation فلها أن تقرّر عدم رجعيّة آثار الإلغاء.

وهذه المبادئ الجديدة أقرها مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عن الجمعية العامّة في 11 ماي 2004[340].

---

[338]- للإشارة إلى ذلك يستعمل مجلس الدولة عبارة « En tant que... »

[339]- CE, 27 juillet 2001, Titran, Rec, p. 303, concl. F. Lamy.

[340]- CE, Ass, 11 mai 2004, Association A.C («Les amis d'agir ensemble contre le chômage»), R.F.D.A., mai-juin 2004, p. 454 et ss

صرّح مجلس الدولة في هذا القرار على ما يلي :

"وحيث أن إلغاء مقرر إداري يقتضى مبدئيا أن ذلك القرار يعتبر كأنّه لم يتّخذ أصلا، إلاّ إذا تبيّن أن الأثر الرّجعي قد يكون له بصفة بديهية نتائج مشطّة جدّا، سواء من حيث آثاره والأوضاع التي قد تكونت عندما كان سائر المفعول، أو من حيث المصلحة العامة المنوطة بإبقائه نافذ المفعول وقتيا، فإنه من شأن القاضي الإداري... أن يعتبر نتائج رجعية الإلغاء على المصالح العامة والخاصة الماثلة لديه من جهة، ومن جهة أخرى المساوي التي قد تلوح -إزاء مبدأ الشرعية وحق المتقاضين في الاحتكام الفعلي- من جرّاء التحديد الزمني لآثار الإلغاء ؛ فيرجع له، بمقاربة هذه العوامل، أن يقدّر هل من شأنها أن تبرّر استثنائيا خرق مبدأ المفعول الرجعي للإلغاءات القضائية، وعند إقرار ذلك، أن يبيّن في حكمه الإلغائي وبقطع النظر عن الدعاوي المرفوعة عند تاريخ ذلك الحكم ضد المقررات المتخذة على أساس القرار المنتقد، أن يبيّن آثاره أو البعض منها التي يتعيّن اعتبارها نهائية، بل أن يعلن عند الاقتضاء أن الإلغاء سوف يسري مفعوله في تاريخ لاحق يعيّنه"[341].

---

[341]- Sur les conséquences de l'illégalité des arrêtés attaqués :
En ce qui concerne l'office du juge : Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif –après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause – de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à

نفهم من كل ما سبق بيانه أن مبدأ "النفوذ المطلق لاتصال القضاء" في قضاء البطلان أخذ يتقلّص في فقه قضاء مجلس الدّولة وأن قرار روديار Rodière تجاوزته الأحداث. ويبدو لنا أن المحكمة الإدارية، رغم وجود الفصول 8 و9 و10 من قانون غرة جوان، بإمكانها أن تقتدي بهذا المنهج الحكيم وذلك لأسباب هامة، كالآتي ذكرها :

أولا : لإنارة سبيل الإدارة عند تشعّب آثار الإلغاء وجسامتها أو لصعوبة تنفيذ الحكم الإلغائي.

ثانيا : لحماية حقوق الأشخاص المكتسبة على أساس قرار ملغي من جرّاء عيوب شكلية، ليس لهؤلاء الأشخاص شأن في ارتكابها.

ثالثا : لحماية الحقوق الفردية المكتسبة بمقتضى مقرّرات ألغي سندها الترتيبي قضائيا.

الفقرة الثالثة
محتوى الحكم

ينظر القاضي في اختصاصه، ثم في قبول الدعوى، ثم في الموضوع. ولذا يكون الحكم في قضاء تجاوز السلطة على النحو الآتي :

-إقرار الاختصاص أو التصريح بعدم الاختصاص. والاختصاص مسألة موضوعية تدور حول التساؤل الآتي : هل أن موضوع القضيّة الأساسي من اختصاص قاضي تجاوز السلطة مبدئيا ؟ وذلك خلافا لمسالة قبول الدعوى التي تدور حول السؤال الآتي : هل أن شروط القيام بدعوى تجاوز السلطة مستوفاة ؟ (وذلك بعد التأكّد من أن المسالة مسألة إلغائية).

son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet, qu'à une date ultérieure qu'il détermine».

-وإذا وقع إقرار الاختصاص، يكون الحكم إما بعدم قبول الدّعوى أو بقبولها، وفي مصطلح المحكمة الإدارية : "قبول الدعوى شكلا". وهذا المصطلح يستوجب بعض الاحتراز. لأنّ قبول الدّعوى، إمّا أن يكون لأسباب شكلية (فوات آجال، مثلا...) ويحقّ أن نسميه عندئذ "عدم قبول الدّعوى شكلا". وإمّا أن يكون لأسباب موضوعية، جوهريّة (عدم المصلحة، طبيعة القرار) فتصبح التسّمية في غير محلّها.

-وإذا قُبلت الدّعوى يكون الحكم برفض الدّعوى أصلا، أو بالإلغاء.

-وإذا وقع إرضاء المدّعي أثناء التحقيق، مثلا بسحب القرار المنتقد فإنّ المحكمة تحكم بختم القضيّة لانعدام ما يستوجب النظر فيه.

-وإذا تخلّى المدّعي يصدر الحكم بتسجيل التخلّي.

•حدود سلطة القاضي في قضاء تجاوز السلطة.

كما هو معلوم، يقتصر قاضي تجاوز السلطة في حكمه على الإلغاء، أو رفض الدعوى، وليس له في صورة الإلغاء أن يصدر تعليمات أو أوامر تجاه الإدارة، لإصلاح الوضعية التي انتهكها القرار الملغى أو لتنفيذ حكم الإلغاء[342]. فهذه المسائل ترجع إلى تقدير الإدارة، في إطار واجب التنفيذ وتحت رقابة القاضي الإداري. وسنرجع إلى هذه المسألة في القسم المتعلق بالقضاء الحقوقي. (القسم الثالث، الباب الأول، الفصل الثاني، الفقرة الثانية).

ملاحظة ختامية حول الإعلان عن انعدام القرار المشوه : عندما يتبين أن القرار الإداري مشوه، أي أنه تجاوز اللاشرعية العادية ليبلغ اللاشرعية الفادحة، تمسك المحكمة عن الغائه نظرا لفقدان صفة القرار الإداري وتكتفي بالاعلان عن انعدامه فيجيئ في منطوق الحكم "أنه معدوما لا أثر له" وهو شأن القرارات التي تخرق الاحكام الإلغائية الصادرة عن المحكمة الادارية في مادة تجاوز السلطة. (انظر الفقرة الثالثة، من الفصل الأول، من الباب الثاني من القسم الثاني[343].

[342]- م.إ، 21 فيفري 1995، محمد الحبيب التومي/كاتب الدولة لدى الوزير الأول المكلف بالإعلام، مذكور في : إبراهيم البرتاجي، فقه قضاء المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة لسنة 1995، المجلة القانونية التونسية، 1997، ص 405.

[343]- م.إ.، 18 ديسمبر 1999، عمار الطالبي / وزير الداخلية، المجموعة، ص. 306.

الفصل الثاني
واجب التنفيذ

لأسباب واضحة، لا يمكن تسليط طرق التنفيذ العاديّة الواردة في مجلّة المرافعات المدنيّة، على الإدارة.

ولكن لا يعني ذلك أن الإدارة معفاة من التنفيذ، بل المبدأ أنّها مقيّدة باتصال القضاء[344]، ومن الصّحيح أن نقول إنّها مقيّدة بالتنفيذ في قضاء الإلغاء أكثر من غيرها، لأنها هي المعنيّة بالدّرجة الأولى، والمبدأ الأساسي في القضاء الإداري هو أنّ الإدارة ملتزمة قانونا بواجب التنفيذ.

فواجب التنفيذ، أمر معلّق على كاهل الإدارة ويعني أنّه على الإدارة أن تستخلص كل النتائج المترتّبة على قرار الإلغاء أي :

1-أن تقيّم من جديد الأوضاع المرتبطة بالقرار المنسوخ.

2-أن تعوّض الأضرار التي تسبّب فيها القرار.

3-أن تقدّر كيف كان الأمر قد يكون لو لم يتّخذ القرار (خصوصا في ميدان الترقيات التي كان من المحتمل أن يستفيد بها المدّعي، لو كان القرار الملغي لم يصدر). ففي ميدان الوظيفة العمومية يجب على الإدارة أن تعيد النظر في تطور الموظف المهني، وفي حظوظه للارتقاء لو تابع سيره العادي في الخطة. في هذا المعنى تقول المحكمة الإدارية : "وحيث أنّه يتبيّن في ضوء ما تقدّم أنه يترتّب على قرار الإلغاء محو آثار القرار الملغى بصفة كلية أي أنّه يتعين على الإدارة عملا بالأحكام سالفة الذكر، تنفيذا لقرار الإلغاء، لا أن تعيد

[344]- Hichem Moussa, « L'exécution de la chose jugée et la réforme de la justice administrative en Tunisie », Colloque sur « la réforme de la justice administrative », op. cit., p. 59.

الموظف المعزول إلى سالف عمله فحسب، بل أن تمكّنه علاوة على ذلك من جميع حقوقه من ترقيات وأقدمية بصورة تجعل مساره الوظيفي وكأنه لم يغادره قطّ، وكذلك أن تمكّنه من جميع مرتّباته عن المدّة التي بقي خلالها معزولا.

وحيث أن تذرّع جهة الإدارة بقاعدة العمل الفعلي لرفض تسوية الوضعية الإدارية بتمكين العون المعزول من الأقدمية والترقيات التي كان يتحصل عليها لو لم يقع عزله، أو بقاعدة العمل المنجز لرفض تسديد مرتباته، مردود عليها طالما أن المشرع كرّس ضمن قانون خاص مبدأ التسوية الكلية والرّجعية نتيجة لقرار الإلغاء.

وحيث متى كان الأمر كذلك يتّجه إلغاء قرار الإدارة القاضي برفض تسوية وضعيّة العارضة الإدارية والمالية إثر إرجاعها إلى سالف عملها تنفيذا للقرار الصادر عن هذه المحكمة في القضية عدد 1376 والقاضي بإلغاء قرار عزلها عن الوظيف[345]" (إلغاء).

4-وأن تتخذ طبقا لذلك التقدير كلّ التدابير اللاّزمة الكفيلة بأن ترجع الوضعيّة إلى أصلها.

فإذا قدّرت الإدارة أن الإلغاء تسبّبت فيه عيوب شكلية لا تأثير لها على سلامة القرار من حيث الأصل والموضوع، وأرادت بعد صدور الحكم أن تستدرك الوضع، وأن تعيد اتخاذ القرار مع احترام الصيغ الشكلية التي وقع خرقها، تصحيحا للوضع، فإنه لا يجوز أن تقوم بالتصحيح انطلاقا من تاريخ اتخاذ القرار الملغى، إذ يكون في عملها هذا خرق لمبدأين اثنين : مبدأ حجّية الشيء المقضي فيه، ومبدأ عدم رجعية القرار الإداري. هذا ما أعلنت عنه المحكمة الإدارية في قرار فرج خليل ضدّ وزير المالية الصادر في 5 مارس 1997 عن الدائرة الابتدائية الثانية والذي حكمت فيه بإلغاء القرار الذي قرّر بمقتضاه وزير المالية أن يتمسك بالقرار الأوّل[346].

[345]- المحكمة الإدارية، 15 جانفي 1992، مريم كريم/وزير التربية والعلوم، غير منشور.
[346]- م.إ، 5 مارس 1997، فرج خليل/وزير المالية، غير منشور.

فإذا صدر قرار لتصحيح القرار الذي وقع إلغاؤه لأسباب شكلية، لا يجوز أن يكون لهذا التصحيح أثر رجعي بل يتعين قبل ذلك "استخلاص النتائج القانونيّة من حكم الإلغاء وذلك بإرجاع وضعية العون المعزول إلى الحالة التي كان عليها قبل عزله بصفة كلية من خلال إعادة بناء مساره الوظيفي وتمكينه من مستحقاته المادية[347]".

ولكن وفي قرارات أخرى ترى المحكمة أنّه يتسنّى للإدارة، تنفيذا للشّيء المقضي به، أن تتّخذ قرارا جديدا مع احترام الصّيغ الشكليّة التي وقع خرقها في القرار الأول الملغى قضائيّا، ولكن بالمحتوى نفسه. لو فرضنا أنّ الإدارة أسندت للمعني بالأمر عدد 20/12 بالنّسبة للستّة أشهر الأولى لسنة معيّنة ووقع إلغاء هذا القرار لأسباب شكليّة، فبإمكان الإدارة أن تعوّضه بقرار جديد له نفس المضمون ولكن بعد استدراك الخطأ الشّكلي[348].

5-وأن تقوم بذلك طبقا للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل في تاريخ صدور حكم الإلغاء ولا طبقا للنّصوص اللاّحقة الجاري بها العمل عند اتّخاذ الإجراءات لتنفيذ حكم الإلغاء[349].

-فواجب التنفيذ يخضع عندئذ لثلاث قواعد :

-الأولى، أن يكون التنفيذ كاملا وافيا مطابقا للإلغاء.

-الثاني، أن يكون موكولا إلى اجتهاد الإدارة التي يتعيّن عليها أن تأخذ في آن واحد بإلزامية التنفيذ وبمقتضيات الواقع والضرورة بأمانة وصدق.

-الثالثة، أن يبقى اجتهاد الإدارة تحت رقابة القاضي : قاضي الإلغاء وقاضي التعويض وقد حق للمحكمة الإدارية أن تقول في هذا المعنى :

[347]- م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الأولى، 26 أكتوبر 1999، زهير الصغيري رئيس بلديّة تونس. كذلك، الدّائرة الأولى، 30 نوفمبر 1999، الأسعد حسني /وزير الثقافة (غير منشورة).

[348]- م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الأولى، 23 فيفري 1999، الأزهر الصّغيّر/وزير الثّقافة، غير منشور.

[349]- م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الثالثة، 21 جانفي 2000، نورالدين الشابي/وزير أملاك الدّولة.

-"وحيث أنّ القرار الإداري الملغى الصّادر في 12 سبتمبر 1987 قد انبنى على أسباب اعتبرتها المحكمة في قرارها الصّادر في 30 ديسمبر 1987 غير قائمة وأكّدت قضاءها ذلك بمناسبة حكمها في الدّعوى عدد 2715 إلغاء بتاريخ 15 فيفري 1991.

وحيث أنّه في هدي ما تقدّم تكون للمدّعية مصلحة في إقامة طعنها الرّاهن ولا يعتدّ بما تعلّلت به الإدارة بهذا الصّدد طالما لم يبق لقرار الشطب عليها وجود ذو أثر قانوني.

وحيث أنّه من المقرّر بالفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 8 من قانون المحكمة الإدارية أن يكون لقراراتها نفوذ مطلق عند قضائها بالإلغاء كلّيا أو جزئيا للمقرّرات الإدارية فضلا على اعتبار هذه المقرّرات الواقع إلغاؤها كأنّها لم تتخذ إطلاقا.

وحيث أنّ تنفيذ الأحكام القضائيّة لئن كان موكولا إلى الإدارة إلاّ أنّ هذه تخضع في هذا المضمار لرقابة القضاء وتتحمّل من ثمّ تبعة تصرّفاتها الخاطئة والعمديّة.

وحيث أنّ مماطلة الإدارة للحيلولة دون الاستهداء بما حكمت به هذه المحكمة من قضاء ينزل بقرارها الحالي المنتقد إلى عيب مخالفة الشيء المقضي فيه، وهذه الحجيّة أجدر بالاحترام لما يترتّب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق والمراكز القانونيّة، وبهذه المثابة يتعيّن قبول هذا الطّعن[350]" (إلغاء).

وتبعا لذلك ليس من حقّ الإدارة أن تعوّض قرار شطب من الإطار وقع إلغاءه، بقرار عزل بداية من التّاريخ نفسه. فيكون القرار الثاني عرضة للإلغاء من جديد[351].

[350]- المحكمة الإدارية، 22 فيفري 1991، نزيهة الغربي/وزير الماليّة، غير منشور.

[351]- م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الأولى، 26 أكتوبر 1999، فيصل الدّغري/وزير المواصلات، غير منشور.

أوّل وآخر حقيقة نبديها حول واجب التّنفيذ أنّه ليس من المسائل المقنّنة والمسطّرة مسبقا، وإنّما هو إلزام متنوّع، متشعّب، يتغيّر حسب الأوضاع وصعوبات التنفيذ الملموسة وطبيعة الإلغاء[352].

[352]- عياض ابن عاشور
«Les conséquences de l'annulation juridictionnelle d'une décision administrative», dans *L'œuvre jurisprudentielle du T.A tunisien,* sous la direction de S. Belaid, CERP, 1990, p. 507.

القسم الثالث

القضاء الحقوقي

(أو الكامل)

لو كنّا مخيّرين، لاستخدمنا، للدّلالة عن مرادنا، عبارة "القضاء الاستحقاقي"، اعتبارا لكون الدعاوي في هذا الباب ترمي إلى استرجاع الحقوق و تنفيذ الالتزامات. يمنعنا من ذلك أن هذا المصطلح عادة معهودة في القانون المدني، ويعني النّزاعات حول الحقوق العينيّة العقاريّة، طبقا لأوصاف الدّعاوي بالفصل 20 من م.م.م.ت. وتفاديا لتحويل المصطلح من المتواتر إلى الشّاذ، آثرنا استعمال كلمة "الحقوقي" عوضا عن الاستحقاقي، للدّلالة عن الدّعاوي الرّامية إلى الاعتراف بما للمتقاضين، في القضاء الإداري، من حقوق أو التزامات، أو امتيازات، سواء كانت عقديّة، أو شبه عقديّة، أو مترتّبة عن جنح أو شبه جنح، أم كانت أحاديّة.

والحديث حول هذا الصنف من النّزاعات، يفترض أن تكون خاضعة للقاضي الإداري على أساس أنّ النزاع له طبيعة إداريّة بالمعنى الذي أشرنا إليه سابقا في الجزء الأوّل من الكتاب، كأن يكون في العقد بند خارق لقواعد القانون المدني، أو أن تكون المسؤوليّة ناتجة عن سير المرفق العام الإداري أو عن أشغال عموميّة.

والعامل الذي يدفعنا إلى تفضيل عبارة "القضاء الحقوقي" على "القضاء الكامل" يتمثل في كون العبارة الثانية لا تستهدف جوهر الأشياء، بل تقف عند حدّ مشمولات القاضي، اقتداء بما قرّره لافريار، ونحن نعلم أنّ المصطلحات بقدر ما تكون أقرب إلى جوهر الأشياء التي تسعى أن تعنيها، بقدر ما تكون صائبة.

والغرض من هذا الجزء أن نعرّف القضاء الحقوقي وأن نبرّر ميزاته الأساسيّة وبالخصوص العناصر التي تميّزه عن قضاء تجاوز السّلطة، ولا نهدف إلى تحليل قواعده المادّية، كالتي تتعلّق بالمسؤوليّة الإدارية.

البـــاب الأوّل

تعريـــف القضـــاء الحقوقـــي وسماتـــه

خلافا للدّعاوي الإلغائية التي ترمي إلى إلغاء قـرار أو عمـل إداري، وعلى رأسها تجاوز السلطة، يشتمل القضاء الحقوقي على النّزاعـات حـول الحقوق والالتزامات والامتيازات بين الإدارة والمـرتبطين معهـا بعلاقـات قانونيّة مهما كان مصدرها.

والالتزام، في القانون الإداري، لا يخرق في شيء تعريف الالتزام في القانون المدني[353]، كما ورد بالفصل الأوّل من مجلّة الالتزامـات والعقـود: "تعمير الذّمّة يترتّب على الاتّفاقات وغيرها من التّصريحات الاختياريّة وعن شبه العقود والجنح وشبهها".

فيكون مصدر الالتزام في القانون الإداري :

-إمّا تعاقدا بين الإدارة وغيرها، أو بين إدارتين أو أكثر

-وإمّا تعهّدا قانونيّا أحاديّا

-وإمّا شبه عقد بالمعنى المعتاد في القانون المدني

-وإمّا جنحة إراديّة ومتعمّدة لها علاقة ما بسير المرفق العام

---

[353]- انظر محمد الزين، النّظريّة العامّة للالتزامات، 1، العقد، تونس 1993، ص 26 وما بعدها.

-وإمّا شبه جنحة غير إراديّة وخطيئة تسبّبت في ضرر للغير.

وقد سحب الفصل 84 من م.إ.ع أحكام المسؤوليّة المقرّرة بالفصلين 82 و83 على الدّولة والإدارات العموميّة الأخرى وأضاف الفصلان 85 و86 من المجلّة نفسها أحكاما خاصّة بمسؤوليّة السلط العموميّة.

ولا نرى أيّ تناقض بين منشور 27 نوفمبر 1888 الذي وضع مبدأ مسؤوليّة الإدارة والفصول المذكورة، بل هي تأكيد وتفصيل لما أقرّه منشور 27 نوفمبر. وحتى لو فرضنا جدلا، أنّ قواعد م.إ.ع ألغيت في المجال الإداري بمقتضى أمر 30 جوان 1907[354] وهو احتمال ضعيف، فإنّ مصادر الالتزام الإداري تبقى كما هي، باعتبار أنّ الفصل الأوّل من م.إ.ع أتى بتقنين النّظريّة العامّة لمصادر الالتزام، وهي لا تتأثر كثيرا بتعاقب النّصوص الوضعيّة. وباختصار نقول : الالتزامات والحقوق في القانون الإداري تخضع للنّظريّة العامّة للالتزام كما قرّرها فقه القانون المدني، وذلك بالنسبة لتعريفها، وأسبابها وانتقالها، وانقضائها، وبطلانها، وأدائها وإثباتها إلى غير ذلك، فلا يتميّز العقد الإداري، من هذه النّاحية، عن غيره من العقود فيما يتعلّق مثلا بأركان العقد (الأهليّة، الرضاء، المقصود، والموجب)، أو بالوفاء بالالتزام، أو بتعريف القوّة القاهرة، أو حتى بقواعد سقوط الحق بمرور الزّمن الذي أفردت له م.إ.ع حكما خاصّا بالفصل 409 (خمس سنوات)، استثناء من الحكم العام المنصوص عليه بالفصل 402 من م.إ.ع (خمس عشرة سنة)[355]. وهذا الاستثناء يندرج ضمن

[354]- انظر في هذا الشأن : عبد الله الهلالي : مسؤوليّة الإدارة في القرارات الاستئنافيّة لمحكمة الوزارة، مائويّة أمر 27 نوفمبر 1888، ص 222.

R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisien*, ENA, 1968, p. 80.

M. Durupty, *Institutions administratives et droit administratif tunisien*, CNRS, Paris, 1973, p. 194 à 204. M. Mabrouk, *Traité de droit administratif*, t 1er, 1974, p. 298 à 301.

[355]- والسؤال الذي يثيره هذا الفصل 409 يتعلّق بمجال تطبيقه, يبدو من النّص العربي أنّه ينطبق على "مغارم الدّولة ومغارم الإدارات البلديّة"، والمغرم لغة يشمل كلّ دين، فيكون الفصل 409 ذا مجال عام يشمل جميع الديون والالتزامات الإدارية، بينما إذا رجعنا للنّص الفرنسي نراه منحصرا في مجال الأداءات العموميّة Impôts publics لا يتعدّاها. والأداءات العموميّة مفهوم أضيق بكثير من مفهوم الالتزام العمومي. وقد لجأت المحكمة الإدارية في

استثناءات عديدة نصّت عليها الفصول 403 إلى 408 من م.إ.ع. ولكن، ومن جهة أخرى، ونظرا لميزات السلطة العموميّة في التّقاليد القانونيّة التّونسيّة، فإنّ الالتزام الإداري له أحكام خاصّة أحدثها النّص التّشريعي أو فقه القضاء[356] جريا على سنّة قرار بلانكو Blanco، من بينها :

*أنّه لا تستعمل طرق التّنفيذ العاديّة على الإدارة،

*ولا يمكن إجراء عقلة على أموال عموميّة (الفصل 37 من مجلّة المحاسبة العموميّة)،

*ولا يمكن إجراء مقاصة بين الديون العموميّة الراجعة للإدارة والديون المتخلّدة بذمّتها (الفصل 39 من م.م.ع)،

*وأنّ الديون على الإدارة تسقط بمرور أربع سنوات (الفصل 46 من م.م.ع)[357]،

*وغيرها من الأحكام الاستثنائيّة، كالتي تنطبق في ميدان وسائل الإثبات. ففي هذا الصدد ينص الفصل 64 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّة (القانون عدد 82 المؤرّخ في 9 أوت 2000) أنّه لا يمكن اعتماد طرق الإثبات الواردة بالفصل 427. ثالثا وخامسا من م.إ.ع، أي شهادة الشهود والقسم. وقد أكّدت المحكمة الإدارية هذا الحكم الاستثنائي في قرار صادر في 26 ماي 2003 عن الدائرة التعقيبيّة للرّئيس الأوّل :

مجال الدّيون غير الثابتة التي لا ينطبق عليها الفصل 46 من م.م.ع، إلى تطبيق القاعدة العامة الواردة بالفصل 402 من م.إ.ع. انظر محمّد صالح بن عيسى، الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارية، ملتقى إصلاح القضاء الإداري سبق ذكره، ص 156 إلى 158.

[356]- توفيق بوعشبة : مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية للإدارة، الطبعة الثانية، 1995، ص 214 إلى 264.

A. Ben Hmida : «La responsabilité publique suivant la jurisprudence de Tribunal administratif », l'œuvre jurisprudentielle de T.A, sous la direction de S. Belaïd, CERP, 1990, p. 417.

محمّد صالح بن عيسى : الدّعوى المتعلقة بمسؤوليّة الإدارة أمام المحكمة الإدارية، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، ص 147.

[357]- وليس هنالك تناقض بين الفصل 409 من م إ ع والفصل 46 من م.م.ع، إذ يتعلّق الأول بحقوق راجعة إلى الإدارة، والثاني بحقوق راجعة للغير على الإدارة.

المدير العام للمراقبة الجبائيّة ضدّ لطفي النّفاتي، حيث رأت المحكمة أن مبدأ "إثبات الالتزام على القائم به" الوارد بالفصل 420 من م.إ.ع لا ينطبق في المادّة الجبائيّة، بل يكون عبء الإثبات على المطالب بالأداء، وذلك طبقا للفصل 65 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّة : "لا يمكن للمطالب بالأداء... الحصول على الإعفاء أو التّخفيض... إلاّ إذا أقام الدليل على صحّة تصاريحه وموارده الحقيقيّة أو على شطط الأداء الموظّف عليه".

لكن، رغم ذلك، فإنّه يبقى أن وسائل الإثبات غير المستثناة صراحة صالحة في المادّة الإدارية، وهو شأن الإقرار والحجّة المكتوبة والقرينة. كما أنه يلاحظ أن إبعاد مبدأ "البيّنة على من ادّعى" لا مفعول له إلا في المادّة الجبائيّة ويبقى صالحا في غيرها من المواد الإدارية الأخرى، كالعقود، والمسؤوليّة. ومرّة أخرى نلفت انتباه القارئ، ونحذره من أفكار شائعة، مثل التي تفيد أن "الاختصاص يتبع الأصل"، أو التي ترى مطلقا أن المادّة الإدارية خاضعة تماما وبرمّتها للقانون الإداري، أو التي تستنتج من قرار بلانكو Blanco وأمثاله أنّ الإدارة العموميّة خاضعة لأحكام خاصّة كليّة لا تعرف سواها. فإذا نقرّر اختصاص القضاء الإداري تقرّر تطبيق قواعد "القانون العام".

إذا وقع تأويل هذه الأفكار على وجه الإطلاق، يكون التّأويل مخطئا. فعلى القارئ أن يميّز بين القاعدة الخاصّ المؤدّية إلى اختصاص القضاء الإداري، وبين تطبيق القانون ككل في أصل القضية المطروحة. لنأخذ مثالا نبيّن به ذلك.

لو اعتبرنا أن حق الأولويّة الممنوح للدّولة وبعض المؤسّسات العموميّة كالوكالات العقاريّة في مجال انتقال الملكيّة العقاريّة، لو اعتبرنا أنّ هذا الحق، بما يحتوي من نفوذ خاص بالسلطة العموميّة، يكفي وحده أن يؤدّي إلى اختصاص القضاء الإداري، فلا يعني ذلك أنّ القاضي الإداري سيطبّق على

جملة القضيّة قانونا خاصا يخرق قواعد القانون المدني العادي. هذا الافتراض مستحيل[358].

ففي هذه الصورة سيكون القاضي الإداري مجبرا على تطبيق قواعد لعلّها ترجع إلى مفهوم الملكيّة، وإثبات الملكيّة، والفوارق بين حق الأولويّة وحق الشفعة، وأن يعرف حق المتسوّغ للعقار، وإن كان هنالك أصل تجاري للمتسوّغ هل ينطبق عليه حق الأولويّة، وأن يكون ملمّا بقواعد القانون حول العقود الخاصّة مثل البيع وشروطه، إلى غير ذلك من المسائل التي لا مناص منها في مثل هذه القضايا، والتي تستوجب تطبيق القانون العادي المدني، أو التّجاري. والذي قيل في حق الأولية أولى أن يقال في حق الشفعة الإدارية.

ومن هنا يتبيّن أنّ قاعدة مثل "الاختصاص يتبع الأصل" أو مثل التي ترى أنّ القضايا الإدارية خاضعة للقانون العام، إذا فهمناها في المطلق، فإنّها لا تواكب الحقيقة، بل هي جملة أخطاء.

وعليه لا بدّ من التّمييز بين :

-القاعدة المؤدّية إلى الاختصاص وهي غالبا قاعدة تصرّف

-القواعد القانونيّة المنطبقة في الأصل التي ليس لأحد أن يحكم عليها مسبقا بأنّها "إداريّة" أو من "القانون العام"، فمن شأنها أن تكون مدنية عاديّة، ومن شأنها، حسب تعيين المشرّع، أو حسب تقدير القاضي، أن تكون استثنائية، مثلها كمثل التي أقرّها الفصل الأول من قانون 2 أوت 1991 في مجال حق الدّولة في الأولية، أو التي أقرّها قانون 2 أوت 1973، في مجال الشفعة الإدارية. الصّبغة الاستثنائيّة في هذه الصور بائنة من طبيعة الإجراء نفسه، كما أنّها بائنة من قواعده العمليّة مثل التي مفادها أنّ الشفعة الإدارية لا تعارض قانونا بالحقوق التي قد

358- عن حق الأولويّة، انظر، عبد الله الأحمدي، قانون مدني، العقود الخاصّة، البيع، تونس، 1977، ص 90 إلى 99 كذلك، الحبيب الشطّي، دراسات في القانون العقاري، دار الميزان للنشر، سوسة، 1996، ص 115 إلى 137.

تنجرّ للغير بفعل المشفوع عليه[359]، أو مثل التي تقرّر أن المتسوّغ والشاغل عن حسن نيّة يفقد حق البقاء. وكلّ هذه الأحكام تتعارض مع الفصل 798 من م.إ.ع[360].

والأجدر بالانتباه أن هذه الملاحظات لا تنطبق في ميدان القضاء الحقوقي فحسب، بل نرى آثارها حتى في ميدان تجاوز السلطة الذي ينتظر منه مبدئيّا أن يكون بعيدا كل البعد عن تطبيق أحكام غير أحكام "القانون العام". ولاقتناعك بذلك، ليس عليك إلاّ أن ترجع إلى قرار غريب ضدّ وزير الماليّة، السابق ذكره، سترى أنّ قاضي تجاوز السلطة صرّح أنّ طبيعة القضيّة تفرض أن "تخضع (الإدارة) لمناهج القانون الخاص... بمقدار تلاؤمها مع قواعد القانون العام"، وأنّه "من المشروع إخضاع حق الشفعة الإدارية لقواعد القانون الخاص متى لم يستبعد المشرّع صراحة أو ضمنيّا اللجوء إليها". وسترى أيضا كيف طبّق القاضي في نفس القضيّة مفهوم الشفعة المتعاهد في القانون المدني، والفصل 8 و14 من م.م.م.ت، واعتمد بعض فصول م.إ.ع ومجلّة الحقوق العينيّة، لينتهي إلى إلغاء المقرّر الإداري. وإذا كان ذلك جائزا في تجاوز السلطة، فبالأحرى في القضاء الكامل.

[359]– م.إ، 24 جوان 1980، ابراهيم غريب ضدّ وزير الماليّة، المجموعة، ص 242.
[360]– عبد الله الأحمدي، المرجع الساق ذكره، ص 92.

الفصل الأول
أسباب الدّعاوي الحقوقيّة

الفقرة الأولى
أحكام عامّة

خلافا لقضاء الإلغاء الذي يكتفي بمجرّد المصلحة للقيام بالدّعوى فإنّ القضاء الكامل يشترط الحق الذاتي. ولتعريف الحق الذاتي علينا أن نرجع إلى نظريّة الحق المعتمدة لدى رجال القانون المدني. فالحق هو ما يكسبه الشخص:

–من كسب راجع إلى ذمّته المالية من حقوق عينيّة أو شخصيّة، أو حقوق فكريّة، أو غيرها من الالتزامات، وهو المعنى الواسع الذي تبنّاه الفقيهان أبري ورو Aubry et Rau. ويعرّف الأستاذان محمّد الشرفي وعلي المزغنّي الذّمة الماليّة، على النّحو الآتي :

"هي مجموع الحقوق والواجبات القانونيّة التي لها قيمة ماليّة نقديّة..."[361] فالقيمة الماليّة النّقديّة هي المعيار الحاسم في هذا المضمار.

–من حقوق خارجة عن الذمة المالية، كالحقوق العائلية، والسياسية، والحقوق البشرية، وحقوق الإنسان وامتيازات الحالة المدنية إلى غير ذلك من الحقوق التي لا تقدر بمال. والتي من شأنها أن تكون سببا في رفع دعوى قضائية ضدّ الإدارة في القضاء الحقوقي.

[361]– محمّد الشرفي وعلي المزغنّي، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، 1995، ص 191.

هذا المعيار هو الفاصل الأساسي بين قضاء الإلغاء والقضاء الحقوقي وهذا المعيار هو الذي يفسّر ما يلي :

*أن يكون هنالك أطراف في تجاوز السلطة، دون أن يكونوا مباشرة أصحاب حقوق بالمعنى الأصلي المتعارف في القانون المدني.

*لا يتعرض القاضي في القضاء الكامل للقرارات الإدارية، بغية إلغائها أو تعويضها إلى غير ذلك، إلاّ إذا كان لها مساس بحقوق المتقاضي واستهدفتها مباشرة. بهذا المعنى، لا أكثر، يتعين علينا أن نفهم فكرة أن القاضي في القضاء الكامل، يلغي ويعدّل ويعوّض القرارات الإدارية. خلافا لقاضي الإلغاء الذي يقتصر عمله على الإلغاء. الحقيقة أن القاضي في القضاء الكامل، ليس له نظر في القرارات الإدارية، إلا بالنسبة لتلك التي لها صلة متينة بحقوق و امتيازات والتزامات الغير التي يدور حولها النقاش في القضية المطروحة لدى القاضي.

تعرّض الفصل الأول من منشور 27 نوفمبر 1888 لأسباب الدّعاوي التي ترفع على الإدارة ، فنصّ على ما يأتي ذكره :

"تعرض على المحاكم المدنية المنتصبة بالمملكة حسب حدود النظر المعين لكل منها جميع المطالب التي مآلها التصريح بأن الإدارة مدينة إما من جهة عدم عملها بالاتفاقات الواقعة معها أو من الأشغال التي آذنت فيها أو من جهة كل عمل صدر منها بغير حق وأضرّ بالغير. وتعرض أيضا على المحاكم المذكورة جميع الدّعاوي الموجهة من الحكومات الإدارية[362] على عامّة الناس".

وأمّا أسباب جعل الإدارة مدينة فقد حصرها المنشور في ثلاثة أقسام:

1-الالتزامات التعاقدية

2-الأضرار المتسبب فيها شغل عمومي

3-الأضرار المتسبب فيها أي عمل إداري

[362]- تقرأ : السلط الإدارية.

أما قانون غرة جوان، في نصّه الأصلي، فقد أبقى الأمور على حالها، غير أنه جعل الاستئناف من اختصاص المحكمة الإدارية.

ثم جاء القانون عدد 39 وقنّن المادة بأكثر وضوح مميّزا قضاء الالتزامات العقدية عن قضاء التعويض [363]، وهو مضمون الفصل 17 من قانون غرة جوان الجديد المتعلق باختصاص الدوائر الابتدائية، والمتضمن أيضا قاعدة احتياطية.

الفقرة الثانية
الدعاوي المتعلقة بالعقود الإدارية

ما عدا مميّزاته العضوية والشكلية والشروط الخاصة به، والالتزامات الخاصة المنجرّة عنه، فإن العقد يخضع تماما لنظرية العقد في القانون المدني في تعريفه، وتأويله، وشروط تكوينه ومحلّ الالتزام الناشئ عنه، وسبب الالتزام، وجزاء الإخلال بالشروط الوجوبية، وآثار العقد الملزمة، وجزاء عدم الوفاء بالعقد وبالخاصة المسؤولية العقدية، واستثناءات المسؤولية كالقوة القاهرة أو فعل الدائن.

فوصف العقود بأنها "إدارية" يعني.

1-أن العقود الإدارية ، بصفتها عقود، تبقى مبدئيا خاضعة للنظرية العامة للعقود وللقواعد المبيّنة بمجلة الالتزامات والعقود.

2-إلا ما استثناه القانون صراحة، أو ما أقرّه فقه القضاء نظرا لمميّزات العقد الإداري من حيث الغاية (المصلحة العامة، تنفيذ المرفق العام)، أو

[363]- محمد صالح بن عيسى، الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، ص 147 إلى 181.

شكلياته[364]، أو بنوده الخارقة للقانون العادي المدني، وخاصة نفوذ الإدارة في تنفيذ الالتزام ومراقبته والجزاءات الأحادية التي من شأن الإدارة أن تسلّطها على المتعاقد معها.

3-فإذا تغلّب العنصر الثاني عن الأول، حسب تقدير القاضي، ينجرّ عنه اختصاص القاضي الإداري.

فنعت العقد بأنه إداري يتعلق بالاختصاص القضائي أكثر منه بمضمون العقد، فإذا تقرّر اختصاص القاضي الإداري، يتعيّن عليه ان يطبّق على النزاع جملة الأحكام المتعلّقة به، مهما كان نوعها، فيأخذ بالقواعد المدنية، وبالاستثناءات المنصوص عليها بالنصوص أو المقرّرة في فقه القضاء وبالأحكام المدرجة في العقد نفسه. وقد بيّنا ذلك فيما سبق (مقدمة هذا الباب).

الفقرة الثالثة
"الدعاوي الرّامية إلى جعل الإدارة مدينة..."

إنّ الأسباب التي قد تكون الدّولة من جرّائها مدينة نحو الغير لهي كثيرة ومتشعّبة. منها ما يرجع النّظر فيها للمحكمة الإدارية ومنها التي تكون من اختصاص محاكم أخرى، كالمحاكم العدليّة. نحن على علم أنّ مسؤوليّة الإدارة المنجرّة عن سير المرافق العامّة غير الإدارية تندرج في اختصاص المحاكم العدليّة، طبقا لفقه قضاء المحاكم (الإدارية والعدليّة) وللقانون عدد 38 المؤرّخ في 3 جوان 1996.

أما اليوم، فقد أضاف القانون عدد 94 المؤرّخ في 29 أكتوبر 2002 صنفا هامّا آخر من مسؤوليّة السلطة العموميّة يخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية. وهذا الصنف هو المتعلّق بالتّعويض لفائدة الذي وقع إيقافه تحفّظيّا أو

[364]- ومن أهمها تلك التي تنبثق عن قواعد إبرام الصفقات العمومية المقررة بأمر 17 ديسمبر 2002، رر، 2002، عدد 103، ص 3036.

المحكوم عليه بالسجن الذي نفّذت عليه العقوبة والذي ثبتت براءته. وفي هذه الصّورة يرفع الطلب لمحكمة الاستئناف العدلية التي تقضي في القضية بتركيبة خاصة وتصدر حكمها بحجرة الشورى. ويكون الحكم قابلا للطعن بالتعقيب في أجل عشرين يوما من الإعلان بالحكم. وفي صورة النقض تنظر محكمة التعقيب في الأصل دون إحالة.

هذا الصنف، وإن كان فرعا من فروع مسؤوليّة الدّولة، إلاّ أنّه يتعلّق بسير المحاكم الجزائيّة، ممّا يخرجه عن نظر المحكمة الإدارية، طبقا لمبدأ تفريق السلطتين، حيث لا يمكن اعتباره إداريّا، لا من الجانب العضوي ولا من الجانب المادّي.

فالمسؤوليّة التي تهمّنا الآن هي مسؤوليّة الدّولة المنجرّة عن سير السلطة الإدارية المنحصرة في الصور التي حدّدها الفصل 17 من قانون غرّة جوان.

المبدأ الذي أقرّه الفصل 17 جديد في فقرته الثالثة، يتعلق بتعمير ذمّة الإدارة من جرّاء بعض الأسباب التي سنذكرها، وقد توخّى المشرّع صيغة قريبة من تلك التي أوردها منشور 27 نوفمبر 1888. ولكنّه لم يذكر الافتراض المقابل، وهو تعمير ذمة الغير المتسبّب في ضرر للإدارة، إن كانت مسؤوليته من غير التي تدخل في اختصاص القاضي المدني (مثلا: أضرار للملك العمومي)، بينما ذكر امر 27 نوفمبر 1888 هذا الافتراض : "وتعرض أيضا على المحاكم المذكورة جميع الدعاوي الموجهة من الحكومات (السلط) الإدارية على عامة النّاس". ولكن بإمكاننا أن ندرج دعوى الإدارة على الغير في العنوان الثالث : البند الاحتياطي.

أما الأسباب فهي الآتية :

-الأعمال الإدارية غير الشرعية وهي المسؤولية من جرّاء الخطأ،

-الأشغال التي أذنت بها الإدارة وهو افتراض مؤسّس على المسؤولية بدون خطأ في فقه القضاء التونسي، بينما تنقسم في فقه القضاء الفرنسي إلى حوادث الأشغال العمومية (مبني على الخطأ بالنسبة

للمستعمل، ودون خطأ بالنسبة للغير) وأضرار أشغال عمومية مستمرّة (دون خطأ).

-الأضرار غير العادية المترتّبة على أحد أنشطتها الخطرة.

وهذا الصنف الأخير، تقنين لما أقرته المحكمة سابقا في قرار م.ع.ن.د/المنجي بن خضر بلغوثي، 12 مارس 1990[365]. ولم يميّز المشرّع هنا بين أصناف الأنشطة الخطرة، فقد تكون أشغالا عموميّة، وقد ترجع إلى عملية أمنيّة، وقد تتعلق باستعمال آلات ثقيلة أو مفرقعات إلى غير ذلك. وبجانب المخاطر اشترط المشرع أن تكون الأضرار غير عادية، أي أن تتجاوز مجرّد الضرر الخفيف من نوع أشغاب المجاورة أو الأضرار الوقتية والعابرة التي لا تخلّد أثارا سلبية على الغير مثل انتشار روائح كريهة وقتية، أو دخّان لا تأثير له على الصّحّة أو سلامة البناءات، أو دويّ عابر من الشغب المطاق كصليل آلات الأشغال أو ضجيج الحضائر التي تتجاوز ما على الإنسان أن يتحمّله من أتعاب خفيفة ومعقولة في المحيط العمراني الحديث. أما إذا تجاوزت الأضرار نفسها حدّ المعقول والمعروف، حسب تقدير القضاء، فاستمرّت أو نغّصت العيش حتى وإن كانت وقتية، أو خلّدت آثارا جسيمة، آنذاك يفتح باب المسؤولية الإدارية المنجرّة عن الأنشطة الخطرة.

هذه المسألة، مسألة اجتهادية، تفتح للقاضي باب سلطته التقديرية على مصراعيه.

[365]- م. إ، 12 مارس 1990، م.ع.ن.د/بلغوثي، المجموعة، ص 314.
محمد صالح بن عيسى : الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، ص 147.

الفقـــرة الرابعـــة
البنـــد الاحتياطـــي

أضاف الفصل 17 جديد من قانون غرة جوان ما يلي ذكره : "كما تنظر في جميع الدعاوي ذات الصبغة الإدارية باستثناء ما أسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاص".

هذا العنوان الأخير لاختصاص المحكمة الإدارية، من شأنه ان يشمل كل الافتراضات المعروفة، المحتملة، أو التي قد تحدث والتي لا تندرج في العنوانين الأولين الذين ذكرناهما.

فلنا أن نقحم فيه، على سبيل المثال، الافتراضات الآتية :

-المسؤولية الإدارية المنجرّة عن القرارات الإدارية الشرعية والمعترف بها في قرار نيوين برودكسيون، 12 جوان 1989[366]، أخذا بنظرية الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العمومية ومن اجل المصلحة العامة. فسحب رخصة إدارية من أجل استتباب الأمن "لا يعفى الدولة عن تعويض ما يكون قد تكبّده المنتفع بها من تكاليف وخسائر استثنائية تخرج عن نطاق طاقة ما يمكن تحمّله في صالح المجموعة وطبقا لمقتضيات المحافظة على الأمن العام[367].

-قيام الإدارة على الغير في نطاق علاقات التزامية يطغى عليها مبادئ وقواعد القانون العام. فلا ننس أن القضاء الإداري الكامل لا ينحصر في القضايا التي تكون فيها الإدارة مدعى عليها، وهو خطأ شائع، بل يشمل القضايا التي تكون فيها الإدارة طالبة إذا كانت العلاقة القانونيّة من نوع التي كانت تؤدي إلى اختصاص القضاء الإداري لو كانت الإدارة مدعى عليها.

-أي صورة أخرى للمسؤولية من الصور التي لا تدخل في نطاق العنوان الثاني (استرجاع شيء، تسليم وثائق...).

[366]- م.إ، 12 جوان 1989، نيوين برودكسيون، المجموعة، ص 180.
[367]- المرجع نفسه، ص 182.

الفصل الثاني
مشمولات القاضي في القضاء الحقوقي

مع تذكير الاحتراز الذي عرضناه في الفقرة الأولى من الفصل الأول، فإن الفكرة الأساسية تتمثل في أن قاضي الإلغاء يقف عند حدّ الإلغاء، وأن القاضي في القضاء الكامل يتصرف كما يتصرف القاضي العدلي في النوازل المدنية، وهذا المبدأ هو الذي أثبته لافريار منذ 1887.

الفقرة الأولى
نطاق مشمولات القاضي

يقول لافريار في الجزء الأول من كتابه في "القضاء الإداري والطعون النزاعية" متحدثا عن مشمولات القاضي :

"سلط القضاء الكامل تحتوي على القيام بتحكيم شامل في القضية من حيث الواقع ومن حيث القانون"[368]، خلافا لتجاوز السلطة القديم الذي كان يقتصر على الرقابة القانونيّة، كقريبه الطّعن بالتعقيب".

---

[368]– E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger Levrault, 1887, t 1, p. 15.

ثم يضيف أن مشمولات القاضي واسعة، وأنه يتصرف كالمحاكم العادية، وأنه يلغي القرارات الإدارية، ويعوّضها ويحوّرها ويصلحها.

وقد سايرت المحكمة الإدارية هذا الاتجاه، فقالت : "إن اختصاص القضاء الكامل يقتضي تمكين هذه الهيئة الحكمية من البتّ في الطّعن المرفوع أمامها من الوجهتين القانونيّة والواقعية، وأن نظرها بالصفة المذكورة يجيزها إلغاء القرار المطعون فيه أو تعديله أو الإذن بما يلزم لإعادة الوضعية إلى الإطار الذي يتفق مع القانون[369]". وهذا هو شأن النوازل المتعلّقة بالعقود، والمسؤولية، والنزاعات الجبائية، والنزاعات الانتخابية، والنزاعات المتعلقة بالمهن الحرّة التي يتصرف فيها القاضي بكل حرّية. ففي مادة الترسيم بالمهن الحرّة بإمكان القاضي أن يلغي رفض الترسيم وان يرسّم في حكمه المتقاضي.

هذا ما قرّرته المحكمة الإدارية في قرارها التعقيبي : الهيئة الوطنية للمحامين ضدّ حمودة عزّوز، الصادر في 7 ديسمبر 1990[370]، حيث ترى المحكمة أنّ ترسيم المدّعي بموجب الحكم الاستئنافي "داخل في نطاق أداء المحكمة لمهمّتها المتمثلة... في حسم النزاع نهائيا" وزادت المحكمة "أن القاضي الإداري الجالس في مادة القضاء الكامل يتمتّع إزاء الإدارة بجميع الصلاحيات العادية للقاضي، حتى يتمكن من حسم النزاع المطروح عليه بصفة نهائية، وبالتالي فهو مخوّل لان يضمن بحكمه كل ما من شأنه أن يصل به إلى تلك النتيجة..."[371] والجدير بالذكر أن المحكمة أبعدت بالقرار المذكور، وهي مصيبة الحق في ذلك، مفعول الفصلين 3 و4 من منشور 1888 عن القاضي العدلي وهو جالس في المادة الإدارية والقضاء الكامل، خلافا لما قد تقتضيه "قراءة حرفية للنصّين المحتجّ بهما..."[372].

---

[369]– م.إ، قرار تعقيبي إداري، 1106، 7 جوان 1993، الهيئة القومية للمحامين ضدّ الهادي بن حفيظ العلاني، مذكور بمذكرة منتصر الوردي، الرقابة القضائية على قرارات الهيئات المهنية في تونس، شهادة الدراسات المعمّقة في القانون العام، 1994–1995، سوسة، ص 149.

[370]– م.إ، 7 ديسمبر 1990، الهيئة الوطنيّة للمحامين/حمودة عزّوز، المجموعة ص 427.

[371]– المرجع السابق ذكره.

[372]– المرجع السابق ذكره.

كذلك في النزاعات الجبائية يسوغ للمحكمة أن تلغي قرار التوظيف ثم أن تعوّضه، فتعيّن الدّخل الخاضع للأداء، وتقرّر المبلغ الذي يتعيّن تسديده، فيصبح حكمها سندا قانونيّا لاستخلاص الأداء. وفي المادّة الانتخابيّة، يمكن للقاضي -إذا أمكن ذلك- أن يصلح النّتائج، وأن يعلن بنفسه عن النّتائج الصّحيحة، كما يجوز له أن يلغي الانتخابات فتعاد من جديد.

وفي مادة الاعتراض على القرارات القاضية بتعمير ذمّة المحاسبين العموميين، لا يقف نفوذ القاضي عند حدّ البطلان بل يتعدّاه ليشمل تحديد المسؤولية وتعديل قرار تعمير ذمة المحاسب[373].

ومن كل هذه الأمثلة يتبيّن أن القاضي له مشمولات واسعة من بينها، أنه يقيّم القرارات الإدارية المتصلة اتصالا متينا بالحقوق والالتزامات ويسلّط عليها الإجراءات اللازمة والكفيلة باسترداد الحقوق لمستحقيها وبفرض الالتزامات على من يجب إلزامه، سعيا منه إلى حسم النزاع نهائيا، كما تقول المحكمة الإدارية عن جدارة.

وتشمل مشمولات القاضي في القضاء الكامل أساسا على ما يلي ذكره:

*التغريم بمبالغ مالية يقدّرها القاضي حسب ما يقتضيه القانون، وأخذا بإرادة الأطراف (في العقود) وبجسامة الأضرار (في المسؤولية).

*إلغاء ما اتجه إلغاؤه من قرارات، أو غيرها من التّصرّفات القانونيّة،

*تعويض هذه القرارات، بأخرى، أي إعادة النظر في القرار على أتمّ وجه،

*وله أيضا قدرة التعديل بالرفع أو بالخفض،

*والأمر بفعل أو بالإمساك عنه (كفّ الشّغب، إرجاع متاع وقع حجزه من قبل الإدارة، إصلاح بناء، تسليم وثائق)[374].

---

[373]- م.إ، 14 جوان 1995، محمد بن حميدة ضد وزير المواصلات، مذكور في : ابراهيم البرتاجي "فقه قضاء المحكمة الإدارية في مادة تجاوز السلطة لسنة 1995، المجلة القانونية التونسية 1996، ص 400.

[374]- B. Baldous, «Les pouvoirs du juge de pleine juridiction », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, prèf. P. Néguin, p. 223 et ss.

الفقـــرة الثانيـــة
حـــدود مشمـــولات القاضـــي

إلاّ أن الأمر بفعل يعترضه مبدأ كان راسخا فـي القـانون الفرنسـي قديما[375]، تبنّاه بدوره القاضي التونسي، وهذا المبدأ هو الذي يحجّـر علـى القاضي أن يصدر تعليمات ملجئة تجاه الإدارة تتعلّق بوظيفتها كإدارة[376].

وقد وقع تبرير هذا الموقف بالرجوع إلى فكرتين متّصلتين : الأولـى تفريق السّلطتين، والثانية منع القاضي من أن يتصرّف كـالموظّف الإداري، وأن يحلّ محلّه.

ورغم الانتقادات الشديدة الموجّهة لهذا المبدأ من قبل رجـال القـانون بفرنسا، فقد كان استقرّ عليه فقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي. فامتنع مجلس الدولة من إرضاء طلبات مثل[377] :

-الأمر بإرجاع موظّف إلى مسكنه الوظيفي،

-الأمر بإرجاع خطّ هاتفي مقطوع،

-الأمر باتّخاذ إجراء معيّن لاستتباب الأمن،

-الأمر بإيقاف أشغال عمومية،

-الأمر باتّخاذ ما يلزم لتنفيذ حكم.

---

[375]- حيث وقع تجاوز هذا المبدأ في القانون الفرنسي بفضل العديد من القوانين التي سيقع بيانها فيما يلي.

[376]- R. Chapus, Droit du Contentieux Administratif, 7è éd., p. 801 et ss.

[377]- J. Chevallier, «L'interdiction par le juge de faire acte d'administrateur», A.J, 1972, p. 67.
F. Moderne, «Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?» RFDA, 1990, p. 798.
Y. Gaudemet, «Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif», Mélanges Burdeau, LGDJ, 1977, p. 811.

إلا أن فقه القضاء الفرنسي استقرّ على قبول بعض الاستثناءات لهذا المبدأ وهي :

-إصدار الأوامر والتعليمات الإجرائية، وكل التدابير التي يقتضيها التحقيق Injonctions d'instruction .

-عدم الأخذ، بالمبدأ، في كل ما تعلّق بانتهاك الحرّيات العمومية والحقوق الفرديّة والقرارات المنعدمة.

-مع العلم وأنّ رجال القانون يعترفون بأنّ هذا المبدأ له أثر أشدّ وأوكد في تجاوز السّلطة منه في القضاء الكامل.

-وأن هنالك عدة تشريعات خاصّة تسند للقاضي مشمولات واسعة من نوع الأوامر والتعليمات، ومن بينها التّشريع المتعلق بالبناءات المهدّدة بالانهيار، والمتعلقة بحماية المحيط.

-وأن المبدأ يتقلّص في القضاء الاستعجالي.

أما اليوم فقد وقع تجاوز هذا المبدأ في القانون الفرنسي الحديث بفضل العديد من القوانين تراوحت ما بين سنتي 1980 و2000، منها ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الصادرة على الإدارة ومنها ما يتعلق بالإجراءات القضائية الاستعجالية.

•بالنسبة لتنفيذ الأحكام تدخّل المشرع الفرنسي بمقتضى قانون 16 جويلية 1980، وقانون 8 فيفري 1995 [378]، لإمكان القاضي الإداري من بيان الإجراءات التنفيذية التي من واجب الإدارة أن تتخذها لتطبيق الأحكام الصادرة عليها، وعند الاقتضاء، أي إذا بان تلدّد الإدارة، الحكم عليها بغرامة تهديد (astreinte) ، تقدّر بحسب أيام التأخير في تنفيذ الحكم[379].

[378]- B. Baldous, op. cit, p. 320 et ss.

[379]- R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 7è éd, p. 799 et ss.

•بالنسبة للإجراءات الاستعجالية المتأكّدة أحدث المشرّع الفرنسي بمقتضى قانون 30 جوان 2000 طرقا قضائية استعجالية متأكّدة ترمي إلى تعليق (Référé suspension) المقرّر الإداري، حتى إذا كان مقرّر رفض، إذا ما تبيّن التأكد وكان القرار مشبوها في شرعيته.

كما أنه أحدث إجراء استعجاليا لحماية الحرّيات الأساسية (Référé-Liberté) تسمح للقاضي أن يصدر تجاه الإدارة عددا وافرا من التعليمات والأوامر.

أما موقف المحكمة الإدارية من هذه المسألة، فإن دلّت على شيء فإنها دليل على الفارق بين القضاء الكامل وقضاء تجاوز السلطة.

ففي تجاوز السلطة أقرّت المحكمة امتناع القاضي الإداري من أن يصدر أوامر وتعليمات تجاه الإدارة. أقرّت المحكمة ذلك في مجال تجاوز السلطة في قرار بلحسن السقانجي المؤرخ في 27 أكتوبر 1981 قائلة : "وحيث أنه لا يدخل في وظيفة المحكمة توجيه أمر إلى الإدارة للقيام بإجراء معيّن أو أن تقوم مقامها في اتخاذ هذا الإجراء"[380]، فلا يرجع لها أن تأمر الإدارة بالقيام بتحقيق، أو بإجراء صلح مع مخالف للتراتيب القمرقية[381] أو بتوقيف تنفيذ قرار سلبي[382].

[380]- م.إ، 27 أكتوبر 1981، المجموعة، ص 283.

[381]- قضية قودو، 16 -7-1985، غير منشور.
"...إن هذه المحكمة ليس لها أن تأمر الإدارة بالقيام بأي عمل أو إجراء يتصل بالادارة العامة العاملة، لأنّ ذلك يعتبر خروجا عن حدود وظائفها القضائية...".

[382]- مع العلم أن فقه القضاء المحكمة في هذا الشأن غير مستقر.
- عياض ابن عاشور القضاء الإداري، الطبعة الأولى، ص 280.
- م.إ، 9 فيفري 1980، محمد عمار، المجموعة ص 57، قبول. م.إ، 27 نوفمبر 1987، فقيه، عدم قبول غير منشور.
- م.إ، 17 مارس 1988، عبد الرزاق الدلاجي، المجموعة، ص 36 عدم قبول.
- م.إ، 5 مارس 1992، النمري، عدم قبول.

إلا أن المحكمة، في مادة القضاء الكامل، كثيرا ما اعترفت بمشمولات واسعة للقاضي، منها أن يصدر قرارات ملجئة تجاه الإدارة وإلزامها بأن تقوم بفعل معيّن. وقد أقرّت المحكمة ذلك في عدّة ميادين :

1- ميدان الإستيلاء على أملاك الغير

تقول المحكمة في قرار أستري[383] :

"وحيث أن هذا الاختصاص لا يقف عند حدّ طلب تغريم الإدارة ماديا وأدبيا بخصوص الأضرار الناتجة عن ذلك التصرّف، بل أنه يتعداه ليشمل كذلك إلزامها بأن تقوم بالأعمال الضرورية قصد إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل قيامها بما هو معاب عليها".

وتضيف في القرار نفسه :

"وحيث أن الحاكم الإداري لا يقتصر في صورة استيلاء الإدارة على ملك الغير بدون صيغة قانونيّة على تحديد الغرامة التعويضية، وإنما يسوغ له إلزام الإدارة على الخروج من محلّ التداعي لأن بقاءها به يمثّل اعتداء على ملكيّة الفرد بصورة غير قانونيّة[384].

2- ميدان القضاء الاستعجالي

تقتضي طبيعة الأشياء أن يكون للقاضي الاستعجالي مشمولات واسعة، وقد أقرّت المحكمة أنه من مشمولات القاضي الاستعجالي أن يأمر بتسليم وثائق تتعلّق بملف استشفائي. تقول المحكمة : "قاضي الأمور المستعجلة يمكنه بحكم اختصاصه العام أن يأذن بكل إجراء تحفظي ليس من شأنه أن يمسّ من أصل النزاع أو أن يعطّل سير الإدارة[385].

383- م.إ، م.ع.ن.د. ضدّ أستري، المجموعة، ص 380.

384- م.إ، 29 جانفي 1987، م.ع.ن. د/عمر محمد العفين، غير منشور.

385- محكمة الاستئناف، تونس، 13 أفريل 1984، الهاشمي الزمال ضد الهيئة القومية للمحامين. مذكور بمذكرة : منتصر الوردي، الرقابة القضائية على قرارات الهيئات المهنية في تونس، مذكرة شهادة دراسات معمّقة في القانون العام سوسة، 1994-1995، ص 161.

والجدير بالذكر أن القانون عدد 39، مع إحداثه قواعد تتعلق بالقضاء الاستعجالي أقرّ الشرط، أن لا يفضي القضاء الاستعجالي إلى تعطيل تنفيذ أي قرار إداري" (الفصل 81 جديد من قانون غرة جوان).

3- ميدان الترسيم بالمهن الحرة

حكم القاضي الاستئنافي في هذه القضيّة، بترسيم المدّعي مع مهلة للقيام بالترسيم (15 يوم) "وعند عدم الاستجابة لهذا الإذن ومضي الأجل المذكور يصبح هذا الحكم قائما مقام الترسيم... والإذن للمستأنف بمباشرة المهنة". وقد أقرّت المحكمة الإدارية تعقيبا هذا الاتّجاه[386].

4- ميدان القرارات المنعدمة[387]

5- وكل ميدان آخر جعل فيه المشرّع للقاضي سلطة تشمل التعليمات أو الأوامر

386- م.إ، 17 ديسمبر 1990، الهيئة الوطنية للمحامين/حمّودة عزّوز، المجموعة، ص 427.

387- عياض ابن عاشور، القضاء الإداري الطبعة الأولى...، ص 122، 161، 162.

البـــاب الثانـــي

المبـــادئ الإجرائيّـــة والحكـــم فـــي القضـــاء الحقوقـــي

هنالك قواعد مشتركة بين تجاوز السلطة والقضاء الكامل قـــد تأكّـــدت بمقتضى القانون عدد 39، وقد تعرّضنا لهذه القواعد سابقا في الفصل الرّابع، من الباب الثالث، من القسم الأوّل.

وهنالك قواعد خاصّة بالصّنفين. فعلينا أن نوضّح المبادئ التي تميّـــز القضاء الكامل عن تجاوز السلطة.

الفصـــل الأوّل

مبـــادئ الإجـــراءات فـــي القضـــاء الحقوقـــي

الفقـــرة الأولـــى
الصبغـــة المزدوجـــة

•تعرّضنا سابقا إلى مبدأ إجرائي عام في القضاء الإداري المتمثّل فـــي الطّابع الاستقصائي.

ولكن الحقيقة، أنّ الطّابع الاستقصائي أو التّفتيشي أوكـــد بكثيـــر فـــي تجاوز السلطة منه في القضاء الكامل. فالقضاء الكامـــل الإداري، باعتبـــاره قضاء حقوقيّا، يشابه القضاء المدني، فهو مزدوج :

-استقصائي لصبغته الإدارية، وتفاوت الأطراف (فيتعيّن على القاضي أن يكون له دور فعّال في كشف الحقيقة).

-اتّهامي (أو تحكيمي) لصبغته الحقوقية (فيتعيّن على القاضي أنّ يوازن بين طرفين متنازعين في حقوقهما) طبقا للفصل 12 من م.م.م.ت.

والدّليل على أنّ الصّبغة التّحكيميّة لها شأن في القضاء الكامل الإداري يتمثّل في النّقط الآتية :

1-دور الأطراف أهم في القضاء الكامل، وذلك يظهر مثلا من خـــلال الطّعن بالتّعقيب حيث يتعيّن على المعقّب أن يبلّغ المذكّرة فـــي بيـــان أســـباب الطّعن للمعقّب ضدّه عن طريق محضر إبلاغ يحرّره عدل منفّذ. فإذا كان مبدأ حق الدفاع وتفريعاته يقوم بنفس الدّور وله نفس المكانة في تجـــاوز الســـلطة والقضاء الكامل، فإنّ مبدأ المواجهة لا يبلغ من الأهمّية في تجاوز السلطة مـــا يبلغه في القضاء الكامل.

2-نظريّة التّسليم بادّعاءات الخصم ليس لها شأن مبـــدئيّا فـــي القضـــاء الكامل، حيث نصّ القانون على ما يلي : "ويعتبر عدم ردّ الإدارة على عريضة الدّعوى في مادّة تجاوز السلطة بعد انقضاء أجل التنبيه تسليما منها بصحّة مـــا ورد بالدّعوى، ما لم يكن بالملف ما يخالفه" (الفصل 45). مع العلم بأنّ الفصل 51 قديم لم يميّز بين تجاوز السلطة والقضاء الكامل من هذه النّاحية.

أمّا المحكمة الإدارية فقد وسّعت نطاق الفصل 45 وحوّلته من قضـــاء تجاوز السلطة إلى القضاء الكامل واعتبرت سكوت أحد الأطراف، وإن كان المدّعي، عن مزاعم الطرف الآخر بمثابة التّسليم بادّعاءاته[388].

وهكذا وقع توسيع مفعول التسليم الضّمني من قبل المحكمة الإداريـــة على مستويين : الأوّل، تحويله مـــن مركـــز المـــدّعى عليـــه إلـــى جميـــع الأطراف[389] والثاني، من نطاق تجاوز السّلطة إلى نطاق القضاء الكامل[390].

3-دور الوقائع ووسائل الإثبات له أهميّة أكبر في القضاء الكامل.

في تجاوز السلطة، نستنتج الوقائع آليا من القرار وما أحاط بـــه مـــن ملابسات، ثم يكون العمل القضائي مقارنة بين أحكام. فهـــو عمـــل تـــأويلي ومنطقي، ذو منهجيّة نصيّة وفقهيّة، ما عدا الانحراف بالسلطة الذي يدخل في سبر النّوايا.

---

[388]- نائلة القلال ومنير العربي، "التّحقيق"، منشور بكتاب "القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996"، ملتقى الجمعيّة التونسية للعلوم الإدارية، 12-13 أفريل 2001، منشورات مركز الدّراسات والبحوث الإدارية، 2002، ص 76. كذلك
Fedoua Elleuch Kessentini, «Le Recours pour excès de pouvoir et le temps», Thèse, F.S.J.P.S.T, 2005, p. 308 et ss.

[389]- م.إ، 5 مارس 1979، الحبيب سيالة/وزير التّربية، المجموعة، ص 57.

[390]- نائلة القلال ومنير العربي، "التّحقيق"، المرجع السابق ذكره ص 76، الهامش عدد 3.

أمّا في القضاء الكامل، فالوقائع لها تأثير خاص وحاسم على تطبيق القانون، والقاضي يستكشفها بمقتضى منهجية اختباريّة تعتمد شتّى وسائل الإثبات المادّية وغير المادّية، منها الاختبار. القرائن والاحتمالات القويّة إلى غير ذلك من الوسائل الاستكشافيّة المؤدّية إلى قناعة القاضي[391].

الفقـرة الثانيـة

القضـاء الحقوقـي قضـاء مفتـوح مـن حيـث الآجـال. قواعـد سقـوط الدّعـوى بمـرور الزّمـن

إذا كان قضاء تجاوز السلطة منحصرا في آجال معيّنة، فإنّ القضاء الكامل قضاء مفتوح، من هذه النّاحية، حيث أنّ الدعوى لا تخضع لآجال لرفعها سوى في حدود قواعد التّقادم (أي سقوط الدّعوى بمرور الزمن).

والجدير بالذّكر أنّ قواعد التّقادم لا مساس لها مبدئيّا بالحق المطلوب وإنّما تتعلّق برفع الدّعوى، فإذا وقع تنفيذ الالتزام فلا يجوز التّراجع عنه. كذلك، لا تعتبر قواعد التّقادم من متعلّقات النّظام العام، وليس للحاكم أن يثيرها من تلقاء نفسه (الفصل 385 من م.إ.ع). إلاّ أنّ هذه القاعدة المدنيّة لا تنطبق على أكمل وجه في القانون الإداري، كما سنبيّنه فيما بعد.

ويستوجب سقوط الدّعوى بمرور الزمن (أو التقادم المسقط) في القضاء الكامل تذكير القواعد الآتية :

1-يتسم قانون غرّة جوان بالسكوت التّام في هذه المسألة.

[391]- Yacine Hamdi, « La charge de la preuve dans le contentieux administratif », Mémoire Mastère en sciences juridiques fondamentales, F.S.J.P.S.T, 2005, p. 29 et ss.

2-تلجأ المحكمة الإدارية في مادّة الالتزامات غير المقدّرة، أي التي لم تقدّر بعدُ بمبلغ نقدي معلوم، إلى القاعدة العامّة المدرجة بالفصل 402 من م.إ.ع، التي تنصّ على أجل 15 سنة.

3-وتلجأ في مادّة الدّيون المتخلّدة بذمّة الإدارة إلى الفصل 46 من م.م.ع (أجل أربع سنوات).

4-مع العلم بأنّ هنالك عدّة نصوص خاصّة بالنّشاط الإداري، تتعلّق بسقوط الدّعوى بالتقادم، منها أجل الخمس عشر سنة للمطالبة بغرامة الانتزاع طبقا للفصل 33 مكرر من قانون الانتزاع، وأجل السنتين لطلب التعويض عن تركيز الخطوط التلغرافيّة والكهربائيّة والهاتفيّة (أمر 12 أكتوبر 1887 وأمر 30 ماي 1922)[392] وأجل السنتين الممنوح لمطالبة التّعويض عن الأضرار المتسبّب فيها تحديد الملك العمومي (أمر 20 مارس 1905)، وأجل العشر سنوات بالنّسبة لتحديد الملك الخاص للدّولة، إلى غيرها من النّصوص الخاصّة.

5-ومع العلم بأنّ هنالك فصل خاص مدرج بمجلّة الالتزامات والعقود يهمّ "مغارم الدّولة ومغارم الإدارات البلديّة" التي تسقط بمضي خمس سنين، وهو الفصل 409 من م.إ.ع. وقد طبّقت المحكمة الإدارية ومحكمة التّعقيب هذا الفصل على الدّيون الجبائيّة[393]، كما توحي بذلك التّرجمة الفرنسيّة للفصل 409 (Impôts publics). أمّا بالنّسبة للدّيون العاديّة الرّاجعة للإدارة الدائنة فإنّ المحكمة الإدارية تطبّق الفصل 402 من م.إ.ع، في غياب نصّ خاص.

6-وأنّ المحكمة الإدارية أدخلت بعض الاستثناءات على الأحكام التّشريعيّة عند الاقتضاء، إمّا لإعفاء العارض من التّقادم، وإمّا لإمتاعه بأجل أوسع من الأجل القانوني.

[392]- انظر مذكّرة أحلام الضيف، التّقادم المسقط في القانون الإداري، شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام والمالي، كليّة العلوم القانونيّة، 2002-2003، ص 4 وما بعدها.
[393]- أحلام الضيف، المرجع سابق الذّكر، ص 17.

كما وقع الإشارة إليه، إنّ فقه قضاء المحكمة الإدارية يرتكز على تمييز أساسي بين الالتزامات غير المقدّرة والالتزامات المقدّرة المبلغ، أي الدّيون. فعلا، ينشأ الالتزام إمّا عن حادثة أو واقعة، فيكون مقداره غير معلوم إلى حدّ حسمه نهائيّا في شكل غرامة تعويضيّة، وإمّا عن دين معلوم ثابت ونافذ.

أ- في مادّة الالتزامات غير المقدّرة

كالنّاتجة عن المسؤوليّة الإدارية، تفضّل المحكمة الإدارية تطبيق الفصل 402 من م.إ.ع وتهمل النّصوص الأخرى التي تتضمّن آجالا أقصر، ومن بينها الفصل 115 م.إ.ع المتعلّق بالالتزام النّاشئ عن الجنح وشبه الجنح والذي يسقط بمرور ثلاث سنوات[394]. والمنطق الذي تتوخّاه المحكمة للوصول إلى هذه النّتيجة هو الآتي :

المسؤوليّة الإدارية خاضعة لنصوص خاصّة ولها قواعد خاصّة خارجة عن القانون المدني، فيتعيّن الرّجوع إلى الفصل 402 م.إ.ع الذي يسنّ قاعدة أصوليّة مبدئيّة ولا إلى الفصل 115 م.إ.ع الذي يسنّ قاعدة خاصّة بالقانون المدني[395].

ولربّما يثير هذا المنطق شيئا من الاحتراز، وذلك لأسباب : الأوّل، أنّه يخالف المبدأ الذي وضعته المحكمة من أنّ القانون المدني لا ينطبق على النّزاعات الإدارية، والحال أنّ الفصل 402، حتى على فرض أنّه أصولي ومبدئي، فإنّه بتلك الصّفة، من أحكام القانون المدني. الثاني، أنّه يخالف مبدأ آخر وهو أنّ النّص الخاص (هنا الفصل 115) يتغلّب على العام (هنا الفصل 402). الثالث، أنّه يبدو من بعض القرارات أنّ المحكمة تأخذ أحيانا بأحكام الفصل 115 م.إ.ع[396]، وهذا يتعارض مع اختيارها السّابق.

---

[394]- م.إ، 10 جويلية 1980، شارل مانيان وناصر بن عجل، المجموعة، ص 282. م.إ، 8 جويلية 1996، م.ع.ن. د/ورثة عثمان بن محمّد، المجموعة، ص 287.

[395]- حول تبرير موقف المحكمة الإدارية، أحلام الضيف، المرجع السّابق ذكره، ص 28.

[396]- م.إ، 25 فيفري 1988، بسباس/م.ع.ن.د، المجموعة، ص 18.
م.إ، 29 ديسمبر 1988، م.ع.ن. د/فائق الكافي، المجموعة، ص 114. رفض التّقادم المسقط المنصوص عليه بالفصل 115 لأنّ الأجل يحتسب من الوقت الذي أصبح فيه الضّرر نهائيّا.

ب- في مادّة الدّيون المقدّرة والثّابتة نهائيّا

في ميدان الدّيون والمغارم المعلومة تطبّق المحكمة الإدارية الفصل 46 من م.م.ع ولا تلتفت إلى الفصل 409 من م.إ.ع، معتبرة أنّ مجاله محدود إلى الدّيون الجبائيّة لا غير.

والفصل 409 م.إ.ع يقرأ كما يلي : "سقوط الطلب بمضي الخمس سنين المذكورة يسري إلى مغارم الدّولة ومغارم الإدارات البلديّة"[397]. هذا النّص، في صياغته العربيّة، لا ينحصر في الدّيون ذات الصّبغة الجبائيّة، بل يشمل جميع الدّيون[398]. إلاّ أنّ فقه القضاء المدني والإداري حدّده في مادّة المغارم ذات الصّبغة الجبائيّة، طبقا "للتّرجمة" الفرنسيّة للفصل المذكور[399].

فبالنسبة للدّيون العاديّة غير الجبائيّة تطبّق المحكمة الإدارية الفصل 46 من م.م.ع المتعلّق بالأجل الرّباعي[400].

وإذا كانت قواعد التّقادم ترمي إلى حماية الحقوق الشخصيّة وليست من متعلّقات النّظام العام، فإنّ الأمر مخالف لذلك بالنسبة لأحكام الفصل 46، حيث لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن التّقادم المسقط. فعلينا حينئذ أن نعتبر الفصل 46 من م.م.ع. من باب مسقطات الحقّ (déchéances) ولا من باب مسقطات الدّعوى (prescriptions)، من واجب الإدارة أن تتمسّك به دون خيار.

إلاّ أنّ المحكمة الإدارية قرّرت أنّ التقادم المسقط للدّين بالفصل 46 م.م.ع ليس دفعا يهمّ النّظام العام وليس على القاضي أن يثيره بنفسه[401]. وهذا الموقف يخالف القاعدة التي تُقرّ أن أحكام مجلّة المحاسبة العموميّة أحكاما

---

[397]- «La prescription de cinq ans dont il est parlé ci-dessus, s'applique également aux impôts publics et à ceux dus aux administrations communales ».

[398]- المُغْرَمُ، في قاموس الفيروزابدي، هو أسير الحبّ والدّين. والغريم هو الدّائن والمديون.

[399]- م.ت، 24 نوفمبر 1959، ق. ت، 1960، 9 و10، ص 136.
م.إ، 21 فيفري 1985، الطيّب/بلديّة المرسى، المجموعة، ص 40.

[400]- م.إ، 20 أفريل 1992، بلديّة حلق الوادي/طمزالي، المجموعة، ص 300.

[401]- أحلام الضيف، المرجع السّابق ذكره، ص 172.

إلزاميّة تهمّ النّظام العام[402]، وأنّه لا يجوز التّنازل عن إثارة التّقادم من قبل الإدارة، وأنّ الفصل 46 م.م.ع ينصّ على مسقطات وجوبيّة تتعلّق بالحق ولا بالدّعوى.

ج- الاستثناءات

أقرّت المحكمة الإدارية أنّ قواعد التّقادم لا تنطبق :

*في ميدان استيلاء الإدارة على ملكيّة الأفراد نظرا لأهميّة حق الملكيّة[403].

*في ميدان الحقوق المستمرّة. ويبدو، من هذه الناحية، أنّ المحكمة الإدارية مدّدت فقه قضائها المتعلّق بالحقوق المستمرّة، من ميدان تجاوز السلطة إلى ميدان القضاء الكامل[404].

*في ميدان الحقوق النّاشئة عن حكم بات أحرز على قوّة اتّصال القضاء طبقا للفصل 394 م.إ.ع وبالخاصّة في ميدان تجاوز السلطة[405].

الفقرة الثالثة
الإنابة والتمثيل

دعاوي تجاوز السلطة معفاة من المحامي في الطّور الابتدائي وفي الاستئناف إذا كانت الدّعوى تتعلّق بالوظيفة العموميّة أو بمادّة الجرايات والحيطة الاجتماعيّة.

[402]- م.إ، 24 جوان 1976، شركة الرّخام المركزي ضدّ م.ع.ن.د، المجموعة، ص 31.
[403]- م.إ، 20 جوان 1994، محمّد الشاذلي الجلاصي/م.ع.ن.د في حق وزارة التّربية والعلوم، غير منشور. مذكّرة أحلام الضّيف، المرجع السّابق ذكره، ص 61.
[404]- أحلام الضيف، المرجع السّابق ذكره، ص 71.
[405]- أحلام الضيف، المرجع السّابق ذكره، ص 75.

أمّا في القضاء الكامل فإنّ إنابة المحامي وجوبيّة في الطّور الابتدائي (الفصل 35) و في الطور الاستئنافي (الفصل 59) وفي التعقيب (الفصل 67).

والإدارة يمثّلها المكلّف العام بنزاعات الدّولة في القضاء الكامل[406]، طبقا للفصل 33 جديد من قانون غرّة جوان "تعفي من مساعد المحامي المصالح الإدارية التي يمثّلها الـ م.ع.ن.د كما تعفى من ذلك وزارة الماليّة في مادّة النّزاعات الجبائيّة أمام مختلف الهيئات القضائيّة للمحكمة الإدارية".

تبعا لـ م.م.م.ت أكّد قانون 24 ماي 1962 قاعدة إجرائيّة وهي أنّ النّوازل بين الأشخاص والدّولة تقام ضدّ المكلّف العام أو من قبله. وأكّدت المحكمة الإدارية أنّ إدخال المكلّف العام بنزاعات الدّولة لا يصحّح الإخلال بإجراءات القيام بالدّعوى.

رفع الدّعوى ضدّ أو من المكلّف العام بنزاعات الدّولة مبدأ إجرائي عام، أكّده القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرّخ في 7 مارس 1988. إنّه إجباري بالنّسبة للدّولة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإدارية، كما ورد في الفصل 1 من القانون :

"ترفع من المكلّف العام بنزاعات الدّولة أو ضدّه الدّعوى التي تكون الدّولة أو أيّة مؤسّسة عموميّة ذات صبغة إداريّة طرفا فيها طالبة كانت أو مطلوبة لدى المحاكم العدليّة أو الإدارية بما في ذلك قضايا التّسجيل العقاري وإلاّ تكون الدّعوى باطلة من أساسها" هذا الحكم إلزامي أي أنّه يتّجه الأخذ به إن كانت القضيّة "إداريّة" أو "مدنيّة". نستنتج من ذلك أنّ بعض القواعد الإجرائيّة مستقلّة عن القواعد الموضوعيّة، منها القواعد المتعلّقة بقيام الدّعوى.

ويضيف القانون

1-أنّ م.ع.ن.د يتولّى القيام بالحقّ الشخصي لدى المحاكم الزجريّة لطلب التّعويض عن الضّرر الحاصل للدّولة أو المؤسّسات العموميّة الإدارية.

[406]- أدرجت هذه القاعدة الإجرائيّة بمقتضى م.م.م.ت.

2-ويتولّى الدّفاع عن كلّ أعوان الدّولة والمؤسّسات العموميّة الإدارية في نطاق تشريع الوظيفة العموميّة. كلمة "الدّفاع" هنا تُؤخذ بالمعنى الواسع : فيمكن للـ م.ع.ن.د. أن يقوم بدعوى، باسم الدّولة واسم المتوظّف المتضرّر، في قضايا الثلب والشتم والتّهديد طبقا للفصل 9 من قانون 83.112 المؤرّخ في 12 ديسمبر 1983 الذي ينصّ على أنّ الدّولة تحمي الموظّفين وتحلّ محلّهم.

3-ويمثّل الدّولة والمؤسّسات العموميّة الإدارية أمام المحاكم الأجنبيّة وهيئات التّحكيم الدّوليّة في المادّة الإدارية والمدنيّة والتّجاريّة.

4-وعند طلبها، يمثل المنشآت Entreprises الخاضعة لإشراف الدّولة.

الاستثناءات. لا يدخل تحت الحكم السّابق :

1-المؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الصّناعيّة أو التّجاريّة والمنشآت العموميّة.

2-الإدارات الماليّة المكلّفة باستخلاص معاليم القمارق والضّرائب ومنتوج أملاك الدّولة إلى غير ذلك.

3-الجماعات المحلّية.

الفقرة الرّابعة
إعلام سلطة الإشراف قبل التّقاضي ضدّ الجماعات العموميّة التّرابيّة

طبقا للقانون الأساسي للبلديّات (الفصل 143 جديد)[407] والقانون المتعلّق بالمجالس الجهويّة (الفصل 46)[408]، يتعيّن على من يعتزم رفع

[407]- القانون الأساسي عدد 75-33 المؤرّخ في 14 ماي 1975 والمنقح بالقانون الأساسي عدد 58-43 المؤرّخ في 25 أفريل 1985، والقانون الأساسي عدد 91-24 المؤرّخ في 30 أفريل 1991، والقانون الأساسي عدد 95-68 المؤرّخ في 24 جويلية 1995.

[408]- القانون الأساسي عدد 89-11 المؤرّخ في 4 فيفري 1989 المتعلّق بالمجالس الجهويّة.

دعوى قضائيّة[409] ضدّ الجماعات العموميّة التّرابيّة أن يوجّه إعلاما مسبقا لسلطة الإشراف، الوالي بالنسبة للبلديات، ووزير الدّاخليّة بالنّسبة للولايات بصفتها جماعات عموميّة ترابيّة. ويكون هذا الإعلام في شكل مذكّرة معلّلة في بيان سبب الدّعوى ترسل عن طريق البريد المضمون الوصول و البلوغ.

ولا ترفع الدّعوى إلاّ شهرين بعد إرسال المذكّرة، وتسقط الدّعوى في صورة عدم احترام إجراء الإعلام المسبّق.

كما أن المشرّع أبعد الإجراء عن الدّعاوي الحوزيّة والاعتراضات على إجراءات استخلاص الدّيون والمداخيل الرّاجعة للجماعات العموميّة التي لها قوانينها الخاصّة.

في هذه المسألة تبدو قرارات المحكمة الإدارية متضاربة، حيث أنّه وقع أن قرّرت المحكمة

1-أنّ الفصل 143 ينطبق في القضاء الكامل دون تجاوز السلطة.

2-أنّه لا ينطبق تماما في القضاء الإداري ولا شأن له سوى في القضايا العدليّة.

3-أنّه لا ينطبق إلاّ بالنّسبة للبلديّات الرّاجعة لإشراف الوالي أو المعتمد دون التي يرجع الإشراف عليها لوزير الدّاخليّة.

4-أنّه لا ينطبق إطلاقا على كلّ أنواع التّقاضي.

- الموقف الأوّل

هنالك بعض القرارات يبدو منها أنّ المحكمة تبعد الفصل 143 لمزاحمته بالفصل 40 (قديم) من قانون المحكمة الإدارية، حيث أنّ الفصل 40 (قديم) يقرّر وجوب المطلب المسبق كالفصل 143، فيتعيّن اختيار أحدهما ولا الجمع بينهما[410].

[409]- العبارة المستعملة في القانون هي عبارة "رفع قضيّة عدليّة".

[410]- م.إ، 6 ماي 1985، أحمد لعبيدي/رئيس بلديّة تونس، المجموعة ص 81.

- الموقـف الثانـي

في بعض القرارات ترى المحكمة أن الفصل 143 لا ينطبـق علـى الدّعاوي المرفوعة لدى المحكمة الإدارية سواء كانـت دعـاوي إلغـاء أو دعاوي حقوقيّة[411].

- الموقـف الثالـث

يتمثّل هذا الموقف في قرار بلديّة تونس/الشاذلي الجوهري، 15 جويلية 1986[412]. فالمحكمة في هذا الميدان تعمل بالفصل 143، إلاّ أنّهـا تحصـر ... له طبقا لتأويل حرفي للنّص، في الصّور التي ذكرناها (إشراف الـوالي المعتمد).

... ن اسـتثناء فـي القضـاء الكامـل وتجـاوز
... اب المسبّق الموجّه لوزير الدّاخليّـة قبـل
الطّور الاستئنافي. وتتحقّـق مـن
... اره غير لزومـي[414]، كمـا

إعـلام سلـ
الجما

طبقا للقانون الأساسي ... المتعلّق بالمجالس الجهويّة (الفصل ...

[407]– القانون الأساسي عدد 75–33 المؤ...
عدد 58–43 المؤرّخ في 25 أفريل 1985.
أفريل 1991، والقانون الأساسي عدد 95–68 ...
[408]– القانون الأساسي عدد 89–11 المؤرّخ في ...

الفصـل الثانـي
الحكـم فـي القضـاء الكامـل وتنفيـذه

القاعدة المشتركة بين القضاء الكامل وتجاوز السلطة تتمثّل في كون الحكم الذي اتّصل به القضاء له قوّة قانونيّة ملزمة، تسمّى قرينـة اتّصـال القضـاء، يترتّب عليها واجب التّنفيذ الذي تحدّثنا عنه سابقا في القسم المتعلّـق بتجـاوز السّلطة[416]. ولا نجد من هذه النّاحية، فارقا بين المرافعات المدنيّة والمرافعـات الإدارية، رغم سكوت قانون غرّة جوان عن المسألة بالنسبة للقضاء الكامل.

وتعني قرينة اتّصال القضاء أنّ الحكم في الأصل، خلافا للأحكام الوقتيّة أو التّحضيريّة أو التي قضت بعدم قبول الدعوى شكلا، يكسب منذ صدوره قوّة قانونيّة إلزاميّة، وهي قرينة الشيء المحكوم فيه، وهذه القرينـة مـن قـرائن القانون (الفصل 480 ثالثا من م.إ.ع). والقواعد المترتّبة عـن قرينـة الأمـر المقضي فيه هي الآتية :

1–أنّ الحكم حجّة لصاحب الحق وعلى المطلوب بالالتزام، ولا يحتاج الحق ولا الالتزام إلى بيّنة إضافية. الحكم بيّنة لا تحتاج إلى بيّنة.

2–أنّه لا يجوز للقاضي أن يتراجع في حكمه بعد النّطـق بـه وذلـك خلافا للأحكام الوقتيّة، و الاستعجاليّة والتّحضيريّة والقرارات الولائيّة. كذلك لا يجوز القيام بدعوى ثانية لها نفس المحدّدات.

[416]–Hichem Moussa, «L'exécution de la chose jugée et la réforme de la justice administrative en Tunisie», colloque sur : «La réforme de la justice administrative», F.S.J.P.S.T, op. cit. p. 59.

- الموقـف الثانـي

في بعض القرارات ترى المحكمة أن الفصل 143 لا ينطبـق علـى الدّعاوي المرفوعة لدى المحكمة الإدارية سواء كانـت دعـاوي إلغـاء أو دعاوي حقوقيّة[411].

- الموقـف الثالـث

يتمثّل هذا الموقف في قرار بلديّة تونس/الشاذلي الجوهري، 15 جويلية 1986[412]. فالمحكمة في هذا الميدان تعمل بالفصل 143، إلاّ أنّهـا تحصـر مفعوله طبقا لتأويل حرفي للنّص، في الصّور التي ذكرناها (إشراف الـوالي وإشراف المعتمد).

- الموقـف الرّابـع

ينطبق الفصل 143 بدون اسـتثناء فـي القضـاء الكامـل وتجـاوز السلطة[413]. ترى المحكمة أنّ المطلب المسبّق الموجّه لوزير الدّاخليّـة قبـل الدّعوى الابتدائيّة لا يستوجب التّجديد في الطّور الاستئنافي. وتتحقّـق مـن وجود توجيه المطلب دون عدم الأخذ به أو اعتباره غير لزومـي[414]، كمـا تتحقّق من سلامة الإجراء وإثباته[415].

411– م.إ، 28 أفريل 2000، ورثة قدّور/بلديّة زرمدين.
412– م.إ، 15 جويلية 1986، بلدية تونس/الشاذلي الجوهري، المجموعة، ص 293.
413– م.إ، 22 ديسمبر 1983، البشير شريفة/مجلس ولاية نابل، المجموعة، ص 230.
م.إ، 2 جويلية 1981، مجلس ولاية نابل/القابسي، المجموعة، ص 202.
414 –م.إ، 24 نوفمبر 1982، حفصة/مجلس بلديّة مساكن، المجموعة، ص 118.
415– م.إ، 22 مارس 1984، محمّد الشلّي/مجلس ولاية بنزرت، المجموعة، ص 405.

الفصـل الثانـي
الحكـم فـي القضـاء الكامـل وتنفيـذه

القاعدة المشتركة بين القضاء الكامل وتجاوز السلطة تتمثّل في كون الحكم الذي اتّصل به القضاء له قوّة قانونيّة ملزمة، تسمّى قرينـة اتّصـال القضـاء، يترتّب عليها واجب التّنفيذ الذي تحدّثنا عنه سابقا في القسم المتعلّـق بتجـاوز السّلطة[416]. ولا نجد من هذه النّاحية، فارقا بين المرافعات المدنيّة والمرافعـات الإدارية، رغم سكوت قانون غرّة جوان عن المسألة بالنسبة للقضاء الكامل.

وتعني قرينة اتّصال القضاء أنّ الحكم في الأصل، خلافا للأحكام الوقتيّة أو التّحضيريّة أو التي قضت بعدم قبول الدعوى شكلا، يكسب منذ صدوره قوّة قانونيّة إلزاميّة، وهي قرينة الشيء المحكوم فيه، وهذه القرينـة مـن قـرائن القانون (الفصل 480 ثالثا من م.إ.ع). والقواعد المترتّبة عـن قرينـة الأمـر المقضي فيه هي الآتية :

1–أنّ الحكم حجّة لصاحب الحق وعلى المطلوب بالالتزام، ولا يحتاج الحق ولا الالتزام إلى بيّنة إضافية. الحكم بيّنة لا تحتاج إلى بيّنة.

2–أنّه لا يجوز للقاضي أن يتراجع في حكمه بعد النّطـق بـه وذلـك خلافا للأحكام الوقتيّة، و الاستعجاليّة والتّحضيريّة والقرارات الولائيّة. كذلك لا يجوز القيام بدعوى ثانية لها نفس المحدّدات.

416–Hichem Moussa, «L'exécution de la chose jugée et la réforme de la justice administrative en Tunisie», colloque sur : «La réforme de la justice administrative», F.S.J.P.S.T, op. cit. p. 59.

3-لا تقوم القرينة بدورها إلاّ في حدود وحدة الأطراف وبنفس المركز، ووحدة الموضوع والسّبب. فلها مفعول نسبي يعني ذلك أنّه إذا تغيّر أحد العوامل المذكورة، يجوز عندئذ القيام بدعوى ثانية.

4-تفقد قرينة الشيء المقضي فيه مفعولها بموجب الطّعن الاستدراكي العادي (الاستئناف). فإذا بات الاستئناف غير ممكن لفوات أجل الطّعن، يحرز الحكم أنذاك على قوّة اتّصال القضاء، فيصبح الحكم باتّا وقوّة اتّصال القضاء دائمة لا خدش فيها.

5-أنّ القرينة تنطبق على نصّ الحكم (منطوق الحكم) أو ما كان سببا ضروريّا من تعليل الحكم أو نتيجة عنه.

6-أنّ القرينة تتعلّق بمصالح الأشخاص وليست من قواعد النّظام العام. فليس على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه.

7-أنّها تقبل التجزئة، كأن يكون فرع من الالتزام اتّصل به القضاء دون الفروع الأخرى[417].

أمّا القاعدة المشتركة الأخرى بين تجاوز السلطة والقضاء الحقوقي، فإنّها تتمثّل في أنّ طرق التّنفيذ العاديّة المدرجة في م.م.م.ت، ليس لها مفعول إذا تعلّق الأمر بإدارة عموميّة، وذلك لاعتبار عدّة عناصر، منها أنّ الإدارة حارسة على الشرعيّة بموجب طبيعتها، وأنّها في خدمة الصّالح العام فلا يجوز أن تتلف أموالها خدمة لمصالح خاصّة، وأنّ تسديد ديونها لا يثير إشكالا، إذ لا يعتريها الإعسار، مبدئيّا على الأقل.

كذلك فهنالك الكثير من الأحكام المشتركة في مجال التّحقيق، والمرافعة والحكم والإعلام بالأحكام، كما بيّناه سابقا.

أمّا الفوارق بين تجاوز السلطة والقضاء الكامل، فهي الآتية :

---

[417]- قرار تعقيبي عدد 3994، 8 فيفري 1982، نشريّة محكمة التّعقيب 1983، ص 404.

1. على مستوى اتّصال القضاء، فإنّ الحكم بالإلغاء في تجاوز السلطة له قرينة اتّصال القضاء المطلقة، طبقا للفصل 8 من قانون غرّة جوان.

وعن ذلك تترتّب الآثار الآتية :

-رجعيّة الإلغاء،

-إرجاع الوضعيّة القانونيّة إلى ما كانت عليه قبل الإلغاء،

-اعتبار عدم التنفيذ خطأ جسيما يعمّر ذمّة الإدارة، مثل تجاوز السّلطة في ذلك، كمثل الأحكام الجزائيّة[418] والأحكام الموضوعيّة عامّة[419].

-وأنّ الحكم الإلغائي يُلزم الجميع إطلاقا، أي أنّه لا يمكن الطّعن من جديد ضدّ القرار الملغي حتى وإن تغيّرت محدّدات الدّعوى جميعها أو إحداها[420].

2. على مستوى الطّرق الاستدراكيّة

يخضع القضاء الحقوقي إلى الطرق الاستدراكيّة كاملة، أي إلى الطّعن بالاستئناف وإلى الطّعن بالتعقيب، خلافا للطعن بتجاوز السلطة الذي لا يمكن فيه التّعقيب، طبقا للفصل 66 من قانون غرّة جوان.

3. على مستوى التنفيذ

باعتبار أنّ الحكم في القضاء الكامل قرار نهائي يتعلّق بالحقوق، فإنّ الإدارة لها سلطة مقيّدة في مجال تطبيقه، تنفّذه كما تنفّذ الأوامر والتعليمات، دون خيار ولا اجتهاد ولا تأجيل[421]، إلاّ ما اقتضته ضرورة

---

[418]- قرار تعقيبي مدني، 25088، 14 ديسمبر 1989، مذكور في مجلّة الالتزامات والعقود، تعليق وكيل الدّولة العام الشرفي بلقاسم القروي الشابّي، الطبعة الثالثة 1995، ص 272.

[419]- قرار تعقيبي مدني، 7947، 11 جانفي1960، القضاء والتّشريع عدد 7 سنة 1960 ص 516/40.

[420]- عن حدود النّفوذ المطلق لاتّصال القضاء، انظر الباب المتعلق بالحكم في تجاوز السّلطة.

[421]- فيكون من حقّ المتقاضي أن يطلب من القاضي الإداري استعجاليّا أن يأذن بتسخير القوّة العامّة لتنفيذ الأحكام في حالة ما إذا رفضت الإدارة ذلك خطأ ؛ انظر في المسألة،

الأمن العام[422]. إذا اقتضت هذه الضّرورة عدم تنفيذ الحكم مؤقّتا أو نهائيّا، فإنّ المنتفع بالحكم له الحق في التعويض على أساس انقطاع مبدأ المساواة وحمل أعبائه على المجموعة[423].

أما في قضاء تجاوز السلطة، فالحكم يتمثّل في أنّ واجب التنفيذ يتراوح، حسب القضايا، من سلطة مقيدة إلى سلطة تقديريّة مفتوحة لاجتهاد الإدارة، كما بيّناه سابقا (القسم الثاني، الباب الثالث، الفصل الثاني).

ابراهيم البرتاجي، حول حكم استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 4 نوفمبر 2004، الصباح، 9 جانفي 2005، ص 7.

[422]- ومن حقّ المستفيد من الحكم أن يطلب إعانة القوّة العامّة لتنفيذ الحكم على الغير، طبقا للفصل 253 من م.م.م.ت. أمّا إذا صدر الحكم ضدّ الإدارة فلا يمكن استعمال الطّرق التّنفيذيّة، إلاّ أنّ الإدارة ملزمة بتنفيذ الحكم طوعا وبدون انتظار.

[423]- انظر قرار مجلس الدّولة الفرنسي كويتياس.
CE, 30 nov. 1923, Couiteas, S , 1923, note Hauriou concl. Rivet, 3, 57.

الفصل الثالث
ضمّ طلبين في تجاوز السلطة وفي التعويض، والفصل فيهما بحكم واحد

يرى بعض الخبراء أنّ اختلاف الأطراف المدّعى عليهما في القضيّتين[424] وتباين الإجراءات "لا يحول دون جمع الطلبين وتقديمهما صلب قضيّة واحدة. وحتى في صورة تقديم الطلبين في قضيّتين مستقلّتين، فإنّ حسن سير القضاء يقتضي ضمّهما والحكم فيهما بقرار واحد لتفادي التّضارب في الأحكام[425]. وقد سايرت المحكمة هذا الاتّجاه، تقضي بحكم واحد في "الفرع المتعلّق بالإلغاء" وفي "الفرع المتعلّق بالتّعويض"، شكلا ومضمونا[426].

إلاّ أنّ هذا الرّأي يثير صعوبات نظريّة وعمليّة من شأنها أن تجعلنا نبدي تجاهه بعض الاحتراز.

فعلا، لقد اتّجه فقه القضاء الفرنسي منذ 1911، نحو قبول الدّعوى ذات الفرعين، أي الدّعوى التي ترمي في آن واحد إلى إلغاء مقرّر إداري وفي نفس

[424]- في تجاوز السلطة، السلطة الإدارية صاحبة المقرر الإداري وفي القضاء الكامل المكلف العام بنزاعات الدّولة.

[425]- غازي الجريبي، القانون عدد 39 المؤرّخ في 3 جوان 1996 مبرّراته وإضافاته، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، السابق ذكره، ص 43.

[426]- على سبيل المثال : م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الأولى، 12 فيفري 2002، حبيب بن محمّد ساسي ضدّ بلديّة تونس.

الوقت إلى غرم الضّرر النّاتج عنه، وذلك في قرار Blanc, Argaing et Bezie الصّادر عن مجلس الدّولة في 31 مارس 1911[427].

ونحن لا نجادل في إمكان ضمّ القضايا، والحكم فيها في قرار واحد، لأنّ الضمّ لا يفقد القضايا استقلالها وخصوصيّاتها الإجرائيّة والتّحقيقيّة ويوجب القاضي، في منطوق الحكم، على إفراز ما قرّر لكلّ قضيّة، على حدة. وهكذا يمكن تمييز المطالب، والمواضيع، وما حكم في شأن كلّ طلب.

الأطروحة التي نجادلها تتمثّل في إمكان جمع المطالب في قضيّة واحدة، والفصل فيها بحكم واحد، وذلك لأنّ التّشريع التّونسي خصّص كلّ نوع من الطّعون الحقوقيّة والإلغائيّة بأحكام مستقلّة على مستوى إجراءات رفع القضايا، والإنابة والتّمثيل، والتّحقيق، والحكم والطّرق الاستدراكيّة والطّرق التّراجعيّة ونفوذ اتّصال القضاء وآثار الحكم، ممّا يحول عمليّا ونظريّا دون التّوازي والتّناسق بين الصّنفين، وممّا يجعل من قاضي الإلغاء وقاضي الأمور الحقوقيّة هيكلين مختلفين نوعيّا كما بيّناه سابقا، ورغم إخضاع الصّنفين من الدّعاوي إلى نفس الدّوائر، على الأقل على مستوى الطّور الابتدائي والاستئنافي. فعندما تقضي المحكمة الإدارية في حكم واحد، شكلا وموضوعا، في فرعين الأوّل يتعلّق بالإلغاء والثاني بالتّعويض، فإنّها تخرق القانون خرقا خطيرا من عدّة نواحي، منها أنّ الفرع المتعلّق بالتّعويض لا يجوز رفعه ضدّ الطّرف الإداري صاحب القرار المنتقد، كما هو الشّأن في تجاوز السلطة، وإنّما يجب رفعه ضدّ المكلّف العام بنزاعات الدّولة. وبالمناسبة نذكّر أنّ المحكمة نفسها قرّرت في قرارات عديدة أنّ الدّعوى التّعويضيّة المرفوعة ضدّ غير المكلّف العام بنزاعات الدّولة لا تقبل شكلا، وأنّ هذا العيب يهمّ النّظام العام[428]. فكيف والحالة تلك، نقبل الدّعاوي التّعويضيّة المركّبة على دعاوي إلغائيّة والمرفوعة ضدّ نفس الجهة الإدارية ؟

---

[427]– CE, 31 mars 1911, Blanc Argaing et Bézie, Sirey, 1912, 3, 129 note Maurice Hauriou.

[428]– م.إ، 29 ديسمبر 1988، م.ع.ن.د والديوان القومي للخدمات الجامعيّة ضدّ رحايمي، المجموعة، ص 116.

فإنّه يصعب مثلا أن نركّب على دعوى حقوقيّة، طعنا في تجاوز السلطة، لاختلاف الإجراءات والمدّعى عليهما في الحالتين، ولأنّ نفس النتيجة ممكنة بمجرّد الدّعوى الحقوقيّة، عندما تكون مبنيّة على عدم شرعيّة القرار التي يرجع للقاضي الحقوقي حينئذ أن يقدّرها، دون أيّ لجوء إلى الطّعن بتجاوز السلطة. وفي هذه الصّورة يكون الدّاعي قد تحصّل على التّغريم دون حاجة إلى الإلغاء.

كما أنّه يصعب أن نركّب دعوى تعويضيّة على طعن بتجاوز السلطة، لنفس الأسباب، ولأنّ التّعويض هنا معلّق بالإلغاء، فيتعيّن على الدّائرة أن تتّخذ موقفا في جلسة المفاوضة مرورا بالتّحقيق وملحوظات مندوب الدّولة والمرافعة ثمّ على ضوء البطلان الذي قرّرته أن تبتّ في التّعويض، ممّا يستوجب تحقيقا جديدا.

القسم الرّابع

الطرق الاستدراكيّة

الفكرة الأساسيّة التي تشرف على صدور الأحكام القضائيّة تتمثّل في القيمة القانونيّة الخاصّة التي تتّسم بها الأحكام، شأنها في ذلك مغاير لشأن القرارات الإداريّة.

قلنا في مقدّمة الكتاب إنّ الحكم القضائي له صفة القول الفصل بين متنازعين، في قضيّة قانونيّة معلومة، وأنّ له حجّة خاصّة باعتباره المعبّر عن الحقيقة القانونيّة النّهائيّة. ونظرا لخطورته على حقوق الأشخاص والمؤسّسات، فإنّه يستوجب الإمعان والتّثبّت، والتّروّي، قبل أن يكتسب قوّة اتّصال القضاء. ذلك هو مبرّر الطّرق الاستدراكيّة التي تهدف إلى إعادة النّظر كليّا (الاستئناف) أو جزئيّا (التّعقيب) في الأحكام القضائيّة التي لم تحرز على قوّة اتّصال القضاء، من قبل جهة قضائيّة أعلى من التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

وهذا العامل هو معيار التّمييز بين الطّرق الاستدراكيّة[429] والطّرق التّراجعيّة[430] التي سنتعرّض لها فيما بعد (القسم الرّابع). فلا تكون الأولى إلاّ قبل الإحراز على قوّة اتّصال القضاء، من قبل هيئة قضائيّة لها مرتبة أعلى في السّلّم الهرمي القضائي، بينما لا تكون الثانية إلاّ بعد الإحراز على قوّة اتّصال القضاء، ومن قبل نفس الهيئة القضائيّة التي أصدرت الحكم. أمّا النّتيجة فهي واحدة في كلتا الحالتين : طلب إعادة النّظر في الحكم.

---

[429]– Voies de réformation.
[430]– Voies de rétractation.

البـــاب الأوّل

الاستئنـــاف فـــي القضـــاء الإداري

إذا اتّفقنا على أنّ وظيفة القضاء تنحصر في أنّه النّاطق النّهائي عـــن مراد المشرّع، وأنّه منفّذ القوانين على الأشخاص، وبالتّالي حـــامي حقـــوقهم وزاجر تجاوزاتهم، وأنّ وظيفته خطيرة جدّا وحاسمة على نظام المجتمع كلّه وعلى حرّيّات الأشخاص وأمنهم، فمن المعقول والمستحسن أن يتّســـم نظـــر القضاء في النّزاعات بالتّحرّي والإمعان. وعلى هذا الأســـاس فـــتح النظـــام القضائي الحديث إمكانيّة التّظلّم لدى درجتين للمتقاضين كـــي يتســـنّى لهـــم التّداعي مرّة أولى أمام الدّرجة الابتدائيّة، وثانية أمام الدّرجـــة الاســـتئنافيّة، ضمانا لتطبيق سليم للتّشريع، ومزيدا للتّثبّت والتّروي، واستدراكا لما قد يقـــع فيه قاضي البداية من خطأ في تأويل القانون، أو تحريف في استقراء الوقائع أو وصفها، أو إخلال بالإجراءات القضائيّة.

فالاستئناف طريقة استدراكيّة يتمّ بفضلها إعادة ما بتّ فيه قاضي الدّرجة الأولى في خصوص الوقائع والقانون : وهي مفتوحة لمن له فائدة من الخصوم قصد مراجعة ما تقرّر في شأنه بالحكم الابتدائي. وبإحداث الدّوائر الاســـتئنافية عمّم المشرّع في القضاء الإداري مبدأ الدرجتين وحـــدّد اختصـــاص الـــدّوائر الاستئنافيّة على النّحو الآتي ذكره في الفصل 19 جديد من قانون غرّة جوان :

الفصل 19 (جديد) "تختصّ الدّوائر الاستئنافيّة بالنّظر :

–في استئناف الأحكام الصّادرة عن الدّوائر الابتدائيّة بالمحكمة الإداريّة.

-في استئناف الأحكام الابتدائيّة الصّادرة عن المحاكم العدليّة في المادّة الإداريّة في نطاق اختصاص مسند إلى تلك المحاكم بقانون خاص وذلك ما لم ينصّ القانون المذكور صراحة على اختصاص المحاكم العدلية بالنّظر استئنافيّا في تلك الأحكام.

-في استئناف الأذون والأحكام الاستعجاليّة الصّادرة في المادّة الإداريّة، المنصوص عليها في هذا القانون".

-في استئناف القرارات الصّادرة عن لجنة المنافسة، طبقا للقانون الأساسي التّنقيحي 70-2003 الصّادر في 11 نوفمبر 2003[431].

[431]- انظر القسم الأوّل، الباب الثاني، الفصل الثاني، الفقرة الأولى.

الفصل الأوّل
اختصاص المحكمة الإداريّة استئنافيّا

الفقرة الأولى
دور الدّوائر الاستئنافيّة

كما رأينا سابقا[432]، لا تكون المحكمة الإداريّة مختصّة إلاّ إذا ثبت لديها أنّ موضوع القضيّة يندرج في صلب المادّة الإداريّة وأنّه يتطلّب بالتّالي تطبيق قواعد خارجة كلّيّا أو جزئيّا عن قوانين الحق العام. ولا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في النّزاع ليصبح موضوع القضيّة "إداريّا" على المعنى المذكور، إذ نعلم أنّ الهياكل الإداريّة لا تخضع لاختصاص القضاء الإداري إلاّ إذا عملت في ميدان التّصرّف العام (تسيير المصالح العموميّة في ظلّ قواعدها التّنظيميّة المسطّرة لها من قبل المشرّع أو صاحب السلطة الترتيبيّة) مع ما يستوجبه ذلك التّصرّف من استعمال النّفوذ والطّرق والوسائل الملزمة الدّاخلة كلها في نطاق السيطرة الحكميّة للدّولة لا مثيل لها في مجال مشمولات الخواص.

فلا تكون مقاضاة الإدارة من اختصاص القاضي الإداري إلاّ إذا توفّر هذا الشرط الأساسي والأوّلي. فإذا توفّر، تعرض القضيّة ابتدائيّا عن دائرة ابتدائيّة من دوائر المحكمة الإداريّة، أو عن محكمة إداريّة دنيا خارجة عن المحكمة الإداريّة، وتابعة للجهاز القضائي العدلي.

[432]- القسم الأوّل، الباب الأوّل، الفصل الأوّل.

هكذا يتبيّن أنّ الدّوائر الاستئنافيّة بالمحكمة الإداريّة تقوم بدورين، كما نصّ عليه الفصل 19 جديد :

-إمّا استئناف الأحكام العاديّة أو الاستعجاليّة الصّادرة عن الدّوائر الابتدائيّة بالمحكمة الإداريّة.

-وإمّا استئناف الأحكام الابتدائيّة العاديّة أو الاستعجاليّة الصّادرة عن المحاكم العدليّة في المادّة الإداريّة، بصفتها محاكم إداريّة دنيا مراقبة.

الفقـــرة الثانيـــة
شموليّـــة الاستئنـــاف

وتعني شموليّة الاستئناف أنّ كلّ القرارات الابتدائيّة التي تتميّز بالصّبغة الحكميّة قابلة للاستئناف سواء كانت في الموضوع أو قبل الفصل فيه.

وهذا هو شأن :

1) كلّ المسائل الإجرائيّة التي يبتّ فيها القاضي تلقائيّا كالمسقطات والمبطلات الوجوبيّة.

2) كلّ الأحكام في المطالب الفرعيّة المثارة من قبل الخصوم أو من قبل الغير سواء ألحقت بالأصل كالتّداخل والإدخال أو انفصلت عنه.

3) كلّ الأحكام في الدّوافع الرّامية إلى التّخلّي عن النّظر لسابقيّة نشر القضيّة بمحكمة أخرى أو لارتباطها بنازلة أخرى.

4) كلّ الأحكام في الدّوافع بعدم الاختصاص مهما كان سببه (وهي صورة لا بدّ من تمييزها عن 3).

5) كلّ الأحكام الاستعجاليّة الإداريّة طبقا لفقه قضاء مستقرّ للمحكمة الإداريّة وللفقرة الثالثة من الفصل 19 من قانون غرّة جوان.

6) والأذون الصّادرة عن رئيس المحكمة الابتدائيّة أو رئيس الدّائرة الابتدائيّة.

إنّ المحكمة كانت سلّطت مبدأ شموليّة الاستئناف على المجال الإجرائي، فنفّذته مثلا على الأحكام الاستعجاليّة والاعتراضيّة[433]، والأذون على العرائض[434]، وتوقيف الأحكام الاستعجاليّة[435]، باعتبار أنّ الإجراءات تابعة وخادمة للموضوع، متى أدرج الموضوع في اختصاص المحكمة، أقحمت معه إجراءاته أصلا وفرعا، تفريعا عن مبدأ : "قاضي الأصل هو قاضي الفرع".

إلاّ أنّ مبدأ شموليّة الاستئناف لا ينطبق على القرارات القضائيّة التي ليس لها صفة الحكم كترسيم القضايا وطرحها وتأجيلها والأمر بالمرافعة الحينيّة وختم المرافعات وتعيين الخبراء، وغير ذلك من المسائل المنحصرة في نطاق سلطة القاضي التنظيمية في إدارة القضيّة وتسييرها. ولكن لا يعني ذلك أنّ الإخلال بالقواعد المسطّرة لهذه الأعمال لا عواقب له، حيث إذا ثبت، يصبح مستندا للطّعن في الحكم النّهائي لدى الدّرجة الثانية.

---

[433]- م.إ، 13 ديسمبر 1976، م.ع.ن.د./زغندة، المجموعة، ص 106.
م.إ، 18 فيفري 1982، م.ع.ن.د./محمّد المسدّي، المجموعة، ص 17.

[434]- م.إ، 7 جويلية 1988، م.ع.ن.د./آمنة بنت الحاج ساسي ريّانة، غير منشور.

[435]- انظر قرار باك-قتاف المشار إليه آنفا (القسم الأوّل، الباب الأوّل، الفصل الأوّل، الفقرة الثانية، تطبيق المبدأ في الميدان التّعاقدي).

الفصل الثاني

إجراءات الاستئناف

إجراءات الاستئناف هي التي نصّ عليها الباب الثالث من العنوان الرّابع من قانون غرّة جوان.

-يرفع الاستئناف بمقتضى مطلب يحرّره محام لدى التعقيب[436] أو لدى الاستئناف، ويقع تسجيله لدى كتابة المحكمة. وفي الطّور الاستئنافي يصبح الإعفاء من مساعدة محام في تجاوز السلطة إعفاء جزئيّا، حيث ينحصر مفعوله في مجال الوظيفة العموميّة وفي الجرايات والحيطة الاجتماعيّة. أمّا أجل الاستئناف فإنّ أقصاه شهرا أخذا بمبدإ فوريّة الاستئناف وأنّه يحتسب ابتداء من تاريخ الإعلام بالحكم الابتدائي، إن كان ذلك بالطريقة الإداريّة أم كان عن طريق عدل منفّذ. إلاّ أنّ المحكمة قرّرت أنّ الاستئناف المقدّم قبل أوانه (أي قبل الإعلام بالحكم الابتدائي) يكون مقبولا[437]. ولا شكّ في أنّ تجاوز الأجل يعتبر من المسقطات الوجوبيّة يتعيّن على القاضي إثارته تلقائيّا مع العلم بأنّ رفع الاستئناف خطأ أمام محكمة غير مختصّة لا يمدّد في الأجل[438].

[436]- الدّولة معفاة من هذه القاعدة حيث يمثّلها م.ع.ن.د.

[437]- م.إ، 28 أفريل 1977، ماشطة وبكّوش ضدّ المكلّف العام بنزاعات الدّولة، المجموعة، ص 142.

[438]- م.إ، 10 جويلية 1978، المكلّف العام بنزاعات الدّولة ضدّ السلامي، المجموعة ص 145.

-من ماي 1993[439] أعفيت العرائض لدى المحكمة الإداريّة من دفع معاليم التّرسيم والتّسجيل والمرافعات ولا تخضع اليوم إلاّ للطّابع الجبائي.

-المذكّرة الاسهابيّة. جاء بالفصل 61 جديد من قانون غرّة جوان أنّه يتحتّم على المستأنف أن يقدّم، في أجل الشهرين من ترسيم عريضته "مذكّرة... في بيان أسباب الطّعن تكون مصحوبة بنسخة من الحكم المستأنف وما يفيد إبلاغ المستأنف ضدّه بنظير من تلك المذكّرة...". وهذا الإجراء يدلّ على أنّ العريضة وثيقة وجيزة ومقتصرة على البيانات المنصوص عليها بالفصل 59 (الأسماء، المقرّرات، نص الحكم المستأنف وعدده وتاريخه) وأنّها تفتقر إلى وثيقة تكميليّة تأتي بتفصيل وتحليل الوجه القانوني للقضيّة وتتمثّل في المذكّرة الاسهابيّة.

وحقيق بالذكر أن نلاحظ أنّ المذكّرة الاسهابيّة لها دور إجرائي لا نفي فيه وأنّ فقدانها يؤدّي حتما إلى سقوط الاستئناف، كما نصّ عليه الفصل 61. تبقى المذكّرة وجوبيّة حتّى إذا فرضنا أنّ الطّالب توسّع كثيرا في عريضته، وأنّه وضع فيها تحليلا قانونيّا تامّا ومستفيضا من شأنه أن يفقد المذكّرة جدواها.

[439]- القانون الأساسي المؤرّخ في 17 ماي 1993 والمتعلّق بإلغاء معاليم الترسيم والتسجيل والمرافعة المستوجبة على عرائض القيام بالدّعاوي لدى المحكمة الإداريّة، الرّائد الرسمي، عدد 39 ص 715.

الفصل الثالث
مفعول الاستئناف

تترتّب عدّة آثار قانونيّة على القيام بالاستئناف. وهذه الآثار تتعلّق إمّا بمفعول الاستئناف على تنفيذ الحكم الابتدائي وحجّيته، وإمّا على نظر القاضي الاستئنافي ومشمولاته. يسمّى الأوّل المفعول التّوقيفي والثاني المفعول الانتقالي[440].

الفقرة الأولى
المفعول الإيقافي للاستئناف

إنّ الطّعن بالاستئناف يعطّل تنفيذ حكم البداية ويحول دون مفعول قرينة اتّصال القضاء[441] إلاّ ما استثناه القانون أو إذا أذن في الحكم بالنّفاذ العاجل. وقد نصّ الفصل 64 جديد على هذه القاعدة العامّة وهي من قواعد المرافعات المدنيّة (انظر الفصل 146 من م.م.م.ت).

[440]– يمكن الرّجوع إلى : حمّادي الزريبي ومحمّد رضا الشيخ، "مفعول الاستئناف"، ملتقى القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، 12-13 أفريل 2001، المرجع السّابق ذكره، ص 111 إلى 129.

[441]– وهذا خلافا لما استقرّ عليه القانون الفرنسي.

وقد رأى البعض قديما[442] أنّ الأمر بالتّنفيذ الوقتي غير ممكن في المادّة الإداريّة وذلك استنادا إلى فقه قضاء قديم (تونس، 9 أفريل 1894، المجلّة الإداريّة 1894، 2. ص 338). غير أنّ التنفيذ الحيني افتراض مقبول كلّما اقتضته طبيعة الحكم أو نصّ عليه القانون وهذا هو حال الأحكام الاستعجاليّة التي لا ينطبق عليها مبدأ المفعول الإيقافي نظرا لطبيعتها واقتباسا من المبدإ الأصولي المنصوص عليه بالفصل 209 من م.م.م.ت "استئناف الأحكام الاستعجاليّة لا يعطّل تنفيذها". ولكنّ المحكمة الإداريّة أقرّت لنفسها اختصاص توقيف الأحكام الاستعجاليّة. وبصدور القانون عدد 39 لسنة 1996 وقع إقرار المبدأين بمقتضى الفصل 86 من قانون غرّة جوان، مبدأ أنّ الاستئناف لا يوقف تنفيذ الأذون الاستعجاليّة، ومبدأ جواز توقيفها في حالات استثنائيّة، كما سنبيّنه فيما بعد.

والمفعول الإيقافي مفعول آلي لا يستوجب اللجوء إلى إجراءات توقيفيّة خاصّة.

الفقرة الثانية
المفعول الانتقالي للاستئناف

مرّة أخرى، نشاهد تطابقا ملحوظا بين أحكام المرافعات المدنيّة والمرافعات الإداريّة، فقد جاء بالفصل 65 جديد من قانون غرّة جوان "الاستئناف ينقل الدّعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف، وذلك في خصوص ما تسلّط عليه الاستئناف". إنّ الحكم المدرج بالفصل 65 يقابل تماما ذاك الذي نصّ عليه الفصل 144 من م.م.م.ت.

[442]– R. Soulmagnon, Principes du contentieux administratif tunisien, Tunis, 1922, p. 73.

والمفعول الانتقالي للاستئناف يعني :

أوّلا : أنّ الطّعن بالاستئناف طريقة تؤدّي إلى مراجعة ما حكم به قاضي الدّرجة الأولى، مراجعة كلّية، فهي حكم من جديد، وطريقة استدراكيّة تامّة.

ثانيـــا : أنّ الطّعن يقع رفعه إلى قاض يتميّز بأنّه أعلى درجة في السّلّم القضائي من الذي حكم ابتدائيّا.

ثالثـــا : أنّ الحكم من جديد لدى قاضي الاستئناف غيـــر مطلـــق بـــل مقصور في أطرافه[443] وموضوعه ووقائعه على ما نظر فيه قاضي الدّرجـــة الأولى، وذلك أخذا بمبدإ وحدة القضيّة : القضيّة واحدة ينظر فيها مرّتين لدى درجتين ولا قضيّتان منفصلتان. وهذا الحكم منطقي، إذ لا يعقل أن تراجـــع المحكمة الأعلى درجة ما لم يقع البتّ فيه من قبل الأدنى درجة.

وترتيبا على ذلك ليس بإمكان المستأنف :

-أن يغيّر موضوع طلبه

-أو أن يقوم بدعواه على أساس وقائع جديدة لم تطرح سابقا أمام الدّرجة الأولى.

وليس بإمكان القاضي أن يتجاوز ما وقع الاستئناف في شأنه أو ما تسلّط عليه الاستئناف أي أن يتحرّر من الحدود التي سطّرها طلب الاستئناف.

وخلاصة القول إنّ المفعول الانتقالي للاستئناف يمكن التّعبير عنه على الوجه التّالي :

أوّلا : لا انتقال إلاّ في حدود ما حكم فيه.

ثانيـــا : لا انتقال إلاّ في خصوص ما استؤنف فيه.

الجزء الثاني من هذا المبدإ يخصّ كلّ الطّعون القضائيّة ولا يقتصر على الاستئناف.

[443]- إلا أنّ الفصل 63 أجاز التّداخل التّأييدي في الطّور الاستئنافي.

أمّا الجزء الأوّل فهو خاصّ بالاستئناف. إنّه يعني أنّ القضيّة تبقى مقيّدة بمحدّداتها[444] في الطّور الأوّل، على النحو الآتي ذكره وفي حدود ثلاثة مبادي : "لا انتقال إلاّ في حدود ما حكم فيه"، ثمّ "لا انتقال إلاّ في حدود ما استؤنف في شأنه"، وأخيرا "حقّ التّولّي".

المحـــور الأوّل : لا انتقـــال إلاّ فـــي حـــدود مـــا حكـــم فيـــه[445]

نتيجة لوحدة القضيّة ولكون الاستئناف طريقة استدراكية كلّية، لا يمكـــن للطّاعن أن يغيّر موضوع طلبه، وهذا هو مبدأ استقرار الطلبات. فإذا فرضـــنا أنّ الدّاعي اقتصر على غرامة الانتزاع في الطّور الأوّل، فلا يجوز أن يوسّـــع طلباته في الطور الثاني إلى الفوائض وغرامة الخسارة فإنّها طلبات جديدة[446].

ونفس الحكم ينسحب على الوقائع، إذ لا يمكن تأسيس الطلـــب علـــى وقائع لم تطرح سابقا على حاكم الطّور الابتدائي.

وكلّ ما يمكن للطّالب أن يزيده مقصـــور علـــى الطلبـــات الملحقـــة والمرتبطة بالدّعوى الأصليّة والتي استحدثت بعد صدور الحكم، كالزّيادة في غرامة التّعويض إذا تفاقم الضّرر في المدّة الفاصلة بين الحكم واســـتئنافه، أو التّرفيع في أجرة المحامي[447]. وهذه الأحكام أدرجت بالنّص الجديـــد لقـــانون غرّة جوان في الفقرة الثانية من فصله 65.

[444]- في محدّدات الدّعوى، انظر القسم الأول، الباب الثالث، الفصل الثالث.

[445]- Letourneur : «L'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans le contentieux administratif», E.D.C.E, 1958, p. 59.

[446]- المحكمة الإداريّة، 9 مارس 1978، مؤسّسات ليكاري، المجموعة ص 60.

[447]- المحكمة الإداريّة، 25 ماي 1978، بلديّة نابل ضدّ الهاشمي االمعموري، المجموعة، ص 114.

أمّا في خصوص السبب والوسائل القانونيّة فالباب مفتوح أمام المستأنف لتحويرها أوتغييرها. وقد صرّحت المحكمة الإداريّة ما يأتي : "وحيث أنّه من الثابت فقها وقضاء جواز إثارة كلّ سبب جديد لدى الاستئناف ما دام موضوع الطلب الأصلي باقيا دون تغيير وخاصّة إذا ما تمّ ذلك من قبل المستأنف الذي كانت له صفة المدّعى عليه في الطور الابتدائي[448]".

ورغم أنّ المحكمة أكّدت الجواز بالنسبة للمستأنف الذي كان له صفة المدّعى عليه، يبقى أنّها لم تستثن من هذا الجواز المستأنف الذي كان مدّعيا، اقتداء بنصّ الفصل 148 من م.م.م.ت. الذي لم يميّز بين الحالتين. وهذا نصّ الفصل 148 : "يمكن تغيير السّبب المبني عليه المطلب إذا كان موضوع الطلب الأصلي باقيا على حاله بدون تغيير وكان السبب الجديد غير قائم على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدّرجة الأولى. وكذلك يمكن الاحتجاج بوسائل جديدة لدى الاستئناف".

يلاحظ أنّ فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي لا يسمح للمدّعي الأصلي سواء أصبح مستأنفا أو مستأنفا عليه أن يقدّم سببا جديدا، ويشرط منه إذا دعّم دعواه بوسائل جديدة أن تكون راجعة إلى السبب عينه[449]. فإذا كان طلب التّعويض مؤسّسا على سوء سير المرفق العام أمام المحكمة الإداريّة في الطّور الابتدائي لا يجوز للطّالب أن يؤسّس استئنافه على عدم صيانة المنشإ العام، أو أن ينتقل من المسؤوليّة التّعاقديّة إلى المسؤوليّة التّقصيريّة أو (في مادّة الإلغاء) أن يتحوّل من أوجه العيوب الشكليّة إلى العيوب التي تتعلّق بمضمون القرار. وهذا التضييق في تقديم أسباب جديدة غير مواكب لأحكام مجلّة المرافعات المدنيّة الجديدة بفرنسا التي سمحت للمستأنف أن يركّز دعواه على سبب قانوني جديد (انظر الفصل 565 من هذه المجلّة). والتّحجير الذي ذكرناه لا ينسحب على المدّعى عليه الذي أصبح مستأنفا أو مستأنفا عليه، تيسيرا عليه نظرا لمركزه الدّفاعي.

---

[448]– المحكمة الإداريّة، 24 جانفي 1985، بلديّة تونس ضدّ حيون سلامة ومن معه (غير منشور.

[449]– R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 7e éd, p. 1009.

أمّا الفقرة الثانية من الفصل 65 جديد من قانون غرّة جوان فإنّ تحريرها لا يمنع من تقديم أسباب جديدة كما قرّرته المحكمة الإداريّة سابقا، غير مميّزة بين المدّعي والمدّعى عليه[450].

المحور الثاني : لا انتقال إلاّ في حدود ما استؤنف في شأنه

إنّ قاضي الاستئناف مقيّد كقاضي البداية بطلبات الخصوم. وإذا كان من حقّه كما قلنا سابقا أن يستدرك ما قضاه الحاكم الابتدائي استدراكا كلّيّا في خصوص الاختصاص، وإجراءات الدّعوى، وإجراءات القضاء، والموضوع، فليس له ذلك إلاّ في حدود طلب الاستئناف أي في حدود النقط التي أثارها المستأنف طعنا في حكم البداية. ولا يسري هذا الحكم بطبيعة الأمر على المسائل التي يتعيّن على القاضي إثارتها تلقائيّا لأنّها تهمّ النّظام العام.

وحكم "لا انتقال إلاّ في حدود ما استؤنف فيه" ينطبق خاصّة على الاستئناف العرضي.

الاستئناف العرضي[451]

لم يتعرّض قانون غرّة جوان في نصّه الأصلي إلى الاستئناف العرضي بذاته ولكنّه اكتفى بالإشارة إلى "الدّعاوي العارضة" في فصليه 54 و 55. ووقع استدراك هذا الوضع بمقتضى الفصل 62 جديد من قانون غرّة جوان، الذي قنّن فقه قضاء المحكمة الإداريّة في هذا الشأن وهو فقه قضاء يعتمد على أحكام مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

---

[450]– حمّادي الزريبي ومحمّد رضا الشيخ، المرجع السّابق ذكره، ص 118.

[451]– L'appel incident.

والاستئناف العرضي يماثل حق القيام بدعوى المعارضة[452] لدى حاكم البداية. وحقّ المعارضة طريقة دفاعيّة تهدف إلى ردّ الدّعوى الأصليّة بالمزايدة عليها، أي أنّها تجعل من المدّعى عليه مطلوبا وطالبا.

والقائم بالاستئناف العرضي هو المستأنف ضدّه في الطّور الاستئنافي الذي فات عليه أجل الاستئناف أو الذي قبل الحكم الابتدائي، فله أن يختار بين أمرين: إمّا أن يطلب رفض الاستئناف فحسب، فيجد نفسه مدافعا ومؤيّدا لما قرّره حاكم البداية لأنّه يرضيه، وإمّا أن يرمي إلى أبعد من ذلك فيطلب في آن واحد رفض الاستئناف الأصلي ثمّ نقض الحكم الابتدائي، لأنّه أرضى جزئيّا طلبات خصمه. فالاستئناف العرضي، طريقة دفاع بالمطالبة والمزايدة.

ويقع تقديم الاستئناف العرضي بعريضة مختصرة ويضاف إلى الأصل ليُحكم فيهما بحكم واحد طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 46 جديد. ويمكن للمستأنف العرضي أن يرفع استئنافه بدون تقيّد بآجال معيّنة (وهو أمر طبيعي، لأنّه لو رفع طعنه في الأجل القانوني لصار مستأنفا أصليّا) وذلك إلى حدّ ختم التّحقيق، طبقا للفصل 62 جديد من القانون.

الاستئناف العرضي يتبع الاستئناف الأصلي

أوّل ما نشير إليه في هذا المضمار أنّ الاستئناف العرضي مقيّد بموضوع الاستئناف الأصلي، ولا يجوز أن يؤول إلى البتّ في طلب مستقلّ عن الطلب الأصلي، فالاستئناف الأصلي هو الذي يحدّد موضوع العرضي، أخذا بمبدإ "لا انتقال إلاّ في حدود ما استؤنف في شأنه" الذي ينسحب على قاضي الاستئناف وعلى المستأنف عليه.

نضيف أنّ المحكمة الإداريّة، قبل تقنين ذلك بالفصل 62 جديد، سلّطت على الاستئناف العرضي أحكام الفصل 143 من م.م.م.ت. تقول المحكمة : "إنّ الاستئناف العرضي مرتبط ارتباطا وثيقا بالاستئناف الأصلي وبالتّالي فهو يبقى ببقائه ويزول بزواله، ما لم يكن زوال الاستئناف الأصلي مبيّنا على

[452]– La demande reconventionnelle.

الرّجوع فيه[453]". وذلك يعني أنّه يتبع مصير الاستئناف الأصلي. وبالتّالي فإنّ عدم قبول الاستئناف الأصلي يؤدّي إلى سقوط الاستئناف العرضي[454]. ولكن تخلّي المستأنف عن طعنه ليس له أثر على الاستئناف العرضي[455].

وهذا الحكم الأخير الخاص بالتّخلّي، حكم منطقي ومعروف، كي لا يصير الاستئناف ضدّ حكم قضى "بالمشاطرة" بين الخصمين فرصة في يد الذي لم يرض به، يستعملها حينما شاء ضدّ الذي رضي بالحكم، يرفع طعنه ليستكمل ما ألت الحكم من حقّه ثمّ يتخلّى عنه إذا تكهّن لنفسه بالخسارة وخصمه تابع مطاوع.

نلاحظ في النّهاية أنّ الاستئناف العرضي مستقلّ عن رفض الأصلي موضوعا.

المحور الثالث : حق التّصدّي أو التّولّي

بطبيعة الأمر يتسنّى للمستأنف أن يتقدّم بمستندات قائمة على أسباب جديدة متعلّقة بذات الحكم المخدوش فيه أو راجعة إلى شرعيّته الإجرائيّة. ولهذه الوضعيّة صورتان :

أ-الصّورة الأولى : خرق الإجراءات القضائيّة مع البتّ في الموضوع من قبل قاضي البداية

في صورة ما إذا ثبت لدى قاضي الاستئناف أنّ هنالك إخلالا بقواعد المرافعات وهي التي تشمل الإجراءات والاختصاص[456]، يرجع له أن يبطل

[453]– م.إ، 25 ماي 1978، فضيلة بنور ضدّ الوكالة العقاريّة للسّكنى، المجموعة، ص 118.
[454]– م.إ، 24 جويلية 1975، المكلّف العام بنزاعات الدّولة ضدّ عثمان المنّاعي، المجموعة، ص 17.
[455]– م.إ، 25 ماي 1978، فضيلة بنت علي بنّور/الوكالة العقاريّة للسّكنى، المجموعة، ص 118.
[456]– الصور التي يمكن فيها الإخلال بالإجراءات أو بقواعد الاختصاص متعدّدة نخصّ منها :

الحكم. والمفروض منطقيّا عندئذ أن تحال القضيّة على قاضي البداية لأنّ إبطال الحكم لخرق الإجراءات القضائيّة يجعله كأنّه لم يكن وبالتّالي يفرض الحكم من جديد مع احترام القواعد الإجرائيّة التي وقع خرقها.

غير أنّ هذا المنطق من شأنه أن يمدّ كثيرا في آجال البتّ في القضايا، ولذا جاءت أحكام المرافعات بمبدإ يعطّل مفعول الحكم المذكور آنفا وهو مبدأ حقّ التّولّي الرّاجع لحاكم الدّرجة الثانية، والذي يسمح له أن يلغي الحكم ثمّ أن يتولّى بنفسه البتّ في الموضوع. فلنفرض أنّ حاكم البداية قضى في الموضوع بينما كان غير مختصّ، وبذلك يكون قد خرق مبدأ أساسيّا إجرائيّا يهمّ النّظام العام. المنطق القانوني يفرض أن يُلغي حكم البداية إلغاء مطلقا، وأن يُرجع الخصوم إلى البداية للحكم في القضيّة من جديد مع مراعاة اختصاص المحاكم، وفي ذلك إطالة وإضاعة وقت مضرّة بالمتقاضين. ولذا يقوم حقّ التّولّي لتفادي هذه الوضعيّة. وقد أصابت المحكمة الإداريّة عندما نهجت هذا المنهج. في القضيّة عدد 491 المؤرّخة في 29 جانفي[457] 1987 : قضيّة انتزاع حكمت فيها المحكمة الابتدائيّة بتونس وأخطأت في حكمها لأنّ العقار كان يوجد بقرمباليّة خارج دائرة اختصاصها التّرابي، إلاّ أنّ المحكمة الإداريّة تولّت الموضوع وحكمت فيه بعدما تبيّن لها أنّ القضيّة جاهزة. نشير إلى قضيّة أخرى تخالف الاتّجاه السّابق عدد 330، 24 جانفي 1985[458]، قضيّة انتزاع حكمت فيها

-خرق قواعد الاختصاص التّرابي، بالنسبة للمحاكم الإداريّة الدّنيا الخارجة عن المحكمة الإداريّة والمحدودة الاختصاص التّرابي،
-خرق قواعد الاختصاص المادّي،
-عدم شرعيّة إجراءات التّحقيق،
-تجاوز طلبات المدّعي،
-الإخلال بقواعد تركيب المحكمة أو الدّائرة،
-الإخلال بقواعد تحرير الأحكام،
-المناسبات الكثيرة التي يمكن لقاضي البداية أن يحكم بعدم قبول الدّعوى بينما كانت مقبولة أو أن يحكم بقبولها بينما كانت تستحقّ عدم القبول (الأسباب كثيرة منها : الرّاجعة إلى أهليّة المدّعي أو مصلحته في الطّعن، ومنها الرّاجعة إلى آجال الطعن، ومنها المتعلّقة بإجراءات التّداعي إلى غير ذلك).

[457]- غير منشور.

[458]- انظر كذلك، م.إ، 24 جانفي 1985، الطّاهر بن حسن، المجموعة، ص 10.

المحكمة الابتدائيّة بتونس بغرامة الانتزاع بينما كان العقار يوجد في دائرة محكمة سوسة : استؤنف الحكم، فرفضت المحكمة الإداريّة الدّعوى لعدم الاختصاص ولم تتصدّ للموضوع وفي هذه الصّورة يكون المدّعي مجبورا على الرّجوع إلى البداية أمام القاضي المختصّ ترابيّا وهو قاضي سوسة.

ففي هذه الصّورة الأولى، إمّا أن تتصدّى المحكمة الإداريّة أو أن ترجع إلى قاضي البداية، حسب الملف وبلوغ التّحقيق[459].

ب-الصّورة الثانية : لم يبتّ قاضي البداية في الموضوع (الفقرة الثالثة من الفصل 65 جديد)

ولمبدإ حقّ التّصدّي نتائج غريبة جديرة بالذكر تتجسّم في الحالة التي لم ينظر فيها حاكم البداية في الموضوع لأنّه قرّر عدم اختصاصه أو صرّح بعدم قبول الدّعوى، فرفعت النازلة إلى القاضي الاستئنافي، فرأى هذا الأخير أنّ الحاكم الابتدائي أخطأ في تقديره. لو سلّطنا النّظر المنطقي على هذه الحالة لأدّى بنا حتما ودون استثناء إلى الحكم بإحالة القضية على الدّرجة الأولى للبتّ في الموضوع الذي أهمل في المرّة الأولى. ولكن تفاديا للإطالة يأتي مبدأ حقّ التّولّي بمفعوله ويسمح لقاضي الاستئناف في بعض الظروف أن يقوّم الحكم فيقرّر الاختصاص أو قبول الدّعوى، ثمّ يتولّى الموضوع مباشرة. والغريب في هذه الصّورة أنّ الموضوع سيقع البتّ فيه لأوّل مرّة، في الطّور الاستئنافي، أي أنّ حقّ التّولّي قد حال دون مفعول الاستئناف الذي يقتضي أن يُنظر إلى موضوع القضيّة لدى درجتين[460].

---

[459]- للإطلاع على قرارات أخرى من هذا النّوع بعد 1996، حمّادي الزريبي ومحمّد رضا الشيخ، المرجع السّابق ذكره، ص 118 وما بعدها.

[460]- إنّ مجلس الدّولة الفرنسي بعد تردّد غلّب، في هذه الصّورة، حق التّولي على مفعول الاستئناف Augeraye، 13 ماي 1970، مجموعة Le bon، ص 334، مع ملحوظات Kahn.

ولذلك فتح الفصل 65 جديد في فقرته الثالثة لدائرة الاستئناف الاختيار بين الطريقتين، إمّا إرجاع القضيّة إلى محكمة الدّرجة الأولى للنّظر في الموضوع، وإمّا البتّ المباشر فيه إذا كان الموضوع جاهزا للفصل. وقد عملت المحكمة الإداريّة قبل إصلاح 1996 بهذا الحكم المنصوص عليه بالفصل 149 م.م.م.ت.، تتصدّى للموضوع إذا كانت القضيّة جاهزة وترجعه إلى الدّرجة الأولى إذا تطلّب مزيدا من التّحقيق.

1- مثال للتّصدّي : المحكمة الإداريّة، قضيّة 351، 27 جوان 1985[461] : قامت البلديّة بعمليّة هدم بناية لبنائها بدون رخصة، فقُدّمت دعوى تعويضيّة لجبر الضرر، غير أنّ قاضي البداية، ظنّ أنها دعوى إلغاء قرار إداري، فرفضها لعدم الاختصاص. وقع استئناف الحكم أمام المحكمة الإداريّة فنقضت الحكم الابتدائي، لإخطائه عند تصريحه بعدم الاختصاص، ثمّ تولّت الموضوع بنفسها فقضت بمسؤوليّة بلديّة القيروان لقيامها بهدم تعسّفي دون اللّجوء إلى إذن مسبّق من لدن المحكمة.

2- مثال للإرجاع : المحكمة الإداريّة، قمر بنت الطّاهر بن الشيخ أحمد، ضدّ رئيس مجلس بلديّة المرسى، 15 ماي 1980[462]. قضيّة استرجاع عقار منتزع بعد فوات خمس سنوات دون أن تستعمله الإدارة للمصالح العامّة. قدّمت الدّعوى إلى محكمة تونس الابتدائية فرفضتها لعدم الاختصاص حيث رأت فيها دعوى إلغاء. وقع استئناف الحكم أمام المحكمة الإداريّة فنقضت الحكم في خصوص الاختصاص. وحكمت "بإرجاع الملفّ إلى المحكمة الابتدائيّة بتونس للبتّ في الأصل" اتّفاقا مع ملحوظات مندوب الدّولة الذي أكّد في نهاية ملحوظاته، أنّ القضيّة غير جاهزة، وأنّها تتطلّب مزيدا من التّثبّت والتّحقيق "واعتبارا لمبدإ درجتي التّقاضي، فلا يمكن البتّ في ذلك من طرف محكمة الاستئناف دون تمكين حاكم البداية من إبداء رأيه في هذا الشأن..."

[461]- م.إ، 27 جوان 1985، ورثة محمّد غلاّب/بلدية القيروان، المجموعة، ص 102

[462]- م.إ، 15 ماي 1980، قمر بنت الطاهر بن الشيخ أحمد/رئيس مجلس بلدية المرسى، المجموعة، ص 183، مع ملحوظات مندوب الدّولة، السيد نجيب عبد الله.

نضيف أنّ حقّ التّصدّي لا يقوم مبدئيّا بدوره عندما يكتفي الخصوم بنقد الحكم من حيث الشكل واحترام الإجراءات القضائيّة، بدون أن يرفعوا طلباتهم في الموضوع. في هذه الصّورة وباعتبار أنّ قاضي الاستئناف مقيّد بما تسلّط عليه الاستئناف، يرجع له أن يبطل الحكم وأن لا يتعدّى هذا الحدّ إلى البتّ في الموضوع، فيتعيّن عليه آنذاك أن يرجع القضيّة إلى الدّرجة الأولى.

انظر في هذا الشأن قرار مجلس الدّولة الفرنسي S.A.R.L. Le Monde، 24 جوان 1960[463].

[463]- C.E, 24 Juin 1960, S.A.R.L. Le Monde, Rec., p. 412.

الفصـــل الرّابـــع
الحكـــم الاستئنافـــي

لم يرد شيء في الفصول الجديدة لقانون غرّة جـوان حـول الحكـم الاستئنافي، وذلك خلافا للنّص القديم الذي جاء في فصـله 31 أنّ للمحكمـة الإداريّة أن تؤيّد أو أن تنقُض الحكم الابتدائي. غير أنّ التّأييد أو النّقض لهما وجوه عديدة.

قبل أن نتعرّض لهذه الوجوه، يفيد التذكير بأنّ مبدأي المفعول الانتقالي وحق التّولّي يمليان على قاضي الاستئناف أن ينظر في المسائل الآتية :

-اختصاص الحاكم الابتدائي، ثمّ اختصاصه.

-قبول الدّعوى لدى البداية، ثمّ لدى الاستئناف.

-الوقائع والبيّنات التي تؤيّدها. فله أن يعيد التّحقيق.

-تطبيق القاعدة القانونيّة وتعليل الحكم. وهذه المسألة تتفرّع إلى :

1-وصف الوقائع.

2- تعيين الأساس القاعدي أي النّص القانوني الضّـابط للقضـيّة، أو النّص التّرتيبي الرّئاسي أو الوزاري، أو المبدإ العام للقانون، أو العقد.

3-تأويل القاعدة القانونيّة وتعيين فحواها. فله أن يراقب التعليـل وأن يستدركه إذا اقتضت الحاجة.

-احترام الإجراءات القضائيّة والمرافعات من قبـل حـاكم البدايـة. واستنتاجا لذلك يكون قراره بالتّأييد أو النّقض.

الفقـــرة الأولـــى
التّأييـــد أو الإقـــرار

للإقرار أوجه عديدة. قد يكون شاملا أو جزئيّا، وقد يكون تأييدا حقيقيّا أو ناتجا عن رفض الاستئناف شكلا.

يكون الإقرار شاملا إذا انسحب على تعليل الحكم و منطوقه، وذلك يعني أنّ حاكم الاستئناف يتّفق مع حاكم البداية في خصوص كلّ النّقاط التي أشـرنا إليها آنفا، اتّفاقا كاملا. وفي هذه الصّورة يسرد حكم الاستئناف فـي حيثيّاتـه وسائل المستأنف ويفنّدها واحدة بعد الأخرى، ثمّ يحكم في منطوق قراره بقبول مطلب الاستئناف، ثمّ يرفضه أصلا ويصرّح بإقرار الحكم الابتـدائي وأخيـرا يحمّل المصاريف القانونيّة على المستأنف.

ويمكن للقاضي الاستئنافي أن يؤيّد تماما منطوق الحكـم مـع تعـديل تعليله، أي أنّه يتّفق مع حاكم البداية على نتيجة اجتهاده فيقرّ الحكم، غير أنّه يخالفه في كيفيّة استنباطه الفقهي فيستبدل التعليل.

وقد يكون الإقرار جزئيّا (وهو في الآن نفسه نقض جزئي) إذا حكمت الدّائرة الاستئنافيّة بإقرار منطوق الحكم الابتدائي في بعض أجزائه مع تعديل البعض الآخر.

ولكن يحتمل أن يكون الإقرار نتيجة لعدم قبول طلب الاستئناف لسبب من الأسباب، وهو في هذه الصّورة إقرار غير حقيقي لأنّ قاضـي الدّرجـة الثانية لم يفتح لنفسه باب المراقبة الجوهريّة، وإنّما أوقف نظره على المسائل الاجرائيّة مع إهمال الموضوع. فيصبح الحكم الابتدائي آنذاك في مأمن مـن النّقد والحال أنّه لم يراقب من حيث سلامته القانونيّة.

الفقـــرة الثانيـــة
النّقـــض

النّقـــض والحكـــم فـــي الموضـــوع مـــن جديـــد

يستحقّ الحكم الابتدائي النّقض عندما يكون معيبا في تطبيقـــه القاعـــدة القانونيّة، فلحاكم الاستئناف أن يبطل الحكم وبموجب حقّ التّولّي أن يحكم من جديد في الموضوع. إلاّ أنّ النّقض، كالإقرار، لا يؤدّي حتما إلى الحكم مـــن جديد في موضوع النّزاع.

النّقـــض بـــدون حكـــم فـــي الموضـــوع

إذا فرضنا مثلا أنّ قاضي البداية قبل الدّعوى بينما كانت مخلّة بأحـــد شروط القبول، يرجع لحاكم الاستئناف أن ينقض الحكم لعدم قبول الـــدّعوى بدون تعرّض للموضوع. وهكذا إذا اعتبر قاضي البداية خطأ أنّـــه مخـــتصّ بالنّظر في الموضوع بينما كان الموضوع خارجا عـــن دائـــرة النّزاعـــات الإداريّة. في هذه الصّورة تنقض الدّائرة الاستئنافيّة قـــراره ولا تنظـــر فـــي الموضوع.

النّقـــض والإحالـــة

يبدو غريبا أن تقضي محكمة استئناف بـــالنقض والإحالـــة كمحكمـــة تعقيب. ولكنّ الصّورة هنا ليس لها نفس المعنى. فالإحالة في التّعقيب تتسلّط على الحكم الذي أخطأ في تطبيق القانون فحسب، بينما تتسلّط في افتراضـــنا على الحكم الابتدائي الذي أهمل الموضوع للأسباب التي ذكرناها سابقا عندما تعرّضنا لتحليل حقّ التّصدّي.

فإذا كانت القضيّة غير جاهزة للفصل يتوقّف مبدأ التّولّي، فترجع القضيّة إلى البداية للبتّ في الموضوع، وهكذا يكون مبدأ الحكم أمام درجتـــين متغلّبـــا على مبدإ حقّ التّولّي[464]. أمّا إذا كانت القضيّة جاهزة، وتفاديا للإطالة، يتغلّـــب حقّ التّولّي على مبدإ البتّ أمام درجتين، فينقض الحكم ويتولّى حاكم الاستئناف الموضوع بنفسه.

[464]– للمثال انظر المحكمة الإداريّة، 15 ماي 1980، قمر بنت الطّاهر بن الشيخ أحمد، المجموعة، ص 183.

الفصل الخامس

الأوجه الاستئنافيّة الخاصّة لدى محاكم غير المحكمة الإداريّة

تعرّضنا في ما سبق للطّريقة الاستئنافية العاديّة لدى المحكمة الإداريّة. لكنّ القانون التّونسي أورد بعض افتراضات استئنافيّة خاصّة، في بعض المواد كالمادّة الانتخابيّة، والعمرانيّة، والجبائيّة، وغيرها، وأخرجها عن اختصاص المحكمة الإداريّة. وتكون هذه الافتراضات، إمّا استئنافات باتّة غير معروضة للتّعقيب[465] لدى المحكمة الإداريّة بتصريح نصّ القانون، وإمّا استئنافات عاديّة تعقّب لدى المحكمة الإداريّة.

هنالك عدّة صور في هذا المجال، نذكر منها، على سبيل المثال :

-اختصاص المحاكم الابتدائيّة استئنافيّا للنّظر في القرارت التي تصدرها لجنة مراجعة قائمات النّاخبين، طبقا للفصل 19 من المجلّة الانتخابيّة[466].

-اختصاص محاكم الاستئناف العدليّة في مادّة التّوظيف الإجباري واسترجاع الآداء. يقع الإعتراض على قرار التّوظيف لدى المحكمة الابتدائيّة المختصّة ترابيّا، ويرفع الاستئناف لدى المحكمة الاستئنافيّة، طبقا للفصل 54 والفصل 67 من مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّة

[465]- انظر مثلا ما سبق ذكره فيما يتعلّق بالغرف الصّناعيّة والتّجاريّة، (القسم الأوّل، الباب الثاني، الفصل الثالث).

[466]- مع التّعقيب لدى المحكمة الإداريّة.

(قانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرّخ في 9 أوت 2000 [467]). مع العلم أنّ الطّعن بالاستئناف في هذه المادّة لا يوقف تنفيذ الأحكام الابتدائيّة، خلافا للقاعدة العامّة، إلاّ إذا قام الطّاعن بدفع 20% من مبلغ الآداء، طبقا للفصل 52 من م.ح.إ.ج.

-اختصاص محاكم الاستئناف للنّظر استئنافيّا[468] في مادّة تأديب أو انتخاب أو ترسيم المهن الحرّة التي تنظر فيها هيئاتها المديرة كهيئات شبه قضائيّة، طبقا لنصوصها الخاصّة ولفقه قضاء المحكمة الإداريّة في قرار "أنور بشر"[469].

-اختصاص محاكم الاستئناف للنّظر استئنافيّا في قرارات "لجنة التّقدير" (بمعنى لجنة التّقويم) المختصّة في تحوير وتعويض الأملاك بغية إنجاز أمثلة التهيئة العمرانيّة، طبقا للفصل 61 من المجلّة العمرانيّة.

والاختصاص المسند لمحكمة استئناف تونس بمقتضى النّصوص التي ذكرناها سابقا للنّظر في الطّعون ضدّ هيئة السّوق الماليّة، والهيئة المكلّفة بحماية المعطيات الشّخصيّة، وهيئة الملكيّة الصّناعيّة، والهيئة القوميّة للاتّصالات.

-وبالإمكان، أن نعتبر أنّ محكمة الناحية في مجال توظيف الأداء البلدي على العقارات، تنظر استئنافيّا في قرارات لجان إعادة النّظر، طبقا للفصل 26 من مجلّة الجباية المحلّيّة[470] شريطة أن نقبل أنّ لجان إعادة النّظر رغم تركيبها الإداري، تشكّل هيئات شبه قضائيّة، نظرا إلى المادّة التي هي مادّة نزاعيّة[471].

[467]- ر.ر. 11 أوت 2000، عدد 64، ص 2071.

[468]- مع التّعقيب لدى المحكمة الإداريّة، حتّى بدون نصّ صريح في ذلك الشأن.

[469]- عياض ابن عاشور : التمييز بين القرار الإداري والقرار القضائي، تعليق على قرار المحكمة، أنور بشر، المجلّة التونسيّة للقانون، 1984، ص 115.

[470]- القانون عدد 11، 3 فيفري 1997، المتعلّق بإصدار مجلّة الجباية المحليّة، ر.ر، 1997، ص 173.

[471]- يرى الأستاذ الحبيب العيّادي أنّ المحكمة الابتدائيّة تنظر في النّزاع "ابتدائيّا ونهائيّا" وفي هذه الصّورة لا بدّ من قبول التّعقيب، طبقا للفصل 11 جديد من قانون غرّة جوان
H. Ayadi, Droit fiscal, op. cit. p. 508.

كلّ هذه الصّور تخضع فيما يتعلّق بالإجراءات إلى القواعد الواردة في النّصوص التّشريعيّة أو التّرتيبيّة الخاصّة بها وإلى القواعد الأصوليّة العامّة المعروفة.

الباب الثاني

التعقيب

بعد إصلاحات 3 جوان 1996، استقل الطّعن بالتعقيب عن الطّعن الاستدراكي الاستئنافي من حيث مرجع النظر والإجراءات. وبمقتضى القانون عدد 79 المؤرخ في 24 جويلية 2001 الذي أحدث الدوائر التعقيبية، أظيف الفصل 21 (ثالثا) لقانون غرة جوان ونصّ على أن هذه الدوائر تختص "بالنظر في الطعون الموجهة ضد الأحكام النهائية المشار إليها بهذا القانون". والأحكام النهائية هي الأحكام النهائية الدرجة (en dernier ressort).

الفصـــل الأول
معنـي التعقيـب

الفقـــرة الأولـــى
معنـــى التعقيـــب عامّـــة

إذا كان الاستئناف، كما رأينا، طريقة استدراكية يتم بفضلها النظر مـــن جديد في الحكم الابتدائي، فإن التعقيب إجراء خاص، استدراكي لا محالـــة، إلا أنه مقتصر على مراجعة تطبيق وتأويل التشريع، تم على بطلان الحكم النهائي الدرجة، إذا تبين أنه مبني على مخالفة التشريع مهما كان وجه المخالفة.

فالتعقيب عامّة يقتضي حتما :

1-أن يكون الحكم المطعون فيه حكما نهائي الدرجة لا يقبل الاستئناف.

2-أن يكون الطّعن مبنيّا على أسباب قانونية فحسب، لا يتعداها إلـــى الوقائع وطرق الإثبات، إلا في الحـــدود المبيّنـــة فـــي الفصـــل 72 جديـــد. و"المطاعن القانونيّة" هي التي تكون راجعة إلى أسباب مثل الآتي ذكرها:

-الخطأ في فهم القاعدة التشريعية أو تأويلها

-الخطأ في الوجود المادي للوقائع.

-تجاوز حاكم الموضوع اختصاصه المادي أو الترابي.

-الإفراط في السلطة، كالحكم خارج نطاق طلبات المدّعي بالإهمال أو بالزيادة أو النّقصان.

3-أن يقتصر قاضي التعقيب على مراقبة تطبيق التشريع، وأن لا يحكم بنفسه في الموضوع، لأنه لا يملك حق التولي[472]، ولأن التعقيب لم يكن درجة قضائية ثالثة، وليس فيه مجال لمبدإ المفعول الانتقالي. فعلى حاكم التعقيب إمّـــا أن يرفض الطّعن إذا كان الطّعن غير وجيه، وإمّا أن يحيل القضـــية لقاضـــي الموضوع لإعادة النظر فيها إذا كان الحكم المعقّب عليه جدير بالبطلان، طبقا للفصل 73 جديد من القانون.

الفقـــرة الثانيـــة
معنـــى التعقيـــب فـــي المـــادّة الإداريّـــة

المحـــور الأوّل : الجـــذر التاريخـــي المشتـــرك بيـــن التعقيـــب وتجـــاوز السلطـــة بفرنســـا

إنّ الطّعن بالإلغاء ضد القرارات الإداريّة والطّعـــن بالتعقيـــب ضـــدّ الأحكام لهما جذر تاريخي مشترك بفرنسا، ولعلّ عرض العوامل التاريخيـــة المشتركة يفيدنا لتحليل طبيعة الطّعنين وللمقارنة بينهما.

والحال أن تجاوز السلطة والتّعقيب كانا مجتمعين في صلب طعن واحد، لا تمييز بينهما، وأنّ التمييز الذي نعرفه اليوم بدأ يلوح في الشطر الثاني مـــن القرن التاسع عشر، إلى أن أبرزه نهائيا الفقيه الفرنسي الشهير إدوار لافريـــار E. Laferrière في نهاية المجلد الثاني من كتابه المخصّـــص للقضـــاء الإداري والطّعون النزاعيّة. وكان الطّعن يرفع إلى رئيس الدّولة الذي ينظر فيه ضـــمن مجلس الدّولة[473]، وكان له الصّفات الآتية :

---

[472]- عن حق التولي انظر باب الاستئناف المتقدم.

[473]- وقد أحدثت "لجنة المنازعات" Commission du Contentieux داخل مجلس الدولة سنة 1806.

1-إنّه طعن مباشر لدى رئيس الدولة.

2-إنّه يهدف الإلغاء أو النّقض Annulation ou Cassation مع الإشارة إلى أنّ الكلمتين كانتا مترادفتين في اصطلاح بداية القرن التاسع عشر. فكان رئيس الدّولة يحكم تارة "بالإلغاء" وطورا "بالنّقض".

3-إنّه يهدف إلغاء قرارات الجهة الإداريّة أكانت عاملة (وزراء، ولاة) أم كانت شبه قضائيّة (مثل لجان التأديب الجامعيّة أو لجان مراجعة قائمات التعبئة العسكرية).

4-إنّ ركيزتي الطّعن تنحصران أولا في عدم الاختصاص وثانيا في تجاوز السلطة.

5-إنّ النّص القانوني الذي استند إليه الطّعن المذكور هو نصّ قانون 7-14 أكتوبر 1790[474]. إلاّ أنّ هذا الإستناد اخترع فيما بعد 1830، عن طريق الإنشاء، تدعيما للطّعن، والحقيقة أن الطّعن في ذاته ظهر قبل ذلك في عرف مجلس الدّولة في بداية القرن التاسع عشر.

6-إنّ القرار الذي يقضي بالإلغاء أو النّقض يقتصر على ذلك ولا يبتّ في الموضوع. فإذا حكم بالإلغاء أو النّقض تُحال إلى الجهة المختصّة للنظر من جديد ووفقا لما قضاه قرار الإلغاء.

المحور الثاني : التمييز بين الطّعنين

ابتداء من سنة 1852 أخذ الفقهاء الفرنسيون يفصلون بين القرارات الإداريّة ذات الصّبغة الإداريّة الصّرفة والقرارات الإداريّة شبه القضائيّة،

[474]- الذي ينص على ما يأتي ذكره: "ترفع إلى الملك بصفته رئيسا للإدارة العامة التظلمات المبنية على عدم اختصاص الهياكل الإداريّة.
« Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées devant le Roi, chef de l'administration générale ».

الأولى معرّضة للطّعن بالإلغاء والثانية معرضة للطّعن بالتّعقيب. والحقيقة أنّهم سايروا في ذلك الاتجاه الجديد الذي سلكه مجلس الدّولة والذي يتمثل في بداية التمييز بين الطّعن بتجاوز السلطة والطّعن بالتعقيب رغم إبقائهما ظاهرا موحّدين صلب الطّعن المباشر بالإلغاء الذي أشرنا إليه سابقا.

وهكذا أخذ الطّعنان من بداية الشطر الثاني من القرن التاسع عشر يفترقان شيئا فشيئا ويتميزان إلى أن ضبط لافريار نقط افتراقهما بوضوح سنة 1888[475]. وأهمّ نقط الافتراق هي الآتية :

-إنّ تجاوز السلطة ليس له نفس المعنى في حالتي إلغاء القرارات الإداريّة الصّرفة وإلغاء القرارات التي لها صبغة الحكم القضائي. ففي الحالة الأولى يشمل بجانب الإفراط في السلطة والعيوب الشكليّة وعدم الاختصاص، يشمل خرق القانون والحقوق المكتسبة والانحراف بالسلطة الذي ظهر قريب سنة 1864[476]. فتجاوز السلطة أوسع معنى في الإلغاء منه في التّعقيب. أمّا في الحالة الثانية فإنّه مقتصر على المعنى الضّيق لتجاوز السلطة : أي عدم الاختصاص والعيوب الشكليّة.

-الفرق الثاني يتعلق بآثار الحكم بالإلغاء. فإذا تسلّط على قرار إداري محض يكون مفعوله مطلقا وملزما لا إزاء الأطراف في القضيّة فحسب، بل أيضا إزاء الغير مهما كانت صفته (إدارة- خواص - محاكم إلى غير ذلك). أمّا إذا تسلّط على قرار له الصّبغة الحكميّة فإنّ آثاره تكون محدودة لا تتعدّى الأطراف.

[475]- مع العلم أن الفقيه الفرنسي أوكوك Aucoc تدرج إلى هذا الموضوع في الطبعة الثانية من "محاضراته في الإدارة والقانون الإداري"، سنة 1878، المجلّد الأول ص 463.

[476]- القرار الصّادر عن مجلس الدولة في 25 فيفري 1864، LESBATS مجموعة Lebon، ص 209.

المحـــور الثالـــث : استقـــلال الطّعنيـــن

تأكّد التّباين بين الطّعن بتجاوز السلطة والطّعن بالتّعقيب علـــى النحـــو التالي :

-يسّر مجلس الدولة منذ 1903 شروط التظلّم لديه عن طريق الطّعـــن بالإلغاء، فحذف شرط "الحقوق المكتسبة" الذي كان من قبل شـــرطا وجوبيّا حتى أن (لا فريار) كان يسمي هذا المدخل للإلغـــاء "خـــرق القانون والحقوق المكتسبة".

وهكذا أُعفي الطّاعن من بيان حقّه المهضوم مهما كـــان منفـــذه إلـــى الإلغاء وصار بإمكانه أن يكتفي بإثبات إنّ له مجرد مصلحة في طلب الإلغاء (Lot 11 ديسمبر 1903[477]).

-وسّع مجلس الدّولة رقابته على الوقائع في مادّة الإلغاء منذ بداية القرن العشرين، فسلّطها على وصف الوقائع في قراره المشهور قومال Gomel (4 أفريل 1914[478]) وعلى صحّة الوقائع في قرار كامينو Camino (14 جانفي 1916[479]) حتى في صورة استعمال الإدارة سلطتها التقديريّة (Trépont، 20 جانفي 1922[480]) ثم سلّطها أخيرا على مقايسة الإدارة بين الوقائع والقرار والتناسب بينهما إذا أخطأت الإدارة خطأ جسيما وبديهيا في تقديرها هذا التناسب أو المقايسة (Benizet-13 نوفمبر 1953)[481].

---

[477]- C.E., 11 décembre 1903, Lot, S, 1904, 3, 113, note Hauriou.

[478]- C.E., 4 avril 1914, Gomel, S. 1917, 3,25, note Hauriou.

[479]- C.E., 14 janvier 1916, Camino, R.D.P., 1917, 463, concl. Corneille, note G. Jèze.

[480]- C.E., 20 janvier 1922, Trépont, Rec, 1922, p. 65.

[481]- يلاحظ أن رقابة الوقائع فرع من رقابة تطبيق القانون، وهكذا تسربت في التعقيب، ممّا حمل بعض الفقهاء منهم Liet-Veaux إلى اعتقاد أنّ التعقيب قد اضمحلّ لفائدة الإلغاء خصوصا بعدما صارت صحّة الوقائع وتقديرها داخلة في مشمولات قاضي التّعقيب. انظر قرار Moineau 2 فيفري 1945، وقرار Teyssier 19 ماي 1974. وهذه النقطة تشكل

المحـــور الرابـــع : وجـــود الطّعنيـــن بـــدون حاجـــة إلـــى التنصيـــص الصريـــح عليهمـــا

نظرا لأهمية الطّعنين من حيث الرقابة على التصرفات الإداريّة مهمـــا كان صنفها، ومن حيث حماية الأشخاص وإتاحتهم طرقا قضائيّة تحميهم مـــن القرارات الاعتباطية، قرّر فقه القضاء الإداري أن الطّعن بالتعقيب[482] والطّعن بالإلغاء[483] في استغناء عن التنصيص عليهما حتى أنّه رأى، إذا نصّ المشرّع على أن القرار غير معرّض لأيّ طعن، أن ذلك لا يشمل الطّعـــن بالتعقيـــب والطّعن بالإلغاء. وأسّس فقه القضاء الفرنسي هذا الحكم على مبدإ عام للقانون.

أمّا المحكمة الإداريّة فقد صرّحت بأن اختصاصها في المادّة الجبائيّة لا ينحصر فيما نصّ عليه الفصل 11 من قانون واحد جوان على سبيل العدّ لا على سبيل الحصر وأن الفصل 2 من القانون "أسند إليها ولاية عامّة في كـــلّ النّزاعات التي تكون الإدارة فيها طرفا.."[484]. فإذا كان ذلك جائزا في المّـــادة الجبائيّة فلم لا يكون جائزا في المواد الأخرى ؟ وفعلا فقد أعلنت "أن الطّعن بالتّعقيب هو حق مشـــروع لكـــل شـــخص لا يُـــردّ اســـتعماله إلاّ بـــنصّ صريح..."[485]. إلاّ أنّ مجلس تنازع الإختصاص خالف هذا التّوجّـــه (انظـــر الفصل الثالث من هذا الباب، الفقرة الأولى).

فارقا هاما بين التعقيب الإداري والتعقيب العدلي بفرنسا، إذ لا تدخل محكمة التعقيب في مراقبة الوقائع إلاّ إذا كان هنالك تشويه الوقائع من قبل حاكم الموضوع.

[482]- قرار مجلس الدولة داليار D'aillières، 7 فيفري 1947، مجموعة Lebon ص50.

[483]- قرار مجلس الدولة لاموت Lamotte، 17 فيفري 1950، مجموعة Lebon ص 110.

[484]- م.إ، 10 مارس 1977، وزير المالية/ ... المجموعة، ص 124.

[485]- م.إ، 4 ديسمبر 1989، بن سعيد ومن معه/هيئة المهندسين المعماريين، المجموعة، ص 235.

نستنتج ممّا سبق أنّ التّعقيب الإداري له أكثر من عامل مشترك لا مع تجاوز السّلطة فقط، بل أيضا مع التّعقيب العدلي[486]. كل هذه الطّعون القضائية هي طعون موضوعية تهدف البطلان، وترمي إلى احترام مبدإ الشرعيّة من قبل الجهات القضائية والإداريّة، ولها بعض الأسباب المشتركة (عدم الاختصاص – الإفراط في السّلطة – العيوب الشكليّة – خرق القاعدة القانونيّة)، وتختم بإرجاع القضية إلى السّلطة المختصة (في تجاوز السّلطة إلى الجهة الإداريّة كي تستخلص نتائج الإلغاء وتنفّذها بنفسها وفي التّعقيب إلى قاضي الموضوع ليعيد النظر) لا تتجاوز نطاق الإلغاء أو النّقض ولا تحلّ مبدئيا محلّ الجهة التي لها اتّخاذ القرار أصلا، كذلك فليس لها مفعول توقيفي إلاّ استثناء.

يبقى أنّ تجاوز السّلطة يتميّز بعدّة سمات ماديّة وإجرائيّة أفردته عن التّعقيب، و أكسته صفاته النهائيّة التي نعرفها اليوم. وأهمّ هذه العوامل هي الآتية :

بالطّعن بتجاوز السّلطة يبدأ النزاع القضائي، بينما يشكّل التّعقيب مواصلة أو إنهاء النّزاع القضائي. وإضافة إلى اختلاف الإجراءات فجدير أن نلاحظ أن رقابة القاضي في تجاوز السّلطة رقابة أوسع، تمتدّ اليوم إلى الوقائع من حيث المادية والوصف القانوني والتناسب. ثم إن الطّعن بتجاوز السّلطة ينفرد بمدخل خاص وهو الانحراف بالسّلطة، لا نظير له في التّعقيب.

[486]– يلاحظ أنّ التعقيب العدلي بفرنسا كان له تأثير على الطّعن المباشر بالإلغاء والنقض لعدم الاختصاص والإفراط في السلطة، الذي أشرنا إليه آنفا والذي كان أصلا مشتركا للتعقيب والإلغاء في المادة الإداريّة.

الفصل الثاني
طبيعة الطّعن بالتعقيب وعواقبها

يمكن أن نعرّف الطّعن بالتعقيب في المادّة الإداريّة على النّحو التّالي : هو طعن يرفع إلى المحكمة الإداريّة ضد القرارات ذات الصبغة القضائية النهائيّة الدّرجة الصّادرة عن مختلف المحاكم أو الجهات شبه القضائية المنتصبة للقضاء في المادّة الإداريّة.

الفقرة الأولى
هدفه

إنّ الطّعن بالتعقيب يقابل التّعقيب العدلي، وهدفه مراقبة شرعيّة الأحكام. وهذا ما نصّ عليه الفصل 72 جديد من قانون غرّة جوان 1972 : "تقتصر الجلسة العامّة إذا رفع لديها حكم مطعون فيه على النظر في المطاعن القانونيّة..."[487].

وقد قرّرت المحكمة الإداريّة أنّ الطّعن لا يمكن أن يرتكز على مستندات واقعيّة بحتة[488] وإلاّ سقط مطلب التّعقيب. غير أن المحكمة الإداريّة كمحكمة

[487]– الفصل 32 قديم : "... على الأسباب القانونية". مع العلم أن الفصل 72 ينطبق على الدوائر التعقيبيّة، طبقا للفصل 76 (مكرّر) من قانون واحد جوان.

[488]– المحكمة الإداريّة، 27 أفريل 1978،المجموعة ص 89 ومعرفة هل أن المال الذي اشترى به المعقب حانوته راجع إلى زوجته أم هو من أملاكه الخاصة. المستند واقعي بحت. وهكذا بالنسبة للمستندات الخاصة بطرق الإثبات، وتأويل العقود وهلمّ جرّا.

التّعقيب العدليّة، تسلّط رقابتها على الوقائع إذا كانت المراقبة جزءا من الشرعيّة، أي إذا ارتكب حاكم الموضوع تشويها أو تحريفا يخصّ الوقائع، أو إذا حكم بناء على وقائع غير صحيحة لا وجود لها، أو إذا أخطأ في وصفها. تقتصر حينئذ الدّائرة التّعقيبيّة على "المطاعن القانونيّة ولا يمتدّ نظرها إلى وقائع القضيّة إلاّ لتراقب وجودها المادّي أو الوصف القانوني الذي يعطيه حاكم الأصل لتلكم الوقائع..."[489].

فإذا لم يتبيّن للمحكمة أن هنالك تحريفا جسيما أو غلطا في صحّة أو في وصف الوقائع ترفض رقابة الوقائع، وكثيرا ما تتوفّر هذه الصورة في المادّة الجبائيّة عندما تتّخذ محكمة الموضوع قرارها الجبائي فيجادلها الطّاعن زاعما أن التوظيف ليس متماشيا مع دخله الحقيقي. وأن المحكمة زاغت في تقويمها. تقول المحكمة الإداريّة في مثل هذا الوضع "حيث... أنّ الطّاعن يروم في الحقيقة الخوض في وقائع القضيّة التي هي من أنظار اللّجنة[490] وحدها بصفتها محكمة الموضوع"[491].

وتبعا لفقه قضاء المحكمة الإداريّة في هذا الشأن نصّ الفصل 72 جديد من قانون غرّة جوان على أن الدوائر التعقيبية والجلسة العامّة تراقب الوجود المادّي للوقائع والوصف القانوني.

الفقـرة الثانيـة
مداخـل الطّعـن بالتّعقيـب

رأينا سابقا أنّ الطّعن له مداخل محدودة نصّ عليها الفصل 72 جديد من قانون غرّة جوان. ولكن المشرّع لم يحدّد بالحصر "المطاعن القانونيّة". غير

[489]– م.إ، 28 جوان 1999 شركة سرفكو سميث أنترناسيونال/الإدارة العامّة للمراقبة الجبائية، المجموعة، ص 618.
[490]– لجنة التوظيف الجبري القديمة.
[491]– المحكمة الإداريّة 27 فيفري 1983، عبد القادر الدائم، غير منشور.

أن فقه قضاء المحكمة الإداريّة كان استوحى أهمّها من م.م.م.ت. من جهة، ومن القانون الجبائي من جهة أخرى، وذلك باعتبار أنّ غالب القرارات التعقيبيّة للمحكمة الإداريّة تهمّ المجال الجبائي. وقد تمحور في البداية فقه قضاء المحكمة الإداريّة حول الفصل 63 من مجلّة الباتيندة[492] الذي أكّد أنّ قرارات اللّجنة الخاصّة بتوظيف الأداء التي هي قرارات حكميّة نهائيّة يقع تعقيبها للأسباب الآتية : تجاوز السّلطة، الإخلال بالشكل، وخرق القانون. وبعد نسخ القانون المذكور بقي العمل مستمرّا على نفس النّمط، أخذا بقانون 30 ديسمبر 1989 المتعلّق بمداخيل الأشخاص الماديّين وأرباح الشركات، الذي أقرّ المداخل المشار إليها سابقا (الفصل 71 من مجلّة الأداء على الدّخل).

ما هو محتوى "المطاعن القانونيّة" المنصوص عليها بالفصل 72 جديد من قانون غرّة جوان ؟

المحـور الأوّل : الإفـراط فـي السّلطـة

لم يوضّح المشرّع معنى تجاوز السّلطة. فعلينا أن نراجع معناه التاريخي وأن نقتبس له معنى بالمقارنة بفقه قضاء المحكمة العليا العدليّة. فنقول إنّ الفقهاء القدماء[493] كانوا يرون في الإفراط في السّلطة الحالة التي يكون القاضي فيها قد خرق مشمولاته القضائيّة بصفة بديهيّة وخطيرة تستوجب النّقض والبطلان.

وأوضح صورة لتجاوز السّلطة تتمثّل في خرق القاضي الإداري مبدأ تفريق السلطتين والازدواجية الإداريّة والعدليّة. ينطبق هذا المبدأ أيضا على القاضي الإداري، لا على أساس تفريق السّلطتين، بل أيضا على أساس استقلال الإدارة عن القضاء وممانعة القضاء من التدخّل في العمل الإداري الصّرف.

[492]– مع العلم أن قانون المالية المؤرخ في 30 ديسمبر 1975 عمّم إجراءات الفصل 63 من مجلّة الباتيندة إلى كلّ القرارات الصّادرة عن اللجنة الخاصة للتوظيف.
[493]– مثل Henrion De Pansey.

كذلك في القضاء الإداري الاستعجالي : إذا خرق القاضي الاستعجالي مبدأ الفصل 81 جديد من القانون وعطّل قرارا إداريّا، يكون ذلك وجه من وجوه الإفراط في السّلطة.

نضيف أنّ الإفراط في السّلطة مدخلا مستقلاّ لا محالة، غير أنّه في آن واحد مرتبط بعدم الاختصاص ارتباطا متينا حتى أنّه بالإمكان أن يندرج فيه كفرع من أصل. وفي فقد قضائها المستجد اقتدت المحكمة الإدارية بالاعتبارات السابقة، فحددت "تجاوز السلطة في التعقيب على النحو الأتي :

أولا : يتمثل تجاوز السلطة في الصورة التي يخرج القاضي عن صلاحياته بصفة خطيرة، كأن يخرق مبدأ تفريق السلطتين، أو كأن يتعدى على صلاحيات السلطة التشريعية، أو كأن يتدخل في التصرف الإداري البحت، أو كأن يحكم بأكثر أو بأقل من المطلوب[494].

ثانيا : يتمثل تجاوز السلطة أيضا في العيب الذي يصيب الحكم أو القرار المطعون فيه، كأن يقع الانتصاب للقضاء بتشكيلة غير قانونية، أو أن يتجاوز القاضي الصلاحيات المخولة له قانونا[495].

المحور الثاني : خرق الصّيغ الشكليّة

إنّ هذا المدخل كالذي سبق يهمّ العيوب المنصوص عليها بالفصل 73 جديد والنّاتجة عن ذات الحكم، فإذا تبين لحاكم التّعقيب أن حاكم الموضوع

[494]– م.إ.، تعقيب، 14 أفريل 2003، 33671 و33708، الإدارة العامة للرقابة الجبائية / نجيب شعبان. م.إ.، تعقيب، 1 ديسمبر 2003، م.ع.ن.د./ عبد الجليل بوراوي وهيئة الخبراء المحاسبين. م.إ.، تعقيب، 26 جانفي 2004، عماد الشواشي / الإدارة العامة للمراقبة الجبائية.

[495]– م.إ.، تعقيب، 6 جانفي 2003، 32913 و32944، حمادي دقدوق / الإدارة العامة للرقابة الجبائية.م.إ.، تعقيب، 23 فيفري 2004، الإدارة العامة للرقابة الجبائية / عبد العزيز الخليفي. م.إ.، 18 أكتوبر 1999، محمد العربي بن خليفة / الإدارة العامة للرقابة الجبائية، المجموعة، ص 663. م.إ.، 28 جوان 1999 شركة سرفكو سميت أنترنا سيونال / الإدارة العامة للمراقبة الجبائية المجموعة، ص 618.

خالف الصّيغ الشكليّة المفروض إتباعها يكون حكمه عرضة للنّقض، غير أن فقه قضاء المحكمة الإداريّة لم يعامل كلّ الصيغ الشكليّة على قدم التساوي، فاعتبر البعض منها صيغا جوهريّة توجب النّقض إذا أهملت، والبعض الآخر لا يترتّب على فقدانها أثر قانوني. وهكذا صار المدخل كمقابله في الإلغاء : "خرق الصّيغ الشكليّة الجوهريّة" وكمماثله في التّعقيب العدلي الذي يتسلّط على الحكم المخدوش فيه : "إذا لم تراع في الإجراءات أو في الحكم الصّيغ الشكليّة التي رتّب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط"، وهو شأن المبطلات الوجوبيّة المشار إليها بالفصلين 13 و14 من م.م.م.ت.

هكذا صرّحت المحكمة الإداريّة أنّ ذكر أسماء القضاة الذين تتألّف منهم الهيئة الحاكمة والذين يشاركون في الحكم بصوت تفاوضي، إجراء أساسي، غير أنّ ذكر اسم كاتب الجلسة وممثّل الإدارة (الذي ليس له صوت تفاوضي) لا يعدّ إخلالا بصيغة شكليّة أساسيّة "كي ينتج عن الإخلال بها بطلان القرار، طالما لم يترتّب عنه أي ضرر للطّاعن"[496]. وفي نفس القرار ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك، فرأت أنّ عدم التنصيص بالحكم على الأغلبيّة التي تحصل عليها لا يُعدّ إخلالا في صحّته، والحال أنّ القانون نصّ على : "أنّ اللجنة تتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات ..." ؛ والحق أنّ في الأمر نظر، إذ كيف يمكن التثبت من تحقيق الأغلبيّة إذا غاب ذكرها من الحكم : ألم يكن في ذلك إهدار لشرط قانوني جوهري أيضا ذي انعكاس على مضمون الحكم ؟

كذلك رأت المحكمة أنّ إمضاء القضاة على أصل القرار يعدّ إجراء جوهريّا، غير أنّه لا يشترط أن تكون النسخ المبلغة إلى المعقّب ممضاة من جملة أعضاء اللجنة. وقرّرت أيضا أنّ مبدأ إعلانية الإجراءات لا ينطبق في المادّة الجبائيّة[497] وأنّ ذكر درجة الحكم ليس من الصّيغ الأساسيّة[498]. العبرة من منهج المحكمة أنّها متساهلة إزاء المسائل الإجرائيّة، لا تعتبرها جوهريّة إلاّ مع الشّروط الآتية :

[496]– المحكمة الإداريّة، 22 مارس 1979، .../مدير الأداءات ، المجموعة، ص 62.

[497]– المحكمة الإداريّة، 13 ديسمبر 1976، .../ مدير إدارة الأداءات، المجموعة، ص 109.

[498]– المحكمة الإداريّة، 1 مارس 1976،.../ مدير الأداءات، المجموعة، ص 33.

أوّلا : إمّا أن تكون الصّيغة الشكليّة وجوبيّة بصريح النّصّ القانوني.

ثانيـــا : وإمّا أن يكون لها تأثير على جوهر الحكم

ثالثـــا : وإمّا أن تكون غايتها حماية الخصم. هذه المعـــايير الثلاثـــة، تشكّل حوصلة ما يميّز الشكل الجوهري عن الشكل البسيط.

المحـــور الثالـــث : "خـــرق القانـــون" أو القاعـــدة الشرعيّـــة

هذا المدخل يشمل الحالات التي يكون فيها قاضي الموضوع قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه أو تأويله. ويتعيّن علينا أن نشـــير هنـــا إلـــى أنّ "القانون" يمتدّ إلى كلّ الأحكام الشرعيّة التي تضبط القضيّة مهما كان مصدر هذه الأحكام، سواء كان الدّستور وما انبثق عنه من مبادئ شرعيّة عامّة، أو القانون، أو النصّ التّرتيبي أو ما أقحمه القضاء من مبادئ ملزمة فـــي ســـلّم مصادر الشرعيّة.

ويمكن لنا أن نفكّك مقتضيات مدخل "خرق القانون" إلى النّقط التالية:

-أن يؤسّس قاضي الموضوع حكمه على قاعدة شرعيّة معيّنة وضعيّة (أي صادرة صراحة عن الدّولـــة، مكتوبـــة، ومنشـــورة بـــالطّرق الرّسميّة) أو حتى غير وضعيّة. فيجوز للقاضي أن يؤسّـــس حكمـــه على العمل الإداري، أو العرف الجاري به العمل، وهذه الصّورة لها أهميّة خاصّة في المادّة الجبائيّة التي تحكم فيها المحكمـــة الإداريّـــة تعقيبا. فالمادّة الجبائيّة مصبّ مشترك بين القانون الوضعي، والعمل الإداري، والعرف التّجاري. وبجانب ذلك جوّز القاضـــي لنفســـه أن

يبتكر مبادي شرعيّة عامّة مســـتخرجة مـــن روح القـــوانين[499]، أو مقتضيات الصّالح العام[500] أو ضروريّات العدل[501].

-أن يجتهد القاضي في مضمون ومفهوم القاعـــدة القانونيّـــة اجتهـــادا صوابا منزّها من سوء فهم القانون أو تحريف مقصده.

-أن يعتبر قاضي الموضوع الوقائع التي أثارت القضيّة علـــى حالهـــا الحقيقي وبدون تشويه لأنّ "الخطأ في الواقع قد يـــؤول إلـــى خـــرق القانون"[502]. وقد نصّ الفصل 72 جديد من قانون واحد جوان علـــى أنه "يمكن للجلسة العامّة[503] وبإثارة من الطّاعن أن تراقـــب الوجـــود المادّي للوقائع ..."، أي أن تتثبّت من حقيقتها وصحّتها.

-أن يصيب القاضي وصفه للوقائع أي أن يكون وصفه مطابقا لما أراده المشرّع وعلى المعنى الذي عيّنه لتلك الوقائع. فلا بدّ أن يكون التّعيين والتّصنيف القضائي للوقائع موافقين للذين وردا في القاعدة الشرعيّة.

وقد نصّ الفصل 72 جديد من قانون غرّة جوان في خصوص الوصـــف القانوني للوقائع : "... يمكن للجلسة العامّة وبإثارة من الطّاعن أن تبحث إن كان حاكم الأصل قد أعطاها وصفا قانونيّا صحيحا"[504]. وقد بيّنا في التعرّض لمسألة محدّدات الدّعوى معنى الوصف القانوني للوقائع، كما بيّناه في مداخل الطّعـــن لتجاوز السّلطة، ولا فارق بين تجاوز السّلطة والتّعقيب، من هذه الناحية.

499- مثلا : مبدأ المساواة أو مبدأ عدم رجعيّة القانون وعواقبه.

500- مثلا : مبدأ استمراريّة المرفق العام أو مبدأ السلطة الترتيبيّة الضمنيّة الرّاجعة لرؤساء المصالح بغية تسيير مصالحهم.

501- مثل مبدأ حق الدّفاع في الإجراء التأديبي، أو وجوب الطّعن بالإلغاء أو بالتعقيب أو بالاعتراض ولو بدون نصّ صريح. كذلك مبدأ تأويل النّصوص الجبائيّة الغامضة بما يتّفق مع مصلحة المطلوب بالأداء، حسب فقه قضاء المحكمة الإداريّة، 11 مارس 1982، إدارة القمارق/عبد الله...، المجموعة ص 30.

502- المحكمة الإداريّة، 15 جوان 1978، .../ إدارة الأداءات، المجموعة ص 134.

503- وللدّوائر التعقيبية.

504- انظر على سبيل المثال : المحكمة الإداريّة، 27 أفريل 1978، .../إدارة الأداءات، المجموعة ص 86.

الفقـــرة الثالثـــة
مراقبـــة قاضـــي التّعقيـــب

المحـــور الأول : مراقبـــة قاضـــي التّعقيـــب عـــن طريـــق التعليـــل

المتعيّن على قاضي الموضوع أن يعلّل حكمه كفايـــة ليســـمح لقاضـــي التعقيب أن يسلّط رقابته على سلامة اختيار القاعدة القانونيّة من قبـــل قاضـــي الموضوع، وعلى حسن تأويلها، وعلى صحّة الوقائع وجدارة وصفها. ويستحقّ الحكم النّقض سواء اتّسم بعدم التعليل أو بضعف التعليل[505].

المحـــور الثانـــي : حـــدود رقابـــة حاكـــم التّعقيـــب

مبدئيا لا ينظر قاضي التعقيب إلاّ في ما سبق النّظر فيـــه مـــن قبـــل، فيقتصر حسب ما نصّ عليه الفصل 72 جديد من قانون غرّة جـــوان علـــى "المطّاعن القانونيّة التي وقع التمسّك بها لدى حاكم الأصل"[506] .

[505]– على سبيل المثال : المحكمة الإداريّة، 16 ديسمبر 1982. القضيّة 188 (لم تنشر). يقدم الطاعن شهادة إداريّة تفيد أنّه انقطع عن العمل ولم تأخذ اللّجنة الخاصّة بتوظيف الأداء بهذه الشهادة معتمدة على تصريح الطّاعن، والحال أنّ تصريح الطّاعن بـــأنّه يمارس تجارة مواد البناء كان يهدف حسب ادّعائه إلى التّحصّل على رخصة استغلال شاحنة لفائدة أحد أقاربه.
نقض الحكم للأسباب الآتية : "حيث أنّ هذا التعليل جاء مختصرا ومجملا علاوة على كونه لم يتعرّض بالنّقاش لحجّة المعقب رغم أنّ دفعه المؤسّس عليها كان جوهريّا وجديرا بالتمحيص...".

[506]– فلا يجوز للطّاعن أن يثير "تحريف الوقائع" وأن يدعم هذا المدخل للتعقيب بوثائق جديدة لسببين : الأوّل: أنّ الحجج ليست داخلة في ولاية التعقيب. ثانيا : أنّ المطعن أثير لأوّل مرّة، المحكمة الإداريّة، 16 ماي 1985 (لم تنشر بعد). غير أنّ المحكمة ارتكزت لرفض الدّعوى على السبب الثاني وهو الأضعف. والمسألة القانونيّة كانت تدور حول

غير أنّ له أن ينظر في أسباب جديدة في عدّة حالات وهي التي يتبـــيّن فيها العيب القانوني من الحكم نفسه، سواء تعلّق هذا العيب بالموضوع، بالوقائع، بالإجراءات أو بالإختصاص. وله أيضا أن ينظر لأوّل مرّة في المسائل التي تهمّ النّظام العام حتّى ولو لم تعرض على حاكم الأصل. (طبقا للفصل 72 جديد).

وخلافا لما نعرفه في الاستئناف، فإنّ المعقّب مقيّد بتجميد ســـبب طعنـــه ووسائله القانونيّة في الطّور التّعقيبي. وهذا الحكم نتيجة لطبيعة الطّعن بالتّعقيب، وهو يبرز أنّ معنى التّعقيب أضيق بكثير من معنى الاستئناف ولا اختلاف بين التّعقيب العدلي والتّعقيب الإداري. فلا أثر فيه لمبدإ المفعول الانتقالي، ولا لحقّ التّولّي ولا لجواز تحوير السّبب والوسائل المسموح به في الاستئناف. وقد منـــع الفصل 72 جديد من قانون غرّة جوان تغيير "المطاعن"، فعلينا أن نعرف هل أنّ السّبب الجديد، يشكّل مطعنا جديدا، بمعنى الفصل 72 جديد.

الإجابة أنّه رغم أنّ الفصل 72 جديد يتّسم بأكثر شموليّة ومرونة فـــي تحريره من الفصل 32 قديم، فإنّه يبقى خاضعا لنفس المنطـــق الإجرائـــي، لاعتبار أنّ السبب الجديد يشكّل في حدّ ذاته مطعنا جديدا.

ولهذا الحكم، استثناءان :

الأوّل : إذا كان السبب متعلّقا بالنّظام العام (وهو أمر طبيعي).

الثانـــي : إذا كان السبب متعلّقا بعيوب مســـتخرجة مـــن ذات الحكـــم المطعون فيه، سواء كانت موضوعيّة أو كانت شكليّة (وهو مدخل عام للطّن بالتّعقيب).

تعريف نشاط الشخص الخاضع للأداء. هل يتعاطى التّجارة المتجوّلة أو الفلاحة ؟ فاكتفى الطّاعن في الطّور الاستئنافي "بالإدّعاء بأنّه لا يمارس التّجارة دون أن يدلي بما يثبت دعواه" وقدم وثائق جديدة لدى التعقيب لإثباتها فكان على المحكمة أن ترفض الدّعوى على أساس أنّها لا تنظر تعقيبا في طرق الإثبات.
انظر كذلك : المحكمة الإداريّة، 25 أفريل 1985 : "وحيث يتجلّى ممّا سبق أنّ الحجّة التي قدّمها الطّاعن تعتبر عنصرا ماديّا جديدا يقدّم لأوّل مرّة ويتعيّن عدم مناقشـــته فـــي طـــور التعقيب..." (غير منشور).

الفصل الثالث
أوجه الطّعن بالتعقيب لدى المحكمة الإداريّة

سنتناول في الأوّل تأويل مجلس تنازع الاختصاص حول اختصاص المحكمة الادارية تعقيبا ثم في مرحلة ثانية الأوجه المنصوص عليها بقانون غرة جوان ؛ ثم الأوجه الخارجة عن قانون غرة جوان.

الفقرة الأولى
تأويل مجلس تنازع الاختصاص حول اختصاص المحكمة الإداريّة تعقيبا
(قرار ستراميكا STRAMICA 25 ماي 2004)

قنّن الفصول 11 جديد و12 جديد و13 و13 (ثالثا) من قانون واحد جوان 1972 الوجوه العمليّة التي يمكن معها اللّجوء الى تعقيب المحكمة الإدارية، والتي يمكن تلخيصها في الأصناف الآتية :

الصنف الأوّل يتعلق بتوظيف واسترجاع الأداءات والمعاليم الرّاجعة للدّولة والجماعات المحليّة، أي أساسا :

-من جهة، القرارات الصّادرة عن محاكم الاستئناف العدلية في مادّة الأداء على الدّخل وأرباح الشّركات والقيمة المضافة، وجميع الأداءات التي تخضع لنفس النظام النزاعي مثل المعلوم على المؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتّجارية والمعلوم على النزل.

ومن جهة أخرى، الأحكام الصّادرة أساسا عن محاكم النّاحية، في مجال توظيف الآداء البلدي، طبقا للفصل 26 من مجلة الجباية المحلية.

الصنف الثاني يشتمل على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف العدلية في مادة الاعتراض على السندات التنفيذية، وفي مادة النزاعات المتعلقة بالهيئات المهنية.

الصنف الثالث يتعلق بالنزاعات الخاصّة بالقائمات الانتخابية.

الصنف الرّابع يتعلق بقرارات اللّجنة المصرفيّة.

غير أنّ المحكمة الإدارية قرّرت أن القانون لم يوضع عن طريق الحصر، وإنما يجوز توسيعه الى مجالات اخرى لم تذكر ضمنه، وتكون فيها المحاكم بصفتها محاكم إدارية دنيا أصدرت أحكاما نهائية الدرجة[507]. واستدلت خصوصا لدعم الاتجاه بشمولية الفصل الثاني قديم من قانون غرة جوان.

وتأسيسا على فقه قضاء المحكمة الادارية، كان من المحتمل أن يكون للمحكمة الادارية اختصاص تعقيبي خارج عن الصور المنصوص عليها بالفصول 11 الى 13، كلما تعلق الطعن بقرارات نهائية ذات صبغة قضائية ادارية صادرة عن هيكل قضائي أو شبه قضائي.

إلا أن مجلس تنازع الاختصاص خلافا لما قررته المحكمة الادارية صرّح سنة 2004 أن اختصاص المحكمة الادارية في ميدان التعقيب اختصاص مسند لا يخرج عن احتمالات النص التشريعي. فجاء في قراره المؤرخ في 25 ماي 2004، شركة ستراميكا STRAMICA هيئة السّوق الماليّة "أن مرجع النّظر الحكمي للمحكمة الإدارية تعقيبا هو اختصاص مسند

[507]- المحكمة الإدارية، 10 مارس 1977 وزير المالية/....، المجموعة، ص 124.

بمقتضى أحكام الفصول 11 و12 و13 من القانون عدد 40 لسنة 1972..."[508] وتبعا لذلك، في غياب نص قانوني صريح بمنح اختصاصه تعقيبيّا للمحكمة الإدارية يكون التعقيب من اختصاص المحاكم العدلية وهو شأن النزاعات المتعلقة بهيئة السوق المالية.

وهكذا نحن اليوم امام تناقض بين فقه قضاء المحكمة الإدارية وفقه قضاء مجلس تنازع الاختصاص. ورغم أن نفوذ اتصال القضاء لقرارات مجلس تنازع الاختصاص محدود في نطاق "النزاع المعروض عليه" فإنه يصعب على المحكمة الإدارية أن تواصل فقه قضائها المتعلق باختصاصها التعقيبي غير المسند وذلك لسببين على الأقل، الأول راجع للقيمة الاعتبارية والمعنوية لقرارات مجلس تنازع الاختصاص، والثاني راجع للفصل 8 من القانون عدد 38 الذي يمنح ضمنيا لحلول مجلس تنازع الاختصاص قوة الزامية تكون حائلا دون رفع النزاعات المتعلقة بالاشكالات التي سبق له البت فيها. ولكن لا شيء يمنع، من الناحية القانونية، أن تواصل المحكمة الادارية فقه قضائها القديم.

وعليه يتحتّم علينا أن نبحث لا في الوجوه المنصوص عليها صراحة بالقانون فحسب، بل أيضا في التي لم ينصّ عليها. متى يكون الهيكل المطعون في قراره هيكلا حكميا شبه قضائي كي يرفع الطّعن ضدّه أمام المحكمة الإدارية عن طريق التّعقيب ؟ على أساس أيّ معيار يكون ذلك؟ إنّ الإجابة عن هذه الأسئلة متأكّدة خصوصا إذا علمنا أنّ من بين المبادي العامّة التي أقرّها فقه القضاء الإداري يوجد مبدأ وجوبيّة الطّعن بالتّعقيب[509].

وسنتعرّض فيما يلي إلى أهمّ وجوه اختصاص المحكمة الإدارية تعقيبا بإيجاز وتبسيط، ملاحظين أنّ المادّة في حاجة أكيدة إلى التّوحيد والتّيسير، وهو ما بدأ يسعى إليه المشرّع من ديسمبر 1989، وواصله بمقتضى تنقيح الفصل 11 من قانون غرّة جوان.

---

[508]– نص القرار منشور بملاحق مذكرة الآنسة سارة مامي،
Sarrah Mami, La nature juridique du conseil du marché financier mémoire mastère sciences juridiques fondamentales, F.S.J.P.S.T., 2003-2004.

[509]– انظر قرار D'aillières، 7 فيفري 1947.

الفقرة الثانية
الأوجه المنصوص عليها بقانون واحد جوان

أول وجه يذكر هو الوجه المبدئي والاعتيادي لاختصاص المحكمة الإدارية تعقيبا وهو المنصوص عليه بالفصل 21 (ثالثا) من قانون غرة جوان : "تختص الدوائر التعقيبية بالنظر في الطعون الموجهة ضد الاحكام النهائية المشار إليها بهذا القانون".

وهذا يعني :

أولا : أن الدوائر التعقيبية هي صاحبة الاختصاص التعقيبي المبدئي، خلافا للجلسة العامة.

ثانيا : أن الاحكام المشار إليها في هذا الفصل هي الاحكام الصادرة عن الدوائر الإستئنافية.

ثالثا : أن هذه الاحكام المطعون فيها بالتعقيب هي أحكام نهائية الدرجة.

أما الأوجه الأخرى فهي أوجه خاصة وهي الأتية.

المحور الأوّل : تعقيب القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف العدليّة في مادّة التوظيف الجبري

في هذه المادّة يتّخذ وزير المالية أو من ينوبه قرارا في التّوظيف الإجباري ويقع الاعتراض على هذا القرار لدى المحكمة الابتدائية، ثم يستأنف الحكم الابتدائي لدى محكمة الاستئناف. وطبقا للفصل 69 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية يقدم التعقيب في مادة أساس الأداء واسترجاعه وتوظيفه والخطايا المتعلقة به لدى المحكمة الإدارية.

المحـــور الثانـــي : تعقيـــب القـــرارات الصّـــادرة فـــي مـــادّة توظيـــف الآداءات والمعاليـــم الرّاجعـــة للجماعـــات المحليّـــة واسترجاعهـــا

إن الفصل 11 جديد جاء شاملا، حيث أنـــه احتـــوى علـــى الآداءات والمعاليم المحلية، دون تحديد، بينما اقتصرت مجلة الجباية المحليـــة علـــى مجال النزاعات على المعلوم على العقارات المبنية وعلى الأراضـــي غيـــر المبنيّة، فأسندت الاختصاص إلى حاكم النّاحية، وبالنّسبة لمساهمة المـــالكين في نفقات الأشغال الأولية والإصلاحات الكبرى أسندت الاختصـــاص إلـــى "المحاكم المختصة"[510] دون تخصيص.

ففي جميع الأوضاع النزاعية المعروفة فيها مرجع النظر النهائي، يجب الأخذ بشمولية الفقرة الأولى من الفصل 11 جديد. وإخضاعها للتعقيب.

المحـــور الثالـــث : تعقيـــب القـــرارات الصـــادرة عـــن محاكـــم الاستئنـــاف فـــي مجـــال استخـــلاص الديـــون العموميـــة

هذا الوجه نتيجة لتظافر نصّين : الأول هو الفصل 11-2 جديد مـــن قانون غرة جوان، والثاني هو الفصل 27 من مجلة المحاســـبة العموميـــة : ينصّ الفصل 11-2 جديد من قانون غرة جوان على أن المحكمة الإداريـــة تختصّ تعقيبا في "الطّعن الموجه ضدّ الأحكام النهائية الصّـــادرة فـــي شـــأن مطالب الاعتراض على البطاقات التنفيذية المتعلقة باستخلاص ديون الدولـــة والجماعات المحلية والمؤسسات العموميّة المخوّل لهـــا قانونـــا اســـتخلاص ديونها بمقتضى بطاقة تنفيذ".

[510]– فنفهم من ذلك أن المحاكم المختصة تكون محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية، استئنافيا في القرارات الصادرة عن لجنة المراجعة ، وفي أجل الستين يوما من إبلاغ قرارات اللجنة.

وينصّ الفصل 27 من مجلة المحاسبة العموميّة علـــى كيفيـــة منازعـــة الطرق التي تستعملها الإدارة لإجبار الغير على الوفاء بما على ذمّـــتهم مـــن ديون جبائيّة أو غيرها إزاء السّلط العموميّة. وأصبحت طريقة الفصل 27 هي الطريقة العامّة والشاملة وقد حلّت محل الطّرق القديمة وأوكلت مرجع النّظـــر إلى محاكم الاستئناف دون سواها. وفي الحالتين تكون المحاكم الاستئنافيّة هي المختصّة عن طريق الاعتراض وهي الطّريقة المعمول بها إلاّ ما وقع استثناؤه بنصّ وتنحصر إجراءات الاعتراض وطرق الطّعن ضدّه فـــي الـــنّقط الآتـــي ذكرها[511] :

- –صدور السّند التنفيذي عن الإدارة مهما كان نوعه (بطاقـــة إلـــزام ، بطاقة جبر، ملخّص أزمة).
- –الاعتراض على السّند التنفيذي بواســـطة عريضـــة لـــدى محكمـــة الاستئناف في أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر من الإعلام بالسّـــند مـــع العلم بأنّ الاعتراض ليس له مفعول إيقافي غالب الأحيان.
- –حكم محكمة الاستئناف في كيفيّة استخلاصه وصحّة السّند التنفيذي.
- –التعقيب لدى المحكمة الإدارية.

المحـــور الرابـــع : تعقيـــب بعـــض القـــرارات النهائيّـــة الصّـــادرة عـــن المحاكـــم الابتدائيـــة

تختصّ المحاكم الابتدائية في النّزاعات المتعلّقـــة بالمعـــاليم القمرقيّـــة (الفصول 227 و229 من مجلّة القمارق) وبعض الآداءات المحليّة كما سبق ذكره.

[511]– انظر في هذه المسألة : جويدة قيقة، السندات التنفيذية ما بين التشريع والتطبيق، مركز الدراسات والبحوث والنشر، 1996.

كما أنها مختصّة في النّزاعات المتعلّقة بالتسجيل بالقائمات الانتخابية للانتخابات الرئاسيّة والتّشريعية والبلديّة. وفي مجال الانتخابات تعاد مراجعة القائمات سنويّا وترفع الطّعون إلى لجنة المراجعة المتكوّنة من الوالي (رئيس) ومن قاض وثلاثة ممثلين عن النّاخبين، ثم يقع التّقاضي إلى المحكمة الإدارية[512].

المحور الخامس : تعقيب القرارات القضائيّة الصّادرة عن محاكم الاستئناف في النّزاعات المتعلّقة بالمهن الحرّة[513]

ورد الوجه المذكور بالفصل 13 من قانون 1 جوان 1972، ويتضمّن النّزاعات الانتخابية أو التأديبية أو في ميدان التّرسيم المتعلّقة بالهيئات المهنيّة، والتي هي من اختصاص محاكم الاستئناف، ثم المحكمة الإدارية "تعقيبا"[514] ويشمل هذا الوجه غالب الحالات التي يقع فيها تتبّع أحد المحترفين تأديبيّا من قبل مجالس الهيئات المهنيّة التي تقوم بدورها في تلك الصّورة بوصفها تشكيلات شبه قضائيّة[515].

512- الفصل 19 من المجلة الانتخابية كما نقحت بالقانون الأساسي عدد 35 المؤرخ في 15 أوت 1979.

513- انظر في المسألة : رضا بن حمّاد : "الهيئات القضائية التأديبية للمهن الحرة في تونس (بالفرنسية. مركز الدراسات والبحوث والنشر – كلية الحقوق – تونس 1979).

514- فإذا كان القرار الصّادر عن الهيئة من نوع القرارات الإدارية (ولا القضائيّة)، يكون الاستئناف لدى محكمة الاستئناف العدليّة بمثابة الطّعن الابتدائي، ويكون التعقيب لدى المحكمة الإدارية بمثابة الطّعن الاستئنافي.

515- م.إ، 21 جوان 1984، إلياس القرقوري/الهيئة القوميّة للمحامين، المجموعة، ص 449. وهذا الموقف يتناقض في الحقيقة مع موقف المحكمة الإدارية المتعلق بالقرارات التّأديبيّة الصّادرة عن المجلس الأعلى للقضاء التي قررت المحكمة الإدارية في شأنها أنها قرارات إدارية (لا شبه قضائية) تطعن بتجاوز السلطة لدى المحكمة الإدارية. م.إ، 26 نوفمبر 1991، الطاهر زقروبة المجلس الاعلى للقضاء، المجموعة، ص 147.

ويستوجب هذا الوجه قرار غرفة تأديبيّة منبثقة عن الهيئة المهنيّة، يقع استئنافه أمام محكمة الاستئناف[516]. ثم تعقيبه لدى المحكمة الإدارية. غير أنّ الوجه المذكور لا يشمل مبدئيّا كل الهيئات المهنيّة، إذ قد ورد بالنّصوص الخاصّة التأسيسيّة لبعض المهن الحرّة أن الطّعون ضدّ الغرف التّأديبية ترفع لمحكمة الاستئناف، ولكنّها لا تقبل التّعقيب (حسب صريح النّصّ)، وهو حال هيئة الأطبّاء، والبياطرة، وأطبّاء الأسنان. ففي الحالات المذكورة يقع التّتبّع حسب النّصّ أمام مجلس الهيئة كمجلس تأديب، ثم يطعن في قرار المجلس أمام غرفة تأديبيّة، ونهاية يطعن في قرار الغرفة أمام محكمة الاستئناف بتونس[517]. هل يقع في هذه الصّور تغليب النّصّ الخاص على النّصّ العام ؟

خلافا لمحكمة التّعقيب التي ما كانت ترى وجوب التّعقيب بدون نصّ[518]، فإنّ المحكمة الإدارية أقرّت اختصاصها وأطلقته أخذا بمبدإ وجوب التّعقيب وبشموليّة الفصل 13 من قانون غرّة جوان[519]. ومدّدت المحكمة الإدارية اختصاصها إلى جميع المهن الحرّة. فأقرت اختصاصها في مجال انتخاب أعضاء هيئة المهندسين المعماريين مع العلم أن النّص المنظّم للمهنة يبعد هذا الطّعن[520] في مادّة التّرسيم. وأقرّت اختصاصها في مجال تأديب المحامين وغيره من المجالات (التّرسيم)، باعتبار أن مجلس تأديب هيئة المحامين هيئة قضائيّة إداريّة[521].

516- غالبا محكمة استئناف تونس العاصمة.

517- رضا بن حمّاد، المرجع السابق ص 53.

518- انظر القرار عدد 9866، 16 أفريل 1974، القضاء والتشريع ص 490.

519- انظر قرار المحكمة الإدارية، 19 اكتوبر 1976، محمد بكار ضد مجلس هيئة المحامين، المجموعة، ص 100. وعياض ابن عاشور : التمييز بين القرار القضائي والقرار الإداري، تعليق على قرار المحكمة الإدارية، أنور بشر ضدّ مجلس هيئة المحامين، 14 جويلية 1985. م.ق.ت ، 1984 القسم العربي ص 115.

520- م.إ، 4 ديسمبر 1989، عبد السلام بن سعيد/هيئة المهندسين المعماريين، المجموعة، ص 235.

521- م.إ، 21 جوان 1984، إلياس القرقوري/الهيئة القومية للمحامين، المجموعة، ص 449. انظر م.إ، 14 جويلية 1983، انور بشر/الهيئة القومية للمحامين، المجموعة، ص 277. م.إ، 12 أفريل 1979، معمر السنوسي/الهيئة القومية للمحامين، المجموعة، ص 92 مع ملحوظات مندوب الدّولة.

ويلاحظ بهذا الصدد، أنه عكس ما يجري بفرنسا أين يجب الفصل بين القرارات الصادرة عن الهيئة والمتعلّقة بالتّرسيم، الدّاخلة في ظلّ الإلغاء[522]، وتلك المتعلقة بالتأديب، الدّاخلة في التّعقيب، خيّر التشريع التونسي توحيد الصّنفين، وإخضاع النزاعات حول التّرسيم وحول التّأديب إلى نظام قضائي واحد. إلاّ أنّ هذا التّوحيد الإجرائي لا يمنع من التّمييز بين المادّتين كما بيّنّا[523].

ويلاحظ أيضا أن اختصاص المحكمة الإدارية تعقيبيّا غير محدود إلى نزاعات التّرسيم والتّأديب، بل يتعداها إلى غيرها كالخلافات بين محام وحريف[524] أو النّزاعات الانتخابية[525].

المحور السادس: الطّعن ضدّ قرارات اللّجنة المصرفية

بالنّسبة للّجنة المنافسة، أصبحت المحكمة الإدارية مختصّة استئنافا للنّظر في قراراتها بعدما كانت تختصّ فيها تعقيبا، وذلك بمقتضى تنقيح قانون غرّة جوان المؤرّخ في 11 نوفمبر 2003. فيدخل التعقيب اليوم في الوجه المبدئي والاعتيادي الذي أشرنا اليه سابقا في مطلع هذه الفقرة.

أما بالنسبة للجنة المصرفية، فقد أضيفت فقرة أخرى للفصل 13 من غرّة جوان 1972 (الفصل 13 ثالثا)[526] تفتّح باب التّعقيب ضدّ القرارات الصّادرة عن اللّجنة، وهي قرارات ابتدائية ونهائية الدّرجة.

[522]– مجلس الدولة، دي بايو De Bayo، 12 ديسمبر 1953، Lebon، ص 544.
[523]– عياض ابن عاشور، تعليق على قرار أنور بشر، المرجع السابق ذكره.
[524]– المحكمة الإدارية، 9 جويلية 1981، منير الباجي ضدّ محسن عكاشة، المجموعة، ص 284.
[525]– المحكمة الإدارية، 3 جوان 1982، بن سعيد وعبد الرّزّاق ضدّ هيئة المهندسين المعماريين، المجموعة، ص 76.
[526]– قانون أساسي عدد 26 لسنة 1994 مؤرخ في 21 فيفري 1994، ر.ر.، 1994، عدد 15، ص 300.

وقد أحدثت اللّجنة المذكورة بمقتضى الفصل 27 جديد من قانون مهنة البنوك[527]. ويتمثل اختصاص اللّجنة في تسليط بعض العقوبات المهنيّة ضدّ المؤسسات البنكية التي ترتكب مخالفات معينة منصوص عليها بالقانون. ويتولّى رئاسة اللّجنة قاض يشغل على الأقل خطة رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف.

الفقرة الثالثة
الاحتمالات التّعقيبية الخارجة عن نطاق قانون غرّة جوان

إذا اعتبرنا أنّ تعقيب القرارات القضائية النّهائية الدرجة واجب لا يقصيه إلا النّصّ الصّريح، وإذا زدنا على ذلك أنّ المحكمة الإدارية رأت أن قانون غرّة جوان لم يحصر ولايتها في الوجوه الواردة في الفصل 11 وما بعده[528]، علينا أن نتساءل عن الاحتمالات التي قد يترتّب عليها اختصاص المحكمة الإدارية تعقيبيّا خارج نطاق قانون غرّة جوان. ما هي الشروط والمعايير التي لا بدّ من توفرها لتكون المحكمة مختصّة ؟

الشروط المبدئية هي الآتية :

أولا : إما أن يكون الهيكل الذي صدر عنه القرار هيكلا قضائيا أو شبه قضائي، لا يدخل في عداد الهياكل الإدارية العاملة ، وإما أن يكون القرار نفسه من صنف القرارات القضائية مهما كان الهيكل الذي أصدره.

ثانيا : أن يكون الهيكل أو القرار المذكور قضائيّا–إداريّا لا صلة له بأعمال القضاء العدلي أو غيره.

[527]– القانون عدد 25 لسنة 1994 المؤرخ في 7 فيفري 1994 والمنقح للقانون عدد 51 لسنة 1967 المؤرخ في 7 ديسمبر 1967. ر.ر، 1994، عدد 13، ص 269.
[528]– انظر مثلا، المحكمة الإدارية، 9 فيفري 1978، بوليلة ضدّ المكلف العام بنزاعات الدولة، المجموعة، ص 25.

ثالثـــا: أن يكون القرار نهائي الدّرجة.

رابعـــا : ألا يضع له المشرّع طرق طعن خاصة وألاّ يبعـــد التّعقيـــب بنصّ صريح.

وإذا كان الشرطان الثالث والرّابع لم يثيرا صعوبات خاصّة وبالتّالي لـــم يحتاجا إلى مزيد من التّوضيحات، فان الأمر مخالف بالنسبة للشـــرطين الأول والثاني. وقبل أن نتناول المسألة، علينا أن نؤكد أنّ المعايير التي سنتحدّث عنها لا تقوم بدور إلاّ عند صمت النّصّ القانوني، فإذا جاء النّصّ بتعريف الهيكـــل تعريفا قطعيا صريحا، لم يبق مجالا للشّكّ ولا فائدة لاستخدام المعايير التّابعة.

للتّطرّق إلى هذه المسألة يتعيّن علينا أن نتعرّض لها عـــن مـــرحلتين. الأولى تمكّننا من تمييز القرار القضائي أو شبه القضائي عـــن غيـــره مـــن القرارات، كالقرارات الإدارية. أمّا الثانية فإنها تمكّننا مـــن تمييـــز القـــرار القضائي في المادّة الإدارية، المعروض وحده للتّعقيب لدى المحكمة الإدارية، عن القرارات القضائية في مادّة غير إدارية. ولا يكون التّعقيب لدى المحكمة الإدارية إلاّ بالشرطين معا : أن يكون القرار قضائيّا ثم أن يكون في المـــادّة الإدارية. فما هي معايير الهيكل القضائي ؟ وما هي معايير المادّة الإدارية ؟

المحـــور الأول : معاييـــر الهيكـــل القضائـــي وشبـــه القضائـــي

*المعيـــار العـــضوي

يردّنا هذا المعيار إلى تركيب الهيكل وصفة أعضائه. فبقدر ما يقترب من تركيب المحاكم وصفة القضاء، بقدر ما يقوى الدليل علـــى أنـــه هيكـــل قضائي، وهو حال التّشكيلات المتألّفة كلاّ أو جزاءا، أقليّة أو أغلبيّـــة، مـــن قضاة محترفين، بقطع النّظر عن القطاع القضائي الذي ينتمون إليه[529].

[529]– استخدام هذا المعيار في قرار مجلس الدولة داليار، D'aillières، 7 فيفري 1947. CE, Ass. 7 février 1947, D'aillières, R.D.P, 1947, 68, concl. R. Odent, note Waline. J.C.P., 1947, II, 3508, note Morange.

*المعيـــار الشّكلـــي

هو الذي يُرجعنا إلى الإجراءات التي يسلكها الهيكل، فـــإذا فرضـــت النّصوص اتّباع إجراءات شبيهة بالمرافعات أو قريبة منها، فإنّ ذلك يكـــون دليلا على أنّ القرار النّهائي من نوع القرارات القضائية : مثل الطّلـــب فـــي شكل عريضة وفي أجل معين، و إمكان الدّفاع بواسطة محام، ووجوب تعليل القرار، وإمكانية الطّعن ونعت الطّعن بأنه "استئناف" أو وصف القرار بأنـــه "نهائي ولا يقبل الاستئناف" أو إمكانية التماس الاعتراض، وإعادة النّظر إلى غير ذلك. أمّا إذا كان الهيكل يسلك الإجراءات الإدارية البسيطة، فإن ذلـــك دليل على أن القرار إداري. وفقه القضاء يعتمد غالبا على العاملين العضوي والشكلي معا، لأنّ تظافرهما يكوّن وحده "المناخ القضائي"[530]. وعلـــى هـــذا الأساس، قرّرت المحكمة الإدارية عدم اختصاصها تعقيبيا في الدّعاوي ضـــدّ قرارات لجان الإنزال[531] باعتبارها هياكل غير قضائية، بينما أقرّت الصّبغة القضائيّة–الإدارية بالنّسبة للجان تصفية الأحباس، اعتبارا لتركيـــب اللّجـــان والإجراءات المتبعة أمامها[532] وصلاحياتها.

ولكن المعيار العضوي–الشّكلي لا يكفي وحده أحيانا للفصل بين القرار ذي الصّبغة الإدارية، والقرار ذي الصّبغة القضائية للأسباب التي سنذكرها. في هذه الصّورة يتعين علينا أن نستخدم المعيار المادّي.

وموانو، 2 فيفري 1945، Moineau، وآدم، 7 جانفي 1949، Adam.

[530]– الذي تحدث عنه مندوب الحكومة أودان Odent في قرار داليار D'aillières.

[531]– م.إ، 9 فيفري 1978، بوليلة ومن معه ضد المكلف العام بنزاعات الدولة، المجموعة، ص 25 : "أن لجنة الإنزال تشكل تشكيلا إداريا محضا وليس لها طابع قضائي بالمرة وأنها لا تتبع الإجراءات القضائية عند البتّ في إقرار حقوق الإنزال التي تعرض عليها ومن ثم فإنها تعتبر هيئة إدارية وتكون مقرراتها ادارية تخضع للطعن بالإلغاء".

[532]– المحكمة الإدارية، 28 فيفري 1981، ...ضدّ والي زغوان، مجلة القضاء والتشريع، ص 125.

***المعيـــار المـــادي**

إنّه معيار مركّب يرمي إلى معرفة طبيعة القرار وجوهره بقطع النّظر عن مظاهره، هل يدخل في الوظيفة الإدارية التي تشمل العمـــل والتّصـــرّف والتّنفيذ والتّسيير المرفقي والتّداخل الفعلي في الأمور الإدارية أم في الوظيفة القضائيّة التي تقتصر على التّحكيم بين الأفراد ومجرد النّطق بالأحكام لتعيين فصل النّزاعات ؟ فالمعيار المادّي لتعريف القرار القضائي يفترض النّـــزاع، والحكم طبق التشريع، والتّجريد عن أعمال التصرف.

وفائدة المعيار المادّي تتمثل في الحالتين الآتيتين : الأولى عندما يتولّى هيكل قضائي (من حيث تركيبه) عملا خارجا عن الوظيفة القضـــائية ومـــن نوع الأعمال التي تندرج في الوظيفة الإدارية، والثانية عندما يتـــولى هيكـــل إداري عملا من نوع الأعمال المندرجة في وظيفة القضاء. وفي الحـــالتين، ليس من المعقول أن نسلّط تعريفا ينطلق من المعيار العضوي على واقع غير منسجم معه، أو بعبارة أخرى أن نغلّب ظاهر الأمور على باطنها، أو شكلها على مادّتها.

وبناء على ذلك، وخصوصا في الحالة التي تكون فيها مـــادّة القـــرار واضحة، علينا أن نهمل العوامل العضويّة والشّكلية لنأخذ بالعوامل الجوهريّة والموضوعيّة.

وهذا ما دأب عليه فقه القضاء الإداري عندما اعتبر مثلا أن المجلـــس الأعلى للقضاء (وهو قضائي محض من حيث التّركيب) يتصـــرّف كســـلطة إداريّة وفي مادّة إداريّة عندما يعمل كمكتب انتخابي أو ينظر فـــي ترقيـــات القضاة[533] وأن قراراته تكون في هذه الحالة خاضعة لقضاء الإلغاء. (انظـــر القسم السّابق المتعلّق بتجاوز السّلطة، الباب الأول، الفصل الثاني).

[533]- انظر، مجلس الدّولة الفرنسي Falco et Vidaillac، 17 أفريل 1953، R.D.P. 1953، ص 448، L'Etang، 12 جويلية 1969، R.D.P.، 1970، ص 387.

وتوسّعا في هذا المنطق فقد قرّر مجلس الدّولة الفرنسي، أنه يجوز لنفس الهيكل أن يتّخذ قرارات مختلفة، قضائية أو إدارية حسب المادّة التـــي يصـــدر فيها القرار[534].

ونهجت المحكمة الإدارية نفس المنهج في فقه قضائها المتعلـــق بهيئـــات المهن الحرّة[535] خصوصا عندما قرّرت أن التّدابير التأديبية داخلة فـــي المـــادّة القضائية، وبناء على ذلك مفتوحة لقضاء التّعقيب ومغلقة لقضاء الإلغاء. إلا أن المحكمة لم تعامل بنفس التّعامل القرارات الصّادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، حيث اعتبرت أن قراراته تكون دائما خاضعة للإلغاء سواء تعلّقت بالتّأديـــب أو تعلّقت بمسائل أخرى. تعتبر المحكمة أنّ المسائل الدّاخلة في تطبيـــق القـــانون الأساسي للقضاء بما فيها القرارات التّأديبيّة تندرج كلّهـــا فـــي "نطـــاق مرفـــق القضاء"[536]، هنالك يبدو أنّ المحكمة متناقضة مع اتّجاهها المتعلّقة بالمهن الحرّة التي يرمي إلى اعتبار القرارات التّأديبيّة من نوع القرارات القضائيّة.

كذلك فإنّ المحكمة الإدارية تجاهلت في مرحلة أولى المعايير المـــذكورة في القضايا المتعلّقة بإسناد أراض اشتراكيّة[537] من قبل مجلـــس الوصـــاية[538]،

[534]- De Bayo، 12 ديسمبر 1953، ومقال الاستاذ René CHAPUS.
René CHAPUS : « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », Mélanges Eisenmann, 1975, p. 265.

[535]- المحكمة الإدارية، 14 جوان 1978، محمّد بكّار ضدّ عميد هيئة المحامين، المجموعة، ص 198.
م.إ، 9 جويلية 1981، محيي الدّين الزواوي، المجموعة، ص 242. م.إ، 14 جويلية 1983، أنور بشر، المجلّة التّونسيّة للقانون، 1983، ص 115، تعليق عياض ابن عاشور.

[536]- عن هذه المسألة انظر ما سبق بسطه في القسم الثاني، الباب الأوّل، الفصل الثاني، الفقرة الثانية. وقد اصبح هذا الحل مستحيلا في المادة التأديبية طبقا للفصل 60 جديد من قانون 14 جويلية 1967، المنقح بمقتضى القانون 81 – 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005.

[537]- المحكمة الإدارية، 30 مارس 1982، مزطوري ومن معه ضدّ وزير الفلاحة، المجموعة، ص 40. كذلك: م.إ، 4 جويلية 1991، سالم بن محمّد بن عبد الله درمش/والي تطاوين. كذلك : م.إ، 28 ديسمبر 1989، الحاج صالح بن محمّد العماري/والي مدنين، المجموعة، ص 246.

[538]- وهو مجلس "إداري" من حيث تركيبه.

فأقرّت اختصاصها بالإلغاء في هذه الصّور، بينما كانت الدّلائل متّجهة إلى نفي اختصاصها بالإلغاء، لأنّ القرار المطعون له صفة الحكم للأسباب الآتية :

-توفّر المعيار المادّي بتواجد "النّزاع" وقد نصّ القانون[539] صراحة على أن : "يحال وجوبا على تحكيم مجلس التصرف كل نزاع يتعلق بالانتفاع بالأرض الاشتراكية..." وأن ذلك التحكيم يصادق عليه كاتب الدولة للفلاحة، وأن لهذا الأخير حق التولي والبتّ في الموضوع من جديد.

وبعد ذلك وفي مرحلة ثانية، صدر عن المحكمة الإداريّة قرار بتاريخ 31 ديسمبر 1997، مجلس تصرّف مجموعة زرقان أولاد عون/والي تطاوين[540]، صرّحت فيه المحكمة عن عدم اختصاصها إلغائيا ضدّ قرار صادر عن والي تطاوين في شأن أرض اشتراكيّة. وبرّرت المحكمة موقفها بأنّ مجالس التّصرّف ومجالس الوصاية "تكتسي صبغة الهيئات التّحكيميّة وتصدر قرارات تحكيميّة قابلة للطّعن بالاستئناف طبق إجراءات خاصّة بها"[541]، ممّا يخرجها عن ولاية المحكمة الإداريّة إلغائيّا. وإذ نحن نؤيّد التّوجّه الجديد للمحكمة الإداريّة، إلاّ أنّنا كنّا نفضّل أن تعلن المحكمة صراحة بأنّ قرارات المجالس المعنيّة بالأمر هي قرارات شبه قضائيّة و لا "تحكيميّة" بالمعنى المتداول عند مختصّي قانون التّحكيم. مهما يكن من أمر، فإنّ السّؤال يبقى مطروحا : كيف يكون موقف المحكمة الإدارية، لو فرضنا أنّ الطّعن كان عن طريق الطّعن بالتّعقيب ولا الإلغاء ؟

-توفر المعيار الشكلي الذي يتمثل في النقط الآتية : الطّعن ضدّ قرار اللجنة عن طريق "استئناف" يُرفع إلى كاتب الدولة للفلاحة، تعريف اللجان بأنها "محاكم تحكيم" وأن قراراتها "نهائية" وأنها تنفذ كسائر

[539]- قانون 4 جوان 1964، المنقح بقانون 14 جانفي 1971 و11 ماي 1979.

[540]- م.إ، 31 ديسمبر 1997، مجلس تصرّف مجموعة زرقان أولاد عون/والي تطاوين، المجموعة، ص 668.

[541]- وهذه الإجراءات هي التي بيّنتها النّصوص الآتية : القانون 64-28 المؤرّخ في 4 جوان 1964 والمنقح بالقانون عدد 88-5 المؤرّخ في 8 فيفري 1988، والأمر 894-88 المؤرّخ في 29 أفريل 1988 والأمر 95-1229 المؤرّخ في 10 جويلية 1995.

الأحكام الصّادرة عن محاكم الحق العام. وبناء على ذلك كان يمكن اعتبار قرار المصادقة الصّادرة عن السّلط الإدارية، قرارا قضائيّا نهائيّا لا يقبل الطّعن بالإلغاء بل معرض للطّعن بالتّعقيب أخذا بمبدإ وجوب التّعقيب، خلافا لما أقرّه فقه قضاء "مزطوري".

إن المعايير التي عرضناها تنهينا إلى معرفة طبيعة الهيكل من حيث التّفرقة بين الهياكل القضائية والهياكل الإداريّة. غير أنه لا يكفينا الوصول إلى هذا الحدّ، بل يتعين علينا بعد ذلك أن نتأكّد من أن القرار الذي تخلّصنا من صبغته القضائيّة والنهائيّة داخل في دائرة القضاء الإداري لإقرار اختصاص المحكمة الإداريّة تعقيبا.

المحور الثاني: معيار القضاء الإداري

في صورة غموض النّصّ وانعدام البيّنات المستخرجة من الإجراءات، أجمع رجال التّشريع على أنّه يتّجه استخدام المعيار المادّي للتّعرّف على الصّبغة الإدارية للهيكل القضائي وفرزه عن الهياكل القضائيّة التابعة للنظام القضائي العدلي أو السياسي. ذلك يعني أن الصبغة الإدارية تتبع المادة الإدارية، والمادة الإدارية متكونة من المسائل الخاضعة للقانون العام. وفي نهاية الأمر يظهر أن "طبيعة النزاعات" هي الضابط لوصف القضاء[542].

فإذا كانت النزاعات داخلة في المادة المدنية أو الجزائية أو السياسية فإنها تخرج بمجرد ذلك عن دائرة اختصاص المحكمة الإدارية جملة. هذا ما أقرته المحكمة الإدارية في قرار بللونة/وكيل الجمهورية سنة 1982، حيث رأت أن القرار المطعون فيه هو قرار قضائي ولكن خارج عن القضاء الإداري وبالتالي عن اختصاص المحكمة الإدارية. كذلك، رأت المحكمة في قرار مشيرقي/وزير العدل سنة 1985، أنّ المادّة قضائيّة-عدليّة وبالتّالي

[542]- انظر مجلس الدولة آدم Adam، 7 جانفي 1949، مجموعة Lebon ص 7.

خارجة عن اختصاص المحكمة الإدارية، ورأت أيضا في قرار متعلّق بطعن ضدّ قرار وزير الدّفاع الوطني سنة 1991 أنّ المادّة قضائيّة-عسكريّة، فهي خارجة عن اختصاص القضاء الإداري[543]. ورغم أنّ كلّ هذه الأحكام صادرة في ميدان تجاوز السلطة، ولا في التعقيب، إلاّ أنّها وضعت قواعد شاملة يجوز تطبيقها، من هذه النّاحية، في التّعقيب وتجاوز السّلطة معا. فلو فرضنا أنّ مثل هذه القرارات طعنت لدى المحكمة عن طريق التعقيب لكانت إجابتها نفس الإجابة بالرّفض لعدم الاختصاص من حيث المادّة الجاري في حدودها النّزاع. ولنضرب بعض الأمثلة عن النّزاعات التي اعتبرها فقه القضاء في صلب المادّة الإدارية :

-النّزاعات الجبائيّة[544].

-النزاعات المتعلّقة بتنظيم وسير المصالح العامّة[545].

-النّزاعات الانتخابيّة[546].

-النّزاعات التّأديبيّة[547].

-النّزاعات المنجرّة عن اتّخاذ قرار معيّن من طرف السّلط الإدارية.

ويلاحظ أن التّمييز بين المواد الإدارية وغيرها يبدو عسيرا في عدّة حالات، ذلك أن الفصل القاطع بين مواد القانون العام والقانون الخاص غير ممكن. وعلى سبيل المثال نذكر أن طبيعة النزاع في قضية "داليار" كانت محل اختلاف بين ما رآه مندوب الحكومة من أن "لجنة الشرف" التي كانت تحكم في

[543]- راجع في هذا الصّدد : القسم الأول، الفصل الأوّل، الفقرة الثانية.

[544]- المحكمة الإدارية، 10 مارس 1977، وزير الماليّة/...، المجموعة، ص 124، وهي مادّة إداريّة بتعيين التّشريع نفسه.

[545]- انظر مثلا في ميدان الضّمان الاجتماعي قرار مجلس الدّولة، 21 جانفي 1951. Union Commerciale de Bordeaux-Bassens, مجموعة Lebon ص 19.

[546]- المحكمة الإدارية، 3 جوان 1982، بن سعيد ومن معه ضدّ مجلس هيئة المهندسين المعماريين، المجموعة، ص 76.

[547]- مجلس الدّولة، 12 جويلية 1969، L'Etang-De bayo. مجموعة Lebon ص 388، والمحكمة الإدارية، 9 جويلية 1981، محيي الدين الزواوي، المجموعة، ص 242.

رفع إسقاط حق التّرشّح للانتخابات التشريعية، هي هيكل قضائي سياسي، وما قرّره مجلس الدولة من أن طبيعة النزاع إدارية وبالتالي أنّ اللجنة هيكل قضائي-إداري.

الفصل الرّابع
إجراءات رفع الطّعن بالتّعقيب

يرفع الطّعن بالتّعقيب طبقا للفصل 67 جديد من قانون غرة جوان في أجل الثلاثين يوما من الإعلام بالحكم، وفي شكل مطلب يحرّره محام لدى التعقيب. ويتّسم المطلب بصيغته المختصرة، حيث أنه يحتوى على أسماء الأطراف ومقراتهم "وعرض موجز لوقائع القضية وللمطاعن الموجهة إلى الحكم المطعون فيه". ولا يعني أن يكون المطلب موجزا، أنّه معفى من كل شرط شكلي وفي محتواه، ومن هذه النّاحية لا يجوز القصور ولا الإهمال.

وقد سبق للمحكمة الإدارية أن سطرت بعض الأحكام المتعلقة بالمطلب التعقيبي منها :

-أن يكون معللا وكاشفا عن أسباب الطّعن[548]

-أن يكون واضحا ودقيقا لا غامضا أو مبهما[549]

-وأن يرتكز على أسباب قانونيّة، طبقا لما سبق عرضه.

وعلى المعقب أن يقدم في أجل الستين يوما من تقديم مطلبه :

-محضر إعلامه بالحكم أو القرار "إن وقع ذلك الإعلام"، وإن لم يقع فالمنطق الإجرائي يقتضي أن يثبت الطاعن تاريخ علمه بالحكم لإثبات أنه احترم أجل الطّعن، ويقتضي أيضا أن يكون للمعقب عليه الحق في إثبات ما يخالف ادّعاء الطاعن في هذا الشأن. إلاّ أنّه كان من الأولى

[548]- م.إ، 27 أفريل 1978، .../إدارة الآداءات، المجموعة، ص 89.
[549]- م.إ، 24 نوفمبر 1982، .../الإدارة العامة للآداءات، المجموعة، ص 114.

والأصح، من النّاحية الإجرائيّة، أن يقع تقديم محضر الإعلام بالحكم المطعون فيه، مع المطلب وفي اجله، نظرا لاتصال العنصرين اتّصالا وثيقا.

-نسخة من القرار أو الحكم المطعون فيه.

-مذكرة في بيان أسباب الطّعن مشفوعة بكل المؤيدات ومفصلة لكل مطعن على حدة ونسخة من محضر إبلاغ المعقب ضده بنظير من تلك المذكرة ومؤيّداتها.

إذا قارنا بين المذكرة الاسهابية في الاستئناف (الفصل 61 جديد)، والمذكرة في التعقيب (الفصل 68 جديد) يتبين أن المشرع شدّد في شروط الثانية وأكّدها، وذلك تماشيا مع ما أقرته المحكمة الإدارية في فقه قضائها[550].

وتقوم المذكرة بدور توضيحي وتكميلي وتفصيلي، بالنسبة لمطلب التعقيب.

وعلى هذا الأساس لا بد من أن يكون هنالك علاقة ضرورية بين المطلب والمذكرة، وإن كانت هذه العلاقة علاقة دنيا ونسبية، نظرا للصبغة الموجزة لمطلب التعقيب، المحتاج بطبيعته إلى تفصيل مستنداته.

ومن شروط المذكرة أن يحررها محام لدى التعقيب، وأن تبين أسباب الطّعن القانونيّة ووسائله ومؤيداته كاملة "ومفصلة لكل مطعن على حدة"، وان تبلغ للمعقب ضده. والملاحظ أن المقارنة بين ما ورد في شأن المذكرة الاسهابية في الاستئناف ومثيلها في التعقيب، تبيّن تشديد شروط الثانية وذلك بالنّسبة لتحريرها، وتمفصل سنداتها القانونيّة، ووضوح أسبابها، وجدية منهجها، دون إهمال أو تهاون، حيث قد يؤول الإخلال بهذه الشروط بعدم قبول الدعوى.

[550]- عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، الطبعة الأولى، ص 234، هامش رقم 3.

أما ابلاغ المذكرات فانه يقع "حسب الصيغ العادية" (الفصل 69) عن طريق العدول المنفذين، أو حسب الإجراءات الخاصة بها بالنسبة للسلط الإدارية، وذلك خلافا للطورين الابتدائي والاستئنافي اللذان يقع فيهما التبادل بين الأطراف بالطريقة الإدارية.

وخلافا للطريقة الاستدراكية الاستئنافية، ليس للتعقيب مفعول انتقالي ولا مفعول إيقافي، كما نص عليه الفصل 70 جديد.

غير أن الفصل المذكور استيحاء من الفصل 194 من م.م.م.ت أدرج ثلاث صور استثنائية يكون معها توقيف التنفيذ آليا وجوبيا بمجرد رفع الطّعن بالتعقيب ودون لجوء إلى إذن توقيفي صريح. الصورتان الأوليان ترميان إلى حماية الدولة وصيانة حقوقها المالية.

وتتمثل الصورة الأولى في توقيف التنفيذ بمجرد الطّعن التعقيبي إذا حكم قاضي الأصل على الدولة بدفع مبلغ معين من المال، والثانية إذا حكم برفع عقل أجرتها الدولة لاستخلاص ما لها من ديون.

وتتمثل الصورة الثالثة في توقيف الأحكام التي صدرت "بإعدام بعض الوثائق". ولحلّ إشكال هذه العبارة علينا أن نرجع إلى الفصل 194 من مجلّة المرافعات المدنية الذي نص على أن التوقيف جائز إذا "كان الحكم صادرا بإعدام ورقة مرماة بالزّور أو محو آثارها..."، أي إذا كان من شأنه أن يتسبب للمعقب في ضرر جسيم متعلق بطرق الإثبات والحجج يصعب تداركه.

وأضاف الفصل 71 جديد قاعدة جديدة، مؤكدا فقه قضاء سابقا للمحكمة الإدارية، تتعلق بنوع آخر من التوقيف، وهو التوقيف التقديري والاستثنائي، الرّاجع للرئيس الأول.

أقرت المحكمة الإدارية، استئناسا بأحكام الفصل 194 من م.م.م.ت :

"وحيث أنه يمكن لرئيس المحكمة إذا طلب منه الطاعن، أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه، إذا رأى أن التنفيذ قد يستحيل معه الرّجوع

بالحالة إلى ما كانت عليه"[551]. فجاء الفصل 71 جديد مؤكّدا **هذا الاتّجاه** ومضيفا أحكاما جديدة. وهذه الأحكام تتعلّق بالإجراءات وبالجوهر.

من ناحية الإجراءات، يتّسم التّوقيف **بالعناصر الآتية :**

-الطّابع التّقديري

-الطّابع الاختياري (طلب من الطاعن)

-الطّابع الوقتي (الرئيس الأول يحدد أجلا توقيفيا)[552].

ومن ناحية الجوهر، هنالك قاعدتان أساسيتان :

-إمّا استحالة الرّجوع بالوضعية إلى ما كانت عليه

-وإمّا تسبب التنفيذ في نتائج يصعب تداركها.

والواقع أن الإذن بتوقيف التّنفيذ يسند في الغالب إذا كانت شرعية الحكم محل ارتياب في ذهن قاضي التّعقيب، شانه في ذلك كشأن تجاوز السلطة. فإذا اقتنع رئيس المحكمة بان الحكم المعقب في مأمن من العيوب، أو إذا أيقن بان مطاعن الطاعن غير جدية، فانه يكون محمولا بطبيعة الأشياء على رفض طلب توقيف التنفيذ، وإلاّ يكون الإذن بتوقيف التّنفيذ، مع يقين سلامة الحكم المطعون فيه، من باب العبث، من جرّاء افتقاره إلى أيّة نسبة من الجدوى.

وإذا أذن الرئيس الأول للمحكمة الإدارية بتوقيف التنفيذ، يكون التوقيف مبدئيا بدون ضمان. ولكنه من مشمولات الرئيس الأول أن يلزم الطالب بتوقيف التّنفيذ أن يؤمّن المبلغ المالي المحكوم به، وذلك حسب تقديره.

---

[551]- م.إ، ت.ت، تعقيب، عدد 604، فرحات رفيق قرفالة، 2 ماي 1993، غير منشور.

[552]- فهنالك عدة افتراضات :

1) تحديد أجل معلوم من قبل الرئيس الأول.

2) أجل إلى حدود الحكم التعقيبي، فإذا كان الحكم برفض الطعن بالتعقيب تزول آثار التوقيف وينفذ الحكم الاستئنافي. وإذا كان بنقض الحكم الاستئنافي، يصبح التوقيف نهائيا ويكون مصيره تابعا.

الفصـــل الخامـــس
الحكـــم التعقيبـــي

حسب ما ورد بالفصول الجدد 73 و74 و75 من قانون واحـد جـوان يكون الحكم التّعقيبي إما برفض الطّعن أو بالنقض أو بالحكم في الأصل.

والهياكل المختصة تعقيبا هي الجلسة العامة والدوائر التّعقيبيّة. الجلسة العامة في القضايا التي تقتضي توحيد الآراء القانونيّة بين الدوائر التّعقيبيّـة أوالتي تخوض في مسائل قانونيّة جوهرية.

فالدوائر التعقيبية هي المختصة مبدئيا والجلسة العامة مختصة استثناءا.

التحرير الحالي للقانون لا يتماشى مع هذا المنطق حيث أبقـى الجلسـة العامة وكأنها هي المختصة مبـدئيا (الفصـول 72، 73، 74، 75، 76)، ثـم أضاف فقرة (الفصل 76 مكرر) تنص على أن الدوائر التعقيبيـة تنظـر فـي مطالب التعقيب وفق القواعد المقررة بهذا القانون بالنسبة للجلسة العامة. والسبب في ذلك يتمثل في أن المشرع أراد أن يحافظ على التحرير القديم للنص القانوني عندما كانت الجلسة العامة تنظر وحدها في التعقيب دون سواها.

الفقـــرة الأولـــى
الرّفـــض

للرّفض وجهان : إمّا عدم القبول للإخـلال بأحـد شـروط الـدعوى الإجرائية أو غيرها، وإمّا الرّفض أصلا أو في الموضوع لاعتبار أن الطّعـن

رفع بدون مبرر قانوني، وان الحكم المطعون فيه سليم من حيث تطبيق القانون على موضوع القضية (الشرعية المادية) أو على إجراء العمل القضـائي[553]. ويمكن الرفض أصلا بعد تعويض تعليل الحكم.

الفقـــرة الثانيـــة
النقـــض

- النقـــض والإحالـــة

يتسلط النقض على الحكـم المشـوب بعيـوب قانونيّـة وهـي التـي استعرضناها سابقا. ومن العيوب القانونيّة تلك التي تترتب على ضعف أو على عدم التعليل. ويكون النقض كليا أو جزئيا. ويترتب عليه مبدئيا الإحالة علـى حاكم الموضوع بتشكيلة جديدة وإعادة نشر القضية أمام قاضي الموضوع، من قبل احرص الأطراف. ومن الممكن أن تكون الإحالة إلى هيئة قضائية غيـر التي أصدرت الحكم النهائي، شرط أن تكون من نفس الدّرجة.

- النقـــض بـــدون إحالـــة

يتمثل النقض بدون إحالة في صـورتين : الأولـى، عنـدما يقتصـر القاضي على حذف الجزء المنقوض من غير أن يترتب على هذا الحذف أي اثر على منطوق الحكم. فهو تعديل للحكم لا يغير النّتيجة النهائية التي وصل إليها قاضي الموضوع.

---

[553]- وهي "الشرعية القضائية".
ويتمثل الإخلال بإجراء العمل القضائي من قبل قاضي الموضوع في الصور الآتي ذكرها :
1-عدم الاختصاص
2-خرق الإجراءات
3-الإفراط في السلطة
على القارئ أن يقارن، بهذه المناسبة، بين "الشرعية الإدارية" و "الشرعية القضائية" : أي بين تجاوز السلطة والتعقيب.

الثانية، افتراض أوسع يتمثل في صورة ما إذا لم يبق موجب لإعـــادة النظر، إذا نقض الحكم مثلا لعدم اختصاص القاضي الإداري، أو إذا كانـــت الدعوى حرية بأن تعارض بعدم سماع الدّعوى، أو بعدم القبول لدى قاضـــي الموضوع.

الفقـــرة الثالثـــة
الحكـــم فـــي الأصـــل

-يكون الحكم في الأصل على اثر طعن ثان بالتعقيب.نص الفصل 75 جديد من قانون واحد جوان أنه إذا خالف قاضي الأصل حكم التعقيب وتظلم ضدّه بالتعقيب ثانية. فان الجلسة العامّة أو الدّائرة التّعقيبية تحكم نهائيا في الأصل.

القســـم الخامـــس

الإجـــراءات الفرعيـــة والدعـــاوى التراجعيـــة

نعني بالإجراءات الفرعيّة :

جميع المطالب التي تثار تفريعا عن قضيّة أصليّة منشورة لم يُحكم بعدُ في أصلها، أو صدر فيها حكم يستوجب إصلاح غلط مادّي أو شرحا لمنطوق الحكم.

ونعني بالدّعاوي التّراجعيّة :

تلك التي ترمي إلى طلب التّراجع عن الأحكام الباتّة من قبل القاضي الذي أصدرها.

الصنف الأوّل يشمل الأحداث الإجرائيّة اللاّحقة بالأصل، كالطلبات الإضافيّة[554]، والعرضيّة[555]، والتّداخل[556]، والإدخال[557]، والمسائل التّوقيفيّة[558]، وتوقيف التّنفيذ[559]، ودعوى الزّور، والأحكام الاستعجاليّة (مع شيء من الاحتراز كما سنبيّنه في محلّه)، وإصلاح الغلط وشرح الأحكام.

الصنف الثاني يشمل الدّعاوي التّراجعيّة[560] كاعتراض من له مصلحة[561] أو اعتراض المحكوم عليه غيابيّا[562] أو طلب إعادة النّظر[563].

---

[554]– Demandes additionnelles.
[555]– Demandes reconventionnelles.
[556]– L'intervention volontaire.
[557]–L'intervention forcée (ou provoquée).
[558]–Questions préjudicielles.
[559]– Sursis à l'exécution.
[560]– Les voies de rétraction.
[561]– La tierce-opposition.
[562]– L'opposition.
[563]– La révision.

البـــاب الأوّل

الإجـــراءات الفرعيّـــة

لا يمنع مبدأ وحدة القضيّة من أن تتفرّع القضيّة إلى فروع تنشـــأ إمّـــا طلبا من المتقاضين أو تلقائيّا من قبل القاضي نفسه، منهـــا طلبـــات فرعيّـــة عارضة يقوم بها طرف وتُضمّ إلى الأصل ليُحكم في جميعها بحكـــم واحـــد، ومنها مسائل أو دعاوي فرعيّة توقيفيّة تستوجب توقيف نظر القاضـــي فـــي الأصل، والحكم فيها بحكم مستقلّ وسابق قبل مواصلة النّظر فـــي الأصـــل، ومنها الطلبات الإصلاحيّة والتّفسيريّة.

الفصـــل الأوّل

الطلبـــات العارضـــة[564]

خصّص قانون واحد جوان 1972 في الباب الثاني من العنوان الرّابع المتعلّق بالإجراءات قسما سادسا، "للأمور العارضة ومعطّلات التّحقيق".

والدّعاوي العارضة تشمل جميع الطلبات الفرعيّة التي يقدّمها الأطراف، إضافة إلى الطّلب الأصلي وإلحاقا به. وأهمّ الدّعاوي العارضة هي :

-الطّلبات الإضافيّة، المسمّاة في الفصل 46 جديد طلبات جديدة.

-الطّلبات العرضيّة، المسمّاة بنفس الفصل دعاوي المعارضة.

-والتّداخل أو الإدخال الذي أفرد له قانون واحد جوان الفصل 47 جديد. بدون مبرّر مقبول يخرجه عن "الدّعاوي العارضة".

المبدأ العام الذي يشرف على هذا الصنف من الإجراءات هـو مبـدأ "التفريع بدون تأكيد" أي أنّ هذه الإجراءات تابعة للطلب الأصلي ومتفرعـة عنه، إلاّ أنّها لا تتّصف بالصّبغة المتأكّدة فهي تجري إجراء عاديّا.

وتكون هذه الإجراءات إمّا طلبات إضـافيّة يلحقهـا المـدّعي بطلبـه الأصلي، وإمّا طلبات عرضيّة يعارض بها المـدّعى عليـه، عـن طريـق المزايدة، طلب المدّعي، وإمّا إدخالا أو تداخلا.

564- Demandes incidentes.

الفقـــرة الأولـــى
الطّلبـــات الإضافيّـــة

المبدأ العام الذي يحكم المسألة هو الآتي : المطلب الأصلي هو المقياس الذي يحدّد مجال النّزاع الواقعي والقانوني، وهو الذي يحدّد موضوع النّزاع، وسببه القانوني، والأطراف، وطبيعة النّازلة، والوقائع التي كانت أصل النّزاع. ولذلك وجب على العارض أن يضبط في عريضته، حتّى ولو بصورة موجزة وعلى أن يفصّلها فيما بعد، أركان دعواه. وهاته الأركان هي التي تعرّضنا لها في "محدّدات الدّعوى"[565].

المحـــور الأوّل : علاقـــة الطّلـــب الإضافـــي بالأصلـــي واتّصـــال الطلبيـــن

-شرط الطّلب الإضافي أن يكون متعلّقا بالأصلي بعلاقة وثيقة. وذلـك يعني أنّ المدّعي مقيّد بموضوع الطّلب الأصلي، كما حدّدته العريضة، وبالطّرف الضدّ، لا يمكن تبديله ولا تجوز مفاجأته بطلـب جديـد لا صلة له بالأصلي عملا بمبدإ رسوخ الدّعوى. إلاّ أنّـه لا يجـوز أن يطبّق هذا المبدأ بتمام الصّرامة و إلاّ تكون المبالغة في الشّكليّات قـد تتغلّب على جوهر الحقّ. ولذا يتّجه أن تقبل الدّعاوي الإضافيّة علـى شرط أن لا تعطّل التّحقيق ولا تخلّ بسيره.

ولكن يشترط في الطّلب الإضافي أن تكون له علاقة اتّصـاليّة بالطّلـب الأصلي، أي أن يكون مترتّبا عليه، أو ناتجا عنه مباشرة، أو داخلا في حدوده. والقاضي وحده يقدّر هذه العلاقة الاتّصاليّة.

565- القسم الأوّل، الباب الثالث، الفصل الثالث.

وعلى هذا الأساس يمكن مثلا للمتضرّر أن يزيد في طلب الغرامة إذا تفاقم ضرره، أو أن يطلب المتعاقد الفائض بعد أنّ طلب الدّين الأصلي في عريضته الأصلية، أو أن يُطلب، في قضاء الإلغاء، الإلغاء الجزئي بعد أن طلب الإلغاء التّام والعكس بالعكس، أو أن يشمل طلب إلغاء قرار معيّن، قرارا ثانيا متّصلا بالأوّل، على أن يكون غير معلوم به قبل القيام ضدّ القرار الأوّل. وهذا الافتراض الأخير قد خصّص له المشرّع حكما خاصّا وصريحا بالفصل 46 جديد، تذليلا للصّرامة التي كانت أبدتها المحكمة الإدارية في هذا الشأن بفقه قضائها السّابق، حيث قضت المحكمة أنّه لا يجوز الطّعن في قرارات إداريّة إلحاقا بالطّعن الأصلي قائلة[566] : "وحيث أنّ القاعدة الأساسيّة أنّ نطاق المنازعة يتحدّد بما يورده المدّعي في عريضة دعواه حال رفعها، فلا يسوغ له التّوسّع فيها أو إضافة طلبات جديدة عملا بمبدإ رسوخ الدّعوى".

-ملاحظاتان نهائيّاتان حول العلاقة الاتّصاليّة بين المطلب الإضافي والأصلي.

لنلاحظ أوّلا أنّ ما من شأنه أن يعتبر مطلبا إضافيّا على مستوى الطّور الواحد وملحقا بالدّعوى الأصلية ثمّ مقبولا بهذه الصّفة، يصبح مرفوضا إذا انتقلنا من طور إلى طور. فالفائض مثلا يقبل كمطلب إضافي في الطّور الابتدائي، ويرفض في الطّور الاستئنافي كمطلب جديد قدّم لأوّل مرّة.

ولنلاحظ ثانيا أنّ مبدأ "العلاقة الاتّصاليّة" يقيّد العارض الذي اختار تقديم طعنه عن طريق المطلب المسبّق في قضاء تجاوز السلطة انطلاقا من المطلب المسبّق، حيث لا يتسنّى له أن يضيف طلبا إلى مطلبه المسبّق يؤول في الحقيقة إلى دعوى جديدة. هذا ما قرّرته المحكمة الإدارية في قرارها حسن قيقة ضدّ وزير الماليّة[567]. تقول المحكمة في هذا الشأن : "حيث أنّه من آثار التّظلّم المسبق... أن يجمّد أوضاع المنازعة فلا يتسنّى لصاحبه بعد انقضاء مهلة المراجعة الإدارية التّوسّع في الدّعوى أو تغيير طلباته". وإنّه

[566]- م.إ، 22 ديسمبر 1981، المنجي بن الصّادق بتّور/وزير الفلاحة، المجموعة، ص 359.
[567]- م.إ، 11 مارس 1980، حسن قيقة، المجموعة، ص 91.

واضح من هذه الحيثيّة أنّ حدّ الدّعوى يكون موضوعا من الأوّل، أي بمقتضى المطلب المسبق، ولا بمقتضى حلول أجل التّقاضي.

المحور الثاني : شرط السّبب

يجب أن يكون سبب الدّعوى الإضافيّة موجودا وقت تقديم الدّعوى الأصلية، والسبب كما أشرنا إليه سابقا هو المرجع الشرعي الذي يجعل موضوع المطلب قائما من حيث القانون[568].

إذن فمن الضّروري أن يكون الطّلب الفرعي مرتبطا بالطّلب الأصلي كي لا يحمّل القاضي النّظر في قضيّة جديدة، تستوجب تحقيقا جديدا، ففي هذه الصّورة على الطّالب أن يتقاضى من جديد. واستئناسا بالقاعدة الأصوليّة المدرجة بالفصل 226 من م.م.م.ت الذي يسمح التّوسّع في الدّعوى إذا "كان سببها موجودا وقت القيام بالدّعوى الأصلية"، يمكن للمدّعي أن يثير سببا جديدا مستقلاّ عن الأصلي، قد سها عن ذكره في دعواه الأصليّة شريطة أن يكون السّبب الجديد "موجودا" وقت تقديم الدّعوى الأصليّة. وهذا التّأويل واسع، يمكّن من إقحام أسباب جديدة عديدة في الطّلب الإضافي. فيرجع للمحكمة الإدارية إمّا أن تأخذ به، وإمّا أن تضيّق إمكانيّة إدخال أسباب جديدة، بفضل اجتهاد خاصّ.

المحور الثالث : أجل تقديم الدّعوى

الشرط الثالث، أن تقدّم الدّعوى قبل ختم التّحقيق. الشرط في مبدئه لا يثير أدنى صعوبة باعتبار أنّ قرار ختم التّحقيق يعني أنّ القضيّة جاهزة، خرجت من

[568]- انظر :"محدّدات الدّعوى"، القسم الأوّل، الباب الثالث، الفصل الثالث.

طور التّحقيق لتدخل طور التهيئة للحكم، أي أنّ عناصر القضيّة تألّفت لـيُحكم على أساسها، بعد سماع مندوب الدّولة في جلسة المرافعة وبعد المفاوضة.

إلاّ أنّه لا يفوت على القارئ أنّ مرور الزّمن أثناء التّحقيق له في الواقع أثر كبير على قابليّة الطلبات الإضافيّة. فإن قدّمت في بداية التّحقيق يكون حظها في القبول أكبر منه في النّهاية.

الفقرة الثانية
الطلبات العرضيّة

تشمل الطلبات العرضيّة : طلبات المعارضة (الطور الابتدائي) والاستئناف العرضي[569] وهي دعاوي يقوم بها المدّعى عليه لردّ الدّعوى الأصلية بالمزايدة عليها.

وبتقديم الطلب العرضي يصبح المدّعى عليه كأنّه مطلوب وطالب، مطلوب باعتبار أنّ الدّعوى الأصلية موجّهة ضدّه وتفرض عليه وضعيّة المدافع، وطالب باعتبار أنّه ينفرد بدوره بطلب مستقلّ يزايد به على طلب المدّعي الأصلي.

وترتيبا على أنّ الطلب العرضي، طريقة دفاعيّة، فإنّها تبقى مرتبطة بالطلب الأصلي، ولو بأقلّ صرامة ممّا هو الشأن بالنّسبة للدّعاوي الإضافيّة. فيحتاج الطلب العرضي إلى علاقة اتّصاليّة دنيا بالطّلب الأصلي. وذلك يعني أنّه لا يجوز أن يؤول إلى الحكم في قضيّة جديدة لا علاقة لها بالطّلب الأصلي، قائمة على أركان جديدة.

[569]– عن الاستئناف العرضي، انظر القسم الرّابع، الباب الأوّل، الفصل الثالث، الفقرة الثانية، المحور الثاني.

ولكن ترتيبا على أنّ الطّلب العرضي، طريقة "دفاعيّة–هجوميّة" من نوع خاصّ لا تكتفي بمجاراة الخصم الأصلي وتنفيذ زعمه وحسب، فإنّه يتّجه حتما أن نسلّط عليه أحكاما أوسع تتّسم بأكثر مرونة، فيما يتعلّق بالأركان المشتركة بينها وبين الطّلب الأصلي. وقد خصّص المشرّع دعوى المعارضة الرّامية إلى "الحصول على غرم الضّرر النّاجم عن القضيّة" بذكر خاص، لكن على سبيل الذكر دون تحديد. وهذا الوجه هو وجه الإفراط في حقّ التّقاضي.

المحور الأوّل : مدى العلاقة الاتّصاليّة بين الطّلب الأصلي والطلب العرضي

من الطّبيعي أن يكون الطّلب مستقلاّ شيئا ما عن الطّلب الأصلي، في موضوعه وسببه، باعتبار أنّه يزيد عليه أو يخالفه تماما مثل ذلك : أن يطلب العارض غرامة من الإدارة عن الضّرر الذي تسبّبت فيه له من جرّاء خطأ، وأن تعارضه الإدارة ناسبة إليه الخطأ وطالبة تغريمه من جرّاء الضّرر الذي لحقها. أو أن يطلب من الإدارة دينا معلوما وأن تعارض الإدارة بطلب المقاصّة الحكميّة، أو أن يقوم شخص بأيّ دعوى أخرى ضدّ الإدارة وأن تعارض هذه الأخيرة بغرم الضّرر المتسبّب من جرّاء القضيّة. أو أن تطالب الإدارة بأداء دين تعاقدي وأن يعارض المدّعى عليه أوّلا، بأن العقد باطل حيث انبنى على الإكراه النّاتج عن التّهديد باستعمال الطّرق القانونيّة الجزائيّة ضدّ المتعاقد مع الإدارة (وهو افتراض داخل في الفصل 52 من م.إ.ع) وثانيا، بأن يقع استرجاع ما قد وفّى به المتعاقد من التزامات على أساس العقد المبطل مع كلّ ما يترتّب عليه من خسارة. فإن كان الفرع الأوّل يهدف إلى دحض الطلب الأصلي، فإن الفرع الثاني يكوّن طلبا مستقلاّ، يتجاوز حدود الطلب الأصلي من حيث الموضوع والسّبب.

ولكن، مع ذلك، فلا يعقل أن يؤول الطلب العرضي إلى قضيّة ليس لها أيّ صلة بالطّلب الأصلي، فلا بدّ أن تبقى القضيّة في نفس البوتقة، وفي نفس المادّة[570] ومعنى ذلك :

-أن لا يغيّر الطلب العرضي طبيعة القضيّة كأن يحوّلها من المسؤوليّة التّعاقديّة إلى المسؤوليّة التّقصيريّة أو أن يحوّلها من القضاء الإداري إلى القضاء المدني، أو أن يلحق بالدّعوى الاستعجاليّة خوضا في الأصل (انظر فيما يتعلّق بهذه المسألة الأخيرة قرار المحكمة الإدارية 11 فيفري 1980، الوكالة العقارية للسكنى/صلاح الدّين خسروف)[571].

-أن تبقى الالتزامات من نوع واحد (فلا يمكن أن يعارض طلب دين بدين مقابل عن طريق المقاصّة، إذا كان الدّين المعارض به من جنس آخر طبقا للفصل 373 من م.إ.ع).

-وأن تبقى القضيّة في حدود وقائع متعلّقة بعضها ببعض، أي أن لا تكون الوقائع التي نشبت منها الدّعوى العرضيّة، غير الوقائع التي تأسّست عليها الدّعوى الأصلية و إلاّ آل الطّلب إلى البتّ في قضيّة أخرى. فلا يمكن مثلا للمدّعى عليه أن يعارض الطلب الرّامي إلى جبر ضرر ناتج عن حادث معيّن، بمقولة أنّ الطّالب الأصلي تسبّب في ضرر ناتج عن حادث آخر. الوقائع هنا مختلفة تماما والبتّ في الثانية يقتضي نظرا جديدا ودعوى منفردة.

[570]- في هذا المعنى انظر :
Slaheddine Mellouli, La demande reconventionnelle (autonomie ou dépendance à l'égard de la demande principale), Revue tunisienne de droit, 1981, p. 11.

[571]- م.إ، 11 فيفري 1980، الوكالة العقارية للسكنى/ صلاح الدين خسروف، المجموعة، ص 70.

واعتبارا لهذه المبادئ، رفضت دعوى المعارضة شكلا ، لعدم وجود صلة مباشرة بينها وبين الدعوى الأصلية في النازلة المعروضة ولتباين الالتزامات بينهما[572].

المحور الثاني : النّتائج المترتّبة على اتّصال الطلبين

يترتّب على اتّصال الطلبين من الناحية الإجرائيّة :

-أن الطّلب العرضي يسقط بسقوط الطّلب الأصلي، أو بعدم قبوله، أو بعدم اختصاص القاضي للنّظر في الطّلب الأصلي حتّى لو فرضنا أنّه مختّص للنّظر في الطّلب العرضي، أو بتخلّي العارض الأصلي باستثناء الاستئناف العرضي الذي لا يزول بتخلي العارض عن استئنافه طبقا لفقه قضاء المحكمة لإدارية ولأسباب خاصّة بالاستئناف[573]. فالقاعدة لها مفعول في الطّور الابتدائي فقط.

-أنه يُحكم فيهما بحكم واحد طبقا للفصل 46 جديد من قانون واحد جوان ولفقه قضاء المحكمة الإدارية.

-أنّ الحاكم المختص في الطّلب الأصلي هو المختصّ في العرضي (مبدأ وحدة القضيّة).

[572]- م.إ، 6 ماي 1996، وزارتا التجهيز والإسكان والداخلية ضدّ محمد الطاهر الخمراني، مذكور في : إبراهيم البرتاجي، فقه قضاء المحكمة الإدارية بصفتها محكمة استئناف لسنة 1996، م.ق.ت، 1998، ص 269.

[573]- انظر فيما سبق، القسم الرابع، الباب الأوّل، الفصل الثالث، الفقرة الثانية، 2 : لا انتقال إلاّ في حدود ما استؤنف في شأنه.

المحـــور الثالـــث : المجـــالات التـــي لا يمكـــن فيهـــا رفـــع الدعـــوى المعارضـــة

هنالك بعض المجالات التي لا يمكن فيها رفع طلب عرضي لأنّها بطبيعتها لا تقبل المزايدة.

أهمّها قضاء الإلغاء عن طريق تجاوز السلطة كما نصّ عليه الفصـــل 46 جديد في فقرته الثانية، إذ لا يعقل أن تعـــارض الإدارة الطّعـــن بالإلغـــاء بالمزايدة عليه. كلّ سعي الإدارة يقتصر حتما على المدافعة و البرهـــان علـــى سلامة القرار الإداري المخدوش فيه لا غير، زيادة على أنّ الحكم نفسه لا يخلو من أمرين : إمّا إلغاء القرار وإمّا رفض الدّعوى (أو عدم قبولها أو التّصـــريح بعدم الاختصاص). فهذا المجال لا يقبل المزايدة، ولا تعديل وجهة الطّعن.

لنفس الأسباب لا يمكن تقديم دعوى عرضيّة في كلّ المجالات التي لا تحتملها، مثل النّزاعات الانتخابية، والتأديبيّة، أو في الاعتراض على بطاقات الإلزام (الفصل 27 من مجلّة المحاسبات العموميّة)، وبصفة عامّة في كلّ النّزاعات "الموضوعية" التي يكون فيها المتقاضين غير أطراف متخاصمين حول حقوق شخصيّة، وفي أوّل مرتبة من هذه النّزاعات، الطّعن بتجاوز السلطة. حتّى أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قرّر أنّه لا يجوز للجهة الإدارية أن تقدّم طلبا عرضيا لتغريم العارض عن الضرر النّاتج عن الإفراط في حق التّقاضي، " نظرا للطبيعة الخاصّة التي يتسّم بها الطّعن بتجاوز السلطة"[574].

وهذا الحلّ هو الذي تبنّاه المشرّع في آخر الفقرة الثانية من الفصل 46 جديد.

[574]– C.E, 24 Nov. 1967, Noble. D 1968, p. 142 conl Baudouin. C.E, 7 Déc. 1979, Delarue, AJDA, 1980 p. 549.

المحـــور الرّابـــع : الإجـــراءات

تقدّم الطلبات العرضيّة قبل ختم التحقيق وفي شكل مطلب مستقّل يقـــدّم لكتابة المحكمة.

ويقع إبلاغ المعارضة طبقا للطّرق الإدارية، كسائر أعمال التحقيـــق، وطبقا للفصل 44 جديد (الفقرة الثالثة).

الفقـــرة الثالثـــة
التّداخـــل والإدخـــال

تعرّض الفصل 47 جديد من قانون غرة جوان للتداخل والإدخال، على النحو الآتي ذكره:

"يحق للغير الذي له مصلحة في القضية التداخل فيها بمقتضى مطلـــب يظرف بملف الدعوى يبيّن فيه أسباب تداخله ويحرّر طلباته.

وللمحكمة بمبادرة منها، أو بطلب من أحد الأطراف أن تأمر بإدخـــال الغير في القضية إذا رأت ذلك مفيدا للفصل في النزاع.

ويتولى الكاتب العام بطلب من رئيس الدائرة إحالة ما يدلي به المتداخل من تقارير ووثائق ويمنحهم أجلا للرّد عليها".

وبهذا الفصل سدّد المشرع الفراغ الذي كان يتّسم به القانون الأصـــلي الذي تعرض لوجه واحد، وهو التداخل الاختياري أو الإرادي.

المحـــور الأوّل : تعريـــف التّداخـــل والإدخـــال فـــي فقـــه المرافعـــات العـــام

يمكن أن نعرّف التّداخل في فقه المرافعات العام على النحو الآتي:

التّداخل، دعوى عارضة ومنفردة يقدمها الغير الذي له مصلحة أو حـق في ذلك، بغية إلحاق طلباته بطلب الـدّاعي الأصـلي (التـداخل التأييـدي[575] الادّعائي) أو إلحاقها بطلب المدّعى عليه (التّداخل التأييدي الدّفاعي) أو أصالة عن نفسه (التداخل الهجومي)[576] ولكن في حدود الموضوع الأصلي. ويمكـن أن نعرّف الإدخال الذي يسمّى أيضا التّداخل الجبري كما يلي :

الإدخال، طلب فرعي عارض يقدّمه المدّعي أثناء التّحقيق لاستدعاء الغير إلى القضيّة لتسليط الحكم عليه مع المدّعى عليه[577]، أو يقدّمه المـدّعى عليـه لاستدعاء الغير الرّاجع إليه بالضّمان[578]، أو يقدّمه أحد الأطـراف الأصـليين لاستدعاء الغير للحضور، ليكون الحكم منسحبا عليه تفاديا لاعتراضه عليـه[579] (الإدخال لسماع الحكم).

وقد أضافت م.م.م.ت. صورة أخرى للإدخال وهي "الإدخـال لتقـدير النّزاع" حين نصّت في فصلها 225 : "للمحكمة وفي كلّ حين أن تأمر بإدخال الغير في الدّعوى إذا رأت حضوره ضـروريّا لتقـدير النّـزاع"[580]. وهـذا الإجراء ليس له من الإدخال إلاّ الاسم، وذلك لأنّ الذي وقع إدخاله هنـا إنّمـا دعي لا على سبيل الحكم في حقوقه والتزاماته نحو الأطراف الأصليين، ولكن على سبيل أداء الرّأي وتقديم الملاحظات ليكون القاضي أكثر إلماما بالقضـية

575– يقال أيضا" التداخل التحفظي" Intervention Conservatoire

576– أو الرّئيسي Intervention agressive ou principale

577– يسمّى استدعاء الغير للحكم عليه مع المدّعى عليه بالفرنسية (Mise en cause) والأستاذ شابو يفضّل عبارة (Appel en cause).

578– ويسمّى بالفرنسية (Appel en garantie)

579– ويسمّى بالفرنسية (Appel en déclaration de jugement commun)

580– الذي يمكن تسميته بالفرنسية (Intervention prononcée d'office par le juge)

وأصوب تقديرا لها. فحضور المجبور على التداخل حضور إشهاد، أكثر منـه حضور إدخال، لكن الإشهاد هنا ليس فحسب من باب طرق إثبات الوقائع، بل يتعدّاها، وهذا الذي أقحمه في الإدخال. إلاّ أنّ هذا الغير سيبقى غريبـا عـن القضية، لا يعتبر طرفا، وتبعا لذلك لا يسمح له بالطّعن ضدّ الحكم.

ولا ريب في أن الفصل 47 جديد في فقرته الثانية من شأنه أن يشتمل على جميع هذه الصور الجزئية من الإدخال، حيث جاءت عبارتـه واسـعة وعامة، تسمح للمحكمة أن تأمر بالإدخال كلما رأت فائدة في ذلك، دون أي قيد آخر.

القاسم المشترك بين التّداخل و الإدخال يرجع إلى العوامل الآتية :

–طبيعة الطّلب في جميع الصّور المذكورة والتي تتمثّل فـي الصّـبغة الفرعية والعارضة. فالطلب في كلّ هذه الأوضاع متفرّع عن الطّلب الأصلي ولاحق به.

–حدود الطّلب الذي لا يمكن أن يتجاوز موضوع الدّعوى الأصـلية، حتّى في افتراض التّداخل الهجومي. ففي ذلـك الافتـراض يمكـن للمتداخل أن يقدّم طلبا رئيسيا، باسمه، ولفائدتـه، لا انضـماما إلـى طلبات الخصوم الأصليين، على شرط أن يتقيّد بمحدّدات الـدّعوى الأساسية وهي الوقائع، والموضوع، والسّبب، وطبيعة الدّعوى، وألاّ يحيل القضيّة إلى قضيّة جديدة تستوجب تحقيقـا مسـتقلا، وتعطّـل أعمال التحقيق الجارية.

–نتيجة الطّلب الذي يهدف دائما إلى دخول الغير في القضية إرادة منه، أو إلزاما عليه.

–الحفاظ على القضيّة الأصلية ووحدتها، مع ما يترتّب عليه من اثـر على مستوى التّحقيق، حيث لا يجوز للتّداخل أن يعطّل التّحقيق أو أن يؤجل الحكم، ولذلك يشترط أن يكون الطلب في التّداخل أو الإدخال، قبل تعيين جلسة المرافعة، أو قبل ختم التحقيق. فإذا ظهر أن الطّلب قد يكون له مفعول سلبي على جريان التّحقيق فانّه يرفض، انطلاقـا

من تقدير القاضي المكلّف بالتّحقيق. وذلك هو الفارق بين الدعاوى الفرعيّة العارضة وهي دعوى لاحقة، والدّعاوي الفرعيّة التوقيفيّة التي لها أثر التعطيل والتوقيف الوقتي على جريان التّحقيق والتّصريح بالحكم، كما سنرى ذلك فيما بعد.

-رغم أن الفصل 47 الجديد أدرج في الباب المتعلّق بالإجراءات لدى الدوائر الابتدائية، فلا شيء يبرر أن ينحصر التداخل والإدخال في الطّور الابتدائي. وفعلا، فقد تعرّض الفصل 63 جديد من قانون غرّة جوان إلى هذا الاحتمال، رغم كيفيّته التحريريّة النّافية. فشرع التّداخل التأييدي الادعائي والدفاعي في الطور الاستئنافي، كما شرع التداخل الهجومي لمن له الحق في الاعتراض على الحكم الاستئنافي. ثم شرع الإدخال، ولكنه حدّده في صورة جزئية، وهي صورة تعدّد الأطراف في الطور الابتدائي ورفع الاستئناف من البعض منهم. في هذه الصورة، يجب على الدائرة إدخال بقية الأطراف إذا كان موضوع الحكم لا يقبل التجزئة. والإدخال في هذه الصورة وجوبي غير اختياري.

المحور الثاني : الشروط الراجعة إلى صفة المتداخل أو الذي وقع إدخاله

من هذه الناحية علينا أن نميّز بين أنواع هذا الإجراء. فإذا كان التداخل إراديا فالشرط هو المصلحة، كما ورد ذلك في الفصل 47 جديد.

في صورة استدعاء الغير للحكم عليه مع المدّعى عليه، الشرط يتمثل في العلاقة الالتزامية المشتركة بين المدّعى عليه والشخص الذي وقع إدخاله، نحو المدّعي. مثال : تضرّر شخص من جرّاء رافعة أوساخ بلدية، فقام بدعوى ضدّ البلدية صاحبة الرافعة، ثم ظهر أثناء التحقيق أن الرافعة ملك

مشترك بين بلديتين، فدعا البلدية الثانية للحضور قصد الحكم عليها مع شريكتها في المسؤولية التّقصيريّة.

أمّا في صورة استدعاء الراجع إليه بالضمان من قبل المدّعى عليه فالشرط يتمثل في علاقة الضمان الرابطة بين المدّعى عليه والضامن. مثال : يرتكب موظف خطأ تسبب في إضرار للغير، فرفعت دعوى ضده على أساس مسؤوليته الشخصية، ثم تبيّن أثناء التحقيق أن الخطأ مشترك، شخصي منفصل عن مصلحة المرفق العام، وراجع لإخلال في سير المرفق. فيكون حينئذ من فائدة المدّعى عليه أن يدعو الإدارة المسؤولة لضمان كل أو بعض المبالغ التّعويضية التي سيحكم بها لفائدة المتضرّر.

أمّا في صورة استدعاء الغير لسماع الحكم، فالشّرط يتمثل في احتمال تضرّر الغير من الحكم الذي سيصدر، هذا التّضرر قد يشكّل له مصلحة للخدش في الحكم عن طريق الاعتراض.

كلّ هذه الاعتبارات ترينا أن فقه المرافعات العام -كما تبنّاه اليوم الفصل 47 جديد- له نظرة واسعة في مجال التداخل والإدخال. وأقوى دلائل على ذلك تتمثل في تمكين المتداخلين من القيام بالتداخل الرئيسي أو الهجومي، ثم في إقحامهم في القضية والحكم في حقوقهم والتزاماتهم، خصوصا في التداخل الهجومي، ثم في تمكينهم من الطّعن ضد الحكم ، مما يضفي عليهم صفة الأطراف، رغما من أنهم ليسوا من الأطراف الأصليّين[581].

[581]- وهذه النظرة الواسعة هي التي بينتها محكمة التعقيب. تعقيب، مدني عدد 1273، 6 ماي 1977، نشرية محكمة التعقيب، 1977، ص 265. تعقيب، مدني عدد 2239، 8 جويلية 1980، ن. م. ت، 1980، ص 42.

المحـــور الثالـــث : التداخـــل والإدخـــال فـــي فقـــه المرافعـــات الإداريـــة

في المرافعات الإدارية يتعيّن اعتبار بعض الميزات الأساســية لفــضّ إشكالات التّداخل والإدخال :

أولا : دور القاضي التفتيشي كما أسفلنا

ثانيـــا : التمييز المبدئي بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء.

ثالثـــا : وجود قانون غرة جوان.

بعد التعرض لهذه النقاط سنتحول إلى النتيجة.

أولا : دور القاضي التفتيشي.

من شأن هذا المبدإ أن يحملنا على قبول التداخل قبولا واسعا، لما فـــي التداخل من أثر ايجابي على سير أعمال التحقيق وإعانة القاضي، فـــي كـــل الأطوار، على أن يكون ملمّا بجوانب القضية الواقعية والقانونيّة إلماما تامّا.

والجدير بالذكر أن قانون واحد جوان، في ثوبه الجديد، تعرض لجميع صور التداخل والإدخال وفتح أبواب التداخل الإيرادي والجبري عن طريـــق التوسيع، وبجميع وجوهه. وجدير أن نذكر أن هذا التوسيع لابدّ أن يبقى تحت رقابة القاضي واجتهاده وكلمته الأخيرة. وهذا العامل هو الذي يحملنا علـــى قبول الإدخال لتقدير النزاع رغم سكوت قانون واحد جوان عن هذه المسألة.

ثانيـــا: التمييز بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء.

إذا كان اتجاه فقه المرافعات المدنية واسعا فـــي هـــذا المجـــال فـــذلك لسببين: الدّور التحكيمي الذي يقوم بـــه القاضـــي فـــي حـــدود الإجـــراءات الاتهامية، والذي يترك للأطراف مجالا واسعا لتنظيم النازلة من ناحية، ومن ناحية أخرى لعدم وجود آجال حتمية للقيام بالدّعوى لأوّل مرّة لدى قاضـــي البداية، إلا استثناء بالنّص الصّريح. ولنذكر بالمناسبة أن الآجـــال المتنوعـــة

لسقوط الدّعوى بمرور الزّمن الواردة بالفصل 384 م.إ.ع. ليست في حقيقتها آجالا متعلقة بالتقاضي في حدّ ذاته. والأمر غير الأمر في فقـــه المرافعـــات الإدارية، حيث نعلم أن قضاء الإلغاء عامّة، وقضاء تجاوز السلطة خاصـــة. قضاء مغلق، أي أنّه مقيّد بآجال حتميّة ومبدئيّة للقيام بالدّعوى مـــن أوّلهـــا، وهي الآجال التي تعرّضنا لها سابقا في باب تجاوز السلطة.

وهذا الأمر يحملنا حتما على توخي الصّرامة والتّضييق فيمـــا يتعلـــق بالتداخل في تجاوز السلطة، وعلى العكس فيما يتعلق بالقضاء الكامل ؛ حيث أنه لا يجوز أن يظل التّداخل وسيلة إجرائية يستعملها المتداخل للتّملّص مـــن حلول أجل التقاضي الفائت عليه، يقدم بمقتضاها طلبات، ما كان بإمكانـــه أن يقدّمها لو توخّى الطّرق الإجرائية العاديّة. أمّا في القضاء الكامل الذي هـــو قضاء غير مغلق، فأحسن طريقة وأقربها إلى المنطق الإجرائي هي الرجوع إلى مبادي المرافعات العامّة، لما بين القضاء الكامل الإداري والقضاء العدلي من تشابه واقتران. وعليه، نقبل التداخل الهجومي (أو الرئيسي) في القضـــاء الكامل، خلافا لما استقر عليه فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي[582]، ونرفضه في تجاوز السلطة، رغم سكوت قانون غرة جوان عن المسألة.

ثالثـــا : قانون غرة جوان

إن قانون واحد جوان من الناحية الإجرائية التي تهمّنـــا هنـــا، يتعلّـــق بالمحكمة الإدارية وحدها، ولا ينسحب مبدئيا على المحاكم الإداريـــة الـــدنيا مهما كان صنفها. فواجب علينا أن نأخذ ذلك بعين الاعتبار.

علاوة على ذلك، فإن قانون غرّة جوان في فصله الجديد 47 تعـــرض لإجراءي التداخل والإدخال بصفة شاملة تفتح للقاضي أبوابا واسعة للتأويـــل. فلم يفصّل أوجه التداخل ولم يميّز بين القضاء الكامـــل وتجـــاوز الســـلطة، والحال أن طبيعة تجاوز السلطة تقتضي تضييق التداخل، كما سنبينه.

---

[582]– في قرار Dame Pomar
CE, 6 novembre 1959, Dame Pomar, D. 1960, p. 468, note C. Debbasch, R.D.P, 1960, 144, concl. M. Bernard.

تلك هي المعطيات التي لابد أن ندرجها في نطاق تحليلنا للوصول إلى الموقف النهائي.

رابعـــا : النّتيجة.

أخذا بجميع الاعتبارات السّالفة الذّكر نصل إلى الاســتنتاجات الآتيــة وهي استنتاجات قريبة من التّوجّهات العامّة التي تلوح من فقه قضاء المحكمة الإدارية.

أ- فـــي ميـــدان تجـــاوز السّلطـــة

القاعدة في تجاوز السلطة تتمثل في عدم قبول التــداخل الهجــومي (أو الرئيسي)[583]، أخذا بما أسفلنا في النقطة الثانية المتعلقة بالتمييز بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل. والأحكام الصّادرة عن المحكمة الإداريــة، توضّــح أنّ جــلّ التدخّلات إنّما تقع على الوجه التّأييدي الإدّعائي أو الدّفاعي، لا غير، مثلا :

-م.إ، 8 مارس 1976 [584]، محمد بن إسماعيل/بلدية صفاقس.

تداخل تأييدي دفاعي في قضية متعلقة برخصة بناء يطلــب بمقتضــاه المتداخل رفض الطّعن ضد التّمديد في رخصة بناء وقع سحبها.

-م.إ، 28 جويلية 1981 [585]، أحمد لخضر لعبيدي ومن معه/وزيــر الإسكان.

تداخل تأييدي دفاعي في قضية متعلقة بالتّرخيص بالهدم، يهدف إلــى رفض الطّعن المقدم ضدّ الترخيص موضوعا.

-م.إ، 6 ماي 1985، أحمد لخضر لعبيدي/بلدية تونس[586].

---

[583]- مثلا إذا كان الطعن يهدف إلى الإلغاء الجزئي، والمتداخل يهدف إلى البطلان الكلي.

[584]- المجموعة، ص 43.

[585]- المجموعة، ص 2.

[586]- غير منشور.

تداخل تأييدي دفاعي في قضية متعلقة بترخيص آخر بالهــدم، يهــدف إلى رفض الطّعن بتجاوز السلطة شكلا.

-م.إ، 18 فيفري 1985، حسين الشريف/بلدية المهديّة[587].

تداخل تأييدي دفاعي في قضية متعلقة بغلق محل، يهدف إلى رفــض الطّعن موضوعا.

-م.إ، 24 مارس 1986، الصّحبي الدّخيل/بلدية بن عروس[588].

تداخل تأييدي دفاعي في قضية متعلقة بتراجع بلدية عن إيقاف أشغال، يهدف إلى رفض الطّعن لانعدام مصلحة القيام.

-م.إ، 3 جوان 1999، عبد الرّزّاق التّونسي/وزير أملاك الدّولــة[589].
تداخل تأييدي ادّعائي للطّعن في قرار إداري يقضي بإســقاط الحــقّ المتعلّق بملكيّة عقار راجع لملك الدّولة.

أمّا الإدخال فيتّجه مبدئيّا، تضييق مجاله لأنّ الإدخال ليس لــه معنــى حقيقي، إلاّ في قضاء الحقوق، ولكن، ومن ناحية أخرى، واعتبــارا للــدّور التفتيشي الذي يقوم به قاضي الإلغاء، يكون من المعقول والمنطقي ألا نغلــق تماما باب الإدخال إذا دعت الحاجة إلى ذلك حسب تقدير القاضــي، وعليــه يتعيّن قبول الإدخال من قبل القاضي وحده لتقدير النّزاع. وهذا الحلّ قد يكون له بعض الفائدة في عدّة وضعيّات خاصّة نذكر منها على سبيل المثال :

-الطّعن ضدّ القرارات المشتركة. إذا رفع الطّعن ضدّ إحــدى السّــلط التي اتّخذت القرار، والحال أن القرار مشترك، فــلا بــدّ أن نجــوّز للقاضي أن يدعو للحضور السّــلطة أو السّــلط الإداريــة الأخــرى المشتركة في اتخاذ القرار.

---

[587]- المجموعة، ص 32، بدون ذكر الحيثيّات المتعلقة بالتّداخل.

[588]- المجموعة، ص 216، بدون ذكر الحيثيّات المتعلقة بالتّداخل.

[589]- مذكور بمذكّرة هشام قدّيش، التّداخل في النّزاع الإداري، شهادة الدّراسات المعمّقة في العلوم القانونيّة الأساسيّة، كليّة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة، تونس، سنة 2001-2002، الملاحق، ص 22.

-الطّعن ضدّ قرارات سلط الإشراف، أو الجماعات أو المؤسسات المشرف عليها، في نظام اللاّمركزية الإدارية. في هذه الصّورة قد يكون تقدير شرعية القرار المطعون فيه مرتبطا بتقدير سلوك سلطة غير التي أصدرت القرار، فيصبح القرار باطلا مثلا لا من جرّاء تصرّف السّلطة المصدرة، بل من جرّاء تصرف سلطة أخرى كسلطة الإشراف. في هذه الوضعية لا بدّ أن يكون من حق القاضي أن يدعو السلطة المسؤولة غير المدّعى عليها للحضور تحسينا لإلمامه بكلّ جوانب القضيّة.

ب- في ميدان القضاء الكامل

المنهج الذي يتعين الأخذ به هنا، يتمثل في اعتبار أن القضاء الكامل قضاء حقوقي مفتوح لا بدّ أن يسند فيه أكثر نفوذ ومشمولات للأطراف، دون نفي الدّور التفتيشي الذي يقوم به القاضي الإداري. وعلى ضوء ما تقدم يتجه علينا أن نرجع إلى فقه المرافعات العام وإلى شمولية الفصل 47 جديد وأن نقبل :

-التّداخل بكلّ أصنافه، أي التّداخل التأييدي الإدّعائي أو الدّفاعي، والتّداخل الهجومي. فيما يتعلق بالصّورة الأخيرة نعلم أن مجلس الدولة الفرنسي، خلافا لما اقترحه عليه مندوب الحكومة بارنار Bernard [590]، رفض قبول التّداخل الهجومي في قرار بومار Dame Pomar سنة 1959، بينما قبل التدخّلات التأييدية للمتداخلة[591]، وذلك لأسباب خاصة بالقضاء الإداري الفرنسي، أما عندنا فلا شيء يحول دون قبول التّداخل الهجومي، بل العكس هو الصّحيح.

-والإدخال أيضا بجميع أصنافه، أي استدعاء الغير من قبل المدّعي للحكم عليه مع المدّعى عليه، ثم استدعاء الغير الرّاجع إليه بالضّمان

[590]-Concl. Michel Bernard, Dame Pomar, 6 Nov. 1959, R.D.P, 1960, p. 144.

[591]- وكانت هذه التدخلات التأييدية ادعائيّة ودفاعيّة في الآن نفسه، وهو أمر نادر.

من قبل المدّعى عليه، واستدعاء الغير للحضور لسحب الحكم عليه من قبل المدّعي أو المدّعى عليه.

ونحن نري في قرار المحكمة مطير الشبراك/م.ع.ن.د، الصّادر في 1 مارس 1979 [592]، دليلا نتبأ منه بأنّ المحكمة ستجاري هذا الإتّجاه الموازي لأحكام المرافعات المدنية في مجال القضاء الكامل. في هذا القرار نظرت المحكمة في تداخل تأييدي دفاعي[593] عُرض لأول مرّة في الطّور الاستئنافي، وقبلته، بل اعتمدته أساسا للرّدّ على طلبات المستأنف، رغم تقديمه لأول مرّة في الطّور الاستئنافي. ولكن، وبالرّجوع إلى مجرّد منطق المرافعات، فقد زادت المحكمة : "ويجوز التداخل لأول مرّة في درجة التقاضي العليا ممّن يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم، ولو لم يكن قد تداخل في النّزاع أمام قاضي البداية". فالمحكمة هنا أكدت أنّ حق التّداخل لأول مرة في الطّور الاستئنافي لا يقبل إلا بالنّسبة للتّداخل الاختياري التأييدي، أمّا التّداخل الهجومي فلا يقبل، وهو منطقي وصحيح. إذ كيف يعقل أن نسمح لأيّ كان من غير المتداخلين في الطور الابتدائي أو من الأطراف الأصليين أن يتقدم بطلب جديد لأول مرة في الطور الاستئنافي، وذلك خرقا لمبدأين أصوليين اثنين : مبدأ الدّرجتين ومبدأ وحدة الأطراف ؟

أمّا استئناف الذي تداخل أو أدخل من الخصوم في الطّور الابتدائي، فإنّه جدير بالقبول أخذا بشمولية الفصل 47 من قانون غرّة جوان وبمبدإ الفصل 224 م.م.م.ت، حيث أن مركزه القانوني، كمركز الأطراف، رغم انه ليس من الأطراف الأصليين.

[592]- المجموعة، ص 42.

[593]- مع العلم أن المستأنف طلب إدخال الشركة المعنية. إلاّ أنّ المحكمة تجاهلت هذا الإدخال عندما شهدت أن الشركة تقدمت بطلب تداخل تأييدي ادعائي، ففضلته على الإدخال.

ج- الشـــرط والقواعـــد المشتركـــة

تنطبق جلّ الشروط والقواعد التي تعرّضنا لها في المحور الأول على التّداخل والإدخال في المادّة النّزاعيّة الإداريّـــة، منهـــا أن التّـــداخل يبقـــى بالضّرورة مقيدا بمحدّدات الدّعوى الأساسيّة.

وقد أكّدت المحكمة الإداريّة هذا المبدأ في قرار بلقاسم الزنايـــدي/بلديـــة طبرقة 26 مارس 1992[594]، عندما رأت أن التّداخل الدّفاعي في هذه القضـــيّة كان من شأنه أن يحيل الجدال القانوني عن شرعية القرار الإداري، والحال انه غير ممكن في قضاء تجاوز السلطة أن نخرج عن هذا الجدال. فقالت المحكمة :

"حيث يتبيّن من وثائق الدّعوى أن المدعو الشريف بن الحـــاج علـــي الشعواني تقدم بمطلب تداخل باسم ورثة الشعواني بدون أن يـــدلي بتوكيـــل يسمح له بتمثيلهم لدى هذه المحكمة لذا يكون من المتّجه قبول مطلب التّداخل بخصوصه دون سواه.

وحيث أن المطلب يرمي إلى رفض الدّعوى بناء علـــى أن العـــارض يرمي في الحقيقة والواقع، من وراء طلب الحصول على قرار في الهدم، إلى إخلاء المحلّ التّجاري من متسوغيه، ذلك بعد أن فشل في إخراجهم بواسطة الالتجاء للمحاكم ذات النّظر.

وحيث أن القضاء الإداري هو قضاء موضوعي يهدف إلى النظر فـــي شرعيّة القرارات الإداريّة ولا يخوض في الملابسات والظـــروف الواقعيّـــة والماديّة وغيرها التي تحوم حول نزاع قائم بين العارض والمتداخلين، إلا إذا كانت لها علاقة وطيدة ومتينة بالقرارين المطعون فيهما، الشيء الـــذي لـــم يتوفّر في قضية الحال ممّا يتّجه معه رفض مطلب التّداخل أصلا[595]".

ومن بين القواعد العامة التي تنطبق على النّزاعات الإدارية والمترتّبة على مبدأي "الفرع يتبع الأصل" و"وحدة القضية" نذكر بالخصوص أن الحكم في التّداخل والإدخال يقع مع الدّعوى الأصليّة. وأنّه لا يمكن تعطيل التّحقيق وهو حكم صريح في قانون واحد جوان كما رأينا.

---

[594]- المجموعة، ص 282.

[595]- هذه الحيثيّات لم تذكر في نصّ القرار المنشور بمجموعة المحكمة الإداريّة.

الفصـــل الثانـــي
المسائـــل التّوقيفيّـــة
Questions préjudicielles

تنقسم الإجراءات التّوقيفيّة إلى صنفين : أوّل، يترتّب عليه توقيف البتّ في الموضوع، وثان يرمي إلى توقيف تنفيذ حكم أو قرار.

والعامل المشترك بينهما، أنّ التّوقيف في كلتا الحالتين مؤقّـــت، يعطّـــل البتّ أو (التّنفيذ) بدون مساس بالأصل وفـــي انتظـــار الحكـــم النّهـــائي فـــي الموضوع. ولذلك، نبعد عن مجال بحثنا المسائل التوقيفيّة مثل الـــدّفع (الـــذي يثيره المدّعى عليه) بعدم اختصاص القاضي[596]. فالدّفع بعدم الاختصاص، وإن اقتضى من القاضي أن ينظر في الدّفع أوّلا[597]، أي أن يقف عليه، إلاّ أنّـــه لا يوقف البتّ في الموضوع ولكنّه يستوجب التّأمّل فحسب، ويمكن للقاضـــي أن يحكم فيه مع الموضوع وأن يتجاوزه بالرّفض. أمّا إذا كان الدّفع حريّا بالقبول فيصبح آنذاك وسيلة توقيفيّة نهائيّة لا وقتيّة، يمنع القاضي مـــن النّظـــر فـــي الموضوع ويجبره على التّخلّي عن النّظر، أو بالأحرى التّصريح فـــي حكمـــه بعدم اختصاصه، وتنتهي القضيّة بهذا التّصريح. ويرجع للطّرف العـــارض أن يرفع القضيّة إلى القاضي المختصّ.

نتيجة الدّفع بعدم الاختصاص تكون حينئذ إمّا مسألة سابقة يتأمّل فيهـــا القاضي بدون أيّ توقيف فيرفضها، وإمّا مسألة يترتّب عليها التّوقيف، ولكن

---

[596]- كذلك بالنسبة للتّمسّك بالمبطلات والمسقطات التي يترتّب عليها حتما إمّا الرّفض وإمّا إنهاء النّظر.

[597]- طبقا للفصل 17 م. م. م. ت، المعبّر عن قاعدة أصوليّة.

بصفة نهائيّة، وبدون رجوع إلى الموضوع أمام نفس القاضي. فلا تدخل في الإجراءات التّوقيفيّة بالمعنى المذكور أعلاه.

المسائل التّوقيفيّة من أصعب أطروحات القضاء وخاصّة القضاء الإداري[598]. إنّها ناتجة عن توزيع مراجع النّظر بين قضاة متعدّدين ينفرد كلّ واحد منهم باختصاصه دون سواه، وحسب طبيعة القضيّة[599] (جزائي، مدني، عرفي، إداري جبائي، قمرقي). ويكتسي هذا المشكل صبغة خاصّة في القضاء الإداري نظرا إلى أنّ الهرمين القضائيين، العدلي والإداري، مستقلّين عن بعضهما طبقا لمبدإ دستوري، وتماشيا مع تأكيد الازدواجيّة القضائيّة بمقتضى القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996.

الفقرة الأولى
ملاحظات اصطلاحيّة

لقد تعرّض التّشريع التونسي في أكثر من مناسبة إلى مشكل المسائل التّوقيفيّة، تارة مفصّلا وطورا مجملا، من بين الأمثلة التي يمكن تقديمها:

-الفصل 132 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة،

[598]- في المسائل التّوقيفيّة انظر، نائلة قلال، المسائل التّوقيفيّة في القضاء الإداري، مذكّرة شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام والمالي، كليّة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة، سنة 1994-1995.

[599]- هكذا تحكم المحاكم المدنيّة في "جميع النّزاعات المدنيّة والتّجاريّة" (الفصل 1 م.م.م.ت). والنّزاعات القمرقيّة (الفصل 227 من المجلّة القمرقيّة)، وفي جانب من النّزاعات الجبائيّة، والانتخابيّة، واستخلاص المعاليم إلى غير ذلك. وتحكم المحكمة الإداريّة دون سواها في تجاوز السلطة، وفي التّعويض الإداري وما دخل في ظلّه، وفي جانب من النّزاعات الانتخابيّة (الفصل 19 من المجلّة الانتخابيّة) والمهنيّة، والجبائيّة عن طريق التعقيب.
وتحكم هيئة الفصل 6 من قانون 3 جويلية 1989 المتعلّق بالعفو العام، وحدها، في كلّ مسألة أو خلاف حول تطبيق العفو التّشريعي العام.
وتحكم المحكمة العقاريّة وحدها في تسجيل العقارات ممّا يترتّب عليه تخلّي كلّ محكمة أخرى بخصوص أي قضيّة نشرت لدى المحكمة العقاريّة.

-الفصلان 49 و50 من مجلّة الجنسيّة التّونسيّة،

-الفصول 135 و136 و137 من مجلّة الغابات،

- الفصل 7 من قانون 3 جويلية 1989 المتعلّق بالعفو العام،

-الفصل 331 من مجلّة الحقوق العينيّة.

إلاّ أنّ النّصوص التّشريعيّة تتّسم في هذا المجال بشيء من الغموض والارتباك، خاصّة في المصطلح المستعمل.

فجاء في الفصل 132 من م.إ.ج أنّ المحاكم الجزائيّة تحكم في مسائل القانون المدني على شرط أن يكون لها حقّ النّظر فيها مدنيّا "و إلاّ وجب عليها تأجيل النّظر إلى صدور حكم باتّ في المسألة الأوّليّة[600] ما لم يقتض القانون خلاف ذلك".

كما أنّه ورد في الفصل 49 من مجلّة الجنسيّة التّونسيّة أنّ الاحتجاج بالجنسيّة التّونسيّة أو بصفة الأجنبي، تشكّل بالنسبة لغير المحاكم الابتدائيّة والاستئنافيّة "مسألة أوّليّة"، وقد قنّن الفصل 50 من نفس المجلّة الطريقة الاجرائيّة العمليّة التي يجب اتّباعها إذا طرحت المسألة أمام محكمة زجريّة للبتّ في المسألة.

واستعمال عبارة "مسألة أوّليّة" هنا في غير محلّه، لأنّه لا يميّز بين المسألة التي لا تستوجب تأجيل البتّ وهي التي تستحقّ تعيينها بأنّها "مسألة أوّليّة" Question préalable، وبين المسألة التي تؤول إلى تأجيل البتّ في الأصل أي إلى توقيفه مؤقّتا، فهي مسألة توقيفيّة أو إيقافيّة Question préjudicielle.

فالمسألة الأوّليّة هي مسألة تعترض القاضي وليست من اختصاصه، ولكنها لا تعطّل نظره، إمّا لأنّ المشرّع أجاز ذلك لمصلحة القضاء كما أجازه في الفصل 132 م.إ.ج المومإ إليه آنفا، وإمّا لأنّ المسألة واضحة لا تثير أيّ تردّد ولا شكّ في ذهن القاضي، وإن خرجت عن اختصاصه. البديهيّات ليست معطّلات.

[600]- والصّحيح أن نقول "المسألة التّوقيفيّة".

أمّا المسألة التّوقيفيّة فهي التي تستوجب تأمّلا ونظرا خاصّا، كأنّها تثير قضيّة في القضيّة. فهي تقتضي التّوقيف والقيام بقضيّة فرعيّة.

أمّا الفصول 135، 136 و137 من مجلّة الغابات[601] فإنّها تمكّن المحاكم الزّجريّة المنتصبة لمعاقبة مخالفي قانون الغابات ولجبر الضّرر، من أن تتوقّف عن البتّ في الموضوع إذا ادّعى المتّهم حقّ ملكيّة العقار. والمجلّة تقنّن إجراءات المسألة التّوقيفيّة والقضيّة الفرعيّة المترتّبة عليها بالتفصيل. إلاّ أنّها وصفت المسألة التوقيفيّة بكلمة "دعوى فرعيّة" وأطلقتها معا على الدّفع التّوقيفي (Exception préjudicielle في النّص الفرنسي) وعلى الدّعوى الفرعيّة التي هي من اختصاص القاضي العقاري. فأدّى ذلك إلى صياغة مختلّة تماما مثل : "... يجب على المحكمة الزّجريّة التي قام لديها المتّهم بالدّعوى الفرعيّة..." وهي صياغة لا معنى لها، إذ نعلم أنّ الدّعوى الفرعيّة تقام لدى قاضي العقار، وأمّا ادّعاء المتّهم أمام القاضي الزّجري فإنّه دفع توقيفي (أو مسألة توقيفيّة) لا غير.

المسألة التّوقيفيّة تتركّب في الحقيقة من ثمانية عناصر، الأربعة الأولى جوهريّة والأربعة الأخيرة عمليّة.

من النّاحية الجوهريّة يمكن تعريف المسألة التّوقيفيّة على هذا النّحو:

-إنّها مسألة اعتراضيّة اعترضت القاضي في أيّ طور من أطوار القضيّة قبل الحكم.

-إنّها مسألة قانونيّة تتطلّب نظرا مستقلاّ منفردا.

-إنّها خارجة عن اختصاص القاضي المتولّي في الأصل.

-ويكون حينئذ فصل القضيّة متوقّفا على حلّها من قبل القاضي المختصّ.

ومن النّاحية العمليّة تقتضي المسألة التّوقيفيّة :

-أن يحكم قاضي الأصل بتأجيل النّظر.

[601]- قانون 88-20، المؤرّخ في 13 أفريل 1988، ر.ر، عدد 25، ص 558.
نص القانون، ر.ر، 1988، عدد 30، ص 690.

-أن يردّ الخصوم إلى رفع دعواهم في المسألة التّوقيفيّة إلى القاضي المختصّ.

-الحكم في المسألة التّوقيفيّة.

-الرّجوع أمام قاضي الأصل لمواصلة القضيّة على ضوء ما حكم به القاضي المختصّ.

الفقرة الثانية
العناصر الجوهريّة للمسائل التّوقيفيّة

1- المسألة التّوقيفيّة مسألة فرعيّة اعتراضيّة. وذلك يعني أنّها خارجة عن حدود المطلب الأصلي، وإنّما ظهرت عرضا وقد كان القاضي يتدرّج نحو حلّ الخلاف القانوني الأصلي.

وإذا سلّمنا بأنّ القانون المنطبق على الخلاف الأصلي هو القانون الإداري، وهو المعيار الذي أدّى إلى اختصاص المحكمة الإداريّة أخذا بمبدإ "الاختصاص يتبع الموضوع"، فذلك لا يعني أنّ القانون الوحيد المنطبق على القضيّة هو القانون الإداري، بقطع النّظر عن القانون الخاصّ. وبالفعل فإنّ المسألة الاعتراضيّة خارجة عن القانون الإداري.

فعلى القارئ، كما أشرنا إلى ذلك سابقا، أن يميّز جيّدا بين :

-القانون المنطبق على غالب القضيّة ككل، وحسب طبيعة القضيّة، وهو القانون الذي يحكم اختصاص القضاء. فإذا كانت القضيّة من طبيعة إداريّة في جملتها (مرفق عام إداري، أشغال عموميّة، عقد إداري، ملك عمومي)، ينطبق على غالبها القانون الإداري وتكون آنذاك خاضعة لرقابة القضاء الإداري.

-والقانون بل القوانين المنطبقة على مسائل القضيّة في جزئيّاتها، وهو قانون متنوّع (قد يكون تجاريّا، مدنيّا، جبائيّا...). وهذا القانون (بل التشريع) هو الذي يحكم المسائل التوقيفيّة.

والمسألة التّوقيفيّة تعترض القاضي، إمّا بإثارة من أحد الخصوم، وإمّا تلقائيّا من قبل القاضي. فإثارتها ليست مقيّدة بأجل. قد تطرح في طور التّحقيق، أو في الجلسات بعد تلاوة تقرير المستشار المقرّر أو من قبل مندوب الدّولة أو بعد ملحوظات مندوب الدّولة أثناء تفاوض الهيئة القضائيّة، إلى حدّ التّصريح بالحكم. والهيئة القضائيّة وحدها هي التي تقرّر هل المسألة تستحقّ التّوقّف أم لا. والمسألة التّوقيفيّة، مسألة حكميّة، تتطلّب حكما خاصّا صادرا عن التّشكيلة القضائيّة، فعلى المستشار المقرّر إن أثيرت المسألة أثناء التّحقيق، إمّا أن يرفعها حينا إلى الهيئة الحكميّة وإمّا أن يثيرها ضمن تقريره لتحكم فيها الهيئة.

2- المسألة التّوقيفيّة، مسألة قانونيّة معضلة تتطلّب التّريّث والرّويّة، وشرطها أن تبعث في ذهن القاضي صعوبة حقيقيّة[602]

فإذا اعترضت القاضي مسألة خارجة عن ولايته، لا تثير أيّ تردّد ولا شكّ بل أنّها واضحة حتى إن لم تكن بديهيّة، فمثل هذه المسألة لا يشكّل مسألة توقيفيّة، يتجاوزها القاضي بعد التّأمّل السّريع فيها، إن استحقّت تأمّلا، لو قلنا عكس ذلك، لعطّل القضاء كلّه.

فالمسائل الواضحة، مسائل أوّليّة لا يتوقّف من جرّائها النّظر، يبتّ فيها القاضي كجميع وسائل القضيّة، لا يميّزها عن غيرها. وعلى هذا الأساس يرجع بطبيعة الأشياء للقاضي العدلي أن ينظر في المسائل الأوّليّة الدّاخلة في القانون الإداري[603]، كما أنّه يتسنّى للقاضي الإداري أن يبتّ في المسائل

[602]- انظر في هذا الشأن ما قاله لافريار في الجزء الأوّل من كتابه في القضاء الإداري ص 448 وما بعدها.

[603]- انظر مثلا م.ت، مدني عدد 8264، 30 أفريل 1974، ص 31 (في نزاع يتعلق بمقبرة، هل هي ملك عمومي أم لا ؟).

الواضحة (الأوّليّة) ذات الطّابع المدني، كما أنّه من حقّ القاضي الانتخابي أن ينظر في مسائل الأهليّة، والجنسيّة إن كانت مسائل واضحة.

وعلى هذا الأساس يطبّق القاضي الإداري، كجميع القضاة، التّشريع ككلّ ولا التّشريع الإداري فحسب.

إنّه يعمل بأحكام المجلّة التّجاريّة (على سبيل المثال م.إ، 14 مارس 1985، الصّادق بن يدّر ضدّ مدير النّزاعات الجبائيّة، -تطبيق الفصول 8، 9، 10، من المجلّة التّجاريّة المتعلّق بدفاتر التّجارة والحسابات- م.إ، 26 جانفي 1984، عبد القادر ابراهيم ضدّ الإدارة العامّة للآداءات[604]، تطبيق الفصول 42 المتعلّق بشركة المحاصّة واعتبار الشركة شركة مفاوضة إزاء الغير طبقا للفصل 46، وتبعا لذلك انسحاب الفصل 40 من تلك المجلّة على ورثة الشريك الذي توفّي -م.إ، 24 نوفمبر 1983، مكتب فيريتاس ضدّ الإدارة العامّة للآداءات، تطبيق الفصل 15 من المجلّة التجارية على الشركة التّجاريّة-). ويعمل طبعا بالمجلّة التّجاريّة خصوصا في المادّة الجبائيّة.

ويعمل القاضي الإداري بأحكام مجلّة الحقوق العينيّة (م.إ، 24 جوان 1982، الوحيشي ضدّ الوزير الأوّل، ووزير التّخطيط والوكالة العقاريّة للسّكنى[605]، تطبيق الفصول 332، 337 من مجلّة الحقوق العينيّة وأثر حكم صادر عن المحكمة العقاريّة على أمر انتزاع صادر قبل الحكم وإلغاء الجدول التّقسيمي تبعا لذلك).

ويعمل أيضا باطّراد بأحكام م.م.م.ت (عدّ الآجال، حكم المسقطات والمبطلات، الفصل 8 المتعلّق بتبليغ محضر الإعلام في حالة الغياب).

م.ت، مدني عدد 7333، 21 ماي 1959، نشرية 1959، ص 27 (حقّ التّصرّف في مياه عموميّة). م.ت، مدني عدد 6218، 26 ماي 1969، ن.م.ت، ص 62. (تمثيل الشركات ذات الاقتصاد المشترك). م.ت، عدد 8567، ن.م.ت، 70-73، ص 192، (إعلام سلطة الإشراف قبل مقاضاة البلديّة).

[604]- المجموعة، ص 379.

[605]- المجموعة، ص 90.

ويعمل كذلك بأحكام مجلّة الالتزامات والعقود. إلاّ أنّه يعمل بها إذا كانت الأحكام جليّة وتطبيقها في القضيّة يسير. أمّا إذا أعضلت واستوجبت نظرا خاصّا، عويصا، مستقلاّ فإنّها تتحوّل إلى مسألة توقيفيّة.

فالمسألة التّوقيفيّة كما قلنا سابقا هي في الحقيقة قضيّة في القضيّة. فإذا أخطأ القاضي في تقديره، ظنّا منه بأنّ المسألة لا تثير صعوبة و الحال أنّها تثيرها، أو أنّها توقيفيّة بينما كانت أوّليّة، يكون آنذاك قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه. ويكون حكمه معرّضا للنّقض.

والمسألة التّوقيفيّة هي التي تثير نزاعا واختلافا حولها، فتؤدّي حتما إلى قضيّة فرعيّة تنشر أمام قاض آخر.

3- المسألة التوقيفيّة خارجة عن اختصاص القاضي المتولّي في الأصل

لا يستبعد أن تطرح أمام القاضي الإداري مسألة ترجع بالنّظر أصلا للقاضي العدلي، كأن تطرح مثلا أمام قاضي الإلغاء، أو في القضاء الكامل، مسألة تتعلّق بالجنسيّة، أو بالأهليّة، أو بقواعد الإرث.

ولا يستبعد أيضا أن تطرح مسألة إداريّة أمام القاضي المدني أو الجزائي أو العرفي أو التّجاري حول معرفة طبيعة أشغال، أو معرفة طبيعة عقد، أو شرعيّة قرار إداري، أو محتوى قانون أساسي لصنف معيّن من الأعوان التّابعين للوظيفة الإداريّة إلى غير ذلك.

ولكن المسألة لا يكون لها مفعول توقيفي إلاّ إذا كانت من اختصاص موقوف[606] على قاض خارج عن الهرم القضائي الذي ينتمي إليه القاضي

[606]- وهو المسمّى بالفرنسيّة Compétence exclusive. انظر في الموضوع ابراهيم البرتاجي
Brahim Bertegi, Organisation du contentieux et bonne administration de la justice, Thèse, F.S.J.P.S.T, p. 139 à 167.

المتولّي في الأصل[607]. أمّا إذا كان من اختصاص قاض داخل في نفس الهرم فلا يكون لها مفعول توقيفي إلاّ إذا نصّ المشرّع على ذلك[608]، أو كان الاختصاص حكرا مطلقا على قاض مسمّى دون سواه في نفس الهرم.

على سبيل المثال، يكون القاضي الإداري مختصّا في النّظر في قرار رفض ترخيص حزب سياسي إذا طرحت هذه المسألة أمامه بمناسبة دعوى أخرى في الأصل، وليس مجبرا أن يحيل الأطراف على دائرة الفصل 10 من قانون 3 ماي 1988 المنظّم للأحزاب السياسيّة، وذلك باعتبار أنّ الدّائرة المذكورة تابعة للهرم الإداري بدون شك. الدّوافع ليست موقفة داخل الهرم الواحد، إلاّ ما استثناه المشرّع[609]. مثال آخر : القاضي الجزائي يحكم مبدئيّا في المسائل المدنيّة[610] وحتى في المسائل الإداريّة (أخذا بمبدإ شموليّة نظر القاضي الجزائي -انظر هذه المسألة فيما بعد)، إلاّ إذا أخرج المشرّع بعض المسائل عن نظره، كما فعله في الفصلين 49، 50 من مجلّة الجنسيّة.

فالدّفع بالجنسيّة يكون دفعا توقيفيّا أمام الحاكم الجزائي، استثناء لمبدإ شموليّة النّظر الجزائي. كذلك فيما يتعلّق بالمسائل العقاريّة إذا أثيرت أمام القاضي الجزائي، نظرا لخصوصيّة المسائل العقاريّة.

[607]- انظر في الموضوع، نائلة قلال، المسائل التّوقيفيّة في القضاء الإداري، مذكّرة شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام والمالي، كلية العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 1994-1995، ص 2.

[608]- كما نصّ عليه صراحة في الفصل 7 من قانون 3 جويلية 1989 المتعلّق بالعفو العام فجعل هذا الفصل الخلاف حول تطبيق قانون العفو العام من مشمولات الهيئة المنصوص عليه بالفصل 6 من نفس القانون، أي أنّه يشكّل مسألة توقيفيّة إزاء أيّ سلطة قضائيّة أخرى، بما فيها العدليّة، بالرّغم من أنّها تنتسب إلى نفس الهرم القضائي.

[609]- إلاّ أنّه يتعيّن على المحكمة الإداريّة أن تحيل القضيّة إلى المحكمة الابتدائيّة إذا اعترضتها مسألة تتعلّق بصفة النّاخب، ولكن لا لسبب أنّ المسألة خارجة عن ولاية القاضي الإداري بل لأنّها ليست من نظر قاضي التّعقيب. مسألة ترسيم النّاخبين أصبحت مسألة إداريّة خاضعة لمراقبة المحكمة الإداريّة طبقا للفصل 19 من المجلة الانتخابيّة (قانون 15 أوت 1979).

[610]- ولكن مع الاستثناء الذي أوردته آخر الفقرة الأولى من الفصل 132 م.إ.ج.

أمّا إذا تعلّقت المسألة بقضيّة قمرقيّة مثل التي نصّ عليها الفصل 227 من المجلّة القمرقيّة وهي راجعة لنظر المحاكم الابتدائيّة العدليّة وحدها، تكون المسألة آنذاك من المسائل التّوقيفيّة أمام الحاكم الإداري وأمام الحاكم الجزائي كذلك.

4- تعلّق الأصل بالفرع

لا تكون المسألة الاعتراضيّة مسألة توقيفيّة، إلاّ إذا استبان أنّ فصل القضيّة في الأصل منوط بالنّظر فيها. هذا ما أكدته المحكمة الإدارية في فقه قضائها المتعلق بالإنتزاع، عندما كانت مختصة في هذه المادة. الافتراض هو الآتي : هناك قضيّة انتزاع دارجة أمام المحكمة الإداريّة لتعيين مبلغ الغرامة لفائدة مجموعة من المنتزعين. وفي الأثناء تطرح مسألة الحصّة الوراثيّة لكلّ منتزع لمعرفة مبلغ كلّ واحد منهم من الغرامة. هل توقف هذه المسألة نظر قاضي الانتزاع ؟ الإجابة بالنّفي حسب المحكمة الإداريّة، لأنّ الحصّة الوراثيّة مسألة جانبيّة بالنّسبة للأصل، لا تحكمه ولا تدخل في صلبه، وليس الأصل عالقا بها. على قاضي الانتزاع أن يحكم في الغرامة وهو موضوع الدّعوى، ثمّ للمنتزعين أن يقوموا بقضيّة منفردة لقسمة الغرامة على حصّة كلّ واحد منهم[611].

ولقد قضت المحكمة الإداريّة بخلاف ما ذكر قبل، عندما رأت أنّ هناك صلة وثيقة بين الأصل والفرع، وأنّ الحكم في الأصل متوقّف على الحكم في الفرع. الطّلب الأصلي كان يرمي إلى إلغاء مداولة بلديّة أسندت قطعة أرض إلى جار المدّعي. وكان المدّعي يخدش في شرعيّة المداولة بمقولة أنّ الأرض من أملاكه وأنّ المداولة خالفت القانون وأنّها اعتدت على حقّ الملكيّة. النتيجة : أنّ تقدير شرعيّة القرار الإداري هنا كان منوطا بمسألة استحقاقيّة ليست جانبيّة. وقد نشرت فعلا دعوى استحقاقيّة في التّسجيل أمام المحكمة

[611]- أنّ المحكمة الإداريّة تقضي باستمرار في الغرامة، وتأمر بتأمينها بصندوق الودائع والأمانات، إلى حدّ أن يصدر حكم في مسألة الاستحقاق (م.إ، الوكالة العقاريّة للسكنى ضدّ ورثة خديجة المرياح، 1985/01/24).
ولكن هذا الموقف ليس في مأمن تامّ من النّقد كما سنرى فيما بعد.

العقاريّة. فما كان للمحكمة الإدارية إلاّ أن تصدر حكما قضت فيه بتوقيف النّظر "إلى أن يدلي أحد الطرفين بما يفيد صدور الحكم البات في القضيّة المتعلّقة باستحقاق عقار التّداعي". ثمّ، بعد حكم المحكمة العقاريّة أعيد نشر القضيّة أمام المحكمة الإدارية بطلب من جار المدّعي (الذي تداخل في القضيّة الأصليّة) الذي أثبت أنّ العقار على ملكه وأنّ معارضة المدّعي الأصلي أمام المحكمة العقاريّة منيت بالرّفض. وعلى هذا الأساس رأت المحكمة الإداريّة أنّ دعوى تجاوز السّلطة ليس لها مبرّر وقضت برفض الدّعوى[612].

لنفرض أنّ القاضي المدني أو العرفي بصدد النّظر في قضيّة تطرح أثناءها مسألة تتعلّق بشرعيّة قرار إداري فردي غير شرعي (رخصة بناء، غلق معمل، أو متجر، ترخيص معمل مضرّ بالصحّة أو بالرّاحة العموميّة، ترخيص إضراب)، مع العلم بأنّ الحكم في الأصل عالق بالمسألة الاعتراضيّة، وأنّ هذه المسألة الاعتراضية تتجاوز اختصاص القاضي المدني. الحلّ هنا أن يمهل القاضي الطّرف الذي دفع بعدم الشرعيّة ليرفع دعواه إلى القاضي المختصّ وحده في شرعيّة القرارات الإداريّة وهو قاضي الإلغاء، أي المحكمة الإدارية ابتدائيّا. (انظر فيما بعد ما يتعلّق بانعكاس هذا الرّد على عمل القاضي الإداري نفسه).

5- مصدر الإشكال : مبدآن متناقضان

-منبع الإشكال في المسائل التّوقيفيّة بين القضاء الإداري والقضاء العدلي هو الآتي : إنّ حلّ المسألة التّوقيفيّة خاضع لمبدأين متناقضين.

المبدأ الأول وهو مبدأ قضائي إجرائي معقول : "قاضي الأصل هو قاضي الفرع"[613] ويقتضي هذا المبدأ أن ينظر القاضي في كلّ ما تفرّع عن

[612]- م.إ، 2 ديسمبر 1985، الحاج الجيلاني بن أحمد قلالة ضدّ بلديّة المنستير والمتداخل محمّد بن علي الشّاوش، غير منشور.

[613]- وهو مبدأ أصح وأدق من المبدأ المعبّر عنه بالفرنسيّة على المنوال الآتي : Le juge de l'action est le juge de l'exception معنى ذلك المبدأ هو الآتي : "قاضي الطلب هو قاضي الدّفع" (بمعنى الدّفع المثار من قبل المدّعى عليه). "وقاضي الطلب هو قاضي الدّفع "لا يعني شيئا لأنّه لا يثير أدنى إشكال وهو مبدأ طبيعي وبديهي لا يستحقّ التّوقيف.

الأصل حتى وإن خرج عن ولايته مبدئيّا. وذلك أخذا بمصلحة القضاء والمتقاضين. فالمبدأ في الحقيقة هو "شموليّة النّظر".

أمّا المبدأ الثاني فهو مبدأ تفريق السلطتين وتابعه الحتمي : الازدواجيّة القضائيّة، وهو مبدأ دستوري وقع تأكيده بمقتضى القانون عدد 38 لسنة 1996، وهذا المبدأ يفيد أنّ القاضي الإداري لا ينظر مبدئيّا إلاّ في المسائل الإداريّة بقطع النّظر عن المسائل المدنيّة، وأنّ القاضي العدلي لا ينظر مبدئيّا إلاّ في المسائل المدنيّة والتّجاريّة والجزائيّة بقطع النّظر عن المسائل الإداريّة. وقد أكّدت المحكمة الإداريّة في عديد من قراراتها "مبدأ التّفريق بين وظائف القضاء الإداري والقضاء العدلي واستقلال كلّ من الجهازين عن الآخر"[614]. كما أكّدت هذا المبدأ محكمة التّعقيب عندما قالت : "حيث اقتضى مبدأ تفريق السلط المؤكّد بالفصلين 3 و4 من أمر 27 نوفمبر 1988 أن ليس للمحكمة انتقاد ما تصدره الإدارة من التّراتيب بصفة قانونيّة ومن باب أولى ليس لها أن تصرّح بأن التّراتيب المذكورة مختلّة، وأنّها تكوّن خطأ يجعل الإدارة مسؤولة بالتّعويض". ونقضت للإفراط في السلطة[615]. فكما أنّ المسائل المدنيّة موقوفة على المحاكم المدنيّة، فالمسائل الإداريّة وبالخاصّة تلك المتعلّقة بشرعيّة القرارات الإداريّة موقوفة على المحكمة الإداريّة.

وتبعا لذلك فقد ظهرت نظريّة الازدواجيّة الوظيفيّة للإدارة : الإدارة الآمرة السّلطانيّة (الخاضعة لرقابة المحكمة الإداريّة) والإدارة المتصرّفة

فالمبدأ الحقيقي الذي ينبثق عنه الإشكال هو المبدأ الذي عبّرنا عنه قائلين "قاضي الأصل هو قاضي الفرع". ولهذا المبدأ أبعاد تتجاوز بكثير مبدأ "قاضي الطلب هو قاضي الدّفع". فالفرع هنا غير مقصور على أحد الخصمين : يثيره الطّالب ويثيره المطلوب. وهو الذي يحمل الإشكال، إذا تبيّن أنّ ذاك الفرع من شأنه أن يشكّل "قضيّة في القضيّة".
فمبدأنا بالفرنسيّة : Le juge du principal est le juge du préjudiciel.

[614]– م.إ، 8 ديسمبر 1977، بلديّة باردو ضدّ ورثة الحبيب الأصرم، المجموعة، ص 186. م.إ، 3 ديسمبر 1981، الوكالة العقاريّة للسكنى، المجموعة، ص 336.

[615]–م.ت، مدني عدد 40/1913، 4 جويلية 1960، ن.م.ت، 1959-60-61-62، ص 130.

المالكة والدّائنة والمدينة. الخاضعة للمحاكم العدليّة[616]. وفقه قضاء المحكمة الإداريّة مستقرّ في نفس الإتّجاه.

–نعرف أنّ فقه القضاء الفرنسي استنبط لحلّ هذه المشاكل أحكاما لها منطقها الخاص وتشعباتها الخاصّة أيضا، تعرض في كلّ المؤلّفات في القضاء الإداري الفرنسي.

مجملها أنّه إذا طرحت مسألة مدنيّة أو تجاريّة عويصة أمام القاضي الإداري، فعليه أن يؤجّل النّظر إلى أن يبتّ فيها القاضي المدني. فطبيعة المسألة هي التي تشكّل المعيار الأساسي. كلّ المسائل المتعلّقة بالحالة المدنيّة والشخصيّة والجنسيّة وصفة النّاخب والملكيّة والعقود والهبات وتأويل اتّفاقيّات الشّغل الجماعيّة تعتبر مسائل مدنيّة خارجة عن اختصاص القاضي الإداري وتستلزم التّأجيل إذا أعضلت على القاضي[617].

أمّا إذا طرحت مسألة إداريّة عويصة أمام القاضي المدني فعليه أن يحكم بتأجيل النّظر، وأن يحيل الأطراف على القاضي الإداري. إلاّ أنّ المسألة أخذت في فقه القضاء الفرنسي صيغة خاصّة عندما تعلّقت المسألة التّوقيفيّة بتقدير شرعيّة أو تأويل قرار إداري. واتّجاه فقه القضاء الفرنسي يتمحور حول عدّة تمييزات مزدوجة : التمييز بين القرار الفردي والقرار التّرتيبي، وبين القضاء المدني والقضاء الجزائي، وبين التّأويل وتقدير الشرعيّة. خلاصة الأمر : أنّ المحاكم المدنيّة[618] ليست مختصّة للنّظر في شرعيّة القرارات الإداريّة مهما كانت. محكمة النّزاعات الفرنسيّة، Septfonds، 16 جوان 1923، Lebon، ص 498.

محكمة النّزاعات الفرنسيّة، Avranches et Desmarets، 5 جوان 1951، Lebon، ص 638.

[616]– انظر في هذا الشأن م.ت، مدني 3069، 26 فيفري 1981، ق.ت. 1982 ص 92. م.ت، مدني 1372، 8 ديسمبر 1977، ق.ت، ص 200.

[617]– انظر R. Chapus، قانون القضاء الإداري، 1982، ص 653 وما بعدها.

[618]– بالأحرى المحاكم التي هي بصدد النّظر في المادّة المدنيّة.

محكمة النّزاعات الفرنسيّة، Clément، 16 نوفمبر 1964، Lebon، ص 796.

أمّا أمام المحاكم الجزائيّة فمبدأ شموليّة النّظر يتغلّب على مبدإ تفريق السّلطتين[619] فيحقّ لها أن تنظر في شرعيّة القرارات التّرتيبيّة. إلاّ أنّ محكمة التّعقيب العدليّة لها في المسألة نظرة خاصّة[620].

فيما يتعلّق بتأويل القرارات يرجع لكلّ المحاكم العدليّة أن تأوّل القرارات التّرتيبية بدون استثناء، ولا يتّسع ذلك إلى القرارات الفرديّة.

وقد أدخلت مجلة المرافعات الجزائية الجديدة الصّادرة في 22 جويلية 1992 قواعد تتعلّق بالمحاكم الجزائية. فنصّت في فصلها 111-5 على ما يلي:

"يرجع للمحاكم الجزائية النّظر في تأويل القرارات الإدارية التّرتيبية والفرديّة وشرعيّتها، إن كان حلّ القضيّة الجزائيّة المنشورة لديها منوطا بهذا النظر". وهكذا أصبح اختصاص المحاكم الجزائية شاملا، ينسحب على جميع القرارات الإدارية، الترتيبية والفردية، وبالنسبة لتأويلها وتقدير شرعيّتها. وهذا التدخّل التشريعي هو في الحقيقة امتداد لما أقرّه قرار Avranches et Desmarets المذكور سابقا[621].

- هذه الأحكام المتشعّبة والتي لم تعد بعدُ محلّ إجماع تامّ من قبل المحاكم الفرنسيّة لا تلزم المحاكم التّونسية لعدّة أسباب :

السّبـــب الأول : لأنّ مبدأ تفريق السلطتين لم يرد بتونس بنفس التّأكيد والإلزام الذي ورد به بفرنسا، رغم أنّه مبدأ دستوري. إنّه لا يتّسم بنفس الحدّة، وليس له نفس الجذور التّاريخيّة، ولا نفس القيمة السّياسيّة، ولا نفس الإطار القانوني والمعنى.

---

[619]– CE, 5 juin 1951, Avranches et Desmarets, Rec. p. 368.

[620]– R. Chapus، المرجع السّابق الذكر ص 874 وما بعدها.

[621]– R. Chapus, Droit du contentieux administratif, T1, 14ème édition , p. 909.

السبـــب الثانـــي : لأنّ المحاكم العدليّة مازالت تنظر في المسائل الإداريّة في عدّة ميادين. وحتّى لو اعتبرنا أنّها إذا تولّت القضاء في المادّة الإداريّة فإنها تحكم بصفتها قضاء إداريّا، فهذا الاعتبار المبدئي لا يمنع الارتباك بين الأشياء، وتداخل الأحكام. ومن الطّبيعي أن لا يفرّق القاضي العدلي خاصّة، بين صفة القاضي الإداري وصفة القاضي العدلي. وهذا يفسّر الإهمال الذي يتّسم به استعمال المسائل التّوقيفية من قبل القضاء التّونسي والظّاهر من خلال القرارين التّعقيبيّين الذين أصدرتهما محكمة التعقيب سنة 1974، والذين فتحا باب تقدير الشرعيّة للقاضي العدلي بدون أيّ قيد :

م.ت، 10479، 25 مارس 1974، ن.م.ت، 1974، ص 52 (قرار والي).

م.ت، 10064، 11 سبتمبر 1974، ن.م.ت، 1974، ص 19 (شرعية إذن فردي صادر عن المعتمد).

وقد واصلت محكمة التعقيب في نفس الاتجاه في قرار صادر في 26 نوفمبر 1985، حيث صرّحت أنه من حق قضاة الموضوع أن يقدّروا شرعية قرار بلدي وأن يعلنوا عن عدم شرعيته (م.ت، 11106، 6 نوفمبر 1985، ن.م.ت، 2، ص 255)[622].

ولكن ما الذي يبرّر موقف المحكمة العليا بعد إحداث المحكمة الإداريّة ؟ كيف نفهم أنّ القاضي العدلي– المدني ينظر في شرعيّة قرار إداري فردي ؟ من أين يستمدّ هذه الصّفة والقدرة ؟ أما كان يتعيّن عليه أن يأمر بتأجيل القضيّة وإحالة المتقاضين على المحكمة الإداريّة ؟ ألم يكن في موقف محكمة التّعقيب خرق لمبدإ دستوري واضح وهو مبدأ تفريق السلطتين ؟ كيف يفهم أن يحجّر، من جهة، على القاضي الجزائي أن ينظر في المسائل المدنيّة إذا تجاوزت مرجع نظره مدنيّا وأن يؤمر بالتّأجيل، وأن يحجّر عليه البّت في المسائل التّوقيفيّة المتعلّقة بالجنسيّة والملكيّة وغيرها، ومن جهة أخرى أن يُسمح

---

[622]– Brahim Bertegi, «Organisation des contentieux et bonne administration de la justice», thèse, F.S.J.P.S.T, 2000, p. 162.

للقاضي المدني النّاظر في دعوى مدنيّة أن يبتّ في شرعيّة قرار إداري وهي مهمّة أوكلها المشرّع للقضاء الإداري (و إلاّ لأيّ غرض أحدث هذا القضاء الإداري ؟).

في المقابل، نرى المحكمة الإدّارية تتساهل في قضيّة اختصاصها وتنظر في مسائل مدنيّة، تتعدّى حدود المسألة الأوّليّة، نراها مثلا تأوّل أحكاما قضائيّة مدنيّة وتجتهد في فهمها[623] والحال أنّ هذا التّوجّه مخالف لمبدإ استقلال الجهازين القضائيين الذي أكدّته المحكمة نفسها في عديد من قراراتها، إضافة إلى أنّه مخالف لقاعدة إجرائيّة عامّة نصّ عليها الفصل 124 من م.م.م.ت "المحكمة التي صدر منها الحكم لها وحدها النّظر في شرح حكمها...". ونراها أيضا تتفنّن في تطبيق الأحكام التّجاريّة[624] دون أن تبرّر موقفها[625]، وفي الأحكام المتعلّقة بالجنسية وبالملكية العقارية[626]، ونراها تحكم بغرامة الانتزاع وتأمينها تاركة مسألة الاستحقاق جانبا ومن حق سائل أن يسأل : ما الذي يبرّر القيام بالدّعوى للمطالبة بغرامة الانتزاع سوى صفة المستحق اليقينيّة ؟

إن مشكل المسائل التّوقيفية يتطلّب مزيدا من الجهد و الرّويّة من قبل محكمة التّعقيب والمحكمة الإداريّة وتفادي التّساهل في الأمر. وكما ذكر بعض المؤلفين[627]، لعلّ من أبرز الأسباب التي جعلت المحاكم تحجم عن استخدام وسيلة المسائل التوقيفية. التّجربة السلبية التي ظهرت من خلال قضية شركة نوّار وقع فيها اللّجوء إلى طريقة المسائل التّوقيفية، حيث قرّرت المحكمة الإدارية، نظرا لإشكال قانوني مدني عويص حول سلامة عقود تفويت عقار، أن ترجئ النّظر في القضية ليقوم أحرص الطرفين لدى المحكمة المدنية

623– م.إ، 3 ديسمبر 1981، بن سلطان ضدّ الوكالة العقارية للسكنى، المجموعة، ص 330.
م.إ، 24 جانفي 1985، المجلس البلدي بالكاف، ضدّ قياس والكوكي، غير منشور.

624– م.إ، 26 جانفي 1984 .../ الإدارة العامة للآداءات، الجموعة، ص 382.

625– إنه من الممكن أن نقول : أمام القاضي الجبائي يتغلب مبدأ شمولية النظر (ومبدأ : قاضي الأصل هو قاضي الفرع) على مبدأ استقلال الجهازين القضائيين.

626– انظر في هذا الموضوع، نائلة القلال ومنير العربي، التحقيق، ملتقى القضاء الإداري وإصلاحه، المرجع سابق الذكر، ص 93 إلى 97.

627– نائلة القلال ومنير العربي، المرجع السابق ذكره، ص 95.

بدعوى بغية النظر في سلامة العقود. إلاّ أن القضيّة أصبحت لدى الهرم العدلي وكأنها قضيّة أصليّة، فنُظر فيها ابتدائيا واستئنافيا وتعقيبا للوصول إلى أنّ الدّعوى سقطت بالتّقادم. دامت هذه القضيّة منذ صدور أوّل حكم في شأنها في 15 أفريل 1986 إلى صدور حكم محكمة التعقيب العدليّة في غرة جوان 1999، أكثر من ثلاث عشرة سنة، بدون أي جدوى.

رغم ذلك، واصلت المحكمة الإداريّة استخدام المسائل التّوقيفيّة. ففي قضيّة البرني هميلي ضدّ وزير أملاك الدّولة أصدرت المحكمة حكما تحضيريّا في 31 نوفمبر 2003، قرّرت فيه إيقاف النّظر وإيداع ملف القضيّة بكتابة المحكمة على أن يقوم أحرص الطرفين لدى المحكمة المختصّة للبتّ في ملكيّة العقار موضوع المقرّر الإداري المطعون فيه بالإلغاء لدى المحكمة الإداريّة. وكانت الإدارة رفضت رخصة استغلال مقطع حجارة رخاميّة، لاختلاف حول ملكيّة الأرض.

كذلك، في قضيّة المدرسة الخاصّة بخزندار ومن معها ضدّ وزير الشؤون الاجتماعيّة، أصدرت الدّائرة الابتدائيّة الثالثة بالمحكمة الإداريّة حكما تحضيريّا في 28 مارس 2003 قرّرت فيه توقيف النّظر وإحالة أحرص الطّرفين على المحكمة العدليّة قصد البتّ في ما إذا كانت النّقابة الوطنيّة لمؤسّسات التّعليم الخاص مؤهّلة لإبرام الملحق التعديلي للاتّفاقيّة المشتركة القوميّة للتّعليم الخاصّ، وهي مسألة تتجاوز اختصاص المحكمة الإداريّة[628].

وفي قضايا ثلاث، كمال قديش وغيره ضدّ وزير الدّاخليّة، تتعلّق بحجز وثائق (جوازات سفر، بطاقات تعريف وشهادات جنسيّة) تعسّفا من قبل مراكز شرطة، وقع الطّعن في قرارات ضمنيّة متولّدة عن رفض إرجاع الوثائق المحجوزة. فقرّرت الدّائرة الابتدائيّة في 24 أكتوبر 2002 توقيف النّظر في الدّعوى إلى حين البتّ في المسألة المتعلّقة بالجنسيّة من قبل المحكمة المختصّة. ولم تنتبه الدّائرة في هذه القضايا أنّ مجرّد حجز الوثائق، بقطع النّظر عن

628– M. Riahi, Développements récents de la dualité de juridiction en Tunisie, mémoire mastère de sciences juridiques fondamentales, F.S.J.P.S.T., 2004-2005.

المسألة التّوقيفيّة تشكّل انتهاكا خطيرا لحرّيّة أساسيّة ينحدر بالعمل الإداري إلى الانعدام، ويخوّل المحكمة بأن تأمر مباشرة للجهة المعنيّة بإرجاع الوثائق المحجوزة.

والجدير بالذّكر أنّ بعض المحاكم العدليّة بدورها أخذت توقف النظر وتحيل الأطراف على المحكمة الإداريّة لتقدير شرعيّة قرار إداري وهو شأن الحكم الصّادر استئنافيّا عن المحكمة الابتدائيّة بسوسة في 1 مارس 2001 في قضيّة حمدي ضدّ وزير أملاك الدّولة والشؤون العقاريّة. إلاّ أنّ الإحالة بعثت شيئا من الرّيب والتّساؤل حول قصدها ممّا أجبر القاضي إلى إرجاع القضيّة للتّحقيق بغية مطالبة محكمة سوسة عن توضيح قصد الإحالة.

ولتفادي إشكالات المسائل التّوقيفيّة من الأكيد أن يتدخّل المشرّع لتقنين شروطها وإجراءاتها، ولتبيين أنّ القضيّة الفرعيّة لا ينبغي أن تعالج كسائر القضايا في الأصل.

الفقـــرة الثالثـــة
العنـاصـــر العمليّـــة

كما قلنا آنفا، المسألة التّوقيفيّة، مسألة حكميّة، أي أنّها تتطلّب من القاضي المتولّي في الأصل حكما صريحا في ذلك.

1- الحكـــم بالتّوقيـــف والإحالـــة

على القاضي أن يبيّن في حكمه :

-الدعوى الأصليّة.

-المسألة التّوقيفيّة.

-علاقة الأولى بالثّانية.

-الحكم بتأجيل النّظر.

-إمهال الأطراف بغية التّقاضي لدى القاضي المختص (عادة شـــهران). أو إحالة القضيّة مباشرة إلى القاضي المختصّ خصوصـــا إذا أثيـــرت المسألة التّوقيفيّة من قبل قاضي الأصل نفسه، وكانت المسألة محدودة ودقيقة لا تتطلّب تحقيقا مستفيضا. إلا أنّ هذه الصّورة تثير إشـــكالات إجرائيّة تستوجب تدخّل المشرّع لتدقيق الإجراءات التي يتعيّن اتّباعها.

-والأمر بالرّجوع أمامه بعد الحكم في المسألة[629].

2- رفـــع الدّعـــوى الفرعيّـــة

على الخصم الذي له منفعة في ذلك أن يرفع الدّعوى في المهلة التـــي ضربت له.

والمنفعة في الحقيقة تبقى لمن يروم مواصلة القضيّة الاصـــليّة لفائدتـــه، ولذلك وفي غالب الأحيان، يكون المدّعي الأصلي هو القائم بالدّعوى الفرعيّة. إلا أنّ هذا الإفتراض ليس وجوبيا، حيث أنّه من الممكن أن يقوم المدّعى عليه في القضيّة الأصليّة بالقضيّة الفرعيّة. إذا قامت الإدارة بقضيّة جزائيّة أو مدنيّة أو الإثنين معا ضدّ شخص باتّهام أنّه أضرّ بالملك العمومي فبإمكان هذا الأخير أن يثير مسألة توقيفيّة، ثم إن قبلها القاضي الأصل، أن يقوم بقضيّة فرعيّة لدى القاضي العقاري لإثبات ادّعائه من أنّ الملك ملكه وليس ملكا عموميّا.

فالقائم بالدّعوى الفرعيّة في نهاية الأمر هو :

-إمّا المدّعي الذي يهدف إلى مواصلة القضيّة الأصليّة طبقا لادّعاءاته القانونيّة في الدّعوى الأصليّة، ولذلك الغرض يروم حـــل الإشـــكال التّوقيفي حسب مصلحته.

وإمّا المدّعى عليه الذي يرمي إلى رفض المطلب الأصـــلي وتـــدعيما لذلك قد أثار المسألة التّوقيفيّة.

---

[629]- عن النتائج العملية المترتّبة عن المسائل التّوقيفيّة، انظر نائلة القلال، المسائل التّوقيفيّـــة في القضاء الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 30 وما بعدها.

ولذلك نفضّل على عبارة "دفع توقيفي" Exception préjudicielle عبارة "مسألة توقيفيّة"، لأنّ الدّفع من خصائص الطرف المدّعى عليه بينما "المسألة" تشمل كلّ الأطراف وتنطبق أيضا على القاضي نفسه.

- ملاحظة هامّة حول الآجال

إنّ رفع الدّعوى الفرعيّة يفتح باب التّقاضي أمام القاضي المختصّ، بدون تقيّد بالآجال القانونيّة والإجراءات المسلّطة على الدّعوى لو كانت دعوى أصليّة.

لو فرضنا أن القاضي العقاري أو العرفي مثلا، أو أيّ قاض آخر خارج عن الهرم القضائي الإداري، اعترضته مسألة تتعلّق بشرعيّة قرار إداري معيّن وأمر بتوقيف النّظر، وإحالة الخصوم على قاضي شرعيّة القرارات الإداريّة، وهو قاضي تجاوز السّلطة، فمن المفروض أن تكون الدّعوى الفرعيّة مقبولة أمام قاضي الإلغاء، رغما من سقوط الطّعن عن طريق تجاوز السلطة، وذلك لأسباب :

-الأوّل أن الدّعوى في حقيقة أمرها ليست دعوى بأكمل المعنى بل هي "دعوى عن إحالة"، باعتبار أن قاضي الأصل هو الذي أذن بها بل أمر بها صراحة أو ضمنيّا.

-الثاني أنّ الحكم الذي سيصدر عن قاضي الإلغاء ليس بالإلغاء وإنّما هو إعلان في تقدير شرعيّة القرار الإداري.

فالدّعوى الفرعيّة هنا تكون معفاة من كلّ الإجراءات المسلطة على مثلها لو كانت أصليّة، نتيجتها الحتمية تبسيط الإجراءات. وفي هذا الإتّجاه قضى مجلس الدولة الفرنسي. وفي هذا المضمار يتعيّن الأخذ بفقه قضائه، لأنّه مبنيّ على منطق حتمي لا مناص منه[630].

[630]- مجلس الدّولة الفرنسي، Commune de Sarpel، 8 نوفمبر 1961، مجموعة قرارات مجلس الدولة، ص 366. كذلك مجلس الدولة Fernandez، 19 جانفي 1973، مجموعة قرارات مجلس الدّولة، ص 49.

وفي مجال تقدير شرعيّة القرارات الإداريّة، قرّر مجلس الدّولة أنّه غير مقيّد بالأجل المضروب للخصوم من قبل قاضي الأصل ولا قاضي الفرع[631].

أمّا بالنّسبة للأجل الإمهالي الذي عيّنه قاضي الأصل لرفع القضيّة الفرعيّة، إنّه ليس من المسقطات الوجوبية، إلاّ إذا نصّ المشرّع على ذلك، وإنّما هو كالآجال التي يعيّنها القاضي المقرّر، آجال استنهاضيّة على سبيل البيان لا على سبيل الإلزام. مع العلم بأنّ القضيّة تبقى خاضعة لأجل سقوط الخصومة كما سنبيّنه فيما بعد.

3- الحكم في القضيّة الفرعيّة

القرار في المسألة التّوقيفيّة، قرار قضائي، يصدره قاضي الدّعوى الفرعيّة طبقا لإجراءاته العاديّة، أو بما يراه صالحا إن اقتضت الحاجة. فبإمكانه مثلا أن يتّبع إجراءات مختصرة أو حينيّة وبدون تبادل إذا وضح الأمر لديه. فيجب عليه :

-أن يصدر حكما يشمل العناصر المنصوص عليها بالفصل 53، جديد من قانون واحد جوان، إن كان قاضي الإحالة المحكمة الإدارية.

-أن يكون الحكم في حدود الإحالة، أي في حدود المسألة التّوقيفيّة لا غير.

-وأن يرفض الحكم إذا كانت المسألة خارجة عن مرجع نظره. كأن يطلب من قاضي الإلغاء أن ينظر في شرعيّة قرار لا يدخل في اختصاصه كقاضي إلغاء لا عن طريق الطّعن المباشر ولا عن طريق الدّفع.

- قوّة الحكم

مبدئيّا، يتّسم الحكم الصّادر عن قضيّة فرعيّة بنفس القوّة التي يتّسم بها لو صدر في الأصل.

[631]- مجلس الدّولة الفرنسي، ARIEU، 4 ديسمبر 1935، مجموعة قرارات مجلس الدولة، ص 1137.

لنفرض مثلا أنّ انسحاب قانون العفو العام على شخص معيّن طـرح أمام أيّ قاضي من القضاة وأثار خلافا أو كان محل ارتياب. في هذه الحالـة يتعيّن على القاضي أن يوقف النّظر إلى أن يقع النّظر في القضيّة الفرعيّة من قبل الهيئة القضائيّة المنصوص عليها بالفصل 6 من قانون 3 جويلية 1989. فحكم الهيئة في هذه الصّورة، يكون له نفس القوّة التي يتّسم بها لـو صـدر أصلا. وهذه القوّة –باعتبار الحكم حكما موضوعيّا– هي قوّة اتصال القضاء المطلق ولا قوّة اتصال القضاء النّسبي، أي أنّها تلزم الجميع بـدون اسـتثناء وهي خارجة عن أحكام الفصل 481 وما بعده من م.إ.ع. وهكـذا بالنسـبة للأحكام الفرعيّة الصّادرة في الجنسيّة.

فباختصار نقول : قوّة الحكم الفرعي، قوّة الحكم الأصلي. ولكنّ القاعدة المذكورة لها استثناءات. أهمّها المتعلقة بالأحكـام الصـادرة فـي شـرعية القرارات الإداريّة. فالحكم الفرعي في تقدير شرعيّة قـرار إداري لا يتمتّـع بقيمة الحكم الأصلي.

نعرف أنّ الحكم في تجاوز السّلطة يكون له نفوذ الاتّصال المطلق إذا ألغي القرار الإداري وقيمة الاتّصال النّسبي إذا رفض الدّعوى. أمّـا الحكـم الفرعي فإنّه يتّسم دائما بقيمة الاتصال النّسبي، مثله كمثل الحكم الصّادر عن المحكمة الإداريّة عن دفع بعدم الشرعيّة أثير أمامها مباشرة.

4- "استئنـاف" القضيـة أمـام قاضـي الأصـل

بعد الحكم الفرعي تستأنف القضيّة أمام قاضي الأصل بطلب ممّـن لـه المصلحة مرفوقا بالحكم الفرعي. ويواصل قاضي الأصل على ضوء ما قرّره قاضي الفرع.

5- سقـوط الخصومـة

يتعيّن هنا تطبيق الفصل 48 جديد من قانون 1 جوان 1972 الذي حدّد أجل ترك القضيّة بثلاث سنوات. وهذا الأجل هو الذي نـصّ عليـه أيضـا الفصل 244 م.م.م.ت. الذي جاء فيه : "إذا مضت على تعطيل القضيّة ثلاث

أعوام بدون أن يقع طلب استئناف النّظر فيها، سقطت الخصومة ولكـلّ ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب الحكم بسقوطها[632].

واحتساب الأجل ينطلق من الحكم الذي أوقف النّظر وأمر بالتّأجيل.

632– ترى محكمة التعقيب أنّ سقوط الخصومة بمرور ثلاث سنوات لا يكون إلاّ للأسباب التي نصّ عليها الفصل 241 من م.م.م.ت.

الفصل الثالث
توقيف التنفيذ

التوقيف هنا يشمل في نفس المفهوم، على توقيف تنفيذ القرارات الإدارية وتوقيف تنفيذ الأحكام. ورغم التّباين الظّاهر بينهما. فإنّنا ندرجهما في نفس المفهوم باعتبار أنّهما يخضعان لنفس المبادئ ولهما عناصر جوهريّة مشتركة، كما نبيّنة فيما يلي.

الفقرة الأولى
توقيف تنفيذ القرارات الإداريّة وتوقيف تنفيذ الأحكام

-الفوارق بينهما تتمثّل في الآتي ذكرها

الفارق الأساسي أنّ طلب توقيف تنفيذ القرار الإداري موجّه ضدّ قرار من طبيعة خاصّة مغايرة لطبيعة القرار القضائي، لا يخضع لنفس النّظام القانوني من حيث الإجراءات والقوّة والمفعول. فالطّعن ضدّ القرار الإداري يبدأ القضيّة لأوّل مرّة أمام القضاء ويقتصر على إزالة القرار من دائرة الشّرعيّة. فهو طعن أحادي، موضوعي، وتوقيف التّنفيذ فيه يهدف القرار نفسه وبالذات بدون التفات إلى معرفة من ينتفع بالقرار، وقد لا يوجد منتفع.

بينما الطعن ضدّ قرار قضائي يواصل النظر في قضيّة سبق النظر فيها. ولا يقتصر على إزالة القرار في ذات حدّه، بل يهدف في غالب الأحيان إلى محو ما وراءه من آثار لفائدة المنتفع منه.

فهو خصام كامل بين اثنين أو أكثر حول حقوقهم الشّخصيّة، وتوقيف التنفيذ فيه يهدف إلى تعطيل تنفيذ مصلحة أو حقّ على مصلحة أو حقّ آخر. نقول "في غالب الأحيان"، نظرا إلى أنّ الطّلب القضائي، كما ذكرنا في المقدّمة، من شأنه أن يكون أحاديّا وبدون خصوم (اعتراف الجنسيّة، تسجيل عقار، إثبات الحالة المدنيّة...).

فالفوارق بين الصّورتين ناتجة عن طبيعة القرارات وتبعا لذلك عن طبيعة الطّعنين وإجراءاتهما.

- العناصر المشتركة

يتعيّن قبل كلّ شيء أن نلاحظ أن الفوارق التي اعتبرناها آنفا ليست في مأمن من كلّ تشكيك وجدال ولعلّ القرار الإداري والقرار القضائي يختلفان في الحقيقة بالصّنف ولا بالجنس، خصوصا إذا نظرنا لهما من حيث آثارهما القانونية.

بقطع النظر عن ذلك الجانب علينا أن نسجّل:

-أنّ القرار المطعون فيه يتميّز في كلتا الحالتين بأنّه نافذ مباشرة وبصفة آليّة.

-وأنّ مجرّد الطعن ضدّه لا يعطّل تنفيذه.

-وأنّ توقيف التنفيذ استثنائي.

وأنّه طلب قضائي.

وأنّه فرعي مرتبط بأصل (تجاوز سلطة، تعقيب، إعادة نظر، وزادت المحكمة الإداريّة، ومن ورائها المشرّع، الاستئناف).

-وأن لا مساس له بالأصل.

الفقـــرة الثانيـــة
توقيـــف تنفيـــذ القـــرار الإداري

في هذا المجال، كان النص الأصلي لقانون غرّة جوان ، في فصله 44، يتّسم بشيء من الاقتضاب، وفي الآن نفسه بالتشدّد فيما يتعلق بشروط توقيـف تنفيذ القرارات الإدارية، وإجراءاته. فقامت المحكمة الإدارية بعمل محكم غاية تسديد ثغرات القانون. ثم صدر القانون عدد 39 لسنة 1996، متوسّعا في هذه المادة، ومخصّصا لها القسم الرابع من الباب الثاني من العنوان الرابـع مـن قانون غرّة جوان، وهو قسم يشتمل على الفصول الجديدة 39، 40 و41. فأكّد المشرّع جوانب هامة من فقه قضاء المحكمة الإدارية، وجوانب أخـرى مـن النص الأصلي لقانون غرة جوان، وأضاف جوانب جديدة إجرائية وجوهريـة، منها المستمدة من م م م ت. والأحكام التي أقرّها الفصل 39 جديد هي الآتية :

-القاعدة العامة المعروفة التي مفادها أن الطعن بتجـاوز السـلطة لا يعطّل تنفيذ المقرّر الإداري.

-جواز الإذن بتوقيف التنفيذ من قبل الرئيس الأول للمحكمة الإداريـة إمّا حتى انقضاء أجل القيام بالطعن الأصلي بتجاوز السلطة، وإمّا إلى صدور الحكم.

-الشروط المجتمعة التي تجعل الإذن بالتوقيف ممكنا، وهي أن يكـون الطلب في ظاهره قائما على أسباب جدّية، ويكون تنفيذ المقرّر مـن شأنه أن يتسبّب للطالب في نتائج يصعب تداركها.

-الشروط الإجرائية التي يجري على مقتضاها التحقيق وهي شـروط القضاء الاستعجالي.

أمّا الفصل 40 جديد، فإنه حدّد بشهر أجل البتّ في المطلب من قبـل الرئيس الأول وأوجب تعليل القرار وأعفاه من المرافعة. ثم أضاف إجـراء جديدا في صورة التأكّد وهو تأجيل التنفيذ، في انتظار البتّ في مطلب توقيف التنفيذ، وتعرّض لصورة شديد التأكّد، فأجاز للرئيس الأوّل في هذه الصّـورة أن يأذن بتوقيف التنفيذ طبقا للمسودّة.

وأمّا الفصل 41 جديد فإنه مخصّص لتبليغ الأذون التوقيفية وتنفيـذها من قبل الإدارة، وعدم قبول أي نوع من الطعون ضدّها.

لنحلّل هذه الأحكام ولنناقشها.

1-ارتبـاط الفـرع (توقيـف التّنفيـذ) بالأصـل (تجـاوز السلطـة)

-إنّه من الواضح أنّ طلب توقيف التّنفيذ متفرّع مبدئيّا عن دعوى تجاوز السّلطة، وليس طعنا مستقلاّ. وذلك ظاهر مـن تحريـر الفصـل 39 المستهلّ بمبدأ عدم تعطيل المقرّر الإداري بدعوى تجاوز السلطة. فهو في الحقيقة من نوع الطلبات العارضة التي يقوم بها العارض. ولـذلك ورد الفصل 39 بعد القسم المتعلّق بترسيم الدعوى.

-زيادة على ذلك، فإنّه لا يقبل الطّلب إلاّ إذا كان موجّها ضـدّ قـرار إداري بأكمل معنى الكلمة، وخاصّة ضدّ قرار إداري معرّض بتلـك الصّفة للطّعن بتجاوز السلطة، فلا تكون المحكمة مختصّة في مـادّة توقيف التّنفيذ، إلاّ إذا كانت مختصّة في الدّعوى الأصليّة. فلا يقبـل الطلب ضدّ القرارات ذات الطّابع الدستوري، أو قـرارات إداريّـة أقصاها المشرّع من دائرة تجاوز السّلطة[633]، أو القرارات التـي لا تنفصل عن العقود، أو قرارات المصالح الصّـناعيّة والتّجاريّـة، أو الهيئات القضائيّة أو شبهها إلى غير ذلك[634].

[633]- كالأوامر ذات الصّبغة الترتيبية قبل القانون عدد 11 المؤرخ في 4 فيفري 2002 (م.إ، 24 ماي 1980، سعيدان ضدّ الوزير الأوّل، المجموعة، ص 202).

[634]- للإطلاع على بعض الأمثلة لفقه قضاء المحكمة الإداريّة انظر مقال المستشار مصطفى باهية :

-ومن علامات اتّصال الفرع بالأصل ما قرّرته المحكمة الإداريّة في 26 مارس 1993 في قرار "الرّابطة التّونسيّة للدّفاع عن حقوق الإنسان" من أنّه بإمكان العارض أن يقدّم طلبا ثانيا في توقيف التّنفيذ (بعد فوات أجل الطّعن طبعا) باعتبار أنّ الطلب مرتبط بالدّعوى الأصليّة، وأنّ هذه الأخيرة عرضت على المحكمة في أوانها.

-إضافة إلى ذلك يرى فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي أنّه لا يمكن طلب توقيف التّنفيذ ضدّ الأعمال الماديّة ومجرّد السلوك الإداري التي لا تتجسّد في قرار تام، ولا ضدّ القرارات السّلبيّة.

***الأعمال الإداريّة الماديّة**

الأسباب التي دعت مجلس الدّولة الفرنسي إلى عدم قبول طلبات التّوقيف ضدّ الأعمال الماديّة عديدة منها :

أنّ الطّلب فرع من تجاوز السّلطة ويستحيل تقديمه منفردا غير مرفوق بالقرار المطلوب إلغاؤه حتّى ولو قام العارض بمطلب مسبق لدى الإدارة[635].

ومنها أنّ السّلوك المادّي لا يدخل في حدّ ذاته في ظلّ القرارات الإداريّة. وهذا الإتّجاه لا يلزمنا لأسباب :

أوّلا لأنّ المحكمة الإداريّة وسّعت كما قلنا في استقلاليّة توقيف التّنفيذ وقبلت أن يرفع إليها قبل اكتمال شروط رفع الدّعوى في تجاوز السلطة وهو اتجاه يخالف موقف مجلس الدّولة، ولكن له ما يبرّره.

Le sursis à l'exécution des actes administratifs en Tunisie. SERVIR- N°39-1987-1, p. 33.

ولنفس المؤلف، توقيف تنفيذ المقرّرات الإداريّة، في كتاب "إصلاح القضاء الإداري"، المرجع السابق ذكره، ص 211.

[635]– CE, 25 Mai 1988, Association Le foyer israélite, Rec., p. 1956.
CE, 3 Mars 1976, Etablissement Vissol-Girand, Rec., p. 1375.

ولأنّ إمكان المطلب المسبّق في تونس من شأنه أن يحوّل حتما الأعمال الماديّة إلى قرارات إداريّة : إمّا قرارات رفض صريح، وإمّا قرارات رفض ضمني. فإذا قامت الإدارة بإنجاز أشغال عموميّة، وطلب منها مسبقا أن توقف تلك الأعمال، فإنّ هذا الطلب سيحوّل حتما تلك الأعمال الماديّة إلى قرار تامّ صريح أو ضمني. فالمطلب المسبّق الاختياري له دور هامّ في خصوصيّة قضاء تجاوز السّلطة وتبعا لذلك في خصوصيّة توقيف التّنفيذ.

***القرارات السّلبيّة**

كذلك استقرّ فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي على اعتبار قرارات الرّفض غير قابلة لتوقيف التنفيذ، لأنّه إذا قبلناه يؤول ذلك إلى إصدار أوامر ملجئة للإدارة وإلى تحويل الوظيفة القضائيّة إلى وظيفة التصرّف الإداري المحض أي إلى خروج القاضي عن حدود مهامه[636].

إلاّ أنّ مجلس الدّولة أضاف إلى ذلك المبدإ أنّه يتسنّى للقاضي أن يوقف التّنفيذ إذا تبيّن أن قرار الرّفض من شأنه أن يبدّل أو يغيّر وضعيّة قانونيّة ما بالنسبة لما كانت عليه من قبل[637].

ولكن وتقريبا لنفس الأسباب، ليس من شأن هذا الرأي أن يؤثّر على فقه قضاء المحكمة الإداريّة.

أوّلا لأنّ فكرة أنّ القاضي ليس له أن يلجئ الإدارة بأوامر، مبنيّة على مبرّرات ضعيفة، وإلاّ ما معنى قضاء توقيف التّنفيذ سوى أنّه أمر يلجئ الإدارة ؟ وثانيا لأنّ القرار معرّض للإلغاء أصلا، فما هو مبرّر أن يكون

[636]– CE, Amoros, 23 janvier 1970, A.D.J.A, 1970, p.174, note Delcros, et p. 609, chronique Labetoulle et Cabanes.
CE, Commune de Briançon, 1er février 1989, R.D.P, p.1496.
[637]– CE, Kodia, 29 janvier 1986, Rev.-Dr-Ad, 1986, p. 615 concl. Dutheillet de Lamothe.

محصّنا من التّوقيف فرعا ؟ ولذلك نؤيّد المحكمة الإداريّة كلّما أمرت بتوقيف قرارات الرّفض[638].

ولا نشاطر آراء رجال القانون الذين نفوا، أو كادوا، توقيف قرارات الرّفض[639] بدعوى أنّه لا يرجع للمحكمة أن تلجئ الإدارة. هذه المقولة من موروثات التشريع الفرنسي لا نرى لها مبرّرا ببلادنا، بل الأعمال التّحضيريّة للمجلس التأسيسي التّونسي متّجهة ضدّ هذا الرّأي.

وعليه، فإنّنا لا نرى مبرّرا للتّراجع القضائي الذي حدث في فقه قضاء محكمتنا التي عادت إلى المبادئ التي سطّرها قرار Amoros. تقول المحكمة في القرار الصّادر عن الرّئيس الأوّل في 27 نوفمبر 1987 (فقيه ضدّ وزير الماليّة)[640] :

"حيث لا يدخل في صلاحيّات القاضي الإداري توجيه أوامر إلى جهة الإدارة ولا الإذن بتوقيف قرار سلبي إلاّ متى كان تنفيذه من شأنه أن ينال من وضعيّة المدّعي الواقعيّة أو القانونيّة السّابقة". وزادت المحكمة في توضيح موقفها في قرارات لاحقة، منها قرار عبد الرّزاق الدّلاّجي ضدّ بلديّة منزل بورقيبة، 17 مارس 1988 [641]، ومنها قرار "محمد النمري" (5 مارس 1992)[642] الذي جاء فيه :

"وحيث أنّه بالنسبة لطلب توقيف تنفيذ القرار المتعلّق برفض دخول العارض مرحلة تكوين المتصرّفين المستشارين فإنّ هذا المقرّر يعتبر من فئة المقرّرات السلبيّة التي لا يمكن إيقاف تنفيذها إلاّ بصفة استثنائية عندما يتوفّر الضّرر الذي يستحيل تداركه وعندما يؤثّر المقرّر السّلبي المراد إيقاف تنفيذه

[638]– على سبيل المثال، م.إ، 9 فيفري 1980، محمّد عمّار، ضدّ عميد كليّة العلوم، رفض ترسيم طالب بكليّته، المجموعة، ص 57.
[639]– انظر المستشار باهية، العنوان المذكور آنفا، ص 34.
[640]– م.إ، 27 نوفمبر 1987، فقيه/وزير المالية، غير منشور.
[641]– م.إ، 17 مارس 1988، دلاّجي/ بلدية منزل بورقيبة، المجموعة، ص 36.
[642]– غير منشور.

بصفة واضحة في وضعيّة قانونيّة حصلت قبل اتخاذ ذلك المقرّر ويمكن أن تتغيّر من جرّاء تنفيذه.

وحيث أنّه بالرجوع إلى ملفّ القضيّة يتبيّن أنّه لم تنشأ بعد للعارض وضعيّة قانونيّة تأثّرت من المقرّر الضّمني الرّافض دخوله مرحلة تكوين المتصرّفين المستشارين، فضلا على أنّه لا يمكن للقاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة وبالتّالي إلزامها بفعل شيء، ممّا يتّجه معه رفض مطلب إيقاف تنفيذ ذلك القرار".

–فإذا اتّفقنا في نهاية الأمر على صلة الفرع بالأصل، يترتّب على ذلك أنّ توقيف التّنفيذ لا يكون مفتوحا، إلاّ بعد أن تكتمل الشروط الإجرائيّة للدّعوى الأصليّة. والدّعوى الأصليّة لا تكتمل إلاّ برفعها إلى المحكمة الإدارية، عن طريق العريضة الافتتاحية. وحينئذ لا يمكن للطاعن أن يطلب توقيف التنفيذ إلاّ إذا اقترن هذا الأخير بتقديم عريضة الدّعوى لدى المحكمة. فالمنطق الإجرائي يقتضي أن يطلب توقيف التنفيذ[643] مع العريضة وأن يخضع لشروطها.

2– انفراد الفرع عن الأصل

ولكنّه بديهي أنّ هذا المنطق يفرغ الطّلب من مفعوله، لما فيه من إطالة وتربّص. والعلم أنّ توقيف التّنفيذ هو في الآن نفسه إجراء توقيفي وإجراء متأكّد وتحفّظي، داخل في باب الاستعجال. ذلك هو المقصد. ولذلك رأت المحكمة في فقه قضائها المستمرّ أنّ طلب توقيف التّنفيذ يقبل حينيّا قبل الدعوى الأصلية، ثم تدخّل المشرّع وأكّد في الفصل 39 جديد أن مطلب توقيف التنفيذ يرفع "بعريضة مستقلّة عن دعوى تجاوز السلطة".

[643]– إنّ قانون غرّة جوان في الحقيقة لا يشترط الطلب صراحة، بحيث أنّه من حقّنا أن نفهم أنّ توقيف التّنفيذ سلطة أحاديّة للرّئيس الأوّل يمارسها تلقائيّا أو عند الطلب. إنّها سلطة تقديريّة قضائيّة حسب النّص.
إلاّ أنّ المحكمة الإداريّة جعلت الإجراء موقوفا على طلب المدّعي، تماشيا مع أنّ توقيف التّنفيذ طلب فرعي.

فالسّبب الذي ذكرناه حمل المحكمة الإداريّة على أن تقبل طلب وقف التّنفيذ قبل أوانه النّصّي. فجاء في فقه قضاء المحكمة وفي ظل الفصل 40 قديم أنّ الشرط الإجرائي الوحيد هو المطلب الإداري المسبّق. فعلى الطّاعن أن يدلي رفقة طلبه ما يثبت أنّه قام بالمطلب المسبّق لدى الجهة الإداريّة. وبهذه الصّورة يصبح إجراء وقف التّنفيذ إجراء حينيّا، طبقا لطبيعته. ومن جهة أخرى يصبح الطّلب متمتّعا في حدّ ذاته بشيء من الاستقلاليّة، لأنّه ذو موضوع قائم بنفسه. هذا هو الغرض من تحرير الفصل 39 جديد.

وباعتبار أنّ الطّلب مندرج في باب الاستعجال، فإنّه يحقّ للرئيس الأوّل أن يأمر بتوقيف التّنفيذ حينيّا حسب تقديره، حتّى قبل تقديم العريضة[644] في الدّعوى الأصليّة. ولئن فرضنا أن الرّئيس الأوّل للمحكمة أصدر حكما في توقيف التّنفيذ[645]، وأنّ العارض فوّت على نفسه، لسبب ما، آجال التّقاضي، يترتّب على ذلك وبصفة آليّة إلتغاء الحكم بتوقيف التّنفيذ. وتبعا لذلك فإنّه يتعيّن على المحكمة أن تبلّغ للجهة الإداريّة إلتغاء الأمر بتوقيف التّنفيذ لعدم تقديم العريضة في أوانها، أخذا بمبدأ إجرائي عام : "الفرع تابع للأصل"، فإذا سقط الأصل سقط الفرع معه. هذه الملاحظة ترينا أنّ وقف التّنفيذ سيبقى مرتبطا بالأصل، رغما من أنّ المحكمة الإداريّة، والمشرّع بعدها، منحته في فقه قضائها، شيئا من الاستقلال الإجرائي.

وليس من باب التّناقض أن نقول في آن واحد أنّ توقيف التّنفيذ فرع من أصل وأنّه ذو موضوع مستقلّ. إنّما ذلك دليل على أنّ التوقيف ذو طبيعة مزدوجة. وسوف نعود إلى هذه المسألة عند التعرّض لقوّة الإذن بتوقيف التّنفيذ.

-إنّ انفراد التّوقيف يظهر على المستويين الإجرائي والموضوعي.

[644]- وفي هذا الاتجاه قد سار فقه قضاء المحكمة.

[645]- مع العلم أن الفصل 39 جديد خوّل للرئيس الأوّل أن يأذن بتوقيف التنفيذ إلى حين انقضاء آجال القيام بالدعوى الأصلية.

من ناحية الموضوع، فإنّ الطّلب له موضوع خاص، خارج في محتواه ومضمونه على الإلغاء، وهذا الموضوع هو توقيف التّنفيذ. أمّا من ناحية الأسباب والوسائل فإنّ الطّلب لا يتّفق تماما مع طلب الإلغاء الأصلي من عدّة أوجه : على العارض أن يبيّن أن القرار قابل للتنفيذ أو أنّ تنفيذه مستمرّ، وعليه أن يثبت الضّرر، وأنّ الضّرر يصعب تداركه، كلها أسباب خارجة عن مجال الدّعوى الأصليّة.

أمّا من ناحية الإجراءات فالطّلب، أصبح يتمتّع باستقلال ذاتي من خلال تحرير الفصل 39 جديد وذلك على مستوى تقديمه، والتحقيق في شأنه وهو تحقيق مختصر، ومن حيث الحكم فيه.

نضيف إلى ذلك أن طلب توقيف التّنفيذ في حدّ ذاته غير مقيّدة بأجل معيّن، يمكن للعارض الذي قدم طعنه الأصلي في أوانه وبشروطه، أن يطلب بعد ذلك وفي أيّ طور من أطوار التّحقيق توقيف القرار الذي تقاضى من أجل إلغاءه، إذا توفّرت شروط التّوقيف بعد تقديم العريضة.

ونضيف أيضا أنّه يجوز للطّاعن، طبقا لفقه قضاء المحكمة، أن يجدّد مطلبه في التّوقيف إذا استند إلى "أسانيد أخرى"[646].

3- الصّبغة الاستثنائيّة للإذن بتوقيف التّنفيذ وشروطه

إنّها ظاهرة من صياغة الفصل 39 جديد كما هو مبيّن فيما يلي :

-المبدأ أنّ دعوى تجاوز السلطة لا تعطّل التنفيذ. فطلب الإذن بتوقيف التّنفيذ يعتبر في حدّ ذاته إجراء استثنائيّا.

-أمّا الإذن نفسه فإنّه راجع لتقدير الرّئيس الأوّل، وليس منوطا بشرعيّة القرار الإداري بصفة مباشرة. فالإلغاء البائن لا يترتّب عليه لزوما توقيف تنفيذ القرار. إنّه من باب الجواز ولا من باب الإلزام.

[646]- م.إ، 26 مارس 1993، الرّابطة التّونسيّة للدّفاع عن حقوق الإنسان.

-وقد بيّن القانون في فصله 39 جديد أنّ الإذن جائز إذا "كان تنفيذ المقرّر المذكور من شأنه أن يتسبّب للمدّعي في نتائج يصعب تداركها".

وهذا الشرط الأخير شرط موضوعي، لا شكلي، وهو مستلهم من فقه القضاء الفرنسي المتمثل في قرار مجلس الدّولة :

CE, 12 Novembre 1938, Chambre syndicale des constructeurs de moteurs d'avion, D, 1939, 3, 12, concl Dayras.

إنّ الشّرط الوارد في فقه القضاء الفرنسي يتّسم بالمرونة، حيث أنّه جاء فيه أنّ القرار المنتقد قد ينتج عنه وضعيّة من شأنها أن ينجرّ عنها تغييرات هامّة "قد يصعب جدّا تبديلها من جديد في الواقع لو ألغي القرار فيما بعد"[647].

كذلك بالنّسبة للمشرّع المصري الذي نصّ في المادّة 49 من قانون مجلس الدّولة"... على أنّه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف (التّنفيذ) إذا طلب ذلك في صحيفة الدّعوى، ورأت المحكمة أنّ نتائج التّنفيذ قد يتعذّر تداركها".

-وقد زادت المحكمة الإداريّة في استثنائيّة وقف التّنفيذ، عندما استنبطت شرطا لم يرد في نصّ القانون القديم. وهذا الشرط هو أن يكون الطّلب مبنيّا على "سبب جدّي"[648]. وتابعها المشرع، عندما اشترط في الفصل 39 جديد أن يكون المطلب قائما على "أسباب جدّية في ظاهرها".

---

[647]- «Que... l'application de l'arrêté attaqué aurait pour conséquence immédiate l'institution... d'un état de fait qui entraînerait des changements importants... et qu'il serait pratiquement très difficile de modifier de nouveau au cas où l'arrêté dont s'agit viendrait à être ultérieurement annulé».

- نفس الإتجاه في أمر 30 جويلية 1963 المتعلق بتوقيف التنفيذ.

« Le sursis peut être ordonné si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables ».

ومعناه أنّه "يأمر بالتّوقيف إذا كان تنفيذ القرار المطعون فيه من شأنه أن تنجر عنه نتائج يصعب تداركها".

[648]- م.إ، 21 أفريل 1979، النادي الإفريقي ضدّ الجامعة التّونسية لكرة القدم، المجموعة، ص 124.

م.إ، 26 ماي 1980، كرّاي ومن معه ضدّ وزير التعليم العالي والبحث العلمي، المجموعة، ص 204.

وهذا السّبب له ما يبرّره، لاعتبار أنّ وقف التّنفيذ موصول بعدم الشرعيّة، زيادة على أنّ الفرع موصول بالأصل. فلا يجدي أن يقع وقف تنفيذ قرار يتّضح فيما بعد أنّه مطابق للشّرعيّة.

ولكن ومن جهة أخرى، فإنّ وقف التّنفيذ له ما يبرّره في ذاته، وبدون اشتراط أن ينبئ بعدم شرعيّة القرار. ذلك أنّه يمثّل إجراء تحفّظيّا يفتح للإدارة وللقاضي معا باب التّأمّل والتّأنّي إلى أن ينظر في شرعيّة القرار.

وهذا ضروريّ خصوصا في القضايا الخطيرة والحسّاسة مثل التي تضع في الميزان الحرّيات العموميّة أو المصالح الشخصيّة الجسيمة[649] أو المصلحة العامّة إلى غير ذلك. ففي مثل هذه الأمور يكون لتوقيف التّنفيذ مبرّر ذاتي بقطع النظر عن مسألة شرعيّة القرار، خصوصا إذا تطلّبت مسألة الشرعيّة فحصا متشعّبا وبحوثا معمّقة.

وعليه يكون أوجه لو ميّز المشرّع بين: الحالات العاديّة التي يفترض فيها أن يكون وقف التّنفيذ مقترنا بالسّبب الجدّي، والحالات الخاصّة التي تستوجب ذلك الاقتران.

إذن شروط توقيف التنفيذ هي التي توضّح لنا صبغته الاستثنائية. وهذه الشروط الموضوعيّة هي الآتية :

-الشرط الأول : نتائج يصعب تداركها وهو شرط راجع لتقدير القاضي.

-الشرط الثاني : السبب الجدّي في ظاهره.

-الشرط الثالث : العلاقة السّببيّة بين القرار والضّرر الذي يتكبّده الطّاعن من جرّائه، من ناحية أخرى.

أنظر :

Mustapha BAHIA, "Le sursis à l'exécution des actes administratifs en Tunisie", SERVIR, n°39, 1987, 1, p. 33 et s.

[649]- يرى المجلس الدستوري الفرنيس أنّ الأمر بتوقيف التّنفيذ "ضمان أساسي لحقوق الدّفاع، قرار المجلس الدّستوري المؤرّخ في 27 جانفي 1987، المتعلق بلجنة المنافسة.

C.C, 23 janvier 1987, Déc. (224 DC), Rec, p. 8.

بالنّسبة للشّرط الأول، استنبطت المحكمة تأويلا مقبولا، فحوّلت "الاستحالة" المنصوص عليها بالنّصّ القديم، إلى مفهوم جديد وهو مفهوم "جدّيّة الضّرر"، الذي يتّسم بأكثر مرونة وواقعيّة من الأوّل (انظر القرار الثاني المتعلّق بالرّابطة).

أمّا بالنّسبة للسّبب الجدّي في ظاهره، فإنّه يعني في الحقيقة، أنّه ينبئ "شيئا ما" بالبطلان لما تكتسيه أسانيده من قوّة الإقناع الظّاهرة. ولكن لا يعني ذلك أنّ الإذن بتوقيف التنفيذ سيؤول حتما إلى البطلان، لأنّه من شأن التّحقيق أن يظهر عوامل خفيّة، واقعيّة أو قانونيّة، لم تكن واضحة لدى قاضي التوقيف، وبلورتها أعمال التحقيق. وقد رفضت المحكمة البطلان مرارا، بعدما أذنت بالتوقيف.

بعد جدّيّة الضّرر، وجدّيّة السبب، يبقى شرط العلاقة السببيّة بين القرار والسبب، وقد وضّحت المحكمة هذا الجانب في القرار الأوّل المتعلّق بقضيّة الرّابطة التونسيّة للدّفاع عن حقوق الانسان (4 جويلية 1992)[650] حيث قالت : "وحيث أنّه... يتعيّن توفّر سببيّة مباشرة بين القرار المراد توقيف تنفيذه والضّرر الذي يستحيل تداركه والمتعلّل به، بحيث يكون هذا الضّرر ناتجا مباشرة عن القرار موضوع مطلب إيقاف التنفيذ لا عن إرادة طالب إيقاف التنفيذ نفسه" وباعتبار أنّ هذه العلاقة كانت مفقودة في القرار الأوّل، رفض الطلب ؛ وباعتبار أنّها وُجدت في الثاني، قبل.

4- وقف تنفيذ القرارات التي تمّ تنفيذها

-يتّفق جلّ رجال القانون على أنّه لا يمكن وقف تنفيذ القرار الذي تمّ تنفيذه[651] وذلك استنادا إلى فقه قضاء متّحد في هذا الاتّجاه صادر عن مجلس الدّولة الفرنسي. وقد بيّنت محكمتنا نفس الموقف في عديد من قراراتها[652]، قائلة

650- غير منشور.

651- انظر الأستاذ شابو Chapus، "قانون القضاء الإداري"، الطبعة الثانية، ص 807. والطبعة الرّابعة، ص 988 وما بعدها.

652- م.إ، 30 ديسمبر 1975، آمنة ونيّس ضدّ مدير كليّة العلوم الرّياضيّة، المجموعة، ص 27.
م.إ، 21 جانفي 1981، الرّكباني ضدّ وزير التّعليم العالي، المجموعة، ص 34.
م.إ، 26 مارس 1981، بوراوي بطّيخ ضدّ رئيس بلديّة المرسى، المجموعة، ص 94.

أنّه إذا تمّ إنجاز أو تطبيق القرار قبل تقديم الطّلب، إنجازا نهائيّا فإنّه يترتّب عليه رفض الطّلب.

-وهذا الموقف يستحقّ التّوقّف كي يفهم فهما سليما.

أوّلا : إنّ المبدأ الذي أقرّته المحكمة لا يكون له مفعول إلاّ إذا وقع تنفيذ القرار "تنفيذا تامّا"، لا تراجع فيه، أي أنّ القرار المنتقد وقع إنجازه بتمامه وكماله، وانسابت كلّ آثاره القانونيّة إلى آخرها.

ثانيا : فإذا كان القرار قد وقع إنجازه جزئيّا، أو كان هذا التنفيذ قابلا الرّجوع أو التّعليق، نرجع إلى الصّورة العاديّة ويتعيّن على القاضي حينئذ أن يأمر بتوقيف التّنفيذ. فالقرار يبقى معرّضا لتوقيف التّنفيذ ما دامت آثاره متواصلة.

ثالثا : وعليه يرجع للمحكمة أن تراعي ما سبق ذكره وأن تحصر مفهوم "تنفيذ القرار" في أضيق حدوده، لكي لا يقف مبدأ الشرعيّة على عتبة باب الأمر المقضي.

وهذا الاتّجاه في الحقيقة، هو الذي يمثّل موقف المحكمة الإداريّة حيث أكّدت المحكمة أنّ القرار، ولئن وقع تنفيذه، فإنّه يعرّض للتّوقيف، إذا كان ذا مفعول مستمرّ. جاء في قرار آمنة ونيّس : "وحيث أنّ قيام العارضة... جاء بعد فوات موسم التّرسيم للسنة المذكورة ولم تدل بما يفيد استمرار مفعول القرار الإداري موضوع الطّعن..." وذلك دليل على أنّ القاضي ما كان يحجم عن الأمر بالتّوقيف، لو كان التنفيذ واقعا مضى واستمرّ. وفعلا فإنّ المحكمة أكّدت في قرار جميل قربوج المؤرّخ في 15 أوت 1992[653] المبدأ الذي سبق ذكره، حيث قالت : "حيث يهدف المطلب إلى توقيف تنفيذ القرار الصّادر عن رئيس بلديّة بني خلاّد بتاريخ 14 ماي 1992 والقاضي بسحب رخصة صلوحيّة المحلّ مع غلقه فورا.

م.إ، 22 جويلية 1980، صالح معلاوي ضدّ بلديّة سجنان، غير منشور.

653- غير منشور.

وحيث أنّ تعلّل البلدية بأنّ القرار قد نفذ لا يحول دون الإذن بإيقاف تنفيذه ضرورة أنّ المبدأ في القرارات الإداريّة هو نفاذها.

وحيث أنّ تنفيذ القرار المطعون من شأنه أن يفضي إلى نتائج يصعب تداركها... فضلا عن كون الأسانيد التي انبنى عليها مطلب توقيف التنفيذ تبدو في ظاهرها جدّيّة الأمر الذي يتعيّن معه الاستجابة للطّلب المذكور".

وفي آخر عهد من فقه قضائها اتّجهت المحكمة إلى قبول مطالب التّوقيف ضدّ قرارات تمّ تنفيذها، وأصبح من غير الممكن تعليق آثارها، وهو حال رفض الترسيم بالجامعات والسنة الجامعيّة متقدّمة. وفي القرارات من هذا النّوع يتجاوز القاضي حاجزين : حاجز المقرّرات السلبيّة، وهو معقول عندنا، وحاجز المقرّرات التي تمّ تنفيذها[654]، ممّا يجعل من قراره قرارا بدون جدوى لعدم إمكان تنفيذه.

5- قوّة الإذن بتوقيف التّنفيذ

-الحقيقة أنّ "الإذن" بتوقيف التنفيذ "أمر"[655] يستحق أن نطلق عليه هذا الإسم. وهذا الأمر حكم قضائي، ليس من صنف إجراءات الأبحاث والتّحقيق، أو من صنف الأحكام التّحضيريّة التي يصدرها القاضي لتسيير القضيّة. إنّه يتجاوز أوامر التّحقيق العاديّة Injonctions d'instruction ويتجاوز حدّ الأحكام التّمهيديّة والتّحضيريّة (Jugements interlocutoires et préparatoires).

فالأمر بتوقيف التّنفيذ في منزلة بين الحكم التّام[656] وبين الأحكام التّمهيديّة، ليس له قوّة الأول ولكنّه يتعدّى مرتبة الثانية.

-فلا ننس أنّ الأمر بتوقيف التّنفيذ حكم، وقتي، فرعي، تحفّظي، مستعجل.

---

[654]- م.إ، ت.ت، 15 نوفمبر 1997، سيف الدين ميهوب ضدّ رئيس جامعة العلوم والتقنيات والطب بتونس، وفي نفس القضيّة ؛ م.إ، ت.ت، 12 جانفي 1998، الأطراف نفسهم.

[655]- ورد بالنّص الفرنسي للفصل 44
«Toutefois, le premier président peut ordonner le sursis à l'éxécution... ».

[656]- لم نقل الحكم النّهائي.

وهذه العوامل الخمسة تجعل منه نوعا خاصّا من الأحكام الممتزجة الطبيعة : فيه من الحكم المستقلّ بذاته وهو من هذه النّاحية بمثابة الحكم في الأصل، وفيه من الحكم التّمهيدي.

فاعتباره حكما ذا موضوع، استعجالي، يبعده عن الأحكام التّمهيدية ويضفي عليه قوّة اتّصال القضاء، ويخضعه إلى مبدإ الحكم الحضوري، أي إلى سماع الإدارة. وهو المعمول به أمام المحكمة الإداريّة، حيث تبلّغ المحكمة مطلب التّوقيف إلى الإدارة وتمهلها سبعة أيّام للردّ، ويخضعه أيضا لمبدإ التّعليل، كما نصّ على ذلك صراحة الفصل 40 جديد.

واعتباره إجراء وقتيّا، فرعيّا، تحفّظيا، يبعده عن الأحكام التّامّة، وينزع عنه قوّة اتّصال القضاء، وهو ما أكّده المشرّع في الفصل 41 جديد، عندما نصّ صراحة على الصّبغة التّحفّظيّة لأذون التّوقيف والتّأجيل وعدم قبول أيّ وجه من وجوه الطّعن ضدّها.

وقد فضّل فقه القضاء الفرنسي الحل الأوّل وغلّبه على الثاني، فقرّر أنّ الأمر بتوقيف التّنفيذ يقبل التّراجع والتّغيير، والإلغاء من قبل القاضي الذي أصدره، وأنّه لا يقيّده في حكم الأصل، وأنّ تعليله ومنطوقه لا يتمتّعان بقوّة اتّصال القضاء. وتردّدت المحكمة الإداريّة في موقفها فقد فضّل فقه القضاء التونسي في مرحلة أولى الحلّ الثّاني وغلّبه على الأوّل. وهذا الموقف لا يقلّ صوابا عن الأوّل بل ينافسه منطقا وفقها. ثمّ رجّحت المحكمة الموقف الأوّل، وقالت إنّ توقيف التّنفيذ لا يتميّز باتّصال القضاء في قرارها الصّادر في 26 مارس 1993 : الرّابطة التّونسيّة للدّفاع عن حقوق الإنسان ضدّ وزير الدّاخليّة. تقول المحكمة : "وحيث أنّ مادّة توقيف التّنفيذ لا تخضع لقاعدة اتّصال القضاء باعتبارها تندرج ضمن الوسائل التّحفّظيّة التي لا تمسّ بأصل النّزاع وتفريعا على ذلك فإنّه يجوز تقديم مطلب جديد في توقيف التّنفيذ يتعلّق بنفس القرار الإداري بالإعتماد على أسانيد أخرى غير التي سبق الإعتماد عليها". ورغم ما طغى عن هذا القرار من ضغوطات سياسيّة جمّة، فإنّه مستقيم، من هذه النّاحية. فالنّقد الذي وجّهه المستشار مصطفى باهية لقرار "لعبيدي"، الذي أضفى على أمر توقيف التّنفيذ قوّة اتّصال القضاء، قد يكون

صحيحا لو اعتبرنا معه أنّ توقيف التّنفيذ من نوع القرارات التمهيديّة بدون ريب، وبصفة قطعيّة، بحيث يحق لنا آنذاك أن نسلّط عليه أحكام الفصل 482 من م.إ.ع، الذي يسلب القرارات التّمهيديّة[657] (Jugements interlocutoires) من قوّة اتّصال القضاء. ولكن حكم توقيف التّنفيذ ليس من نوع الأحكام التّمهيديّة ولا من أوامر وإجراءات التّحقيق وتسيير النّازلة، كي يتسنّى لنا أن نسحب عليه أحكام الإجراءات التّمهيديّة على وجه الإطلاق.

فمنطق الحكم المستقل ومنطق الحكم التّمهيدي متداخلان في حكم توقيف التنفيذ. واختيار المحكمة ترجيح لا يقبل التجريح.

6- "الأمر" بتوقيف التّنفيذ، إجراءاته، درجاته

إنّ "الأمر" بتوقيف التّنفيذ مخوّل للرّئيس الأوّل للمحكمة الإداريّة دون سواه. وإذا كان هذا الحكم مطابقا للمعهود في القضاء الاستعجالي الذي هو قضاء فردي ورئاسي في آن واحد، فإنّه مخلّ بمبدأ أنّ الاختصاص في هذا الميدان راجع لرئيس الهيئة الحكميّة التي لها النّظر في الدّعوى الأصليّة، ترتيبا على جميع المبادئ الأصوليّة في هذا المجال وعلى رأسها مبدأ أنّ قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وأنّ الاعتيادي يحكم الاستعجالي. فإذا كان الأصل من اختصاص الدّائرة الابتدائيّة، في تجاوز السلطة، فالفرع الاستعجالي يرجع بطبيعة الأشياء لرئيس الدّائرة نفسها. وإذا كان اختصاص الرئيس الأوّل في النّصّ القديم لقانون غرّة جوان، يبرّره أنّ المحكمة الإداريّة هيئة حكميّة موحّدة على غرار سائر المحاكم، فإنّ هذا التّبرير غير جائز اليوم، بعد أن أصبحت

---

[657]- جاء في النصّ العربي للفصل 482 : "الأحكام الآتي بيانها لا تعتبر من الأحكام التي لا رجوع فيها :
-ثالثا : الأوامر والأحكام الوقتيّة والتّحضيريّة التي تصدر أثناء المرافعة إذا لم تتضمّن شيئا من الحكم في أصل الحقوق المتنازع فيها".
والمصطلح المستخدم هنا فيه تحريف بالنّسبة للمعنى الحقيقي المراد الذي يدلنا عليه التّحرير الفرنسي للنّصّ وهو الآتي :
3. Aux ordonnances et jugements interlocutoires ou préparatoires rendus aux cours de l'instance…

ومعناه :
ثالثا : الأوامر والأحكام التّمهيديّة أو التّحضيريّة...

المحكمة جهازا قضائيّا كاملا، واستقلّت الهيئات القضائيّة فيها بوظائفها القضائيّة[658] وترتيبها حسب درجات قضائيّة متفاوتة ومتسلسلة إبدائيّة واستئنافيّة وتعقيبيّة.

كما أسلفنا، يرفع المطلب بمقتضى عريضة مستقلّة يقدّمها المدّعي أو من ينوبه أو من يمثّله، جريا مع المعمول به في تجاوز السلطة.

وقد أفادنا المستشار باهية في مقاله المذكور[659] أنّ الإجراءات في واقعها هي إجراءات تماثل في مبادئها العامّة إجراءات تجاوز السلطة، إلاّ أنّها إجراءات مختصرة. وقد أكّد المشرّع هذا الجانب الاستعجالي والمختصر في الفصل 39 جديد، خصوصا بتنصيصه على أنّ عدم ردّ الإدارة في الأجل المحدّد لا يعطّل البتّ، وذلك بدون لجوء إلى تنبيه خاص. والتّحقيق خاضع لمبدإ الحكم الحضوري. إلاّ أنّ المهلة الممنوحة لردّ الإدارة مهلة مختصرة (سبعة أيّام عادة)، قد يمدّدها القاضي مرّة أو حتّى مرّتين عند الحاجة.

ومن علامات الاختصار التي أدخلها المشرّع في الفصل 40 جديد، أنّه حدّد البتّ في المطلب بأجل أقصاه شهر، مع الاستغناء عن المرافعة الشفويّة، تماشيا مع الصّبغة الاستعجاليّة لطلب توقيف التّنفيذ.

وبجانب هذا الافتراض العادي، أدخل المشرّع افتراضين آخرين، آخذا في ذلك بتدرّج التّأكّد، حسب القضايا وخصوصيّاتها.

* الإذن بالتّأجيل

الافتراض الأوّل يتعلّق بصورة التّأكّد. إذا تحقّق التّأكّد، وحسب ما نفهم زيادة على الشرطين الأساسيين (نتائج يصعب تداركها، وأسباب جديّة في ظاهرها)، فإنّه يجوز للرّئيس الأوّل أن يأذن "بتأجيل" التّنفيذ في انتظار البتّ في توقيف التّنفيذ. تمثّل هذه الصّورة نوعا من الاستعجال المضاعف، داخل الإجراء الاستعجالي البسيط. وهكذا يصبح التّأجيل فرعا بالنسبة لأصله توقيف

---

[658]- انظر الفصل 31 جديد.
[659]- العنوان المذكور ص 28.

التنفيذ[660]، وهذا الأخير فرعا بالنسبة لأصله تجاوز السلطة. فالإذن بتوقيف التنفيذ، رغم صبغته الاستعجاليّة فإنّه يتطلّب فحصا قانونيا سريعا لا محالة، ولكن جدّيا. فإذا تغلّبت ظاهرة التّأكّد، ورأى الرئيس الأول أنّ الفحص القانوني يستحق الإرجاء، فيجوز له تلقائيّا أو بطلب من العارض أن يأذن بالتّأجيل وعند اطّلاعه على مطلب التوقيف، إلى حين إمعان النّظر في طلب التوقيف والبتّ فيه نهائيّا. فالتّأجيل مرحلة تمهيديّة يفرضها التّأكّد، وتزول آليا بمفعول الإذن "النهائي"، إن رُفض المطلب التوقيفي تزول آثار التّأجيل، وإن قُبل يقع تعويض التّأجيل بالتوقيف. فالصبغة الفوريّة في التّأجيل تتغلّب على فحص الشرعيّة، والتأكّد هو المعيار الحاسم في هذا المجال، حيث لا تتجاوز المدّة الفاصلة بين مطلب توقيف التنفيذ والإذن بالتّأجيل بضعة أيّام قليلة[661]. والتّأكّد راجع إلى محض تقدير الرّئيس الأول.

*** حالة شديد التّأكّد**

أما الافتراض الثاني، فإنّه يتعلّق بصورة شديد التّأكّد. وإذا كان الافتراض الأوّل متّصلا بالتّحقيق والبتّ في المطلب التّوقيفي، فإنّ الافتراض الثاني متّصل بتنفيذ الإذن التّوقيفي. وهذا الافتراض مستمدّ من الفصل 207 من م.م.م.ت، ويسمح للرّئيس الأول "أن يأذن بتوقيف التّنفيذ، طبقا للمسودّة"، أي طبقا لمسودّة الحكم الصّادر في توقيف التنفيذ، وبدون انتظار تلخيص الحكم وتحريره النّهائي وتسجيله بدفتر القرارات وتسليم النسخة التّنفيذيّة، وذلك ربحا للوقت ونظرا لوضعيّة شديد التّأكّد.

[660]- م.إ.، 18 جوان 1999، كمال بالضياف / عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجموعة، ص 712.

[661]- م.إ، 17 ماي 1997، جمعية الهلال الرّياضي والجامعة التونسية للكرة الطائرة، ضدّ هيئة المحكين الرياضية، (ترسيم طلب توقيف التّنفيذ، 30 أفريل)، المجموعة، ص 253.
م.إ، 19 ماي 1997، محمد الأذهب، ضدّ رئيس بلديّة أريانة، (ترسيم طلب توقيف التنفيذ، 17 ماي)، غير منشور.
وفي الحالتين كانت الوضعيّة تتّسم بتأكّد شديد، في الأولى لأن إجراء دور البطولة سيقع يوم 17 ماي، وفي الثانية لأن الطالب كان مهدّدا بهدم بنائه من ساعة إلى ساعة.

وهكذا يتبيّن لنا أنّ ظواهر الاختصار في توقيف التّنفيذ متعدّدة ومتنوّعة، ولها آثار عديدة ومكيّفة حسب الأوضاع. فهي تحكم أجل البتّ، والتّحقيق، وكيفيّة الحكم التوقيفي حسب درجات التّأكّد، إمّا بتقسيم الإجراء إلى قسمين تمهيدي تأجيلي من جهة، ثمّ توقيفي من جهة أخرى، وإمّا بالمسارعة في تنفيذ القرار التوقيفي. كذلك فإنّ الاختصار يظهر على مستوى إبلاغ القرار التوقيفي أو التأجيلي خلال الأربع والعشرين ساعة من التّصريح به، حسب ما نصّ عليه الفصل 41 جديد.

7- مآل توقيف التنفيذ

يجري مفعول توقيف التنفيذ بداية من تبليغه إلى الجهة الإداريّة. وعلى الجهة الإداريّة أن تمتثل إلى أمر القضاء، إمّا بتوقيف التنفيذ إذا شرعت في تنفيذ قرارها، أو بالامتناع عن تنفيذه إن لم تشرع، أو بتأجيله إن أمرت بذلك، طبقا للفصل 41 جديد من قانون غرّة جوان ومفعول توقيف التّنفيذ يزول :

- إمّا بعدم رفع الطّعن أمام المحكمة في الأجل القانوني، فيصبح فوات الأجل عبارة عن التغاء التوقيف، أو بتخلّي العارض، أو بسقوط الخصومة لعدم استئنافها بعد ثلاثة أعوام من تعطيلها، أو لوفاة العارض أثناء التّحقيق، أو لأيّ سبب آخر يوقف القضيّة الأصليّة في الإلغاء.
- وإمّا لسبب آخر يجعل من الدّعوى الأصليّة تفتقد موضوعها وسيحكم فيها بعدم سماع الدّعوى، كما إذا سحبت الإدارة قرارها[662]، أو عوّضته بآخر، أو غيّرته، مع العلم أنّ في الحالتين الأخيرتين يتسنّى للمعني بالأمر أن يطلب توقيف تنفيذ جديد ضدّ القرار الجديد.
- وإمّا برفض الدّعوى لعدم قبولها أو لرفضها موضوعا. فالحكم بالرّفض يلغي توقيف التّنفيذ، بصفة آليّة.

[662]- م.إ، 13 ديسبر 1978، عمّار المقدمي ضدّ وزير الماليّة، مجموعة، ص 227.
م.إ، 31 ماي 1979،اسم العارض غير مذكور ضدّ وزير الماليّة، مجموعة، ص 151.

أمّا إذا قضي بإلغاء القرار، فيكون الإلغاء إثباتا لتوقيف التّنفيذ، لا ينجرّ عنه أيّ تغيير في الوضعيّة الواقعيّة للقرار، حيث يمضي القرار كأنّه ألغي بداية من صدوره وفقد تبعا لذلك قوّته التّنفيذيّة.

كلّ هذه الحلول مستخرجة من مبدإ أنّ الفرع يتبع الأصل. وقد أشرنا إلى استنباطات المحكمة فيما تقدّم، خاصّة المتعلّقة باسترجاع الصّبغة الحينيّة والاستعجاليّة للتّوقيف، وباحترازها نحو القرارات التي وقع تنفيذها، وبموقفها تجاه قوّة الأمر بتوقيف التّنفيذ. وقام المشرّع سنة 1996، كما بيّناه بمجهود ملحوظ، قصد سدّ ثغرات النّصّ الأصلي لقانون غرّة جوان في هذا الميدان، بتقنينه لأهمّ جوانب فقه قضاء المحكمة الإداريّة، وبإدراجه صلب القانون قواعد جديدة تلبية لمتطلّبات التّجربة.

الفقرة الثانية
توقيف تنفيذ الأحكام

1- القواعد الأصوليّة

تتّسم جميع الأحكام والقرارات القضائيّة، باعتبارها رسوما قانونيّة ثابتة تمثّل سيادة الدّولة وتصدر باسم الشعب، بالقوّة التّنفيذيّة. يعني ذلك أنّها تنفّذ طوعا أو قهرا، بالطّرق التّنفيذيّة المنصوص عليها بقوانين المرافعات وطرق التّنفيذ، بعد تحليتها بالصّيغة التّنفيذيّة[663]. ومن الصّواب أن نعتبر هذا المبدأ من المبادئ الدّستوريّة المستخرجة من الفصل 64 من الدّستور التونسي. والقوّة التنفيذية تنسحب نهائيّا على الأحكام والقرارات التي أحرزت على قوّة اتّصال القضاء من جهة، ومن جهة أخرى على الأحكام النافذة انطلاقا من صدورها، كالقرارات الاستئنافية التي لا يوقف التعقيب تنفيذها. والأحكام الاستعجاليّة التي

[663]- الصّيغة التنفيذية في قانون غرّة جوان مبيّنة بالفصل 55 جديد.
الصّيغة التنفيذية في المرافعات المدنية والتجارية مبيّنة بالفصل 253 من م.م.م.ت.

تقتضي طبيعتها أن تنفّذ عاجلا، أو الأحكام التي أذِنَ في تنفيذها ولو لم تحرز على قوّة اتصال القضاء[664]. فالقوة التنفيذية حينئذ، حق من حقوق المحكوم له[665]، وواجب من واجبات المحكوم عليه، وفي الآن نفسه حق وواجب بالنسبة للدّولة التي نطق القضاء بإرادتها المتجسّدة في قوانينها.

في فقه المرافعات المدنية وفي كلّ الصّور التي فتح فيها المشرّع باب النفاذ الآلي، أي صورة التنفيذ المؤقّت للأحكام الابتدائيّة، وتنفيذ الأحكام الاستعجاليّة، وتنفيذ الأحكام النهائيّة، فإنه فتح في المقابل باب توقيف التنفيذ، وأوكل هذا الاختصاص، حسب الوضع، إمّا لرئيس محكمة الاستئناف أو لرئيس محكمة التعقيب.

تلك هي، بإيجاز، الأحكام العامّة المنطبقة في مادّة توقيف تنفيذ الأحكام المدنيّة. ومجملها : أنّها استثنائيّة، واستعجاليّة، وأنّها لا تتعلّق إلاّ بالأحكام النّافذة، وأنّها من اختصاص رؤساء المحاكم.

2- توقيف تنفيذ الأحكام في المادّة الإداريّة قبل إصلاح 3 جوان 1996

كان التّشريع، يتّسم في هذه المادّة بالفراغ والنّقص، حيث لم يتعرّض المشرّع إلى المسألة، إلا من جوانب جزئيّة، وهي توقيف تنفيذ الأحكام النهائيّة الدّرجة المطعون فيها بالتعقيب (الفصل 35 قديم) والأحكام البات الملتمس في شأنها إعادة النّظر (الفصل 74 قديم). فقامت المحكمة الإدارية بعمل اجتهادي هام لسدّ نقائص القانون.

بالنسبة لتوقيف الأحكام المطعون فيها بالتّعقيب، وهو توقيف وجوبي، فإنّه افتراض منقول عن الفصل 194 من م.م.م.ت. وهذا التوقيف الوجوبي يتمثّل في وجهين إثنين : الأوّل يرمي إلى حماية المصالح الماليّة للدّولة (الحكم على الدّولة بدفع مبلغ معيّن، أو برفع عقل أجّرتها الدّولة لاستخلاص أموالها)

[664]- الفصل 286 من م.م.م.ت.
[665]- الفصل 288 من م.م.م.ت.

والثاني يرمي إلى تفادي وضع خاص يستحيل تداركه، ينحصر في الصّورة التي يكون فيها الحكم أمر بإعدام وثائق. ومرّة أخرى نشاهد من خلال صياغة الفصل 35 أنّ المشرّع لم يكترث بالمسألة، وأنّه اكتفى بنقل أجزاء من الفصل 194 من م.م.م.ت. ممّا أعطى للفصل 35 قديم صبغة ظرفيّة، لا شموليّة. وهكذا وجدت المحكمة الإداريّة نفسها مقيّدة، في مرحلة أولى، بحدود الفصل 35[666]، التي لم تراع مصالح كلّ المتقاضين[667].

ولكن وفي مرحلة ثانية، وسّعت المحكمة اختصاصها من احتمال التّوقيف الوجوبي إلى التّوقيف التّقديري في مجال التّعقيب، وخرجت عن حدود الفصل 35، استئناسا بأحكام م.م.م.ت، فقالت :

"وحيث أنّه يمكن لرئيس المحكمة إذا طلب منه الطّاعن، أن يأذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه، إذا رأى أنّ التّنفيذ قد يستحيل معه الرّجوع بالحالة إلى ما كانت عليه[668]".

هذه الحيثيّة تستوجب الملاحظات الآتية :

إنّ المحكمة الإدارية أقرّت، في هذه القضيّة وغيرها، اختصاصها في ميدان توقيف التّنفيذ لدى قاضي التّعقيب، مع علم أنّ هذا الاختصاص والتّقدير راجعان إلى الرّئيس الأوّل. ثمّ إنّ المحكمة أدخلت وجها لم يرد بالفصل 35 قديم، وهو الوجه المنصوص عليه بالفقرة الثانية من الفصل 194 من م.م.م.ت، الذي يمكّن الرّئيس الأوّل لمحكمة التعقيب استثنائيّا، من أن يأذن بالتّوقيف "إذا رأى أنّ التنفيذ قد يستحيل معه الرّجوع بالحالة إلى ما كانت عليه قبل إجرائه".

666– على سبيل المثال، م.إ، 17 ديسمبر 1977، إدارة الآداءات، المجموعة، ص 195. م.إ، 12نوفمبر 1981، .../وزير الماليّة، المجموعة،ص 326. م.إ، 4 جانفي 1978،.../ إدارة الآداءات، المجموعة، ص 1.

667– انظر : توفيق بوعشبة : "الطّعن بالتعقيب لدى المحكمة الإداريّة..."، أعمال ملتقى "التعقيب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1989، ص 229.

668– م.إ، ت.ت، تعقيب، عدد 604، 2 ماي 1993، فرحات رفيق قرفالة، كذلك 605، 24 ماي 1993، نفس العارض، غير منشورين.

فيما يتعلّق بالإجراءات، لا حظ الأستاذ ناجي البكّوش[669] أنّ القانون لم يعيّن التّشكيلة القضائيّة التي يرجع إليها "الأمر" بتوقيف التّنفيذ، وأنّ القرارات الصّادرة عن الرّئيس الأوّل، إنّما صدرت بالاستناد السّلبي للفصل 44 بغية رفض الطّلب الذي كان مرتكزا على الفصل 44، بحيث يبقى مرجع التّولّي غامضا. ويرجّح أن تكون الجلسة العامّة هي المتولّية، باعتبار "أنّ قاضي الدّعوى الأصليّة هو المؤهّل قانونا للنّظر في المطالب المستعجلة". وأيضا بالرّجوع إلى شمول الفصل 2 من قانون غرّة جوان.

ولكنّ الحقّ التّشريعي (أي ذلك الذي نستخلصه من اعتبار القواعد التّشريعيّة المتقاربة من المجال الذي نحن بصدد بحثه) يؤدّي إلى غير النّتيجة التي وصل إليها الأستاذ البكّوش، فلدينا في الأمر دليل أقوى من الدّليل المستخرج من فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي الذي يعتمده الكاتب. وهذا الدّليل هو الدّليل التشريعي التونسي.

وقد رأينا أنّ التشريع التّونسي يسند الإذن بتوقيف التّنفيذ إلى رؤساء المحاكم : رئيس محكمة الاستئناف لتوقيف تنفيذ الأحام الابتدائيّة أو الاستعجالية، والرّئيس الأوّل لمحكمة التعقيب لتوقيف الأحكام النهائيّة الدّرجة، مع العلم بأنّ مبدأ "قاضي الأصل هو قاضي الاستعجال" يتعلّق بالاختصاص الكلّي للمحكمة، ولا بتوزيع ممارسة الاختصاص داخل المحكمة، أي أنّه يتعلّق أساسا بالمحكمة أكثر منه بالتّشكيلة القضائيّة. وعليه، فإن اتّجهت المحكمة نحو إقرار اختصاص الرّئيس الأوّل كما فعلت، فلا يكون في ذلك أيّ داع للنّقد، تماشيا مع الصّبغة الاستعجاليّة والاستثنائيّة للطّلب ومع الأصول المثبّتة بقانون المرافعات.

وبجانب توسيع مجال توقيف تنفيذ القرارات النّهائيّة الدرجة من قبل قاضي التّعقيب، قبلت المحكمة الإداريّة توقيف تنفيذ الأحكام الابتدائيّة الصّادرة بالنّفاذ العاجل. في هذا المجال، أخذت المحكمة الإداريّة، فيما يتعلّق

669– ناجي البكّوش، "مسألة توقيف الأحكام القضائيّة أمام المحكمة الإداريّة"، في خدمتك، المجلّة التّونسيّة للإدارية العامّة، 1987، عدد 40، ص 9.

بمسألة مرجع الاختصاص، بأحكام المرافعات المدنيّة، فـأقرّت اختصـاص الرّئيس الأوّل، وأذنت بتوقيف تنفيذ حكم ابتدائي مكسوّ بالنّفاذ العاجل[670].

كذلك، فإنّ المحكمة قبلت توقيف تنفيذ الأحكام الاستعجاليّة. مرّة أخرى التجأت المحكمة الإداريّة في هذا المجال إلى أحكام المرافعات المدنيّة التـي تعرّضنا إليها سابقا.

والقضيّة تتعلّق بنزاع نشب بين وزارة التّجهيز ومقاول، حـول صـفقة أشغال عموميّة (إنجاز طرقات عموميّة). وكان العقـد يـنصّ علـى فـضّ النّزاعات عن طريق التّحكيم. وأمام رفض الإدارة تعيين محكّمها، استصـدر المقاول حكما استعجاليّا عن رئيس محكمة تونس الابتدائيّة، يأمر بتعيين محكّم عن الإدارة.

فطعن المكلّف العام بنزاعات الدّولة في القرار الاستعجالي استئنافيّا، طالبا توقيف تنفيذ الحكم الاستعجالي من المحكمة الإداريّة.

فاستجاب الرّئيس الأوّل لطلب توقيف التنفيذ مستندا إلى الفصـل 209 م.م.م.ت، ومعلّلا موقفه في الموضوع، بأنّ تعيين محكم على الدّولة "يبدو في غير محلّه نظرا إلى أنّ التّحكيم في المنازعات الإداريّة لا يجوز إلاّ اسـتثناء في العقود التّجاريّة الدّوليّة[671].

ثمّ وضّحت المحكمة موقفها بصفة مستفيظة وتفسيريّة فـي قـرارات لاحقة، نذكر منها قضيّة "شركة معامل ميكانيك الجنوب/بلديّة صـفاقس[672]". يقول الرّئيس الأوّل في هذه القضيّة :

"فيما يتعلّق بشروط توقيف التنفيذ :

---

[670]- م.إ، 17 فيفري 1987، الوكالة العقاريّة للسّكنى معلّق عليه في مقال الأستاذ البكّوش، المرجع المذكور، ص 14.

[671]- قرار 27 فيفري 1988، م.ع.ن.د/مجمع باك كتاف، المجموعة، ص 30. عن هذه المسألة انظر القسم الأوّل، الباب الأوّل، الفصل الأوّل، الفقرة الثانية، المحور الأوّل، 2.

[672]- م.إ، ت.ت، عدد 546، 24 أكتوبر 1992، غير منشور.

حيث تتّفق المقرّرات الإداريّة مع الأحكام الاستعجاليّة في صبغة النّفاذ العاجل التي تحلّيها باعتبار أنّ الأولى تكتسب نفاذها بمجرّد نشأتها وأنّ الثانية يمكن تنفيذها على المسودّة وبدون سابق إعلام حسب ما نـصّ علـى ذلـك الفصل 207 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة ممّا يؤكّد، بالتّالي، جواز النّظر في مطلب توقيف تنفيذ الأحكام الاستعجالية الصّادرة في المادّة الإداريّة لا فقط على أساس مراقبة توفّر شرطي التّأكّد وعدم المساس بالأصل الـذين نصّ عليهما الفصل 201 من المجلّة المذكورة بل أيضا باعتماد شرط الضّرر الذي يستحيل تداركه المنصوص عليه بالفصل 44 من قانون غـرّة جـوان 1972 وشرط المطاعن الجدّيّة الذي أقرّه فقه القضاء الإداري.

وحيث أنّ الحكم الاستعجالي المطلوب توقيف تنفيذه تمّ استصداره على أساس الفصل 17 من قانون الانتزاع عـدد 85 المؤرّخ في 11 أوت 1976 وهو بالتّالي فرع من نزاع إداري يتّصل بالانتزاع من أجل المصلحة العامّة.

وحيث أنّ الولاية العامّة التي خوّلها الفصل 2 من قانون غرّة جـوان 1972 للمحكمة الإداريّة في مادّة النّزاعات المتعلّقة بالإدارة ومرجع نظرهـا الخاصّ في مادّة الاستئناف المسلّط على قضايا الأصل المتعلّقة بتطبيق قانون الانتزاع للمصلحة العامّة يجعلان من إقرار اختصاصها في مادّة توقيف تنفيذ الأحكام الاستعجاليّة الصّادرة على أساس الفصـل 17 مـن نفـس القـانون المذكور والمطعون فيها بالاستئناف لديها ضرورة حتميّة لا منـاص منهـا إعمالا للقاعدة الأصوليّة التي تقتضي بأنّ الفرع يتبع الأصل.

وحيث أنّ إنكار هذا الاختصاص على القاضي الإداري والحـال أنّـه ليس هناك نصّ صريح يسنده إلى القاضي العدلي يؤدّي إلـى حالـة تنكـر القاضي لسلطته وامتناعه عن الحكم وهو ما يحجّره القانون التونسي.

وحيث أنّه من المبادئ الأصوليّة التي أقرّتها مجلّة المرافعات المدنيّـة والتّجاريّة في فصلها 209 أن تكون لرئيس المحكمة التي تتعهّد بالنّظر فـي الاستئناف المسلّط على الأحكام الاستعجاليّة إمكانيّة الإذن بتوقيف تنفيذ الحكم المطعون فيه اعتبارا إلى أنّ الصّبغة العاجلة لتوقيف التنفيذ تتطلّب عـرض

الأمر على القضاء الفردي كما أنّ المفعول التّحفّظي الذي تتميّز بـه المـادّة الاستعجاليّة برمّتها لا يتجافى، هو الآخر، مع مضمون هـذا الاختصـاص الفردي الموكول لرئيس المحكمة المذكورة.

وحيث يتأكّد على ضوء ما سبق بيانه اختصاص هذه المحكمة بالنّظر في المطالب الرّامية إلى توقيف تنفيذ الأحكام الصّادرة في المادّة الإداريّة والمكسوّة بالنّفاذ العاجل وتأهّل رئيسها الأوّل لممارسة هذا الاختصاص بصفة فرديّة".

ولنذكر أخيرا أنّ المحكمة الإداريّة اعترفت باختصاصها التوقيفي فـي مجال الأحكام المعترض عليها من قبل الغير[673].

هكذا يتبيّن لنا أنّ المحكمة الإداريّة قامت بدور اجتهادي ملحوظ فـي هذه المادّة، حيث وسّعت اختصاص القاضي التعقيبي، وأحـدثت، بأسـلوب إنشائي، إمكان توقيف تنفيذ الأحكام الابتدائيّة المكسوّة بالنّفاذ العاجل، والأذون الاستعجاليّة، والأحكام المعترض عليها من قبل الغير.

وأخيرا صدر القانون عدد 39 لسـنة 1996، وألـمّ بالموضـوع جملـة وتفصيلا، مقنّنا فقه قضاء المحكمة، متجاوزا إيّاه، ومخصّصا للمسألة ستّة فصول.

3- توقيـف تنفيـذ الأحكـام، بعـد تنقيـح 3 جـوان 1996

* الأوجـه التـي تعـرض لهـا قانـون غـرّة جـوان

الأوجه التي تعرّض لها قانوني غرّة جوان هي الآتية :

الوجه الأوّل، يتعلّق بتوقيف تنفيذ الأحكام الابتدائيّة المستثناة بمقتضـى القانون من المفعول التوقيفي للاستئناف، أو المتمتّعة بالنّفاذ العاجل[674]. فـي

[673]- م.إ، 5 فيفري 1996، محمّد عبد الكافي ضدّ وزير الصّحّة العموميّة، المجموعة، ص 53.

[674]- والأحكام المتمتّعة بالنّفاذ العاجل في فقه المرافعات المدنية تنحصر في سببين. الأوّل، إذا كان الحق واضحا، مستندا إلى كتب، أو قرار قضائي اتّصل به القضاء أو اعتراف. الثاني، إذا كان الحق متأكّدا في جميع الصّور التي تعرّض لها الفصل 126 جديد من م.م.م.ت وجميع الصّور المحفوفة بالتّأكّد الكلّي، الذي هو أقصى التّأكّد Extrême urgence.

هذه الصّورة، يمكن للرّئيس الأوّل بقرار معلّل، وبطلب من أحد الأطـراف، أن يأذن بتوقيف تنفيذها (الفصل 64 جديد).

الوجه الثاني، هوالمنصوص عليه بالفصل 71 جديد، ويشمل الأحكـام النّهائيّة المطعونة بالتّعقيب. وللرّئيس الأوّل في هذه الصّورة أن يأذن بتوقيف التّنفيذ استثنائيّا وبطلب من الطّاعن، ولأجل يحدّده، "إذا كان التّنفيذ من شـأنه أن يؤدّي إلى استحالة الرّجوع بالوضعيّة إلى ما كانت عليه قبل إجرائـه، أو أن يفضي إلى نتائج يصعب تداركها". وفي هذه الصّورة يكون الإذن بـدون ضمان، إلاّ إذا قرّر الرّئيس الأوّل إلزام الطّالب بتوقيف التّنفيذ تأمين المبلـغ المحكوم به، ضمانا للتّنفيذ، واجتناب أن يكون طلب التّوقيف وسيلة للمماطلة.

الوجه الثالث، المنصوص عليه بالفصل 78 جديد، يتعلّق بالأحكـام أو القرارات البـاتّة التي طلب إعادة النّظر فيها لأسباب حصرها المشرّع بالفصل 77 جديد من القانون. ورئيس الهيئة الحكميّة التي أصـدرت الحكـم، وهـو المختصّ في إصدار الإذن بتوقيف التّنفيذ.

الوجه الرّابع، المنصوص عليه بالفصل 79 جديد، يتعلّـق بالأحكـام المعترض عليها من الغير الذي له مصلحة أو من المحكـوم عليـه غيابيّـا. والاعتراض لا يوقف التنفيذ إلاّ إذا أذن بخلاف ذلك الرّئيس الأوّل للمحكمـة الإداريّة.

أمّا الوجه الخامس، المنصوص عليه بالفصل 86 جديد، فإنّـه يتعلّـق بتوقيف تنفيذ الأذون الاستعجاليّة الابتدائيّة، عنـد اسـتئنافها لـدى الـدّائرة الاستئنافيّة. في هذه الصّورة يمكن لرئيس الدّائرة، بطلب من أحد الأطراف، أن يأذن بتوقيف تنفيذ الإذن الاستعجالي إذا خالف الإذن مبدأ عدم المسـاس بالأصل، أو مبدأ عدم تعطيل تنفيذ القرارات الإداريّة، أو، في صـورة الإذن بدفع مبلغ على الحساب، إذا أخطأ في تقديره لعدم وجود نزاع جـدّي حـول أصل الدّين، أو حتى إذا أخطأ في تقديره للواقعة المهدّدة بالزّوال والتي كانت علّة الإذن الاستعجالي.

***صلــة الفــرع بالأصــل**

فإذا أردنا حصر هذه الأوجه، يمكن لنا أن نبوّبها على النّحو الآتي:

- هنالك صنف يحتوي على توقيف تنفيذ الأحكام المطعونة بــالطّرق الاستدراكيّة التعقيبيّة أو الاستئنافيّة.
- وصنف يشمل توقيف تنفيذ الأحكام المطعونة بالطّرق التّراجعيّة.
- وصنف يشمل توقيف تنفيذ الأذون الاستعجاليّة المطعونة بالاستئناف.

ومن هنا، نلاحظ الصّلة المباشرة بين الحكم المطلوب توقيفــه وطريقــة الطّعن الموجّه ضدّه، ممّا يدلّ على أنّ توقيف التّنفيذ، دعوى فرعيّة متّصــلة اتّصالا متينا بدعوى أصليّة استدراكيّة أو تراجعيّة. وعلاوة على ذلك، فلا يقبل توقيف التّنفيذ إلاّ إذا كان الحكم المطعون فيه ذا قوّة تنفيذيّة، وإذا كانت طريقــة الطعن غير موقفة، وهو الحال بالنسبة للتّعقيــب، والطــرق التّراجعيّــة مثــل الاعتراض وإعادة النّظر، واستئناف الأذون الاستعجاليّة، حيث ليس للاستئناف في هذه الصّورة، وخلافا للقاعدة العامّة، مفعول توقيفي. أمّا بالنّسبة للطّريقــة الاستدراكيّة الاستئنافيّة العاديّة التي لها مفعول توقيفي، كما نعلــم، فــلا يقبــل توقيف التنفيذ منطقيّا إلاّ استثناء ضدّ الأحكام التي : "أذن فيها بالنّفاذ العاجــل". فالقاعدة العامّة التي تحكم حينئذ توقيف تنفذ الأحكام هــي،الآتيــة : أن يكــون الحكم نافذا، ثم أن يكون الطّعن الأصلي غير موقف، وهو تعبير عــن حقيقــة واحدة لا تتجزّأ.

***شــروط التّوقيــف**

بالنسبة للشروط التي تفتح باب توقيف التنفيذ، هنالك بعض الحالات التي عيّن فيها المشرّع الشرط، كما فعل في الفصل 71 جديد (اســتحالة الرجــوع بالوضعيّة إلى ما كانت عليه... أو نتائج يصعب تــداركها). وهــذه الحــالات تتعلّق بالتعقيب. كذلك فإنّ المشرّع حدّد الشروط بالنسبة لتوقيف تنفيــذ الأذون الاستعجاليّة، كما أسلفنا. ما عدا ذلك، فإنّه ترك باب الاجتهاد واســعا للــرّئيس الأوّل أو لرئيس الدّائرة، مقيّدا القاضي الفردي بتعليل الإذن (الفصل 64 جديد)

أو غير مقيّد إيّاه (الفصل 79 جديد). إلاّ أنّ التّوجّه القضائي العام والمنطقــي في المادّة التّوقيفيّة، أنّه يشترط للإذن بتوقيف التّنفيذ أن يكون من شأن الحكــم المطعون فيه وأن يتسبّب في نتائج يصعب تداركها، أو أن يكــون تنفيــذه قــد يؤدّي إلى استحالة الرّجوع بالوضعيّة إلى ما كانت عليه من قبــل. فالشّــرط الأساسي لتوقيف التّنفيذ يحوم حول هذه المعاني، والفوارق، من هذه النّاحيــة، فوارق بالدّرجة ولا بالجوهر، بين توقيف تنفيذ القرار الإداري وتوقيف تنفيــذ الأحكام، وفيما بين هذه الأخيرة. وتبعا لذلك نذكّر ما تقدّم في الفصل الرّابــع، من الباب الثاني من القسم الرّابع، وهو أنّ القاضي يراقب عمليّا جدّيّة المطاعن الظاهرة الموجّهة ضدّ الحكم لإسناد توقيف التّنفيذ.

***إســناد الاختصــاص التوقيفــي وإشكالاتــه الجوهريّــة**

أمّا بالنّسبة للاختصاص، فالملحوظ أنّ توقيف تنفيذ الأحكام موكول، في جميع الصّور، لنظر الرّئيس الأول أو رؤساء الدّوائر. فهــو قضــاء فــردي ورئاسي في الآن نفسه[675]. والغريب في الأمر لا يتمثّل فــي هــذه الصّــبغة الفرديّة والرّئاسيّة، كما أسلفنا، بل في الإخلال بمبدأ "قاضي الأصل هو قاضي الفرع" وفي خرق القواعد التّنظيميّة التي تضبط هيكلة المحكمة الإداريّة اليوم، ثم في توخّي أسلوب اعتباطي لا يخضع لأيّ منطق.

الإخلال بمبدأ "قاضي الأصل هو قاضي الفرع".

يتحقّق هذا الإخلال في صورتين، الأولى هي المتعلّقة باستئناف الأحكام الابتدائيّة، المطلوب توقيف تنفيذها (الفصل 64 جديد)، والثانية، هي المتعلّقــة بتوقيف تنفيذ الأحكام المعترض عليها من قبل الغير أو المحكوم عليــه غيابيّــا (الفصل 97 جديد). في الصّورتين يرجع الاختصاص للــرّئيس الأوّل، بينمــا كان يتعيّن أن يكون رئيس الدّائرة الاستئنافيّة في الصّورة الأولــى، ورئــيس

675- انظر ابراهيم البرتاجي : توقيف تنفيذ الأحكام المطعون فيها أمام المحكمة الإداريّة من خلال القانون الأساسي عدد 39 المؤرّخ في 3 جوان 1996، في مجموع إصلاح القضاء الإداري، مركز النّشر الجامعي، تونس، 1997، ص 238.

الدّائرة التي أصدرت الحكم المعترض عليه في الصّورة الثانية، عملا بالمبدإ المذكور واجتناب تفكيك الاختصاص والقضية واحدة.

خرق القواعد التّنظيميّة للمحكمة الإداريّة.

كما رأينا سابقا في القسم الأوّل، أصبحت المحكمة الإداريّة جهازا قضائيّا متكاملا. فالدّوائر في التنظيم الحالي، ليس لها طبيعة الدّوائر في النّظام القديم. كانت الدّوائر والجلسة العامّة قديما تقوم بدور واحد ومنفرد، حسب توزيع داخلي للاختصاص، ولكن باسم محكمة موحّدة لا تشكّل جهازا قضائيّا، وما فيها رقابة ولا تسلسل تدرّجي فيما بين الهيئات القضائيّة، سوى استثناء لا يقاس عليه، وهو المتعلّق بالتّدرّج الاستئنافي بين المستشار المعتمد والدّائرة في مجال تجاوز السلطة، أمّا اليوم، فقد اكتست الدّوائر صبغة جديدة ووظيفة جديدة، وهي وظيفة الرّقابة عن طريق الطعون الاستدراكيّة، وفي نظام هرمي جديد مبني على التسلسل التّدرّجي، والعلويّة بين الدّوائر الابتدائيّة ثم الاستئنافية ثم الدوائر التعقيبية والجلسة العامّة. وهذا العنصر هو المبرّر الوحيد للقانون عدد 38 لسنة 1996، الذي حدّد الاختصاص وعيّن حلولا للتّنازع بين هرمين قضائيين متكاملين متقابلين. وعليه، وتبعا للاستقلاليّة الوظيفيّة التي اكتسبتها الدّوائر، وللنظام الرّقابي التسلسلي التّدرّجي الذي تتّسم به المحكمة اليوم، لا شيء يبرّر أن يسند الاختصاص في الأذون التوقيفيّة للرّئيس الأوّل في مجال الاعتراض واعتراض الغير وفي استئناف الأحكام الابتدائيّة، بل المنطق الاجرائي يملي أن يكون رؤساء الدّوائر هم المختصّين. وترتيبا عليه، لا يجوز فقهيا أن نستنتج من خطإ أو خرق للمبادئ الأصوليّة من هذا النّوع، برهانا على حقيقة ما، أو مذهب معيّن، مثل الذي يرى "أنّها دلالة واضعة على أنّ المحكمة الإداريّة مازالت محكمة واحدة بأتمّ معنى الكلمة وأنّ مختلف الدّوائر الموجودة داخلها هي أقرب إلى الدّوائر العاديّة منها إلى الدّوائر القضائيّة المستقلّة"[676]. كلاّ ! كيف محكمة واحدة، والوظائف مستقلّة، والدّوائر متسلسلة

[676]– ابراهيم برتاجي، مجموعة إصلاح القضاء الإداري، المرجع السابق ذكره، ص 242. مع ملاحظات تخالف هذا الرأي المتفائل، مثل المعترفة بأن الأمر غريب (ص 244)، أو أنّه "لا يخدم فكرة حسن سير القضاء" (ص 244) أو أنه" من شأنه أن يؤدّي إلى تجزئة

متدرّجة، والطعون الاستدراكيّة ثابتة، والاختصاص ملازم الهيئة القضائيّة (الفصل 31 جديد من القانون)، والقانون عدد 38 ناطق صارخ بذلك، في فصوله الثامن (مقابلة محكمة التعقيب بالجلسة العامّة)، والتاسع (مقابلة بين المحاكم العدلية وإحدى الهيئات القضائيّة بالمحكمة الإداريّة، وعبارة "محكمة تابعة للجهاز المقابل") وغيرها من فصوله الدّالة على نفس المعاني. فإن كانت هذه الوضعيّة تبرهن على شيء، فإنّها برهان، لا على أنّ المحكمة واحدة، بل على تناقضات "التنقيح" الذي أدخل على قانون غرّة جوان وعلى أساليبه المخربطة.

عدم الخضوع لأيّ منطق إجرائي.

إنّ المشرّع، في إسناد الاختصاص في الأذون التوقيفيّة توخّى أسلوبا لا يخضع لمنطق إجرائي معلوم. المنطق يقتضي أن يكون الرّئيس الأوّل أو رئيس الدّائرة التّعقيبيّة، حسب الوضع، مختصّا توقيفيّا في مادّة التعقيب، ورئيس دائرة الاستئناف، في مادّة الاستئناف العاديّة والاستعجاليّة، ورئيس الدّائرة التي أصدرت الحكم في مادّة الطرق التّراجعيّة. ماذا نشاهد في القانون ؟ نشاهد أنّ الرّئيس الأوّل، هو المختصّ توقيفيّا في مادّة الاستئناف العادي، ورئيس الدّائرة في مادّة الاستئناف الاستعجالي، ورئيس الدّائرة في إعادة النّظر والرّئيس الأوّل في الطّعون الاعتراضيّة. أي منطق يشرف على هذا الاختيار؟ كيف نفسّر مثلا تجزئة الاختصاص التّوقيفي في الطرق التّراجعيّة ؟ لماذا اختصاص الرّئيس الأوّل في الطّعون الاعتراضيّة، ورئيس الهيئة الحكميّة في إعادة النّظر، بينما تخضع الطرق التّراجعيّة لنفس الغرض ونفس المبادئ العامّة ؟ هذه التّساؤلات تستوجب إجابات منطقيّة كي تكون مقنعة والقواعد المدرجة بالقانون الحالي بعيدة كلّ البعد عن ذلك.

النظر في النزاع الواحد" (ص 244)، أو أنّه "كان من الأفضل أن لا تخرج عن أنظار الدّوائر القضائيّة المختصّة (ص 244). وأفضل الأفضل أن نسمي الأشياء بأسمائها، وأن نضع تناقضات القانون ونقائصه صلب أعيننا.

الفصل الرّابع
دعوى الزّور

من الأمور التي قد تطرأ أثناء بتّ المحاكم في النّوازل، تلك التي تتعلّق بصحّة أو شرعيّة الوثائق والكتائب المدلى بها من طرف الخصوم، والمتمثّلة في التّشكيك فيها وطلب التّثبّت منها، أو في رميها بالتّزوير أو التّدليس أو الاحتيال[677]. هذه الاجراءات معروفة في فقه الإجراءات العام، وقد تعرّضت لها م.م.م.ت في البابين الثالث والرّابع من جزئها السادس، المتعلّقين باختبار الكتائب من جهة[678] وبدعوى الزّور من جهة أخرى[679]. وفي الإجراءات المدنيّة تتغيّر أثر هذه الطلبات على سير التّحقيق حسب الأوضاع. قد تكون مسائل أوّليّة، وقد تكون دعاوي توقيفيّة نسبيّة، وقد تكون دعاوي توقيفيّة مطلقة[680].

تكون مسائل أوّليّة إذا ظهر للقاضي أنّها غير جديّة، أو أنّها تقصد التّطويل، أو أن ليس لها علاقة مباشرة بالأصل[681]. ففي كلّ هذه الصّور يتأمّل القاضي في الطّلب ويتجاوزه بدون توقّف، وله في ذلك سلطة تقديريّة واسعة، تحت رقابة الدّرجة العليا.

---

[677]– انظر في أصول المرافعات بفرنسا، التّمييز بين "الزّور المادّي"، faux matériel و"التزوير الذهني" faux intellectuel. J. Vincent et S. Guinchard, procédure civile, Dalloz, 21e éd, 1987, n° 1142.

[678]– La vérification d'écritures

[679]– L'inscription de faux.

[680]– لم تتعرّض م.م.م.ت إلى دعوى الزّور الأصليّة، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإجرائي الفرنسي و لقانون الإثبات المصري. انظر، نبيل اسماعيل عمر أصول المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، منشأة المعارف، الاسكندريّة 1986، ص 845.

[681]– انظر الفصلين 229 و235 من م.م.م.ت.

وتكون طلبات توقيفيّة نسبيّة، إذا أوقفت نظر القاضي في الأصل بسبب جدّيتها الظّاهرة أو قربها من الحقيقة، فاستوجبت تحقيقا وقرارا خاصّين من قبل نفس القاضي المتولّي في الأصل، كما نصّ على ذلك الفصل 229 بخصوص اختبار الكتائب، والفصل 235 بخصوص دعوى الزّور.

وتكون طلبات توقيفيّة مطلقة إذا أقيمت في شأنها دعوى جنائيّة، باعتبار أوّليّة الجنائي على المدني، ودائما على شرط العلاقة بين الكتب أو الوثيقة المرميّة بالزّور والدّعوى الأصليّة، كما نصّ على ذلك الفصل 240 من م.م.م.ت.

وقد تعرّض قانون واحد جوان في نصّه الأصلي إلى دعوى الزّور[682]، متجاهلا طلب اختبار الكتائب والحال أنّ حاجتنا إليه في القضاء الإداري أوكد من الزّور، باعتبار تكاثر الوثائق الإداريّة وربّما أحيانا وقع الإدارات في التّساهل أو التّجاهل أو حتّى الاحتيال على مستوى إخراج الوثائق الرّسميّة[683]. أمّا النّص الحالي للقانون، فقد تعرّض للمسألة بمناسبة التّنصيص على دعوى إعادة النّظر، جاعلا من التّزوير سببا من أسبابها (الفصل 77 جديد)، ولكنّه لازم الصّمت بالنّسبة للدّعوى الفرعيّة. والجدير بالملاحظة أنّ دعوى الزّور، إذا طرحت لدى المحكمة الإداريّة، لها وجهان : إمّا أن تكون مسألة أوّليّة، وإمّا أن تكون دعوى توقيفيّة مطلقة.

---

[682]– الفصل 56 قديم "عند تقديم كتب مرمي بالزّور يضبط رئيس قسم التّحقيق الأجل الذي يجب فيه على صاحبه أن يصرّح هل أنّه ينوي استعماله, فإن لم يحترم هذا الأجل أو صرّح بعدم استعماله للكتب فإنّه يقع رفض الدّعوى. وإن صرّح بنيّة استعماله للكتب فإنّ رئيس قسم التّحقيق يأذن بتسجيل الكتب بكتابة المحكمة بعد إمضائه من طرفه حتّى يتعذّر تغيير شيء فيه. ويقضي رئيس قسم القضاء بعد أخذ رأي قسم التّحقيق، إمّا بتأجيل البتّ في القضيّة الأصليّة حتّى يقع النّظر في دعوى الزّور من طرف المحكمة المختصّة، وإمّا بالبتّ النّهائي في القضيّة الأصليّة إذا كانت مستقلّة عن الكتب المرمي بالزّور".

[683]– وقد أعلمتنا الصّحافة المكتوبة والمرئيّة سنة 1993 بوجود هذه الظاهرة من خلال بعض القضايا الخطيرة التي استوجبت تدخّل أعلى سلط الدّولة للحدّ من هذه الظاهرة.

تكون دعوى الزّور مسألة أوّليّة في الصّور الآتية : الأولى تتمثّل في عدم استعمال الوثيقة المرميّة بالزّور بإرادة المطلوب، والثانية تتمثّل في الافتقار إلى العلاقة بين الدّعوى الأصليّة والدّعوى الفرعيّة واستقلال أصل النّزاع عن الوثيقة المرميّة بالزّور، وأمّا الثالثة فتتمثّل في صورة ما إذا كان بإمكان التشكيلة القضائيّة أن تقضي بنفسها في المسألة نظرا إلى وضوحها البائن، وأن تقضي فيها مع الأصل، عملا بالقواعد المتعلّقة بالدّعاوي العارضة.

وتكون دعوى الزّور مسألة توقيفيّة مطلقة إذا تبيّن للتّشكيلة القضائيّة، أنّ الدّعوى لها أساس أو بداية أساس من شأنه أن يدخل الرّيب حول صحّتها. وفي هذه الصّورة يتعيّن على التّشكيلة القضائيّة أن تأجّل النّظر إلى أن يقع البتّ في دعوى الزّور من قبل المحكمة المختصّة..."[684].

ولكن ما هي المحكمة المختصّة ؟ يمكن أن نقول إنّ المحكمة المختصّة هي المحكمة المدنيّة الابتدائيّة، رغم أنّ الفصل 234 م.م.م.ت. يحدّد إمكان القيام بدعوى الزّور، بحدود الدّعاوي العارضة التي تثار لدى المحاكم المدنيّة المتولّية في الأصل، والحال في افتراضنا أنّ دعوى الزّور لم تثر لدى المحكمة الابتدائيّة، بل لدى المحكمة الإداريّة. ولكن ليس ذلك بمانع ، نظرا إلى أنّ دعوى الزّور هي دعوى عارضة في كلتا الحالتين وهو الأهم.

ويمكن أن تقام الدّعوى لدى المحاكم الجنائيّة، لا لإثبات التّزوير أو التّدليس فحسب، بل للإدانة والعقاب طبقا للفصول 172 إلى 184 أو 193 إلى 200 من المجلّة الجنائيّة[685].

أمّا إذا أقيمت الدّعوى لدى المحكمة المدنيّة والجنائيّة معا فعلينا أن نطبّق مبدأ "أوّليّة الجزائي على المدني"، هذا لنقول في النّهاية : إنّ الحكم الأصولي في مادّة الزّور هو أوّليّة المدني على الإداري والجزائي على المدني.

---

[684]– وهو حكم الفصل 56 قديم من قانون واحد جوان.

[685]– الدّعوى المدنيّة في الزّور والدّعوى الجنائيّة مستقلّين وأكبر دليل على ذلك يتمثّل في عدم إمكان القيام بالدّعوى الجنائيّة لسبب من الأسباب، منها وفاة المتّهم بالتّزوير. في هذه الصّورة تكون الدّعوى المدنيّة الوسيلة الوحيدة لإثبات التّزوير.

وبعد إصدار الحكم المدني أو الجنائي في مسألة الزّور، تستأنف القضيّة لدى المحكمة الإداريّة، ويبتّ القاضي الإداري فيها على ضوء ما قضاه قاضي الفرع، إمّا بطرح الوثيقة المزوّرة من الملف، أو بتقدير مدى التّزوير على الشرعيّة في تجاوز السّلطة وعلى الالتزامات في القضاء الكامل، أو برفض الطلب الفرعي إذا قوبل بالرّفض لدى قاضي الفرع، أخذا دائما بحجيّة المدني والجنائي على الإداري في هذا المجال.

الفصل الخامس
إصلاح الغلط ومطالب شرح الأحكام

جميع الدّعاوى الفرعيّة التي تعرّضنا لها إلى حدّ الآن، تتّسم بأنها سابقة للحكم في الأصل، إلاّ أنّ فقه المرافعات يعتبر أنّ هنالك حالات تستوجب، بعد صدور الحكم، أن تقوم المحكمة بإصلاح الأخطاء أو بشرح الأحكام. ولم يتعرّض قانون غرّة جوان، في نصّه الأصلي، لهذه الظّواهر من القضاء الفرعي. أمّا القانون الحالي، بعد تنقيحه، بمقتضى القانون عدد 39، فإنّه أفرد للمسألتين الفصلين الجديدين 56 و57. فهذه الإجراءات إجراءات فرعيّة لاحقة بالحكم في الأصل، ومتعلّقة بتنفيذه، ولا دعاوي فرعيّة ملحقة بالدّعوى الأصليّة. القضيّة الفرعيّة ملحقة بالحكم في الافتراض الأوّل، وملحقة بالدّعوى الأصليّة في الافتراض الثاني.

الفقرة الأولى
إصلاح الغلط

بالنسبة لإصلاح الغلط، القواعد هي الآتية :

إنّ القيام بإصلاح الغلط، يكون إمّا بطلب يقدّمه أحد أطراف القضيّة الأصليّة، وإمّا بمبادرة من الدّائرة التي أصدرت الحكم. وعبارة "الأطراف" تحتوي على الأطراف الأصليين وعلى غير الأصليين.

والغرض الأساسي من هذا الإجراء، يتمثّل في "إصلاح الغلط المادّي الواقع في الرسم أو في الحساب أو ما شابه ذلك"، حسب ما نصّ عليه الفصل 56 جديد. ويعني ذلك، اقتداء بفقه المرافعات العام وبالفصل 256 من م.م.م.ت، أنّ الإصلاح يهدف إلى تقويم الأخطاء والهفوات البسيطة الماديّة المتسرّبة في الحكم، دون أيّ أثر على محتواه، والتي تتجلّى صبغتها الخطئيّة البسيطة غير الإرادية من أوّل وهلة بالإطّلاع على الحكم. وقد أورد القانون بعض الأمثلة عن ذلك، عندما نصّ على الغلط في الرّسم أو في الحساب، دون أن يكون لهذه الأمثلة معنى الحصر، فقد يكون الخطأ في كتابة الأسماء والألقاب، أويكون في الأرقام المعبّرة عن قيس المساحات، أو في سقوط عبارة أو كلمة عند رقن الحكم، أو في عمليّة رياضيّة، أو في العدد المعبّر عن مبلغ مالي إلى غير ذلك.

ويجري البتّ في الإصلاح بطريقة مختصرة، دون مرافعة، ويصدر في شأنه حكم، عن الدّائرة المعنيّة. ويقع التّنصيص على الحكم الإصلاحي بطرّة الحكم الأصلي والنّسخ المستخرجة منه.

الفقرة الثانية
شرح الأحكام

بالنسبة لشرح الأحكام، يجدر التّذكير بأنّ هذا الإجراء متعاهد في فقه المرافعات العام، بجميع فروعه، سواء الرّاجعة إلى القانون الدّاخلي[686] أو إلى القانون الدّولي. وقد تعرّض الفصل 57 جديد من قانون غرّة جوان إلى هذه المسألة وحدّد قواعدها على النّحو الآتي :

[686]– انظر على سبيل المثال الفصل 124 من م.م.م.ت.

ترفع الدّعوى بطلب كتابي يقدّم لكتابة المحكمة الإداريّة ولا يقبل الطّلب إلاّ من أحد الأطراف في القضيّة الأصليّة. وحيث لم يخصّص المشرّع هذا الحكم، فإنّنا نفهم أن تقديم المطلب من قبل الأطراف، يشمل جميع الأحكام، المتّصلة منها بالقضاء الحقوقي أو بتجاوز السلطة. ومن المنطقي أن نقبل الطلب من الأطراف الأصليين، و غير الأصليين، كالمتداخل والقائم بدعوى المعارضة أو دعوى عارضة.

وأضاف المشرّع أنّ الشرح يتمّ بحجرة الشورى وبدون مرافعة، أي باستغناء عن جلسة المرافعة العلنيّة، وبمكتب رئيس الدائرة ومستشاريْه اللّذين لهما حق التّصويت، دون حضور المستشار المقرّر ومندوب الدّولة.

والقاعدة الجوهريّة في هذه المادّة، أنّ الشرح "يقتصر على تفسير منطوق الحكم دون زيادة أو نقص في نصّه"[687]. وفي هذه القاعدة، جانبان الأوّل يتعلّق بمدى الشرح من حيث مجاله، وقد أكّد المشرّع أنّ الشرح يقتصر على تفسير منطوق الحكم دون سواه. فلا يجب على الدّائرة أن تفسّر تعليل الحكم، بل عليها أن تحصر شرحها في حدود منطوق الحكم، أي الوجه التقريري من الحكم. أمّا الجانب الثاني من هذه القاعدة ، فإنّه يتعلّق بمدى الشرح من حيث مادّته، وقد أكّد المشرّع أنّ الشرح يقتصر على التّفسير" من غير زيادة أو نقص في نص منطوق الحكم". فلا يجوز أن يدخل أي نوع من التغيير على محتوى الحكم، بل الأمر كلّه ينحصر في التفسير، إن كان هنالك ما يدعو إلى التّفسير، وبغرض تيسير تنفيذ الحكم، دون تنازع بين الأطراف حول كيفيّة تنفيذه أو حول مقصده.

[687]- القاعدة نفسها في الفصل 124 من م.م.م.ت.

الفصل السادس
الدّعاوي الاستعجاليّة

من غرائب النّص الأصلي لقانون واحد جوان، أنّه تعرّض لمسائل إجرائيّة طفيفة، مثل تعطيل القضيّة بوفاة أحد الخصوم أو بنهاية مهمّة المحامي، وتجاهل إجراءات جوهريّة مثل الإدخال، كما رأينا، ومثل القضاء المسعجل العام[688]. فما كان للمحكمة الإداريّة إلاّ أن تستنبط قواعدها استنباطا أو بالإعتماد على م.م.م.ت التي كانت المرجع الأساسي في هذه المادّة[689]. أمّا القانون الجديد، بعد تنقيحه بمقتضى القانون 39 لسنة 1996، فإنّه خصّص بابا كاملا (الباب السّابع من العنوان الرّابع) للأذون والمعاينات الاستعجاليّة، وهذا الباب يشتمل على الفصول 81 إلى 87 جديدة من القانون[690].

الفقرة الأولى
تعريف القضاء المستعجل وقواعده العامّة

والأحكام العامّة التي أقرّها صراحة القانون في هذه المادّة هي الآتية :

[688]- نقول "القضاء المستعجل العام" نظرا إلى أنّ القانون تعرّض إلى بعض الصّور الجزئيّة من القضاء المستعجل مثل توقيف التّنفيذ في تجاوز السّلطة وفي التّعقيب وفي إعادة النّظر.

[689]- عن النّقاش حول اختصاص المحكمة الإداريّة استئنافيّا في المادّة الاستعجاليّة، الذي لم يعد له اليوم سوى صبغة تاريخيّة، والمراجع حول هذه المسألة، انظر، عياض ابن عاشور، القضاء الإداري...، الطبعة الأولى، ص 308 إلى 312.

[690]- يوسف الطنّوبي، الأذون والمعاينات الاستعجاليّة أمام المحكمة الإداريّة، ملتقى إصلاح القضاء الإداري، ص 201.

- اختصاص رؤساء الدّوائر الابتدائيّة أو الاستئنافيّة.
- شرط التّأكّد، كشرط لقبول المطلب.
- شرط عدم المساس بالأصل وشرط عدم تعطيل أيّ قرار إداري، كشروط لممارسة مشمولات القاضي.
- الصّبغة الوقتيّة للإذن الاستعجالي.
- إمكان استئناف الأذون الاستعجاليّة الابتدائيّة في أجل العشرة أيّام من تاريخ الإعلام.
- المفعول غير الإيقافي للاستئناف.
- وإمكان توقيف تنفيذها من رئيس الدّائرة الاستئنافيّة، إذا خرقت الشروط الجوهريّة المتعلّقة بالقيام بالطّلب، أو بمشمولات القاضي.
- وعدم قبول الطّعون ضدّ قرارات توقيف التنفيذ.
- وإفراز أحكام جزئيّة خاصّة فيما يتعلّق باستئناف الأذون الاستعجاليّة الصّادرة ابتدائيّا عن المحاكم العدليّة.

وقد حدّد القانون مجالات الأذون الاستعجاليّة إلى الآتي ذكرها :

- جميع "الوسائل الوقتيّة المجدية"، أي الوسائل التّحفّظيّة التي من شأنها أن يكون لها جدوى على حفاظ الحقوق في انتظار البتّ في الأصل.
- إلزام المدين بدفع مبلغ على الحساب إن لم يكن هنالك منازعة جدّيّة حول أصل الدّين.
- "معاينة أيّ واقعة مهدّدة بالزّوال ومن شأنها أن تكون محلّ منازعة إداريّة".

ولم يميّز المشرّع بين الأصناف الثلاثة، فكلّها "أذون" استعجاليّة وكلّها خاضعة لإجراءات تحقيق واحدة، كما نصّ عليه الفصل 83 جديد[691].

[691]- وذلك خلافا لما نصّ عليه النّص الفرنسي، الذي ميّز بين الأذون في الوسائل الوقتيّة وفي دفع مبلغ على الحساب، من جهة، ordonnances de référés، ومن جهة أخرى المعاينات الأكيدة، حتى أنّه يتبادر في ذهن القارئ أنّ الصّنفين لا يخضعان لنفس إجراءات التّحقيق.

اعتمادا على آراء بعض القضاة السّامين، يمكن تعريف القضاء المستعجل على النّحو التّالي :

"...إنّه إجراء مختصر، واستثنائي، يسمح للقاضي باتّخاذ قرار وقتيّ، في المسائل المتنازع عليها، التي لا تحمل التّأخير في إصدار القرار، بدون حصول ضرر"[692].

كذلك فإنّه يمكن تعريفه على نحو آخر وهو الآتي :

"إنّه إجراء ادّعائي استثنائي ومختصر يهدف إلى البتّ بأقصى ما يمكن من السرعة في النّزاعات المتأكّدة وفي الصّعوبات التي يثيرها تنفيذ الأحكام القضائيّة والسّندات التّنفيذيّة وذلك بصفة مؤقّتة ودون المساس بأصل الحق[693]".

وجليّ من خلال هذه التّعاريف أنّ أركان القضاء المستعجل هي الآتية :

- الصّبغة الوقائيّة.
- التّأكّد والصّبغة الاستثنائيّة.
- الاختصار.
- الصّبغة المؤقّتة والتّحفّظيّة.
- عدم المساس بأصل النّزاع.

ونضيف إلى ذلك ركن عدم تعطيل المقرّرات الإداريّة المنصوص عليه بالفصل 81 جديد من قانون غرّة جوان.

[692]- المستشار عبد الله الهلالي : "في القضاء المستعجل"، مجلّة القضاء والتشريع"، عدد 2، فيفري 1984 ص 19.

[693]- المستشار محمّد اللجمي : "اختصاص القضاء الاستعجالي"، ق-ت، 1991، عدد2، ص 39. السّندات التّنفيذيّة طبقا للفصل 29 من مجلّة المحاسبات العموميّة.

الفقـــرة الثانيـــة
أصنـــاف القضـــاء الاستعجالـــي.
صبغتـــه الوقائيّـــة ومسألـــة الارتبـــاط بالأصـــل

يهدف القضاء المستعجل أساسا إلى اتّخاذ التّدابير التّحفظيّة اللاّزمة، بغية حماية أو حفاظ حقوق قد تهدر أو تنهك نهائيّا لو لا اتّخاذ تلك التّدابير. هذا الرّكن هو الرّكن الأساسي في فقه المرافعات العام، وهو الذي يؤول نهائيّا إلى أنّ قاضي الاستعجال ليس له أن يقضي في الأصل، أي أصل الحق، وإذا فعل يستحق النّقض[694]. وعلى سبيل المثال، يرجع للقاضي الاستعجالي أن يعيّن متصرّفا في أموال أو مؤسّسات متنازع فيها اتّقاء الضّياع، أو أن يأمر بإجراء اختبار أو إشهاد رسمي لاثبات وضع قانوني أو واقعي قد يخشى عليه التغيير بالزّيادة أو النّقص ؛ أو أن يأمر بفعل شيء أو تركه (إخلاء محل، إصلاح بناء، إحضار بضاعة) ؛ أو أن يأمر بإجراء بعض الضّمانات كالعقل التّحفّظيّة، أو أن يأمر بحجز كتاب مناف للأخلاق الحميدة أو يحمل شتم أو ثلب الغير[695]، في انتظار الحكم الجزائي في الأصل[696]. إلاّ أنّ هذه الصّبغة الوقائيّة، خصوصا إذا استعملت ضدّ السلطة الإداريّة، في القضاء الإداري، قد تعترضها بعض العوامل المستخرجة من خاصّيات النّزاعات الإدارية، منها :

- المبدأ القائل بأن ليس بالإمكان استصدار أوامر ملجئة تجاه الإدارة.
- قرينة الشرعية التي تتمتّع بها الأعمال والقرارات الإداريّة.
- قوّة التّنفيذ الآلي والمسبق للقرارات والأعمال الإداريّة.

[694]- م.ت مدني عدد 11185، 24 جوان 1974، ن.م.ت، الجزء المدني 1974، ص 45.
[695]- المكلّف العام بنزاعات الدّولة ضدّ رضا الأجهوري، قرار استعجالي عدد 83721، محكمة تونس الابتدائيّة، 15 ماي 1990.
[696]- وقد تمّ الحكم غيابيّا على المتّهم السّابق الذكر بستّة أشهر سجنا، محكمة الاستئناف، تونس، عدد 44094، 5 أوت 1991.

إنّ الفصلين الجديدين 81 و82 أخذا كلّ هذه الجوانب بعين الاعتبار. ففتحا لرؤساء الدّوائر أبوابا واسعة جدّا لاتّخاذ ما يرونه صالحا من وسائل مجدية في حالات التّأكّد، وما يرونه كفيلا بمعاينة الوقائع المهدّدة بالزّوال والتي من شأنها أن تكون محلّ نزاع إداري. فالمشرّع أقرّ الصّبغة الوقائيّة والتّحفّظيّة، وقرينتها الحتميّة وهي عدم المساس بالأصل.

ولكن، ومن جهة أخرى، أكّد الجوانب الخاصّة بالقضاء الإداري التي ذكرناها، ممّا يبرّر الاحتراز الجوهري الذي نصّ عليه الفصل 81 جديد، وهو "ألاّ يضفي ذلك إلى تعطيل تنفيذ أيّ قرار إداري"[697]. وهذا الاحتراز لا يحول طبعا دون استعمال الأذون الاستعجاليّة ضدّ الإدارة، ولكنّه يبرّر قلّة استعماله النّسبيّة بالمقارنة مع ما هو الشأن في القضاء المدني. ولكن سنرى فيما بعد أن تأثير هذه العوامل على القضاء الاستعجالي قليل عندنا.

ثمّ إنّ القضاء الاستعجالي خصوصا في المادّة الإداريّة يتجاوز الوقاية أحيانا، ويكتسب صبغة تمهيديّة. والجدير أن نذكر بهذه المناسبة أنّ القضاء الاستعجالي له عدّة وظائف يقوم بها تمكّننا من تقسيمه إلى أصناف منها :

- الاستعجال التّحفّظي (ضدّ إهدار أو ضياع الحقوق).
- استعجال المعاينة (بغية التّثبّت أو الاثبات).
- الاستعجال الاستباقي (للضّمان)[698].
- الاستعجال التّصرّفي (الحراسة القضائيّة، التّأمين، تعيين الوكيل)
- الاستعجال التّوقيفي (صورة توقيف التّنفيذ).
- الاستعجال المتعلّق بصعوبات تنفيذ الأحكام. (إصلاحي، وتفسيري).

[697]- م.إ.، 26 ماي 1999، عبد القادر الميلادي / بلدية الهوارية، المجموعة، ص 734. م.إ.، 15 جويلية 1999، غلي الحمداوي / بلدية بوحجلة، المجموعة، ص 736.
[698]- وهو مضمون الفصل 82 من قانون غرّة جوان المتعلّق بدفع مبلغ على الحساب. وقد حكمت المحكمة الإداريّة على الإدارة استعجاليّا أن تدفع مبلغا على الحساب، في قضيّة الدّم الملوّث الذي تمّ تزويده والذي تسبب في سقوط بدني لطفل وقع علاجه بمستشفى فرحات حشاد بسوسة. م.إ، رئيس الدّائرة الابتدائيّة الثالثة، 14 جويلية 2000، عائشة الورغي/.م.ع.ن.د.

وعندما نتأمّل في الفصلين 81 و82 جديدن، نلاحظ أنّهما اعتبرا جميع هذه الأوجه، ما عدا الوجه الأخير. ولكن حتى الوجه الأخير فقد أفردت له إجراءات خاصّة متمثّلة في مطلب شرح منطوق الحكم (الفصل 57 جديد) وفي مطلب إصلاح الغلط المادّي (الفصل 56 جديد)، وهي إجراءات استعجاليّة تفسيريّة أو إصلاحيّة خاصّة، لها صبغة إعلانيّة، وفي الآن نفسه صبغة لاحقة، خلافا للقضاء الاستعجالي العادي، الذي له صبغة سابقة، بالنسبة للأصل.

كلّ هذه الوجوه تدخل في الوقاية، والتمهيد لقضية أصليّة، كما بيّنه تحليل القرارت التي صدرت عن دوائر المحكمة الإدارية منذ صدور القانون عدد 39 لسنة 1996. فالمطالب الاستعجاليّة تهدف في غالبها إلى المعاينة والاختبار أو معرفة سبب حدوث واقعة أضرّت بالملك العمومي أو بغيره من المصالح والحقوق، وحجم الضّرر، ومعرفة حالة عقار والشاغلين له، وذلك تمهيدا لمعرفة المسؤول المتسبّب في الضّرر[699] أو لمعرفة الدين بالاطّلاع على الوثائق التّعاقديّة بين الإدارة والمقاول[700] أو لتحديد وضعيّة العقار المنتزع المطلوب استرجاعه[701]. إلاّ أنّ هنالك ظرُوف تجعل أحيانا من القضاء الاستعجالي قضاء مستقلاّ، أو على الأقلّ شبه مستقلّ، لا يتّصل حتما بقضيّة في الأصل، لأنّه ذو موضوع منفرد وقائم بذاته. وعلى هذا الأساس يصبح تعريف القضاء الاستعجالي بأنّه قضاء عارض متّصل بأصل، تعريفا غالبا، لا مطلقا، وقد كنّا تعرّضنا لهذه المسألة في تحليلنا لتوقيف التّنفيذ. وتبعا لذلك يصبح تحديد اختصاص القاضي بعدم المساس بالأصل كما هو منصوص عليه بالفصل 81 جديد تحديدا نسبيّا إذا ما كان الأصل مفقودا، والاستعجال قائم بذاته. ولهذا السبب نبدي أشدّ الاحتراز تجاه القرارات الاستعجاليّة التي ترفض

699– م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الثالثة، القضيّة عدد 712 استعجالي، 3 أفريل 1997.
700– م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الثالثة، القضيّة عدد 714 استعجالي 19 جوان 1997، شركة أشغال إفريقيا، غير منشور.
701– م.إ، الدّائرة الابتدائية الثالثة، القضيّة عدد 715، استعجالي، 28 جوان 1997، ساسي بن سعد. غير منشور.

المطالب الاستعجالية لمجرّد أنّها لم يسبقها نشر قضيّة في الأصل[702].هذا الشرط مسلّط على القاضي، لا يجب عليه أن يمسّ بالأصل، وليس مسلّطا على تقديم المطالب الاستعجاليّة، ولا يجوز اعتبار تقديم دعوى أصليّة شرطا ضروريّا لتقديم المطلب الاستعجالي، لأنّ هذا الاشتراط ينافي مبادئ القضاء الاستعجالي والقانون.

الفقـــرة الثالثـــة
التأكّـــد والصّبغـــة الاستثنائيّـــة

ركّز الفصلان الجديدان 81 و82 من قانون غرّة جوان على حالة التّأكّد، كشرط جوهري لاستصدار الأذون الاستعجاليّة. وركن التّأكّد هو الذي يميّز القضاء الاستعجالي عن غيره، أي عن القضاء العادي. وهذا الركن هو الذي يعطي للقضاء المستعجل طابعه الاستثنائي[703]، باعتبار أنّه يجري إجراء خاصّا لمواجهة وضعيّة خاصّة تتطلّب سرعة القرار، لا يمكن إخضاعها للإجراءات العاديّة بدون خطر أو خسارة جسيمة. كما رأينا في مقدّمة الكتاب، إنّ القضاء عادة يستوجب التّأنّي، والتّريّث، وإمعان النّظر، نظرا إلى آثاره على مصالح الغير وحقوقهم وحرّيّاتهم. ولكن هنالك وضعيّات خاصّة لا تحتمل الانتظار، وتتطلّب التدبير العاجل، خشية إتلاف أو ضياع بعض الحقوق، أو محو آثار حادثة بمرور زمن قصير، أو تغيير وضعيّة تخشى عواقبها في الأجل القريب.

702– م.إ، الدّائرة الاستئنافيّة الثالثة، القضيّة عدد 721، 17 مارس 1997، محمّد علي بن الطيّب بن جميع، ضدّ المكلف العام بنزاعات الدّولة. غير منشور.
703– فإذا غاب عنصر التّأكّد، حسب تقدير القاضي، يرفض الإذن حتى إذا كان مجرّد إذن اختباري في تعيين خبراء ؛ م.إ، الدّائرة الابتدائيّة الثالثة، القضيّة عدد 713، 11 جوان 1997، حمّودة بن محمّد بن سالم، وم.إ، القضية عدد 714، 19 جوان 1997، شركة أشغال أفريقيا، غير منشورين.

مسألة التّأكّد حينئذ متّصلة اتّصالا وثيقا بتأثير الزّمن على الحقّ أو على الحوادث والوقائع التي لها انعكاس على الحقّ. فإن كان مرور الزمن له انعكاس مقبول، لأنّه معقول و متعاهد، على الحقّ، سواء كان ذلك بالزّيادة أو النّقصان، فيقع حسم النّزاع في هذه الحالة بطرق عاديّة. أمّا إذا كان مرور الزّمن له آثار غير مقبولة، لأنّها مجحفة أو خارقة للمتعاهد أو غير متناسبة، فعندئذ يتوفّر شرط التّأكّد –والتّأكّد مفهوم زمني– ويؤول إلى حسم وقائي ووقتي، يتمثّل في اتّخاذ بعض التّدابير التّحفّظيّة، في انتظار أن يحسم النّزاع نهائيّا في الأصل.

ومن المستحيل أن نزيد شيئا عن تعريف التّأكّد، إلاّ أن نأتي بأمثلة، ولكن الأمثلة لا تعرّف بل تخصّص، وتجسّد لا أكثر. الملاحظة التي يمكن إبداؤها في هذا المضمار تتمثّل في كون الاستثناء والتّأكّد راجعان إلى اجتهاد القاضي، وهو واسع جدّا في هذا المجال، لا كميزة منحت إيّاه، بل كحتميّة لا مناص منها.

فالاستثناء والتّأكّد مسائل اجتهاديّة، تقديريّة. واعتبارا لتنوّع حالات التّأكّد ودرجاته، فإنّ قانون غرّة جوان فرّق بينها في مجال توقيف تنفيذ القرار الإداري كما أسلفنا. ولكن لم يأخذ ذلك التّدرّج بعين الاعتبار في المادّة الاستعجاليّة، خلافا لمجلّة المرافعات المدنيّة التي خصّصت في جزئها الخامس للقضاء الاستعجالي إجراءات تختلف بحسب درجة التّأكّد وهي :

- الأذون الاستعجاليّة في حالات التّأكّد "العاديّة" الفصل (201 م.م.م.ت).
- الأذون الاستعجاليّة في حالات شديد التّأكّد (الفصل 206 و207).
- الأذون على العرائض في حالات الخطر الملمّ (الفصل 214).

وجانب الاستثناء والتّأكّد يؤدّي بنا حتما إلى الاختصار.

الفقـــرة الرّابعـــة
الاختصـــار

الاختصار نتيجة حتميّة لما أسلفنا في الرّكن الثاني، حيث أنّه منجرّ مباشرة عن التّأكّد، الشيء الذي يمكّننا من قول إنّ القضاء الاستعجالي سباق مع الزّمن. وهذه الصّبغة الفوريّة لها عدّة ظواهر[704]، أقرّها قانون غرّة جوان.

الظّاهرة الأولى تتمثّل في اختصار التّحقيق في الطّور الابتدائي، كما نصّ عليه الفصل 83 جديد المحيل على الفصل 42. وبالرّجوع إلى الفصل 42 يتبيّن أنّ التّحقيق في المادّة الاستعجاليّة، ينحصر في العمل التّحقيقي الذي يقوم به المستشار المقرّر وإعداده تقريرا في ذلك، مع الاستغناء عن ملحوظات مندوب الدّولة، ودون جلسة مرافعة ولا مفاوضة.

الظّاهرة الثانية تتعلّق بالطّعون الاستدراكيّة الاستئنافيّة ضدّ الأذون الاستعجاليّة ؛ وهذه الظّاهرة لها جانبان. الجانب الأوّل راجع إلى اختصار أجل رفع الطّعن الاستئنافي (عشرة أيّام) والاستغناء عن المذكّرة الإسهابيّة. أمّا الجانب الثاني، فإنّه يتعلّق باختصار أجل التّحقيق والحكم. حيث نصّ الفصل 86 جديد من القانون على أنّه "يتمّ التّحقيق في استئناف الأذون الاستعجاليّة بصورة مستعجلة وحسب آجال مختصرة ويقع الحكم فيها طبقا للفصول من 49 إلى 53 من هذا القانون". وحيث أنّ التّحقيق لدى الدّوائر الاستئنافيّة يقع حسب قواعد التّحقيق لدى الدّوائر الابتدائية (الفصل 62)، فلا نفهم بالتّحديد معنى الاختصار: هل يتعلّق باختصار آجال تبادل المذكّرات أو حتّى بحذفها ؟ هل يتعلّق بآجال الإحالة إلى مندوب الدّولة ؟ هل بأجل إعلام الأطراف بجلسة المرافعة ؟ هل بالأجل الفارق بين ملحوظات مندوب الدّولة وجلسة المرافعة ؟ ثمّ كيف الاختصار مع إحالتنا على الفصول 49 إلى 53 والحال أنّ الفصول المذكورة تتعلّق بالإجراءات العاديّة، ولا أثر فيها للإجراءات الاستعجاليّة؟ ثمّ

[704]– محمّد اللّجمي، القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضّمانات، ق.ت 1991، عدد 7، ص 17.

كيف نفهم التّفاوت الملحوظ بين القضاء الاستعجالي في الطّور الاستئنافي وفي الطّور الابتدائي[705]؟

كذلك، فإنّ المشرّع لم يخصّص أحكاما للإختصار في تبليغ الأذون الاستعجاليّة وتنفيذها، خلافا لما فعله بالنّسبة لتوقيف تنفيذ المقرّرات الإداريّة، وللمنهج الذي اقتداه في م.م.م.ت التي تعرّضت للمسألة في فصلها 207 وميّزت فيه بين وجه التّأكّد ووجه شديد التّأكّد. وهذه النّقائص في القانون تستحقّ الاستدراك.

الفقـــرة الخامســـة
الصّبغـــة المؤقّتـــة

مبدئيّا لا يبتّ قاضي الأمور المستعجلة نهائيّا في النّزاعات. فاختصاصه يتمثّل في اتّخاذه بعض التّدابير المؤقّتة، ولا في فضّ نزاع قانوني، أو حلّه نهائيّا، فيكون تدخّله تدخّلا تصرّفيّا[706]، ولا تدخّلا في جوهر الحقوق والالتزامات. وهذه النّاحية تفسّر ظاهرة عدم المساس بالأصل من جهة، ومن جهة أخرى إمكان تغيير الأذون الاستعجاليّة وعدم اقترانها بقوّة اتّصال القضاء.

وقد أقرّت محكمة التّعقيب إمكان التّراجع عن الأذون الاستعجاليّة عند تغيير الأسباب نظرا إلى صبغتها الوقتيّة، وقد رأينا أنّ المحكمة الإداريّة أقرّت نفس القاعدة في ميدان توقيف التنفيذ. وتبعا لذلك يمكن تحليل الأذون الاستعجاليّة من وجهين : إمّا أن نقول، كما قالت محكمة التّعقيب[707]، إنّ اتّصال القضاء في

705– يبدو أنّ الدّوائر الاستئنافية في القضاء الاسعجالي تفضي على ضوء إجراءات التّحقيق وتقرير القاضي المقرّر، مع الاستغناء عن ملحوظات مندوب الدولة وجلسة المرافعة، وهو إن يتماشى مع منطق القضاء المستعجل، فإنّه يخالف القانون.

706– حتى وإن قبلنا مع المستشار محمّد اللّجمي أنّ "الأحكام الاستعجاليّة ليست من الأعمال الولائيّة" خلافا للأوامر بالدّفع والأذون على العرائض. محمّد اللّجمي: القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل...، المرجع المذكور سابقا، ص 30.

707– م.ت، مدني عدد 9471، 11 ديسمبر 1972، ن.م.ت، الجزء المدني 1972، ص 61.

الاستعجال ثابت ولكنّه نسبي، على أساس أنّه ليس لقاضي الاستعجال أن يعدّل، أو يبطل إذنا استعجاليّا إلاّ إذا تغيّرت الأسباب التي أدّت إلى القرار الأوّل، وهنا نكون قد غلّبنا شرط الأمر على وقوعه ؛ وإمّا أن نقول، كما قالت المحكمة الإداريّة[708]، إنّ اتّصال القضاء في الاستعجال غير متوفّر اعتبارا لإمكان الرّجوع فيه، ونكون قد غلّبنا وقوع الأمر على شرطه. وما ذلك سوى تعبيرين عن نفس الواقع الذي يتمثّل في الصّبغة الوقتيّة للأذون الاستعجاليّة.

والصّبغة المؤقّتة ظاهرة في الفصلين 81 و82 جديدين من قانون غرّة جوان. حيث وقع التّنصيص على إمكان اتّخاذ "الوسائل الوقتيّة المجدية" من ناحية، ومن ناحية أخرى على "إلزام المدين المدعى عليه بأن يدفع لدائنه مبلغا على الحساب" إذا كان الدّيْن ثابتا. أمّا الاستعجال في مجال المعاينات فصبغته الوقتيّة تبرز من طبيعته التّحفّظيّة الظاهرة، ومن أنّه متعلّق بوسائل الإثبات ليس له أثر مباشر علىالحق والالتزام، إلاّ من سبيل الحجج.

فمفعول الأذون الاستعجاليّة يزول إمّا مع صدور الحكم في الأصل، أو مع الأجل الذي حدّده رئيس الدّائرة حسب اجتهاده وتقديره لملابسات القضيّة.

الفقـــرة السادســـة
ملاحظـــات ختاميّـــة

1– في مجال قضاء تجاوز السلطة يبدو أنّ المادّة الاستعجاليّة، قد استنفدها توقيف التّنفيذ، ولكن عند الحاجة والتّأكّد، ولمصلحة القضاء والمتقاضين الضّروريّة، فإنّه يجوز لرؤساء الدّوائر أن يتّخذوا التّدابير الاستعجاليّة اللاّزمة، للأغراض التي تعرّضنا لها في الفقرة الأولى، ولأنّ قانون غرّة جوان لم يحصر صراحة مجال الاستعجال في القضاء الحقوقي دون سواه. ففي مادّة تجاوز السلطة، وبقطع النّظر عن احتمال طلب توقيف التّنفيذ، يمكن لرؤساء الدّوائر أن

م.ت مدني عدد 9521، 25 ديسمبر 1972، ن.م.ت، الجزء المدني، 1972، ص 69.

708– في فقه قضائها المتعلّق بتوقيف تنفيذ القرارات الإداريّة.

يتّخذوا "الوسائل الوقتية المجدية"، إن اقتضت الحاجة ذلك، أو أن يأذنوا استعجاليّا بالمعاينات اللاّزمة، إن دعت الضّرورة إلى ذلك.

وتوقيف التنفيذ لا يفي بالحاجة، وقد تكون هذه الحاجة أكيدة في عدّة مجالات مثل الآتي ذكرها :

- الحفاظ على المصالح في حالة التأكّد الشديد أو في حالة انعدام القرار الإداري. في الحالة الأخيرة يرجع للمحكمة أن تصدر الأوامر اللاّزمة لإرجاع الوضعيّة القانونيّة إلى ما كانت عليه قبل القرار المنتقد، ولا يمكن أمام التّأكّد والانعدام المحاجّة بأنّه ليس من حقّ القاضي أن يصدر أوامر تجاه الإدارة، أو أن يعطّل تنفيذ أيّ قرار إداري.
- التثبّت أو الإثبات في نفس الظروف التي تحدّثنا عنها سابقا. ولا يمكن مواجهة هذا الجانب بمجرّد توقيف التّنفيذ.
- تنفيذ الأحكام وخاصّة منها أحكام الإلغاء. هذا جانب هامّ جدّا، ولا يكفى لمواجهة عدم تنفيذ الأحكام الإلغائيّة اللّجوء إلى المسؤولية أو الإلغاء المجدّد[709]. فعلى أساس قدرته الإنشائيّة، يرجع للقاضي الإداري أن يستنبط أحكاما تتعلّق باتّخاذ التّدابير الاستعجاليّة الكفيلة بأن تضع حدّا لصعوبات التّنفيذ، إمّا بمناسبة طعن بتجاوز السّلطة أو بمناسبة دعوى في المسؤوليّة الإداريّة، أو حتى دون ذلك.

2- كما أشرنا إلى ذلك سابقا، فإنّ طبيعة القضاء الاستعجالي، ستحمل القاضي وجوبا إلى إصدار أوامر تجاه الإدارة، وتجعل القضاء الاستعجالي يخرق شيئا ما وبطبيعته الموانع المستخرجة من القضاء الإداري العادي وعلى رأسها ممانعة القاضي من أن يصدر أوامر تجاه الإدارة. هذا المبدأ، حتّى وإن

---

[709]- انظر عن هذه الظاهرة :
Yadh Ben Achour : Les conséquences de l'annulation juridictionnelle d'une décision administrative, in, « L'œuvre jurisprudentielle… », p. 505 à 535.

قبلناه في القضاء العادي[710]، وهو محل نظر، فإنّه نسبي جدّا في الاستعجال. وقد أصاب الأستاذ محمّد العربي فاضل موسى عندما كتب : "وباستعماله إجراءات الحق العام، فإنّ القاضي التّونسي في المادّة الإداريّة سيصدر تدابير ملجئة بمقتضاها يأمر، و يمنع ويرخّص"[711]. وفعلا، وكما سبق ذكره[712] فقد استعمل القاضي الاستعجالي هذه الرّخص كي يأمر الإدارة :

- ببناء بناية أو تبديل أنبوب مياه.
- بإصلاح واجهة محل في ظرف أسبوع.
- وحمل المصاريف على الإدارة عند التّقاعس[713].
- بتسليم وثائق لمن يهمّه الأمر[714].
- بالخروج من عقار استولت عليه الإدارة[715].

3- فيما يتعلّق بالقيام بالدّعوى الاستعجاليّة رأت المحكمة الإداريّة أنّه يتعيّن احترام أحكام القانون المتعلّق بالمكلّف العام بنزاعات الدّولة، وأنّ الدّعوى الاستعجاليّة ترفع حتما ضدّه دون سواه كالدّعوى في الأصل. وهذا الاتّجاه يستحقّ أشدّ الاحتراز لأسباب ذكرناها في الطبعة الأولى من الكتاب[716].

---

[710]- تماشيا مع القرار الصادر عن مجلس تنازع الاختصاص في 11 أكتوبر 1999 الذي أقرّ فيه المجلس أنّه لا يرجع للقاضي الإداري أن يأذن بكفّ الشّغب ضدّ جماعة محليّة، خلافا لما هو مقبول بين سائر الأفراد، لأنّ تصرّف الإدارة لإنجاز مصلحة عامّة "لا يعتبر من فئة الشغب الذي تأتيه ذوات القانون الخاص... وليس من شأنه أن ينزّلها منزلة الأفراد".

[711]- M. L. Fadhel Moussa : « Les mesures d'urgence en matière administrative » in, Le centenaire du décret beylical du 27 novembre 1888, p. 149.

[712]- القسم الثالث، الباب الأوّل، الفصل الثاني، الفقرة الثانية.

[713]- م.إ، 18 فيفري 1982، م.ع.ن.د/محمّد بن سليم المسدّي، ص 17.

[714]- م.إ، القضيّة عدد 601، 29 جانفي 1987، غير منشور.

[715]- م.إ، القضيّة عدد 476، 2 جويلية 1987، المجموعة، ص 380.

[716]- القضاء الإداري، الطبعة الأولى، ص 314 و315.

البـــاب الثانـــي

الدّعـــاوي التّراجعيّـــة

تهدف هذه الدّعاوي إلى مراجعة الحكم البات من قبل القاضي الذي أصدره، وذلك في صور ثلاث :

الأولى هي دعوى إعادة النّظر التي نصّ عليها الفصلان 77 و78 جديدان من قانون واحد جوان.

الثانية هي دعوى اعتراض من له مصلحة ضدّ الحكم الذي أضرّ بمصالحه وهي الصّورة التي نصّ عليها الفصلان 79 و80 جديدان من القانون.

الثالثة هي دعوى اعتراض من حكم عليه غيابيّا وهي صورة منصوص عليها بنفس الفصلين.

والعوامل المشتركة بين هذه الصّور تتمثّل في الهدف والمعنى (اعتراض أو مراجعة الحكم)، في الطّريقة (يقدّم الطلب مستقلاّ ويرفع غالبا ضدّ الأحكام الباتّة وفي آجال معلومة) وفي الاختصاص (الرّاجع إلى القاضي الذي أصدر الحكم الأوّل) وفي النّتيجة (إذ تتيح للقاضي عند توفّر بعض الشروط أن يراجع حكمه وأن يعوّضه بحكم جديد يحل محلّه). فهي كلّها استثناءات لمبدإ قوّة إتّصال القضاء سواء كانت مطلقة أو نسبيّة.

إن قانون غرّة جوان في فصوله الجديدة المتعلّقة بالدّعاوي التّراجعية نصّ على أنّها تقام ضدّ "الأحكام النهائيّة" (الفصل 77 والفصل 79)، وكان

الصّحيح أن يستعمل عبارة "الأحكام الباتّة". وهذا الاصطلاح يستوجب إبداء الملاحظات النّقدية الآتية :

1- إن الحكم النّهائي -أي النّهائي الدّرجة- اصطلاحا، هو الحكم الذي لا يخضع للطّريقة الاستدراكيّة العاديّة، وهي طريقة الاستئناف، أو يكون استنفدها، وذلك بخلاف الحكم الابتدائي. فيكون إمّا قرارا نهائيا صادرا عن محكمة استئنافية، Arrêt rendu en dernier ressort وإمّا ابتدائيا ونهائيا صادرا، خلافا لمبدأ الدرجتين. Jugement rendu en premier et dernier ressort . وفي كلتا الحالتين يكون الحكم خاضعا للطّعن بالتّعقيب. وهذا المعنى هو الذي نصّ عليه الفصل 42 من م.م.م.ت "تنظر محكمة التعقيب في جميع الأحكام النهائية"، أي الأحكام الابتدائية والنهائية، مهما كانت المحكمة التي أصدرتها[717]، ثم الأحكام الاستئنافيّة، مهما كانت المحكمة التي أصدرتها[718]. وما سمعنا إلى الآن أنّ المشرّع خالف أو على وشك أن يخالف هذه الاصطلاحات الأصولية المتّبعة في فقه المرافعات العام، أيّا كان نوعه، بل العكس هو الصّحيح، كما يدلّ على ذلك الفصل 21 جديد من قانون غرّة جوان : "تنظر الجلسة العامّة تعقيبيا في الطّعون الموجّهة ضدّ الأحكام النهائية...".

2- فلو فهمنا الكلمة بمعناها الاصطلاحي، سيعنى ذلك أن الأحكام المعرّضة لإعادة النظر والاعتراض واعتراض الغير في قانون غرّة جوان هي الأحكام الصّادرة عن الدّوائر الاستئنافية، دون سواها. وذلك لاعتبار أن الأحكام الابتدائية والنّهائية لا وجود لها في قانون غرّة جوان، وأن القرارات الصّادرة عن الجلسة العامّة، لا يمكن أن نطلق عليها عنوان "أحكام نهائية"، إلاّ استثناء عند العمل بالفصل 21 (الفقرة الثانية والفقرة الأخيرة) أو الفصل 75.

3- وهذا الفهم لا يستقيم، لأنه يخالف محض المنطق الإجرائي من جهة، ومن جهة أخرى لأنه متناقض مع أحكام أخرى نصّ عليها نفس القانون.

[717]- حاكم ناحية أو محكمة ابتدائية. والأحكام الابتدائية والنهائية لم يبق لها وجود اليوم في تونس.

[718]- محكمة ابتدائيّة أو محكمة استئناف.

فمن حيث المنطق الإجرائي لا يجوز أن نحصر الدّعاوي التّراجعية في مجال الاحكام النّهائية الصّادرة عن الدّوائر الاستئنافية، لأنّ الغرض منها يهدف، بصفة استثنائية إلى إصلاح الأحكام بجميع أصنافها، دون تخصيص محاكم معيّنة، وفي جلّ الأوضاع، خرقا لمبدأ اتصال القضاء، ممّا يدلّ على أنها تقصد في غالب الأحيان الأحكام "الباتّة" ولا الأحكام النهائية. ثم، ومن ناحية أخرى، نعلم أن الأحكام النّهائية، إذا كان أجل الطّعن ضدّها مازال مفتوحا، فإنها تطعن بالطّريقة الاستدراكية التّعقيبية، ممّا يحول دون اللّجوء إلى الطّرق التّراجعية لعدم جدواها آنذاك.

أمّا من حيث التناقض في القانون، فإنه ناتج عن أنّ الفصول نفسها 77 و79 التي حصرت الدّعاوي التراجعية في حدود الأحكام النّهائية، (أي الصّادرة عن الدّوائر الاستئنافية)، لم تخصّص للنّظر فيها صنفا معيّنا من الدّوائر: حيث نصّ الفصل 77 جديد على أن التماس إعادة النظر يكون ضدّ الأحكام الصّادرة "عن إحدى هيئات المحكمة" دون تحديد، كما نصّ الفصل 79 جديد على أنّ الاعتراض يرفع ضدّ الأحكام الصّادرة عن "إحدى الهيئات القضائية بالمحكمة الإدارية"، بمقتضى مطلب يقدّم لدى "الهيئة التي أصدرت الحكم"، مرة أخرى بدون تحديد.

4- ولعلّ هذا الخطأ مستمدّ من مثيله في م.م.م.ت، وهو الفصل 156 المتعلّق بالتماس إعادة النّظر الذي اقتصر على الأحكام النهائية، خلافا للفصل 277 من مجلة الإجراءات الجزائية الذي لم يأت بهذا التحديد، وهو الصّواب. ولكن حتى م.م.م.ت، فإنّها لم تأت بهذا الحصر، الذي لا يبرّره شيء، بالنسبة للاعتراض ولاعتراض الغير. أما قانون غرّة جوان فإنه شمل بهذا التّحديد إعادة النظر واعتراض المحكوم عليه غيابيا، ممّا يزيد في خطورة الامر.

نضيف إلى هذه الملاحظات أن القانون لم يبيّن أحكاما تتعلّق بآثار الحكم، وبالخصوص في ميدان اعتراض الغير، حيث أنه يجوز أن تكون الأحكام المقبول ضدّها الاعتراض أصلا، إما لا تأثير لها على غير حقوق

المعترض، كما هو شأنها في م.م.م.ت (الفصل 173)[719]، وإمّا ذات مفعول كلّي على الحكم المعترض عليه وعلى جميع الحقوق التي بتّ فيها، فيقع إلغاء الحكم إلغاء كلّيا. وهذا هو اتّجاه المحكمة الإدارية التي رأت في اعتراض الغير طريقة تراجعيّة كليّة.

[719]– وهو حل قانون الاجراءات المدنية بفرنسا.
Roger Perrot, Institutions judiciaires, 6 èd, p. 568.

الفصـــل الأوّل
دعـــوى إعـــادة النّظـــر

دعوى إعادة النّظر، طريقة تراجعيّة ترمي إلى مراجعة الحكم البات بطلب من الذي صدر ضدّه، حضوريا. فلا تقبل ممّن صدر ضدّه الحكم غيابيّا، باعتبار أنّ الاعتراض[720] في هذه الحالة كفيل بأن يتدارك الأمر.

وهذه الطّريقة من الطرق المعمول بها عامّة في قانون المرافعات المدنيّة وقانون المرافعات الجزائيّة. (انظر الفصل 156 وما بعده من م.م.م.ت على سبيل المثال).

لا تقبل الدّعوى إلاّ ضدّ الأحكام الباتّة[721] والحضوريّة، وفي الحالات التي حصرها الفصل 77 جديد من قانون واحد جوان وهي الآتية :

- إذا كان الحكم أو القرار يعتمد على كتب مزوّر.
- إذا منع الخصم المحكوم عليه من الاستظهار ببيّنة سعى خصمه إلى حجزها.
- إذا صدر الحكم خلافا لقواعد تركيب المحكمة، أو لقواعد الجلسات أو لإجراءات اتّخاذ القرار القضائي الوجوبيّة.
- إذا كان في الحكم غلط مادي له تأثير على كيفيّة فصل القضية.

[720]– Opposition

[721]– "النهائيّة" حسب تعبير م.م.م.ت وقانون غرة جوان، وهو اصطلاح فاسد.

الفكرة العامّة التي تحكم إعادة النّظر هي إعادة فتح القضيّة في ثلاث صور : الصّورة الأولى : إذا صدر الحكم متجاهلا عنصرا واقعيّا من شأنه أن يكون له تأثير حاسم على فصل القضيّة، وذلك من جرّاء فعل أحد الطرفين. فالغاية هنا ترمي إلى ممانعة التّغلّب والتّحيّل والخدعة. فالمشرع وضع استثناء لمبدإ قوّة اتّصال القضاء كي لا يؤول هذا المبدأ إلى تغطية عمليّات زيف أو تحيّل، أو تغلّب.

أمّا الصّورة الثانية فهي تهدف إلى إلغاء القرارات التي صدرت خلافا للشّرعيّة القضائيّة الإجرائيّة ؛ وهذه الطريقة تفتح للقاضي فرصة لتدارك ما قد ارتكبه من أخطاء في تسيير القضايا.

وأمّا الصورة الثالثة، فإنها ترمي إلى إعادة النّظر في الأحكام التي اعتمدت على أخطاء جوهريّة أثّرت على كيفية الفصل في القضيّة. وهذه الأخطاء تتميّز أوّلا عن الأخطاء البسيطة الظاهريّة التي تفتح باب طلب إصلاح الغلط الذي تعرّضنا إليه سابقا، وتتميّز ثانيا عن الأخطاء القانونية الاجتهادية التي قد يرتكبها القاضي والتي لا يكون سبيل إصلاحها إلاّ بالطّرق الاستدراكية، دون الطّرق التّراجعية. فالغلط هنا، غلط مادّي، لا قانوني، قد يكون متعلّقا بوسائل الإثبات، أو بوقائع القضيّة، أو بالوثائق المعتمدة، وهو غلط له مساس بحسم النّزاع، لولاه لكان الحكم على خلاف ما صدر به.

يقدّم طلب إعادة النّظر في أجل السّتين يوما من الإعلام بالحكم في الصّورتين الثانية والثالثة، أو من اكتشاف الورقة المزوّرة أو الوثيقة التي كانت محجوزة بفعل الخصم في الصورة الأولى. ويقع رفع الدّعوى بواسطة محام لدى التعقيب، حتّى إن كان الحكم المطعون صادرا في مادّة الإلغاء. وليس للطّعن مفعول إيقافي، إلاّ إذا أذن بتوقيفه[722]، من قبل رئيس الهيئة الحكميّة التي اصدرته.

[722]– م.م.م.ت. لم تتعرّض لإمكان توقيف التنفيذ.

والجدير بالملاحظة، أن طلب إعادة النّظر، في الصّورتين الثانية والثالثة، وإذا رفع في الشهر الأول من الأجل، فإنه يكون موجّها ضدّ أحكام من شأنها أن تطعن بالطّرق الاستدراكية وهذا الأمر غريب جدّا، حيث لا نفهم معنى إعادة النظر والطرق الاستدراكية مازالت مفتوحة نحو من يريد نقض الحكم لنفس الأسباب التي يرتكز عليها الطعن التّراجعي.

وإذا رفع الطعن بإعادة النظر في الشهر الثاني من الأجل، فإنه يكون مرفوعا ضدّ حكم بات، لفوات أجل الطعون الاستدراكية.

أما في الصّورة الأولى، ولاعتبار ما يتطلبه اكتشاف الكتب المزوّر أو البيّنة المحجوزة من وقت، فإنّ طلب إعادة النظر يكون موجّها ضدّ حكم بات، وقع الإعلام به وفاتت عنه آجال الطعون الاستدراكية، وهو ما يهدف إليه هذا الإجراء التّراجعي.

إنّ الأحكام التي بيّناها تنطبق على القضايا المنشورة لدى المحكمة الإداريّة.

أمّا القضايا المنشورة لدى المحاكم المدنيّة فينطبق في شأنها أحكام المرافعات المدنيّة وهي الفصول 156 إلى 167 م.م.م.ت، وهذه الأحكام توازي التي تتعلّق بالمحكمة الإداريّة من بعض جوانبها، وتختلف من بعض الجوانب الأخرى.

نقط الاشتراك هي الآتية، بقطع النظر عن التّفاصيل :

- سبب تزوير الرّسوم والوثائق.
- حجز الأوراق والبيّنات.
- اختصاص القاضي (هو القاضي الذي أصدر الحكم المطعون).
- إعادة النّظر لا توقف التّنفيذ مبدئيّا.
- مفعول الحكم هو إلغاء الحكم الملتمس في شأنه إعادة النّظر، رغم أنّ قانون غرة جوان لم يخصّص صراحة قواعد لمفعول الحكم.

- عدم قبول الطّعن ضدّ الحكم في إعادة النّظر.

أمّا نقط الاختلاف فهي الآتية :

- سبب الخديعة إذا كان لها تأثير على الحكم (لم يرد هذا السّبب في قانون واحد جوان وهو وارد بالفصل 156 م.م.م.ت).
- سبب الإخلال بقواعد التّركيب والإجراءات (وهو سبب خاص بالمحكمة الإداريّة).
- أجل الطّعن.
- إمكان توقيف التّنفيذ أمام المحكمة الإداريّة.

إلى سنة 1996 لم يصدر عن المحكمة الإداريّة تقريبا إلاّ عشرون حكما في إعادة النّظر، وكلّ الدّعاوي منيت بالرّفض. في القرار المنشور بمجموعة سنة 1981، استند الطّاعن إلى الفصل 69 من قانون 1 جوان، وهي حالة من الحالات التي تدخل في باب التماس إعادة النّظر وقد عارضته المحكمة بحيثية مقتضبة قائلة : "حيث لا يندرج قيام المدعي في الحالات المنصوص عليها بالفصل 73 من القانون[723]..."، وهو، بهذا التّحرير، غير صحيح.

[723]- م.إ، 23 فيفري 1981، العربي ناجي، المجموعة، ص 50.

الفصـــل الثانـــي
اعتـــراض الغيـــر

اعتراض الغير من الطرق التّراجعيّة العاديّة في القانون المدني وقد تعرّض لها الفصول 168 إلى 174 من م.م.م.ت. أمّا قانون واحد جوان فإنّه تعرّض إلى المسألة في فصليه 79 و80 جديدين[724].

وهذه الطريقة تتيح لكل شخص خارج عن أطراف النّزاع ولم يقع تداخله ولا إدخاله، أن يعترض على الحكم، على شرط أن يكون هذا الحكم قد أضرّ بمصالحه.

وهذه الطريقة مفتوحة ضدّ كلّ الأحكام، سواء في مادّة القضاء الكامل، أو في الإلغاء، مهما كانت درجة التّقاضي، ومهما كانت طبيعة الحكم (استعجالي[725]

[724]- فصل 79 جديد، "ويمكن لكل شخص لم تقع مطالبته ولا تمثيله في القضيّة الاعتراض على الحكم الصّادر فيها إذا حصل له منه ضرر. ويجب عليه القيام بالاعتراض في أجل شهرين من تاريخ حصول العلم له بالحكم المعترض عليه.
وفيما عدا ذلك يجب القيام بالاعتراض في أجل لا يتجاوز الثلاث سنوات من تاريخ التصريح بالحكم وبمضيه يسقط الحق في الاعتراض.
ويقدّم المطلب لدى الهيئة التي أصدرت الحكم المعترض عليه وبنفس الطريقة التي ينصّ عليها القانون بالنسبة إلى القضيّة الأصليّة.
ولا يكون الاعتراض واعتراض الغير إيقافيا إلاّ إذا أذن الرئيس الأوّل بخلاف ذلك".
الفصل 80 (جديد)، "في صورة رفض مطلب الاعتراض أو اعتراض الغير يمكن أن تسلّط على الطّالب خطيّة مقدارها من 20 إلى 100 دينارا دون أن يكون ذلك مانعا من الحكم عليه بغرم الضرر الذي يمكن أن يطالب به بسبب استعماله التّعسّفي للاعتراض".

[725]- إنّ المحكمة الإداريّة أبعدت اعتراض الغير عن مجال توقيف التّنفيذ في قرار نقابة حي الهناء، 20 جويلية 1993 : مذكور في مقال الآنسة دنيا بن رمضان.
L'opposition et la tierce-opposition, dans la réforme de la justice administrative, in la réforme de la justice administrative, F.S.J.P.S., op. cit, p. 51.

أو في الأصل) وطبيعة المادّة (جبائي – مهني – انتخابي). فاعتراض الغير، اعتبارا لمنطقه وهدفه الرّامي إلى حماية حقوق الغير ضدّ أحكام تفاجئه، يعتبر من قواعد المرافعات العامّة التي لا تقصى إلاّ بمقتضى نصّ تشريعي خاص وصريح، شأنه في ذلك كشأن تجاوز السلطة والتّعقيب. في تاريخ فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، كان اعتراض الغير غير ممكن في قضاء الالغاء، نظرا إلى الصّبغة الموضوعيّة للطّعن بتجاوز السلطة وعدم وجود "أطراف" على أتمّ معنى الكلمة[726]. إلاّ أنّ قرار مجلس الدّولة بوسوج Boussuge أنهى الإشكال وقبل الاعتراض في تجاوز السلطة[727]. وقد قرأ الفقيه الفرنسي هوريو Hauriou هذا القرار على أنّه حطّ من الصّبغة الموضوعيّة للطّعن بتجاوز السّلطة، وجعل منه فرعا من القضاء الكامل. إلاّ أنّ الأستاذ شابو Chapus وضّح أنّ "وجود أطراف" في قضيّة ما، لا ينفي الصّبغة الموضوعيّة. وقد قبلت المحكمة الإداريّة الاعتراض في مادّة تجاوز السلطة[728]. ولم يحدّده الفصل 79 جديد في مجال معلوم.

الفقـــرة الأولـــى
شـــروط الاعتـــراض

الشرطان الأساسيان للقيام بالاعتراض حسب القانون هما :

كذلك م.إ، 28 أكتوبر 1994، رفيق محفوظ. م.إ، 6 سبتمبر1995، فرشيشي ضدّ وزير الدّاخليّة، غير منشورين.

[726]- C.E, 8 déc. 1899, ville d'Avignon, Lebon, p. 719, Concl. Jagerschmidt, note Hauriou.

[727]– C.E, 29 nov. 1912, Boussuge, Lebon, p. 1128, Concl. Blum.
وقرار Boussuge هو في الحقيقة رجوع إلى حلّ قديم صدر عن مجلس الدّولة في قرار Ville de Cannes، 28 أفريل 1882.

[728]– م.إ، 14 أفريل 1981، محمّد قندوز/وزير التّخطيط والماليّة، ص 107.
م.إ، 9 جويلية 1996، مبروك صالح شعبان، غير منشور.

أوّلا : أن يكون القائم بالدّعوى غيرا خارجا عن القضيّة الأصليّة، لا من الأطراف الأصليين[729] ولا من المتداخلين ولا من المدخّلين. وهذا هو الفارق بين اعتراض الغير واعتراض المحكوم عليه غيابيّا.

ثانيـــا : أن يكون الحكم أضرّ بمصالحه.

إلاّ أنّ القانون لم يبيّن معنى الضّرر :

هل هو ضرر للحقوق المعترف بها قانونا، أم هو ضرر لامتيازات اكتسبها الغير، أم هو ضرر لمصالح الغير على معنى قضاء تجاوز السلطة ؟ "التّرجمة الفرنسيّة" للفصل 79 جديد تفيد بأنّ المقصود هو مجرّد الضّرر للمصلحة لا أكثر "si celui-ci lui porte préjudice...". وقد فسّرت المحكمة الإداريّة المسألة قائلة : "إنّ الغاية والقصد من الاعتراض في التّقاضي الإداري... إنّما يهدف إلى تمكين المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه من مراجعة قرارها بناء على المطاعن التي يثيرها المعترض لحماية حقوقه أو مركزه القانوني[730]". فالمعنى هنا، أضيق من معنى "المصلحة" المتداول في قضاء تجاوز السلطة. وعليه، يجب على المعترض أن لا يكتفي بإثبات التّضرّر فحسب، بل عليه أن يبيّن "الحق المكتسب" أو "المركز القانوني" الذي أصابه الحكم المعترض عليه.

وعلى المعترض، أن يدلي بأسانيد قانونيّة من شأنها "أن تنال من صحّة (الحكم)" حسب تعبير المحكمة الإداريّة. فلا يكفي أن يعتمد الاعتراض على هضم الحقوق المكتسبة، حتى لو فرضنا أنّ هذا الهضم واقع. ولكن يجب عليه أن يثبت أنّ العناصر المادّيّة أو القانونيّة التي استند إليها الحكم خاطئة. فالاعتراض إذا طريقة تعطي للقاضي مناسبة للتّراجع على قرار مخطئ، كان يستحقّ النّقض لو مثّل المعترض لدى القاضي ولو فتح أمامه باب الاستئناف. ولذلك لا بدّ أن يكون الاعتراض موجّها بصفة واضحة ضدّ الحكم المخدوش

[729]– فلا يجوز أن يكون مدّعيّا في القضيّة الأصليّة، م.إ، 9 جويلية 1996، مبروك صالح شعبان، ضدّ وزير الدّاخليّة، غير منشور.

[730]– محمّد قندوز، المرجع السّابق ذكره.

فيه مبيّنا نقط الخلل القانوني الموجودة في الحكم[731]. وسلامة الحكم من النّاحية القانونيّة هي المعيار الوحيد الذي يؤدّي إلى رفض الدّعوى أصلا[732]. وفي جميع هذه المسائل يتمتّع القاضي بسلطة اجتهادية واسعة[733].

الفقـــرة الثانيـــة
إجـــراءات الاعتـــراض

ترفع الدّعوى لدى القاضي الذي أصدر الحكم، وليس للدّعوى مبدئيا مفعول توقيفي[734]، إلاّ إذا أذن الرئيس الأول بذلك. يقع الاعتراض في الشهرين المواليين لتاريخ الإعلام بالحكم ومهما يكن من أمر فإنّ الاعتراض يسقط بعد مضي أجل ثلاثة سنوات من التّصريح بالحكم. ويقع الاعتراض "بنفس الطّريقة التي ينصّ عليها القانون بالنسبة إلى القضيّة الأصليّة"، أي عن طريق محام لدى الاستئناف، أو لدى التعقيب، أو بدون إنابة محام، حسب طبيعة الحكم المعترض عليه، ولم يبيّن القانون تفصيل هذه القاعدة.

[731]– م.إ، المرجع السّابق ذكره.
[732]– انظر في هذا الشأن قرار شركة سامبار، م.إ، 22 فيفري 1988، شركة سامبار، غير منشور.
[733]– م.إ.، 4 أفريل 1997، الهادي خيري / الحبيب خوجه ووزير الصحة العمومية، المجموعة، ص 180.
[734]– بالنسبة لـــ م.م.م.ت. انظر الفصل 172.

الفقـــرة الثالثـــة
الاعتـــراض ومسألـــة الصّبغـــة الاستقصائيّـــة أو التّوجيهيّـــة للقضـــاء الإداري

لقد رأينا سابقا في القسم الأوّل، الباب الثالث، الفصل الثاني الفقرة الثانية، أنّ التّمييز الحقيقي، من هذه النّاحية، ليس التّمييز بين القضاء الإداري والمدني، بل بين تجاوز السلطة من جهة والقضاء الحقوقي، سواء كان إداريّا أم مدنيّا.

وإجراء الاعتراض يدعّم هذا الرّأي. وسنتطرّق إلى الموضوع انطلاقا من مواقف المحكمة الإداريّة.

في جملة القرارات الاعتراضيّة التي أحصيناها والصّادرة عن المحكمة الإداريّة، لم يظفر بالقبول والرجوع في أكثر من ثلاثة قرارات[735].

في القضيّة الأولى رفع الاعتراض في 3 ديسمبر 1986 ضدّ قرار استئنافي صادر في 22 ديسمبر 1983[736]. قضت فيه المحكمة الإداريّة بإرجاع عقار منتزع لعدم استعماله "للغرض المعلن عنه بأمر الانتزاع" خلال الخمسة أعوام من تاريخ الانتزاع.

وكان الاعتراض يرتكز على عدّة مستندات جديدة وهي :

– استحالة إرجاع العقار لسبب إحداث طريق عموميّة وتحويل الأرض الباقية إلى مقاسم تمّ تفويتها في نطاق برنامج سياحي.

[735]– م.إ، 14 جويلية 1988، اعتراض، بوزقندة ومن معه ضدّ مجلس ولاية نابل والبشير شريفة،. وفي هذا القرار وقع ضمّ ثلاثة قضايا. من ذلك الوقت صدر قراران آخران في مادّة تجاوز السلطة يقضيان بقبول الاعتراف شكلا وأصلا في 26 جانفي 1994 (سحنون)، وفي 7 فيفري 1996 (مدلان بوعبدلي).
[736]– البشير شريفة/مجلس ولاية نابل، 22 ديسمبر 1983، ص 330. لم تتعرّض المحكمة لمسألة قبول الدّعوى من حيث آجال تقديم الاعتراض، وهو شيء غريب نظرا إلى طول المدّة التي تفرّق بين الحكم والاعتراض ضدّه.

- الشروع في إنجاز المشروع السّياحي من حيث الأشغال، والتّقسيم، وإعداد كرّاس شروط، وتعبيد الطّريق، وبعض المعدّات الأخرى.

واعتبارا لهذه المستندات قبلت المحكمة الاعتراض من جهة، ومن جهة أخرى تراجعت عن قرارها الأوّل، وقضت من جديد بإقرار الحكم الإبتدائي، القاضي بتعيين غرامة الانتزاع، ولعلّه من المفيد أن نذكر حيثيّات المحكمة :

"وحيث تبيّن من جملة الوثائق التي أدلى بها المعترضون لأوّل مرّة في نطاق هذا الاعتراض أنّ الإدارة المنتزعة شرعت خلال الخمس سنوات الموالية لتاريخ أمر الانتزاع في إحداث منطقة سياحيّة بأرض الخلاف وذلك بأنّ تولّت تقسيمها وتخصيص جزء منها لبناء مساكن سياحيّة كالتّفويت في المقاسم وإعداد كرّاس شروط خاصّة بها كما شرعت في إتمام إجراءات ربط المنطقة بشبكة الماء الصّالح للشّراب وإحداث طريق عموميّة بها.

وحيث يتجلّى من الأمر عدد 404 المؤرّخ في 5 نوفمبر 1969 المتعلّق بانتزاع عدّة عقارات لفائدة مجلس ولاية نابل أنّ جهة الإدارة استهدفت تهيئة منطقة سياحيّة بالعقارات الذكورة ولم تقصر غرض انتزاعها في مشروع محدّد كبناء نزل مثلا وعلى غرار ما التزمت توخّيه بأوامر انتزاع أخرى بجهة الوطن القبلي.

وحيث أنّ ما باشرت تنفيذه الإدارة المنتزعة بعقارات الخلاف جاء متّفقا ومقتضيات المصلحة العامّة التي استهدفها أمر الانتزاع وهو يحول بالتّالتي دون جواز إرجاعها لمالكها الأصلي الذي يبقى محقّا في الحصول على غرامة عادلة تعويضا عن أرضه المنتزعة.

وحيث أنّ مطالب الاعتراض باتت والحالة تلك حريّة بالقبول أصلا".

إنّ تدرّج المحكمة نحو قبول الاعتراض واضح من خلال هذه الحيثيّات وهو مبنيّ على ثلاثة أسس : الأوّل، واقعي، ويتمثّل في الحيثيّة الأولى التي تتعرّض فيها المحكمة إلى الوضعيّة الواقعيّة المهملة في القرار الأوّل. الثاني، يتعلّق بوصف الإحداث القانوني وهو هنا "المصلحة العامّة"،

أمّا الثالث فانه يتمثل في عدم إمكان إرجاع العقار الى مالكه. والاستنتاج وهو قبول الاعتراض ونقض الحكم الأوّل.

بقطع النّظر عن تقدير هذه القضيّة من حيث الجدّيّة والملابسات غير القانونيّة، فالملاحظة الهامّة التي لا بدّ من إبدائها في هذا الشأن تتمثّل في كون طريقة الاعتراض برهان على الصّبغة الاتّهاميّة الواضحة الممكن تأثيرها على القضاء الكامل، رغما من كلّ ما قيل بخصوص "الصبغة الاستقصائيّة للقضاء الإداري". فالنّوازل في القضاء الكامل، نوازل بين أطراف متخاصمين، ماثلين أمام القضاء، الذي يقوم هنا بدور الحكم بينهم، ولكلّ واحد أن يدلي بما عنده من أسانيد، وعلى القاضي أن يتثبّت من صحّة هذه الأسانيد، واقعا وقانونا، وأن يعطي لكلّ واحد حقّه. وهذا الجانب هو الذي يفسّر القوّة النّسبيّة لمبدإ اتّصال القضاء وحتّى احتمال الغلط الواقعي أو القانوني من قبل القاضي، وكيف يمكن أن يحكم القاضي مرّة بأن المصلحة العامّة مفقودة، وأخرى بأنّها موجودة.

أمّا في القضيّتين الأخريين (سحنون 26 جانفي 1994، ومدلان بوعبدلي 7 فيفري 1996) فإن الاعتراض يتعلّق بمادّة تجاوز السلطة. وفي هذه المادّة يصطبغ الاعتراض بالصّبغة الموضوعيّة للطّعن بتجاوز السلطة. فإذا وقع قبول الاعتراض شكلا وأصلا، يكون معنى ذلك إمّا تحويل الحكم الأصلي الإلغائي من الإلغاء إلى رفض الدّعوى الأصليّة أي إلى تثبيت القرار الإداري الذي وقع إلغاؤه، وإمّا إلى تحويل الحكم الأصلي برفض الدّعوى من الرّفض إلى الإلغاء.

وفي القضيّتين المحكوم فيهما (سحنون ضدّ وزير التّجهيز 25 جانفي 1994 و مادلان بوعبدلي ضدّ وزير التّربية والعلوم 7 فيفري 1996)، قضت المحكمة بالرّجوع في قرار البطلان والقضاء من جديد برفض الدّعوى أصلا أي بإحياء القرار الإداري الذي وقع إلغاؤه.

الفقـــرة الرّابعـــة
الحكـــم الاعتراضـــي

لم يفرد قانون واحد جوان إلاّ حكما واحدا يتعلّق بأثر الحكم الاعتراضي وهو الآتي : في صورة رفض الاعتراض يحكم على المعترض بخطيّة، وعندئذ يحقّ للطّرف المتضرّر من الاعتراض أن يقوم بدعوى تغريميّة للاستعمال التّعسّفي للاعتراض (الفصل 80 جديد).

ويمكن أن يكون لهذه الدّعوى وجهان : إمّا أن تكون دعوى عرضيّة لدى قاضي الاعتراض نفسه، وإمّا أن تكون دعوى مستقلّة تقدّم كسائر الدّعاوي التّعويضيّة لدى الدّائرة الابتدائيّة.

أمّا في صورة قبول الاعتراض، هنالك سؤال يفرض نفسه : ما هو مدى وتأثير الحكم الاعتراضي ؟ هل يلغى الحكم المعترض عليه مطلقا ؟ أم هل تعلّق آثاره إزاء القائم بالاعتراض وحسب ؟

يتّجه فقه قضاء المحكمة الإداريّة إلى اعتبار أنّ الاعتراض طريقة تراجعيّة كليّة تهدف إلى مراجعة الحكم المعترض عليه[737]، وتعويضه بحكم جديد، وهو ما فعلته المحكمة في قرار بوزّقندة السالف ذكره، وقراري سحنون وبوعبدلي.

إذا راجعنا فقه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي وآراء رجال القانون يبدو أنّ الإجابة عن هذا السّؤال غير واضحة وتتراوح بين الإلغاء المطلق وتعليق آثار الحكم الأوّل بالنّسبة للمعترض. أمّا نحن فلدينا قاعدة ذهبيّة أدرجت في م.م.م.ت، نصّ عليها الفصل 173، ويمكن تعميمها في القضاء الإداري :

"ولا تأثير للحكم بقبول مطلب الاعتراض على غير حقوق المعترض، ولا ينتفع بذلك من صدر عليه الحكم المعترض عليه إلاّ إذا كان موضوع النّزاع غير قابل للقسمة".

---

[737]– م.إ، 14 أفريل 1981، محمّد قندوز ضدّ وزير الماليّة وغيره، المجموعة، ص 107.

هذه القاعدة تتميّز بالمنطق والواقعيّة معا. المبدأ إذن هو نسبيّة الحكم المعترض عليه، وهذا جائز في مجال القضاء الكامل، وفي تجاوز السلطة بالأحرى. لو فرضنا مثلا أنّه صدر حكم بالإلغاء عن المحكمة الإداريّة، اعترض عليه وقبل الاعتراض أصلا، فمن المنطقي أن نقبل تعليق آثار الإلغاء إزاء المعترض، لأنّه ظفر بدعواه الاعتراضيّة، ومن الواقعي أن نبقيها إزاء من طلبها واستفاد منها، إن كانت الوضعيّتان قابلتين للقسمة، وإن لا، فلا، إذ أنّ الحكم الاعتراضي في هذه الصّورة يشمل الجميع.

الفقـــرة الخامســـة
الطّعـــن الاستئنافـــي ضـــدّ الحكـــم الاعتراضـــي

إنّ الأحكام الاعتراضيّة الإداريّة الابتدائيّة تطعن بالاستئناف لدى الدّائرة الاستئنافيّة، سواء كانت استعجاليّة[738] أو في الأصل. فإذا صدر الحكم الابتدائي بقبول الاعتراض، ثمّ استؤنف ووقع نقض الحكم الاعتراضي أصلا، نرجع بالوضعيّة القانونيّة إلى ما كانت عليه في الحكم الأوّل الذي ألغي بموجب الحكم الاعتراضي[739]. أمّا إذا صدر الحكم الابتدائي برفض الاعتراض، ثمّ استؤنف و وقع نقضه أصلا، فمعناه أنّ الدّائرة الاستئنافيّة، ستحكم بقبول الاعتراض، ونقض الحكم الأوّل، والقضاء من جديد حسب اجتهادها وبموجب المفعول الانتقالي، وعلى أساس أنّ الاعتراض يترتّب عليه إعادة نشر القضيّة[740].

---

[738]– استئناف ضدّ حكم اعتراضي استعجالي قضى بقبول الاعتراض ضدّ حكم استعجالي شكلا وأصلا : م.إ، 17 جوان1991، وكالة التهذيب والتجديد العمراني ضدّ ابراهيم الدريدي ومن معه.

[739]– مع إمكانية التعديل حسب المحكمة الإداريّة، وكالة التهذيب...السابق ذكره.

[740]– م.إ، 18 فيفري 1982، م.ع.ن.د/محمّد بن سليم المسدّي، ص17.
في هذه القضيّة لم يتح للمحكمة أن تحكم من جديد لسببين، الأوّل أنّ الحكم صدر في المادّة الاستعجاليّة، وثانيا أنّ الحكم الاعتراضي المستأنف نُقض لسبب الشرعيّة الخارجيّة، دون دخول في الأصل. وقد تعرّضنا لهذا الحكم بالعرض والنّقد في الفصل المتعلّق بالقضاء الاستعجالي.

الفصـــل الثالـــث

اعتـــراض المحكـــوم عليـــه غيابيّـــا

جاء الفصل 79 جديد من قانون غرّة جوان بتقنين المسألة لأوّل مرّة.

الاعتراض من الطّرق التّراجعيّة التي تمكّن المحاكم من التّراجع عن أحكامها، نزولا عند طلب المدّعى عليه المعترض الذي لم يحضر لعدم إعلامه بالدّعوى ولم يدل بملحوظات كتابيّة في الدّفاع.

وشروط الاعتراض تتمثّل في :

- الطّاعن. والشرط أن يكون المدّعى عليه، دون سواه.
- سبب الاعتراض. والشرط أن يكون الحكم غيابيّا.
- ونضيف : مشروعيّة الاعتراض. والشرط ألاّ يكون الاعتراض ناتجا عن تقاعس المدّعى عليه، أو عدم استجابته للاستدعاء بنيّة التّطويل أو الهروب من الحكم عليه، وإلاّ يكون الحكم حضوريّا.

وهكذا بات الاعتراض اليوم من مميّزات القضاء الإداري، والمرافعات الجزائيّة[741]، وليس له وجود في مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

هذا، ويرى مجلس الدّولة الفرنسي أنّ اعتراض المحكوم عليه غيابيّا طريقة مفتوحة دائما، طبقا لمبدإ عام للقانون[742].

---

[741]- الفصول 175 إلى 183 من م.إ.ج.

[742]- وحتى في تجاوز السلطة حسب رأي بعض المؤلفين
Charles Debbasch : Contentieux administratif, Dalloz, 1975, p. 600, n° 665.
وهو يستحق الاحتراز.

C.E 12 oct 1956. Desseaux. D 1956, p. 736 note Drago. R.D.P. 1957, p. 115, Concl. Lasry.

مع العلم أنّ هذا المبدأ معروض لبعض الاستثناءات، منها أنّ الاعتراض غير ممكن لدى المحاكم الإداريّة (التي يمكن استئناف أحكامها).

مهما يكن من أمر فإنّ الاعتراض يبقى غير مقبول في تجاوز السلطة لأسباب بديهيّة، حيث لا يمكن أن نتصوّر أنّ الإدارة المدّعى عليها لم يقع إعلامها بالدّعوى مع أنّ التّبادل بين الأطراف يتمّ بالطّريقة الإداريّة.

بالنسبة لإجراءات الاعتراض، القواعد هي نفسها قواعد اعتراض الغير (أجل الشهرين من الإعلام بالحكم وبنفس الطرق المنصوص عليها بالنسبة للدّعوى الأصليّة. سقوط الدّعوى بمضي ثلاث سنوات المفعول غير الإيقافي إلاّ بإذن من الرّئيس الأوّل).

الفهـــرس التحليلـــي

أ

- اثبات، 267، 268.
- إثارة القرار، 236، 239
- آجال (تجاوز السلطة)، 212.
- إجراءات، 132.

تجاوز السلطة، 212.

استئناف، 316.

تعقيب، 372.

- إجراءات فرعيّة، 381.
- إجراءات اتّهاميّة، 137، 139، 288.
- إجراءات استقصائيّة، 137، 288.
- أحزاب سياسية، 109.
- اختصار، 150.
- اختصاص، 89، 162، 184، 185.
- الاختصاص يتبع الأصل (أو الموضوع)، 44.
- إدخال، 393.
- ازدواجية قضائيّة، 34، 40، 86.
- الأساس القانوني للدّعوى، 148.
- استئناف، 311.
- استئناف عرضي، 323.

- استخلاص الدّيون العمومية، 358.
- استعجال، 133، 284.
- استيلاء، 284.
- استثناء الطعن الموازي، 159.
- أطراف، 142.
- إعادة النّظر، 485.
- اعتراض الغير، 489.
- اعتراض المحكوم عليه غيابيّا، 498.
- إفراط في السلطة (في التعقيب)، 347.
- إلغاء، 32، 155.
- إصلاح الغلط، 464.
- أمر ترتيبي، 243.
- أمر 27 نوفمبر 1888، (انظر منشور 27 نوفمبر 1888).
- أمر ملجئ تجاه الإدارة، 278.
- إنابة، 198.
- انتزاع، 97.
- انحراف في استعمال السلطة، 160.
- انحراف في استعمال الإجراءات، 160.
- انعدام، 52، 220، 255، 285.

ب

- بطلان، 173، 250.
أنظر: تجاوز السّلطة.

ت

- تأكّد، 473.
- تأجيل التنفيذ، 445.
- تجاوز السلطة، 155.
- تجاوز سلطة القاضي، 347.
- تسليم بادعاء الخصم، 289.
- تنازع الاختصاص، 118، 119.
- تحقيق، 150.
- تداخل، 393.
- تصدّي (حقّ التّصدّي)، 325.
- تصرف اداري بحت، 25.
- تعقيب، 338.
- تفريق السّلط، 15، 24، 25، 26.
- تفريق السلطتين، 31، 32، 35، 40، 44.
- تقادم، 290.
- توقيف التنفيذ، 428.
توقيف القرار الإداري، 430.
توقيف الأحكام، 448.

ج

- جلسة عامة قضائية، 95.

ح

-حقوق مستمرة، 249.
- حكم، 9، 17، 299، 309.
استعجالي، 467.
بات، 481، 482.
تحضيري، 314.
تنفيذ الحكم، 256.
نهائي، 481، 482
في تجاوز السلطة، 254.
في الاستئناف، 311.
في التعقيب، 376.
في المسائل التّوقيفيّة، 425.
مفعول رجعي، 250.
واجب التّنفيذ، 256.
- حوادث شغل وأمراض مهنية، 84، 111.

خ

- خرق الصيغ الشكليّة
في تجاوز السلطة، 160.
في التعقيب، 348.
- خرق القانون

في تجاوز السلطة، 160، 168.
في التعقيب، 350.

د

- دائرة المحاسبات، 22، 156.
- دستور 26 أفريل 1861، 58.
- دستور، 168.
- دعوى تراجعيّة، 485.
- دعوى الزّور، 460.
- دعوى فرعية، 382.
- دعوى قضائية، 3، 149.
محدّدات الدّعوى، 142.
موضوع الدّعوى، 145.
- دعوى نقابيّة، 228.
- دفع بالطّعن الموازي، 192.
- دفع بعدم الاختصاص، 122.
- الدّولة المدينة، 274.
- دوائر ابتدائية، 93.
- دوائر استئنافية، 94.
- دوائر تعقيدية، 94.
- دولة القانون الوضعي، 9.

ذ

- ذوات عمّومية إدارّية، 201.
- ذوات عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري، 78، 79، 186.

ر

- ربط التّنازع، 240.
- رسوخ الدّعوى (أنظر دعوى)، 225.
- رقابة قضائية نزاعية، 11، 81.
- رقابة ادارية نزاعية، 12.

س

- سبب، 147، 322.
- سقوط الدعوى بمرور الزمن، 290.
- سلطة إدارّية، 179، 231.
  المعنى القضائي، 181.
  المعنى العام، 181.
- سلطة قضائية، 16.

ش

- شرط تحكيمي، 76.
- شرعيّة، 161، 167، 171.
- شرح الأحكام، 465.

ص

- الصندوق القومي للتقّاعد والحيطة الاجتماعيّة، 185.

ط

- طرق اتّهاميّة، 137، 139، 288.
- طرق استدراكيّة، 309.
- طرق استقصائيّة، 137، 288.
- طرق تراجعيّة، 482.
- طرق نزاعيّة غير قضائيّة، 11.
- طعن
  تجاوز السلطة مقنع، 157.
- طعن موازي، 192.
- طلبات إضافيّة، 385.
- طلبات عارضة، 384.
- طلبات عرضيّة، 388.

ع

- عقد، 75، 189، 273.
- عريضة افتتاحيّة، 222.

غ

- غرف تجارية وضداعية، 110.

ق

- القانون، 170.
- قانون غرّة جوان 1972، 28، 64، 85.
  الفصل 2، 89.
  الفصل 3، 160، 161، 180، 243.
  الفصل 5، 160.
  الفصل 17، 271.
  الفصل 6، 163.
  الفصل 8 إلى 10، 163، 274.
  الفصل 17، 275، 277.
  الفصل 19، 313.
  الفصل 37، 234، 235.
- قانون عدد 38 لسنة 1996، 85، 127، 274.

- قانون عدد 39 لسنة 1996، 29، 55، 65، 85، 87، 91، 92.
- قاعدة قانونيّة، 6.
- قرار إداري، 187.
  صفات القرار الإداري، 187.
  أحادية القرار الإداري، 188.
  إبلاغ، 214.
  إعلام، 214.
  إعلان، 214
  أعمال ماديّة، 432.
  قرار ذو مفعول مستمر، 221.
  الصبغة التنفيذية، 190.
  قرار سلبي، 433.
  قرار ضمني، 240.
  معرفة مكتسبة، 216.
  الأثر على مصالح الغير، 191.
  نشر، 147.
- قرار معدوم، 52، 220، 255، 285.
- قرينة اتصال القضاء، 163، 248، 249، 251، 299، 301، 318.
- القاضي
  أدب القاضي، 8.
  مشمولات القاضي، 145، 278، 280، 281.
  قاضي الضمان الاجتماعي، 115.
- قضاء
  استقلال القضاء، 17.

عناصر القضاء، 3، 6.
في الدستور التونسي، 15، 18.
في الدستور الفرنسي، 30.
- قضاء إداري، 1، 35، 44، 81، 83.
القضاء الاداري جزء من العمل لاداري، 25، 35، 93.
قضاء إداري زجري، 50.
قضاء إلغاء، 81، 147، 155، 177، 232.
قضاء تأويل، 50.
قضاء التتبعات، 54.
قضاء حقوقي، 263، 265.
قضاء كامل، 50، 53، 139، 178، 272، 275، 290.
قضاء كامل موضوعي، 53.
قضاء مستعجل، 467.
قضاء محجوز، 39، 40.
قضاء مفوّض، 60.
القضاء الإداري والدستور التونسي، 28.
القضاء الإداري والدستور الفرنسي، 30.
القضاء على الإدارة جزء من العمل الإداري، 39.
القضاء الإداري وقضاء الإدارة، 70.
تاريخ القضاء الإداري، 57.
توزيع القضاء الإداري، 81.
تصنيف القضاء الإداري، 49.
صفة الاستقلال، 134
الطّابع الاستقصائي، 136.

الصّبغة الكتابيّة، 140.
- قوّة اتّصال القضاء، 14.

ك

- كتل الاختصاص، 65، 78، 114.

ل

- اللّجنة المصرفيّة، 362.
- لجنة سحب رخص السياقة، 100.
- لجنة النّزاعات الانتخابيّة البلدية، 109.
- لافريار، 49، 165.

م

- مادّة إداريّة، 162، 313.
- المبادئ العامّة للقانون، 148، 170.
- ا لمجلس الأعلى للقضاء، 184.
- المجلس التّأسيسي، 18.
- مجلس الدّولة، 19، 28، 30.
- مجلس تنازع الاختصاص، 116، 129.
- مجلس المنافسة، 98.

- المحكمة الإداريّة، 27.
- محكمة النّزاعات (بفرنسا)، 41، 43.
- محاكم عدلية، 108، 114.
- محاكم إداريّة دنيا، 97، 109.
- محاكم إداريّة مستقلّة، 109.
- مذكّرة إسهابيّة، 317.
- مرفق القضاء العدلي، 184.
- مسألة أوليّة، 125، 406.
- مسألة توقيفيّة، 125، 405.
- مسؤوليّة تقصيريّة، 77، 79، 90، 114، 274، 292.
- مصلحة القيام بالدّعوى، 196.
- مطلب مسبّق، 234، 237، 239.
- معاهدات دوليّة، 169.
- معرفة مكتسبة، 216.
- مفعول انتقالي، 319.
- مفعول إيقافي، 318.
- المكلّف العام بنزاعات الدّولة، 295.
- منشور 27 نوفمبر 1888، 61، 69.
- منشأة عمومية، 78، 115.
- مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية، 78، 79، 186.

ن

- نزاع اداري، 34.
- نزاع إجابي في الاختصاص، 42.
- نزاع سلبي، 42، 126.

ه

- الهيئة الوطنية للاتصالات، 103، 158.
- هيئة السوق المالية، 103، 158، 195.
- الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، 104، 158.
- الهيكل المكلف بالملكية الصناعية، 106.
- هيئة المحامين، 156.

و

- وظيفة استشارية، 36.
- وقائع، 146.
- تقديم الوقائع، 172.
- وصف الوقائع، 146.

الفهـــرس

المقدمّة العامّة..... 1

الفصـــل الأوّل : عناصر القضاء..... 3

الفقرة الأولى : مطالبة الحق..... 3

الفقرة الثانية : طبقا لقاعدة..... 4

الفقرة الثالثة : قول الحقّ..... 5

الفقرة الرّابعة : الإجراءات القضائيّة..... 7

الفقرة الخامسة : الحياد القضائي..... 8

الفقرة السادسة : اعتبار القول حكما..... 9

الفصـــل الثانـــي : الطرق النّزاعيّة غير القضائيّة..... 11

الفصـــل الثالـــث : القضاء العام في البنية الدّستوريّة التّونسيّة.....15

الفصـــل الرّابـــع : القضاء الإداري في البنية الدّستوريّة.....18

الفقرة الأولى : مسألة القضاء الإداري أمام المجلس التّأسيسي..... 18

الفقرة الثانية : المبادئ الأصوليّة التي أقرّها المجلس التّأسيسي..... 24

الفقرة الثالثة : الأسس الدّستوريّة للقضاء الإداري في تونس، وإشكال دستوريّة قوانينه الأساسيّة..... 28

الفقرة الرّابعة : الأسس الدّستوريّة للقضاء الإداري بفرنسا..... 30

الفصـــل الخامـــس : القضاء الإداري المنفصل – سبب نشأته وانفصاله – ظهور مبادئه..... 34

الفقرة الأولى : نشأة مبادئ القضاء الإداري بفرنسا..... 35

1–مبدأ تفريق السّلطتين..... 36

2–القضاء على الإدارة جزء من العمل الإدارة..... 39

3–من تفريق السّلطتين إلى الازدواجية القضائيّة..... 40

4–قضاء الإدارة والقضاء الإداري : قرار بلانكو TC, Blanco, 8 Février 1873..... 44

5–الوظيفة القضائيّة والوظيفة الاستشاريّة..... 45

6-انظر الفصل السادس..... 45
الفقرة الثانية : منوال "ولاية المظالم"..... 45
الفصـــل السّادس : تصنيف القضاء الإداري..... 49
الفقرة الأولى : التّصنيف حسب معيار مشمولات القاضي..... 49
الفقرة الثانية : التّصنيف حسب طبيعة الدّعوى..... 51
الفقرة الثالثة : تصنيف الأستاذ شابو Chapus..... 52
أ-قضاء تجاوز السّلطة : 52
ب-القضاء الكامل : 53
ج- قضاء التّتبعات : 54
الفقرة الرّابعة : تصانيف أخرى ممكنة..... 55
الفصـــل السّابـــع : تاريخ القضاء الإداري في تونس..... 57
الفقرة الأولى : نحو هيكليّة فضّ النّزاعات الإدارية 1857-1885..... 58
*أمر 1860 : 58
*دستور 26 أفريل 1861 : 58
*أمر 31 جويلية 1870 (جمادى الأولى 1287) : 59
*أمر 14 فيفري 1885 (22 ربيع الثاني 1302) : 60
*القضاء المفوّض التّام - 24 أفريل 1921 (10 شعبان 1339) :60
الفقرة الثانية : منشور 27 نوفمبر 1888..... 61
الفقرة الثالثة : القضاء الإداري من الدّستور الجمهوري إلى اليوم..... 63

القســـم الأوّل
القضـــاء الإداري نظامـــه، هيكلتـــه، توزيعـــه

البـــاب الأوّل
تنظيـــم القضـــاء الإداري وتوزيـــع قضـــاء الإدارة

الفصـــل الأوّل : القضاء الإداري وقضاء الإدارة..... 70

الفقرة الأولى : المبدأ..... 70
الفقرة الثانية : تحقيق التّمييز في التّشريع وفقه قضاء التوّنسيّين..... 71
المحور الأوّل : من حيث الموضوع أو الشرط المادّي..... 71
1-تطبيق المبدأ في مجال المقرّر الإداري..... 74
2-تطبيق المبدأ في المجال التّعاقدي..... 75
3-تطبيق المبدأ في المجال التّقصيري..... 77
المحور الثّاني : من حيث الاختصاص والإجراءات..... 80
الفصـــل الثانـــي : توزيع قضاء الإدارة..... 81
الفصـــل الثالـــث : المراجع التّشريعيّة للقضاء الإداري العام..... 85

البـــاب الثانـــي
التّنظيـــم الهيكلـــي

الفصـــل الأوّل : المحكمة الإدارية..... 88
الفقرة الأولى : ولاية المحكمة الإدارية..... 89
1-توحيد النّزاعات الإدارية تحت رقابة المحكمة الإدارية وتوسيع نطاقها..... 89
2-تكريس اختصاص المحكمة الإدارية على ضوء فقه قضائها السّابق..... 90
3-توسيع الدّور الاستشاري للمحكمة الإدارية..... 91
الفقرة الثانية : هيكلة المحكمة الإدارية..... 92
1-طبيعة المحكمة الإدارية الهيكليّة..... 92
2-الهيئات القضائيّة..... 93
الفصـــل الثانـــي : المحاكم الإدارية الدّنيا المراقبة..... 97
الفقرة الأولى : المحاكم الإدارية الدّنيا الخاضعة لرقابة المحكمة الإدارية استئنافيّا..... 97
الفقرة الثانية : المحاكم الإدارية الدّنيا الرّاجعة لرقابة المحكمة الإدارية تعقيبا..... 98
الفقرة الثالثة : المحاكم الإدارية الدّنيا الخاضعة لرقابة المحاكم العدليّة. 102
*المثال الأوّل : الهيئة الوطنيّة للاتّصالات..... 103

*المثال الثاني : هيئة السّوق الماليّة..... 103
*المثال الثالث : الهيئة الوطنيّة لحماية المعطيات الشخصيّة.... 104
*المثال الرّابع : المحاكم التي تنظر في قرارات الهيكل المكلّف بالملكية الصّناعيّة..... 106
الفقرة الرّابعة : إلقضاء الإداري الموكول كليّا للمحاكم العدليّة..... 108
الفصـــل الثالـــث : المحاكم الإدارية المستقلّة..... 109
الفصـــل الرّابـــع : الازدواجيّة القضائيّة ومشكلة تنازع الاختصاص..... 112
الفقرة الأولى : إلتّوزيع الإجباري للاختصاص في بعض المواد التي كانت محل اختلاف..... 114
الفقرة الثانية : تأكيد الموانع الخاصّة المفروضة على المحاكم العدليّة. 118
الفقرة الثالثة : إلتّنازع الإيجابي في الاختصاص..... 118
الفقرة الرّابعة : إلإجراءات الوقائيّة..... 124
أ-الإجراء الوقائي لدى الجلسة العامّة للمحكمة الإدارية أو لدى محكمة التّعقيب..... 124
ب- الإجراء الوقائي لتفادي نزاع سلبي في الاختصاص قد يؤدّي إلى نكر العدالة..... 126
ج- الإجراء الوقائي لتفادي نزاع إيجابي عملا بالفصل 8 من القانون عدد 38..... 127
الفقرة الخامسة : إلأحكام العامّة المتعلّقة بمجلس التّنازع..... 129

البـــاب الثالـــث
نظـــام القضـــاء الإداري الإجرائـــي

الفصـــل الأوّل : تنوّع الإجراءات..... 132
1-القضاء العادي..... 132
2-القضاء الاستعجالي..... 133
3-القضاء الفرعي..... 133
4-القضاء التّراجعي..... 133
5-القضاء الإعلاني..... 133
الفصـــل الثانـــي : القواعد الأصوليّة..... 134

الفقرة الأولى : صفة الاستقلاليّة..... 134
الفقرة الثانية : الطابع الاستقصائي..... 136
الفقرة الثالثة : الصّبغة الكتابيّة للإجراءات..... 140
الفقرة الرابعة : الصّبغة الإدارية للإجراءات..... 140
الفصـــل الثالـــث : محدّدات الدّعوى..... 142
الفقرة الأولى : الأطراف..... 142
الفقرة الثانية : الموضوع..... 145
الفقرة الثالثة : الوقائع ووصف الوقائع..... 146
الفقرة الرّابعة : السّبب..... 147
الفقرة الخامسة : الأساس القانوني..... 148
الفصـــل الرّابـــع : القيام بالدّعوى والإجراءات لدى المحكمة الإدارية..... 149

القســـم الثانـــي
الطّعـــن ضـــدّ القـــرار الإداري.قضـــاء تجـــاوز السلطـــة

مقـــدّمة. قضـــاء الإلغـــاء وقضاء تجاوز السلطة..... 155
الفقرة الأولى : قضاء الإلغاء وأنواعه..... 155
الفقرة الثانية : الطّعن بتجاوز السلطة..... 160

البـــاب الأوّل
غايـــة الطّعـــن، معاييـــره، شروطـــه

الفصـــل الأوّل : الطّعن بتجاوز السلطة في ظلّ مبدإ الشّرعيّة..... 167
الفقرة الأولى : مصادر الشرعيّة الفوقيّة..... 168
الفقرة الثانية : سلّم الشّرعيّة الإدارية الدّاخليّة..... 171
الفصـــل الثانـــي : شروط الطّعن..... 175

الفقرة الأولى: الشرط الأوّل : طبيعة النّزاع..... 175
*تمييز قضاء تجاوز السلطة، كجزء من القضاء الإداري، عن النّزاعات غير الإدارية..... 176
*تمييز قضاء تجاوز السلطة، عن القضاء الإداري، غير الإلغائي:177
*العلاقة بين الطّعن بتجاوز السّلطة والطّلبات الحقوقيّة..... 178
الفقرة الثانية : الشرط الثاني : السّلطة الإدارية..... 179
الفقرة الثالثة : الشرط الثالث : القرار الإداري..... 187
الفقرة الرّابعة : الشرط الرّابع : المصلحة للقيام بالدّعوى..... 196
المحور الأوّل : تعريف المصلحة..... 196
المحور الثاني : شروط المصلحة..... 202
1-واقعة أو متوقّع حدوثها..... 202
2-شخصية لا مجرّدة..... 203
3-مباشرة لا منفصلة..... 205
4-ذات اعتبار لا طفيفة..... 207
5-مشروعة..... 207
6-قائمة الذّات عند رفع الدّعوى وإلى صدور الحكم..... 208

البـــاب الثانـــي
إجـــراءات رفـــع الطّعـــن بتجـــاوز السلطـــة

الفصـــل الأول : الطّعن المباشر..... 212
الفقرة الأولى : انطلاق الأجل : الإعلام-النشر-الإعلان-الإبلاغ-المعرفة..... 213
الفقرة الثانية : نظرية المعرفة المكتسبة..... 216
الفقرة الثالثة : فوات الأجل..... 220
الفقرة الرابعة : العريضة الافتتاحية..... 222
القواعد العامّة..... 222
+الوقائع..... 223
+السبب..... 223
+الأساس القانوني..... 223

+الوسائل..... 224
+الموضوع..... 224
رسوخ الدعوى..... 225
الفقرة الخامسة : الطّعن ضد عدة قرارات في عريضة واحدة..... 228
الفقرة السادسة : السلطة الإدارية القائم ضدها الطّعن..... 231
الفصـــل الثانـــي : الإجراء الاختياري عن طريق المطلب المسبّق..... 234
الفقرة الأولى : أحكام عامّة..... 234
الفقرة الثانية : المطلب المسبق وإثارة القرار..... 236
الفقرة الثالثة : شكليّات المطلب المسبق وإثباته..... 237
الفقرة الرابعة : إجابة الإدارة عن المطلب المسبّق..... 240
الفصـــل الثالـــث : النّظام الإجرائي الخاص بالأوامر ذات الصّبغة التّرتيبيّة 243
وجوب المطلب المسبّق..... 244
التّمثيل..... 244
الاختصاص..... 244

البـــاب الثالـــث
الحكـــم

الفصـــل الأوّل : سمات الحكم..... 248
الفقرة الأولى : الحكم الإلغائي والمفعول المطلق لاتّصال القضاء..... 248
الفقرة الثانية : حدود القوّة المطلقة لاتّصال القضاء في قضاء البطلان 251
الفقرة الثالثة : محتوى الحكم..... 254
الفصـــل الثانـــي : واجب التنفيذ..... 256

القسم الثالث
القضاء الحقوقي (أو الكامل)

الباب الأوّل
تعريف القضاء الحقوقي وسماته

الفصل الأول : أسباب الدّعاوي الحقوقيّة 271
الفقرة الأولى : أحكام عامّة 271
الفقرة الثانية : الدعاوي المتعلقة بالعقود الإدارية 273
الفقرة الثالثة : "الدعاوي الرّامية إلى جعل الإدارة مدينة..." 274
الفقرة الرابعة : البند الاحتياطي 277
الفصل الثاني : مشمولات القاضي في القضاء الحقوقي 278
الفقرة الأولى : نطاق مشمولات القاضي 278
الفقرة الثانية : حدود مشمولات القاضي 281
1-ميدان الإستيلاء على أملاك الغير 284
2-ميدان القضاء الاستعجالي 284
3-ميدان الترسيم بالمهن الحرة 285
4-ميدان القرارات المنعدمة 285
5-وكل ميدان آخر جعل فيه المشرّع للقاضي سلطة تشمل التعليمات أو الأوامر 285

الباب الثاني
المبادئ الإجرائيّة والحكم في القضاء الحقوقي

الفصل الأوّل : مبادئ الإجراءات في القضاء الحقوقي 288
الفقرة الأولى : الصبغة المزدوجة 288

الفقرة الثانية : القضاء الحقوقي قضاء مفتوح من حيث الآجال. قواعد سقوط الدّعوى بمرور الزّمن 290
أ-في مادّة الالتزامات غير المقدّرة 292
ب-في مادّة الدّيون المقدّرة والثّابتة نهائيّ 293
ج-الاستثناءات 294
الفقرة الثالثة : الإنابة والتمثيل 294
الفقرة الرّابعة : إعلام سلطة الإشراف قبل التّقاضي ضدّ الجماعات العموميّة الترابيّة 296
-الموقف الأوّل : 297
-الموقف الثاني : 298
-الموقف الثالث : 298
-الموقف الرّابع : 298
الفصل الثاني : الحكم في القضاء الكامل وتنفيذه 299
1.على مستوى اتّصال القضاء 301
2.على مستوى الطّرق الاستدراكيّة 301
3. على مستوى التنفيذ 301
الفصل الثالث : ضمّ طلبين في تجاوز السلطة وفي التعويض، والفصل فيهما بحكم واحد 303

القسم الرّابع
الطرق الاستدراكيّة

الباب الأوّل
الاستئناف في القضاء الإداري

الفصل الأوّل : اختصاص المحكمة الإداريّة استئنافيّا 313
الفقرة الأولى : دور الدّوائر الاستئنافيّة 313

الفقرة الثانية : شموليّة الاستئناف..... 314
الفصـــل الثانـــي : إجراءات الاستئناف..... 316
الفصـــل الثالـــث : مفعول الاستئناف..... 318
الفقرة الأولى : المفعول الإيقافي للاستئناف..... 318
الفقرة الثانية : المفعول الانتقالي للاستئناف..... 319
المحور الأوّل : لا انتقال إلاّ في حدود ما حكم فيه..... 321
المحور الثاني : لا انتقال إلاّ في حدود ما استؤنف في شأنه..... 323
المحور الثالث : حق التّصدّي أو التّولّي..... 325
أ-الصّورة الأولى : خرق الإجراءات القضائيّة مع البتّ في الموضوع من قبل قاضي البداية..... 325
ب-الصّورة الثانية : لم يبتّ قاضي البداية في الموضوع (الفقرة الثالثة من الفصل 65 جديد) 327
1- مثال للتّصدّي..... 328
2- مثال للإرجاع..... 328
الفصـــل الرّابـــع : الحكم الاستئنافي..... 330
الفقرة الأولى : التّأييد أو الإقرار..... 331
الفقرة الثانية : النّقض..... 332
الفصـــل الخامـــس : الأوجه الاستئنافيّة الخاصّة لدى محاكم غير المحكمة الإداريّة..... 334

البـــاب الثانـــي

التعقيـــب

الفصل الأول : معنى التعقيب :..... 338
الفقرة الأولى : معنى التعقيب عامّة..... 338
الفقرة الثانية : معنى التعقيب في المادّة الإداريّة..... 339
المحور الأوّل : الجذر التاريخي المشترك بين التعقيب وتجاوز السلطة بفرنسا..... 339
المحور الثاني : التمييز بين الطّعنين..... 340
المحور الثالث : استقلال الطّعنين..... 342

المحور الرابع : وجود الطّعنين بدون حاجة إلى التنصيص الصريح عليهما. 343
الفصـــل الثانـــي : طبيعة الطّعن بالتعقيب وعواقبها..... 345
الفقرة الأولى : هدفه..... 345
الفقرة الثانية : مداخل الطّعن بالتّعقيب..... 346
المحور الأوّل : الإفراط في السّلطة..... 347
المحور الثاني : خرق الصّيغ الشكليّة..... 348
المحور الثالث : "خرق القانون" أو القاعدة الشرعية..... 350
الفقرة الثالثة : مراقبة قاضي التّعقيب..... 352
المحور الأول : مراقبة قاضي التّعقيب عن طريق التعليل..... 352
المحور الثاني : حدود رقابة حاكم التّعقيب..... 352
الفصـــل الثالـــث : أوجه الطّعن بالتعقيب لدى المحكمة الإداريّة..... 354
الفقرة الأولى : تأويل مجلس تنازع الاختصاص حول اختصاص المحكمة الإداريّة تعقيبا (قرار ستراميكا STRAMICA 25 ماي 2004) 354
الفقرة الثانية : الأوجه المنصوص عليها بقانون واحد جوان..... 357
المحور الأوّل : تعقيب القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف العدليّة في مادّة التوظيف الجبري..... 357
المحور الثاني : تعقيب القرارات الصّادرة في مادّة توظيف الآداءات والمعاليم الرّاجعة للجماعات المحليّة واسترجاعها..... 358
المحور الثالث : تعقيب القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف في مجال استخلاص الديون العمومية..... 358
المحور الرابع : تعقيب بعض القرارات النهائيّة الصّادرة عن المحاكم الابتدائية..... 359
المحور الخامس : تعقيب القرارات القضائيّة الصّادرة عن محاكم الاستئناف في النزاعات المتعلّقة بالمهن الحرّة..... 360
المحور السادس : الطّعن ضدّ قرارات اللّجنة المصرفية..... 362
الفقرة الثالثة : الاحتمالات التّعقيبية الخارجة عن نطاق قانون غرّة جوان..... 363
المحور الأول : معايير الهيكل القضائي وشبه القضائي..... 364
*المعيار العضوي..... 364
*المعيار الشكلي..... 365
*المعيار المادي..... 366

المحور الثاني : معيار القضاء الإداري..... 369

الفصـــل الرّابـــع : إجراءات رفع الطّعن بالتّعقيب..... 372

الفصـــل الخامـــس : الحكم التعقيبي..... 376

الفقرة الأولى : الرّفض..... 376

الفقرة الثانية : النقض..... 377

-النقض والإحالة..... 377

-النقض بدون إحالة..... 377

الفقرة الثالثة : الحكم في الأصل..... 378

القســـم الخامـــس
الإجـــراءات الفرعيـــة والدعـــاوى التراجعيـــة

البـــاب الأوّل
الإجـــراءات الفرعيّـــة

الفصـــل الأوّل : الطلبات العارضة..... 384

الفقرة الأولى : الطّلبات الإضافيّة..... 385

المحور الأوّل : علاقة الطّلب الإضافي بالأصلي واتّصال الطلبين..... 385

المحور الثاني : شرط السّبب..... 387

المحور الثالث : أجل تقديم الدّعوى..... 387

الفقرة الثانية : الطلبات العرضيّة..... 388

المحور الأوّل : مدى العلاقة الاتّصاليّة بين الطّلب الأصلي والطلب العرضي 389

المحور الثاني : النّتائج المترتّبة عن اتّصال الطلبين..... 391

المحور الثالث : المجالات التي لا يمكن فيها رفع الدعوى المعارضة..... 392

المحور الرّابع : الإجراءات..... 393

الفقرة الثالثة : التّداخل والإدخال..... 393

المحور الأوّل : تعريف التّداخل والإدخال في فقه المرافعات العام..... 394

المحور الثاني : الشروط الراجعة إلى صفة المتداخل أو الذي وقع إدخاله... 396

المحور الثالث : التداخل والإدخال في فقه المرافعات الإدارية..... 398

أ-في ميدان تجاوز السّلطة..... 400

ب-في ميدان القضاء الكامل..... 402

ج-الشرط والقواعد المشتركة..... 404

الفصـــل الثانـــي : المسائل التّوقيفيّة Questions préjudicielles..... 405

الفقرة الأولى : ملاحظات اصطلاحيّة..... 406

الفقرة الثانية : العناصر الجوهريّة للمسائل التّوقيفيّة..... 409

1- المسألة التّوقيفيّة مسألة فرعيّة اعتراضيّة..... 409

2- المسألة التّوقيفيّة، مسألة قانونيّة معضلة تتطلّب التّريّث والرّويّة، وشرطها أن تبعث في ذهن القاضي صعوبة حقيقيّة..... 410

3- المسألة التوقيفيّة خارجة عن اختصاص القاضي المتولّي في الأصل..... 412

4- تعلّق الأصل بالفرع..... 414

5-مصدر الإشكال : مبدآن متناقضان..... 415

الفقرة الثالثة : العناصر العمليّة..... 422

1-الحكم بالتّوقيف و الإحالة..... 422

2-رفع الدّعوى الفرعيّة..... 423

3-الحكم في القضيّة الفرعيّة..... 425

-قوّة الحكم..... 425

4-"استئناف" القضية أمام قاضي الأصل..... 426

5-سقوط الخصومة..... 426

الفصـــل الثالـــث : توقيف التنفيذ..... 428

الفقرة الأولى : توقيف تنفيذ القرارات الإداريّة وتوقيف تنفيذ الأحكام. 428

الفقرة الثانية : توقيف تنفيذ القرار الإداري..... 430

1-ارتباط الفرع (توقيف التّنفيذ) بالأصل (تجاوز السلطة) 431

*الأعمال الإداريّة الماديّة : 432

*القرارات السّلبيّة : 433

2-انفراد الفرع عن الأصل..... 435

3-الصّبغة الاستثنائيّة للإذن بتوقيف التّنفيذ وشروطه..... 437
4-وقف تنفيذ القرارات التي تم تنفيذها..... 440
5-قوة الإذن بتوقيف التنفيذ..... 442
6-"الأمر" بتوقيف التنفيذ، إجراءاته، درجاته..... 444
* الإذن بالتأجيل..... 445
*حالة شديد التأكيد..... 446
7-مآل توقيف التنفيذ..... 447
الفقرة الثانية : توقيف تنفيذ الأحكام..... 448
1-القواعد الأصولية..... 448
2-توقيف تنفيذ الأحكام في المادة الإدارية قبل إصلاح 3 جوان 1996..... 449
3-توقيف تنفيذ الأحكام، بعد تنقيح 3 جوان 1996..... 454
*الأوجه التي تعرض لها قانون غرة جوان..... 454
*صلة الفرع بالأصل..... 456
*شروط التوقيف..... 456
*إسناد الاختصاص التوقيفي وإشكالاته الجوهرية..... 457
الفصل الرّابع : دعوى الزّور..... 460
الفصل الخامس : إصلاح الغلط ومطالب شرح الأحكام..... 464
الفقرة الأولى : إصلاح الغلط..... 464
الفقرة الثانية : شرح الأحكام..... 465
الفصل السادس : الدّعاوي الاستعجاليّة..... 467
الفقرة الأولى : تعريف القضاء المستعجل وقواعده العامّة..... 467
الفقرة الثانية : أصناف القضاء الاستعجالي. صبغته الوقائيّة ومسألة الارتباط بالأصل..... 470
الفقرة الثالثة : التأكّد والصّبغة الاستثنائيّة..... 473
الفقرة الرّابعة : الاختصار..... 475
الفقرة الخامسة : الصّبغة المؤقّتة..... 476
الفقرة السادسة : ملاحظات ختاميّة..... 477

البـــاب الثانـــي
الدّعـــاوي التّراجعيّـــة

الفصـــل الأوّل : دعوى إعادة النّظر..... 485
الفصـــل الثانـــي : اعتراض الغير..... 489
الفقرة الأولى : شروط الاعتراض..... 490
الفقرة الثانية : إجراءات الاعتراض..... 492
الفقرة الثالثة : الاعتراض ومسألـــة الصّبغـــة الاستقصائيّة أو التّوجيهيّة للقضاء الإداري..... 493
الفقرة الرّابعة : الحكم الاعتراضي..... 496
الفقرة الخامسة : الطّعن الاستئنافي ضدّ الحكم الاعتراضي..... 497
الفصـــل الثالـــث : اعتراض المحكوم عليه غيابيّا..... 498

الفهـــرس التحليلي..... 501

الفهـرس..... 515