



كرّاس الدّروس المسيرّة في مادّة النّزاعات الإداريّة

الشهادة: الإجازة الأساسيّة في القانون العام

السنة: الثالثة

المحور عدد: 2

مبدأ التفريق بين الهيئتين الإداريّة والقضائيّة العدليّة

الأستاذ المكلف بالدّرس: خليل الفنّدي

المساعدان: - مبروكة الصيد
- فتحي بن معّلم

موضوع الحصة: مبدأ التفريق بين الميادين الإدارية و القضائية العادلة

مراجع حول الموضوع:

- Ben Achour (Y.), L'histoire du principe de séparation des autorités en Tunisie, le centenaire du décret beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif, Campus universitaire, 1988, p. 373.
- Ben Aissa (M.S.), Le décret beylical du 27 novembre 1888 et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, le centenaire du décret beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif, Campus universitaire, 1988, p. 53.
- Chevallier (J.), L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, LGDJ 1970.
- Delvolvé (P.), Paradoxe du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, Mél. R. Chapus, Montchrestien 1992.

Lecture obligatoire et résumé de l' étude du professeur Y. ben Achour
L'histoire du principe de séparation des autorités en Tunisie .

الفصلان 3 و 4 من أمر 27 نوفمبر 1888 المتعلق بالخصام الإداري، منشور الرائد الرسمي عدد 13 المؤرخ في 29 نوفمبر 1888، صفحة 1.

الفصل 3: من الممنوع على المحاكم المدنية أن تأذن إما تبعا لأحد المطالب المذكورة أعلاه أو أصلا في جميع الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة إما بإحداث مانع لإجراء القوانين التي اتخذتها أي إدارة بحسب الشرائع أو بالإذن في إجراء أشغال عامة أو قطعه أو بتعديل امتداد تلك القوانين و كيفية إجرائها.

الفصل 4: من الممنوع أيضا على المحاكم المدنية أن تنظر في مطلب مآله إبطال عمل صدر من الإدارة ويبقى الحق إن له دخل في النازلة أن يتتبع طريق الفضل لإلغاء العمل الذي تضرر منه.

التمرين: تعليق على نص قانوني :
الفصل 3 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 و المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية و المحكمة الإدارية و إحداث مجلس لتنازع الاختصاص:

"ليس للمحاكم العدلية أن تنظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو إلى الإذن بأي وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرفق العمومي".

Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire

par Pierre DELVOYÉ
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. — Le bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790 a été l'occasion d'un bilan du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire¹. Il a permis d'en rappeler les origines, l'actualité, la portée, les limites, les avantages et les inconvénients. On ne prétend pas ici établir la synthèse d'un bilan (le bilan d'un bilan ?), mais souligner, à partir des études déjà entreprises et avec un peu de recul (ou de retard), au-delà des surprises parfois, des contradictions souvent qu'offre ce principe, les paradoxes qu'il recèle ou, en tout cas, qu'il permet de formuler : ils tiennent peut être moins à la matière, objectivement, qu'à une manière subjective de l'approcher.

Leur présentation en est déjà une illustration. Elle ne revêtira pas la forme dualiste conforme à la conception française de l'exposé juridique, que devrait renforcer en l'espèce le principe lui-même, mais suivra une progression par degré, de sa formation à sa mise en œuvre.

2. — Le premier paradoxe est que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire a été établi en quelque sorte sans qu'on l'ait voulu — en tout cas, sans qu'on ait voulu lui donner le sens qu'on lui a attribué plus tard.

Jacques Chevallier notamment² a démontré que la loi des 16-24 août 1790, en affirmant la séparation des fonctions judiciaires et des fonctions

administratives, n'avait pas voulu interdire aux tribunaux de juger l'administration, mais seulement de faire œuvre d'administration. En cela elle tendait moins à les empêcher de s'opposer à l'administration que de se substituer à elle.

Lorsqu'on évoque les antécédents de cette loi, on insiste surtout sur la lutte des parlements contre la monarchie, manifestée par les remontrances et le refus d'enregistrement des édits royaux. Ce n'est pas l'article 13 du titre II de la loi qui fait obstacle à de nouvelles manifestations de ce genre, mais, dans le même titre, l'article 10, interdisant aux tribunaux d'empêcher ou suspendre l'exécution des lois, et l'article 11, obligeant à les transcrire.

L'article 13 du titre II veut éviter d'autres abus des parlements, consistant à prendre des règlements de police et à citer des agents du roi, notamment pour leur donner des instructions. Son libellé correspond exactement à ces antécédents. Il cantonne désormais les tribunaux dans la solution des litiges. Il ne dit pas qu'ils ne pourront connaître des litiges intéressant l'administration.

Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, tel qu'il est formulé en 1790, est tout simplement le principe de l'interdiction au juge de faire acte d'administrateur.

Or aujourd'hui c'est la juridiction administrative qui, bien plus que la juridiction judiciaire, applique ce principe en se refusant notamment le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration (*infra*, n° 12).

Le texte à partir duquel a été instruite ultérieurement la juridiction administrative apparaît en réalité, à l'origine, comme devant limiter ses pouvoirs. Si on lui restitue son sens initial, il n'est pas l'acte fondant, au moins indirectement, la juridiction administrative, mais l'acte justifiant sa propre limitation — sans que jamais il soit expressément ni même implicitement invoqué en ce sens.

3. — Pour que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire signifie l'interdiction aux tribunaux de statuer sur les litiges d'ordre administratif, il a fallu d'autres justifications, qui, au-delà de considérations pratiques apparues peu après le 24 août 1790 pour l'organisation du « contentieux administratif », ont été tirées, bien après 1790, du principe de séparation des pouvoirs.

Or la démonstration a été parfaitement faite³ que le principe de séparation des pouvoirs ne commande pas l'interdiction aux tribunaux de connaître

1. *RPDA* 1990, n° 5, pp. 687-861 et s. ; tirage à part dans les *Dossier et documents de la Revue française de droit administratif*. Voir aussi *AJDA* 1990, pp. 579-600.

2. « Du principe de séparation au principe de dualité », *RPDA* 1990, 712 ; *L'évolution historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, 1968.

3. Notamment M. THOMAS, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 1973. Voir aussi S. VÉLÉY, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP* 1989, 767.

du contentieux de l'administration, mais seulement de confier des fonctions judiciaires à des organes judiciaires. La première conséquence est satisfaite par l'aménagement d'un corps judiciaire distinct de l'exécutif et du législateur, la seconde, par le premier sens de la loi des 16-24 août 1790, interdisant aux tribunaux d'exercer des fonctions administratives (*in fine*, n° 2). Point n'est besoin d'y ajouter l'interdiction aux tribunaux de statuer sur le contentieux administratif — comme le prouvent d'expérience les systèmes les plus rigides de séparation des pouvoirs (tel celui des États-Unis), laissant les tribunaux juger l'administration.

Si le principe de séparation des pouvoirs avait été strictement appliqué, il aurait abouti à un résultat exactement opposé à celui qui a été rapidement adopté : la solution par l'administration elle-même des litiges dans lesquels elle est impliquée, admise dès la fin de 1790 et pour longtemps.

Ce n'est pas le moindre paradoxe que la même assemblée qui, en 1791, devait adopter la Constitution française où la séparation des pouvoirs a été le plus fortement marquée, ait été considérée comme ayant adopté, avec la loi des 16-24 août 1790, puis avec quelques textes ultérieurs organisant des recours contre l'administration, le principe juridictionnel le moins fidèle à la séparation des pouvoirs.

4. — C'est pourtant « la conception française de la séparation des pouvoirs » qui a été invoquée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 à propos du noyau de compétence en principe irréductible de la juridiction administrative⁴.

La formule a été contestée⁵, au prix malheureusement d'un contresens, qui aurait été évité si elle n'avait pas été employée⁶.

Elle n'en est pas moins révélatrice d'une ambiguïté laissant à la séparation des pouvoirs un certain rôle dans la détermination de la compétence de la juridiction administrative alors même que la séparation des autorités administrative et judiciaire dans laquelle cette juridiction trouve indirectement son origine n'est pas une application de la séparation des pouvoirs.

5. — L'ambiguïté s'accroît avec la reconnaissance du statut constitutionnel du juge administratif, à un double titre.

D'une part, le principe de l'indépendance de la juridiction administrative constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la

République⁷ ; si le « principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs » invoqué par les auteurs des deux saisines n'est pas expressément rennu dans le considérant relatif à cette indépendance, le Conseil constitutionnel n'en retient pas moins l'idée puisqu'« il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence » — ce qui est une très exacte application du principe de séparation des pouvoirs dont la valeur constitutionnelle a été reconnue ailleurs par référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789⁸.

D'autre part, c'est encore en vertu d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... »⁹.

En vertu de ces deux décisions, la juridiction administrative a désormais une assise constitutionnelle, à la fois dans son existence et dans ses attributions.

Or « les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle »¹⁰.

Ainsi s'est produite une double novation : de sens et de valeur. Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, qui n'impliquait en soi ni la soustraction du contentieux administratif aux tribunaux, ni la création d'une juridiction administrative, a conduit à l'une et à l'autre. Alors qu'il n'a pas valeur constitutionnelle, la juridiction administrative qui en est indirectement le produit relève de principes à valeur constitutionnelle.

6. — Leur portée n'en est pas pour autant absolue.

S'agissant de la compétence « minimale » de la juridiction administrative, « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de

4. *Réc.* 8 ; *AJDA* 1987, 315, note CHEVALLIER ; *RPDA* 1987, 287, note GENEVOIS et 301, note FAVOREU ; *GAJA*, p. 717 ; *GD*, p. 707.

5. S. VILLEY, art. précité, note 3.

6. G. VEDER, « La loi des 16-24 août 1990 : texte ? prétexte ? contexte ? », *RPDA* 1990, 698, spécialement § 16.

7. CC 80-119, DC 22 juillet 1980, *Réc.* 46 ; *AJDA* 1980, 602, note CARCASSONNE ; *D.* 1981, 65, note FRANCK ; *GD*, p. 431.

8. CC 79-104 DC 23 mai 1979, *Réc.* 27 ; *RDP* 1979, 1965, note FAVOREU.

9. CC, 23 janvier 1987, précité note 4.

10. *Ibidem*.

compétence, juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ».

La formule n'est rigoureuse ni en ce qui concerne « les règles habituelles de compétence », l'habitude n'étant pas une notion juridique, ni la justification des dérogations au principe, qui tiennent plus de l'opportunité que de la constitutionnalité, ni l'effet unificateur, qui n'empêche pas des litiges relatifs à la concurrence de continuer à relever de la compétence administrative ¹¹.

Elle a suscité des tentations auxquelles il a fallu résister ¹², sauf à faire perdre toute consistance au principe et à ramener des aspects importants du contentieux de l'administration dans l'ordre judiciaire.

7. — Il en existe déjà de nombreux ¹³.

On ose à peine rappeler ici les cas de gestion privée (notamment contrats de droit commun, exploitation du domaine privé, fonctionnement des services publics à caractère industriel et commercial), dont les litiges relèvent du juge judiciaire parce que leur solution est déterminée par le droit privé. On observera cependant que si le régime administratif n'est pas en cause, parce que les fonctions exercées ne sont pas administratives, les juridictions judiciaires n'en ont pas moins à connaître d'affaires qui, à défaut d'être administratives, concernent l'administration.

Leur compétence en matière de voie de fait, pour justifiée qu'elle soit par la dénaturation de l'activité administrative, n'en porte pas moins sur des affaires où l'administration, loin de s'être comportée comme une personne privée, a exercé sa puissance, certes bien au-delà de ce qui lui est permis, mais avec toute la force dont elle est capable. C'est l'exacerbation de la puissance publique, critère de compétence administrative retenu notamment par le Conseil constitutionnel, qui fait cesser cette compétence au profit du juge judiciaire.

8. — L'exercice ordinaire de la puissance publique comporte aussi des hypothèses de compétence judiciaire, en vertu de textes : les uns portent sur l'indemnisation (par exemple, expropriation) ; d'autres ont confié aux juridictions judiciaires le contentieux de l'annulation ou de la réformation de véritables actes administratifs (par exemple, récemment ceux du Conseil

11. TC, 6 juin 1989, *SAEDE c. Ville de Pantiers*, *Rev.* ; *AJDA* 1989, 459, concl. STERN ; *AJDA* 1989, 431, chr. HONORAT et BAPTISTE ; et 467, note BAZEX ; *JCP* 1990.II.21395 note TERREVEYRE ; *RDP* 1989, 1780, note Y. GAUDENERT — V. R. CHAPUS, note sous *CJ* Paris, 30 juin 1988, *RFDJ* 1989, 80.
12. CC 89-261, DC 28 juillet 1989, *Rev.* 81 ; *RFDJ* 1989, 621, note GENEVOIS ; *AJDA* 1989, 619, note J. CHEVALIER.

13. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 6^e éd., 1992, pp. 627 et s. ; C. GOYARD *La compétence judiciaire en matière administrative*, 1962.

de la concurrence, certains de ceux de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des bourses de valeurs — mais il ne s'agit que d'exemples s'ajoutant à des solutions antérieures). Au-delà des textes, des principes ont permis d'admettre la compétence du juge judiciaire pour réparer certains dommages (emprise irrégulière, responsabilité du service public judiciaire et de la police judiciaire) ou pour apprécier la légalité d'actes administratifs (juridiction répressive). Or, dans tous ces cas, le juge judiciaire statue comme un véritable juge administratif, non seulement à raison de la nature du contentieux dont il connaît mais des pouvoirs qu'il exerce ¹⁴. La compétence judiciaire en matière administrative n'a pas effacé la particularité de cette matière.

Bien plus, dans la mesure où la jurisprudence judiciaire a pu s'écarter, en matière administrative, des solutions de la jurisprudence administrative, c'est, non pas pour retourner au droit privé, mais pour constituer un « droit administratif judiciaire » ¹⁵. Du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire on est ainsi passé, par l'intermédiaire du principe de la dualité de juridiction, à la dualité du droit administratif (un droit administratif... administratif et un droit administratif judiciaire) — ce qui n'est pas la meilleure manière d'assurer l'unité de l'ordre juridique ¹⁶.

9. — La compétence judiciaire en matière administrative a pu être justifiée par la protection des libertés publiques ¹⁷. L'article 66 de la Constitution actuelle en garde la trace pour la liberté individuelle.

Or le développement de la jurisprudence administrative a contribué à la défense des libertés contre l'arbitraire administratif autant, si ce n'est plus, que la jurisprudence judiciaire.

10. — La compétence de la juridiction administrative peut, à l'inverse, s'exercer pour des litiges opposant des personnes privées.

La loi du 28 pluviôse an VIII en donne une illustration ancienne à propos des dommages causés par les entrepreneurs de travaux publics. Le décret du 17 juin 1938, au sujet du contentieux opposant les concessionnaires de service public à leurs cocontractants pour l'occupation du domaine public.

14. R. DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDJ* 1990, 757 ; P. DELVOLVÉ, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boussières », *Bull. Joly*, 1990, pp. 499 et s. ; « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », Mélanges J.-M. Aubry, 1992 ; I. RICHER, « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire », *CJEG* 1990, 67.

15. P. WEIL, « A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence *Giry* », Mélanges EISENMANN, 1975, p. 379.
16. R. CHAPUS, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *RFDJ* 1990, 739.

17. J. RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », *RFDJ* 1990, 734.

La jurisprudence comporte d'autres exemples avec les contrats passés par une personne privée « pour le compte d'une personne publique » avec une autre personne privée, pour les actes et la responsabilité des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public et investis de prérogatives de puissance publique.

La compétence administrative se justifie par le droit administratif qu'il s'agit alors d'appliquer.

Les auteurs de la loi de 1790 seraient pourtant surpris de voir des personnes privées soustraites aux tribunaux judiciaires et au droit privé. Il est vrai qu'ils n'avaient pas plus imaginé l'extension des fonctions administratives et leur exercice par des organes privés, que la création d'une juridiction administrative.

11. — Ils seraient étonnés aussi de voir le juge administratif exercer sa compétence à l'égard d'organes judiciaires.

Car, si la loi des 16-24 août 1790 interdit aux tribunaux de s'immiscer dans les affaires administratives, elle exclut au moins implicitement l'intervention administrative en matière judiciaire.

Juridiquement, on peut expliquer que, lorsque les organes judiciaires exercent, non pas une fonction juridictionnelle, mais une fonction administrative, leurs actes et leurs activités relèvent du contentieux administratif, donc du juge administratif¹⁸ : la logique juridique est sans doute satisfaisante. Elle l'est moins lorsque la fonction exercée, pour être administrative, reste juridictionnelle¹⁹. Dans tous les cas, le résultat est loin de la séparation des autorités administrative et judiciaire : il aboutit à la création d'un droit judiciaire administratif et à un contrôle des autorités judiciaires par la juridiction administrative — celle-ci combiant les insuffisances de celles-là.

12. — C'est bien, plus généralement, pour pallier les limites imparties aux juridictions judiciaires que la juridiction administrative a été instituée : parce que les tribunaux ne pouvaient s'immiscer dans les affaires administratives, la juridiction administrative a été créée pour statuer en ces affaires.

Autrement dit, l'absence de juge a suscité un nouveau juge.

Tant que la justice administrative était retenue, c'est-à-dire théoriquement rendue par l'administration elle-même, on pouvait expliquer qu'elle fût distincte de la justice judiciaire, dont elle n'était pas l'équivalent.

18. CE, 17 avril 1953, FALCO et VIDALLAC, *Rec.*, 173 ; *GAJ/A*, p. 508 ; 13 mars 1987, BAUHAIN, *Rec.*, 95.

19. CE, 12 juillet 1969, *L'Étang*, *Rec.*, 388 ; 14 novembre 1975, ROUSSEAU, *Rec.*, 194 ; 16 janvier 1976, DUJARDIN, *Rec.*, 44.

Depuis que la justice administrative est déléguée, qu'elle a une fonction de même type que la justice judiciaire, que leurs compétences peuvent se croiser, il est plus difficile d'expliquer, en pure logique, en quoi elles doivent se distinguer.

Schématiquement, on peut dire ou bien que la juridiction administrative n'est pas une véritable juridiction ni la justice administrative une véritable justice, ce qui explique leur distinction mais se heurte à la réalité juridique et pratique, ou bien, pour être conforme à cette réalité, qu'elles sont aussi authentiques que les judiciaires, mais on a du mal alors à expliquer théoriquement pourquoi elles restent séparées.

Au fond le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire est victime de ses effets. Il a été interprété comme interdisant aux tribunaux de juger l'administration ; mais comme il y a des litiges entre les administrés et l'administration, il a fallu trouver un système pour les trancher ; pour les trancher en toute justice, il a fallu créer une véritable juridiction ; dès lors que cette juridiction connaît des affaires administratives, elle tourne l'interdiction aux juges de s'immiscer dans les fonctions administratives et de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs.

13. — Elle ne veut pourtant pas le faire au point de se comporter en véritable administrateur. Le juge administratif s'interdit de faire acte d'administrateur : c'est lui qui applique exactement le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire (*infra*, n° 2).

Mais, si le juge administratif est d'abord un juge, ne pouvant faire acte d'administrateur, en quoi se différencie-t-il du juge judiciaire ?

S'il est administratif autant que juge, pourquoi s'interdit-il d'adresser des injonctions à l'administration et de les assortir d'astreinte ?

« Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? »²⁰

A l'égard de l'administration, le juge administratif est moins fort que le juge judiciaire lorsqu'il est lui-même compétent. Notamment, en cas de voie de fait — et c'est l'intérêt principal de sa compétence en la matière — celui-ci peut ordonner à l'administration de cesser un comportement²¹ alors qu'il n'est pas son juge « habituel ».

20. Formule de M. RIVERO, « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *ECDE* 1979-1980, pp. 27 et s., notamment p. 28, reprise par F. MODERNE pour son article à la *RFDJ* 1990, 798.

21. Par exemple Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1966, *Bull. civ.* 1, n° 513, p. 387.

7

Son audace ne va pourtant pas jusqu'à ordonner la démolition d'un ouvrage public ²², en vertu d'un principe d'inrangibilité aujourd'hui mal assuré.

Le Conseil d'État vient en effet d'y ouvrir une brèche, en admettant la possibilité d'annuler, pour erreur manifeste d'appréciation, le refus de l'autorité administrative de démolir un tel ouvrage ²³.

Verra-t-on le juge judiciaire refuser d'enjoindre à l'administration la destruction d'un ouvrage établi par voie de fait et le juge administratif, annuler le refus de le démolir, ou refuser cette annulation, non pas au fond, mais pour incompétence, s'agissant d'un refus non détachable de la voie de fait ?

De toute évidence, il y a matière à faire concorder les solutions, sauf à faire apparaître de nouvelles contradictions.

14. — Il en subsistera d'autres. Le refus par le juge administratif du pouvoir d'injonction n'est qu'une application particulière de sa volonté de ne pas se substituer à l'administration active ²⁴.

Il ne s'est pas empêché pour autant de dicter à l'administration son comportement, comme le prouvent des exemples bien connus.

A propos de l'exécution de ses propres arrêtés, le Conseil d'État a pu identifier très précisément les mesures à prendre ²⁵.

En matière de police, il exerce un contrôle de l'exacte adéquation des mesures prises aux circonstances de temps et de lieu et à la nature des activités ²⁶, qui porte autant directive pour les comportements futurs qu'examen des décisions passées.

Plus généralement, c'est par sa jurisprudence que sont déterminées les règles que l'administration doit observer dans son action. Le contentieux administratif est parfois considéré comme destiné moins à vider les litiges qu'à en saisir l'occasion pour dire à l'administration ses obligations, et moins pour lui rappeler celles qui s'imposaient déjà que pour lui en faire observer de nouvelles. Par cette fonction, le juge administratif se comporte en supérieur de l'administration ²⁷, c'est-à-dire exactement en administra-

22. Par exemple *Cass. civ. 1^{re}, 15 février 1965, Bull. civ. I, n° 137, p. 101.*

23. *CE, 19 avril 1991, Époux DENARD et MARTIN, AJDA 1991, 563, note TROUILL.*

24. Par exemple, le choix entre deux solutions également légales : *M. GENTROT, concl. sur CE, 22 février 1974, ADAJ, RDP 1975, 486.*

25. *CE, 26 décembre 1925, RODIERE, Rec. 1065 ; GAJA, p. 255.*

26. *Jurisprudence BEYJAMIN, 19 mai 1933, Rec. 341 ; GAJA, p. 286.*

27. *R. DE LACHARITIÈRE, Le contrôle hiérarchique de l'administration en la forme juridictionnelle, 1937 ; TESSIER, concl. sur CE, 3 juin 1906, MARC et chambre syndicale des propriétaires immobiliers de la ville de Paris, S. 1909.3.113 ; CHARDENET, concl. sur CE, 19 février 1909, ABEL OLIVIER, S. 1909.3.34.*

teur — à l'instar des parlements de l'ancien régime, contre lesquels le principe de séparation a été formulé.

15. — Il y a plus. Dès lors que le Code civil a été écarté d'abord par le Conseil d'État, dans ses arrêtés *Ratschid* et *Chassin* de 1855, puis par le Tribunal des conflits en 1873 par l'arrêt *Blanco*, comme ne régissant que les rapports de particulier à particulier, au profit de « règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés », il a fallu élaborer ces règles.

C'est le Conseil d'État qui les a établies. Il a, notamment à propos des contrats administratifs, de la responsabilité administrative, des travaux publics, du domaine public, élaboré un corps de règles, articulées autour des mêmes principes, qui, sans prendre la forme d'un code, en a toute la substance et remplace, dans l'ordre administratif, le Code civil qui en a été écarté. Ce faisant, le juge administratif est véritablement législateur — contrairement à l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790, interdisant aux tribunaux de « prendre directement ou indirectement part à l'exercice du pouvoir législatif ».

Ce n'est plus le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire qui est en cause, mais bien celui de séparation des pouvoirs, dès lors qu'il est revenu au même organe de définir la loi applicable et de trancher les litiges s'y rapportant.

Certes on a appris, depuis la Révolution, que la fonction juridictionnelle ne consiste pas à appliquer mécaniquement la loi et qu'elle comporte nécessairement création de droit — du moins est-ce normalement dans le prolongement de la loi.

Or la jurisprudence administrative a créé le droit administratif à la place de la loi.

S'il y a une « conception française de la séparation des pouvoirs », elle comporte l'attribution du pouvoir législatif en matière administrative à la juridiction administrative. Elle dénature autant le principe de séparation des pouvoirs qu'elle est dénaturée par celui de séparation des autorités administrative et judiciaire.

16. — En réalité, plus qu'une conception française de la séparation des autorités administrative et judiciaire et de la séparation des pouvoirs, il y a une conception française de la justice administrative.

Le texte de 1790 n'a certes pas voulu dire ce qu'on lui a fait produire. Il n'est pas un exemple isolé de disposition dont la signification ait été détournée. En droit civil, la Cour de cassation a fini par découvrir dans l'article 1384 du Code civil une portée que ni les auteurs du Code n'avaient voulu initialement, ni les tribunaux, vue pendant longtemps. En droit

public, le Conseil constitutionnel, créé essentiellement pour contrôler le Parlement, contrôle autant, à travers lui, le gouvernement.

La séparation des pouvoirs n'impose certainement ni la séparation des autorités administrative et judiciaire ni la dualité de juridictions. On sait bien pourtant qu'il n'existe guère de régime pur de séparation des pouvoirs, mais seulement des régimes de distinction des pouvoirs dont les relations sont plus ou moins étroites. La soustraction du pouvoir administratif au pouvoir judiciaire, si contestable qu'elle soit au regard des principes, n'est qu'un aménagement parmi d'autres de cette distinction et de ces relations. L'essentiel est que le pouvoir administratif n'échappe pas au contrôle d'un juge et que le juge échappe au pouvoir administratif.

En France, l'existence d'une juridiction administrative a essentiellement un fondement historique. Elle remonte à l'Ancien Régime. La Révolution ne l'a pas écartée. L'Empire l'a systématisée. La République l'a définitivement établie. Elle est maintenant reconnue au niveau constitutionnel. Progressivement s'est élaboré un statut de la juridiction administrative, mélangé d'administration et de juridiction, grâce auquel l'administration a pu être jugée. La juridiction administrative a pu s'imposer à l'administration autant parce que, administrative, elle est liée à elle, que, parce que juridiction, elle est détachée d'elle.

On peut dénoncer ce statut comme hybride ou ambigu, évoquer la chauve-souris de la fable (je suis justice, voici mon rôle ; je suis administrative, voyez mes membres). Cela n'empêche que c'est grâce à lui que le juge administratif a accompli son œuvre : la soumission de l'administration au droit.

Et cette œuvre, en retour, a consacré le juge administratif. Le mouvement se prouve en marchant. La juridiction administrative se justifie en jugeant.

On peut relever ses insuffisances et ses limites, contester ses choix, critiquer ses solutions. Des progrès sont possibles, des améliorations, nécessaires. Mais, tel qu'il est, après deux cents ans de séparation des autorités administrative et judiciaire et près de deux cents ans d'existence du Conseil d'État (sans compter les antécédents de l'ancien régime), qui pourrait dire que le bilan n'est pas positif ?

La juridiction administrative s'insère trop profondément dans le système administratif et juridictionnel français pour que sa mise en cause n'ébranle pas tout l'édifice.

Seule une révolution pourrait l'abattre.

Qui pourrait garantir qu'elle ne proclamerait pas, d'une autre manière, la séparation des autorités administrative et judiciaire ?

LE DECRET BEYLICAL DU 27 novembre 1888

ET

LE PRINCIPE DE SEPARATION DES AUTORITES ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE

Par

Mohamed Salah BEN AISSA

Professeur à la

Faculté des Sciences Juridiques
Politiques et Sociales

S O M M A I R E

- I - LE DECRET DU 27 novembre 1888 ET LA SEPARATION DES
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE (ARTICLES 1
ET 4).
- II - LE DECRET DU 27 novembre 1888 ET LA SEPARATION DES
FONCTIONS ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE (ARTICLE 3).
- III - LE DECRET DU 27 novembre 1888 ET LA DUALITE JURI-
DICTIONNELLE.

Dans quelle mesure le principe français de séparation des autorités administrative et judiciaire a-t-il été transposé dans le décret beylical tunisien du 27.11.1888 élaboré sous le protectorat ?

Avant de donner une réponse à cette question, il convient de rappeler les facteurs qui ont été, en France, à l'origine de la proclamation du principe de séparation et qui, en Tunisie, ont conduit à l'édiction du décret du 27.11.1888 après avoir défini au préalable le contenu dudit principe.

Des textes révolutionnaires français(1), il se dégage que le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire (S.A.A.J.) se résume essentiellement en une double interdiction s'adressant au juge judiciaire destinée à l'empêcher d'une part de faire acte d'administrateur et d'autre part de censurer et contrôler l'activité administrative. Et, en attendant la naissance d'une véritable juridiction administrative, c'est l'administration qui sera en même temps juge et partie dans les litiges qui l'opposent aux particuliers. C'est le système de l'administration-juge.

Tel est le contenu initial du principe de S.A.A.J. qui évoluera ultérieurement vers la dualité juridictionnelle, corollaire logique de l'exclusion du juge judiciaire du contentieux administratif.

La proclamation du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire par les révolutionnaires français a été l'aboutissement d'une profonde rivalité et d'une lutte d'hégémonie entre les "parlements" et le pouvoir royal de l'ancien régime ; l'hostilité des juges judiciaires aux réformes et autres mesures royales, la résistance qu'ils ont opposée à ses décisions et leur immixtion dans le fonctionnement des corps administratifs a jeté sur eux suspicion et défiance.

C'est le souvenir de ces pratiques qui a poussé les révolutionnaires à prendre un train de mesures par lesquelles ils ont ravivé le pouvoir judiciaire à un rang second, en lui interdisant d'intervenir dans les fonctions administratives et de juger les administrateurs et l'action administrative.

- En fait, il faut bien admettre qu'en réalité la séparation des autorités administrative et judiciaire remonte à cent cinquante ans avant la révolution. Elle a été proclamée déjà dans l'édit de Saint Germain en 1641. Elle a été rappelée ensuite dans le célèbre arrêt du Conseil du 8 juillet 1661 de Louis XIV, suite à la Fronde parlementaire de 1648. Seuls les organes à coloration administrative, Intendants et Conseil du Roi (formation finances et direction) pouvaient connaître des litiges opposant les sujets à leur Roi(2). Le contentieux administratif était ainsi entre les mains des autorités administratives acquises au pouvoir royal. En cela, on peut soutenir que les révolutionnaires ont très largement repris l'oeuvre de la monarchie(3).

- Telles sont les origines du principe et les causes de son application: Eviter de voir renaître la caste judiciaire des anciens parlements(4).

- Qu'en est-il du décret beylical tunisien du 27.11.1888 ? Rappelons en brièvement les origines et l'économie générale. Il faut partir de la renonciation des puissances capitulaires à leurs juridictions consulaires, renonciation qui a fait de leurs ressortissants des justiciables des tribunaux français créés par la loi française du 27.3.1883. Seule... l'Italie a subordonné la suppression de sa juridiction consulaire à des conditions qui devaient être précisées dans le protocole franco-italien du 25 janvier 1884 par lequel l'Italie cherchait à garantir à ses ressortissants un régime proche du régime italien consacré par la loi du 20.11.1865. C'est pour cela que le protocole imposait et délimitait la compétence de la juridiction judiciaire en matière administrative.

On rappellera à ce sujet que la loi italienne du 20.11.1865 avait supprimé, en Italie, les juridictions administratives inspirées du modèle français, comme ne présentant pas suffisamment de garanties pour la protection des droits des administrés(5). Le protocole de 1884 donnait aux nationaux et protégés italiens un juge en matière administrative dont la compétence était définie conformément aux dispositions de la loi italienne.

Il reste que cette compétence administrative des tribunaux judiciaires ne s'étendait pas aux autres justiciables des tribunaux français. Il y avait donc une inégalité entre ces derniers et les nationaux ou protégés italiens. Ce fut précisément l'objet du décret du 27.11.1888 qui combattait ainsi une lacune certaine en leur donnant à ces tribunaux cette compétence qui leur manquait et ce, par dérogation aux dispositions de la loi du 27.3.1883 qui les régissait.

Pour toutes ces raisons, le décret du 27.11.1888 apparut, dans une large mesure, comme étant une conséquence du protocole franco-italien bien qu'il n'en ait pas repris tous les éléments.

- Quant à son économie générale, le décret du 27.11.1888 s'il reconnaissait au profit des tribunaux judiciaires une compétence pour condamner l'administration à réparer les préjudices qu'elle peut causer dans des cas déterminés(6), il leur interdisait en revanche, toute action de nature à entraver le déroulement de l'activité administrative soit en empêchant l'exécution des règlements légaux pris par l'administration soit en lui adressant des injonctions tendant à obtenir l'exécution ou la suspension de travaux publics ou leur modification(7). Il était en même temps interdit à ces mêmes tribunaux d'annuler les actes de l'administration, les requérants n'ayant que le recours gracieux pour obtenir réformation de la décision attaquée(8).

Tel fut le système institué par le décret du 27.11.1888 : compétence judiciaire limitée au contentieux de la responsabilité.

- Comment peut-on alors situer le décret du 27.11.1888 par rapport au principe de S.A.A.J. ?



- Nous essaierons de répondre à cette question en partant d'abord des composantes initiales du principe de S.A.A.J., apparues les premières du point de vue historique, et ensuite en confrontant le décret du 27.11.1888 à la conséquence technique dudit principe, à savoir : la dualité juridictionnelle.

Les composantes essentielles du principe de S.A.A.J. ont été dégagées dès 1925 par Maurice Hauriou dans son précis de droit administratif(9). C'est à elles que nous nous référerons.

En effet, selon Maurice Hauriou le décret du 22 décembre 1789 (article 7), la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, contiennent une double interdiction qui se traduit à la fois par une séparation des fonctions administrative et judiciaire et une séparation des contentieux administratif et judiciaire.

- En confrontant le décret du 27.11.1888 à cette double séparation, on constate alors que ce texte consacre partiellement la séparation des contentieux (I), mais qu'en revanche il consacre intégralement la séparation des fonctions (II).

- Quant à la confrontation entre le décret du 27.11.1888 et le principe de séparation des S.A.A.J., tel que nous le connaissons aujourd'hui, on constatera facilement que ce texte institue un système d'unité de juridiction, restant en retrait par rapport à l'évolution du principe de S.A.A.J. (III).

I - LE DECRET DU 27.11.1888 ET LA SEPARATION DES CONTENTIEUX ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE (articles 1 et 4) : UNE CONSECRATION PARTIELLE.

L'analyse des dispositions du décret nous permet de constater que, si elles consacrent la séparation des autorités au niveau du contentieux de l'annulation (A), en revanche, elles s'écartent nettement de cette séparation quand il s'agit du contentieux indemnitaire (B).

A/ LA CONSECRATION DE LA SEPARATION DES AUTORITES AU NIVEAU DU CONTENTIEUX DE L'ANNULATION.

- L'article 4 du décret du 27.11.1888 prohibe formellement aux "juridictions civiles de connaître de toutes demandes tendant à faire annuler un acte de l'administration, sauf le droit pour la partie intéressée de poursuivre par la voie gracieuse la réformation de l'acte qui lui fait grief".

Ainsi, une grande partie de l'activité juridique de l'administration échappe au contrôle du juge judiciaire et peut-être même à tout contrôle dans la mesure où la voie gracieuse ouverte au requérant reste imparfaite, car elle n'offre pas les garanties d'indépendance et d'objectivité.

Aussi, cette interdiction est-elle à la base même du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire qui selon M. Hauriou, fait défense à ces tribunaux "de se saisir du contentieux des réclamations formées contre l'action d'office administrative", ce qui, selon l'auteur, entraîne "une séparation du contentieux administratif et du contentieux judiciaire"(10), c'est-à-dire que la juridiction judiciaire est incompétente pour statuer sur le contentieux administratif remis d'abord à l'administration et, plus tard, à la juridiction administrative(11).

L'interdiction pour le juge judiciaire d'exercer une quelconque juridiction sur l'administration se trouve au coeur du principe de séparation qui, comme le souligne le professeur E.P. Benoît, dénie aux tribunaux judiciaires le statut de pouvoir judiciaire et l'empêche "d'essayer même de conquérir cette qualité" en lui refusant "d'assurer le rôle apparemment le plus facile à acquérir comme première étape vers le pouvoir : le contrôle juridictionnel de l'administration" (12). Aussi, Lafferrère, a-t-il déjà souligné que cette "interdiction est une des règles les plus anciennes" du droit public français (13) puisque cent cinquante ans avant la loi révolutionnaire des 16-24 août 1790, la séparation des autorités, inscrite dans l'édit de Saint-Germain en 1641, traduisait une très ferme volonté de défendre aux parlements et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'Etat et d'administration. Par le célèbre arrêt du Conseil du 8.7.1661, Louis XIV fit à ces mêmes juges "très expresses inhibitions et défenses de prendre aucune connaissance des affaires et procès dont Sa Majesté aurait retenu et réservé le jugement à soi et à son Conseil, à peine d'encourir son indignation" (14).

En cela d'ailleurs, la philosophie générale du siècle des lumières a beaucoup aidé à conforter les conceptions royales sur la place et le rôle des tribunaux judiciaires vis à vis des corps administratifs. On rappellera, à ce propos, que Montesquieu, dans le fameux chapitre VI du livre XI. de "l'Esprit des lois", a cantonné la compétence des juges judiciaires aux matières civiles et pénales, ce qui intégrait, logiquement, le contentieux administratif au sein même de l'administration active.

On ne peut donc occulter cet important volet du principe qui est l'interdiction de statuer en matière administrative, étant précisé que dans le décret du 27.11.1888 cette interdiction, ne concerne, il est vrai, que le contentieux de l'annulation, par voie d'action, auquel s'applique l'article 4, comme nous l'avons déjà rappelé.

- Dès lors, il est difficile d'être d'accord avec le professeur René Chapus quand il écrit, dans ses commentaires sur le décret du 27.11.1888 : "le principe de séparation entre les pouvoirs administratif et judiciaire n'a en réalité par lui-même comme conséquence que l'interdiction pour les tribunaux de faire acte d'administrateur, c'est-à-dire de prendre des décisions aux lieux et places des autorités administratives ; // ne leur interdit pas d'annuler les actes administratifs, dont ils reconnaissent l'illégalité" (15).

- En définissant de cette manière la teneur du principe et ses conséquences l'auteur en donne une représentation partielle et étonnante parce qu'elle conduit à penser que le principe de séparation permet de reconnaître au juge judiciaire le pouvoir d'annuler les décisions administratives tout en lui interdisant de faire acte d'administrateur en oubliant que pendant très longtemps on a souvent considéré que juger l'administration c'est encore administrer (16).

- Et, en partant de cette prémisse, le professeur Chapus rejette toute consécration du principe de séparation des autorités par le décret beylical et refuse de rattacher à ce principe la limitation des pouvoirs reconnus aux tribunaux judiciaires (17).

- Or, l'interdiction de juger qui concerne ici le pouvoir d'annuler les décisions administratives, est aussi présente dans le principe de séparation que l'interdiction d'administrer. On ne saurait circonscrire la portée du principe à cette dernière uniquement.

Et, ce n'est pas par pur hasard que les tribunaux judiciaires de Tunisie ont parfois rattaché l'interdiction qui leur est faite de statuer sur les recours en annulation au principe de séparation (18).

Au reste, ils ne sont pas les seuls à l'avoir fait, puisqu'on peut tout aussi bien trouver la même attitude dans la jurisprudence de la Cour de cassation française relative à la question de savoir dans quelle mesure le dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire au Maroc, ...

قرار عدد 8 صادر عن مجلس تنازع الاختصاص

مؤرخ في 13 جانفي 2000

برئاسة السيد صالح بوراس

الرئيس الأول لمحكمة التعقيب

من الوجهة الاجرائية :

حيث كانت الاحالة الواقعة من محكمة التعقيب مستوفية لشروطها القانونية طبق الفصل الثامن من القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 المشار اليه انفا وتعين لذلك قبولها من هذه الناحية.

من الوجهة الواقعية :

حيث يتضح من الاطلاع على القرار الوقتي المشار اليه والاوراق التي انبنى عليها قيام المالك الفرنسي الجنسية لدى محكمة ناحية تونس في 22 اكتوبر 1984 تحت عدد 180 عارضا ان وزارة الداخلية ممثلة في شخص المكلف العام بنزاعات الدولة تشغل العقار المسجل باسمه والكائن بنهج ام كلثوم عدد 42 بتونس بدون سبب قانوني أو ترخيص منه منذ غرة جويلية 1974 الى تاريخ القيام وانه قام بقضية اصلية في مطالبتها بغرامة التصرف في عقار التداعي مازالت منشورة استئنافيا لدى المحكمة الادارية تحت عدد 415 طالبا رفع شغب خصيمته المتمثل في الانتفاع بعقار التداعي والزامها بالخروج منه طبق الفصل 307 من م.ج.ع. فقضت تلك المحكمة لصالح دعواه في 25 فيفري 1985.

وحيث استأنفته المحكوم ضدها في 15 ماي 1985 تحت عدد 14177 ملاحظة ان النزاع يتعلق بحوز الادارة لعقار التداعي وتخصيصه لايواء مركز الامن بنهج ام كلثوم أي بتصرف مادي للادارة بصفتها سلطة امرة بهدف تحقيق السير العادي لمصلحة عامة مما يجعله غير خاضع لاحكام القانون العام بل للامر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 ولقانون غرة جوان 1972. طالبة نقض الحكم الابتدائي وعدم سماع الدعوى فقضت المحكمة الابتدائية بتونس بوصفها محكمة استئناف لاحكام محاكم النواحي التابعة لها في 14 فيفري 1986 بالتقرير مع التعديل وذلك بثبوت الشغب ورفض طلب الخروج.

وحيث تعقب المدعي في 30 مارس 1988 اتحكذ المذكور تحت عدد 20352 طالبا نقضه لعدم ترتيب الحكم المطعون فيه النتيجة الملائمة للحكم بكف شغب المدعي عليها طبق الفصول 307 من م.ج.ع. و 51 و 52 من م.م.م.ت. ولمخالفته لاحكام الامر المؤرخ في 27 نوفمبر 1988 ولعدم صدور قرار اداري سابق لشغلها لعقار التداعي فقررت محكمة التعقيب في 8 نوفمبر 1990 النقض والاحالة على اساس ان الشغب المنسوب للمحكوم عليها هو شغب مادي لم يصدر في شأنه قرار اداري او يتعلق بأشغال جارية او توقيفها وان الادارة ملزمة بالخروج اذا كانت اعمالها مبنية على اجراء غير مشروع أي علي غصب لا على عمل اداري وان محكمة الموضوع لما قضت بعدم سماع دعوى الخروج لعدم جواز تعطيل عمل الادارة من طرف محكمة مدنية تكون قد أساءت فهم الفصل الثالث من الامر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888.

وحيث تم بطلب من المدعي اعادة نشر القضية لدى المحكمة الابتدائية بتونس في 24 افريل 1995 تحت عدد 30324 الذي طلب اقرار الحكم الابتدائي متمسكا بما جاء بالقرار التعقيبي فأجاب المدعي عليها بانها غادرت محل النزاع منذ 1984 وأنه مستغل من قبل لجنة التنسيق الحزبي بتونس فقضت محكمة الاحالة في 31 جانفي 1997

المادة : تنازع الاختصاص.

المراجع : الفصل الأول من الامر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 والفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 والفصل الأول من القانون الاساسي عدد 39 لسنة 1996.

المفاتيح : حوز الإدارة لعقار، كف شغب، تسيير مرفق عام، مصلحة عامة، نزاع إداري، اختصاص المحكمة الإدارية.

المبدأ :

طالبا أن النزاع يتعلق بإخراج الإدارة من عقار التداعي الذي تتصرف فيه بدون وجه حق ولكن لتحقيق مصلحة عامة فإنه يعد ذو صبغة إدارية إلا أنه يرجع بالنظر إبتدائيا للمحكمة العدلية طالما أن القيام وقع قبل دخول الفصل 17 جديد من القانون عدد 40 لسنة 1972 المنقح بالقانون عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 حيز التنفيذ.

اصدر مجلس تنازع الاختصاص القرار التالي :

بعد الاطلاع على عريضة الدعوى المرفوعة لدى محكمة ناحية تونس تحت عدد 180 في 22 اكتوبر 1984 من روبرير القاظن ببنايس. ضد : المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الداخلية الكائن مقره بساحة الحكومة بتونس.

وبعد الاطلاع على القرار الوقتي عدد 68112 الصادر عن محكمة التعقيب في 9 نوفمبر 1999 والقاضي باحالة ملف القضية على هذا المجلس للنظر في الاشكال المطروح حول ما اذا كانت محكمة الحكم المطعون فيه مختصة بالنظر في القضية ام ان الاختصاص ينعقد للدائرة الاستئنافية للمحكمة الادارية.

وبعد الاطلاع على قرار السيد رئيس المجلس المتعلق بتعيين السيد رؤوف المراكشي عضوا مقررا لتهينة القضية.

وبعد الاطلاع على تقريره المؤرخ في 22 ديسمبر 1999 والمتضمن ملحوظاته بشأنها.

وبعد الاطلاع على بقية الوثائق المظروفة بالملف.

وبعد الاطلاع على القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 والمتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الادارية واحداث مجلس تنازع الاختصاص.

وبعد المداولة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي :

ابتدائيا طبقا لمقتضيات الاجراءات المنصوص عليها بالامر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 والامر المؤرخ في 9 مارس 1939 في النزاعات القضائية المتعلقة بالتعويض على ان يقع الاستئناف والتعقيب لدى المحكمة الادارية.

وحيث اقتضى الفصل الاول من الامر المؤرخ في 27 نوفمبر 1888 والمتعلق بالخصام الاداري أنه تعرض على المحاكم المدنية جميع المطالب التي مألها التصريح بان الادارة مدينة اما من جهة عدم عملها بالاتفاقات الواقعة معها أو من جهة الاشغال التي أُنذت فيها أو من جهة أي عمل صدر منها بغير حق وأضر بالغير.

وحيث اضاف الفصل الرابع أنه من الممنوع ايضا على المحاكم المدنية ان تتظر في مطلب مألها ابطال عمل صدر من الادارة ويبقى الحق لمن له دخل في النزاع ان يتتبع طريق الفصل لالغاء العمل الذي تضرر منه.

وحيث انه ولئن اقتضى الفصل الاول من القانون الاساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 تنقيح الفصل الثاني المشار اليه من القانون عدد 40 لسنة 1972 الذي بات يقتضي بان المحكمة الادارية تتظر بهيئاتها القضائية المختلفة في جميع النزاعات الادارية عدا ما اسند لغيرها بقانون خاص الا ان الفصل الثاني من ذلك القانون الاساسي اقتضى ان القضايا المنشورة لدى المحاكم العدلية في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ والتي اصيحت من اختصاص المحكمة الادارية بموجبه تبقى في عهدة تلك المحاكم الى ان ثبت فيها.

حيث انه طالما ان النزاع يتعلق باخراج الادارة من عقار التداعي الذي تتصرف فيه بدون وجه حق ولكن لتحقيق مصلحة عامة فانه يعد ذو صبغة إدارية إلا انه يرجع مع ذلك بالنظر ابتدائيا للمحكمة العدلية المختصة طالما ان القيام وقع قبل دخول الفصل 17 الجديد من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 3 جوان 1972 المتعلق بالمحكمة الادارية، طبقا وقع تنقيحه بالقانون عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996، حيز التنفيذ بعد في تاريخ القيام بقضية الجال الا ان الاستئناف والتعقيب كان لازال راجعا بالنظر للمحكمة الادارية طبق احكام الفصل الثاني من ذلك القانون القديمة منها والجديدة

ولهذه الاسباب :

قرر المجلس ان النزاع من اختصاص جهاز القضاء الاداري.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 13 جانفي 2000 عن مجلس تنازع الاختصاص المتركب من رئيسه السيد صالح بوراس الرئيس الاول لمحكمة التعقيب وعضوية السادة رؤوف المراكشي والتيجاني عبيد ومحمد النفيسي ويوسف الطنوبي ومحمد القلبي وكمال الدغاري وبحضور كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي.

وحرر في تاريخه

الحكم الابتدائي مع اكمال نصه وذلك بالزام المدعي عليها ومن محلها بالخروج من محل النزاع بناء على انه لا يجوز للمدعى عليها التمسك باحالة المحل للغير نظرا الى انه لا حق للادارة في هذه الاحالة طالما ان وجودها في العقار لم يكن قانونيا وشرعيا وبالتالي فانها تعتبر وكأنها لم تغادر محل النزاع لانها أحالت المحل للجنة التنسيق الحزبي وتواصل بذلك شعبها وشعب من حل محلها خلافا لاحكام الفصل 551 من م.ا.ع.

وحيث تعقبت المحكوم ضدها ذلك الحكم تحت عدد 68112 في 22 أوت 1998 طالبة نقضه بدون إحالة على أساس عدم اختصاص القضاء العدلي بالنظر في النزاع بالخصوص وذلك بمقولة ان وزارة الداخلية تصرفت في عقار التداعي بمقتضى قرار اداري على خلاف ما رأته محكمة الاحالة ذلك أنه لا ضرورة لصدور القرارات الادارية أن يكون هناك أمر مكتوب وانما يستتج وجوده من عدمه من خلال ملاحظات القضية خاصة وأنه لا وجود بالقانون التونسي لاي تعريف تشريعي للقرار الاداري وانما عرفه الفقه وفقه قضاء المحكمة الادارية بانه عمل قانوني صادر عن السلطة الادارية تعبر بمقتضاه عن ارادتها في احداث تغييرات في العلاقات او الاوضاع القانونية القائمة وقت صدوره فالقرار الاداري يمكن أن يكون صريحا بان تصحح الادارة عن ارادتها وتعلم بها المعنى بالامر كما يمكن أن يكون ضديا بأن تمتنع الادارة عن الاستجابة لطلب أمر منظورها او ان تجري العمل بارادتها النابعة من سلطة القرار وهي السلطة المختصة بتسيير دوليب المرفق العام وأنه بالرجوع لوقائع القضية يتبين أن وزارة الداخلية استغلت عقار التداعي لايواء مركز الامن الوطني بنهج أم كلثوم وهو عمل لا يمكن ان يصدر عن اعوان وزارة الداخلية لكونهم غير مختصين باتخاذ القرارات التنفيذية ولا يمكن ان يدسدر الا عن سلطة القرار وانه كان على المعقب ضده ان ينتهج سير القضاء الاداري لان القضاء العدلي لا ينظر في شرعية اعمال الادارة النابعة عن ارادة سلطة القرار الاداري وأن المعقب ضده كان قد قام بدعوى ضد المعقب في حق وزارة الداخلية للحصول على غرامة تصرف وتحصل على ذلك فقررت محكمة التعقيب في 9 نوفمبر 1999 احالة الملف على هذا المجلس للنظر في الاشكال المطروح حول ما اذا كانت محكمة الحكم المطعون فيه مختصة بالنظر في القضية أم ان الاختصاص الحكمي يقع للدائرة الابتدائية للمحكمة الادارية.

من الوجهة القانونية :

حيث اقتضى الفصل الاول من القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 والمتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الادارية وادوات مجلس تنازع الاختصاص أن المحكمة الادارية تختص بالنظر في دعاوى مسؤولية الادارة المنصوص عليها بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 3 جوان 1972 بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بالاستيلاء على العقارات.

وحيث اقتضى الفصل الثاني القديم من القانون المشار اليه عدد 40 لسنة 1972 انه حتى ياتي ما يخالف ذلك فان المحاكم يمكن لها ان تتظر

قرار عدد 40 صادر عن مجلس تنازع الاختصاص

مؤرخ في 12 جويلية 2001

برئاسة السيد الطيب اللومي

الرئيس الأول للمحكمة الإدارية

وبعد الاطلاع على القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 والمتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الادارية واحداث مجلس تنازع الاختصاص وبعد التداول القانونية صرح بما يلي :

من الوجهة الاجرائية :

حيث اقتضى الفصل 7 من القانون الاساسي المشار اليه في الطالع انه يمكن للمكلف العام بنزاعات الدولة وللجماعات المحلية وللمنشآت العمومية في القضية التي يكونون فيها طرفا ان يدفعا في مذكرة مستقلة ومعلقة بعدم الاختصاص احدى المحاكم العدلية للنظر في القضية استنادا الى رجوع النظر فيها الى المحكمة الادارية، وتقدم هذه المذكرة بعد اطلاع الاطراف عليها دون ان يوجب ان يكون الاشكال الجدي حول الاختصاص لم يسبق البت فيه من قبل مجلس التنازع مثلما اقتضاه الفصل 8 بالنسبة لمحكمة التعقيب او الجلسة العامة للمحكمة الادارية.

وحيث استوفى المطلب بقية اجراءاته واوضاعه القانونية طبق الفصل 7 المشار اليه وتعين قبوله من هذه الناحية.

من الوجهة الواقعية :

حيث تفيد وقائع القضية كما جاء بالقرار الرقعي المشار اليه بالطالع والاوراق المظروفة بالملف ان المدعي عرض لدى محكمة ناحية زغوان تحت عدد 1583 في 14 ديسمبر 1999 انه على ملكه وفي حوزة العقار موضوع الرسم العقاري عدد 516974 تونس س 2 وان للديوان الوطني للتطهير عمد الى مد قنوات التطهير به بدون اذنه الى جانب احداث طريق بدون وجه شرعي طالبا رفع شغبه عن عقاره.

وحيث اجاب المدعي عليه بان الاتجازات موضوع الداعي لا دخل له فيها وانه غير مسؤول عنها. لانها راجعة لوكانة التهيئة والتهديب العمراني فتم ادخالها فاجابت بواسطة محاميها بان المدعي مالك على الشياخ للعقار المتداعي بشأنه وانه لا شيء يفيد ان الاشغال موضوع الخلاف تمت في المنابيات الخاصة به وطلبت ادخال بلدية زغوان باعتبارها المسؤولة عن جميع المشاكل العقارية الناجمة عن اشغال التهيئة حسب الاتفاقية المبرمة بينهما في 26 جوان 1998.

وحيث بادخال بلدية زغوان تمسكت بمذكرة مستقلة بعدم اختصاص تلك المحكمة العدلية بالنظر في النزاع واختصاص المحكمة الادارية طبق القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 طالبة التخلي لفائدة هذه الاخيرة عملا باحكام الفصل 7 من ذلك القانون باعتبارها جماعة محلية طبق الفصل الاول من قانون البلديات خاصة ان الخلاف يشمل الى جانبها منشآت عمومية فقررت المحكمة في 3 اكتوبر 2000 ارجاء النظر في القضية. واحالتها على مجلس تنازع الاختصاص الذي قيدت لديه تحت عدد 22.

وحيث قرر المجلس في 27 فيفري 2000 عدم قبول الاحالة بناء على انه بالتامل من المذكرة المستقلة تبين انها لم تعرض على بقية الاطراف خلافا لما اقتضاه الفصل 7 المحتج به مما جعل طلب المحكمة

المادة : تنازع الاختصاص.

المراجع : الفصلان الأول والثالث من القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 والقانون الاساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996.

المفاتيح : اشغال، منشآت عمومية، جماعات محلية، كنف شغب، محاكم عدلية، تعطيل سير المرفق العمومي، اختصاص القضاء الإداري.

المبدأ :

طالما ثبت ان النزاع المعروض على المحكمة العدلية يتعلق بوضع البلدية بواسطة إحدى المنشآت العمومية يدها على عقار الغير خارج إطار القواعد المنظمة لإجراءات الإنتزاع أو الأشغال الوقتي للعقارات أو غيرها من الإجراءات الشرعية وإن من شأن استجابتها لطلب كنف الشغب عنه أن يعطل سير المرفق العمومي المتمثل في مد قنوات التطهير وإحداث طريق فإن النزاع خارج عن أنظارها ومعقود لجهاز القضاء الإداري.

إصدار مجلس تنازع الاختصاص القرار التالي :

بعد الاطلاع على عريضة الدعوى المرفوعة لدى محكمة ناحية زغوان تحت عدد 1583 في 14 ديسمبر 1999

من : الجيلاني القاطن ببنج محمد علي بزغوان

ضد : الديوان الوطني للتطهير في شخص ممثله القانوني الكائن مقره بزغوان.

والدئيلة : وكالة التهيئة والتهديب العمراني الكائن مقرها ببنج أندري أمبرا عدد 19 باريانة.

والدخيلة : بلدية زغوان في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها بزغوان.

وبعد الاطلاع على القرار الرقعي المعطل والصادر عن محكمة ناحية زغوان بتاريخ 5 جوان 2001، والنقاضي بارجاء النظر في القضية واجالة ملفها على مجلس تنازع الاختصاص.

وبعد الاطلاع على قرار السيد رئيس المجلس المتعلق بتعيين السيد رؤوف المراكشي عضوا مقررا للهيئة القضائية

وبعد الاطلاع على تقرير هذا الأخير المؤرخ في 27 جوان 2001 والمتضمن ملحوظاته بشأنها.

وبعد الاطلاع على بقية الوثائق المظروفة بالملف.

قرار عدد 16 صادر عن مجلس تنازع الاختصاص

مؤرخ في 24 ماي 2000

برئاسة السيد المبروك بنموسي

الرئيس الأول لمحكمة التعقيب

المادة : تنازع الاختصاص.

المراجع : القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 03 جوان 1996.

المفاتيح : كف شغب، مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية، إدارة مرفق عمومي، امتيازات السلطة العامة، مصلحة عامة، محاكم عدلية، إلغاء مقررات إدارية، تعطيل عمل إداري، تعطيل سير مرفق عمومي.

المبدأ :

ليس للمحاكم العدلية ان تنظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو إلى الإذن بأية وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرفق العمومي.

أصدر مجلس تنازع الاختصاص القرار التالي :

بعد الاطلاع على ملف القضية عدد 5396 المقدمة إلى محكمة ناحية، سوسة في 16 جويلية 1996 من قبل الاستاذ أنور بن حفصية المحامي بسوسة نيابة عن قاسم.

ضد : الشركة التونسية للكهرباء والغاز في شخص ممثلها القانوني التناظر بمقر فرعها الكائن بسوسة نائبها الأستاذ رضا جنينح.

وبعد الاطلاع على الحكم الوقي الصادر عن محكمة ناحية سوسة تحت عدد 5396 بتاريخ 31 مارس 2000 والقاضي بإرجاء النظر في القضية وإحالة ملفها على مجلس تنازع الاختصاص للبت في مسألة الاختصاص القضائي.

وبعد الاطلاع على قرار السيد رئيس المجلس المؤرخ في 19 أفريل 2000 والقاضي بتعيين السيد كمال الدغاري عضوا مقررا لتهيئة القضية وإعداد تقرير في الموضوع.

وبعد الاطلاع على تقرير العضو المقرر المؤرخ في 19 ماي 2000 والذي ضمنه ملحوظاته بشأنها.

وبعد الاطلاع على بقية الأوراق المظروفة بالملف.

وبعد الاطلاع على القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس تنازع الاختصاص.

وبعد المداولة القانونية بحجرة الشورى صرح بما يلي :

القضية على هذا المجلس للبت في مسألة تنازع الاختصاص بين محاكم العدلية والمحكمة الادارية مخالفا للاجراءات.

وحيث تم اعادة نشر القضية لدى المحكمة المتعددة بالنزاع فتداركت الخلل الاجرائي المشار اليه ثم اصدرت حكما مماثلا للسابق في 5 جوان 2001 فاعيد نشر القضية لدى مجلس تنازع الاختصاص تحت العدد اعلاه.

من الوجهة القانونية :

حيث اقتضى الفصل الاول من القانون الاساسي عدد 38 لسنة 1996 المشار اليه بالتالي ان المحكمة الادارية تختص بالنظر في دعاوى مسؤولية الادارة المنصوص عليها بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بالاستيلاء على العقارات.

وحيث اقتضى الفصل الثاني الجديد من القانون الاساسي عدد 40 لسنة 1972 المشار اليه طبقا وقع تنقيحه بالقانون الاساسي عدد 39 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 ان المحكمة الادارية تنظر ببيئاتها القضائية المختلفة في جميع النزاعات الادارية عدا ما اسند لغيرها بقانون خاص.

وحيث اقتضى الفصل 17 الجديد من نفس القانون الاساسي طبقا وقع تنقيحه كذلك بالقانون الاساسي الموما اليه ان الدوائر الابتدائية للمحكمة الادارية تختص بالنظر ابتدائيا في الدعاوى الرامية الى جعل الادارة مذبذبة من اجل اعمالها الادارية غير الشرعية او من اجل الاشغال التي اذنت بها.

وحيث اقتضى الفصل الثالث من القانون الاساسي 1996 المشار اليه من جهة اخرى انه ليس للمحاكم العدلية المطالب الرامية الى الغاء المقررات الادارية او الى الاذن بآية وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الادارة او تعطيل سير المرفق العمومي.

وحيث انه تاسيسا على تلك الاحكام وطالما ثبت ان النزاع المعروف على المحكمة العدلية يتعلق بوضع البلدية بواسطة احدى المنشآت العمومية يدها على عقار الغير خارج اطار القواعد المنظمة لاجراءات الانتزاع او الاشغال الوقي للعقارات او غيرها من الاجراءات التشريعية وان من شان استجابتها لطلب كف الشغب عنه ان يعطل سير المرفق العمومي المتمثل في مد قنوات التطهير واحداث طريق فان النزاع خارج عن انظارها ومعقود لجهاز القضاء الاداري.

ولهذه الاسباب :

قرر المجلس ان النزاع المعروف عليه من اختصاص جهاز القضاء الاداري.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 12 جويلية 2001 عن مجلس تنازع الاختصاص برئاسة السيد الطيب اللومي الرئيس الاول للمحكمة الادارية وعضوية السادة رؤوف المراكشي ومحمد النفيسي والتيجاني عبيد ومحمد القلبي والحبيب جاء بالله ومحمد فوزي بن حماد وبحضور كاتبة المجلس السيدة صباح فرحات اسماعيل.

وحرر في تاريخه

من الوجهة الإجرائية :

تنفيذها لمرفق عام ولغاية تحقيق مصلحة عامة من شأنه أن ينزل عملها المتداعي بشأنه منزلة العمل الإداري.

وحيث اقتضى الفصل الثالث من القانون عدد 38 المؤرخ في 3 جوان 1996 أنه ليس للمحاكم العدلية أن تنتظر في المطالب الرامية إلى إلغاء المقررات الإدارية أو إلى الإذن بأية وسيلة من الوسائل التي من شأنها تعطيل عمل الإدارة أو تعطيل سير المرفق العمومي.

وحيث أنه بالنظر إلى التحجير الوارد بالفصل المذكور فإن اختصاص النظر في النزاع المائل أصحى والحالة ما ذكر معقودا لجهاز القضاء الإداري.

ولهذه الأسباب :

قرر المجلس أن النزاع المعروض على نظره من اختصاص جهاز القضاء الإداري.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الأربعاء 24 ماي 2000 عن مجلس تنازع الاختصاص المتركب من رئيسه السيد مبروك بنموسى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب وعضوية السادة رؤوف المراكشي، ومحمد النفيسى والتيجاني عبيد ويوسف الطنوبي ومحمد القلسي وكمال الدغاري بحضور كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي.

وحرر في تاريخه

حيث كانت الإحالة الصادرة عن محكمة ناحية سوسة مستوفية لشروطها القانونية طبق الفصل السابع من القانون عدد 38 المؤرخ في 3 جوان 1996 وتعين بالتالي قبولها من هذه الناحية.

من الوجهة الواقعية :

حيث اتضح من الحكم الوقتي المشار إليه أعلاه والأوراق التي انشئ عليها قيام المدعي لدى محكمة ناحية سوسة عارضا أنه على ملكه جميع العقار المسمى (مريم 232) موضوع الرسم العقاري عدد 7378 سوسة كائنا بأكودة ويمسح 2191 مترا مربعا وقد عمدت الشركة التونسية للكهرباء والغاز إلى تركيز اعمدة بعقاره المذكور وتمير أسلاك للتيار الكهربائي دون موافقته حارمة إياه من استغلاله والانتفاع به وقد تولى التنبيه عليها بضرورة تحويل الأسلاك المشار إليها دون نتيجة لذلك فهو يطلب القضاء بإلزام المطلوبة بكف شعبها عن انتفاعه بعقاره المسجل.

وحيث أدلى نائب الشركة المدعى عليها بتاريخ 7 مارس 2000 بمذكرة مستقلة في الدفع بعدم الاختصاص القضائي ملاحظا بالخصوص أن الأعمال المنجزة من قبل منوبته تتدرج في إطار تسيير وإدارة مرفق عمومي ولها بالتالي الصيغة الإدارية مما يجعل النزاع الراهن خارجا عن أنظار محكمة الناحية عملا بأحكام الفصل 2 من القانون الأساسي عدد 39 المؤرخ في 3 جوان 1996 المنقح لقانون المحكمة الإدارية الذي جاء به ما نصه : "تتظر المحكمة الإدارية ببيئاتها القضائية المختلفة في جميع النزاعات ذات الصيغة الإدارية".

لذلك وعملا بأحكام الفصل السابع من القانون الأساسي عدد 38 المؤرخ في 3 جوان 1996 فهو يطلب إرجاء النظر في القضية وإحالة ملفها على مجلس التنازع للبت في مسألة الجهاز القضائي المختص بالنظر في النزاع الراهن.

من الوجهة القانونية :

حيث يتضح من مراجعة أوراق القضية ان النزاع المائل يتعلق بوضع يد الشركة التونسية للكهرباء والغاز على عقار التداعي لغاية تركيز اعمدة لتمير التيار الكهربائي في نطاق امتيازات السلطة العامة المخولة لها بمقتضى الأمر المؤرخ في 12 أكتوبر 1887 المتعلق بالخطوط التلغرافية والهاتفية والذي صار منطبقا على الخطوط الكهربائية بمقتضى الأمر المؤرخ في 30 ماي 1922.

وحيث استند العمل المذكور إلى قرار الترخيص الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 20 ماي 1976.

وحيث لا خلاف ان الشركة المذكورة إنما هي مؤسسة عمومية ذات صيغة صناعية وتجارية وخاضعة للتشريع الغتعلق بالشركات الخفية الاسم وهي طبقا للتصنيف الوارد بالأمر عدد 564 المؤرخ في 31 مارس 1997 مؤسسة عمومية لا تكتسي صيغة إدارية وتعتبر منشأة عمومية إلا أن تصرفها في إطار قواعد القانون العام السالف ذكرها وفي نطاق