نقاشات حول الاستئناف أمام محكمة المحاسبات

الجزء الثاني: النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات

2024

المؤلفون

عائدة باي، رئيسة قسم بالدائرة الاستئنافية الأولى بمحكمة المحاسبات
خليل الفندري، أستاذ تعليم عال وعميد كلية الحقوق بصفاقس
نعيمة بن عاقلة، رئيسة دائرة تعقيبية بالمحكمة الإدارية
الحسين السالمي، أستاذ تعليم عال متقاعد
عماد الغابري، رئيس دائرة استئنافية بالمحكمة الإدارية

منسق المشروع

لطفي بلال، خبير قانوني بالبرنامج الإنمائي للأمم المتحدة بتونس

المراجعة

بهاء البكري، خبير قانوني بالبرنامج الإنمائي للأمم المتحدة بتونس

شارك في المراجعة

مولدي عياري، مختص في الصياغة القانونية

تصميم

إيناس الجزيري، مصمّمة ببرنامج الأمم المتحدة الإنمائي

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي هو المنظمة الرائدة داخل الأمم المتحدة التي تكافح من أجل القضاء على الفقر وعدم المساواة وتغير المناخ. من خلال العمل مع شبكتنا الواسعة من الخبراء والشركاء في 170 بلداً، نساعد الأمم على بناء حلول متكاملة ودائمة من أجل الناس والكوكب

تعرفوا على المزيد من خلال موقعنا **undp.org** أو تابعونا على **@UNDP**.

حقوق الطبع محفوظة 2024 ©
برنامج الأمم المتحدة للتنمية

تنويه: يعبّر هذا المؤلف الجماعي عن موقف المؤلفين والمشاركين ولا يعكس بالضرورة موقف برنامج الأمم المتحدة الإنمائي أو شركائه من المحتوى الوارد فيه

نقاشـــات حـــول الاســـتئناف أمـــام محكمـــة المحاســـبات

الجزء الثاني

النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات

2024

المحتوى

العنوان الأول: النظام الاجرائي لمحكمة المحاسبات بين الاكراهات القانونية والخصوصيات العملية 5

النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات وفقا للأحكام الواردة بالقانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أفريل 2019 6

النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات واحترام مقتضيات المحاكمة العادلة 25

دور القاضي الإداري في تلافي النقص التشريعي في المادة الإجرائية 37

العنوان الثاني: النظام الإجرائي للطعون القضائية أمام محكمة المحاسبات ومفهوم النظام العام 52

الاستئناف والنظام العام الإجرائي في فقه قضاء اللجراءات المدنية 53

المطاعن المتعلقة بالنظام العام أمام القاضي الإداري الاستئنافي 85

العنوان الأول:

النظام الاجرائي لمحكمة المحاسبات بين الاكراهات القانونية والخصوصيات العملية

2 مارس 2022

النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات وفقا للأحكام الواردة بالقانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرّخ في 30 أفريل 2019 [1]

عائدة باي

رئيسة قسم بالدائرة الاستئنافية الأولى بمحكمة المحاسبات

المقدّمة

لعلّه من الضروري بدايةً الإشارة إلى أنّ هذه المداخلة تندرج في إطار سلسلة النقاشات حول الاستئناف أمام محكمة المحاسبات التي تمّ تنظيمها بتمويل من مكتب برنامج الأمم المتّحدة الإنمائي بتونس، ما لا يُضفي عليها صبغة المقال العلمي بالمعنى الأكاديمي بقدر ماهي إثارة لعديد الإشكاليات القانونية الإجرائية المطروحة على القضاء المالي الاستئنافي. وتمّ تقديم هذه المداخلة بتاريخ 2 مارس 2022 خلال اليومين الدراسيّين اللّذين خُصِّصَا إلى محوري الطبيعة القانونية للاختصاصات القضائية لمحكمة المحاسبات ونظامها الإجرائي[2].

وفي هذا الصّدد، يُمكنُ القول بأنّ دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014 هو الذي أنشأ فعليا القضاء المالي[3] كفرع قضائي مستقل إذ اقتضى الفصل 117 منه أن يتكوّن القضاء المالي من محكمة المحاسبات بمختلف هيئاتها وأن تختصّ محكمة المحاسبات بمراقبة حسن التصرّف في المال العام وفقا لمبادئ الشرعية والنجاعة والشفافية وبالقضاء في حسابات المحاسبين العموميّين وبتقييم طرق التصرّف وبزجر الأخطاء المتعلّقة به وبمساعدة السلطتين التشريعية والتنفيذية على رقابة تنفيذ قوانين

1. صَدَرَ القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرّخ في 30 أفريل 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 الصّادر في 14 ماي 2019 ونصّ الفصل 166 منه على أن تدخل أحكامه حيّز النفاذ في غرة جانفي للسنة الموالية لسنة النشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية أي غرة جانفي 2020.

2. تمّ الأخذ بعين الاعتبار في هذه النسخة التنقيحات التي شهدها القانون الانتخابي في 1 جوان و15 سبتمبر 2022.

3. اقتضى الفصل 69 من دستور سنة 1959 أن يتركّب مجلس الدولة من هيئتين: المحكمة الإدارية ودائرة المحاسبات وأن يَضبطَ القانون تنظيم مجلس الدولة وهيئتيه ومشمولات أنظارها والإجراءات المتّبعة لديها كما نصّ الفصل الأوّل من القانون عددَ 8 لسنة 1968 المؤرّخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بتنظيم دائرة المحاسبات على أنّ «رئيس الجمهورية هو رئيس مجلس الدولة والوزير الأوّل هو وكيل الرئيس ويُلحَقُ مجلس الدولة إداريا بالوزارة الأولى»، غير أنّه لم يتمّ تركيز مجلس الدولة إلى حدود تعليق العمل بدستور سنة 1959 بموجب المرسوم عدد 14 لسنة 2011 المؤرّخ في 23 مارس 2011 المتعلّق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية والقانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرّخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلّق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية ثمّ إلغائه بصدور دستور سنة 2014. وتختصّ دائرة المحاسبات طبقا لأحكام القانون المنظّم لها بالقضاء في حسابات المحاسبين العموميّين وتقوم بمهمة مراقبة عامة على المتصرّفين في الأموال العمومية فيما تختصّ دائرة الزجر المالي بزجر أخطاء التصرّف المرتكبة إزاء الدولة والمؤسسات العمومية الإدارية والجماعات العمومية المحلية والمشاريع العمومية وفقا لأحكام القانون عدد 74 لسنة 1985 المؤرّخ في 20 جويلية 1985 المحدث لها.

المالية وغلق الميزانية وأحال إلى مجال القانون لضبط تنظيم محكمة المحاسبات واختصاصاتها والإجراءات المتّبعة لديها والنّظام الأساسي الخاص بقضاتها.

ويُعتَبَرُ صدور القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرّخ في 30 أفريل 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات ودخوله حيّز النّفاذ في غرّة جانفي 2020 وتركيز مختلف هيئات المحكمة وانطلاقها في الممارسة الفعلية لصلاحياتها إنهاءً لوجود دائرة المحاسبات المحدثة بموجب القانون عدد 8 لسنة 1968 المؤرّخ في 8 مارس 1968 ودائرة الزجر المالي المحدثة بموجب القانون عدد 74 لسنة 1985 المؤرّخ في 20 جويلية 1985.

وتختصّ محكمة المحاسبات وفقا لأحكام القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 بالقضاء في الحسابات[1] وبزجر أخطاء التصرّف وتُسَلّطُ الخطايا في الحالات التي ضبطها القانون[2] كما تختصّ بزجر المخالفات والجرائم الانتخابية[3] طبق أحكام القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة وبالبت في دعاوى النزاع المحلي المتعلّق بالمالية المحلية[4] طبق أحكام القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي 2018 المتعلّق بمجلة الجماعات المحلية.

وتشمل الهيئات القضائية لمحكمة المحاسبات دوائر ابتدائية مركزية وجهوية ودوائر

1. يشمل اختصاص القضاء في الحسابات: القضاء في حسابات المحاسبين العموميّين (الفصول من 42 إلى 77 ومن 85 إلى 96) ومراجعة القرارات الإدارية النهائية الصّادرة عن السلطة الإدارية في شأن الحسابات (الفصول من 78 إلى 84) والتصرّفات الفعلية (الفصول 97 و98 و99) وإثارة الاختصاص في شأن الحسابات التي أُسنِدَت تصفيتها إلى السلطة الإدارية (الفصول من 100 إلى 105).

2. ضبط الفصل 5 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 الذي ينصّ على أنّ «كلّ تأخير غير مبرّر أو إخلال في تقديم الوثائق أو المعلومات الواجب موافاة محكمة المحاسبات بها يُعَرِّضُ مرتكبه إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها بهذا القانون» كما الفصول 52 و60 و99 و122 و150 و156 نطاق تسليط الخطايا وضبطت الفصول من 106 إلى 110 إجراءاته.

3. ضبطت الفصول 86 و98 (قديم) و98 (جديد) و99 و163 (قديم) من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 المؤرّخ في 14 فيفري 2017 المخالفات المالية والانتخابية وجريمة التمويل الأجنبي مرجع نظر محكمة المحاسبات وتضبط المحكمة أيضا بالنسبة إلى كلّ مترشّح أو قائمة مترشّحة مبلغ المنحة العمومية المستحقة بعنوان استرجاع مصاريف انتخابية طبق الشروط الواردة بالفصول 78 (جديد) و25 و49 حادي عشر من ذات القانون. وألغى المرسوم عدد 55 لسنة 2022 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 المتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 بموجب الفصل 75 (جديد) التمويل العمومي للحملة الانتخابية كما ألغى الفصل 78 (جديد) آنف الذكر وجرّم بموجب الفصل 163 (جديد) التمويل مجهول المصدر. وتُصدِرُ المحكمة في المادة الانتخابية أحكاما ابتدائية يُمكِنُ الطعن فيها استئنافيا.

4. تتعلّق دعاوى النزاع المحلي مرجع نظر محكمة المحاسبات بالقرارات الصّادرة في مجال إعداد ميزانية الجماعة المحلية والمصادقة عليها وتنفيذها والعقود والصفقات المبرمة من قبل الجماعة المحلية في صور ضبطها القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المتعلّق بمجلة الجماعات المحلية، والتي يُمكِنُ الاعتراض عليها لدى المحكمة كما يُمكِنُ الطعن استئنافيا في الأحكام الابتدائية الصّادرة فيها وتكون القرارات الاستئنافية باتة.

استئنافية وهيئة تعقيبية[1]. وتُباشرُ الدوائر الاستئنافية بمحكمة المحاسبات جميع اختصاصات المحكمة، الأصلية منها والمسندة، وتختصّ بالنّظر في مطالب الاستئناف المرفوعة ضدّ الأحكام الابتدائية الصّادرة عن الدوائر المركزية والجهوية للمحكمة وبالبت في القضايا الراجعة من التعقيب وفي دعاوى مراجعة الأحكام الاستئنافية الباتة وتتركّب الهيئة الحكمية الاستئنافية من رئيس الدائرة الاستئنافية وعضوين من أعضائها.

وتتعرّض هذه المداخلة إلى خصائص النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات (جزء أوّل) وإلى الإشكاليات التي يطرحها (جزء ثان).

I خصائص النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات

ضُبطَت الإجراءات المتّبعة أمام محكمة المحاسبات بموجب قانون أساسي خلافا لأحكام الفصل 65 من دستور سنة 2014 الذي ينصّ على أن تَتَّخذَ شكل قوانين عادية النصوص المتعلّقة بالإجراءات أمام مختلف أصناف المحاكم.

وكرّس القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات علانية الجلسات ومبدأ التقاضي على درجتين[2] وتوسّع على حدّ السواء في الهياكل والأشخاص الخاضعين لقضاء المحكمة أو المخوّل لهم رفع الدعاوى في مادتي القضاء في الحسابات وزجر أخطاء التصرّف وراجع نظام المسؤولية والعقوبات وأتى بجملة من الأحكام الإجرائية الجديدة تتعلّق خاصّة بتركيبة الهيئات الحكمية وصيغ تبليغ الأحكام وتقليص آجال التقاضي والتخلي عن ازدواجية الأحكام

1. ضبطت الفصول 32 و33 و34 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 الاختصاصات الحكمية والترابية وتركيبة الهيئات الحكمية على التوالي بالنسبة إلى الهيئة التعقيبية والدوائر الاستئنافية والدوائر الابتدائية المركزية والجهوية لمحكمة المحاسبات وضبط قرار الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات المؤرّخ في 24 جانفي 2020 عدد الدوائر الاستئنافية (3 دوائر) كما ضبط عدد الدوائر الابتدائية المركزية (11 دائرة) والجهوية (8 دوائر) ومرجع نظرها الترابي.

2. لم ينصّ كلّ من القانون عدد 8 لسنة 1968 المتعلّق بتنظيم دائرة المحاسبات والأمر عدد 218 لسنة 1971 المؤرّخ في 29 ماي 1971 المتعلّق بسير دائرة المحاسبات صراحة على علانية الجلسات ولا على حضور المحاسب العمومي للجلسات واقتضى القانون المنظم لدائرة المحاسبات أن تكون أحكامها الابتدائية محلّ طعن بالتعقيب أو دعوى مراجعة ولم يتمّ التنصيص على تركيبة الهيئة التعقيبية كما لم يتمّ إقرار الطعن بالاستئناف إلا بموجب تنقيح سنة 2008 بمقتضى القانون عدد 3 لسنة 2008 المؤرّخ في 29 جانفي 2008 المتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 8 لسنة 1968. أمّا القانون عدد 74 لسنة 1985 المحدث لدائرة الزجر المالي، فقد نصّ الفصل 16 منه على أنّ جلسات دائرة الزجر المالي تكون غير علنية كما نصّ الفصل 20 منه على أنّ قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف أو بالتعقيب غير أنّه يمكن أن تكون محلّ طلب مراجعة.

الصّادرة في الطورين الابتدائي والاستئنافي التي انبنى عليها النظام الإجرائي السابق للقضاء المالي[1] والذي بقي نافذا إلى حدود موفى ديسمبر 2019.

وفضلا عن المبادئ والقواعد العامة وقواعد الاختصاص الحكمي والترابي، أقرّ القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أعمالا ولائية أُوكلَت إلى رئيس المحكمة الذي يُمكنُ له الإذن بتوقيف التنفيذ في صور ضبطها القانون[2] والبت في طلب الاعتراض على قرار الحفظ الذي تتّخذه النيابة العمومية في شأن الدعوى المرفوعة في مادة زجر أخطاء التصرّف وفي طلبات التجريح في أعضاء الهيئات الحكمية[3].

ونصّ قانون المحكمة على الجهات المخوّل لها رفع الدعاوى واقتضى التعهّد التلقائي للمحكمة في الطور الابتدائي في مادة القضاء في الحسابات وأوكل للنيابة العمومية سلطة التتبّع في مادة زجر أخطاء التصرّف ولها حفظ القضية تكريسًا لمبدأ ملاءمة التتبّع كما اقتضى إعلام المدّعى عليه منذ تعهّد الدائرة الابتدائية المختصّة بأنّه محلّ تتبّع في مادة زجر أخطاء التصرّف ولم يتعرّض لهذه المسألة في مادة القضاء في الحسابات. واقتضى وجوبية التحقيق ووجوبية عرض تقارير ختم التحقيق على النيابة العمومية لتقديم ملحوظاتها وعلى الأطراف المعنية في الطور الابتدائي لتقديم ردودهم في أجل ضبطه القانون ومكّنهم من حق الاطّلاع على أوراق الملف وتَسَلُّم نسخة منها بعد تقديم طلب كتابي في ذلك إلى رئيس الدائرة المختصة.

أمّا بخصوص آجال القيام وآجال انقضاء الدعوى، اقتضى قانون المحكمة أن يُقَدِّمَ

1. يتميّز النظام الإجرائي لدائرة المحاسبات وفقا لأحكام القانون عدد 8 لسنة 1968 المنظّم لها والأمر عدد 218 لسنة 1971 المتعلّق بسيرها بازدواجية الأحكام الصّادرة في الطورين الابتدائي والاستئنافي أي صدور قرار وقتي قابل للاعتراض عليه خلال أجل الشهرين من تاريخ الإعلام به يليه قرار نهائي كما يتميّز بالتعهّد التلقائي للمحكمة في الطور الابتدائي وبتعهّد القاضي المقرّر بأعمال التحقيق في الحساب وبالمهام الموكولة إلى ممثلي النيابة العمومية لدى الدائرة والمتمثّلة في تقديم الملاحظات حول التقارير المعروضة عليها وتبليغ الأحكام الصّادرة عن الدائرة وتتميّز إجراءات التقاضي أمام دائرة المحاسبات أيضا بطابعها «الكتابي» إذ أنّ القانون المنظم لها كما تمّت الإشارة إلى ذلك لم يقتض حضور المحاسب العمومي للجلسة ولم يُكرّس علانية الجلسات بصريح النص كما أنّ اعتراض المحاسب العمومي على القرار الوقتي يُقدَّمُ كتابيا للمحكمة ويتمّ الاطلاع على أوراق الملف أيضا بناءً على طلب كتابي يُوَجّهُ إلى رئيس الغرفة المختصّة ويُمكنُ أن تكون الأحكام الابتدائية الصّادرة عن دائرة المحاسبات محلّ طعن بالاستئناف أو بالتعقيب أو بالمراجعة وضُبطَت آجال الطعن بالاستئناف والتعقيب بثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بالحكم محلّ الطعن. ويتولى مندوب الحكومة العام لدى دائرة المحاسبات إعلام المحاسبين العموميّين بالقرارات الصّادرة في حقّهم بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ وفي صورة التعذّر، يتولى والي المنطقة التبليغ حسب الصيغ الإدارية وذلك بصرف النظر عمّا لكلّ طرف معني من حقّ في طلب نسخة من القرار والإعلام بها بواسطة عدل منفّذ. وللرئيس الأوّل لدائرة المحاسبات أن يأذن بتوقيف تنفيذ القرار المستأنف أو المعروض على المراجعة.

2. تتعلّق هذه الصور التي وردت بالفصول 80 و94 و142 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 بالطعون المقدّمة لدى محكمة المحاسبات في القرارات الصّادرة عن السلطة الإدارية في شأن الحسابات وبمطالب مراجعة الأحكام الصّادرة عن محكمة المحاسبات في مادتي القضاء في الحسابات وزجر أخطاء التصرّف.

3. وردت صلب الأحكام المتعلّقة بمادة زجر أخطاء التصرف واقتضى الفصل 127 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 في هذا الصّدد أنّه لا يمكن لأي عضو بالمحكمة أن يتداول في القضية إذا كان تحت طائلة مانع من الموانع المنصوص عليها بالفصل 248 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والتشريع المتعلّق بالتصريح بالمكاسب وتضارب المصالح.

كلّ محاسب عمومي خاضع مباشرةً لقضاء محكمة المحاسبات حساباته في الآجال القانونية[1] وفي صورة الإخلال أو التأخير غير المبرّر بعذر شرعي أو قوة قاهرة يُمكنُ للمحكمة أن تقضي بتحميله خطية مالية. وتنقضي مسؤولية المحاسب العمومي بمضي خمس سنوات بدايةً من غرة جانفي من السنة الموالية لسنة تقديم الحساب وتُبَرَّؤُ ذمّته بصفة آلية عن تصرّفه بعنوان السنة المعنية ما لم يتمّ خلال المدة المذكورة تبليغه حكما صادرا عن المحكمة أو قرارا من الوزير المكلّف بالمالية بتعمير ذمّته أو في شأن الديون التي سقطت بالتقادم بحكم القانون بالرغم من استيفائه لجميع الإجراءات الرامية إلى استخلاصها أو بالنسبة إلى المحاسب العمومي بالنيابة في شأن الفصول التي يُدركُهَا التقادم خلال الثلاثين يوما ابتداءً من مباشرته لمهامه. وتنقضي الدعوى في مادة زجر أخطاء التصرّف في أجل خمس سنوات من تاريخ ارتكاب خطأ التصرّف ويمتدّ هذا الأجل إلى تاريخ صدور قانون غلق الميزانية أو المصادقة على حسابات الهيكل الذي ارتُكِبَ به خطأ التصرّف في صورة صدور قانون غلق الميزانية أو المصادقة على الحسابات بعد انقضاء أجل خمسة أعوام كما تنقضي المسؤولية بالتقادم أو بوفاة المدّعى عليه.

ويتمّ تقديم طلب مراجعة القرارات الإدارية النهائية الصّادرة عن السلطة الإدارية في شأن الحسابات[2] لدى محكمة المحاسبات في أجل الشهرين من تاريخ بلوغ الإعلام بالقرار إلى الجهة القائمة بالدعوى. ولم يُقيَّد رفع الدعاوى المتعلّقة بالتصرّفات الفعلية[3] وبإثارة الاختصاص في شأن الحسابات التي أُسنِدَت تصفيتها إلى السلطة الإدارية[4] وبتسليط الخطايا في الحالات التي ضبطها القانون[5] بأَجَلٍ.

1. ضبط الفصل 53 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 الآجال القانونية لإيداع حسابات المحاسبين العموميّين لدى محكمة المحاسبات في موفى شهر جويلية من السنة الموالية للسنة التي ضُبطت في شأنها تلك الحسابات وضبط الأمر الحكومي عدد 793 لسنة 2020 المؤرّخ في 23 أكتوبر 2020 قائمة المحاسبين العموميّين الخاضعة حساباتهم مباشرة لقضاء محكمة المحاسبات وهم محاسبو الدولة المعنيّون بمجلة المحاسبة العمومية ومحاسبو الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الملحقة ميزانياتها ترتيبيا بميزانية الدولة التي تفوق ميزانيتها السنوية العادية مليوني دينار كما اقتضى أن تنظر الوزارة المكلفة بالمالية في حسابات المؤسسات العمومية الملحقة ميزانيتها ترتيبيا بميزانية الدولة وفي حسابات الجماعات المحلية التي لا يفوق مقدار ميزانيتها السنوية مليوني دينار.

2. يقتضي الفصل 78 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أنّه يجوز للمحاسبين وللممثّلين القانونيّين للمؤسّسات العموميّة والجماعات المحليّة القيام لدى محكمة المحاسبات بطلب مراجعة القرارات الإداريّة النّهائيّة الصّادرة عن السلطة الإدارية في شأن حساباتهم.

3. يقتضي الفصل 97 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أن تُرفَعَ الدعوى في شأن التصرفات الفعلية لدى محكمة المحاسبات إما من قبل الوزير الذي يهمه الأمر أو بطلب من الممثل القانوني للمؤسسة العمومية أو رئيس الجماعة المحلية التي وقع التّصرّف في أموالها بصفة غير قانونيّة أو بطلب من النيابة العمومية.

4. يقتضي الفصل 100 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أنّه يجوز لمحكمة المحاسبات اعتمادًا على تقرير أحد أعضائها وبعد استشارة النيابة العمومية أن تُثِيرَ اختصاصها في شأن الحسابات التي أُسنِدَت تصفيتها إلى السّلطة الإداريّة

5. يقتضي الفصل 106 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أنّه تقضي محكمة المحاسبات بمختلف هيئاتها بالخطايا بطلب من النيابة العمومية أو من تلقاء نفسها اعتمادًا على تقرير أحد أعضائها تتمّ إحالته على النيابة العمومية التي تتولى على ضوئه إثارة الدعوى.

وتتولى النيابة العمومية تبليغ الأحكام الصّادرة عن محكمة المحاسبات ويتولى المكلّف العام بنزاعات الدولة تنفيذ أحكامها الباتة في مادة القضاء في الحسابات. وتوسّع قانون المحكمة في الجهات المعنية بالتبليغ لتشمل المدّعى عليه والجهة القائمة بالدعوى ووزير المالية والوزير المعني والممثل القانوني للمؤسسة أو الجماعة المحلية أو الهيئة المعنية.

وفيما يتعلّق بطرق الطعن وآجاله وآثاره، تَصدُرُ أحكام محكمة المحاسبات ابتدائيا ويُمكنُ الطعن فيها بالاستئناف والتعقيب كما يُمكنُ الطعن بالمراجعة بالنسبة إلى الأحكام الباتة طبق صيغ وشروط ضبطها القانون. وحُدِّدَت آجال الاستئناف والتعقيب بشهرين من تاريخ تبليغ الحكم محلّ الطعن. وحُدِّدَت آجال الطعن بالمراجعة بخمس سنوات من تاريخ تبليغ الحكم المطلوب مراجعته في مادة زجر أخطاء التصرّف ولم تُقَيَّد بأجلٍ في مادة القضاء في الحسابات. ونصّ قانون المحكمة على الأثر التوقيفي للاستئناف دون التعرّض إلى أثره الناقل سواءً في مادة القضاء في الحسابات أو في مادة زجر أخطاء التصرف كما نصّ على أنّه لا يترتّب عن التعقيب وقف تنفيذ الحكم المعقّب في مادة القضاء في الحسابات ولم يتمّ التنصيص على ذلك في مادة زجر أخطاء التصرف.

وضَبَطَت الأحكام الانتقالية الواردة بالقانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 القواعد الإجرائية المنطبقة قبل تاريخ دخوله حيّز النفاذ بالنسبة إلى القضايا الجارية لدى دائرة الزجر المالي وإلى الحسابات المقدّمة لدى محكمة المحاسبات والتي تمّ تبليغ القرارات الوقتية الصّادرة في شأنها إلى المحاسبين العموميّين المعنيّين.

أمّا بخصوص النزاعين الانتخابي والمحلّي، فإنّه ولئن ضَبَطَ القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء كما مجلة الجماعات المحلية الأحكام الموضوعية المتعلّقة بالنزاعين الانتخابي والمحلي مرجع نظر محكمة المحاسبات، فقد أحال كلّ من القانونين المذكورين إلى الإجراءات المقرّرة بالقانون المنظّم لمحكمة المحاسبات واقتضت أحكامهما الانتقالية أنّه إلى حين صدور القانون المنظّم لمحكمة المحاسبات وتوليها الفعلي لمهامها تتولى دائرة المحاسبات الصلاحيات والمهام المسندة إلى محكمة المحاسبات. وحدّدت مجلة الجماعات المحلية فضلا عن ذلك أطراف الدعوى وآجال القيام والطعن والبت ونصّت صراحة على أنّ القرار

الاستئنافي الصّادر عن المحكمة يكون باتا[1].

II الإشكاليات التي يطرحها النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات

يَطرَحُ النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات جملة من الإشكاليات تتعلّق بسكوت النص وغموضه بخصوص عديد المسائل الإجرائية (أ) وبالإشكاليات المترتّبة عن الإحالة إلى الأحكام الإجرائية الواردة بالقانون المتعلّق بمحكمة المحاسبات بالنسبة إلى الاختصاصات القضائية المسندة إلى المحكمة بموجب قوانين خاصّة (ب).

أ. سكوت النصّ وغموضه بخصوص عديد المسائل الإجرائية

لم يتعرّض القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات إلى عديد المسائل القانونية، ما حدا بالمحكمة عند سكوت النصّ أو غموضه إلى الرجوع إلى المبادئ والقواعد القانونية العامة الواردة خاصة بأحكام الدستور ومجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الالتزامات والعقود وإلى مقتضيات المحاكمة العادلة فضلا عن الاستئناس بفقه القضاء باعتباره مصدرا من مصادر القانون.

ومن بين المسائل الإجرائية التي سكت عنها القانون عدد 41 لسنة 2019 شكليات عريضة الطعن سواءً بالاستئناف أو بالتعقيب أو بالمراجعة في مادة القضاء في حسابات المحاسبين العموميّين، والحال أنّه أسهب في تفصيل شكليات عريضة افتتاح الدعوى وعرائض الاستئناف والتعقيب والمراجعة في مادة زجر أخطاء التصرّف.

كما لم يتعرّض قانون المحكمة إلى صور بطلان الإجراءات كتلك مناط الفصل 14 خاصة من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهي من المسائل الجوهرية التي اعترضت الدوائر الاستئنافية لمحكمة المحاسبات بمناسبة تعهّدها بالبت في مطالب الاستئناف المرفوعة ضدّ الأحكام الابتدائية الصّادرة في المادة الانتخابية. ويُذكَرُ على سبيل المثال في هذا الصّدد اتّجاه بعض الدوائر الابتدائية إلى حصر

1. ضبطت مجلة الجماعات المحلية آجال القيام بـ15 يوما من تاريخ الإعلام بالقرار أو العقد محلّ الاعتراض أمام محكمة المحاسبات وضبطت آجال الطعن بالاستئناف بـ10 أيام من تاريخ صدور الحكم الابتدائي وحدّدت آجال البت بالنسبة إلى الهيئات الحكمية المتعهّدة بشهر من تاريخ التعهّد وذلك مع بعض الاستثناءات التي وردت بالفصول 174 و179 و182 و186 و195 من المجلة.

الإجراءات القضائية في الطور الابتدائي في شخص رئيس القائمة المترشّحة دون باقي أعضائها كعدم عرض تقرير ختم التحقيق عليهم وعدم استدعائهم إلى الجلسات وهو ما اعتبرته الدوائر الاستئنافية للمحكمة باعتبار أنّ هذه الإجراءات محمولة بصريح النص على المحكمة خرقا للإجراءات الأساسية ورتّبت عليه بطلان الحكم الابتدائي المستأنف لبطلان إجراءاته.

ولم يتعرّض قانون المحكمة كذلك إلى صور الرجوع في الاستئناف والتعقيب والمراجعة أو وفاة المحامي أو زوال صفته أو تخلّيه أو إقالته من طرف منوّبه كما لم يتعرّض إلى الطرح والضمّ والتجزئة والإدخال والتداخل والاعتراض على الأحكام الصّادرة غيابيا والصيغ والآجال بالنسبة إلى الأطراف المقيمة خارج التراب التونسي والتي تقتضي القواعد الإجرائية المدنية والجزائية منحها آجالا خاصّة. وتُعتبر هذه الصورة الأخيرة من المسائل المطروحة دائما على القضاء المالي الاستئنافي في المادة الانتخابية بالنّظر إلى أنّ القانون الانتخابي اعتمد تقسيما للدوائر الانتخابية بالنسبة للانتخابات الرئاسية والتشريعية يَشمَل دوائر بالتراب التونسي ودوائر بالنسبة إلى التونسيين المقيمين بالخارج[1]. وكذلك الشأن بالنسبة إلى الإدخال والتداخل في حال طَعَنَ بعض أعضاء القائمة المترشّحة للانتخابات دون الباقي في الحكم الابتدائي الصّادر في حقّهم سيّما وأنّ الفصل 100 من القانون الانتخابي يقتضي أن تُسَلَّط العقوبات المالية على أعضاء قائمة المترشّحين بالتضامن فيما بينهم إن كانت المخالفة الموجبة للعقاب مرتكبة من قبل قائمة مترشّحة، أو في صورة اعتراض الحزب أو الائتلاف بموجب التداخل على الحكم المذكور بالنسبة إلى القائمة المترشّحة الحزبية أو الائتلافية.

واتّجهت الهيئات الحكمية بالدوائر الاستئنافية لمحكمة المحاسبات استنادًا إلى عدم قابلية الأحكام الابتدائية القاضية بتسليط عقوبة على القائمة المترشّحة للانتخابات إلى التجزئة، نحو الإدخال الوجوبي لأعضاء القائمة المترشّحة غير المستأنفين بموجب أحكام تحضيرية فيما اتّجهت نحو اعتبار الحزب أو الائتلاف غير مشمولين بالحكم الابتدائي المستأنف ضرورة أنّ الالتزامات القانونية كما العقوبات المترتّبة عن مخالفة تلكم الالتزامات محمولة بصريح نصّ القانون الانتخابي وخاصّة التعريف الوارد بالفصل 3 منه على القائمة المترشّحة ولم يُمَيِّز القانون الانتخابي سواءً على مستوى

1. نصّ الفصل 173 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء على أنّه «إلى حين صدور القانون المتعلّق بالتقسيم الدوائر الانتخابية المنصوص عليه في الفصل 106 من هذا القانون، يُعتَمَدُ نفس تقسيم الدوائر وعدد المقاعد الذي اعتُمِدَ في انتخاب المجلس الوطني التأسيسي» والذي وَرَدَ بالأمر عدد 1088 لسنة 2011 المؤرّخ في 3 أوت 2011 المتعلّق بتقسيم الدوائر الانتخابية وضبط عدد المقاعد المخصّصة لها لانتخابات أعضاء المجلس الوطني التأسيسي وشَمَلَ دوائر انتخابية بالتراب التونسي ودوائر انتخابية بالنسبة إلى التونسيين بالخارج. وتمّ بموجب المرسوم عدد 55 لسنة 2022 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 المتعلق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 إلغاء الفصل 173 وتنقيح الفصل 106 وضبط تقسيم جديد للدوائر الانتخابية وعدد المقاعد المخصّصة لها وَرَدَ بالجدول أ الملحق بالمرسوم.

نظام المسؤولية أو العقوبات بين القائمات المترشّحة الحزبية أو الائتلافية أو المستقلة.

ولم يتعرّض أيضا قانون المحكمة إلى الآثار القانونية التي تترتّب عن وفاة المحاسب العمومي كما أنّ الأمر عدد 904 لسنة 1990 [1] ولئن اقتضى أن يَحُلّ حساب الضمان التعاوني محلّ المحاسب العمومي المُعَمَّر ذمّته لتسديد الدين المترتّب عن تعمير الذمة وأن يُعَادّ تحميل المبالغ المسدّدة على كاهل المدين، فإنّه لم يتعرّض إلى صورة وفاة المحاسب بعد إصدار محكمة المحاسبات الحكم القاضي بتعمير ذمّته. وفي المقابل نصّ قانون المحكمة صراحةً على انقضاء المسؤولية بوفاة المدّعى عليه في مادة زجر أخطاء التصرّف باعتبار أنّ المسؤولية القانونية في هذه الحالة تتعلّق بخطأ شخصي.

ومن جهة أخرى، اتّسمت أحكام القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلّقة بالتشكيلات الحكمية صلب الهيئات القضائية للمحكمة الواردة بغموضها وعدم دقّتها.

ومن ذلك أنّ تركيبة الهيئات الحكمية الابتدائية المنصوص عليها بالفصلين 27 و34 [2] من قانون المحكمة لم تُضبَط بالرتبة والعدد كما لم تُحَدّد الجهة الموكول لها تعيين أعضاء الهيئات الحكمية الاستئنافية المنصوص عليها بالفصل 33 [3]. وعلاوة على ذلك، ولئن اشترط قانون المحكمة بخصوص أعضاء الهيئات الحكمية الاستئنافية والتعقيبية أن لا يكون العضو سَبَقَ له النّظر في القضية في طور سابق بأية صفة كانت، فإنّه لم يتعرّض إلى صور حدوث مانع شرعي لرؤساء الهيئات الحكمية أو

1. يتعلّق الأمر عدد 904 لسنة 1990 المؤرّخ في 4 جوان 1990 كما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنّصوص اللاحقة بحساب الضمان التعاوني للمحاسبين العموميّين ونصّ الفصل 12 من مجلة المحاسبة العمومية في هذا الصّدد على أنّه «لا يمكن تنصيب أي عون عُهِدَ له بخطة محاسب في الأموال أو في المواد ولا يحقّ له مباشرة عمله إلا بعد أن يدلي أمام السلطة المختصة وحسب الصيغ القانونية بنسخة من وثيقة أدائه اليمين القانونية. وينخرط في الضمان التعاوني للمحاسبين العموميّين حال تسلّمه لمهامه. ويكون هذا الانخراط وجوبيا كذلك بالنسبة لأمناء الصندوق ووكلاء المقابيض والصاريف. وتُضبَط بمقتضى أمر شروط الانخراط بالضمان التعاوني للمحاسبين العموميّين».

2. اقتضى الفصل 34 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أن تمارس الدوائر الابتدائية المركزية الاختصاصات المخوّلة لمحكمة المحاسبات بالنسبة إلى الهياكل الخاضعة لقضائها أو مراقبتها أو تقديرها والموزّعة حسب تقسيم يضبطه الرئيس الأوّل بعد استشارة الجلسة العامة وأن تمارس الدوائر الجهوية للمحكمة الاختصاصات المخوّلة للمحكمة بالنسبة إلى السلط الإدارية الجهوية والمحلية والمؤسسات والمنشآت العمومية وكذلك جميع الهيئات مهما كانت تسميتها والتي تساهم في رأس مالها الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات والمنشآت العمومية والتي يوجد مقرّها الأصلي أو موقع نشاطها بمرجع النظر الترابي للدائرة الجهوية كما تمارس هذه الأخيرة الاختصاصات المنصوص عليها بالفصل 13 من القانون بالنسبة إلى الأحزاب السياسية والجمعيات والتعاونيات والمؤسسات والهيئات الخاصة مهما كانت تسميتها والتي يوجد مقرّها بمرجع النظر الترابي للدائرة الجهوية وأن تُصدِرَ الدوائر المركزية والجهوية في نطاق ممارسة محكمة المحاسبات لمرجع نظرها القضائي أحكاما ابتدائية. واقتضى الفصل 27 من ذات القانون أن يتولى الرئيس الأوّل للمحكمة باقتراح من رؤساء الدوائر المختصة ضبط تركيبة الهيئات الحكمية بالدوائر الابتدائية المركزية والجهوية

3. اقتضى الفصل 33 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أن تختصّ الدوائر الاستئنافية بالنظر في طلبات الاستئناف المرفوعة ضدّ الأحكام الابتدائية الصّادرة عن الدوائر المركزية والجهوية للمحكمة وأن تتركّب كلّ هيئة حكمية بدائرة استئنافية من رئيس الدائرة وعضوين من أعضائها ويُشترَطُ ألّا يكون عضو الدائرة الاستئنافية سَبَقَ له النظر في القضية ابتدائيا بأية صفة كانت.

وفاتهم أو زوال صفتهم أو التجريح فيهم[1] وذلك باستثناء الرئيس الأوّل للمحكمة والذي مكّنه الفصل 32 [2] بصفته رئيس الهيئة التعقيبية من أن يُنيبَ وكيله لرئاسة جلساتها. وتُطرَحُ نفس الإشكالية بالنسبة إلى باقي أعضاء الهيئة التعقيبية خاصّة وأنّهم مُعَيَّنُونَ بالصفة إذ اقتضى الفصل 32 أن تتركّب الهيئة فضلا عن الرئيس الأوّل الذي يرأسها من وكيل الرئيس ورؤساء الدوائر الاستئنافية وأقدم ثلاثة رؤساء دوائر في خطّتهم.

وفضلا عن ذلك، لم تكن عبارة القانون دقيقة فيما يتعلّق بـ»أقدم ثلاثة رؤساء دوائر في خطّتهم» إذ أنّه لا يُمكِنُ تَبَيُّنُ فيما إذا كان المقصود أقدم ثلاثة رؤساء دوائر ابتدائية دون اعتبار رؤساء الدوائر الاستئنافية الذين هم في كلّ الأحوال أعضاء بالهيئة التعقيبية بموجب القانون، أم أقدم ثلاثة رؤساء دوائر في المطلق بما فيهم رؤساء الدوائر الابتدائية والاستئنافية معًا، وهو ما قد يطرح إشكاليات على مستوى استيفاء تركيبة الهيئة التعقيبية سيّما وأنّه تمّ بموجب الفصل 32 سحب النّصاب المنصوص عليه بالفصل 30 على الهيئة التعقيبية والذي يقتضي أن لا تَصُحَّ الجلسات إلا بحضور ثلثي الأعضاء.

واتّجهت محكمة المحاسبات منذ دخول قانونها الجديد حيّز النفاذ، ضمانًا لشرعية تركيبة الهيئات الحكمية وأعمالها واحترامًا لمبدأ المساواة أمام مرفق العدالة واستنادًا إلى الفصل 27 من قانون المحكمة الذي ينصّ على أن يتولى الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات باقتراح من رؤساء الدوائر المختصة ضبط تركيبة الهيئات الحكمية بالدوائر الابتدائية المركزية والجهوية، إلى تعيين هيئات حكمية ابتدائية ثلاثية التركيبة بموجب قرار صادر عن الرئيس الأوّل للمحكمة كما اتّجهت نحو اعتماد نفس الصيغة في تعيين التشكيلات الحكمية الاستئنافية والتي اقتضى الفصل 33 من قانون المحكمة أن تتركّب من رئيس الدائرة الاستئنافية وعضوين من أعضائها.

أمّا بخصوص الأحكام الانتقالية الواردة بالقانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019،

1. مع أنّه تجب الإشارة هنا مجدّدا إلى ما اقتضاه الفصل 127 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 في مادة زجر أخطاء التصرف من أنّه لا يُمكِنُ لأي عضو بالمحكمة من أن يتداول في القضية إذا كان تحت طائلة مانع من الموانع المنصوص عليها بالفصل 248 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية والتشريع المتعلّق بالتصريح بالمكاسب وتضارب المصالح وأنّه يُمكنُ لكلّ جهة معنيّة أن تُجَرِّحَ في أي عضو من أعضاء الهيئة الحكمية وذلك عن طريق طلب كتابي يُوَجَّهُ إلى الرئيس الأول للمحكمة الذي يبت نهائيا في الموضوع في أجل أقصاه خمسة أيام بعد سماع الطرفين وأنّه يُمكِنُ وفق نفس الشروط لأي عضو من أعضاء الهيئة الحكمية التجريح في نفسه.

2. اقتضى الفصل 32 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أن تنظر الهيئة التعقيبية في الطعون المرفوعة ضد الأحكام الاستئنافية وأن تتركّب من الرئيس الأوّل للمحكمة الذي يترأس جلساتها ووكيل الرئيس ورؤساء الدوائر الاستئنافية وأقدم ثلاثة رؤساء دوائر في خطتهم وذلك دون حضور الأعضاء الذين سَبَقَ لهم النظر في القضية في طور سابق بأية صفة كانت وأنّه يمكن للرئيس الأول أن يُنيبَ لرئاسة جلسات الهيئة التعقيبية وكيل الرئيس الأول.

فإنّه لم يتمّ التنصيص على إحالة الملفات المنشورة لدى دائرة المحاسبات في تاريخ دخول القانون الجديد حيّز النفاذ إلى محكمة المحاسبات مثلما تمّ التنصيص على ذلك بالفصل 164 بالنسبة إلى الملفات المنشورة لدى دائرة الزجر المالي.

ويُطرَحُ التساؤل في هذا الصّدد حول شرط التبليغ الذي اقتضته أحكام الفصل 166 فقرة ثانية والتي تنصّ على أنّه «لا تنطبق الأحكام المتعلقة بالقضاء في الحسابات الواردة بهذا القانون على الحسابات المقدّمة قبل تاريخ دخوله حيّز النفاذ والتي تمّ في شأنها إصدار أحكام وقتية تمّ تبليغها إلى المحاسبين العموميّين المعنيّين»، والذي يُمكِنُ تأويله إمّا على أنّه استيفاء فحسب لإجراءات التبليغ طبق الصيغة القانونية أو على أنّه حصول النتيجة المرجوّة من التبليغ أي وقوع التبليغ فعليا للمُبَلَّغ له.

كما يُطرَحُ التساؤل حول صيغة التبليغ الواجب اعتمادها من المحكمة بالنسبة إلى القرارات الابتدائية النهائية الصّادرة بعد دخول القانون الجديد حيّز النفاذ في القضايا الابتدائية التي صَدَرَت فيها قرارات ابتدائية وقتية مشمولة بالفصل 166 فقرة ثانية آنف الذكر[1]، بمعنى هل يجوز التبليغ طبق الصيغة القانونية المنصوص عليها بالفصلين 27 و28 [2] من القانون عدد 8 لسنة 1968 على اعتبار أنّ القرار الابتدائي الوقتي الصّادر في نفس القضية وقع تبليغه طبق تلكم الصيغة أم يتّجه التبليغ طبق أحكام القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 عملا بما استقرّ عليه الفقه وفقه القضاء على اعتبار أنّ الأحكام الإجرائية تكون على خلاف الأحكام الموضوعية واجبة التطبيق من تاريخ صدورها على القضايا الجارية ولو كان تاريخ حصول الوقائع مُقَدَّمًا عن تاريخ صدورها؟

ويُطرَحُ في هذا السياق أيضا تساؤل حول مدى حاجة القضاء المالي إلى سنّ قانون يتعلّق بالإعانة العدلية لغير القادرين ماليا التي نصّ عليها الفصل 108 من دستور سنة 2014 وإلى منح أعضاء النيابة العمومية لدى محكمة المحاسبات والقضاة الماليّين المكلّفين بأعمال التحقيق كلّ في حدود نظره صفة مأموري الضابطة

1. أثيرَت أمام الدوائر الاستئنافية بمحكمة المحاسبات نظرية الأمر الظاهر فيما يتعلّق بصيغ التبليغ وآجال الطعن بالاستئناف بخصوص قرارات ابتدائية نهائية صدرت بعد دخول القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 حيّز النفاذ وقد صدرت القرارات الابتدائية الوقتية المتعلّقة بها في ظلّ سريان القانون عدد 8 لسنة 1968 وبُلِّغت وفق الصيغة الواردة به.

2. يقتضي الفصلان 27 و28 من القانون عدد 8 لسنة 1968 أن يتولى وكيل الدولة العام تبليغ القرارات الصّادرة عن دائرة المحاسبات عن طريق رسائل مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ وفي حال التعذّر أن يُوَجِّهَ وكيل الدولة العام القرار إلى والي المنطقة الذي يَتَوَلّى التبليغ حسب الصّيغ الإداريّة ويُرجِعُ إلى مندوب الحكومة العام إعلام البلوغ مؤرّخا وفي صورة التعذّر أو الامتناع عن قبول القرار يُعتَبَرُ الإعلام قد بُلِّغَ بتاريخ تصريح الوالي.

العدلية وذلك بالنّظر خاصّة إلى مقتضيات الفصلين 24 و120 [1] من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات فيما يتعلّق بالنيابة العمومية وإلى مقتضيات الفصول 59 و60 و121 و122 [2] من ذات القانون فيما يتعلّق بالقيام بالأبحاث الأوّلية بالمحكمة أو على العين والقيام بإجراءات تحفظية كحجز الوثائق وما شابه ذلك من الأعمال التي يتعهّد بها القضاة المقرّرون المكلّفون بالتحقيق في الملفات المعروضة على المحكمة.

ب. الإشكاليات المترتّبة عن الإحالة إلى الأحكام الإجرائية الواردة بالقانون المتعلّق بمحكمة المحاسبات بالنسبة إلى الاختصاصات القضائية المسندة إلى المحكمة بموجب قوانين خاصّة

تُعتَبَرُ الاختصاصات القضائية المسندة لمحكمة المحاسبات سواءً في المادة الانتخابية أو في مادة النزاع المحلي اختصاصات مستحدثة من حيث موضوعها عن الاختصاصات التقليدية للقضاء المالي التي تتعلّق أساسا بالقضاء في حسابات المحاسبين العموميّين وزجر أخطاء التصرّف المرتكبة إزاء الدولة والمؤسسات العمومية الإدارية والجماعات العمومية المحلية والمشاريع العمومية.

ولئن ضَبَطَ كلّ من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرّخ في 26 ماي 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء كما القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرّخ في 9 ماي 2018 المتعلّق بمجلة الجماعات المحلية الأحكام الموضوعية المتعلّقة بكلا الاختصاصين، فقد أحال كلا القانونين المذكورين إلى الإجراءات المقرّرة بالقانون المنظّم لمحكمة المحاسبات ما لم تتعارض مع الأحكام الواردة بالقانون الانتخابي أو بالمجلة.

وفضلا عن ذلك، اقتضى الفصل 174 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 كما الفصل 388 من مجلة الجماعات المحلية أنّه إلى حين صدور القانون المنظّم

1. يقتضي الفصل 120 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أن النيابة العمومية هي سلطة التتبع في مادة زجر أخطاء التصرف ويمكن لها حفظ القضية بقرار معلل يتم تبليغه إلى الشخص المعني بالأمر ولرافع الدعوى الذي يمكنه في أجل شهرين الاعتراض على قرار الحفظ أمام الرئيس الأوّل للمحكمة الذي يبت فيه في أجل عشرة أيّام ويمكن للنيابة العمومية الرجوع في قرار الحفظ بمبادرة منها أو بطلب من الأطراف المعنية تبعا لظهور معطيات جديدة تتعلق بالقضية.

2. يقتضي على سبيل المثال الفصل 122 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 أن التحقيق سري وللقاضي المقرر القيام بجميع الأبحاث والتحقيقات لدى كل الجهات العمومية أو الخاصة ذات العلاقة بالقضية وأن يطلب من كل شخص مادي أو معنوي مدّه بجميع الوثائق اللازمة للتحقيقات. وله أن يستمع للشهود بعد استدعائهم وتأديتهم لليمين وفقا للصيغ والشروط المنصوص عليها بمجلة الإجراءات الجزائية ويُمكنُ للقاضي المقرر أن يتولى وفق الصيغ القانونية جميع الأبحاث والتحقيقات على عين المكان كما يُمكنُ له تحت إمضاء الرئيس الأول للمحكمة طلب رأي الجهات المختصة ويُمكنُ للنيابة العمومية بناءً على طلب من القاضي المقرر أن تطلب من المحاكم العدلية نسخا من وثائق تتعلق بدعوى قضائية أخرى لها صلة بالوقائع موضوع التحقيق باستثناء القضايا الجارية.

لمحكمة المحاسبات وتوليها الفعلي لمهامها، تتولى دائرة المحاسبات الصلاحيات والمهام المسندة لمحكمة المحاسبات بمقتضى القانون الانتخابي أو المجلة وأن يتمّ الطعن بالاستئناف في الأحكام الابتدائية الصّادرة عن دائرة المحاسبات أمام الهيئة التعقيبية المنصوص عليها بالفصل 40 من القانون عدد 8 لسنة 1968 المؤرّخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بتنظيم دائرة المحاسبات.

ولئن اتّجهت دائرة المحاسبات بموجب تلك الإحالة وباعتبار اختصاصها في القضاء في حسابات المحاسبين نحو اعتماد إجراءات القضاء في الحسابات الواردة بالقانون عدد 8 لسنة 1968 عند تعهّدها بالقضايا المتعلّقة بالنزاع الانتخابي بمناسبة إجراء رقابتها القضائية على تمويل الحملات الانتخابية المتعلّقة بانتخابات المجلس الوطني التأسيسي سنة 2011 وبالانتخابات الرئاسية والتشريعية لسنة 2014 وبالانتخابات البلدية لسنة 2018، فإنّ صدور القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات ودخوله حيّز النفاذ في غرة جانفي 2020 والذي يتضمّن نظامين إجرائيّين يتعلّق الأوّل بالقضاء في الحسابات والثاني بزجر أخطاء التصرّف يَجُرُّنَا بداية بالضرورة نحو التساؤل حول النظام الإجرائي المنطبق سواءً في المادة الانتخابية أو في النزاع المحلي بمعنى هل يتّجه مواصلة اعتماد إجراءات القضاء في الحسابات باعتبار تعلّق المادة الانتخابية مثلا أساسا بالحساب المالي للحملة الانتخابية أم الاتّجاه نحو اعتماد إجراءات مادة زجر أخطاء التصرّف باعتبار الطبيعة الزجرية للاختصاص القضائي للمحكمة في المادة الانتخابية؟

وذلك فضلا عن الإشكاليات التي تطرحها هذه الإحالة لا محالة حول مدى ملاءمة الإجراءات المتعلّقة بالاختصاصات الأصلية للقضاء المالي وخاصة آجال القيام والبت والطعن مع تلك المتعلّقة بالنزاعين الانتخابي والمحلي مرجع نظر المحكمة.

وفي هذا الصّدد، أقرّ القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات إجراءات متمايزة في مادتي القضاء في الحسابات وزجر أخطاء التصرّف في مسائل إجرائية كان من الأجدى توحيدها إذ أنّه تحسينًا لمقروئية الأحكام الإجرائية ووضوحها، فإنّه كان حريّ بالمشرّع إقرار أحكام مشتركة عِوَضَ إثقال النصّ القانوني بإقرار أحكام إجرائية مختلفة في مسائل إجرائية متشابهة كإنابة المحامي وشكليات عريضة الدعوى والآجال الممنوحة للنيابة العمومية لتقديم ملحوظاتها كما للأطراف للاطّلاع وتقديم ردودهم وآجال صدور الأحكام وتبليغها، أو بالإحالة إلى فصول سابقة على مستوى أحكام القانون المتعلّقة بسير الجلسات، وهو ما يجعل تحديد النظام الإجرائي المنطبق في النزاعين الانتخابي والمحلي مرجع نظر محكمة المحاسبات مسألة قانونية جوهرية تستدعي التمحيص والنقاش ثمّ توحيد إجراءات المحكمة وفقه قضائها فيها باعتبار ما لها من أَثَرٍ على حقوق

الدفاع وسير الدعاوى عموما، وذلك في انتظار أن يتمّ إفراد المادة الانتخابية ومادة النزاع المحلي بإجراءات أكثر ملاءمة وتناسبا مع طبيعة كلّ مادة من المادتين المذكورتين يتمّ التنصيص عليها سواءً صلب القانون الحالي للمحكمة أو صلب أحكام القانون الانتخابي ومجلة الجماعات المحلية أو صلب مجلة إجرائية خاصّة بالقضاء المالي.

ويُضَافُ إلى هذه المسألة الجوهرية جملة من الإشكاليات تتعلّق بمسائل لم يتعرّض لها القانون الانتخابي ومجلة الجماعات المحلية أو اتّسمت الأحكام المتعلّقة بها بعدم الوضوح ولا يُمكِنُ سحب الإجراءات المقرّرة بقانون محكمة المحاسبات عليها لخصوصيّتها على اعتبار أنّ المشرّع خَصَّ بها صورا بعينها لا يُمكِنُ التوسّع فيها، وذلك بالرغم من الإحالة المنصوص عليها بالقانون الانتخابي وبمجلة الجماعات المحلية إلى الإجراءات المقرّرة بقانون المحكمة. وقد أُثيرت هذه المسائل بصفة متكرّرة أمام الدوائر الاستئنافية لمحكمة المحاسبات بمناسبة الطعون المقدّمة ضدّ الأحكام الابتدائية الصّادرة خاصّة في المادة الانتخابية.

ومن ذلك مسألة تحديد أطراف الدعوى في النزاع الانتخابي بالنّظر إلى توسّع المشرّع في تحديد أطراف الدعوى في مادتي القضاء في الحسابات وزجر أخطاء التصرّف، ما يطرح تساؤلا حول جواز تداخل الحزب السياسي أو الائتلاف مثلا، باعتبار أنّهما وفقا لأحكام القانون الانتخابي ليسا طرفين قانونيّين في الدعاوى المثار فيها مسؤولية القائمة المترشّحة الحزبية أو الائتلافية، في القضايا التي تتعلّق بالقائمة المترشّحة الحزبية أو الائتلافية والتي قُضِيَ فيها خاصّة بإسقاط عضوية أعضاء القائمة من المجلس النيابي أو البلدي المترشّح له والتي تكون فيها بالتالي للحزب أو للائتلاف مصلحة بيّنة. وكذلك الشأن بالنسبة إلى الوكيل المالي للقائمة المترشّحة الذي يكون من غير أعضائها والذي لم يُحَمِّلهُ القانون الانتخابي مسؤولية قانونية ولم يَقتَضِ تسليط أي عقوبة في حقّه.

وتُطرح أيضا مسألة مقرّات المتقاضين في المادة الانتخابية وخاصّة المقيمين منهم خارج التراب التونسي، إذ تُوَاجِهُ محكمة المحاسبات والنيابة العمومية لديها صعوبات في توجيه الاستدعاءات وتبليغ الأحكام الابتدائية الصّادرة في المادة الانتخابية باعتبار امتداد الفترات الفاصلة ما بين مرحلة التقاضي أمام القضاء المالي سواءً في ظلّ سريان القانون عدد 8 لسنة 1968 أو القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 وفترة إيداع مطالب الترشّح التي تتضمّن مقرّات المترشّحين لدى الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والتي أوجب الفصل 94 من القانون الانتخابي عليها مدّ المحكمة في أجل لا يتجاوز ثلاثة أيام من انطلاق الحملة الانتخابية بقائمات المترشّحين وإعلامها بكلّ التغييرات التي يمكن أن تطرأ على القائمات المذكورة، غير

أنّ مقرّات المترشّحين عادة ما تتغيّر في الأثناء ولا يتولى أعضاء القائمات المترشّحة خلال مرحلة التقاضي التصريح بعناوينهم الجديدة لدى محكمة المحاسبات، ما يؤثّر بالضرورة على سير الدعاوى وآجال البت فيها خاصّة بالنسبة إلى القضايا الابتدائية المفصولة قبل دخول القانون الجديد للمحكمة حيّز النفاذ والمنشورة حاليا أمام الدوائر الاستئنافية للمحكمة والتي يتعطّل البت فيها بسبب عدم توفّر مستندات تبليغ القرارات الابتدائية الوقتية والنهائية الصّادرة فيها.

كما أنّ القانون الانتخابي لم يُحَدِّد آجال السقوط بالتقادم بالنسبة إلى المخالفات المالية والانتخابية وذلك خلافا للجرائم الانتخابية التي اقتضى الفصل 167 منه أن تسقط إثر انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ إعلان النتائج النهائية للانتخابات. وتُعتبر آجال انقضاء الدعوى التي ضبطها قانون محكمة المحاسبات كما تمّ بيانه أعلاه من الإجراءات التي خصّ بها المشرّع مادتي القضاء في الحسابات وزجر أخطاء التصرف ولا يُمكِنُ بالتالي سحبها على الاختصاصات المسندة للقضاء المالي.

وتُطرَحُ كذلك مسألة تحريك الدعوى وطبيعة القرار الصّادر عن محكمة المحاسبات بالنسبة إلى الملفات المتعلّقة باستحقاق المنحة العمومية بعنوان استرجاع مصاريف انتخابية.

ذلك أنّ الفصل 78 (جديد)[1] من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 والذي نصّ في شأن الملفات المذكورة على أنّه «تُصرَفُ لكلّ مترشح أو قائمة مترشحة، تحصّلت على ما لا يقلّ عن 3 % من الأصوات المصرّح بها بالدائرة الانتخابية، منحة عمومية تقديرية بعنوان استرجاع مصاريف انتخابية وذلك بعد الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات شرط الاستظهار بما يفيد إيداع الحسابات المالية لدى محكمة المحاسبات وبعد التثبت من احترام المترشح أو القائمة المترشحة للواجبات القانونية المتعلقة بالحملة الانتخابية وتمويلها. تضبط محكمة المحاسبات بالنسبة لكلّ مترشح ولكل قائمة مترشحة قيمة المصاريف الانتخابية التي ستعتمدها في احتساب مبلغ المنحة العمومية المستحق. وفي كل الحالات لا يمكن أن تتجاوز قيمة المنحة العمومية مبلغ التمويل الذاتي للمترشح أو القائمة المترشحة المعنية، كما لا يمكن أن تتجاوز قيمة السقف الجملي للإنفاق المشار إليه بالفصل 81 من هذا القانون. يُحرَمُ من المنحة العمومية بعنوان استرجاع مصاريف انتخابية المترشح أو القائمة المترشحة التي لا تقوم بنشر الحسابات المالية وفق ما نص عليه الفصل 87 من هذا القانون»، لم يُبيّن الصيغة التي تَضبِطُ بها محكمة المحاسبات قيمة المصاريف الانتخابية التي ستعتمدها في احتساب مَبلَغ المنحة العمومية المستحق.

1. وذلك كما تمّ بيانه آنفا قبل إلغاء الفصل 78 (جديد) بموجب المرسوم عدد 55 لسنة 2022 المؤرّخ في 15 سبتمبر 2022 المتعلّق بتنقيح القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 وإلغاء التمويل العمومي للحملة الانتخابية بموجب الفصل 75 (جديد) من ذات المرسوم.

وبقيت هذه المسألة مطروحة على القضاء المالي سيّما وأنّ الأمرين الحكوميّين عدد 1041 لسنة 2017 وعدد 1275 لسنة 2017 [1] اللّذين نصّا على أن يتولى أمين المال الجهوي المختص ترابيا الأمر بصرف مبلغ المنحة بناءً على طلب كتابي يتمّ تقديمه من قبل رئيس القائمة المترشّحة يُرفق وجوبا بـ «أصل قرار محكمة المحاسبات المتعلّق بضبط المبلغ المستحق بعنوان استرجاع المصاريف الانتخابية ونسخة من الإعلام بقرار محكمة المحاسبات»، لم يُبَيِّنَا على غرار الفصل 78 (جديد) طبيعة القرار إن كان قضائيا أو عملا ولائيا. وأقرّ الأمران الحكوميّان عدد 754 لسنة 2019 وعدد 755 لسنة 2019 [2] الطبيعة القضائية لذلكم القرار ونصّا على أن يُصرَفَ مبلغ المنحة بناءً على طلب كتابي يتمّ تقديمه من قبل رئيس القائمة إلى المحاسب العمومي المعني يُرفَقُ وجوبا بـ«أصل قرار محكمة المحاسبات المتعلّق بضبط مبلغ المنحة العمومية التقديرية المستحق بعنوان استرجاع المصاريف الانتخابية مع ما يفيد صيرورة ذلك القرار باتا».

واتّجهت محكمة المحاسبات بمناسبة رقابتها القضائية على الانتخابات البلدية لسنة 2018 والانتخابات الرئاسية السابقة لأوانها والتشريعية لسنة 2019 المعنيّة بنظام الاسترجاع الساري منذ تنقيح سنة 2017 وإلى حدود التنقيح الأخير للقانون الانتخابي في سبتمبر 2022، نحو إمّا ضمّ ملف استحقاق التمويل العمومي إلى ملف المخالفة أو الجريمة الانتخابية المنشور أمام المحكمة والقضاء فيهما معا بحكم واحد أو البت في ملف الاستحقاق على حده. وتمّ في كلا الحالتين سحب الإجراءات المعتمدة في قضايا النزاع الانتخابي على ملفات استحقاق التمويل العمومي أي تعهّد الهيئات الحكمية بناءً على مذكّرة إحالة صادرة عن النيابة العمومية وتعيين قاض مقرّر للتعهّد بأعمال التحقيق وإصدار حكم ابتدائي يقضي إمّا بعدم استحقاق التمويل العمومي أو باستحقاق التمويل العمومي ويَضبِطُ قيمته.

كما تُطرَحُ علاوة على ذلك مسألة قابلية الأحكام الاستئنافية الصّادرة عن محكمة المحاسبات في المادة الانتخابية إلى الطعن بالتعقيب أو بالمراجعة طبق أحكام القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019.

فبالنّظر إلى مقتضيات الفصول 92 و98 و99 و163 و174 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 وباعتبار أنّ القانون الانتخابي لم يَقتَضِ بصريح النص مثلما هو الحال

1. المؤرّخين على التوالي في 19 سبتمبر 2017 و23 نوفمبر 2017 والمتعلّقين بتحديد السقف الجملي للإنفاق على الحملة الانتخابية وسقف التمويل الخاص وبتحديد سقف التمويل العمومي وضبط شروطه وإجراءاته بالنسبة إلى الانتخابات التشريعية الجزئية والانتخابات البلدية.

2. المؤرّخين كلاهما في 22 أوت 2019 والمتعلّقين بتحديد السقف الجملي للإنفاق على الحملة الانتخابية وسقف التمويل الخاص وبتحديد سقف التمويل العمومي وضبط شروطه وإجراءاته على التوالي بالنسبة إلى الانتخابات الرئاسية والتشريعية لسنة 2019.

بالنسبة إلى الأحكام القضائية الصّادرة عن القضاء الإداري[1] أنّ الأحكام الاستئنافية الصّادرة عن القضاء المالي باتة ولا تقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب وباعتبار أيضا أنّ التعقيب هو أساسا طريقة الطعن في الأحكام القضائية النهائية، فإنّ تعقيب الأحكام الاستئنافية الصّادرة عن محكمة المحاسبات في المادة الانتخابية يكون جائزا.

أمّا بخصوص الطعن بالمراجعة والذي خصّ به القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 مادة القضاء في الحسابات طبق أحكامه الواردة بالفصول من 93 إلى 96 ومادة زجر أخطاء التصرف طبق أحكامه الواردة بالفصول من 140 إلى 143، فإنّه لا يُمكنُ التوسّع فيه ليشمل الأحكام الصّادرة عن المحكمة في النزاعين الانتخابي والمحلّي باعتباره من طرق الطعن غير العادية.

وتُطرَحُ من جهة أخرى مسألة قابلية الأحكام الابتدائية الصّادرة في مادة النزاع المحلي في الصّور الواردة بالفصول 179 و186 و195 من مجلة الجماعات المحلية إلى الطعن بالاستئناف.

وتتعلّق هذه الحالات بالاعتراض لدى محكمة المحاسبات الذي يقدّمه الوالي بناءً على طلب من أمين المال الجهوي على تحويل اعتمادات بقرار من رئيس الجماعة المحلية من فقرة إلى فقرة أخرى داخل نفس الفصل ومن فقرة فرعية إلى فقرة فرعية أخرى داخل نفس الفقرة بالنسبة إلى نفقات العنوانين الأول والثاني (الفصل 179) وبالملفات التي تُحَالُ إلى المحكمة بغاية تقدير ما يتعيّن اتّخاذه من إجراءات أو تتبّعات من قبل محاسب الجماعة المحلية بخصوص النفقات والعمليات المأذون بها من قبل آمر الصرف والتي رَفَضَ محاسب الجماعة المحلية إتمامها وتمّ الإذن بها مجدّدا وإتمامها على المسؤولية الشخصية والقانونية لآمر الصرف (الفصل 186) وبالإذن الصّادر عن المحكمة الموجّه إلى الجماعة المحلية لإقرار صحة حسابها المالي أو تصحيحه وذلك في صورة رفض مجلس الجماعة المحلية المصادقة على كلّ من الحساب المذكور والتقرير الإداري وإحالة الوثائق على المحكمة للنّظر فيها (الفصل 195 فقرة أولى) وبالإذن الصّادر عن المحكمة الموجّه إلى مجلس الجماعة المحلية لتمكينه من النّظر في مشروع ميزانية السنة المقبلة قبل ختم الميزانية السابقة (الفصل 195 فقرة ثانية)، ما يجعلها بذلك أقرب إلى الأذون القضائية.

كما أنّه خلافا لباقي أحكام مجلة الجماعات المحلية مرجع نظر محكمة المحاسبات والتي تُحِيلُ بصريح النص إلى الأحكام الواردة بالفصل 94 من المجلة التي تقتضي

1. بموجب الفصول 18 و30 و47 و146 و147 و49 عشرون من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء.

أن يُستَأنَفَ الحكم الابتدائي أمام الهيئة القضائية لمحكمة المحاسبات المختصة استئنافيا، فإنّ الفصول 179 و186 و195 من المجلة لم تنصّ على ذلك.

الخاتمة

يُمكِنُ القول في ختام هذه المداخلة بأنّ الإطار التشريعي للقضاء المالي يُعتَبَرُ غير مكتمل من حيث القواعد الموضوعية والإجرائية الضرورية لممارسة جميع الاختصاصات القضائية الموكولة للقضاء المالي.

وهو ما يُبرزُ الحاجة إلى سنّ مجلة إجرائية خاصّة بالقضاء المالي[1] تشمل جميع اختصاصاتَ محكمة المحاسبات الأصلية منها والمسندة وتتضمّن المبادئ والقواعد العامة للقضاء المالي ثمّ الأحكام الإجرائية المشتركة بين جميع الاختصاصات القضائية للمحكمة فالأحكام الإجرائية الخصوصية لكلّ اختصاص قضائي، وذلك ضمانًا لنجاعة النظام الإجرائي من حيث حسن مقروئية الأحكام الإجرائية ووضوحها وتناسقها وملاءمتها لطبيعة الاختصاصات القضائية لمحكمة المحاسبات من جهة، واحترامًا لمقتضيات المحاكمة العادلة وحقوق الدفاع التي نصّ عليها الدستور والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة من جهة أخرى.

ويُمكِنُ في انتظار صدور مجلة القضاء المالي تنقيح كلّ من القانون المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء ومجلة الجماعات المحلية بإلغاء الإحالة إلى القواعد الإجرائية المقرّرة بالقانون المنظّم لمحكمة المحاسبات وإفراد النزاعين الانتخابي والمحلي مرجع نظر محكمة المحاسبات بإجراءات خاصّة يُنَصَّصُ عليها سواءً بالقانون الانتخابي أو مجلة الجماعات المحلية أو قانون محكمة المحاسبات. وتكون هذه الإجراءات مبسّطة وناجعة وناجزة كإنشاء مؤسسة القاضي الفردي وتقليص آجال القيام والبت والطعن والتنصيص صراحةً على أنّ القرارات الاستئنافية الصّادرة عن القضاء المالي في المادة الانتخابية باتة ولا تقبل أي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب مثلما هو منصوص عليه بالقانون الانتخابي فيما يتعلّق بالأحكام الاستئنافية الصّادرة عن القضاء الإداري وإقرار صيغ تبليغ وإعلام متلائمة مع طبيعة المتقاضين في المواد المذكورة وخاصّة المادة الانتخابية.

1. تستدعي أيضا بعض الأحكام الموضوعية الواردة بالقانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلّق بمحكمة المحاسبات كما بالقانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المتعلّق بالانتخابات والاستفتاء والقانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المتعلّق بمجلة الجماعات المحلية مراجعة ولم يتمّ التعرّض على وجه الخصوص إلى هذه الجوانب باعتبار أنّ موضوع هذه المداخلة يتعلّق أساسا بالنظام الإجرائي للقضاء المالي.

كما يتطلّب ذلك أيضا تأسيس فقه قضاء مالي يأخذ بعين الاعتبار خصوصية المواد القانونية التي يقضي فيها وخصوصية الإجراءات المتّبعة أمامه ويراعي في الآن نفسه الضوابط الأساسية التي تحكم الوظيفة القضائية خاصّة فيما يتعلّق بضمان مقتضيات المحاكمة العادلة ومستلزماتها الإجرائية والموضوعية.

وتستوجب نجاعة العمل القضائي كذلك ضرورة تحقيق الملاءمة بين تنظيم محكمة المحاسبات وطبيعة الاختصاصات القضائية الموكولة إليها، ومن ذلك خاصّة تركيز دوائر ابتدائية قضائية مختصّة في القضاء في الحسابات وفي البت في دعاوى النزاعين الانتخابي والمحلي على غرار الدائرة الابتدائية المختصة في زجر أخطاء التصرّف وتركيز دائرة أو أقسام تحقيق تكون مستقلة عن الدوائر الابتدائية والاستئنافية للمحكمة احترامًا لمبدأ الفصل بين سلطات التحقيق والمحاكمة وتعزيز عدد أعضاء الدوائر الاستئنافية ومراجعة تركيبة الهيئة التعقيبية بالاتّجاه نحو إرساء دوائر تعقيبية قارة ثلاثية التركيبة تتركّب من رئيس يُمكنُ أن يكون الرئيس الأوّل للمحكمة وأعضاء مُعَيَّنِينَ من بين المستشارين ودائرة تعقيبية عليا يُعهَدُ لها خاصة النظر تعقيبيا في الطعون التي تقتضي توحيد الآراء القانونية بين الدوائر التعقيبية أو التي تخوض في مسائل قانونية جوهرية، وذلك فضلا عن استيفاء التركيز الفعلي لكتابة المحكمة بجميع مصالحها وتوضيح علاقة هذه الأخيرة بكتابات مختلف الهيئات القضائية للمحكمة.

2 مارس 2022

النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات واحترام مقتضيات المحاكمة العادلة

خليل الفندري

أستاذ تعليم عال وعميد كلية الحقوق بصفاقس

يتنزّل موضوع النظام الإجرائي لمحكمة المحاسبات واحترام مقتضيات المحاكمة العادلة في إطار مشروع إسناد محكمة المحاسبات في ما يتعلق باختصاصاتها القضائية في النزاعات المتعلقة بالجماعات المحلية، سواء ما يتّصل منها بالانتخابات، أو بالنزاعات الماليّة المتعلقة بميزانية الجماعات المحلّيّة، وخاصّة منها ما يتعلّق بإجراءات الاستئناف.

يتميّز الإطار القانوني للموضوع بكونه إطار متشعّب، حيث يشمل ما يلي:

- دستور 27 جانفي 2014 في الباب المتعلق بالسّلطة القضائيّة، وتحديدا القضاء المالي (الفصل 117)؛
- والقانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أفريل 2019 يتعلّق بمحكمة المحاسبات؛
- والقانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 المؤرخ في 26 ماي 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء، كما نقّح وتمّم بالقانون الأساسي عدد 7 لسنة 2017 المؤرخ في 14 فيفري 2017 والقانون الأساسي عدد 76 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أوت 2019؛
- والقانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المؤرخ في 9 ماي 2018 المتعلق بمجلة الجماعات المحلّيّة.

وقد حدّدت النزاعات مرجع نظر محكمة المحاسبات ضمن مرجع النّظر القضائي العام لمحكمة المحاسبات المنصوص عليه بقانونها الأساسي لسنة 2019؛ كما حدّدت بمرجع النظر الخصوصي لمحكمة المحاسبات، بإسناد صريح من القانونين الأساسيّين الخصوصيّين. ويشمل مرجع النّظر الأخير كلاّ من النزاعات المتعلقة بالمخالفات الماليّة والانتخابيّة لتمويل الحملات الانتخابيّة، بما في ذلك التّمويل

الأجنبي[1]؛ والنزاعات المتعلقة بميزانية الجماعات المحلّية، سواء تعلّقت بإعدادها[2]، أو بتنفيذها[3].

تتميّز الخصائص العامة للنظام الإجرائي المتبع أمام محكمة المحاسبات بخصائص شكليّة، وبخصائص موضوعيّة.

فأما الخصائص الشّكليّة، فيمكن أن نذكر تراوح الإجراءات بين القانون الأساسي لمحكمة المحاسبات، الذي تضمّن أحكاما إجرائيّة عموميّة تنطبق بالخصوص في الطّور الابتدائي، وبصفة محدودة في الطور الاستئنافي، والقانونين الأساسيّين المتعلّقين بالانتخابات والاستفتاء ومجلة الجماعات المحلّيّة، وقد تضمّنا أحكاما إجرائيّة خصوصيّة ومحدودة متّبعة في كلا الطّورين الابتدائي والاستئنافي.

وأما الخصائص الموضوعيّة، فإنّه يمكن القول بأنّ الخصائص العامة للإجراءات المتبعة في الطّور الابتدائي تستخلص بالأساس من الإجراءات المتبعة في نزاع القضاء في حسابات المحاسبين العموميّين، حيث تتمثل في الصبغة الاستقرائيّة أو التحقيقيّة، وضمان حقّ الدّفاع ومبدأ المواجهة في طور التحقيق، وضمان حق الدفاع ومبدأ المواجهة في طور المرافعة، كما في نزاع زجر أخطاء التّصرّف، حيث نذكر مبدأ الفصل بين سلطات التتبّع والتحقيق والحكم، والصبغة الاستقرائية أو التحقيقيّة، والصبغة الكتابيّة للإجراءات، وسرّيّة التّحقيق، وضمان مبدأ المواجهة وحقّ الدّفاع في طور التحقيق وفي طور المرافعة، وسرّيّة المفاوضة، وتحديد أجل لإصدار الحكم انطلاقا من جلسة المفاوضة.

وبالنسبة للخصائص العامّة للإجراءات المتبعة في الطّور الاستئنافي، فتستخلص من كلا النزاعين المشار إليهما أعلاه، بدءا بنزاع القضاء في حسابات المحاسبين العموميّين، وذلك من خلال التّوسّع في تحديد الأطراف المستأنفة، والصبغة الاستقرائيّة أو التحقيقيّة للإجراءات؛ وانتهاء بنزاع زجر أخطاء التّصرّف، من خلال الأثر الإيقافي للاستئناف، والصبغة الكتابيّة للإجراءات، والصبغة الاستقرائيّة أو التّحقيقيّة لإجراءات التحقيق، والإحالة إلى الإجراءات الابتدائيّة المتّبعة في الحكم في هذا النزاع.

1. الفصول 98 و99 و163 من القانون الأساسي المتعلق بالانتخابات وبالاستفتاء.

2. الفصلان 174 و197 من مجلة الجماعات المحلّيّة.

3. الفصول 94 و108 و163 و179 من مجلة الجماعات المحلّيّة.

غير أنه يلاحظ عدم التّعرّض لبعض الإجراءات القضائيّة، سواء في الطّور الابتدائي أو الطّور الاستئنافي، على غرار آجال التحقيق، وآجال البت في النزاعات، والأثر الانتقالي للاستئناف، وعبء الإثبات، وعلنيّة جلسة المرافعة أو سرّيتها، وغيرها من الإجراءات، وهو ما يمكن أن يطرح إشكالات عدّة في علاقة بالمحاكمة العادلة، زيادة على الإجراءات المقنّنة بالتشريعات ذات العلاقة بمحكمة المحاسبات.

وفي هذا الصّدد، يمكن القول بأنّ المحاكمة العادلة هي المحاكمة التي تضمن جملة من المعايير المتعارف عليها دوليّا[1]، ونخصّ منها بالذّكر المعايير الواردة بالمادّة 14 من العهد الدّولي للحقوق المدنيّة والسّياسيّة المؤرّخ في 16 ديسمبر 1966 والتي صادقت عليه تونس بموجب القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968، وقد نسجت على منوالها العديد من الاتفاقيّات الدّوليّة الإقليميّة الأخرى.
وتتمثّل هذه المقتضيات بالأساس في ما يلي:

- فتح حقّ اللّجوء إلى القضاء وتيسيره؛
- قرينة البراءة؛
- ضمان حقوق الدّفاع؛
- مبدأ المواجهة؛
- المحاكمة في آجال معقولة ؛
- علانيّة المحاكمة وعلانيّة النّطق بالحكم.

ومن هنا، تبرز مختلف الإشكالات التي يثيرها الموضوع، وتتمثل بالأساس في أنّ الإجراءات الاستئنافيّة المضمّنة بالقانون الأساسي لمحكمة المحاسبات شحيحة، لا تأتي على كافة مراحل النزاع في طوره الاستئنافي، كما لا تحيل في معظمها إلى انطباق الإجراءات الابتدائيّة في ما لم يرد فيه نصّ، إلاّ في بعض الحالات. كما تتمثل في أنّ الإجراءات الاستئنافيّة المضمّنة بالقانونين الخصوصيّين المشار إليهما أعلاه شحيحة جدّا، وتحيل إلى القانون الأساسي المتعلق بمحكمة المحاسبات، زيادة على عدم تناسب بعض الإجراءات الاستئنافية للنزاعات المسندة لمحكمة المحاسبات بالتشريعين الخصوصيين مع الإجراءات الاستئنافيّة العامة الواردة بقانون محكمة المحاسبات، وفضلا عن اجتهاد المحكمة في سدّ الفراغ التشريعي، من قبيل الاستئناف بقانون المحكمة الإداريّة، أو الاستئناف بمجلة المرافعات المدنية والتجاريّة، أو الاستئناف بمجلّة الإجراءات الجزائيّة إذا اعتبرنا جدلا أنّ طبيعة العقوبات المسلّطة من قبل محكمة المحاسبات عقوبات جزائيّة، أو الاستناد إلى المبادئ العامة للإجراءات.

1. F. QUILLERE-MAJZOUB, La défense du droit à un procès équitable, Bruxelles, Bruylant - Nemesis, 1999.

ومن ثمّة، تبرز الإشكاليّة التي يطرحها هذا الموضوع في كون قانون محكمة المحاسبات يوفّر، نسبيّا، أحكاما إجرائيّة تراعي مقتضيات المحاكمة العادلة، والتي يمكن إكمالها بالرجوع إلى القوانين الإجرائيّة الوطنية والمبادئ العامة الإجرائيّة التي يمكن الاستئناس بها، وهو ما يمكن التطرّق له من خلال تناسب بعض الأحكام الإجرائيّة الاستئنافيّة مع معايير المحاكمة العادلة (I)، وتناسب بعض الأحكام الإجرائيّة الخصوصيّة مع مقتضيات المحاكمة العادلة (II).

I الأحكام الإجرائيّة الاستئنافيّة المشتركة المتناسبة مع معايير المحاكمة العادلة

تتعلّق هذه الأحكام الإجرائيّة برفع مطلب الاستئناف (أ)، وبالنّظر في مطلب الاستئناف (ب).

أ. الأحكام الإجرائيّة المتعلقة برفع مطلب الاستئناف

من الإجراءات الاستئنافيّة المشتركة التي تتعلق برفع مطلب الاستئناف والمحقّقة لمعايير المحاكمة العادلة، نذكر ما يلي:

1. فتح حقّ اللّجوء إلى القضاء والتيسير فيه: يجدر التنصيص على أنّ الأحكام الصادرة عن الدّوائر الابتدائيّة تكون ابتدائيّة الدّرجة دائما، وتقبل الطّعن بالاستئناف أمام الدّوائر الاستئنافيّة. كما يجدر تضمين التنصيصات الوجوبيّة لمطلب الاستئناف بكلّ وضوح، ويمكن في هذا الخصوص اعتماد نفس تنصيصات العريضة الابتدائيّة[1]، مع إضافة نسخة من الحكم المطعون فيه. كما نرى أنه يجدر التّخلّي عن إجراء مذكّرة أسباب الاستئناف، إذ يمكن أن تُضمّن بمطلب الاستئناف، بحيث يُيسّر ذلك الإجراءات على المستأنف، ويختصر في آجال البتّ في الاستئناف. كما يمكن جعل إنابة المحامي اختياريّة، بحكم تعلّق النّزاعات إمّا بجماعات محلّيّة مهيكلة وقادرة على الدّفاع عن مصالحها طبقا لمجلّة الجماعات المحلّيّة، أو بأحزاب سياسيّة أو بقائمات انتخابيّة محمولة على أن تُدرك أحكام القانون الانتخابي وأحكام

1. الفقرة 2 من الفصل 118 من القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلق بمحكمة المحاسبات.

قانون محكمة المحاسبات الخاضعة له بقوّة القانون.

2. إجراءات تبليغ مطلب الاستئناف والوثائق الإجرائيّة للمستأنف ضدّه، حيث يجدر أن يكون التّبليغ من قبل كتابة المحكمة، ويمكن في هذا الصّدد اعتماد الأحكام الإجرائيّة الواردة بقانون محكمة المحاسبات[1].
3. الإجراءات المتعلّقة بآثار مطلب الاستئناف، كضمانة لمبدأ التقاضي على درجتين.

تقوم آثار مطلب الاستئناف الضامنة لمبدأ التقاضي على درجتين على كلّ من الأثر الانتقالي والأثر التوقيفي للاستئناف.

فأمّا بالنسبة للأثر الانتقالي للاستئناف، فيعدّ هذا الإجراء من الضّمانات الأساسيّة لمبدأ التقاضي على درجتين، حيث يمكّن المستأنف من إعادة عرض النزاع بنفس مكوّناته على قاضي الدّرجة الثانية للنّظر فيه مجدّدا. ويمكن، في هذا الخصوص، التنصيص على أنّ الاستئناف ينقل الدّعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف، وذلك في حدود ما حُكم فيه وفي حدود ما تسلط عليه الاستئناف[2].

وأما الأثر التوقيفي للاستئناف، فيعدّ هذا الإجراء مكمّلا للأثر الانتقالي، حيث أنّ النّظر مجدّدا في مكوّنات الدّعوى يتطلّب أن لا تتغيّر المراكز القانونيّة للأطراف بفعل تنفيذ الحكم المطعون فيه، وذلك أخذا بالمبادئ العامة الإجرائيّة المدنيّة والقضائيّة الإداريّة[3]. على أنّه لا يجب أن يؤول الأثر التوقيفي للاستئناف إلى تعطيل الأثر التوقيفي للاعتراض الذي يمارسه الوالي طبقا لأحكام مجلة الجماعات المحلّيّة، وذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض مطلب الاعتراض شكلا أو أصلا.

ب. الأحكام الإجرائيّة المتعلّقة بالنّظر في مطلب الاستئناف

يجدر أن تتعلّق الأحكام الإجرائيّة المتعلّقة بالنّظر في مطلب الاستئناف في ما يلي:

1. التحقيق في مطلب الاستئناف

يجدر التوجّه نحو اعتماد محكمة المحاسبات للإجراءات المتمثّلة في تعيين رئيس الدّائرة الاستئنافيّة لقاض مقرّر يكلّف بالتحقيق في مطلب الاستئناف، وتمتيع

1. الفقرة 2 من الفصل 134 من القانون الأساسي المتعلق بمحكمة المحاسبات.

2. قرار تعقيبي مدني، 5464 بتاريخ 30 مارس 2001، نشرية محكمة التعقيب، 2001، الجزء المدني، ص. 272 وما يليها.

3. Khalil FENDRI, Procédure administrative contentieuse et procédure civile et commerciale, recherche sur l'autonomie du procès administratif tunisien, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2005, pp. 65 et 66.

القاضي المقرّر بكافّة السّلطات الاستقصائيّة التي تخوّله الكشف عن الحقيقة، من أبحاث، وتحقيقات، وتثبّتات.

كما يجدر التأكيد على الصّبغة المختصرة للتحقيق، أوّلا بحكم إجراء التّحقيق في الطّور الابتدائي، حيث سيكون التحقيق في الاستئناف مكمّلا للتحقيق الأوّل، وثانيا لضرورة اختصار آجال البت في مطلب الاستئناف بالنّظر إلى الصّبغة العاجلة للعمليّة الانتخابيّة أو للنزاعات المتعلقة بميزانية الجماعة المحلّيّة، حيث يكون التحقيق في آجال معقولة يقدّرها القاضي المقرّر تحت إشراف رئيس الدائرة الاستئنافيّة. وبالنسبة لممارسة حقّ الدّفاع، فللمستأنف، كما للمستأنف ضدّه، أن يستند إلى كافّة وسائل الإثبات، في ما عدا الشهود واليمين، على اعتبار أنّ أسباب النزاع ماديّة، مكتوبة أو مقروءة أو مرئيّة، التي يراها مجدية لإقناع المحكمة بوجاهة ادعاءاته أو دفوعاته، طالما أنّها لا تشكّل أدلّة جديدة لم يتسنّ للدّائرة الابتدائيّة النّظر فيها وتقدير مدى وجاهتها، عملا بالأثر الانتقالي للاستئناف.

وأما بالنسبة للتقيّد بمبدأ المواجهة بين الخصوم، فلا يمكن للقاضي المقرّر أن يعتمد أي وثيقة إجرائيّة أو وسيلة إثبات ما لم تُعرض على الطّرف المقابل لإبداء الرّأي فيها، عملا بمبدأ المواجهة ومبدأ المساواة أمام القضاء.

وفي ما يتعلّق بقرينة البراءة، وهي ضمانة دستوريّة، ومعيار من معايير المحاكمة العادلة، وتقتضي في الطّور الابتدائي تحميل المدّعي عبء الإثبات، حيث يدّعي خلاف الأصل، أي خلاف سلامة النّيّة وبراءة الذّمّة، كما تقتضي في الطّور الاستئنافي تحميل المستأنف عبء الإثبات، لكونه يدّعي خلاف حجّيّة الشيء المقضي به ابتدائيّا. كما يتّجه أخذ محكمة المحاسبات بإجراء ختم التحقيق، والذي سيكون منطلقا تستند إليه الهيئة الحكميّة في مفاوضتها.

2. المرافعة

إنّ أوّل تساؤل تطرحه مرحلة المرافعة يتمثل في معرفة إن كان يجدر أن تكون علنيّة أو سريّة. فقد نصّ الفصل 108 من الدّستور على علنيّة الجلسات، محيلا إلى القانون إمكانية وضع استثناءات لها. أمّا المادّة 14 (1) من العهد الدّولي للحقوق المدنية والسياسيّة، فلم تورد الحالات المتعلقة بتمويل الحملة الانتخابيّة أو النزاعات حول الميزانية ضمن مجالات الاستثناء، هذا فضلا عن أنّ الحدّ من الحقوق يجب أن يستجيب لضوابط الفصل 49 من الدّستور.

ونرى أنّه لا شيء يمنع تكريس علنيّة الجلسات، بالنّظر إلى أنّ ما يتعلّق بإعداد الميزانيّة أو تنفيذها، بما في ذلك إبرام العقود الإداريّة، مضمون بشفافيّة الإجراءات الإداريّة والنفاذ إلى المعلومة، مثلما أنّ تمويل الحملة الانتخابيّة جزء لا يتجزّأ من نزاهتها وشفافيّتها بما يضمن عدم الحياد عن المسار الدّيمقراطي، باستثناء ما قد يربك النّظام العام الذي يعود أمر تقديره لرئيس الهيئة الحكميّة. ومن الممكن، تأكيدا لهذا الإجراء، سحب أحكام الفصل 28 من قانون محكمة المحاسبات على علنيّة الجلسات، بالنّظر إلى شموليّتها.

ومن جهة أخرى، فإنه في ما يتعلّق بسلطات رئيس الدّائرة الاستئنافيّة، يمكن الاستئناس بأحكام الفصل 129 من قانون محكمة المحاسبات، الذي نصّ على إدارة رئيس الهيئة الحكميّة للمرافعات وعلى حفظه النظام بالجلسات، على اعتبار أنّه يقنّن مبدأ عامّا إجرائيّا استقرّت عليه أحكام الفصل 117 من مجلة المرافعات المدنية والتجاريّة، والفصل 51 من قانون المحكمة الإداريّة والفصل 143 من مجلة الإجراءات الجزائيّة.

وفي ما يتعلّق باحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدّفاع، يمكن اتّباع القواعد الإجرائيّة الأصوليّة التي مفادها أنّه يحقّ للأطراف لدى الاستئناف عرض أوجه دفاعهم وحججهم، في حدود ما وقع الإدلاء به في طور التّحقيق. كما أنّه لا يمكن للهيئة الحكميّة اعتماد وثيقة إجرائيّة أو حجّة لم يقع عرضها على الطّرف المقابل لإبداء ملحوظاته بشأنها.

وبالنسبة لإجراءات سير المرافعة، يمكن التوجّه نحو منح الكلمة أوّلا للقاضي المقرّر لتلاوة ملخّص من تقريره، ثمّ منح الكلمة للمستأنف أو من ينوبه، وانتهاء بالمستأنف ضدّه أو من ينوبه.

3. المفاوضة

تتمثّل الإجراءات التي يمكن الذّهاب فيها في إطار المفاوضة في سرّيتها أوّلا، وذلك محافظة على السّر المهني القضائي، واستئناسا بأحكام الفصل 131 من قانون المحكمة بإحالة من الفصل 137 منه.

أما في ما يتعلّق بسرية المفاوضة، فيمكن الأخذ بحضور جلسة المفاوضة أعضاء الهيئة الحكمية الذين حضروا جلسة المرافعة، دون القاضي المقرّر ولا ممثل النيابة العمومية لدى محكمة المحاسبات، على أن يقع التصويت على الحكم بأغلبيّة الأصوات.

4. التّصريح بمنطوق الحكم

يكون التصريح بمنطوق الحكم علنيّا، وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 108 من دستور سنة 2014، والمادّة 14 (الفقرة 1) من العهد الدّولي للحقوق المدنية والسياسيّة.

ويجدر أن يتمّ التصريح بمنطوق الحكم بحضور أعضاء الهيئة الحكمية الذين حضروا جلسة المرافعة. وفي حالة التعذّر، يعاد انعقاد جلسة المرافعة، ثمّ المفاوضة بتركيبة جديدة. كما يجدر أن يتمّ التصريح بمنطوق الحكم في أجل أسبوع من تاريخ جلسة المرافعة، بالنّظر إلى الصّبغة العاجلة للنزاعات المتعلقة بميزانيّة الجماعات المحلّيّة ولتعلّق عضويّة المجالس المحلّيّة بمدى مشروعيّة الحملة الانتخابيّة. ويمكن أخيرا التوّجه نحو تحرير نصّ الحكم وتبليغه للأطراف في أجل لا يتجاوز عشرة أيّام من تاريخ التّصريح به، على أن يبلّغ عن طريق النيابة العموميّة بالطّريقة الإداريّة.

II الأحكام الإجرائيّة الخصوصيّة المتناسبة مع مقوّمات المحاكمة العادلة

إلى جانب الأحكام الإجرائيّة المشتركة بين كافة النزاعات التي ترجع بالنظر إلى محكمة المحاسبات، والتي يمكن في شأنها تطبيق أحكام القانون الأساسي عدد 41 لسنة 2019 المتعلق بهذه المحكمة، فإنه توجد بعض الأوضاع الإجرائيّة الخصوصيّة التي تمليها خصوصيّة نزاعات الحملات الانتخابيّة ونزاعات تنفيذ ميزانيّة الجماعة المحلّيّة، حيث تملي الاتجاه نحو اعتماد أحكام إجرائيّة خصوصيّة تراعي مقوّمات المحاكمة العادلة، وتتعلّق بإجراءات الاستئناف المتعلّقة بمخالفات تمويل الحملة الانتخابيّة (أ)، وبإجراءات الاستئناف المتعلقة بنزاعات ميزانية الجماعات المحلّيّة (ب).

أ. إجراءات الاستئناف المتعلّقة بمخالفات تمويل الحملة الانتخابيّة

تتمثل إجراءات الاستئناف المتعلّقة بمخالفات تمويل الحملة الانتخابيّة في ما يمكن عرضه أسفله.

1. أجل الطّعن بالاستئناف

يمكن أن يحدّد أجل الطعن بالاستئناف بأسبوع من تاريخ الإعلام بالحكم، خلافا لأجل الشهرين المعتمد بالأحكام العامة المضمنة بقانون محكمة المحاسبات، وهو أجل يقترب من أجل الطّعن بالاستئناف في مادّة نزاعات الترشح للانتخابات ونزاعات النتائج (3 أيّام)، فضلا عن أنّ أجل الشهرين أجل طويل مقارنة بما يقتضيه نزاع مخالفات تمويل الحملة الانتخابيّة من تحكّم في الآجال.

2. رفع الطّعن بالاستئناف

يجدر الذهاب في أن يحصر رفع الطّعن بالاستئناف من قبل كلّ من كان طرفا في الحكم، ولا يقبل التداخل لدى الاستئناف، ويوجّه إلى الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات أو لوكيل الدّولة العام إن لم يكن هو المستأنف، الذي يحيله إلى الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات.

3. تعهّد الدائرة الاستئنافيّة

يمكن أن تعتمد محكمة المحاسبات الإجراء المتمثّل في أن يعهد الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات ملف مطلب الاستئناف إلى رئيس الدّائرة الاستئنافيّة فور توصّله به.

4. أجل التحقيق في مطلب الاستئناف

باعتبار أنّ التحقيق مختصر كما سبق ذكره، يجدر أن لا يتجاوز التحقيق مدّة شهر واحد من تاريخ توصّل القاضي المقرّر بملفّ القضيّة، وهو أجل كاف لتلقّي ردّ الخصم وحججه، ومباشرة الأعمال الاستقصائيّة، وتحرير تقرير ختم التحقيق، على أنّه يمكن التّمديد في هذا الأجل بخمسة عشر يوما في حال تعذّر إتمام التحقيق، وذلك بطلب من القاضي المقرّر يوجّه إلى رئيس الدّائرة الحكميّة.

5. أجل جلسة المرافعة والاستدعاء لحضور الجلسة

مراعاة لاستعداد الأطراف لجلسة المرافعة، يمكن أن يُحدّد أجل الاستدعاء لحضور جلسة المرافعة بأسبوع قبل انعقاد الجلسة، على أن يكون الاستدعاء بالطريقة الإداريّة المصحوبة بوصل يُثبت توصّل الأطراف به وتاريخه، يُرجع إلى كتابة المحكمة.

6. درجة الحكم الاستئنافي

استئناسا بالأحكام الإجرائيّة للنزاعات المتعلّقة بالعقوبات الماليّة، التي يقبل فيها الطّعن بالتعقيب، يمكن الطّعن بالتعقيب في الأحكام الاستئنافيّة الصّادرة عن الدّوائر الاستئنافيّة. لذلك، تصدر الأحكام الاستئنافيّة نهائيّة الدّرجة.

ب. إجراءات الاستئناف المتعلقة بنزاعات ميزانية الجماعات المحليّة

يمكن أن تتعلّق إجراءات الاستئناف المتعلقة بنزاعات ميزانية الجماعات المحلّيّة بما يلي:

1. أجل الطّعن بالاستئناف

يمكن حصر أجل الطعن بالاستئناف في عشرة أيّام من تاريخ الإعلام بالحكم، عملا بأحكام الفصل 94 من مجلة الجماعات المحلّيّة والفصول الأخرى التي أحالت إلى انطباقه[1]، وهو أجل يخالف أجل الشهرين المعتمد بالأحكام العامة المضمنة بقانون محكمة المحاسبات.

2. رفع الطّعن بالاستئناف

يمكن الأخذ بالإجراء المتمثل في رفع الطّعن بالاستئناف من قبل من كان طرفا في الحكم، مع إمكانية التداخل لدى الاستئناف من قبل من له الحقّ في الاعتراض على الحكم بالنسبة للنزاعات موضوع الفصول 94 و108 و197 من مجلة الجماعات المحلّيّة، ويوجّه إلى الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات أو لوكيل الدّولة العام إن لم يكن هو المستأنف، الذي يحيله إلى الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات.

3. تعهّد الدائرة الاستئنافيّة

يمكن التنصيص على أن يعهد الرئيس الأوّل لمحكمة المحاسبات ملف الاستئناف إلى رئيس الدّائرة الاستئنافيّة فور توصّله به.

1. الفصول 108 و163 و174 و197 من المجلّة.

4. أجل التحقيق في مطلب الاستئناف

باعتبار أنّ أجل إصدار الحكم لا يتجاوز الشهر بحسب أحكام الفصل 94 من مجلة الجماعات المحلّيّة، يجدر أن لا يتجاوز التحقيق المختصر مدّة نصف شهر من تاريخ توصّل القاضي المقرّر بملفّ القضيّة، دون إمكانيّة التّمديد.

5. أجل جلسة المرافعة والاستدعاء لحضور الجلسة

مراعاة لاستعداد الأطراف لجلسة المرافعة، يمكن أن يُحدّد أجل الاستدعاء لحضور جلسة المرافعة بأسبوع قبل انعقاد الجلسة، على أن يكون الاستدعاء بالطريقة الإداريّة المصحوبة بوصل يُثبت توصّل الأطراف به وتاريخه، يُرجع إلى كتابة المحكمة.

6. أجل جلسة التّصريح بالحكم

حيث عملا بأحكام الفصل 94 من مجلّة الجماعات المحلّيّة، تصدر محكمة المحاسبات حكمها الاستئنافي في أجل أقصاه شهرا من تاريخ إيداع مطلب الاستئناف.

7. درجة الحكم الاستئنافي

حيث عملا بأحكام الفصل 94 من مجلة الجماعات المحلّيّة، تصدر الأحكام الاستئنافيّة باتّة، لا تقبل أيّ وجه من أوجه الطّعن، ولو بالتعقيب.

وفي الختام، يمكن أن يتّجه التأطير القانوني للإجراءات الاستئنافيّة أمام محكمة المحاسبات في هذين النزاعين الخصوصيّين إلى المراوحة بين هذه التقسيمات القانونية التي يمكن ذكرها أسفله، كما يلي:

- الباب الأوّل: في إجراءات الاستئناف المشتركة
- القسم الأوّل: في إجراءات رفع مطلب الاستئناف
- الفرع الأوّل: في تعهّد الدّوائر الاستئنافية
- الفرع الثاني: في تبليغ مطلب الاستئناف والوثائق الإجرائيّة
- الفرع الثالث: في آثار مطلب الاستئناف
- القسم الثاني: في الإجراءات المتعلّقة بالنّظر في مطلب الاستئناف
- الفرع الأوّل: في التحقيق في مطلب الاستئناف
- الفرع الثاني: في المرافعة
- الفرع الثالث: في المفاوضة

- الفرع الرابع: في التّصريح بمنطوق الحكم
- الباب الثاني: في إجراءات الاستئناف الخصوصيّة
- القسم الأوّل: في إجراءات الاستئناف المتعلّقة بمخالفات تمويل الحملة الانتخابيّة
- الفرع الأوّل: في أجل الطّعن بالاستئناف
- الفرع الثاني: في رفع الطّعن بالاستئناف
- الفرع الثالث: في تعهّد الدائرة الاستئنافيّة
- الفرع الرابع: في أجل التحقيق في مطلب الاستئناف
- الفرع الخامس: في أجل جلسة المرافعة والاستدعاء لحضور الجلسة
- الفرع السادس: في درجة الحكم الاستئنافي
- القسم الثاني: إجراءات الاستئناف المتعلقة بنزاعات ميزانية الجماعات المحلّيّة
- الفرع الأوّل: في أجل الطّعن بالاستئناف
- الفرع الثاني: في رفع الطّعن بالاستئناف
- الفرع الثالث: في تعهّد الدائرة الاستئنافيّة
- الفرع الرابع: في أجل التحقيق في مطلب الاستئناف
- الفرع الخامس: في أجل جلسة المرافعة والاستدعاء لحضور الجلسة
- الفرع السادس: في أجل جلسة التّصريح بالحكم
- الفرع السابع: في درجة الحكم الاستئنافي.

2 مارس 2022

دور القاضي الإداري في تلافي النقص التشريعي في المادة الإجرائية

نعيمة بن عاقلة

رئيسة دائرة تعقيبية بالمحكمة الإدارية

تنحصر مهمة القضاء في تطبيق القانون ولا تتعداها إلى صياغته أو سنه. فالقاضي، عملا بمبدأ التفريق بين السلط، يتقيد في قضائه بالنصوص القانونية الصادرة عن الدولة.

غير أنه يحدث أن يكون النص القانوني ناقصا أو غامضا، بما يجعل القاضي، بحكم وجوب فصله في النزاع المعروض عليه، مضطرا اضطرارا إلى إكمال النقص أو اختيار التأويل الأنسب له في حالة الغموض.

لذا فإن دور القاضي يشمل معا تطبيق القانون وتلافي نقصه وتأويله في صورة غموضه.

وهو دور جعل من فقه القضاء مصدرا من مصادر القانون تتفاوت أهميته بقدر القدرة الإنشائية والاستنباطية للقضاء، فالقوانين تصبح ذات قيمة بفضل تطبيق المحاكم وتأويلها لها.

فما هو دور القاضي الإداري في تلافي النقص التشريعي في المادة الإجرائية؟ خاصة وأن القانون الإداري لم ينشأ في ظل منظومة مكتملة من النصوص التشريعية والترتيبية.

أن المادة الإجرائية أو ما يعبر عنه بالمرافعات أمام المحاكم هي من أهم عناصر القضاء، ضرورة أنها تمثل القواعد والأحكام المنظمة لسير الدعاوى، أي تلك المتعلقة بشروط القيام أمام المحاكم والتحقيق في الدعاوى والحكم فيها وأيضا طرق الطعن في الأحكام التي تنطق بها المحاكم.

لقد نشأت القواعد والأحكام المتعلقة في القانون الإداري تدريجيا انطلاقا من اجتهادات فقه القضاء الذي أرسى مبادئها وحدد ملامحها ونحت تفاصيلها وجزئياتها إلى حد أصبح فيه فقه القضاء مصدرا هاما من مصادر القانون إن لم يكن الرافد الأساسي له، يتناقله جيل بعد جيل.

كما نشأت هذه القواعد في ظل اجتهادات أبرزت قدرة إنشائية واستنباطية، فيها جرأة إبداعية في البحث عن الحلول القانونية الأكثر عدلا وانسجاما مع طبيعة النزاع الإداري، وذلك عن طريق منهج علمي مرن فيه تَبَصُّر ودراية وتَمَكُّن قانوني، تم الاعتماد فيه على المبادئ القانونية العامة (I) والقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في أول جوان 1972 والمتعلق بالمحكمة الإدارية (II) والقواعد القانونية العامة (III) كمصادر استقى منها القاضي الإداري قواعده وأحكامه الفقهية.

I المبادئ القانونية العامة: مصدرا من مصادر المرافعات الإدارية

من أهم ما جاء بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية أنه نص (الفصل 5) على المبادئ القانونية العامة كمصدر من مصادر المشروعية القانونية، علما وأن المبادئ القانونية العامة هي من إنشاء المحاكم وأن إلزاميتها لا تتوقف على شرط التنصيص عليها بنص تشريعي.

وقد اختار القاضي الإداري عن روية في سعيه إلى تلافي النقص التشريعي الذي بدا عليه القانون الإداري أن يؤصل المبادئ القانونية العامة صلب هذا القانون. ومن أهم هذه المبادئ التي كرسها في المادة الإجرائية هي تلك المتعلقة بحق التقاضي (أ) وحق الدفاع ومبدأ المواجهة (ب)، فاستطاع من خلالها وبفضلها أن بسط رقابته القضائية على عمل الإدارة قدر ما استطاع إليه سبيلا وتبسيط الإجراءات المتبعة لديه وبصفة عامة تعزيز دوره كقاضي مشروعية وحام للحقوق والحريات.

أ. حق التقاضي

يتضح من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية أن حق التقاضي ساهم بشكل هام في نشأة قواعد إجرائية عامة وأخرى تفصيلية. ومن أهمها:

1. أن دعوى تجاوز السلطة هي دعوى عامة لا يمكن الحد منها إلا بشرط وجود نص قانوني صريح، فجاء: «وحيث أن الدفع بمقولة أن قرارا ما هو من أعمال السيادة لتجنيبه الرقابة القضائية لا يقبل تلقائيا. ذلك أن للسلطة صفتين، الأولى بصفتها كإدارة فإنها تستخدم القرارات الإدارية كأداة للوصول إلى غاياتها وتسيير الخدمات والمرافق خدمة للصالح العام. والثانية سياسية تستخدم نوعا آخر من القرارات حفاظا على سلامة الدولة ففي الحالة الأولى تخضع الإدارة إلى الرقابة القضائية لاسيما أن القضاء الإداري هو حامي الحقوق والحريات والحريص في الوقت ذاته على سلامة الدولة واستمرار مرافقها العامة»	قرار في تجاوز السلطة عدد 325 بتاريخ 14 - 4 - 1981 (مجموعة سنة 1981 ص 110)
2. أن تقدير المصلحة في القيام يتم حسب ملابسات كل حالة، الأمر الذي سمح بإقرار المصلحة لفائدة: • النقابات المهنية في التقاضي نيابة عن منخرطيها، • دافعي الضرائب حتى وإن لم يتعلق الطعن بمقرر صادر في مادة الضرائب، فجاء: «وحيث يتضح بالتأمل في المستندات التي تأسس عليها المطلب الراهن أن المدعي يستمد شرط المصلحة من الآثار المترتبة عن صرف الدولة المنح والامتيازات النيابية وانعكاساتها» • الجمعيات، فجاء: «وحيث أن الجمعية التونسية من أجل نزاهة وديمقراطية الانتخابات (عتيد) مكون من مكونات المجتمع المدني الناشطة في مجال الانتخابات وهو ما يكسبها المصلحة المستوجبة في تقديم المطلب الماثل»	قرار في تجاوز السلطة عدد 957 بتاريخ 10/6/1987 (مجموعة 1987 ص 372) حكم ابتدائي عدد 18390 بتاريخ 20 / 10 / 2001 (مجموعة 2001 ص 101) قرارات في مادة توقيف التنفيذ عدد 414825 إلى 414828 بتاريخ 18/ 10 / 2012 (مجموعة 2012 ص 853) قرار في مادة توقيف التنفيذ عدد 416052 بتاريخ 19 / 9 / 2013 (غير منشور)

3. أن آجال الطعن لا تسقط كلما تعلق النزاع: • بحقوق مستمرة: فجاء: «وحيث أن إخضاع الدعوى لآجال التقاضي رغم تعلقها بحق مستمر أمر يأباه حسن سير القضاء لكونه يفضي إلى تعطيل النظر في موضوعها بدون جدوى ذلك أن الأصل في الدعاوى المتعلقة بالحقوق المستمرة تنتهي بالبت في موضوعها إن عاجلا أو آجلا. وحيث أن خصوصية هذا الحق من جهة وحسن سير القضاء من جهة أخرى يؤهلان المحكمة للخوض مباشرة في أصل النزاع دون حاجة للنظر في مدى احترام القائم بها لآجال التقاضي» • أو بمقررات تشوبها عيوب جسيمة تجعلها في مرتبة القرارات المعدومة.	حكم ابتدائي عدد 24964 بتاريخ 3 / 3 / 2005 (غير منشور) حكم ابتدائي عدد 17554 بتاريخ 12 / 1 / 2000 (مجموعة 2000 ص 26) حكم ابتدائي عدد 19151 بتاريخ 2 / 5 / 2007 (مجموعة 2007 ص 36)
4. أن آجال الطعن في دعوى الإلغاء لا تسري إلا من تاريخ الإعلام بالقرار المطعون فيه إعلاما كافيا طبق الشروط القانونية المقررة له، فجاء: «وحيث أن الإعلام متى كان بالطريقة الإدارية يقصد به تبليغ الأفراد بالقرار الإداري عن طريق الإدارة والقاعدة هنا أن الإدارة ليست ملزمة باتباع وسيلة معينة فقد يكون ذلك عن طريق محضر يحرره عدل منفذ أو عن طريق أي موظف إداري آخر أو بإرسال القرار بالبريد العادي أو الموثق إلى المعني به وكل ما يطلب من الإدارة هو أن ينتقل القرار إلى الأفراد بوسيلة مؤكدة، وحيث أنه متى كان ذلك ما تقدم فإن عبء حصول الإعلام بالقرار الإداري يقع على عاتق الإدارة وهو من المسائل الواقعية التي يرجع تقديرها إلى القاضي الإداري».	حكم ابتدائي عدد 1516 1 / 1 بتاريخ 25 / 1 / 2010 (مجموعة 2010 ص58) حكم ابتدائي عدد 17104 بتاريخ 26/2/2000 (غير منشور) قرار في تجاوز السلطة عدد بتاريخ 19 / 4 / 1985 (مجموعة 1985 ص 70)

5. أن الدعوى الجماعية (تعدد الطاعنين أو تعدد المقررات الإدارية المطعون فيها) تقبل كلما توفرت فيها شروط معينة وأنه في صورة عدم توفر هذه الشروط يقبل الطعن في حق أول الطالبين الذي توفرت فيه شروط القيام أو أول قرار توفرت فيه شروط الطعن بالإلغاء.	حكم ابتدائي عدد 15614 / 1 بتاريخ 22 / 12 / 2010 (غير منشور) حكم استئنافي عدد 21962 بتاريخ 1 / 7 / 2000 (مجموعة 2000 ص 432) قرار في تجاوز السلطة 2812 بتاريخ 13 / 7 / 1994 (مجموعة 1994 ص 126)

ب. حق الدفاع والمواجهة

تقتضي المحاكمة العادلة، عملا بالمبدأين المتلازمين وهما حق الدفاع ومبدأ المواجهة، تمكين أطراف النزاع من الاطلاع على مظروفات القضية ومناقشة ما جاء بها كذلك تقتضي استماع المحكمة إليها حتى وإن كانت الإجراءات أمامها كتابية.

ومن أهم ما أقره فقه القضاء الإداري في مادة الإجراءات، طِبْقَ المبدأين المذكورين أن ارتكاز الدعوى على معطيات تُحتّم مراعاة جانب الكتمان وعدم إطلاع أطراف القضية عليها لا يرفع عن الإدارة واجب اطلاع المحكمة عليها وعلى أسانيدها حتى تكون على بينة منها وتتمكن من تكوين وجدانها وممارسة صلاحياتها.

جاء بالقرار في تجاوز السلطة عدد 3028 بتاريخ 25 / 1 / 1994 (مجموعة 1994 ص 14)	«وحيث لا شيء يحول دون تمكين المحكمة من ممارسة صلاحياتها وتكوين وجدانها حتى في صورة ارتكاز الدعوى على وقائع تحتم مراعاة جانب الكتمان وعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بمصلحة الدفاع الوطني ولو تطلب ذلك الحرص على عدم اطلاع الأطراف على الجانب السري للملف وكتمان محتواه أو إرجاع الوثائق اللازمة لذلك إلى الإدارة بعد الاطلاع عليها. وحيث أنه استقر فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أن الإدارة بما في ذلك وزارة الدفاع الوطني تكون ملزمة بالإدلاء بالمعلومات الضرورية المتعلقة بأسباب اتخاذ القرار المطعون فيه لتمكين القاضي الإداري من ممارسة سلطته المتمثلة في إجراء رقابة على صحة الوقائع المؤسس عليها القرار وعلى صحة الوصف القانوني لها علما وأنه في صورة ارتكاز الدعوى على وقائع تحتم مراعاة جانب الكتمان بشأنها وعدم إفشاء أسرار لها علاقة بمصلحة الدفاع الوطني فقد جرى عمل القضاء الإداري على اعتبار أن ذلك لا يحول دون تمكن المحكمة من ممارسة صلاحياتها وتكوين وجدانها».

II لقانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية مصدرا من مصادر المرافعات الإدارية

اختار القاضي الإداري أن يكون القانون عدد 40 لسنة 1972 مرجعه الأم رغم ظاهر نقصه، وأطلق عليه صفة النص العام كما جاء ذلك في العديد من قراراته وأحكامه فأقر على سبيل المثال:

بقراره الاستئنافي عدد 340 بتاريخ 27 / 6 / 1985 (مجموعة 1985 ص 105)	«وحيث أن القانون عدد 40 لسنة 1972 يشكل في مضمار الإجراءات المتبعة لدى المحكمة نصا عاما»

وهو ما يعني أن القاضي الإداري ارتأى أن تكون الإجراءات الخاصة به مستقلة عن القواعد المقررة في المادة المدنية (مجلة الإجراءات المدنية والتجارية) وتخرج عن مجال تطبيقها (أ)، وأن يستلهم خصائص الإجراءات المتبعة أمامه من نصه العام، فتمكن انطلاقا من بعض الألفاظ الواردة بالقانون عدد 40 لسنة 1972 كلفظ «القاضي المقرر» و«التحقيق في القضية» و«إجراءات التحقيق» أن يغوص في أغوار هذا النص ويستكشف مقاصده، فكان أن الإجراءات المقررة به هي استقرائية في أساسها (ب).

أ. استقلالية المرافعات الإدارية

اعتمد القاضي الإداري في تحقيق هذه الاستقلالية على:

- أولا: التقيد قدر الإمكان بما توفر بالقانون عدد 40 لسنة 1972،
- ثانيا: الاستناد في تطبيق أحكام هذا القانون إلى القواعد العامة المتعلقة بتطبيق النصوص القانونية،
- ثالثا: الاحتكام إلى روح القانون عدد 40 لسنة 1972 وعند الاقتضاء إلى المقاصد الخاصة ببعض أحكامه.

فأقر على سبيل المثال وعلى وجه الخصوص:

1. أن إجـراءات التقاضـي أمـام المحكمـة الإداريـة تسوسـها القواعـد الخاصـة المضمنـة صلـب قانونهـا،	حكم إس عدد 28495 بتاريخ 6 / 3 / 2012 حكم إس عدد 28811 بتاريخ 14 / 7 / 2012 (مجموعة 2012 ص 91 و102)
2. أن واجب اطلاع النيابة العمومية على النوازل موضوع الفصل 251 من م م م ت لا تنسحب على النزاعات الإدارية ولا يجوز التمسك به أمام القضاء الإداري،	قرار إس عدد 215 بتاريخ 19 / 1 / 1978 (مجموعة 1978 ص 9) حكم إس عدد 22210 بتاريخ 5 / 4 / 2000 (مجموعة 2000 ص 336) قرار تعقيبي عدد 38346 بتاريخ 31 / 10 /2009 (مجموعة 2009 ص82)
3. «أنه لا يصح العمل بالقاعدة القاضية بأنه يسوغ اللجوء عند الحاجة إلى النص العام بقدر ما لا يتعارض مع أحكام النص الخاص ضرورة أن توظيف الأداء لا يقبل مدلول الدعوى المدنية بمعناها الواسع فهو لا يخضع للإجراءات المدنية والتجارية بكامل أصولها وأحوالها ومنها الإدخال بطلب من أحد الأطراف المتنازعة الذي يهدف أساسا إلى جعل الحكم المنتظر صدوره منسحبا على الشخص الواقع إدخاله، بل أن توظيف الأداء إنما هو إجراء محدود في جميع مراحله باعتباره منحصرا بين الإدارة والمطلوب بالأداء لا يقبل التوسع ليشمل غير من هو مقصود بعملية توظيف الأداء وكان على الطاعنة حينئذ أن تطلب سماع أقوال صندوق تعديل الأسعار فيما يدعيه بوصفه شاهدا لا غير أو إجراء أبحاث وهو ما لم تفعله.»	قرار تعقيبي عدد 96 بتاريخ 10 / 7 / 1980 (مجموعة 1980 ص 278)
4. أنه يجوز الرجوع في الاستئناف الأصلي المرفوع أمام المحكمة الإدارية، رغم صمت قانونها، وذلك عملا بالفصل 34 منه الذي يجيز التخلي عن الدعوى كما يجوز ترتيبا عليه الرجوع في الاستئناف العرضي،	قرار استئنافي عدد 132 بتاريخ 27 / 3 / 1980 (مجموعة 1980ص145)
5. أنه لا يترتب عن الرجوع في الاستئناف الأصلي زوال الاستئناف العرضي،	

6. أن الرجوع في العريضة المقدمة لدى محكمة غير مختصة لا يحرم من القيام من جديد بالدعوى الاستئنافية لدى المحكمة الإدارية ما دامت آجال الطعن لاتزال قائمة، - وأن القيام أمام محكمة غير مختصة لا يعد بدوره قاطعا للآجال.	قرار استئنافي عدد 109 و119 بتاريخ 15 / 5 / 1980 (مجموعة 1980 ص 188) قرار استئنافي عدد 240 بتاريخ 24 / 11 / 1982 (مجموعة 1982 ص 118) قرار استئنافي عدد 223 بتاريخ 9 / 2 / 1978 (مجموعة 1978 ص23)

ب. الطابع الاستقرائي للمرافعات الإدارية

فتح الطابع الاستقرائي للإجراءات أمام القاضي الإداري باب الاجتهاد على مصراعيه، فجاء فقه قضائه منسجما مع ما توجه إليه في تأصيله للمبادئ القانونية العامة وثريا يضاهي ثراء المجلات القانونية.

وقد اعتنت هذه القواعد على وجه الخصوص بما يهم التحقيق في الدعوى وكذلك الحكم فيها.

- إجراءات التحقيق في القضية

من أهم ما أقره فقه القضاء في هذا الباب:

1. أن القاضـي الإداري يملـك سـلطة توجيـه الدعـوى ضـد الجهـة المعنيـة وإدخـال الأطـراف فـي المنازعـة وإخـراج مـن لا صلـة لـه بهـا،	قرار في تجاوز السلطة عدد 3279 بتاريخ 11 / 4 / 1995 (مجموعة 1995 ص 170) حكم إستئنافي عدد 22239 بتاريخ 10 / 3 / 2000 (مجموعة 2000 ص319) حكم ابتدائي عدد 19259 / 1 بتاريخ 22 / 10 / 2010 (مجموعة 2010ص193)
2. أن القاضـي الإداري يسـهر علـى تبـادل التقاريـر بـين الأطـراف ويملـك سـلطة البحـث والتقصـي والالتجـاء إلـى جميـع طـرق الإثبـات، فجـاء: «أن المبدأ المعمول به في ميدان القضاء الإداري هو الطابع الاستقصائي للإجراءات والذي فتح مجالا واسعا للقاضي لتعامل مع وسائل الإثبات كما أن مناط تدخله في جمع الأدلة هو الكشف عن الحقيقة ولا يعتبر ذلك خروجا منه عن مبدأ الحياد، بل أن في ذلك من أوكد واجباته»	قرار تعقيبي عدد 32165 بتاريخ 20 / 5 / 2002 (مجوعة 2002 ص269)
«أن الطابع الاستقصائي التي تتميز به الإجراءات الإدارية يعطي للقاضي الإداري دورا فعالا في تسيير الدعوى بأن يلتجئ إلى جميع طرق الإثبات وهو ما يدخل في صميم اختصاص قاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير الأمور الواقعية ولا يتوقف نظره على ما أثاره الأطراف أمامه، بل يتعداه إن رأى في ذلك فائدة لتأسيس حكمه»	قرار تعقيبي عدد 35566 بتاريخ 28 / 6 / 2004 (مجموعة 2004ص197)
أنه «طالما تتميز المادة الجبائية بطبيعتها الإدارية فإن نظر القاضي ابتدائيا واستئنافيا في النزاعات الناشئة عن قرارات التوظيف الإجباري يكون محكوما بالطبيعة الإدارية للمنازعة الجبائية وما يقتضيه من دور استقصائي ومن صلاحيات بحث وتحقيق موكولة للقاضي المتعهد بها. وبالتالي فإنه كان على محكمة الموضوع انطلاقا من الدور الاستقصائي الذي تضطلع به مطالبة الإدارة بمدها بالنسخة الأصلية من قرار التوظيف للتثبت من مدى استيفائه لقواعد الاختصاص ومن شكليات إصداره»	قرار تعقيبي عدد 38178 بتاريخ 28 / 2 / 2009 (مجموعة 2009 ص48)

3. أن القاضي الإداري يسعى إلى تصحيح الإجراءات القابلة لذلك، فجاء: «حيث استقر الفقه والقضاء على جواز تصحيح الإجراءات التي أخل بها صاحب الدعوى سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بحرص من المحكمة شريطة أن لا يكون هذا الإخلال من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول الدعوى من أساسها»	قرار في تجاوز السلطة عدد 3412 بتاريخ 7 / 6 / 1994 (مجموعة 1994 ص93)
«أن مطالبة قاضي الاستئناف نائب المستأنف بتصحيح الإجراءات القابلة لذلك لا يعد خروجا منه عن مبدأ الحياد أو تكوينا لحجج الخصوم وإنما يندرج في صلاحياته الإجرائية التي تخول له الحفاظ على حسن سير القضايا المرفوعة أمامه خاصة وأن التصحيح لا يغير شيئا من معطيات القضية ومآلها»	قرار تعقيبي عدد 35951 بتاريخ 8 / 5 / 2006 (مجموعة 2006 ص308)
وقد استقر فقه القضاء على أن الاخلالات المعنية بالتصحيح تهم خاصة: • إمضاء العريضة حتى وإن كان ذلك خارج آجال الطعن، • تقديم نسخة من المقرر المطعون فيه، • إنابة المحامي.	قرار في تجاوز السلطة عدد 2292 بتاريخ 17 / 3 / 1993 (مجموعة 1993 ص495) حكم ابتدائي عدد 13475 بتاريخ 17 / 6 / 2005 (مجموعة 2005 ص90)
فجاء أن «إنابة المحامي تعد من الإجراءات القابلة للتصحيح والذي يؤول الإخلال بها إلى رفض القيام شكلا إلا متى لم يتم تصحيحها تلقائيا، عند الاقتضاء، بعد المطالبة بذلك من قبل المحكمة».	قرار تعقيبي عدد 1167 بتاريخ 17 / 10 / 1994 (مجموعة 1994 ص216)

ج. إجراءات الحكم في القضية

من أهم ما أقره فقه القضاء في هذا الخصوص:

1. أن مهمة تحديد موضوع الدعوى تعود إلى القاضي، فجاء: «للمحكمة حق تأويل العريضة في مادة تجاوز السلطة بخصوص القرار المطعون فيه»، «تنظر المحكمة إلى الغاية التي يتوخاها المدعي في عريضته دون الوقوف عند لفظها ولو بتكييف الدعوى»	قرار في تجاوز السلطة عدد 171 بتاريخ 1/22 / 1980 (مجموعة 1980 ص33)
2. أن تكييف الوقائع وتحديد النصوص القانونية تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها، فجاء: «أنه لا يتعين على المدعي بيان الأسانيد القانونية والفصول المنطبقة بعريضة الدعوى، بل أن الواجب المفروض عليه هو بيان الوقائع والأسانيد الواقعية وأدلتها لا غير وللمحكمة أن تكيف القانون والوقائع والنصوص المعتمدة من تلقاء نفسها».	قرار استئنافي عدد 1096 بتاريخ 1993/6/7 (مجموعة 1993 ص529)
3. أن القاضي الاستئنافي يتعهد من جديد بالبت في المنازعة بمقتضى المفعول الانتقالي للاستئناف، فجاء على سبيل المثال «وحيث أنه من الأصول العامة المسلم بها في فقه قضاء هذه المحكمة أن تكييف الدعوى وبيان موضوعها يظل خاضعا لمحض اجتهاد القاضي الذي يستأثر بسلطة تحديد طلبات الأطراف ودفوعهم عبر تقصي ما قصدوه انطلاقا من طبيعة الدعوى ومن التقارير المقدمة بمناسبتها وهو ما يجوز على أساسه لهذه المحكمة وإعمالا بالمفعول الانتقالي للاستئناف أن تسلط رقابتها تلقائيا على التكييف الذي تبنته محكمة الدرجة الأولى وتفحص مدى سلامته وترجمته لما رامه المستأنف حقيقة من وراء رفع دعواه أمامها»	حكم استئنافي عدد 24669 بتاريخ 9 / 3 / 2005 (مجموعة 2005 ص147) حكم استئنافي عدد 26936 بتاريخ 23 / 2 / 2010 (مجموعة 2010 ص625)
4. أنه يجوز للقاضي بمقتضى المفعول الانتقالي أن يصلح من تلقاء نفسه ما تسرب من خطأ في الرسم أو في الحساب، وأن يصحح السند القانوني التي أنبنى عليه الحكم المطعون فيه أمامه دون حاجة إلى نقض ذلك الحكم كلما كانت النتيجة التي انتهى إليها قاضي الاستئناف متفقة مع السند القانوني الصحيح،	حكم استئنافي عدد 21409 بتاريخ 19 / 5 / 1999 (مجموعة 1999 ص 409)

5. أن المفعول الانتقالي للاستئناف لا يلزم المحكمة المتعهدة بإعادة فحص القضية من جميع جوانبها، بل يفترض عليها التعرض إليها في حدود ما تسلط عليه الاستئناف بالإضافة إلى المسائل التي لها مساس بالنظام العام،	قرار تعقيبي تعدد 948 بتاريخ 3 / 6 / 1991 (مجموعة 1991 ص79)
6. أنه يجوز إثارة كل سبب جديد لدى الاستئناف ما دام موضوع الطلب الأصلي باقيا دون تغيير وخاصة إذا ما تم ذلك من قبل المستأنف الذي كانت له صفة المدعى عليه في الطور الابتدائي،	قرار استئنافي عدد 187 بتاريخ 24 / 1 / 1985 (مجموعة 1985 ص9)
7. أنه يجوز للقاضي الاستئنافي أن يتصدى لموضوع الدعوى والبت فيها نهائيا بوصفه محكمة الدرجة الثانية إذا ما ثبت أن الدعوى مهيأة للفصل فيها،	قرار استئنافي عدد 351 بتاريخ 27 / 7 / 1985
8. أن المفعول الانتقالي للاستئناف يقتضي من القاضي الاستئنافي أن ينظر في كافة المطاعن التي تمسك بها المدعي لدى الطور الابتدائي في صورة رفع الاستئناف من المدعى عليه وقبول مستندات استئنافه، فجاء: «وحيث أن قبول المستند الذي أثاره المستأنف والذي ألغت على أساسه محكمة البداية القرار المنتقد يوجب على المحكمة عملا بالمفعول الانتقالي للاستئناف النظر في المطاعن التي أثارها المستأنف ضده في الطور الابتدائي».	حكم استئنافي عدد 27810 بتاريخ 2010/12/16 (مجموعة 2010 ص 448)

III القواعد القانونية العامة مصدرا من مصادر المرافعات الإدارية

استقر فقه القضاء الإداري على الرجوع إلى الأحكام المدنية كلما تبين له وجود فراغ بالقانون عدد 40 لسنة 1972. وبالرجوع إلى الحالات التي كرس فيها فقه القضاء الإداري أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الالتزامات والعقود، يتضح أن تكريسها كان مبنيا على كونها قواعد إجرائية أصولية لا حياد عنها إلا بنص خاص وهي تلك المتعلقة بالاستدعاء أمام المحكمة وبتركيبة الهيئة الحكمية وبسرية المفاوضة، أو كونها قواعد تنظيمية عامة خصها لمسائل بعينها كصيغ التبليغ عن طريق عدول المنفذين أو صيغ عد الآجال، فجاء:

1. «أن القواعد الأصولية في الإجراءات أن تصدر الأحكام موشحة بأسماء القضاة الذين أصدروها لأن ذلك يساعد على الوقوف على كيفية تشكيل الهيئة الحكمية وعلى شرعية اشتراك القضاة فيها لانتفاء أسباب الرد وعدم الأهلية أو أثر مانع آخر وأن الإخلال بهذا الإجراء يترتب عليه البطلان»،	قرار تعقيبي عدد 89 بتاريخ 10 / 7 / 1980 (مجموعة 1980 ص 273)
2. أن من المبادئ الأصولية في باب الإجراءات أن تجري المفاوضة سرا لا علنا مما يترتب عليه حتما عدم الإفصاح بعدد الأصوات التي تحصل بمقتضاه الأغلبية،	قرار تعقيبي عدد 111 بتاريخ 10 / 10 / 1980 (مجموعة 1980 ص 352) قرار تعقيبي عدد 251 بتاريخ 14 / 7 / 1983 (مجموعة 1983 ص 292)
3. أن تأخير الجلسة دون ضبط تاريخ جديد لها ودون إعلام الأطراف بها عن طريق الاستدعاء إليها فيه ضرب للقواعد الأصولية،	قرار تعقيبي عدد 101 بتاريخ 15 / 1 / 1981 (مجموعة 1981 ص 26) قرار تعقيبي عدد 330 بتاريخ 29 / 12 / 1984 (مجموعة 1984 ص 496)

4. أن قواعد تركيبة الهيأة الحكمية المتعهدة بالنظر في أصل النزاع تهم النظام العام ويتعين إثارتها ولو تلقائيا، فجاء «حيث أقر الفصل 121 من م م م ت مبدأ عدم تغيير الهيئة الحكمية بين جلستي المرافعة والتصريح بالحكم».	قرار تعقيبي عدد 1082 بتاريخ 1 / 2 / 1993 (مجموعة 1993 ص 458)
5. أن الفصل 19 من م م م ت تعرض إلى مسالة الأهلية وهي مسألة أساسية تهم الإجراءات لذلك فإن عدم توفرها هي مسألة تهم النظام العام،	قرار إستئنافي عدد 497 بتاريخ 30 / 1 / 1986 (مجموعة 1986 ص 197)
6. أن عد آجال الطعن يخضع إلى أحكام م إ ع (الفصول 140 إلى 143)،	قرار تعقيبي عدد 809 بتاريخ 15 / 7 / 1986 (مجموعة 1986 ص 290) قرار في تجاوز السلطة عدد 482 بتاريخ 7 / 7 / 1983 (مجموعة 1983 ص 270)
7. أنه من مقتضيات القانون عدد 40 لسنة 1972 أن يدلي المستأنف بمحضر إبلاغ مذكرة الطعن وأن صيغة وأحوال التبليغ بواسطة العدول المنفذين ضبطها المشرع بم م م ت وهذه المحكمة تأخذ به.	قرار استئنافي عدد 260 بتاريخ 16 / 6 / 1983 (مجموعة 1983 ص 246)

يدل زخم المبادئ والقواعد الفقهية في المادة الإجرائية على أهمية الدور الذي لعبه القاضي الإداري في تلافي النقص التشريعي الذي شاب هذه المادة إلى حد أن المشرع تدخل في أكثر من مرة بنصوص قانونية لتكريس المبادئ الفقهية.

ومن أهم ما أنجزه القاضي الإداري في عمله المذكور أنه أرسى مبادئ وقواعد منفتحة على محيطها، فيها تبصر يدل على أن دوره لم يتعلق فقط بمجرد تلافي النقص التشريعي، بل تعداه فكان دورا خلاقا إبداعيا.

إن القانون الأساسي عدد 43 لسنة 2019 المؤرخ في 30 أفريل 2019 والمتعلق بمحكمة المحاسبات شأنه شأن بقية النصوص التشريعية لا يخلو من نقائص. مما يكون معه دور القاضي المالي مشتملا معا على تطبيق القانون عدد 43 لسنة 2019 وتلافي نقصه وتأويله في صورة غموضه.

لذلـك فـإن الانكبـاب علـى دور القاضـي الإداري فـي تلافـي النقـص التشـريعي فـي المـادة الإجرائيـة بمناسـبة دراسـة النظـام الإجرائـي لمحكمـة المحاسـبات يكتسـي أهميـة خاصـة أولهـا المسـاعدة علـى مقارنـة النظامـين وتحديـد نقـاط التشـابه والاختـلاف وربمـا السـماح للقاضـي المالـي بالرجـوع إلـى فقـه القضـاء الإداري لاسـتلهام حلولـه.

العنوان الثاني:

النظام الإجرائي للطعون القضائية أمام محكمة المحاسبات ومفهوم النظام العام

2 مارس 2022

الاستئناف والنظام العام الإجرائي في فقه قضاء الاجراءات المدنية

الحسين السالمي

أستاذ تعليم عال متقاعد

المقدمة

يندرج وجود محاكم الدّرجة الثانية ضمن إقرار الحق في التظلّم (le droit au recours) أو الطّعن في كل حكم أو عمل قضائي كحق إجرائي أساسيّ، من جهة، وفي إطار التنظيم الهرمي لجهاز القضاء القائم على التمييز بين قضاء الموضوع وقضاء القانون، وعلى مبدأ التّقاضي على درجتين وهو شأن قضاء الموضوع ومبدأ النقض وهو شأن قضاء القانون من جهة اخرى.

فقد اقتضى توزيع وظائف الطعن بين درجات القضاء أن توكل وظيفة مراجعة اجتهادات أقضية محاكم الدرجة الأولى سعيا إلى تقويم ما يحصل بها من خلل بسبب خطأ في تقدير الوقائع أو في تأويل أو تطبيق القانون عليها، ورفع ما يشوبها من حيف إلى محاكم أعلى درجة تتركب من قضاة أكثر اقدمية وأرسخ تجربة وبالتالي يفترض فيهم سعة العلم والحكمة والتجربة سميت «محاكم استئناف» أو «محاكم درجة ثانية» تكريسا لمبدأ التقاضي على درجتين الذي اعتمده المشرع التونسي في النصوص الاجرائية من خلال الطعن بالاستئناف، ثم كرّسه دستور 2014 كضمانة دستورية[1]، كمبدأ عام من مبادئ التنظيم القضائي يقوم عليه قضاء الأصل، في حين أُوكلت وظيفة توحيد تأويل وتطبيق القانون والاجتهاد القضائي إلى حكمة محكمة التعقيب بوصفها محكمة القانون تكريسا لمبدإ النقض عبر الاخذ بنظام الطعن بالتعقيب.

1. كرسته المادة 108 منه التي جاء فيها: «لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون امام القضاء. حق التقاضي وحق الدفاع مضمونان، وييسر القانون اللجوء إلى القضاء ويكفل لغير القادرين ماديا الاعانة العدلية. ويضمن القانون التقاضي على درجتين. جلسات المحاكم علنية الا إذا اقتضى القانون سرّيتها ولا يكون التصريح بالحكم إلا في جلسة علنية».

أولا: مفهوم التقاضي على درجتين والاستئناف

يقوم التقاضي على درجتين على حق الاستئناف كطعن مبدئي عادي، أُوكل نظره أساسا إلى محاكم الاستئناف بوصفها محاكم الحق العام للدرجة الثانية، والتي تنازعها هذا الاختصاص المحاكم الابتدائية ثم أخيرا المحكمة العقاريّة من خلال دائرة التحيين الاستئنافيّة إلى جانب المحكمة الإدارية في حدود ولايتها وما أسنده لها القانون من اختصاص، ثم ها هي محكمة المحاسبات تلتحق بالركب وتعتمد الاستئناف طعنا مبدئيا التزاما بدورها بالتقاضي على درجتين كمبدأ دستوري منذ 2014 [1].

بحكم تكريسه لمبدإ أساسي من مبادئ التنظيم القضائي وهو مبدأ التقاضي على درجتين يتميز الاستئناف بخصائص هامة وهي أنه طعن حق عام، وهو طعن بطلان ومراجعة، وهو متصل بالنظام العام.

- فهو طعن حق عام من حيث كونه مفتوحا بصفة مبدئية وكقاعدة عامة ضد كل الأحكام الابتدائية الدرجة ولفائدة كل المتقاضين دون تخصيص أو تحديد سوى ما تعلق منه بشروط ممارسة هذا الطعن من حيث أطراف الحكم المطعون فيه وصيغ وآجال رفعه.
- وهو طعن بطلان ومراجعة من حيث أن هذا الطعن له مفعول ناقل للنزاع من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية واقعا وقانونا، لكن في حدود ما تسلط عليه الطعن على مقتضى الفصل 144 مرافعات وهو الطعن المباشر الوحيد والأولي حتى بالنسبة للتعقيب.
وهو يرفع النزاع ويفتحه من جديد أمام المحكمة الاستئنافية مبدئيا في كامل عناصره الواقعية والقانونية لكن الطابع الحر والاختياري لكل طعن وكذا مبدأ نسبية العمل الإجرائي يجعلان ولاية محكمة الدرجة الثانية تنحصر فيما شمله الطعن من عناصر الحكم المطعون فيه.
- وهو طعن متصل بالنظام العام من حيث أنه من الضمانات والمبادئ الأساسية في القانون العدلي وهو من قواعد التنظيم القضائي لكونه تكريسا للتقاضي على

1. ولم تعرف تونس نظام الاستئناف المرتب على النمط الغربي الا مع نظام دستور عهد الأمان وقانون الجنايات والأحكام العرفية الذي أقام لأول مرة نظاما قضائيا هرميا على رأسه مجلس أعلى بمثابة محكمة تعقيب (مادة 21 دستور) وفي قاعدته مجلس الجنايات والأحكام العرفية (مادة أولى من قانون الجنايات ومادة 23 دستور) والمجلس التجاري (مادة 25 دستور) كمحاكم درجة أولى، في حين ينتصب مجلس التحقيق (مادة 24 دستور و14 قانون الجنايات) كأول شكل لمحاكم الاستئناف، اذ طالت وظيفته نظر الطعون الموجهة ضد الأحكام الصادرة عن المجلس الجنائي أو المجلس التجاري. لكن هذا النظام سرعان ما أوقف العمل به بموجب امر 30 أفريل 1964.
وتحت ظل الاستعمار الفرنسي احدثت محكمة استئناف في شكل جديد بموجب امر 4 أفريل 1884 سميت آنذاك "محكمة الوزارة " وكانت تتألف من عدة دوائر وتتركب من رئيس دائرة ومستشارين وممثل للنيابة العامة. ومنذ ذلك التاريخ وسواء تحت ظل مجلة المرافعات المدنية لسنة 1910 أو مجلة المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1959 الحالية حافظت محاكم الاستئناف على هذه الهيكليّة العامة لكنها شهدت تطوّرا كبيرا في هياكلها الداخليّة وفي ولايتها.

درجتين قوام قضاء الأصل. ويظهر اتصاله بالنظام العام في الطابع الدستوري لأساسه وفي الطابع الآمر للقواعد التي تحكم شروطه وآثاره والغياب البين لأثر إرادة الأطراف في تجاوزها، أو حتى التخفيف من شدتها بتزكية من فقه القضاء الذي يتميز بموقفه الذي بدا محافظا «يقدّس» أحيانا مبدأ التقاضي على درجتين[1] ثم تطوّر بتخفيف أثر النظام العام على وظيفتي الابطال والمراجعة.

وانطلاقا من هذه الخصائص يمكن تعريف الاستئناف بكونه طريقة طعن مبدئية ترمي إلى إبطال أو مراجعة محكمة درجة ثانية لقضاء محكمة درجة أولى لعيب شابه من حيث الواقع أو من حيث القانون.

ثانيا: مفهوم النظام العام والاجراءات

النظام العام مفهوم جامع تعددت أصنافه واصطدمت محاولات تعريفه بطابعه الوظيفي النّسبي حتى بلغت حسب آخر إحصاء فقهيّ بالحدّ الأدنى أربعة وعشرين محاولة.

ولا يمكن إزاء إقرار من هو في مكانة الأستاذ فيليب مالوري وسعة علمه وطول تجربته بعجزه عن معرفة ماهيّة النظام العام[2]، وإزاء إدراج بعض الفقه له ضمن المفاهيم ذات المحتوى المتغيّر[3]، باعتباره تقنية منظّمة لعدم التوقّع، إلا أنه مع التسليم ابتداء بأن محاولة تعريفه تعتبر ضربا من ضروب المغامرة، لا بأس من الاجتهاد على ضوء ما يمكن أن يظهر أنه قواسم أو مسلّمات مشتركة بين المحاولات السّابقة.

فيتبيّن من التّعاريف المتعدّدة والتّصنيفات والتّطبيقات المختلفة للنّظام العام[4]، أنّ ثلاث أفكار رئيسيّة تنازعت مفهومه، هي:

- فكرة تحقيق مصلحة عامّة ضمانا لعلويتها وأفضليّتها معا[5]،

1. السالمي: التقاضي على درجتين في القانون التونسي

2. Malaury.PH: Rapport de synthèse, in; L'ordre public à la fin du 20ème siècle, Dalloz 1996. p105. «Pendant quarante ans j'ai eu l'occasion de me demander ce qu'était l'ordre public… j'ai réfléchi sur ce qu'était l'ordre public… et je ne sais pas très bien ce que c'est.»

3. Ghestin.J, L'ordre public notion à contenu variable en droit privé français, in, Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par Ch Perelman et R .Vander–Elst.trav du CNRL.Bruxelles.1984. p77 et ss.

4. أحصى الأستاذ فليب مالوري (L'ordre public et le contrat, LGDJ1953, pref Esmein, p41n°52) واحدا وعشرين تعريفا، وأضاف تعريفا فضفاضا خاصّا به يقول بأن النّظام العام هو "السير العادي للمؤسّسات الضّروريّة للمجموعة" الذي تضمنه "الأطر الأساسيّة التي يقوم عليها بناء المجتمع الأصليّ" (Le petit faisceau de cadres fondamentaux sur lesquels repose la société).

5. وهو مذهب الأستاذ ليون دوغي الذي يرى فيه تكريسا" للمصلحة الإجتماعيّة" (l'interet social)(الدولة والقانون والتشريع الوضعي، L'Etat le droit positif et la loi positive, I, P566)، وهو عند الأستاذ هيمار(Hemard : Précis élémentaire, Tin°118 – l'interet) "المصلحة الحيويّة للمجتمع"-vital de la société.

- فكرة تقييد الحرّيّة[1]، تأمينا لتلك العلويّة وتلك الأفضليّة،
- فكرة التّنظيم[2] باعتبار النّظام العام يمثّل أداة فرض «الانتظام» داخل الإطار الموضوعيّ والتّنظيميّ الذي يرسمه ذينك المعياران (العلويّة والمصلحة الفضلى) سواء في إطار نظام قانوني وطني فيكون له طابع داخليّ، أو في إطار نظام ما بين الدّول فيكون له طابع دوليّ.

وهكذا تكون كلّ هذه المقتضيات متفاعلة ومترابطة فيما بينها داخل إطار فكرة «النّظام» (ordre) سواء في وجهه الموضوعي كما في إطار هرميّة النّظام القانوني، أو في وجهه الشّكلي كما في التّنظيم الهرمي الهيكلي المؤسّسي.

ولعلّ هذا التّرابط كان وراء جمع أحدث تعريف لهذه المقتضيات ومزجها عشوائيّا في تعريف موحّد[3] يقول بأنّ النّظام العام هو «مجموع القواعد القانونيّة الآمرة التي لا يجوز للأطراف المعنيّة مخالفتها باتفاقاتهم، والتي ترمي إلى تنظيم أهم المصالح العامة والخاصّة الخادمة في أبعد أبعادها لمصلحة المجموعة، والسّاعية إلى حمايتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة».

1. يعرّفه الأستاذ ديموق Demogue بكونه "القيود التي توردها الدّولة على حرّية الأفراد في تنظيم روابطهم" (تقديمه لمؤلّف الأستاذ مالوري حول النّظام العام والعقد، ص 6)، وهو المفهوم الذي تبناه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بمادته التّاسعة والعشرون التي جاء فيها:"2- يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرّيّاته لتلك القيود التي يقرّرها القانون فقط لضمان الإعتراف بحقوق الغيروحرّيّاته وإحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي"...

2. ف. مالوري تعريفه بالمرجع المذكور، وكذلك هنري كابتون، الذي يعرّفه بكونه "تنظيم المؤسّسات ووضع قواعد اللاّزمة لسير الدولة ولممارستها للسلطة "(مقدّمة لدراسة القانون المدني، Introduction à l'étude du droit civil رقم 27).

3. محمّد الحبيب الشّريف: النّظام العام العائلي،الأطروحة، مرجع وذكور ص 37.
لكنّ يبدو أنّ هذا التعريف فيه تداخل بين النّظام العام كوضعيّة قانونيّة سائقة ومفروضة وبين فكرة القاعدة القانونيّة كأداة تقعيديّة وتنظيميّة حين يعرّفه بكونه مجموعة القواعد القانونيّة الآمرة، وبين فكرة العلويّة القانونيّة الهرميّة أي الناجمة عن الخضوع الهرمي الشّكليّ لترتيب القوّة القانونيّة لمصادر القاعدة القانونيّة، وبين فكرة المفاضلة بين المصالح وبين المصادر التي لها طابع موضوعيّ تقييميّ وتعطي مفهوم النّظام العام "أداتيّته".
كما أنّه تعريف فيه تداخل بين المصلحة العامّة والمصلحة الخاصّة في بيان مدلول النظام العام بتعبير أقرب إلى الإنشاء منه إلى" الخبر القانونيّ "حين يتحدّث عن" تنظيم المصالح العامّة والخاصّة الخادمة في أبعد أبعادها لمصلة المجموعة والسّاعية إلى حمايتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة". وهو في الحقيقة ما جعل الأستاذ محمد الحبيب الشّريف يحاول تدارك ذلك اللّبس بالقول (ص 38)..." إنّ التعمّق في أسباب قواعد النّظام العام ومسبباتها يكسبنا الوعي بأنّ النّظام العام ليس صيغة نظريّة صرفة ... ولا معطى قانونيّا جاهزا ومنزّلا بل هو في حقيقة الأمر والواقع أداة قانونيّة تستعملها الدّولة لفرض إرادتها في ما تعتقد أنّه أساسيّ بالنّسبة إلى مجتمعها في وقت معيّن".
لكنّ هذا التّدارك يحيل أكثر على مفهوم النّظام العام الدّاخلي للدولة في مدلوله الوضعيّ الشّكليّ منه على مفهوم عام مجرّد وحياديّ ذي طابع بيداغوجيّ من شأنه أن يشمل كل صور وحالات وأصناف النّظام العام، رغم ما في الأداتيّة التي ركّز عليها من تجريد وموضوعيّة.

ويقوم مفهوم النّظام العام على عنصرين جامعين ومتلازمين هما:

- عنصر العلويّة القانونيّة التي توفّرها درجة الإلزام التي تستمدّ من صيغة القاعدة كأن تكون آمرة أو من علويّة النظام الذي تنتمي إليه، كأن تكون قاعدة قانونيّة دوليّة[1].
- وعنصر المصلحة الأولى بالحماية التي تنتجها عمليّة المفاضلة والتي تحكمها مبادئ المفاضلة، كأفضليّة المصلحة العامة أو أفضليّة مصلحة الدائن بالنفقة أو أفضليّة حماية الطفل، بما يعطي النظام العام صبغة أداتيّة ووظيفيّة وصفيّة، أكثر منه مضمونا قانونيّا إلزاميّا.

ويعبّر عنصر المصلحة الأولى بالحماية أو المتأكّدة الحماية، عن غاية النّظام العام الحمائيّة. ويعبّر الطّابع الآمر للإلزام القانوني (في المستوى الوطني) أو العابر (في المستوى الدولي) على أداتيّة النظام العام لتحقيق تلك الغاية وهي إقصاء عمل الإرادة بوجهيها في معارضة تلك الغاية.

أمّا الأثر السّالب المقصي للإرادة الخاصّة في النظام القانوني الوطني والإرادة الخاصّة للأفراد والعامة للدولة في النظام القانوني الدولي والأثر الموجب، الذي يحلّ الإرادة العامّة للدولة المعبّرة عن المصلحة العامّة من خلال القواعد الآمرة للقانون الوطني[2] محلّ الإرادة الخاصّة الحقيقيّة (التي تعبّر عنها التّصرفات القانونيّة) أو المفترضة التي تعبّر عنها القواعد القانونيّة المقرّرة. أو الذي يحلّ الإرادة العامة الدّوليّة لمجتمع ما بين الدّول التي تعبّر عنها قواعد ومبادئ القانون الدولي الآمرة والعابرة محل الإرادة العامّة للدّولة التي يعبّر عنها قانونها وخياراتها الوطنية[3]، فكلا الأثرين للنظام العام يعبّر عن امتزاج المعيارين، أي أفضليّة المصلحة وعلويّة الإلزام في رسم معالم الوضعيّة القانونيّة التي توصف بالنّظام العام.

---

1. ولعل مدلول النّظام العام الدّولي الحقيقي يعدّ أصدق تعبير على هذه العلويّة باعتباره يقوم على معيار ماديّ يجعله متّصلا بمبادئ القانون الطّبيعي العالميّة ومعيار شكلي هو كما رأينا في خصوص دور فقه القضاء تجاه النّظام القانوني التحكيميّ، كشف تلك المبادئ من قبل سلطة تنظيميّة تقوم بدور "الوضع، édiction" وهي إمّا فقه القضاء أو الفقه المأذون (doctrine autorisée)، وهذا ما يحيلنا على ما يسمّى بالأعراف العلميّة (la coutume savante) التي هي مرجعيّة تلك المبادئ، وبالتّالي مرجعيّة النّظام العام الدولي في هذا المدلول.

2. كالتي تفرض مراكز قانونيّة على المتعاقدين باسم النّظام العام الاجتماعي كما في عقد الشّغل، أو عقد الكراء السّكني أو عقد الكراء التّجاري إلخ ...

3. لكن بأثر نسبيّ أي في حدود ما يتعارض مع تلك المبادئ والقواعد من بنود العقد أو من أحكام القانون الأجنبيّ، أو مع الأخذ بعين الاعتبار للحقوق المكتسبة كما في ما يعرف بالنظام العام الدّولي المخفّف الذي يقوم على الاعتراف بآثار الوضعيّات القانونيّة الشرعيّة في بلد نشأتها والمخالفة للنظام العام في بلد إنشائها لآثارها(مثل إقرار حق النفقة المتولّد عن زوجيّة ثانية للزوجة الثانية ولأبنائها في البلدان التي تجعل تعدّد الزّوجات مخالفا للنّظام العام لو تم على ترابها، أو الاعتراف بالاستحقاق البنيّ على الميراث بالوصيّة المنعقد في الخارج في بلد إسلاميّ حيث لا وصيّة لوارث، أو بآثار الفرقة الجسديّة حيث تكون مخالفة لمبدإ الحق في الطلاق ولواجب المعاشرة الذين يهمّان النّظام العام).

وترتيبا على ذلك يجب أن يأخذ كل تعريف للنّظام العام مهما كان مجال عمله وأيّا كان مستوى تقدير أثره بعين الاعتبار ترابط عنصريه (العلويّة والمفاضلة) وتظافر وتعاون معاييره الثلاثة (المصلحة الفضلى، تقييد الإرادة، والانتظام) واتساقها داخل فكرة النّظام (ordre). كما يجب التّمييز بين الخصائص والعناصر المكوّنة للنظام العام كمفهوم وبين توظيفه كأداة وبين آثار قيامه على الإرادة في مفهومها الواسع، أي الإرادة الخاصّة للأفراد في مجتمع الدّولة، أو الإرادة العامة للدولة في مجتمع ما بين الدّول، فلا تكون تلك الآثار هي معايير تعريفه.

لذلك كنا اقترحنا[1] تعريفا موحّدا وموحّدا لأصناف النّظام العام يجمع كل صوره وأنواعه ومراجعه ويقوم على عنصرين هما:

- عنصر كثافة أو درجة الإلزام التي تعبّر عنها العلويّة القانونيّة الفنّيّة فيكون للنظام العام مضمون قانوني.
- عنصر المفاضلة في المصلحة الجديرة بالحماية المعبّر عن مرجعيّة ذلك الإلزام والمحدّد لأثره على الإرادة الفرديّة أو العامة ويجعل للنظام العام طابعا وظيفيّا أداتيّا.

فيكون النظام العام في مفهومه الجامع عبارة عن «وضع من كثافة (قوّة) الإلزام القانوني تفرضه غاية تحقيق مصلحة جماعيّة عامة موضوعيّة أو تنظيميّة داخل نظام الدّولة أو مصلحة جماعيّة دوليّة عابرة داخل نظام ما بين الدول بإزاحة أثر عمل الإرادة الشّخصيّة للأفراد وإحلال الإرادة العامّة للدّولة التي تعبّر عنها قوانينها الآمرة محلّها، أو إزاحة الإرادة العامة للدّولة التي تعبّر عنها قوانينها أو تصرّفاتها السّياديّة وإحلال إرادة المجتمع الدولي التي تعبّر عنها قواعده ومبادؤه الآمرة محلّها».

1. الحسين السّالمي، الأطروحة رقم 1065.

وهكذا تتوفر في هذا التّعريف صفتا الجمع والمنع[1].

1. الجمع: هو تعريف جامع لأنه ينطبق على كل أصناف النّظام العام الداخلي والدولي، للدولة، أو للمجتمع الدولي، في مفهوم القانون الخاص وفي مفهوم القانون العام إذ يشمل المرجعيّة الدوليّة والداخليّة معا وينصرف إلى تصرّفات الأفراد وتصرّفات الدولة الخاصّة والسّياديّة على السّواء. وهو يشمل الوظيفتين الحمائيّة والتّنظيميّة للنّظام العام. وهو يجمع بين الغائيّة والأداتيّة في تصوّره بقدر ما تساهمان في تكوينه، كما يشمل كلّ أصناف قواعد القانون عامّه وخاصّه بقدر ما هي صالحة كمرجعيّة له. ويجمع بين غاية النّظام العام المشتركة وهي تحقيق مصلحة مفضّلة باعتبارها من النّظام العام وبين أداة تحقيقها وهي تقنية الإزاحة كإزاحة الشّرط التعاقدي المخالف في المستوى الوطني، أو إزاحة العمل القانوني أو القانون المتعارض مع النّظام العام في المستوى الدّولي، ولو أدّى ذلك إلى تقليص سيادة الدّولة نفسها أو اختراق حدودها، وبين أثر تلك الإزاحة وهو إحلال إرادة عليا محلّ إرادة أدنى دون الخلط بينهما.

- المنع: وهو كذلك تعريف مانع، لأنّه يمنع من الخلط أو الالتباس بين النظام العام وبين المفاهيم المقاربة. فهو لا يندمج في مفهوم القاعدة القانونيّة الآمرة التي ليست سوى تعبيرا عن تأكّد الحماية لمصلحة ما أو أداة يستعملها واضع القانون لتحقيق غاياته التي يمكن أن تكون في ذاتها مخالفة للنظام العام خصوصا في منظور القانون الدولي الإنساني. وهو تعريف لا يجعل النظام العام يذوب في مفهوم الإلزام القانوني الذي ليس هو العنصر المكون في النّظام العام وإنّما ما يعتبر في تكوينه هو "درجة كثافة ذلك الإلزام" فلا يحصل الخلط مع الإلزام الناجم عن مجرّد العلويّة الهرميّة الشّكليّة في سلّم مصادر القانون التي يمكن أن تتوجّد بين قواعد لا اتصال لها بالنّظام العام. إذ لا يقف عند الإلزام الشّكلي الهرمي ولو بين النظامين الدّاخلي والدّولي وإنّما يفترض اقتران العلويّة الشكليّة بكثافة الإلزام الناجمة عن أفضليّة المصلحة أو علويّتها. وهو في النّهاية يمنع من الخلط بين أداة النّظام العام وهي تقنية الإزاحة وبين أثر النّظام العام وهو تعويض مضمون إرادة دنيا بمضمون إرادة أعلى.

ويكتسب النظام العام بهذا المفهوم طابعا مزدوجا بين:

- طابع أول وظيفيّ فنّيّ قانونيّ وهو فرض علويّة الإلزام القانوني الشّكلي بين مصادر الإلزام القانوني أي مصادر القانون فيخضع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى في سَلّم هرم مصادر القانون.

- طابع ثان غائي موضوعيّ يفرض المصلحة الأولى بالحماية على أساس المفاضلة بين المصالح في المراكز القانونيّة.

وهكذا تجمع تقنية النّظام العام بين الموضوعي القانوني (علوية الإلزام) والذّاتي القضائي (المفاضلة بين المصالح).

ولعل هذا الطابع الوظيفي التقني الأداتيّ المزدوج هو الذي جعل البعض يختار استعمال مصطلح "الانتظام العام " عوضا عن مصطلح" النّظام العام" لأنّه يعبّر أكثر عن العنصرين: من خلال خضوع الإرادة بالانصياع لمقتضيات النّظام العام (بانتظامها داخله)، ومن خلال المرجعيّة العامّة التي تقتضي العلويّة المفروضة وإزاحة الإرادة أو المصلحة الأدنى بما يجعل منه انتظاما ذي طابع عام شامل لكل المراكز المتماثلة.

ويختلف عند الفقه وفقه القضاء وحتى عند المشرّع مفهوم النّظام العام الدولي عن مفهوم النّظام العام الدّاخلي من حيث المرجع ومن حيث المحتوى وبالتالي المناط.

- من حيث المرجعيّة: تتمثل مرجعيّة النّظام العام الداخلي في أحد العناصر التالية:

- التّنظيم العام للدولة، كالتنظيم السّياسي (تفريق السلط مثلا)، أو التّنظيم المرفقي لأحد أنشطتها أو وظائفها (كالتنظيم القضائي: ازدواجية القضاء بين إداري وعدلي، أو التقاضي على درجتين مثلا).

- السّياسة التشريعيّة أو الاقتصادية أو الاجتماعية، للدولة في ميدان من ميادين نشاطها (نظام عام اجتماعي، اقتصادي مثلا).

- حرمة القيم والمبادئ التي تدين بها الدولة وتمثّل المصدر المادي لنظامها القانوني وعلى رأسه دستورها، مثل قيم الحرّية والمساواة والعدالة المكرّسة في ديباجة الدّستور التّونسي مثلا، وفي شعار الدولة التّونسيّة.

أما مرجعيّة النّظام العام الدولي فهي مزدوجة بحسب صنف النظام العام الدولي، نظام عام دولي للدّولة، أم نظام عام دولي حقيقي.

فالأول لا يعدو أن يكون انعكاسا لمعايير النّظام العام الداخلي على العلاقات الخاصّة الدوليّة، بحسب مقدار كثافته، أي بقدر أهميّة المصلحة التي يحميها وعمق أثر العلاقة النّظام العام الدولي ضيق نطاقا من النّظام العام الدّاخلي، إذ يجمع الفقه وفقه القضاء على حصر مضمونه في بعض القواعد المنتخبة أو المجمع عليها من قبل كل الأمم، أو من قبل" الأمم المتحضّرة". وهذا التصوّر التّضييقي المرن يتأكّد أكثر في مجال الرّقابة على تنفيذ السندات الأجنبيّة والتّحكيميّة منها بالخصوص لضمان سهولة تنقلها عبر الحدود وتأمين أوفر قدر ممكن من القبولية لها.

لكنّ مفهوم "النظام العام الدولي" في مدلوله الواسع وكما سبق تعريفه يشمل في نظرنا أيضا ما يسمّى، بالقوانين المادّية ذات التّطبيق المباشر، سواء كانت قوانين الأمن أو الضّبط ويقال "البوليس" (Lois de police et de sécurité)، أو القواعد ذات التّطبيق الضّروري (Lois d'application nécessaire)، المتعلّقة بميادين ومصالح حيويّة للدّولة، وتتّصل أساسا بالقوانين الجبائيّة وقوانين الصّرف والقوانين الاجتماعية للضمان والحيطة الاجتماعية، أو قوانين النظام العام التي تستند إلى إرادة واضعها فقط (les lois d'ordre public) أو القوانين السياسيّة (les lois politiques) التي تستند إلى سياسة واضعها ولو كانت مارقة عن كل نظام أو ظالمة شأن قوانين المقاطعة الوطنيّة للدولة الأمريكيّة في مواجهة العراق أو ليبيا.

وهذه الأصناف من القواعد، تمثّل في حقيقتها مجرّد تقنيات قانونيّة لفرض مراكز قانونيّة على الأفراد في المستوى الوطني شأن قوانين النّظام العام أو القوانين السّياسيّة، أو مزاحمة لتقنية الإسناد، استوجبت مقتضيات السّيادة أو المصلحة الوطنيّة العامة للدولة اعتمادها كضوابط لتوزيع الاختصاص القانوني الدّولي. لكن ما يمكن ملاحظته هو أن مدلول مفهوم النظام العام الإجرائي يتميز عن مدلول مفهوم النظام العام الموضوعي من خلال مرجعيّته بمعنى معاييره أي المصالح التي يتصل بها أو يحميها فهو كما بينا في أسباب البطلان المطلق الذي هو جزاء الاعتداء على النظام العام الإجرائي يتّصل أساسا اما بالمبادئ العامة للقضاء أو بالتنظيم القضائي أو بحرمة القواعد العامة للتقاضي الضامنة لممارسة حق التقاضي أو بالإجراءات والصّيغ الشكليّة الأساسيّة الضّامنة لحق الدّفاع والمواجهة سلاح المتقاضي في كل مراحل النّزال القضائي لكنه يبقى مفهوما نسبيّا سواء على أساس طبيعة القاعدة الإجرائيّة أو المادة القانونية الإجرائية المعنيّة.

فأما من جهة طبيعة القاعدة الإجرائية، فيميّز الفقه بين النظام العام في مفهوم القانون العدلي الداخلي والنظام العام في مفهوم القانون العدلي الدولي، فنجده اوسع نطاقا واشدّ اثرا في النظام الداخلي منه في الدولي حتى في المجال الإجرائي لأنه يقوم على خيارات النظام الوطني الإجرائيّة سواء تعلّقت بالتنظيم القضائي أو بنظام الإجراءات أو بالسياسة القضائيّة الوطنيّة الحمائيّة.

وأما النظام العام في مفهومه الدولي، فهو اضيق نطاقا واخف اثرا باعتباره لا يعطي كل حالات ومعايير النظام العام السالف ذكرها وانما أعطته مجلة القانون الدولي الخاص مفهوما مرنا صلب الفصل 36 من حيث أنها حصرته في التعارض مع الاختيارات الأساسيّة للنظام القانوني التونسي ولم تربطه بمفهوم الجنسية ولا بمدى ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي بمعنى انها استبعدت مفهوم النظام العام المقربي (ordre public de proximité).

أما من حيث أثره فان ذات المجلة كرست ما يسمى بمفهوم النظام العام المخفف وذلك من خلال حصر الأثر السّالب في قاعدة أو قواعد القانون الأجنبي المخالفة للاختيارات الأساسيّة من جهة (الفصل 36 فقرة 4) أو من خلال اقرار آثار الوضعيات القانونية الناشئة صحيحة في الخارج أي مطابقة للقانون الأجنبي رغم مخالفة نشأتها للنظام العام الدولي الخاص التونسي شرط ان تكون آثارها غير مخالفة في حد ذاتها له.

أما من حيث اختلاف النظام العام بحسب المواد فان اتصال القواعد الإجرائية بالنظام العام يختلف فيما بين القواعد المتعلقة بالاختصاص وبالتنظيم القضائي أو بسير النّزاع أو بمادة التّنفيذ. للمزيد، يراجع في الغرض، الحسين السالمي، التنظيم القضائي العدلي، مرجع مذكور، رقم 100 وما يليه والمراجع التي يحيل عليها.

لكن مدلول مفهوم النظام العام الإجرائي يتميز عن مدلول مفهوم النظام العام الموضوعي من خلال مرجعيّته بمعنى معاييره أي المصالح التي يتصل بها أو يحميها فهو كما يتبين من اسباب البطلان المطلق الذي هو جزاء الإعتداء على النظام العام الإجرائي، يتصل أساسا اما بالمبادئ العامة للقضاء، أو بالتنظيم القضائي أو بحرمة القواعد العامة للتقاضي الضامنة لممارسة حق التقاضي أو بالإجراءات والصّيغ الشكليّة الأساسيّة الضّامنة لحق الدّفاع والمواجهة سلاح المتقاضي في كل مراحل النّزال القضائي، أي بضمانات المحاكمة العادلة.

لكنه يبقى مفهوما نسبيّا سواء على أساس طبيعة القاعدة الإجرائيّة أو المادة القانونية الإجرائية المعنيّة.

كلما يتم الحديث عن النظام العام أيا كان صنفه فأنه يقترن بالجزاء أيا كانت طبيعته اكان جزاءا موضوعيا أو كان جزاءا اجرائيا أو حتى جنائيا. ويرجع هذا الترابط إلى كون النظام العام في حقيقته كما أسلفنا مفهوم وظيفي، يحقق وظيفته بضمان الجزاء.

فأية علاقة بين النظام العام الإجرائي والاستئناف؟

يثبت من استقراء عموم فقه القضاء المدني وفقه القضاء الاجرائي بالخصوص ان مفهوم النظام العام يسعى إلى تحقيق وظيفة الاستئناف المزدوجة أي:

- وظيفة الإبطال ضمانا لشرعية العمل الإجرائي (I)،
- ووظيفة المراجعة ضمانا لعدالة ناجزة (II).

I مفهوم النظام العام الاجرائي يضمن شرعية العمل الإجرائي [1]

يجمع الفقه وفقه القضاء على ربط اعمال آلية النظام العام باتصال القاعدة القانونية المنطبقة بالنظام العام من خلال اكتسابها طابعا آمرا، أو باتصال الحماية التي يوفرها بمصلحة متأكدة الحماية. لذلك تغطّي مظلّة النظام العام رقابة محكمة الاستئناف على ولاية الجهة القضائية التي صدر عنها العمل الإجرائي (أ)، وعلى صيغة ذلك العمل (ب).

أ. من جهة الولاية (ولاية جهة اصدار العمل المستأنف)

تتصل الولاية القضائية اما بالاختصاص الجهوي (1) أو بالاختصاص العادي (2).

1. رقابة النظام العام وتنازع الاختصاص الجهوي

ينصرف الاختصاص الجهوي إلى ولاية جهات القضاء المختلفة بين دولي وداخلي، وفي الداخلي بين عدلي واداري ومالي ودستوري. كما ينصرف إلى تنازع بين قضاء الدولة وبين القضاء التحكيمي.

لذلك هو الاختصاص الاوثق اتصالا بالنظام العام، وهو نظام عام توجيهيّ. لكنه تنازع يتميز بالمرونة في التنازع الدولي للاختصاص حيث ان الاصل في الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة أنه اختصاص تزاحمي لا يتصل بالنظام العام الدولي للدولة، والاستثناء أنه يتصل بالنظام العام الدولي للدولة في حالات حصرية لها علاقة وطيدة بسيادة الدولة أو بحسن سير العدالة ضبطها الفصل 8 من مجلة القانون الدولي الخاص[2].

وعملا بقاعدة «قاضي الدّعوى هو قاضي الدّفع»، والتي تعطي للمحكمة المتعهدة صلاحية نظر كل الدّفوع الإجرائيّة تقول محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة « إنّ

1. نخير استعمال مصطلح "العمل الاجرائي" بدل مصطلح "الحكم" لأن الاستئناف طعن مبدئي مفتوح على كل أصناف الاعمال الإجرائية (ولائية وتنازعية، اذونا واوامر واحكاما)، كما نخير استعمال مصطلح "شرعية العمل الاجرائي" بدل مصطلح "صحّة العمل الاجرائي"، لأن رقابة محكمة الاستئناف تتجاوز شروط الصحّة إلى علّة الإجراء ووظيفته وغايته ومكنت فقه القضاء من ربط توقيع الجزاء بعدم تحقق الغاية منه كما سوف يتبين لاحقا.

2. يراجع في الغرض: الحسين السالمي وفاطمة الزهراء بنمحمود، كتاب منظومة القانون الدولي الخاص، مجمع الاطرش، التعليق على باب الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية. والحسين السالمي، القانون العدلي، الجزء الأول، باب تنازع الاختصاص، مجمع الاطرش للكتاب.

رقابة صحّة الإجراء ومدى مطابقتها للأوضاع القانونيّة من اختصاص الهيئة القضائيّة التي يتمّ أمامها الإجراء»[1]. وهي تكريس لمبدإ التبعية وتسري على كل الدفوع بما في ذلك الدفع بعدم الاختصاص.

وقد طبق فقه القضاء هذه القاعدة حتى على التّحكيم وأجراه على كلّ الدّفوع وبالخصوص المتعلّقة منها بوجود أو بصحّة أو تأويل اتفاقية التّحكيم أو بتكوين هيئة التّحكيم أو بإجراءات سير التحكيم. ومن أهمّ القرارات التي كرّست هذا المبدأ وعممته على النحو المذكور قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 2185 المؤرخ في 10 \ 2 \ 2004 [2].

ولعل أصدق تعبير على هذا المنزع التوحيديّ نظام توزيع الاختصاص القضائيّ الدّولي الذي كرّسته مجلّة القانون الدّولي الخاص لسنة 1998 الصادرة بالقانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 والذي تخلّى فيه المشرّع التونسي عن ثنائيّة الاختصاص الحكمي أو الوظيفي والاختصاص الترابي أو المكاني التي بنى عليها مجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة لسنة 1959، لفائدة ثنائيّة تضمن التوفيق بين النّظم القضائيّة الوطنيّة المطالبة بالاختصاص بنظر علاقة قانونيّة أو مركز قانونيّ تنازعيْن وتقوم على التّمييز بين الاختصاص التّزاحميّ الممكن (compétence

1. تعقيب د م عدد 166 بتاريخ 28 فيفري 2002، نشريّة مجموعة قرارات د م لسنة 2001 - 2002 ص 113. وقد طبق فقه القضاء هذه القاعدة على الدّفع ببطلان الإعلام بالحكم لاحتساب أجل الطّعن، أو بطلان الاستدعاء للجلسة أو حتّى بطلان الحكم لتجاوز قرينة اتصال القضاء، أو إنكار حجّية الحكم جاعلا الطّعن في الحكم أو في الإجراءات التي بني عليها محصورا في إطار النّزاع الأصلي دعوى أو طعنا. ولعلّ هذا الموقف يبرر اعتماد نظريّة العدم حتى تسدّ الفراغ الذي يحدثه استبعاد دعوى البطلان الأصليّة في الأحكام التي يكرّسها الفصل 484 م إ ع.

2. استئناف تونس عدد 2185 بتاريخ 10 فيفري 2004، (قرار جامعة تونس قرطاج ضد شركة سوتريبات)، غير منشور الذي جاء فيه: "حيث إنّ ما دفعت به الطالبة من بطلان إجراءات التحكيم لا يعدّ مسألة توقيفيّة تخرج عن أنظار هيئة التحكيم بل يتعلّق باختصاص هيئة التحكيم للنظر في أي نزاع يثار أمامها تستمدّ وجوده من اتفاقية التحكيم وما نصّت عليه من إجراءات لتعيين الهيئة..وحيث نصّت أحكام الفصل 26 م ت أنّه إذا أثيرت أمام هيئة التحكيم مسألة تتعلّق باختصاصها في النّزاع المعروض عليها فإن البت في تلك المسألة يكون من أنظارها بقرار غير قابل للطعن إلا مع الأصل وبذلك فإن هيئة التحكيم تكون مختصّة بالنّظر في كلّ الدّفوع المتعلّقة بصحّة اتفاقية التّحكيم ولزومها للأطراف وبالإجراءات التي أدت لانتصاب الهيئة حتّى تتأكّد من اختصاصها" وهذه القاعدة هي من العموم حتّى إنها، وكما سبق أن أشرنا في باب تنازع الاختصاص الجهوي، تمكّن الجهة القضائية غير المختصة جهويًا من نظر الدّفع الذي يخرج عن اختصاصها عن طريق الدعوى، كنظر القاضي العدلي الدّفع المتعلق ببطلان القرار الإداري المحتج به دون أن يكون له أصلا حق القضاء ببطلانه. وتأسيسا على هذه التبعيّة، اعتمدت هذه القاعدة لتعزيز سلطة المحكّم القاضي إزاء كل الدفوع والمسائل العارضة في التّحكيم، وجعل تدخّل القضاء عارضا واستثنائيا وموقوفا على ترخيص القانون (يراجع في الغرض كتابنا، التحكيم وقضاء الدّولة، مرجع مذكور، رقم 660 وما يليه).

(internationale possible) مدار الفصول من 3 إلى 7 [1] وقد بنى على هذا الطابع التّزاحمي الممكن من جهة نظام الدّفع به واجب إثارة الدّفع بعدم اختصاص المحاكم التونسيّة قبل الخوض في الأصل[2] الذي يميز نظام الدفع بعدم الاختصاص المكاني في التنازع الداخلي للاختصاص المكرّس بالفصل 15 من م م م ت، وبين الاختصاص القضائي الدّولي غير التّزاحميّ الإقصائي (compétence internationale exclusive) موضوع الفصل 8 من المجلّة الملزم للقاضي وللأطراف[3].

2. في النظام القضائي العدلي الداخلي

وفي غياب النص الصريح على طبيعة القاعدة الإجرائية من جهة مدى اتصالها بالنظام العام، رجعت مهمة بيانها للقضاء بحكم كون ذلك من طبيعة وظيفته، وهو عادة ما يستند إلى الآراء الفقهية السّائدة. وقد جرى الرأي والعمل فقها وقضاء على التمييز بين القواعد المتعلقة بالتّنظيم القضائي والقواعد المتصلة بالاختصاص والقواعد الإجرائية في معناها الضيق.

• فيما يخص قواعد التّنظيم القضائي

إن طبيعة هذه القواعد محل اجتماع الرأي فقها والقضاء على ردّ مرجعيّتها في الرأي الراجح إلى تنظيم السّلطة القضائية وهياكلها وحسن سير وإدارة مرفق القضاء من قبل الدّولة وفاء بالتزامها بضمان ثلاثيّة الحقوق الإجرائيّة الأساسيّة وهي الحق في القاضي الطبيعي والحق في المحاكمة العادلة والحق في التنفيذ، ما

1. جاء بالعنوان الثاني من المجلّة تحت عنوان "اختصاص المحاكم التونسيّة: "الفصل 3 – تنظر المحاكم التونسية في النزاعات المدنية والتجارية بين جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم إذا كان المطلوب مقيما بالبلاد التونسية. الفصل 4 – تنظر المحاكم التونسية في النزاع إذا عيّنها الأطراف أو إذا قبل المطلوب التقاضي لديها إلا إذا كان موضوع النزاع حقا عينيا متعلّقا بعقار كائن خارج البلاد التونسية. الفصل 5 – تنظر المحاكم التونسية أيضا : 1 - في دعاوى المسؤولية المدنية التقصيرية إذا ارتكب الفعل الموجب للمسؤولية أو حصل الضرر بالبلاد التونسية.- إذا كانت الدعوى متعلّقة بعقد نفّذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية.- في النزاعات التي يكون موضوعها حقا منقولا موجودا بالبلاد التونسية. في النزاعات المتعلّقة بالملكية الفكرية إذا وقع التمسك بحمايتها بالبلاد التونسية. الفصل 6 – كما تنظر المحاكم التونسية : - في الدعاوى المتعلّقة بالبنوّة أو بإجراء لحماية قاصر يكون موجودا بالبلاد التونسية. - في دعاوى النفقة إذا كان الدائن مقيما بالبلاد التونسية.- إذا تعلقت الدعوى بتركة افتتحت بالبلاد التونسية أو كانت مرتبطة بانتقال الملكية بموجب الإرث لعقار أو منقول كائن بالبلاد التونسية. الفصل 7 – تنظر المحاكم التونسية في الدعاوى التي لها ارتباط بقضايا منشورة لدى المحاكم التونسية".

2. جاء بالفصل 10 بهذا الصّدد: "يجب إثارة الدفع بعدم اختصاص المحاكم التونسية قبل الخوض في الأصل".

3. ينصّ الفصل 8 على أنه:" تختص المحاكم التونسية دون سواها بالنظر:
- إذا كان موضوع الدعوى يتعلّق بإسناد الجنسية التونسية أو اكتسابها أو فقدانها أو سحبها أو إسقاطها.
- إذا تعلّقت الدعوى بعقار كائن بالبلاد التونسية".
- إذا تعلّقت الدعوى بإجراءات جماعية مثل إنقاذ المؤسسات أو التفليس.
- إذا كان موضوع الدعوى طلب إجراء تحفظي أو تنفيذي بالبلاد التونسية ويستهدف مالا موجودا بها.
- وفي كل ما أسند إليها بنصّ خاص."

يجعلها متصلة بالنظام العام التوجيهي وملزمة للقاضي والمتقاضي على السّواء، وباعتبارها من جهة أخرى من قواعد القانون العام إذا كان لابدّ من الأخذ بالتفرقة البيداغوجيّة بين القانون العام والقانون الخاص خصوصا إزاء نزوع القانون إلى الوحدة عبر الانتظام التلقائي الطوعي أو المفروض في نظم نموذجيّة أفقيّة في مختلف مباحث القانون وعبر عولمة القانون من خلال أدوات بديلة عن الفرض التشريعي وهي القوانين النموذجيّة وقواعد ومبادئ القانون الموحّد العالميّة تحت لواء المنظمات المهنيّة غير النظاميّة أو لواء لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدّوليّة التي تجمع في مدلولها الحديث كل أصناف العلاقات والمعاملات داخليّا ودوليّا حتى وصفها فقيه القانون والنظم القانونيّة المقارنة روني دافيد بأنه نوع من القانون الطبيعي الحديث[1].

وسوف نتبين لاحقا ان فقه القضاء يجمع على اتصال مبدإ التقاضي على درجتين بالتنظيم القضائي وبالتالي بالنظام العام التوجيهي لكنه يدخل عليه بعض المرونة عند تطبيق الأثر الناقل للاستئناف[2].

• فيما يتعلق بقواعد الاختصاص

إن مفهوم الاختصاص شأنه شأن مفهوم النّظام العام يعبّر عن صنف قانونيّ تعدديّ جامع يتفرّع إلى أصناف وبالتالي مفاهيم جزئيّة متمايزة، لكنها تشترك في كونها تقوم على فكرة الولاية القانونيّة على عارض من عوارض القانون تخوّل لمؤسّسة أو

1. يراجع ما جاء في بحثنا حول النظام القانوني التحكيمي ومرجعيّة السيادة التحكيميّة تحت عنوان "التّحكيم وقضاء الدولة دراسة علميّة تأصيليّة مقارنة" مرجع مذكور.

2. لكن إلزام هذه القواعد نفسه ليس بالقوّة ولا بالكثافة التي توحي بها هذه المرجعيّة تقليديّا فيكفي التذكير بما أصبح محل إجماع من الحقّ في الحل الوفاقي غير التنازعيّ عبر بدائل الدّعوى أو الوسائل غير التنازعيّة، أو الحقّ في التحكيم كقضاء تصالحيّ وفاقيّ يزيح قضاء الدّولة ويخرج بإرادة الأطراف الفرديّة وبترخيص من الدّولة أو قسر إرادتها دوليّا عن تنظيمها القضائيّ وبالتالي على ما يقيمه عليه من مبادئ متصلة بالنظام العام التوجيهيّ وذلك على أساس من الأفضليّة المكتسبة للتحكيم كصيغة فضلى للعدالة تقوم على الإحتكام الطّوعي والتّسليم الإرادي باعتبار المحكّم يسعى إلى استصدار حكمه وفاقيّا من الأفراد على عكس قضاء الدّولة الذي يسعى إلى قطع النّزاع بحكم يستصدره الأطراف من القاضي بإرادة القانون ويخضعون له جبرا قضاء مفروضا. كما نشير كذلك إلى المرونة التي صارت تميّز تطبيق مبادئ التنظيم القضائي وقواعد توزيع الاختصاص الحكمي الوظيفي نفسه على أساس التصوّر الحديث للطعن الذي أصبح وسيلة لإنهاء النّزاع في أوسع مداه من جهة الأطراف ومن جهة الموضوع من خلال نظام التداخل والإدخال وضمّ النزاعات المترابطة أحيانا بروابط أقرب إلى الافتراض منه إلى الحقيقة الإجرائيّة. أما من جهة نظام القضاء فإن الواقع الحالي تشريعا وعملا يكشف عن غزو نظام القضاء المستعجل لكل ميادين القضاء بما في ذلك المسائل الموضوعيّة سواء بترخيص من المشرّع من خلال حالات الاستعجال الإجرائي (le référé procédural) التي يستعير فيها المشرّع نظام قضاء العجلة لحل نزاعات وتحديد مراكز موضوعيّة أصليّة خصوصا في إطار القوانين الخاصّة الحديثة مثل مجلّة الشركات التجاريّة أو قانون السّوق الماليّة أو قوانين الملكيّة التجاريّة والصّناعيّة أين أصبح القاضي الاستعجالي القاضي الرّقيب والمساعد وقاضي الحكم معا.

هيئة قضائيّة أو شبه قضائيّة رفعه بالعمل القضائيّ الولائيّ أو التنازعيّ الملائم[1].

ويمكن انطلاقا من هذا القاسم المشترك تعريف الاختصاص بكونه: «السلطة التي لمحكمة أو مؤسسة قضائيّة أو مشبّهة بالقضائيّة التعهّد بعارض من عوارض القانون والتصدّي له ورفعه بالعمل القضائيّ الولائيّ أو التنازعيّ الملائم ضمانا لإعادة التوافق بين الواقع والقانون على أساس معيار قيميّ ينصرف إلى طبيعة الواقعة المنشئة لذلك العارض أو قيمة موضوع المطالبة القضائيّة النقديّة ويسمى اختصاصا حكميا أو وظيفيّا أو على أساس معيار توطين تلك الواقعة أو العلاقة موضوع المطالبة محلّ النّزاع ويسمى اختصاصا ترابيا أو مكانيّا».

وقد جرى الرأي على القول بان قواعد الاختصاص الحكمي تهم النظام العام لاتصالها بمبادئ التنظيم القضائيّ من حيث هيكلته الهرمية ومن حيث نظام الطعن الذي يقوم عليه ويحرّكه ويضمن وحدته واتساقه كنظام قانونيّ إجرائيّ، ما يجعلها تصطبغ بنفس صبغة مبادئه التّوجيهيّة والآمرة لكونها شرعت لضمان حسن سير مرفق القضاء ولاتصالها بالتنظيم القضائي في حين جرى من جهة أخرى على اعتبار كون قواعد الاختصاص الترابي شرعت على وجه الافتراض التشريعيّ استنادا إلى قرينة الأصل في المطلوب حسن النيّة وبراءة الذّمّة خدمة لمصلحة أو ظروف احد الطرفين التي هي موكولة لتقديره الشّخصي بالدرجة الأولى لذا يمكنه العدول عن حكم القانون والخروج بالنزاع عن موطنه أو مركزه المفترض برفع مطالبته لمحكمة أو مؤسسة قضائيّة غير التي عينها الافتراض القانوني وهي لذلك غير متصلة بالنّظام العام.

لكن هذا التصوّر العام وان كان يتطابق مع ما عليه الواقع القانوني الأصل في تونس فإنه ليس على إطلاقه في فرعي الاختصاص الحكمي والمكاني على السواء، إذ وعلى غرار ما هي الحال في بعض النظم المقارنة تعددت الاستثناءات في شان صنفي الاختصاص في اتجاه مرونة الحكمي منه وتشديد المكاني بما جعل نظامهما ينزع إلى الوحدة على أساس معياريّ تقريب القضاء من مركز النّزاع في المكاني وضمان الحلّ الموحّد والسّريع للنّزاع الذين يجمعان بين المصلحة الشخصيّة للمتقاضي والحاجة الملحّة لعدالة ناجزة أي سريعة وقليلة الكلفة وقتا ومالا.

1. وينقسم بين اختصاص قانونيّ يعنى بتحديد القانون المنطبق على علاقة دوليّة تنازعيّة، واختصاص قضائيّ ينقسم بين عام غير مباشر يوزع الاختصاص بين النظم القضائيّة بين الدّول، واختصاص قضائي خاص يحدد المحكمة المختصّة داخل النظام القضائي المختصّ لدولة ما. وإلى اختصاص داخليّ ينقسم بين اختصاص جهوي: وهو الاختصاص المتعلق بتوزيع الصلاحيات القضائية بين جهات ونظم القضاء المختلفة العدلي والإداري والجزائي والدستوري وهو انعكاس للتنظيم السياسي على مستوى القضاء باعتبارها جهات قضائية دستورية منصوص عليها بالدستور. والقواعد المتعلقة بتوزيع الاختصاص بينها هي لا شك الأوثق اتصالا بالنظام العام وجزاء الإخلال بها هو العدم لأن الحكم يكون صادرا عن جهة قضائيّة ليس لها ولاية أصلا فينعدم ركن من أركان الحكم. وبين اختصاص داخل النظام الواحد ينقسم بدوره بين اختصاص حكمي أو وظيفي يتوزع بين عاديّ وإقصائيّ واختصاص ترابي أو مكاني.

• في خصوص القواعد الإجرائية في مدلولها الضيق

يغطّي مفهوم المرافعات الضيّق ما اتصل بكيفيّة وشروط وصيغ تعهيد القاضي برفع المطلب أو المطالبة إليه وبكيفيّة استقرائهما ونظرهما والبتّ فيهما والتظلّم أو الطعن في القرار أو الحكم القضائي الصادر فيهما ثم بمبادئ وطرق وصيغ تنفيذ ذلك القرار أو الحكم.

ويلاحظ من النظام التشريعي ومن تطبيقاته القضائيّة أن الحل المبدئي في شأن هذا الصّنف من القواعد الإجرائيّة مفقود وتخضع على غرار المبطلات الإجرائيّة إلى نظام الحالات باعتبار وجهي المصلحة محل الحماية.

لكن الوضع الغالب الذي يكشف عنه ذلك الاستقراء خصوصا على المستوى التطبيق يحمل على القول أن هذه القواعد عادة ما تكون تهدف صراحة أو ضمنيّا مضمونا وغاية إلى حماية مراكز وحقوق المتنازعين الإجرائيّة ومصالحهم الشخصيّة أثناء سير الخصومة وبضمانات حقوقهم الذاتيّة الإجرائيّة كالحق في الدّعوى والحق في الطّعن وحق الدّفاع التي يجوز لهم النّزول عنها، وهي نتيجة لذلك لا تهمّ النّظام العام ولا تعرض من يخرقها إلى جزاء البطلان المطلق إذ يتوقف الحكم بالبطلان في شأنها على مطالبة المنتفع بالبطلان وشرط إثبات عدم تحقق الغاية من الحماية القانونيّة الإجرائيّة أي حصول ضرر له من الخلل سبب البطلان على معنى الفقرة الثانية من الفصل 14 م م م ت.

فقد جاء في القرار التعقيبي عدد 3549 . 2004 ـ بتاريخ 29 / 11 / 2004 ....» حيث من المسلم به أن الاستدعاء ليس غاية في حد ذاته وإنما هو وسيلة المدعي لإبلاغ صوته إلى خصمه ليتمكن هذا الأخير من إعداد وسائل دفاعه للجواب عن الدعوى ومتى تحققت الغاية المرجوة من النداء وكلف المطلوب محاميها ناقش الطلب ورد عليه بطل تبعا لذلك الاحتجاج بإسقاط عبارة في شخص ممثله القانوني المفترض سيما وأن مطلب الطعن بالاستئناف نص صراحة على هذه العبارة بما يقطع بأن للطاعن مقر ومسلم بطبيعة مخاطبه المعنوية ولا يجحدها وان عدم ذكرها بمحضر استدعائه يحمل على محمل السهو المجرد الذي لا يعيب الإجراء في شيء وتنتفي معه دواعي التشديد والإغلاظ الذي سارت في دربها المحكمة.

وحيث أن في إضفاء المحكمة المنتقد قرارها على إسقاط عبارة في شخص ممثلها القانوني صلب الاستدعاء صبغة النظام العام شدة في غير موضعها شانت حكمها وتأباها دلالات الفصل 19 من م.م.م.ت. وتتجافاها أحكام الفصل 14 من م.م.م.ت. في فقرته الثانية التي جعلت من إثبات الضرر شرطا يثيره المتمسك به قبل الخوض في الأصل». كما جاء القرار التعقيبي عدد 6099 \ 2004 ـ بتاريخ 03 / 01 / 2005 فصيح العبارة

صريح الدلالة حين قالت المحكمة...»حيث خلافا لما ذهبت إليه النيابة العمومية فإن الإدلاء بمحضر الإعلام بالحكم المطعون فيه بعد الأجل المستوجب قانونا لا يترتب عنه حتما وبصفة آلية الجزاء المطلوب ذلك أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة ولا ضمنا خاصة فيما يتعلق بمحضر الإعلام الذي يهدف من تقديمه إتاحة مراقبة احترام آجال الطعن التي تهم النظام العام فضلا عن أن صاحب المصلحة لم يتمسك بذلك بل حضر بواسطة محاميه وأجاب عن الطعون ولم تثبت أية مضرة شخصية لحقت به بما يتعين معه رفض هذا الدفع الشكلي لعدم جديته قانونا».

في حين جاء في القرار التعقيبي عدد 1728 \ 2004 بتاريخ 20 سبتمبر 2004....» حيث ولئن تبطل عريضة الإدخال في صورة استدعاء المكلف العام في أجل يقل عن 60 يوما وفق أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 70 والفقرة الأولى من الفصل 71 من م.م.م.ت. إلا أن ذلك الجزاء يزول بحضوره بجلسة لا حقه وطلب صرف القضية للمرافعة بما يصحح الإجراء وفق ما تضمنته صراحة أحكام الفقرة الثانية من الفصل 71 من م.م.م.ت. بما يتعين رده لعدم وجاهته قانونا».

وإذا كان الوضع الغالب كذلك فإن هناك من بين هذه القواعد ما له اتصال وثيق ومباشر بالمصلحة العامة وباعتبارات تتجاوز مصالح الخصوم إلى حد السموّ إلى ناموس القضاء وسلطان الدولة فيكون بالتالي لها صبغة آمرة ومتصلة بالنظام العام، ومن بينها مبدأ حرمة حق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم أو علانية المرافعة (الفصل 117 م م م ت) والحكم (الفصل 120 م م م ت) حتى انها ارتقت إلى مصاف دستوري في دستور 2014، وصيغة الحكم ووجوب تعليله (الفصل 123 م م م ت» والقواعد العامّة والصّيغ الشكليّة الأساسيّة للتّنفيذ الجبري لاتصالها بالحق في التنفيذ وبحسن سير مرفق التنفيذ ومن ورائه مرفق العدالة[1].

1. جاء في إطار تأصيل رقابة محكمة التعقيب القانونيّة بالقرار التعقيبي عدد 2111.2004 بتاريخ 27 سبتمبر 2004..."حيث أن من تمام الأحكام وكمالها حسن تعليلها بناء على ما له اصل ثابت بأوراق الملف دونما تحريف أو تجن ومناقشة الدفوعات المؤثرة في وجه الفصل في القضية وهو ما لم تأخذ به محكمة القرار المنتقد..."
واما في تأصيل العمال القضائية فلعل أحسن مثال عن أهمّيته ذلك الذي يتم بمناسبة التنفيذ لا الحكم لأنه سيشمل بالضرورة المراكز القانونيّة المختلفة لأطراف النزاع بما في ذلك القاضي وما يتبع ذلك من اختلاف الآثار القانونيّة المتحتم ترتيبها على كل مركز وعلى العمل القانوني المنجز في إطاره. وقد جاء القرار التعقيبي عدد 7318 . 2004 بتاريخ 6 / 12 / 2004 مصداقا لذلك حين قالت الدائرة...."وحيث ولئن قضت محكمة الأصل بنقض لائحة التوزيع والحال أن الدعوى تهدف إلى إبطالها إلا أن ذلك الاختلاف يعد من قبيل الغلط في إضفاء الوصف القانوني على آثار الحكم وليس القضاء بما لم يطلبه الخصوم. وحيث أن سوء إضفاء الوصف لا يؤدي حتما إلى نقض القرار الذي اعتراه طالما ان النتيجة التي توصل إليها تنسجم مع ما يقتضيه النص القانوني المستوجب التطبيق حيث ولئن لا جدال في عدم جواز القياس في مادة الإجراءات بالإضافة إلى الاختلاف الكلي بين لائحة التوزيع ومحضر التبتيت على معنى الفصل 427 من م م م ت. مصدرا وصيغة وموضوعا وآثارا وسببا قانونيا إلا أنها تخضع إلى دعوى الإبطال بناءا إما على النصوص الخاصة التي اقتضت تلك لأي سبب قانوني كان أو على معنى القواعد القانونية العامة ذلك أنها عمل قضائي تصريحي تنتهي حمايته في حدود سلامته مبنى وسندا. وحيث طالما كانت لائحة التوزيع كذلك وليست حكما فأنه يتعين الالتفات عن الفصل 484 من م.ا.ع. اعتمادا أو احتجاجا."

وللطابع الآمر لقواعد القانون العدلي الخاص المرتبط أساسا بمفهوم النظام العام الإجرائي انعكاس على نظام حسم مشكل تنازع القواعد الإجرائية في الزمان.

• نظام تنازع القوانين الإجرائية في الزمن

ان مسألة تنازع القوانين الإجرائية في الزّمن شهدت تأرجحا بين الاستثناء عن مبدأ عدم الرّجعية عند فقهاء القانون المدني القدامى والرجوع إلى المبدأ والأخذ بالأثر المباشر للقانون الجديد عند الفقهاء المحدثين وخصوصا منهم المتخصّصون في القانون العدلي وهو الرأي السائد فقها وتشريعا وعملا حاليا. فلا يخرج تنازع القوانين الإجرائية في الزمن في عمومه عن النظام العادي لتنازع القوانين سواء من جهة تحديد الوضعيات التنازعيّة[1] أو من جهة نظامها القانوني[2].

1. يفترض التّنازع بين القوانين في الزّمن عموما عاملين لازمين لقيام وضعيّة تنازعيّة لأنهما يتسلّطان على عنصري المعادلة والجدليّة القانونيّة والقضائيّة، وهما الكبرى بمعنى القاعدة القانونيّة العامة والمجرّدة والملزمة، والصّغرى وهي المركز القانوني أو الواقعة القانونيّة محل النّزاع المعروض على القاضي.
العامل الأول: ويتّصل بالكبرى وهو حصول تغيّر يطرأ على القاعدة القانونيّة المنطبقة بين حكم قديم أو صيغة قديمة لحكم قديم وحكم جديد يفسّر الحكم القديم أو يعدّله أو يلغيه أو يعوّضه.
ويشمل التنازع إذا القوانين التفسيريّة والقوانين المنقّحة والقوانين الناسخة، سواء كان النسخ صريحا أو ضمنيّا.
العامل الثاني: ويتصل بالصّغرى ويتمثل في الامتداد الزمني للواقعة التنازعيّة سواء في نشأتها شأن التقادم المكسب أو المسقط في القانون الموضوعي أو امتداد أجل الحضور أو الطعن أو أجل سقوط الدّعوى أو الطعن في المجال الإجرائي أو في إحداثها لآثارها شأن امتداد تنفيذ العقد الزّمني كعقد الكراء أو عقد الشركة في القانون الموضوعي أو امتداد رابطة الخصومة في القانون الإجرائي أو تأخر حدوث الأثر شأن تأخر ثبوت النّسب عن عقد الزواج أو تأخر استحقاق الحرمان من الميراث عن واقعة الطّلاق موضوعيّا وتأخر المفعول الناقل للاستئناف عن تاريخ رفع الطّعن بالاستئناف أو تأخر تنفيذ الحكم أو الاحتجاج به عن تاريخ صدوره أو الإعلام به أو تأخر الأثر التّجميدي للعقلة وتوابعه عن تاريخ ضربها.
فتتكوّن واقعة إجرائيّة تنازعيّة عند تواصل سير النّزاع القضائي إلى ان يدخل حيز النفاذ قانون جديد يعدّل إجراء استقرائيا أو يعدل صيغة الحكم أو وصفه أو طريقة الطعن فيه أو صيغتها اذ ستكون الرابطة القانونية للنّزاع ممتدة بين القانون القديم والقانون الجديد كان تتواصل ولاية المحكمة على موضوع الدعوى المرفوعة تحت ظل القانون القديم وبعريضة مخالفة للمقتضيات الجديدة للفصل 6 أو الفصل 8 أو الفصل 10 أو الفصل 70 المتولّدة عن تنقيح القانون عدد 82 / 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 مثلا أو يستمر محضر الإعلام بالحكم في انشاء آثاره من حيث سريان أجل الطعن أو اجراءات التّنفيذ رغم مخالفته لمقتضيات التبليغ الجديدة .

2. لقد شهد التّصور الفقهي لنظام تنازع القوانين الإجرائيّة في الزمن تطورا من فقه تقليدي كان يأخذ بظاهر تطبيقات قواعد تنازع القانون في الزمن على المسائل الإجرائية مثل تطبيق القانون الجديد على نزاع جار أو على آثار لاحقة لعمل اجرائي سابق لينتهي إلى القول بان قواعد الإجراءات الجديدة لها مفعول رجعي استثناءا عن الأصل والمبدأ العام وهو قاعدة عدم الرّجعية وينتهي تبعا لذلك هذا الفقه إلى إلحاق صنف القواعد الإجرائية بقائمة استثناءات مبدأ عدم الرّجعية.
لكن هذا الموقف الفقهي خاطئ اذ يقوم على خلط بين مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد وبين الأثر الرّجعي لهذا القانون. أوّلا: تكريس مبدأ الأثر المباشر للقانون الإجرائي الجديد:
لما كانت قوانين المرافعات تسري فور صدورها على كل المنازعات المنشورة أمام المحاكم ولو كانت تعهدت بها قبل العمل بالقانون الجديد فقد قال بعض شراح القانون الفرنسيون خصوصا ان هذه القوانين ذات اثر رجعي وهو يبررون هذه الرجعية بمقولة ان المتقاضين لا يمكن لهم الاعتداد بحق مكتسب في معارضة تطبيق قانون يهم التنظيم القضائي أو الاختصاص أو الإجراءات لأن تغيير الوضع القانوني القديم مبناه ان القانون الجديد أصلح ويكفل سيرا أحسن للقضاء.
لكن هذا المنحى ينبني على خلط بين الأثر الرّجعي للقانون وأثره المباشر إذ ان الأثر الرجعي للقانون الجديد يقتضي في صورة رجعيته إهدار وإبطال كل النزاعات المرفوعة قبل صدوره وكل الإجراءات المتخذة في شأنها وكانت مخالفة لمضمونه فينعدم لها كل اثر وتصبح كأن لم تكن حتى وان كانت صحيحة تحت ظل القانون القديم، وهو حل متطرف وغير مقبول ولم يكرسه الواقع هذا من جهة، ومن أخرى وعلى عكس ما سبق لا يجوز الحديث عن عدم رجعية القانون الجديد إذا ما نص المشرع صراحة على عدم جواز تطبيقه على الدعاوى الجارية عند نشره ذلك ان الأمر في هذه الصورة يتعلق لا بعدم رجعية النصّ الجديد بل بحالة استمرار الأثر المستقبلي للقانون القديم وهو شيء مخالف لقاعدة عدم الرّجعية التي هي الأصل الأول والذي تكمّله قاعدة الأثر المباشر ضرورة أن قاعدة عدم الرجعيّة لا تهم إلا الماضي.
لهذا نجد ان الفقه الفرنسي الحديث وكذلك شيئا فشيئا فقه القضاء الفرنسي أصبحا يستبدلان عدم الرّجعية بالأثر المباشر للقانون الجديد. انطلاقا من مضمون الفصل 2 من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على ان "القانون لا يسري إلا على المستقبل فليس له اثر رجعي " وفي أن واحد رجوعا إليه يقولان بوجوب إعطاء القواعد الإجرائية نفس حكم قواعد القانون الخاص عامة.
ROUBIER : les conflits de lois dans le temps : volume 1er ed 1929 – 1933 N° 140 et 2em ed N°101. RIPERT et BOULANGER : traité de droit civil : .. T.I : N°302 MARTY et RAYNAULD: droit civil: T.I N107

وفي غياب حل تشريعي مبدئي للتنازع في الزّمن في مجال الإجراءات على غرار القانون الموضوعي استقر الاجتهاد القضائي على تطبيق النظام العادي للتنازع القائم على قاعدتي عدم الرجعية والأثر المباشر للقانون الإجرائي الجديد ما لم يتضمن القانون الجديد أحكاما انتقالية مخالفة لهذين القاعدتين، بمعنى أن القانون الإجرائي الجديد لا يطبق الا على الإجراءات اللاحقة لدخوله حيز النّفاذ. فلا يؤدي تطبيق القانون الجديد إلى إبطال الأعمال الإجرائية التي نشأت صحيحة طبق احكام القانون القديم ولا يزيل آثارها التي حدثت تحت ظل القانون القديم. فلم يخرج التّنازع الإجرائي في الزمان عن نظام التنازع الموضوعي فلا يكون للقانون الجديد إلا أثر مباشر، لكن تطبيق هذا المبدإ له بعض الخصوصيّة في مادة المرافعات.

ففيما يخص القوانين المتعلقة بطرق الطعن:
إن قابليّة الحكم للطعن وطبيعة هذا الطعن وشروط مقبوليّته هي من توابع الحكم نفسه وهي مرتبطة به شديد الارتباط. لذلك يجب اعتبار التاريخ الذي صدر فيه الحكم لا التاريخ الذي وقع الإعلام به فيه حتى في تحديد أجل الطعن.

والحكمة وراء إعطاء هذا الحلّ تكمن في ان مسألة الأجل تتصل اتصالا وثيقا بأصل حق الطعن نفسه والذي يرتبط بقاؤه بأجل الطّعن الذي هو من المسقطات التي تتميّز كما أسلفنا عند تعريفنا لها بأن الأجل يساهم في نشأة الحق الإجرائي وفي دوامه.

لكن الإشكال يبقى قائما في خصوص التفريق بين القواعد المنحدرة من أصل الحق والخاضعة للقانون القديم والقواعد الشّكلية المحضة مثل صيغ رفع الطعن وشكلياته والخاضعة للقانون الجديد بموجب الأثر المباشر وهو ما يزيد هذه التفرقة أهمية.

وقد كرّس تنقيح م م م ت بقانون 1 / 9 / 1986 هذه التّفرقة حيث أبقى بموجب فصله الرابع الأحكام الصادرة في القضايا الجارية عند صدوره خاضعة للقانون القديم من حيث قابليتها للطعن وطرقه فقط[1] فهو على وجه الاستنتاج يستثني صيغ رفع الطعن وشكلياته التي ادخل عليها تنقيحات بموجب الفصلين 134 و136 م م م ت جديدين وهذا ما كرسه عمل القضاء تطبيقا لهذا التنقيح.

لكن يحسن بالمشرع التونسي ان يستعيض عن التطبيقات الخاصة المتواردة بنفس الحل ان يعتمد حلا تشريعيا مبدئيا في شكل قاعدة تنازع عامة على غرار التشاريع المقارنة مثل المشرّع المصري الذي أعطى الحل بالفصل 1 مرافعات فاستبعد بموجبه الأثر

1. تضمن الفصل 4 من قانون 1 / 9/ 1986 بفقرته الثالثة ما يلي: "والاحكام الصادرة في القضايا المشار اليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل وكذلك الاحكام الصادرة قبل جريان العمل بهذا القانون تبقى خاضعة للقانون الجاري به العمل قبل ذلك التاريخ فيما يخص قابلية الطعن وطرقه".

المباشر للقانون الجديد بالنسبة «للقوانين المعدّلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها» وكذلك «القوانين المنظّمة لطرق الطّعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق».

وهذا الحلّ يتميّز من جهة بالوضوح وعدم التعقيد إذ يعتمد معيارا دقيقا وهو بداية احتساب الأجل ولا يدمج بين أحكام القانونين القديم والجديد في شأن مدّته ومن جهة أخرى يتميّز كذلك بكونه يعتمد منطق نشأة الحق أو العمل الإجرائي أو أثره فيما يتعلّق بطرق الطعن عندما يستبعد الأثر المباشر للقانون الجديد المنشئ أو الملغي لطريقة من طرق الطّعن بالنسبة للأحكام الصادرة قبل نفاذه[1].

تجدر الملاحظة في نهاية هذا العرض لنظام تنازع القواعد الإجرائية في الزّمن ان المشرّع سعيا منه للمحافظة على وحدة النّزاع ووحدة الاجتهاد القضائي يعمد إلى حل المشكل ولو جزئيا من خلال الاحكام الانتقالية وهو ما تؤكده الأمثلة التشريعية التي سبق ذكرها. لكن مهما كان التنقل محكما ودقيقا لا يمكن ان يكون شاملا لكل الإشكالات التي لا يظهر أدقّها إلا عند التّطبيق لذلك إلى جانب ضرورة إتباع نظام الحالات في حل مشكل التّنازع من قبل القضاء فإنه يستحسن ان يتدخّل المشرّع كما فعل نظيره المصري لإعطاء الحلول المبدئيّة الموجّهة للقاضي في ملاءمة الحلّ للوضعيّة التنازعيّة الإجرائيّة.

وتتجاوز رقابة النظام العام مسألة ولاية جهة اصدار العمل القضائي إلى بناء ذلك العمل أي إلى صيغته.

ب. من جهة الصيغة (صيغة بناء العمل المستأنف)

إذا تم الإجراء وجاء رغم تدخّل مساعدي القضاء مشوبا بعيب شكليّ يستوجب توقيع الجزاء القانوني المناسب الذي لا يخرج عن الغائه أو انكار أثره القانوني، ونظرا لخطورة هذا الجزاء خصوصا إذا اخذنا بعين الاعتبار الطابع الشكلي والآمر

1. اما فيما يخص القواعد المتعلقة بالإثبات فإذا ما تجاوزنا الجدل حول طبيعة مسألة الإثبات هل هي موضوعيّة أم إجرائيّة لعدم تأثيرها مباشرة على الحلّ الملائم لإشكاليّة التّنازع، فان نفس التّفرقة بين المقبوليّة والصيغة المعتمدة بالنسبة لطرق الطّعن يمكن اعتمادها في حسم مشكل تنازع القوانين في الزمان بالنسبة لوسائل الإثبات. فإذا ما تعلّق الأمر بشروط قبول وسائل الإثبات فإن القواعد تكون موضوعية وأما إذا تعلّقت بصيغ وشكليات الاحتجاج بها فالقواعد تكون إجرائية. لذلك جرى الرأي والعمل على التفريق بين وسائل الإثبات المعدّة مسبقا ووسائل الإثبات التي تعد أثناء سير القضيّة.
فبالنسبة للأولى وقد قامت شكلا ومضمونا تحت ظل القانون القديم فإنها تخضع مبدئيا للقانون القديم ولا يطبق عليها القانون الجديد إلا إذا كان أرفق وكذلك الشأن بالنسبة للقرائن القانونيّة. وأما الثانية فإنها تخضع للقانون الجديد بموجب الأثر المباشر له ولعدم قيامها شكلا ومضمونا تحت ظل القانون القديم كان يصدر قانون جديد يغير إجراءات سماع الشهود شأن الفصل 92 م م م ت الذي أوجب تلقي الشهادة من قبل القاضي المتعهّد، أو يغير إجراءات الاختبارات أو كيفيّة حضور الأطراف أمام المحكمة أو كيفيّة أداء اليمين الخ...

للقواعد الإجرائيّة، يتدخل القانون نفسه عبر نظريّة الجزاء الإجرائي نفسها لتخفيف وطأة آثار الطابع الشكلي للإجراءات وبالتالي اثر النظام العام الاجرائي بإدخال مرونة على نظام تقرير وتوقيع الجزاء من خلال تجميع سلطة الرقابة على الدفوع الاجرائيّة وجزاءاتها بين يدي نفس المحكمة إلى جانب إقامة سلّم متدرّج للجزاءات الإجرائية.

وقد كانت مساهمة فقه القضاء العدلي المدني جلية ومثرية سواء من جهة إكمال سلّم الجزاءات الاجرائية (1)، أو من جهة نظام توقيعها (2).

1. مراجعة سلم الجزاءات الاجرائية

تظهر مساهمة فقه القضاء العدلي بإكمال سلّم الجزاءات الاجرائية من خلال بلورة جزاء الانعدام أو نظرية العدم من جهة، ومن خلال اضافة حالة مستحدثة للبطلان الوجوبي وهي «مخالفة الصيغ الاجرائية الجوهرية»، أو من خلال بلورة جزاء عدم المعارضة بما ادى إلى قلب هرم الجزاءات الاجرائية.

- استحداث جزاء الانعدام

يعتبر العدم أو الانعدام اقوى جزاء اثرا لأنه يعدم الوجود القانوني للعمل الإجرائي بأن يعتبره والعدم سواء. فالإجراء أو العمل القانوني المعدوم يعد كأن لم يقم ولم يتواجد اصلا إذ يتعلق الخلل الإجرائي بمدى نشأة أو ولادة الإجراء من أصله، فهو إذا نفي للوجود وتبعا لذلك يثبت العدم من ذاته وبالمنطق ولا يخضع إلى نظام الإثبات ولا يخضع ايضا إلى وجوب اقراره والحكم به قضائيا بل يكفي الدفع به.

لكن بعض النظم الإجرائيّة والفقه الغالب يرى ان العدم يستوجب القيام به أي طلب التصريح به قضائيّا.

ولعل الجدل القائم حول تقرير هذا الجزاء يرجع إلى صعوبة التمييز بينه وبين جزاء مساو في الأثر وهو البطلان المطلق، اذ جرى القول بان «الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجودا ابدا»[1].

1. تع مدني د م عـ43ـدد بتاريخ 10 / 12 / 1991 مجموعة (1961 - 1992) ص 52.
المبدأ: أن الفصل التاسع من مجلة المرافعات المدنية والتجارية نص عام يطبق عند إقامة المبلغ إليهم مستندات الطعن بدولة لا تربطها بالجمهورية التونسية اتفاقية قضائية ولم يكن من مواطنيها، أما في صورة وجود اتفاقية فان العمل بأحكامها أمر حتمي باعتبارها أعلى مرتبة في القانون الداخلي. وقد رتبت الدوائر المجتمعة عن بطلان التبليغ سقوط الطعن لارتباطه بإجراءات رفع الطعن في اجله المسقط.

لكن العدم في حقيقته يتميز عن البطلان المطلق من حيث أنه يقوم على إنكار الوجود القانوني للعمل الإجرائي، أما البطلان فيقوم على إعدام الوجود القانوني للعمل الإجرائي القائم في الواقع لفقدان ذلك العمل لركن من أركانه أو لشرط من شروط صحته التي وضعها القانون.

فالباطل يولد لكنه يولد ميتا اما المعدوم فلا يولد اصلا وليس له حقيقة وجود مهما كانت صورة ذلك الوجود لذلك يلحقه المنطق بالحكم لا بمحلّه فيثبت العدم اعتمادا على منطق الأشياء والبداهة كحكم تصوّري دون حاجة لصدور حكم قضائيّ بتقريره.

ولا شيء يمنع من القيام بطلب التصريح بالانعدام عملا بالأصل وهو الإباحة ولتمييزه عن البطلان بصنفيه وسدّا لذريعة إلباس أحدهما بالآخر بحسب مصلحة الطرف المتمسّك أو المتمسّك ضدّه بأحدهما.

وقد أقر فقه القضاء الإداري جزاء العدم في خصوص المقررات الإداريّة القائمة على سلطة «مغتصبة» مستقلا عن البطلان، من ذلك قرار المحكمة الادارية عدد 17830 بتاريخ 14 \ 7 \ 2001 [1]، وقرارها عدد 17151 بتاريخ 20 \ 11 \ 2001 [2]، ودعوى بطلان الأحكام على أساس الغلط الحسّي التي قبلتها المحكمة الإداريّة. في حين أقرّه فقه القضاء العدلي بالنسبة للقيام على ميت[3] قبل أن تجيز الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب تصحيحه باستعمال نظريّة الظاهر في قرارها عدد 43 مؤرخ في 10 ديسمبر 1991 ثم في قرارها عدد 124 بتاريخ 11 نوفمبر 1999 بمناسبة الطعن الموجه ضد ميت دون العلم بوفاة المطعون ضدّه لان الظاهر دليل الباطن ويصحح الخاطئ فيجعله صوابا[4] ثم حصّنته بقرينة اتصال القضاء ضمن قرارها عدد 24710 بتاريخ

1. منشور بمجموعة قرارات المحكمة الادارية 2001 ص 97

2. منشور بمجموعة قرارات المحكمة الادارية 2001 ص 147

3. من ذلك تع مدني عدد 8983 بتاريخ 10 جويلية 1972 الذي جاء فيه: "إيقاف الدعوى لوفاة أحد المتقاضين وبطلانها لوفاة أحد المدعين قبل القيام بها امران لكل منهما اجراءات ونتائج خاصّة فإذا قضت المحكمة بإيقاف الدّعوى بينما القضية تهم بطلانها تكون قد حرفت الوقائع واستهدف حكمها للنقض". وتع مدني عدد 7566 بتاريخ 13 ماي 1971 الذي جاء فيه بدوره: "يعد القيام على ميت باطلا من أصله والحكم الصادر عليه بالخروج يعتبر كذلك باطلا ولا يصححه دفع الكراء من طرف ورثة المحكوم عليه بعد الحكم". مذكوران بم م م ت معلق عليها للأستاذ بلقاسم القروي الشابي 1990 (الفصل 19ص 24 ـ 25).

4. قرار تعقيبي صادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 43 مؤرخ في 10 ديسمبر 1991، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة، 1961 - 1992، ص. 52 وقرار عدد 124 بتاريخ 11 نوفمبر 1999 منشور بمجموعة ق د م 1999 وفي نفس التوجه، د م عدد 66012 بتاريخ 21 اكتوبر 1999 م ق د م 1999. الذي جاء فيه "ان العبرة بالظاهر لان الظاهر دليل الباطن". تع مدني د م عـ27632ـدد بتاريخ 24 / 04 / 1997 مجموعة (1996 - 1997) ص 92.
رفع الاستئناف على ميت يكون باطلا متى ثبت حصول العلم للمستأنف بالوفاة ولذلك فان جهل هذا الأخير بوفاة المستأنف عليه لا يعيب طعنه شكلا لان مبنى تصرفه يعتبر صحيحا مادام قد وقع على مقتضى محضر الإعلام بالحكم الابتدائي.
ان الإغفال المتعمد لذكر وفاة الخصم المستأنف عليه صلب محضر الإعلام بالحكم لا يمكن ان يؤثر على صحة إجراءات رفع الاستئناف ضد من ذكر أخذا بنظرية الأمر الظاهر التي تكفل إنقاذ ذلك الإجراء من الإبطال وتصير الخطأ مشروعا لما يوفره من سلامة في العلاقات القانونية.

2 جوان 2005 [1] لكنها مع ذلك أقرّت جزاء العدم إذا تم تبليغ الاستدعاء والقيام بغير المقر الحقيقي للخصم في قرارها عـ6دد صادر في 2 جوان 1988 [2] ملاحظة أن تبليغ الاستدعاء إلى غير مقر المتسوغ الذي غادر المكرى والإعلام وتبليغ إجراءات الطعن بنفس الإجراءات يكون معدما للحكم والقرار التعقيبي الذي صدر دون احترام إجراءات التبليغ.

وهكذا يكون فقه قضاء محكمة التعقيب التونسيّة بدوائرها المجتمعة تجاوز الدّمج بين حالات العدم وحالات البطلان المطلق إلى تصحيح المعدوم أحيانا تحت غطاء نظريّة الأخذ بالظاهر التي قالت في شأنها محكمة التعقيب إنها تصحح الباطل وتقلبه صحيحا والحال أن الأمر يتعلّق بالقيام على ميت يعدم القيام[3]، وأخرى تحت غطاء قرينة اتصال القضاء التي تحصّن الحكم وتحول دون طلب التصريح ببطلانه على معنى الفصل 484 م إ ع ولو تم القيام من أصله ضدّ ميت عديم أهليّة الوجوب وليس فقط فاقدا لأهليّة الأداء[4].

ولا شك في أن هذا الاجتهاد تأثر في حقيقته بقاعدة جارية على الألسن مؤداها ان «لا بطلان في الأحكام».

وتقتضي قاعدة لا بطلان في الأحكام عدم جواز إقامة دعوى بطلان حكم بصفة أصلية اي ابتداء، كما لا يجوز التمسك بالدفع ببطلان حكم في دعوى قائمة فإذا رفع شخص دعوى طالبا الحكم ببطلان حكم صادر عن محكمة منتصبة للقضاء بصفة قانونية أو تمسك في رد دعوى موجهة ضده بالدفع ببطلان الحكم المحتج به عليه تكون دعواه أو يكون دفعه غير مقبولين تطبيقا لقاعدة عدم جواز الادعاء ببطلان الأحكام.

وتسري هذه القاعدة ولو كان الحكم غير قابل للطعن باي وجه من اوجه الطعن لأن المشرع لما يمنع الطعن في الحكم فإنما يقصد بذلك عدم جواز إعادة النظر في قضاء المحكمة التي اصدرت الحكم ولو كان غير عادل من حيث موضوع النزاع، أي من حيث أصل الحقوق أو غير صحيح من حيث الشكل، بمعنى بقطع النظر عما شابه من جور في الحقوق أو بطلان في الإجراءات.

1. منشور بمجموعة ق د م 2005

2. منشور بمجموعة 1961 \ 1992 ص وقد صدر بمناسبة الطعن بالخطإ البيّن.

3. قرار تع د م عدد 43 مؤرخ في 10 ديسمبر 1991، مجموعة ق د م، 1961 - 1992، ص. 52 قرار مذكور.

4. عدد 24710 بتاريخ 2 جوان 2005 مذكور سابقا.

وقد عرض فقه القضاء التونسي لهذه المسألة بمناسبة نظر دعاوى الإبطال والتشطيب على الأحكام الصادرة بالتسجيل عن المحكمة العقارية والتي كان الفصل 332 ح ع يمنع الطعن فيها بأي وسيلة من وسائل الطعن ولو بالتعقيب قبل أن يفتح بابا استثنائيا للمراجعة بتعديل سنة 1995، ثم باب التعقيب بتعديل 3 نوفمبر 2008. حيث أقر عدم جواز رفع دعوى ابطال أو تشطيب هذه الأحكام من السجل العقاري ولو بنيت على تغرير أو تدليس أو خديعة كما اقرت محكمة التعقيب عدم جواز الدفع ببطلان حكم ما لم يثبت أنه قد وقع ابطاله بالطرق القانونية في قرارها عد8817د بتاريخ / 7 / 1973 [1].

وقد تعزز هذا الموقف أخيرا بصدور قرار الدوائر المجتمعة عدد 24710 بتاريخ 2 جوان 2005 [2] الذي اعتبر أن قرينة اتصال القضاء المطلقة تحصّن الحكم الصادر في دعوى موجهة على ميت لكن للغير ولن لم يكن طرفا حقيقيّا في ذلك الحكم أن يطلب من القضاء التصريح بعدم المعارضة بذلك الحكم. ونسجت على ذلك الدائرة الأولى بمحكمة التعقيب في قرارها عدد43851 بتاريخ 12 جويلية 2010 الذي جاء فيه ان «الفقرتين الأولى والثالثة من الفصل 484 م ا ع تم نسخهما عن طريق الاستيعاب بالفصل 156 م م م ت... ومن ثمة فإن الاستثناء الوحيد الذي بقي بموجب الفصل 484 المذكور ويمثل استثناء لحجية الامر المقضي هو الغلط الحسّي الذي كان سببا أصليا ووحيدا في صدور الحكم»[3].

وهذا الجدل خصوصا بعد صدور قرار الدوائر المجتمعة السالف الذكر المعدم لنظريّة الانعدام يطرح مسألتين أساسيتين اليوم هما:

- مدي قيام نظرية الانعدام مستقلة عن نظرية الطعن، و،

1. نمت 1973 ج 1 ـ ص 217

2. تع د م عدد 24710 بتاريخ 2 جوان 2005 مجموعة 2005.

3. غير ان هذه القاعدة في نظرنا تجد حدا منطقيا لها من داخلها يتمثل في كونها لا تسري الا على الأحكام التي لها وجود قانوني لكنه معيب. بمعنى ان قاعدة لا بطلان في الأحكام تفترض ان يصدر حكم قائم الأركان قانونا لكنه معيب لخرقه القانون أو لخلل في اجراءات الخصومة أو في اجتهاد المحكمة في شأن أصل الحقوق بما يسوغ معه طلب نقضه أو ابطاله. اما إذا كان العمل القضائي المطعون فيه فاقدا لأحد مقومات الحكم الأساسية اي يكون فاقدا لأحد أو لكل اركان الحكم كان يكون من صدر عنه ذلك "الحكم" ليس له صفة القاضي أو عن محكمة مركبة بصفة غير قانونية أو لم يمضيه من اصدره أو يصدر في غياب نزاع أو دون وجود خصم أو دون طلب الخصم للحضور امام القضاء أو بطلب شخص لا صفة له في نيابته أو ضد ميت موتا طبيعيا أو اعتباريا أو ضد ذات معنوية منحلة تم ختم تصفيتها واشهاره أو لا ممثل لها فلا صبغة حكمية له وهو عديم الوجود وبالتالي لا يقوم حكما لانعدام اركان الحكم فيه فيكون بمثابة العدم ويجيز الفقهاء القيام بطلب التصريح ببطلانه على هذا الأساس وهذا البطلان ان صحت تسميته كذلك يكون بطلانا مطلقا لكنه في الحقيقة يتجاوز ذلك إلى العدم. وإذا كان الحكم معدوما فأنه يمكن إقامة دعوى في إبطاله أو التصريح بانعدامه ولو كانت طرق الطعن مفتوحة ضده بموجب القانون بل إنه يمكن القول أن الحكم المعدوم غير قابل للطعن لأن الطعن يفترض وجود حكم لا شبهة حكم. ولعل هذا ما جعل المشرّع ينصّ على هذه الإمكانيّة في مجلّة الالتزامات والعقود صلب فصلين الأول عام وهو الفصل 484 والثاني خاصّ وهو الفصل 1531 في خصوص طلب إبطال الحكم الصادر على كفيل الوجه بسبب عدم إحضاره المدين إذا أثبت أن المكفول كان متوفّى أو تم تفليسه يوم صدور الحكم عليه بأداء الدين، وهذان الفصلان لم يتم تعديلهما أو إلغاؤهما رغم صدور مجلة المرافعات المدنيّة وتعرضها للتعديل وكذلك مجلة الالتزامات والعقود في عدّة مناسبات.

- مدي جواز رفع دعوى بطلان اصلية في الاحكام على مقتضي احكام الفصل 484 مجلة التزامات وعقود الذي يبدو أنه قد عادت له الحياة بعد فترة من الموات بما أسقط قاعدة لا بطلان على الأحكام[1].

- استحداث حالة بطلان وجوبي

نصّ في شأنه المشرع في الفقرة الأولى من الفصل 14 م م م ت على أنه:
«يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها».
ويتبين من احكام هذه الفقرة ان البطلان المطلق جزاء مشدّد لإخلالات اجرائية خطيرة وجوهرية اذ تجد سببها في اسباب اربعة ثلاثة منها ذكرها المشرّع اما الرابع فسهى عنه:

الحالات المذكورة:
وهي :
- خرق القواعد التشريعية الآمرة المقررة تحت طائلة البطلان التشريعيّ بإرادة المشرّع الصّريحة أخذا عن المذهب المقيّد في البطلان.
- خرق قواعد النظام العام الإجرائيّ والمستند إلى مبادئ التنظيم القضائي أو ضمانات حسن سير القضاء أو ضمانات المحاكمة العادلة.
- خرق مبادئ وقواعد الإجراءات الأساسيّة باعتبارها ترمي إلى تحقيق الضمانات الكبرى لحسن سير القضاء والمحاكمة العادلة وقوامها حق الدّفاع ودرعه مبدأ المواجهة.
- الحالة المسهو عنها:
هي حالة خرق الصّيغ الشكليّة الجوهريّة les formes substantielles.

وتتصل هذه الحالة بأهم خاصيات القانون الاجرائي الا وهي الطابع التشريعي فهي صيغ يضعها النص التشريعي، والطابع الشكلي لأنها تتعلق بصيغ الاعمال الاجرائيّة وبطابعها الرسمي، والطابع الآمر لأنها وضعت لتحقيق غاية من النظام العام وهي حماية الحجّية الرسمية والثقة القانونيّة في الحجج الرسمية والاعمال القضائيّة المشبهة بها وضمان الحماية القانونية من داخل الحجة نفسها ومن صيغتها

1. يراجع حول بطلان الاحكام عموما، ابطال الحكم القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس 2009.

الشكلية التي يجب ان تلتزم النموذج التشريعي تحت طائلة البطلان الوجوبي[1].

لكن محكمة التعقيب استبعدت من مجال الصيغ الشكلية الجوهرية وجوب التنصيص على هوية من تسلم نظير المحضر وصفة التمييز لديه والتعريف بهويته التي ألحقتها بالإجراءات الأساسيّة في التبليغ ورتبت على الاخلال بها بطلان المحضر ورتبت على بطلان محضر تبليغ المستندات سقوط الطعن نفسه[2]. كما اكتفت أحيانا بالتنصيصات الأساسية الدنيا ومجيزة اكمالها بمحتوى اوراق الملف كما بالنسبة لبيان الحكم المعقب أو هوية اطراف النزاع الصحيحة[3].

ولعل أبرز مثال على ذلك الصيغة الرسميّة للمحاضر التي يحررها عدول التنفيذ بصفتهم مأموري تبليغ وتنفيذ ومعاينات ماديّة الواردة بالفصل 6 م م م ت[4]، أو صيغة الحكم القضائي الواردة بالفصل 123 م م م ت.

1. تع مدني د م عـ50ـدد بتاريخ 107 / 03 / 1992 مجموعة (1961 - 1992) ص 306.
المبدأ: محاضر تبليغ مستندات الطعن هي أوراق شكلية يتعين ان تراعي في تحريرها الأوضاع التي قررها القانون لاحتوائها على بيانات وجوبية فهي تشتمل في صلبها دليل استكمال شروط صحتها فلا يجوز تكملة النقص في البيانات الواجب ذكرها فيها بأي دليل يستمد من غير المحضر ذاته.

2. تع مدني د م عـ6425ـدد بتاريخ 15 / 07 / 1983 مجموعة (1961 - 1992) ص 23.
المبدأ: من الإجراءات الأساسية في تبليغ نظير الإعلام حسب الفقرة الثانية من الفصل 8 جديد م م م ت وجوب التعريف بهوية الشخص المبلغ له ذلك الإعلام بالوثائق الرسمية التي يدلى بها أو بالتعريف به بواسطة معرف يحمل تلك الوثائق إذ بدون ما ذكر يكون محضر التبليغ باطلا على معنى الفصل 14 من نفس المجلة ويترتب عنه سقوط الطعن خاصة إذا لم يوجد بالملف ما يفيد ان المعقب عليه على علم بمستندات الطعن.

3. تع مدني د م عـ85ـدد بتاريخ 1998/04/16 مجموعة (1997 - 1998) ص 45.
لم يشترط المشرع بالفصل 185 من م م م ت اشتمال مستندات الطعن بالتعقيب المبلغة للمعقب ضده على رقم القضية التعقيبية ولم يرتب جزاء على إهماله أو الخطأ فيه لان محضر تبليغ المستندات إذا اشتمل على البيانات التي من شانها ان تعرف المبلغ اليه بالحكم المطعون فيه والبيانات المتعلقة بأسماء الخصوم ومقراتهم اعتبر معه الإجراء صريحا لا يطعن فيه بالخطأ البين الوارد بأحكام الفصل 192 من م م م ت.

4.الفصل 6 (نقح بالقانون عدد 82 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002)
يجب أن تشتمل المحاضر التي يحررها العدول المنفذون على ما يأتي:
أوّلا: التاريخ الذي حصل فيه الإعلام يوما وشهرا وسنة وساعة.
ثانيا: اسم الطالب ولقبه ومهنته ومقره المختار وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه إن كان تاجرا واسم من يمثله إن وجد ولقبه ومهنته ومقره.
وإذا كان الطالب شخصا معنويا، يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.
ثالثا: اسم العدل المنفذ والمحكمة التي يعمل بدائرتها.
رابعا: اسم الموجه إليه الإعلام ولقبه ومهنته ومقره وإن لم يكن له مقر معلوم وقت الإعلام فآخر مقر إقامة كان له وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.
وإذا كان الموجه إليه الإعلام شخصا معنويا يجب أن يشتمل المحضر على اسمه ومقره الاجتماعي وشكله القانوني إن كان شركة وعند الاقتضاء عدد ترسيمه بالسجل التجاري ومكانه.
خامسا: اسم من سلم إليه الإعلام وإمضاؤه أو وضع علامة إبهامه على الأصل أو تسجيل امتناعه وسببه.
سادسا: إمضاء العدل المنفذ وختمه على كل من الأصل والنظير.
سابعا: بيان مصاريف الإعلام وأجره بكل من الأصل والنظير.
ثامنا: العدد الرتبي للمحضر بمكتب العدل المنفذ.

وقد استقر فقه قضاء محكمة التعقيب على ان تلك الصيغ من النظام العام، ويجب ان تستكمل الحجة أو الوثيقة تنصيصاتها الوجوبية من ذاتها، ولا يمكن اتمامها من خارجها كما بالنسبة لذكر تاريخ محضر التبليغ، وامضاء العدل المنفذ في الاصل وفي النظير.

وتدور جميع هذه الأسباب حول المصلحة العامة والتي تستوجب احترام قواعد التنظيم القضائي ومبادئه وحسن سير القضاء وتوفير الضمانات الأساسية لممارسة حق التقاضي الذي هو درع الحقوق ولهذه الاعتبارات يتميز البطلان المطلق من جهة نظام الدفع به المفتوح ومن جهة أثره المشدّد.

2. تطوير نظام توقيع الجزاءات الاجرائية

• حق التّمسك بدفوع النظام العام

لا ينحصر حق التمسّك بالدفوع المتصلة بالنظام العام على أطراف النزاع بل يتجاوزهم لكلّ ذي مصلحة وللمحكمة نفسها. فلا ترتبط الصّفة في التمسّك بها بشرط ذاتي لمن يدفع به بل هي دفوع مفتوحة لكل ذي مصلحة من الأطراف لا فرق بين طالب ومطلوب أو طرف أصلي أو منظمّ أو دخيل سواء كان تداخلا اختياريا أو إدخالا حبريّا.

كما يمتد حق التمسك به إلى النيابة سواء كانت طرفا أصليّا أو طرفا منظمّا أو نيابة قانون لدى التعقيب، وإلى المحكمة نفسها وعلى وجه الوجوب ولو من تلقاء نفسها لذلك اعتبرت مبطلات وجوبيّة.

اما من حيث وقت التمسك بها فيجوز في كل طور من أطوار التقاضي وفي كل مرحلة من مراحل الخصومة سواء لدى محكمة البداية أو لدى محكمة الاستئناف أو حتى لأول مرة لدى محكمة التعقيب. كما لا يرتبط بمدى الخوض في الأصل أو بتاريخه.

لكن كما سبقت الاشارة إلى ذلك فان الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب فضلا عن ربطها توقيع الجزاء بما في ذلك العدم والسقوط على مدى تحقق الغاية من الاجراء محل الخلل المعدم أو المسقط، فإنها اوقفت المعارضة بجزاء العدم على شرط ان لا يكون القائم بالعدم طرفا حقيقيا في النزاع الذي انتهى بالحكم المطلوب التصريح بانعدامه والذي اجرته على الورثة القائمين الذين هم خلف بوجه عام في الحكم ويتصل القضاء به في حقهم ما لم يقع التصريح ببطلانه أو بانعدامه.

• أثر جزاء دفوع النظام العام الاجرائية

يعدم البطلان (الوجوبي) أو المطلق الإجرائي كدفع من النظام العام على معنى الفقرة الأولى من الفصل 14 م م م ت كل أثر قانونيّ للإجراء الباطل كما يعدم البطلان المطلق الموضوعي على معنى الفصل 325 م إ ع كل أثر للتصرّف القانونيّ فيجعله كأن لم يكن. وقد اجرته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة حتى على الاحكام القضائيّة نفسها لا فقط على الاعمال الاجرائية في مفهومها الضيق وفي غياب تنصيص تشريعي على جزاء البطلان بمناسبة اعتماد المحكمة كتبا غير مسجل بقباضة التسجيل وغير معفى منه مستندة إلى مفهوم النظام العام مذكرة باستقرار فقه القضاء على ذلك الاجتهاد[1].

وقد أدى هذا الأثر المعدم للبطلان إلى خلط في فقه القضاء بما في ذلك فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب كما أسلفنا بين جزاءات العدم والسقوط والبطلان المطلق عملا بمقولة الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجودا أبدا. بل تجاوز ذلك الخلط إلى البطلان لعيب موضوعي كانعدام الاهلية، أو انعدام الصفة الموضوعيّة أو المصلحة الشرعيّة لاندراجها ضمن قواعد الاجراءات الأساسية ولاتصالها بالنظام العام[2]، والحال ان انعدام الاهليّة موجب للعدم اما انعدام الصفة الموضوعيّة موجب للدفع بعدم القبول، اما انعدام المصلحة الشرعيّة مثله مثل الاهلية الناقصة موجبان

1. تع مدني د م عـ24596ـدد بتاريخ 24 / 11 / 1989 مجموعة (1961 - 1992) ص 602.
المبدأ: اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 40 من القانون عدد 115 لسنة 1976 المؤرخ في 31 ديسمبر ما يلي:
- (يجب على الحكام ان لا يصدروا أي حكم اعتمادا على العقود وعلى الوثائق القضائية غير المسجلة وغير المتبرة ولا ينطبق هذا الالتزام على العقود وعلى الوثائق القضائية التي يتضح من خلال تأشيرة قابض المالية المختص أنها غير خاضعة باعتبار خاصيتها لمعلوم التامبر ولا لمعلوم التسجيل في أجل معين).
- وقد جاءت عبارات هذا النص صريحة في التحجير المطلق للاعتماد على العقود والوثائق القضائية غير المسجلة وغير المتبرة في إصدار الأحكام، وأوكلت إلى قابض المالية المختص دون سواه صلاحية الرقابة وسلطة التأشيرة على العقود والوثائق المعفاة من ذلك باعتبار خاصيتها وفي أجل معين. ويعتبر هذا الإجراء الشكلي إجراءا أساسيا يهم النظام العام، والحكم الصادر على خلافه يكون معرضا للنقض، وهو ما درج عليه فقه قضاء محكمة التعقيب في عديد القرارات، منها القرار عـ7122ـدد المؤرخ في 25 جانفي 1983 والقرار عدد 13218 المؤرخ في 22 أفريل 1986. وعلى هذا الأساس فان اعتماد حكم على بروتوكول اتفاق غير مسجل ولا مؤشر عليه من الجهة المختصة بالإعفاء من واجب التامبر والتسجيل، وذلك بعلة أنه تتمة لعقود أخرى مفروض فيها انها مسجلة، يعتبر خطا في تطبيق الفصل 40 المومأ إليه وخرقا صريحا لأحكامه الأمر الذي يعرضه للنقض.
تختص هيئة الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بالنظر في خصوص المسالة القانونية الواقع مخالفتها من طرف الحكم الصادر عن دائرة الإحالة كلما وقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع من اجله نقض حكمها الأول. وإذا رأت الدوائر المجتمعة النقض من جديد فإنها تختص أيضا بالبت في أصل الموضوع ان كان مهيأ للفصل (الفصل 191 جديد مرافعات).

2. قرار تعقيبي مدني عدد 20252 مؤرخ في 16 فيفري 1993 ن م ت 1993. قرار تعقيبي مدني عدد 6901 مؤرخ في 28 مارس 1989 ق م م ت 1989 ص 133. وقرار تعقيبي مدني عدد 45161 مؤرخ في 10 نوفمبر 1994 ق م م ت ص66 وكذلك قرار تعقيبي مدني عدد 11128 مؤرخ في 14 جانفي 1975 ن م ت 1975 ج 1 ص 37 الذي جمع بين البطلان الاجرائي والبطلان الموضوعي اذ ورد فيه: "المقام عليه يلزم ان يكون ذا اهلية وصفة ويؤخذ ذلك مما جاء به الفصل 3 من م إ ع والفصل 70 م م م ت. وقد اجرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة مفهوم الاجراءات الأساسية حتى على المادة التعاقدية عند وصفها لطبيعة قطع العلاقة الشغلية دون احترام الاجراءات التى وضعتها مجلة الشغل لحماية العامل من الطرد التعسفي وهو ما يذكر بما يسميه الفقه الحديث بالنمذجة الاجرائيّة للعقد (processualisation du contrat) تع مدني د م عـ10ـدد بتاريخ 02 / 06 / 1988 مجموعة (1961 - 1992) ص 477.المبدأ: ان عدم احترام الشركة للإجراءات الأساسية الرامية لحماية الأجير وتوفير الضمانات الكفيلة للحفاظ على حقوقه وإنهاء العلاقة الشغلية التي تربطها به وإحالة هذا الأجير على المعاش يعتبر قطعا تعسفيا لعقد الشغل يخول الأجير المطالبة بالمنح والتعويضات المستحقة قانونا.

للبطلان عند الرأي الغالب في الفقه[1].

وإذا ما استبعدنا الاضطراب الذي ادخلته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب من خلال نظرية الظاهر في غير محلّها، يترتّب عن هذا الأثر المشدد لدفوع النظام العام الاجرائي ونموذجها في فقه القضاء التونسي البطلان المطلق في القانون التونسي عدّة نتائج قانونيّة قوامها:

- إن أثر الجزاء لا يزول بالتّصديق أو بالإمضاء.
- أنه غير قابل للتّصحيح ولو بإذن المحكمة.
- أنه يلزم الأطراف والمحكمة على السواء فلا يحقّ للقاضي تجاوزه ولو رضي الأطراف بالعيب المعدم أو المسقط أو المبطل أو صدّقوا على العمل القضائي المعيب تحت طائلة نقض حكمه في إطار ما لمحكمة التعقيب من رقابة قانونيّة.

II النظام العام يضمن ممارسة سلطة المراجعة

تتوقف فاعلية رقابة المراجعة لمحكمة الدرجة الثانية على اجتهاد جهة اصدار العمل القضائي المستأنف على فرض احترام حق المتقاضي في التقاضي على درجتين كضمانة دستورية لعدالة ناجزة (أ) من جهة، وعلى إطلاق سلطة محكمة الاستئناف واقعا وقانونا (ب).

أ. فرض احترام التقاضي على درجتين ضمانا لعدالة الناجزة

يظهر فرض احترام هذه الضمانة الدستورية من خلال اقرار الطعن بالاستئناف كطعن حق عام مفتوح (1)، ثم من خلال توسيع نطاق الاثر الناقل للاستئناف (2).

1. تع مدني د م عـ6ـدد بتاريخ 02 / 06 / 1988 مجموعة (1961 - 1992) ص 144.
المبدأ: يجب تسليم الاستدعاء للشخص نفسه أو في مقره المختار حسب الأحوال لان تعمد تبليغ الاستدعاء لمحل لم يعد مقرا للمستدعي حسبما أثبته محضر المعاينة يجعل الإعلام باطلا.
تع مدني د م عـ6425ـدد بتاريخ 15 / 07 / 1983 مجموعة (1961 - 1992) ص 23.
من الإجراءات الأساسية في تبليغ نظير الإعلام حسب الفقرة الثانية من الفصل 8 جديد م م م ت وجوب التعريف بهوية الشخص المبلغ له ذلك الإعلام بالوثائق الرسمية التي يدلى بها أو بالتعريف به بواسطة معرف يحمل تلك الوثائق إذ بدون ما ذكر يكون محضر التبليغ حذف باطلا على معنى الفصل 14 من نفس المجلة ويترتب عنه سقوط الطعن خاصة إذا لم يوجد بالملف ما يفيد ان المعقب عليه على علم بمستندات الطعن.

1. إقرار الاستئناف طعنا مبدئيا

لم يصنف المشرّع التونسي الطعون بين مبدئية واستثنائية وانما اعتمد تصنيفا آخر يميز بين الطعون العادية والطعون غير العادية على أساس مدى اكتساب الطعن اثرا تعليقيا فيكون الطعن عاديا إذا كانت مباشرته في الأجل ينتج عنها تعليق تنفيذ الحكم المطعون فيه شان الاستئناف، وإلا يكون طعنا غير عادي شأن الطعن بالتعقيب. غير تصنيف المحاكم إلى محاكم حق عام ذات اختصاص مبدئي بنظر كل النزاعات عدى ما خرج عنها بنصّ خاص، وبين محاكم خاصة أو متخصصة، يستوجب ارداف بتصنيف للطعون بين مبدئية مفتوحة على كل حكم أو عمل قضائي ابتدائي شان الاستئناف في المادة المدنية أو الاعتراض على الحكم الغيابي في المادة الجزائية أو الادارية، أو على كل حكم نهائي الدرجة أو نهائي النصاب شان الطعن بالتعقيب.

لذلك كانت مساهمة فقه القضاء العدلي مثرية ومفعّلة لضمانة التقاضي على درجتين خصوصا وقد جاءت على لسان الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب.
فالشرط الأساسي الأول للطعن بالاستئناف ان يكون الحكم أو الامر أو الاذن المطعون فيه صادرا ابتدائيا عن محكمة درجة أولى أي ان يكون ابتدائي النصاب أو الدرجة، بمعنى أنه يجب ان يصدر عن احدى محاكم الدرجة الأولى أي أول محكمة يبدأ لديها النزال القضائي بتقديم عريضة افتتاح الدعوى أو عريضة طلب الاذن على العريضة أو عريضة الامر بالدفع وفي نطاق نصاب نظرها الابتدائي[1].

لكن النصاب النهائي لمحاكم الدرجة الأولى اصبح استثنائيا فكل من المحكمة الابتدائية منذ تنقيح 3 أفريل 1980 ومحكمة الناحية منذ تنقيح 1 سبتمبر 1986 اصبحتا تنظران في كل الدعاوى الداخلة ضمن اختصاصها ابتدائيا بصورة مبدئية ولا يكون نظرهما نهائيا الا على وجه الاستثناء مثل حكم المصادقة على التبني بالنسبة لمحكمة الناحية أو بعض الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الابتدائية مثل الحكم القاضي بالتبتيت أو بعض قرارات القاضي المنتدب للفلسة على معنى الفصل 427 م م م ت والفصل 454 م ت . وكذلك قاضي الملك التجاري وقاضي التقاديم وقاضي الضمان الاجتماعي فنظرهم ابتدائي دائما. في حين ينحصر نظر دائرة الشغل النهائي في الاحكام القاضية بتسليم الوثائق التي يقضي القانون بتسليمها إلى العامل عملا بالفصل 216 من مجلة الشغل. لكن مثل هذه الوثائق يأذن بتسليمها قاضي الضمان الاجتماعي بإذن ولائي لا بحكم.

1. ولو كانت محكمة التعقيب كمحكمة موضوع كما في دعوى مؤاخذة الحكام لكن التي هي فيها محكمة اصل للدرجة الأولى تصدر حكما باتا، أو محكمة الاستئناف التي تنظر دعوى التعويض المسجونين أو الموقوفين الذين ثبتت براءتهم بدائرة خاصة وتكون محكمة التعقيب محكمة درجة ثانية تنظر الطعن في احكام تلك الدائرة واقعا وقانونا. فمحكمة التعقيب هي في الاصل محكمة قانون لكنها يمكن ان تستحيل إلى محكمة موضوع للدرجة الأولى أو محكمة موضوع للدرجة الثانية.

ونذكّر بان وصف الحكم بكونه ابتدائيا أو نهائيا يؤخذ من طبيعة موضوع الدعوى لا مما تضفيه عليه المحكمة من وصف اي ان وصف المحكمة لا يلزم الأطراف ولا المحكمة المتعهدة بالطعن.

لذلك نصّ الفصل 41 مرافعات مدنيّة وتجارية في فقرته الثالثة قبل تنقيح 1 سبتمبر 1986 الذي سقطت منه هذه الفقرة على ان محاكم الاستئناف تختص بالنظر في استئناف الأحكام التي وصفت غلطا بكونها نهائية أو التي لم توصف بالصفة الابتدائية ولا النهائية.

كما نصت الفقرة الثالثة الحالية على اختصاصها بنظر استئناف الأحكام الصادرة في مادة مرجع النظر والتي بطبيعتها تكون ابتدائية اخذا بالطابع الآمر للقواعد المتعلقة بمرجع النظر خصوصا الحكمي منه.

غير ان طبيعة الاستئناف كطعن مبدئي يفترض ان يفتح بصفة مبدئية ضدّ كل عمل قضائي مهما كانت طبيعته اذنا كان أم أمرا أم حكما قضائيا تكريسا للحق في التظلّم وذلك كلما لم يضع المشرّع طريقة خاصّة للتظلّم أو الطعن فيه.

كما ان للطابع المبدئي للطعن بالاستئناف وجه آخر يتمثل في كونه طعن مفتوح لكل طرف في الحكم أو لخلفه بوجه عام أو بوجه خاص، وحتى لغير الطرف كما في استئناف احكام التحيين، أو استئناف الاذون القضائية.

وهذا ما اقرته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بمناسبة الطعن في الاذن على العريضة[1] في قرارها عدد49256 بتاريخ 25 جوان 1998. الذي جاء فيه:
«حيث ان المشرّع التونسي خوّل لكل متضرر من اجراء قضائي مهما كانت طبيعته وشكله حق التظلّم منه سواء كان ذلك بالاستئناف أو الاعتراض إذا كان القرار المتظلم منه حكما أو بطلب الرجوع فيه إذا كان القرار متخذا في شكل اذن على عريضة ما لم ينصّ على خلاف ذلك.

وحيث ان الاذون لا تتخذ طبيعتها من الاجراءات المتبعة عند القيام لاستصدارها وانما تحدد بموضوع الاذن المطلوب من القاضي اتخاذه... وهو ما يتماشى مع رغبة المشرّع في ايجاد طريق للتظلم لكل من تضرر من اجراء قضائي كل بحسبه كالأحكام بواسطة الاعتراض والاذون على العرائض بواسطة طلب الرجوع فيها»

1. منشور ضمن مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب لسنة 1999 / 1998 ص 49. وهو يتعلق بالطعن في اذن صادر ببيع أسهم مرهونة على معنى الفصل 247 من مجلة الحقوق العينية.

2. توسيع نطاق الأثر الناقل للاستئناف

يستمد من أحكام الفصل 144 م م م ت أنه يكرّس قاعدة نسبية الاثر الناقل للاستئناف كقاعدة متفرّعة عن قاعدة اصولية تقضي بنسبية العمل الاجرائي عموما. فلا يرفع الاستئناف النزاع إلى محكمة الدرجة الأولى الا في حدود ما تسلّط عليه الطعن.

كما ان من القواعد الاصولية في مجال الطعن بالاستئناف مبدأ استقرار النزاع المنشور لدى محكمة الدرجة الأولى على نفس النطاق في الاستئناف، وهو ما يستوجب اعتماد المشرّع قاعدتين جزئيتين متممتين تقضي الأولى بمنع الاستناد إلى وقائع جديدة لدى الاستئناف مناط الفصل 148 م م م ت، ومنع الطلبات الجديدة لأول مرة لدى الاستئناف مناط الفصل 147 م م م ت.

لكن فقه القضاء العدلي خفف من أثر النظام العام ومن الطابع التوجيهي لمبدا التقاضي على درجتين وبالتالي توسيع نطاق الأثر الناقل للاستئناف من حيث الوقائع ومن حيث الاطراف بمقاربة مرنة لقاعدة منع الوقائع الجديدة من جهة وباستعمال موسّع لآلية الإدخال.

• آلية الادخال سبيل فقه القضاء لقضاء ناجز سريع

ان القضاء الناجز يمثل غاية من غايات النظام العام دستوريا وتشريعيا. لذلك اعتمد فقه القضاء آلية الادخال بوجهيه الهجومي والانضمامي اختياريا كان ام جبريا لتحقيق الاثر الناقل للاستئناف بأوسع مدى ليشمل كل من له مصلحة في حضور النزاع أو في سماع الحكم الصادر فيه اختصارا للوقت والتكاليف والاجراءات وتحقيقا للسرعة في القضاء حتى ان محكمة التعقيب اوقفت قبول حق اعتراض الغير على الحكم المضر بحقوقه على معنى الفصول 168 وما يليه على عدم علم المعترض بالنزاع وعدم تفويته على نفسه فرصة التداخل فيه.

للإدخال تصوّران يرتبطان بنفس الازدواجية في وظيفة الطّعن بالاستئناف، تصوّر تقليديّ تضييقي وتصوّر محدّث تحرّري.

ويبدو أن المشرّع التونسي اعتمد التصوّرين لكن بمنهج توزيعيّ زمنيّ.

فإذا كانت المادتان 224 و225 مرافعات مدنيّة اللّتين جاءتا تحت عنوان «في احكام مشتركة بين المحاكم» خولتا فالأولى التداخل الاختياري والإدخال الجبري بسعي من أحد الأطراف أو من الغير بأبعد مدى وهو التداخل الهجومي، أما الثانية الإدخال

الجبري بسعي من المحكمة إذا رأت أن حضور الغير ضروريّ لتقدير النّزاع، وهو ما يخول لأطراف النزاع وحتى الغير على السواء الذهاب بالنزاع إلى أوسع مداه وبالتالي جعله إطارا ملائما لقطع دابر الخصام بصفة كاملة، فإن المادة 153 من ذات القانون الواردة في القسم الخاص بالخصوم لدى الاستئناف تضمّنت انه» لا يقبل التداخل لدى الاستئناف الا إذا كان بقصد الانضمام إلى احد الخصوم أو كان التداخل من شخص يكون له حق الاعتراض على الحكم.»

وهذا الالتباس في النظام القانوني للتداخل بين المادة 153 المفترض أن تكون النصّ الخاص بالنسبة للمادتين 224 و225 مرافعات مدنية من حيث المحيط الضيق للأولى والمحيط الواسع لأخرين جعل فقه القضاء يتأرجح بين موقف تضييقي ملتزم خصوصيّة المادة 153 وموقف تحرّري مغلب أحكام المادتين 224 و225 العامة[1].

لكنّ الترجيح بين الموقفين يجب في نظرنا أن يعتمد المفهوم المتطوّر والحركيّ والشامل للنزاع والتصوّر المحدّث للطعن عموما وللاستئناف بالخصوص باعتباره طعن المراجعة والإبطال المبدئي في قضاء الأصل والذي يجعل منه أداة لإنهاء النزاع وقطع دابر كل خصام يمكن أن ينشأ عنه النزاع أو ينشئه النزاع نفسه وبالتالي يجب أن يعتمد المدلول المتطوّر لاستقرار النزاع وللواقعة الجديدة حادثة كانت أم مستحدثة.

ولهذا رأينا ومنذ أول مناسبة سنحت أن موقف فقه القضاء التونسي المتحرر إزاء المفعول الناقل للاستئناف هو الذي يمثل الرأي الراجح[2] وهو في نظرنا يبقى الأرجح، لأنه يتماشى مع غاية الدّعوى القصوى وهي رفع عارض القانون المنشئ لها بصفة باتّة وبالعمل القضائيّ الملائم والنافذ، أي يتلاءم مع حقيقة الوظيفة القضائيّة وهي إرجاع التوافق بين الواقع والقانون في حالته المرضيّة وتوفير عدالة ناجزة وهي السريعة وقليلة الكلفة وقتا ومالا.

1. الحسين السالمي: التقاضي على درجتين، مرجع مذكور، قانون خاص ص 94 وما يليها.
لكن محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة اصبحت تميل إلى حصر الادخال في الاستئناف في حدود الفصلين 153 و225 م م م ت من ذلك تع مدني د م عـ34086ـدد بتاريخ 1996/12/26 مجموعة (1996 - 1997) ص 16. ادخال اس.
- الخصوم لدى الاستئناف ليسوا بالضرورة من عددهم الفصل 152 من م م م ت وإنما هم من يحددهم المستأنف باختياره حسبما تقتضيه مصلحته ومرمى طعنه. فيجوز له تبعا لذلك ان يوجه طعنه على البعض دون البعض الآخر.
- الإدخال الوارد به الفصل 225 من م م م ت إنما يرمي فقط إلى مساعدة المحكمة في تقدير النزاع ولا يخول لها الحكم على من وقع إدخاله جبرا.
- ان محكمة الموضوع لا تخضع في فهم الوقائع وتقدير الأدلة إلى رقابة محكمة التعقيب بشرط ان يكون رأيها معللا تعليلا صحيحا بما له أصل ثابت بأوراق الملف.
- ان القاضي لا يعهد نفسه بنفسه وانما هو يتعهد بالخصام بسعي من أحد الخصوم فيتقيد بالطلبات ولا يقضي بأكثر منها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

2. يراجع في الغرض الحسين السالمي، المرجع السابق.

ولعل هذه الغاية القصوى في متناول قاضي الدّرجة الثانية وبالأدوات الإجرائيّة المتوفرة ودون صدم القيم والمبادئ التي يقوم عليها النزاع وحتى القواعد العامة لنظام الطعن بالاستئناف بما فيها التقاضي على درجتين واستقرار النّزاع ومنع الطلبات الجديدة إذا ما أخذ بحياديّة هذه القواعد إزاء مفترضات تطبيقها المستمدة من مفهوم النّزاع كمحل للحلّ القضائيّ ومن مفهوم الطّعن كأداة لذلك الحلّ.

وهكذا، إذا كان التقاضي على درجتين يقوم على قاعدة أساسية هي استقرار النّزاع التي لا تجيز لمحكمة الاستئناف التعهد في نطاق الطعن بالاستئناف أي في إطار المفعول الانتقالي للدّعوى المعروضة ابتدائيا ولو رضي الخصوم بتجاوز ذلك الحد ما لم يكن الطلب الجديد متمثلا في بقايا أو ملحقات للدّعوى الأصلية استحقت بعد صدور الحكم الابتدائي أو في ضرر تفاقم بعد نفس التاريخ أو توابع للحكم، إلا أنّ استثناءات هذه القاعدة التشريعية متسعة المجال خصوصا وقد طبقها فقه القضاء الراجح بتحرّر ملحوظ من ضوابط التقاضي على درجتين.

كما أنه بغضّ النّظر عن الجواز الشرعي بتغيير سبب الدعوى استئنافيا أو الاحتجاج بوسائل جديدة أمام محكمة الدرجة الثانية والمكرس صلب المادة 148 مرافعات وما يفتحه من إمكانية واسعة للمحكمة الاستئنافية لتجاوز المفعول النسبي للعمل الاجرائي ومن ورائه قاعدة استقرار النزاع فان القيود الواردة عليها عظيمة الأثر خصوصا وقد أخذها القضاء بتحرر ملحوظ.

فالقاعدة أنه لا يجوز الاستئناف إلا مِن - أو ضد - مَنْ كان طرفا في النزاع الابتدائي أو خلفا لطرف فيه (الفصل 152 مرافعات)، لكن المشرع أجاز صلب الفصل 153 توسيع المفعول الناقل بالتداخل الانضمامي أو بتداخل من له حق الاعتراض على الحكم تداخلا هجوميا أي بما يغير مناط النزاع حتى من حيث موضوعه وسببه فضلا عن أطرافه وقد تجاوز المشرع هذا الجواز صلب الفصل 224 مرافعات بان أجاز للغير الذي له مصلحة في النزاع التداخل فيه في كل طور من أطواره تداخلا إراديا كما أجاز للخصوم أيضا ان يطالبوا بإدخال من له حق الاعتراض على الحكم إدخالا جبريا حتى ينسحب عليه الحكم الذي سوف يصدر في القضية.

أما الفصل 225 مرافعات فقد تجاوزت بفقرتها الثالثة كل ذلك بان أجازت للمحكمة أصالة منها وفي كل حين ان تأمر بإدخال الغير في الدعوى إذا رأت حضوره ضروريا لتقدير النزاع.

وقد ذهب فقه القضاء التونسي في بدايته على الأقلّ إلى اعتبار أحكام المادتين 224 و225 كما يوحي بذلك العنوان الذي تندرج تحته هي أحكام مشتركة بين جميع

المحاكم وفي درجتي القضاء الابتدائية والاستئنافية، لكنه سرعان ما تراجع واعتمد الموقف التضييقي.

وتبرير تضييق المشرع لحالات التداخل في الدعوى بطورها الاستئنافي هو ضرورة احترام مبدإ التقاضي على درجتين[1] لأن الإدخال بالطور الاستئنافي يعني حرمان الدخيل من درجة من درجات التقاضي وهو ما جعل المشرع يحصر التداخل الاختياري في الدعوى بطورها الاستئنافي في حالتين.

ولقد اقرّ فقه القضاء هذا الجواز في عديد من القرارات من ذلك قول محكمة التعقيب «ان نص الفصل 153 م م م ت واضح في كون التدخل لدى الاستئناف من الغير يكون قصد الانضمام لأحد الخصوم أو من شخص له حق الاعتراض»[2]. وهذا الموقف من شأنه ان يمكن تجميع النزاعات في خصومة واحدة وامام نفس المحكمة[3].

وإضافة إلى إجرائي التداخل والإدخال في النزاع فان المشرع يفتح بابا آخر لتجاوز المفعول الانتقالي صلب المادة 149 مرافعات وهو باب التصدي ويجيز هذا الإجراء لمحكمة الاستئناف التصدي لموضوع النزاع الذي لم يقع البت فيه ابتدائيا إذا كان الحكم المستأنف صادرا في دفع شكلي ورأت نقضه وكان النزاع قابلا للفصل في موضوعه.

وهكذا يكون تقلص درجات التقاضي نتيجة حتميّة لإعمال سلطة القاضي الأصليّة في استكشاف الحل الملائم للنزاع من جهة ولإعمال وظيفة الاستئناف كطعن مراجعة وأداة لإنهائه في ذات الوقت، ضمانا لمفترضات القضاء العادل وهي السّرعة وانخفاض الكلفة والنجاعة.

فلا ضرر إذن في أن يكون الأثر الناقل للاستئناف شاملا ومكتملا ما دام السّبيل الفضلى للحل القضائي القاطع لدابر الخصام والمنهي للنّزاع.

1. نور الدين الغزواني: الغير والدعوى المدنية، مرجع مذكور ص 37.

2. قرار تعقيبي مدني عدد 27429 مؤرخ في 11 / 09 / 1990 ن 1990 قسم مدني 1990 ص 19.

3. احمد خليل: أصول المرافعات المدنية والتجارية، مرجع مذكور ص 201.
نور الدين الغزواني، الغير والدعوى المدنية، مرجع مذكور ص 39 – 40.
Roget Perrot : droit judiciaire privé, fascicule 1, 1980 p 105.

• مرونة تطبيق قاعدة منع طرح الوقائع الجديدة ضمانا للحق في الاثبات وللحق في الحقيقة

تجدر الملاحظة بادئا ذي بدء أن «الواقعة الجديدة» موضوع التحجير لم يعرّفها المشرّع واختلف الفقه وفقه القضاء في تعريفها وتقديرها بين آخذ بتاريخ قيامها معتبرا ما قام منها في تاريخ رفع الطلب خارجا عن دائرة الوقائع الجديدة وبالتالي يجوز طرحها لأول مرّة لدى الاستئناف بقطع النظر عن تاريخ اكتشافها، وبين آخذ بتاريخ اكتشافها معتبرا كل واقعة لم تكتشف إلى تاريخ رفع الطلب الأخير وحجز القضيّة للمرافعة خارجا عن وصف الواقعة الجديدة.

ولكل من المعيارين مآخذه، فإذا كان تاريخ قيامها يتميز بكونه معيارا موضوعيّا وعامل مساواة مجرّدة فإنه لا يأخذ بالاعتبار ملابسات كل نزاع وكل واقعة ومدى حرص أو تراخي المتمسك بالواقعة بما لا يحقق الإنصاف، فإن معيار تاريخ اكتشاف الواقعة وإن كان من شأنه أن يحقق من خلال مرونته أكثر قدر من الإنصاف فهو من شأنه أن يكون سببا للمشاكسة والتعسف في الطلب أو في الدّفاع بقصد إطالة أمد الخصام أو حرمان الخصم من درجة من درجات القضاء، كما أنه يشجع على الخمول الإجرائي من جانب الاطراف.

لذلك كان لابدّ من وضع ضوابط للواقعة الجديدة حتى يكون تأخر طرحها مذموما وبالتالي مردودا تحت وصف الواقعة الجديدة.

o ضوابط الوقائع الجديدة

إن الوقائع والوسائل الإجرائيّة المعتبرة والجديرة بترتيب الآثار القانونيّة إجرائيّا وموضوعيّا هي الوقائع الأساسيّة أي المؤثرة في المراكز القانونيّة والإجرائيّة لكل أطراف رابطة النزاع متنازعين وقضاة ومساعدي قضاء لذلك يجب أن تتوفر فيها بعض الخصائص قوامها كونها:

- واقعة تنازعيّة أي مرتبطة بالنزاع موضوع الدّعوى أو كما يقول المشرّع بـ«موضوع الطلب الأصلي» مناط مبدأ استقرار النّزاع.
- أنها واقعة أساسيّة بمعنى أنها إما منشئة أو تأسيسيّة للطلب المرفوع أو للسبب الذي استبدل لدى الاستئناف.

ولعل هذه الخاصيّة هي التي جعلت المشرّع لا يقرن قبول الاحتجاج بوسائل جديدة بنفس الشرط وهو عدم قيامها على وقائع جديدة لم يقع طرحها لدى محكمة الدّرجة الأولى.

- أنها واقعة قائمة أثناء طرح النزاع لدى محكمة البداية.

- أنها واقعة قابلة للإثارة إجرائيّا في تاريخ تحرير الطلب الأصلي النهائي التزاما بطابعها الأساسي.
- أنها واقعة معلومة أو من شأنها أن تكون معلومة من الطرف الذي يستند إليها أو يدفع بها إذا كان حريصا.

ويترتب عن هذا التخصيص استبعاد بعض أصناف الوقائع من دائرة الوقائع الجديدة مراعاة لمقتضيات العدالة من جهة ولتأمين ولاية وسلطة كاملتين لمحكمة الاستئناف على النزاع بما يضمن رقابة كاملة على قضاء محكمة البداية وبالتالي أكثر فاعليّة وجدوى للتقاضي على درجتين.

o الوقائع المستبعدة

يأخذ مفهوم الوقائع في مجال الإجراءات مدلولا واسعا يشمل كل ما يتصل بالإثبات وبالاستقراء وعموما بسير النزاع في مختلف درجاته كما يشمل الوقائع والأعمال الإجرائيّة ذاتها مثل إصدار الأحكام التحضيريّة أو جريان الآجال أو سلوك الأطراف من حضور أو غياب أو تخلف عن القيام بالإجراء. فكلها من قبيل الوقائع الإجرائيّة التي يمكن أن تكون مؤثرة في مراكز الأطراف أو في صحة العمل الإجرائي بما في ذلك الحكم المطعون فيه.

كما يمكن أن يكون الحكم الابتدائي نفسه واقعة تنازعيّة أو منشئا لواقعة أو سببا في اكتشافها كصدوره خارج الأجل أو على قاض لم يتلق المرافعة أو لم يقع إمضاؤه من أحد القضاة.

وقد تبنى المشرع هذا الاستبعاد بالفصل 148 م م م ت عندما أجاز الاحتجاج بوسائل جديدة، كما أحال الفصل 140 على القواعد المقررة للإجراءات لدى المحاكم الابتدائية وجعلها منطبقة لدى الاستئناف.

لذلك يخرج الفقه وفقه القضاء من نطاق هذا التحجير الوقائع غير الأساسيّة والتي تمثل إما وسائل إثبات أو وسائل دفاع والوقائع الحادثة بعد الحكم والوقائع الداعمة للطلب الأصلي دون ان تحدث فيه تغييرا أو تبديلا[1].

- الوقائع الاستقرائية

1. رياض الأحمدي: مبدأ استقرار العناصر الموضوعيّة للنزاع المدني لدى الاستئناف، مذكرة د م في القانون الخاص ك ح ع س 1999 / 2000 ص 64.

أخذا بمعيار الواقعة الأساسيّة يستبعد من الوقائع الجديدة الوقائع التي تتعلق باستعمال المحكمة سلطة بحث واستقرار النزاع سعيا لإدراك الحقيقة وتهيئة ملف الدّعوى للفصل في موضوعها.

- الوقائع المكونة لوسائل إثبات
الإثبات هو فدية الحق وفي الآن نفسه سبيل القاضي إلى الحقيقة، لذلك أصبح الحديث عن الحق في الإثبات دارجا، وهو حق للمتقاضي على القضي الذي أصبح مدينا للمتقاضين بالبحث دون توان عن الحقيقة، بل الحقائق كلها كما قالت محكمة التّعقيب.

- الوقائع الحادثة أو المكتشفة «les faits révélés»
هي الحادثة بعد صدور الحكم الابتدائي أو أثناء إجراءات الاستئناف. أو التي تنشأ عن الحكم نفسه كعيب شاب تركيبة الهيئة التي أصدرته شأن وفاة أحد أعضائها قبل المفاوضة أو بعدها وقبل إمضائه، أو تترتب عنه كواقعة تنفيذيّة إذا كان مكسوّا بالنّفاذ المعجّل.

وقد كرّس المشرع الفرنسي هذا الجواز بالنّص[1] وزكاه الفقه.

ب. إطلاق سلطة رقابة محكمة الاستئناف القانونية

يظهر إطلاق سلطة رقابة محكمة الاستئناف على قضاء الاصل باسم النظام العام من خلال سيطرة قاضي الاستئناف على الوقائع طلبا للحقيقة كما أسلفنا، لكن أثر النظام العام الاجرائي هو أجلى من خلال سيطرته على القانون بجعله معيار الحياد الوحيد ضمانا للحل العادل المبني على مطابقة الحقيقة القانونية مع الحقيقة الواقعية.

1. سيطرة قاضي الاستئناف على القانون ضمانا للعدل في القضاء

لقد أصبح من مبادئ القضاء الأفقيّة المشتركة سيطرة القاضي على القانون باعتباره منشأ الحقوق جميعها سواء كان مباشرة أو بصفة غير مباشرة، وباعتباره يوفر قابليّة التوقّع ويضمن استقرار الأوضاع الحقوقيّة وبالتالي الأمن القانونيّ الذي هو المناط الحقيقي للوظيفة القضائيّة عموما ويمثل أسمى غايات النظام العام باعتباره يحقق غاية القانون، لذلك هو اليوم مقياس الحياد الأساسي.

1. الفصل 564 م م ف ج.
"questions nées ...de la survenance ou la révélation d'un fait..."

يقضي المفهوم الحديث لحياد القاضي، كلّ قاض، وفي كل فروع القضاء وزن مصالح الخصوم ومراكزهم القانونيّة بميزان القانون[1]. وهذا هو مؤدى منطوق الفصلين 65 من دستور 1959 ثم الفصل 102 من دستور 2014 الذين يجعلان للقانون وحده السلطان على القضاة في قضائهم والفصل 23 من قانون القضاء والمجلس الأعلى للقضاء لسنة 1967 الذي يحجر عليهم الاستناد إلى علمهم الشخصي أو تحكيم الأهواء أو المصالح أو الذوات في تقدير الحكم.

لكن فقه قضاء محكمة التعقيب يربط سلطة القاضي بحق المتقاضي في الحقيقة وبشموليّة تلك الحقيقة لأنها تمثل عنصر الجدلية القانونية وسيلة القاضي لبسط سلطان القانون.

فجاء في القرار التعقيبي عدد 1849 . 2004 بتاريخ 18 / 10 / 2004 حيث ... «إن عمل المحكمة يهدف إلى الكشف عن جميع الحقائق لحسن تطبيق النص.

---

1. لقد أصبح إعطاء دور تسييري للقاضي في النزاع أمرا ضروريا تطور بموجبه مفهوم الحياد من حياد سلبي مطلق إلى حياد ايجابي يتحكم بمقتضاه القاضي في تحديد مناط النزاع من حيث موضوعه وأطرافه ومداه الزمني إلى درجة أن الحياد أصبح عند بعض الفقهاء يقتضي فقط إنزال حكم القانون في النزاع ووزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل. ولقد شهد القانون التونسي حتى الوضعي نفس هذا التطور. فبعد أن كان نظام مجلة المرافعات القديمة لسنة 1910 تحت تأثير الإجراءات الشرعية من جهة ورغبة من المستعمر الفرنسي في تكريس سلطان القضاء المركز لسياسته يعطي دورا أساسيا للقاضي في النزاع ويطلق له يده في إدخال من رأى إدخاله فيه فصل 113 أو إجراء ما رآه صالحا من أعمال بحث أو استقراء حاول المشرع تحت نظام مجلة 1959 أن يرجع القاضي إلى وظيفته الحقيقية ودوره الطبيعي من خلال وضع مبدأ الحياد السلبي صلب الفصل 12 قديم من المجلة الحالية الذي كان ينص على ما يلي:
- "ليس للمحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج للخصوم".
فالقاضي، إلى حد تنقيح هذا الفصل بقانون 3 أفريل 1980، لم يكن له مبدئيا الحق في تكوين ولا إتمام ولا إحضار حجة لأي من المتنازعين تحت طائلة خرق هذا المبدأ الأساسي وبطلان عمله. كما عوض نظام القاضي المقرر الذي يعطي للقاضي الحرية المطلقة في بحث النزاع وتهيئته للفصل بما يراه صالح من وسائل الاستقراء السائغة قانونا بنظام القاضي المكلف الذي حسب منطوق الفصل 91 قديم م م م ت لا يباشر من الأبحاث إلا ما قررته المحكمة وكلفته به أو ما كان نتيجة طبيعية له أو ما كان له تأثير على الطلبات المقدمة بالجلسة الحكمية. وأرسى تبعا لذلك التحول الدور الوجوبي لمساعدي القضاء من عدول منفذين ومحامين بالخصوص لسد الفراغ الذي أحدثه هذا التحديد لدور القاضي. لكن الوضع لم يستقر على هذا الوجه من الحياد حيث أنه بالإضافة إلى الدور الكبير المسند للقاضي منذ سنة 1959 في خصوص مراقبة وتصحيح مرجع النظر فصل 21 فقرة ثالثة وفصل 29 فقرة ثانية والمسقطات فصل 13 والمبطلات فصل 14 وفي شان أعمال البحث اللازمة لإظهار الحقيقة من توجهات أو معاينات أو دعوى الزور فصل 84 م م م ت نجد أن تغيير مضمون الفصل الثاني عشرة من المجلة عدل في مفهوم مبدأ الحياد إن لم نقل رجع فيه خصوصا بعد التنقيح الأخير الذي جاء بموجب قانون 1 / 9 / 1986 والذي ارجع نظام القاضي المقرر وعدل عن نظام القاضي المكلف فلقد نص الفصل 12 الجديد على ما يلي:
"ليس على المحكمة تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم " وباستبدال المشرع " عبارة: ليست للمحكمة بعبارة" ليس على المحكمة" يكون قد قلب مضمون القاعدة بان أجاز للقاضي إن رأى اتجاه ذلك تكوين أو إتمام أو حتى إحضار حجج الخصوم". ولا يكون إذا فعل ذلك قد خرق القانون ولا يستهدف عمله أو حكمه الإبطال أو النقض، فهو على رأي الأستاذ محمد الشرفي يقيم نظام حرية مطلقة للقاضي في الإثبات.
وتجدر الملاحظة أن هذه الحرية هي خاصة بقضاة الأصل الذين يرجع إليهم وحدهم تقدير الوقائع وبالتالي وسائل الإثبات دون محكمة التعقيب التي تبقى محكمة قانون فقط في هذا الباب حتى بعد تنقيح 1 / 9 / 1986 ذلك أن تعديها للموضوع يشترط أن يكون النزاع مهيئا للفصل في موضوعه. ويظهر جليا إذا إن عدول المشرع عن نظام الحياد السلبي لم يعد مثار جدل ولا اختلاف لكن هل يمكن أن نقول إن المشرع تجاوز حدود الحياد الايجابي واختار عليه نظام الإجراءات التقتيشية بعد تنقيح 1 / 6 / 1986.
في هذا الاتجاه: أحمد أبو الوفاء مرجع مذكور ص 95، محمد الشرفي: مدخل دراسة القانون: بالفرنسية رقم 540. السالمي- مذكرة ص 125 وما يليها وزبير المازوني: مبدأ حياد القاضي المدني في القانون التونسي مذكرة د د م 1981 بالفرنسية.

وحيث لئن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الوقائع والأدلة وترجيحها وإضفاء الوصف عليها إلا أنه عليها الاعتماد على ما له أصل ثابت بالملف وتعليل قرارها بما يستسيغه النص والمنطق ومضاعفة الحذر في مادة التقليد لخصوصية الدعوى مبنى وسندا وهدفا».

وقوّة الحقيقة الواقعيّة تفرض نفسها حتى في مواجهة القرينة القانونيّة أو الحصانة القانونيّة أو حتى الجزاء القانوني ولو كان بطلانا مطلقا.

فلم تغن قرينة الحفظ سواء كانت قرينة خطأ في الحفظ أو قرينة مسؤوليّة الحافظ أو قرينة سببيّة الفعل للضرر عن تقصّي قوّة حقيقة الوقائع.

وقد جاء في القرار التعقيبي عدد 5590 . 2004 بتاريخ 8 / 11 / 2004 بهذا الصدد...«حيث أن القيام كان مؤسسا على أحكام الفصل 96 م.ا.ع. المتضمن المسؤولية الناجمة عن حفظ الأشياء وقوامها الخطأ المدني في حفظ الآلة المتسببة في إلحاق الضرر وهي مسؤولية تأبى إلا أن تنهض كاملة غير منقوصة متى استوفت شروطها وهو تأويل يجد له بعبارات النص المذكور متكئا صلبا وهو الاتجاه المكرس الآن والسائد في فقه القضاء وقد أدركت محكمة القرار المنتقد ذلك كله فجاء حكمها من هذه الناحية مبرءا من المعايب فوجب رد هذين المطعنين.

حيث أن المسؤولية الواردة بالفصل 96 م.ا.ع. قابلة للدّحض بإثبات متحملها فعله كل ما يلزم لمنع الضرر وان المضرة ناشئة بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب المتضرر نفسه وهو ما لم يأل المؤمن جهدا في إثباته من خلال محضر الأبحاث والمثال الموقعي سيما في ظل غياب الشهود العيان فبدت أسباب الإعفاء من هذه المسؤولية متوفرة إلا أن محكمة القرار المنتقد لم تبذل الجهد الكافي في البحث والاستقصاء وراء عناصر الإقالة من المسؤولية فجاء تعليلها مجملا عاما قولا بان حق الأولوية ليس مطلقا وهو تعليل ضعيف أصاب الحكم بالوهن بما عرضه للنقض».

وهذا كذلك شأن الموقف من مفعول الترسيم بالسجل العقاري وما ينتجه من حجّية تصل حدّ تحصينها.

فقد جاء في القرار التعقيبي عدد 3411 \ 2004 بتاريخ 20 / 12 / 2004... «حيث تؤسّس الأحكام في مطلق أحوالها على اليقين وتنبذ الظن والتخمين تكريسا للقاعدة الأصولية بان الظن لا يغني عن الحق شيئا.

وحيث من المسلم به أنه ليس لكل ما يدرج بالرسم العقاري حصانة مطلقة إذ أن الصكوك المأذون بترسيمها تظل قابلة للتعديل والتشطيب طبقا للفصل 386 م.ح.ع. سيما إذا نتج الترسيم عن تبتيت لا يعدو أن يكون من حيث الأثر والقيمة القانونية عقد بيع قسري أشرفت عليه المحكمة وصاغته في قالب محضر وهذا العقد وان كان نهائيا إلا أنه ليس بمنأى عن الإبطال.

وحيث تبين من القرار المنتقد أن المحكمة بالغت في تقدير قيمة الترسيم الناجم عن حكم التبتيت وأكسته حصانة ليس له أن يطمع فيها في ظل دفع جدي بشأن أسس العلاقة بين الأطراف المؤدية إلى صدور حكم التبتيت وقوة حجة المعقب وسعيه في إثبات التدليس ونجاحه في ذلك وتلك عناصر تدعو إلى قيام الصفة إلى جانب شاغل المحل وتنجيه ولو إلى حين من دواعي الطرد من المحل تكريسا لروح الفصلين 7 و287 من م.ا.ج. وهو ما أهملته محكمة القرار المنتقد فجاء حكمها خارقا للقانون منقادا إلى النقض».

وجاء في القرار التعقيبي عدد2187 \ 2004 بتاريخ 20 \ 09 \ 2004 بهذا الصدد «حيث من المسلم به فقها وقانونا أن دعوى استحقاق المعقولات المؤسسة على أحكام الفصلين 403 و462 من م.م.م.ت. ذات طبيعة دقيقة خاصة فهي «نازلة» مفروضة على القائم بها أطرافها معلومة وموضوعها مضبوط وأمدها مقيد وعلى مآلها يتوقف مصير تنفيذ الحكم أساس الدين وسنده.

وحيث أن من مميزات هذه الدعوى أن الخصوم فيها هويتهم معروفة بحكم التنصيص عليها صلب السند التنفيذي عمدة الدين ومحضر العقلة والحكم القاضي بجدية الإشكال، وهي معطيات متوفرة لمحكمة الأصل متيسرة النوال يتحتم الرجوع إليها للتحقق والتأكد ضمانا لحسن سير الدعوى وليس في ذلك تجاوز لحد أو انتصار لضد خرقا لقاعدة الحياد أو مساسا بإجراء أساسي وإنما هو التعاطي بروح ايجابية مع النصوص القانونية نفاذا إلى الغاية التي يرمي إليها المشرع.

وحيث استحضارا لهذه المعاني فان محكمة القرار المنتقد تكون قد جانبت الصواب لما اعتبرت أن القيام لم يشمل المدين المعقول عنه وإنما شمل طرفا آخر حال أن التحقق من صحة الاسم في متناولها رجوعا إلى الأحكام ومحضر العقلة وهي أوراق رسمية مظروفة بالملف بما يفرض الإذن بإعادة الاستدعاء وفق المراجع الثابتة لديها.

وحيث كانت الفرصة سانحة لمحكمة الدرجة الثانية لتجاوز الإشكال المتعلق بهوية المدين لما أغفلت المستأنفة استدعاءه انسجاما مع أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل

403 من م.م.م.ت. الذي أوجب أن تشمل الدعوى المعقول عنه بما يتعين عليها المطالبة باستدعائه بطريقة صحيحة».

والحق في الحقيقة يستوجب حسب محمة التعقيب ممارسة المحكمة واجب الاستقراء المستفيض طلبا للحقيقة.

جاء في القرار التعقيبي عدد 3437 \ 2004 بتاريخ 2004/12/20... «حيث ان الأعمال الاستقرائية الكاشفة للحقيقة من مشمولات المحكمة التي تأذن بإجرائها وتنفيذها بواسطة القاضي المقرر وفق الضوابط والإجراءات القانونية التي يجب على المحكمة مراعاتها واستيفاء شروطها وان أي خلل يصيبها يتسبب في تداعي الحكم ويعرضه للنقض لا محالة.

وحيث ثبت من خلال أوراق الملف أساس القرار المنتقد أن المحكمة لم تراع الإجراءات اللازم إتباعها عند تلقي الشهادات بواسطة المستشار المقرر وذلك بتعيين موعد واحد لسماعهم جميعا وعرضهم على القوادح قبل تلقي الشهادة ومقابلة شهاداتهم بعضها ببعض سيما في واقعة قانونية تعد الشهادات من ابرز الوسائل المعول عليها ضرورة أن مرض الموت مفهوم تحدده المحكمة من خلال الوسائل المعروضة عليها وأهمها شهادة الشهود والرأي الطبي إلى جانب عناصر موضوعية أخرى كتوقيت البيع وثمن المبيع ومدى ارتباط وتعلق البائع بالمشترين ومحاباته لهم وغلبة الهوى على طبع البائع وخمول قدرات الميز للأشياء لديه وتلك مسائل لم تولها محكمة القرار المنتقد قدرها فجاء قضاؤها على غير هدى من قانون معتل الأساس متهيئا للنقض».

ويبدو أن قاضي القانون يربط واجب الاستفاضة في الاستقراء بما أصبح يصطلح عليه بالحق في الإثبات، فقد جاء في قرار الدائرة الأولى عدد 1590 \ 2004 بتاريخ 20 سبتمبر 2004.... «حيث صدر القرار التعقيبي عدد 4511 / 2000 بتاريخ 14 / 02 / 2001 بناء على تجاوز محكمة الموضوع للسلطة بإغفالها الرد على طلب إعادة الاختبار سند القيام المجرى بإذن على عريضة وذلك بغية التحقق من توسع المتسوغ في المنابات المكتراة له واستغلاله للمناب الراجع للمدعي.

وحيث تظل الأعمال الكاشفة للحقيقة كالاختبارات والأبحاث وإعداد الفرائض من صميم عمل محكمة الأصل تأذن بإجرائها كلما رأت في ذلك فائدة أو لزوما وتنفذ الأحكام التحضيرية التي تصدرها في هذا الشأن تحت رقابتها فتمثل الناقص من الأبحاث فلا تصرف من طور التقرير إلى المرافعة الا وقد أخذت بحظها من التنوير وأضحت جاهزة للبت والتحرير.

وحيث أن ما تعللت به محكمة القرار المنتقد من غياب الفريضة وقصور الاختبار عن تطبيق المؤيدات وتجاوز نص المأمورية لا يحصل أساسا للقضاء برفض الدعوى وتحميل المدعي عاقبة ذلك حال ان إتمام هذه النقائص امر موكول إليها وخاضع لرقابتها واذ لم تفعل يكن حكمها معرضا للنقض».

ويعتبر مبدأ المواجهة بدوره «الدرع الإجرائيّة» للحقوق والحريات وذلك في علاقة كل أطراف الخصومة متقاضين ومساعدي قضاء وقضاة باعتبارها قوام المحاكمة العادلة الضمانة الدستورية الافقية الجامعة[1].

2. سيطرة قاضي الاستئناف على القانون من النظام العام الإجرائي

ينتج عن مسلّمي تحكيم القانون وحرمة المواجهة الوجهان الجامعان للنظام العام الاجرائي نتيجتان أساسيّتان في خصوص سلطة محكمة الاستئناف على النزاع في إطار الأثر الناقل:

- الأولى ـ عدم تقيّد قاضي الاستئناف بأسانيد الخصوم الواقعيّة والقانونيّة على السّواء.
- الثانية ـ تقيّد قاضي الاستئناف بمبدإ المواجهة فقط ما دام النّزاع باقيا في حدود الإطار المطاط والمفتوح للطلب الأصلي وهو رفع عارض القانون المطلوب سواء في شكل طلب أصلي أو عارض أو معارض أو تبعيّ طبق المعايير والضوابط الاجرائية السالف بسطها.

ويتحقق احترام مبدإ المواجهة من خلال واجبين أساسيّين أولهما سلبيّ وهو واجب عدم اعتماد المحكمة أسانيد واقعية أو قانونية لم تعرض للنقاش الوجاهي، وثانيهما إيجابيّ وهو واجب تعليل المحكمة استبعاد أسانيد الخصوم المطروحة للنقاش وجاهيّا.

وهكذا تلعب المواجهة دورين، دور الدّرع حماية للحق ودور الرّدع توقّيا لانحراف أطراف النّزاع متقاضين كانوا أم قضاة أم مساعدين للقضاء بالإجراءات أو بالقانون عن وظيفتهما وهو مطابقة الحقيقة القضائيّة مع الحقيقة الواقعيّة في الحل القضائيّ أي في الحكم في كنف المشروعيّة والمساواة فيتحقق العدل الأساس من خلال المساواة ومكافئة الفرص ويتحقق العدل الغاية وهو تأمين الحماية القانونيّة للأوضاع الحقوقيّة، وبالتالي يرفع عارض القانون ويرجع التوافق بين الواقع والقانون وينقضي النّزاع بوجه بات وقاطع يجبّ كل خلاف وهو الموضوع الحقيقي

1. نصّت الفقرة الثانية من الفصل 12 من دستور 1959 " كلّ متّهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته في محاكمة تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه". في حين ينص الفصل 27 من دستور 2014 على أن "المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها جميع ضمانات الدفاع في أطوار التتبع والمحاكمة".

للحق في الدّعوى[1] والغاية القصوى لآلية النظام العام الاجرائي الذي يمكن اختزاله في الالتزام بضمانة المواجهة في مختلف مراحل النزال القضائي تقاض وتنفيذا، كما في رقابة «النظام العام المنضّب» في القانون الدولي الخاص.

1. يمكن تعريف الحق في الدّعوى كحق ذاتيّ وسيليّ إجرائي موضوعيّ (أصبحت الحقوق الإجرائيّة تنقسم إلى حقوق موضوعيّة إجرائيّة وحقوق إجرائيّة محضة أي صيغة أو شكليّة) بكونه "الحق في رفع عارض القانون سبب الادعاء القانوني بالعمل القضائيّ الملائم النافذ".

المطاعن المتعلقة بالنظام العام أمام القاضي الإداري الاستئنافي

2 مارس 2022

عماد الغابري

رئيس دائرة استئنافية بالمحكمة الإدارية

من المعلوم أنّ التقاضي يقتضي من المتقاضي صياغة جملة من الاسباب التي تنبني عليها الدعاوى وتحرّر على أساسها العرائض تعرف في الصياغة القانونية التونسية بـ «المطاعن».[1]

فالمطعن هو السند الذي يقدّمه المدّعي للقاضي بهدف إقناعه بوجاهة طلبه في توقيع الجزاء القانوني من طرف المحكمة بمختلف درجات التقاضي.

فالأصل في تعريف المطعن أن يرتبط بشخص من صاغه وأنّ يتحدّد نظر المحكمة به ومن ثمة القاعدة العمومية: «لا يمكن الحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم».

غير أنّ مفهوم المطاعن شهد تطوّرا وأدى إلى نشأة ما يعرف بالمطاعن المتعلقة بالنظام العام سواء بفقه القضاء المدني أو في فقه القضاء الإداري.

وعلى الرغم من اجماع الفقهاء على صعوبة تعريف المقصود بالمطاعن المتعلقة بالنظام العام[2] إلاّ أنّ هنالك إجماع على الخصائص الذي تميّزها فهي:

- تسمو عن المصلحة الشخصية المراد الدفاع عنها من المدعي ليرتبط بالدفاع عن مصلحة أسمى وهي المصلحة العامة.
- غير مرتبطة في اثارتها بطلب أطراف النزاع بل يمكن اثارتها من المحكمة ولو تلقائيا.
- غير مرتبطة في إثارتها بطور تقاض معيّن أو باحترام درجات التقاضي بل يمكن إثارتها ولو لأول مرة لدى التعقيب.[3]
- حاسمة في النزاع المعروض على المحكمة على أساسها سواء شكلا أو موضوعا.

1. يراجع: رفيقة محمدي: «المطاعن المتعلقة بالنظام العام في إجراءات النزاع الاداري». رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون العام والمالي. السنة الجامعية 2002 - 2003.

2. رفيقة المحمدي: مرجع سابق.

3. الحكم التعقيبي عدد 311079 بتاريخ 7 فيفري 2011: م.س ضد/الادارة العامة للأداءات.

لا يشذّ التقاضي الإداري وسير النزاع الإداري عن مراعاة هذا الصنف من المطاعن. غير أنّ هنالك خصوصيّات في النزاع الإداري تضفي على استعمال المطاعن المتعلقة بالنظام العام تميّزا على اجراءات النزاع العدلي.

- خصوصيّة على مستوى الاختصاص القضائي المسند[1]:

فالتقاضي الإداري يندرج موضوعيا في نطاق صنفين كبيرين من الدعاوى لكلّ نظام إجرائي خاصّ به:

- قضاء الالغاء: (أو دعاوى تجاوز السلطة): وهي الدعاوى التي تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية.
- القضاء الكامل: وهي الدعاوى التي تهدف الى إلزام الادارة بفعل شيء أو بالتعويض المالي.

- خصوصية على مستوى الأغراض من التقاضي الإداري:

في كلا الصنفين من التقاضي تهدف الدعوى إلى تحقق غايتين:

- الأولى: حماية حقّ شخصي مباشر للقائم بالدعوى (عادة المواطن العادي): سواء في الغاء القرار الإداري الذي استهدفه أو في تلافي المضرّة التي حصلت له بفعل عمل الادارة.
- الثانية: حماية الشرعية القانونية والرقابة على حسن سير الادارة العمومية في الدولة (حماية الدولة والمؤسسات العمومية).

- خصوصية على مستوى وضع القاضي الإداري تجاه إجراءات النزاع الإداري:

فإذا كان الاصل في النزاع المدني هو فرض حياديّة على القاضي العدلي (أحكام الفصل 12 من م.م.م.ت) فإنّ تدخّل القاضي الإداري في سير الدعوى واجراءاتها لديه تختلف درجاته باختلاف صنف الدعوى:

- ففي القضاء الكامل الذي تكون فيه المصلحة الشخصية هي الطاغية من وراء رفعها فإنّ الصيغ الاجرائية تكون أكثر تشدّدا والقاضي الإداري في وضع أكثر حيادا من سير الدعوى وموضوعها.
- أمّا في قضاء الالغاء الذي تكون فيه رقابة الشرعية حاضرة فإنّ اجراءات التقاضي تكون أكثر مرونة ودور القاضي الإداري فيها أكثر تشدّدا على زوايا الشرعيّة التي ينظر غيها من وراء عمل الإدارة المعروض عليه.

إلى كلّ هذه الخصوصيات في النزاع الإداري التي لها أثرها على مضمون المطاعن المتعلقة بالنظام العام تضاف خصوصيّة بفعل الطور التي تثار فيه وهو الطور الاستئنافي.

1. أحكام القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 وأحكام الفصل 116 من دستور 2014.

من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لإجراءات النزاع الإداري وفقه قضاء المحكمة الإدارية يمكن تحديد المطاعن المتعلقة بالنظام العامّ لدى القاضي الإداري الاستئنافي في جملة القواعد الامرة المرتبطة بإجراءات تقديم الطعن القضائي وقبوله من جهة أولى وبجملة المبادئ القضائية المرتبطة بإجراءات سير الطعن القضائي والفصل فيه موضوعا من جهة أخرى.

I صبغة النظام العام في القواعد المتعلقّة بإجراءات تقديم الطعن للقاضي الإداري الاستئنافي

نظام التقاضي في الدولة يخضع لجملة من القواعد الآمرة التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها. وهي لذلك ترتبط بمسالك أقرب للبيروقراطية حتى تكون الغاية من التقاضي متناسبة مع الحرص على حماية الحقوق ومع مقتضيات الخدمات المرفقية التي يؤديها. فالمسار القضائي على مستوى التقاضي الإداري الاستئنافي يخضع في اتباعه لقواعد صارمة ينبغي أن تكون معلومة بصفة مسبقة وترتبط:

- بتحديد الاختصاص القضائي الاستئنافي.
- وبصياغة تقديم الطعن بالاستئناف.

أ. متعلقات النظام العامّ المرتبطة بالقيام أمام قضاء إداري استئنافي مختص

إذا كانت هناك نقطة تخضع بإجماع الفقهاء فما من أحد يشكّ في أن تكون صبغة النظام العام التي يصطبغ بها الاختصاص»[1].

والاختصاص المقصود هو المتعلّق بمرجع نظر المحكمة الإدارية استئنافيا والمحدّد بموجب النصوص القانونيّة.

تعدّ مسألة الاختصاص ذات أولويّة عند النّظر في النزاع والبتّ فيه من قبل القاضي الإداري الاستئنافي. وهو مدعوّ إلى تفحّص مدى رجوع النزاع إلى ولايته قبل أنّ يمرّ للنّظر في مدى سلامة الدعوى شكلا وموضوعا.

1. Debouy (ch.): les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse ;P.U.F ;1980.p.256
« s'il est un point qui fait l'unanimité parmi les auteurs ،nul doute qu'il s'agisse d'ordre public de la compétence. »

ويمثّل الاختصاص الاستئنافي من تجلّيات قاعدة التقاضي على درجتين التي اتفق الفقه والقضاء على أنّها من متعلقات النظام العام.[1]

غير أنّ المشرّع ورغم الصبغة الدستوريّة لقاعدة التقاضي على درجتين إلاّ أنّه في تنظيم بعض النزاعات يوكل لجهة قضائية النظر ابتدائيا ونهائيا.[2]

فأولى مقاييس مسطرة البتّ في النزاع أمام القاضي الإداري هي تلك المتعلقة بضوابط الاختصاص أي مدى ما كانت المحكمة صاحبة الولاية القضائية على النزاع.

ويمكن تعريف اختصاص المحكمة على أنّه التأهيل القانوني لجهة قضائية معينة للفصل في النزاع وإصدار الحكم فيه دون غيرها.

في هذا المجال يمكن التمييز بين عدّة أصناف من الاختصاص الاستئنافي الذي ينعقد به النزاع لفائدة القاضي الإداري في الدرجة الثانية:

- التمييز بين الاختصاص القضائي والاختصاص الحكمي:

الاختصاص القضائي: يستند إلى قاعدة الفصل بين أصناف القضاء في الدولة: لقد تبنى دستور 2014 نظام التخصص القضائي لثلاث أصناف كبرى من القضاء: العدلي والإداري والمالي. لكلّ صنف قضائي مجال نزاعات خاصّ به.

من نتائج قاعدة الفصل في النزاعات استقلالية كل صنف قضائي بالنزاعات الخاصّة به.

تاريخيّا شهدت الفترة الاولى لعمل المحكمة الإدارية حرصا من القاضي الإداري على حماية مجال اختصاصه تجاه القاضي العدلي ولجوئه إلى إثارة المطعن المتعلق بالاختصاص القضائي.[3]

وفي هذا الخصوص يستعمل القاضي الإداري صيغة في الاحكام تبيّن أساس ارتباط الاختصاص القضائي بالنظام العام في كل درجات التقاضي كالاتي: «وحيث استقر فقها وقضاءا أنّ قاعدة الفصل بين جهازي القضاء العدلي والإداري تقتضي

1. J.P Chaudet: les principes généraux de la procédure administrative contentieuse ;L.G.D.J,1967,p.279

2. وهو ما عبر عنه القاضي الاداري بخصوص النزاعات المتعلقة بالاداء على العقارات المبنية التي ينظر لا ينظر فيها القاضي الاداري سوى تعقيبيا طبق أحكام الفصل 11 من قانون 1972: الحكم الابتدائي عدد 17427 بتاريخ 9 مارس 1999.

3. رفيقة المحمدي: مرجع سابق.

استبعاد نظر القاضي الإداري في الطعون الموجهة للأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية التابعة لجهاز القضاء العدلي.»[1]

وقد آلت الوضعيّة إلى تدخّل المشرّع بموجب القانون عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 لتوضيح توزيع الاختصاصات بين القاضي العدلي والقاضي الإداري. غير أنّ تدخّل المشرّع في بعض الاحيان كان فيه تعدّ على اختصاص القاضي الإداري. فهنالك موادّ راجعة بطبعها للقضاء الإداري تمّ اسنادها لولاية القاضي العدلي في مرحلة مركزية القضاء الإداري وبداعي قرب القضاء العدلي للمتقاضي. فتمّ اخراج النزاعات المتعلقة بالانتزاع من أجل المصلحة العامة واسنادها للقاضي العدلي كما تمّ اسناد النزاعات المتعلقة بالضمان الاجتماعي.

بعد دستور 2014 ونصّ الفصل 116 منه على اختصاص القضاء الإداري بالنزاعات الإدارية والتنصيص على هرمية متكاملة للقضاء الإداري تؤسس للامركزيته لم يعدّ هنالك من موجب يحول دون استرجاع المواد التي ترجع لاختصاص القاضي الإداري.

الاختصاص الحكمي: هي المواضيع أو النزاعات التي تسند بموجب النصّ لمختلف الهيئات الحكمية داخل الصنف القضائي.

على هذا الأساس يمكن داخل القضاء الإداري التمييز بين اختصاص الدوائر الابتدائية واختصاص الدوائر الاستئنافية واختصاص الدوائر التعقيبية.

في هذا الخصوص نصت أحكام الفصل 19 على اختصاص الدوائر الاستئنافية على أنه:
تختص الدوائر الاستئنافية بالنظر:

- في استئناف الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية بالمحكمة الإدارية والأحكام الصادرة عن رؤساء هذه الدوائر المنصوص عليها بالفقرة 2 من الفصل 43 من هذا القانون.
- في استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم العدلية في المادة الإدارية في نطاق اختصاص مسند إلى تلك المحاكم بقانون خاص وذلك ما لم ينص القانون المذكور صراحة على اختصاص المحاكم العدلية بالنظر استئنافيا في تلك الأحكام.
- في استئناف الأذون والأحكام الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية، المنصوص عليها في هذا القانون.

1. الحكم الابتدائي عدد 19101 بتاريخ 16 مارس 2001.

- في استئناف القرارات الصادة ر عن مجلس المنافسة.
- في استئناف القرارات الصادة ر عن الهيئة العامة للتأمين
- في استئناف القرارات الصادرة عن لجنة الخدمات المالية المنصوص عليها بمجلة إسداء الخدمات المالية لغير المقيمين.

على هذا الأساس اعتبرت الدائرة الاستئنافية مثلا أنّ الطعن في الاوامر الرئاسية مباشرة أمام قاضي الاستئناف الإداري لا يستقيم ضرورة أنّه تمّ تعديل قواعد الاختصاص الحكمي في الطعن في هذه الأوامر منذ تنقيح أحكام الفصل 19 سنة 2011 وإسناد النظر فيها ابتدائيا أمام الدوائر الابتدائية للمحكمة الإدارية. واعتبرت أنّ مراعاة قواعد الاختصاص الحكمي هي من النظام العام وتثيرها المحكمة ولو لم يتمسك بها الاطراف.[1]

السؤال الذي يطرح هل أنّ الاختصاص الحكمي أو الاختصاص النوعي للقاضي الإداري الاستئنافي المحمي تحت طائلة الارتباط بالنظام العام هو فقط ما تمّ التنصيص عليه صلب الفصل 19 من قانون المحكمة الإدارية.

الإجابة عن هذا السؤال تحيلنا على التمييز بين الاختصاص المبدئي والاختصاص المسند.

- التمييز بين الاختصاص الاستئنافي المبدئي والاختصاص الاستئنافي المسند:

الاختصاص المبدئي هو الذي يحدده القانون المتعلق بضبط صلاحيات القضاء الإداري: وهو القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 والتنقيحات اللاحقة المدخلة عليه وخاصة القانون عدد 38 لسنة 1996 والقانون عدد 2 لسنة 2011. (في انتظار الانتهاء من صياغة مجلة القضاء الإداري).

وفي هذا الإطار حدّدت أحكام الفصول 3 و17 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية اختصاص القاضي الإداري بالنّظر في النزاعات الإدارية المندرجان في قضاء الالغاء والقضاء الكامل.

وعلى اعتبار أن الدوائر الاستئنافية هي درجة ثانية للتقاضي فإنّ الاحكام الصّادرة في مجالات الفصول 3 و17 ترجع إليها بالنظر لدى الطور الثاني.

أمّا الاختصاص المسند فهي النزاعات التي تسندها نصوص قانونية خاصّة: في هذا الشأن فإنّ الدوائر الاستئنافية هي محكمة درجة ثانية في عدّة نزاعات على غرار:

1. الحكم الاستئنافي عدد 214063 بتاريخ 20 جانفي 2022.

* النزاعات المتعلقة بالنفاذ للمعلومة.[1]
* النزاعات الانتخابية: في مادّة نزاعات الترشحات للانتخابات التشريعية.[2]

وتجدر الملاحظة إلى أنّ المشرّع يتدخّل في حالات لوضع تعديل على الهيئات القضائية الاستئنافية على غرار إسناد الاختصاص الاستئنافي في بعض النزاعات للجلسة العامة القضائية مثل نزاعات المجلس الاعلى للقضاء[3] والنزاعات المتعلقة بالنتائج الانتخابية[4].

• التمييز بين الاختصاص الحكمي والاختصاص الترابي:

في القانون الفرنسي قواعد الاختصاص تهمّ النظام العام سواء تعلّق الامر بالاختصاص الحكمي (أي استنادا لموضوع النزاع) أو بالاختصاص الترابي (أي مرجع النظر الترابي للمحكمة).[5]

فأحكام الفصلين 47 و64 من مجلة المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ينصان صراحة على صبغة النظام العام لقواعد الاختصاص الترابي.

في القانون التونسي أمام غياب نصّ تشريعي صريح في إجراءات النزاع الإداري عموما تمّ الاستئناس بالإطار الإجرائي المنطبق في القضاء العدلي والمنصوص عليه بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وخاصة أحكام الفصول 14 و17 و18.

من خلال هذه الأحكام تعتبر قواعد الاختصاص الترابي لا تتعلق بالنظام العام وإنّما تهم الخصوم.

وقد تبنى القاضي الإداري الاستئنافي هذا التوجّه وسار على هديه. فقد جاء في الحكم الاستئنافي عدد 21872 بتاريخ 23 ماي 1998 مثلا: «قاعدة الاختصاص الترابي تهمّ على اختلاف ما تراءى للمستأنف وعلى نحو ما هو مسلم به فقها وقضاءا فإن الاختصاص الترابي يهم مصلحة الخصوم ولا يهم النظام العام.»

1. أحكام الفصل 31 من القانون عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة.
2. أحكام الفصل 27 من القانون عدد 16 لسنة 2014 المتعلق بالانتخابات.
3. أحكام الفصل 56 من القانون عدد 34 لسنة 2016 المتعلق بالمجلس الاعلى للقضاء.
4. القانون الاساسي عدد 16 لسنة 2014 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء.
5. R.Chapus:droit du contentieux administratif 8 ém edition.

ومن نتائج ذلك أنّ المحكمة لا تثيره تلقائيا كما أنّ الخصوم يثيرونه لدى الطور المعني به وذلك قبل الخوض في الاصل.[1]

غير أنّ التوجه في مشروع مجلة القضاء الإداري هو أن يكون الدفع بعدم الاختصاص الترابي من متعلقات النظام العام.

فضلا عن ارتباط مسألة الاختصاص القضائي بمتعلقات النظام العام في طور التقاضي الإداري الثاني فإنّ هنالك إجراءات أساسية ترتبط بمباشرة نظام الطعن بالاستئناف تعدّ من متعلقات النظام العام. وهو موضوع الفقرة الثانية من هذا الجزء الاوّل.

ب. متعلقات النظام العام المرتبطة بشروط صياغة الطعن بالاستئناف[2]

لئن كان كل صنف من الدعاوى القضائية مستقلاّ بإجراءات خاصّة به لدى طور التقاضي الإداري الابتدائي فإنّ الطعن بالاستئناف له إجراءات موحدة بالنسبة لكافة أصناف القضايا الإدارية.

- ما هي طبيعة الاجراءات القضائية لدى الاستئناف المتعلقة بالنظام العامّ؟
- ما هي مجالات اجراءات التقاضي المتعلقة بالنظام العام على مستوى الاستئناف؟

1. طبيعة الاجراءات القضائية المتعلقة بالنظام العام لدى طور الاستئناف

وما يميّز إجراءات التقاضي الإداري الاستئنافي هو أنّ النفاذ إلى هذا الطور الثاني من التنازع فيه تشدّد إجرائي أكثر صرامة من الطور الاوّل. وهي سمة تميّز الاستئناف في جميع فروع التقاضي العدلي أو الإداري.

هذا التشدّد الاجرائي يعكسه تدخّل المشرّع من خلال القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية لتنظيم اجراءات الاستئناف وضبط شكليات صياغة الطعن لدى الطور الثاني في التقاضي الإداري. وهو ما يميّز إجراءات الطعن عن إجراءات الدعوى (الفرق بين الدعوى والطعن).

1. رفيقة المحمدي. مرجع سابق.

2. سنقتصر على الاجراءات المنصوص عليها بالقانون المتعلق بالمحكمة الادارية دون الرجوع إلى الاجراءات المنصوص عليها في نظام الطعن الخاص (كالنزاع الانتخابي والنزاع المتعلق بالنفاذ للمعلومة....)

كما أنّ محكمة التعقيب تجري رقابتها على محكمة الاستئناف عند إثارة المطاعن المتعلقة بالنظام العام إذ اعتبرت محكمة التعقيب الإدارية في قرارها عدد 32169 بتاريخ 30 أكتوبر 2000: «إنّ القاعدة الاصولية تقتضي أن لا يثير القاضي من تلقاء نفسه خللا إجرائيا لتعلقه بالنظام العام إلا إذا برز بصورة جليّة من خلال أوراق الملفّ.»

نظمت الاحكام من الفصل 59 إلى الفصل 66 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية اجراءات التقاضي لدى الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية. وباستقراء جملة هذا الفصول لا نلاحظ تمييزا للإجراءات ذات العلاقة بالنظام العام الاجرائي؛ غير أنّ المشرّع ميّز جملة من الاجراءات من خلال إكسائها بصبغتين:

- صبغة الوجوب في إتمامها أمام قضاء الاستئناف.
- صبغة توقيع جزاء السقوط عن عدم القيام بها.

- صبغة الوجوب في توفّر صيغ وشكليات في القيام بالاستئناف:

ويتجلى ذلك في استعمال عبارات على مستوى الاصطلاح والاسلوب القانوني la légistique du texte المضمنة بالفصول المعنيّة من قبيل: يجب.....لا يمكن....لا يجوز....لا يقبل. أو من خلال استعمال صيغة «المضارع» في الافعال التي تفيد عند قراءة النصّ صيغة الوجوب.

ومن المعلوم أنّ استعمال صيغة الوجوب في القيام بالإجراء يترتب عنه جزاء البطلان عند مخالفته.

على هذا الاساس يقترن الإجراء المشمول بصيغة الوجوب بحماية النظام العام الاجرائي في التقاضي. وبالتالي فإنّ المحكمة ملزمة من خلال مسطرة إجرائية بتفحّص مدى احترامه من دون أن يتوقف ذلك على إثارة من الاطراف.

- صبغة توقيع جزاء السقوط في صورة الاخلال بالإجراء:

وهي الحالات التي ينصّ فيه المشرّع صراحة على جزاء الاخلال بإجراء قضائي.
وبذلك فإنّ المشرّع هو الذي يضمّن الحكم على مخالفة الإجراء والقاضي يطبقه في صورة تحقق شرطه.

ومن هذه الزاوية تكون المحكمة مقيّدة في قضائها بما قرّره المشرّع في هذا الخصوص. فلا اجتهاد مع النصّ.

لذلك تستعمل المحكمة تجاه هذا الصنف من الاجراءات المقترنة بجزاء السقوط أنّ: «المسقطات وجوبية وتتمسّك بها المحكمة من تلقاء نفسها». فالقضاء يقرّ بأنّ اقتران المخالفة بجزاء السقوط بحكم النصّ يدرجه ضمن الاجراءات المتعلقة بالنظام العامّ.[1]

2. مجالات إجراءات التقاضي المتعلقة بالنظام العام في الطور الاستئنافي

تعتبر مرحلة قبول الطعن الاستئنافي شكلا المقدّمة الضرورية التي على القاضي الإداري الاستئنافي البتّ فيها قبل المرور لتفحّص الطعن على مستوى الاصل.

على هذا الاساس هنالك جملة من الموجبات الشكليّة ذات العلاقة بالنظام العام التي لا بدّ من التحقق من توفّرها وهي:

- المرتبطة بالمستأنف.
- بالآجال.
- بأوراق الاستئناف.

• الشروط الواجب توفرها في المستأنف

حدّدت أحكام القانون المتعلّق بالمحكمة الإدارية جملة من الشروط الواجب توفّرها في الطاعن بالاستئناف وخاصّة في ما يتعلّق بالمصلحة والصفة والتي تعدّ من متعلقات النظام العامّ وتثيرها المحكمة تلقائيا:

المصلحة في الطعن:

على خلاف المصلحة في الدعوى المرتبطة بالحق المطالب بحمايته قضائيا فإنّ المصلحة في الطعن يستمدّها من له حقّ الاستئناف من شموله بالحكم الابتدائي.

في هذا الخصوص تقتضي أحكام الفصل 63 أنّه: «لا يمكن أن يرفع الاستئناف إلاّ من الأشخاص المشمولين بالحكم المستأنف أو خلفهم....»

كما أنّ نفس معيار الشمول بالحكم الابتدائي الذي يحدّد مركز الطاعن هو الذي يحدّد مركز المستأنف ضدّه إذ ينصّ الفصل 63 أعلاه: «لا يجوز الاستئناف على من لم يكن طرفا في الدعوى موضوع الحكم المستأنف.»

وقد عرّف الحكم الاستئنافي عدد 28012 المؤرخ في 21 جوان 2011 المقصود بعبارة المشمول بالحكم وأعطاها مضمونا واسعا يتجاوز تمثيل الطرف في الحكم الابتدائي

1. على غرار ما ورد بأحكام الفصل 61 من قانون المحكمة الادارية في خصوص الادلاء بالمذكرة ومرفقاتها إلى محكمة الاستئناف في غضون 60 يوما من تقديم المطلب.

إذ جاء فيه: «وحيث أنّ عبارة «المشمول بالحكم» الواردة بالفصل 63 سالف الذكر تتجاوز المفهوم الضيق لوضعية الطرف المنصوص عليه بطالع الحكم لتمتدّ إلى كلّ من طالهم منطوق ذلك الحكم ومسّ من مصالحهم أو غيّر من مراكزهم القانونية ...».

وبالتالي فإنّ عدم تحقّق هذا الشرط المحدد للأطراف الأصلية[1] بالطعن بالاستئناف يؤدي إلى عدم قبول الطعن أو رفضه شكلا.

ففي الحكم الاستئنافي عدد 212538 بتاريخ 26 نوفمبر 2020 اعتبرت المحكمة: «وحيث يتبيّن بالرجوع إلى مظروفات الملف أنّ المستأنف أدلى بتاريخ 19 سبتمبر 2018 بمستندات الاستئناف مع محضر تبليغها للمستأنف ضدّها فقط ودون تبليغها لبقية أطراف الدّعوى المذكورين بالحكم الابتدائي المتداخلين في الطور الأوّل وهما رئيس الحكومة والممثل القانوني للصندوق الوطني للتقاعد والحيطة الاجتماعية، مخالفا بذلك ما أوجبته أحكام الفصلين 61 و63 من قانون المحكمة الإدارية.

وحيث تعيّن ترتيبا على ذلك التصريح بسقوط الاستئناف ضرورة أنّ المسقطات من متعلقات النظام العام وتثيرها المحكمة تلقائيا.»

الصفة في الطعن:

وهو الجهة التي حدّدها القانون لمباشرة الطعن باسم المشمولين بالاستئناف.
في هذا الخصوص ينصّ الفصل 59 على أنّ المؤهلين لرفع الاستئناف هم المحامون لدى التعقيب أو لدى الاستئناف بالنسبة للمجالات المنصوص عليها بالفصل 19 من قانون المحكمة.

وتُعفى من مساعدة المحامي دعاوى تجاوز السلطة المتعلقة بالأنظمة الأساسية لأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو في الدعاوى المتعلقة بمادة الجرايات والحيطة الاجتماعية.

- وتُعفى أيضا من مساعدة المحامي الطعون التي تباشرها الادارات العمومية (والوزارات).

وقد تعدّدت الاحكام الاستئنافية المتعلقة بإثارة الصفة في الطعن عبر وضعيات معينة:
بالنسبة لتمثيل المستأنف ضدّه: درج فقه قضاء المحكمة الإدارية على أنّ نيابة المحامي تنتهي لدى الطور الابتدائي وبالتالي لا يجوز توجيه الاستئناف على عنوان

1. مع الاشارة إلى أنّ الفصل 63 نظّم شروط قبول التداخل والإدخال.

محامي الطرف المشمول بالحكم الابتدائي .فقد جاء بالحكم الاستئنافي عدد 212243 بتاريخ 25 نوفمبر 2021: «وحيث أنّ درجة التقاضي تنتهي بصدور الحكم وأنّ مقرّ المحامي لا يعدّ مقرّا مختارا للشخص فيما يتعلق بكافة الإجراءات اللاحقة لذلك التاريخ، غير أنّ القاضي في المقابل يستخلص النتائج المترتبة عن إرادة الأطراف التي تقتضي بخلافه، فيقرّ بصحّة التبليغ لمكتب المحامي متى تضمنّت الإجراءات اللاحقة لصدور الحكم وخاصة منها الإعلام بالحكم تجديد اختيار مكتب المحامي مقرّا مختارا، أو متى ثبت تواصل نيابة نفس المحامي الذي تمّ تبليغ المستندات بمكتبه خلال الطور الاستئنافي، أو متى تحقّق أنّ اعتماد مكتبه مقرّا كان مطابقا للواقع وذلك بالنظر إلى حصول الإجابة في الأصل وغياب كلّ دفع بخرق الإجراءات قبل الخوض فيه.»

بالنسبة للاستئناف المقدّم من الادارات العمومية: اعتبرت المحكمة أنّ مباشرة من يمثّل الوزراء للطعن بالاستئناف يجب أن يستند إلى تفويض صريح في ذلك. فقد جاء بالحكم الاستئنافي عدد 27998 بتاريخ 7 أفريل 2011 أنّ عدم ثبوت صدور تفويض صريح من الوزير لرئيس ديوانه بمباشرة الطعن بالاستئناف باسمه يجعل «اجراءات الاستئناف مختلة لانعدام الصفة في القائم بها ضرورة أنّ الصفة في القيام تعدّ من متعلقات النظام العام تثيرها المحكمة ولو تلقائيا.»

- آجال الطعن

يختلف اعتماد الأجل في الاعمال القانونية منه في إجراءات التقاضي. فإذا كان بالإمكان عدم ترتيب الاثر على بعض الآجال المضروبة بالقانون على أساس نظرية الأجل الاستنهاضي، فإنّ اقتران ضبط الأجل بسريان أمد التقاضي يُحمَل على الصبغة الآمرة التي يجب على المتقاضي مراعاتها عند رفع دعواه وصياغة طعنه تحت طائلة الرفض شكلا.

ويفسّر اقتران مباشرة الطعن أو التقاضي بأجل ضبط معيار لاستقرار الوضعيات تتحصّن بمروره المراكز القانونية.[1]

في هذا الخصوص نصّت أحكام الفصل 60 من قانون المحكمة الإدارية على أجل الاستئناف إذ ورد به: «يجب تقديم مطلب الاستئناف في أجل لا يتجاوز شهرا ابتداء من تاريخ الاعلام بالحكم وفق الطريقة المنصوص عليها بالفصل 58 من هذا القانون [أي الإعلام الواقع من كتابة المحكمة الإدارية بالطريقة الإدارية]. وفي صورة قيام

1. نظرية الحقوق المكتسبة (في الفقه والقضاء الاداري) التي تقتضي أنّ القرارات الفردية المكسبة للحقوق تتحصن من أي سلطة سحب أو إلغاء (إداري أو قضائي) عند فوات أجل التقاضي.

أحرص الطرفين بالمبادرة قبل ذلك بالإعلام بالحكم بواسطة عدل التنفيذ فإنّ ميعاد الطعن يبتدئ من تاريخ ذلك الاعلام في حق المعلم والواقع إعلامه معا.»

وقد استقرّ فقه قضاء جميع الدوائر الاستئنافية على أنّ مراعاة أجل الطعن هو من متعلقات النظام العام وتثيره المحكمة بشكل تلقائي. وقد ورد بالحكم الاستئنافي عدد 211905 الصادر بتاريخ 27 ماي 2021 اختزال للقواعد فقه القضائية بخصوص الصبغة الآمرة لأجال الطعن ولحماية استقرار الوضعيات القانونية من وراء الطعن إذ جاء به: «وحيث أنّ ثبوت تسليم مصالح كتابة المحكمة الإدارية لصاحب الصفة نسخة تنفيذية من الحكم محلّ الاستئناف الرّاهن، يجعل شروط الإعلام الذي تنطلق به آجال الاستئناف قد تحقّقت في الصورة الماثلة طالما أنّ الاطلاع على الحكم المعني وأسانيده قد تمّ. وأنّه ضمانا لاستقرار الوضعيات والحقوق عند مباشرة الطعن، لا يمكن للمحكمة الالتفات عن هذا المعطى لتعلّقه بالنظام العام.

وحيث والحالة ما ذكر، يكون قيام المستأنف بالطعن الرّاهن بتاريخ 18 أفريل 2017، حاصلا خارج أجل الشهر المنصوص عليه بأحكام الفصل 60 (جديد) أعلاه، ممّا يتعيّن معه القضاء برفض الاستئناف شكلا.»

ولا يتعلق الأجل في الطور الاستئنافي في تسجيل الطعن بل وكذلك في أجل تقديم مذكرة الاستئناف ومرفقاتها والتي نصّت أحكام الفصل 61 على وجوب أن يتمّ ذلك في أجل 60 أقصاه يوما من تقديم مطلب الاستئناف وإلا سقط الطعن. وتعتبر الدوائر الاستئنافية أنّ هذا الاجل من متعلقات النظام العام.[1]

وممّا يعكس تمسّك القاضي الإداري الاستئنافي بصبغة متعلقات النظام العام لآجال الطعن هو رفضه لجملة من الدفوعات التي يثيرها الطاعنون لتبرير تجاوز تلك الآجال:

فلم تقبل المحكمة الدفع المتعلق بالظروف الصحّية التي عليها صاحب المصلحة في الطعن ضرورة أنه بإمكانه تكليف من ينوبه لمباشرة الطعن.[2]

كما لم يقبل القاضي الإداري الاستئنافي الدفع المتعلق بأحداث الثورة للتحلل من مراعاة أجل تقديم مذكرة الاستئناف ومرفقاتها.[3]

1. الحكم الاستئنافي عدد 29363 بتاريخ 28 ماي 2013.

2. الحكم الاستئنافي عدد 28199 بتاريخ 12 افريل 2011.

3. الحكم الاستئنافي عدد 28419 بتاريخ 1 جوان 2011.

- أوراق الاستئناف

مطلب الاستئناف:

يقتضي القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية أن يتمّ الاستئناف بمقتضى مطلب يجب أن يحتوي على أسماء الاطراف وألقابهم ومقراتهم مع بيان نصّ الحكم المستأنف وعدده وتاريخه (الفصل 59).

ما يلاحظ أنّه رغم صيغة الوجوب التي عليها تحرير مطلب الاستئناف فإنّ قاضي الاستئناف تعامل بمرونة مع قبول مطالب الاستئناف.[1]

مذكرة الاستئناف ومرفقاتها:

ورد بالفصل 61 من قانون المحكمة الإدارية أنّه يجب على المستأنف أن يدلي في أجل شهرين من تاريخ تقديم المطلب بمذكرة في بيان أسباب الطعن تكون مصحوبة بنسخة من الحكم المستأنف وما يفيد إبلاغ المستأنف ضدّه بنظير من تلك المذكرة، وإلاّ سقط طعنه.»

وقد طبّق القاضي الاستئنافي ما حكم به الفصل 61 على الطعون المخالفة لإجراءاته سواء بخصوص إرفاق المذكرة بنسخة من الحكم المستأنف[2] أو الإدلاء بما يفيد تبليغ المستندات[3].

1. خلافا للقاضي الاداري التعقيبي الذي تعامل بصرامة مع مطالب التعقيب.

2. الحكم الاستئنافي عدد 210070 بتاريخ 12 مارس 2015.

3. الحكم الاستئنافي عدد 210002 بتاريخ 2 جويلية 2015.

II صبغة النظام العام في علاقة بإجراءات سير الدعوى والفصل فيها لدى القاضي الإداري الاستئنافي

بعدما تعرضنا للقواعد الاساسيّة في التقاضي الإداري ذات العلاقة بالنظام العام الاجرائي والتي تخوّل قبول الطعن لدى الطور الاستئنافي شكلا. نتعرّض في هذا الجزء لصبغة النظام العام في علاقة بإجراءات سير الدعوى والبتّ فيها والتي تؤثّر على وجه الفصل من الناحية الموضوعية سواء جزئيا أو كلّيا لفائدة أحد أطراف النزاع.

ينبغي التذكير في هذا الخصوص بالمفعول الانتقالي للاستئناف الذي يجعل من القاضي الإداري لدى هذا الطور قاضي الموضوع من الدرجة الثانيّة. وبالتالي فهو مدعو لإعادة النظر في ما تسلّطت عليه المواجهة بين أطراف القضيّة في الطّور الأوّل سواء على مستوى الوقائع أو على مستوى النصوص القانونية التي مثلت مرجعا للأطراف وللمحكمة.

غير أنّ هذه الفئة من المطاعن تخرج عن قواعد السير العادي للاستئناف من حيث مراعاة قاعدة التقاضي على درجتين (أي لا ينبغي أن يثار لدى الاستئناف إلا ما أثير لدى قاضي البداية) أو احترام قاعدة تحمّل عبء الاثبات التي تقتضي أن لا تكوّن المحكمة حجّة لأحد الاطراف.

في هذا الخصوص بلور القاضي الإداري الاستئنافي جملة من المبادئ القضائية التي طبّقها على النزاعات المعروضة عليه والتي لها صبغة النظام العام أدّت إلى الحسم موضوعيا في تلك النزاعات.

وعلى اعتبار أنّ أصناف النزاعات القضائية التي يختصّ بها القاضي الإداري مثلما سبقت الإشارة إليه أعلاه تندرج في: قضاء الشرعية والقضاء الكامل فإنّ المبادئ القضائية ذات العلاقة بالنظام العام تتناسب مع كل صنف قضائي.

أ. المبادئ القضائية ذات العلاقة بالنظام العام في قضاء الشرعيّة

قضاء الشرعية أو قضاء الالغاء هو الذي يهدف إلى مراقبة مدى احترام جهة الادارة للشرعية القانونية من خلال القرارات الإدارية التي تتخذها.

في هذا الخصوص تضمنت أحكام الفصل 7 من قانون المحكمة الإدارية العيوب التي يمكن أن تنال من شرعيّة القرار الإداري والتي تمكن من القيام بدعوى تجاوز السلطة لدى قاضي الالغاء وهي:

- عيب الاختصاص.
- خرق الصيغ الشكلية الجوهريّة.
- خرق قاعدة من القواعد القانونية.
- الانحراف بالسلطة أو الاجراءات.

وبإمكان المدّعي أن يؤسس دعواه في الطعن بالإلغاء في قرار إداري أضرّ بمصالحه أن يبين في عريضة دعواه وجه مخالفة الشرعية في القرار المنتقد على أساس الفصل 7 المذكور.

غير أنّ القاضي الإداري في رقابته على القرارات الإدارية لا ينتظر أن يثير الطاعن لديه عيوب الشرعية بل يتولى بوصفه قاضي الشرعيّة إثارة أوجه طعن من تلقاء نفسه ليبسط ولايته على مدى انصياع الادارة للقانون عند اتخاذه لتلكم القرارات.

ومن أوجه رقابة الشرعية المرتبطة بالنظام العامّ نذكر:

- الرقابة على اختصاص السلطة المصدرة للقرار.
- الرقابة على مراعاة عدم الرجعية في القرارات الإدارية.
- الرقابة على مدى احترام مجال انطباق القانون.
- الرقابة على مدى احترام مبدأ الحجية المطلقة للأحكام القضائية.
- الرقابة على حماية الملك العمومي.

ب. الرقابة على مدى احترام قاعدة الاختصاص في اتخاذ القرارات الإدارية

تعدّ قاعدة الاختصاص من أهمّ أركان العمل الإداري[1] فهي التكليف القانوني للتصرف باسم السلطة الإدارية واستعمال وسائل السلطة العمومية وتسيير المرافق العمومية والتأثير في المراكز القانونية.

لذلك يعتبر الفقه أنّ خرق قواعد الاختصاص من أخطر الانحرافات والتعدّي على الشرعية.[2]

1. Christian Debouy: les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse.P.U.F 1980

2. Odent(R) ،contentieux administratif les cours de droit ،p.1776

وقد حرص القاضي الإداري على التثبت من مدى مراعاة قاعدة الاختصاص عند اتخاذ القرارات الإدارية ويعتبرها من متعلقات النظام العام تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثرها أحد الاطراف.

وقد باشر القاضي الإداري الاستئنافي رقابة على مدى احترام السلط الإدارية شرط الاختصاص عند اتخاذ القرار الإداري وصحّح أسانيد الحكم الابتدائي بإضافة سبب جديد لإلغاء القرار المطعون فيه.

ففي الحكم الاستئنافي عدد 27716 المؤرخ في 30 أفريل 2011 اعتبرت المحكمة: «حيث أنّ قواعد الاختصاص من متعلقات النظام العامّ التي تثيرها المحكمة وتتمسّك بها المحكمة من تلقاء نفسها والتي تفرض عليها التحقق من اختصاص السلطة المصدرة للقرار المطعون فيه ... وحيث والحال ما تقدّم بيانه، يكون قرار مجلس التربية ... صادرا عن سلطة غير مختصة قانونا وتعيّن لذلك إلغاؤه على هذا الاساس وتعديل أسانيد الحكم المطعون فيه من هذه الناحية.»

ويتفرع عيب الاختصاص في القرارات الإدارية إلى ثلاثة أنواع:

- عيب الاختصاص المادي: والمقصود به إسناد اختصاص معين لجهة بموجب نصوص قانونية وترتيبية.
- عيب الاختصاص الزماني: أي أن تباشر الجهة الإدارية الاختصاص المسند لها في الفترة الزمنية التي تتوفّر فيها على الصفة في ذلك.
- عيب الاختصاص المكاني: وهو مباشرة الاختصاص المسند للجهة الإدارية في إطار ترابي معيّن.

وتجدر الإشارة إلى أنّ فقه القضاء الإداري طوّر مطعنا مستقلّا مرتبطا بالاختصاص، يتعلق هو كذلك بالنظام العامّ، وهو المطعن المعروف **بالمعدوميّة**.[1]

هذا العيب يستمدّه القاضي الإداري من معاينة وجود تعدّ صارخ على قواعد الاختصاص بين السلط الثلاث في الدولة من خلال تعدّي السلطة التنفيذية على مجال السلطة القضائية[2].

ومعاينة وجود هذا العيب من قبل القاضي الإداري يحجب العيوب الشكلية التي

1. عياض بن عاشور: «القضاء الاداري وفقه المرافعات الادارية في تونس» سيراس للنشر ومركز الناشر الجامعي 1998.

2. الحكم الاستئنافي عدد 1879 بتاريخ 18 جوان 1998.

قد تنتاب القيام بالدّعوى فلا عبرة في حال وجود هذا العيب من التمسك بمخالفة أجل التقاضي أو شكلياته.[1]

2. الرقابة على مدى احترام قاعدة عدم الرجعيّة

طبّق القاضي الإداري في نزاعات الشرعيّة التي عرضت عليه قاعدة عدم الرجعيّة على مختلف النصوص القانونية سواء كانت نصوص تشريعية أو ترتيبية أو قرارات إداريّة.[2]

فقد طبّقت المحكمة الإدارية في بداية عملها هذه القاعدة بخصوص مفعول قانونها الاساسي المتعلق بالقضاء الإداري واختصاصاته وهو القانون عدد 40 لسنة 1972 واعتبرت أن مفعوله لا يشمل النزاعات السابقة لصدوره.[3]

وعلى مستوى تطبيق مبدأ عدم رجعيّة القرارات الإدارية فقد تصدّت المحكمة الإدارية من خلاله إلى محاولة الجهة الإدارية التفصّي من حجية الاحكام الصادرة بإلغاء قرارات إدارية غير شرعيّة باتخاذ قرارات ثانية في نفس الموضوع (مثال: العزل).[4]

ج. الرقابة على مجال تطبيق القانون

يتفق الفقه وفقه القضاء على أنّ المطعن المتعلق بخرق مجال تطبيق القانون من أهم المطاعن المتعلقة بالنظام العام والتي يتعيّن إثارتها من المحكمة تلقائيا.

أقرّ فقه القضاء الإداري أنّ هنالك شرطين لا بدّ من توافرهما في معاينة وجود هذا العيب في مخالفة القرار الإداري للشرعية وهما:

- أن تكون الادارة عند اتخاذها للقرار الإداري قد أخطأت الاستناد للنص القانوني.
- أنّ الاستناد إلى نفس النص القانوني من قبل القاضي الإداري يؤدي بدوره إلى خرق مجال القانون.[5]

1. La ferriére (E.)، traite de la juridiction administrative et des recours contentieux، 1989 p.497

2. رفيقة المحمدي. مرجع سابق ص.122

3. القضية عدد 3 بتاريخ 10 جويلية 1975.

4. الحكم الابتدائي عدد 18173 بتاريخ 26 اكتوبر 2000

5. القرار التعقيبي عدد 31351 بتاريخ 29 ديسمبر 1997.

وقد اعتمد القاضي الإداري هذا العيب بخصوص:

- خطأ الادارة في إصدار بطاقات إلزام لاستخلاص ديون لفئة غير مشمولة بحكم القانون[1].
- خطأ الادارة في تطبيق عقوبة على المدعي غير منصوص عليها بالنصّ الترتيبي الذي استندت إليه.[2]
- خطأ الادارة في تحديد النصّ المنطبق بخصوص احتساب مدّة التقادم في المادّة الجبائية.[3]

د. حماية الحجية المطلقة للشيء المقضي به أو مبدأ اتصال القضاء

يعدّ مبدأ اتصال القضاء من أهم المبادئ القانونية التي تحكم النزاعات. وهو يهدف إلى تفادي النظر في نفس النزاع الذي ينشأ بين نفس الاطراف أكثر من مرة واحدة في نفس الدرجة. لذلك اعتبر الحكم الاستئنافي عدد 22067 بتاريخ 3 جوان 1997 أنّ: «اتصال القضاء الذي يؤدي إلى ردّ الدعوى يقتضي توافر ثلاثة شروط هي اتحاد الاطراف واتحاد الموضوع واتحاد السبب القانوني وذلك بين الحكم المحتج به في هذا المضمار وبين الدعوى الجديدة الواقع القيام بها.»

وقد أسند المشرّع للأحكام الصادرة في قضاء الالغاء النفوذ المطلق لاتصال القضاء وذلك صلب أحكام الفصل 8 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية إذ جاء به: «يكون لقرارات المحكمة الإدارية نفوذ مطلق لاتصال القضاء فيما يخصّ دعاوى تجاوز السلطة عند الإلغاء الكلّي أو الجزئي».

وقد أثار القاضي الإداري الاستئنافي في العديد من الاحكام بصفة تلقائية هذا المبدأ لارتباطه بالنظام العام. فقد بيّن بمناسبة الحكم عدد 213920 بتاريخ 25 نوفمبر 2021 أنّه:

«وحيث أنّ مبدأ اتّصال القضاء يهمّ النظام العامّ ويتعيّن على المحكمة إثارته تلقائيّا نظرا لما يحقّقه من استقرار للأوضاع القانونيّة بالحيلولة دون زعزعة الحقوق والمراكز القانونيّة التّي حسمت بأحكام قضائيّة.

1. القرار التعقيبي عدد 31702 بتاريخ 10 نوفمبر 1997.

2. الحكم الابتدائي عدد 15843 بتاريخ 10 مارس 1999.

3. القرار التعقيبي عدد 311079 بتاريخ 7 فيفري 2011.

وحيث استقرّ فقه القضاء على اعتبار أنّ نطاق الحجّية في الأحكام يتحدّد بمنطوق الحكم وأسبابه الجوهرية وأنّها تتحقق كلّما قام النزاع بين نفس الخصوم دون أن تتغيّر صفاتهم وتعلّق بذات الموضوع وبذات السّبب القانوني الّذي يستمدّ منه العارض حقه.

وحيث صدر عن الدائرة الاستئنافية الثامنة بالمحكمة الإدارية حكم استئنافي بتاريخ 5 نوفمبر 2020 تحت عدد 213955 و213956 يقضي بإلغاء قرار مجلس القضاء العدلي المتعلّق بالحركة السنويّة للقضاء العدلي للسنة القضائيّة 2019 - 2020 المصادق عليها من الجلسة العامّة للمجلس الأعلى للقضاء كإلغاء الأمر الرئاسي عدد 238 لسنة 2019، جزئيّا بخصوص نقلة المدّعي من خطّة مساعد أوّل لوكيل الجمهوريّة لدى المحكمة الابتدائية بقفصة إلى خطّة قاضي تحقيق أوّل بالمحكمة الابتدائية بسيدي بوزيد.

وحيث ثبت بالرجوع إلى الحكم المذكور آنفا أنّ العارض في القضيّة الماثلة تقدّم بعريضتين بتاريخ 26 فيفري 2020 رسّمت أولاهما بكتابة المحكمة تحت عدد 213955 وثانيهما تحت عدد 213956 وذلك قصد الطعن في قرار نقلته إلى المحكمة الابتدائية بسيدي بوزيد استنادا إلى انعدام التعليل وهضم حقوق الدفاع وخرق أحكام الفصل 107 من الدستور والفصل 48 من القانون الأساسي المتعلّق بالمجلس الأعلى للقضاء والخطأ الفادح في التقدير.

وحيث أنّ صدور الحكم المشار إليه أعلاه، يحول دون إعادة النظر في النزاع الماثل الّذي يتعلّق بالطعن في نفس القرار عملا بقاعدة اتّصال القضاء، وذلك للحيلولة دون طرح النزاع ذاته مرّة ثانية من نفس الأطراف أمام نفس الدرجة وحول نفس الموضوع ونفس السبب تجنّبا لتجدّد المنازعات واستمرارها وتفاديا للتضارب بين الأحكام، الأمر الّذي يتّجه معه التصريح بعدم قبول الدّعوى على هذا الأساس.»

ه. المبادئ القضائية ذات العلاقة بالنظام العام في القضاء الكامل

تتميّز النزاعات المندرجة في صنف القضاء الكامل بأنّها تهدف أكثر لحماية الحقوق الشخصيّة للمتضررين من عمل السلطة الإدارية. في المقابل فإنّ القاضي الإداري يتمتّع من خلالها بسلطات أوسع من قاضي الالغاء. فله أن يلزم الجهة الإدارية بدفع مبالغ مالية كما له أن يأذن (يأمر) الإدارة بفعل شيء أو بالامتناع عن فعل.

وعلى الرغم من قلّة المبادئ القضائية المتعلقة بالنظام العام في هذا الصنف من القضاء إلاّ أنّها تستند في جوهرها على نفس الأساس وهو وضع القاضي الإداري كحامي للشرعية.

ويمكن ذكر المبادئ التالية:

- حماية المال العامّ.
- التوسيع من نظام المسؤولية الإدارية: المسؤولية المبنية على الضرر (ضمانا لرقابة أكثر على عمل المرافق العمومية).
- حماية شرعية التعاقد الإداري.

و. حماية المال العامّ

من ضمن المهامّ الاساسية المرتبطة بوظيفة القاضي الإداري والتي يذكّر بها دائما في فقه قضائه هو وضعه «كحام للمال العامّ».
وقد أدى ذلك إلى رفض القاضيً الإداري إلزام جهة إداريّة بدفع ما ليست ملزمة بدفعه. وقد اعتبر قاضي الاستئناف أنّ هذه القاعدة من متعلقات النظام العام وعلى المحكمة أن تتمسك بها من تلقاء نفسها.[1]

كما اعتبر القاضي الإداري الاستئنافي في رقابته على سلطة القاضي الابتدائي في ضبط مقدار الغرامة أنّ الحكم بأكثر مما طلبه المتضرر يعدّ تعدّيا على قاعدة إلزام الجهة الإدارية بدفع ما ليست ملزمة بدفعه.[2]

ز. توسيع من مبدأ محاسبة الذوات العمومية

ويتجلّى ذلك من خلال التوسيع في نظام المسؤوليّة الإدارية في حالات معينة من نظام مبني على الخطأ إلى نظام مبني على المخاطر.

فرغم أنّ نظام المسؤولية الإدارية يقتضي من القائم بالدعوى أمام القاضي الإداري إثبات ارتكاب الخطأ من جانب الذات العمومية المعنية حتى يقع إلزامها بالتعويض فإنّ القاضي الإداري يقبل تحويل سند المسؤولية وتصحيحها بصفة تلقائية واكتفاءه بثبوت المضرّة وعلاقته بالفعل الإداري الضارّ ليقرّ للمدعي الحقّ في التعويض ويحكم بالمبالغ المناسبة.

1. الحكم الاستئنافي عدد 22002 بتاريخ 28 نوفمبر 2000.

2. الحكم الاستئنافي عدد 458 بتاريخ 19 فيفري 1990.

ورغم أنّ ذلك يعدّ من قبيل تحريف قاضي البداية لطلبات الخصوم وتصرّف في موضوع الدعوى وتغيير لسندها إلاّ أنّ ذلك يعدّ سلوكا محمودا يقرّه له قاضي الاستئناف وحتى قاضي التعقيب بالنظر لسموّ الغاية التي يهدف إليها وهو توسيع نظام محاسبة الشخص العمومي.

وقد طبّق القضاء الإداري نظام المسؤولية الإدارية الموضوعية في موادّ:

- الأضرار الناتجة عن الأشغال والمنشآت العمومية.[1]
- الأضرار الناتجة عن الأنشطة الخطرة للإدارة (مثال: السلاح الإداري).[2]
- الأضرار الناتجة عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العمومية (الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري).[3]

ج. حماية شرعيّة التعاقد الإداري

من المطاعن التي يثيرها القاضي الإداري في النزاعات التعاقدية التي يختصّ بها والذي ينتهي على أساسها إلى الحكم ببطلان العقد الإداري تلك المتعلقة باختصاص السلطة الإدارية المضية للعقد أو بمخالفة بنود العقد للقواعد المتعلقة بالنظام العام. في هذه الحالة الاخيرة يتشابه الوضع بين القاضي المدني والقاضي الإداري في تمتعهم بسلطة تقديرية واسعة في تحديد المقصود بالنظام العامّ.[4]

1. الحكم الاستئنافي عدد 27412 و27430 بتاريخ 25 جويلية 2011.
2. الحكم الاستئنافي عدد 28118 بتاريخ 30 جوان 2011.
3. القرار التعقيبي عدد 311005 بتاريخ 21 فيفري 2011.
4. رفيقة المحمدي. مرجع سابق صفحة 136.

الخاتمة

يمكن القول أنّ النظام القانوني للمطاعن المتعلقة بالنظام العام على مستوى التقاضي الإداري يمزج بين ضوابط حدّدها المشرّع خاصّة بالنسبة لصنف المطاعن المتعلقة بشكليات القيام بالطعن وأخرى وَضَعَهَا الاجتهاد القضائي والقدرة الانشائية للقاضي الإداري le pouvoir normatif du juge administratif خاصة بالنسبة لصنف المطاعن المتعلقة بأصل النزاع والمؤثرة في وجه الفصل في الدعاوى.

ونرى أنّ الاجتهاد القضائي في النزاع الإداري كفيل بأنّ يطوّر فقه القضاء المتعلّق بهذا الصنف من المطاعن ليشمل مجالات مهمّة ومواضيع ترتبط خاصّة بالحقوق الأساسية سواء للمتقاضين أو لمنظوري الادارة. فمفاهيم مثل المحاكمة العادلة وحسن سير الادارة وشفافية العمل الإداري وحياديته كلها قواعد دستوريّة[1] يمكن أن تتنزّل على مستوى التقاضي الإداري منزلة المطاعن المتعلقة بالنظام العام.

في المقابل لا ينبغي للمشرّع أن يتدخّل في تنظيم هذا الصنف من المطاعن على نحو يحدّ فيه من حرية الأفراد والمحكمة في إثارته. فالأصل في إعمال هذه المطاعن تبقى دائما حماية التوازن بين حقوق التقاضي والنظام العام الذي يتطلب المحافظة على استقرار الوضعيات وحماية الشرعية.

1. الفصل 15 من دستور 2014.

بدعم من مشروع المساعدة الانتخابية في تونس II لبرنامج الأمم المتحدة الانمائي الممول من:

Canada
Cooperación Española
ITALIAN AGENCY FOR DEVELOPMENT COOPERATION
Financé par l'Union européenne
Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra
Direction du développement et de la coopération DDC