

في مراقبة المحكمة الإدارية لدستورية القوانين عن طريق الدفع

About the Constitutional Court's control of the constitutionality of laws through exception



الدكتور/ عصام بن حسن^{2,1}

¹ جامعة صفاقس، (تونس)

² المؤلف المراسل: fds.issam@gmail.com

تاريخ النشر: 2019/09/28

تاريخ القبول للنشر: 2019/06/12

تاريخ الاستلام: 2019/05/19



ملخص:

في الوقت الذي كان للقاضي العدلي (العادي) الأسبقية التاريخية في الفصل في دستورية القوانين عن طريق الدفع، استقر فقه قضاء المحكمة الإدارية منذ السنوات الأولى لبداية عملها على أن مراقبة دستورية القوانين لا تندرج ضمن الاختصاص القضائي للإداري عملاً بنظرية القانون الحاجب أو الستار التشريعي.

ثم اتجهت المحكمة الإدارية إلى تغيير موقفها بعد حل المجلس الدستوري سنة 2011، حيث أخذت على عاتقها مسؤولية مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع وذلك في ظل غياب هيكل يضمن دستورية القوانين، بل أنها وبعد إنشاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، ذهبت إلى أبعد من ذلك بإقرارها للقاضي الإداري إمكانية النظر في دستورية الأحكام التشريعية التي لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الحسم في دستورتها، وهو ما سيتم تناوله في هذا المقال مع الوقوف على الأسانيد التي اعتمدتها المحكمة الإدارية للإقرار باختصاصها في مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع.

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري التونسي؛ الدفع بعدم دستورية القوانين؛ مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع؛ نظرية القانون الحاجب؛ الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين.

Abstract:

While the common law judges has had the historical precedence in determining the constitutionality of laws since 1987, the jurisprudence of Administrative Courts has settled upon the idea that the monitoring of the constitutionality of laws does not fall within the jurisdiction of the administrative judge since its early years, Although they have acknowledged for themselves the authority to control the constitutionality of administrative decisions that are not

based on a legal provision that forms a barrier between them and the Constitution according to the theory of obstructive law or the legislative shield.

The Administrative Court then changed its stance after the dissolution of the Constitutional Council in 2011. It assumed the responsibility of monitoring the constitutionality of laws through exception, in the absence of a structure that guarantees the constitutionality of laws. And went even further than that by acknowledging to the administrative judge the possibility of reconsidering the constitutionality of legal provisions that were not reviewed by the provisional organism of Constitutionality control of bills.

This is the matter that will be addressed in this article, along with the arguments adopted by the Administrative Court to recognize its competence in monitoring the constitutionality of laws through exception.

key words: *Tunisian administrative judge; The exception of the unconstitutionality of laws; The control of the constitutionality of laws through exception the provisional organism of Constitutionality control of bills.*

الأحكام:

- 1- قرار الجلسة العامة القضائية بالمحكمة الإدارية عدد 134854 بتاريخ 7 نوفمبر 2013، سنية بن عمر / رئيس المجلس الوطني التأسيسي بوصفه رئيس لجنة فرز الترشيحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للانتخابات (غير منشور).
- 2- الحكم عدد 6 الصادر عن الدائرة الاستئنافية الخامسة بالمحكمة الإدارية بتاريخ 10 أكتوبر 2014، العادل العلمي / الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، فقه قضاء المحكمة الإدارية في النزاعات المتعلقة بالانتخابات التشريعية والرئاسية لسنة 2014، تونس، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2014، ص 787.
- 3- القرار التعقيبي عدد 314524 الصادر عن الدائرة التعقيبية الثالثة بالمحكمة الإدارية بتاريخ 31 ماي 2016 شركة نيوتاك ستير / الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي (غير منشور)
- 4- القرار التعقيبي عدد 731225 الصادر عن الدائرة التعقيبية الأولى بالمحكمة الإدارية بتاريخ 15 جويلية 2017، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة / فتحي الجربي (غير منشور).
- 5- حكم ابتدائي عدد 059000002 في مادة النزاع الانتخابي الصادر عن الدائرة الابتدائية للمحكمة الإدارية بسوسة بتاريخ 14 مارس 2018، قائمة الإتحاد المدني / الهيئة الفرعية للانتخابات بسوسة (غير منشور).

6- حكم ابتدائي عدد 20181015 في مادة النزاع الانتخابي الصادر عن الدائرة الابتدائية الأولى بالمحكمة الإدارية بتاريخ 16 مارس 2018، منذر الملوّح بصفته رئيس قائمة "باردو في عينينا" / الهيئة الفرعية للانتخابات بتونس2 (غير منشور).

- 1 -

قرار الجلسة العامة القضائية بالمحكمة الإدارية عدد 134854 بتاريخ 7 نوفمبر 2013، سنية بن عمر / رئيس المجلس الوطني التأسيسي بوصفه رئيس لجنة فرز الترشيحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للانتخابات (غير منشور).

- عن المطعن المأخوذ من عدم دستورية التنقيح المدخل على القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 بمقتضى القانون الأساسي عدد 44 لسنة 2013:

حيث دفع نائب المدّعية بعدم دستورية تنقيح القانون عدد 23 لسنة 2012 المذكور أعلاه من جهة أنّه جاء ليدخل تعديلات على نصوص قانونيّة تعلّقت بطرق الطعن وإجراءاته وأجاله وهي بصدد التطبيق وتضمّن أحكاما من شأنها التّيل من مبدأ المساواة وحقّ التقاضي على درجتين وبالحقّ في المحاكمة العادلة التي تعدّ من المبادئ الأساسيّة.

وحيث لئن كان دور القاضي الإداري يتمثّل في التثبّت من مدى حسن تطبيق القانون، فإنّه من واجبه في غياب محكمة دستوريّة تبتّ بصفة أصليّة في مطابقة القانون للدّستور، النّظر في مدى احترام النصّ التشريعي لمصادر القانون التي تعلوه والمتمثّلة في الدّستور والمبادئ الأساسيّة ذات القيمة الدّستوريّة وكذلك المعاهدات النّافذة ليخلص عند الاقتضاء إلى استبعاده كلّما تمّ الدّفع بذلك أمامه.

وحيث وبخصوص ما دفع به نائب المدّعية من عدم دستورية التنقيح المدخل على القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 بموجب القانون الأساسي عدد 44 المؤرّخ في 01 نوفمبر 2013 بخصوص تنظيم طرق الطعن وأجاله وإجراءاته المضمتة بالفصل 23 مكرّر، فإنّه طالما كانت هذه المآخذ موجّهة مباشرة إلى القانون وليس لها تأثير على شرعيّة قرار اللجنة المطعون فيه، فإنّه يتعيّن الالتفات عنها.

وحيث طالما أنّ ضبط تركيبة مجلس الهيئة المستقلّة للانتخابات لا يزال متواصلا، فإنّ التنقيح المدخل على الفصل 6 المشار إليه، ليس من شأنه النّيل من مبدأ المساواة ممّا يعدّ معه المطعن المائل في غير طريقه.

- عن المطعن المأخوذ من مخالفة التّصحیح التشريعي المدخل على الفصل 32 مكرّر من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 المنقّح والمتّم بالقانون الأساسي عدد 44 لسنة 2013 للمعاهدات والمواثيق الدوليّة وللمبادئ العامّة ولمبدأ تفريق السّلط.

وحيث اقتضى الفصل 32 مكرّر أنّه " يمكن التّמיד في أجل تقديم التّرشّحات بقرار من رئيس اللجنة الخاصّة طبق الإجراءات المنصوص عليها بالفصل السادس وينطبق هذا الإجراء بأثر رجعي".

وحيث أنّ التّصحيح التّشريعي هي آليّة يتدخّل بموجها المشروع لإضفاء شرعيّة على جملة من الإجراءات القانونيّة السّابقة بصورة رجعيّة وتغطية هذه الأخيرة لوضعيّات قانونيّة نشأت في ظلّ نصّ قانوني سابق الوضع.

وحيث يتوقّف الالتجاء إلى هذه التّقنية على توافر جملة من الشّروط تتمثّل تباعا في وجود نظام قضائيّ يضمن رقابة دستوريّة القوانين سواء كان ذلك عن طريق الطعن المباشر أو عن طريق الدّفع، وصدر أحكام قضائيّة غير باتّة وتوفّر عنصر المصلحة العامّة كمبرّر أساسي قاد المشروع في استعمال هذه الآليّة.

وحيث طالما أنّ شرط وجود نظام قضائي يضمن رقابة دستوريّة القوانين يرجع، في غياب محكمة دستوريّة، إلى القاضي الإداري عن طريق الدّفع وأنّه لم يصدر أيّ حكم قضائي في شأن قرار التمديد المطعون فيه إضافة إلى أنّ صدوره أملت المصلحة العامّة المتمثلة في تركيز هيئة عليا مستقلة للانتخابات في أقرب الآجال دون المس بحقوق المترشحين، فإنّ التّصحيح التّشريعي من خلال الفصل 32 مكرّر، يكون في طريقه، وتعين معه رفض المطعن المائل على أساسه.

- 2 -

الحكم عدد 6 الصادر عن الدائرة الاستئنافية الخامسة بالمحكمة الإدارية بتاريخ 10 أكتوبر 2014. العادل العلمي / الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، فقه قضاء المحكمة الإدارية في النزاعات المتعلّقة بالانتخابات التّشريعية والرّئاسية لسنة 2014، المطبعة الرّسمية للجمهورية التّونسية، 2014، ص 787.

1- عن المطعن المتعلق بعدم دستورية القانون الانتخابي

* فيما يتعلق بشرط التزكيات:

"حيث اقتضى الفصل 148 من الدستور في فقرته السابعة أن : " يحدث المجلس الوطني التأسيسي بقانون أساسي خلال الأشهر الثلاثة التي تلي ختم الدستور هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (...) وتعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين"

وحيث لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن بتّت في مسألة التزكيات المتمسك بها من قبل المدعي، مما يجوز معه بالتالي لهذه المحكمة النظر فيها.

وحيث اقتضى الفصل 43 من الدستور : "تشرط تزكية المترشح من قبل عدد من أعضاء مجلس النواب أو رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو الناخبين المرسمين حسبما يضبطه القانون الانتخابي".

وحيث ولئن اشترط الدستور تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية من قبل الناخبين المرسمين إلا أنه لم يضبط العدد اللازم من التزكيات وأوكل هذه المهمة إلى المشروع.

وحيث اقتضى الفصل 41 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 والمتعلق بالانتخابات والاستفتاء أن : " تتم تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية من عشرة نواب من مجلس نواب الشعب أو من أربعين من رؤساء مجالس الجماعات المحلية المنتخبة أو من عشرة آلاف من الناخبين المرسمين والموزعين على الأقل على عشرة دوائر انتخابية على أن لا يقل عددهم عن خمسمائة ناخب بكل دائرة منها." وأضاف الفصل 171 من القانون سالف الذكر أنه : "خلافًا لما ورد بالفقرة الأولى من الفصل 41، تتم تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية القادمة من عشرة أعضاء من المجلس الوطني التأسيسي أو من عشرة آلاف من الناخبين المرسمين والموزعين على الأقل على عشر دوائر انتخابية على أن لا يقل عددهم عن خمسمائة نائب بكل دائرة منها".

وحيث أنّ التثبيت من دستورية هذين الفصلين يكون بالرجوع إلى أحكام الفصل 49 من الدستور الذي اقتضى أنه : " يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير ، أو لمقتضيات الأمن العام ، أو الدفاع الوطني ، أو الصحة العامة ، أو الآداب العام ، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها و تتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك."

وحيث وخلافًا لما تمسك به المدعي فإن اشتراط تزكية المترشح للانتخابات الرئاسية من قبل عشرة آلاف ناخب ليس أمراً تعجيزياً ولا يضيق من حق الترشح المضمون بالدستور ولا ينال من جوهر حق الترشح للانتخابات المنصوص عليه بالفصل 34 منه بل إن الغاية من هذا الشرط هي التأكيد على جدية الترشح وعلى أهمية المنصب المترشح له. كما أنّ عدد المزمكين المطلوب مناسب ولا يؤدي إلى الإقصاء المتعمّد لبعض الراغبين في الترشح باعتبار أنّ القاعدة الجمالية للناخبين المسجلين تفوق الخمسة ملايين ناخب.

وحيث وبخصوص ما تمسك به المدعي من خرق شرط التزكيات لمبدأ سرية الانتخابات المضمّن بالدستور فإن هذا القول مردود عليه لتعلّق هذا المبدأ حصرياً بيوم الاقتراع فضلاً عن أنه لا شيء يمنع الناخب داخل الخلوة من انتخاب شخص آخر غير ذلك الذي زكّاه، وتعيّن لذلك رفض هذا المطعن.

*فيما يتعلق بشرط الضمان المالي:

حيث تمسك المستأنف بأن الفصل 74 من الدستور لم يقتض شرط الضمان المالي وبأن إضافة هذا الشرط تقيّد من حق الترشح المنصوص عليه بالفصل 34 منه كما أنه يتعارض مع مبدأ المساواة في الحقوق لحصره حق الترشح في ميسوري الحال.

وحيث اقتضى الفصل 148 من الدستور في فقرته السابعة أن : "يحدث المجلس الوطني التأسيسي بقانون أساسي خلال الأشهر الثلاثة التي تلي ختم الدستور هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (...) وتعتبر سائر المحاكم غير مخوّلة لمراقبة دستورية القوانين".

وحيث سبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن بتت في مدى مطابقة الفصل 42 من القانون الانتخابي للدستور في قرارها عدد 4 المؤرخ في 14 ماي 2014.

وحيث انتهت الهيئة إلى أن شرط تأمين مبلغ عشرة آلاف دينار الذي لم يذكر في الفصل 74 من الدستور لاقتصاره على التزكية من عدد معين من النواب لا يعطل الحق في الترشح لرئاسة الجمهورية إذ يبقى مبلغا معقولا وضامنا لجدية الترشح وهو بذلك لا يخرق مبدأ التناسب ، وليس من شأنه أن ينال من جوهر الحق كما اقتضى ذلك الفصل 49 من الدستور.

وحيث ترتيبا على ذلك فلا يجوز للمحكمة إعادة النظر فيما بتت فيه الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين طبقا لأحكام الفقرة 7 من الفصل 148 من الدستور وتعين لذلك رفض هذا المطعن.

- 3 -

القرار التعقيبي عدد 314524 الصادر عن الدائرة التعقيبية الثالثة بالمحكمة الإدارية بتاريخ 31 ماي 2016 شركة نيوتاك ستير / الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي (غير منشور)

1- عن المطعن المتعلق بخرق القاعدة القانونية وخاصة الدستور :

وحيث وفيما يتعلق بالاختصاص القضائي، فقد دفع نائب المعقب ضده بعدم اختصاص هذه المحكمة بالبت في دستورية القوانين، عملا بالفصل 148 من الدستور.

وحيث اقتضى الفصل 148 المذكور في فقرته السابعة أنه: " تعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين " .

وحيث أنّ التحجير الوارد بالفصل 148 من الدستور وإلزامية قرارات القضاء الدستوري الوقتي الواردة في الفصل 21 في فقرته الأخيرة من القانون الأساسي عدد 14 المؤرخ في 18 أفريل 2014 لا يخصان إلاّ الصور التي يكون فيها القاضي الدستوري قد بتّ في الدستورية باعتباره القاضي المختص بصورة أصلية في مراقبة دستورية القوانين.

وحيث وبصرف النظر عما سبق، فإنّ مبدأ المشروعية يأبى تحصين أيّ عمل قانوني من الرقابة القضائية لتناقض ذلك مع مقتضيات دولة القانون، فضلا عن أنّ الدستور أوجب على القاضي صلب الفصل 49 منه حماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك، كما أوجب عليه صلب الفصل 102 ضمان علوية الدستور.

وحيث وطالما لم يسبق لقاض دستوري أن بتّ في دستورية الفصل 105 من القانون عدد 30 لسنة 1960 المتعلق بتنظيم أنظمة الضمان الاجتماعي، و بما أنه لا يمكن لهذه المحكمة في ظلّ عدم استكمال تركيبة المحكمة الدستورية إيقاف النظر في النزاع الماثل وإحالة الإشكال الدستوري عليها عملا بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 120 من الدستور، فقد تعين إقرار اختصاص هذه المحكمة في النظر في دستورية الفصل المذكور.

وحيث وفيما يتعلّق بالشكل، ولئن تمتنع إجراءات التعقيب إثارة مطعن قانوني لأوّل مرّة في هذا الطور، فإنّ التمسّك بعدم دستوريّة القانون بوجه الدفع يعتبر من متعلّقات النظام العام، ضرورة أنّ الدستور يحتلّ المرتبة الأعلى في هرم القواعد القانونية، ويشكّل ركنا أساسيًا من أركان الجمهوريّة ومقوّمات جوهريًا من مقوّمات دولة القانون، الأمر الذي يتّجه معه رفض دفع محامي المعقّب ضده في هذا الخصوص.

وحيث وفيما يتعلّق بالأصل، فقد تمسّك المعقّب بأنّ الفصل 105 من القانون عدد 30 لسنة 1960 مخالف للدستور وبالتحديد مبدأ الفصل بين السلط ومبدأ المحاكمة العادلة، باعتباره أنه أسند اختصاصا قضائيًا إلى كلّ من الرئيس المدير العام للصندوق وإلى الوزير المكلف بالشؤون الاجتماعية يتمثل على التوالي في إصدار بطاقة الجبر وإكسائها بالصبغة التنفيذية.

وحيث تعدّ بطاقة الإلزام سندًا إداريًا تنفيذيًا ولا تشكّل بتاتا قرارًا قضائيًا، وبالتالي فإنّ إصدارها من قبل الرئيس المدير العام للصندوق وإكسائها بالصبغة التنفيذية من قبل الوزير المكلف بالشؤون الاجتماعية لا ينطوي على أيّ خرق لأحكام الدستور ولا لمبدأ الفصل بين السلط أو المحاكمة العادلة. وحيث تعيّن بناء على ما سبق رفض المطعن المائل (...).

- 4 -

القرار التعقيبي عدد 731225 الصادر عن الدائرة التعقيبية الأولى بالمحكمة الإدارية بتاريخ 15 جويلية 2017، المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة / فتحي الجربي (غير منشور).

حيث ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف أنّه صدر لفائدة المطلوب حكما ابتدائيًا عن الدائرة الابتدائية السابعة بالمحكمة الإدارية تحت عدد 126923 بتاريخ 6 جويلية 2015 يقضي بإلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بأن يؤدي له جملة من الغرامات المالية نتيجة ثبوت تعرضه إلى أضرار ناتجة عن المسؤولية الطبية، وأنه على إثر استئناف الحكم المذكور وترسيمه تحت عدد 211537، تقدّم المتضرّر إلى رئيسة الدائرة الاستئنافية الخامسة المتعدهة بالقضية المذكورة بمطلب بغاية أن تأذن له استعجاليا بإلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بأن يدفع له مبلغ أربعين ألف دينار (40.000.000د) من جملة الغرامات المحكوم بها لفائدته، فصدر له القرار الاستعجالي المستأنف.

وحيث لئن صدر الإذن الاستعجالي عدد 721347 بتاريخ 5 ديسمبر 2016 المشار إليه عن رئيسة دائرة استئنافية، غير أنه يظلّ ابتدائي الدرجة، وصادرا وفق أحكام الفصل 82 من قانون المحكمة الإدارية التي تحدّد اختصاص رؤساء الدوائر الابتدائية والاستئنافية لاتخاذ الأذن الاستعجالية.

وحيث لئن اقضت أحكام الفصل 85 من قانون المحكمة الإدارية أنه "...لا تقبل الاستئناف الأذن الصادرة عن رؤساء الدوائر الاستئنافية"، فإنه من تاريخ دخول دستور الجمهورية التونسية الصادر في 27

جانفي 2014، حيز النفاذ صارت هذه الأحكام لا تتلاءم مع مقتضيات الفقرة الثانية للفصل 108 من الدستور التي تنصّ على أن "يضمن القانون التقاضي على درجتين".

وحيث أنّ مبدأ التقاضي على درجتين الذي اقتضاه الدستور التونسي يعدّ أحد الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور للمتقاضي، كما يندرج في إطار المعايير الدولية للمحاكمة العادلة والتي لا بد للمتقاضي أن يسعى إلى تحقيقها، في حدود الامكانيات المتاحة له، والحال أنّ المشرّع سكت عن هذا الحق مدة تتجاوز الأجل المعقول من تاريخ دخول الدستور حيز النفاذ.

وحيث أنّ القاضي مطالب بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وبإعمال اجتهاده في إطار النصوص النافذة واحترام هرم النصوص القانونية وضمان علوية الدستور، عملاً بأحكام الفصل 102 من هذا الأخير التي جعلت من "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات...".

وحيث طالما أنّ الإجراءات في مادة الأذن الاستعجالية هي إجراءات مبسّطة تقوم بالأساس على اختصار الأجل وضرورة احترام مبدأ المواجهة، فإنّ عدم تدخّل المشرّع لضمان هذا الحق الدستوري في التقاضي على درجتين، لا يحول دون إمكانية نظرها الدائرة في المطلب الراهن طالما أنّ جميع المعطيات والشروط القانونية لضمان مبدأ المحاكمة العادلة، ومنها على وجه الخصوص، المواجهة، متوفرة وتمّ احترامها.

وحيث ترتباً على كل ما سبق بيانه، يكون مطلب استئناف الإذن الاستعجالي قد قدم في الأجل القانونية، ممّن له الصفة والمصلحة، ومستوفياً إجراءاته الشكلية الجوهرية، وتعيّن قبوله من هذه الناحية.

- 5 -

حكم ابتدائي عدد 059000002 في مادة النزاع الانتخابي الصادر عن الدائرة الابتدائية للمحكمة الإدارية بسوسة بتاريخ 14 مارس 2018، قائمة الإتحاد المدني / الهيئة الفرعية للانتخابات بسوسة (غير منشور).

عن المطعن المتعلق بمخالفة أحكام الفصلين 34 و 49 من الدستور.

"حيث ينص الفصل 34 من الدستور على أن "حقوق الانتخابات والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون".

وحيث تنصّ أحكام الفصل 49 من الدستور على ما يلي: "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

وحيث تقتضي أحكام الفصل 49 مكرر من القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء أن "الترشح لعضوية المجالس البلدية أو الجهوية حق لكل: ناخب تونسي الجنسية (...). ويقدم الترشح في الدائرة الانتخابية المسجل بها".

وحيث ينص الأمر عدد 1033 المؤرخ في 19 سبتمبر 2017 المتعلق بضبط عدد أعضاء المجالس البلدية على أن: "تكون كل بلدية دائرة انتخابية واحدة".

وحيث لأن كان الحق في الانتخاب والاقتراع والترشح مكفولا بالدستور، فإن ممارسته تخضع للضوابط العامة المحددة بالنصوص القانونية الجاري بها العمل، شريطة أن لا تنال هذه الضوابط من جوهر الحق وأن تتناسب مع موجباتها.

وحيث أن شرط تقديم الترشح في الدائرة الانتخابية المسجل بها لا يعطل الحق في الترشح وهو بذلك لا يخرق مبدأ التناسب وليس من شأنه أن ينال من جوهر الحق في الترشح المضمون بالدستور.

وحيث ثبت من أوراق الملف أن كل من المترشحين إيمان بن سعد ورامي بشر مسجلان بالدائرة الانتخابية لبلدية حمام سوسة، وعليه، فإن القرار المطعون فيه القاضي برفض ترشحهما عن الدائرة الانتخابية لبلدية سوسة لم يخالف الفصلين 34 و49 من الدستور، بما يتجه معه رفض المطعن المائل (...).

- 6 -

حكم ابتدائي عدد 1015/2018 في مادة النزاع الانتخابي الصادر عن الدائرة الابتدائية الأولى بالمحكمة الإدارية بتاريخ 16 مارس 2018، منذر الملوّح بصفته رئيس قائمة "باردو في عينينا" / الهيئة الفرعية للانتخابات بتونس 2 (غير منشور).

عن المطعن المتعلق بمخالفة القرار المطعون فيه لأحكام الفصلين 34 و49 من الدستور: "وحيث اقتضى الفصل 148 من الدستور في فقرته السابعة أن " يحدث المجلس الوطني التأسيسي بقانون أساسي خلال الثلاثة أشهر الأولى التي تلي ختم الدستور هيئة وقتية تختص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (...). وتعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين".

وحيث اقتضى الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2014 مؤرخ في 18 أبريل 2014 والمتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين على أنه " تتولى الهيئة مراقبة دستورية مشاريع القوانين... وتعتبر سائر المحاكم غير مخولة لمراقبة دستورية القوانين".

وحيث اقتضى الفصل 21 فقرة أخيرة من القانون سالف الذكر أن "قرارات الهيئة ملزمة لجميع السلطات".

وحيث أنّ التحجير سالف الذكر وإلزامية قرارات القضاء الدستوري الوقتي لا يخصان إلاّ الصور التي يكون فيها القاضي الدستوري قد بتّ في الدستورية باعتباره القاضي المختص بصورة أصلية في مراقبة دستورية القوانين.

وحيث لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين المنتصبة كقاض دستوري أن بتت في مدى دستورية الشرط المتعلق بضرورة أن يكون المترشح مسجلاً في نفس الدائرة التي سيقترح بها والمنصوص عليها بالفصل 49 (مكرر) من القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء. كما أنه لا يمكن لهذه المحكمة في ظلّ عدم تركيز المحكمة الدستورية إيقاف النظر في النزاع الماثل وإحالة الإشكال الدستوري عليها عملاً بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 124 من الدستور.

وحيث أنّ استبعاد القاضي الإداري من البتّ في دستورية الشرط التشريعي المتمثل في ضرورة أن يكون المترشح مسجلاً في نفس الدائرة التي سيقترح بها رغم عدم سابقة البتّ فيه من قبل القاضي الدستوري سيؤول بالضرورة إلى غياب كل رقابة قضائية على ذلك التضييق رغم ما له من تبعات تمس من حرية ترشح الأفراد وهو ما تأباه مقومات دولة القانون، خاصة وأنّ دستور 27 جانفي 2014 أوجب على القاضي صلب الفصل 49 منه حماية الحقوق والحريات من أيّ انتهاك أو تضييق غير مبرّر، كما أوجب عليه الفصل 102 ضمان علوية الدستور.

وحيث تأسيساً على ما سبق ذكره فقد تعين اقرار اختصاص هذه المحكمة للنظر في دستورية التقييد المذكور.

وحيث ينصّ الفصل 34 من الدستور على أنّ "حقوق الانتخاب والاقتراع والترشح مضمونة طبق ما يضبطه القانون".

وحيث ولئن كان الحق في الترشح للانتخابات حقاً دستورياً فإنّ ممارسته تخضع للشروط العامة المحددة بالنصوص التشريعية والترتيبية الجاري بها العمل طبقاً لما خوله الفصل 34 من الدستور.

وحيث ينصّ الفصل 49 (مكرر) من القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات والاستفتاء على أنّ "الترشح لعضوية المجالس البلدية أو الجهوية حق لكل... ويقدم الترشح في الدائرة الانتخابية المسجل بها". وحيث أوكل الفصل 126 من الدستور إلى الهيئة العليا المستقلة للانتخابات إدارة الانتخابات وتنظيمها والإشراف عليها في جميع مراحلها وضمان سلامتها وأسند لها سلطة تريبية في مجال اختصاصها. وحيث أعمالاً لسلطتها التريبية وصلاحياتها في ضبط تقديم الترشيحات، تولت الهيئة، بموجب الفصل 3 من قرارها عدد 10 لسنة 2017 المؤرخ في 20 جويلية 2017 والمتعلق بقواعد وإجراءات الترشح للانتخابات البلدية والجهوية، التنصيص على أنّه "يشترط في كل مترشح لعضوية المجالس البلدية أو الجهوية، ما يلي:

أن يكون ناخباً تونسياً الجنسية مسجلاً في الدائرة الانتخابية التي يترشح بها..."

وحيث أنّ التثبت من دستورية شرط ضرورة أن يكون المترشح مسجلاً في الدائرة الانتخابية التي سيقترح بها يقتضي الرجوع إلى أحكام الفصل 49 من الدستور الذي اقتضى أنّه "يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلاّ لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية ويهدف حماية حقوق الغير، أو

لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

وحيث لئن كان الأصل في ممارسة الحق في الترشح هو الحرية وأنّ التضييق منها هو الاستثناء وأنّ المشرّع، ومن بعده الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بما لها من سلطة ترتيبية، يخضعان إلى رقابة قضائية تمتد إلى حدّ التثبّت من مدى تناسب التدابير التي تحدّ من حرية ممارسة حق الترشح مع الظروف التي حقّت باتخاذها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها.

وحيث أنّ شرط وجوب أن يكون المترشح مسجّلا في الدائرة الانتخابية التي سيترشح بها يعدّ شرطا معقولا ولا يتعارض ومقتضيات الفصل 49 من الدستور طالما أنّه يهدف إلى تنظيم الترشحات وضمان جديتها وحسن سير العملية الانتخابية بالشكل الذي يجعل من المترشح لهذه المسؤولية المحلية عالما بمتطلبات وتطلعات مواطني الدائرة المترشح بها.

وحيث، وخلافا لما تمسك به المدعي، فإنّ الشرط التشريعي المتعلق بضرورة أن يكون الناخب مسجّلا في الدائرة الانتخابية التي سيترشح بها لا ينال من جوهر الحق في الترشح المنصوص عليه بالفصل 34 من الدستور ولا يخلّ بمبدأ التناسب مع موجبات ضمان أسس الدولة المدنية الديمقراطية من جهة، ومتطلبات حماية حقوق الغير ومراعاة مقتضيات النظام العام من جهة أخرى.

وحيث تعين بناء على ما سبق رفض المطعن المائل كرفض الدعوى برمتها.

التعليق:

مقدّمة:

استقرّ فقه قضاء المحكمة الإدارية منذ السّنوات الأولى لبداية عملها على أنّ مراقبة دستورية القوانين لا تندرج ضمن الاختصاص القضائي للقاضي الإداري⁽¹⁾، ولو أنّ المحكمة الإدارية أقرّت لنفسها سلطة مراقبة دستورية القرارات الإدارية في صورة مخالفتها المباشرة لأحكام الدّستور⁽²⁾. فرغم عدم تعرّض الفصل الخامس من قانون المحكمة الإدارية بصفة صريحة للقواعد الدّستورية ضمن القواعد القانونية المطالب احترامها من طرف السّلطة الإدارية⁽³⁾، فإنّ القاضي الإداري لم يتردّد في إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لأحكام الدّستور⁽⁴⁾.

لكن القاضي الإداري أبدى تحفظه متى انتصب النّصّ التشريعي حاجزا بين القرار الإداري المطعون فيه والدّستور. فقد اعتمدت المحكمة الإدارية على نظرية القانون الحاجب أو السّتار التشريعي عند الدّفع بعدم دستورية قرار إداري في صورة وجود نصّ قانوني التزمّت الجهة المصدرة للقرار بأحكامه⁽⁵⁾. وفي المقابل، فقد تخلّى القاضي الإداري عن نظرية القانون الحاجب في مجال مراقبة معاهدية القرارات الإدارية وأقرّ بعلوية المعاهدات المصادق عليها وأفضليتها في التّطبيق إزاء القوانين الدّاخلية⁽⁶⁾.

يعرّف الفقه مراقبة الدّستورية عن طريق الدّفع بأنّها: "المراقبة التي يمارسها القاضي على دستورية القوانين بمناسبة الدّعاوى التي تعرض عليه، وهي دعاوى لا تتعلّق مواضيعها بالرقابة ذاتها. وفي

هذه الحالة تثار مسألة دستورية القوانين بصفة استثنائية، إذ يطالب أحد أطراف النزاع بالتثبت من السلامة الدستورية لقانون مزعم تطبيقه (...) والهدف من هذا الدفع لا يتمثل في إلغاء القانون اللادستوري بل في عدم تطبيقه بالنسبة للقضية المعروضة على القاضي⁽⁷⁾.

ولئن لازم القاضي الإداري الحذر في مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع⁽⁸⁾، فإن القاضي العدلي كان له الأسبقية التاريخية⁽⁹⁾، وذلك منذ حكم الدائرة الجناحية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان بتاريخ 24 ديسمبر 1987، والذي أقرت فيه أن "المحكمة تقرّ لنفسها بثبوت حقّ التصديّ لبحث دستورية القوانين استناداً إلى أنّ هذه الرقابة إنّما هي من طبيعة عمل القضاة الذي يقوم على تطبيق القانون بمفهومه الواسع، أي تطبيق مجموع القواعد السائدة في الدولة. فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون بمعناه الضيق على حدّ السواء. غير أنّه حين يستحيل تطبيقها معاً لتعارض أحكامها فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور عملاً بقاعدة تدرج التشريع وما يحتّمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى"⁽¹⁰⁾.

ولقطع الطريق أمام الرقابة القضائية، تمّ إحداث مجلس دستوري⁽¹¹⁾ مباشرة بعد 7 نوفمبر 1987. ولم تكن الرغبة في احتواء المسألة لتحجب النقائص الصارخة التي شابت تركيبة المجلس وأعماله بالرغم من ثراء بعض آرائه وتصديّه أحياناً لمحاولات تجاوز أحكام الدستور⁽¹²⁾.

وإذا يمكن تفهّم موقف المحكمة الإدارية الرافض لمراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع، خاصّة أمام وجود جهاز رقابي مكلف بمراقبة احترام القوانين للدستور ويصدر آراء ملزمة حسب الفصل 75 من دستور 1959، فإن حلّ المجلس الدستوري في 2011⁽¹³⁾، وغياب هيكل يضمن دستورية القوانين شجّع المحكمة الإدارية على تغيير موقفها. فمن طبيعة عمل المحكمة مهما كانت درجتها تحديد القانون الواجب التطبيق عند تعارض القوانين. فقد أكد القاضي الأمريكي مارشال منذ 1802 أنّه لئن كان من واجب القاضي تطبيق القانون فعليه التّحقّق من القانون المراد تطبيقه⁽¹⁴⁾. فإذا ثبت للمحكمة أنّ القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور الذي هو أعلى تشريع في الدولة، فلها أن تمتنع عن تطبيق هذا القانون. ولا يعتبر ذلك تدخلاً في صميم العمل التشريعي لأنّ السلطة التشريعية ينتهي دورها بإصدار القانون ويأتي الدور بعد ذلك للسلطة القضائية صاحبة الولاية في تطبيق القانون عند حدوث النزاعات والتي من واجبها إقامة العدل بين الأفراد. فكيف لها إيجاد العدل وهي تطبق قوانين غير عادلة؟ واعتماداً على أسانيد تبدو وجمية⁽²⁾ أقرت المحكمة الإدارية لنفسها باختصاص مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع⁽¹⁾.

المبحث الأول

في توجه المحكمة الإدارية نحو مراقبة دستورية القوانين عند طريق الدفع

حوّلت المحكمة الإدارية لنفسها مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع بالرغم من إنشاء هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، وذلك في العديد من قراراتها. ويعدّ هذا الموقف للمحكمة تواصلاً لما ذهب إليه في قرارات 7 نوفمبر 2013 عندما اعتبرت الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية أنه

بإمكان القاضي الإداري التّصديّ للدّستورية⁽¹⁵⁾. وقد أحدثت هذه القرارات ضجة كبيرة واتّهامات من قبل بعض السّياسيين للقضاء بالانحراف الوظيفي والخروج عن المهام المنوطة بعهدته. وفي نفس هذا الإطار، أقرّت الدّائرة الاستئنافية الخامسة للمحكمة الإدارية بمناسبة نظرها في نزاعات التّرشح للانتخابات الرّئاسية مراقبة دستورية القانون الانتخابي عن طريق الدّفع⁽¹⁶⁾. فأكدت المحكمة أنّه بإمكان القاضي الإداري النّظر في دستورية الأحكام التّشريعية الّتي لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الحسم في دستوريّتها، وهو ما سمح لها بالنّظر في دستورية شرط التّزكيات والتّصريح باحترامه لمقتضيات الدّستور.

لقد أقرّت الجلسة العامّة القضائية منذ قرارات 7 نوفمبر 2013 باختصاصها بالنّظر في دستورية القوانين عن طريق الدّفع. فقد صرّحت المحكمة الإدارية في هذه القرارات بما يلي: "لئن كان دور القاضي الإداري يتمثّل في التّثبت من مدى حسن تطبيق القانون، فإنّه من واجبه في غياب محكمة دستورية تبتّ بصفة أصلية في مطابقة القانون للدّستور، النّظر في مدى احترام النّصّ التّشريعي لمصادر القانون الّتي تملوه والمتمثلة في الدّستور والمبادئ الأساسيّة ذات القيمة الدّستورية وكذلك المعاهدات النّافذة ليخلص عند الاقتضاء إلى استبعاده كلما تمّ الدّفع بذلك أمامه".

ولعلّ أهميّة قرارات 7 نوفمبر 2013 تكمن في القطع مع نظرية القانون الحاجب أو السّتار التّشريعي الّتي هيمنت لعقود على فقه قضاء المحكمة الإداريّة⁽¹⁷⁾، مانعة إيّاه من النّظر في دستورية القرار الإداري متى وقع الاستناد إلى نصّ تشريعي عند اتّخاذه⁽¹⁸⁾.

لكن القرارات اللاحقة تعتبر أكثر جرأة من قرارات 7 نوفمبر 2013، نظرا لوجود هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين خول لها الدّستور في باب الأحكام الانتقالية النّظر في دستورية مشاريع القوانين ومنع في المقابل سائر المحاكم من النّظر في الدّستورية. فكيف تجاوزت المحكمة الإدارية هذا المنع؟ نصّت الأحكام الانتقالية المضمّنة بالفصل 148 من الدّستور على إحداث هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين. كما أكّدت على أنّه "تعتبر سائر المحاكم غير مخوّلة لمراقبة دستورية القوانين". وشدّد الفصل 21 من القانون الأساسي عدد 13 المؤرّخ في 18 أفريل 2014 والمتعلّق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين على أنّ قرارات الهيئة ملزمة لجميع السّلط. لكن المحكمة اعتبرت في حكم الملوّح الصّادر في 16 مارس 2018، وهو أحد الأحكام المعلق عليها، أنّ "التّحجير سالف الذّكر والإلزامية قرارات القضاء الدّستوري الوقتي لا يخصّان إلّا الصّور الّتي يكون فيها القاضي الدّستوري قد بتّ في الدّستورية باعتباره القاضي المختصّ بصورة أصلية في مراقبة دستورية القوانين".

نتيجة لذلك، أقرّت المحكمة في نفس الحكم أنّه طالما لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين المنتصبة كقاض دستوري أن بتّ في مدى دستورية الشّروط المتعلّق بضرورة أن يكون المترشّح للانتخابات البلدية مسجّلا في نفس الدّائرة الّتي سيترشّح بها والمنصوص عليها بالفصل 49 (مكرّر) من القانون الأساسي المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء، فقد تعيّن اقرار اختصاص هذه المحكمة للنّظر في دستورية التقييد المذكور⁽¹⁹⁾. وفي المقابل نهت المحكمة إلى أنّه وطالما أن "سبق للهيئة الوقتية لمراقبة

دستورية مشاريع القوانين أن بتت في مدى مطابقة الفصل 42 من القانون الانتخابي للدستور في قرارها عدد 4 المؤرخ في 14 ماي 2014، فإنه لا يجوز للمحكمة إعادة النظر فيما بتت فيه الهيئة وقتية لمراقبة دستورية القوانين طبقاً لأحكام الفقرة 7 من الفصل 148 من الدستور وتعين لذلك رفض هذا المطعن". ومن المعلوم أن الهيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عوّضت الجلسة العامة للمحكمة الإدارية. فقد جاء بالفصل 146 من مشروع الدستور المؤرخ في غرة جوان 2013 أن الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية تتولّى وقتياً الصلاحيات الممنوحة للمحكمة الدستورية، عدا البت في الدفع بعدم الدستورية والبت في طلب إعفاء رئيس الجمهورية⁽²⁰⁾. لكن تصدّي الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية في قرارات 7 نوفمبر 2013 لمراقبة دستورية القوانين، وذلك في غياب محكمة دستورية تنظر بصورة أصلية في دستورية القوانين، عجل بتبني طريقة بديلة لمراقبة الدستورية.

ويعتبر الأستاذ ابراهيم البرتاجي أن مراقبة المحكمة الإدارية لدستورية القوانين في 7 نوفمبر 2013 تعدّ من قبيل التهور. ويقرّ بأنّ السبب يعود إلى الخلاف الذي حصل بين المجلس الوطني التأسيسي وبعض قضاة المحكمة الإدارية الذين، لأسباب غير معلومة، أرادوا إفشال إرساء هيئة عليا مستقلة للانتخابات⁽²¹⁾. لكننا لا نعتقد أن قبول المحكمة الإدارية مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع يعود بالأساس إلى وجود مسألة خلافية مع المجلس التأسيسي، خاصّة وأنّ قرارات 2013 صادرة عن الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية، وهي أعلى هيكل موجود في المحكمة يضمّ أكثر القضاة تجربة وأقدمية. وعليه، فإنّ إرجاع موقف المحكمة إلى بعض المواقف السياسية أو الإيديولوجية لبعض قضائها من شأنه أن يقلّص من أهميّة هذه القرارات ويخرجها عن إطارها القانوني.

ولعلّ المناخ العامّ السائد بعد الثورة كان يشجّع على أن يكون للقضاة بعض الجرأة. فتعرّض البعض منهم صلب أحكامه للمشروعية الثورية⁽²²⁾. وذهب القاضي العدلي إلى القول بأنّ دستور 1959 يبقى نافذاً في أحكامه الضامنة للحقوق والحريات السياسية لكونها غير قابلة بطبيعتها للإلغاء⁽²³⁾. أمّا المحكمة الإدارية فاعتبرت أنّه بصرف النظر عن إنهاء العمل بدستور 1959، فإنّ حق الملكية له مكانة خاصّة ترقى به لا إلى فئة الحقوق الدستورية فحسب وإنّما أيضاً إلى مرتبة الحقوق الأساسية للصيغة بذات الإنسان والتي لا تمنحها الدساتير، وإنّما تكتفي بالإعلان عنها⁽²⁴⁾. ممّا يدفعنا للتساؤل حول وجود قواعد فوق دستورية⁽²⁵⁾.

وقد تكون هذه الجرأة المبالغ فيها وراء إقصاء القضاء، مجسّماً في الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية، من التعهد وقتياً بدور المحكمة الدستورية إلى غاية إنشائها، مقابل إحداث هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين. وتجدر الإشارة إلى أنّ إنشاء هيئة وقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين ليس ابتكاراً تونسياً أو أمراً مستحدثاً. فقد أكّد النصّ الأصلي لدستور الجمهورية الخامسة الفرنسي في باب الأحكام الانتقالية في الفصل 91 أنّه تحدث هيئة مكوّنة من نائب رئيس مجلس الدولة كرئيس والرئيس الأوّل لمحكمة التّعقيب والرئيس الأوّل لدائرة المحاسبات كأعضاء تعهد إليهما الاختصاصات الممنوحة للمجلس الدستوري وذلك إلى غاية إنشائه.

لكن التساؤل يطرح حول مدى أحقية المحاكم، وخاصة المحكمة الإدارية، بمراقبة دستورية القوانين عند الدّفع بعدم الدستورية، علماً وأنّ الأحكام الانتقالية وكذلك القانون الأساسي المتعلّق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين المؤرّخ في 18 أفريل 2014 أكّدت على أنّ سائر المحاكم غير مخوّلة لمراقبة دستورية القوانين.

المبحث الثاني

في وجاهة الأسانيد المعتمدة لمراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع

لقد أكّدت المحكمة الإدارية المنتصبة في النظر في النزاعات الانتخابية أنّ الفصل 148 من الدّستور اقتضى في فقرته السّابعة أنّه "يحدث المجلس الوطني التّأسيسي بقانون أساسي خلال الأشهر الثلاثة التي تلي ختم الدّستور هيئة وقتية تختصّ بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (...) وتعتبر سائر المحاكم غير مخوّلة لمراقبة دستورية القوانين". واعتباراً بأنّه لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن بتّت في مسألة التّركيات المتمسّك بها من قبل المدّعي، رأت المحكمة بالتّالي أنّه يجوز لها النظر فيها⁽²⁶⁾.

وتوصّلاً مع هذا التّوجّه، صرّحت المحكمة في قرارها بتاريخ 31 ماي 2016، وهو أحد الأحكام محلّ التعليق، أنّه طالما لم يسبق لقاض دستوري أن بتّ في دستورية الفصل 105 من القانون عدد 30 لسنة 1960 المتعلّق بتنظيم أنظمة الضمان الاجتماعي، وبما أنّه لا يمكن لهذه المحكمة في ظلّ عدم استكمال تركيبة المحكمة الدّستورية إيقاف النّظر في النّزاع المائل وإحالة الإشكال الدّستوري عليها عملاً بأحكام الفقرة الرّابعة من الفصل 120 من الدّستور، فقد تعيّن إقرار اختصاص هذه المحكمة في النّظر في دستورية الفصل المذكور. لكن المحكمة نّهت إلى أن إجراءات التّعقيب، ولئن تمنع، إثارة مطعن قانوني لأوّل مرّة في هذا الطّور، فإنّ التّمسّك بعدم دستورية القانون بوجه الدّفع "يعتبر من متعلّقات النّظام العامّ، ضرورة أنّ الدّستور يحتلّ المرتبة الأعلى في هرم القواعد القانونية، ويشكّل ركناً أساسياً من أركان الجمهورية ومقوّمات جوهرياً من مقوّمات دولة القانون". يبدو هذا الموقف للمحكمة الإدارية وجهاً للأسباب التّالية:

يتمثّل السّبب الأوّل في أنّه إذا طرح أمام القضاء الإداري بمناسبة قضية معروضة أمامه دفع بعدم دستورية بعض فصول قانون سبق أن عرض كمشروع أمام الهيئة الوقتية التي لم تنظر في هذه الفصول وإنّما في فصول أخرى من نفس القانون، (أي أنّ تلك الأحكام موضوع الدّفع بعدم الدّستورية لم تقرّ الهيئة بدستوريّتها ولا بعدم دستوريّتها لأنّها لم تكن محلّ طعن من قبل الأطراف المخوّل لها اللّجوء إلى الهيئة)، فإنّه لا يمكن مجابهة القاضي في مثل هذه الحالة بالفصل 21 من القانون المتعلّق بالهيئة الذي ينصّ على أنّ قرارات الهيئة ملزمة لجميع السّلط.

ويتمثل السبب الثاني في كون الهيئة الوقتية مكلفة بصريح النص بمراقبة دستورية مشاريع القوانين، أي أنها لا تراقب دستورية القوانين، سواء السابقة لسنة 2011 والتي سمحت ولو جزئياً بالاستبداد وتضييق الحريات، وما أكثرها، أو تلك التي صادق عليها المجلس الوطني التأسيسي.

أما السبب الثالث فينطلق من عبارات الفصل 146 من الدستور التي جاء بها أن أحكام الدستور تفسر "ويؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة". وبما أن تونس، طبقاً للفصل 2 من الدستور "دولة مدنية تقوم على المواطنة وإرادة الشعب وعلوية القانون"، فإنه ليس من المقبول ولا المعقول أن يطبق القاضي قانوناً مخالفاً لأحكام الدستور والحال أن هذا الأخير يعتبر أعلى نص قانوني في الدولة. فعلمية الدستور تفترض، في غياب محكمة دستورية تتولى بصورة أصلية مراقبة دستورية القوانين، أن يتصدى القضاء بمختلف درجاته وهيئاته لمراقبة القواعد التشريعية المخالفة للدستور، وذلك إعمالاً لمبدأ علوية القانون وانتصاراً للشريعة القانونية.

ويفيد السبب الرابع بأن القضاء مهما كانت طبيعته أو طوره، مكلف حسب صريح الفصل 102 من الدستور بضمان علوية الدستور وإقامة العدل وحماية الحقوق والحريات. ومن جانبه، أكد الفصل 49 من الدستور على أن الهيئات القضائية تتكفل بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. وعليه، واعتباراً بأنه سبق للمحكمة الإدارية أن نصبت نفسها منذ بداية عملها حامياً للحقوق والحريات العامة⁽²⁷⁾، فإنها تعتبر نفسها مؤهلة للنظر في دستورية قانون بمناسبة نزاع معروض عليها ادعى من خلاله أحد المتقاضين أن هذا القانون مس بحقوقه وحرياته الأساسية.

فلا يمكن الحديث البتة عن دولة القانون في وجود نصوص قانونية محصنة من أي رقابة⁽²⁸⁾. فرقابة دستورية القوانين تعتبر من مقتضيات دولة القانون التي أمسك واضعو الدستور عن تكريسها صراحة. وعلاوة على ذلك، فإن مقومات المحاكمة العادلة المدرجة صلب الفصل 108 من الدستور من شأنها أن تدفع القاضي إلى مراقبة الدستورية عن طريق الدفع والتي تتعلق بقوانين لم يسبق أن نظرت فيها الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين.

ويتعلق السبب الخامس بعدم إرساء المحكمة الدستورية إلى الآن. فحسب مقتضيات الفصل 120 من الدستور والفصل 56 من القانون الأساسي المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 والمتعلق بالمحكمة الدستورية، فإنه في صورة الدفع بعدم دستورية قانون بمناسبة نزاع أمام المحاكم، يتم إيقاف النظر في القضية وإحالة المسألة على القضاء الدستوري. ونظراً لأن الهيئة الوقتية لا يمكن لها حسب الدستور وحسب النص المنظم لها سوى مراقبة دستورية مشاريع القوانين، وبما أنه لا يمكن للمحكمة الإدارية حالياً إيقاف النظر في النزاعات الماثلة أمامها وإحالة الإشكال الدستوري على القضاء الدستوري عملاً بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 120 من الدستور في ظل عدم إرساء المحكمة الدستورية، فإنه يمكن إقرار اختصاص المحكمة الإدارية في النظر في دستورية القوانين عن طريق الدفع.

أما السبب السادس والأخير فيهم مسألة النظام العام الدستوري والذي استندت إليه المحكمة الإدارية في قرارها بتاريخ 31 ماي 2016، وهو أحد الأحكام محل التعليق⁽²⁹⁾. والواقع أن عبارة النظام

العامّ الدّستوري وردت أيضا في قرارات الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في مناسبتين على الأقل⁽³⁰⁾. فقد أكدت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أنّ إحالة مشروع القانون في غضون الأجل المتعيّن احترامه والتّقيّد به هو إجراء جوهري له وثيق الارتباط بالنّظام العامّ الدّستوري بحكم تعلّقه بقواعد العمل التّشريعي. وانتهت الهيئة الوقتية إلى التّصريح بعدم دستورية قانون البنوك والمؤسّسات المالية لمخالفته بعض أحكام النّظام الدّاخلي المستوعبة لمقتضيات وضوابط دستورية.

لكن المحكمة الإدارية كانت أكثر وضوحا في قرار نيوتاك ستيّر الصّادر بتاريخ 31 ماي 2016، إذ اعتبرت الدّفع بعدم الدّستورية يهّم النّظام العامّ، اعتبارا للمكانة الأعلى الّتي يحتلّها الدّستور في سلّم القواعد القانونية وبحكم ارتباطه بمقوّمات دولة القانون. ويبدو أنّ مسألة النّظام العامّ الدّستوري أغرت بعض القضاة أثناء نظرهم في النزاعات الانتخابية. ففي مادّة التّرشّحات للانتخابات البلدية، تمّ عدم قبول ترشّح قائمة لبلدية سوسة بسبب وجود مترشّحين بالقائمة غير مسجّلين بالدائرة الانتخابية لبلدية سوسة، وإنّما بدائرة انتخابية أخرى. فوقع الطّعن في قرار الهيئة الفرعية للانتخابات بسوسة بحجّة مخالفة قرارها للفصل 49 من الدّستور، ولم تقع الإشارة من الجهة المدّعية لمخالفة القانون الانتخابي للدّستور. لكن المحكمة الإدارية، عوضا أن تكتفي بالتّصريح بأنّ قرار الهيئة جاء تطبيقا للفصل 49 مكرّر من القانون الانتخابي، تجاوزت ذلك وراقبت مدى احترام هذا الفصل مع مقتضيات الفصل 49 من الدّستور⁽³¹⁾.

وتكثيف قاعدة بأنّها من المسائل الّتي تهّم النّظام العامّ الدّستوري له تأثير مباشر على صلاحيات القاضي الدّستوري في المستقبل، خاصّة إذا طبّقنا الآثار النّاتجة عن تكييف مسألة بأنّها من متعلّقات النّظام العامّ وأنّ القاضي يثيرها من تلقاء نفسه. فتعلّق مسألة بالنّظام العامّ يعني أنّه لا يمكن الاتّفاق على مخالفتها، ممّا يفرض بالضرّورة تعهّد القاضي بهذه المسألة من تلقاء نفسه دون أن ينتظر إثارة من قبل جهات العرض أو الخصوم عند الدّفع بعدم الدستورية. لكن ألا يتعارض هذا التّوجّه مع أحكام الفصل 120 من الدّستور الّذي أكّد أنّ المحكمة الدّستورية تتعهّد بمراقبة دستورية القوانين الّتي تحيلها المحاكم تبعا لدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم. كما نصّ الفصل 123 من الدّستور على أنّه "عند تعهّد المحكمة الدّستورية تبعا لدفع بعدم دستورية قانون، فإنّ نظرها يقتصر على المطاعن الّتي تمّت إثارتها". وفضلا عن ذلك، فإنّ هذا الموقف للمحكمة يخالف ما ذهب إليه القانون الأساسي المؤرّخ في 03 ديسمبر 2015 والمتعلّق بالمحكمة الدّستورية والّذي يلزم فيه القاضي الدّستوري بالنّظر في حدود ما تمّ الطّعن فيه. فقد نصّ الفصل 60 من هذا القانون على أنّ المحكمة الدّستورية تتعهّد "بالنّظر في الإحالات المقبولة في حدود ما تمّت إثارته من مطاعن". ومقارنة بهذا القانون يعتبر موقف المحكمة الإدارية أكثر حماية للقواعد الدّستورية ولعلّويتها.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الفرنسي لم يذهب في اتّجاه الإقرار للمحاكم الراجعة بالنظر لمجلس الدولة أو لمحكمة التعقيب بصلاحيّة إثارة مسألة من تلقاء نفسها. فقد جاء بالفصل 1-23 من القانون

الأساسي الصادر في 10 ديسمبر 2009 والمنقح للمرسوم الصادر في 7 نوفمبر 1958 أن الدفع بعدم الدستورية لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه⁽³²⁾.

يطرح تصريح الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بوجود بعض أحكام دستورية لها علاقة بالنظام العام الدستوري⁽³³⁾ تساؤلا حول وجود هرمية صلب القواعد الدستورية ذاتها. فالقبول بهذا الموقف يعني وجود قواعد دستورية أخرى ليس لها علاقة بالنظام العام الدستوري، مما يؤسس لترتيب تفاضلي داخل وثيقة الدستور ذاتها بين القواعد الدستورية، يضاف إليها التمييز الذي أحدثه الدستور نفسه بين القواعد الدستورية التي لا يجوز تعديلها والأخرى التي يجوز تعديلها⁽³⁴⁾، والحال أن الفصل 146 من الدستور ينبه إلى أن أحكام الدستور يؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة.

إن اعتبار تمتع أحكام الدستور بأهمية متفاوتة بحسب انتمائها أو عدم انتمائها إلى صنف الأحكام ذات العلاقة بالنظام العام الدستوري يتعارض مع الموقف الذي ينكر وجود هرمية داخل القواعد الدستورية باعتبار صدورهما جميعا من قبل نفس السلطة. وقد اعتبر أحد الدارسين أنه "إما أن تكون كل قواعد وأحكام الدستور مكوّنا من مكوّنات النظام العام الدستوري، وبذلك يكون النظام العام الدستوري مرادفا للأحكام ذات القيمة الدستورية دون أي استثناء، أو أن يكون النظام العام الدستوري مفهوما غير ذي فائدة عملية، بل ومهددا لتماسك البناء الدستوري ولفعالية مبدأ علوية الدستور ومركزيته صلب دراسة القانون الدستوري"⁽³⁵⁾.

ولعل ما يميّز قرار المحكمة الإدارية المؤرخ في 31 ماي 2016 مقارنة بقرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين هو عدم توحي التمييز بين الأحكام الدستورية، بحيث اعتبرت المحكمة الإدارية إن التمسك بعدم دستورية القانون بوجه الدفع، أيّا كانت القاعدة الدستورية التي تمت مخالفتها، يعتبر من متعلقات النظام العام.

ولئن راقبت المحكمة في عدد من الأحكام المعلق عليها دستورية بعض القوانين، فإنها أقرت عدم تعارضها مع الدستور، وذلك خلافا للقرار المؤرخ في 15 ماي 2017 والذي أكّدت من خلاله الدائرة التعقيبىة الأولى عدم دستورية الفصل 85 من قانون المحكمة الإدارية بالنظر لمخالفته لأحكام الفصل 108 من الدستور. وخلافا للقضايا الأخرى، نظرت المحكمة الإدارية في هذه القضية في دستورية القوانين عن طريق الدفع بصفة تلقائية وليس بإثارة من أحد أطراف القضية، وهو ما ينسجم مع ما سبق أن أقرته المحكمة الإدارية في قرار 31 ماي 2016 من أن مخالفة النص التشريعي لحكم دستوري يعتبر من متعلقات النظام العام. يفرز قرار الجري لسنة 2017 الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى:

لقد طبقت المحكمة الإدارية في هذه القضية الفقرة الثانية من الفصل 108 من الدستور والتي تؤكد على أن القانون يضمن التقاضي على درجتين. وبالرجوع لأحكام الفصل 148 ثانيا من الدستور في مطنه الثالثة، نجده ينص على أنه " تدخل أحكام الفصل الأول من الباب الخامس المخصّص للقضاء العدلي والإداري والمالي باستثناء الفصول من 108 إلى 111 حيز النفاذ عند استكمال تركيبة المجلس الأعلى

لل قضاء". وعليه، وبخلاف جل أحكام القسم الأول التي لا تدخل حيز النفاذ إلا عند استكمال تركيبة المجلس الأعلى للقضاء، فإن أحكام الفصول 108-111 من الدستور تدخل حيز النفاذ مباشرة وذلك لتعلقها بالحقوق الأساسية للمتقاضين. وبالتالي، يكون القاضي الإداري أمام أحكام دستورية نافذة تتركز مبدأ التقاضي على درجتين وأحكام تشريعية نافذة منصوص عليها بقانون المحكمة الإدارية تقر بعدم جواز استئناف بعض الأحكام الصادرة في المادة الاستعجالية. فماذا سيطبق القاضي؟

أجابت المحكمة بأن القاضي مطالب بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وبإعمال اجتهاده في إطار النصوص النافذة واحترام هرم النصوص القانونية وضمان علوية الدستور، عملاً بأحكام الفصل 102 من هذا الأخير التي جعلت من "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات"، مما يفرض على القاضي تطبيق النص الأعلى درجة عند تعارض النصوص المنطبقة على النزاع. فعلق الدستور على سائر التشريعات الأخرى يعني إعمال حكم الدستور باعتباره النص الأعلى.

الملاحظة الثانية:

قد يكون لهذا القرار تبعات هامة وربما خطيرة باعتبار أنه، وحسب الأحكام الانتقالية للدستور، فإنه من تاريخ استكمال تركيبة المجلس الأعلى للقضاء فإن كل الأحكام المتعلقة بالقضاء العدلي والإداري والمالي ستدخل حيز التنفيذ. وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الإداري أن يصرح بعدم دستورية بعض أحكام نصوص التشريعية، كتلك التي تمنح للقضاء العدلي النظر في نزاعات إدارية أصيلة كالنزاعات المتعلقة بالانتزاع للمصلحة العامة⁽³⁶⁾ وكذلك النزاعات الجبائية⁽³⁷⁾، مما قد يفرز حالات تنازع اختصاص بين القاضي العدلي ونظيره الإداري.

الملاحظة الثالثة:

لا جدال أن الفصل 85 من قانون المحكمة الإدارية والذي يمنع استئناف بعض الأذون الاستعجالية يتعارض مع أحكام الفصل 108 من الدستور الذي يقر بمبدأ التقاضي على درجتين. لكن هل يملك قاضي التعقيب في هذه الحالة أن يسند لنفسه اختصاصاً دون أن يقر له القانون بذلك؟ ألا تؤول النصوص المسندة للاختصاص تأويلاً ضيقاً؟ كيف يقر قاضي التعقيب في هذه القضية بصلاحيته البت استئنافاً في الأحكام الصادرة عن رؤساء الدوائر الاستئنافية والحال أن هذا الاختصاص لم يسنده له أي نص قانوني؟ ألم ينص الفصل 116 من الدستور على أن القانون هو الذي يضبط اختصاصات القضاء الإداري؟

في الواقع لم تقتيد المحكمة الإدارية بالاختصاص الضيق الذي أرادت السلطة أن تحصرها في حدوده. فأقرت لنفسها بالنظر في الدفع بعدم شرعية الأوامر الترتيبية التي كانت تصدر عن رئيس الجمهورية بالرغم من تحصينها من دعوى تجاوز السلطة⁽³⁸⁾. كما لم يتوان القاضي الإداري عن إعلان اختصاصه بالنظر في نزاعات المنشآت العامة بالرغم من أن الفصل الثاني من القانون عدد 38 المؤرخ في 3 جوان 1996⁽³⁹⁾ أسند كتلة اختصاص للقاضي العدلي في هذا المجال⁽⁴⁰⁾.

الملاحظة الرابعة:

لقد قبلت الدوائر التعقيبية حتى قبل قرار الجري لسنة 2017، وهو أحد القرارات موضوع التعليق، النظّر استئنافيا في الطعون الاستعجالية الصادرة عن رؤساء الدوائر الاستئنافية، لكن دون النظّر في دستورية الفصل 85 من قانون غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية⁽⁴¹⁾.

الخاتمة:

لئن سيتقلص دور المحكمة الإدارية بإنشاء محكمة دستورية، اعتبارا بأن المسألة ستقتصر على رفع الأمر للقاضي الدستوري في صورة دفع من قبل الخصوم بعدم دستورية قانون بمناسبة نزاع مرفوع أمامها، فإننا لا نملك إلا أن نشيد بالدور الذي لعبته المحكمة الإدارية في هذه الفترة المفصلية في إرساء مؤسسات الجمهورية الثانية. كما لا بدّ من التنويه بتمسك المحكمة الإدارية منذ سنوات عديدة بمقتضيات دولة القانون. فمن خلال فقه قضائها المستقر، أقرت المحكمة أنّ الصلاحيات المخولة لأي سلطة مهما كان موضوع أعمالها ومهما اتسع مداها لا تعني السلطة المعفاة من كلّ رقابة طالما أنّ القول بخلافه يجعل منها سلطة مطلقة ويؤول إلى إعفاء الأعمال الصادرة في إطارها من الخضوع إلى مبدأ الشرعية من جهة، ومن جهة أخرى إلى منع القاضي من ممارسة وظيفته القانونية في مراقبة هذه الأعمال وأخيرا إلى خرق أسس دولة القانون التي تفترض حماية حقوق الأفراد⁽⁴²⁾.

يبقى نجاح تجربة القضاء في تونس رهين استيعاب السّلط في الدولة لفكرة الرقابة وقبولها للسّلط المضادة، بما يتناغم مع ما ورد بمقدمة ابن خلدون في الفصل المتعلق بالظلم مؤذن بخراب العمران والذي جاء فيه أنّ قدرة الظّالم هي اليد المبسوطة التي لا تعارضها قدرة⁽⁴³⁾. فلا يجب أن يتراجع واضعو النصوص عن مشاريعهم الطموحة متى سلّطت عليهم الرقابة وألزمهم بالتقيّد بالدستور. فلقد تضمّن الدستور مبادرات إيجابية لصيانة الحقوق والحريات ومنح القضاء مهمة الدفاع عن جوهرها⁽⁴⁴⁾، وكلّ ذلك من شأنه أن يضع على كاهل القضاء مسؤولية استنباط القواعد الأساسية لحماية الحقوق والحريات شريطة أن يكون مستقلاً.

الهوامش:

- (1) أنظر مثلاً: م. إ.، إب عدد 18428 بتاريخ 15 نوفمبر 2002، الغرياني / وزير الصحة (غير منشور)؛ م. إ.، إب عدد 15927 بتاريخ 22 ديمبر 2007، المغيري / وزير الداخلية (غير منشور).
- (2) تجدر الإشارة إلى أن القاضي تجنّب في بداية عمله إلغاء القرارات بالاستناد المباشر لأحكام الدستور. انظر: سمية قمبرة، القاضي الإداري، قاضي دستورية، في، نورة كريدس (إشراف)، المحكمة الإدارية في الفترة الانتقالية، الجزء الأول، 14 جانفي 2011 - 27 جانفي 2014، تونس، دار الكتاب، 2015، ص 469. انظر أيضاً:
- Lotfi TARCHOUNA, Le Tribunal administratif et la protection de la constitution, in, Mélanges, Mustapha FILALI, Tunis, CPU, 2010, p.376-377.
- إلا أنه وبداية من ثمانينات القرن الماضي وخاصة منذ قرار: م. إ.، تس، عدد 1887، 27 جوان 1990، بن عاشور ومن معه، المجموعة، 1990، ص 400، أقر القاضي لنفسه اختصاص النظر في دستورية القرارات وإلغائها متى خالفت أحكام الدستور.
- (3) ينص الفصل الخامس من قانون غرة جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية على أنه: "تهدف دعوى تجاوز السلطة إلى ضمان احترام المشروعية القانونية من طرف السلط التنفيذية وذلك طبقاً للقوانين والتراتيب الجاري بها العمل والمبادئ القانونية العامة".
- (4) انظر مثلاً: م. إ.، اب، عدد 10858، 18 أكتوبر 2003، الرايس / وزير الداخلية (غير منشور): "حيث أن تعمد الإدارة إصدار قرارها المطعون فيه باللغة الفرنسية يعدّ طبقاً لما استقر عليه القضاء خرقاً للفصل 1 من الدستور الذي ينص على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد". انظر أيضاً: م. إ.، اب، عدد 14232، 10 مارس 1998، علي عمامو / وزير العدل، المجموعة، 1998، ص 162؛ م. إ.، اب، عدد 17972، 16 مارس 2002، بوعبدلي / وزير التعليم العالي، غير منشور.
- (5) انظر مثلاً: م. إ.، اب، عدد 18428، 5 نوفمبر 2002، غرياني / وزير المالية (غير منشور): "حيث يجوز للقاضي الإداري مراقبة مدى مطابقة القرارات الإدارية للدستور طالما لم تستند تلك القرارات إلى نص تشريعي. وحيث استقر الفقه على اعتبار أنه في صورة اتخاذ مقرر إداري استناداً إلى نص تشريعي فإن القاضي الإداري يقتصر عند بسط رقابته على شرعية ذلك القرار على مراقبة احترامه لهذا النص دون أن يتجاوز ذلك إلى النظر في مدى مطابقة النص التشريعي للنصوص التي تلوه درجة بما في ذلك الدستور وهو ما اصطلاح على تسميته بنظرية القانون الحاجب". انظر أيضاً: م. إ.، اب، عدد 13285، 23 جوان 2010، جريدة البديل / وزير الداخلية (غير منشور): "وحيث ما من شك أن الدستور يمثل المصدر الأساسي الأول ضمن مصادر المشروعية وهو ما يجعل المحكمة تحرص على التثبت من مدى احترامه من قبل الإدارة، إلا أن الاحتكام إلى تطبيق المنازعات الإدارية يبقى رهين غياب نص تشريعي ينظم المسألة المعروضة عليها، كما أنه ينحصر في نطاق علاقة مباشرة تربط بين المقرر الإداري المعني ومقتضيات الدستور حتى لا تمتد تلك الرقابة القضائية إلى النظر في مطابقة النص التشريعي، سند القرار الطعن، للنصوص التي تلوه مرتبة. وحيث عملاً بمبدأ الفصل بين السلط، فإن رقابة قاضي تجاوز السلطة تقف عند حد مراقبة مشروعية القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية في إطار المادة الإدارية، وبالتالي فإنه لا محيد عن الإعراض عما تدرعت به نائبة العارضة بخصوص عدم دستورية مجلة الصحافة الصادرة عن السلطة التشريعية".
- (6) انظر: م. إ.، تس، عدد 3643، 21 ماي 1996، الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان / وزير الداخلية، المجموعة، 1996، ص 185؛ الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 435. انظر أيضاً: م. إ.، اب، عدد 15327، 24 جوان 2005، السيّد المداني / وزير الصحة العمومية، المجموعة، 2005، ص 60: "حيث تتمتع المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النواب على معنى أحكام الفصل 32 من الدستور بعلاوة وأفضلية في التطبيق إزاء القوانين الداخلية... وتترتب على ذلك يكون القاضي الإداري مدعواً بمناسبة بسط رقابته على ما يعرض على نظره من مقررات ذات صلة بمجال من مجالات انطباقها لاستحضار تنقيصاتها والتثبت من احترام قواعد القانون الداخلي لمقتضياتها وترجيحها عند الاقتضاء".
- (7) عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، 1987، ص 245.
- (8) تجدر الإشارة إلى أن محكمة أمن الدولة رفضت بصفة قطعية النظر في مراقبة دستورية القوانين وذلك في قرارها الصادر في 24 أوت 1974 بمناسبة قضية العامل التونسي معللة موقفها بأنه ليس من دور القاضي "أن يقدر دستورية القانون". فالقانون هو التعبير عن إرادة صاحب السيادة. فلا صفة للقضاة حينئذ تخولهم تقدير صحة أعمال صاحب السيادة". انظر عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدراسات والبحوث والنشر، 1987، ص 239.
- لكن في قضية حركة الوحدة الشعبية في 19 أوت 1977 خففت محكمة أمن الدولة نسبياً من رفضها معتبرة أنه "قد يكون الدفع بعدم دستورية قانون 7 نوفمبر 1959 (المتعلق بالجمعيات) فيه ما يغري المحكمة باتخاذ موقف معين لو تقدّمت حركة الوحدة الشعبية بطلب التأشير وقوبلت برفض صريح أو سكوت، أما والحالة على نقيض ذلك، فإن بحث دستورية القوانين من عدمها في هذه القضية يكون

سابقاً لأوانه". إلا أن رفض مراقبة دستورية القوانين تأكد بصفة واضحة في قرار محكمة أمن الدولة بتاريخ 1 سبتمبر 1987 بمناسبة قضية حركة الاتجاه الإسلامي، إذ أقرت المحكمة أن "مراقبة دستورية القوانين ليست من اختصاص المحاكم عملاً بقاعدة تفريق السلط والقوانين المقارنة علاوة على أنه لا مخالفة دستورية في قانون محكمة أمن الدولة (قانون 2 جويلية 1968)". أنظر: محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجماعي، 2016، ص. 313.

(9) أنظر: عبد الفتاح عمر، مسألة رقابة دستورية القوانين في تونس، المجلة القانونية التونسية، 1982، ص. 11.
(10) أنظر: محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجماعي، 2016، ص. 314. ولقد تأيد هذا الموقف في قرار محكمة الاستئناف بسوسة في 11 أبريل 1988. لكن محكمة التعقيب رفضت في قرارها المؤرخ في 1 جوان 1988 مراقبة دستورية القوانين معتبرة أنه "لا يجوز للقضاء العادي المكلف أساساً بتطبيق القوانين أن يتطرق لموضوع دستورتها لأن ذلك يؤول به إلى الحكم عليها الأمر الذي يشكل تجاوزاً لحدود سلطته... و يحمل بين طياته خطر الوقوف في مزالق الانحراف بالأمر إلى انتصاب حكومة القضاة الذين قد يدخلون في صراع وتصادم مع الإرادة القومية التي أوكل التعبير عنها لنواب الشعب المنتخبين فضلاً عن كون هذا التصادم لا شيء يبرره ولا سيما وأن الهيئة القضائية خلافاً للسلطة التشريعية لا تستمد نفوذها من الانتخاب العام". أنظر: محمد رضا بن حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مركز النشر الجماعي، 2016، ص. 315 وما بعدها.

(11) وذلك بمقتضى الأمر عدد 1414 لسنة 1987 المؤرخ في 16 ديسمبر 1987، المتعلق بإحداث المجلس الدستوري للجمهورية، الرائد الرسمي عدد 88 بتاريخ 18 ديسمبر 1987، ص. 1546.

(12) كما هو الشأن في خصوص التعددية، انظر مثلاً الرأي عدد 80-2005 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح القانون عدد 48 لسنة 1997 المؤرخ في 21 جويلية 1997 المتعلق بالتمويل العمومي للأحزاب السياسية. فقد اعتبر المجلس التعددية من مقومات الجمهورية باعتبارها أساس الدولة والمجتمع وتكريس الحريات وتحقيق الديمقراطية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 17 فيفري 2006، ص. 836؛ أو في خصوص مبدأ التناسب، انظر الرأي عدد 05-2008 بخصوص مشروع قانون يتعلق بالموافقة على اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 15 فيفري 2008، ص. 752.

(13) وذلك بمقتضى الفصل الثاني من المرسوم عدد 14 المؤرخ في 23 مارس 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية (14) أنظر زهير المظفر، مدخل لدراسة القانون الدستوري، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1994، ص. 172.

(15) أنظر مثلاً: م. إ. الجلسة العامة عدد 134854 بتاريخ 7 نوفمبر 2013، سنية بن عمر / رئيس المجلس الوطني التأسيسي بصفته رئيس لجنة فرز الترشيحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للانتخابات (غير منشور). م. إ. الجلسة العامة عدد 134855 بتاريخ 7 نوفمبر 2013، فاطمة بن قويدر / رئيس المجلس الوطني التأسيسي بصفته رئيس لجنة فرز الترشيحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للانتخابات (غير منشور). م. إ. الجلسة العامة عدد 134866 بتاريخ 7 نوفمبر 2013، عبد العزيز القمودي / رئيس المجلس الوطني التأسيسي بصفته رئيس لجنة فرز الترشيحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للانتخابات (غير منشور).

(16) م. إ. س عدد 6 بتاريخ 10 أكتوبر 2014، العلمي / الهيئة العليا المستقلة، فقه قضاء المحكمة الإدارية في النزاعات المتعلقة بالانتخابات التشريعية والرئاسية لسنة 2014، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016، ص. 787.

(17) أنظر: محمد رضا جنيح، القانون الإداري، تونس، مركز النشر الجامعي، 2008، ص. 26.
Yadh BEN ACHOUR, Droit administratif, 3^{ème} édition, Tunis, CPU, 2010, p.476.

(18) أنظر مثلاً: م. إ. اب، عدد 428، 18، 5 نوفمبر 2002، الغرياني / وزير المالية، غير منشور: "حيث يجوز للقاضي الإداري مراقبة مدى مطابقة القرارات الإدارية للدستور طالما لم تستند تلك القرارات إلى نص تشريعي. وحيث استقر الفقه على اعتبار أنه في صورة اتخاذ مقرر إداري استناداً إلى نص تشريعي فإن القاضي الإداري يقتصر عند بسط رقابته على شرعية ذلك القرار على مراقبة احترامه لهذا النص دون أن يتجاوز ذلك إلى النظر في مدى مطابقة النص التشريعي للتصوص الذي تعلوه درجة بما في ذلك الدستور وهو ما اصطلاحاً على تسميته بنظرية القانون الحاجب".

(19) وهو ما سبق أن أكدته في حكم العلمي لسنة 2014، وهو أحد الأحكام المعلق عليها، إذ جاء في هذا القرار أنه "وحيث لم يسبق للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن بتت في مسألة التزكيات المتمسك بها من قبل المدعي، مما يجوز معه بالتالي لهذه المحكمة النظر فيها".

(20) أنظر الموقع الإلكتروني الرسمي لمجلس نواب الشعب.

(21) Brahim BERTÉGI, Le Tribunal administratif, un apprenti sorcier en matière constitutionnelle, Revue tunisienne des sciences juridiques et politiques, n°2, 2017-2, p.2.

- (22) م.إ.، اب استعجالي، الدائرة الثانية، عدد 711 506، 10 مارس 2011، في خصوص تجميد صرف المنح المالية والعينية لأعضاء مجلسي النواب والمستشارين وإيقاف العمل بكل الامتيازات والتسهيلات لهم، أنظر معترّ القرقوري، ملاحظات حول القرار الاستعجالي عدد 711506 بتاريخ 10 مارس 2011، مجلة دراسات قانونية، 2011، ص.179.
- (23) حكم استئنافي استعجالي عدد 43 429، صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 5 فيفري 2013 (غير منشور).
- (24) م.إ.، تع، عدد 312 668، 15 جويلية 2013، ورثة محمد بن صالح بن الزّين / بلدية سوسة، (غير منشور).
- (25) أكد الأستاذ وحيد الفرشيشي أنّ هذا التّوجّه يجعل " عملياً الأحكام المتّصلة بالحقوق والحريات بمثابة أحكام فوق دستورية، بحيث لا تتأثّر بعدم وجود دستور أو بعدم التّنصيص عليهما صلب الدساتير، وهو توجّه يتعارض مع القائلين بأن لا شيء يعلو نصّ الدّستور ". وحيد الفرشيشي، استئناف تونس تعلن الحقوق والحريات الأساسية غير قابلة للإلغاء، المجلة الإلكترونية، المفكرة القانونية، 2 أفريل 2013.
- (26) حكم العلمي الصّادر بتاريخ 10 أكتوبر 2014، وهو أحد الأحكام محلّ التّعليق.
- (27) م.إ.، تس، عدد 325، 14 أفريل 1981، بيار فلكون و من معه / وزير الفلاحة، المجموعة، 1981، ص 110.
- (28) D. Boutet, Vers l'État de droit, L'Harmattan, 1991, p. 34 ; L. Hamon, L'État de droit et son essence, RTD, 1990, p. 12.
- (29) لقد اعتبرت المحكمة في هذا القرار "أنّه ولئن تمنع إجراءات التعقيب إثارة مطعن قانوني لأوّل مرّة في هذا الطّور، فإنّ التّمسك بعدم دستورية القانون بوجه الدّفع يعتبر من متعلّقات النّظام العامّ، ضرورة أنّ الدّستور يحتلّ المرتبة الأعلى في هرم القواعد القانونية، ويشكّل ركنا أساسيا من أركان الجمهورية ومقوماً جوهريا من مقومات دولة القانون".
- (30) أنظر: قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2015/02، المتعلق بمشروع قانون المجلس الأعلى للقضاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 12 جوان 2015، عدد 47، ص.1476. أنظر أيضاً: قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2/2016 بتاريخ 24 ماي 2016 والمتعلّق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 31 ماي 2016، عدد 44، ص.2012.
- (31) حكم قائمة الاتحاد المدني الصّادر بتاريخ 14 مارس 2018، وهو أحد الأحكام المعلّق عليها.
- (32) Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. L'article 23-1 prévoit que « Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen ... ne peut être relevé d'office ».
- (33) انظر مثلاً: قرار الهيئة عدد 2/2016 بتاريخ 24 ماي 2016 والمتعلّق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية.
- (34) يتعلق الأمر بالفصل الأوّل والثاني من الدستور وكذلك الفصل 75 المتعلق بالمدد الرئاسية، كما نص الفصل 49 من الدستور على أنّه لا يجوز لأيّ تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.
- (35) أنظر معترّ القرقوري، النّظام العامّ في فقه قضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، مقال غير منشور، ص.16.
- (36) أنظر القانون عدد 53 المؤرخ في 11 جويلية 2016، يتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 62 بتاريخ 29 جويلية 2016، ص.2677.
- (37) أنظر مثلاً الفصول 54-68 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائية.
- (38) أنظر م.إ.، إب عدد 1476 بتاريخ 27 فيفري 1990، عز الدين عون ومن معه / الوزير الأوّل، مجموعة قرارات وفقه المحكمة الإدارية لسنوات 1998، 1989 و1990، ص.311.
- (39) أنظر الفصل الثاني من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 03 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 47 بتاريخ 11 جوان 1996، ص.1212.
- (40) أنظر مثلاً م.إ.، إب عدد 13574 بتاريخ 10 أفريل 1997، ورثة محمد بن حجل / الديوان القومي للزيت، المجموعة، ص.185.
- (41) أنظر مثلاً: قرار استعجالي تعقيبي عدد 731106 بتاريخ 24 جانفي 2009، (غير منشور): قرار استعجالي تعقيبي عدد 731199 بتاريخ 11 جوان 2012، (غير منشور).
- (42) انظر مثلاً قضية عدد 15904 تاريخ 16 جوان 2001، الحازمي/وزير الدفاع الوطني. (غير منشور).
- (43) عبد الرّحمان ابن خلدون، المقدّمة، دار صادر، بيروت، 2000، ص 214.
- (44) انظر الفصل 49 من دستور 27 جانفي 2014.

