الجمهورية التونسية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة تونس المنار

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

كراس الدروس المسيرة عدد 1

السنة الثالثة إجازة أساسية في القانون العام

2027-2026

المادة: النزاعات الإدارية

المبحث الأول: القاضي الإداري و القانون الإداري

المشرف على المادة: الأستاذ مالك العمري

الأستاذة المشرفة على الدروس المسيرة: درصاف عشي

المراجع:

René chapus, Droit de contentieux administratif 3éme édition Montechrestien,1991P26-P35

René chapus, Droit ADMINISTRATIF g2N2RAL ? Tome 1/6éme édition Montechristien,1992 P1-P5

رضا جنيح، القانون الإداري ، مجمع الأطرش طبعة رابعة ، تونس 2024 الصفحة من 6 إلى 25.

أجب عن الأسئلة التالية :

1- عرّف الإدارة
2- عرّف النزاع الإداري
3- بيّن أهم مراحل تطور القانون والقضاء الإداريين
4- ميّز بين النزاع الإداري و نزاع الإدارة

الموضوع النظري الأول: القاضي الإداري و القانون الإداري

الموضوع النظري الثاني: القاضي الإداري ونظام الثنائية القضائية

René Chapus, Droit du contentieux administratif,
3ème édition Montchrestien, 1991
P26 – P35.

PLAN DE L'OUVRAGE

RTIE I — INTRODUCTION A L'ETUDE DU REGIME JURIDIQUE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Chapitre I — Les juridictions administratives
Chapitre II — Les sources du statut de la juridiction administrative
Chapitre III — La structure du contentieux administratif

RTIE II — LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Chapitre I — Les principes
Chapitre II — La compétence d'attribution
Chapitre III — La compétence territoriale

RTIE III — LES RECOURS JURIDICTIONNELS

Chapitre I — Le régime de la recevabilité des recours
Chapitre II — Le régime de la coexistence entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux
Chapitre III — Les recours en déclaration

TIE IV — L'INSTANCE

Chapitre I — Les éléments constitutifs de l'instance
Chapitre II — L'instruction
Chapitre III — Le jugement

TIE V — LES VOIES DE RECOURS

Chapitre I — Le recours en appel
Chapitre II — Le recours en cassation
Chapitre III — Les voies de recours spéciales

TIE VI — LES PROCEDURES D'URGENCE

Chapitre I — Le constat d'urgence et le référé administratif
Chapitre II — Le sursis à exécution des décisions administratives
Chapitre III — Le sursis à exécution des jugements

INTRODUCTION A L'ETUDE DU REGIME JURIDIQUE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

25. A. – Aux sources de la justice administrative : de 1790 à l'institution du Conseil d'Etat et des conseils de préfecture (an VIII). — En 1790, se souvenant de certains errements de l'Ancien Régime, l'Assemblée constituante rejette deux propositions : — celle de confier la connaissance du contentieux administratif aux tribunaux « ordinaires » (c'est-à-dire judiciaires), dont elle craint que, renouant avec les « abus des parlements », ils ne troublent indûment le fonctionnement de l'administration (loi des 16-24 août 1790, Titre II, art. 13) ; — celle d'instituer des tribunaux administratifs composés (comme les nouvelles juridictions judiciaires) de magistrats élus, et distincts à la fois de ces juridictions et de l'administration, mais qui, susceptibles d'apparaître comme des « juridictions d'exception », rappelleraient la trop fréquente institution de telles juridictions sous l'ancienne monarchie.

C'est à des collèges, composés de membres de l'administration elle-même (« d'administrateurs actifs »), ainsi qu'au gouvernement, que sera confié le règlement du contentieux administratif : — d'une part, pour certaines affaires locales, les directoires (c'est-à-dire les exécutifs collégiaux) des départements et districts (loi des 7-11 septembre 1790) ; — d'autre part, et pour le reste, le conseil des ministres présidé par le roi, chef de l'administration générale (loi des 27 avril-25 mai 1791) ; étant précisé que la suppression de la collégialité ministérielle par la Constitution du 5 fructidor an III (art. 15) aura pour conséquence d'ériger chaque ministre en juge, chacun d'eux ayant compétence à l'égard des affaires de son département.

L'Assemblée constituante se situe ainsi, et c'est tout à fait remarquable, *dans la ligne d'une tradition* : elle continue la politique constante de l'Ancien Régime, telle qu'elle avait notamment été exprimée par Richelieu dans l'édit de Saint-Germain de février 1641 (faisant « très expresses inhibitions et défenses » aux cours judiciaires « de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires... qui peuvent concerner l'Etat, administration et gouvernement d'icelui ») et par Louis XIV, dès le début de son règne personnel, dans l'arrêt du Conseil du roi du 8 juillet 1661.

Et, ce faisant, l'Assemblée n'estime pas contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs, dont elle a solennellement proclamé qu'il est une des bases nécessaires de toute société légitimement constituée (Déclaration de 1789, art. 16). Le pouvoir de juger qui, selon Montesquieu, doit être distinct du pouvoir exécutif, n'est, en effet, que celui de juger « les crimes » et « les différends des particuliers » (Livre XI, chapi-

6, de *L'Esprit des lois*) ; on pourrait dire : les infractions pénales et les litiges vés. Le jugement des litiges administratifs est, quant à lui, conçu comme devant er de pair avec l'action d'administrer ; et, par suite, comme devant être inclus dans attributions des administrateurs eux-mêmes.

Aussitôt la Révolution finie, c'est-à-dire en l'an VIII, une des grandes réformes du nsulat mettra fin (sauf en ce qui concerne la juridiction des ministres) au système l'administrateur-juge institué dix ans plus tôt et qui était évidemment trop contraire x exigences les plus élémentaires de l'équité pour qu'on puisse s'en accommoder rablement.

La justice administrative n'est pas pour autant dissociée de l'administration. Mais, lieu d'être exercée par l'administration active, elle le sera par « l'administration nsultative », à qui il appartiendra, non seulement de conseiller les administrateurs ifs, mais aussi de statuer sur les réclamations provoquées par leur comportement. C'est ainsi que pour le jugement des litiges administratifs sont créés, non pas des ours » ou des « tribunaux », mais des « conseils » : le Conseil d'Etat, sur le plan ional, les conseils de préfecture, dans les départements.

26. B. – La conception de la justice administrative : le principe « juger l'administration, c'est encore administrer ». — Par l'institution du Conseil d'Etat et des conseils préfecture, c'est toute une conception de la justice administrative qui s'est trouvée ncrétisée : une conception qui est spécifiquement française, et qui procède de la nsidération et de la conviction qu'un juge administratif doit être, non pas et sans ns un juge spécialisé en matière administrative, mais un juge ayant *l'esprit de l'administrateur*, un juge conscient que ses décisions doivent être « un complément de l'action ministrative ».

En d'autres termes, et pour utiliser une formule qui sera maintes fois reprise au urs des temps, cette conception, remarquablement analysée par M. Pierre Sandevoir *tudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964), procède de la considération e, statuer en matière de contentieux administratif, « c'est encore administrer » mme le répètera Hauriou ; note *Terrier*, S 1903, 3, 25, § 2, III). De façon plus istante, on dira : *« C'est encore et ce doit être encore administrer »*.

« C'est encore administrer », écrivait, dans les débuts de l'autre siècle, le président Henrion Pansey. « On administre donc de deux manières », poursuivait-il, avant de conclure : « Ainsi, lministration se compose de deux parties distinctes : l'une réglementaire : c'est l'administration prement dite ; l'autre contentieuse : c'est ce qu'on appelle le contentieux administratif » (*De utorité judiciaire en France*, 2 vol., Ed. Th. Barrois, 3e éd., 1827 ; v. t. 2, p. 331-332).

Une telle conception de la justice administrative expose évidemment à un risque : ui d'une justice complaisante (pour l'administration), préoccupée à l'excès de ses soins et de ses convenances. Il n'est pas impossible que ce risque se soit, à certaines oques anciennes, réalisé dans une certaine mesure ; il est arrivé, en tout cas, que stitution du Conseil d'Etat (notamment) ait été considérée comme constituant, au ofit de l'administration, un « privilège de juridiction ».

L'équilibre entre le souci de tenir compte des besoins de l'administration et la volonté d'assurer le respect des droits et intérêts privés a, en tout cas, été progressivement atteint, — à mesure que l'administration prenait l'habitude de la censure juridictionnelle et que, un progrès en appelant un autre, cette censure pouvait être poussée plus loin, — et à mesure que les mœurs évoluaient ; et cela d'autant plus naturellement que le service de l'intérêt général ne peut vraiment être assuré que si la sensibilité aux besoins de l'action administrative est pleinement conjointe à la préoccupation de réparer les torts causés aux administrés. On peut croire que c'est cet objectif d'équilibre et de conciliation que Napoléon définissait en exprimant, en 1806, sa volonté que le Conseil d'Etat soit (selon le propos rapporté par Pelet, de la Lozère ; *Opinions de Napoléon...*, F. Didot, 1833, p. 191) « un corps demi-administratif, demi-judiciaire », c'est-à-dire un corps où se rencontrent et s'harmonisent l'esprit de l'administration et le sens de la justice.

Ou, en d'autres termes, empruntés à Vivien : une institution qui, tout à la fois, « donne aux citoyens toutes les garanties d'un jugement réel » et « donne à l'administration la certitude que ses juges seront pénétrés de son esprit et familiers de ses besoins » (*Rapport sur le projet de loi relative au Conseil d'Etat*, prévue par la Constitution de 1848, S 1849, L, p. 8).

On remarquera qu'une telle conception de la justice administrative est de nature à rendre vaine la critique parfois adressée au principe même de son institution, au nom de l'illogisme du dualisme juridictionnel.

— Relativement à cette conception et, de façon générale, aux origines de la justice administrative, v. notamment, outre l'ouvrage précité de P. Sandevoir : J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970 ; *Du principe de séparation au principe de dualité*, RFDA 1990, p. 712 ; G. Vedel, *La loi des 16-24 août 1790. Texte ? Prétexte ? Contexte ?*, RFDA 1990, p. 698.

27. Il reste à faire apparaître comment se concrétise le principe sur lequel est fondée l'institution de la justice administrative et comment il n'exclut pas que ceux qui ont la charge de rendre cette justice soient des magistrats, avec tout ce que cette qualité suppose.

28. a) Concrétisations du principe. — 1°) Le principe selon lequel juger l'administration, c'est encore et ce doit être encore administrer explique que les juridictions administratives, telles notamment que le Conseil d'Etat, ont aujourd'hui encore pour fonction tant de conseiller que de juger l'administration, ou, d'une façon plus générale, cumulent des attributions d'ordre administratif et des attributions proprement juridictionnelles.

Sur ces attributions administratives, v. A. Andrieux, *le rôle consultatif du Conseil d'Etat*, Livre jubilaire, Sirey, 1952, p. 395 ; F. de Baecque, *Le Conseil d'Etat, conseil du gouvernement, in* Administration et politique sous la Ve République (direct. F. de Baecque et J.-L. Quermonne), PFNSP 1981, p. 129 ; R. Martin, *Le rôle consultatif du Conseil d'Etat en matière économique*, Livre jubilaire (préc.), p. 415.

R. Ludwig, *Considérations sur le rôle non juridictionnel des tribunaux administratifs*, AJ 1966, p. 594 ; J.-P. Pastorel, *Une illustration des attributions consultatives des tribunaux administratifs : l'avis*, LPA 18 novembre 1988, p. 4.

V., de plus, R. Drago, *Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'Etat*, Mélanges Waline, LGDJ, 1974, p. 379.

29. 2°) Le principe explique aussi que les magistrats administratifs professionnels (membres du Conseil d'Etat, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs ; ainsi que membres de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes) relèvent, comme la généralité des fonctionnaires de l'Etat, et à la différence des magistrats judiciaires professionnels, du *statut général de la fonction publique*, dont les principes sont appropriés à la spécificité de leurs fonctions par les diverses dispositions législatives et décrétales déterminant leurs statuts particuliers.

Celui des membres du Conseil d'Etat (260 personnes environ, dont 190 à 200 sont « en service » au Conseil) est actuellement fixé, tant par le Titre I^er^ de l'ordonnance du 31 juillet 1945, *sur le Conseil d'Etat*, que par le décret (n° 767) du 30 juillet 1963 (modifié, sur des points particuliers, par les décrets des 24 février 1973, 26 août 1975, 29 novembre 1985, 18 mai 1989 ; et remplaçant celui du 31 juillet 1945).

Quant au statut particulier des quelque 550 conseillers des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, il est actuellement défini, tant par la loi du 6 janvier 1986, *fixant les règles garantissant leur indépendance* (et instituant notamment un *Conseil supérieur* de ces tribunaux et cours ; v. n° 33, 2°), que par le décret du 28 septembre 1988 (remplaçant celui du 12 mars 1975, qui avait succédé au décret du 30 décembre 1963 ; ce dernier ayant lui-même succédé au très sommaire décret n° 936 du 30 septembre 1953).

A propos du décret du 12 mars 1975 et de la validation de certaines de ses dispositions (art. 30) par la loi du 10 décembre 1977, v. CE 30 juin 1978, *Delcourt et autres*, p. 281.

— On observera que la distinction de deux corps de magistrats n'exclut pas l'accès au Conseil d'Etat (comme maîtres des requêtes ou conseillers) de membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, selon des modalités qui, depuis 1953, ont été quelque peu élargies (v. décret n° 935 du 30 septembre 1953, art. 3, modifié successivement par celui du 2 juin 1969 et par le décret n° 1261 du 29 novembre 1985).

30. Bibl. — 1°) R. Abraham, *Les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, RFDA 1988, p. 207.

2°) Décret du 30 décembre 1963 : v. C. Gabolde, *Du conseiller de préfecture au magistrat administratif*, D 1964, chron., p. 31 ; et les études de J. Puisoye, Rev. adm. 1964, p. 245 et 1966, p. 19.

3°) Décret du 12 mars 1975 : v. M. Combarnous, *Le nouveau statut des membres des tribunaux administratifs : une évolution inachevée*, AJ 1975, p. 161.

4°) Loi du 6 janvier 1986 : v. les études de B. Pacteau, RFDA 1986, p. 783 ; L. Richer, Rev. adm. 1986, p. 278 et M. Tourdias, *ibid.*, p. 275.

V. aussi D. Chabanol, AJ 1984, p. 240 (à propos de l'article 9 du statut général du 11 janvier 1984, en conséquence duquel a été votée la loi du 6 janvier 1986).

5°) A. Cochemé, *Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, RFAP 1991, p. 97 ; M. Long, *Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, EDCE 1988, n°40, p. 227.

31. 3°) Le principe explique enfin ce qu'est, à certains égards, *le contenu* du statut des magistrats administratifs :

— La règle selon laquelle ils sont formés et recrutés dans les mêmes conditions que les cadres supérieurs de l'administration active, c'est-à-dire par la voie du concours de l'Ecole nationale d'administration.

Alors que les magistrats judiciaires ont une formation et un recrutement spécifiques, relevant de l'Ecole nationale de la magistrature.

Relativement à l'organisation de « recrutements complémentaires » de conseillers des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, v. n° 56.

— L'institution (traditionnelle) du « tour extérieur », qui se traduit essentiellement par l'intégration de fonctionnaires de l'administration active dans les corps de magistrats administratifs et qui joue un rôle particulièrement important pour le recrutement du Conseil d'Etat (ainsi, du reste, que pour celui de la Cour des comptes).

Et cela, même si, les auditeurs au Conseil d'Etat étant exclusivement issus de l'ENA, le tour extérieur ne concerne que le recrutement des maîtres des requêtes et conseillers.

Un quart au plus (depuis la loi du 8 avril 1910, art. 37 ; un tiers auparavant) des emplois vacants de maîtres des requêtes et un tiers au plus (loi du 1^er^ mars 1923 ; la moitié auparavant) des emplois vacants de conseillers d'Etat peuvent être, et sont effectivement, pourvus au tour extérieur, — qui permet le recrutement, comme maîtres des requêtes, de personnels âgés d'au moins 30 ans et justifiant d'au moins 10 ans de service public ; et le recrutement, comme conseillers d'Etat, de toutes personnes âgées de 45 ans au moins (v. ordonn. du 31 juillet 1945, art. 7 et 9).

Sur l'organisation (en forme de concours sur titres) du tour extérieur pour le recrutement du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, v. actuellement la loi du 6 janvier 1986, art. 8 et le décret du 28 septembre 1988, art. 7 ; — v., de plus, la loi préc., art. 12 et le décret préc., art. 8, relativement à la possibilité (ouverte en 1975) de *détachement* de fonctionnaires et magistrats judiciaires dans le corps des tribunaux et cours.

Quel que soit le mode de recrutement, les nominations sont prononcées par *décret du président de la République* : décret en conseil des ministres, pour les conseillers d'Etat (Constitution, art. 13, al. 3) ; décret simple, pour les autres membres du Conseil d'Etat (ordonnance du 28 novembre 1958, art. 2) et pour les conseillers des tribunaux et cours d'appel (loi du 6 janvier 1986, art. 1^er^).

— Enfin, les larges possibilités, largement utilisées (notamment par les membres du Conseil d'Etat), d'exercer des activités extérieures : soit cumulées avec la fonction principale (par exemple, et c'est très usuel, lorsqu'ils contribuent à composer ou qu'ils président des commissions administratives d'étude, de contrôle ou de gestion) ; soit exercées à titre exclusif, en position de détachement (notamment, fonctions de directeurs de services administratifs ou d'entreprises publiques ; ainsi que fonctions gouver-

nementales ou mandats parlementaires), ou même sans détachement (cas des nominations dans les cabinets ministériels).

A cela s'ajoute le fait que les membres des juridictions administratives sont, tout comme les fonctionnaires de l'administration active, soumis à « l'obligation de mobilité », instituée à l'égard des personnels recrutés par l'ENA par le décret du 30 juin 1972 et en vertu de laquelle ils doivent être appelés à exercer, pendant deux ans (et dans les administrations centrales, le corps préfectoral, les services diplomatiques, les corps d'inspection, les entreprises publiques, les institutions internationales, etc.), des « fonctions différentes » de celles dont ils sont investis comme magistrats administratifs.

En ce qui concerne le Conseil d'Etat, l'obligation de mobilité est organisée (sans rigueur excessive) par le décret du 26 mars 1976 (v. sur l'application de ce décret, CE 29 septembre 1982, *Assoc. gén. des administrateurs civils*, p. 326, RDP 1984, p. 202, note R. Drago).

Pour les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, v. décret du 28 septembre 1988, art. 20 ; et loi du 6 janvier 1986, art. 16, modifié par la loi du 31 décembre 1989, art. 3.

32. b) La qualité de magistrat. — De ce qui précède, il serait erroné de conclure que le système de l'administrateur-juge s'est perpétué sous de nouvelles apparences et que les membres des juridictions administratives ne sauraient être légitimement ou pleinement considérés comme ayant la qualité de magistrat.

Ils la détiennent, tant du fait qu'ils exercent des fonctions de nature juridictionnelle, qu'en raison du *statut d'indépendance* dont ils bénéficient, qui les met en mesure de s'acquitter de leurs fonctions avec l'objectivité et l'impartialité qui s'imposent à ceux qui ont la charge de juger, et qui, sociologiquement comme juridiquement (v. CE 30 juin 1978, *Richard*, DA 1978, n° 278), est inséparable de la qualité de magistrat.

Sans doute, la garantie (traditionnelle pour les magistrats judiciaires du siège) d'un tel statut d'indépendance, c'est-à-dire l'inamovibilité, n'est pas, ou n'est pas explicitement, accordée à tous. Seuls les membres de la Cour des comptes et ceux des chambres régionales des comptes sont expressément déclarés inamovibles.

V. actuellement, d'une part, loi du 22 juillet 1967, art. 2 ; et d'autre part, loi du 10 juillet 1982, art. 4, qui précise (comme le fait le statut de la magistrature judiciaire : ordonn. du 20 décembre 1958, art. 4) qu'aucun membre d'une chambre régionale des comptes « ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ».

Moins explicite, l'état du droit n'est pas, en réalité, différent relativement aux membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, la loi du 6 janvier 1986 reprenant en ce qui les concerne la formule précitée (art. 1er). C'est une façon, aussi certaine et concrète que possible, de les déclarer inamovibles. Et on doit ajouter que le silence, sur le point considéré, des textes antérieurs à la loi de 1986 a été suppléé par une inamovibilité de fait, résultant de l'extrême réserve toujours observée par le gouvernement dans la gestion du corps des tribunaux administratifs.

Et cette extrême réserve n'est rien d'autre que celle qu'impose, à l'égard des membres du Conseil d'Etat, une tradition telle qu'elle est plus protectrice que ne le seraient les meilleurs textes.

Pour le contrôle exercé sur la légalité des décisions prises sur demandes de mutation présentées par les conseillers des cours et tribunaux administratifs, v. CE 11 juillet 1988, *Dme Picard*, p. 846, RFDA 1990, p. 224, note E. Ayoub.

33. Il est toutefois naturel que diverses pratiques ou dispositions textuelles contribuent au statut d'indépendance des magistrats administratifs.

1°) S'agissant des membres du Conseil d'Etat, on doit notamment relever l'usage selon lequel, en dépit des textes, leur avancement est assuré (réserve faite de l'accès aux grades de président de section et de vice-président du Conseil d'Etat) de façon automatique, c'est-à-dire *en fonction de la seule ancienneté* ; en conséquence de quoi, les membres du Conseil d'Etat n'ont rien à craindre et rien à espérer du gouvernement en ce qui concerne le déroulement de leur carrière au sein du conseil.

Quant à leur inamovibilité, il faut dire que son édiction n'aurait pas grand sens, s'agissant de magistrats appartenant à une institution unique ; et le Conseil d'Etat l'a toujours considérée comme inutile. Elle pourrait cependant être décidée pour la bonne forme ; et sans qu'y fasse obstacle le fait que le Conseil d'Etat est une institution mixte (conseil et juridiction), comme suffit à le montrer l'inamovibilité des membres de la Cour des comptes, institution mixte elle aussi.

2°) En ce qui concerne les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'attention doit se porter sur l'institution (déjà mentionnée, nos 29 et 30, 5°) par la loi du 6 janvier 1986 (art. 13 et 14 ; et décret du 17 juillet 1987), du *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* (ceci, depuis la loi du 31 décembre 1987).

Présidé par le vice-président du Conseil d'Etat et comprenant, parmi ses douze membres, cinq représentants élus des magistrats, ce Conseil supérieur est notamment appelé à intervenir, par des propositions, en matière d'avancement et de discipline des membres du corps.

A quoi s'ajoute qu'en vertu de la loi du 31 décembre 1987 (art. 3), ce corps est (depuis le 1er janvier 1990) rattaché pour sa gestion au secrétariat général du Conseil d'Etat et, par suite (comme le Conseil d'Etat lui-même) au ministère de la justice (v. décret du 19 décembre 1989, modifié par celui du 22 février 1991).

A ainsi pris fin son rattachement au ministère de l'intérieur, survivance de l'époque des conseils de préfecture, mais rattachement dont il faut bien dire qu'il n'a jamais suscité de critiques qu'en raison de son illogisme (par rapport à celui du Conseil d'Etat) et de l'effet regrettable qu'il pouvait produire sur l'opinion publique mal informée.

— Sur le fait que le nombre des membres du Conseil supérieur représentant les conseillers des cours et tribunaux peut légalement se trouver réduit lors du vote de questions d'ordre individuel, v. CE 6 décembre 1989, *Synd. de la jurid. adm.*, p. 747.

34. Observation complémentaires. — 1°) Conformément à ce qui est, le statut des membres des tribunaux administratifs reconnaît explicitement, depuis 1963 (et v. auparavant dans le même sens, Civ. 1re 25 avril 1958, D 1958, p. 430, note C. Gabolde), qu'ils exercent des « fonctions de magistrats » (décret du 30 décembre 1963, art. 1er ; v. de même ensuite : décret du 12 mars 1975, art. 1er et loi du 6 janvier 1986, art. 1er) ; — ce qui vaut (par l'effet de la loi du 31 décembre 1987) pour les membres des cours administratives d'appel (v. de plus, en ce qui les concerne, le décret du 28 septembre 1988, art. 1er).

Il est de plus naturel que les textes mentionnant « les magistrats de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif » soient compris comme visant, notamment, les membres du Conseil d'Etat (v. et rappr. la loi du 30 juin 1975, art. 6, et le décret d'application du 25 août 1976, art. 2, concernant la présidence d'institutions sociales et médico-sociales).

2°) Toutefois, les membres des juridictions administratives sont considérés comme étant, *au regard de la Constitution*, non pas des « magistrats », mais des « fonctionnaires » (en tout cas, v. en ce sens CE Ass. 2 février 1962, *Beausse*, p. 82, AJ 1962, p. 147, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot).

Il en résulte d'abord que, comme pour les fonctionnaires de l'Etat en général, le législateur n'a compétence, en vertu de l'article 34 de la Constitution, que pour fixer « les garanties fondamentales » qui leur sont accordées ; alors qu'en vertu de cet article, combiné à l'article 64, il lui appartient de fixer, plus largement, « le statut » des magistrats judiciaires.

Mais il faut tenir compte d'une autre disposition de l'article 34 : celle qui réserve à la loi la détermination des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

La conséquence en est que tout ce qui peut affecter l'indépendance des magistrats administratifs (et qui peut se rapporter notamment à leur recrutement, à leur avancement et à leur discipline) ne peut être décidé que par le législateur (v. par suite, loi du 10 décembre 1977, validant une disposition du décret du 12 mars 1975, organisant un « recrutement complémentaire exceptionnel » de conseillers de tribunal administratif ; et loi du 6 janvier 1986). Peut aussi être prise en compte, dans le même esprit, la disposition de l'article 34, qui réserve à la loi la détermination des règles constitutives des « ordres de juridiction » (au sens de cet article ; v. à ce propos, CC 21 décembre 1964, *Tribunaux pour enfants*, p. 43, AJ 1965, p. 101, note A. de Laubadère, D 1965, p. 641, note L. Hamon ; et n° 96).

Cela étant, il faut observer qu'il aurait été normal d'apprécier la disposition de l'article 34 relative au « statut des magistrats » comme visant l'ensemble de ceux-ci, et l'article 64 comme se bornant à poser, relativement aux magistrats judiciaires, l'exigence d'une loi organique. On aurait, d'ailleurs, évité ainsi que, fâcheusement, la disposition de l'article 34 puisse être considérée comme, tout à la fois, inexacte et inutile.

3°) Quant à la tradition de réserve du gouvernement que j'ai mentionnée (n° 32), on s'étonnerait sans doute si elle n'avait jamais subi quelques accrocs. Mais, réserve faite des « épurations » qui, pendant certaines périodes troublées, ont pu atteindre le Conseil d'Etat, au même titre que la fonction publique dans son ensemble et la magistrature judiciaire, on ne compte que deux affaires de révocation de membres du Conseil d'Etat pour cause de divergences de vue avec le gouvernement : — en 1852, « l'affaire Reverchon », en relation avec les suites du coup d'Etat du 2 décembre 1851 (v. V. Wright, *Le Conseil d'Etat et l'affaire de la confiscation des biens d'Orléans*, EDCE 1968, n° 21, p. 231) ; — en 1960, « l'affaire Jacomet », en liaison avec les événements d'Algérie (v. J. Legaret, *L'affaire Jacomet*, Rev. pol. des idées et des institutions, nov. 1960, p. 353, et CE 8 janvier 1969, *Jacomet*, p. 14).

— Sur les « épurations » et notamment celle de 1944 (ainsi que sur l'affaire Jacomet), v. M.-C. Kessler, *Le Conseil d'Etat*, Colin, 1968, p. 64 et s.

Pour ce que peuvent être les facteurs (pas toujours apparents) de limitation, au cours de l'histoire et encore à notre époque, de l'indépendance du Conseil d'Etat, v. O. Dupeyroux, *L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, RDP 1983, p. 565.

35. C. – Le statut constitutionnel de la justice administrative. — Il aurait pu être fondé sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, issu des lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III. Mais il aurait fallu que ce principe soit pleinement reconnu comme ayant valeur constitutionnelle, ce qui n'a pas été (v. CC 23 janvier 1987, cité ci-après).

D'autre part, réserve faite des Constitutions de l'an VIII et de 1852, le Conseil d'Etat n'est jamais apparu dans ceux des textes constitutionnels qui en ont fait mention qu'en tant que conseil du gouvernement. A cet égard, la Constitution actuelle n'a pas innové (v. art. 37, 38 et 39 ; ainsi que art. 13, relatif à la nomination des conseillers d'Etat par décret en conseil des ministres).

Enfin, alors que la plupart des constitutions ont consacré certaines de leurs dispositions à la justice judiciaire, aucune n'a pris en considération l'existence de l'ordre des juridictions administratives.

Le Conseil constitutionnel s'est trouvé en mesure de mettre fin au silence des textes grâce à l'exploitation, en 1980 et 1987, des ressources du préambule de la Constitution et, plus précisément, de celle de ses dispositions relative à la réaffirmation des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

C'est de ces principes qu'est issu le statut constitutionnel actuel de la justice administrative : un statut en vertu duquel sont constitutionnellement garanties, non seulement l'indépendance, mais aussi la détention d'un domaine de compétence, ainsi que finalement l'existence même de la juridiction administrative.

1°) L'appel aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, « depuis la loi du 24 mai 1872 » (v. n° 44), les juridictions administratives, a d'abord permis de fonder sur un principe de valeur constitutionnelle « l'indépendance » de ces juridictions, « ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ».

CC 22 juillet 1980, *Lois de validation*, p. 46, AJ 1980, p. 480 et p. 602, note G. Carcassonne, D 1981, IR, p. 356, obs. L. Hamon, JCP 1981, n° 19603, note Nguyen Quoc Vinh, Rev. adm. 1981, p. 33, obs. M. de Villiers, RDP 1980, p. 1658, note L. Favoreu.

En conséquence, « il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence » (à propos du pouvoir de législateur de valider les actes administratifs illégaux ; v. nos 929 et s.).

— Rappelant (également à propos de validation législative) le « principe constitutionnel de l'indépendance des juridictions » et donc, notamment, de la juridiction administrative, v. CC 29 décembre 1986, *Loi de fin. rectif. pour 1986*, p. 184, JCP 1987, n° 20903, note Nguyen Quo

Vinh ; v. de même CC 11 janvier 1990; *Limitation des dépenses électorales*, JO 11 janvier, p. 574, DA 1990, n° 105.

2°) Quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel jugeait que, « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs », figure également au nombre des principes fondamentaux en cause « celui selon lequel... relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions » prises par les autorités administratives dans l'exercice de leurs « prérogatives de puissance publique ».

CC 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, p. 8, AJ 1987, p. 345, note J. Chevallier, D 1988, p. 117, note F. Luchaire, G. Pal. 18 mars 1987, p. 5, note C. Lepage Jessua, JCP 1987, I, n° 3200, chron. R. Drago et n° 20854, note J.-F. Sestier, LPA 13 février 1987, p. 21, note V. Sélinsky, Rev. adm. 1988, p. 29, note J.-M. Sorel, RDP 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet, RFDA 1987, p. 287, note B. Genevois ; — v. aussi, dans le prolongement de cette décision, L. Favoreu, *Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle*, RFDA 1987, p. 301 ; G. Vedel, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelles*, RDP 1989, p. 11 ; S. Velley, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, RDP 1989, p. 767.

Reprenant la formule de la décision de 1987, v. CC 28 juillet 1989, *Police des étrangers*, p. 81, AJ 1989, p. 619, note J. Chevallier, D 1990, p. 161, note X. Prétot, RFDA 1989, p. 619, note B. Genevois.

Sur le principe ainsi énoncé et les exceptions et tempéraments qu'il comporte, v. n^{os} 105 et s.

— Sur le fait que le Conseil constitutionnel a (en réalité) *consacré la valeur constitutionnelle* de la séparation des autorités dans la mesure où ses exigences coïncident avec celles du principe qu'il énonce, v. G. Vedel, *Doctrine et jurisprudence constitutionnelles*, RDP 1989, p. 11 (v. p. 16) : la constatation par le Conseil que le législateur n'a pas, au cours des temps, dérogé au principe de séparation en tant qu'il interdit au juge judiciaire d'annuler ou de réformer les décisions de la puissance publique « a eu pour effet tout à la fois de donner valeur constitutionnelle au principe et de limiter cette valeur à une partie du contentieux administratif ».

Telle est la signification de la précision du Conseil constitutionnel selon laquelle les dispositions « qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ».

3°) L'année 1987 a ainsi été celle de l'avènement de la juridiction administrative à *l'existence constitutionnelle*. Le caractère constitutionnel de son indépendance n'était pas, en effet, un obstacle à sa suppression par la voie législative ordinaire : son indépendance n'étant constitutionnellement garantie que pour autant qu'elle continuait à exister.

Au contraire, lui reconnaître un domaine de compétence constitutionnellement garanti, c'est — implicitement mais certainement — fonder son existence sur la Constitution et, par suite, exclure que sa suppression puisse être décidée autrement que par une loi constitutionnelle ; ce qui n'est pas sans importance, s'agissant d'une juridiction qui pourrait ne pas exister, même si elle représente le modèle de juridiction administrative le plus ancien, le plus achevé et le plus universellement connu.

Une des conséquences de l'élévation de cette juridiction au rang des institutions constitutionnelles est l'affaiblissement de la portée pratique des mises en cause du principe même de son existence, fondées sur la considération, soit de l'illogisme, soit des inconvénients pratiques du dualisme juridictionnel.

V., sans remonter trop loin dans l'histoire, R.-E. Charlier, *La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ?*, EDCE 1951, n° 5, p. 32 (v. p. 47) ; *L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, p. 236 ; O. Dupeyroux, *in* Mélanges Montané de la Roque (1986), p. 407.

Une autre conséquence est, bien entendu, l'inutilité des propositions de lois ordinaires tendant à la suppression du dualisme juridictionnel et dont le Parlement a parfois été saisi.

36. Plan. — La prise en considération des origines, de la conception et, finalement, de la constitutionnalisation de la justice administrative doit être prolongée par certaines précisions concernant l'organisation de l'ordre des juridictions administratives. Il conviendra ensuite de s'arrêter sur les sources du statut de ces juridictions. Enfin, d'analyser la structure du contentieux dont elles ont à connaître.

René Chapus, Droit administratif général, Tome 1/ 6e édition Montchrestien, 1992 p 1 – p 5.

INTRODUCTION

1. Droit de l'administration et droit administratif. — L'administration est soumise à un droit qui régit son organisation et son activité et, par là même, ses rapports avec les administrés, qui sont sa raison d'être et dont elle tend à satisfaire les besoins par l'exercice d'activités d'intérêt général ou, plus précisément, par des activités de *service public*.

Quant aux moyens par lesquels elle exerce ces activités de service public, ils sont de nature variable. Ou bien l'administration, mettant en œuvre les prérogatives de *puissance publique* dont elle est investie, se comporte selon les modes de la « gestion publique ». Ou bien elle procède comme on le fait dans les relations privées et situe son action sur le terrain de la « gestion privée ».

La différence est importante. La gestion publique provoque la soumission de l'administration à des règles spécifiques de droit public et les litiges qu'elle peut susciter relèvent en principe de la compétence des juridictions administratives (notamment, tribunaux administratifs, statuant en premier ressort, Conseil d'Etat, cour suprême, — ainsi que, depuis le 1er janvier 1989, cours administratives d'appel). La gestion privée emporte, au contraire, l'application à l'administration des règles du droit privé (notamment civil et commercial) et les litiges éventuels sont jugés par les tribunaux mêmes dont relève le contentieux des relations privées (tribunaux d'instance ou de grande instance, tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes, statuant en premier ressort ; cours d'appel ; Cour de cassation).

Ainsi, ce qu'on peut appeler (l'expression n'est guère en usage) le « droit de l'administration » est un droit mixte, fait pour une part de règles de droit public et pour l'autre des règles mêmes du droit privé. Ce sont les premières qui constituent, tel qu'il est enseigné, le droit administratif.

2. L'origine du droit administratif. — Il est né d'un principe et c'est, longtemps après, d'un arrêt qu'il a obtenu sa consécration.

Le principe, posé au début de la Révolution, et dérivé d'une interprétation de la séparation des pouvoirs, est celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Institué par une disposition (toujours en vigueur) de la loi des 16-24 août 1790, *sur l'organisation judiciaire*, et réitéré par la loi (dont l'article unique est également en vigueur) du 16 fructidor an III (v. n° 824), il signifie que l'action de l'administration, lorsqu'elle se manifeste comme puissance publique, ne doit pas être jugée par les tribunaux judiciaires. En conséquence, furent (avec quelque retard) instituées en l'an VIII des juridictions distinctes de ces tribunaux et spécialisées dans le jugement du contentieux de l'administration-puissance publique : notamment, les

conseils de préfecture (remplacés en 1954 par les tribunaux administratifs précités) et le Conseil d'Etat. Ces juridictions vont assurer le règlement du contentieux administratif sur la base de règles différentes de celles du droit privé et adaptées à la spécialité des activités de puissance publique. C'était bien pour cela qu'elles avaient été créées.

Restait à consacrer cet état du droit, à lui donner son expression officielle. Ce fut l'œuvre de l'arrêt prononcé le 8 février 1873, non pas d'ailleurs par le Conseil d'Etat, mais par le Tribunal des conflits, qui a la charge de régler souverainement les difficultés que peut soulever la répartition de la compétence entre l'ordre des juridictions administratives et l'ordre des juridictions judiciaires. En rendant cet arrêt, dit *arrêt Blanco*, le Tribunal des conflits a posé la clef de voûte de la construction édifiée au cours des décennies précédentes. Il énonçait en substance : l'administration-puissance publique « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier » ; « elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61 (1re suppl.), concl. David, D 1873.3.17, concl., S 1873.3.153, concl.

L'affaire était banale et triste : une enfant de cinq ans, Agnès Blanco, avait été renversée et grièvement blessée par un wagonnet que quatre ouvriers de la manufacture de tabacs de Bacalan (à Bordeaux) poussaient à travers la rue séparant la manufacture de son hangar.

C'est, par les motifs précités, la juridiction administrative que le Tribunal des conflits déclare compétente pour connaître de l'action en dommages-intérêts exercée contre l'Etat par le père de la victime (et v. n° 895).

V. en conséquence, CE 8 mai 1874, *Blanco*, p. 416, accordant une rente viagère à la victime.

- Si la célébration du centenaire de cet arrêt fondateur a été, il y a quelques années, oubliée, le bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790 a donné lieu à des remarquables manifestations (écrites).

V. (numéros ou dossiers spéciaux): AJ 1990, p. 579, *« Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200 ans après la loi de 1790 »* (5 rapports présentés au colloque tenu au Palais de justice le 19 mai 1990: « 1790-1990, 200 ans après, le juge administratif et le juge judiciaire se rencontrent ») ;

RFDA 1990, p. 687 (*« La dualité de juridictions en France et à l'étranger. Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790 » :* 27 contributions, dont 10 relatives à certains Etats d'Europe et d'Amérique). Et tirage à part.

3. C'est ainsi que, contrairement à la tradition juridique anglo-saxonne, l'administration française relève, quand elle agit selon la gestion publique, tant du contrôle de juridictions spécifiques, les juridictions administratives, que d'un régime juridique spécifique, le droit administratif.

Ce droit, comment doit-on le comprendre ? Quelles sont ses caractéristiques ? Que faut-il entendre par « droit administratif général » ? C'est à ces trois questions que se rapporte la suite de cette introduction.

4. A. - La question de la définition du droit administratif. — Le droit administratif a la particularité d'être à la recherche d'une définition. A partir de la fin du XIXe siècle, des courants de pensée se sont fait jour, des « écoles » sont nées, des thèses ont été avancées et discutées, des doutes ont été émis (v. notamment, J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?*, RDP 1953, p. 279).

5. 1°) Les écoles classiques. — On pourrait dire, selon le langage du théâtre, que les deux écoles ainsi qualifiables appartiennent au « répertoire », ce qui n'est en rien péjoratif et ne signifie pas qu'elles auraient perdu leur intérêt ou leurs fidèles.

L'une est *l'école du service public*, fondée par Léon Duguit (1859-1928), doyen de la faculté de droit de Bordeaux. L'autre est *l'école de la puissance publique :* c'est l'école de Maurice Hauriou (1856-1929), doyen de la faculté de droit de Toulouse.

Les deux écoles s'opposent comme s'opposent une doctrine des buts et une doctrine des moyens. La notion de service public, en effet, telle qu'elle est conçue par Duguit, est de l'ordre des fins : une activité qualifiable de service public est destinée au meilleur service de l'intérêt général. La notion de puissance publique est évidemment de l'ordre des moyens : elle se rapporte aux procédés par lesquels l'administration remplit ses missions.

Pour l'école du service public, les moyens importent peu. Dès lors qu'il y a service public, il doit y avoir application des règles du droit administratif et compétence de la juridiction administrative. Et c'est par la notion de service public que sont et doivent être définies les autres notions du droit administratif. Selon l'école de la puissance publique, ce sont les moyens employés qui comptent. C'est seulement si le service public est assuré par les procédés de la gestion publique qu'il y aura application des règles du droit administratif et compétence de la juridiction administrative. Et, dans la définition des diverses notions du droit administratif, c'est celle de puissance publique qui doit intervenir et qui intervient effectivement (sur les deux auteurs, v. n° 27).

6. 2°) La doctrine des bases constitutionnelles du droit administratif. — C'est une doctrine de la seconde moitié de notre siècle et elle est celle du doyen Georges Vedel. Elle a le mérite, rare à notre époque, d'être une doctrine constructive. Et, par les analyses dont elle procède comme par les prolongements qu'elle comporte elle renouvelle bien des façons de voir.

Pour le doyen Vedel, il n'est pas concevable que le droit administratif soit défini indépendamment de toute prise en considération de la Constitution, qui est la source de l'ordre juridique national. Et comme la Constitution distingue des organes (le gouvernement, le Parlement, l'autorité judiciaire), c'est de considérations *organiques* (et non « matérielles » : service public, puissance publique) qu'il faut partir en vue de définir tout à la fois l'administration et le droit administratif. Trois opérations successives de délimitation conduisent à la définition recherchée.

La première délimitation, de caractère organique, aboutit à exclure de l'administration ce qui relève du Parlement et de la juridiction et à la rattacher au gouvernement (et aux autorités qu'il contrôle).

La seconde est d'ordre matériel : il faut délimiter ce qui, dans l'activité gouvernementale, n'a pas de caractère administratif. Se trouvent alors exclues de l'administration l'activité diplomatique du gouvernement (rapports avec les Etats étrangers et les organisations internationales) et l'activité du gouvernement dans ses rapports avec les autres pouvoirs publics (le Parlement, notamment).

Par la troisième délimitation, la doctrine des bases constitutionnelles rejoint celle d'Hauriou. Elle fait apparaître ce qui caractérise spécifiquement l'administration et le droit administratif par l'exclusion des procédés de droit privé.

L'administration est ainsi définie comme « l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique ». Il suffit de retourner cette définition pour obtenir celle du droit administratif : le régime de puissance publique sous lequel sont exercées les activités précitées.

7. Pour l'exposé initial, et le plus développé, de cette doctrine, v. G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE 1954, n° 8, p. 21.

Pour son adaptation à certaines des innovations de la Constitution de 1958, v. G. Vedel, *Droit administratif*, PUF (Thémis), 2e éd., 1961.

Enfin, la préface de cet ouvrage, de la 7e (1980) à la 10e (1988) édition, se présente comme une synthèse de la doctrine des bases constitutionnelles, en même temps qu'y est discutée (et sur un point acceptée) la critique dont elle avait été l'objet (v. C. Eisenmann, *La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif »*, RDP 1972, p. 1345).

8. 3°) La prise en considération simultanée des notions de service public et de puissance publique. — L'existence, indéniable, d'un lien entre puissance publique d'une part, et application des règles propres du droit administratif et compétence de la juridiction administrative d'autre part, ne doit pas être seule considérée.

Si le droit administratif a ses règles propres, il ne le doit pas exclusivement à la gestion publique. Il le doit aussi à la notion de service public. C'est d'elle que procèdent les principes spécifiques les plus généraux du droit administratif. Ces principes (de mutabilité, de continuité, d'égalité ; v. n° 654) expriment de la façon la plus significative l'essence même du régime de service public et, dépassant la distinction entre gestion publique et gestion privée, ils gouvernent l'ensemble des activités de service public. Ils font apparaître que, par-delà les moyens employés, le droit administratif reçoit de la notion de service public son inspiration fondamentale.

Comment, dès lors, ne pas inclure dans la définition de ce droit, sinon la notion d'intérêt général comme l'avait fait mon maître, le professeur Marcel Waline (dans

sa célèbre *Préface* du Jurisclasseur administratif, 1952, p. 9 et s. ; cpr. *Préface* de 1963, p. 9 et s.), du moins celle plus précise de service public ?

Et comme il est normal que les moyens soient ordonnés à une fin et occupent une place seconde par rapport à elle, il faut définir le droit administratif comme étant d'abord le droit du service public, ensuite celui de la puissance publique.

Ou bien, de façon plus développée et en empruntant au doyen Vedel une partie de sa définition, comme étant : le régime juridique qui s'appliquant aux activités du gouvernement (hors ses rapports avec les autres pouvoirs publics et les Etats étrangers et organisations internationales) et des autorités décentralisées — tend, par la mise en œuvre de la puissance publique, à des buts de service public.

9. Avec une présentation différente, j'ai essayé d'interpréter l'état du droit par la considération simultanée des deux notions en cause dans une étude intitulée *« Le service public et la puissance publique »* (RDP 1968, p. 235).

Considérant moins le droit administratif (au sens où il est ici entendu) que le « droit de l'administration », et tenant compte du fait que la notion de puissance publique est largement déterminante de la compétence de la juridiction administrative, j'ai opposé dans cette étude « droit administratif, droit du service public » et « contentieux administratif, contentieux de la puissance publique ».

Pour une critique de cette étude, v. P. Amselek, *Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente*, AJ 1968, p. 492.

10. B. - Les caractères du droit administratif. — L'arrêt *Blanco* oppose les règles spéciales du droit administratif à celles du droit privé, conçu comme il l'était à l'époque (et l'expression n'a pas disparu du langage), comme représentant « le droit commun ». Il ne faut pas en conclure que le droit administratif se caractérise comme un droit d'exception et que son existence est une dérogation à la norme qui serait l'application du droit privé. Il faut en même temps prendre conscience que *l'autonomie* (souvent soulignée) du droit administratif (par rapport au droit privé) ne lui est pas spécifique. Le droit privé aussi est autonome (par rapport au droit administratif) (v. à cet égard, F.-P. Bénoit, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 83 et s.).

Comme le droit privé, le droit administratif est ce qu'il est. Quant à ce qui le caractérise, en lui-même, c'est le fait, avant tout, qu'il est fondamentalement un droit jurisprudentiel, le fait ensuite qu'il est d'un accès difficile et enfin le fait qu'il est tenu à distance du droit constitutionnel.

11. 1°) Le caractère fondamentalement jurisprudentiel. — On ne saurait dire que la part des lois et règlements (celle du « droit écrit ») dans le droit administratif n'est pas considérable, ni que ces lois et règlements sont sans importance. On ne saurait évidemment tenir pour secondaire le fait que le statut des collectivités locales ou celui de la fonction publique sont déterminés par des lois et des règlements. On ne saurait non plus ignorer (aux deux sens du terme) l'existence des réglementations propres aux différents services publics.

شاء وكيفما شاء وحيثما شاء لهم»[1]. في هذا المنوال من الدولة الذي يعرف بدولة الضبط (*État de police*) لئن كان بوسع الإدارة أن تفرض على الأفراد الامتثال لأحكام القانون، فإنه لا يمكن للأفراد الاحتجاج بهذه الأحكام ضد الإدارة، فدولة الضبط لا تعني الدولة الخالية من القانون، وإنما الدولة التي يكون فيها الحكّام متحرّرين من القواعد التي قاموا بوضعها.

ب-الإدارة الخاضعة للقانون

17 - تعود جذور فكرة خضوع الإدارة للقانون في دولة الشرعيّة (*État légal*) إلى الثورة الفرنسيّة، وبخاصة إلى أفكار (*J.J. Rousseau*) الذي يرى أن القانون هو التعبير عن الإرادة الجماعيّة[2]، وبالتالي فإن القواعد التي تصدر عن السّلطة التشريعية لها من العلويّة ما يحول دون إخضاعها لأيّ شكل من الرقابة، وذلك خلافا للأعمال الإداريّة التي تبقى مقيّدة بالقانون وخاضعة لمبدأ الشرعيّة[3].

18 - غير أن هذه الفكرة قد لاقت انتقادات شديدة في البلدان التي تعتمد نظرة أكثر واقعيّة، وترى أن الحكّام غير معصومين من الخطأ، وأن ضمان الحقوق والحريّات يفترض إجراء رقابة فعليّة على كلّ القواعد التي يتكوّن منها النظام القانوني للدولة، بما في ذلك القواعد ذات الصبغة التشريعيّة، وقد ساهم هذا التحوّل في حلول منوال دولة القانون (*État de droit*)[4] محلّ دولة الشرعيّة.

19 - وتعرّف دولة القانون بأنها الدولة التي يسود فيها حكم القانون على الكافة، والتي تمتدّ فيها الرقابة القضائيّة إلى سلامة كافة القواعد التي يتكوّن منها النظام القانوني للدولة، بما في ذلك القواعد ذات المصدر التشريعي التي يتعيّن إخضاعها لما يعرف برقابة الدستوريّة.

(1) توفيق بوعشبة، **الوجيز في القانون الإداري العام**، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المتخصّص، 2021، ص. 413.

(2) J.-J. Rousseau, Du contrat social, GF- Flammarion, 1992, pp. 61.68.

(3) حول هذا التحول، راجع:
R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, collect. l

(4) حول دولة القانون راجع:
J. Chevallier, «*L'Etat de droit*», Montchrestien, 5ème éd., Coll. Clefs, 2000, p. 315 et s.

20 - وطبقا لمقتضيات دولة القانون تمارس رقابة دستوريّة القوانين إمّا بصفة منتشرة، بواسطة المحكمة العاديّة العليا، طبقا للمنوال الذي تبلور لأوّل مرّة في الولايات المتحدة ابتداء من مطلع القرن التاسع عشر[1]، وإمّا بصفة مركّزة، بواسطة محكمة متخصّصة، طبقا للمنوال الذي تبلور في أوروبا القاريّة ابتداء من القرن العشرين[2]، على أن هذه الأنواع المختلفة من الرقابة لا تنفي التقارب الحاصل اليوم بينها في الديمقراطيات الكبرى[3].

الفرع الثاني: تطوّر القانون الإداري

21 - إن فكرة خضوع الإدارة للقانون لا تؤدّي بالضرورة إلى بروز قانون إداري مستقل عن القانون الخاص (الفقرة الأولى)، فظهور القانون الإداري كان في الحقيقة وليد تداخل عوامل تاريخيّة خاصة بالنظام الفرنسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القانون الإداري أو قانون الإدارة؟

22 - المقصود بالقانون الإداري مجموع القواعد ذات الصبغة الخصوصيّة التي تهدف إلى تنظيم العلاقة بين الإدارة والأفراد، ويعتمد هذا القانون حلولا تختلف عن تلك التي تعتمد في نطاق القانون الخاص، ويتجلّى ذلك بكلّ وضوح من خلال الحيثيّة الشهيرة لقرار (*Blanco*) الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية منذ سنة 1873: «إن المسؤوليّة التي يمكن أن تتحمّلها الدولة بسبب الأضرار التي يلحقها أعوان المرفق العام بالأفراد لا يمكن أن تخضع لمبادئ المجلّة المدنية

(1) Cour suprême des Etats-Unis, 24 février 1803, *Marbury v. Madison*, in: E. Zoller, Les Grands arrêts de la Cour suprême des EU, coll. Les Grands Arrêts, Dalloz, 1ère éd. 2010, pp. 1-28.

(2) H. Kelsen, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois: une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine», publié en anglais en 1942, réédité en français in: RFDC, 1990-1, p. 17 et s.

(3) حول هذه الأنظمة من الرقابة الدستوريّة والتقارب بينهما راجع:
L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2ème éd., Dalloz 2016 ; M. Fromont, Justice constitutionnelle comparée, Dalloz 2013 ; L. Huschleg, «*Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique*», in C. Grewe «*La notion de justice constitutionnelle*», Dalloz 2005, pp. 102-112.

التي تضبط علاقة الأفراد فيما بينهم، فهذه المسؤوليّة ليست عامة أو مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغيّر حسب مقتضيات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد»[1]، ويعتبر هذا التوجّه منطقيّا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن القانون الإداري يطبّق على أطراف غير متساوية في الحقوق والواجبات، فالمنطق يقتضي الاعتراف للإدارة بامتيازات تتجاوز الحقوق العاديّة للأفراد حتى تتوفر لها الوسائل اللازمة لتحقيق المصلحة العامة.

23 – بيد أن هذا التوجّه ليس بالأمر الحتمي، بدليل أن هناك من الأنظمة من ترفض فكرة القانون الإداري ذاتها، وترى فيها مظهرا من مظاهر التسلّط الذي يشكّل خطرا على الحقوق والحريّات[2]، لذلك لا يقع التمييز في نطاقها بين الأشخاص العموميّة والأفراد، بل يتمّ إخضاعهما لقانون واحد –وهو القانون المدني–، ولسلطة قضائيّة واحدة–وهي المحاكم المدنيّة، وهذا المنوال الذي يعرف بالنظام الوحدوي (*Système unitaire*) هو الذي تبلور في إنجلترا وانتشر في البلدان المتأثرة بالحضارة الإنجليزيّة (كالولايات المتحدة، وكندا، وأستراليا، والهند)، مع الإشارة إلى أن هذه البلدان قد بدأت تتأثر بالمنوال الفرنسي للقانون الإداري، وتسعى إلى إدخال نوع من الخصوصيّة على الحلول التي تطبّق على العمل الإداري، ولكن دون المساس بالجوهر الذي يبقى وحدويّا بالأساس[3].

الفقرة الثانية: نشأة المنوال الفرنسي للقانون الإداري وانتشاره

ظهر القانون الإداري في فرنسا، قبل أن ينتشر في البلدان المتأثرة بالحضارة الفرنسيّة.

(1) TC, 8 février 1873, *Blanco*, GAJA, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, 22ème éd., Dalloz 2019, n° 1.

(2) A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. A. Batut et G. Jèze, V. Giard et E. Brière éd., Paris 1902.

(3) P. Lindseth, «Réflexions sur le droit administratif aux Etats-Unis», EDCE, 1995, n° 46, p.515 ; D. Levy, «*Les développements récents du droit administratif anglais*», Mél. Chapus, Montchrestien 1992, p. 387.

أ–الجذور التاريخيّة للقانون الإداري الفرنسي

24 – تعود الجذور التاريخيّة لمنوال لقانون الإداري الفرنسي إلى ثورة 1789، ذلك أن العلاقة بين الإدارة الملكيّة و«البرلمانات» (*Les Parlements*) –وهي عبارة عن المحاكم التي كانت متواجدة في فترة ما قبل الثورة – لم تكن علاقة تعاون وانسجام، بل كانت علاقة ارتياب وتنازع، فهذه المحاكم التي كان يعود لها تسجيل الأوامر الملكيّة، كثيرا ما كانت ترفض القيام بذلك، وهو ما كان يؤدّي إلى عرقلة أعمال الإدارة، فلمّا تحققت الثورة رأت السّلطة المنبثقة عنها أن من أوكد الإصلاحات منع المحاكم العدليّة من التدخل في شؤون الإدارة، وقد وقع تكريس هذا المبدأ بصفة صارمة في قوانين متلاحقة شكّلت اللبنة الأولى لظهور منوال القانون الإداري.

25 – ويمثل قانون 16–24 أوت 1790 أوّل وأشهر القوانين الثوريّة التي كرّست مبدأ الفصل بين الهيئتين العدليّة والإداريّة، حيث نصّ الفصل 13 من هذا القانون على أن «الوظائف القضائيّة تبقى دائما مستقلّة عن الوظائف الإداريّة، وأنه لا يمكن للقضاة تعطيل أعمال الإدارة، أو مقاضاة أعوانها من أجل الأعمال المتصلة بوظائفهم الإداريّة»، وقد تأكّد ذلك بصدور الأمر المؤرّخ في 02 سبتمبر1795 من الرزنامة الثوريّة (*Fructidor An III* 16) الذي نصّ على أنه «يمنع منعا باتا على المحاكم العدليّة أن تنظر في مختلف أعمال الإدارة».

26 – وباستقراء هذه الحلول يتضح أنها أقرّت مبدأ–وهو مبدأ اختلاف الوظائف الإداريّة عن الوظائف القضائيّة–، وهذا أمر طبيعي في نظام يقوم على مبدأ تفريق السّلط، بيد أن ما يثير الاستغراب هو النتيجة التي رتبها الثوريّون على هذا المبدأ والتي تمثلت في منع المحاكم العدليّة من النظر في شرعيّة الأعمال الإداريّة، وقد حاول واضعوه أن يجدوا له بعض التبريرات، معتبرين أن الاعتراف للقضاء بسلطة إبطال أعمال الإدارة يؤدّي إلى التدخل في شؤونها، وعرقلة أعمالها، غير أن هذا التعليل يمثل في الواقع تشويها لقاعدة تفريق السّلط التي تقوم على وحدة الوظيفة القضائيّة، أيّا كان مصدر القاعدة القانونيّة التي يتعيّن على

المحاكم تطبيقها[1].

27 – ونتيجة لذلك أضحت الإدارة في حلّ من كل رقابة قضائيّة، وهو ما أدّى إلى وصف هذا النظام بنظام الإدارة القاضية (*Système de l'administrateur-juge*) الذي تستأثر فيه الإدارة بالنظر في النزاعات الإداريّة.

28 – بيد أن هذا الوضع لم يتواصل كثيرا، بل سرعان ما شهد تحوّلا هاما بصدور دستور السنة الثامنة (*Constitution de l'an VIII*) في 13 ديسمبر 1799 الذي أحدث بمقتضى مادته 52 مجلسا للدولة (*Conseil d'Etat*) وأسند له في البداية دورا استشاريّا يتمثل في إعداد مشاريع القوانين وإبداء الرأي في المسائل الإداريّة، قبل الاعتراف له تدريجيّا بالدور القضائي، وذلك بإحداث لجنة تابعة له مختصّة بالنظر في النزاعات الإداريّة، انحصر دورها في البداية في إعداد مشاريع الأحكام مع الإبقاء على كلمة الفصل في هذه النزاعات إلى رئيس الإدارة، وهو ما أدّى إلى وصف هذا النظام بنظام القضاء المحجوز (*Système de la justice retenue*)، الذي سيتحوّل إلى نظام القضاء المفوّض (*Système de la justice déléguée*) بصدور قرار (*Cadot*) بتاريخ 13 ديسمبر 1889[2] الذي أقرّ اختصاص مجلس الدولة بالنظر في شرعيّة الأعمال الإداريّة[3].

ب-سمات المنوال الفرنسي للقانون الإداري

يتميّز المنوال الفرنسي للقانون الإداري بخضوع الإدارة لقواعد تختلف عن قواعد القانون المدني وتتسم بخصوصيّة متفاوتة الدرجة.

(1) حول هذه المسألة انظر:
J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

(2) CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec., p. 1148.

(3) حول المراحل التاريخية لتكوين القضاء الإداري الفرنسي بصفة عامة، انظر:
R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien 200 2001, 15ème éd., n° 959-967 ; v. aussi: B. Odent et D. Truchet, *La justice administrative*, PUF, Que Sais-Je ?, 2ème éd., 2008.

29 – ولمّا كان موضوع الرقابة القضائيّة يمثل مسألة جوهريّة في نظام يسعى إلى إخضاع الإدارة لأحكام القانون، فقد ارتبطت هذه المسألة منذ البداية بنظام الازدواجيّة القضائيّة الذي تميّز بتركيز جهازين قضائيّين مستقلّين ومنفصلين:

– محاكم عدليّة على رأسها محكمة التعقيب مكلّفة بتطبيق قواعد القانون المدني في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد.

– محاكم إداريّة على رأسها مجلس الدولة مكلّفة بتطبيق قواعد القانون الإداري على النزاعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد.

– ومحكمة للتنازع (*Tribunal des conflits*) متكوّنة بالتناصف من قضاة عدليّين وقضاة إداريّين أوكل لها قانون 24 ماي 1872 مهمّة الفصل في نزاعات الاختصاص التي قد تطرأ بين جهازي القضاء العدلي والإداري[1].

30 – وقد كان لهذه الازدواجيّة التأثير الكبير على تطوّر القانون الإداري، ولعلّ البحث المطوّل عن معيار موحّد للقانون الإداري ولاختصاص القاضي الإداري خير دليل على ذلك[2].

31 – وقد نال هذا المنوال إعجاب العديد من الدول التي رأت من المفيد الأخذ بنظريّاته مع إدخال بعض التعديلات عليه بما يتماشى وظروفها المحليّة، ففي البلدان الغربيّة وبالرغم من تمسّك كلّ دولة بمؤسّساتها يلاحظ أن العديد منها (كإيطاليا وبلجيكا واليونان) قد استلهمت منه بعض الحلول[3]، أمّا في البلدان التي مرّت بمحنة الاستعمار (كبلدان المغرب المركزي ومصر ولبنان وبعض دول جنوب الصحراء)، فإن التأثر بالمنوال الفرنسي كان أكثر عمقا بحكم

(1) حول هذا النظام انظر:
J. Chevallier, «Du principe de séparation au principe de dualité», RFDA, n° 6, sept-oct. 1990, p. 712-723.

(2) حول هذا الموضوع انظر بالخصوص:
J. Rivero, «Existe-t-il un critère du droit administratif ?», art. précité.

(3) انظر:
J. Schwarz (dir. de), *Droit administratif européen*, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2008.

تكوين النخب الحاكمة على هذا المنوال وظاهرة الإيماء القانوني التي تدفع بهم للاحتفاظ بالمؤسّسات الموروثة من عهد الاستعمار[1].

الفقرة الثالثة: ظهور القانون الإداري في تونس

32 - لا يمكن الحديث عن قانون إداري في تونس قبل عهد الحماية[2]، ذلك أن النظام الذي كان سائدا فيما قبل لم يكن يسمح بإخضاع الإدارة لأحكام القانون، لذلك يمثل هذا النظام قطيعة جذريّة مع النظام السابق (أ)، سيكون له التأثير الكبير على النظام الذي سيقع تركيزه بعد الاستقلال (ب).

أ-نظام الحماية

33 - انتصبت الحماية الفرنسيّة في تونس بمقتضى معاهدة باردو لسنة 1881، وبصرف النظر عن جوانبها السلبيّة، علينا أن نقرّ بأنه يعود لها الفضل في إعادة تنظيم الإدارة على أسس عصريّة وإخضاع أعمالها للرقابة القضائيّة.

1.إعادة تنظيم الإدارة

34 - من الأسباب المعلنة لتبرير انتصاب نظام الحماية في تونس طبقا لما جاء باتفاقيّة المرسى المبرمة في 08 جوان 1883 ضرورة قيام الدولة التونسيّة «بالإصلاحات الإداريّة والعدليّة التي ترى الحكومة الفرنسيّة فائدة في إجرائها»، ولمّا كانت الحكومة الفرنسيّة ممثلة من طرف الوزير المقيم العام، فقد أمكن لها السّيطرة على كامل الجهاز الإداري عبر سلطة ختم وتنفيذ أوامر الباي -حاكم الإيالة التونسيّة- الذي اضطر إلى التنازل عن سلطاته لفائدة المقيم العام ممثل الدولة الفرنسية وذلك بمقتضى الأمر المؤرخ في 10 نوفمبر 1884.

(1) حول هذه الظاهرة انظر:
J. Rivéro, «Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif», Mélanges Van der Meersch., LGDJ 1972 p. 619 ; v. aussi: G. Timsit, «Modèles administratifs et pays en voie de développement » RISA, n° 2, 1976, pp. 349-356.
توفيق بوعشبة، **الوجيز في القانون الإداري العام**، المرجع سابق الذكر، ص. 19-24..

(2) S. Ben Achour, F. Mechri, Rapport aux travaux de l'Association H. Capitant «*La circulation du modèle juridique français*», Paris, Litec 1993, p. 283.

وقد تجسّمت هذه السيطرة في آليّتين أساسيّتين:

35 - تمثلت الأولى في إحداث وتنظيم عدّة إدارات ستكون بمثابة العمود الفقري للتنظيم الإداري الناشئ في تونس، ففي مستوى الإدارة المركزيّة تم إحداث خطة الكاتب العام للحكومة بمقتضى أمر 04 فيفري 1883، كما تمّ بعث إدارات تخضع مباشرة إلى سلطة المقيم العام، ومنها إدارة الأشغال العامة المحدثة بمقتضى الأمر المؤرّخ في 03 سبتمبر 1882، وإدارة الماليّة المحدثة بمقتضى الأمر المؤرّخ في 02 أكتوبر 1884، وفي مستوى الإدارة الجهويّة تم إحداث سلك المراقبين المدنيين بمقتضى الأمر المؤرّخ في 04 أكتوبر 1884، كما تمّ إرساء التنظيم البلدي بمقتضى الأمر المؤرّخ في غرّة أفريل1885[1].

36 - وتمثلت الثانية في وضع قواعد العمل الإداري، نخصّ بالذكر منها قانون الملك العمومي للدولة الصادر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885، وقانون الملك الخاص للدولة الصادر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 18 جوان 1918، وقانون الانتزاع من أجل المصلحة العامة الصادر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 9 مارس 1939.

وبالتوازي مع ذلك، لم تغفل سلطة الحماية عن تنظيم النزاع الإداري، وهو ما شكّل تحوّلا جوهريّا في النظام القانوني للدولة.

2.تنظيم النزاع الإداري

37 - بمجرّد انتصاب نظام الحماية أحدثت محاكم فرنسيّة أسند لها النظر في النزاع الإداري، وأصبح قضاء الإدارة في تونس تبعا لذلك يرتكز على منظومة مزدوجة متكوّنة من:

(1) حول تنظيم الإدارية التونسية في عهد الحماية راجع:
V. Silvera, *L'organisation politique et administrative de la Tunisie*, polycopie, ENA, Tunis, 1954.

- قضاء تونسي يعود بالنظر إلى دائرة شؤون الدولة بالوزارة الكبرى.[1]

- ومحاكم فرنسيّة أحدثت بمقتضى القانون الفرنسي المؤرّخ في 27 مارس1883[2]، للحلول محلّ المحاكم القنصليّة التي كانت تنظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها رعايا الدول الكبرى[3].

38 - وسيكون لهذا التنظيم التأثير الكبير على الرقابة على أعمال الإدارة، حيث وبمجرّد تركيز المحاكم الفرنسية في تونس صدر الأمر المؤرّخ في 27 نوفمبر 1888 المتعلّق بالنزاع الإداري الذي تميّز بقيامه على قضاء موّحد مع التفريق بين المنازعات المدنيّة والإداريّة، وبإسناد النظر في النزاعات الإدارية إلى المحاكم الفرنسيّة مع مطالبتها بتطبيق الحلول الخاصة بالقانون الإداري[4].

39 - ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى الفصل الأوّل من هذا الأمر الذي نصّ على أن «تعرض على المحاكم المدنيّة المنتصبة بالمملكة حسب حدود النظر المعيّن لكل منها جميع المطالب التي مآلها التصريح بأن الإدارة مدينة (...) من جهة أي عمل صدر منها بغير حق وأضرّ بالغير»، فمن أهمّ ما ورد بهذا النصّ تأسيس مسؤوليّة الإدارة على قواعد المسؤوليّة الإداريّة، ذلك أن عبارة العمل الإداري الصادر«بدون حق» تفرض على المحاكم البحث في شرعيّة الأعمال الإداريّة،

(1) راجع: عبد الله الهلالي، «**مسؤوليّة الإدارة في القرارات الاستئنافيّة لمحكمة الوزارة (1921 - 1955)**». «*Le Centenaire du décret beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif*», CERP, IORT 1988, p. 222 et s.

(2) حول المحاكم الفرنسية في تونس انظر:
De Pougnadoresse, *La justice française en Tunisie*, Paris, Larose, 1897, p. 4 et s.

(3) R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux* de l'administration en Tunisie, Tunis, ENA 1968, op. cit., p.27 et s.

(4) حول هذا النظام راجع بالخصوص:
R. Chapus, «Aux sources du régime du contentieux administratif tunisien: du Protocole franco-italien du 25 janvier 1884 au Décret beylical du 27 novembre 1888», R.T.D, 1966-1967, p.75 ; H. Ben Salah, *La justice administrative au Maghreb*, Thèse, Tunis, 1979.
البشير التكاري، **مدخل إلى القانون الإداري**، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإداريّة، الطبعة الثانية تونس 2000، ص 58 وما يتبع.

توصّلا إلى الحكم بتعمير ذمّة الإدارة إذا ما بدت لها غير مشروعة[1].

40 - على أن نظر هذه المحاكم قد بقي محدودا، ذلك أن الفصل الرّابع من الأمر المذكور قد حجّر عليها قضاء الإلغاء-وهو من أهمّ فروع القضاء الإداري-، وذلك بالتنصيص على أنه «من الممنوع على المحاكم المدنيّة أن تنظر في مطلب مآله إبطال عمل صدر من الإدارة»، وهو ما شكّل تكريسا نسبيّا لمبدأ الفصل بين الهيئات الإداريّة والعدليّة الذي يعتبر أحد ركائز القانون الإداري[2].

41 - بيد أن هذا المنع لم يقف حائلا دون إقرار اختصاصها بالنظر في شرعيّة التراتيب الإداريّة-وهي من أهمّ أنواع الأعمال الإداريّة-، ولكن عن طريق آليّة مميّزة تعرف بطريقة الدفع بعدم الشرعيّة (*Le contrôle par la voie de l'exception d'illégalité*)، توصّلا إلى استبعاد تطبيقها على موضوع النزاع كلّما بدت لها مخالفة للمشروعيّة القانونيّة[3]، وقد وقع الاستناد في ذلك إلى قراءة عكسيّة لأحكام الفصل الثالث من أمر 1888 الذي يدعوها إلى عدم تعطيل تنفيذ «التراتيب الشرعيّة»، حيث تم تأويل هذه العبارة بأنها تجيز لها تقدير شرعيّة هذا النوع من الأعمال عن طريق الطعن غير المباشر.

وعموما يمكن القول بأن التشريعات التي صدرت في عهد الحماية تعتبر النوّاة الأولى لبروز القانون الإداري التونسي[4].

(1) حول النظام القانوني لمسؤوليّة الإدارة انظر الباب الأول من الجزء الرابع أسفله.
(2) Y. Ben Achour, «L'histoire du principe des autorités administratives et judiciaires en droit administratif tunisien», EDCE n° 42, p. 179.

(3) حول هذه المسألة انظر:
R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie*, op. cit., p. 53 ; Y. Ben Achour, *Droit administratif*, op. cit., p. n° 503-506.
مروان الديماسي، **الدفع بعدم شرعية القرارات الإدارية**، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كليّة الحقوق بسوسة، 1995.
انظر أيضا رقم 1162-1164 وما يتبع أسفله.

(4) راجع:
S. Ben Achour, *Aux sources du droit moderne: la législation tunisienne en période coloniale*, Thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996.

ب-القانون الإداري في دولة الاستقلال

42 - يرى الأستاذ عياض ابن عاشور أنه «يستحيل فهم القانون الإداري التونسي دون الرجوع إلى القانون الإداري الفرنسي»[1]، وبالفعل فإن الحلول المعتمدة بعد الاستقلال تعكس تأثر القانون الإداري التونسي بمبادئ القانون الإداري الفرنسي[2].

1. القانون الإداري في ظل دستور 1959

43 - انطلقت عمليّة نقل المنوال الفرنسي للقانون الإداري منذ السنوات الأولى للاستقلال واتخذت أشكالا وأساليب مختلفة.

44 - تمثلت الأولى في المحافظة على المؤسّسات والمفاهيم الموروثة من عهد الحماية، ففي مستوى التنظيم الإداري تقرّر مواصلة العمل بالحلول المعتمدة من قبل (إدارة مركزيّة، إدارة جهويّة، إدارة لامركزيّة)، وفي مستوى وسائل العمل الإداري تقرّر في البداية الإبقاء على النصوص الأساسيّة الموروثة من عهد الحماية (أمر 25 سبتمبر 1885 المتعلق بالملك العمومي للدولة، و أمر 12 ماي 1906 المتعلق بالمحاسبة العموميّة ، وأمر 18 أكتوبر 1945 المتعلق بصيغ إبرام الصفقات العموميّة للدولة)، وفي مستوى تنظيم النزاع الإداري ما يشدّ الانتباه هو إبقاء العمل بأمر 27 نوفمبر 1888 المتعلّق بالنزاع الإداري بالرغم من توحيد النظام القضائي بعد الاستقلال[3]، وإدخال نظام الازدواجيّة القضائيّة بمقتضى قانون غرّة جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، إذ لم يقع إلغاء

(1) Y. Ben Achour, *Droit administratif*, op. cit., n° 35.

(2) راجع:
R. Jenayah, «*L'évolution des systèmes maghrébins de justice administrative: éléments d'introduction*», in «La justice administrative dans les pays du Maghreb» in (dir. de) H. Ben Salah et R. Jenayah, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse 2008, p.11 et s.

(3) حول هذا الموضوع انظر: محمد كمال شرف الدين، **قانون مدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق**، مجمع الأطرش للنشر، تونس 2017، ص.54-58.
Y. Ben Achour, *Droit administratif*, op. cit., n° 37-43. ; R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux de l'administration*, op.cit., p. 47.

العمل بهذا الأمر إلاّ سنة 1996 [1]، ولكن دون إزالة أسسه[2]، إذ ظلّت المحكمة الإداريّة تستلهم حلولها من الرصيد الثري للمحاكم الفرنسيّة التي كانت مختصّة بتأويل مقتضياته.

45 - وتمثلت الثانية في إحداث مؤسّسات الدولة الحديثة، نخص بالذكر منها رئاسة الجمهوريّة، والوزارة الأولى، ومجلس النواب، والمجلس الدستوري، والمحكمة الإداريّة ودائرة المحاسبات (دستور1959)، ومجلس تنازع الاختصاص (قانون 03 جوان 1996)، ومجلس المنافسة (قانون 29 جويلية 1991)، والموفق الإداري (أمر 10 ديسمبر 1992).

46 - وتمثلت الثالثة في صدور قوانين تم بمقتضاها مراجعة بعض النصوص المتعلقة بالتنظيم الإداري، نخصّ بالذكر منها أمر 21 جوان 1956 المتعلق بالتنظيم الإداري لتراب الجمهوريّة كما تم تنقيحه وإتمامه بالقانون المؤرّخ في 13 جوان 1975 المتعلق بالنظام الأساسي للإطارات العليا الجهوية، وقوانين 10 ماي 1975 المتعلقة بالبلديّات، وقانون 04 فيفري 1989 المتعلق بالمجالس الجهويّة، ويمكن أن نذكر على صعيد وسائل العمل الإداري قانون الوظيفة العموميّة (قانون 12 ديسمبر 1983)، وقانون المحاسبة العموميّة (قانون 31 ديسمبر 1973)، وهي النصوص التي اقتصرت على نقل الحلول القديمة مع إدخال بعض الإضافات عليها دون المساس بجوهرها.

47 - على أن عمليّة النقل لم تكن دائما وفيّة للمنوال الأصلي، إذ لا يمكن وضع نظام ليبرالي متطوّر في محيط يفتقد إلى التقاليد التي يتسم بها بلد المنشأ، لذلك نلاحظ انحراف النظام نحو التسلّط، ففي مستوى تنظيم الإدارة تم اعتماد

(1) ومنها مبدأ منع المحاكم العدلية من التدخل في شؤون الإدارة، ضرورة أن الفصل 3 من القانون عدد 38 لسنة 1996 قد أعد تأكيد المنع الوارد بالفصل الرابع من الأمر المذكور وذلك بالتنصيص على أنه «ليس للمحاكم العدلية أن تنظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو إلى الإذن بأي وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرافق العموميّة».

(2) حول إصلاح القضاء الإداري بمقتضى قوانين 3 جوان 1996 انظر: **إصلاح القضاء الإداري**، (تحت إشراف محمد العربي الفاضل موسى)، مركز النشر الجامعي، تونس 1997.

تنظيم أدّى إلى تقويض صلاحيّات الجماعات المحليّة ووضعها تحت وصاية السّلطة المركزيّة وممثليها في الجهات[1]، وفي مستوى نظام الرقابة القضائيّة لم يقع تكريس مبدأ الشرعيّة إلا بصفة محدودة، ولم يتم إرساء جهازا للقضاء الإداري مكتمل الأركان إلّا بصفة تدريجيّة، ابتداء من أواخر القرن العشرين[2]، وقد اتخذ هذا النظام شكلين أساسيّين:

48 – رقابة ماليّة على شرعيّة وجدوى العمليّات الماليّة تمارس بواسطة دائرة المحاسبات، تكتسي الصبغة الإداريّة كلّما انصبّت عل التصرّفات الماليّة لرؤساء المصالح الإداريّة، وتكتسي الصبغة القضائيّة كلما تعلّقت بالعمليّات التي يتولاّها المحاسبون العموميّون[3].

49 – ورقابة قضائيّة إداريّة تمارس على شرعيّة الأعمال الإداريّة بواسطة محكمة إداريّة متفرّعة إلى دوائر ابتدائيّة واستئنافيّة وتعقيبيّة وجلسة عامة قضائيّة[4]

(1) حول هذه المسألة انظر:
R. Jenayah, «*Heurs et malheurs de l'autonomie locale*», Mélanges J. Molinier, LGDJ 2011, p.341 et s. ; G. Marcou, *Propos introductifs*», *in* «*Décentralisation et démocratie*, (dir. de G. Marcou et H. Ben Salah), l'Harmattan et IORT, 1998 ; p. et s. ; L. Tarchouna, *Décentralisation et déconcentration en Tunisie*, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005.

(2) تعرّض الفصل 57 من دستور غرة جوان 1959 إلى مجلس دولة متكوّن من هيئتين قضائيتين الأولى إداريّة مختصّة في تجاوز السّلطة وفي النزاعات الإداريّة، والثانية ماليّة مختصّة في مراقبة التصرّف في الأموال العموميّة، إلا أن إحداث المحكمة الإداريّة لم يتم إلا في بداية السبعينات، وبعد ذلك صدر القانون الدستوري عدد 65 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 الذي تضمّن تنقيح وتعويض الفصل المذكور بمقتضى الفصل 69 الجديد الذي نص على أن:» يتركّب مجلس الدولة من هيئتين:
1 - المحكمة الإداريّة 2 - دائرة المحاسبات
يضبط القانون تنظيم مجلس الدولة وهيئتيه، ومشمولاته والإجراءات المتبعة لديه».

(3) القانون عدد 8 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بدائرة المحاسبات كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة، حول هذه المؤسسة، انظر:
M.-S. Ben Aïssa, «*La Cour des comptes en Tunisie*» in «*Les cours suprêmes en Afrique*», Tome III, (dir. de) G. Conac, Paris 1989, pp.243 - 259 ; N. Belaïd et L. *Chikhaoui, Comptabilité publique*, CPU 2012, p. 105 et s.

(4) القانون عدد 40 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة.

يعود إليها النظر في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإداريّة نخص بالذكر منها على وجه الخصوص:

– دعوى تجاوز السّلطة التي تهدف إلى إلغاء القرارات الإداريّة المخالفة للمشروعيّة القانونيّة.

– دعاوى العقود ودعاوى المسؤوليّة الإداريّة التي تهدف إلى التعويض عن الأعمال غير التعاقديّة للإدارة.

– الدعاوى والطعون التي تنظر فيها المحكمة الإداريّة بمقتضى اختصاص مسند.

50 – وتدعيما لنظام الازدواجيّة القضائيّة أحدث القانون عدد 38 المؤرّخ في 03 جوان 1996 مجلسا لتنازع الاختصاص، يتركّب بالتناصف من قضاة عدليين وقضاة إداريين، مكلّف بفصل نزاعات الاختصاص التي قد تطرأ بين جهازي القضاء العدلي والإداري[1].

51 – وما يجب التنبيه إليه في هذا الإطار هنا هو أن إحداث المحكمة الإداريّة، لئن مثل خطوة كبرى نحو «ضمان احترام المشروعيّة القانونيّة من طرف السّلط الإداريّة» طبقا لمقتضيات الفصل الخامس من قانون المحكمة الإداريّة [2]، فإنه لم يكن كافيا –في غياب المناخ الملائم – للمساهمة في ازدهار القانون الإداري وجعله أداة فاعلة لحمل الإدارة على احترام القانون[3].

(1) القانون الأساسي عدد 38 المؤرخ في 03 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص. انظر:
M. Filali, «*La résolution des conflits de compétence dans les pays du Maghreb* »in «*La justice administrative dans les pays du Maghreb op. cit*, pp.169-193 ;
غازي الغرايري، «**مجلس تنازع الاختصاص**»، ضمن «**إصلاح القضاء الإداري**»، المرجع سابق الذكر، ص.65-82.

(2) حول مبدأ الشرعية راجع الباب الثاني من الجزء الرابع أسفله.

(3) حول هذا النظام انظر: عياض ابن عاشور، **القضاء الإداري وفقه المرافعات الإداريّة في تونس**، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثالثة، 2006؛ إبراهيم البرتاجي، **قانون النزاع الإداري العام**، الكتاب الأول، مركز النشر الجامعي، 2022.

2.القانون الإداري في ظلّ دستور 2014

52 – تطرح الأحداث الفارقة التي جدّت في بداية سنة 2011 والتي أدّت إلى سقوط النظام الذي جاء به دستور 1959 واستبداله بنظام دستور 27 جانفي 2014، جدليّة العلاقة بين القانون والواقع، ويختلف منظرو القانون حول تحديد طبيعتها، فهناك من يرى أن هذه العلاقة ليس لها الصبغة القانونيّة[1]، إذ لا يمكن أن تتعارض القواعد القانونيّة داخل الدولة الواحدة وإلّا اختلطت المفاهيم وعمّت الفوضى، وهناك من يرى أن القطيعة التي تترتب عنها لا تنفي صبغتها القانونيّة[2].

53 – وقد كان الفقيه الكبير (*Hans Kelsen*) أوّل من حاول توضيح مفهوم الثورة القانونيّة من خلال النظريّة المعياريّة للقانون (*La théorie normativiste du droit*)، معتبرا أن القواعد القانونيّة تنتمي إلى عالم اللزوميّات (*Sollen*)، خلافا للوقائع التي تتبع عالم الموجودات (*Sein*)، وأن كلّ قاعدة تستمدّ صحّتها من مدى مطابقتها للقاعدة التي تعلوها درجة في سلّم القواعد القانونيّة، ويكون ذلك في شكل هرمي متماسك[3]، وبما أنه لا توجد قاعدة أسمى من الدستور، يعتبر الدستور القاعدة التأسيسيّة الافتراضيّة (*La norme hypothétique fondamentale*) في كل نظام قانوني[4].

54 – ويفسّر (*Hans Kelsen*) الحالات الاستثنائيّة كالثورات والانقلابات بدخول قاعدة تأسيسيّة جديدة في النظام القانوني للدولة تؤدّي إلى تغيير جوهري في طريقة إنتاج القواعد القانونيّة وإلى حلول منظومة جديدة محلّ المنظومة القديمة[5].

(1) راجع:
C. de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey 1920, t.2, Rééd. CNRS, 1962, p. 497.

(2) راجع:
J.-P. Derosier, «Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit», RFDC, 2013, p. 391 et s.

(3) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad.Ch. Eisenmann, LGDJ 1999, p. 209.

(4) ذات المرجع، ص.209.

(5) ذات المرجع، ص. 110.

55 – وغير بعيدا عن هذه النظريّة، يرى الفقيه الانجليزي (*H. Hart*) بأكثر واقعيّة أن القاعدة المعياريّة النهائيّة (*La règle ultime de reconnaissance*) التي تفرزها الأحداث الاستثنائيّة تستمدّ سموّها من مدى الالتزام بها من قبل السّلطة التأسيسيّة، وقبولها من طرف مختلف أفراد المجتمع، دون حاجة للبحث عن أسسها في عالم الفرضيّات[1].

56 – على أن أنصار الاتجاه الواقعي وعلى رأسهم (*C. Schmitt*) قد انتقدوا هذه النظريّات المعياريّة، معتبرين أنه لا وجود لقواعد افتراضيّة تطبّق على الخواء، لذا يجب ضبط النظام حتى يسترجع القانون معناه، وهذا الدور الخطير يعود إلى صاحب السيادة الذي يعود له تقرير الحالة الاستثنائيّة وتقدير مدى القطيعة التي تحدثها مع النظام القائم، لذلك توصف هذه النظريّة بالمدرسة التقريريّة للقانون[2].

57 – وبالعودة إلى الأحداث التي جدّت في أواخر سنة 2010 وأدّت إلى إسقاط النظام القديم، نلاحظ أن الرابطة مع النظام المتولّد عن دستور 1959 لم تنقطع أبدا، ولعل إعلان المجلس الدستوري يوم 15 جانفي 2011 عن شغور منصب رئيس الجمهوريّة على أساس الفصل 57 من هذا الدستور[3]، وتفويض مجلس النوّاب للرئيس المؤقت سلطة وضع القواعد المناسبة عن طريق المراسيم على أساس الفصل 28 من هذا الدستور[4]، لخير دليل على هذا التواصل[5]، وحتى بعد سقوط آخر معاقل النظام تحت ضغط رهيب من الجماهير المعتصمة

(1) H.-L.-A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M.-V.de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2ème éd.2005, p. 209.

وحول كل هذه النظريات انظر:
O. Pfersmann, «*Production des normes: production normative et hiérarchie des normes*» in (dir.) D. Chagnol et M. Troper «*Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, Dalloz, p. 483 et s.

(2) C. Schmitt, *Théologie politique*, 1922, rééd. Gallimard, 1988, p. 15.

(3) الرائد الرسمي عدد 5 لسنة 2011، ص. 123.

(4) بمقتضى القانون عدد 05 لسنة 2011 المؤرخ في 9 فيفري 2011 (الرائد الرسمي عدد 10 لسنة 2011، ص. 174).

(5) انظر نص الإعلان في الرائد الرسمي عدد 5 لسنة 2011، ص. 123.

بساحة الحكومة، فإن القطيعة لم تكن تامة، ضرورة أن التنظيم المؤقت للسّلط العموميّة الذي تقرّر بمقتضى مرسوم 23 مارس 2011 (ما يعبّر عنه في الفقه الدستوري «بالدستور الصغير»[1])، لئن عاين تعبير الشعب عن ممارسة سيادته كاملة في إطار دستور جديد[2]، فإنه لم يلغ تماما طريقة الإنتاج القانوني المعتمدة في النظام القديم، بل اكتفى فقط بإجراء عمليّة انتقاء آلت إلى إلغاء البعض من مؤسّساتها وتأهيل البعض الآخر لمواصلة القيام بمهامها، مضيفا كائنا أحدث في شكل هيئة مستقلة، شبيهة بالبرلمانات الأوليّة (*Proto-parlement*)، مكلّفة «بتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي»، وذلك بصياغة النصوص المناسبة في شكل مراسيم[3]، وقد ساهم هذا الخيار في امتصاص الغليان الجماهيري، وتهيئة الظروف الملائمة لانتخاب المجلس الوطني التأسيسي في 23 أكتوبر2011[4].

58 – مباشرة بعد الانتخابات صدر القانون التأسيسي عدد 06 المؤرّخ في 16 ديسمبر 2011 معلنا عن تنظيم مؤقت جديد للسّلط العمومية يهدف إلى وضع دستور جديد[5]. لم تقع المصادقة عليه إلّا في 27 جانفي 2014 بعد مخاض عسير

(1) حول هذا المفهوم انظر:
E. Charlier, «Les petites constitutions. Contribution à l'analyse du droit constitutionnel provisoire, RFDC, 2007/3, n°71, p.513.

(2) المرسوم المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسّلط العمومية (الرائد الرسمي عدد 20 لسنة 2011، ص. 367).

(3) المرسوم عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 18 فيفري 2011 المتعلق بإحداث الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي.

(4) خلال فترة لم تتجاوز ثمانية أشهر، أعدت لجنة الخبراء التابعة لهذه الهيئة ما لا يقل عن ستة نصوص كبرى، صدرت في شكل مراسيم، وهي تلك المتعلقة بإحداث الهيئة المستقلة للانتخابات (المرسوم عدد 88 لسنة 2011)، والقانون الانتخابي (المرسوم عدد 88 لسنة 2011)، والأحزاب السياسيّة (المرسوم عدد 88 لسنة 2011)، والجمعيّات (المرسوم عدد 87 لسنة 2011)، وحريّة الصحافة والطباعة والنشر (المرسوم عدد 115 لسنة 2011)، وحريّة الاتصال السمعي البصري (المرسوم عدد 116 لسنة 2011).
حول حصيلة أعمال هذه الهيئة، انظر: الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي، **مداولات الهيئة**، جزء أول وجزء ثاني، تونس، جانفي 2012؛ انظر أيضا:
Y. Ben Achour, *Tunisie. Une Révolution en pays d'Islam*, éd. CERES, 2016, p. 270 et s.

(5) القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 (الرائد الرسمي عدد 97 لسنة 2011، ص. 3111).

59 – غير أنه وبالرغم من الرغبة الجامحة للحكّام الجدد في كتابة هذا الدستور «انطلاقا من ورقة بيضاء»، فإن الرابط مع النظام جاء به الدستور القديم لم ينقطع، بدليل أن الفصل 27 القانون التأسيس قد نصّ على أنه يتم إنهاء العمل بدستور 1959 مع الإبقاء على «النصوص القانونية التي لا تتعارض مع هذا القانون»، وهذا الخيار هو الذي فسح المجال لإبقاء العمل بعديد النصوص والحلول التي كانت معتمدة في ظلّ النظام القديم.

3.الأمر عدد 117 لسنة 2021 ودستور 2022

60 – صدر الأمر عدد 117 لسنة 2021 على أساس الفصل 80 من دستور 2014 المنظم لحالة الاستثناء[1]، التي سبق للرئيس، قيس سعيّد، الإعلان عنها منذ يوم 25 جويلية 2021، وتطرح التدابير المتخذة على ضوئها مجدّدا جدليّة العلاقة بين القانون والواقع.

61 – وجدير بالتذكير أن هذا الإعلان قد تبعته في البداية سلسة من الأوامر تعلقت على وجه الخصوص بإعفاء رئيس الحكومة وأعضاء بالحكومة من مهامهم[2]، وبتعليق أعمال مجلس نواب الشعب[3]، قبل إصدار الأمر عدد 117 لسنة 2021 الذي تحوّل بمقتضاه الرئيس، قيس سعيّد، من سلطة مؤسّسة إلى سلطة تأسيسيّة، مستأثرا بكامل السّلط، يمارسها عن طريق المراسيم، ومقرّا لنفسه بحق القيام بكلّ الإصلاحات التي يرى من الضروري إدخالها على نظام الحكم (الفصل 22)[4].

62 – وقد أمكن له بذلك إدخال تغيير قصري على نظام الحكم الذي يستمدّ منه مشروعيّته الدستوريّة، خارج أطر التعديل الواردة بالباب الثامن من الدستور

(1) الأمر الرئاسي عدد 117 المؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلق بالتدابير الاستثنائيّة (الرائد الرسمي عدد 86 لسنة 2021، ص. 2282).

(2) الأمر الرئاسي عدد 69 المؤرّخ في 26 جويلية 2021 (الرائد الرسمي عدد 64 لسنة 2021، ص. 2072).

(3) الأمر الرئاسي عدد 80 المؤرّخ في 29 جويلية 2021 المتعلق بالتدابير الاستثنائيّة (الرائد الرسمي عدد 67 لسنة 2021، ص. 2092).

(4) حول حالة الاستثناء انظر رقم 1124 وما يتبع أسفله.

المذكور، اتسم بتفكيك ممنهج لمؤسّساته الدائمة، وذلك بالخصوص من خلال حلّه لمجلس نوّاب الشعب[1] ، وإحداثه لمجلس أعلى مؤقتا للقضاء[2]، وتنقيحه للقانون المنظم للهيئة العليا المستقلة للانتخابات[3]، ليصل به الأمر إلى استبدال هذا الدستور بدستور جديد تولى وضعه بنفسه وعرضه على الاستفتاء[4].

63 – وبقطع النظر عن الملابسات العجيبة التي حفت بصدور الدستور الجديد في 25 جويلية 2022، من استشارة إلكترونيّة لم تتجاوز نسبة المشاركة فيها 6٪، ومن حوار وطني تحوّل إلى مجرّد مناجاة فرديّة، ومن استفتاء لم تتجاوز نسبة المشاركة فيه 30.50٪ [5]، لا يفوتنا أن نشير إلى الانحراف الخطير الذي أقدم عليه الرئيس تحت غطاء حالة الاستثناء، ضرورة أن الفصل 80 من دستور 2014 لا يخوّل له إعفاء رئيس وأعضاء الحكومة من مهامهم وتعويضهم بحكومة أخرى غير حائزة على ثقة البرلمان، كما لا يخوّل له التمديد في حالة الاستثناء أكثر مما هو ضروري لضمان رجوع السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الآجال، ولا يخوّل له بالخصوص الانتصاب كسلطة تأسيسيّة لغاية وضع دستور جديد[6].

64 – ويتضح هكذا أن المرسوم عدد 117 لسنة 2021 الذي تعلق في الظاهر بمجرّد تدابير استثنائيّة محدودة المدى والنطاق يخفي في الواقع تنظيما مؤقتا جديدا للسّلط العموميّة، يؤدّي إلى الخروج عمّا يعرف بالدكتاتوريّة الدستوريّة التي ينحصر نطاقها فيما هو مفوّض لصاحبها من سلطات، وفيما ما هو ضروري أن يتخذه من تدابير خلال مدّة سريانها، بدكتاتوريّة لا دستوريّة تؤول إلى استبدال

(1) الأمر الرئاسي عدد 309 المؤرّخ في 30 مارس 2022 المتعلق بحل مجلس نوّاب الشعب (الرائد الرسمي عدد 35 لسنة 2022).

(2) المرسوم عدد 11 المؤرّخ في 12 فيفري 2022 (الرائد الرسمي عدد 16 لسنة 2022، ص. 450).

(3) المرسوم عدد 22 المؤرّخ في 21 أفريل 2022 (الرائد الرسمي عدد 45 لسنة 2021، ص. 1183).

(4) الذي قام بختمه وإصداره بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 691 المؤرّخ في 17 أوت 2022 (الرائد الرسمي عدد 67 لسنة 2022، ص. 2092).

(5) المصدر: الهيئة العليا المستقلة للانتخابات.، 26 جويلية 2022

(6) المرسوم عدد 32 المؤرّخ في 25 ماي 2022 المتعلق بأحكام استثنائيّة لاستفتاء 25 جويلية 2022 (الرائد الرسمي عدد 59 لسنة 2022، ص. 1751).

الدستور الذي يستمدّ منه الرئيس مشروعيّته الدستوريّة[1]، بدستور جديد مفروض بأمر الواقع.

65 – وما يؤكّد هذا الانحراف الخطير هو أن المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان[2] قد قضت عند نظرها في شرعيّة الإجراءات المقرّرة على أساس الأمر 117 لسنة 2021 سالف الذكر بأنها تتعارض مع المواد أ (1) 7 و(1) 13 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المتعلقة بالحق في التقاضي والحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة للبلاد مباشرة أو عن طريق ممثلين يتم اختيارهم بكلّ حريّة، وانتهت إلى مطالبة الدولة التونسيّة بإلغائها وبالعودة إلى المشروعيّة الدستوريّة[3].

الفرع الثالث: مصادر القانون الإداري

66 – كان منظّرو المدارس الوضعيّة للقانون (*Les théories positivistes du droit*) يعتبرون في البداية أن النظام القانوني للدولة يتكوّن من قواعد محرّرة في صيغة الأمر والنهي، ومركّبة بطريقة تجعل كلّ قاعدة تستمدّ قيمتها من ذاتها، ويترتب عن مخالفتها جزاء معيّن[4]، غير أنه سرعان ما تبيّنت محدوديّة هذه النظرة

(1) حول التمييز بين مفهوم الدكتاتوريّة الدستوريّة أو المفوّضة ومفهوم الدكتاتوريّة اللادستوريّة أو السياديّة انظر:

C. Schmitt, *La dictature*, trad. KÖller/Seglard, Paris, Le Seuil, p. 205.

(2) المحدثة بمقتضى المادة 1 من بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي اعتمدته الدول الأعضاء، ومنها تونس، في منظمة الوحدة الإفريقية سنة 1998 والذي دخل حيز النفاذ في 25 جانفي 2004.

(3) المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، 22 سبتمبر 2022، **إبراهيم بلغيث/الدولة التونسية**.

(4) نشأت المدرسة الوضعيّة كردّة فعل ضد المدارس المثاليّة للقانون(*Les théories idéalistes ou jusnaturalistes du droit*) التي ترى أنه يوجد قانون طبيعي أسمى من القانون الوضعي يكون صالحا لكل زمان ومكان، لأنه يتضمّن المبادئ المتصلة بالصفات الجوهريّة للذات البشرية، كالعدل والحريّة والمساواة، وعلى عكس ذلك ترى المدرسة الوضعيّة للقانون الذي يعتبر (*Thomas Hobbes*) أحد روّادها أنه لا يوجد قانون خارج الدولة حيث تستمد القواعد القانونية صبغتها الآمرة من صدورها عن صاحب السيادة، على أن هذه المدرسة التي انتشرت ابتداء من القرن التاسع عشر قد تفرعت بدورها إلى اتجاهات مختلفة.

حول تطور أسس الفكر القانوني، راجع:

شاء وكيفما شاء وحيثما شاء لهم»[1]. في هذا المنوال من الدولة الذي يعرف بدولة الضبط (*État de police*) لئن كان بوسع الإدارة أن تفرض على الأفراد الامتثال لأحكام القانون، فإنه لا يمكن للأفراد الاحتجاج بهذه الأحكام ضد الإدارة، فدولة الضبط لا تعني الدولة الخالية من القانون، وإنما الدولة التي يكون فيها الحكّام متحرّرين من القواعد التي قاموا بوضعها.

ب-الإدارة الخاضعة للقانون

17 – تعود جذور فكرة خضوع الإدارة للقانون في دولة الشرعيّة (*État légal*) إلى الثورة الفرنسيّة، وبخاصة إلى أفكار (*J.J. Rousseau*) الذي يرى أن القانون هو التعبير عن الإرادة الجماعيّة[2]، وبالتالي فإن القواعد التي تصدر عن السّلطة التشريعية لها من العلويّة ما يحول دون إخضاعها لأيّ شكل من الرقابة، وذلك خلافا للأعمال الإداريّة التي تبقى مقيّدة بالقانون وخاضعة لمبدأ الشرعيّة[3].

18 – غير أن هذه الفكرة قد لاقت انتقادات شديدة في البلدان التي تعتمد نظرة أكثر واقعيّة، وترى أن الحكّام غير معصومين من الخطأ، وأن ضمان الحقوق والحريّات يفترض إجراء رقابة فعليّة على كلّ القواعد التي يتكوّن منها النظام القانوني للدولة، بما في ذلك القواعد ذات الصبغة التشريعيّة، وقد ساهم هذا التحوّل في حلول منوال دولة القانون (*État de droit*)[4] محلّ دولة الشرعيّة.

19 – وتعرّف دولة القانون بأنها الدولة التي يسود فيها حكم القانون على الكافة، والتي تمتدّ فيها الرقابة القضائيّة إلى سلامة كافة القواعد التي يتكوّن منها النظام القانوني للدولة، بما في ذلك القواعد ذات المصدر التشريعي التي يتعيّن إخضاعها لما يعرف برقابة الدستوريّة.

(1) توفيق بوعشبة، **الوجيز في القانون الإداري العام**، مجمع الأطرش لنشر الكتاب المتخصّص، 2021، ص. 413.

(2) J.-J. Rousseau, Du contrat social, GF- Flammarion, 1992, pp. 61.68.

(3) حول هذا التحول، راجع:
R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, collect. l

(4) حول دولة القانون راجع:
J. Chevallier, «*L'Etat de droit*», Montchrestien, 5ème éd., Coll. Clefs, 2000, p. 315 et s.

20 – وطبقا لمقتضيات دولة القانون تمارس رقابة دستوريّة القوانين إمّا بصفة منتشرة، بواسطة المحكمة العاديّة العليا، طبقا للمنوال الذي تبلور لأوّل مرّة في الولايات المتحدة ابتداء من مطلع القرن التاسع عشر[1]، وإمّا بصفة مركّزة، بواسطة محكمة متخصّصة، طبقا للمنوال الذي تبلور في أوروبا القاريّة ابتداء من القرن العشرين[2]، على أن هذه الأنواع المختلفة من الرقابة لا تنفي التقارب الحاصل اليوم بينها في الديمقراطيات الكبرى[3].

الفرع الثاني: تطوّر القانون الإداري

21 – إن فكرة خضوع الإدارة للقانون لا تؤدّي بالضرورة إلى بروز قانون إداري مستقل عن القانون الخاص (الفقرة الأولى)، فظهور القانون الإداري كان في الحقيقة وليد تداخل عوامل تاريخيّة خاصة بالنظام الفرنسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القانون الإداري أو قانون الإدارة؟

22 – المقصود بالقانون الإداري مجموع القواعد ذات الصبغة الخصوصيّة التي تهدف إلى تنظيم العلاقة بين الإدارة والأفراد، ويعتمد هذا القانون حلولا تختلف عن تلك التي تعتمد في نطاق القانون الخاص، ويتجلّى ذلك بكلّ وضوح من خلال الحيثيّة الشهيرة لقرار (*Blanco*) الصادر عن محكمة التنازع الفرنسيّة منذ سنة 1873: «إن المسؤوليّة التي يمكن أن تتحمّلها الدولة بسبب الأضرار التي يلحقها أعوان المرفق العام بالأفراد لا يمكن أن تخضع لمبادئ المجلّة المدنيّة

(1) Cour suprême des Etats-Unis, 24 février 1803, *Marbury v. Madison*, in: E. Zoller, Les Grands arrêts de la Cour suprême des EU, coll. Les Grands Arrêts, Dalloz, 1ère éd. 2010, pp. 1-28.

(2) H. Kelsen, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois: une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine», publié en anglais en 1942, réédité en français in: RFDC, 1990-1, p. 17 et s.

(3) حول هذه الأنظمة من الرقابة الدستوريّة والتقارب بينهما راجع:
L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2ème éd., Dalloz 2016 ; M. Fromont, Justice constitutionnelle comparée, Dalloz 2013 ; L. Huschleg, «*Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique*», in C. Grewe «*La notion de justice constitutionnelle*», Dalloz 2005, pp. 102-112.

التي تضبط علاقة الأفراد فيما بينهم، فهذه المسؤوليّة ليست عامة أو مطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتغيّر حسب مقتضيات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد»[1]، ويعتبر هذا التوجّه منطقيّا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن القانون الإداري يطبّق على أطراف غير متساوية في الحقوق والواجبات، فالمنطق يقتضي الاعتراف للإدارة بامتيازات تتجاوز الحقوق العاديّة للأفراد حتى تتوفر لها الوسائل اللازمة لتحقيق المصلحة العامة.

23 - بيد أن هذا التوجّه ليس بالأمر الحتمي، بدليل أن هناك من الأنظمة من ترفض فكرة القانون الإداري ذاتها، وترى فيها مظهرا من مظاهر التسلّط الذي يشكّل خطرا على الحقوق والحريّات[2]، لذلك لا يقع التمييز في نطاقها بين الأشخاص العموميّة والأفراد، بل يتمّ إخضاعهما لقانون واحد -وهو القانون المدني-، ولسلطة قضائيّة واحدة-وهي المحاكم المدنيّة، وهذا المنوال الذي يعرف بالنظام الوحدوي (*Système unitaire*) هو الذي تبلور في إنجلترا وانتشر في البلدان المتأثرة بالحضارة الإنجليزيّة (كالولايات المتحدة، وكندا، وأستراليا، والهند)، مع الإشارة إلى أن هذه البلدان قد بدأت تتأثر بالمنوال الفرنسي للقانون الإداري، وتسعى إلى إدخال نوع من الخصوصيّة على الحلول التي تطبّق على العمل الإداري، ولكن دون المساس بالجوهر الذي يبقى وحدويّا بالأساس[3].

الفقرة الثانية: نشأة المنوال الفرنسي للقانون الإداري وانتشاره

ظهر القانون الإداري في فرنسا، قبل أن ينتشر في البلدان المتأثرة بالحضارة الفرنسيّة.

(1) TC, 8 février 1873, *Blanco*, GAJA, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, 22ème éd., Dalloz 2019, n° 1.

(2) A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. A. Batut et G. Jèze, V. Giard et E. Brière éd., Paris 1902.

P. Lindseth, «Réflexions sur le droit administratif aux Etats-Unis», EDCE, (3) 1995, n° 46, p.515 ; D. Levy, *«Les développements récents du droit administratif anglais»*, Mél. Chapus, Montchrestien 1992, p. 387.

أ-الجذور التاريخيّة للقانون الإداري الفرنسي

24 - تعود الجذور التاريخيّة لمنوال لقانون الإداري الفرنسي إلى ثورة 1789، ذلك أن العلاقة بين الإدارة الملكيّة و«البرلمانات» (*Les Parlements*) -وهي عبارة عن المحاكم التي كانت متواجدة في فترة ما قبل الثورة - لم تكن علاقة تعاون وانسجام، بل كانت علاقة ارتياب وتنازع، فهذه المحاكم التي كان يعود لها تسجيل الأوامر الملكيّة، كثيرا ما كانت ترفض القيام بذلك، وهو ما كان يؤدّي إلى عرقلة أعمال الإدارة، فلمّا تحققت الثورة رأت السّلطة المنبثقة عنها أن من أوكد الإصلاحات منع المحاكم العدليّة من التدخل في شؤون الإدارة، وقد وقع تكريس هذا المبدأ بصفة صارمة في قوانين متلاحقة شكّلت اللبنة الأولى لظهور منوال القانون الإداري.

25 - ويمثل قانون 16-24 أوت 1790 أوّل وأشهر القوانين الثوريّة التي كرّست مبدأ الفصل بين الهيئتين العدليّة والإداريّة، حيث نصّ الفصل 13 من هذا القانون على أن «الوظائف القضائيّة تبقى دائما مستقلّة عن الوظائف الإداريّة، وأنه لا يمكن للقضاة تعطيل أعمال الإدارة، أو مقاضاة أعوانها من أجل الأعمال المتصلة بوظائفهم الإداريّة»، وقد تأكّد ذلك بصدور الأمر المؤرّخ في 02 سبتمبر1795 من الرزنامة الثوريّة (*Fructidor An III* 16) الذي نصّ على أنه «يمنع منعا باتا على المحاكم العدليّة أن تنظر في مختلف أعمال الإدارة».

26 - وباستقراء هذه الحلول يتضح أنها أقرّت مبدأ-وهو مبدأ اختلاف الوظائف الإداريّة عن الوظائف القضائيّة-، وهذا أمر طبيعي في نظام يقوم على مبدأ تفريق السّلط، بيد أن ما يثير الاستغراب هو النتيجة التي رتبها الثوريّون على هذا المبدأ والتي تمثلت في منع المحاكم العدليّة من النظر في شرعيّة الأعمال الإداريّة، وقد حاول واضعوه أن يجدوا له بعض التبريرات، معتبرين أن الاعتراف للقضاء بسلطة إبطال أعمال الإدارة يؤدّي إلى التدخل في شؤونها، وعرقلة أعمالها، غير أن هذا التعليل يمثل في الواقع تشويها لقاعدة تفريق السّلط التي تقوم على وحدة الوظيفة القضائيّة، أيّا كان مصدر القاعدة القانونيّة التي يتعيّن على

المحاكم تطبيقها[1].

27 – ونتيجة لذلك أضحت الإدارة في حلّ من كل رقابة قضائيّة، وهو ما أدّى إلى وصف هذا النظام بنظام الإدارة القاضية (*Système de l'administrateur-juge*) الذي تستأثر فيه الإدارة بالنظر في النزاعات الإداريّة.

28 – بيد أن هذا الوضع لم يتواصل كثيرا، بل سرعان ما شهد تحوّلا هاما بصدور دستور السنة الثامنة (*Constitution de l'an VIII*) في 13 ديسمبر 1799 الذي أحدث بمقتضى مادته 52 مجلسا للدولة (*Conseil d'Etat*) وأسند له في البداية دورا استشاريّا يتمثل في إعداد مشاريع القوانين وإبداء الرأي في المسائل الإداريّة، قبل الاعتراف له تدريجيّا بالدور القضائي، وذلك بإحداث لجنة تابعة له مختصّة بالنظر في النزاعات الإداريّة، انحصر دورها في البداية في إعداد مشاريع الأحكام مع الإبقاء على كلمة الفصل في هذه النزاعات إلى رئيس الإدارة، وهو ما أدّى إلى وصف هذا النظام بنظام القضاء المحجوز (*Système de la justice retenue*)، الذي سيتحوّل إلى نظام القضاء المفوّض (*Système de la justice déléguée*) بصدور قرار (*Cadot*) بتاريخ 13 ديسمبر 1889[2] الذي أقرّ اختصاص مجلس الدولة بالنظر في شرعيّة الأعمال الإداريّة[3].

ب-سمات المنوال الفرنسي للقانون الإداري

يتميّز المنوال الفرنسي للقانون الإداري بخضوع الإدارة لقواعد تختلف عن قواعد القانون المدني وتتسم بخصوصيّة متفاوتة الدرجة.

(1) حول هذه المسألة انظر:
J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

(2) CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec., p. 1148.

(3) حول المراحل التاريخية لتكوين القضاء الإداري الفرنسي بصفة عامة، انظر:
R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien 200 2001, 15ème éd., n° 959-967 ; v. aussi: B. Odent et D. Truchet, *La justice administrative*, PUF, Que Sais-Je ?, 2ème éd., 2008.

29 – ولمّا كان موضوع الرقابة القضائيّة يمثل مسألة جوهريّة في نظام يسعى إلى إخضاع الإدارة لأحكام القانون، فقد ارتبطت هذه المسألة منذ البداية بنظام الازدواجيّة القضائيّة الذي تميّز بتركيز جهازين قضائيّين مستقلّين ومنفصلين:

- محاكم عدليّة على رأسها محكمة التعقيب مكلّفة بتطبيق قواعد القانون المدني في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد.

- محاكم إداريّة على رأسها مجلس الدولة مكلّفة بتطبيق قواعد القانون الإداري على النزاعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد.

- ومحكمة للتنازع (*Tribunal des conflits*) متكوّنة بالتناصف من قضاة عدليّين وقضاة إداريّين أوكل لها قانون 24 ماي 1872 مهمّة الفصل في نزاعات الاختصاص التي قد تطرأ بين جهازي القضاء العدلي والإداري[1].

30 – وقد كان لهذه الازدواجيّة التأثير الكبير على تطوّر القانون الإداري، ولعلّ البحث المطوّل عن معيار موحّد للقانون الإداري ولاختصاص القاضي الإداري خير دليل على ذلك[2].

31 – وقد نال هذا المنوال إعجاب العديد من الدول التي رأت من المفيد الأخذ بنظريّاته مع إدخال بعض التعديلات عليه بما يتماشى وظروفها المحليّة، ففي البلدان الغربيّة وبالرغم من تمسّك كلّ دولة بمؤسّساتها يلاحظ أن العديد منها (كإيطاليا وبلجيكا واليونان) قد استلهمت منه بعض الحلول[3]، أمّا في البلدان التي مرّت بمحنة الاستعمار (كبلدان المغرب المركزي ومصر ولبنان وبعض دول جنوب الصحراء)، فإن التأثر بالمنوال الفرنسي كان أكثر عمقا بحكم

(1) حول هذا النظام انظر:
J. Chevallier, «Du principe de séparation au principe de dualité», RFDA, n° 6, sept-oct. 1990, p. 712-723.

(2) حول هذا الموضوع انظر بالخصوص:
J. Rivero, «Existe-t-il un critère du droit administratif ?», art. précité.

(3) انظر:
J. Schwarz (dir. de), *Droit administratif européen*, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2008.

تكوين النخب الحاكمة على هذا المنوال وظاهرة الإيماء القانوني التي تدفع بهم للاحتفاظ بالمؤسّسات الموروثة من عهد الاستعمار[1].

الفقرة الثالثة: ظهور القانون الإداري في تونس

32 - لا يمكن الحديث عن قانون إداري في تونس قبل عهد الحماية[2]، ذلك أن النظام الذي كان سائدا فيما قبل لم يكن يسمح بإخضاع الإدارة لأحكام القانون، لذلك يمثل هذا النظام قطيعة جذريّة مع النظام السابق (أ)، سيكون له التأثير الكبير على النظام الذي سيقع تركيزه بعد الاستقلال (ب).

أ-نظام الحماية

33 - انتصبت الحماية الفرنسيّة في تونس بمقتضى معاهدة باردو لسنة 1881، وبصرف النظر عن جوانبها السلبيّة، علينا أن نقرّ بأنه يعود لها الفضل في إعادة تنظيم الإدارة على أسس عصريّة وإخضاع أعمالها للرقابة القضائيّة.

1.إعادة تنظيم الإدارة

34 - من الأسباب المعلنة لتبرير انتصاب نظام الحماية في تونس طبقا لما جاء باتفاقيّة المرسى المبرمة في 08 جوان 1883 ضرورة قيام الدولة التونسيّة «بالإصلاحات الإداريّة والعدليّة التي ترى الحكومة الفرنسيّة فائدة في إجرائها»، ولمّا كانت الحكومة الفرنسيّة ممثلة من طرف الوزير المقيم العام، فقد أمكن لها السّيطرة على كامل الجهاز الإداري عبر سلطة ختم وتنفيذ أوامر الباي --حاكم الإيالة التونسيّة- الذي اضطر إلى التنازل عن سلطاته لفائدة المقيم العام ممثل الدولة الفرنسية وذلك بمقتضى الأمر المؤرخ في 10 نوفمبر 1884.

(1) حول هذه الظاهرة انظر:
J. Rivéro, «Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif», Mélanges Van der Meersch., LGDJ 1972 p. 619 ; v. aussi: G. Timsit, «Modèles administratifs et pays en voie de développement » RISA, n° 2, 1976, pp. 349-356.
توفيق بوعشبة، **الوجيز في القانون الإداري العام**، المرجع سابق الذكر، ص. 19-24..

(2) S. Ben Achour, F. Mechri, Rapport aux travaux de l'Association H. Capitant «*La circulation du modèle juridique français*», Paris, Litec 1993, p. 283.

وقد تجسّمت هذه السيطرة في آليّتين أساسيّتين:

35 - تمثلت الأولى في إحداث وتنظيم عدّة إدارات ستكون بمثابة العمود الفقري للتنظيم الإداري الناشئ في تونس، ففي مستوى الإدارة المركزيّة تم إحداث خطة الكاتب العام للحكومة بمقتضى أمر 04 فيفري 1883، كما تمّ بعث إدارات تخضع مباشرة إلى سلطة المقيم العام، ومنها إدارة الأشغال العامة المحدثة بمقتضى الأمر المؤرّخ في 03 سبتمبر 1882، وإدارة الماليّة المحدثة بمقتضى الأمر المؤرّخ في 02 أكتوبر 1884، وفي مستوى الإدارة الجهويّة تم إحداث سلك المراقبين المدنيين بمقتضى الأمر المؤرّخ في 04 أكتوبر 1884، كما تمّ إرساء التنظيم البلدي بمقتضى الأمر المؤرّخ في غرّة أفريل1885[1].

36 - وتمثلت الثانية في وضع قواعد العمل الإداري، نخصّ بالذكر منها قانون الملك العمومي للدولة الصادر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885، وقانون الملك الخاص للدولة الصادر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 18 جوان 1918، وقانون الانتزاع من أجل المصلحة العامة الصادر بمقتضى الأمر المؤرّخ في 9 مارس 1939.

وبالتوازي مع ذلك، لم تغفل سلطة الحماية عن تنظيم النزاع الإداري، وهو ما شكّل تحوّلا جوهريّا في النظام القانوني للدولة.

2.تنظيم النزاع الإداري

37 - بمجرّد انتصاب نظام الحماية أحدثت محاكم فرنسيّة أسند لها النظر في النزاع الإداري، وأصبح قضاء الإدارة في تونس تبعا لذلك يرتكز على منظومة مزدوجة متكوّنة من:

(1) حول تنظيم الإدارية التونسية في عهد الحماية راجع:
V. Silvera, *L'organisation politique et administrative de la Tunisie*, polycopie, ENA, Tunis, 1954.

– قضاء تونسي يعود بالنظر إلى دائرة شؤون الدولة بالوزارة الكبرى.[1]

– ومحاكم فرنسيّة أحدثت بمقتضى القانون الفرنسي المؤرّخ في 27 مارس1883[2]، للحلول محلّ المحاكم القنصليّة التي كانت تنظر في النزاعات، التي يكون أحد أطرافها رعايا الدول الكبرى[3].

38 – وسيكون لهذا التنظيم التأثير الكبير على الرقابة على أعمال الإدارة، حيث وبمجرّد تركيز المحاكم الفرنسية في تونس صدر الأمر المؤرّخ في 27 نوفمبر 1888 المتعلّق بالنزاع الإداري الذي تميّز بقيامه على قضاء موّحد مع التفريق بين المنازعات المدنيّة والإداريّة، وبإسناد النظر في النزاعات الإدارية إلى المحاكم الفرنسيّة مع مطالبتها بتطبيق الحلول الخاصة بالقانون الإداري[4].

39 – ويتأكّد ذلك بالرجوع إلى الفصل الأوّل من هذا الأمر الذي نصّ على أن «تعرض على المحاكم المدنيّة المنتصبة بالمملكة حسب حدود النظر المعيّن لكل منها جميع المطالب التي مآلها التصريح بأن الإدارة مدينة (...) من جهة أي عمل صدر منها بغير حق وأضرّ بالغير»، فمن أهمّ ما ورد بهذا النصّ تأسيس مسؤوليّة الإدارة على قواعد المسؤوليّة الإداريّة، ذلك أن عبارة العمل الإداري الصادر«بدون حق» تفرض على المحاكم البحث في شرعيّة الأعمال الإداريّة،

(1) راجع: عبد الله الهلالي، «**مسؤوليّة الإدارة في القرارات الاستئنافيّة لمحكمة الوزارة (1921 - 1955)**». *«Le Centenaire du décret beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif»*, CERP, IORT 1988, p. 222 et s.

(2) حول المحاكم الفرنسية في تونس انظر:
De Pougnadoresse, *La justice française en Tunisie*, Paris, Larose, 1897, p. 4 et s.

(3) R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux* de l'administration en Tunisie, Tunis, ENA 1968, op. cit., p.27 et s.

(4) حول هذا النظام راجع بالخصوص:
R. Chapus, «Aux sources du régime du contentieux administratif tunisien: du Protocole franco-italien du 25 janvier 1884 au Décret beylical du 27 novembre 1888», R.T.D, 1966-1967, p.75 ; H. Ben Salah, *La justice administrative au Maghreb*, Thèse, Tunis, 1979.
البشير التكاري، **مدخل إلى القانون الإداري**، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإداريّة، الطبعة الثانية تونس 2000، ص 58 وما يتبع.

توصّلا إلى الحكم بتعمير ذمّة الإدارة إذا ما بدت لها غير مشروعة[1].

40 – على أن نظر هذه المحاكم قد بقي محدودا، ذلك أن الفصل الرّابع من الأمر المذكور قد حجّر عليها قضاء الإلغاء–وهو من أهمّ فروع القضاء الإداري–، وذلك بالتنصيص على أنه «من الممنوع على المحاكم المدنيّة أن تنظر في مطلب مآله إبطال عمل صدر من الإدارة»، وهو ما شكّل تكريسا نسبيّا لمبدأ الفصل بين الهيئات الإداريّة والعدليّة الذي يعتبر أحد ركائز القانون الإداري[2].

41 – بيد أن هذا المنع لم يقف حائلا دون إقرار اختصاصها بالنظر في شرعيّة التراتيب الإداريّة–وهي من أهمّ أنواع الأعمال الإداريّة–، ولكن عن طريق آليّة مميّزة تعرف بطريقة الدفع بعدم الشرعيّة (*Le contrôle par la voie de l'exception d'illégalité*)، توصّلا إلى استبعاد تطبيقها على موضوع النزاع كلّما بدت لها مخالفة للمشروعيّة القانونيّة[3]، وقد وقع الاستناد في ذلك إلى قراءة عكسيّة لأحكام الفصل الثالث من أمر 1888 الذي يدعوها إلى عدم تعطيل تنفيذ «التراتيب الشرعيّة»، حيث تم تأويل هذه العبارة بأنها تجيز لها تقدير شرعيّة هذا النوع من الأعمال عن طريق الطعن غير المباشر.

وعموما يمكن القول بأن التشريعات التي صدرت في عهد الحماية تعتبر النوّاة الأولى لبروز القانون الإداري التونسي[4].

(1) حول النظام القانوني لمسؤوليّة الإدارة انظر الباب الأول من الجزء الرابع أسفله.
(2) Y. Ben Achour, «L'histoire du principe des autorités administratives et judiciaires en droit administratif tunisien», EDCE n° 42, p. 179.

(3) حول هذه المسألة انظر:
R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux de l'administration en Tunisie*, op. cit., p. 53 ; Y. Ben Achour, *Droit administratif*, op. cit., p. n° 503-506.
مروان الديماسي، **الدفع بعدم شرعية القرارات الإدارية**، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام، كليّة الحقوق بسوسة، 1995.
انظر أيضا رقم 1162-1164 وما يتبع أسفله.

(4) راجع:
S. Ben Achour, *Aux sources du droit moderne: la législation tunisienne en période coloniale*, Thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 1996.

ب-القانون الإداري في دولة الاستقلال

42 - يرى الأستاذ عياض ابن عاشور أنه «يستحيل فهم القانون الإداري التونسي دون الرجوع إلى القانون الإداري الفرنسي»[1]، وبالفعل فإن الحلول المعتمدة بعد الاستقلال تعكس تأثر القانون الإداري التونسي بمبادئ القانون الإداري الفرنسي[2].

1. القانون الإداري في ظل دستور 1959

43 - انطلقت عمليّة نقل المنوال الفرنسي للقانون الإداري منذ السنوات الأولى للاستقلال واتخذت أشكالا وأساليب مختلفة.

44 - تمثلت الأولى في المحافظة على المؤسّسات والمفاهيم الموروثة من عهد الحماية، ففي مستوى التنظيم الإداري تقرّر مواصلة العمل بالحلول المعتمدة من قبل (إدارة مركزيّة، إدارة جهويّة، إدارة لامركزيّة)، وفي مستوى وسائل العمل الإداري تقرّر في البداية الإبقاء على النصوص الأساسيّة الموروثة من عهد الحماية (أمر 25 سبتمبر 1885 المتعلق بالملك العمومي للدولة، و أمر 12 ماي 1906 المتعلق بالمحاسبة العموميّة ، وأمر 18 أكتوبر 1945 المتعلق بصيغ إبرام الصفقات العموميّة للدولة)، وفي مستوى تنظيم النزاع الإداري ما يشدّ الانتباه هو إبقاء العمل بأمر 27 نوفمبر 1888 المتعلّق بالنزاع الإداري بالرغم من توحيد النظام القضائي بعد الاستقلال[3]، وإدخال نظام الازدواجيّة القضائيّة بمقتضى قانون غرّة جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة، إذ لم يقع إلغاء

(1) Y. Ben Achour, *Droit administratif*, op. cit., n° 35.

(2) راجع:
R. Jenayah, «*L'évolution des systèmes maghrébins de justice administrative: éléments d'introduction*», in «La justice administrative dans les pays du Maghreb» in (dir. de) H. Ben Salah et R. Jenayah, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse 2008, p.11 et s.

(3) حول هذا الموضوع انظر: محمد كمال شرف الدين، **قانون مدني، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق**، مجمع الأطرش للنشر، تونس 2017، ص.54-58.
Y. Ben Achour, *Droit administratif*, op. cit., n° 37-43. ; R. Chapus, *Le contrôle et le contentieux de l'administration*, op.cit., p. 47.

العمل بهذا الأمر إلاّ سنة 1996 [1]، ولكن دون إزالة أسسه[2]، إذ ظلّت المحكمة الإداريّة تستلهم حلولها من الرصيد الثري للمحاكم الفرنسيّة التي كانت مختصّة بتأويل مقتضياته.

45 - وتمثلت الثانية في إحداث مؤسّسات الدولة الحديثة، نخص بالذكر منها رئاسة الجمهوريّة، والوزارة الأولى، ومجلس النواب، والمجلس الدستوري، والمحكمة الإداريّة ودائرة المحاسبات (دستور1959)، ومجلس تنازع الاختصاص (قانون 03 جوان 1996)، ومجلس المنافسة (قانون 29 جويلية 1991)، والموفق الإداري (أمر 10 ديسمبر 1992).

46 - وتمثلت الثالثة في صدور قوانين تم بمقتضاها مراجعة بعض النصوص المتعلقة بالتنظيم الإداري، نخصّ بالذكر منها أمر 21 جوان 1956 المتعلق بالتنظيم الإداري لتراب الجمهوريّة كما تم تنقيحه وإتمامه بالقانون المؤرّخ في 13 جوان 1975 المتعلق بالنظام الأساسي للإطارات العليا الجهوية، وقوانين 10 ماي 1975 المتعلقة بالبلديّات، وقانون 04 فيفري 1989 المتعلق بالمجالس الجهويّة، ويمكن أن نذكر على صعيد وسائل العمل الإداري قانون الوظيفة العموميّة (قانون 12 ديسمبر 1983)، وقانون المحاسبة العموميّة (قانون 31 ديسمبر 1973)، وهي النصوص التي اقتصرت على نقل الحلول القديمة مع إدخال بعض الإضافات عليها دون المساس بجوهرها.

47 - على أن عمليّة النقل لم تكن دائما وفيّة للمنوال الأصلي، إذ لا يمكن وضع نظام ليبرالي متطوّر في محيط يفتقد إلى التقاليد التي يتسم بها بلد المنشأ، لذلك نلاحظ انحراف النظام نحو التسلّط، ففي مستوى تنظيم الإدارة تم اعتماد

(1) ومنها مبدأ منع المحاكم العدلية من التدخل في شؤون الإدارة، ضرورة أن الفصل 3 من القانون عدد 38 لسنة 1996 قد أعاد تأكيد المنع الوارد بالفصل الرابع من الأمر المذكور وذلك بالتنصيص على أنه «ليس للمحاكم العدلية أن تنظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو إلى الإذن بأي وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرافق العموميّة».

(2) حول إصلاح القضاء الإداري بمقتضى قوانين 3 جوان 1996 انظر: **إصلاح القضاء الإداري**، (تحت إشراف محمد العربي الفاضل موسى)، مركز النشر الجامعي، تونس 1997.

تنظيم أدّى إلى تقويض صلاحيّات الجماعات المحليّة ووضعها تحت وصاية السّلطة المركزيّة وممثليها في الجهات[1]، وفي مستوى نظام الرقابة القضائيّة لم يقع تكريس مبدأ الشرعيّة إلا بصفة محدودة، ولم يتم إرساء جهازا للقضاء الإداري مكتمل الأركان إلّا بصفة تدريجيّة، ابتداء من أواخر القرن العشرين[2]، وقد اتخذ هذا النظام شكلين أساسيّين:

48 – رقابة ماليّة على شرعيّة وجدوى العمليّات الماليّة تمارس بواسطة دائرة المحاسبات، تكتسي الصبغة الإداريّة كلّما انصبّت عل التصرّفات الماليّة لرؤساء المصالح الإداريّة، وتكتسي الصبغة القضائيّة كلما تعلّقت بالعمليّات التي يتولاّها المحاسبون العموميّون[3].

49 – ورقابة قضائيّة إداريّة تمارس على شرعيّة الأعمال الإداريّة بواسطة محكمة إداريّة متفرّعة إلى دوائر ابتدائيّة واستئنافيّة وتعقيبيّة وجلسة عامة قضائيّة[4]

(1) حول هذه المسألة انظر:
R. Jenayah, «*Heurs et malheurs de l'autonomie locale*», Mélanges J. Molinier, LGDJ 2011, p.341 et s. ; G. Marcou, *Propos introductifs*», *in* «*Décentralisation et démocratie*, (dir. de G. Marcou et H. Ben Salah), l'Harmattan et IORT, 1998 ; p. et s. ; L. Tarchouna, *Décentralisation et déconcentration en Tunisie*, Thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2005.

(2) تعرّض الفصل 57 من دستور غرة جوان 1959 إلى مجلس دولة متكوّن من هيئتين قضائيتين الأولى إداريّة مختصّة في تجاوز السّلطة وفي النزاعات الإداريّة، والثانية ماليّة مختصّة في مراقبة التصرّف في الأموال العموميّة، إلا أن إحداث المحكمة الإداريّة لم يتم إلا في بداية السبعينات، وبعد ذلك صدر القانون الدستوري عدد 65 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 الذي تضمّن تنقيح وتعويض الفصل المذكور بمقتضى الفصل 69 الجديد الذي نص على أن:» يتركّب مجلس الدولة من هيئتين:
1 - المحكمة الإداريّة 2 - دائرة المحاسبات
يضبط القانون تنظيم مجلس الدولة وهيئتيه، ومشمولاته والإجراءات المتبعة لديه».

(3) القانون عدد 8 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بدائرة المحاسبات كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة، حول هذه المؤسسة، انظر:
M.-S. Ben Aïssa, «*La Cour des comptes en Tunisie*» in «*Les cours suprêmes en Afrique*», Tome III, (dir. de) G. Conac, Paris 1989, pp.243 - 259 ; N. Belaïd et L. *Chikhaoui, Comptabilité publique*, CPU 2012, p. 105 et s.

(4) القانون عدد 40 المؤرخ في 1 جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة كما وقع تنقيحه بالقوانين اللاحقة.

يعود إليها النظر في جميع الدعاوى ذات الصبغة الإداريّة نخص بالذكر منها على وجه الخصوص:

– دعوى تجاوز السّلطة التي تهدف إلى إلغاء القرارات الإداريّة المخالفة للمشروعيّة القانونيّة.

– دعاوى العقود ودعاوى المسؤوليّة الإداريّة التي تهدف إلى التعويض عن الأعمال غير التعاقديّة للإدارة.

– الدعاوى والطعون التي تنظر فيها المحكمة الإداريّة بمقتضى اختصاص مسند.

50 – وتدعيما لنظام الازدواجيّة القضائيّة أحدث القانون عدد 38 المؤرّخ في 03 جوان 1996 مجلسا لتنازع الاختصاص، يتركّب بالتناصف من قضاة عدليين وقضاة إداريين، مكلّف بفصل نزاعات الاختصاص التي قد تطرأ بين جهازي القضاء العدلي والإداري[1].

51 – وما يجب التنبيه إليه في هذا الإطار هنا هو أن إحداث المحكمة الإداريّة، لئن مثل خطوة كبرى نحو «ضمان احترام المشروعيّة القانونيّة من طرف السّلط الإداريّة» طبقا لمقتضيات الفصل الخامس من قانون المحكمة الإداريّة [2]، فإنه لم يكن كافيا –في غياب المناخ الملائم – للمساهمة في ازدهار القانون الإداري وجعله أداة فاعلة لحمل الإدارة على احترام القانون[3].

(1) القانون الأساسي عدد 38 المؤرخ في 03 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص. انظر:
M. Filali, «*La résolution des conflits de compétence dans les pays du Maghreb* »in «*La justice administrative dans les pays du Maghreb op. cit*, pp.169-193 ;
غازي الغرايري، «**مجلس تنازع الاختصاص**»، ضمن «**إصلاح القضاء الإداري**»، المرجع سابق الذكر، ص.65-82.

(2) حول مبدأ الشرعية راجع الباب الثاني من الجزء الرابع أسفله.

(3) حول هذا النظام انظر: عياض ابن عاشور، **القضاء الإداري وفقه المرافعات الإداريّة في تونس**، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثالثة، 2006؛ إبراهيم البرتاجي، **قانون النزاع الإداري العام**، الكتاب الأول، مركز النشر الجامعي، 2022.

المذكور، اتسم بتفكيك ممنهج لمؤسّساته الدائمة، وذلك بالخصوص من خلال حلّه لمجلس نوّاب الشعب[1]، وإحداثه لمجلس أعلى مؤقتا للقضاء[2]، وتنقيحه للقانون المنظم للهيئة العليا المستقلة للانتخابات[3]، ليصل به الأمر إلى استبدال هذا الدستور بدستور جديد تولى وضعه بنفسه وعرضه على الاستفتاء[4].

63 – وبقطع النظر عن الملابسات العجيبة التي حفت بصدور الدستور الجديد في 25 جويلية 2022، من استشارة إلكترونيّة لم تتجاوز نسبة المشاركة فيها 6٪، ومن حوار وطني تحوّل إلى مجرّد مناجاة فرديّة، ومن استفتاء لم تتجاوز نسبة المشاركة فيه 30.50٪ [5]، لا يفوتنا أن نشير إلى الانحراف الخطير الذي أقدم عليه الرئيس تحت غطاء حالة الاستثناء، ضرورة أن الفصل 80 من دستور 2014 لا يخوّل له إعفاء رئيس وأعضاء الحكومة من مهامهم وتعويضهم بحكومة أخرى غير حائزة على ثقة البرلمان، كما لا يخوّل له التمديد في حالة الاستثناء أكثر مما هو ضروري لضمان رجوع السير العادي لدواليب الدولة في أقرب الآجال، ولا يخوّل له بالخصوص الانتصاب كسلطة تأسيسيّة لغاية وضع دستور جديد[6].

64 – ويتضح هكذا أن المرسوم عدد 117 لسنة 2021 الذي تعلق في الظاهر بمجرّد تدابير استثنائيّة محدودة المدى والنطاق يخفي في الواقع تنظيما مؤقتا جديدا للسّلط العموميّة، يؤدّي إلى الخروج عمّا يعرف بالدكتاتوريّة الدستوريّة التي ينحصر نطاقها فيما هو مفوّض لصاحبها من سلطات، وفيما ما هو ضروري أن يتخذه من تدابير خلال مدّة سريانها، بدكتاتوريّة لا دستوريّة تؤول إلى استبدال

(1) الأمر الرئاسي عدد 309 المؤرّخ في 30 مارس 2022 المتعلق بحل مجلس نوّاب الشعب (الرائد الرسمي عدد 35 لسنة 2022).
(2) المرسوم عدد 11 المؤرّخ في 12 فيفري 2022 (الرائد الرسمي عدد 16 لسنة 2022، ص. 450).
(3) المرسوم عدد 22 المؤرّخ في 21 أفريل 2022 (الرائد الرسمي عدد 45 لسنة 2021، ص. 1183).
(4) الذي قام بختمه وإصداره بمقتضى الأمر الرئاسي عدد 691 المؤرّخ في 17 أوت 2022 (الرائد الرسمي عدد 67 لسنة 2022، ص. 2092).
(5) المصدر: الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، 26 جويلية 2022
(6) المرسوم عدد 32 المؤرّخ في 25 ماي 2022 المتعلق بأحكام استثنائيّة لاستفتاء 25 جويلية 2022 (الرائد الرسمي عدد 59 لسنة 2022، ص. 1751).

الدستور الذي يستمدّ منه الرئيس مشروعيّته الدستوريّة[1]، بدستور جديد مفروض بأمر الواقع.

65 – وما يؤكّد هذا الانحراف الخطير هو أن المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان[2] قد قضت عند نظرها في شرعيّة الإجراءات المقرّرة على أساس الأمر 117 لسنة 2021 سالف الذكر بأنها تتعارض مع المواد أ (1) 7 و(1) 13 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المتعلقة بالحق في التقاضي والحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة للبلاد مباشرة أو عن طريق ممثلين يتم اختيارهم بكلّ حريّة، وانتهت إلى مطالبة الدولة التونسيّة بإلغائها وبالعودة إلى المشروعيّة الدستوريّة[3].

الفرع الثالث: مصادر القانون الإداري

66 – كان منظرّو المدارس الوضعيّة للقانون (*Les théories positivistes du droit*) يعتبرون في البداية أن النظام القانوني للدولة يتكوّن من قواعد محرّرة في صيغة الأمر والنهي، ومركّبة بطريقة تجعل كلّ قاعدة تستمدّ قيمتها من ذاتها، ويترتب عن مخالفتها جزاء معيّن[4]، غير أنه سرعان ما تبيّنت محدوديّة هذه النظرة

(1) حول التمييز بين مفهوم الدكتاتوريّة الدستوريّة أو المفوّضة ومفهوم الدكتاتوريّة اللادستوريّة أو السياديّة انظر:
C. Schmitt, *La dictature*, trad. KÖller/Seglard, Paris, Le Seuil, p. 205.
(2) المحدثة بمقتضى المادة 1 من بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي اعتمدته الدول الأعضاء، ومنها تونس، ف منظمة الوحدة الإفريقية سنة 1998 والذي دخل حيز النفاذ في 25 جانفي 2004.
(3) المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، 22 سبتمبر 2022، إبراهيم بلغيث/الدولة التونسية.
(4) نشأت المدرسة الوضعيّة كردّة فعل ضد المدارس المثاليّة للقانون(*Les théories idéalistes ou jusnaturalistes du droit*) التي ترى أنه يوجد قانون طبيعي أسمى من القانون الوضعي يكون صالحا لكل زمان ومكان، لأنه يتضمّن المبادئ المتصلة بالصفات الجوهريّة للذات البشرية، كالعدل والحريّة والمساواة، وعلى عكس ذلك ترى المدرسة الوضعيّة للقانون الذي يعتبر (*Thomas Hobbes*) أحد روّادها أنه لا يوجد قانون خارج الدولة حيث تستمد القواعد القانونية صبغتها الآمرة من صدورها عن صاحب السيادة، على أن هذه المدرسة التي انتشرت ابتداء من القرن التاسع عشر قد تفرعت بدورها إلى اتجاهات مختلفة.
حول تطور أسس الفكر القانوني، راجع:

بساحة الحكومة، فإن القطيعة لم تكن تامة، ضرورة أن التنظيم المؤقت للسّلط العموميّة الذي تقرّر بمقتضى مرسوم 23 مارس 2011 (ما يعبّر عنه في الفقه الدستوري «بالدستور الصغير»[1])، لئن عاين تعبير الشعب عن ممارسة سيادته كاملة في إطار دستور جديد[2]، فإنه لم يلغ تماما طريقة الإنتاج القانوني المعتمدة في النظام القديم، بل اكتفى فقط بإجراء عمليّة انتقاء آلت إلى إلغاء البعض من مؤسّساتها وتأهيل البعض الآخر لمواصلة القيام بمهامها، مضيفا كائنا أحدث في شكل هيئة مستقلة، شبيهة بالبرلمانات الأوليّة (*Proto-parlement*)، مكلّفة «بتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي»، وذلك بصياغة النصوص المناسبة في شكل مراسيم[3]، وقد ساهم هذا الخيار في امتصاص الغليان الجماهيري، وتهيئة الظروف الملائمة لانتخاب المجلس الوطني التأسيسي في 23 أكتوبر2011[4].

58 – مباشرة بعد الانتخابات صدر القانون التأسيسي عدد 06 المؤرّخ في 16 ديسمبر 2011 معلنا عن تنظيم مؤقت جديد للسّلط العمومية يهدف إلى وضع دستور جديد[5]. لم تقع المصادقة عليه إلّا في 27 جانفي 2014 بعد مخاض عسير

(1) حول هذا المفهوم انظر:
E. Charlier, «Les petites constitutions. Contribution à l'analyse du droit constitutionnel provisoire, RFDC, 2007/3, n°71, p.513.

(2) المرسوم المؤرخ في 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسّلط العمومية (الرائد الرسمي عدد 20 لسنة 2011، ص. 367).

(3) المرسوم عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 18 فيفري 2011 المتعلق بإحداث الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي.

(4) خلال فترة لم تتجاوز ثمانية أشهر، أعدت لجنة الخبراء التابعة لهذه الهيئة ما لا يقل عن ستة نصوص كبرى، صدرت في شكل مراسيم، وهي تلك المتعلقة بإحداث الهيئة المستقلة للانتخابات (المرسوم عدد 88 لسنة 2011)، والقانون الانتخابي (المرسوم عدد 88 لسنة 2011)، والأحزاب السياسيّة (المرسوم عدد 88 لسنة 2011)، والجمعيّات (المرسوم عدد 87 لسنة 2011)، وحريّة الصحافة والطباعة والنشر (المرسوم عدد 115 لسنة 2011)، وحريّة الاتصال السمعي البصري (المرسوم عدد 116 لسنة 2011).
حول حصيلة أعمال هذه الهيئة، انظر: الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي، **مداولات الهيئة**، جزء أول وجزء ثاني، تونس، جانفي 2012؛ انظر أيضا:
Y. Ben Achour, *Tunisie. Une Révolution en pays d'Islam*, éd. CERES, 2016, p. 270 et s.

(5) القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 (الرائد الرسمي عدد 97 لسنة 2011، ص. 3111).

59 – غير أنه وبالرغم من الرغبة الجامحة للحكّام الجدد في كتابة هذا الدستور «انطلاقا من ورقة بيضاء»، فإن الرابط مع النظام جاء به الدستور القديم لم ينقطع، بدليل أن الفصل 27 القانون التأسيس قد نصّ على أنه يتم إنهاء العمل بدستور 1959 مع الإبقاء على «النصوص القانونية التي لا تتعارض مع هذا القانون»، وهذا الخيار هو الذي فسح المجال لإبقاء العمل بعديد النصوص والحلول التي كانت معتمدة في ظلّ النظام القديم.

3.الأمر عدد 117 لسنة 2021 ودستور 2022

60 – صدر الأمر عدد 117 لسنة 2021 على أساس الفصل 80 من دستور 2014 المنظم لحالة الاستثناء[1]، التي سبق للرئيس، قيس سعيّد، الإعلان عنها منذ يوم 25 جويلية 2021، وتطرح التدابير المتخذة على ضوئها مجدّدا جدليّة العلاقة بين القانون والواقع.

61 – وجدير بالتذكير أن هذا الإعلان قد تبعته في البداية سلسة من الأوامر تعلقت على وجه الخصوص بإعفاء رئيس الحكومة وأعضاء بالحكومة من مهامهم[2]، وبتعليق أعمال مجلس نواب الشعب[3]، قبل إصدار الأمر عدد 117 لسنة 2021 الذي تحوّل بمقتضاه الرئيس، قيس سعيّد، من سلطة مؤسّسة إلى سلطة تأسيسيّة، مستأثرا بكامل السّلط، يمارسها عن طريق المراسيم، ومقرّا لنفسه بحق القيام بكلّ الإصلاحات التي يرى من الضروري إدخالها على نظام الحكم (الفصل 22)[4].

62 – وقد أمكن له بذلك إدخال تغيير قصري على نظام الحكم الذي يستمدّ منه مشروعيّته الدستوريّة، خارج أطر التعديل الواردة بالباب الثامن من الدستور

(1) الأمر الرئاسي عدد 117 المؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 المتعلق بالتدابير الاستثنائيّة (الرائد الرسمي عدد 86 لسنة 2021، ص. 2282).

(2) الأمر الرئاسي عدد 69 المؤرّخ في 26 جويلية 2021 (الرائد الرسمي عدد 64 لسنة 2021، ص. 2072).

(3) الأمر الرئاسي عدد 80 المؤرّخ في 29 جويلية 2021 المتعلق بالتدابير الاستثنائيّة (الرائد الرسمي عدد 67 لسنة 2021، ص. 2092).

(4) حول حالة الاستثناء انظر رقم 1124 وما يتبع أسفله.