

الهيئات الدستورية المستقلة : أي تكريس ؟

أعمال الملتقى العلمي حول الهيئات الدستورية الذي نظّمته
جمعية البحوث في الإنتقال الديمقراطي
والجمعية التونسية للعلوم الإدارية
وكلية العلوم القانونية والاجتماعية والسياسية بتونس
بمساهمة المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية

يومي 1 و2 مارس 2018

تحت إشراف الأستاذ محمد شفيق صرصار

تونس 2018

DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL



جمعية البحوث في الإنتقال الديمقراطي
Association pour la Recherche
sur la Transition Démocratique



كلية العلوم القانونية والسياسية
والاجتماعية بتونس
Faculté des Sciences Juridiques,
Politiques et Sociales de Tunis

*Les analyses et les opinions exprimées dans cette publication
sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement
les points de vue de Democracy Reporting International.*

Les actes du Colloque ont été imprimés avec le soutien de :



الهيئات الدستورية المستقلة : أي تكريس ؟

أعمال الملتقى العلمي حول الهيئات الدستورية الذي نظّمته
الجمعية التونسية للانتقال الديمقراطي
والجمعية التونسية للعلوم الإدارية
ومساهمة المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية
بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والسياسية بتونس

يومي 1 و2 مارس 2018

تحت إشراف الأستاذ محمد شفيق صرصار

فهرس المواد

5	Préface - Mohamed Sayari
7	الإطار المفاهيمي
9	التقرير التمهيدي - محمد شفيق صرصار
27	المحور الأول: أي استقلالية للهيئات الدستورية المستقلة؟
28	Les Instances Constitutionnelles Indépendantes : indépendance ou autonomie - Ahlem Eddhif
58	الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة - معتز القرقروري
73	Le pouvoir réglementaire des Instances constitutionnelles indépendantes - Nouha Chaouachi
89	المحور الثاني: أي رقابة على الهيئات الدستورية المستقلة؟
90	الرقابة القضائية على قرارات الهيئات الدستورية المستقلة - مراد بن موللي
111	Le Contrôle de la gestion des Instances Indépendantes - Mourad Bengassouma
139	المحور الثالث: أي تحديات أمام الهيئات الدستورية المستقلة؟
140	Les défis de la liberté audiovisuelle en Tunisie - Nouri Lajmi
146	التقرير الختامي - أسماء الغشام

PRÉFACE

— Mohamed SAYARI*

C'est avec grand plaisir que je procède, aujourd'hui, à la présentation des actes du Colloque sur « Les Instances constitutionnelles indépendantes : quelle consécration ? », qui s'est déroulé les 1^{er} et 2 mars 2018, à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. La réalisation du Colloque est rendue possible grâce à la collaboration de plusieurs partenaires : le Département de droit public et de sciences politiques de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, l'Association de recherches sur la transition démocratique, l'Association tunisienne des sciences administratives et l'ONG Democracy Reporting International, sans l'appui de laquelle les travaux du Colloque n'auraient pas pu être publiés. Qu'elle soit ici remerciée. Cette démarche inédite ou presque, dans le domaine de la recherche académique, sera reconduite lors de l'organisation de prochaines manifestations scientifiques. Le thème du Colloque a été formulé, exprès, par ses organisateurs, sous une forme interrogative. Car le Colloque intervient, précisément, à un moment où les différentes Instances constitutionnelles indépendantes traversaient des difficultés sérieuses.

D'abord, une difficulté qu'on pourrait qualifier d'« existentielle ». Le concept d'Instance constitutionnelle indépendante est entré dans notre droit positif par sa consécration dans le Chapitre VI de la Constitution du 27 janvier 2014. Or, ledit concept demeure l'un des « objets juridiques non identifiés » de ce droit. Institutions spécialisées du droit public, en quoi les Instances constitutionnelles indépendantes se distinguent-elles des autorités publiques indépendantes ou des autorités administratives indépendantes, qui les ont précédées ? Et à supposer que cette question ait reçu une réponse, quelle serait, eu égard à la trilogie classique des institutions publiques, la nature juridique des Instances constitutionnelles ? Tous ces questionnements qui paraissent, à première vue, d'ordre purement théorique déterminent, en fait, la légitimité et la viabilité de ces Instances.

Ensuite, les Instances constitutionnelles étant une nouveauté en droit tunisien, quelles sont les règles juridiques qui leur sont applicables ? On peut répondre à cette question en disant que le texte qui a créé chaque Instance comporte les règles qui lui sont applicables. Mais, qu'en est-il lorsqu'on ne trouve pas la règle appropriée dans le texte spécial de création. Dans ce cas, le réflexe du juriste

○ — ○

* Directeur du Département de droit public et de sciences politiques de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. Président de l'Association Tunisienne des Sciences Administratives.

consiste à se tourner vers le droit commun qui devrait résoudre la difficulté. Mais, si la difficulté provient du droit commun qui ignore, jusque-là, la catégorie d'Instance constitutionnelle indépendante ? On comprend ainsi, qu'une telle situation peut conduire à une véritable impasse, qui justifiera le recours à toutes sortes de subterfuges pour s'en sortir.

Enfin, et c'est une difficulté qui n'est pas sans lien avec la précédente, en quoi consiste l'indépendance des Instances constitutionnelles ? L'importance de la réponse qu'on donnera à cette question est de taille. D'aucuns, parfois parmi les plus hautes autorités de l'Etat, craignent le foisonnement de ces Instances et son effet sur l'unité de ce dernier. Par conséquent, il faut, selon eux, mettre un frein à « l'impérialisme » de celles-ci, qui est dangereux pour l'Etat. Et ce dessein passera, nécessairement, par un réexamen des textes régissant les différentes Instances constitutionnelles, dans le sens d'une « rationalisation » de ces dernières.

Cette crainte peut expliquer les difficultés et les blocages que rencontrent les Instances constitutionnelles lorsqu'elles ont à traiter avec les pouvoirs publics et les différentes autorités de l'Etat. Les difficultés qui ont marqué la procédure d'élaboration du projet de loi relatif aux dispositions communes aux Instances constitutionnelles indépendantes en sont une belle illustration.

Mais, les blocages ne proviennent pas, toujours, de l'extérieur. Ils sont, également, dus à des conflits internes entre organes ou membres desdites Instances constitutionnelles. Près de nous la demande de révocation du président actuel de l'ISIE, la démission d'un ancien président de celle-ci ou bien les multiples démissions au sein de la HAICA.

Tout cela montre bien que les Instances constitutionnelles indépendantes passent par des temps difficiles et méritent qu'on leur consacre un Colloque.

Les travaux de ce Colloque, sinon répondent, du moins donnent à réfléchir sur ces questionnements essentiels à la compréhension des Instances constitutionnelles indépendantes et, au-delà, de l'état de la transition démocratique en Tunisie.

Je ne peux terminer cette brève présentation sans adresser mes vifs remerciements à tous ceux, universitaires, praticiens et présidents d'Instances constitutionnelles, qui ont répondu présent pour participer au Colloque, en prononçant des interventions ou en enrichissant les débats et les discussions qui s'en ont suivis.

الإطار المفاهيمي

مثّلت الهيئات الدستورية المستقلة شكلا جديدا من التنظيم الأفقي للسلطة، حاول أن يضيف إلى ما جاءت به الهيئات العمومية والإدارية المستقلة من جمع بين بعض القواعد الديمقراطية والتصرف الإداري الناجع والمحايد والشفاف في إدارة الشأن العام، وهو اجس منع الاستبداد خاصة بالنسبة للدول التي عاشت تجارب الانتقال الديمقراطي.

ويدفع هذا البروز إلى إعادة النظر في أسس قيام الإدارة، وفي مبادئ التنظيم الإداري و السياسي للدولة إذ أنه جاء كإجابة لأزمة مشروعية الدولة انطلاقا من سنوات السبعينات، وتحديدًا لأزمة الثقة تجاه الدولة، وخاصة تجاه الأساليب التقليدية للتدخل في المجال الاجتماعي والاقتصادي، وكانت الحجج تتراوح بين جانبيين، الأول هو أن الدولة أثبتت عدم قدرتها على الاستجابة لخصوصية بعض القطاعات، والثانية، هي النزعة السلطوية التي هدّدت بعض الحقوق والحريات الأساسية. لكن لم يبلور المشرع نظرية متكاملة لهذا الصنف الجديد من أشخاص القانون العام، ممّا ساهم في عدم أخذها الحجم الذي تستحقّه.

وقد برزت هذه الذوات المعنوية للمرة الأولى في القانون الفرنسي سنة 2008، وفي القانون التونسي مع دستور 2014، وجاء هذا التكريس الدستوري للحفاظ على التراكم الذي تمّ عقب الثورة سنة 2011. ولئن كان بروز الهيئات الدستورية المستقلة، إحدى العلامات المميّزة لدستور 27 جانفي 2014، إذ تمّ تخصيص باب كامل للهيئات الدستورية المستقلة، هو الباب السادس، والذي عكس رغبة المجلس الوطني التأسيسي في المحافظة على الهيئات الدستورية كداعم للديمقراطية. فإن السط المؤمسة لم تحرص بالمقابل على تجسيد أحكام الباب السادس، فقد بقيت عديد الهيئات إلى حدود سنة 2017 حبرا على ورق، في حين ظلّت الأخرى تعيش تحت وطأة أحكام قوانين لا تراعي خصوصية الهيئات الدستورية المستقلة.

وهو ما يدفع إلى التساؤل اليوم عن أي تكريس للهيئات الدستورية المستقلة في تونس، وعن كيفية تدعيم الخيار الذي كرسه المؤسس حتى لا يقع التراجع عن مقوماته؟

ويكون من المفيد اليوم مقاطعة الرؤى بين الباحثين الجامعيين وممثلي الهيئات الدستورية لتحديد مقومات تكريس الهيئات، ومعرفة العوائق التي قد تحول دون نجاعة الأداء، وتحديد قواعد الحوكمة والرقابة بالنسبة لهذا الصنف الجديد من المؤسسات الدستورية.

وهو ما تطمح إليه من خلال هذا الملتقى، كلّ من جمعية البحوث حول الانتقال الديمقراطي والجمعية التونسية للعلوم الإدارية و كلّية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، بالشراكة مع المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية.

وتمثّل هذه المبادرة القائمة على الشراكة بين الجمعيات المتخصصة في مسائل الانتقال الديمقراطي والإصلاح المؤسّساتي وكليات الحقوق والمنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، خياراً سيتمّ العمل على تدعيمه بتنظيم تظاهرات علميّة في مختلف كليات الحقوق في الجمهورية التونسية.

التقرير التمهيدي

○ محمد شفيق صرصار*

يمثل الباب السادس من الدستور وهو الباب الخاص بالهيئات الدستورية، أحد العناصر الفارقة بين دستور 1959 ودستور 2014. بل أنه يمثل أحد عناصر التجديد لا في القانون الدستوري فحسب، بل كذلك في مجال القانون العام بصفة أشمل.

ولتعريف الهيئات الدستورية المستقلة يمكن القول أنه لا نجد لا تعريفاً فقهياً ولا قانونياً لهذه الذوات المعنوية، لكن يمكن انطلاقاً من الخصائص التي جاء بها الدستور التونسي القول بأنها ذوات عمومية يكرسها الدستور وتتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، وهي لا تخضع في المهمة التي حددها لها الدستور لا إلى سلطة إشراف ولا إلى سلطة تسلسلية.

وهي تتميز عن الهيئات العمومية المستقلة في أساسها الدستوري إذ أنّ هذه الأخيرة تحدث بقانون، أما الهيئات الإدارية المستقلة، وهي الشكل الأسبق للهيئات المستقلة، فهي عادة لا تتمتع بالشخصية القانونية. وقد أكد القانون الفرنسي عدد 55 لسنة 2017 المؤرخ في 20 جانفي 2017 هذا التمييز في فصله الثاني¹. علماً أن القانون عدد 54 لسنة 2017 مؤرخ في 20 جانفي 2017، نصّ على أنّ إحداث الهيئات المستقلة سواء العمومية أو الإدارية منها لا يكون إلا بقانون.

وبقدر ما أثار إحداث هذه الهيئات في مراحل إعداد الدستور، من حماس لهذا التوزيع الأفقي الجديد للسلط، والذي اعتبر تغيراً ثورياً لتنظيم السلطة، بقدر ما أصبحت بعض الأصوات تدعو اليوم إلى التراجع عن هذا الخيار، إما بإثارة النقاش حول كلفة الهيئات، أو بطرح أسئلة تذكرنا أحياناً بأسئلة بعض الكهنوت حول جنس الملائكة، بالتساؤل إن كانت استقلالية الهيئات تعني استقلالية عن الدولة أو عن السلطة التنفيذية، وإن كانت استقلالية الهيئات تعني عدم الخضوع للرقابة والمحاسبة؟

ولعلنا نسينا في الأثناء أن خيار الهيئات الدستورية المستقلة يفرض ويفترض قواعد جديدة للحكومة. لكن ما معنى الحكومة، وما هي خصوصية ربطها بالهيئات الدستورية المستقلة؟

يعتبر مصطلح الحكومة الرشيدة أحد أهم المصطلحات التي تحظى اليوم باهتمام كبير وباستعمال متزايد من قبل مختلف الأطراف: منظمات دولية، جهات حكومية، معارضة، مجتمع مدني... إلخ

وقد تعددت تعاريفه، ففي حين يرى البعض أنه يتعلق أساساً بكيفية إدارة الموارد الاقتصادية والاجتماعية للدولة، يرى آخرون أنه يمس إدارة كامل شؤون الدولة، وهو ما يشمل الآليات والمؤسسات

○ * أستاذ تعليم عال بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ورئيس جمعية البحوث حول الانتقال الديمقراطي والرئيس السابق للهيئة العليا المستقلة للانتخابات.

¹ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

التي يعبر من خلالها المواطنون عن مشاغلهم. وهي تهدف إلى الأسلوب الأمثل لإدارة المؤسسات.

لكن يمكن تعريف الحوكمة الرشيدة على أنها نظام للقيادة والتوجيه والرقابة، يحدّد المسؤوليات والحقوق والعلاقات مع جميع الفئات المعنية، ويوضّح القواعد والاجراءات اللازمة لصنع القرارات الرشيدة المتعلقة بعمل المؤسسة، وهو نظام يدعم العدالة والشفافية والمساءلة ويعزّز الثقة والمصداقية في بيئة العمل.

وتختلف المبادئ المشتقة عن هذا التعريف باختلاف مجالات التدخل وخصوصيات الهياكل المتدخلة، لكن يمكن القول بوجود 6 مبادئ يكاد يقع الإجماع عليها وهي:

1. مبدأ المشاركة
2. مبدأ الشفافية
3. مبدأ المساءلة
4. مبدأ سيادة القانون
5. مبدأ الكفاءة
6. مبدأ الفعالية

ويمكن التمهيد لهذا الملتقى حول الهيئات الدستورية المستقلة عبر محاولة الإجابة على ثلاث أسئلة رئيسية هي:

- أي معنى لإحداث هيئات دستورية مستقلة؟
- أي مبادئ حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة؟
- أخيرا ما هي شروط نجاح حوكمة الهيئات؟

وسنحاول التمهيد للإجابة على الأسئلة الأنفة في أجزاء هذا التقرير عبر تحليل معنى الهيئات الدستورية (الجزء 1)، مروراً باستعراض مبادئ حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة (الجزء 2) وصولاً إلى: شروط نجاح حوكمة الهيئات المستقلة (الجزء 3).

الجزء 1 في معنى الهيئات الدستورية المستقلة

تمثل الهيئات الدستورية المستقلة شكلا جديدا من تنظيم الهياكل العمومية يجمع بين بعض القواعد الديمقراطية والتصرف الإداري الحديث، وتقوم على مفاهيم النجاعة والحياد والشفافية في إدارة الشأن العام. ويدفع هذا البروز إلى إعادة النظر في أسس قيام الإدارة، وفي مبادئ التنظيم الإداري والسياسي للدولة، إذ أنه جاء كإجابة لأزمة مشروعية الدولة، وتحديدًا لأزمة الثقة تجاه الدولة، وخاصة تجاه الأساليب التقليدية للتدخل في المجال الاجتماعي والاقتصادي. وكانت الحجج تتراوح بين جانبيين، الأول هو أن الدولة أثبتت عدم قدرتها على الاستجابة لخصوصية بعض القطاعات. والثانية، هي النزعة السلطوية التي هدّدت بعض الحقوق والحريات الأساسية. لكن لم يبلور المشرع سواء في القانون المقارن أو في القانون التونسي نظرية متكاملة لهذا الصنف الجديد من أشخاص القانون العام، مما ساهم في عدم أخذها الحجم الذي تستحقّه.

وقد برزت هذه الذوات المعنوية للمرة الأولى في القانون الفرنسي سنة 2008، وفي القانون التونسي مع دستور 2014، وجاء هذا التكريس الدستوري للحفاظ على التراكم الذي تمّ عقب الثورة سنة 2011. وقد عرفت تونس ثلاث موجات من الهيئات المستقلة، فقد برزت الموجة الأولى انطلاقا من التسعينيات. ففي ظلّ دستور 1959²، تمّ إحداث عدّة هيئات مستقلة، وصفت جميعها بالهيئات الإدارية المستقلة، وتكتسي أساسا صبغة تعديلية للحدّ من هيمنة الدولة بصفتها المؤطرة لبعض القطاعات التنافسية واحتكارها للجانب الأكبر لتلك الأنشطة من خلال مؤسسات ومنشآت عمومية في آن واحد، رغم أن الدستور لم يتضمّن أي إشارة لهذا الصنف، إلا أن المجلس الدستوري آنذاك، حدّد بشكل واضح طبيعة بعض المؤسسات المحدثة على أنها هيئات إدارية مستقلة، وهي هيئة السوق المالية (1994)³، والهيئة الوطنية للاتصالات (2001)⁴، والهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية (2004)⁵ والهيئة العامة للتأمين (2008)⁶.

ويندرج هذا الجيل الأول من الهيئات الدستورية في إطار سياسة الانفتاح الاقتصادي وانخراط تونس في سياسة التبادل الحرّ مع عدّة فضاءات اقتصادية لعل أبرزها الاتحاد الأوروبي في نهاية القرن الماضي وما تسبّعه تلك الخيارات من ضرورة الحدّ من الهيمنة والتدخل المباشر للسلطة التنفيذية في إدارة الأنشطة الاقتصادية التنافسية وضمان حرية المبادرة وتأمين عملية تعديل تلك الأنشطة قبل هيئات تعديلية تضمن مشاركة الفاعلين في تلك المجالات وتكفل قدرا كبيرا من الشفافية والنزاهة والنجاعة على عملية التعديل.

² غريب، هادية. الدستور والهيئات المستقلة، المجلة القانونية للدراسات القانونية والسياسية، عدد 2014-3، ص 383.

³ أحدثت هيئة السوق المالية بمقتضى القانون عدد 117 لسنة 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية.

⁴ أحدثت بموجب الفصل 63 من القانون عدد 01 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي 2001.

⁵ أحدثت بمقتضى القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004.

⁶ أحدثت بمقتضى لقانون عدد 08 لسنة 2008 المؤرخ في 13 فيفري 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة التأمين.

وكانت الموجة الثانية من الهيئات انطلاقا من سنة 2011، وإلى غاية المصادقة على دستور 2014، إذ تمّ إحداث عدّة هيئات في بداية الانتقال الديمقراطي، وقبل تعليق العمل بالدستور، وتمّ تكييف هذه الهيئات على أنها هيئات عمومية مستقلة، ومن الضروري الإشارة إلى أن إحداث الهيئات المستقلة تميّز بالتذبذب وعدم الدقة في تحديد الخصائص القانونية لهذه الهيئات. فقد تمّ إحداث أربع هيئات عمومية مستقلة هي: الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي (18 فيفري 2011)، واللجنة الوطنية لتقصّي الحقائق حول الرشوة والفساد (18 فيفري 2011)⁷ واللجنة الوطنية لاستقصاء الحقائق في التجاوزات المسجلة خلال الفترة الممتدة من 17 ديسمبر 2010، إلى حين زوال موجها (18 فيفري 2011)⁸، والهيئة الوطنية المستقلة لإصلاح الإعلام والاتصال (2 مارس 2011)⁹. ومن الضروري الإشارة إلى أنّ بروز هذه الهيئات تميّز بمفارقة قانونية تمثلت أولا في الاختلافات الكبيرة في التسميات رغم صدور المراسيم الأربع في نفس اليوم، فتراوحت التسميات بين هيئة عليا، ولجنة وطنية وهيئة وطنية، بالرغم من أن النصوص الأربعة تشير إلى أنها هيئات عمومية مستقلة، لكن دون الإشارة إلى الشخصية القانونية أو الاستقلال المالي، والحال أننا نعلم أن صنف الهيئات العمومية المستقلة، جاء في فرنسا، ليميّز الهيئات التي تتمتع بالشخصية القانونية، عن الهيئات الإدارية المستقلة والتي لا تتمتع بهذه الشخصية. وقد يعزى ذلك إلى طبيعة المهام الموكولة إلى تلك الهيئات والمتسمة أساسا بالصبغة الاستشارية والاستقصائية حول مسائل معيّنة وبالنظر إلى الصبغة الظرفية لمهامها المتمثلة أساسا في تأطير وتأمين الفترة الأولى من مرحلة الانتقال السياسي، فضلا عن عدم تمتع تلك الهيئات بولاية عامة للإشراف وإدارة مجال معيّن مما تنتفي معه الحاجة لمنحها شخصية قانونية واستقلالية في التصرف المالي.

وكانت أول هيئة عمومية مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية هي الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والتي أحدثت في ظلّ التنظيم المؤقت للسلط وبعد تعليق العمل بالدستور بمقتضى المرسوم عدد 14 لسنة 2011 متعلّق بالتنظيم المؤقت للسلط. وإثر توقّف الهيئة العليا المستقلة للانتخابات المحدثة بمقتضى المرسوم عدد 27 لسنة 2011 في تنظيم وإدارة أول انتخابات نزيهة وشفافة وتأمين تركيز المجلس الوطني التأسيسي، توجّه المؤسّس ضمن أول نصّ تأسيسي إلى تكريس فكرة الهيئات المستقلة الدائمة¹⁰ عبر إرساء الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بالرغم من الصبغة المؤقتة للنصّ التأسيسي وذلك قصد القطع نهائيا مع إرث الاستبداد وما تميّز به من عدم شفافية وغياب نزاهة الانتخابات التي تمّ تنظيمها خلال أكثر من نصف قرن وما أفضت إليه تلك التجربة من مصادرة لأصوات الناخبين مما حال دون تأمين التداول السلمي على السلطة.

وكانت الموجة الثالثة للهيئات المستقلة، مع صدور دستور 27 جانفي 2014، إذ تمّ تخصيص باب كامل

⁷ مرسوم عدد 7 لسنة 2011 مؤرخ في 18 فيفري 2011 يتعلق بإحداث لجنة وطنية لتقصّي الحقائق حول الرشوة والفساد.
⁸ مرسوم عدد 8 لسنة 2011 مؤرخ في 18 فيفري 2011 يتعلق بإحداث اللجنة الوطنية لاستقصاء الحقائق في التجاوزات المسجلة خلال الفترة الممتدة من 17 ديسمبر 2010 إلى حين زوال موجها.
⁹ مرسوم عدد 10 لسنة 2011 مؤرخ في 2 مارس 2011 يتعلق بإحداث هيئة وطنية مستقلة لإصلاح الإعلام والاتصال.
¹⁰ لقد أفرد المؤسّس بابا خاصا بهيئة الانتخابات (الباب السابع) على غرار كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية حيث تضمن الفصل 25 من القانون التأسيسي المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية التخصيص على أنه يتولى المجلس الوطني التأسيسي إحداث هيئة عمومية مستقلة دائمة للانتخابات.

للهيئات الدستورية المستقلة، هو الباب السادس. ومع أهمية هذا الباب في البناء الدستوري التونسي، إلا أنه وإلى اليوم لم يتم تطبيق مختلف أحكامه، بل أنّ بعض الهيئات الدستورية لم يقع إحداثها بالمرّة. وتواصل تطبيق النصوص القانونية السابقة لبروز صنف الهيئات الدستورية المستقلة، وقد قدّمت الحكومة في هذا الصدد مشروع قانون أساسي متعلق بالقانون الإطاري للهيئات الدستورية المستقلة، وقد لاقى هذا المشروع عند عرضه على الهيئات الدستورية المستقلة معارضة كبيرة تبلورت خاصة في الملاحظات المكتوبة التي قدّمتها الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بشكل رسمي إلى وزارة العلاقة بين الهيئات الدستورية وحقوق الإنسان، والرأي الموجّه من كلّ من الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري والهيئة الوطنية لمكافحة الفساد إلى مجلس نواب الشعب. وقد تمّ التراجع عن الصيغة الأصلية للقانون لصالح صيغة أخرى عنوانها مشروع قانون أساسي متعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة. وقد أثار هذا المشروع بدوره نقاشات كبيرة بلغت الطعن في دستوريته. وقد أصدرت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين قرارها عدد 04/2017 بتاريخ 8 أوت 2017 المتعلّق بمشروع القانون الأساسي عدد 30/2016 المتعلّق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة، والتي أقرّت فيه بعدم دستورية أحد فصول مشروع القانون مع التذكير بصدر القانون الأساسي عدد 59 لسنة 2017 مؤرخ في 24 أوت 2017 يتعلّق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.

لقد بيّنت التجارب الدستورية قصور مبدأ الفصل بين السلطات في التصدي للاستبداد، خاصة أن الظاهرة الحزبية أكدت أنه بإمكان الحزب الأغلب السيطرة في أن واحد على السلطة التنفيذية والتشريعية، ممّا يقود فعلياً إلى مزج بين السلطات. فكان من الضروري التفكير في تطوير أساليب الحكم، حتى لو كان هذا على حساب بعض القواعد الأصولية للقانون الدستوري.

وهذا ما دفع إلى استنباط ترتيب جديد يوقف السلطة التنفيذية، وذلك بإنشاء هيئات مستقلة des autorités indépendantes ويمكن إرجاع ظهور الهيئات المستقلة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، إذ ظهرت منذ سنة 1887 ما يسمّى بالوكالات المستقلة، وكانت أوّل وكالة الأمريكية The Interstate Commerce commission وقد اعتبر البعض هذه الوكالات جزء من الفرع الرابع للحكم¹¹ the fourth branch of government، وامتدّ استعمال هذه الوكالات إلى الدول الإسكندنافية، ومن ثمّ إلى بريطانيا ثمّ إلى باقي الدول الأوروبية.

أمّا في فرنسا، فقد بدأت هذه الهيئات سنة 1978 في شكل هيئات إدارية مستقلة، بإحداث اللّجنة الوطنية للإعلامية والحريات CNIL، ثمّ برزت الهيئات العمومية المستقلة، وذلك بتمتع بعض الهيئات الإدارية بالشخصية القانونية المستقلة، للوصول إلى الهيئات الدستورية المستقلة انطلاقاً من سنة 2011. وقد حصل أن تحوّلت هيئة إدارية مستقلة إلى هيئة عمومية مستقلة (le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel)، كما قد يحصل أن تتحوّل هيئة عمومية مستقلة إلى

¹¹ Cf. ZOLLER, Elisabeth. L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis ; Revue du droit public - 01/03/2014- n° 2- p 379 .

هيئة دستورية مستقلة من ذلك الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري (la HAICA). ومن الضروري الحذر من فوضى الاصطلاحات، فإضافة إلى خلط البعض بين الهيئة العمومية المستقلة، والهيئة الإدارية المستقلة والهيئة الدستورية المستقلة، يضيف آخرون مستوى آخر من التعقيد بالحديث عن هيئات تعديلية وعن سلط مضادة، في الحديث عن الهيئات الدستورية المستقلة دون تمييز أو تلاوين بينها.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ الحديث عن هيئات تعديلية لا يعني وجود صنف جديد من الهياكل العمومية في حدّ ذاته، وإنّما يعكس اعتماد مقارنة وظيفية جديدة¹². في حين أنّ مصطلح الهيئات المستقلة يعتمد على مقارنة هيكلية، وتبعا لذلك فإن هيئات التعديل ولن كانت تنشط أساسا في المجال الاقتصادي وخاصة في المجالات التنافسية منها، فإنها تنضوي تحت صنف الهيئات المستقلة بصورة عامة سواء اتخذت شكل الهيئات الإدارية المستقلة أو الهيئات العمومية المستقلة أو الهيئات الدستورية المستقلة.

لا بدّ من التأكيد على أنّ المكانة الدستورية هي أهمّ معيار يميّز الهيئات الدستورية المستقلة عن غيرها من الهيئات. لكن، يجب تحديد المشترك والمختلف بينها، فضمن الهيئات الدستورية المستقلة، نفسها نجد هيئة «تستشار»، وهيئة تسهم في السياسات والرصد، وهيئة تتولى «إدارة وتنظيم والإشراف» على كامل المجال الذي تختصّ به.

و من الضروري معرفة التغييرات التي أدخلها بروز الهيئات المستقلة على القانون العام، فقبل بروزها، كانت وحدة الإدارة مكرّسة عبر وجود «رابطين عضوين» على حدّ تعبير Jacques CHEVALLIER هما الهرميّة التي تأخذ شكل علاقات تبعية مباشرة، وسلطة الإشراف التي تخضع الهياكل المشخصة إلى رقابة الدولة¹³.

وقد برزت في عالم الإدارة هياكل خارجة عن هرميّة الإدارة، ومعفاة من كلّ سلطة توجيه أو رقابة إشراف، وتتمتّع بحريّة تصرف مضمونة قانونيا.

ويدفع هذا البروز إلى إعادة النظر في أسس قيام الإدارة، وفي مبادئ التنظيم الإداري و السياسي للدولة. وعلى حدّ تعبير Pierre ROSANVALLON « إن الصعود القوي لهذه الهيئات يدخل تغييرا ثوريا على المرجعية التقليدية لصياغة المسألة الديمقراطية فقد غير المشرّع وجدّد الحوكمة العمومية عبر إنشاء الهيئات المستقلة، لكنه لم يبلور نظرية متكاملة لهذا الصنف الجديد من أشخاص القانون العام»¹⁴.

¹² PORROND (T). La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni ; « Alors que la notion d'autorité administrative indépendante met en relief une caractéristique organique, la notion d'autorité de régulation met, elle, l'accent sur un élément fonctionnel et, celle d'autorité de marché le contexte dans lequel ces instances se sont développées, c'est-à-dire l'économie de marché ». p 63.

¹³ CHEVALLIER (J.), « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP La semaine juridique, n°1, 1986,, p. 3254.

¹⁴ ROSANVALLON (P). « La montée en puissance de telles institutions révolutionne le répertoire classique de la formulation de la question démocratique. La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité ; Paris:2008; ed Du Seuil,

وقد نبّه بعض الفقهاء الفرنسيين إلى حجم هذا التغيير، باعتبار أنه وإلى حدود الثمانينات من القرن العشرين، كانت التساؤلات والنقاشات تندرج ضمن حقل اصطلاحي لم يتغير كثيرا¹⁵، إذ بقيت التساؤلات حول الديمقراطية النيابية، ونظرية الفصل بين السلطات، وضمانات حقوق الإنسان، تطرح ضمن نفس الحدود، وبنفس المصطلحات السياسية تقريبا.

لكن ومع الهيئات المستقلة، سجّلت القواعد المرتبطة بالسعي لدمقرطة المؤسسات، نوعا من القطع مع التصوّرات السابقة، عبر تركيز شكل جديد من التنظيم للهيكل العمومية يجمع بين بعض القواعد الديمقراطية والتصرف الإداري الحديث تقوم على مفاهيم النجاعة والحياد والشفافية في إدارة الشأن العام. ونظرا للقصور في بلورتها فكريا، لم تأخذ الحجم الذي تستحقّه، ويبدو أنه «واعتبارا للتقصير نظريا في اعتبارها أشكالاً سياسية أصليّة، لم تجد هذه المؤسسات المكانة التي تستحقّها ضمن النظام الديمقراطي»¹⁶.

إنّ بروز الهيئات المستقلة، وتحديد الهيئات الدستورية المستقلة، جاء كإجابة لأزمة مشروعية الدولة انطلاقا من سنوات السبعينات، فقد برزت أزمة الثقة تجاه الدولة، وخاصة تجاه الأساليب التقليدية للتدخل في المجال الاجتماعي والاقتصادي، وكانت الحجج تتراوح بين جانبيين، الأول هو أن الدولة أثبتت عدم قدرتها على الاستجابة لخصوصية بعض القطاعات. والثانية، هي النزعة السلطوية التي هدّدت بعض الحقوق والحريات الأساسية.

وتجدر الإشارة إلى أن الدول الديمقراطية شهدت خلال الأربعين سنة الماضية، انحسارا متزايدا لدورها الدولة¹⁷ إزاء السوق وإزاء المجتمع، تمثّلت الأولى في دفع الدولة إلى التخلّي عن احتكار أو الإدارة المباشرة لعدد من القطاعات الاقتصادية خاصة ذات الصبغة التنافسية منها، استنادا إلى وجود تضارب مصالح بين دور الدولة كفاعل اقتصادي وكمعدّل ومؤطر لتلك الأنشطة، انتهت إلى حصر دور الدولة في الوظيفة التعديلية مع فتح تلك المهمة إلى مشاركة ممثّلين عن الفاعلين الاقتصاديين وإضفاء مزيد من النجاعة الشفافية وفرض ضوابط من شأنها ضمان حيادية واستقلالية الهياكل المشرفة على وظيفة التعديل في حين تمثّل تراجع الدولة إزاء المجتمع أساسا عبر تخلي الدولة¹⁸ وخاصة السلطة التنفيذية

p 22. La nouvelle grammaire des institutions démocratiques dans laquelle s'inscrivent les autorités indépendantes marquent une rupture avec ce précédent univers. Mais faute d'avoir été élaborée intellectuellement (elle n'a pas eu son Sieyès ou son Madison), son ampleur n'a pas été perçue à sa juste mesure.

¹⁵ Furnémont (J.F). Quelle gouvernance pour des autorités administratives indépendantes? <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/domaine/droit-public/carte-blanche>.

¹⁶ Furnémont (J.F). OP ; Cit , « La nouvelle grammaire des institutions démocratiques dans laquelle s'inscrivent les autorités indépendantes marquent une rupture avec ce précédent univers. Mais faute d'avoir été élaborée intellectuellement (elle n'a pas eu son Sieyès ou son Madison), son ampleur n'a pas été perçue à sa juste mesure ».

¹⁷ Auby (J.B) « Quelles que soient les orientations politiques des leurs gouvernements ; les démocraties occidentales ont connu, dans les trente dernières années un double mouvement de réduction de l'espace de l'Etat au profit de celui du marché, et de réduction de l'espace de l'Etat au profit des citoyens. Ce double mouvement peut être qualifié comme traduisant un phénomène commun de « désétatisation » de la société, même si, en vérité, il apparaît à beaucoup d'égards comme abritant davantage une transformation des modalités de l'intervention publique qu'une véritable régression de celle-ci » ; La bataille de San Ramano Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, p4.

¹⁸ Marie-Charlotte ROQUES-BONNET ; « A cet égard, la montée en puissance des AAI relève d'une révolution de la logique administrative : la décentralisation fonctionnelle. Elle signifie la fin de l'Etat omnipotent et oniscient : en démantelant le pouvoir réglementaire et administratif en autorités spécialisés, l'Etat a opté pour un éclatement de compétences, une délution des responsabilités mais surtout plus d'efficacité » ; Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités

على إدارة جملة من المجالات الحساسة وثيقة الصلة بالحريات والحقوق الأساسية وإسنادها إلى هياكل مستقلة ومحايدة عنها، مع إخضاعها إلى السلطة التشريعية وإلى الرأي العام عبر إخضاع أعمالها إلى ضوابط الشفافية وحقّ المواطن في النفاذ إلى المعلومة.

وقد صاحب نشأة الهيئات الدستورية المستقلة بتونس بروز مواقف رافضة لهذا الصنف الجديد من الهيئات استنادا إلى ارتفاع كلفة تركيزها وإدارتها واعتبارها عبئا إضافيا يحمل على ميزانية الدولة أو تجاوزها لنطاق صلاحيتها، إلى حدّ نعت البعض هذه الهيئات بالتغول إزاء الدولة، وكأنّ تلك الهيئات تنشط خارج فضاء الدولة ودون الأخذ بعين الاعتبار أنه تمّ إحداثها للاضطلاع بصلاحيات كانت موكولة في وقت قريب إلى السلطة التنفيذية. في حين يعيب البعض الآخر على تلك الهيئات عدم اضطلاعها بكامل الصلاحيات الموكولة إليها، أو حتى تلك المجالات التي لا تخضع إلى مرجع نظرها على غرار مجال رقابة تمويل الحياة السياسية بالنسبة إلى الهيئة العليا المستقلة للانتخابات.

كرّس إذا الدستور التونسي صنفا جديدا من أشخاص القانون العام، هو الهيئات الدستورية المستقلة، جاعلا من المكانة الدستورية للهيئات أول ضمان لعدم العودة إلى الوراثة بإلغاء وجود هذه الهيئات وإرجاع اختصاصاتها إلى السلطة التنفيذية، فما تذكره بعض الأصوات اليوم من خيار العودة إلى تنظيم الانتخابات من قبل وزارة الداخلية يمثل ارتدادا عن فلسفة الدستور، وخرقا واضحا لأحكامه. هذا فضلا عن عدم اكتفاء الدستور التونسي بمجرد تكريس للمؤسسة بل كرّس المقومات الأساسية لإظهارها الدستوري.

وتجدر الإشارة إلى أن تكريس الهيئات المستقلة صلب الدستور كان يهدف، على النحو الذي يبرز من النقاشات التي وسمت أشغال اللجنة التأسيسية المكلفة بالهيئات الدستورية، إلى منح تلك الهياكل العمومية علوية ضمن هرم المؤسسات والهياكل العمومية¹⁹، بما ييسر عملها ويفرض احترام بقية مؤسسات الدولة لاستقلالية تلك الهيئات وذلك وعيا من المؤسس بثقل الإرث الاستبدادي وتغول الحزب الواحد سواء صلب السلطة التنفيذية ومختلف مفاصل الهياكل العمومية من جهة، وتوقا منه إلى إضفاء مزيد من النجاعة والشفافية والنزاهة على عمل تلك الهيئات، من جهة أخرى.

وقد ضبط الدستور العناصر الأساسية للنظام القانوني للهيئات الدستورية المستقلة، فنصّ على تمتّع هذه الهيئات بالشخصية القانونية والاستقلالية الإدارية والمالية»، وعلى انتخابها من قبل مجلس نواب الشعب بأغلبية معززة» دون أن يحدّد هذه الأغلبية المعززة، مما يعني أنها تفوق الأغلبية المطلقة.

ونصّ على واجب رفع الهيئات تقريراً سنوياً لمجلس نواب الشعب، يناقش بالنسبة إلى كلّ هيئة في جلسة عامة مخصّصة للغرض.

12. «administratives en réseau vers la fin de contrepouvoirs », p 12.

¹⁹ لقد ناقشت اللجنة التأسيسية المكلفة بالهيئات الدستورية مسألة التخصيص على علوية الهيئات المستقلة وقد ذهب عدد من أعضاء اللجنة إلى عدم الحاجة إلى التخصيص على علوية الهيئات الدستورية استنادا إلى إكسابها الصيغة الدستورية والتخصيص عليها صلب الدستورية يمنحها ألبا علوية مقارنة ببقية الهياكل العمومية. فقد تضمن التقرير الصادر عن اللجنة المذكورة بتاريخ 26 سبتمبر 2012 ضمن صفحته السادسة أنه «تتفق أعضاء اللجنة على عدم إعطاء صفة «العليا» لأي هيئة دستورية ضمن تسميتها معتبرين أن وجود ضمن الدستور يكسبها ضرورة هذه المكانة».

ونصّ على أن «يُضبط القانون الأساسي تركيبة هذه الهيئات والتمثيل فيها وطرق انتخابها وتنظيمها وسبل مساءلتها».

وحَدّد الدستور عدد أعضاء مجلس الهيئة (تسعة أعضاء) بالنسبة لهيئتين دستوريتين هما الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، في حين اكتفى بالنسبة لبقية الهيئات بالحديث عن شروط اختيار الأعضاء وهي أن يكونوا «مستقلين محايدين من ذوي الكفاءة والنزاهة» باستثناء هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة والتي لم يشترط أن يكون أعضاؤها مستقلين.

يتميّز الدستور التونسي في هذا الصدد بعنصرين، الأول هو ضبط عدد واضح للهيئات الدستورية المستقلة والثاني عدم التمييز بين نظامين دستوريين مختلفين.

فبالنسبة للعدد، وبالرجوع إلى القانون المقارن، يتبيّن بأنّ أغلب الدساتير لا تخصّص أحكاما لهذا الصنف من الهيئات، ويعتبر الدستور الفرنسي في هذا المجال، مجدّدا عندما أحدث سنة 2008 هيئة دستورية مستقلة واحدة هي «حامي الحقوق» Le Défenseur des droits والتي أنشأت بمقتضى قانون أساسي سنة 2011 ، وأوجد بهذا صنفا جديدا من أشخاص القانون العام في القانون الفرنسي.

أمّا في الجزائر، فأحدثت هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات تطبيقا للمادة 194 من دستور 6 مارس 2016.

وفي المغرب، لئن ذهب الدستور المغربي إلى تكريس «مؤسسات و هيئات» دستورية مستقلة (الفصول 161 إلى 170) جمعها تحت عنوان «مؤسسات وهيئات حماية الحقوق والحريات والحكمة الجديدة والتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية»، فإنه لم يعطها نفس المركز القانوني أو حتى نفس التسمية القانونية، بل ميّز بحسب ثلاث مجالات بين «هيئات حماية الحقوق والنهوض بها»، وهي أربعة : المجلس الوطني لحقوق الإنسان، والوسيط، ومجلس الجالية المغربية بالخارج والهيئة المكلفة بالمناصرة ومحاربة جميع أشكال التمييز ، و«هيئات الحوكمة الجيدة والتقنين» وهي الهيئة العليا للاتصال السمعي والبصري، ومجلس المنافسة، والهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها. وهيئات النهوض بالتنمية البشرية والمستدامة و الديمقراطية التشاركية، وهي المجلس الأعلى للتربية والتكوين والبحث العلمي، والمجلس الاستشاري للأسرة والطفولة، والمجلس الاستشاري للشباب والعمل الجماعي، فإنه تعرّض في الفصول إلى المهام، أي أنه أعطى مكانة دستورية للمؤسسة والمهام المناطة بها دون أن يكرّس الضمانات المتعلقة باستقلاليتها، فقد اكتفى الفصل 171 بالإحالة إل القوانين لضبط «تأليف وصلاحيات وتنظيم وقواعد تسيير المؤسسات والهيئات المنصوص عليها في الفصول 160 إلى 170 من هذا الدستور».

أما مشروع الدستور الليبي المقدم في 29 جويلية 2017، فقد خصّص بابا سابعاً للهيئات الدستورية المستقلة، لكن سار في اتجاه مغاير لما جاء في الدستور التونسي من ناحيتين، فقد كرّس ست هيئات

دستورية²⁰، خصّص لكلّ منها فصلا مستقلا، ثم خصّص الفصل 163 إلى هيئات أخرى وقد جاء فيه «تنظّم بقانون هيئة للرقابة الإدارية، وهيئة للشفافية ومكافحة الفساد، وهيئة للإحصاء، ومجلس أعلى للإعلام والصحافة، ومجلس للعلوم والتقنية والابتكار، ويحدّد القانون تكوينها واختصاصاتها ونظام عملها، وضمانات استقلالها وحياد أعضائها، وفق ما هو منصوص عليه في هذا الباب».

وقد خصّص الدستور التونسي في بابه السادس فصلا لكلّ هيئة من الهيئات الدستورية المستقلة الخمسة، وهذا العدد محدّد حصريا، أي أنه لا يمكن الحديث اليوم إلا عن خمس هيئات دستورية مستقلة.

وعلى خلاف بعض الدساتير التي سبق ذكرها، لا نجد تمييزا في المركز الدستوري للهيئات المكرّسة ضمن الباب السادس من الدستور.

الجزء 2 مبادئ حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة

إن استقلالية الهيئات الدستورية المستقلة، لا يعني عدم خضوعها للرقابة، على العكس من ذلك، يندرج إحداثها ضمن حوكمة جديدة للمؤسسات. وتعني المحاسبة مسؤولية الهيئات الدستورية المستقلة عن كافة ما تقوم به من أعمال، وضرورة تقديمها بشكل شفاف ومستمر أو دوري ما يسمح بالتأكد من أن أعمالها تتطابق مع المعايير القانونية، والأخلاقية، والمالية المحددة لها. ويتطلّب تحقيق مبدأ المحاسبة توفير معلومات شاملة للجمهور حول سياساتها، والنتائج المتوخاة منها، وأدائها، بالإضافة إلى الموارد التي استخدمتها وتنوي استخدامها، بما فيها الموارد المالية العامة وغيرها²¹.

وللمحاسبة مجموعة من الانعكاسات الإيجابية على عمل وأداء الهيئات المستقلة، فهي تسهم في تحقيق مبدأ الشفافية وتعزيز مبادئ الإدارة الرشيدة، وتسهم في نيل ثقة المواطنين ومختلف الفاعلين الرئيسيين، بمن فيهم الأحزاب السياسية والسلطة السياسية بشكل خاص.

إن إحداث ذوات عمومية جديدة ضمن التنظيم الإداري التونسي كما حدّده الدستور، عبر إرساء هيئات دستورية مستقلة من أجل الرفع من نجاعة التصرف في مجالات تتصل بالحقوق والحريات الأساسية وضمان حيادية وشفافية الجهات المؤتمنة على الإشراف وإدارة تلك المجالات، يستدعي بالضرورة وضع قواعد جديدة تتلاءم وخصوصية هذه الهيئات، وتكفل في آن واحد إستقلاليتهما في الاضطلاع بالمهام المسندة إليهما من جهة، وتدعم نجاعتها وشفافية أوجه تصرفها، من جهة أخرى، بما يستدعي أن تكون

²⁰ ومسوّدة الدستور الليبي المؤرخة في 29 جويلية 2017، فقد خصّصت بابا سابعا يحوي عشرة فصول للهيئات الدستورية المستقلة، وقد كرس المشروع صنفين من الهيئات، فقد خصّص فصلا خاصا لكل هيئة من الهيئات الستة هي المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، ديوان المحاسبة، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، المجلس الوطني لحماية الموروث الثقافي واللغوي، مجلس البحوث الشرعية، هيئة التنمية المستدامة، وخصّص من جانب آخر فصل عنوانه «هيئات أخرى».

²¹ يراجع في هذا: وول آلان وآخرون. أشكال الإدارة الانتخابية، دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات. تعريب أيمن أيوب، 2007، ص 283.

منظومة الرقابة قائمة أساسا على التثبت من مدى احترام الهيئات لضوابط الحوكمة الرشيدة وعلى نجاعة تدخلها وشفافية طرق تصرفها وليس على مقارنة مدى التقيد بضوابط التصرف العمومي بصرف النظر عن النجاعة وحسن توظيف الموارد العمومي، على غرار ما هو معتمد في بقية المرافق العمومية.

ويقتضي الأمر هنا التمييز بين القواعد *normes*، والمعايير الدولية *standards* والممارسات الفضلى *best practices*. فعند الحديث عن قواعد، نتحدث أساسا عن قواعد عامة ومجردة وملزمة، وهي في مجالنا إما قواعد دستورية أو قواعد تعاھدية تعلق النصوص التشريعية قيمة. أما المعايير الدولية، فهي مجموعة من التوصيات والمفاضلات التي يقرها المختصون في المجال دون أن تصبح ملزمة. أما الممارسات الفضلى *les meilleures pratiques* فهي تتميز أحيانا عن المعايير بطابع الجودة وأحيانا الفردية في إيجاد حلول متميزة لم تتحول بعد إلى معايير أو قواعد.

وتشمل حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة ثلاثة أبعاد: أولها بعد يتصل بموضوعات الرقابة، ويتمثل في الرقابة على الأشخاص والرقابة على الأعمال ثم الرقابة على الحسابات.

ويقوم البعد الثاني على معيار طبيعة الهيكل المراقب فتكون رقابة قضائية بمقابل الرقابة البرلمانية ورقابة المجتمع المدني والأحزاب السياسية.

أخيرا يعتمد البعد الثالث على مؤشرات قياس نجاعة الإدارة الانتخابية في تحقيق التصرف والإدارة الرشيدة للموارد لتحقيق أعلى نسبة من الجدوى، ويكون القياس وفقا لجملة من المؤشرات تعتمد على مقابلة الأهداف بالنتائج ومقابلة الموارد بالنتائج، وذلك للتأكد من الاستعمال الأفضل للموارد لتحقيق الأهداف.

لابد من القطع في هذا المجال مع خزعبلات تتعلق بالتشكيك في خضوع الهيئات للرقابة والمحاسبة، وحيث ولئن شاب انطلاق عمل بعض الهيئات الدستورية بعض الهنات في خصوص التعهد بالمهام الموكولة إليها، وعدم اتسام عملها بالشفافية المطلوبة، وغياب التوزيع الواضح لقواعد الاختصاص داخل هيكلها التسييرية وأجهزتها التنفيذية، أو عدم تقيدها في بعض الصور بالأحكام القضائية والآراء الصادرة عن تلك الهيئات القضائية، فإن حداثة التجربة وعدم ملائمة الأطر القانونية المنظمة لمجال عمل تلك الهيئات مع أحكام الدستور من جهة، والطبيعة الخاصة لتلك الهياكل العمومية، من جهة أخرى، تدفع إلى دراسة المنظومة القانونية والترتيبية والإجرائية التي تحكم عمل الهيئات الدستورية ومدى ملاءمتها مع إرادة المؤسس من بعث تلك الهيئات، وإلى مراجعة القواعد المتعلقة بضبط تركيبة الهيئات الدستورية وكيفية انتقاء أعضاء مجلسها والتوفيق إلى توزيع واضح للصلاحيات بين مختلف هياكلها التقريرية والتسييرية، وفرض التقيد بالضوابط القانونية والقضائية بقواعد الشفافية والحوكمة الرشيدة بما يرفع من نجاعة أدائها ويدعم استقلاليتها خاصة عن السلطة التنفيذية ويعزز رصيد ثقة المواطن في تلك الهيئات، ويدفع إلى تطوير أشمل لإدارة الشأن العام والرفع من أداء بقية الهياكل العمومية.

وبالرجوع إلى مهد الهيئات المستقلة وهي الولايات المتحدة الأمريكية، نلاحظ التمييز بين الوكالات المستقلة وغير المستقلة والتي تسمى وكالات تنفيذية، فبالنسبة للوكالات المستقلة، تتميز بعدم إمكانية عزل جهازها المسير من رئيس الدولة إلا لسبب وجيه (for cause) يتمثل في ارتكاب جريمة حق عام، أو خطأ مهني neglect of duty, inefficiency ou une faute professionnelle أو خطأ شخصي (malfeasance in office)، وفضلا عن هذه الضمانة، يضيف الفقه الأمريكي خمس شروط وهي أولا تحديد مدة الولاية والتي يمكن أن تصل إلى أربع عشرة سنة بالنسبة لأعضاء مجلس محافظي البنك المركزي. ثانيا تجديد التركيبة جزئيا لضمان التجديد الدوري والمنظم. ثالثا: التركيبة التي تأخذ بعين الاعتبار تمثيل الحزبين الجمهوري والديمقراطي، رابع: الطابع المجلسي لإدارة الوكالة. وخامسا واجب تقديم تقرير سنوي للكونغرس الذي يمارس رقابته السياسية والمالية.²²

وبالرجوع إلى أحكام الباب السادس من الدستور، نلاحظ تكريسا لأهم هذه العناصر في ما عدى تمثيل الحزبين، الذي لا يسوغ الأخذ به في تونس.

وقد تعرّض الدستور التونسي أحيانا إلى بعض التفاصيل والجزئيات لضمان عدم الانحراف عن روح الدستور، وقد تبين من خلال النقاشات التي تمت في إعداد النصوص ردة فعل بعض النواب بالرجوع إلى تجربة 2011.

أن إقرار استقلالية الهيئات يعدّ الخاصية الأبرز لهذه الهياكل وشرطا أساسيا للاضطلاع بمهامها ضرورة أن الحافز من منحها الاستقلالية يجد أساسه في طبيعة ومجال تدخل تلك الهيئات الحساسة والمتعلقة أساسا بدعم الديمقراطية وحماية الحقوق والحريات الأساسية²³ للحدّ من هيمنة السلطة التنفيذية²⁴ على هذه المجالات وضمان احترام دولة القانون والمؤسسات، من جهة، وللحدّ من عدم ملائمة الآليات الكلاسيكية للسلطة التنفيذية والهياكل العمومية في إدارتها لعدد من المسائل مع تنامي الطلبات الجديدة والملحة للمواطنين في إضفاء مزيد من الشفافية والنزاهة والمشاركة في إدارة الشأن العام، من جهة أخرى.

وقد جاء القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 مؤرخ في 20 ديسمبر 2012 يتعلّق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات ليبرز من جهة مدى توجّس المجلس الوطني التأسيسي من الهيئات العمومية المستقلة وتحديدًا من الهيئة العليا المستقلة للانتخابات، فتمّ إقرار جملة من آليات الرقابة، تبين لاحقا عدم تلائمها مع طبيعة الهيئة .

²² ZOLLER (E). L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis *Op.cit*, p 379.

²³ DIARRA (A). « La redéfinition des rapports entre administration et administrés par la création d'organes de régulation et de contrôle semble être l'un des moyens les plus efficaces pour protéger les libertés et les droits des citoyens dans les domaines les plus sensibles de la vie politique » ; Les autorités administratives indépendantes dans les Etats francophones d'Afrique noire ; p2.

²⁴ DIARRA(A). « Le législateur va s'employer à limiter l'emprise de l'administration sur les secteurs sensibles de la vie politique » ; *Op. cit* , p 7.

ففيما عدا إعفاء نفقات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات من الرقابة المسبقة للمصاريف العمومية، شدد قانون 2012 آليات الرقابة على الهيئة، فقد نصّ الفصل 29 من القانون الأساسي على أنه تسهر الهيئة العليا المستقلة للانتخابات على إرساء نظام رقابة داخلية للإجراءات الإدارية والمالية والمحاسبية تضمن سلامة القوائم المالية ونزاهتها وشفافيتها ومطابقتها للقوانين الجاري بها العمل وتنشئ للغرض وحدة تدقيق ورقابة داخلية يترأسها خبير محاسب.

ونصّ الفصل 30 من نفس القانون على أنه «تعرض الحسابات المالية للهيئة العليا المستقلة للانتخابات على مراقبي حسابات مرسمين بجدول هيئة الخبراء المحاسبين يعينهما مجلس الهيئة طبقا للتشريع الجاري به العمل بالنسبة إلى المؤسسات والمنشآت العمومية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة».

ونصّت الفقرة 6 من الفصل 3 على إعداد تقرير تصرف مالي وإداري يعرض صحبة التقرير السنوي على مراقب الحسابات وعلى مصادقة مجلس الهيئة بأغلبية الأعضاء.

وفي صورة عدم مصادقة المجلس التشريعي على التقرير المالي تقع الدعوة إلى تشكيل لجنة تحقيق مكونة من ثلاثة خبراء محاسبين مرسمين بجدول هيئة الخبراء المحاسبين يختارهم المجلس التشريعي. وتخضع الحسابات المالية للهيئة العليا المستقلة للانتخابات إلى الرقابة اللاحقة لدائرة المحاسبات. وتعدّ دائرة المحاسبات تقريرا خاصا حول التصرف المالي للهيئة بخصوص كلّ عملية انتخابية أو استفتاء وينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

ويتولى مجلس الهيئة المصادقة على الحسابات المالية السنوية للهيئة على ضوء تقرير مراقبي الحسابات، ويعرض التقرير على المجلس التشريعي للمصادقة عليه وينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وعلى الموقع الإلكتروني للهيئة في أجل أقصاه 30 جوان من السنة الموالية.

وتقوم وحدة التدقيق والرقابة الداخلية بأعمالها وفقا للمعايير الدولية المهنية لممارسة التدقيق الداخلي من خلال إتباع مخطط سنوي يصادق عليه مجلس الهيئة ويهدف إلى تحسين الأداء وإدارة المخاطر والرقابة لكامل أعمال الهيئة. وتقوم الوحدة بإعطاء تقاريرها إلى مجلس الهيئة مباشرة وبصفة دورية. ونصّ الفصل 28 على أنه «تبرم وتنفذ جميع صفقات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات طبق الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية للمنشآت العمومية ما لم تعارض مع أحكام هذا القانون».

وقد بيّنت التجربة سريعا نقائص هذه المنظومة الرقابية وعدم واقعيتها، إذ كان أولّ مشكل واجه الهيئة العليا المستقلة عقب انتخاب مجلسها والمصادقة على دستور 27 جانفي 2014، عدم إمكانية تحمّل مخاطرة تطبيق أحكام أمر الصفقات العمومية في الإعداد للانتخابات التشريعية ورئاسية لا يعرف سوى أنها يجب أن تجرى قبل موفى 2014. وهذا ما دعا المجلس الوطني التأسيسي إلى تعليق العمل بهذه

القاعدة بإقرار استثناء صلب الفصل 175 من القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرخ في 26 ماي 2014 يتعلق بالانتخابات والاستفتاء «بصرف النظر عن الأحكام الواردة بالفصل 28 من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 المؤرخ في 20 ديسمبر 2012 والمتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات، وإلى غاية انقضاء مدة ثلاثة أشهر من الإعلان عن النتائج النهائية للانتخابات التشريعية والرئاسية القادمة، تعفى نفقات الهيئة من الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية».

ولئن أقرّ المجلس الوطني التأسيسي هذا الاستثناء، فقد كان من باب أولى وأحرى إقرار نفس الإجراء بالنسبة للانتخابات السابقة لأوانها، سواء لشغور في رئاسة الجمهورية أو حلّ للبرلمان، إذ يستحيل الالتزام بأحكام الصفقات العمومية لإنجاز انتخابات في أجل أقصاه ثلاثة أشهر، والحال أنّ بعض الصفقات يستغرق إعدادها وانجازها نفس الأجل تقريبا.

الجزء 3 شروط نجاح حوكمة الهيئات المستقلة

قد تتحوّل بعض المبادئ النبيلة إلى كلمة حقّ يراد بها باطل، أو قد يكون التعسف في استعمالها، مدعى لامتهانها وتمييعها إلى الحدّ الذي يفقدها كلّ مصداقية وكلّ معنى.

وقد لاحظنا من موقع تجربتنا، أن طرح بعض الأسئلة المغلوطة، لا يمكن إلا أن يشوّش على الفهم الصحيح للظاهرة. من ذلك القول أن الهيئات المستقلة تؤدي للانفصال عن وحدة الدولة، أو القول بأن الاستقلالية للهيئات تمنع مراقبتها.

من هنا لا بدّ من التأكيد على أنه لا يمكن أن تنجح حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة إلا بتوفر ثلاثة شروط وهي تتعلق بالمنظومة القواعدية *la normativité*، وبوضوح الرؤية *la visibilité*، وببلورة مرجعية واضحة للرقابة *un référentiel pour le contrôle* :

الشرط الأول يتعلق بالمنظومة القواعدية *le système normatif*، فلا بدّ من استكمال المنظومة القواعدية الكفيلة بضمان العمل الطبيعي للهيئات، بشكل يحقّق ما جاءت من أجله هذه الذوات القانونية الجديدة. ومن الضروري الوقوف عند عدم ملائمة القواعد التشريعية القديمة لأحكام الدستور الواردة في الباب السادس من دستور 2014، وهو ما يخلق مفارقة تتمثل في إخضاع هياكل دستورية جديدة إلى نصوص الماضي، لكن لا بدّ من الإشارة إلى أن أحكام الباب السادس من الدستور تظلّ إلى اليوم من بين الأحكام التي لم تدخل بعد حيز التنفيذ. فلم تر بعض الهيئات النور إلى اليوم في حين، بقيت هيئتان وهي الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري، إلى اليوم تعيشان وفق التركيبة القديمة التي جاءت بها النصوص السابقة لدخول الدستور حيز التنفيذ. ويبرز هذا التردّد والتأخير في تركيز الهيئات الدستورية المنصوص عليها بالدستور إثر انقضاء فترة ناهزت أربع سنوات على المصادقة على الدستور، وإحجام السلطة التنفيذية عن تمكين الهيئات المباشرة منها لعملها، ولو بصفة مؤقتة من وسائل عمل على غرار توفير مقرّات عمل ومن ميزانية ضرورية للشروع في مباشرة عملها والاضطلاع بالمهام الموكولة إليها إلى عدم وجود إرادة حقيقية من

السلطة التنفيذية في التخلي عن إدارة مجالات حساسة وثيقة الصلة بالحريات الأساسية لفائدة هيئات مستقلة، طالما وأن إحداث الهيئات المستقلة تفضي في الأخير إلى سحب صلاحية إدارة والإشراف على عدد من المجالات من السلطة التنفيذية، وتعزيز رقابة البرلمان على الهيئات المكلفة بالإشراف على تلك المجالات بمناسبة مناقشة تقارير نشاطها وتقاريرها المالية وأثناء مناقشة ميزانياتها السنوية والمصادقة عليها .

والأدهى هو أن بعض الأحكام الدستورية تمت مخالفتها، من ذلك الفقرة الأخيرة من الفصل 126 من الدستور التونسي والتي تنصّ على تجديد ثلث أعضاء الهيئة العليا المستقلة للانتخابات كلّ سنتين. ولا يخفى أن هذه الفقرة تمت مخالفتها في مناسبتين فقد تمّ تجديد الثلث الأول بتأخير سنة كاملة وذلك بانتخاب الأعضاء الثلاث في جانفي 2017 ، ولم يحدّد مجلس نواب الشعب إلى اليوم تاريخ تعويض الأعضاء الثلاث الذين انتهت مدة ولايتهم منذ جانفي 2018، مما يدعو إلى التفكير في مستوى أول في طريقة لوقف استمرار المخالفة، ومن جانب ثاني في تصوّر يبعدنا عن إمكانية مخالفة الدستور مستقبلا.

ولا يمكن الحديث عن مرجعية متكاملة أو ملائمة للرقابة على الهيئات الدستورية، بل إن إطار الرقابة على الهيئات يعكس جزءا من عدم التلاؤم بين خيار الدستور في تكريس ذوات قانونية جديدة، لها مهام دستورية تتصل بتنظيم جديد للسلطة، وبين نصوص قانونية غلب عليها طابع الانتقالية الديمقراطية من جهة، وردّة الفعل من قبل السياسيين على سابقة أو فعل معيّن.

ويمكن الوقوف عند التضارب بين القانون الأساسي للميزانية الذي يعود تاريخه إلى الستينيات من القرن العشرين، مع قواعد الميزانية المرتبطة بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات. ففي خصوص إعداد ميزانية الهيئة، ينصّ الفصل 20 من القانون الأساسي عدد 23 لسنة 2012 مؤرخ في 20 ديسمبر 2012 يتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات « تضبط ميزانية الهيئة باقتراح من مجلسها وتعرض على الحكومة لإبداء الرأي قبل إحالتها على المجلس التشريعي للمصادقة عليها طبق الإجراءات الخاصة بميزانية الدولة.» إلا أن وزارة المالية التزمت بأحكام القانون الأساسي للميزانية، وهو ما أدّى إلى خلاف بين هيئة الانتخابات ووزارة المالية، وتمّ حسم هذا الخلاف في اجتماع لجنة المالية بامضاء محضر تلتزم فيه وزارة المالية بإرجاع الإعتمادات التي قامت بتخفيضها في صورة تنظيم الانتخابات في السنة موضوع قانون الميزانية.

ولابد في هذا المجال من مراجعة القانون الأساسي للميزانية حتى يتمّ التأطير القانوني الملئم للهيئات الدستورية المستقلة.

أما الشرط الثاني فيتعلّق بوضوح الرؤية *la visibilité*، فلا يمكن أن نحاسب هيئة دستورية مستقلة وفق أرقى قواعد الحوكمة، في ظلّ ضبابية في الرؤية، وعدم تحديد مقوّمات المهمة الموكلة إليها. ولعلّ مثال انتخابات 2011، ثمّ انتخابات 2014، أفضل دليل على ذلك. ففي سنة 2011 قام الرئيس المؤقت فؤاد المبرّع يوم 3 مارس بالإعلان عن تاريخ انتخابات المجلس الوطني التأسيسي والذي حدّد في البداية

يوم 24 جويلية، قبل المصادقة على القانون الانتخابي وعلى المرسوم المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات التي لم يتم انتخاب أعضائها إلا في شهر ماي 2011. وقد بينت الهيئة استحالة تنظيم الانتخابات في هذا التاريخ باعتبار أن احترام المعايير الدولية تقتضي تأجيلها إلى شهر أكتوبر من نفس السنة، وهو ما تمّ بتحديد موعد جديد 23 أكتوبر 2011 لإجراء انتخابات المجلس الوطني التأسيسي. وحدّد واضعو دستور 2014، موفي سنة 2014 كتاريخ أقصى لتنظيم الانتخابات التشريعية والرئاسية، في غياب قانون انتخابي ودون معرفة إن كان إجراء الانتخابات سيكون بتزامن التشريعية والرئاسية أو بالفصل بينها. ولم يحدّد كلّ هذا إلا في شهر جويلية 2014، لتكون الانتخابات التشريعية في يوم 26 أكتوبر 2014، والرئاسية في 21 نوفمبر من نفس السنة.

كلّ هذا الارتجال أثر على طريقة عمل الهيئة، وحتمّ اعتماد حلول استعجالية لا تتوافق بالضرورة مع قواعد الحوكمة الرشيدة. من ذلك أن الهيئة العليا المستقلة للانتخابات اضطرت لإعلان بداية التسجيل في يوم 23 جوان 2014، قبل تحديد موعد الانتخابات، ولولا هذا القرار لما كان بالإمكان الإعلان عن نتائج الانتخابات الرئاسية قبل موفي 2014.

ولم يكن الوضع بالنسبة للهيئة العليا المستقلة للإعلام السمعي والبصري أفضل، من ذلك أن القانون أوكل لهذه الهيئة مهمة الإشراف على تنظيم التغطية التلفزية لحصص التعبير المباشر سواء بالنسبة للقائمات أو المترشحين للإنتخابات التشريعية والرئاسية دون تخصيص الاعتماد اللازم ضمن الميزانية، وهو ما اقتضى عدّة جلسات بين ممثل للحكومة وهيئة الانتخابات وهيئة الاتصال السمعي والبصري ومؤسسة التلفزة التونسية لحلّ هذا الإشكال.

أما الشرط الثالث والأخير، فيتعلق بوجود مرجعية **un referenciel** يمكن على أساسها تحديد المؤشرات الخصوصية لتقييم حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة.

إن حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة، لا يمكن أن يتمّ على شاكلة حوكمة السلط العمومية التقليدية، ولا يمكن أن يتمّ للهيئات الدستورية المختلفة بشكل نمطي، بل لا بدّ من أن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة المهام الموكولة، وتقلّب حجم النشاط، وفلسفة النجاح والفشل في تحقيق المهام الموكولة، فلا يمكن مراقبة أو تقييم حسابات هيئة مكلفة بإدارة انتخابات محلية، دون أن يكون لها مرجعية سابقة لتحديد المستلزمات والكلفة والمخاطر، استنادا على نفس المعايير والقواعد التي يقع مراقبة وتقييم مؤسسة لها خمسون سنة من التجربة، ولها نشاط يتركز على مرجعيات واضحة. فهذه الانتخابات لها واجب تنظيم الانتخابات في أكثر من 45 دولة، في غياب الموارد البشرية المختصة والضرورية للقيام بهذه الأعمال، إذ تضطرّ الهيئة إلى التعويل على تونسيين بالمهجر قد لا يكون لهم أي معرفة بمنظومة التصرف المالي في تونس، وستؤدي مطالبهم بالالتزام بالقواعد التي يلتزم بها المسؤولون والمسؤولون الإداريون والماليون المهنيون، في تونس إما إلى إحجام التونسيين بالخارج عن المشاركة في إدارة الانتخابات بالخارج، أو إلى تنظيم دورات تكوينية مع ما يعنيه هذا من واجب تفرّغهم واستعداد الهيئة لتحمل الكلفة التي يقتضيها مثل هذا التكوين.

إن التصرف في الهيئات الدستورية، يطرح تحدّيات مستجدة، ويقتضي بالتالي ملائمة أطر الرقابة إلى

هذه الخصوصيات.

وهو ما يطرح سؤال أي حوكمة للهيئات الدستورية المستقلة؟

لقد كرس دستور 27 جانفي 2014 جملة من المبادئ الدستورية للحوكمة والتي تنطبق على الهيئات الدستورية، فقد جاء في توطئة الدستور الإشارة إلى «نظام جمهوري ديمقراطي تشاركي، يكون فيه حقّ التنظيم القائم على التعددية وحياد الإدارة والحكم الرشيد». أما الفقرة الثانية من الفصل العاشر، فقد نصّت على واجب الدولة في الحرص على حسن التصرف في المال العمومي، والعمل على منع الفساد وكلّ ما من شأنه المساس بالسيادة الوطنية.

ونصّ الفصل 11 من الدستور على واجب التصريح بالمكاسب، بالنسبة لكلّ من يتولى رئاسة الجمهورية أو رئاسة الحكومة أو عضويتها أو عضوية مجلس نواب الشعب أو عضوية الهيئات الدستورية المستقلة أو أي وظيفة.

وكرس الفصل 15 من الدستور قواعد سير الإدارة العمومية وفق مبادئ الحياد والمساواة واستمرارية المرفق العام، ووفق قواعد الشفافية والنزاهة والنجاعة والمساءلة.

في حين نصّ الفصل 32 على ضمان الدولة لحقّ الإعلام وحقّ النفاذ إلى المعلومة.

لكن في التطبيق يمكن الانطلاق من تجربة الهيئة سنة 2014، لمعرفة آثار غياب هذه المرجعية، فقد قامت الهيئة العليا المستقلة للانتخابات بإعداد تقرير سنة 2014، وإرساله إلى البرلمان، مع تأخير في الأجل الذي حدّده القانون وهو تاريخ 30 جوان. لكن لم يقدّم مجلس نواب الشعب بأي إجراء للشروع في مناقشة التقرير.

وتمكنت الهيئة العليا للانتخابات من تدارك التأخير وإرسال كلّ من التقرير الخاص بتصريف 2015، والتقرير الخاص بتصريف 2016 في الأجل القانوني، مع التذكير في كلّ مرة بضرورة مناقشة تقرير 2014، لكن لم يتمّ هذا إلا في سنة 2018 و لن تتم المصادقة على التقرير إلا بعد مارس 2018. لماذا؟

أولا لأنه لم تكن هناك مرجعية واضحة للرقابة، فلم يكن واضحا لدى أعضاء مجلس نواب الشعب الفرق بين طبيعة الرقابة التي من المفروض أن يمارسها البرلمان، وبين الرقابة التي تتولاها دائرة المحاسبات، والتي وفق منطوق الفقرة 2 من الفصل 117 من الدستور «تختصّ محكمة المحاسبات بمراقبة حسن التصرف في المال العام، وفقا لمبادئ الشرعية والنجاعة والشفافية، وتقضي في حسابات المحاسبين العموميين، وتقيّم طرق التصرف وتزجر الأخطاء المتعلقة به، وتساعد السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية على رقابة تنفيذ قوانين المالية وغلق الميزانية».

خاتمة

إن موقع الهيئات الدستورية المستقلة ضمن البناء الدستوري التونسي، يمثل إحدى مميزات دستور 27 جانفي 2014، في ترتيبه للسلط لمنع العودة إلى الإستبداد عبر الإنحراف بفصل السلط وتطويعه لخدمة أغلبية حزبية. لكن بقدر ما تمثل هذه الفكرة تجديدا في مشروعية ممارسة السلطة، وتطويرا للأطر الدستورية والإدارية في العمل الإداري، إلا أنها لا زالت تشكو عديد الصعوبات إلى حدّ أن البعض أصبح يشكّ في مدى جدية التزام الطبقة السياسية في تفعيل مختلف آليات الهيئات الدستورية المستقلة.

ونأمل أن يساهم هذا اليوم الدراسي عبر جملة من المساهمات التي تميّز أصحابها لا فقط بتكوينهم وشهائدهم بل كذلك بعملهم سواء سنة 2011 أو سنة 2014 في مجال إدارة ومراقبة الانتخابات، في توضيح بعض معالم حوكمة الهيئات الدستورية المستقلة، حتى لا نكتث غزلنا مثلما فعلت حمقاء مكة²⁵، ونقوّض ما قد تمّت مراكمته إلى حدّ اليوم.

²⁵ امرأة حمقاء معروفة في مكة، يقال إن فيها وسوسة، كانت تغزل هي وجواربها، اتخذت مغزلا، وكن يغزلن من الصباح، حتى إذا كان المساء وأتقن الغزل أمرتهن فنقض غزلها، فكان هذا دأبها لا تكف عن الغزل، ولا تبقي ما غزلت. محمد حامد محمد. الموسوعة الثقافية الإسلامية. دار المحرر الأدبي، الأردن: 2017، ص 58.

المحور الأول

أي استقلالية للهيئات الدستورية؟

Les Instances Constitutionnelles Indépendantes : Indépendance ou autonomie ?

○ Ahlem EDDHIF *

Aspirant à la liberté, le pouvoir constituant tunisien a essayé de sortir du schéma autoritaire centralisateur des pouvoirs au profit d'un paysage institutionnel diversifié. Ainsi, on peut recenser d'abord des collectivités locales transformées en « pouvoir local »¹ bénéficiant d'une « libre administration » ce qui conduira le législateur à réaménager l'exercice de la tutelle par le pouvoir exécutif sur les actes en supprimant l'approbation antérieure², à réduire la tutelle sur les élus locaux à son strict minimum³ et à hausser le niveau des ressources propres pour couvrir l'essentiel des dépenses locales⁴.

Viennent ensuite des personnes publiques spécialisées classiques : nos traditionnels établissements publics EP⁵ disposant d'une simple autonomie de moyens et dont la tutelle du pouvoir exécutif reste le maître-mot, même si elle est aménagée de manière plus ou moins souple selon le caractère accordé à l'établissement⁶.

Enfin, les instances constitutionnelles indépendantes ICI⁷, qui constituent la catégorie la plus privilégiée des nouvelles personnes publiques spécialisées PPS⁸ et plus spécialement des autorités publiques indépendantes API, car son indépendance est protégée par son statut constitutionnel : ce sont des autorités indépendantes qui ont pu « se hisser au rang constitutionnel par leur origine »⁹.

○ ○

* Assistante à la Faculté des Sciences juridiques, politiques et Sociales de Tunis.

¹ Tout le Chapitre VII de la Constitution de 2014 est consacré au « pouvoir local ».

² Cf. l'article 138 de la Constitution et les articles 263, 334 ; 265, 336 ; 266, 338 du projet du code des collectivités locales soumis à l'assemblée des représentants du peuple le 05.05.2017.

www.legislation.tn/content/المجلة-الجماعات-المحلية [consulté le 05.12.2017]

³ Cf. les articles 194, 239, 297 ; 238, 319 ; 195, 240, 241, 298 ; 268, 341 ; 195§2, 241, 298§2 ; 243, 321 et 234, 235, 318 ; 267, 339 ; 242, 320 ; 193, 296 ; 242, 320, 340 ; 196, 299 du projet du code des collectivités locales.

⁴ Cf. les articles 8 et 124 du projet du code des collectivités locales.

⁵ L'article 65 de la Constitution.

⁶ Conseil d'Etat, Rapport d'étude sur les établissements publics, 2009, p.57. <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Les-etablissements-publics> [consulté le 30.07.2017]

⁷ Chapitre VI de la Constitution.

⁸ « « Personnes publiques sui-generis », « personnes publiques innommées », « personnes publiques spécifiques », « autres personnes publiques », les formules ne manquent pas pour désigner les « nouvelles personnes publiques » qui ont fait leur apparition au cours des trente dernières années et qui se distinguent de la collectivité territoriale et de l'établissement public : les groupements d'intérêt public, la Banque de France..., l'Institut de France et les académies. Celles-ci peuvent-elles être regroupées dans une nouvelle catégorie juridique ? » : BOUSSARD (S.), préface de GRANERO (A.), *Les personnes publiques spéciales*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 7.

⁹ DELAUNAY (B.), « Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives », *AJDA* 2011, p. 817.

Le tout est de comprendre la signification de cette indépendance qui semble être un statut plus avancé par rapport à celui de « la simple autonomie »¹⁰ dont disposent les établissements publics EP¹¹. A première vue, l'indépendance semble être une rupture, alors que l'autonomie est une distance, et le statut d'indépendance est traditionnellement réservé à l'autorité juridictionnelle qui, indépendante de la sphère politique, peut prétendre à cette rupture¹².

Le problème de ces deux termes est qu'ils sont utilisés comme synonymes même en langue française où ils viennent de racines différentes et ce dans plusieurs ouvrages et dictionnaires¹³. Alors qu'en langue arabe, provenant de la même racine, les mots « isteklèl » et « isteklèlya » paraissent interchangeables¹⁴. Aussi, pour traduire l'indépendance des autorités publiques indépendantes API y compris les instances constitutionnelles indépendantes ICI, nous utilisons en langue arabe le même terme utilisé pour qualifier les établissements publics EP : « isteklèlya ». Cette utilisation semble propre au droit interne, car en droit international, quand il s'agit de qualifier un Etat souverain, le mot : indépendance est traduit en arabe par le mot : « isteklèl ». Par ailleurs, l'adjectif utilisé en langue arabe est le même « moustakil » qu'il s'agisse d'un Etat souverain, du pouvoir juridictionnel ou d'une autorité publique indépendante API, par contre, l'établissement public EP n'a jamais bénéficié de cette qualification.

C'est ainsi que l'article 125 de la Constitution ainsi que l'article 4 du projet n°30/2016 de la loi organique relative aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes ICI¹⁵ s'accordent à déclarer que ces instances



¹⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige /PUF, 2014, p. 536.

¹¹ Ibid., p. 107.

¹² « Indépendance ... c/ Situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions. Ex. indépendance de l'autorité judiciaire... », Ibid.

¹³ Selon le *Grand Larousse* (1987), le terme autonome « 3. Se dit de quelqu'un qui a une certaine indépendance, qui est capable d'agir sans avoir recours à autrui », alors que l'autonomie serait la « 2. Capacité de quelqu'un à ...ne pas être dépendant d'autrui ; caractère de quelqu'un qui fonctionne ou évolue indépendamment d'autre chose... », p. 255. Le terme indépendant est un adjectif qui qualifie quelqu'un « qui a son autonomie... », p. 1614.

Pour le *Grand Robert de la langue française* (1989), un « Gouvernement autonome » est un gouvernement « Indépendant, libre, souverain. », Vol. 1, p. 728, l'autonomie est le « Droit, fait de se gouverner par ses propres lois --> Indépendance, liberté... », Vol. 1, p. 729, alors que l'indépendance d'un Etat, d'une nation, d'un pays, d'un peuple serait synonyme de son autonomie, Vol. 3, p.511.

¹⁴ En revenant aux dictionnaires et ouvrages linguistiques arabes, on constate que l'indépendance «isteklèl» constitue un « masdar asli » : « nom originel », alors que l'autonomie «isteklèliya» est un « masdar Sina'i » : « nom élaboré » en ajoutant le suffixe « iya ». Le nom « élaboré » en arabe est un nom qui porte une signification abstraite, c'est l'abstraction des caractéristiques du nom originel. Ainsi, le mot autonomie «isteklèliya» en arabe porte l'abstraction des caractéristiques du mot indépendance «isteklèl». Cependant, l'usage de ces termes en langue arabe moderne porte une valorisation de l'indépendance qui n'est attribué généralement qu'à l'Etat et à ces décisions.

Cf. ASMAR (R.), *Dictionnaire détaillé de la science de la conjugaison*, Beyrouth, Maison des livres scientifiques, 1997, p. 378, (en langue arabe) ; WRIGHT (W.), *A grammar of the arabic language*, Great Britain, Cambridge university press, 1981, p. 106, 165-166, cet auteur l'avait appelé : The abstract noun of quality; CHAHATA (M.-A.), *Le nom élaboré en langue arabe*, Caire, Dar Gharib, 1995, (en langue arabe), l'auteur ici l'appelle nom du sens « ismal'ma'ana ».

¹⁵ Projet de loi organique n°30/2016 relatif aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes. www.legislation.tn/content/الهيئات-المستقلة-من-المشكلات-التي-تتعلق-بالأحكام-الأساسية-قانون-مشروع [consulté le 3.12.2017]

bénéficient de : « al'istiklèlya al'idaria wal' malia », ce sont les mêmes termes utilisés par tous les textes instituant des établissements publics et traduits par le terme « autonomie administrative et financière ».

Cette ambiguïté linguistique en langue arabe n'est pas sans rapport avec le danger de régression de ces nouvelles structures de l'indépendance recherchée vers l'autonomie abandonnée.

Etymologiquement, l'autonomie est la condition d'une personne ou d'une collectivité qui détermine elle-même la loi à laquelle elle se soumet¹⁶. Elle s'oppose à l'hétéronomie, qui renvoie à une loi extérieure ou transcendante. En effet, le terme autonomie vient de la jonction de deux expressions grecques : le **nomos** qui signifie règle où loi et l'**autos** qui signifie soi-même¹⁷.

L'autonomie est aussi le « pouvoir d'un groupe, principalement d'un groupe politique, de s'organiser et de s'administrer lui-même, du moins sous certaines conditions et dans certaines limites (sans ces réserves, l'autonomie serait souveraineté.) »¹⁸. Dans la Grèce antique, l'autonomie était le statut des villes qui pouvaient s'administrer selon leurs propres lois et par leurs institutions sans restriction provenant de la puissance occupante romaine ou autre. Ces cités, qui ne jouissaient pas d'une pleine indépendance, se gouvernaient de manière autonome¹⁹. Aujourd'hui encore, cette expression est utilisée pour exprimer le fait qu'une entité infra-étatique détienne des pouvoirs dans une sphère spécifique. Elle ne signifie pas l'indépendance ou la souveraineté de cette entité mais une sorte d'auto-détermination partielle et limitée. L'autonomie serait alors une condition octroyée dans une sphère délimitée de compétences où l'entité concernée peut se donner ses propres lois²⁰.

Quant à l'indépendance, c'est l'absence de dépendance, de subordination notamment à l'égard de la volonté d'autrui, cela peut même être l'absence de rapports²¹; c'est un terme qui résulte de la négation de sa racine : pour être indépendant, il ne faut pas dépendre d'autrui, il ne faut pas avoir aucune relation de subordination. « S'agissant d'un Etat », l'indépendance est « souvent employée comme synonyme de souveraineté »²².

○ ————— ○

¹⁶ LALANDE (A.), *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, Paris, Quadrige / PUF, 2013, p. 101.

¹⁷ Au *Grand Robert de la langue française* (1989), autonome provient du grec « autonomos » « qui se régit par ses propres lois » de auto- « soi-même, lui-même » et nomos « loi », Vol. 1, p. 728et 717.

¹⁸ LALANDE (A.), *loc.cit.*

¹⁹ LITTRÉ (P.-E.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Encyclopædia Britannica, 2007, Vol. 1, p. 490.

²⁰ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 107.

²¹ LITTRÉ (P.-E.), *op. cit.*, Vol. 3, p. 3473.

²² CORNU (G.), *op. cit.*, p. 536.

Mais l'indépendance apparaît de ce fait une condition impossible, car pour être indépendant, il faut ou bien être infiniment isolé ou bien disposer sur les autres d'un pouvoir absolu. Selon Bossuet²³ l'indépendance et la plénitude de l'être est « un attribut qui ne peut convenir à la créature »²⁴. C'est donc un attribut qui ne peut revenir qu'aux deux tous puissants : Dieu et l'Etat ; les créatures de l'un et de l'autre ne peuvent –tout au plus- qu'être autonomes.

C'est à partir de là que l'attribution de l'indépendance à des créatures étatiques comme les instances constitutionnelles indépendantes nous semble paradoxale, ce qui nous oblige à procéder à un examen de la genèse et du statut de ces nouvelles institutions afin d'apaiser nos doutes : Ces instances sont-elles indépendantes ou autonomes ?

En réponse à cette question nous nous trouvons obligés d'affirmer que les instances constitutionnelles indépendantes ne sont ni indépendantes ni autonomes. Leur indépendance est impossible (première partie) alors que l'autonomie qui leur est octroyée est inadéquate (deuxième partie).

Première partie / Une indépendance impossible

S'il y avait un examen d'indépendance des personnes publiques spécialisées PPS, aucune structure publique ne peut y réussir, car le résultat de ce test ne peut être que binaire : soit l'on est indépendant soit on ne l'est pas. C'est la définition même de l'indépendance qui refuse toute graduation qui la rend impossible à réaliser (a). Par ailleurs, la nature subordonnée des personnes publiques spécialisées PPS les prédispose à une autonomie plus ou moins étendue et non à une indépendance absolue (b).

a) une indépendance impossible à cause de son essence

Si, comme on l'a vu, l'indépendance suppose l'absence totale de subordination, alors tous ses paramètres doivent être réunis. L'absence, la défaillance, la faiblesse ne serait-ce que de l'un de ces paramètres : structurel, fonctionnel ou notamment financier anéantirait cette indépendance et pour cause : nous estimons que le rapport entre ces paramètres est plutôt un rapport de multiplication qu'un rapport d'addition :

²³ Théologien et écrivain français (1627-1704), *Le Robert, Dictionnaire universel des noms propres* (1994), p. p. 424-425.

²⁴ LITTRÉ (P.-E.), *op. cit.*, Vol. 3, p. 3473.

La logique de l'addition permet d'obtenir le résultat final en ajoutant les éléments un à un, ce résultat ne peut être affecté par l'existence d'un paramètre égal à zéro que dans une proportion très limitée. Par contre, lorsqu'il s'agit de l'indépendance, on doit suivre une logique de multiplication : la présence d'un paramètre égal à zéro aboutirait en définitive à un résultat nul quelques soient les grandes valeurs que l'on peut attribuer aux autres paramètres, et même si le paramètre défaillant a une valeur mais très faible, nous aurons un piteux résultat. Si l'on veut faciliter les choses, on pourrait aussi concevoir l'indépendance à l'image de la moyenne d'un étudiant avec des paramètres dont une seule note faible serait une note éliminatoire.

Ainsi, même un organisme qui bénéficierait au niveau structurel de tous les paramètres d'indépendance (composition collégiale équilibrée, conditions d'éligibilité et incompatibilités adéquats, long mandat, mode de désignation équilibré revenant à plusieurs organes ou obéissant au principe électif, ...) ne peut être qualifié d'indépendant si ses membres peuvent être facilement révoqués, cette indépendance est tout aussi douteuse si le mandat est renouvelable.

De même, un organisme qui bénéficierait au niveau fonctionnel de tous les moyens nécessaires pour s'acquitter de ses missions sans aucun droit de regard de la part du pouvoir politique : (attributions juridiques adéquates telles le pouvoir décisionnel, le pouvoir d'investigation, le pouvoir de sanction ou même le pouvoir réglementaire, moyens humains suffisants, bien qualifiés et soumis totalement à l'organe de direction de l'instance) ne saurait être qualifié d'indépendant s'il n'a pas la maîtrise de ses ressources. L'absence de ressources propres ou le fait que l'attribution des ressources dépende de la volonté d'une autre autorité neutraliserait l'effet des autres paramètres pleinement réalisés²⁵. Cet organisme ne saurait non plus être indépendant d'un point de vue fonctionnel si d'autres autorités partagent des attributions relatives à son domaine de compétence de manière à la devancer dans l'exercice de ces compétences. L'empiètement met en doute l'indépendance, l'une de ses principales manifestations peut être décelée dans le domaine de la production normative.

Il est aussi possible pour un organisme de bénéficier de tous les éléments qui permettent de le qualifier d'indépendant d'un point de vue organique, sans pour autant pouvoir bénéficier de l'indépendance au niveau fonctionnel, c'est ce

○ ————— ○

²⁵ C'est ce qu'affirmait Théron concernant l'autonomie des EP : « Cette autonomie peut d'ailleurs être purement formelle. La dépendance financière dans laquelle se trouvent de nombreux établissements publics atténue ou annihile l'autonomie théoriquement détenue », THÉRON (J.-P.), « Établissements publics », *J.-Cl Administratif*, Fasc. 135, Éditions Techniques – Juris-Classeurs, 1993. p. 8, n° 23.

qu'avait affirmé le Conseil d'Etat français à propos des autorités administratives indépendantes en faisant la distinction entre leur indépendance organique et leur « autonomie » fonctionnelle estimant que c'est sur l'aspect organique de l'indépendance que le débat s'est principalement focalisé en France, alors que pour l'indépendance fonctionnelle, c'est le terme autonomie qui est préférée « avec raison »²⁶.

En définitive, l'indépendance est une condition difficile voire impossible à atteindre, son caractère absolu la rend inaccessible surtout pour un organisme rattaché à l'Etat²⁷.

b) L'indépendance impossible à cause de la nature des instances constitutionnelles indépendantes

Les instances constitutionnelles indépendantes ICI restent des personnes publiques spécialisées qui ne peuvent bénéficier que d'une autonomie octroyée (1), mais dont la spécialité implique le passage de la conception classique de l'autonomie à une conception poussée qualifiée d'indépendance (2).

1- Les instances constitutionnelles indépendantes ICI restent des personnes publiques spécialisées PPS

Même si elles constituent des nouvelles personnes publiques spéciales faisant partie des Autorités publiques indépendantes API, les instances constitutionnelles indépendantes ICI restent des personnes publiques spécialisées PPS.

Dans une thèse qui date de 2012 en France sur les personnes publiques spéciales²⁸, il est soutenu que les nouvelles personnes publiques seraient issues de la conception originelle de l'établissement public dont on a modifié certains éléments. Une mutation –au sens biologique ou génétique du terme– de la structure de l'établissement public EP a engendré de nouvelles personnes publiques. Malgré la très grande diversité des régimes applicables aux personnes publiques spécialisées, deux éléments font leur unité évidente : la personnalité publique et la soumission au principe de spécialité, cela transparait à travers plusieurs ouvrages qui traitent des établissements publics au sein des chapitres

²⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public 2001 : Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La Documentation française, (EDCE, n° 52), 2001, p. 276, 286 et 291-294 spécialement p. 292.

²⁷ Cf., l'analyse effectuée concernant les autorités administratives indépendantes par René Chapus : CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, T.1, Paris, Montchrestien, 15e éd., 2001, p. 224 et s.

²⁸ GRANERO (A.), *Les personnes publiques spéciales*, Paris, L'Harmattan, 2016.

concernés aux personnes publiques spécialisées²⁹. D'ailleurs le professeur Michel Degoffe s'est interrogé en 2008 sur ce qui différenciait les établissements publics EP des autres personnes publiques spécialisées PPS pour trouver qu'il n'existe pas de différence majeure³⁰.

Dans le terme : personne publique spécialisée PPS, il y a d'abord la personnalité qui implique une certaine autonomie³¹, le caractère public qui implique un certain contrôle – car tout organisme public doit, d'une manière ou d'une autre être placé sous l'autorité des gouvernants³²- et enfin la spécialité qui est la traduction de la nature subordonnée de la personne créée pour exécuter une mission spécifique³³. Le Conseil d'Etat français avait affirmé en 1970 que la spécialité est un principe qui s'applique à toute personne morale de droit public ayant une compétence délimitée par les textes³⁴.

Le principe de spécialité est à la fois un principe de limitation³⁵ et un **principe d'adaptation**³⁶ : créée spécialement pour assurer une mission déterminée, la personne publique spécialisée PPS doit lui être adaptée³⁷. Ainsi, la distance qui sépare la personne publique spécialisée de sa collectivité de rattachement dépend de la spécialité qui lui est attribuée découlant elle-même de son rattachement à cette collectivité.

Ce qu'affirmait Théron concernant l'établissement public au siècle dernier reste valable pour toutes les personnes publiques spécialisées aujourd'hui : « Deux éléments apparaissent de manière constante, intangible ... la spécialité d'abord, l'autonomie ensuite. L'une et l'autre sont susceptibles de degrés ou de formes

○────────────────○

²⁹ CHAPUS (R.), *op. cit.*, p.p. 347-388, notamment nos 492-493, 496, 515, 518.

³⁰ DEGOFFE (M.), « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA* 2008, p.p. 622-629, notamment p. 623.

³¹ L'équation entre autonomie et personnalité morale n'est pas systématique : « Mais, si l'autonomie administrative et financière accompagne généralement l'octroi de la personnalité morale, elle ne lui est pas nécessairement liée. » : CONNOIS (R.), *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1959, p.p. 112-115. Notamment p. 114.

³² CONNOIS (R.), *Op.Cit.*, p.49.

³³ DRAGO (R.), *Les crises de la notion d'établissement public*, préface de Marcel Waline, Paris, éd. A. Pedone, 1950, p. 60 : « ... cette nature subordonnée réside dans le fait que le patrimoine est affecté à un but déterminé... C'est ce qu'on entend encore lorsqu'on parle de spécialité des établissements publics. »

³⁴ C. E. , 29.04.1970, Sté Unipian, *AJDA* 1970, p.p. 430-431, Conclusions BRAIBANT (G.). Il faut souligner que « ... la spécialité est un élément inhérent à la notion de personnalité morale, en ce sens que cette dernière n'existe qu'en vue d'un objet déterminé » : DOUENCE (J.-C.), « La spécialité des personnes morales publiques en droit administratif français », *RDPA* 1972, p.p. 753-810, notamment p.753.

³⁵ Ce principe oblige la personne publique à respecter le champ qui lui est assigné et interdit aux autres personnes tout empiètement : Conseil d'Etat, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, 2009, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ « Le principe de spécialité est l'instrument juridique de l'adaptation de l'organe à la mission », THÉRON (J.-P.), *op. cit.*, p.6, n°16.

³⁷ C'est pour cela qu'une personne publique spécialisée PPS ne peut être prédéterminée mais doit être modelée en fonction de sa spécialité, de sa mission. C'est pour cela aussi que le juge administratif français a même sanctionné l'inadaptation en refusant par exemple la qualification industrielle et commerciale d'un établissement public car elle était inadaptée à la mission qui lui était confiée : T. C., 24.06.1968, Société « Distilleries Bretonnes », *AJDA* 1969, p. 311, note DE LAUBADERE (A.).

variées. »³⁸, mais il faut encore une fois bien préciser que c'est la spécialité qui constitue l'élément fondamental de la notion de personne publique spécialisée, élément qui modèle tous les éléments constitutifs de l'organisme y compris l'étendue de son autonomie. L'autonomie, issue de la spécialité, doit être à son exacte mesure³⁹.

A la différence de la collectivité locale gouvernée de l'intérieur, visant à satisfaire les intérêts propres des habitants et qui bénéficie d'une clause générale de compétence⁴⁰, la personne publique spécialisée PPS n'existe qu'en fonction d'une double subordination : à la mission qui lui a été confiée et à la volonté qui l'a créée⁴¹. C'est donc une volonté qui lui est extérieure qui détermine le but assigné à la personne publique spécialisée et les pouvoirs qui lui sont octroyés pour le réaliser⁴².

Ainsi, les instances constitutionnelles indépendantes ne devraient être que ce que l'autorité publique créatrice –le pouvoir constituant en ce qui nous concerne- veut qu'elles soient, l'autonomie qui devrait leur être octroyée par leur créateur en fonction de leur spécialité résultera de divers éléments dont l'agencement réaliserait leur adaptation aux nécessités imposées par leurs missions⁴³. Le principe de spécialité s'oppose à ce que la personne soit dotée d'un cadre juridique inadapté à sa mission. Il arrive que le créateur ne dote pas la créature de l'agencement adéquat, c'est à nous de lui rappeler le principe d'adéquation.

2- La spécialité des instances constitutionnelles indépendantes implique le passage de la conception classique de l'autonomie à une conception poussée qualifiée d'indépendance

Quand les seules personnes publiques spécialisées PPS présentes étaient les établissements publics EP, le Conseil d'Etat français considérait la spécialité comme un principe général de droit en matière d'organisation administrative⁴⁴.

○ ○

³⁸ THÉRON (J.-P.), *op. cit.*, p 6, n°14

³⁹ THÉRON (J.-P.), *Recherches sur la notion d'établissement public* : Thèse droit, Toulouse, 1975, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 123, 1976, p. 11.

⁴⁰ PONTIER (J.-M.), « Semper Manet. Sur une clause générale de compétence », *RD* 1984, p. 1443-1472, notamment p. 1463. Le caractère déterminé des personnes publiques spécialisées PPS peut en effet être précisée en rappelant la différence existant entre celles-ci et les collectivités locales CL : la distance dont on parle –appelée autonomie ou indépendance- reste distincte de la « libre administration » dont bénéficient les collectivités locales CL gouvernées de l'intérieur, visant à satisfaire des intérêts propres à la collectivité et qui bénéficient d'une clause générale de compétence, alors que les compétences des personnes publiques spécialisées sont des compétences d'attribution.

⁴¹ THÉRON (J.-P.), « Établissements publics », *J.-Cl Administratif*, Fasc. 135, Éditions Techniques – Juris-Classeurs, 1993, p. 5

⁴² DOUENCE (J.-C.), *op. cit.*, p.p. 764-769.

⁴³ THÉRON (Jean-Pierre), *op. cit.*, p. 7 n°23.

⁴⁴ C. E., Sect. 4.03.1938, Consorts le Clerc, Rec. p.p. 229-230, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5749810q/f236.image> [consulté le 30.07.2017].

Aujourd'hui, il soutient une vision globale des personnes publiques « soumises au principe de spécialité », proposant en 2009 le rapprochement entre les anciens établissements publics EP et les nouvelles autorités publiques indépendantes API, groupements d'intérêt public GIP et autres⁴⁵. Ce rapprochement n'implique pas d'imposer un statut législatif d'ensemble à toutes les personnes publiques spécialisées, car cela conduirait à des risques de rigidité et réduirait l'intérêt de la formule résidant dans sa souplesse et sa capacité d'adaptation⁴⁶.

A l'heure actuelle où la définition et la classification des personnes publiques soulèvent d'énormes difficultés, une meilleure compréhension du principe de spécialité⁴⁷ et des nouvelles spécialités pourrait contribuer à les cerner et à comprendre les éléments constants, les nouveautés et les spécificités.

Par « nouvelles spécialités » on vise d'abord la naissance de la mission de régulation qui répond au problème de l'inadéquation et de l'obsolescence de l'intervention classique de l'Etat et qui est étroitement liée à la transformation de son rôle. La globalisation de l'économie et l'ouverture des marchés, ont mis en cause l'efficacité, voire la légitimité de l'Etat à intervenir en matière économique. Pour ce qui est de domaines comme l'audiovisuel ou le traitement des données numériques, c'est l'impartialité de l'Etat qui a été mise en doute ; L'Etat régalien puis interventionniste s'est effacé au profit de l'Etat régulateur⁴⁸.

Partant, on peut affirmer que la nouvelle variante de l'autonomie appelée « indépendance » entend répondre aux nouvelles missions, aux nouvelles spécialités attribuées aux nouvelles personnes publiques spécialisées PPS, elle offre à l'action publique un visage impartial. Ainsi, le Conseil Constitutionnel français avait considéré le fait d'octroyer l'exercice d'attributions importantes pour organiser l'exercice d'une liberté publique à un organisme « indépendant » comme une garantie fondamentale pour l'exercice de cette liberté⁴⁹.

Alire l'histoire des institutions, nous nous permettons d'y voir un vecteur ascendant vers l'autonomie qui gouverne les mutations « génétiques » des personnes publiques spécialisées PPS⁵⁰, comme on avait recouru jadis à l'établissement public

○ — ○

⁴⁵ Conseil d'Etat, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, 2009, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁶ Le Conseil d'Etat français avait présenté le même raisonnement à propos des établissements publics EP : Conseil d'Etat, *Les établissements publics nationaux*, Paris, La Documentation française, 1985, p. 49.

⁴⁷ DOUENCE (J.-C.), *op. cit.*, p.p. 755-756.

⁴⁸ Conseil d'Etat, *Rapport public 2001 : Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁹ C. C., Décision n° 84-173 DC du 26.07.1984, *RD* n°2 1986, p. 395-495, note FAVOREU (Louis), notamment §36 et 68.

⁵⁰ Laurent Richer estime que l'organisation et le fonctionnement de l'Institut de France impliquent « un besoin d'autonomie » : RICHER (L.), « Les personnes publiques innommées », in. *La personnalité publique*, Travaux de l'AFDA, Colloques et débats, Liec, 2007, p. 133-144, notamment p.140.

EP pour obtenir une certaine autonomie de certains organismes publics, comme on avait abandonné la formule classique de l'établissement public administratif pour adopter la formule plus flexible et adaptée à l'intervention économique de l'établissement public à caractère industriel et commercial, on est aujourd'hui en train de fuir l'établissement public pour s'adapter aux nouveaux rôles de régulation et de protection des droits humains à travers une nouvelle formule.

Les autorités publiques indépendantes API ont fait leur apparition pour rompre avec la rigidité de la formule de l'établissement public EP provenant notamment du contrôle de tutelle ministérielle qui lui est imposé. Si c'est le terme indépendance qui est ici utilisé, il faut comprendre que cela provient de la possibilité de voir dans l'indépendance une forme poussée de l'autonomie : une autonomie par « extension » comme le veut le Littré⁵¹. Plus précisément, si le terme indépendant « sous-entend, suivant le contexte, l'idée de tel ou tel autre terme par rapport auquel ce dont on parle est dit indépendant... »⁵², les autorités publiques indépendantes sont supposées l'être à l'égard du pouvoir exécutif ; à l'égard de leur collectivité de rattachement prise dans son ensemble, elles ne peuvent être qu'autonomes.

En Tunisie, des nouvelles personnes publiques, plus ou moins adaptées aux nouvelles missions de l'Etat –notamment du point de vue de la distance qui les sépare du pouvoir exécutif- ont fait leur apparition d'abord dans le domaine de la régulation économique⁵³ : Conseil du marché financier, Instance nationale des télécommunications, Comité général des assurances et Autorité de contrôle de la micro finance. D'autres ont été ensuite créées pour répondre au besoin de protection de certains droits fondamentaux notamment dans le contexte de transition démocratique⁵⁴ : L'instance nationale de protection des données à caractère personnel, L'instance nationale pour la prévention de la torture, L'instance d'accès à l'information et L'instance nationale de lutte contre la traite des personnes.



⁵¹ LITTRÉ (P.-E.), *op. cit.*, Volume 1, p. 490. D'ailleurs, les termes indépendance et autonomie étaient indifféremment utilisées pour qualifier la distance de l'établissement public de sa collectivité de rattachement : « L'indépendance de l'établissement public à l'égard de la collectivité de rattachement peut être très variable. Les composantes de l'autonomie sont diverses ». THÉRON (J.-P.), *op. cit.*, p. 8 n°24

⁵² LALANDE (A.), *op. cit.*, p. 493.

⁵³ Cf. Loi n° 94-117 du 14.11.1994, portant réorganisation du marché financier ; Loi n° 2001-1 du 15.01.2001, portant promulgation du code des télécommunications ; Loi n° 2008-8 du 13.02.2008, modifiant et complétant le code des assurances promulgué en vertu de la loi n° 92-24 du 9.03.1992 ; Décret-loi n° 2011-117 du 5.11.2011 portant organisation de l'activité des institutions de micro finance.

⁵⁴ Cf. Loi organique n° 2004-63 du 27.07.2004, portant sur la protection des données à caractère personnel ; Loi organique n° 2013-43 du 23.10.2013, relative à l'instance nationale pour la prévention de la torture ; Loi organique n° 2016-22 du 24.03. 2016, relative au droit d'accès à l'information ; loi organique n° 2016-61 du 3.08. 2016, relative à la prévention et la lutte contre la traite des personnes.

Toutes ces institutions disposent de la personnalité morale, elles répondent aux caractères généraux de ce que l'on appelle en droit comparé : les autorités publiques indépendantes API caractérisées notamment par l'absence de l'exercice de tutelle par le pouvoir exécutif.

Ainsi, si l'on se réfère à la taxinomie⁵⁵ on peut dire approximativement que dans le règne des personnes publiques, au sein de l'ordre des personnes publiques spécialisées PPS, une nouvelle famille a vu le jour : la famille des autorités publiques indépendantes API qui compte plusieurs espèces dont les Instances constitutionnelles indépendantes ICI⁵⁶.

Aussi, le pouvoir constituant tunisien avait décidé qu'il n'était plus possible d'user des moyens ordinaires pour gérer les secteurs sensibles mettant en cause les libertés et les droits fondamentaux. Les moyens ordinaires visés sont les établissements publics EP, et les rapports des commissions constituantes et législatives sont unanimes sur leur inadéquation pour ces nouveaux rôles de l'Etat et sur la nécessité de créer une nouvelle catégorie d'institutions⁵⁷. En effet, la tutelle exercée par le pouvoir exécutif sur ces établissements publics EP les empêche de fournir les garanties nécessaires pour l'exercice des droits fondamentaux incontournables pour la consolidation de la nouvelle démocratie.

Comme partout à travers le monde, la création de ces nouvelles personnes publiques spécialisées PPS est venue pour essayer de résoudre le paradoxe de la nécessité et de la crainte de l'intervention de l'Etat. Comme le pouvoir exécutif est censé être le plus menaçant pour l'exercice des libertés, les nouvelles personnes publiques spécialisées PPS ont été conçues de manière à être affranchies de son influence, tout en restant soumises à la souveraineté de la loi et du juge qui en assure la suprématie.

Si l'autonomie des établissements publics EP est tempérée par la notion de tutelle⁵⁸, celle des autorités publiques indépendantes API est tempérée par celle –plus générale– de rattachement qui traduit la subordination de la personne

○ ————— ○

⁵⁵ Selon *Le Grand Robert de la langue française*(1989), la taxinomie ou encore taxonomie est la science des lois de la classification des formes vivantes, elle « revient donc à rassembler, selon des niveaux successifs, les vivants qui ont de plus en plus des caractères communs. Ce faisant, on passe des niveaux classificatoires supérieurs (embranchements, classes) aux niveaux classificatoires inférieurs (ordres, familles espèces) » vol. 8, p. 188.

⁵⁶ Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p. p. 4 et 8, http://www.chambre-dep.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=98672&code_exp=1&langue=1 [consulté le 3 .12.2017]

⁵⁷ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09. 2012, p. 18. <https://majles.marsad.tn/docs/coms/4f3cf981b197de624d000003> [consulté le 03.12.2017]

⁵⁸ Conseil d'Etat, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, 2009, op. cit. , p. 57.

publique spécialisée créée pour exercer une mission prédéterminée⁵⁹, les instances constitutionnelles indépendantes ICI n'échappent pas à cette condition de « créature ». Toute personne publique spécialisée PPS reste soumise au contrôle de sa collectivité de rattachement⁶⁰ et le contrôle, découlant du rattachement, doit donc toujours subsister même si ses modalités changent, de même que la responsabilité qui s'accroît en mesure de l'étendue de l'autonomie. La mise en cause de cette responsabilité trouve son fondement dans les règles récemment adoptées par la Constitution tunisienne telles que la transparence, l'intégrité, l'efficacité, la redevabilité et la bonne gestion des deniers publics⁶¹.

A l'issue de cette partie, nous pouvons pressentir que la désacralisation des instances constitutionnelles indépendantes ICI est difficilement acceptable pour le lecteur, si elles constituent de simples personnes publiques spécialisées PPS semblables aux établissements publics EP et ne disposant que de l'autonomie accordée aux créatures, leur « indépendance » tant recherchée serait-elle un vain souci ?

Nous nous permettons de prétendre que c'est la position du problème qui change, Nous abandonnons ici de la question binaire qui ne peut recevoir qu'une réponse binaire : indépendantes ou pas. Nous abandonnons aussi la question linéaire qui vise à mesurer le « degré » d'indépendance qui aboutira à une réponse d'évaluation numérique par rapport à un modèle absolue de « pleine indépendance ». Nous croyons qu'il faut passer à une question plus subtile qui se focalise sur l'adéquation de l'agencement des éléments de l'autonomie – ou de l'indépendance- avec les spécialités respectives des instances.

Dans ce cas, la réponse à la problématique de l'adéquation passera par une différenciation des spécialités, on pourrait alors distinguer la spécialité de régulation du jeu concurrentiel politique visant à assurer la régularité, la sincérité et la transparence du processus électoral, la spécialité de régulation du secteur de l'audiovisuel visant à garantir la liberté d'expression et l'intégrité de l'information, une spécialité de contrôle du respect des droits de l'homme y compris les droits des générations futures et une spécialité de lutte contre la corruption et de renforcement de la bonne gouvernance visant la consolidation des principes de transparence, d'intégrité et de responsabilité.

○ ○

⁵⁹ A propos des établissements publics : THÉRON (J.-P.), *op. cit.*, p. 14, n°61.

⁶⁰ CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 187-188 et p.p. 348-351 ; PONTIER (J.-M.), « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA* septembre-octobre 2007, p. p. 979-989, notamment p.p. 983-986.

⁶¹ Article 15 de la Constitution.

Si une analyse aussi approfondie ne peut être effectuée dans le cadre de cette contribution, on peut s'arrêter à la mission générale et commune de ces instances : œuvrer au renforcement de la démocratie⁶², pour admettre que même à travers cet angle très général, l'autonomie accordée n'est pas adéquate.

Deuxième partie Une autonomie inadéquate

La personne publique spécialisée PPS est une personne spécialement adaptée à la mission d'intérêt général qui lui est confiée⁶³, c'est pour cela que son créateur doit la doter des éléments d'autonomie nécessaires et adéquats pour lui permettre de s'acquitter de sa mission : d'exercer sa spécialité en toute efficacité. Autrement, la création de cette personne publique spécialisée ne serait qu'un vœu pieux. En même temps, comme la personne publique spécialisée PPS est rattachée à une collectivité publique, la détermination des modalités de son contrôle est aussi nécessaire, ces modalités doivent être prises en compte dans la mesure où elles contribuent à la détermination de l'autonomie. Qu'en est-il des instances constitutionnelles indépendantes ICI ?

Afin de s'assurer de l'adéquation de l'agencement législatif des éléments de l'autonomie des instances constitutionnelles indépendantes ICI au vu de la spécialité qui leur incombe (b), il faut d'abord s'assurer de l'adéquation constitutionnelle de la place accordée à ces instances dans le schéma institutionnel au vue de la mission commune qui leur incombe(a).

a) La fragile adéquation constitutionnelle

Si la mission des instances constitutionnelles indépendantes est clairement déterminée par la Constitution : « œuvrer au renforcement de la démocratie »⁶⁴, la clarté et la concision du texte constitutionnel a été précédée par de riches discussions pendant les travaux de la Constituante notamment pour supprimer la mission de réalisation des objectifs de la révolution jugée provisoire⁶⁵ et pour démontrer le lien de la tâche et des attributions de chaque instance avec la mission commune⁶⁶.

La place impliquée par cette mission dans le schéma institutionnel pourrait prêter au doute : peut-elle être assumée par des démembrements du pouvoir

○ ○ ○

⁶² Article 125 de la Constitution.

⁶³ Définition donnée par Théron à l'établissement public qui vaut aussi pour les personnes publiques spécialisées : THÉRON (J.-P.), *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴ Ce choix a été arrêté après quelques hésitations : Procès-verbal de la séance n°15 de la Commission constituante des Instances constitutionnelles, 03.04.2012, p. 4.

⁶⁵ Rapport complémentaire n° 2 de la Commission constituante des Instances constitutionnelles, 1er.04.2013, p. 2.

⁶⁶ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09. 2012, p.p. 4, 11, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23.

exécutif qui lui sont indépendants mais qui restent soumis-tout comme lui- au contrôle politique du pouvoir législatif? S'agit-il de structures d'appui au pouvoir législatif à l'image des ombudsmans scandinaves dont l'activité permet de contrôler le pouvoir exécutif pour le compte du pouvoir législatif ? Ou bien se situent-elles à l'extérieur de ces pouvoirs ? Au carrefour des pouvoirs constitués visant à garantir la mise en place et la pérennité du régime démocratique quel qu'en soient les péripéties ?

Le premier élément de réponse concerne la relation entre les instances constitutionnelles indépendantes ICI et le pouvoir juridictionnel. Il est clair que le constituant tunisien a bénéficié des expériences comparées⁶⁷ sur cet aspect en admettant que les fonctions de ces instances soient séparées des fonctions juridictionnelles⁶⁸ alors que leurs actes soient soumis au contrôle juridictionnel⁶⁹.

En effet, même si la distance qui les sépare de leur collectivité de rattachement est si lointaine qu'elle est nommée indépendance, cette indépendance ne peut en aucun cas apporter la négation de l'Etat de droit et valoir vis-à-vis du contrôle du juge qui « garantit l'instauration de la justice, la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés »⁷⁰, sanctionne « l'excès de pouvoir de l'administration »⁷¹ et « contrôle la bonne gestion des deniers publics »⁷². Organiser les choses autrement – comme c'est d'ailleurs le cas des sentences arbitrales de l'instance vérité et dignité IVD⁷³- serait contraire au droit à un procès équitable et au droit au juge.

A ce niveau, aucune tension n'apparaît entre le texte de la Constitution et les textes législatifs puisque le contrôle juridictionnel notamment administratif



⁶⁷ La soumission des actes des structures dites indépendantes au juge avait été admise d'abord par le juge administratif : C. E.Ass. 10.07.1981, Retail, RDP 1981, p.p. 1441-1453, Conclusions FRANC (M.), puis par le conseil constitutionnel qui a affirmé que les autorités administratives indépendantes AAI doivent être soumises à un contrôle de légalité : C.C., Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, RDP n°2 1989, p.p. 399-503, note FAVOREU (L.), notamment § 119, comme elles doivent répondre des dommages résultant de leurs actes : C.C., Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, RDP n°2 1989, p.p. 399-503, note FAVOREU (L.), notamment §119.

⁶⁸ Ce qui est apparu notamment lors de la discussion des attributions d'investigation de l'instance de lutte contre la corruption : Cf. procès-verbaux des séances n° 11 du 26.03.2012, p. 2, n°23 du 16.05.2012, p. 2, n°30 du 12.06.2012, p. 3 de la Commission constituante des Instances constitutionnelles et Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.p. 20 et 23.

⁶⁹ Procès-verbaux des séances n° 21 du 14.05.2012, p.3 et 23 du 16.05.2012, p.2 de la Commission constituante des Instances constitutionnelles.

⁷⁰ Article 102 de la Constitution.

⁷¹ Article 116 de la Constitution.

⁷² Article 117 de la Constitution.

⁷³ Qui ne sont pas susceptibles ni d'un recours en annulation comme toute sentence arbitrale ni d'un recours en appel; Comparez l'article 46§ dernier de la loi organique n°2013-53 du 24.12.2013 relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation et les articles42, 40 et 39 du code de l'arbitrage promulgué en vertu de la loi n°93-42 du 26.04.1993.

et financier de ces instances semble incontestablement établi⁷⁴, l'existence de ce contrôle est à notre sens un élément essentiel pour l'adéquation de leur autonomie avec leur mission de renforcement de la démocratie.

Par contre, la tension est clairement perçue entre le texte de la Constitution et les textes législatifs au niveau du rapport entre ces instances avec le pouvoir politique.

Le principe de spécialité, appliqué aux instances constitutionnelles indépendantes ICI, implique une autonomie poussée à l'égard de la sphère politique comprenant à la fois le pouvoir politique (c'est-à-dire le pouvoir exécutif et la majorité parlementaire) et les partis politiques représentés ou non dans le parlement. Cette autonomie doit s'appliquer aussi à l'égard des milieux professionnels et des cercles d'influence économique⁷⁵, mais comme le souligne Jean-Louis Autin : la signification essentielle de l'indépendance recherchée se trouve à l'égard du pouvoir politique⁷⁶ menaçant pour l'exercice des libertés.

Le texte de la Constitution répond à ce besoin d'autonomie poussée et en revenant aux travaux préparatoires de l'Assemblée nationale constituante, on constate la présence de certains éléments constants :

Le premier étant que les instances constitutionnelles indépendantes, bien qu'exerçant des fonctions qui reviennent au pouvoir exécutif⁷⁷, n'en constituent pas un démembrement et doivent être indépendantes à son égard⁷⁸.

En contrepartie, il n'a jamais été question d'organismes opérant un contrôle sur le pouvoir exécutif « pour le compte » du pouvoir législatif dans le cadre de sa fonction de contrôle démocratique du gouvernement ; La mission de ces instances indépendantes est elle-même indépendante⁷⁹ et cela impliquait aux yeux des constituants non seulement son indépendance à l'égard du

○ ○ ○

⁷⁴ Les instances constitutionnelles sont soumises au contrôle de la Cour des Comptes (article 25 du projet de loi organique n°30/2016) et du Tribunal administratif (chapitre V). Par ailleurs, les membres des instances peuvent être soumis au juge pénal pour les infractions à caractère financier qu'ils auraient pu commettre lors de l'accomplissement de leurs missions (article 24) même si le principe est qu'ils jouissent de l'immunité (article 10).

⁷⁵ Procès-verbal de la séance n°29 du 11.06.2012 de la Commission constituante des Instances constitutionnelles, p. 2.

⁷⁶ AUTIN (J.-L.), « Autorités administratives indépendantes », J.-Cl. Administratif, fasc. 75, mai 1997, p.3.

⁷⁷ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.4 et Rapport général sur le projet de la Constitution du 13.06.2013, p. 32.

⁷⁸ Cf. les procès-verbaux des séances de la Commission constituante des Instances constitutionnelles n° 11 du 26.03.2012, p. 1 ; n°21 du 14.05.2012, p. 1 ; n°22 du 15.05.2012, p. 5 ; n°29 du 11.06.2012, p. 2 ; n°30 du 12.06.2012, p. p. 2-3 ; Le rapport sur l'avancement des travaux de la Commission constituante des Instances constitutionnelles du 04.06.2012, p. 3 et le rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.6.

⁷⁹ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.4.

pouvoir exécutif mais aussi à l'égard des « tensions politiques »⁸⁰ et des partis politiques⁸¹, il va sans dire que cela implique nécessairement et surtout les partis au pouvoir, qui sont aux commandes du pouvoir exécutif et qui seraient les mieux représentés au sein du pouvoir législatif. Ces considérations ont été clairement énoncées en ce qui concerne l'Instance supérieure indépendante pour les élections ISIE : le souci essentiel commandant sa création était de garantir l'indépendance à l'égard du pouvoir politique⁸².

Aucun document ne préconise clairement l'indépendance des instances constitutionnelles indépendantes à l'égard du pouvoir législatif mais il n'a jamais été question de soumission non plus, au contraire, on trouve à plusieurs reprises une certaine réserve vis-à-vis des dispositions des différentes versions du projet de la Constitution qui indiquaient la responsabilité des instances constitutionnelles devant l'Assemblée législative⁸³, et nous estimons assez significatif que cette disposition a été supprimée du texte de la Constitution malgré sa présence jusqu'à la version du 1er juin 2013⁸⁴.

Même l'élection des membres des instances constitutionnelles indépendantes par l'Assemblée des représentants du peuple a été fondée d'abord sur le souci d'éviter la nomination par le pouvoir exécutif⁸⁵, puis par l'éviction du choix des nominations partisans qui ne conviendraient pas à la réalité politique du pays⁸⁶, pour être enfin justifiée par un fondement de « représentativité »⁸⁷. Ce choix n'a jamais été la conséquence d'une quelconque logique de « subordination » au pouvoir législatif, il était fait à défaut de meilleure solution, et lorsque les versions successives des projets de la Constitution énonçaient la responsabilité



⁸⁰ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.6.

⁸¹ Procès-verbal de la séance n°26 du 4.06.2012, p. 2 de la Commission constituante des Instances constitutionnelles indépendantes ; Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.9 et Observations et propositions présentées lors des dialogues à l'intérieur du pays, 25.03.2013, p. 3.

⁸² Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.8.

⁸³ Procès-verbaux des séances n° 26 du 04.06.2012, p. 1 ; n°27 du 05.06.2012, p. 1 ; n° 28 du 06.06.2012, p. 6 ; n° 30 du 12.06.2012, p. 4 ; Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p. p. 7 et 10. ; Observations et propositions présentées lors des dialogues à l'extérieur du pays, 25.03.2013, p. 1 ; Observations et propositions présentées lors des dialogues à l'intérieur du pays, 25.03.2013, p.p. 2et 4 et Rapport final de la Commission constituante des Instances constituantes indépendantes, 05.06.2013, p. 2.

⁸⁴ Cf. le procès-verbal de la séance n°26 du 04.06.2012 de la Commission constitutionnelle des Instances constitutionnelles indépendantes, p. 1 et les projets successifs de la Constitution tunisienne (Version du 14.12.2012 ; Version du 22.04.2012 ; Version du 1er.06.2013) qui sont à comparer avec l'article 25 de la Constitution.

⁸⁵ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p. 13.

⁸⁶ Ibid., p.6.

⁸⁷ Le choix d'une instance supérieure pour les élections composée des représentants des partis politiques a été très vite évincé très rapidement à cause du nombre élevé des partis politiques et au vue de son rôle d'arbitrage entre les partis, non pas à cause d'une éventuelle vision constituante qui en fait un organe dépendant du pouvoir législatif. Cf. les procès-verbaux des séances n°19 du 24.04.2012, p. p. 1 et 2 et n°24 du 29.05.2012, p. 2.

des instances constitutionnelles devant l'Assemblée des représentants du peuple, elle était présentée comme résultat du mode de nomination et non comme résultat d'une quelconque « subordination »⁸⁸.

Autrement dit, les instances constitutionnelles, qui devaient être indépendantes à l'égard du pouvoir exécutif, des tensions politiques et partisans et du pouvoir politique en général, devaient aussi être nommées de manière à garantir cette indépendance. L'élection par l'Assemblée des représentants du peuple ARP a été le mode choisi, non pas à cause d'une quelconque soumission des instances au pouvoir législatif, mais dans le souci d'échapper à toute emprise du pouvoir exécutif, à cause de l'impossibilité du choix des nominations partisans et en raison de la légitimité représentative de l'Assemblée tout en faisant de la majorité renforcée requise lors du vote un bouclier face à l'éventuelle politisation des instances par leur soumission aux partis majoritaires.

Si, dans un premier temps, les constituants avaient tiré de ce mode de nomination la conséquence que les ICI soient responsables devant l'Assemblée des représentants du peuple l'ARP, ce choix a été supprimé dans la dernière étape de la rédaction de la Constitution et la redevabilité des ICI a été réduite à la discussion de leurs rapports annuels dans des séances plénières.

Ainsi, en vertu de l'article 125 de la Constitution, les relations des instances constitutionnelles indépendantes ICI avec l'Assemblée des représentants du peuple se résument à deux aspects: d'un côté, les membres des instances sont élus par l'Assemblée à la majorité qualifiée pour un mandat non renouvelable⁸⁹, de l'autre côté, chaque instance doit lui soumettre un rapport annuel discuté au cours d'une séance plénière, mais le texte habilite aussi le législateur à déterminer la composition de ces instances, la représentation en leur sein, les modalités de leur élection, leur organisation, ainsi que les modalités de mise en cause de leur responsabilité. Attribuer la détermination des modalités de mise en cause de la responsabilité de ces instances au législateur ne devrait pas être synonyme de la mise en cause de cette responsabilité par le législateur ou exclusivement par le législateur. Pourtant, cette habilitation fragilise l'adéquation constitutionnelle, car la mise en cause de la responsabilité est un élément essentiel de la redevabilité de ces instances⁹⁰, s'abstenir de faire un choix le concernant laisse un vide injustifié.

○ ○ ○

⁸⁸ Rapport de la Commission constituante des instances constitutionnelles sur le projet de la Constitution, 26.09.2012, p.p. 7, 10.

⁸⁹ Les articles 126, 127, 128, 129 et 130 de la Constitution.

⁹⁰ Sur la définition de la redevabilité : Mulgan, Richard, "Accountability: An Ever-Expanding Concept?" Public Administration 78(3): 555- 573. <https://pdfs.semanticscholar.org/dbcf/2e050eca092001fe6c1111e326e6f5d56139.pdf> [consulté le 04.07.2018]

Si pour toutes les autres personnes publiques spécialisées PPS –y compris les autorités publiques indépendantes API à statut législatif- le créateur continue à exister avec sa créature, le sort des instances constitutionnelles indépendantes ICI, créées par le pouvoir constituant, dépend de la volonté des pouvoirs constitués. Elles ressemblent en cela à une fondation (وقف) dont l’auteur a disparu, au lieu d’obéir à sa volonté, elle se retrouve à la merci de ses héritiers qui ne semblent pas voir d’un très bon œil son indépendance déclarée⁹¹.

En examinant l’agencement des éléments de l’autonomie qui seraient accordés par le législateur aux instances constitutionnelles indépendantes ICI à travers les divers textes législatifs notamment le projet de la loi organique relative aux dispositions communes à ces instances, on peut constater l’existence d’une tension qui provient de la contradiction entre deux temps : l’instant constituant d’un côté et l’instant actuel d’exercice du pouvoir par les pouvoirs constitués de l’autre avec un timide arbitrage de l’instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois IPCCPL.

b) L’inadéquation législative : de la redevabilité à la soumission

Malgré le qualificatif : « indépendantes » attribué aux instances constitutionnelles, et malgré la volonté du constituant qui transparaît à travers les travaux préparatoires, l’article 125 de la Constitution s’est suffi à déclarer que ces instances bénéficient de : « l’autonomie administrative et financière » selon la traduction française officielle.

Les termes utilisés expriment l’autonomie dans son aspect minimum : il s’agit de l’autonomie de gestion administrative et de l’autonomie financière comprise dans le sens d’un budget autonome quel qu’en soient les ressources ou les dépenses obligatoires. On les retrouve dans tous les textes de création des personnes publiques spécialisées notamment les établissements publics EP, ils n’ont aucune signification particulière en ce qui concerne les autorités publiques indépendantes API ou les instances constitutionnelles indépendantes ICI.

Ces termes ont été à l’origine d’un certain glissement traduit par les travaux préparatoires du projet de la loi organique relative aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes ICI.

Ainsi, l’article 4 du projet de loi utilise la même formule que celle utilisée par la

○ ○

⁹¹ Cf. l’interview du Président de la République en date du 06.09.2017 au journal quotidien « EssahafaAl’yawm ».

Constitution, et le rapport de la commission parlementaire sur le projet de loi qui semble se rattraper pour préciser qu'il s'agit d'une « autonomie organique et fonctionnelle à l'égard du pouvoir exécutif »⁹², ne fait pas que différencier les instances constitutionnelles indépendantes par rapport aux établissements publics soumis au pouvoir exécutif : il fixe le choix législatif du sens à donner à l'indépendance déclarée: c'est une indépendance à l'égard du pouvoir exécutif uniquement (1), en contrepartie d'une soumission à l'égard du pouvoir législatif (2).

1- L'indépendance déclarée des instances constitutionnelles indépendantes à l'égard du pouvoir exécutif

Dans un rapport sur les agences paru en 2012, le Conseil d'Etat français avait affirmé que la notion de tutelle⁹³ n'est pas antinomique de la notion d'autonomie alors qu'elle constitue avec la notion d'indépendance deux concepts contradictoires : l'établissement public –quel que soit son degré d'autonomie- est chargé de mettre en œuvre une politique définie par les autorités ministérielles, même si cela prend la forme contemporaine la plus souple de « contrats d'objectifs »⁹⁴, il dispose « d'une autonomie de moyens dont il appartient aux autorités de tutelle de fixer le degré... constituant plus de simples démembrement de l'administration que de véritables centres autonomes de décision »⁹⁵, alors que les autorités indépendantes définissent elles-mêmes leurs politiques, avec pour seules limites les missions qui leur incombent, le cadre défini par le législateur et le contrôle du juge⁹⁶. En conséquence, elles ne peuvent recevoir d'instructions ou d'orientations des autorités gouvernementales, et de manière générale, elles ne peuvent souffrir d'interférence au niveau de la prise de décision à la différence des établissements publics soumis à la tutelle⁹⁷.

Cette absence de subordination, qui correspond à la volonté du constituant tunisien, semble fidèlement respectée par les futures dispositions législatives

○—————○

⁹² Cf. Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p. p.1, 2, 4 et 8.

⁹³ Cf. REGOURD (S.), L'acte de tutelle en droit administratif français: LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 142, 1982 ; RICHER (L.); « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », RDP 1979, p. 971-1008.

⁹⁴ Conseil d'Etat, Etude annuelle : Les agences : une nouvelle gestion publique, Paris, La Documentation française, 2012, p. 49 : « La tutelle se manifeste également par la conclusion fréquente de contrats pluriannuels entre l'Etat et l'agence, dits selon les cas contrats d'objectifs et de moyens, contrats d'objectifs et de performance ou conventions d'objectifs et de gestion. Ces contrats, qui sont sans doute la forme contemporaine la plus opérante de l'exercice de la tutelle ..., définissent les objectifs de l'action de l'agence et, le cas échéant, les moyens qui lui sont alloués. Aucun instrument analogue n'existe pour les AAI. »

⁹⁵ HONORAT (E.) et BAPTISTE (E), chronique générale de jurisprudence administrative française, sous CE Ass, 22.12.1989, M. Morin, AJDA 1990, p. 90-92, notamment p. 92.

⁹⁶ Conseil d'Etat, Etude annuelle : Les agences : une nouvelle gestion publique, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁷ Ibid., p. 49.

déclarant que les instances constitutionnelles indépendantes ICI ne sont soumises à aucun pouvoir hiérarchique ou de tutelle lors de l'accomplissement de leurs missions⁹⁸, le texte poursuit en précisant qu'elles ne reçoivent pas d'instructions et en proscrivant toute interférence dans la conduite de leurs travaux⁹⁹.

L'absence de subordination, notamment à l'égard du pouvoir exécutif, ne signifie pas l'absence totale de limites : les limites de leurs spécialités respectives: « des compétences qui leurs sont attribuées », et les limites imposées à toutes les structures publiques¹⁰⁰ : les principes de l'Etat de droit, de la bonne gouvernance, de transparence, d'efficacité, d'intégrité, de bonne gestion des deniers publics et de redevabilité¹⁰¹.

Pourtant, l'indépendance préconisée semble impliquer non seulement qu'il ne peut y avoir de veto gouvernemental à l'égard des décisions des instances constitutionnelles indépendantes mais aussi qu'aucune action spécifique n'est envisagée au profit du gouvernement afin de déférer leurs actes réglementaires au juge administratif en vue du contrôle de leur légalité comme c'est désormais le cas pour les actes des collectivités locales¹⁰², et ce conformément aux limites indiquées.

Il faut à ce niveau préciser que le texte de la Constitution consacre une inégalité des compétences réglementaires entre les instances constitutionnelles indépendantes due aux différences entre les missions attribuées à chacune d'elles¹⁰³, mais les instances constitutionnelles, qui ne bénéficient pas d'une consécration constitutionnelle de leurs attributions réglementaires ou consultatives, peuvent toujours recevoir ces attributions d'un texte législatif¹⁰⁴.

Quelle que soit la source de l'habilitation, l'empiètement éventuel des instances sur les compétences du gouvernement est prévenu par le projet de loi à travers

⁹⁸ Cf. Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p. 4.

⁹⁹ Article 4 du projet de loi organique n°30/2016.

¹⁰⁰ Articles 10, 15 et 16 de la Constitution.

¹⁰¹ Article 2 du projet de loi organique n°30/2016.

¹⁰² Le Conseil constitutionnel français avait envisagé la possibilité pour le Gouvernement de déférer au juge administratif les actes des autorités administratives indépendantes, en vue du contrôle de leur légalité, à l'instar de ce qu'il en est des actes des collectivités territoriales, alors que ces autorités n'ont pas de personnalité morale distincte de celle de l'État : CC, Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, RDP n°2 1989, p.p. 399-503, note FAVOREU (L.), notamment § 119.

¹⁰³ L'attribution du pouvoir réglementaire vise à profiter de la compétence de ces instances dans un domaine caractérisé par la technicité et par la nécessité de l'intervention rapide des normes nécessaires à la conduite des choix définis par l'instance concernée (articles 126 et 127 de la Constitution). Il est à noter que même les instances qui ne disposent pas de pouvoir réglementaire se sont vues attribuer un pouvoir d'influence à travers leurs diverses compétences consultatives (articles 128, 129 et 130 de la Constitution).

¹⁰⁴ Comme c'est le cas de l'ISIE qui dispose de compétences consultatives consacrées notamment par l'article 81 de la loi organique n°2014-16 du 26.05.2014 relative aux élections et référendums.

une procédure de consultation du Tribunal administratif sans préciser la force attribuée à son avis. Cela impliquerait une indépendance normative poussée à l'égard du pouvoir exécutif, qui serait même inadéquate avec les limites de l'autonomie de ces instances impliquées par les dispositions constitutionnelles et légales.

Même s'il reste toujours possible au gouvernement d'intenter un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif afin d'annuler les actes illégaux des instances constitutionnelles indépendantes notamment pour vice de compétence en cas de conflit, il faudra attendre la position adoptée par le juge quant aux questions de la qualité et de l'intérêt pour agir. Il aurait été préférable de prévoir des dispositions spécifiques claires qui dissipent le doute sur la question et nous ne croyons pas qu'une telle action soit de nature à entraver l'indépendance des instances constitutionnelles à l'égard du pouvoir exécutif.

L'absence de subordination de ces instances au pouvoir exécutif est aussi tangible au niveau de la gestion du personnel¹⁰⁵ et surtout au niveau financier. Ainsi, elles semblent avoir été soustraites à l'emprise du ministère des finances quant à l'élaboration de leurs budgets et le gouvernement ne dispose apparemment que d'une attribution consultative.

En effet, l'article 18 du projet de la loi¹⁰⁶ prévoit que le conseil de l'instance approuve le projet de budget élaboré par le directeur de son organe administratif¹⁰⁷, ce projet est transféré au gouvernement pour être discuté, accompagné de son programme annuel d'action, l'avis du chef du gouvernement¹⁰⁸ est ensuite transféré à la commission parlementaire chargée des finances et le projet du budget est discuté par l'instance en présence du ministre chargé des finances devant la commission parlementaire afin d'être intégrée au budget de l'Etat. La formulation choisie par cet article ne délimite pas clairement les compétences respectives en la matière, notamment l'autorité chargée de trancher le conflit qui pourrait surgir entre l'instance et le ministère des finances, ou celle d'entre eux qui aura le dernier mot pour arrêter

○────────────────○

¹⁰⁵ Cf. la position de la Cour des comptes quant à la question de l'indépendance :Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p. 5.

¹⁰⁶ <https://majles.marsad.tn/2014/lois/575eebfccf441234909a80b8/article/18?v=2>, cet article a été modifié par initiative du gouvernement suite à l'avis émis par la Cour des comptes et aux propositions de la société civile.

¹⁰⁷ A été ainsi écarté le choix qui figure dans le projet n°71/2015 de loi relative à la loi organique du budget (http://www.legislation.tn/sites/default/files/lqnwn_lssy_llmyzny_19_-11_2015_.pdf [consulté le 04.12.2017])qui prévoit que les budgets des instances sont élaborés sous le pilotage du gouvernement (articles 38 et 42 du projet). Rappelons à cet égard que selon l'article 19 de la loi française n°2017-55 du 20.01.2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, le budget arrêté par le collège de l'autorité sur proposition de son président.

¹⁰⁸ Le droit français impose à l'avis du gouvernement de se présenter sous une forme technique, donc plus objective, car il s'agit d'un rapport sur la gestion des autorités concernés annexée au projet de loi de finances qui doit contenir certains indicateurs et données précis (article 23 de la loi n°2017-55)

la version finale du projet du budget. Si l'on se réfère aux travaux préparatoires¹⁰⁹, on se rend compte que l'article concerné a été modifié pour supprimer l'intervention du gouvernement dans l'élaboration du projet du budget et l'arbitrage de la commission parlementaire spécialisée, et ce dans un souci d'indépendance et pour s'aligner sur les dispositions du projet de la loi organique du budget relatives au Conseil supérieur de la magistrature et à la Cour constitutionnelle ce qui impose de croire que le dernier mot concernant le projet revient à l'instance et non au pouvoir exécutif¹¹⁰ alors que c'est au pouvoir législatif qu'est soumis le budget pour vote¹¹¹.

L'absence de subordination au pouvoir exécutif est aussi manifeste au niveau organique, le gouvernement ne prend part ni à la nomination ni à la révocation des membres des instances et le Président de la République n'intervient que pour nommer les membres élus par l'Assemblée des représentants du peuple.

2- le décalage entre le constituant et le législateur et l'acheminement de la responsabilité vers la soumission au pouvoir législatif

Nous avons pu établir que le constituant avait fini par supprimer la disposition consacrant la responsabilité des instances constitutionnelles indépendantes devant l'Assemblée des représentants du peuple tout en lui laissant le soin de déterminer les modalités de mise en cause de cette responsabilité.

Nous constatons aujourd'hui que ce qui a été retiré par le constituant est sur le point d'être retenu par le législateur en vertu du deuxième paragraphe de l'article 2 du projet de la loi organique relative aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes ICI. Le pouvoir législatif tunisien envisage de consigner l'indépendance de ces instances dans un sens restreint, celui de son émancipation à l'égard du pouvoir exécutif¹¹² en contrepartie de



¹⁰⁹ Cf. Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p. p. 5 et 6.

¹¹⁰ Cette solution dépasse ce qui a été accepté par le Conseil constitutionnel français pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel : CC, Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, RDP n°2 1989, p.p. 399-503, note FAVOREU (Louis), notamment § 63-65, 194-196 : Le Conseil constitutionnel a expressément rejeté le grief tiré de ce que le pouvoir accordé au Conseil supérieur de l'audiovisuel CSA de « proposer » les crédits nécessaires à son fonctionnement lors de l'élaboration de la loi de finances laissait ces crédits à l'arbitrage du Premier ministre et aurait créé, par là-même, un risque d'arbitraire de nature à affecter l'indépendance du conseil.

¹¹¹ Il est possible à cet égard de comparer l'article 18 du projet de loi n°30/2016 avec les articles 41 et 42 du projet de loi n°71/2015.

¹¹² Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p.8 : Selon les députés, les Instances constitutionnelles indépendantes se distinguent des établissements publics et des autres « instances administratives publiques » par leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Cette réflexion n'est pas exacte car les autorités publiques indépendantes qui ne disposent pas d'un rang constitutionnel sont aussi indépendantes à l'égard du pouvoir exécutif. La consécration constitutionnelle de certaines instances devrait inspirer l'idée d'une certaine autonomie à l'égard du pouvoir législatif non seulement à l'égard du pouvoir exécutif.

sa responsabilité, voire de sa soumission à l'égard du pouvoir législatif¹¹³ : Cette « soumission » invoquée dans les travaux préparatoires du futur texte est un terme qui n'a jamais été évoqué durant les travaux de la Constituante.

Nous avons déjà jugé que l'adéquation constitutionnelle de l'autonomie des instances constitutionnelles indépendantes avec leur spécialité était fragile car elle dépendrait des choix législatifs : Ainsi, l'Assemblée des représentants du peuple a une emprise totale sur le choix des membres des instances constitutionnelles indépendantes, non seulement grâce aux dispositions constitutionnelles qui imposent leur élection par l'Assemblée à la majorité qualifiée qui s'élève aux deux tiers de ses membres selon le projet de loi, mais aussi en vertu des dispositions législatives qui fixent la composition, les structures participant à la présentation des candidatures, la méthode de tri des dossiers, les incompatibilités...

Malgré l'adéquation apparente de l'étendu de l'autonomie résultant de cet élément, il faut admettre que la courte expérience vécue par les institutions tunisiennes a démontré que l'emprise parlementaire à ce niveau a été la source de dysfonctionnements marquants, notamment lorsqu'il s'agit de renouvellement ou de vacance¹¹⁴. En fuyant la nomination par l'exécutif, le constituant et le législateur ont pris le risque du blocage de ces instances sans réussir à éviter celui du doute sur leur neutralité. Il est important à cet égard de saluer les futures dispositions législatives qui permettent au conseil de l'instance de choisir son président¹¹⁵.

L'emprise de l'Assemblée est tout aussi claire concernant la levée de l'immunité des membres des instances constitutionnelles. Alors que la loi relative à l'Instance supérieure indépendante pour les élections consacre la compétence du conseil de l'instance, l'article 10 du projet de la loi organique relative aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes accorde cette compétence à l'Assemblée des représentants du peuple, cette habilitation a été jugée conforme à la Constitution par l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des lois qui l'a même considéré comme une garantie dont bénéficient les membres des instances¹¹⁶.

Si l'on se place maintenant sur le terrain de la redevabilité, il semble que



¹¹³ Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p. p. 1, 2, 4.

¹¹⁴ On peut à cet égard invoquer le blocage survenu lors de la démission du Président de l'Instance supérieure pour les élections le 09.05.2017. L'Assemblée des représentants du peuple n'a pu élire un nouveau Président que le 24.11.2017 après plusieurs tentatives.

¹¹⁵ Cf. l'article 6 du projet de loi organique n°30/2016.

¹¹⁶ Cf. l'article 10 du projet de loi organique n°30/2016 et la décision de l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n° 2017-04 du 08.08.2017 relatif au projet de loi organique n°30/2016 relatif aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes, p. p. 2580-2585, notamment p.2584.

l'organisation constitutionnelle du contrôle des instances cherche à éviter toute interférence de l'assemblée dans leur fonctionnement, c'est ainsi que l'instance doit rendre des comptes à travers la soumission de son rapport annuel d'activités, doit s'expliquer lors la discussion du rapport¹¹⁷, sans que cela puisse conduire ni à l'émission d'instructions ou de recommandations ni à un vote de confiance ou à n'importe quelle autre sanction¹¹⁸.

Par contre, le projet de la loi relative aux dispositions communes accorde au législateur plusieurs possibilités de contrôle et de sanction. C'est ainsi que le vote des budgets des instances constitutionnelles indépendantes ICI constitue un moment important qui concrétise l'influence parlementaire, car l'Assemblée des représentants du peuple peut décider directement des crédits alloués aux différentes instances¹¹⁹.

Il n'est pas prévu que ce vote puisse être assorti de conditions spécifiques sur la politique mise en œuvre, mais les instances peuvent être averties des positions des parlementaires exprimées antérieurement au moment du vote puisque les projets des budgets des instances passeraient par une étape de discussion devant la commission parlementaire chargée des finances en présence du ministre des finances avant la fin du mois de juillet et avant que leur projet de budget ne soit intégré au budget de l'Etat.

Il faut admettre que ce vote constitue un moyen efficace, légitime et approprié au vue du principe de rattachement pour mettre en œuvre le principe de redevabilité, mais il ne doit pas aboutir à priver les instances des moyens nécessaires à la conduite de leurs missions¹²⁰.

Par ailleurs, aucune instance constitutionnelle indépendante ne dispose jusqu'à maintenant de ressources propres provenant de redevances spécifiques pour le financement de ses missions. Cette dépendance budgétaire n'est pas caractéristique de toutes les personnes publiques spécialisées qu'il s'agisse d'établissements publics EP ou d'autorités publiques indépendantes API

○ ○

¹¹⁷ Dont le contenu n'est pas précisé par la loi à la différence de ce que l'on peut trouver en droit comparé (Cf. l'article 21 de la loi française n°2017-55).

¹¹⁸ Cf. l'article 32 du projet de loi organique n°30/2016 et le Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 20.06.2017, p.p.16 et 17.

¹¹⁹ Cette solution est identique à la solution française où le budget de l'autorité publique indépendante est arrêté par le collège sur proposition de son président (art. 19 de la loi 2017-55), les crédits nécessaires sont votés par le Parlement.

¹²⁰ Il faut ici rappeler que le juge administratif français avait depuis longtemps admis qu'un établissement public peut agir contre une mesure de tutelle affectant ses intérêts (en l'espèce une approbation d'un don) (CE, 24.07.1936 bureau de bienfaisance de Saint-Léonard, Rec. p. 856, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57498270/f863.image> [consulté le 3.01.2018]).

comme l'instance nationale des télécommunications INT¹²¹. En effet, plusieurs établissements publics à caractère non administratif EPNA perçoivent une contrepartie des services et des marchandises qu'ils fournissent¹²² et plusieurs autorités publiques indépendantes de régulation économique perçoivent des redevances sur les professionnels du secteur régulé.

On peut alors se demander s'il est préférable de voir les instances constitutionnelles indépendantes ICIdisposer des ressources propres nécessaires pour mener à bien leurs missions sans qu'elles ne soient financièrement tributaires du pouvoir politique à l'égard duquel elles doivent préserver une autonomie poussée. Cette question peut recevoir plusieurs réponses :

On peut d'abord avancer que ces instances doivent disposer à ce niveau d'une totale indépendance ce qui suppose qu'elles disposent de ressources propres extrabudgétaires, comme par exemple des redevances liées à leurs activités et dont elles fixeraient le montant.

On peut par contre alléguer que le caractère budgétaire des ressources n'empêche pas l'indépendance de ces instances, au même titre que ce caractère n'entrave pas l'indépendance de la magistrature. L'adhésion à cette position suppose néanmoins un aménagement spécifique des conditions de discussion et de détermination du budget des instances en question afin d'éviter toute pression déplacée de la part du pouvoir législatif, y compris en alignant les procédures d'élaboration et de vote de leurs budgets sur celles suivies pour les autorités juridictionnelles, il paraît que c'est cette solution qui a été adoptée à travers la modification de l'article 18 du projet de loi organique n°30/2016 pour l'aligner sur l'article 42 du projet de loi organique n°71/2015 relative à la loi organique du budget qui concerne le Conseil supérieur de la magistrature et la Cour constitutionnelle¹²³.

Le texte de la Constitution n'indique pas le choix adopté au sujet de l'attribution de ressources propres aux instances constitutionnelles et les travaux préparatoires ne sont pas concluants quant à l'orientation adoptée par les députés mais laissent transparaître un souci de neutralité plutôt qu'un souci d'indépendance ; La budgétisation des ressources des instances constitutionnelles a été avancée comme gage de neutralité qui

¹²¹ Cf. l'article 41 bis du code des télécommunications promulgué en vertu de la loi n° 2001-1 du 15.01.2001.

¹²² « Les ressources enfin peuvent conférer à l'établissement public une réelle autonomie rendue le plus souvent fictive par le biais des subventions », THÉRON (Jean-Pierre), *op. cit.*, p. 8 n° 24.

¹²³ <https://majles.marsad.tn/2014/lois/575eefbccc441234909a80b8/article/18?v=2>

empêcherait toute ingérence étrangère¹²⁴. Toutefois, on peut repérer parmi les recommandations des experts une indication de la possibilité d'octroyer des sources de financement spécifiques aux instances tout en exerçant un contrôle qui ne devrait pas entraver leur indépendance¹²⁵. Nous croyons que c'est ce choix raisonnable et équilibré qui a été adopté par l'Assemblée des représentants du peuple. La commission parlementaire a en effet modifié le projet du gouvernement qui limitait les ressources des instances aux crédits provenant du budget de l'Etat pour y insérer les dons qui ne sont pas assorties de conditions et « d'autres ressources » tout en précisant que l'acceptation de ces ressources ne doit pas nuire à l'indépendance de l'instance concernée.

Le nouveau texte accorde aussi à l'Assemblée des représentants du peuple une attribution très importante, il s'agit de l'approbation du rapport financier annuel de chacune des instances¹²⁶. Cette approbation, déclarée constitutionnelle¹²⁷, est à la fois inutile et inadéquate à plusieurs titres. Inutile du fait que les instances sont déjà soumises au contrôle financier de la Cour des comptes et que l'Assemblée des représentants du peuple n'est pas plus outillée que la Cour pour évaluer la gestion financière des instances et relever les éventuelles irrégularités. Inadéquate du fait du caractère annuel du rapport financier et de l'évaluation législative alors que l'action de plusieurs de ces instances ne peut être appréhendée à travers ce laps de temps assez limitée¹²⁸. Inadéquate enfin car elle représente l'expression d'un contrôle financier dont les résultats peuvent être en contradiction avec celui de la Cour des comptes et qui peut pourtant aboutir à un « vote de confiance » visant le retrait de confiance à l'instance concernée dans son ensemble ou de certains de ses membres selon l'article 33 du projet de loi, ce qui représente une manifestation extrême de la soumission de ces instances au pouvoir législatif qui a suscité la complication du cursus de ce projet de loi.

Selon l'article 33 du projet, l'Assemblée des représentants du peuple peut en effet « retirer sa confiance » de l'instance, c'est-à-dire de tout son conseil pris



¹²⁴ Procès-verbaux de la Commission constituantes des Instances constitutionnelles indépendantes n° 19 du 24.04.2012, p. 3 et n°20 du 25.04.2012, p. 3.

¹²⁵ Procès-verbal de la Commission constituante des Instances constitutionnelles indépendantes n°22 du 15.05.2012, p. 3.

¹²⁶ Cf. l'article 24 du projet de loi organique n° 30/2016.

¹²⁷ Cf. la décision de l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n° 2017-04 du 08.08.2017 relatif au projet de loi organique n°30/2016 relatif aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes, p. p. 2580-2585, notamment p. 2584.

¹²⁸ Cf. l'article 30 de la loi organique n° 2012-23 relative à l'instance supérieure pour les élections qui attribue à la Cour des comptes une mission de contrôle aboutissant à l'établissement d'un « rapport spécial sur la gestion financière de l'instance au titre de chaque opération électorale » et les résultats du contrôle de la Cour des comptes sur la gestion financière de l'instance indépendante pour les élections, JORT p.p. 1528-1551, notamment p. 1530 (partie en langue arabe).

dans sa globalité, ou l'un de ses membres. Cette possibilité est ouverte dans deux situations qui manquent de clarté : lorsque le ou les membres concernés ont failli notoirement aux obligations qui leur incombent ou lorsque l'instance s'est détournée manifestement de ses missions constitutionnelles.

Cette dernière possibilité semble assez floue comme l'a avoué certains députés lors de la discussion de la version amendée du projet de la loi relative aux dispositions communes¹²⁹. Il est aussi difficile de distinguer le cas du manquement des membres des instances aux obligations qui leur incombent de la situation énoncée par l'article 11 du projet qui permet à l'Assemblée de révoquer un membre de l'Instance sur demande des deux tiers de ses membres.

Il faut à cet égard remarquer qu'en France, le Conseil d'Etat avait déclaré depuis 1989 que « L'indépendance des autorités publiques indépendantes se traduit notamment par l'irrévocabilité de leurs membres »¹³⁰, la nouvelle loi française n° 55 de l'année 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes a déclaré clairement le principe d'irrévocabilité du mandat des membres d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, mais il est toujours possible de mettre fin aux fonctions de l'un de ces membres dans les formes prévues pour sa nomination sur proposition provenant du collège de l'autorité et ce en cas de manquement grave à ses obligations légales¹³¹.

Mais il n'est nullement question d'un « vote de confiance » qui s'adresse à l'ensemble du collège de l'autorité. Cette destitution collective semble être une spécificité tunisienne qui s'apparente à la motion de censure contre le gouvernement : un moyen de sanction et de contrôle politique appliqué à des instances dont la spécialité exige l'émancipation du joug du politique : l'inadéquation est flagrante surtout que le choix des membres des instances

¹²⁹ Cf. Rapport de la Commission de législation générale de l'Assemblée des représentants du peuple, 25.10.2017, p. 4. <https://mailes.marsad.tn/2014/docs/5afa998e64f24d055b430fc13> [consulté le 03.01.2018]

¹³⁰ CE, Ass., 7 juillet 1989, Ordonneau, AJDA 1989 p. 598, chronique HONORAT (E.) et BAPTISTE (E.) ; Conseil d'Etat, Rapport public 2001 : Les autorités publiques indépendantes, *op. cit.*, p. 291: « C'est à la vérité le statut personnel des membres du collège qui est la clé de voûte de l'indépendance de l'autorité. Une règle minimale s'impose sans exception : l'irrévocabilité du mandat (Qui n'empêche au demeurant pas la révocabilité de la personne, pour des motifs disciplinaires, ou en cas d'incapacité définitive : note 93) » ; Conseil d'Etat, Etude annuelle : Les agences : une nouvelle gestion publique, Paris, *op. cit.*, p. p 48-49 : « L'indépendance des AAI se traduit notamment par l'irrévocabilité de leurs membres. » ; A la différence des dirigeants des EP : « Le décret n°2010-1035 du 1er septembre 2010 relatif à la durée des mandats des dirigeants et au fonctionnement des organes de direction de certains des établissements publics de l'Etat a récemment réaffirmé, ..., que la règle selon laquelle les mandats des dirigeants d'établissements ont une durée de trois ans ne fait « pas obstacle aux mesures par lesquelles l'autorité compétente mettrait fin aux fonctions des intéressés avant l'expiration du mandat pour la durée duquel ils ont été nommés », sauf disposition législative spéciale. Le Conseil d'Etat a déduit de cette règle le caractère « essentiellement révocable » des emplois des dirigeants d'établissement publics. CE, Ass., 22.12.1989, Morin. »

¹³¹ Article 6 de la loi française n°2017-55 du 20.01.2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

constitutionnelles ne procède pas de l'évaluation d'un quelconque programme politique présenté par leurs chefs comme c'est le cas pour les gouvernements qui doivent obtenir la confiance du parlement. Les membres des instances constitutionnelles sont élus individuellement pour leurs qualités personnelles, une fois le conseil de l'instance réuni, il détermine son programme et procède à son exécution. Si le pouvoir législatif veut influencer son programme ou son activité, il peut le faire à travers la discussion de son rapport annuel et la discussion et le vote de son budget. Si les actes illégaux des instances sont sanctionnés par la justice administrative, si la gestion financière est contrôlée par la justice financière, si l'immunité des membres des instances peut être levée par le Parlement afin qu'ils répondent de toute infraction pénale qu'ils auraient pu commettre notamment au niveau de la gestion financière et si le Parlement peut aussi révoquer individuellement les membres des instances, quel intérêt peut il y avoir dans cette possibilité de révocation collective sinon celui de l'ingérence politique dans le fonctionnement des instances ?

L'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des lois a apporté un certain arbitrage entre ce choix législatif et les principes consacrés par la Constitution dans deux décisions successives¹³², elle a estimé qu'un équilibre doit être établi entre le principe de redevabilité et celui d'indépendance¹³³. En application de ce postulat d'équilibre, l'instance a considéré d'abord que le mécanisme de révocation prévu par l'article 11 du projet de loi n'est pas contraire à la Constitution vu la majorité requise pour la demande de révocation et pour son approbation et vu la distinction entre l'autorité compétente pour présenter la demande : le conseil de l'instance et celle compétente pour l'approuver : l'Assemblée des représentants du peuple¹³⁴. Quant au mécanisme de vote de confiance entièrement mené par l'Assemblée des représentants du peuple, il a d'abord été décrété inconstitutionnel dans des termes assez vagues¹³⁵, la réaction de l'Assemblée des représentants du peuple a été d'abord d'en changer la dénomination : solution facile que l'instance n'a pas laissé passer en étayant sa position ; Ainsi, elle a reproché à l'article 33 la confusion qu'il induit entre les procédures de mise en œuvre de la responsabilité individuelle des membres des instances et les procédures de mise en œuvre

¹³² Cf. la décision de l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n° 2017-04 du 08.08.2017 relative au projet de loi organique n°30/2016 relatif aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes, p. p. 2580-2585 et n° 2017-09 du 23.11.2017 relative au projet de loi organique n°30/2016 relatif aux dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes, JORT, p.p. 4060-4061.

¹³³ Cf. la décision de l'instance n° 2017-04, JORT, p. 2584.

¹³⁴ Cf. la décision de l'instance n° 2017-04, *Op.Cit.* p. 2584-2585.

¹³⁵ *ibid.*, p. 2585.

de la responsabilité de l'instance dans sa globalité. De plus, elle a considéré que la mise en cause de la responsabilité de l'instance dans sa globalité ne peut aboutir à la perte du quorum nécessaire à son fonctionnement¹³⁶. Il faut avouer que cette limite est incompréhensible car de deux choses l'une : ou bien la responsabilité est individuelle et tout membre qui a commis un manquement à ses obligations peut être révoqué même si cela peut conduire à la perte du quorum, ou bien la responsabilité de l'Instance dans sa globalité est reconnue et il relèvera alors de l'arbitraire le choix des membres qui seraient évincés sans toucher au quorum !

Il nous semble que la question principale que posent toutes les prérogatives accordées par le futur texte au pouvoir législatif à l'égard des instances constitutionnelles indépendantes ICI, notamment celle de mettre fin au mandat de l'ensemble du conseil de l'instance, est celle de l'absence d'un recours juridictionnel contre l'autorité qui exerce le contrôle. Nous croyons que la dissociation exigée par l'Instance provisoire n'est pas suffisante pour faire de ce mécanisme un élément favorisant l'adéquation de l'autonomie accordée à ces instances avec leur spécialité. Il aurait été préférable d'attribuer à la Cour constitutionnelle la compétence de statuer sur les recours intentés contre les décisions de révocation prises par l'Assemblée des représentants du peuple, c'est à la Cour de vérifier leur bien fondé¹³⁷. Sinon et malgré la majorité renforcée requise, c'est le système partisan qui, commandant la désignation des membres du collège de l'instance commandera aussi leur destitution.

A la fin de cette contribution, nous pouvons affirmer que l'aménagement législatif du contrôle exercé par l'Assemblée des représentants du peuple sur les Instances constitutionnelles indépendantes est non seulement incompatible avec la volonté des constituants mais aussi avec l'autonomie qui devrait être accordée à ces instances au vue de la mission qui leur incombe : « œuvrer au renforcement de la démocratie ».

Si la Constitution de 2014 a entendu changer notre Etat¹³⁸, notamment à

¹³⁶ Cf. la décision de l'instance n° 2017-09, JORT, p.p. 4060-4061.

¹³⁷ Cf. l'article 88 de la Constitution qui prévoit la possibilité pour la majorité de l'Assemblée des représentants du peuple de présenter une motion motivée pour mettre fin au mandat du Président de la République pour violation grave de la Constitution. Cette motion, une fois approuvée par les deux tiers des députés est renvoyée devant la Cour constitutionnelle afin de statuer sur la question et prononcer la destitution en cas de condamnation.

¹³⁸ « On nous change notre Etat! », apostrophe célèbre de Maurice Hauriou qui était scandalisé de voir la jurisprudence qualifier des établissements de nature corporative d'établissements publics. Les mutations des institutions publiques aujourd'hui nous rappellent inévitablement cette panique et ce refus: Maurice Hauriou, « Caractère d'établissement public des Associations syndicales de propriétaires », Revue générale du droit, on line, 2013, numéro 11062 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=11062) [consulté le 13.02.2018]

travers un réaménagement de la séparation horizontale des pouvoirs, la mise en œuvre de ce changement doit être faite de manière cohérente, les intentions déclarées doivent être réalisées en assurant l'adaptation des nouvelles structures à leurs missions. Que la distance résultant de cette adaptation s'appelle indépendance ou autonomie, le plus important est de respecter son adéquation avec les objectifs assignés par le Constituant : le renforcement d'une démocratie naissante et fragile.

الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة

○ معتر القرقوري*

الهيئات الدستورية المستقلة هي صنف قانوني/دستوري جديد جاء به دستور 27 جانفي 2014 وخصّه بالباب السادس من الدستور تحت عنوان « الهيئات الدستورية المستقلة »¹، وذلك رغم أن وجود هيئات إدارية أو هيئات عمومية مستقلة سبق تاريخيا سواء في تونس، أو في غيرها من التجارب المقارنة الأخرى، إنشاء وتكريس الهيئات الدستورية المستقلة².

وفي تونس، يمكن القول بأن نشأة الهيئات المستقلة يعود إلى التسعينات من القرن الماضي وذلك في ظل الدستور السابق وقد وصفت جميعها بالهيئات الإدارية المستقلة مثل هيئة السوق المالية والهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية. ومنذ 2011 إلى حدود وضع دستور 2014 برزت عديد الهيئات المستقلة المرتبطة بمرحلة الانتقال الديمقراطي وقد تمّ تكييفها بأنها هيئات عمومية مستقلة لعلّ من أبرزها الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي وكذلك اللجنة الوطنية لتقصي الحقائق حول الرشوة والفساد. وأخيرا ومع وضع دستور 2014 تمّ تكريس جملة من الهيئات المستقلة صلب الدستور.

وقد عدّد الباب السادس من الدستور الهيئات الدستورية المستقلة وخصّ كلاً منها بجملة من الأحكام الخاصة والمتفرّدة. وهذه الهيئات هي على التوالي، حسب الترتيب الدستوري، هيئة الانتخابات وهيئة الاتصال السمعي البصري وهيئة حقوق الإنسان وهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة وهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. غير أن الباب السادس خصّ جملة هذه الهيئات بفصل مشترك، وهو الفصل 125 من الدستور، الذي جاء في قالب تعداد لبعض صلاحياتها وتحديد لوضعها القانوني وقد نصّ هذا الفصل على ما يلي «تعمل الهيئات الدستورية المستقلة على دعم الديمقراطية. وعلى كافة مؤسسات الدولة تيسير عملها.

تتمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية والاستقلالية الإدارية والمالية، وتنتخب من قبل مجلس نواب الشعب بأغلبية معزّزة، وترفع تقريراً سنوياً يناقش بالنسبة إلى كلّ هيئة في جلسة عامة مخصّصة للغرض.

يضبط القانون تركيبة هذه الهيئات والتمثيل فيها وطرق انتخابها وتنظيمها وسبل مساءلتها.»

وقد شكّك البعض في مدى وجهة تضمين الدستور جملة هذه الهيئات وإمكانية التداخل في الصلاحيات بين البعض منها إضافة إلى تمسك البعض بأن الإكثار من الهيئات الدستورية المستقلة

* أستاذ تعليم عال بكلية الحقوق بصفاقس.

¹ أما في فرنسا فإن الهيئات الدستورية المستقلة غزت المجال القانوني بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008.

² تعود نشأة الهيئات المستقلة إلى التجربة الأمريكية حيث تم إحداث هيئات مستقلة سميت آنذاك بالوكالات المستقلة منذ 1887 وقد انتشرت التجربة في مرحلة أولى في الدول الاسكندنافية ثم انتقلت إلى بريطانيا وباقي الدول الأوروبية.

من شأنه أن يمثّل عبئا ماليا إضافيا على ميزانية الدولة ومن شأنه أن يُخلّ بتوازناتها المالية في فترة تعاني منها المالية العمومية وضعا استثنائيا يميزه ندرة الموارد وصعوبة تحصيلها والارتفاع المتزايد للنفقات، خاصّة منها المرتبطة بالتأجير العمومي، أي التي لها صبغة اعتاديه ومردودية محدودة.

غير أن إنشاء الهيئات الدستورية المستقلة يأتي في سياق عام يتميّز بأزمة المشروعية التي تعاني منها هيئات الدولة التقليدية وخاصة منها تلك التي لها صبغة تمثيلية. إنّ بروز وتطوّر وانتشار الهيئات العمومية المستقلة واكتساحها النصّ الدستوري يعبر عن الرغبة في تجديد الطرق التقليدية في تسير بعض القطاعات خاصّة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي. كما أن إنشاء هذه الهيئات جاء في إطار التحوّلات التي يشهدها دور الدولة التي أصبحت تفضّل أحيانا القيام بدور تعديلي خاصة إذا تعلّق الأمر بالمجالات التي لا تندرج ضمن الوظائف السيادية للدولة.

ولكن قبل الخوض في المسألة الجوهرية المتعلقة بالاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة والنتائج المترتبة عن تكريسها والمشاكل التي تثيرها في علاقة خاصة بإثارة مسؤولية هذه الهيئات عن التصرف في ميزانياتها من حيث الموارد والنفقات، يبدو حريّا بنا الانطلاق من طرح أسئلة أولية حول ماهية الهيئات الدستورية المستقلة وعن مبررات إنشائها وتكريسها صلب الدستور وحدود تدخلها وعلاقاتها بباقي السلط في الدولة وخاصة السلطتين التنفيذية والتشريعية اللتان تشتركان معها في الوجود صلب أعلى هرم القواعد القانونية أي في الدستور؟

تمثّل الهيئات المستقلة عموما شكلا أو صنفا قانونيا جديدا في مجال التنظيم والتصرف الإداري. وقد برزت هذه الهيئات كردّ فعل على أزمة الثقة في طرق التصرف الإداري التقليدية سواء على المستوى الإداري أو السياسي واكتسحت العديد من المجالات كما أنها تمكّنت من ولوج المجال الدستوري من خلال تكريس وتنظيم البعض منها صلب الدستور.

ورغم صعوبة تعريف الهيئات الدستورية المستقلة باعتبار أن الدستور لم يقدم لها تعريفا شاملا ومحددا، بسبب تعدّدها والخصوصيات التنظيمية والوظيفية المرتبطة بكلّ هيئة من هذه الهيئات، إلا أنه يمكن التأكيد، بصورة مبدئية، أنها هيئات مكرّسة بالدستور تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي والإداري ولا تخضع في ممارسة وظائفها إلى أشكال الرقابة التقليدية على العمل الإداري سواء كانت رقابة رئاسية أو رقابة إشراف وهي مكلفة، حسب مجال تدخلها، بإدارة وتنظيم والإشراف على قطاعات محددة في إطار مقارنة تعديلية (بالنسبة لبعض القطاعات الاقتصادية التنافسية) أو حمائية (فيما يتعلق خاصة بالمجالات ذات الصلة بالحقوق والحريات).

فالدولة تقدم عادة على أنها تخضع بصعوبة لمنطق التجارة والمنافسة في المجال الاقتصادي كما أن السلطة التنفيذية تمثل خطرا حقيقيا على الحقوق والحريات لذلك نجد أن الهيئات المستقلة، بما في ذلك تلك المكرّسة بالدستور، نشأت وترعرعت وتطورت في علاقة بهذه المجالات من النشاط الإداري. ولكن تبقى أهمّ خصوصية للهيئات الدستورية المستقلة مقارنة بباقي الهيئات المستقلة هو أساسها

الدستوري الذي يمنحها حصانة دستورية أي أنه لا يمكن المساس بها إلا عبر تعديل الدستور. أما فيما يتعلق بفكرة استقلالية هذه الهيئات، فإنه يمكن القول بأنها مقترنة بإنشاء الهيئات المستقلة بمختلف أصنافها. فالاستقلالية ليست من مميزات التنظيم القانوني أو الدستوري لهذه الهيئات وإنما هي من جوهر تعريف الهيئات الدستورية المستقلة. وهذه الاستقلالية يجب أن تكون فعلية وليست صورية لأن طابعها الصوري يمسّ من مشروعية إنشاء الهيئات المستقلة ويفقد عملها جزء كبيرا من نجاعته. وقد اعتبر المؤسسون أن الاستقلالية هي من جوهر تنظيم الهيئات الدستورية المستقلة وذلك حسب منطوق الفصل 125 من الدستور الذي جاء فيه « تتمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية والاستقلالية الإدارية والمالية... ». غير أن ذلك لا يعني أن الاستقلالية هي غاية في ذاتها، بل هي وسيلة لتمكين هذه الهيئات من الاضطلاع بوظائفها ومن القيام بدورها سواء التعديلي بالنسبة لبعض القطاعات أو الحمائي لجملة من الحقوق والحريات أو الداعم للديمقراطية.

إن غياب الاستقلالية عن الهيئات المستقلة، بما في ذلك تلك المكرسة صلب الدستور، يعني بالضرورة تبعيتها إزاء سلط أخرى، وخاصة إزاء السلطة التنفيذية، وهو ما يعتبر نفيا للصبغة المستقلة لهذه الهيئات وتهميشا لدورها. غير أن مسألة الاستقلالية لا تطرح فقط من زاوية جوهرها ومضمونها ولكن تطرح أيضا وخاصة في علاقة بالأطراف أو السلط التي في مواجهتها يتم تكريس الاستقلالية.

لا بدّ من العودة للإجابة عن هذه الإشكالية إلى أصل إنشاء الهيئات المستقلة التي جاءت للحدّ من القصور الذي أصبح يميّز مبدأ الفصل بين السلطات في ضمان الحرية السياسية ومنع الاستبداد بمختلف أشكاله ومظاهره. وهذه الهيئات جاءت بمثابة السلط المضادة المؤسساتية لتحّد من تعسف السلط التقليدية وذلك في ظلّ عجز أو محدودية فعالية الآليات التقليدية للرقابة بين السلط، وخاصة السلطتين التنفيذية والتشريعية، تحت تأثير الظاهرة الحزبية والتكريس الضمني أو الصريح لقاعدة الانضباط الحزبي. والاستقلالية تكون أولا في مواجهة السلطة التنفيذية باعتبارها أكبر مهدّد لمجالات عمل وتدخل وخاصة وظائف الهيئات المستقلة. إذ لا يجب أن ننسى أن أغلب الهيئات المستقلة، بما في ذلك الهيئات الدستورية المستقلة، تتدخل في مجالات كانت تعود أصلا للسلطة التنفيذية ممثلة أساسا في الجهاز أو الهيئة الإدارية.

كما أن الاستقلالية تكون أيضا إزاء القطاعات التي تسهر على تعديلها الهيئات المستقلة إذ لا يجب، بأي حال من الأحوال، أن تتحول هذه الهيئات إلى تجمّعات قطاعية تدافع عن المصالح القطاعية دون الأخذ بعين الاعتبار الصالح العام ممّا يهدد سلطة الدولة ونفوذها ويجعل من هذه الهيئات خطرا على وحدة الدولة وتماسكها باعتبارها المؤتمنة على الصالح العام.

والاستقلالية يجب أن تكون كذلك إزاء المحيط السياسي الذي تنشط فيه الهيئات المستقلة وخاصة إزاء الأحزاب السياسية. من ذلك مثلا أن هيئة الانتخابات يجب أن تكون في منأى من تأثير الأحزاب السياسية وكلّ الفاعلين السياسيين حتى يمكنها أن تنتصب كمؤتمنة على نزاهة وشفافية وديمقراطية كلّ العمليات الانتخابية.

والاستقلالية تكون أخيرا إزاء مراكز النفوذ المالي والاقتصادي والإعلامي فبيئة مكافحة الفساد وهيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة وكذلك الهيئة المكلفة بتعديل القطاع السمعي البصري يجب أن تكون جميعها مستقلة وغير خاضعة لتأثير «لوبيات» المال والإعلام. وعموما فإن الهيئات المستقلة لا يجب أن تكون خاضعة لأي نوع من أنواع الوصاية المادية أو المعنوية حتى تكون قادرة على الاضطلاع بأدوارها التعديلية أو الحمائية الداعمة للديمقراطية. فمسألة الاستقلالية تبدو مركزية في علاقة بوجود ونشاط الهيئات المستقلة. وفي هذا الإطار ربط البعض بين الاستقلالية والتمتع بالشخصية القانونية غير أنه يمكن القول أن التمتع بالشخصية القانونية لا يعتبر شرطا للاستقلالية، إلا أن التمتع بها يعتبر عاملا مدعما لاستقلالية الهيئات المستقلة.

والاستقلالية تصنّف وفقا لمعايير مختلفة، فهناك من يميّز بين الاستقلالية العضوية والاستقلالية الوظيفية كما أن هنالك من يميّز بين الاستقلالية الإدارية والاستقلالية المالية. غير أنه وبقطع النظر عن هذه التصنيفات والتقسيمات فإن الاستقلالية تبقى، في كل الأحوال، من جوهر تنظيم الهيئات المستقلة، بما في ذلك تلك المكرسة دستوريا، وسوف نقصر اهتمامنا على الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة بالنظر إلى أهميتها وطابعها المعقد والمحدّد لنجاعة عمل هذه الهيئات.

ويمكن القول أن الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة مرتبطة بالجوانب التقليدية المتعلقة بالمجال المالي وتحديد طرق توفير الأموال بمختلف أنواعها والتصرف فيها ومراقبة ذلك التصرف وفقا لقواعد حسن التصرف والحوكمة الرشيدة التي غزت كلّ المجالات بما في ذلك المجال المالي وأصبح لها أساس دستوري صلب دستور 2014³. فما هي مصادر تمويل الهيئات الدستورية وكيف يتمّ التصرف في مواردها وما هي أوجه الرقابة المعتمدة المراقبة حسن التصرف في أموالها وهل أن مختلف القواعد والأحكام والحلول الدستورية والتشريعية تضمن الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة؟

تطرح مسألة الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة من زوايا نظر مختلفة غير أننا سوف نعتمد مقارنة تقليدية تتمثل في البحث عن الاستقلالية في الأحكام المتعلقة بإعداد الميزانية والتصرف فيها (الجزء الأول) قبل أن نتعرّض إلى ضوابط تلك الاستقلالية من خلال دراسة الرقابة على ذلك التصرف وسبل مساءلة الهيئات الدستورية المستقلة (الجزء الثاني).

³ بالعودة إلى الفصل 15 من الدستور نلاحظ انه ينص على ما يلي « الإدارة العمومية في خدمة المواطن والصالح العام، تنظم وتعمل وفق مبادئ الحياد والمساواة واستمرارية المرفق العام، ووفق قواعد الشفافية والنزاهة والنجاعة والمساءلة.

الجزء 1 الاستقلالية من خلال قواعد إعداد الميزانية والتصرف فيها

عادة ما يقع ربط الاستقلالية المالية للهيئات المستقلة بمسألة الإعداد والتصرف في الميزانية وهي من المسائل المعقدة والشائكة التي يصعب الإلمام بها في مداخلة واحدة. وتعتبر مسألة الموارد من الإشكاليات الجوهرية في هذا الإطار رغم أنها لا تستوعب مسألة الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة في مرحلتها الإعداد والتصرف في الميزانية⁴.

ومسألة الموارد تكتسي اليوم أهمية بالغة بالنظر إلى محدوديتها مما يجعل تخصيص جزء من موارد الدولة لتغطية نفقات الهيئات الدستورية المستقلة محلّ جدل وأحيانا محلّ « صراع » بين الأطراف المكلفة بإعداد الميزانية والسهر على توازنها في إطار التوازنات المالية العامة للدولة والهيكل المكلف بتسيير الهيئات الدستورية المستقلة⁵.

ولكن لا يجب أن ينظر إلى الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة، كما يريد بعض السياسيين الترويج لذلك، على أساس أنها «حرب» من أجل أكبر قدر من الموارد لأنّ ذلك قد يمسّ من «مشروعية» الهيئات الدستورية المستقلة وقد يتمّ استغلاله لضرب صورتها ومصداقيتها وحتى مشروعيتها وجودها لدى العموم. لذلك فإن على الهيئات الدستورية المستقلة أن تكون واعية بأهمية عقلنة نفقاتها وحسن التصرف في مواردها في إطار الشفافية واحترام قواعد الحوكمة المالية الرشيدة. كما يجب عليها أن تكون مستعدة للخضوع إلى الرقابة المالية بمختلف أشكالها مما يدعم مصداقيتها ويحدّ من محاولات « شيطنتها ». فالرقابة والمساءلة هي التزامات دستورية وقانونية محمولة على الهيئات الدستورية المستقلة وهي نتيجة حتمية ومنطقية لتمتعها بالاستقلالية رغم فوضى المصطلحات التي تميّز ليس فقط الإطار التشريعي المنظم للهيئات، ولكن أيضا الإطار الدستوري.

إن المبالغة في ربط الاستقلالية المالية بدعم موارد الهيئات الدستورية المستقلة قد تكون له نتائج عكسية باعتبار أنه قد يعطي الانطباع بأنّ الهيئات الدستورية المستقلة ليست سوى عيّ ماليّ إضافيّ محمول على كاهل الدولة دون الالتفات إلى جدوى عملها. غير أن ذلك لا يعني أن الهيئات الدستورية المستقلة ليس من حقّها أن تطالب بتوفير الموارد الكافية للقيام بوظائفها إذ لا يجب أن يغيب عن

⁴ تجدر الإشارة مثلا إلى أن موارد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات تتكون حصريا من اعتمادات سنوية مخصصة من ميزانية الدولة طبقا للفصل 20 من القانون الأساسي المنظم للهيئة.

⁵ لا بد من الإشارة إلى أن موارد الهيئات الدستورية المستقلة لا تقتصر على المنحة المسندة من الدولة من ذلك أن الفصل 19 من مشروع القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة نص في صيغته الأصلية على أنه « تتكون موارد الهيئة من :
- منحة من ميزانية الدولة،
- هبات وتبرعات وعطايا غير مشروطة،
- وموارد أخرى مرتبطة بنشاطها.

الأذهان أن الهيئات المستقلة تعتمد أساسا في مواردها على منحة مسندة من ميزانية الدولة. وقد يبدو ذلك لأول وهلة مظهرا من مظاهر التبعية المالية غير أن ذلك قد لا يكون مَسًا باستقلالية الهيئات الدستورية المستقلة بل بالعكس يمكن أن يكون ضمانا لتلك الاستقلالية بالنظر إلى طبيعة الوظائف المسندة إلى الهيئات الدستورية المستقلة.

إن اعتماد الهيئات الدستورية المستقلة أساسا أو بصورة كاملة على المنحة المسندة من الدولة لا يتعارض مع الاستقلالية المالية لتلك الهيئات مادامت تناقش نصيبها من ميزانية الدولة سواء مع الحكومة أو مع مجلس نواب الشعب. وقد جاءت النصوص القانونية مؤكدة لأهمية المنحة المسندة من الدولة في تغطية نفقات الهيئات الدستورية المستقلة من ذلك أن مشروع القانون الأساسي المتعلق بالإحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة نص على أن « موارد الهيئة تتكون من :

- منحة من ميزانية الدولة.»

أما بالنسبة للقانون الأساسي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات فقد جاء بفصله 20 أنه «تتكون موارد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات من اعتمادات سنوية مخصصة من ميزانية الدولة».

إن مسألة الموارد تبقى ذات أهمية مركزية بالنسبة للهيئات الدستورية المستقلة عند إعدادها لميزانياتها ومناقشتها سواء مع الحكومة أو مع مجلس نواب الشعب ذلك أن محدودية الموارد الذاتية للهيئات، وأحيانا انعدامها، يجعل من المنحة المسندة من الدولة المصدر الأساسي إن لم يكن الوحيد لكل الهيئات الدستورية المستقلة. وفي المقابل فإن استقلالية الهيئات تبقى محدودة إذا لم تتوفر لها الموارد الكافية لأداء وظائفها على الوجه الكامل رغم أن مشروع القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة كرس جملة من الأحكام التي تمكن الهيئات من حد أدنى من الاستقلالية المالية حيث جاء بالفصل 17 أنه «تتمتع كل هيئة بميزانية مستقلة يعدها مدير الجهاز الإداري ويصادق عليها المجلس».

أما الفصل 18 من نفس مشروع القانون في صيغته الأصلية فإنه أكد على ما يلي «تحيل الهيئة مشروع ميزانيتها إلى الحكومة لمناقشته وتتولى اللجنة المكلفة بالمالية بمجلس نواب الشعب بحضور الطرفين التحكيم عند الاقتضاء. ويتم كل ذلك حسب الروزنامة المنصوص عليها بالقانون الأساسي للميزانية.» ومن الواضح من خلال هذا الفصل أن مشروع الميزانية تتم مناقشته أولا مع الحكومة دون تحديد مفضّل للجهة الحكومية التي سوف تتم مناقشة مشروع الميزانية معه فهل هي رئاسة الحكومة أو الوزارة المكلفة بالمالية والتي تبدو مؤهلة أكثر من غيرها لمباشرة هذا الدور. ومهما يكن من أمر فإن اللجوء إلى تحكيم اللجنة المكلفة بالمالية صلب مجلس نواب الشعب لا يتم إلا بعد استنفاد جميع الطرق للاتفاق بين الحكومة والهيئة حول مشروع الميزانية المقترح من هذه الأخيرة.

غير أنه ومن المفارقات التي تجعل من هذه الأحكام الواردة بمشروع القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة للهيئات الدستورية محدودة الجدوى هو أن القانون الأساسي للميزانية الحالي الذي يعود إلى

سنة 1967 لا يتضمن أحكاما تتعلق بميزانية الهيئات الدستورية المستقلة. إن تفعيل الأحكام الواردة صلب مشروع القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة وحتى القوانين الخاصة بكل هيئة يبقى نسبيا إذا لم يقع سنّ قانون أساسي جديد للميزانية باعتباره الدستور المالي للدولة والذي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار المعطيات الدستورية الجديدة وخاصة فيما يتعلق بتكريس الهيئات الدستورية المستقلة والإقرار باستقلاليتها المالية وهامش الحرية التي تتمتع به على مستوى إعداد وتنفيذ الميزانية تماشيا مع طبيعة الدور الذي تقوم به.

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون الأساسي للميزانية الذي تمّ إيداعه بمجلس نواب الشعب منذ 20 نوفمبر 2015، والذي لا يزال في رفوف المجلس رغم أهمية مناقشته والمصادقة عليه بالنظر إلى المعطيات الدستورية الجديدة الناتجة عن دستور 2014، وكذلك بالنظر إلى التطور الكبير الحاصل في مستوى طرق التصرف في الأموال العمومية، جاء في فصله 18 ما يلي «تعتبر مهمات خاصة : - الهيئات الدستورية المستقلة.» كما يضيف نفس الفصل «تمثل كل هيئة دستورية والمجلس الأعلى للقضاء والمحكمة الدستورية برنامجا خصوصيا داخل المهمة الخاصة.»

وما يلاحظ هو أن مشروع القانون الأساسي للميزانية تضمن أحكاما خاصة بالمجلس الأعلى للقضاء والمحكمة الدستورية باعتبارهما مهمات خاصة حيث جاء بالفصل 41 من مشروع القانون أنه «يحيل كلّ من المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة الدستورية مشروع الميزانية إلى رئيس الحكومة قبل مناقشته أمام اللجنة المكلفة بالمالية بمجلس نواب الشعب في أجل أقصاه موفى شهر ماي من كلّ سنة لإبداء الرأي.

يبدي رئيس الحكومة رأيه ويحيله في أجل أقصاه شهر من تاريخ تسلمه للمشروع إلى كلّ من المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة الدستورية وإلى اللجنة المكلفة بالمالية بمجلس نواب الشعب.

يناقش كلّ من المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة الدستورية مشروع الميزانية أمام اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب وبحضور ممثل عن الوزير المكلف بالمالية في أجل أقصاه موفى شهر أوت من كلّ سنة لإدراجها بميزانية الدولة.»

أما بالنسبة للهيئات الدستورية المستقلة فإن الأمور تختلف نسبيا باعتبار أن الفصل 42 من مشروع القانون الأساسي للميزانية يشير إلى أنه «تعدّ الهيئات الدستورية المستقلة ميزانياتها حسب الروزنامة المشار إليها بالفصل 37 من هذا القانون وتحيله إلى الوزير المكلف بالمالية لمناقشة حجم الاعتمادات التي ستسند إليها من ميزانية الدولة.»

ويبدو أنه من خلال ربط الفصل 42 من مشروع القانون الأساسي للميزانية بالفصل 6 من نفس المشروع الذي جاء فيه أنه «يضمن الوزير المكلف بالمالية ديمومة الميزانية قصد الإيفاء بتعهدات الدولة والتزاماتها والمحافظة على توازناتها المالية»، فإن النقاش سوف يكون أساسا بين الهيئات

الدستورية المستقلة والحكومة ممثلة في وزير المالية المؤتمن على ديمومة الميزانية والمحافظة على توازناتها وهو ما قد يشكل مصدرا للتوتر بين هذه الهيئات والسلطة التنفيذية ممثلة في وزير المالية، كما أنه قد يتخذ وسيلة للضغط على الهيئات الدستورية المستقلة والحد من استقلاليتهما من خلال الضغط على مواردها والحد من قيمة المنحة المسندة لها بحجة أن وزير المالية الممثل للحكومة مؤتمن على ديمومة الميزانية وعلى المحافظة على التوازنات المالية للدولة.

وبالعودة إلى الفصل 20 من القانون الأساسي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات نلاحظ وجود أحكام مختلفة نسبيا، على الأقل ظاهريا، حيث جاء بهذا الفصل ما يلي «... تضبط ميزانية الهيئة باقتراح من مجلسها وتعرض على الحكومة لإبداء الرأي قبل إحالتها على المجلس التشريعي للمصادقة عليها طبق الإجراءات الخاصة بميزانية الدولة».

إن تعدد الحلول المتعلقة بإعداد ومناقشة والمصادقة على ميزانية الهيئات الدستورية المستقلة ليس من شأنه أن يخدم استقلالية هذه الهيئات ومقروئية الأحكام المالية المتعلقة بها في ظل عدم تناسق الأحكام التشريعية لذلك فإنه من المتجه توحيد طرق وإجراءات إعداد ومناقشة والمصادقة على ميزانيات الهيئات الدستورية المستقلة حتى لا يقع الانحراف بهذه الطرق والإجراءات وتصبح وسيلة للضغط على هذه الهيئات والتدخل في عملها وخاصة استعمال سلاح الموارد للتحكم في حسن أدائها لمهامها.

كما أنه من المفيد الحد من تدخل الحكومة ممثلة في وزير المالية في مسار إعداد ومناقشة ميزانية الهيئات المستقلة ودعم دور المجلس النيابي في هذا المجال وخاصة اللجنة المكلفة بالمالية حتى لا تتوتر العلاقة بين الهيئات المستقلة والسلطة التنفيذية وتتحول إلى صراع قد لا يخدم مصلحة الطرفين وقد يمس من استقلالية الهيئات.

إن الاستقلالية المالية للهيئات المستقلة لا يجب أن تقف عند حد إعداد ومناقشة والمصادقة على ميزانياتها بحيث تكون لها، ليس فقط الصلاحيات الكافية لإعداد الميزانية ومناقشتها بعيدا عن الضغوطات المبالغ فيها وغير المبررة للسلطة التنفيذية، ولكن أيضا الوضوح والدقة فيما يتعلق بإجراءات الإعداد والمناقشة والمصادقة. فالاستقلالية تفترض كذلك تحديد القواعد المتعلقة بالتصرف في الميزانية وتنفيذها بحيث لا يقع فرض وصاية من أي طرف، وخاصة من السلطة التنفيذية، على التصرف في الأموال الموضوعة على ذمة الهيئات الدستورية المستقلة التي تبقى خاضعة طبعاً إلى الرقابة على حسن التصرف في أموالها سواء كانت تلك الرقابة داخلية أو خارجية وهو ما تقتضيه مبادئ الشفافية والحوكمة الرشيدة والمساءلة التي نص عليها دستور 2014 في فصله 15 فقرة ثانية.

ومن ضمانات استقلالية التصرف في ميزانية الهيئات الدستورية المستقلة هو إضفاء نوع من المرونة والحرية في هذا المجال وهو ما حاول فعلاً المشرع تبنيه، بدرجات متفاوتة، سواء صلب القوانين المنظمة لبعض الهيئات الدستورية المستقلة أو صلب مشروع القانون المتعلق بالأحكام المشتركة بين

الهيئات الدستورية المستقلة. فقد جاء بالفصل 22 من قانون الأحكام المشتركة أنه «تمسك الهيئة محاسباتها طبقا لنظام المحاسبة للمؤسسات مع مراعاة الطابع غير الربحي للهيئات».

كما أن الفصل 27 من نفس القانون أكد بأنه «تعفى نفقات الهيئة من الرقابة المسبقة للمصاريف العمومية» أما بخصوص الصفقات التي ترميها الهيئات الدستورية المستقلة فإنها تخضع مبدئيا إلى المبادئ والإجراءات المنظمة لصفقات المنشأة العمومية إلا إذا اقتضت ضرورة تحقيق مهمة الهيئة إعفاءها من تلك الإجراءات.

وما يلاحظ هو أن القانون الأساسي المنظم للهيئة العليا المستقلة للانتخابات اعتمد تقريبا نفس هذه الأحكام المتعلقة بالتصرف في الميزانية حيث ورد بفصله 27 المطلة العاشرة ما يلي «يسهر المدير التنفيذي تحت إشراف مجلس الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وتحت رقابة رئيسها على حسن سير إدارة الهيئة في المجالات الإدارية والمالية والفنية ويتولى في حدود ذلك خاصة :
10- متابعة تنفيذ الميزانية وإعداد ملفات صفقات الهيئة ومختلف العقود».

كما ورد بالفصل 28 من نفس القانون أنه « تبرم وتنفذ جميع صفقات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات طبق الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية للمنشآت العمومية ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون».

ويبدو أن أحكام القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة تبدو أكثر دقة ووضوحا في هذا المجال باعتبار أنها تعفي الهيئة الدستورية المستقلة من الخضوع إلى الإجراءات المتبعة في مادة الصفقات العمومية المنطبقة على المنشآت العمومية إذا اقتضت ضرورة أداء أو تحقيق الهيئة لمهامها إعفاءها من تلك الإجراءات. أما بالنسبة للقانون الأساسي المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومقاومة الفساد فإننا نلاحظ تقريبا تغييرا للأحكام الخاصة بتنفيذ الميزانية وهو ما يفترض أن الأحكام التي سوف يتم سنّها في إطار قانون الأحكام المشتركة هي التي سوف تكون منطبقة على هيئة مكافحة الفساد في مجال تنفيذ الميزانية.

وعموما فإن ما يميز القوانين المنظمة للهيئات الدستورية المستقلة هو عدم وجود أحكام خاصة ومحددة بالقدر الكافي تتعلق بتنفيذ الميزانية واكتفاء المشرع ببعض الحلول الجزئية وهو ما قد يعيق عمل هذه الهيئات خاصة إذا لم تجد التفهم الكافي من قبل السلطة التنفيذية. فاستقلالية هذه الهيئات تقتضي أحيانا الإقرار بقدر كاف من المرونة في تنفيذ ميزانيتها مع التركيز على آليات الرقابة الداخلية والخارجية والخضوع إلى المساءلة الدورية عن حسن التصرف في المال العام.

الجزء 2 الاستقلالية في علاقة

بالرقابة على التصرف المالي للهيئات الدستورية المستقلة وسبل مساءلتها

إن استقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقبلية لا تعني عدم خضوعها للرقابة التي تعتبر نتيجة حتمية للاستقلالية وتمتع الهيئات بصلاحيات فعلية. فالخضوع للرقابة والمساءلة يعتبر من مقومات النظام الديمقراطي الذي جاءت الهيئات الدستورية المستقلة لدعمه إعمالاً لأحكام الفصل 125 من الدستور.

كما لا يجب أن ننسى أن إنشاء الهيئات الدستورية المستقلة جاء في إطار التصدي لقصور مبدأ الفصل بين السلط، كما تمّ إعماله في الأنظمة الديمقراطية لمدة عقود، على التصدي للاستبداد وتحقيق التوازن المنشود بين السلط في ظلّ تطوّر الظاهرة الحزبية وتأثيرها السلبي على فعالية هذا المبدأ. فإذا كانت الغاية من إنشاء هذه الهيئات هي ردّ الاعتبار لمبدأ الرقابة والمساءلة والتوازن بين مختلف السلط فإنه من غير المنطقي أن تكون هذه الهيئات نفسها في حلّ من كلّ نوع من أنواع الرقابة والمساءلة.

ويمكن القول أن الهيئات الدستورية المستقلة يمكن أن تخضع إلى صنفين من الرقابة. الصنف الأول يتمثل في الرقابة الداخلية أما الصنف الثاني فإنه يتمثل في الرقابة الخارجية.

ففيما يتعلق بالرقابة الداخلية فإن الفصل 23 من قانون الأحكام المشتركة في صيغته الأصلية نصّ على أنه « تضع الهيئة نظام رقابة داخلية للإجراءات الإدارية والمالية والمحاسبية لضمان سلامة القوائم المالية ونزاهتها وشفافيتها ومطابقتها للقانون.

تحدث وحدة تدقيق داخلي لدى مجلس الهيئة تسهر على حسن سير نظام الرقابة الداخلية وتقدم تقارير دورية في الغرض إلى المجلس.

تعدّ الوحدة مخططاً سنوياً قصد تحسين الأداء والرقابة على أعمال الهيئة ويعرض المخطط على مصادقة مجلس الهيئة.»

وفي نفس هذا الاتجاه نص القانون الأساسي المتعلق بهيئة الانتخابات صلب فصله 29 على أنه « تسهر الهيئة العليا المستقلة للانتخابات على إرساء نظام رقابة داخلية للإجراءات الإدارية والمالية والمحاسبية تضمن سلامة القوائم المالية ونزاهتها وشفافيتها ومطابقتها للقوانين الجاري بها العمل وتنشئ للغرض وحدة تدقيق ورقابة داخلية يترأسها خبير محاسب.

وتقوم هذه الوحدة بأعمالها وفقا للمعايير الدولية المهنية لممارسة التدقيق الداخلي من خلال إتباع مخطط سنوي يصادق عليه مجلس الهيئة ويهدف إلى تحسين الأداء وإدارة المخاطر والرقابة لكامل أعمال الهيئة.

وتقوم وحدة التدقيق والرقابة الداخلية بإعطاء تقاريرها إلى مجلس الهيئة مباشرة وبصفة دورية.»

ومبدئيًا، فإن الرقابة الداخلية لا تطرح إشكالا في علاقتها باستقلالية الهيئات الدستورية المستقلة بل أنها تندرج ضمن المبادئ الدستورية المتعلقة بالحوكمة الرشيدة في المجال المالي وخاصة الشفافية والنجاعة والمساءلة.

أما الصنف الثاني من الرقابة فإنه يتمثل في الرقابة الخارجية والتي تتميز بتعدد الجهات المكلفة بها ولكن أيضا بالإشكالات التي يمكن أحيانا أن تطرحها في علاقة باستقلالية الهيئات الدستورية المستقلة. فإذا كانت رقابة مراقبي الحسابات وكذلك الرقابة اللاحقة لدائرة المحاسبات على التصرف المالي للهيئات الدستورية المستقلة لا تطرح مبدئيًا إشكالا في علاقة بالاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة، فإن الأمر يبدو على خلاف ذلك خاصة فيما يتعلق بامتداد الرقابة التي يمارسها مجلس نواب الشعب على التصرف المالي لهذه الهيئات والآثار التي يمكن أن تترتب عنها.

ومبدئيًا فإن الإقرار بضرورة ومشروعية مبدأ المساءلة يعتبر نتيجة حتمية للصلاحيات الهامة التي تمارسها الهيئات وتمتعها بالاستقلالية المبدئية في التسيير والتصرف. وقد جاء الدستور مكرسا لفكرة المساءلة الخاضعة لها الهيئات الدستورية المستقلة حيث جاء بالفصل 125 من الدستور ما يلي «يضبط القانون تركيبة هذه الهيئات والتمثيل فيها وطرق انتخابها وتنظيمها وسبل مساءلتها.»

ولعل ما يجلب الانتباه بخصوص هذه الفقرة من الفصل 125 من الدستور هو التردد في ترجمة المصطلحات الدستورية فلو عدنا إلى الفصل 15 من الدستور فإننا نلاحظ أن مصطلح «المساءلة» تمت ترجمته إلى الفرنسية La redevabilité أما في الفصل 125 من الدستور فتحت ترجمته إلى الفرنسية La responsabilité وهذا التردد قد ينعكس على فهمنا لطبيعة وامتداد السلطة الرقابية التي يمارسها مجلس نواب الشعب على الهيئات الدستورية المستقلة بما في ذلك رقابته على التصرف المالي لها خاصة وأن مفهوم المساءلة يبدو مختلفا عن المسؤولية. فالمساءلة La redevabilité مرتبطة بفكرة المحاسبة أي أن الجهة أو الهيئة الخاضعة للمساءلة تكون مستعدة لأن تحاسب على جميع تصرفاتها أمام هيئة أو جهة أخرى.

وقد طرحت مسألة الاستقلالية المالية للهيئات الدستورية المستقلة في علاقة برقابة مجلس نواب الشعب على التصرف المالي للهيئات الدستورية المستقلة التي تم اعتبارها من قبل البعض على أنها شكل من أشكال رقابة الإشراف على هذه الهيئات مما يهدد استقلاليتها ويجعلها في تبعية إلى سلطة تعلقها وهي سلطة البرلمان. غير أن رأيا آخر يعتبر أن رقابة البرلمان على التصرف المالي للهيئات

الدستورية كما وردت صيغها وإجراءاتها صلب القانون الأساسي المتعلق بالأحكام المشتركة ليست في نهاية الأمر إلا الوجه الآخر للاستقلالية والنتيجة الحتمية لها إضافة إلى أنها تندرج ضمن تفعيل الأحكام الدستورية الواردة بالفصل 125 من الدستور والتي تخضع الهيئات الدستورية المستقلة إلى المساءلة وتحيل إلى القانون لتحديد سبلها.

وقد طرح الإشكال خاصة فيما يتعلق بالفصلين 24 و33 من قانون الأحكام المشتركة حيث جاء بالفصل 24 المصادق عليه في 5 جويلية 2017 ما يلي :

« تعد الهيئة تقريراً مالياً سنوياً وتعرضه في أجل أقصاه 30 جوان من السنة المالية على مجلس نواب الشعب مرفقاً بالقوائم المالية وتقرير مراقب أو مراقبي الحسابات.

يصادق مجلس نواب الشعب على التقرير المالي بأغلبية أعضائه الحاضرين وينشر التقرير المالي والقوائم المالية بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وعلى الموقع الإلكتروني للهيئة المعنية.

في صورة عدم تقديم الهيئة لتقريرها المالي في الأجل القانونية دون مبرر أو رفض مجلس نواب الشعب المصادقة عليه يحدث المجلس لجنة تحقيق تشريعية وتختار اللجنة خبيرين محاسبين مرسومين بجدول هيئة الخبراء المحاسبين بالبلاد التونسية ومراقب رئيس على الأقل أو ما يعادله عن إحدى هيئات الرقابة العامة قصد إعداد وتقديم تقرير في الغرض إلى اللجنة...

تعرض لجنة التحقيق تقريرها مرفقاً بتقرير الخبراء على مجلس نواب الشعب ويناقش في جلسة عامة. وعلى ضوء تقرير لجنة التحقيق وتقرير الخبراء ونقاش الجلسة العامة، يمكن لمجلس نواب الشعب اللجوء إلى مقتضيات الفصل 33 من هذا القانون».

وبالعودة إلى الفصل 33 من القانون المتعلق بالأحكام المشتركة كما تمت المصادقة عليه في جويلية 2017 نلاحظ أنه ينص على ما يلي

« يمكن لمجلس نواب الشعب سحب ثقته من مجلس الهيئة أو عضو أو أكثر بقرار من ثلثي أعضائه في أجل أقصاه 15 يوما من تقديم طلب معلل يقدم لرئيس مجلس نواب الشعب من ثلث الأعضاء على الأقل في الحالات التالية:...

* الإخلال بالواجبات المنصوص عليها بالفصل 24 من هذا القانون».

وقد تم الطعن في دستورية هذه الأحكام المصادق عليها من قبل مجلس نواب الشعب باعتبار أنها تمثل مساساً باستقلالية الهيئات الدستورية المستقلة وتخضعها إلى رقابة مشطة وغير متلائمة ليس فقط مع الطبيعة الخاصة للهيئات الدستورية المستقلة، ولكن أيضاً مع الغاية من الرقابة التي يمارسها المجلس على التصرف المالي لهذه الهيئات. وأكدت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين في

قرارها عدد 4/2017 بتاريخ 8 أوت 2017⁶ على ما يلي:

« وحيث أنّ مبدأ الاستقلالية الذي تقوم عليه الهيئات الدستورية لا يتعارض مع مبدأ المساءلة ولا يحول دون الإقرار بمبدأ المحاسبة في صورة سوء تصرف إداري مالي تفعيلاً لجملة من المبادئ الدستورية المتصلة بالحوكمة الرشيدة والشفافية والنزاهة وحسن التصرف في المال العام وغيرها. هذا فضلاً عن أنّ مبدأ مساءلة الهيئات الدستورية أمام البرلمان يعتبر تجسيدا لأحكام الفصل 125 من الدستور في فقرته الأخيرة».

« وحيث أنّ ضبط آليات مساءلة الهيئات الدستورية المستقلة من قبل مجلس نواب الشعب لا يمكن أن يفضي إلى إفراغ مبدأ استقلاليتهما من محتواه باعتباره أساس تميّزها عن غيرها من الهيئات العامة وهو ما يفرض على المشرّع العمل على تحقيق التناسب بين مبدأ الاستقلالية ومبدأ المساءلة الذين اقتضاهما الدستور».

« وحيث خلافاً لما أناره القانون فإن الاستقلالية لا تتنافى مع المحاسبة كيفما نصّ عليها الفصل 135 من الدستور وبهذا المعنى فإن المساءلة لا تعتبر رقابة إشراف يمارسها مجلس نواب الشعب على الهيئات الدستورية الثلاثة بما ينال من استقلاليتهما وهو ما يتّجه معه ردّ المطاعن المثارة من هذه الناحية».

أما بخصوص آلية سحب الثقة المنصوص عليها بالفصل 33 من القانون المتعلق بالأحكام المشتركة كما تمّت المصادقة عليه فإن الهيئة اعتبرت أنه «حيث خلافاً لما دفعت به الحكومة فإن سحب الثقة التي اقتضاها الفصل 33 من المشروع يتنافى ومبدأ استقلالية الهيئات الدستورية طالما أنه لا يحقق التناسب بين مبدأي المساءلة والاستقلالية كما يتنافى ومقتضيات مساءلة هذه الهيئات المنصوص عليها بالدستور مما يتجه معه التصريح بعدم دستورية الفصل 33 من المشروع وما تبعه من تنصيب عليه بالفصلين 11 و 24 من نفس المشروع».

وبناء على هذا التصريح بعدم دستورية إجراء سحب الثقة قام مجلس نواب الشعب بإعادة المصادقة على الأحكام غير الدستورية بتاريخ 27 أكتوبر 2017. وفي حين لم تشهد أحكام الفصل 24 تغييرات جذرية ومحافظة الإحالة إلى الفصل 33 فيما يتعلق بالرقابة على التصرف المالي التي يمارسها المجلس، فإن الفصل 33 من مشروع القانون قد استبدل آلية سحب الثقة بالية الإعفاء وأصبح ينصّ على ما يلي «في حالة الإخلال بالواجبات المحمولة على أعضاء مجلس الهيئة والمنصوص عليها بالفصلين 2 و 9 من هذا القانون فإنه يمكن لثلث أعضاء مجلس نواب الشعب اقتراح إعفاء عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الهيئة بمقتضى طلب معلل يقدم لرئيس مجلس نواب الشعب ويحال وجوباً على العضو المعني».

⁶ قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 04-2017 بتاريخ 8 أوت 2017 المتعلق بمشروع القانون الأساسي عدد 30-2016 المتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 65 بتاريخ 15 أوت 2017، الصفحة 2579 وما يليها.

ويبدو أن المجلس لم يستوعب موقف الهيئة الوقتية في قرارها بتاريخ 8 أوت 2017 أو أنه يرفض التخلي عن امتداد اختصاصه الرقابي إزاء الهيئات المستقلة لذلك نجد أن الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عادت لتؤكد في قرارها عدد 9- 2017 بتاريخ 23 نوفمبر 2017⁷ ما يلي «وحيث أن الاكتفاء لتعويض عبارة سحب الثقة من مجلس الهيئة أو عضو أو أكثر بعبارة إعفاء عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الهيئة لا يرفع عن الفصل المذكور عيب عدم الدستورية».

وتضيف الهيئة «وحيث أن ما تضمنه الفصل 33 من مشروع القانون في صيغته المعدلة من إمكانية إعفاء عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الهيئة في الصور المنصوص عليها بالفصلين 2 و 9 يتنافى ومبدأ التناسب بين استقلالية الهيئات الدستورية من جهة ومساءلتها من جهة أخرى ويؤدي إلى الخلط بين إجراءات المساءلة الفردية لأعضاء مجلس الهيئة وإجراءات مساءلة الهيئة وهو ما من شأنه أن يحدث تضاربا وعدم وضوح وسوء مقروئية للأحكام المنظمة للإعفاء داخل الهيئات الدستورية ذلك أن إجراءات المساءلة الفردية التي اقرها الفصل 11 وحدد الفصل 9 في فقرتيه الأولى والثانية مجالها لا يمكن لا يمكن أن تنطلق إلا بمبادرة من أعضاء مجلس الهيئة أما مساءلة الهيئة أمام مجلس نواب الشعب على معنى أحكام الفصل 24 من مشروع القانون المعروض والتي من الممكن أن تنطلق بمبادرة من أعضاء مجلس نواب الشعب فإنه لا يمكن أن تؤدي بأي حال إلى النيل من النصاب القانوني المستوجب لمواصلة الهيئة مهامها الدستورية، الأمر الذي يحتم صياغة مغايرة للفصل 33 تتطابق ومبدأ التناسب بين استقلالية الهيئات الدستورية من جهة ومساءلتها من جهة أخرى المنصوص عليه بالفصل 125 من الدستور وتتفادى الخلط بين إجراءات المساءلة الفردية لأعضاء المجلس وإجراءات مساءلة الهيئة ذاتها».

من الواضح من خلال قرار الهيئة أن هذه الأخيرة تجنبت أن تقوم مقام مجلس نواب الشعب وأن تقدم الصياغة التي تخلص مشروع القانون من الشوائب غير الدستورية وببدو الأمر منطقيا باعتبار أن الهيئة وقتية وباعتبار كذلك أن البرلمان هو الممثل لصاحب السيادة وهو مطالب بسن أحكام متلائمة ومتطابقة مع أحكام الدستور وليس للقاضي الدستوري أن يقوم مقامه في هذا المجال.

وبناء على قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الصادر في 23 نوفمبر 2017 اقترحت لجنة التشريع العام بمجلس نواب الشعب صيغة معدلة للأحكام المشوبة بعدم الدستورية وبالعودة إلى مقترحات اللجنة البرلمانية نلاحظ أنه لم ترضخ كلياً للاحتراز التي أبدته الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية القوانين بخصوص إجراءات مساءلة الهيئة والنتائج المترتبة عنها واكتفت باستبدال مصطلح الإعفاء بمصطلح إنهاء العضوية ولا نعتقد أن هذا التغيير الاصطلاحي سوف يرفع عيب الدستورية على إجراءات مساءلة الهيئة في المجال المالي.

⁷ قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 9- 2017 بتاريخ 23 نوفمبر 2017 يتعلق بالطعن في دستورية مشروع القانون الأساسي عدد 30-2016 المتعلق بالأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 95 بتاريخ 28 نوفمبر 2017، الصفحة 4060 وما بعدها.

وعموما فإن الاستقلالية تبدو من جوهر تنظيم ونجاعة عمل الهيئات الدستورية المستقلة مما يفترض وجود إطار قانوني متلائم مع خصوصية هذه الهيئات ومع خطورة الدور الذي تضطلع به، غير أن ذلك لا يعني عدم خضوعها للرقابة، بل إن الرقابة تمثل دعما لاستقلالية الهيئات الدستورية المستقلة لأنها تساهم في دعم الثقة فيها لدى العموم. وفي تونس، تبدو استقلالية الهيئات الدستورية في الميزان. فقد طالبت هذه الهيئات في العديد من المناسبات بدعم استقلاليتها وإزاحة العراقيل التي تعوق عملها. وإذا كانت المطالبة بذلك معقولة ومشروعة فإن هذه الهيئات مطالبة أيضا بأن يكون تصرفها المالي «مثاليا» حتى تتمكن من اكتساب الثقة والمشروعية اللتان تمثلان الضمانات الفعلية والأساسية والدائمة لاستقلاليتها.

Le pouvoir réglementaire des Instances constitutionnelles indépendantes

○ Nouha CHAOUACHI *

Introduction

Le pouvoir réglementaire s'éloigne du centre, « la loi et le décret n'étant plus à la hauteur des objectifs nouveaux de l'interventionnisme public dont la maîtrise réglementaire est rabattue, par la force des choses, sur les administrations d'exécution »¹. Cette idée trouve son illustration dans la Constitution de 2014 qui se montre généreuse à l'égard des autorités publiques autres que le chef de l'Etat ou le chef du gouvernement et ce, en leur octroyant le pouvoir réglementaire. En effet, contrairement à la Constitution du 1er juin 1959 qui reconnaissait au seul chef de l'Etat le pouvoir réglementaire général et l'autorisait à en déléguer l'exercice au premier ministre², la Constitution du 27 janvier 2014 attribue ce pouvoir d'édiction des normes à caractère général, impersonnel et obligatoire au chef du gouvernement devenu le titulaire principal du pouvoir réglementaire général sur la base de l'article 94 de la Constitution³, aux collectivités locales⁴ et aux deux Instances constitutionnelles indépendantes chargées des élections et de la communication audiovisuelle⁵. En revanche, les trois autres instances, à savoir l'Instance des Droits de l'homme⁶, l'Instance du développement durable et des droits des générations futures⁷ et l'Instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption⁸ ne disposent pas de ce pouvoir.

Par ailleurs, si la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire des ICI est l'une des innovations apportées par la nouvelle Constitution, il n'en demeure pas moins que les articles 126 et 127 ne sont pas les premiers ni les seuls à avoir dévolu ce pouvoir à des instances publiques indépendantes.

○ — ○

* Maître de conférences agrégée

¹ FAURE (F.), « La crise du pouvoir réglementaire entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », AJDA, 20 juillet- 20 août 1998, p.547.

² L'article 53 de la Constitution du 1er juin 1959 disposait que : « le président de la République veille à l'exécution des lois, exerce le pouvoir réglementaire général et peut en déléguer une partie au premier ministre ».

Le texte suprême était, toutefois, muet sur le pouvoir réglementaire des collectivités locales et des autorités administratives/publiques indépendantes. Celles-ci tiraient leur compétence réglementaire de la loi ou de la jurisprudence.

³ L'article 94 de la Constitution dispose que « le chef du gouvernement exerce le pouvoir réglementaire général ».

⁴ Article 134 de la Constitution.

⁵ Articles 126 et 127 de la Constitution.

⁶ Prévue par l'article 128.

⁷ Prévue par l'article 129 de la Constitution.

⁸ Prévue par l'article 130 de la Constitution.

D'abord, et bien avant l'adoption du texte fondamental de 2014, d'autres autorités publiques indépendantes ont été habilitées à édicter des règlements dans le cadre de l'exercice de leur mission et dans leur domaine de compétence c'est le cas du Conseil du Marché Financier, de l'Instance Nationale de Télécommunication, et du Comité Général des Assurances. L'exercice de ce pouvoir a été même validé par l'ancien Conseil constitutionnel tunisien qui avait considéré dans un avis rendu en 2008 que « l'article 53 de la constitution (de 1959)...n'interdit pas au législateur d'habiliter une autorité publique à édicter des règlements en vue de l'exécution de la loi »⁹.

Ensuite, l'ISIE a pu exercer son pouvoir réglementaire, avant sa constitutionnalisation, sur la base de l'article 19 de la loi n°2012-23 du 20 décembre 2012 relative à l'instance supérieure indépendante pour les élections qui dispose que « le conseil de l'ISIE adopte les règlements nécessaires à l'exécution de la législation électorale et des missions confiées à l'instance »¹⁰.

Concernant l'HAICA, le décret-loi n°2011-116 lui a dévolu le pouvoir d'édicter des règlements dans le cadre de la régulation du secteur dans lequel elle intervient, et ce conformément aux articles 15 et 16 dudit décret-loi.

Mais quels intérêts présente la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire des ICI?

L'insertion des instances indépendantes dans le chapitre 6 de la Constitution ainsi que la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire reconnu à l'ISIE et à l'HAICA offrent, premièrement, une nouvelle légitimité de nature constitutionnelle auxdites instances¹¹ et mettent, au demeurant, un terme à la stigmatisation de l'exercice de ce pouvoir par des instances publiques indépendantes¹².

Secondement, la constitutionnalisation dudit pouvoir aura pour effet d'interdire au législateur, et a fortiori au pouvoir réglementaire général de limiter ce pouvoir ou

○————○

⁹ Avis du Conseil constitutionnel n°50-2007 sur le projet de loi relatif au comité général des assurances, JORT., n°14 du 15 février 2008, p. 696, voir aussi l'avis n°30-2009 sur le projet de loi portant promulgation du code de prestation des services financiers aux non résidents, JORT., n°65 du 14 août 2009, p. 2361.

¹⁰ Cet article permet à l'ISIE de pallier une faiblesse dont elle souffrait sous le règne du décret-loi n°2011-27 du 18 avril 2011, portant création de la première ISIE chargée de l'organisation de l'Assemblée nationale constituante, lequel était resté silencieux sur l'exercice de sa compétence réglementaire dans son domaine d'intervention.

¹¹ Cf., notre article « Les instances constitutionnelles indépendantes, l'unité dans la diversité », publié à la Revue Tunisienne des sciences juridiques et politiques, semestrielle, n°2, 2017-2, p.7-46.

¹² A ses débuts, l'expérience française en matière des AAI a été vivement critiquée. La doctrine trouvait inacceptable l'idée de l'existence d'une autorité qui soit à la fois « administrative » et « indépendante » du gouvernement qui, selon l'article 20 de la constitution de 1958 « dispose de l'administration » ; cf. Autin (J-L.), « les autorités administratives indépendantes et la constitution », Rev. Adm., 1988, p.333 ; Teitgen-colly (C.), les instances de régulation et la constitution », RDP., 1990, p.153.

de l'anéantir. Il s'agit bien d'une garantie fondamentale que le constituant octroie auxdites instances. Les autres instances publiques dont la constitutionnalisation n'a pas été retenue ne bénéficient pas de ce privilège, voire de cette protection. Il est, par conséquent, clair que le pouvoir réglementaire de l'ISIE et de l'instance de la communication audiovisuelle ne peut plus être contesté en soi devant une juridiction constitutionnelle ou autre, car elles disposent d'une clause générale de compétence de rang constitutionnel.

Force par ailleurs est de constater que si la volonté du constituant d'homogénéiser le statut des ICI en définissant pour elles un noyau minimal commun de règles de composition, de procédure, de contrôle¹³ est fort appréciée, il n'en demeure pas moins que cette configuration institutionnelle révèle des différences considérables d'une instance à l'autre, la disparité des compétences exercées est un élément qui ne plaide pas en faveur de l'unité et de la cohérence de cette catégorie. En effet, alors que l'indépendance est le dénominateur commun aux cinq ICI, la gamme de pouvoirs dont elles disposent demeure variable. Ce dernier caractère apparaît essentiellement au niveau de la variante du pouvoir réglementaire dont l'exercice n'est autorisé qu'au profit de l'ISIE et de l'HAICA. Mais, comment peut-on expliquer cette différence de traitement, voire cette inégalité, entre les ICI au niveau de l'octroi du pouvoir réglementaire ? Cela revient à poser la question autrement : dans quelle mesure la disposition d'un pouvoir réglementaire et sa constitutionnalisation seraient-elles nécessaires à la fonction d'une ICI ? En réponse à cette question, deux justifications d'ordre pragmatique peuvent être avancées.

La première explication a trait à l'impératif de l'efficacité. Une efficacité qui ne peut se réaliser qu'en attribuant au régulateur la prérogative adéquate qui lui permet d'agir vite pour répondre à un besoin urgent¹⁴. Il faut rappeler à cet égard que la permanence et la rapidité de l'évolution technique des domaines d'intervention



¹³ Les règles communes ont été prévues par l'article 125 de la Constitution qui dispose que « les instances constitutionnelles indépendantes œuvrent au renforcement de la démocratie. Toutes les institutions de l'Etat doivent faciliter l'accomplissement de leurs missions.

Ces instances sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative et financière.

Elles sont élues par l'Assemblée des représentants du peuple avec une majorité qualifiée et elles lui soumettent un rapport annuel, discuté pour chaque instance au cours d'une séance plénière prévue à cet effet.

¹⁴ Conscient des avantages qui peuvent être tirés de la reconnaissance de la mission de régulation aux AAI, l'ancien Conseil constitutionnel tunisien a depuis 2007 identifié la spécificité d'une telle mission. En effet, à l'instar du juge français, il a accepté d'octroyer un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation. C'est ce qui ressort des deux avis n°50-2007 et n°30-2009 portant respectivement sur le pouvoir réglementaire du Comité Général des Assurances (CGA) et sur celui du Conseil du Marché Financier (CMF). Lors de son examen de la constitutionnalité des dispositions législatives autorisant l'autorité à édicter des règlements, il a décidé de s'affranchir de l'obstacle constitutionnel en considérant que « l'article 53 de la constitution (...) n'interdit pas au législateur d'habiliter une autorité publique à édicter des réglementations en vue de l'exécution de la loi ... ». Ce qui signifie qu'il a interprété d'une manière souple ledit article. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a décidé d'étendre cette solution à toutes les « autorités publiques ». Celles-ci peuvent contenir diverses autorités allant des ministres jusqu'aux établissements publics, tout en passant par les ordres professionnels

de certaines autorités ne peuvent que justifier l'octroi d'un pouvoir d'édicter des règlements. Ainsi, elles n'auront pas à attendre l'intervention du législateur ni celle du titulaire du pouvoir réglementaire général.

Dans un domaine comme celui de la régulation du secteur de la communication audiovisuelle, la fonction même de régulation de ce secteur implique « que l'autorité qui en est chargée ait la possibilité de tirer les conséquences de l'application qu'elle fait des normes, par une adaptation rapide de ses normes elles-mêmes »¹⁵.

En ce qui concerne l'organisation des élections, l'octroi d'un pouvoir réglementaire à l'ISIE est d'autant plus justifié que l'opération électorale est complexe, lourde et technique, ce qui exige que ladite instance intervienne à chaque étape de ce processus. Le but est de garantir l'organisation d'élections libres, transparentes et honnêtes¹⁶. Néanmoins, les trois autres ICI n'assurent pas une mission de régulation, ni une fonction similaire à celle de l'ISIE, ce qui justifie à notre avis, que le constituant ne leur a pas octroyé un pouvoir réglementaire. Leur mission est essentiellement consultative. Elle consiste également à contribuer à la protection et au renforcement de certains droits et libertés ou à lutter contre la corruption et les violations des droits de l'homme, en relevant les cas suspects et en les transmettant aux autorités compétentes chargées des poursuites et du jugement.

L'examen de la loi organique n°2017-59 du 24 août 2017 relative à l'instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption¹⁷ ainsi que le projet de la loi organique n°42/2016 relatif à l'instance des droits de l'homme¹⁸ corrobore notre idée, en ce sens que les deux textes n'autorisent pas lesdites instances à exercer un pouvoir réglementaire dans leurs domaines d'intervention.

La deuxième raison qui justifie l'octroi d'un pouvoir réglementaire auxdites instances est liée à la qualité de production normative. En effet, la technicité des secteurs à réguler exige que seule l'autorité indépendante soit habilitée et qualifiée à édicter des règlements¹⁹. Son collège se distingue souvent par sa multidisciplinarité et par la présence de professionnels et experts dans le secteur dans lequel elles interviennent. Ce faisant, l'instance indépendante apparaît

¹⁵ Conseil d'Etat, Rapport public 2001, *op.cit.*, p.339.

¹⁶ Il s'agit d'une obligation de résultat et non pas une obligation de moyen.

¹⁷ JORT., n°70-71 du 1-5 septembre 2017, p.2878 et s.

¹⁸ La discussion de ce projet se tient devant l'Assemblée plénière de l'ARP depuis le mois de juillet 2018, mais le projet n'est pas encore adopté.

¹⁹ Tahar (N.), « Quelques propos sur le pouvoir réglementaire des autorités de régulation », in Recueil d'études offert à Mohamed Midoun, *op.cit.*, p.622 et s.

comme la mieux placée pour réglementer, contrôler et répondre aux exigences du secteur. Le collège de l'instance est dès lors le seul capable de produire les normes adéquates qui satisfassent parfaitement les besoins²⁰. En revanche, les autres instances disposent seulement d'un pouvoir d'influence, et ne peuvent aucunement édicter des règlements à caractère obligatoire.

Pour ces multiples raisons, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à l'Instance des élections et celle de la communication audiovisuelle seulement s'avère être une solution heureuse et avantageuse, bien que cette inégalité, quant à l'octroi du pouvoir réglementaire, laisse entendre l'existence d'une certaine hiérarchisation au sein d'une même catégorie juridique.

L'examen des articles 126 et 127 de la Constitution, de l'article 19 de la loi du 20 décembre 2012 relative à l'ISIE et du décret-loi n°2011-116 relatif à la liberté de la communication de l'audiovisuel et à l'HAICA, ainsi que la lecture de la jurisprudence du Tribunal administratif nous poussent à s'interroger sur les caractères du pouvoir réglementaire dévolu à ces deux instances.

L'étude de ces données nous permet de soutenir que le pouvoir réglementaire reconnu aux ICI est un pouvoir fondé sur la Constitution et qui demeure subordonné à la loi (I) d'une part. De plus, c'est un pouvoir limité quant au domaine de leur intervention (II) d'autre part.

Première partie

Un pouvoir réglementaire fondé sur la Constitution et subordonné à la loi

Le pouvoir normatif des ICI est désormais un pouvoir réglementaire²¹. Il est reconnu par les articles 126 et 127 de la Constitution qui prévoient, aussi bien pour l'ISIE que pour l'instance de la communication audiovisuelle, que « l'instance dispose d'un pouvoir réglementaire dans son domaine de compétence ». Le pouvoir réglementaire des ICI est par conséquent fondé sur la Constitution.

Sur le fond, rien n'est vraiment changé, car le pouvoir réglementaire des instances indépendantes a déjà été admis depuis quelques années. Il suffit de rappeler le considérant de l'ancien Conseil constitutionnel dans lequel il considère que « l'article 53 de la constitution (de 1959)...n'interdit pas au

²⁰ TAHAR (N). *Op.Cit*, p 621.

²¹ Le pouvoir normatif des ICI (l'ISIE et l'HAICA) se manifeste, également, dans les décisions individuelles et dans les contrats qu'elles concluent.

législateur d'habiliter une autorité publique (le comité général des assurances) à édicter des règlements en vue de l'exécution de la loi »²². Mais, il est intéressant que l'activité normative des ICI soit expressément qualifiée de pouvoir réglementaire²³. Ainsi inscrit dans le texte constitutionnel, le pouvoir réglementaire des ICI est désormais dérivé de la Constitution. Ceci étant, en l'absence d'une loi habilitant l'une des deux instances à édicter des règlements, rien n'interdit auxdites instances de prendre des règlements « autonomes », sur la base de ce que la doctrine appelle « la clause générale de compétence ». Mais cette intervention initiale n'est que provisoire (A), car elle doit se placer dans le cadre des lois lorsqu'elles interviennent. Hormis cette hypothèse le pouvoir réglementaire des ICI reste toujours subordonné à la loi (B).

A- Un pouvoir « autonome » provisoire, fondé sur une clause générale de compétence

Si le pouvoir réglementaire des ICI est fondé directement sur la Constitution, il paraît loisible de soutenir la possibilité pour ces instances d'édicter des règlements en dehors des cas de renvois prévus par la loi et donc, d'exercer un pouvoir réglementaire initial. Autrement, si l'instance des élections et celle de la communication audiovisuelle tiennent leur compétence réglementaire de la Constitution, devraient-elles continuer à limiter l'exercice de leur pouvoir réglementaire aux renvois et habilitations contenus dans leurs lois respectives ?

Avant la promulgation de la Constitution de 2014, cette habilitation concernant certaines autorités publiques indépendantes doit émaner du législateur. Néanmoins, aucune disposition constitutionnelle n'interdit au titulaire du pouvoir réglementaire général d'habiliter par lui-même une autre autorité administrative à prendre des règlements d'exécution²⁴. Par ailleurs, selon les avis de l'ancien Conseil constitutionnel, ces autorités exercent un pouvoir réglementaire d'exécution des lois, ce qui signifie que les règlements édictés par ces autorités

○ ○ ○

²² Avis du Conseil constitutionnel n°50-2007 sur le projet de loi relatif au comité général des assurances, JORT., n°14 du 15 février 2008, p. 696, voir aussi l'avis n°30-2009 sur le projet de loi portant promulgation du code de prestation des services financiers aux non résidents, JORT., n°65 du 14 août 2009, p. 2361.

²³ Nommer ainsi cette activité est une question d'ordre symbolique.

²⁴ D'ailleurs, depuis longtemps, le Tribunal administratif a accepté qu'un ministre tire sa compétence réglementaire d'une habilitation décréte, TA., 1ère instance, n°14228 du 3 juin 1998 Ahmed Chikhrouhou c/ le ministre de l'éducation, Rec. 1998, p.381 ; TA., 1ère instance, n° 18781, du 4 juillet 2001, Mustapha Ferchichi c/ le ministre de l'éducation (inédit) ; TA., 1ère instance, n°16076 du 9 janvier 2002, Belhassen Elouati c/ le ministre de l'éducation (inédit) C'est notamment le cas du décret portant statut des intermédiaires en bourse n°99-2479 du 1er novembre 1999 qui, dans son article 11 renvoie au CMF la détermination, par « décisions générales », des pièces du dossier qui doit être présenté par le requérant en vue d'obtenir l'agrément définitif lui permettant d'exercer en tant qu'intermédiaire en bourse.

doivent impérativement être précédés par une loi qui prévoit les grandes lignes.

Après 2011, deux textes ont servi à l'adoption par l'ISIE de plusieurs règlements: il s'agit de la loi 2012-23 de l'ISIE et la loi 2014-16 relative aux élections et au référendum²⁵. De même, le décret-loi n°2011-116 a fondé l'exercice par l'HAICA de son pouvoir réglementaire. Mais, cette habilitation législative est-elle toujours obligatoire suite à la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire de ces deux instances?

En réponse à cette interrogation, il importe de souligner que les dispositions des articles 126 et 127 de la Constitution offrent un privilège aux ICI. En effet, en l'absence de loi ou en cas de mutisme du législateur sur l'exercice du pouvoir réglementaire des ICI, celles-ci ont le droit de se fonder directement sur la Constitution pour en faire usage. Autrement dit, lorsqu'un règlement édicté par une ICI ne procède d'aucun renvoi, explicite ou implicite, mais s'avère indispensable pour combler les lacunes techniques de la loi qui interdisent toute application, l'instance est autorisée à le prendre. Il ne s'agit pas ici d'une application de la loi au sens strict, mais d'un ajout à la loi pour en permettre l'application²⁶.

Au demeurant, l'absence du texte législatif, n'interdit point aux ICI de prendre des règlements « autonomes », sur la base de leur « clause générale de compétence²⁷ » de rang constitutionnel. Cette dernière leur confère une aptitude générale, fût-elle résiduelle ou complémentaire, à réguler ou à organiser, voire à mettre en œuvre leurs mandats en matière électorale et dans le secteur de la communication audiovisuelle en cas d'absence de renvois législatifs.

Cette position est corroborée par une jurisprudence du Tribunal administratif bien avant la constitutionnalisation du pouvoir réglementaire de l'ISIE²⁸. En effet, à l'occasion des élections de l'Assemblée nationale constituante, le TA a eu à statuer sur un litige opposant un parti politique et l'instance électorale²⁹. La partie

○ ○ ○

²⁵ La loi électorale n°2014-16 contient plusieurs renvois aux règlements de l'ISIE, tels que les articles 7, 21, 22, 41, 43, 51, 66, 67, 80, 82, 121 et 141.

²⁶ FAURE Bertrand, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », Les cahiers du Conseil constitutionnel n°19, Dossier (loi et règlement), janvier 2006.

²⁷ Voir sur la clause de compétence générale reconnue aux collectivités locales, Jean-Marie PONTIER, « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », JCP A, n°8 du 24 février 2014, p.27 : « cette clause signifie...que les collectivités locales se voient reconnaître une aptitude générale à intervenir ou, si l'on préfère, et pour le dire vite, qu'elles ne sont pas soumises au principe de spécialité comme le sont les établissements publics », voir aussi Jean-Marie PONTIER, « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE, La profondeur du droit local, Paris, Dalloz, 2006, p. 388.

²⁸ Décision de l'ISIE interdisant la publicité politique en période de précampagne en date du 3 septembre 2011.

²⁹ TA., sursis à exécution, n°413885, du 5 octobre 2011, Union patriotique Libre c./ l'ISIE, (inédit).

requérante avait invoqué que la législation en vigueur n’a pas attribué à l’ISIE la compétence de réglementer la phase de la précampagne de manière explicite et qu’elle l’a chargée uniquement de la période de campagne électorale.

Le juge a rejeté la demande du requérant en considérant que « l’ISIE, en tant qu’autorité publique indépendante, dispose d’un pouvoir réglementaire spécial d’application de la loi ; (et que) la décision objet de la demande de sursis à exécution a été prise par l’ISIE dans le cadre de ce que lui a été attribué par le décret-loi n°2011-35 »³⁰. Ainsi, il a jugé que son statut et son mandat lui donnaient le pouvoir de règlementer toutes les phases du processus électoral, y compris la phase de la précampagne quand bien même aucune disposition du décret-loi n°2011-35 ne le prévoyait de manière directe et expresse³¹. Il n’en reste pas moins que cette intervention initiale n’est que provisoire et doit se placer dans le cadre des lois lorsqu’elles interviennent. En effet, hormis cette hypothèse, les compétences des ICI sont déterminées par la loi, en vertu de l’article 65 de la Constitution, ce qui signifie que le pouvoir réglementaire des ICI demeure subordonné à la loi.

La reconnaissance par la Constitution d’une telle préséance au profit des ICI, aussi importante qu’elle puisse paraître, n’a pas pour conséquence la violation du domaine réservé à la loi ni l’affranchissement de l’ICI du contrôle juridictionnel sur la légalité.

B- Un pouvoir subordonné à la loi

Excepté l’hypothèse de l’exercice du pouvoir réglementaire en dehors des cas de renvois législatifs, les deux instances constitutionnelles ne peuvent en aucun cas exercer un pouvoir réglementaire initial dans la mesure où les compétences des ICI sont déterminées par la loi en vertu de l’article 65 de la Constitution³². Le pouvoir réglementaire des ICI sera toujours exercé en exécution des lois. Il s’agit « d’un impératif constitutionnel explicite ».

Par ailleurs, la primauté de l’intervention de la loi n’exclut pas la possibilité pour le chef du gouvernement, en tant que titulaire du pouvoir réglementaire général d’édicter des décrets réglementaires en vue de l’exécution de la loi. En d’autres termes, lorsque le législateur prend une loi en matière électorale, ou

○ — ○

³⁰ Cité et traduit par TAHAR Narjess, in « Le pouvoir réglementaire de l’instance supérieure indépendante pour les élections », à paraître dans Mélanges offerts au Professeur Mohamed Salah BEN AISSA, p.6.

³¹ Ibidem, p.6.

³² L’article 65 de la Constitution fait de la question électorale ainsi que la matière de l’organisation et des compétences des ICI un domaine réservé de la loi et précisément de la loi organique.

en matière des libertés ou des ICI, le chef du gouvernement peut, par voie de décret, intervenir pour édicter des mesures d'exécution de la loi sur invitation de la loi ou spontanément³³. Le pouvoir réglementaire des ICI ne saurait entrer en concurrence avec le pouvoir législatif ou le pouvoir réglementaire général national³⁴. Il n'est par conséquent ni autonome ni initial, c'est un pouvoir dérivé de la Constitution et subordonné à la loi³⁵.

Cette dernière doit, en outre, déterminer expressément l'étendue du pouvoir réglementaire des deux instances, en ce sens que le législateur veille à ce que l'habilitation législative « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leurs champs d'application que par leur contenu »³⁶. Les deux instances ne pourront dès lors aller au-delà de l'habilitation qui leur a été dévolue par la loi. D'où la soumission des actes administratifs pris par elles au contrôle de légalité.

Le contrôle juridictionnel des règlements édictés par les deux instances a permis au juge de vérifier la conformité de certaines décisions à la loi, et ce dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ou par voie d'exception lors de l'examen du contentieux des candidatures aux élections législatives de 2014.

Certains requérants ont soulevé l'exception d'illégalité de la décision de l'ISIE selon laquelle le candidat doit apposer sur la déclaration prévue par l'article 21 de la loi électorale une signature légalisée lorsque ce candidat ne se présente pas personnellement au bureau de l'administration électorale lors du dépôt de sa demande de candidature. Dans leurs requêtes, les demandeurs ont considéré que la décision par laquelle l'instance électorale a rejeté la candidature d'une liste, car ne contenant la signature légalisée de l'un de ses membres absent au moment du dépôt de la candidature, était entachée d'illégalité. Selon eux, l'ISIE a usé illégalement de son pouvoir réglementaire en rajoutant une condition procédurale non prévue par la loi, par laquelle elle restreint l'exercice du droit de se porter candidat.

En réponse aux allégations des requérants, le juge administratif a considéré que le pouvoir dévolu à l'instance électorale l'autorise à fixer les procédures et les

○ — ○

³³ Le pouvoir réglementaire national d'exécution des lois repose sur des titres constitutionnels, les articles 92 et 94 de la constitution.

³⁴ La loi peut renvoyer à un décret pour l'exécution de la loi, comme elle peut laisser directement aux ICI le soin de prendre des mesures d'application en respectant les critères et les prescriptions énoncés par la loi.

³⁵ FAVOREU (L.) et LOIC (Ph.), Observations sous la Décision n°86-217DC, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, *op.cit.*, p. 733.

³⁶ Décision du conseil constitutionnel français n°89-248 du 17 janvier 1989, CSA, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2017, p.614 ; dans la même veine les deux avis du CC tunisien n°50-2007 et n°30-2009 portant respectivement sur le pouvoir réglementaire du comité général des assurances et celui du marché financier.

modalités requises pour se porter candidats aux élections, et que la condition relative à la légalisation de la signature du candidat absent ne constitue pas un ajout par rapport à celles prévues par la loi³⁷. Une interprétation a contrario de la position du juge administratif, nous conduit à conclure que si l'instance avait réellement ajouté une nouvelle condition à celles prévues par la loi, le TA aurait annulé sa décision car entachée d'illégalité³⁸.

Le pouvoir réglementaire de l'ISIE a été également jugé conforme à la loi lors de l'examen du contentieux des candidatures à l'élection présidentielle. En effet, certains requérants ont soulevé l'exception d'illégalité des dispositions réglementaires relatives au parrainage du candidat par des électeurs d'autant plus que la décision de l'ISIE n'a pas prévu l'obligation de la légalisation des signatures des listes de parrainages. La position du juge s'est, d'abord fondée sur le pouvoir réglementaire reconnu à l'ISIE l'habilitant à mettre en application les dispositions législatives relatives au parrainage. Le TA a ensuite considéré que l'absence de la condition de la légalisation de signature n'est pas de nature à porter atteinte à la transparence et à l'intégrité de l'opération électorale³⁹, surtout qu'il appartient à l'instance de vérifier la crédibilité et l'honnêteté des parrainages.

Concernant le pouvoir réglementaire de la HAICA, le TA n'a pas eu l'occasion de se prononcer explicitement sur ce pouvoir. En effet, dans sa décision rendue le 7 juillet 2014 en sursis à exécution⁴⁰, opposant la société AFIP Tunisie à la HAICA, le Premier président a considéré que l'exécution de la décision prise par la HAICA, ayant pour objet l'édiction des cahiers des charges relatifs à l'octroi de licences pour la création et l'exploitation d'une chaîne télévisée privée en Tunisie, n'est pas de nature à entraîner, pour la requérante, des conséquences difficilement réversibles.

○ ○ ○

³⁷ TA., Contentieux électoral, 5ème chambre d'appel, n° 201410012, 17 septembre 2014 (inédit) :

«وحيث فضلا عما تمتاز به الهيئة العليا المستقلة في هذا المجال من سلطة ترتيبية تخول لها ضبط إجراءات وصيغ الترشح للانتخابات، فإنه باشتراطها التعريف بإمضاء أعضاء القوائم المترشحة للانتخابات إنما هي حددت صيغة وإجراءات تقديم مطالب الترشح ولم تضيف أي شرط جديد لم يأت به القانون».

TA, Contentieux électoral, 6ème chambre d'appel, n° 201410079, 20 septembre 2014 (inédit) :

«وحيث أنه خلافا لما انتبه إليه الحكم الابتدائي من أنّ اشتراط التعريف بالإمضاء بالنسبة لعضو القائمة الذي لا يحضر إلى مقر الهيئة يعتبر تطبيقا في ممارسة الحق الانتخابي، فإنّ هذا الشرط لا يعدّ شرطا إضافيا وإنما يندرج في إطار الواجب المحمّل على الهيئة المتمثل في ضمان شفافية ونزاهة العملية الانتخابية ويعدّ أساسه في السلطة الترتيبية الممنوحة للهيئة من قبل المشرع لتحقيق تلك الغاية».

Dans le même sens, voir aussi : TA, Contentieux électoral, 4ème chambre d'appel, n° 201410036, 19 septembre 2014 ; TA, Contentieux électoral, 3ème chambre d'appel, n° 201410042, 20 septembre 2014 (inédits).

³⁸ Voir TAHAR (N.), « Le pouvoir réglementaire de l'instance supérieure indépendante pour les élections », à paraître dans Mélanges offerts au Professeur Mohamed Salah BEN AISSA, p.8.

³⁹ TA, Contentieux électoral, 5ème chambre d'appel, n° 201430006, 10 octobre 2014 (inédit) :

«وحيث منح القانون الهيئة سلطة ترتيبية تخول لها تحديد إجراءات التزكية والوسائل الضرورية للتثبت من قائمة المزيّكين... (وحيث أن اكتفاء الهيئة المدعى عليها بالمطالبة بإمضاءات عادية للمزيّكين ليس من شأنه أن ينال من شفافية ونزاهة العملية الانتخابية ضرورة أنه فضلا عن أنّ الأصل في الأمور السليمة والمطابقة للقانون ما لم يثبت خلاف ذلك، فإنه يرجع إلى الهيئة المدعى عليها التثبت من نزاهة ومصداقية تلك التزكيات بالرجوع إلى سجلها الانتخابي».

⁴⁰ TA., décision en sursis à exécution, affaire n° 417071 du 7 juillet 2014 (inédit).

La juridiction administrative s'est contentée de vérifier les deux conditions requises prévues par l'article 39 de la loi du 1er juin 1972 afin que le requérant puisse obtenir une décision en sursis à exécution. Or, dans ses réponses aux allégations de la requérante, la HAICA a rappelé que l'édiction des cahiers des charges s'insère dans le cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire⁴¹ et que cette compétence l'autorise à appliquer ses règlements avec un effet immédiat, sans que cette application puisse porter atteinte aux droits acquis des destinataires. Ceci étant l'instance n'est pas tenue d'édicter des dispositions transitoires assurant le passage entre une situation ancienne et une nouvelle. Toutefois, compte tenu du fait que l'affaire est jugée en sursis à exécution et non pas au fond, le juge administratif a préféré procéder d'une manière hâtive en examinant uniquement la seconde condition de l'article 39 de la loi de 1972, sans ressentir le besoin de s'attarder sur la compétence réglementaire de l'instance de la communication audiovisuelle.

De ce qui précède on peut conclure que le juge administratif reconnaît aux ICI un pouvoir réglementaire dans la détermination des règles relatives à leurs domaines d'intervention dans le cadre de l'exécution de leurs lois respectives, il n'en demeure pas moins que ces instances ne peuvent en aucun cas passer outre le domaine du législateur, ni porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Deuxième partie

Un pouvoir réglementaire limité quant à son domaine

L'encadrement du pouvoir réglementaire des ICI consiste aussi à limiter ce pouvoir d'un point de vue matériel, en ce sens que les mesures qu'elles seront habilitées à prendre doivent être limitées dans leur « domaine » et dans leur « objet »⁴². Cette limitation concernant le domaine a été retenue par les articles



⁴¹ L'HAICA a répondu aux allégations de la requérante et notamment au motif de la violation du principe de l'égalité entre les différentes chaînes télévisées :

« إنَّ الأصل في السلطة الترتيبية هو التطبيق الفوري للتراتبين إذ لا أحد يمكنه الاعتراض عليها أو الإدعاء بأنها تتضمن قواعد جديدة من شأنها المساس بحقوقه المكتسبة وترتيباً على ذلك فإنه لا يجوز لمستغلي القنوات التلفزية الخاصة القائمة التدرج بعدم اتخاذ الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري أحكاماً انتقالية تحدد أجلاً لمستغلي القنوات التلفزية الخاصة كي يطابقوا نشاطهم مع الشروط الجديدة الواردة بكراًس الشروط ضرورة أن هؤلاء مرتبطون باتفاقيات استغلال مع الدولة التونسية تحدد حقوق وواجبات الطرفين وتضبط بالخصوص مدة الاستغلال. هذا ولئن منح الفصل 50 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المؤسسات القائمة بالمطلب أجلاً لتسوية وضعياتهم إلا أن هذه الأخيرة لم تقدم ما يفيد مبادرتهم بذلك خلال الأجل المحدد وعلى فرض أن الهيئة مطالبة بوضع أحكام انتقالية فإن لا تكون ملزمة بذلك إلا في حال اتخاذها لتراتبين بصورة فنية وهو ما لا يتوافر في صورة الحال باعتبار أن القائمين بالدعوى كانوا على علم منذ صدور المرسوم عدد 116 لسنة 2011 بأن الهيئة ستصدر كتراس شروط و بأنه يتعين عليهم في أجل قدره سنة تسوية وضعياتهم. »

⁴² Avis n°30-2009, §13, *op.cit.* L'expression utilisée par le CC dans son avis n°50-2007 est la suivante : « ...L'habilitation législative doit porter sur « des mesures limitées dans leur contenu et dans leur domaine », Louis Favoreu a pu écrire « L'habilitation législative d'une AAI à édicter des règlements ne peut s'affranchir de l'obligation de respecter la hiérarchie des compétences. Une hiérarchie qui doit faire du pouvoir réglementaire des autorités de régulation un pouvoir non seulement limité « en surface, mais aussi en profondeur », Favoreu (L.) et Loic (Ph.), Observations sous la Décision n°86-217DC, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, *op.cit.*, p. 733.

126 et 127 qui disposent que « l'instance dispose d'un pouvoir réglementaire dans son domaine de compétence ». Cependant, la loi électorale ainsi que le décret-loi n°2011-116 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et à l'HAICA contiennent des dispositions qui reconnaissent à chaque instance la possibilité d'intervenir, au moyen des règlements, dans le domaine de l'autre, ce qui nous permet de retenir que leur domaine n'est pas exclusivement réservé à l'une ni à l'autre instance (B).

A- Un pouvoir réglementaire dans leurs domaines de compétence

L'Instance des élections et celle de la communication audiovisuelle ne peuvent en aucun cas dépasser ou aller au-delà de leur secteur d'intervention. De même que le texte d'habilitation ne peut non plus se limiter à prévoir que telle autorité peut prendre des règlements sans préciser le domaine dans lequel ladite autorité sera amenée à intervenir. Il s'agit donc d'un pouvoir réglementaire sectoriel et spécial⁴³.

Quand bien même elle n'assure pas une fonction de régulation, l'ISIE dispose d'un pouvoir réglementaire spécial (par rapport au domaine d'intervention) qui paraît non seulement recommandable, mais indispensable pour la mise en œuvre des dispositions de la loi électorale⁴⁴. L'article 15 du règlement intérieur est assez clair sur ce point : il dispose que l'instance électorale dispose d'un pouvoir réglementaire spécial dans le domaine électoral. Ce même article a énuméré à titre indicatif 11 matières relevant du domaine de compétence de l'ISIE. En effet, l'organisation des élections ou des référendums exige que l'instance indépendante des élections puisse intervenir chaque fois que la situation impose la prise d'une décision liée à n'importe quelle étape de l'opération électorale telle que l'inscription des électeurs, ou celle ayant trait aux candidatures ou encore à l'application des dispositions relatives à la campagne électorale⁴⁵.

S'agissant de l'HAICA, c'est l'article 16 du décret-loi n°2011-116 qui détermine le domaine d'intervention de cette instance. En effet, cette dernière chargée de l'organisation et de la régulation du secteur de la communication est habilitée

○ ————— ○

⁴³ Tahar (N.), « Quelques propos sur le pouvoir réglementaire des autorités de régulation », in Recueil d'études offert à Mohamed Midoun, *op.cit.*, p.622 et s.

⁴⁴ Les articles 2 et 3 de la loi organique n° 2012-23 fixent la mission et les domaines de compétence de l'ISIE comme suit : Article 2 : « L'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections veille à assurer des élections et référendums démocratiques, libres, pluralistes, honnêtes et transparents » ; Article 3 : « L'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections est chargée de toutes les opérations liées à l'organisation, l'administration et la supervision des élections et référendums conformément à la présente loi et à la législation électorale; dans ce cadre elle est chargée notamment de ce qui suit: une liste contenant 18 tirets.

⁴⁵ Voir Tahar (N.), « Le pouvoir réglementaire de l'ISIE », à paraître dans les Mélanges offerts au Professeur Mohamed Salah Ben Aissa.

à veiller au respect des règles et du régime régissant le secteur audiovisuel par toutes les instances, autorités, établissements et parties concernés, à examiner les demandes d'octroi des licences de création et d'exploitation des établissements de communication audiovisuelle, à examiner les demandes d'octroi de licences de création et d'exploitation des chaînes radiophoniques et télévisées associatives à but non lucratif, aux associations tunisiennes créées conformément à la législation en vigueur et ce par dérogation aux dispositions de l'article 2 du code de commerce, à adopter des cahiers des charges et des conventions de licences spécifiques aux établissements de communication audiovisuelle, à conclure et à contrôler le respect de leurs dispositions, à contrôler le respect par les établissements de communication audiovisuelle des clauses des cahiers des charges et de manière générale, à respecter les règles déontologiques régissant le secteur de l'audiovisuel, et à veiller à garantir la liberté d'expression, le pluralisme d'idées et d'opinions, en particulier en ce qui concerne l'information politique par les secteurs public et privé de l'audiovisuel. Son pouvoir normatif à caractère réglementaire se concrétise grâce à l'habilitation qu'elle a reçue du législateur pour fixer les règles de conduite relatives à la publicité et contrôler leur respect par les établissements de communication audiovisuelle et d'élaborer les normes à caractère juridique et technique relatives à la mesure d'audience (audimat) des programmes diffusés par les établissements de communication audiovisuelle et contrôler leur respect.

B- Une compétence non exclusive

Quand bien même elles disposent d'un titre de compétence réglementaire spécial en matière électorale et dans le domaine de la communication audiovisuelle, les deux instances sont ou bien concurrencées par le pouvoir réglementaire national ou bien elles se partagent une compétence en collaboration l'une avec l'autre.

Dans le premier cas, certaines autorités sont invitées par la loi à prendre des règlements dans le domaine électoral par exemple. Ainsi les décisions réglementaires échappent à l'instance électorale. C'est notamment le cas du chef du gouvernement habilité par le législateur pour décréter les plafonds des dépenses de la campagne électorale ainsi que le plafond, les conditions et les procédures du financement privé et public⁴⁶. C'est le cas également de la Banque

⁴⁶ Voir le décret n°2014-2761 du 1er août 2014, fixant le plafond global des dépenses de la campagne électorale et le plafond du financement privé ainsi que le plafond du financement public et ses conditions et procédures pour les élections législatives de l'année 2014, décret n° 2014-3038 du 29 août 2014, fixant le plafond global des dépenses de la campagne électorale et le plafond du financement privé ainsi que le plafond du financement public et ses conditions et procédures, pour l'élection présidentielle de l'année 2014, le décret gouvernemental n°2017-1041 en date du 19 septembre 2017 fixant le plafond global des dépenses de la campagne électorale et le plafond du financement privé ainsi que le plafond du financement public et ses conditions et procédures pour les élections municipales de l'année 2018.

centrale de Tunisie qui a été appelée à édicter des règles concernant les comptes bancaires uniques affectés à la campagne électorale.

Par ailleurs, l'HAICA et l'ISIE se partagent une compétence en collaboration l'une avec l'autre sous forme de décisions conjointes adoptées et signées par les deux instances. C'est le cas de la réglementation relative à la campagne électorale à travers les médias audiovisuels qui doit être adoptée en collaboration avec l'HAICA. La loi distingue deux formes de collaboration :

La première est celle prévue par les articles 66 et 67 de la loi électorale. Elle concerne les décisions prises en concertation⁴⁷ avec la HAICA. Ces dernières sont liées d'une part à la réglementation de l'utilisation des médias audiovisuels étrangers par les listes-candidates à l'étranger, et aux règles et aux conditions générales auxquelles les médias (en général) doivent se conformer durant la campagne électorale d'autre part.

La deuxième forme de collaboration est celle de la décision conjointe⁴⁸. Elle concerne la fixation des règles et procédures de la campagne relative aux médias audiovisuels.

Or, l'existence de compétences conjointes entre les deux instances peut être source de conflits.

Les dispositions du chapitre VI risquent d'enclencher de sérieux conflits non seulement entre lesdites instances elles-mêmes, mais également entre ces instances et le pouvoir exécutif. En effet, la nature horizontale de leur champ d'intervention pourrait engendrer des recoupements au niveau de leurs compétences. L'exemple le plus significatif est celui du conflit qui est survenu entre la HAICA et l'ISIE lors de l'organisation des élections législatives et présidentielles concernant la réglementation du silence électoral.

Quelques jours avant le scrutin des législatives, la HAICA avait usé de son pouvoir réglementaire et a édicté un règlement⁴⁹ qui a suscité l'hostilité de l'ISIE. Dans cette décision, l'instance de la communication audiovisuelle établit une distinction entre la période du silence électoral sur le territoire national et la période du silence électoral à l'étranger, et autorise les médias à diffuser les résultats des sondages à la suite de la sortie des urnes à la fin du silence électoral sur le territoire tunisien ; ce qui a été vu par l'ISIE comme un acte illégal et un

○ ————— ○

⁴⁷ بالتشاور

⁴⁸ القرار المشترك

⁴⁹ Décision n° 6 du 22 octobre 2014

empiètement sur son domaine de compétence. D'ailleurs elle a demandé à la HAICA de retirer sa décision, mais celle-ci a refusé d'obtempérer⁵⁰.

Le même conflit a surgi de nouveau à l'occasion de l'élection présidentielle. En effet, quelques jours avant le déroulement de l'opération de vote, la HAICA a proposé à l'ISIE l'adoption d'une décision conjointe autorisant les médias audiovisuels à diffuser les résultats des sondages à la suite de la sortie des urnes, une fois l'opération de vote sur le territoire national terminée. Mais, l'ISIE a refusé de s'associer à cette décision qu'elle considère illégale. Or, et malgré le refus de l'instance des élections, la HAICA a unilatéralement édicté la décision n° 7 en date du 20 novembre 2014⁵¹.

Face à l'« entêtement » de l'HAICA, l'ISIE a réagi en intentant un recours pour excès de pouvoir et une demande de report de l'exécution de ladite décision devant le TA. Le Premier président du TA a répondu favorablement en décidant le report de l'exécution du règlement contestée⁵². Cependant, l'ordonnance du juge n'a été respectée ni par la HAICA, ni par les médias tunisiens qui, de surcroît, n'ont pas cessé de critiquer l'ISIE pour sa rigidité dans l'interprétation de la loi et pour sa volonté, selon eux, de censurer les libertés d'expression, d'information et de communication⁵³.

La possibilité de conflit entre ces instances et le pouvoir central n'est pas non plus exclue. En ce sens que le pouvoir central peut exercer une compétence déjà attribuée, par la Constitution à une ICI. On cite l'exemple du gouvernement qui a pris la décision de fermer une radio et une chaîne de télévision en juillet 2014, pour apologie du terrorisme sans que la HAICA ne soit consultée. Cette dernière a estimé que « toute décision de sanction administrative décidée à l'encontre d'une institution médiatique ne peut être prise qu'en référence au décret-loi n°2011-116 et les procédures qui y sont précisées⁵⁴, alors que le gouvernement a estimé, sur la base d'autres textes juridiques (code des télécommunications) qu'il est de ses prérogatives de prendre de telles décisions⁵⁵.



⁵⁰ Tahar (N.), « Le pouvoir réglementaire de l'ISIE », à paraître dans les Mélanges offerts au Professeur Mohamed Salah Ben AISSA.

⁵¹ Alors que le vote en Tunisie se termine le 23 novembre à 18 heures, le vote à l'étranger se poursuit dans certains pays (notamment aux USA et particulièrement à San Francisco) jusqu'au 24 novembre à 02 heures du matin heure tunisienne.

⁵² Ordonnance n° 417830 du 21 novembre 2014, portant report d'exécution de la décision de la HAICA n° 7 du 20 novembre 2014.

⁵³ TAHAR (N.), « Le pouvoir réglementaire de l'ISIE », à paraître dans les Mélanges offerts au Professeur Mohamed Salah Ben AISSA.

⁵⁴ <http://haica.tn/fr/201421/07//clarification-en-ce-qui-concerne-la-decision-de-fermeture-de-la-radio-nour-et-de-la-chaîne-de-télévision-al-insene-annoncée-par-le-gouvernement>.

⁵⁵ Voir le rapport de Democracy Reporting International intitulé « la mise en œuvre de la constitution tunisienne au niveau du cadre juridique », période : 1er avril 2016-30 septembre 2016, p.24-25.

Conclusion

Au total, l'étude du pouvoir réglementaire des ICI nous propulse au cœur de la réalité du pouvoir réglementaire des autorités secondaires qui est généralement sous-estimée dans la doctrine dominante où il est convenu d'opposer la compétence de droit commun du Chef du gouvernement aux compétences spéciales et nettement circonscrites des autres autorités publiques⁵⁶. La position de la jurisprudence administrative confirmant la possibilité pour ces instances d'intervenir même en l'absence de renvois législatifs. Cette position est d'autant plus appréciée que le pouvoir réglementaire des ICI se fonde sur la clause de compétence générale ayant un rang constitutionnel. Elle conforte, ainsi, l'idée que le principe de spécialité réglementaire de ces autorités doit se concilier avec une tendance à la généralisation de leur pouvoir indispensable au bon exercice de leur fonction.

En somme le pouvoir réglementaire des ICI apparaît comme une manifestation de l'élargissement des sources formelles du droit administratif, mais témoigne également d'une tension entre l'ordre juridique et son environnement, entre les moyens et les besoins d'expression des personnes publiques.

○ ○

⁵⁶ FAURE Bertrand, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », Les cahiers du Conseil constitutionnel n°19, Dossier (loi et règlement), janvier 2006.

المحور الثاني

أي رقابة على الهيئات الدستورية؟

الرقابة القضائية على قرارات الهيئات الدستورية المستقلة

○ مراد بن مولي*

تمثل الهيئات المستقلة شكلا مستحدثا من الهياكل العمومية، برزت خلال النصف الثاني القرن الماضي في عدد من الدول الغربية على إثر تراجع دور الدولة سواء تجاه السوق عبر إلزامها بالتخلي عن احتكار مهام متنافرة تتمثل في تأطير الأنشطة الاقتصادية والتعهد بمهام تعديلية لتلك الأنشطة من جهة، وإلى التخلي عن إدارة عدد من المسائل الحساسة ذات الصلة الوثيقة بالحقوق والحريات الأساسية عبر إسناد إدارة تلك المجالات إلى هياكل عمومية تتمتع بالإسقاط الهيكلية والوظيفية عن هياكل السلطة التنفيذية وتخضع إلى ضوابط النجاعة والشفافية وذلك في إطار إعادة توزيع أفعى داخل السلطة التنفيذية وذلك قصد الحد من تجاوزات هذه السلطة وإضفاء مزيد من الشفافية والنزاهة على طريقة إدارة والإشراف على عدد من الوظائف الحساسة ذات الصلة بالحقوق والحريات للقطع مع الإرث الإستبدادي، على غرار النموذج التونسي، وبما أفضت إليه تلك المقاربة إلى تراجع هام لرصيد ثقة المواطن في نزاهة وحيادية السلطة التنفيذية¹، خاصة في ظل غياب التعددية السياسية وتداخل بين الإدارة والسلطة التنفيذية المتماهية مع الحزب الواحد، في إدارتها لتلك المسائل واعتبارها عنصرا مهيدا لدولة القانون والمؤسسات من جهة، وإستجابة للطلبات الملحة والمتطورة المتعلقة بإضفاء مزيد من الشفافية في الاضطلاع بتلك المهام من جهة أخرى².

وقد شهدت الهيئات المستقلة، سواء في تونس أو في فرنسا، تطورا من حيث الطبيعة القانونية مروراً بإحداث هيئات إدارية مستقلة تنشط أساسا في مجالات تعديلية دون أن يتم منحها الشخصية القانونية والاستقلال الإداري والمالي مروراً إلى صنف جديد من الهيئات المستقلة في شكل هيئات عمومية مستقلة، عبر منح تلك الهياكل الشخصية القانونية في بعض الحالات ومنحها صلاحيات هامة وصولاً إلى إحداث هيئات دستورية مستقلة في إطار إعادة توزيع أفعى للسلط داخل السلطة التنفيذية³.

ولئن تتحد الهيئات الدستورية المستقلة، على النحو المكرس في الدستور التونسي، من حيث المكانة القانونية، في قيمتها الدستورية من خلال التنصيب عليها صلب الدستور مفهوماً أو تخصيصاً... والتي يرى المؤسس أنه من الأفضل إسنادها لهيئات مستقلة نظراً لعدم ثقته في السلطة أو تجنباً لإثقال كاهلها، تقرير لجنة الهيئات الدستورية حول مشروع الدستور، بتاريخ 26 سبتمبر 2012.

² تقرير حول واقع وأفاق الهيئات الدستورية في تونس، محمد شفيق صرصار ومراد بن مولي، ص 20.

³ وهو ما عمل المؤسس إلى تكريسه ضمن دستور جانفي 2014 عبر إحداث الهيئات الدستورية المستقلة وإفرادها بباب خاص (الباب السادس) وذلك بالتوازي مع إعادة التوزيع العمودي للصلاحيات داخل السلطة التنفيذية عبر تكريس الحكم المحلي ممثلة في مختلف أصناف الجماعات العمومية المحلية (الباب السابع من الدستور).

○ * مستشار بالمحكمة الإدارية ونائب رئيس الهيئة العليا المستقلة للانتخابات سابقا.

¹ « أن الهيئة الدستورية هي التي يتم التنصيب عليها صلب الدستور مفهوماً أو تخصيصاً... والتي يرى المؤسس أنه من الأفضل إسنادها لهيئات مستقلة نظراً لعدم ثقته في السلطة أو تجنباً لإثقال كاهلها، تقرير لجنة الهيئات الدستورية حول مشروع الدستور، بتاريخ 26 سبتمبر 2012.

² تقرير حول واقع وأفاق الهيئات الدستورية في تونس، محمد شفيق صرصار ومراد بن مولي، ص 20.

³ وهو ما عمل المؤسس إلى تكريسه ضمن دستور جانفي 2014 عبر إحداث الهيئات الدستورية المستقلة وإفرادها بباب خاص (الباب السادس) وذلك بالتوازي مع إعادة التوزيع العمودي للصلاحيات داخل السلطة التنفيذية عبر تكريس الحكم المحلي ممثلة في مختلف أصناف الجماعات العمومية المحلية (الباب السابع من الدستور).

القانونية والإستقلالية الإدارية والمالية، تتم إدارته بصورة جماعية من قبل مجالس المنتخبة تضم عددا من الكفاءات المتخصصة، بحسب طبيعة وخصوصية مجال نشاطها، تتمتع بالحياد والكفاءة والخبرة وذلك قصد الرفع من نجاعة التصرف العمومي ولإضفاء مزيد من الشفافية على إدارة بعض المجالات خاصة ذات الصلة الوثيقة بالحقوق والحريات الأساسية.

هذا التطور على المستوى الهيكلي لمنظومة الهياكل العمومية استتبعه تطور على مستوى مضمون وشكل القانون الإداري والقواعد التي تنشئها تلك الهياكل المستحدثة سواء من حيث الطبيعة القانونية أو من حيث صيغ إعداد وإصدار تلك القواعد بما يتلاءم وخصوصية عملها واستجابتها لإكراهات الشفافية والحوكمة الرشيدة، وتشريك مختلف المتدخلين في تأطير المجالات التي تعهد إلى تلك الهيئات من خلال إنتاج وصياغة أدوات وقواعد مرنة لا تخضع للصرامة الشكلية والإجرائية المعتمدة عادة في صياغة وإصدار القواعد القانونية عادة. وتتخذ تلك الأدوات والقواعد المستحدثة أشكالاً ونماذج مختلفة على غرار التوصيات ومدونات السلوك والبلاغات والآراء والتي تندرج في إطار ما يعرف بالقانون المرن.

وحيث يخلص مما تقدم، تعدد أوجه وأبعاد هذا التطور للقانون العام بمختلف فروعها: القانون الدستوري أو إداري أو المالي التي طالت المستوى الهيكلي أو الوظيفي للهياكل العمومية عبر بروز مجالات مستحدثة إلى جانب المجالات المسندة سابقاً للإدارة والأجهزة التابعة للسلطة التنفيذية وكذلك على مستوى مضمون قواعد القانون الإداري.

وطالما أن الهيئات الدستورية المستقلة تنشط داخل الدولة من جهة، وذلك خلافاً لما يدفع به عدد من رافضي هذا الصنف الجديد من الهياكل العمومية عبر إدعائهم بأن تلك الهيئات تنزع إلى الاستقلال عن الدولة وعدم الاعتراف بها، وإلى التوجه المطرد للقاضي الإداري إلى إخضاع مختلف أوجه التصرف للأجهزة التابعة للدولة إلى قواعد وضوابط دولة القانون عبر بسط رقابته على قرارات وأعمال تلك الهياكل العمومية باعتبارها تنشط في مجال إداري، من جهة أخرى، مما يطرح تساؤلاً بخصوص مدى تأثير النظام القانوني المخصوص للهيئات الدستورية المستقلة على طبيعة الرقابة القضائية التي يمكن إجراؤها على قرارات تلك الهيئات؟ وهل أن الميزات الخصوصية لتلك الهيئات وخاصة المتعلقة منها باستقلاليتها عن السلطة التنفيذية وخصوصية المجالات التي تنشط فيها أفضت إلى إفرادها برقابة قضائية مخصصة من حيث الطبيعة والأوجه؟

فإلى أي مدى كانت الخصوصيات المميزة للهيئات الدستورية محدّدة لإقرار رقابة قضائية على القرار الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة؟ وما هي أوجه تأثير تلك المميزات الخصوصية للهيئات الدستورية المستقلة على نظام الرقابة القضائية للقرارات الصادرة عنها؟

يبرز من دراسة التشريع المتعلق بالهيئات الدستورية المستقلة أو من فقه القضاء الإداري الصادر في هذا المجال، غياب قواعد مخصصة لإعمال الرقابة القضائية التي يجريها القاضي الإداري على

القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة (قسم 1) فضلا عن عدم تلاؤم تلك الرقابة مع طبيعة وخصوصية الهيئات الدستورية المستقلة (قسم 2).

قسم أول

غياب قواعد مخصصة لإعمال الرقابة القضائية على القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة

تولّى القاضي الإداري، في إطار تكريس مفهوم دولة القانون وما يستدعيه ذلك من وجوب خضوع مختلف أعمال الهياكل العمومية ومختلف القرارات الصادرة عنها لرقابته، إقرار رقابته على القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة (فصل أول) وإعمال القواعد المعتمدة عادة من قبله تجاه مختلف الهياكل العمومية، بمناسبة بسط رقابته على القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة، دون الالتفات إلى الطبيعة الدستورية لهذه الهيئات وخصوصية نشاطها (فصل 2).

فصل أول: إقرار الرقابة على قرارات الهيئات الدستورية المستقلة

يبرز من قراءة مختلف النصوص القانونية سواء المتعلقة منها بضبط أحكام مشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة أو المتعلقة بإحداث وتنظيم مختلف للهيئات الدستورية المستقلة غياب أحكام تتعلق بضبط النظام القانوني للرقابة القضائية التي تخضع إليها القرارات الصادرة عن تلك الهيئات. حيث لم يتضمن القانون الأساسي المتعلق بضبط الأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية سوى فصل وحيد يتعلق بالنزاعات في صنف محدود ومخصص من القرارات المتعلقة بالتصرف في المسار المهني لأعوان الهيئات، وهو ما يمثل تراجعا عن الصيغة الأولى لمشروع القانون المذكور الذي تضمنت توجيهها عاما بخصوص إرادة المشرع في إخضاع القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة بصورة واضحة وجليّة إلى نظام مخصص للرقابة القضائية. وهو ما يعكس غياب رؤية تشريعية واضحة بخصوص المنظومة القانونية للرقابة القضائية على القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة.

وتجدر الإشارة إلى أن غياب رؤية تشريعية واضحة بخصوص النظام القانوني للرقابة القضائية على الهيئات الدستورية المستقلة لم تحل دون إقرار القاضي الإداري التونسي، على غرار نظيره القاضي الإداري الفرنسي، اختصاصه لبسط رقابته على القرارات الصادرة عن تلك الهيئات تجسيما لمفهوم دولة القانون، وما تستدعيه من ضرورة إخضاع أعمال وقرارات مختلف الهياكل العمومية إلى واجب التقيد بالقانون وإلى رقابة القاضي الإداري وهو ما يبرز من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية في هذا الصدد. فقد أقر القاضي الإداري، بمناسبة نظر في الطعن المقدم من إحدى جمعيات المجتمع المدني في القرار الصادر عن الهيئة العليا المستقلة للانتخابات المتعلقة بانتداب المدير التنفيذي لهذه الهيئة، اختصاص المحكمة الإدارية للبت في تلك المنازعة معللا ذلك بأنه «وحيث أن قرارات الهيئة العليا المستقلة للانتخابات المتعلقة بانتداب أعوانها أو وبإعفاءهم إنما هي قرارات صادرة عن هيئة عمومية

مستقلة تسهر على تسيير مرفق عام للانتخابات وتلبس قراراتها بصلاحيات السلطة العامة وبالصبغة الإدارية.

وحيث أنه من المبادئ المستقرة في فقه القانون الإداري وقضائه أن دعوى تجاوز السلطة تعدّ وسيلة دائمة لتحقيق المشروعية تستأثر بها المحكمة الإدارية وتمتدّ بمقتضاها رقابتها إلى كلّ المقرّرات الصادرة في المادة الإدارية طبقاً لما اقتضاه الفصل 3 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية عدا ما أستثني منها بنصّ قانوني صريح العبارة.

وحيث وطالما لم يحصّن المشرّع القرارات المتعلقة بانتداب الهيئة لمديرها التنفيذي صراحة ضدّ دعوى تجاوز السلطة فإن اختصاص النظر فيها يكون موكولاً إلى قاضي الإلغاء في نطاق الولاية العامة المعقودة لفائدته في هذا الاختصاص، الأمر الذي يتّجه معه ردّ هذا الدفع⁴.

ويعدّ هذا التوجّه من قبل القاضي الإداري التونسي «تكريساً لفقه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي⁵ ومجلس الدولة الفرنسي⁶ باعتبار ممارسة تلك الهيئات لصلاحيات السلطة العامة ممّا يستدعي خضوعها كبقية الهياكل العمومية إلى الرقابة على شرعية أعمالها أو مساءلتها وتعمير ذمتها في صورة ما إذا ما ترتب عن أعمالها ضرر للغير أمام القاضي الإداري باعتباره القاضي الطبيعي لأعمال تلك الهيئات بالنظر إلى طبيعة مجال نشاطها واتصاله الوثيق بالمجال الإداري وتلبسها أثناء مباشرتها لمهامها بصلاحيات السلطة العامة، ليطمّ تضمين ذلك التمشّي الفقه قضائي من قبل المشرّع سواء صلب القانون الأساسي المتعلّق بضبط الأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة أو صلب القانون الأساسي المتعلّق بكلّ هيئة دستورية⁷».

ويبرز جلياً أنه ولئن أقرّ القاضي الإداري بأنّ القرار المطعون فيه صدر عن هيئة عمومية مستقلة فإن مباشرة هذه الأخيرة لمهام تسيير مرفق عام وتلبسها بصلاحيات السلطة العامة من شأنه أن يضيء على القرارات الصادرة عنها بمناسبة إدارتها لذلك المرفق الصبغة الإدارية ويخضعها إلى رقابة القاضي الإداري، معتمداً في ذلك على جملة المؤشرات المتصلة منها سواء بالمستوى الهيكلي أو الوظيفي التي يعتمد عليها عادة للبتّ في مسألة اختصاصه لإقرار اختصاصه للبتّ في النزاعات المرفوعة أمامه ضدّ بقية الهياكل العمومية. إذ لم نظفر في تأسيس القاضي الإداري لاختصاصه للنظر في ذلك الصنف من النزاعات بإشارة إلى المميّزات الخصوصية للهيئات الدستورية المستقلة (الصبغة الدستورية عدم

⁴ حكم ابتدائي عدد 138151 بتاريخ 30 ديسمبر 2016: الجمعية التونسية من أجل نزاهة وديمقراطية الانتخابات/ الهيئة العليا المستقلة للانتخابات ورئيس مجلس نواب الشعب.

⁵ Conseil Constitutionnel ; Décision du 18 septembre 1986 ; déclarant à propos de la CNIL, que comme toute autorité administrative elle est « soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le gouvernement qui est responsable devant le parlement de l'activité de l'administration de l'Etat, que par toute autre personne qui est intéressé » ; Marc Gjidara ; Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes.

⁶ Le Conseil d'Etat avait consacré la notion elle-même dans un arrêt rendu le 6 décembre 1968, Ministre des armées c/ Ruffin. Et c'est par analogie que le Conseil d'Etat a appliqué ce label à la COB, considérée jusque-là comme une institution spécifique créée en 1977 : C.E., 5 novembre 1993, COB (cette qualification par le juge étant reprise par la loi du 2 juillet 1996) ; op cit..

⁷ محمد شفيق صرصار ومراد بن مولي، المرجع السابق، ص 61.

خضوعها لرقابة إشراف أو سلطة رئاسية...) واندراجها في إطار إعادة التوزيع للصلاحيات داخل السلطة التنفيذية وتمتع عدد منها بالسلطة الترتيبية المتخصصة.

ولم يقتصر غياب نظام مخصص للرقابة القضائية على القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية على مستوى المقاربة المعتمدة من قبل القاضي الإداري لإقرار اختصاصه في هذا المجال بل امتد ذلك إلى طبيعة القواعد المعتمدة من قبله في تكييف القرارات الصادرة عن تلك الهيئات.

فصل 2: اعتماد القواعد العامة في تكييف القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة

يتجلى عدم إفراد القاضي الإداري القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة بمقاربة مخصصة أثناء بثه في النزاعات المتعلقة بها من خلال إعماله للقواعد العامة التي يعتمدها عادة تجاه عدد من أصناف القرارات الإدارية سواء المتصلة منها بالتمييز بين القرارات الفردية والقرارات الفردية أو التمييز بين القرارات المتصلة والقرارات المنفصلة عن العمليات المركبة التي تعهد لتلك الهيئات قصد الاضطلاع بها وتأمينها، على غرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات. غير أن تلك المقاربة لا تخلو من بعض الإستثناءات والفردات في تعاطي القاضي الإداري مع بعض القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة.

لئن واصل القاضي الإداري التونسي، على غرار نظيره الفرنسي، اعتماد نفس القواعد العامة في تكييف القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة والتي تعتمد عادة في تكييف بقية القرارات الإدارية كالتصنيف المعتمد من قبله القائم على التمييز بين القرارات الترتيبية والقرارات الفردية، فإننا نظفر، بإطلاعنا على بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية، على تكييف غريب للقاضي الإداري لبعض القرارات الفردية الصادرة عن الهيئة العليا المستقلة للانتخابات كقرارات ترتيبية على غرار القرارات المتعلقة بضبط القائمة الأولية للأعوان أو أعضاء الهيئات الفردية أو القرارات المتعلقة بضبط القوائم النهائية لهذا الصنف من الانتداب.

فقد خلص القاضي الإداري ضمن الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 5 ماي 2016 تحت عدد 138151: المرصد التونسي لاستقلال القضاء/ الهيئة العليا المستقلة للانتخابات⁸ إلى أنه «وحيث أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن توافر شرط الصفة والمصلحة في القيام لدى الجمعيات بخصوص القرارات الترتيبية، مثلما هو الشأن بالنسبة للقرار المطعون فيه، يتوقف أن يكون موضوع الدعوى...» ولم يكن هذا الموقف معزولا بل واصلت المحكمة تكريسها في عدد من القضايا المماثلة⁹ والحال أن هذا الصنف

⁸ تتعلق الدعوى بالطعن بالإلغاء في القرار الصادر عن الهيئة المتعلقة بضبط القائمة النهائية للمرشحين المقبولين نهائيا لعضوية الهيئات الفرعية بالخارج.
⁹ القضية عدد 138148 بتاريخ 5 ماي 2016 تتعلق بالطعن في ضبط قائمة المترشحين المقبولين نهائيا لعضوية الهيئات الفرعية بالخارج
القضية عدد 138147 بتاريخ 5 ماي 2016 تتعلق بالطعن في ضبط قائمة المترشحين المقبولين أوليا لعضوية الهيئات الفرعية بداخل الجمهورية
القضية عدد 138150 بتاريخ 5 ماي 2016 بخصوص الطعن في القرار المتعلق بفتح باب الترشح لعضوية الهيئات الفرعية بالخارج.
القضية عدد 138149 بتاريخ 5 ماي 2016 بخصوص الطعن في القرار المتعلق بفتح باب الترشح لعضوية الهيئات الفرعية بداخل الجمهورية.

من القرارات يندرج ضمن خانة القرارات الفردية أو على النحو المعتمد من قبل فقه القضاء المقارن ضمن صنف ما يعرف بالقرارات المتعلقة بحالات معينة (décisions d'espèce)¹⁰ بما ينزع عنها الصبغة الترتيبية لخلو تلك القرارات من قواعد عامة ومجردة وتعلقها بمسألة أو وضع محدد¹¹.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري لم يقتصر على أعمال القواعد العامة، في تكييف القرارات الإدارية، على التمييز بين القرارات الفردية والقرارات الترتيبية بل امتد أيضا إلى تكريس فقه القضاء المتعلق بالتمييز بين القرارات المتصلة أو القرارات المنفصلة على بعض العمليات المركبة خاصة في مجال تنظيم الانتخابات. حيث خلص القاضي الإداري في القضية عدد 124974 الصادر بشأنها الحكم الابتدائي عدد 124974 بتاريخ 30 أبريل 2012: ياسين بن بوعلي/ رئيس الهيئة الفرعية للانتخابات بسوسة إلى «... أن القرارات التي تصدرها الهيئات الفرعية للانتخابات والمستهدفة بالطعن إبتدائيا أمام القضاء العدلي وإستئنافيا أمام المحكمة الإدارية هي تلك المتعلقة برفض الترسيم بالقوائم المترشحة لانتخابات المجلس الوطني التأسيسي إعتبارا لكونها من قبيل القرارات المنفصلة عن العملية الإنتخابية.

وحيث خلافا لذلك، فإن القرارات التي تتخذها الهيئات الفرعية للانتخابات بخصوص قبول ترسيم قائمة أو سحب ترسيمها إنما تندرج ضمن زمرة القرارات المتصلة بالعملية الإنتخابية ككل...».

وحيث أن التكييف المائل يتسم بعدم الدقة، لأن القرارات المتعلقة برفض ترسيم قوائم مترشحة تندرج في إطار صلاحيات الهيئات الفرعية للانتخابات بمناسبة تبها في الترشيحات كمرحلة من مراحل المسار الإنتخابي بما يتعارض مع التكييف القانوني الذي إعتمده القاضي الإداري لهذا الصنف من القرارات. وأن أفراد المشرع النزاعات المتعلقة بهذا الصنف من القرارات بإجراءات خاصة لاتنزع عنها إندراجها في صميم العملية الانتخابية بما يتيح إثارة والتمسك بما شاب تلك المرحلة من خروقات أمام قاضي النتائج بمناسبة الطعن في النتائج الأولية التي أفضت إليها تلك العملية. ولئن أسند المشرع البتّ في هذا الصنف من النزاعات المتعلقة بفترة الترشيحات للانتخابات إلى القاضي الإداري، فإن الإشكال بقي مطروحا بخصوص تحديد ما إذا كان هذا الصنف من الطعون يندرج في إطار دعوى تجاوز السلطة أم القضاء الكامل.

فلئن يبرز بالإطلاع على فقه قضاء المحكمة الإدارية، في مجال نزاعات الانتخابية، أن الطعون المرفوعة أمامها بمناسبة الطعن في الترشيحات تندرج في إطار دعوى تجاوز السلطة وأن دور القاضي يقتصر على التصريح بشرعية القرارات الصادرة عن الهيئة العليا المستقلة للانتخابات أو بعدم شرعيتها والقضاء بالغائها على ذلك الأساس، فإن القضاء الإداري إنتهى، في القضية عدد 20182025 نزاع إنتخابي بتاريخ 2 أبريل 2018 (طور إستئنافي) بمناسبة الطعن في الحكم الابتدائي عدد 20181010 إنتخابي

¹⁰ Alain PLANTEY ; La fonction publique, traité général ; p 433.

¹¹ ضرورة أن القرارات المتعلقة بفتح مناظرات الإنتداب تتعلق حصرا بخطة أو عدة خطط محددة على سبيل الحصر وتتعلق بفتح المناظر لمدة محددة ولفتة معينة تستجيب لشروط الإنتداب في تاريخ غلق قائمة ترشيحات مما ينزع عنها أي صبغة ترتيبية.

بتاريخ 13 مارس 2018¹² إلى نقض الحكم الابتدائي المطعون فيه لما سائر موقف الهيئة الفرعية بخصوص اعتبار ذلك الخلل من قبيل الإخلالات غير القابلة للتصحيح مع إلزام المستأنف ضدها بضرورة دعوة الممثل القانوني للقائمة المستأنفة قصد تدارك وتصحيح ما شاب القائمة من خلل. وهو ما يوحي بأن القاضي اعتبر أن هذا الصنف من النزاعات يندرج ضمن القضاء الكامل عندما لم يقتصر على معابنة الخلل الذي شاب القرار المطعون فيه وألزم الجهة المستأنف ضدها بالمبادرة بدعوة القائمة الطاعنة بتدارك الخلل الذي شاب ترشحها¹³.

ولئن اعتمد القاضي الإداري بمناسبة نظره في الطعون الموجهة إلى القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة نفس القواعد العامة المعتمدة عادة تجاه القرارات الإدارية فإن مقاربتها لنزاعات المتعلقة بالإتفاقيات التي تبرمها بعض الهيئات الدستورية المستقلة، خاصة منها التي تضطلع بوظيفة تعديلية في إطار إشرافها على المجالات التي تنشط فيه، اتّسمت بالمرونة رغما عن محدودية القضايا المرفوعة أمامه مخالفا بذلك فقه قضائه المستقر بخصوص النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية. فقد قبل القاضي الإداري التونسي البتّ في القضية المرفوعة أمامه، في نطاق توقيف التنفيذ، بخصوص الطعن في الإتفاقية المبرمة بين الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري ومؤسسات السمعي والبصري دون أن يتولى مناقشة التكييف القانوني من قبل المشرع لتلك الإتفاقيات ودون بيان للأسباب التي حدت به إلى قبول الطعن فيها إلغائيا. فقد اعتبر قاضي توقيف التنفيذ أنه «وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أن إذاعة ... إستغلت جهازا غير مرخص فيه للبث في مدينة سوسة على الرغم من أن الإتفاقية المبرمة بينها وبين الهيئة تقتضي أن يكون البث في مدينة المهدية فحسب، ليكون تولي الهيئة التنبيه على الإذاعة قصد الكفّ عن هذه الممارسات مع تسليط خطية مالية عليها في مرحلة موائية مطابقا للأحكام المذكورة أعلاه»¹⁴. وهو موقف يتباين مع موقف فقه القضاء الإداري المستقر بخصوص النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، غير أن محدودية الأحكام الصادرة في هذا المجال واقتصارها على الطور الإستعجالي (توقيف التنفيذ) أي دون الخوض في أصل النزاع من شأنه أن يحول دون استخلاص موقف مبدئي للقاضي الإداري التونسي من التكييف القانوني للمشرع للإتفاقيات التي تبرمها الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري خاصة فضلا عن تعلق جل الطعون المعروضة على القاضي الإداري في هذا الخصوص (مجال التعديل السمعي والبصري) بالقرارات المتصلة بإسناد أو رفض إسناد أو سحب رخص إستغلال إجازات.

وحيث يتبيّن بالإطلاع على فقه القضاء المقارن أن القاضي الإداري لم يتقيّد دوما، بمناسبته النظر في النزاعات المتعلقة بالإتفاقيات والعقود التي تبرمها الهيئات الدستورية المستقلة، خاصة التي

¹² الذي إنتهى إلى تأييد القرار الصادر عن الهيئة الفرعية للإنتخابات تونس2 القاضي برفض ترشح إحدى القوائم المترشحة للإنتخابات البلدية إستنادا لعدم إستيفائها إحدى الشروط الترشح المتعلقة بضرورة تضمن القائمة التكميلية لمرشح سنة أقل من 35 سنة.

¹³ حيث قضت المحكمة في القضية المذكورة «أولا: قبول الإستئناف شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الابتدائي المستأنف والقضاء من جديد بإلغاء القرار الصادر بتاريخ 28 فيفري 2018 عن الهيئة الفرعية للإنتخابات تونس2 والقاضي برفض ترشح قائمة إنتلاف الجهة الشعبية للإنتخابات ببلدية قرطاج وإلزام الهيئة المذكورة بدعوة الممثل القانوني للقائمة المذكورة إلى إستبدال مرشح من القائمة التكميلية بغيره من القائمة الأصلية سنة دون 35 سنة في تاريخ تقديم الترشح مع إحترام مبدأ التنافس العمودي وذلك في أجل قدره أربع وعشرين ساعة من تاريخ الإعلام بالتنبيه بالتصحيح كإلزامها بالإعلان عن قبول ترشح قائمة الجهة الشعبية للإنتخابات ببلدية قرطاج نهائيا بعد إستيفائها للتصحيح المطلوب في أجل المضروب. وثانيا: توجيه نسخة من هذا الحكم إلى الأطراف.

¹⁴ يراجع القرار في توقيف التنفيذ عدد 419907 بتاريخ 14 جويلية 2016.

تضطلع بوظيفة تعديلية، بالتكيف القانوني للعقود الإدارية منتهيا إلى مواقف مخالفة لفقه قضائه المستقر بخصوص القرارات المنفصلة عن العقد. فقد قبل القاضي الإداري الفرنسي النظر في النزاعات المرفوعة من قبل طرفي العقد بخصوص الطعن المتعلق بإلغاء التنابيه الصادرة بناء على تلك الإتفاقيات والحال أنها لا تعدّ من قبيل القرارات المنفصلة عن الإتفاقية¹⁵. كما قبل القاضي الإداري النظر، بمناسبة النزاعات المرفوعة من قبل طرفي العقد، في الطعون الرامية إلى إلغاء التنابيه الصادرة عن تلك الهيئات بناء على تلك الإتفاقيات والحال أنها لا تعدّ من قبيل القرارات المنفصلة عن الإتفاقية¹⁶، كما قبل الطعن في قرار رفض المجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري من قبل معاقده يتعلق بتعديل الإتفاقية سارية المفعول¹⁷ أو في تعديل الإتفاقية سارية المفعول بواسطة ملحق¹⁸. ويخلص من ذلك التوجّه الفقه القضائي الذي تباين مع ما استقرّ عليه فقه القضاء في مجال النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، أن القاضي الإداري الفرنسي يعتبر تلك الإتفاقيات في الحقيقة بمثابة رخص مسندة من قبل هيئة التعديل السمعي البصري تتضمن شروطا يتمّ الاتفاق بشأنها بين هذه الأخيرة وطالب رخصة إستغلال مؤسسة إعلامية. وهو ما يفيد بأن القاضي الإداري الفرنسي يعتبر تلك الإتفاقيات صنفا خاصا من العقود الإدارية¹⁹، وهو ما يفسّر إلى حدّ ما، إفرادها بمقاربة قضائية مختلفة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية تلك الإتفاقيات ومجال إنطباقها.

غير أن تطوّر المشهد على مستوى الهياكل العمومية لم يقتصر على ظهور الهيئات المستقلة كصنف جديد من الهياكل العمومية في إطار إعادة توزيع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية بل ترافق ذلك مع تطوّر على مستوى شكل ومضمون قواعد القانون العام بصورة عامة والقانون الإداري بصورة خاصة. حيث تمّت معاينة مساهمة هذه الهيئات في إنتاج قواعد وأدوات قانونية جديدة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية المجالات التي تنشط فيها والحاجة إلى مزيد تأطير مختلف المتدخلين في تلك المجالات، وهو ما أفضى إلى ظهور ما يعرف بالقانون المرن. وقد انتشرت تلك الأدوات والقواعد خاصة لدى الهيئات المستقلة التي تضطلع بوظيفة تعديلية في المجال الاقتصادي بصورة خاصة. حيث تباينت تلك الأدوات وتعدّدت صيغها وأشكالها سواء من حيث وظيفتها الإعلامية والإرشادية أو التأطيرية لمجال معين، أو من حيث صيغها وأشكالها والتي تعدّدت في صيغة مدونات سلوك أو تقارير أو توصيات أو تنابيه أو آراء أو بيانات موجهة للمستهدفين بنشاط الهيئات المستقلة²⁰.

○ ○ ○

¹⁵ D n 88-248 DC 17/1/1989/ CE, 14/6/1989, société Soritel et société W'Rock

¹⁶ Ibid.

¹⁷ CE, 16/6/1997, société Métropole Télévision (M6)

¹⁸ CE, ass 8/4/1998, société SERC, Fun Radio

¹⁹ « Partant, en s'écartant de sa jurisprudence relative aux actes détachables des contrats administratifs en général, le Conseil d'Etat confirme l'existence d'une catégorie de contrats particuliers au régime dérogatoire, calqué sur le régime des actes unilatéraux : les conventions du conseil supérieur de l'audiovisuel » ; Martin COLLET ; Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes ; p 90.

²⁰ « Les personnes publiques recourent de plus en plus aux actes de droit souple pour élargir la gamme de leurs moyens d'action. Leurs dénominations sont diverses : recommandations, lignes directrices, schémas, chartes, plans, etc. Ils sont notamment répondus en matière économique, parmi les autorités de régulation. Ils ont une caractéristique commune : leurs destinataires ne sont pas tenus d'y obéir.

Pour les pouvoirs publics, ce mode d'action présente deux grands avantages. La simplicité, d'abord : ce type d'acte est souvent dispensé du formalisme qui s'avère tout aussi contraignant, en pratique, qu'une véritable décision. Le seul fait d'exprimer une analyse ou une orientation peut parfois suffire à influencer sur le comportement des acteurs économiques » ; Yann Aguila ; Les autorités de régulation sous le contrôle du juge.

وقد شهدت السنوات الأخيرة تطوُّراً مطَّرداً لهذا الصنف من القواعد بما يعرف بالقانون المرن نظراً لميزاتها الهامة مقارنة بالمنظومة القانونية القديمة والمتمثلة في المرونة التي تمنحها تلك القواعد للهيئات العمومية نظراً لعدم خضوعها للصيغ وللشكليات الصارمة التي تخضع لها عادة مختلف القرارات الإدارية وما توفره من نجاعة على مستوى التطبيق بالنظر إلى قدرتها على التأثير في تصرُّف الفاعلين الاقتصاديين حتى وإن اقتصر الأمر على مجرد التعبير عن موقف إزاء وضعية ما، أو ضبط توجهات أو توصيات للفاعلين الاقتصاديين المستهدفين بتلك القواعد والأدوات. وهو ما طرح تساؤلاً أمام الفقهاء والقضاة الإداريين بخصوص طبيعة تلك القواعد التي تنتجها الهيئات المستقلة ونظامها القانوني ومدى قابلية الطعن فيها أمام القاضي الإداري.²¹

فقد شهد فقهاء القضاء المقارن تطورا هاما خلال السنوات الأخيرة. فقد كان القاضي الفرنسي، إلى وقت غير بعيد، يرفض البتَّ في الطعون في تلك الأدوات والقواعد التي تندرج فيما سمي بالقانون المرن التي تنتجها الهيئات المستقلة إستناداً إلى عدم إستيفائها للشروط المتعلقة بالقرارات القابلة للطعن بالإلغاء، لافتقارها الصبغة التنفيذية والتي من شأنها أن تحدث تغييراً في الوضعية القانونية للطاقم طالما وأنه يغلب على تلك القواعد الصبغة التوجيهية والتأطيرية وتفتقر في العديد من الحالات إلى الصبغة الأمرة فضلاً عن إفتقارها للخصائص والمقومات الشكلية المتوفرة عادة في القرارات الإدارية. غير أنه أمام تطوُّر منظومة القانون المرن، خلال السنوات الأخيرة، وفي إطار حرص القاضي الإداري الفرنسي على التعاطي مع هذه الظاهرة ورغبته في إخضاع مختلف آليات وأدوات عمل الهيئات العمومية إلى الرقابة القضائية حتى لا يصبح توسُّل الهيئات المستقلة لتلك القواعد والأدوات مطيعة لإفلاتها من الرقابة القضائية، فقد تولَّى مجلس الدولة في طور أول، خلال سنة 2012، تحديد طبيعة قواعد القانون المرن ونظامها القانوني للنزاعات المتعلقة بها مقرراً سنة 2012²² بأنه ولئن كانت الآراء والتوصيات الصادرة عن الهيئات المستقلة ليس من شأنها أن تلحق أذاً بالمستهدفين منها فإنه يسوغ الطعن فيها كلما تضمنت تلك الأدوات القانونية أحكاماً عامة وأمرة أو تدابير قد يترتب عن عدم التقيد بها تسليط عقوبة من قبل الهيئة المصدرة لها، ليتولى مجلس الدولة في مرحلة ثانية، سنة 2013 إصدار دراسة بخصوص القانون المرن تولى خلالها تحديد مفهوم قواعد القانون المرن وأصنافها²³ وشروط قبول الطعن فيها بالإلغاء ليتولى سنة 2016، بموجب قرارين صادرين عن الجلسة العامة

²¹ « C'est en réalité une profonde évolution formelle du droit administratif qui est ici consacrée. En effet, il est apparu de nouvelles formes d'action de la puissance publique qui se sont systématisées dans certains domaines dont celui de la régulation des activités économiques de manière contemporaine à leur libéralisation. Ce « droit souple », aux contours incertains, ne pouvait demeurer indéfiniment dans un Etat de droit exclu de tout contrôle juridictionnel » ; Didier GIRARD ; Le recours pour excès de pouvoir confronté au « droit souple » : il plie mais ne rompt pas ; p. 2.

²² CE, Société Casino Guichard, req n 357193

²³ Dans son étude annuelle de 2013 relative au droit souple, le Conseil d'Etat en propose une définition qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives :

Ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, l'adhésion de ces derniers. Ce premier critère conduit à écarter les actes préparatoires intervenant dans le processus d'élaboration d'une norme dont objet est en effet de préparer la norme finale et non d'influencer par eux-mêmes les comportements; ils ne créent pas par eux-mêmes des droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Ce deuxième critère est le cœur de la distinction entre le droit dur et le droit souple. Le droit dur crée des droits et des obligations, il modifie l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit, alors que le droit souple ne produit aucun de ces effets; ils présentent cependant, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. Ce critère a pour fonction de marquer la limite qui sépare le droit souple du non-droit. La distinction est en effet nécessaire: il n'est pas envisageable d'inclure dans le droit tout instrument non contraignant ayant pour objet d'influencer les comportements, et d'y faire ainsi entrer la morale, la religion, l'exhortation publique ou encore les messages de santé publique.

لمجلس الدولة²⁴، قبول الطعن في قواعد القانون المرن التي تنتجها الهيئات المستقلة التي تضطلع بوظائف تعديلية والتي تنشط في المجال الاقتصادي. لذا، فإن هذا التحول الفقه قضائي، على أهميته بخصوص توسيع مجال رقابة القاضي الإداري ليشمل قواعد القانون المرن²⁵، يبقى محدودا ضرورة أن القاضي الإداري الفرنسي لم يقرّ مبدأ عاما بموجبه يسوغ الطعن في القواعد المندرجة ضمن القانون المرن الصادرة عن مختلف الهيئات المستقلة، بل يقتصر الأمر على بعض القواعد التي تتصف بمميزات وخصائص تضاهي القواعد القانونية من حيث الوضوح في الصياغة والتي قد يترتب عن مخالفتها تسليط عقوبات نتيجة عدم مراعاتها من قبل المستهدفين منها وهو ما يطرح إشكالا بالنسبة إلى المستهدفين بتلك القواعد بخصوص تقدير مدى تأثير هذه الأخيرة في سلوكهم ونشاطهم بشكل يصيرها قابلة للطعن بالإلغاء²⁶. وهو ما سيفضي عند اعتماد هذه المقاربة الفقه القضائية، إلى تولي القاضي الإداري دراسة وقبول الطعن في تلك الأدوات حالة بحالة²⁷ دون أن يفضي إلى تكريس موقف عام ومبدئي، هذا فضلا عن أن قبول القاضي الإداري للبت في الطعون الموجهة ضد الأدوات المندرجة ضمن القانون المرن يقتصر على القواعد الصادرة عن الهيئات التعديلية دون سواها والتي تنشط حصرا في مجالات إقتصادية، وهو ما قد يفضي إلى إستبعاد القواعد التي تصدرها بقية الهيئات المستقلة التي لا تضطلع بوظيفة تعديلية ولا تنشط في مجال إقتصادي. هذا وتجدر الإشارة إلى أن التطور في موقف فقه القضاء الإداري الفرنسي لم يقتصر على قبول البت في الطعون الموجهة ضد هذا الصنف من الأدوات القانونية بالرغم من محدودية مداها دون أن يمتد ذلك إلى إخضاع تلك الطعون إلى نظام إجرائي مخصوص في غياب أحكام قانونية تفرد تلك الطعون بنظام إجرائي خاص غير أن القاضي الإداري الفرنسي اعتمد مرونة في خصوص طريقة انطلاق عدّ آجال الطعن وذلك انطلاقا من نشر تلك القواعد بالمواقع الإلكترونية الرسمية للهيئات المستقلة²⁸.

فهل أن القاضي الإداري التونسي سائر تطوّر فقه القضاء الفرنسي في هذا المجال؟

○ — ○

²⁴ CE, Ass, 21 mars 2016, n 368082, 368082, 368084, Société Fairvesta International GMBH/ CE, Ass, 21 mars 2016, n 390023, société NC Numericable.

²⁵ « La décision rendue ici par le Conseil d'État marque une avancée par rapport à la position traditionnelle du juge administratif. En effet, ces instruments de droit souple n'étaient habituellement pas susceptibles d'un tel recours en raison de leur absence de caractère décisive. Néanmoins, l'ampleur croissante prise par le droit souple appelle l'intervention du juge administratif pour en préciser les contours. Les incertitudes inhérentes au droit souple étaient facteur d'une grande insécurité juridique » ; Marie-Enora MARTIN ; Quand le droit souple franchit les portes étroites du prétoire : une nouvelle étape dans la « dilution des frontières du droit ».

²⁶ « La question de l'influence de l'acte sur le comportement de ses destinataires est particulièrement sensible concernant les actes de droit souple. Si la doctrine s'accorde pour définir le droit souple, par opposition au droit dur, comme un droit qui ne contraint pas, en revanche en pratique, la distinction est moins nette, et les destinataires de tels actes peuvent ne pas savoir s'il s'agit d'un droit contraignant créant des droits et des obligations ou non » ; Marie-Enora MARTIN ; op cit..

²⁷ « La conséquence de cette nouvelle solution est de confirmer l'apparition d'un office spécifique du juge des marchés régulés. En recourant à l'approche conséquentialiste, non plus seulement dans le cadre de l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes pris dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, qui sont normalement exclus de son champ d'application, mais également désormais au stade de l'examen de la recevabilité du recours, le juge administratif favorise l'émergence d'une méthode unifiée et cohérente » ; Vers un contrôle du droit souple en matière de régulation économique CE, Ass 21/03/2016 soc. Fairvesta international ; Fallait Pas Faire Du Droit.fr.

²⁸ Le conseil d'État a jugé qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prévoyant un autre mode de publication, la mise en ligne d'un acte de droit souple sur le site internet de l'autorité de régulation qui l'édicte, dans l'espace consacré à la publication des actes de cette autorité, fait courir, à l'égard des professionnels du secteur dont elle assure la régulation, le délai de recours ; CE, Sect, 13 Juillet 2016 ; GDF Suez, n 388150.

يتّضح بالإطلاع على فقه القضاء الإداري التونسي أن حداثة التجربة التونسية بخصوص ظهور الهيئات الدستورية المستقلة ومحدودية تركيز ذلك الصنف من الهيئات (إذ تمّ الاقتصار على تركيز هيئة وحيدة ممثلة في الهيئة العليا المستقلة للانتخابات ومواصلة الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري المحدثة وفق القواعد القانونية التي تمّ سنّها قبل صدور دستور 27 جانفي 2014 عملها، وفي انتظار تركيز هيئة الحوكمة الرشيدة ومقاومة الفساد وذلك من جملة خمس هيئات تمّ إقرارها صلب الباب السادس من الدستور) والشروع في عملها، من جهة، ومحدودية الطعون الموجهة ضدّ هذا الصنف من القواعد، من جهة أخرى، حالت دون معرفة موقف القاضي الإداري التونسي من قواعد القانون المرن التي تنتجها الهيئات الدستورية المستقلة بشكل واضح. حيث رفض القاضي الإداري، في حالات محدودة، سواء بمناسبة الطعون المرفوعة أمام قاضي توقيف التنفيذ أو أمام قاضي الإلغاء قبول الطعن في ذلك الصنف من القواعد وتولى أعمال المعايير العادية القائمة على التمييز بين القرارات التنفيذية والقرارات التحضيرية للإقرار بعدم قابلية تلك القواعد للطعن بالإلغاء. إذ خلص قاضي توقيف التنفيذ في القضية عدد 413730 بتاريخ 12 أوت 2011 إلى القضاء بعدم قابلية الطعن في القرارات المتمثلة في التوصيات الصادرة عن الهيئة الوطنية المستقلة لإصلاح الإعلام والاتصال المتعلقة بإسناد 12 ترخيصا لإحداث إذاعات خاصة وهو نفس الموقف الذي سايره القاضي المنتصب للبتّ في أصل النزاع بخصوص النزاع المتعلق بتوصية صادرة عن الهيئة سالفة الذكر عبر إعتداد نفس التكييف القانوني لتلك التوصية، وإعتبارها لا تعدو أن تكون سوى رأيا يفتقر إلى الصبغة التنفيذية²⁹. فقد تولى القاضي الإداري أعمال التكييف القانوني الذي يجريه عادة على الأعمال التمهيدية السابقة لإصدار القرارات الإدارية. وإنتهى إلى إعتبار أن التوصية الصادرة عن تلك الهيئة تعدّ من قبيل الآراء التي تصدرها الهياكل العمومية بخصوص مشاريع القرارات الإدارية» أنه لا شيء بتلك الأحكام يفيد بأن هذا الرأي ملزم للسلطة صاحبة القرار بما يجعل ذلك الرأي لا يشكل في حدّ ذاته موقفا إداريا يجوز معه تقديم مطلب إيقاف التنفيذ على معنى قانون المحكمة الإدارية».

غير أنه يمكن التساؤل، في ظل تنامي إنتاج الهيئات لهذه القواعد خاصة مع التركيز المرتقب لبقية الهيئات الدستورية المستقلة، بخصوص مدى مواصلة القاضي الإداري إعتماده لذات المقاربة وتكييف قانوني لهذه الأدوات المعتمدة عادة من قبله بالنسبة إلى بقية القرارات الإدارية أم سيتم إعتداد مقاربة أخرى تأخذ بعين الإعتبار خصوصية الهياكل المنتجة لها وخصوصية إعداد وصياغة تلك القرارات التي تقوم في أغلب الحالات على تشريك عدّة متدخلين في صياغة القرارات الصادرة عن الهيئات المستقلة وبالنظر إلى الصبغة الفنية والمعقدة لبعض المجالات التي تشرف عليها تلك الهيئات وتمتعها بالخبرة الكافية لتنظيم وتأطير تلك المجالات بما يضيفي على الأدوات والقواعد التي تنتجها الصبغة الإلزامية تجاه الفئات المستهدفة بها؟ وهل سيتم حصر إمكانية الطعن في تلك القواعد في المجالات التعديلية (على غرار التطور في موقف القاضي الإداري الفرنسي) أم سيتم توسيع قبول

²⁹ حيث خلص قاضي الإلغاء في القضية عدد 124233 والذي أفضت إلى صدور الحكم فيها بتاريخ 13 ماي 2014 إلى إعتبار أنه «وحيث من المستقر عليه فقها وقضاة أن دعوى الإلغاء لا توجه إلا إلى القرارات التنفيذية الصادرة عن الجهات الإدارية بصفة صريحة أو ضمنية والتي من شأنها التأثير في المركز القانوني لرافع الدعوى، كما إستقر على عدم إمكانية الطعن ضد القرارات التمهيدية كالآراء والإقتراحات والشهادات والاستشارات والبحوث التحضيرية والإرشادات. وحيث تبين تبعاً لما تقدم أن الهيئة الوطنية المستقلة لإصلاح الإعلام والاتصال تصدر آراء إستشارية وليس قرارات نافذة. وحيث يتبعها لما تقدم التصريح بعدم قبول الدعوى الماثلة لعدم وجود قرار إداري قابل للطعن فيه».

الطعن فيها بالنسبة إلى بقية المجالات؟ وهل سيتم إفرادها بنظام إجرائي مخصوص (من حيث آجال الطعن/ وتحديد الصفة والمصلحة في القيام للطعن في هذا الصنف من الأدوات القانونية) يأخذ بعين الإعتبار خصوصية هذه الأدوات من حيث الطبيعة ومجال تدخلها والفئة المستهدفة بها في غياب أي نص يخضع هذا الصنف من القرارات إلى نظام مخصوص للأجال وللإجراءات.

غير أن سحب القاضي الإداري للمقاربة المعتمدة تجاه القرارات الإدارية عادة بخصوص القرارات الصادرة عن الهيئات المستقلة لم يقتصر على مستوى التكييف القانوني لتلك القرارات ليمتد إلى النظام القانوني المعتمد عادة إزاء القرار الصادرة عن تلك الهيئات.

فصل 3: إخضاع القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية إلى النظام القانوني للقرارات الإدارية

يبرز بالإطلاع على فقه القضاء الإداري سواء التونسي أو الفرنسي إلى حدّ ما، بالنسبة إلى النزاعات المتعلقة بالقرارات التي لا تتسم بصيغة زجرية وعقابية³⁰، رفض القاضي الإداري إفراد القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة بنظام رقابي مخصوص وذلك بإخضاعها أثناء البت في النزاعات المتصلة بها إلى نفس أسباب الإلغاء المعتمدة أثناء بسط رقبته على شرعية بقية القرارات الإدارية (فقرة أولى) وكذلك على مستوى القواعد المعتمدة من قبله بخصوص نظره في أصل النزاع (فقرة ثانية).

فقرة أولى: في خصوص تحديد أسباب الإلغاء

يتضح بالإطلاع على فقه قضاء المحكمة الإدارية أن القاضي الإداري يستند، عند نظره في النزاعات الموجهة الصادرة ضدّ القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة، إلى نفس أسباب الإلغاء المعتمدة عند الطعن في بقية القرارات الإدارية سواء المتصلة منها بالشرعية الخارجية أو الشرعية الداخلية.

ولئن تركزت أغلب الأحكام الصادرة بخصوص الطعون الموجهة ضدّ القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة على مستوى القضاء الإستعجالي بخصوص المطالبات الرامية إلى توقيف تنفيذ تلك القرارات فإننا لم نلاحظ إستقراراً على مستوى أعمال القاضي الإداري لرقبته والأسباب التي يستند إليها قاضي توقيف التنفيذ لقبول للإستجابة للمطالبات المرفوعة أمامه أو رفضها. حيث أسّس قاضي توقيف التنفيذ رفضه لعدد هام من مطالب توقيف تنفيذ القرارات الصادرة خاصة عن الهيئات التي تضطلع بهام تعديلية، على غرار الهيئة العليا المستقلة للإتصال السمعي والبصري، على عدم قيام

³⁰ « Sans établir une identité de régime, on trouvera néanmoins un sérieux indice, suffisant en tout cas à forger notre conviction : le juge refuse de dégager un régime spécifique pour les actes non répressifs des autorités administratives indépendantes » ; Yves Gaudemet ; op cit ; p 107.

المطلب على ما يفيد أن تنفيذ القرار المطعون فيه سيترتب عنه نتائج يصعب تداركها ويحجم عن إبداء رأيه بخصوص تأسيس القرار المنتقد على مطاعن جدية في ظاهرها من عدمه³¹ في حين يعتمد إلى إعمال رقابة كاملة ومعقدة على المطاعن الجدية المثارة من قبل الطاعن بخصوص بعض القضايا ليخلص إلى رفض المطلب أو قبوله دون أن يوجد ما يبرّر هذا التفاوت في المقاربة المعتمدة من قبل قاضي توقيف التنفيذ. وهو ما يفيد غياب توجّه واضح ومبدئي من قبل القاضي الإداري في معالجته لتلك الطعون بل يعتمد إلى بسط رقابته على الوضعيات المعروضة عليه حالة بحالة.

ولئن كان بعض الفقهاء يذهب إلى إعتبار أن إقتصار قاضي الإلغاء عند قضائه بإلغاء قرار صادر عن إحدى الهيئات المستقلة إستنادا إلى مخالفة القرار المطعون فيه للقواعد المتعلقة بالشرعية الخارجية كصدور القرار مشوبا بعيب الاختصاص أو مخالفته للصيغ الشكلية الجوهرية أو الصيغ والإجراءات المتعلقة بالنشر وإعلام العموم به، يتلاءم ومبدأ إستقلالية الهيئات³² فإنه يصعب، في ظل غياب إحصائيات دقيقة ومحدودية الأحكام الصادرة في أصل النزاع، إقرار هذا الإستنتاج أو نفيه.

ويتبين بالإطلاع على فقه قضاء المحكمة الإدارية، خاصة في مادة توقيف التنفيذ بإعتبار تركّز أغلب الطعون في القرارات الصادرة عن الهيئات المستقلة على مستوى القضاء الإستعجالي، من جهة، وطول آجال البتّ في الدعاوى الأصلية المتصلة بتلك الطعون، من جهة أخرى، محدودية الحالات التي إنتهى فيها القاضي الإداري إلى إلغاء أو إيقاف تنفيذ القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة سواء كانت قرارات فردية أو ذات صبغة ترتيبية. وقد تعزى محدودية إستجابة القاضي الإداري للطعون الموجهة إلى هذا الصنف من القرارات إلى عدة إعتبارات سواء المتعلقة منها برغبة من القاضي في عدم تعطيل عمل هذه الهيئات³³ واتسام تلك القرارات بالصبغة الفنية ممّا يحول دون بسط رقابة معمّقة على أصل النزاع فضلا عن تمكن هذه الهيئات من تقنيات صياغة النصوص رغم حداثة تجربتها³⁴. فإلى أي حدّ كانت طبيعة الهيئات الدستورية المستقلة محدّدة لإعمال القاضي الإداري للقواعد المتصلة بأصل النزاع؟

³¹ إراجع القرارات عدد 417740 بتاريخ 25/11/2014 وعدد 417760 بتاريخ 8/12/2014 وعدد 417590 بتاريخ 4/12/2014 وعدد 417586 بتاريخ 8/12/2014 وعدد 417585 بتاريخ 8/12/2014 وعدد 417072 بتاريخ 7/7/2014 وعدد 417071 بتاريخ 7/7/2014. قرار عدد 417601 بتاريخ 8/12/2014 والقرار عدد 417661 بتاريخ 29 أكتوبر 2014 والقرار عدد 4100059 بتاريخ 1/11/2016.

³² « Certains auteurs affirment que le choix du juge de fonder sa décision sur tel ou tel motif d'annulation modifie l'impact de cette décision. En effet, l'annulation pour vice de forme ou de procédure respect mieux l'indépendance de l'instance de régulation que l'annulation résultant d'un contrôle au fond » ; Yves Gaudemet ; op cit ; p 112.

³³ « Par exemple, plusieurs auteurs relèvent le taux important de confirmation par le juge des décisions des autorités administratives indépendantes. Ils en tirent, avec prudence, la conclusion que « cette attitude du juge dénote le souci de ne pas entraver systématiquement l'action de ces autorités » ; Yves Gaudemet ; op cit ; p 116.

³⁴ مثال محدودية مطالب توقيف التنفيذ التي قبولها من قبل قاضي توقيف التنفيذ بخصوص الطعون الموجهة إلى القرارات الترتيبية التي أصدرتها الهيئة العليا المستقلة للانتخابات سنة 2014 (بمناسبة تركيز جهازها التنفيذي وهيئاتها الفرعية وتنظيمها وإدارتها للانتخابات التشريعية والرئاسية لسنة 2014) والتي فاق عدد تلك الطعون 20 طعنا بتوقيف التنفيذ بخصوص عدد كبير من القرارات الترتيبية والتي لم تفضي إلا لقبول مطلب وحيد إنتهى فيه قاضي توقيف التنفيذ إلى إيقاف تنفيذه وهو ما ينهض دليلا على تمكن تلك الهيئة رغم حداثة تجربتها وحدائث المجال الذي تديره وتشرف عليه من تقنيات صياغة النصوص الترتيبية في هذا الخصوص.

فقرة ثانية: القواعد المتعلقة بأصل النزاع

يتضح بالإطلاع سواء على فقه قضاء المحكمة الإدارية أو فقه القضاء المقارن، غياب أي تأثير لخصوصية الهيئات المستقلة وتمتعها بالإستقلالية على طبيعة الرقابة القضائية التي يجريها القاضي الإداري أو على حديثها ومداها.

إذ يتجه في البداية التمييز بين مبدأ الإستقلالية كمفهوم مركزي لفكرة الهيئات المستقلة وبين السلطة التقديرية بالنظر إلى تمتع هيكل عمومي بمجال لإعمال ملاءماته عند إتخاذ قرار أو تصرف ما ضرورة أن تمتع هيكل عمومي بسلطة تقديرية في مجال معين لا يعني بالضرورة تمتعه بالإستقلالية التي لها عادة مفهوم هيكلي ووظيفي، على مستوى هامش الحرية في إدارة مجال معين، وعدم إخضاع تلك الهيئات لسلطة رئاسية أو لرقابة إشراف. حيث، يبرز بالإطلاع على فقه القضاء الإداري، أن القاضي لم يأخذ بعين الاعتبار الإستقلالية التي تتمتع بها الهيئات الدستورية المستقلة عند إعماله لرقابته على قراراتها، وينتج نفس المقاربة المعتمدة بالنسبة إلى القرارات الإدارية لبقية الهياكل العمومية. حيث تم إخضاع القرارات المتصلة بتنظيم أو ذات صلة مباشرة بالحقوق والحريات الأساسية أو القرارات المتعلقة بتسليط عقوبات إلى رقابة عادية بل إلى رقابة كاملة (تنظيم المجال السمعي والبصري: قاضي توقيف التنفيذ: قرار عدد 4100059 بتاريخ 1 نوفمبر 2016)³⁵ وتمتد إلى رقابة تقدير الهيئة للوقائع (قرار توقيف التنفيذ عدد 417661 بتاريخ 29 أكتوبر 2014)³⁶ وذلك على غرار القاضي الإداري الفرنسي³⁷.

وحيث أن غياب أي تأثير للمميزات الخصوصية للهيئات الدستورية المستقلة لم يقتصر على مستوى غياب قواعد مخصصة معتمدة من قبل القاضي الإداري عند بسط رقابته على القرارات التي تصدرها تلك الهيئات، على النحو المبين أعلاه بل إمتد إلى نظام الرقابة القضائية على الهيئات الدستورية، إذ لم يتم إفراذ النزاعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن تلك الهيئة بنظام رقابي خاص.

القسم الثاني

غياب أي نظام رقابي خاص بالهيئات الدستورية

يبرز بالإطلاع سواء على القانون المتعلق بضبط الأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة أو مختلف النصوص المتعلقة بإحداث وتنظيم مختلف الهيئات الدستورية المستقلة بأن المشرع لم

³⁵ «وحيث يتبين من أوراق الملف أن الجهة المدعى عليها إتخذت القرار المراد توقيف تنفيذه دون معاناة المخالفة وتحرير محضر في شأنها على نحو ما تقتضيه أحكام الفصل 32 سالف الإشارة. وحيث علاوة على ما ذكر فقد سبق للهيئة المدعى عليها أن إتخذت في شأن الغرض قرارا بتاريخ 12 أكتوبر 2015 سلطت بموجبها على إذاعة...خطية مالية قدرها...وذلك على أساس الفصل 31 من المرسوم عدد 116 سالف الذكر نتيجة ما إعتبرته ممارسة نشاطات بث دون إجازة، وأنه ولنفس الأسباب وعلى الأساس القانوني ذاته كررت تسليط نفس الخطية المالية في شأنه بموجب القرار المطلوب توقيف تنفيذه، مخالفة بذلك عدم جواز تسليط نفس العقاب مرتين من أجل نفس الفعل».

³⁶ «وحيث يغدو في هدي ما سبق، لجوء الهيئة إلى إيقاف بث برنامج... لمدة شهر لمخالفته لأحكام الفصل 5 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 لما تضمنه من تبييض للإرهاب ومن تحريضه على العنف وعدم إحترامه للمعاهدات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات العامة، في غير محله لما ينطوي عليه، في الظاهر، من سوء تقدير للوقائع ومخالفة أحكام الفصل 29 من المرسوم عدد 116 لسنة 2011 المذكور».

³⁷ CE, 30/7/1997, société consodata

يفرد تلك الهيئات بنظام رقابي مخصص سواء من حيث تحديد الجهة القضائية المختصة للبت في النزاعات الناشئة عن نشاط تلك الهيئات (فصل أول) أو من حيث غياب نظام إجرائي مخصص بتلك النزاعات (فصل ثان).

الفصل الأول: في خصوص تحديد الجهة القضائية المختصة:

يبرز بالإطلاع على الإطار القانوني المنظم للهيئات الدستورية المستقلة محدودية الأحكام القانونية المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي للبت في الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة. حيث تضمن القانون الأساسي المتعلق بضبط الأحكام المشتركة بين الهيئات الدستورية المستقلة فصلا وحيدا يتعلق بتحديد الجهة القضائية بخصوص النزاعات التي تنشأ بين الهيئات وأعاونها وكذلك الأمر بالنسبة إلى بقية النصوص المحدثه سواء للهيئة العليا المستقلة للانتخابات أو للهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد. وهو ما ينهض دليلا على غياب تحديد تشريعي واضح للجهة القضائية المختصة. إذا يخلص من قراءة الأحكام المتعلقة بالهيئات الدستورية اتجاه إرادة المشرع نحو إسناد اختصاص النظر في النزاعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة إلى القاضي الإداري. ويمكن تفسير هذا التوجه التشريعي إستنادا إلى إعتبارين إثنين: يتعلق الاعتبار الأول بطبيعة الهيكل المصدر للقرار المطعون فيه بإعتباره هيئة عمومية تتمتع بصلاحيات في أغلبها تقريرية³⁸، فضلا عن تمتع بعضها بسلطة ترتيبية متخصصة³⁹. في حين يعود الإعتبار الثاني إلى إتصال القرار المطعون فيه بالصلاحيات المسندة لتلك الهيئة في إطار إعادة توزيع أفضي للسلطة داخل السلطة التنفيذية بما يكسبها الصبغة الإدارية بما يكون معه القاضي الإداري القاضي الطبيعي⁴⁰ لهذا الصنف من النزاعات ويتمتع في ذلك بولاية عامة ولا يمكن إستبعاد إختصاصه للنظر في النزاعات المعروضة عليه في هذا الخصوص إلا بمقتضى نص خاص⁴¹.

وحيث يبرز بالإطلاع على فقه القضاء المتعلق بالنزاعات في القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة، أن القاضي الإداري التونسي لم يأخذ بعين الاعتبار، في ظل غياب أحكام تشريعية تتضمن تحديدا للقاضي المختص بحسب طبيعة القرارات، طبيعة المادة التي تتعلق بها القرارات الصادرة عن الهيئات المستقلة (القرارات التي تكتسي صبغة عقابية/القرارات المتعلقة بإدارة المجالات المكلف بإدارتها/قرارات تتعلق بوظيفة التعديل بالنسبة للهيئات التعديلية). حيث أخضع القاضي الإداري

³⁸ بإستثناء هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة التي تنحصر وظيفتها في الصبغة الإستشارية.

³⁹ على غرار الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وهيئة للاتصال السمعي والبصري
⁴⁰ « Si l'Etat a transféré aux AAI une partie de ses pouvoirs (notamment de sanction), cela n'a pu se faire qu'en contrepartie d'un contrôle équivalent à celui qui s'exerce généralement sur l'appareil de l'Etat. Toute autorité qui n'est ni juridictionnelle ni législative ne peut être qu'administrative. S'agissant d'un mode d'administration dérogatoire, il est normal que son fonctionnement obéisse à certains principes. De la façon dont sont contrôlés les AAI, dépendent leur légitimité et leur efficacité. Ne pouvant se situer hors du droit, leurs décisions doivent pouvoir être contestées devant le juge administratif, dans le cadre d'un contentieux objectif d'annulation ou d'un contentieux subjectif de responsabilité. Les mécanismes de contrôle de leur mise en œuvre sont les mêmes que ceux usuellement pratiqués » ; Marc Gjidara ; Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratif indépendantes ; p 279

⁴¹ « ...les AAI se rattachent toutes à l'Exécutif d'une manière ou d'une autre, ce qui justifie la compétence du juge administratif, sauf exception prévue par la loi » ; Marc Gjidara ; op cit ; p 277-278.

جلّ القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة إلى رقابة قاضي الإلغاء وذلك بصرف النظر عن طبيعتها إعمالاً منه للمبدأ القائل بأن الدعوى بتجاوز السلطة دعوى عامة لا يمكن إستبعادها إلا بنصّ خاص وأنه في غياب نصّ يخضع القرارات الإدارية إلى رقابة قاضي الإلغاء تكون تلك القرارات من أنظار هذا الأخير وذلك خلافاً لموقف القاضي الإداري الفرنسي الذي يعمد إلى تحديد القاضي المختص بحسب طبيعة المادة المتعلقة بها القرار موضوع الطعن.

وحيث ولئن كان إخضاع القرارات المتعلقة بتنظيم وتسيير الهيئات المستقلة إلى رقابة قاضي الإلغاء، وإمكانية الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة يعزى خاصة إلى الصبغة العمومية للهيكل الصادر عنه تلك القرارات وإتسامها بالصبغة الإدارية، فإن مجلس الدولة أخضع القرارات المتصلة بالوظيفة التعديلية والتي تكتسي صبغة زجرية إلى رقابة القاضي المنتصب في مادة القضاء الكامل⁴²، وذلك تحت تأثير القاضي الأوروبي من أجل ضمان رقابة قضائية فعلية خاصة على القرارات الإدارية التي تكتسي صبغة زجرية وعقابية والتي من شأنها النيل من الحقوق والحريات الأساسية، وذلك بالنظر إلى ما يتمتع به القضاء في هذا المجال من صلاحيات واسعة تتمثل في صلاحيات التعديل وتوجيه أوامر للهيكل العمومية بما يسمح له الفصل في الدعوى بطريقة ناجعة وحاسمة .

وحيث أن الموقف المعتمد من قبل القاضي الإداري التونسي في خصوص توحيد الرقابة القضائية على القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة وحصرها في رقابة الإلغاء يتنافى والتوجه المعتمد في الأنظمة المقارنة الذي ينحو نحو توسيع مجال القضاء الكامل الموضوعي في عدد من مجالات أنشطة الهيكل العمومية وخاصة في الهيئات المستقلة التي تضطلع بمهمة تعديلية وتمتع بصلاحيات زجرية ضرورة أن رقابة قاضي الإلغاء تبقى محدودة بالنظر إلى الصلاحيات المحدودة المخولة له مقارنة بالصلاحيات الممنوحة للقاضي الإداري في مادة القضاء الكامل (سلطات التعديل وسلطة توجيه أوامر للإدارة)⁴³ كما أن ذلك الصنف من الرقابة القضائية المعتمدة من قبل القاضي الإداري التونسي غير متلائمة وخصوصية عمل الهيئات الذي يقوم على ضرورة الرفع من نجاعة التدخل العمومي في المجالات المسندة إليها، وإتصال تلك الوظيفة بتنظيم وإدارة مجالات ذات صلة وثيقة بالحقوق والحريات الأساسية. إذ أن دعوى تجاوز السلطة تفضي إلى مساءلة بأقل حدّة للهيئة وبصورة غير

⁴² « C'est sur le fondement de ce texte (l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés) que l'assemblée générale du conseil d'Etat a estimé en 1976 qu'un recours de pleine juridiction devait être ouvert en matière de répression administrative des ententes et des positions dominantes. Le conseil constitutionnel a également, après des hésitations, admis le principe des sanctions administratives sous réserves que le législateur assortisse « l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis. Parmi ces garanties figure l'existence d'un recours juridictionnel permettant un contrôle entier.

Ces exigences expliquent que le législateur ait organisé un recours de pleine juridiction à l'encontre des sanctions prononcées par le CSA ou la commission de contrôle des assurances » ; Nicole DECOOPMAN : Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes ; p 221.

⁴³ « En ne permettant pas un contrôle des faits aussi élaboré que le plein contentieux, le recours pour excès de pouvoir conduirait le juge à sanctionner moins finement et donc moins systématiquement les écarts de l'administration, au détriment de l'intérêt des administrés.....En réalité, c'est une perspective plus large de l'intérêt du justiciable et de la bonne administration de la justice qui conduit le législateur à étendre le champ du contentieux de pleine juridiction » ; Martin Collet ; op cit; p 153.

آلية تجاوزاتها ويمنحها صلاحيات في المبادرة في إستخلاص نتائج الإلغاء وتدارك الإخلالات⁴⁴، بما من شأنه أن ينال من الحقوق والحريات الأساسية. وهو ما قد يفضي، إلى الحد من سرعة الفصل والبت وحسم النزاعات بشكل ناجع. والحال أن نظام الرقابة القضائية في إطار القضاء الكامل يتلاءم مع طبيعة هذه القرارات والمجالات الصادرة فيها بما يمنحه من إمكانية حسم النزاع بصورة ناجعة ونهائية ويقلص من آجال الفصل في النزاع (عبر أعمال القاضي الإداري لآلية تعديل القرارات المطعون فيها وتوجيه أوامر للإدارة فضلا عن تولي القاضي تقدير شرعية القرارات في تاريخ البت فيها وليس في تاريخ إصدارها على النحو المعتمد في دعوى تجاوز السلطة وهو ما يمنحه سلطات أوسع لتقدير شرعية القرارات المطعون فيها).

لئن تولى المشرع إسناد الاختصاص للبت في الجانب الأوفر من النزاعات المتعلقة بالقرارات إلى قاضي الإلغاء، فإننا نلاحظ تباينا بخصوص القاضي المختص بحسب طبيعة النزاع بخصوص القرارات الصادرة عن ذات الهيئة، خاصة بالنسبة إلى النزاعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الهيئة العليا المستقلة للانتخابات والمتصلة منها بتنظيم وإدارة المسار الانتخابي.

حيث يتضح بالإطلاع على القانون المتعلق بإحداث وتنظيم الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وعلى القانون الانتخابي أن القرارات التي تصدرها هذه الأخيرة تخضع إلى أنظمة إجرائية متباينة بحسب طبيعة القرارات والمجالات المتصلة بها. حيث تخضع القرارات الترتيبية أو الفردية المتصلة بالتصرف العادي وغير المتصلة بالمسار الانتخابي للنظام العام لدعوى تجاوز السلطة، في حين تخضع القرارات المتصلة بإدارة المسار الانتخابي، إلى القضاء الكامل الموضوعي مع تباين في تحديد الجهة القضائية المختصة وكذلك على مستوى الإجراءات المتبعة أمامها وذلك على النحو التالي:

-إسناد كتلة إختصاص إلى القاضي العدلي الذي ينتصب كقاضي إداري بالنسبة إلى النزاعات المتعلقة بالترسيم بالسجل الانتخابي مع إعتدال نظام إجرائي مبسط ومختصر على غرار الإجراءات المعتمدة أمام حاكم الناحية.

-إعتدال قاعدة وحدة النزاعات ووحدة الإختصاص القضائي عبر إسناد النزاعات المتعلقة بالطعن في القرارات المتعلقة بالترشحات إلى القاضي الإداري مع إعتدال توزيع داخل مختلف الهيئات القضائية صلب المحكمة الإدارية بحسب طبيعة الانتخابات (انتخابات رئاسية أو تشريعية أو محلية وذلك في إطار الحرص على سرعة الفصل وتقريب القضاء من المتقاضين) مع إخضاعها لإجراءات تتسم بدرجة من الصرامة مع اعتماد آجال مختصرة للبت في ذلك الصنف من الطعون بالنظر إلى ترابط فترة الحملة بما ستفضي إليه إدارة فترة الترشيحات بصورة عامة بما في ذلك النزاعات المتصلة بها. نزاعات النتائج: اعتماد قاعدة وحدة النزاعات ووحدة الاختصاص القضائي.

○ ○ ○

⁴⁴ « ... le recours ... de l'excès de pouvoir ... présente l'avantage de réduire les pouvoirs du juge à la « simple » annulation ce qui permet en réalité de conférer à l'administration l'initiative et une plus grande maîtrise des conséquences d'une annulation » ; Didier GIRARD ; op cit .

إن عدم الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الهيئات الدستورية المستقلة عند ضبط الجهة المختصة للبتّ في النزاعات المتعلقة بنشاط تلك الهيئات نتيجة غياب رؤية تشريعية واضحة وموحدة بخصوص تحديد القاضي المختصّ وتوجه القاضي الإداري التونسي إلى النظر في تلك الطعون إلغائيا بما لا يتلاءم مع خصوصية وطبيعة تلك النزاعات يتعزّز نتيجة عدم إفراد كلّ من المشرّع والقاضي الإداري التونسي ذلك الصنف من النزاعات بنظام إجرائي.

الفصل الثاني: غياب نظام إجرائي عام مخصص بالهيئات الدستورية

تتجه الإشارة إلى أنه في ظل عدم إفراد جلّ النزاعات التي تنشأ عن القرارات الصادرة عن الهيئات المستقلة بنظام إجرائي قضائي مخصص، واصل القاضي الإداري التونسي تكريس توجهه القائم على اعتماد مرونة في إتاحة الطعن في القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة (فقرة 1) ودون إفراد ذلك الصنف من القرارات بنظام مخصص للطعن إستعجاليا (فقرة 2) أو بأجال مختصرة بما يتلاءم وخصوصية عمل تلك الهيئات (فقرة 3).

فقرة أولى: مواصلة تكريس المرونة بخصوص الولوج إلى القضاء:

لئن أبدى القاضي الإداري، في ظل غياب أحكام تشريعية تتعلق بتحديد الشروط المتعلقة سواء بالقيام بالدعوى المتعلقة بالطعن في القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة أو قبولها، مرونة في إعمال تلك القواعد، على غرار بقية النزاعات الإدارية في مادة الإلغاء، فإننا نظفر استقرارا من قبله في تقدير توفر شرط الصفة والمصلحة للطعن في القرارات الترتيبية. إذا يعمد القاضي الإداري إلى إعمال نفس الآليات والشروط للتحقق من توفّر شرط الصفة والمصلحة في بقية دعاوى الإلغاء وذلك بالرجوع إلى موضوع الجمعية والأهداف من تأسيسها استنادا إلى قانونها الأساسي ومدى إتصالها بمجال صدور وانطباق القرار المطعون فيه (القضية عدد 138260⁴⁵ وكذلك القضية عدد 138145). وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يعمد إلى إعمال نفس القواعد المعتمدة عادة، بالنسبة إلى الطعون الموجهة ضد القرارات الفردية سواء المرفوعة من قبل الذوات الطبيعية أو الذوات المعنوية (الجمعيات): موقف متواتر يتباين مع موقف فقه القضاء في خصوص تحديد الصفة والمصلحة لدى الجمعيات أثناء البتّ في الطعون المرفوعة منها ضدّ القرارات الفردية). غير أنه بالنظر إلى خصوصية النزاعات المتعلقة بالهيئات الدستورية المستقلة التي تضطلع بوظيفة تعديلية يبقى التساؤل بخصوص مدى جواز حصر الصفة والمصلحة لدى المهنيين. فهل يتجه حصر إمكانية الطعن في الهيئات الدستورية المستقلة التي تضطلع بوظيفة تعديلية في المهنيين والمعنيين بمباشرة مجال تدخل تلك الهيئات أم يسوغ إتاحة إمكانية الطعن في تلك القرارات للعموم؟ إن حداثة هذا الصنف

⁴⁵ حكم ابتدائي بتاريخ 5 ماي 2016: المرصد التونسي لإستقلال القضاء ضد الهيئة العليا المستقلة للانتخابات: «وحيث أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن توافر شرط الصفة والمصلحة في القيام لدى الجمعيات بخصوص القرارات الترتيبية، مثلما هو الشأن بالنسبة للقرار المطعون فيه، يتوقف على أن يكون القرار موضوع الطعن ذو صلة وثيقة بالمصالح الجماعية المناط بعهدة الجمعية القائمة بالدعوى تحقيقها وحمايتها من الاعتداءات التي يمكن أن تطالها ومن شأنه المساس بصفة مباشرة بتلك المصالح. وحيث درج فقه القضاء على أن تقدير توافر شرط الصفة والمصلحة في القيام على النحو المبين أعلاه يتم بالتثبت في موضوع الجمعية وأهدافها الواردة بالنصوص المحدثة لها والمنظمة لطرق سيرها».

من النزاعات ومحدودية الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية في الغرض من شأنه أن يحول دون موقف القاضي الإداري بخصوص هذه المسألة.

الفقرة الثانية: غياب إقرار نظام مخصوص للطعون الإستعجالية بتلك الهيئات

يتبين بالإطلاع على الإطار القانوني لعمل الهيئات الدستورية المستقلة، غياب نظام مخصوص للطعون الإستعجالية بخصوص القرارات التي تصدرها تلك الهيئات وأنه تم حصر هذا الصنف من الدعاوى في مطالب توقيف التنفيذ. وتجدر الإشارة إلى أن إقرار قاضي توقيف التنفيذ اختصاصه للبت في المطالب الرامية إلى توقيف تنفيذ القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة، يستمد اختصاصه للبت في أصل النزاع، وأنه طالما أن مطالب توقيف التنفيذ تعدّ تفرّعا عن دعوى تجاوز السلطة مما يسوغ له البت في تلك المطالب. غير أن الهيئات بحكم مجال اختصاصها المتعلق بإدارة مسائل متعلقة بالحقوق والحريات الأساسية تكون مدعوة لاتخاذ قرارات قد تحدّد وتنازل من تلك الحريات والحقوق والتي تستدعي سرعة في البت من قبل الجهات القضائية وإلا فقدت الرقابة والتدخل القضائي النجاعة المطلوبة، فإن المشرع التونسي، باستثناء الطعن بتوقيف التنفيذ، لم يفرد الطعن في القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة بقواعد تتعلق ببسط القاضي الإستعجالي رقابته على هذا الصنف من القرارات وذلك على خلاف التوجه المعتمد في القانون المقارن: نحو توسيع مجال تدخل القاضي الإستعجالي وإقرار عدد من الإجراءات التحفظية بخصوص القرارات الصادرة عن الهيئات المستقلة ليمتدّ توسيع تلك المقاربة لتشمل مختلف أوجه أنشطة الإدارة.

الفقرة الثالثة: عدم التلاؤم بين خصوصية الهيئات الدستورية والنظام القانوني المتعلق بأحوال الطعن والبت في الدعاوى المتعلقة بالطعن في القرارات الصادرة عنها.

يتبين بالإطلاع على الإطار القانوني المؤطر لعمل الهيئات الدستورية المستقلة أن المشرع لم يفرد الطعون المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة بأحوال مخصوصة ومختصرة على مستوى مختلف درجات التقاضي ومختلف أطوار سير القضية سواء المتعلقة منها برفع القضية وإجراءات وأجال التحقيق والبت فيها تأخذ بعين الاعتبار خصوصية تلك الهيئات وطبيعة نشاطها المتصل أساسا بالحقوق والحريات الأساسية الذي يستدعي التدخل القاضي العاجل والبت في النزاعات الناشئة عنها والحسم فيها لأي آجال مختصرة نظرا لما قد تمثله القرارات الصادرة في هذا المجال من نيل للحقوق والحريات واتصالها بوضعيّات قابلة للتغيير والزوال، وهو ما أفضى إلى نتائج سلبية تمثلت في صدور أحكام في أصل النزاع بعدما أفرزت تلك القرارات كلّ نتائجها وأصبحت الدعاوى غير ذي موضوع مما أفضى إلى التصريح بختم القضية لانعدام ما يستجوب النظر فيها وحال دون إبداء المحكمة رأيها بخصوص أصل النزاع (الدعاوى المتعلقة بالطعن في عدد من القرارات خلال المسار الإنتخابي سنة 2011 : طعون في القرار الصادر عن الهيئة العليا المستقلة للإنتخابات المحدثه بموجب المرسوم عدد 27 لسنة 2011 المؤرخ في 3 سبتمبر 2011 المتعلق بضبط أحكام تتعلق بضبط قواعد الحملة الإنتخابية. حيث لم تتولّ المحكمة البت وإصدار أحكام بشأنها إلا خلال سنة 2014.

حيث انتهت المحكمة إلى التصريح بختم القضية لانعدام ما يستوجب النظر فيها لا لانتفاء موضوعها، بل لأن « الطعن في القرار المذكور يغدو غير ذي جدوى إثر التصريح بالنتائج النهائية للانتخابات المذكورة ضرورة أن إلغاء القرار على فرض التوصل إليه لن يريك نتائج الانتخابات بأي حال لتحصلها من كلّ طعن»⁴⁶. في حين عللت المحكمة تصريحها بختم القضية لانعدام ما يستوجب النظر في قضية تتعلق بالطعن في نفس القرار ضمن حكمها عدد 124694 بتاريخ 10 جويلية 2014 إستنادا إلى «أن الفصل في القضية مقارنة بتاريخ الإعلان عن النتائج النهائية لانتخابات المجلس الوطني التأسيسي يجعل الدعوى غير ذات موضوع» وهو إقرار واضح من قبل المحكمة بعدم التلاؤم بين الأجل العادية للبت وخصوصية النزاع، علما وأن عددا من القضايا المتعلقة بمسار الانتخابات لسنة 2014 الرامية إلى الطعن في القرارات المنفصلة عن العمليات الانتخابية لا زالت في طور التحقيق.

وتجدر الإشارة إلى أن صدور أحكام في أصل الدعوى بعد فترة زمنية هامة من شأنه أن يفقد تلك الأحكام نجاعتها وقد يطرح إشكالات تنفيذية. ولعلّ ارتفاع عدد المطالب المرفوعة قصد توقيف تنفيذ عدد من القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة يعزى في جانب منه إلى عدم تلاؤم النظام الإجرائي للطعون المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية نتيجة رغبة المتقاضين في الحصول على إجراء تحفظي يقضي بتوقيف تنفيذ القرار المطعون فيه وحماية حقوقهم ووضعياتهم المستهدفة بذلك القرار في انتظار صدور حكم بات بخصوص أصل النزاع. ولئن تمّ البتّ في عدد هام من القضايا بمقتضى أحكام فردية (تم إدراج هذه الآلية للبتّ في النزاعات والقضايا التي يكون نتيجة الفصل فيها بديهية ولا تستدعي القيام بإجراءات تحقيق والتي تمّ إقرارها بموجب التنقيح لقانون المحكمة الإدارية في 3 جانفي 2011) غير أن تلك الأحكام صدرت كلها بعد انقضاء المسار الانتخابي (سواء المتعلق بانتخابات أعضاء المجلس الوطني التأسيسي سنة 2011 أو الانتخابات التشريعية والرئاسية سنة 2014). وهو ما يطرح ضرورة تقييم هذه الآلية في البتّ والفصل في النزاعات الإدارية لتحديد جدواها طالما لم تحقّق الغاية المرجوة منها خاصة المتصلة منها بسرعة الفصل في القضايا التي يبدو فيها الحلّ واضحا وبديهيا.

الخاتمة

إن حادثة التجربة التونسية بخصوص إحداث صنف جديد من الهياكل العمومية المتمثل في الهيئات الدستورية المستقلة في إطار إعادة توزيع أفقي داخل السلطة التنفيذية عبر منح تلك الهياكل استقلالية وظيفية وهيكلية هامة، لإدارة بعض المجالات الحساسة ووثيقة الصلة بالحقوق والحريات الأساسية بما يكسب تلك الهياكل خصوصيات مميزة وما يستدعيه ذلك من ضرورة إفرادها بمنظومة رقابية مخصصة على القرارات التي تصدرها تلك الهيئات. غير أن عدم استكمال المنظومة القانونية المؤطرة لتلك الهياكل فضلا عن تعثر وعدم استكمال تركيز جميع الهيئات المقررة ضمن الباب السادس من الدستور، من جهة، ومواصلة القاضي الإداري التونسي أعمال توجّهه نحو بسط رقابته على أعمال وقرارات جميع الهياكل العمومية التي تتلبس أعمالها بالسلطة العامة والتي تكتسي

أنشطتها صبغة إدارية حتى في ظل نص قانوني خاص يخضع مثل تلك الهياكل العمومية إلى رقابته، من جهة أخرى، حال دون إفراد القرارات التي تصدر عن الهيئات الدستورية المستقلة بمنظومة رقابية مخصصة. إذ يبرز من دراسة كل من النصوص المؤطرة لعمل الهيئات الدستورية المستقلة وفقه القضاء الإداري غياب رؤية تشريعية واضحة بخصوص هذا الصنف من النزاعات وعدم إفراد المشرع تلك النزاعات بنظام مخصص للرقابة القضائية وعدم تلاؤمها مع خصوصية طبيعة تلك الهيئات سواء من حيث المبادئ الأساسية التي تحكمها أو الأسباب التي حدت إلى إقرارها وتركيزها (دعم الديمقراطية وضمان المجالات المتصلة بالحقوق والحريات الأساسية من تدخل السلطة التنفيذية في إدارة تلك المجالات وإضفاء مرونة ونجاعة وشفافية على إدارة تلك المجالات). فقد أخضع القاضي الإداري القرارات الصادرة عن الهيئات الدستورية المستقلة إلى نفس القواعد والمنظومة الرقابية التي يعتمدها عادة بالنسبة إلى بقية الإدارات العمومية.

فلئن شهد القانون الإداري، خلال السنوات الأخيرة، تطورا هاما سواء من خلال إحداث هياكل عمومية جديدة، من جهة، أو على مستوى مضمون وأشكال وصيغ القواعد القانونية، من جهة أخرى، فإن الرقابة القضائية بقيت أسيرة المقاربة الكلاسيكية لعمل الإدارات والهياكل العمومية.

Le Contrôle de la gestion des Instances Indépendantes

—○ Mourad BEN GASSOUMA *

Questionner le contrôle de la gestion des Instances Constitutionnelles Indépendantes dans le contexte Tunisien est pertinent à plus d'un titre. Tout d'abord parce que depuis que ces instances ont fait leur apparition dans le dispositif institutionnel et politique de la Tunisie post révolution, la légitimité, la portée et les limites du contrôle à exercer sur leurs gestions ou leurs comptes ont fait l'objet de débats parfois houleux. Le ton des débats ayant porté sur l'incompatibilité entre indépendance et contrôle prenait par moment des allures de contestation et d'indignation.

Avouons qu'une partie non négligeable des réactions jugeant la position des pouvoirs publics comme étant restrictive de l'indépendance de ces instances est la résultante de beaucoup d'incompréhensions. En revanche, ces accusations ne sont certainement pas totalement infondées.

Il n'est nullement question dans le cadre du présent article de juger l'intention des pouvoirs publics quant à leur volonté de limiter l'indépendance des Institutions Constitutionnelles Indépendantes. C'est surtout par rapport à la portée des mécanismes de contrôle de la gestion de ces instances tant dans les textes que dans la pratique qu'il y lieu de situer le débat.

L'utilisation du terme débat n'a rien d'arbitraire puisqu'au même titre que les autres considérations ayant trait au fonctionnement des instances constitutionnelles indépendantes, le contrôle n'est pas exempt d'équivoques, de contradictions ou de divergences d'interprétations alimentant ainsi un débat long qui a été par moment virulent non seulement entre spécialistes mais également entre institutions.

J'évoquerais à titre d'illustration un exemple de débat ayant porté sur la substance et la nature de contrôle à exercer sur les autorités indépendantes. En effet, lorsque en 2012 la Cour des Comptes avait conduit sa première mission de contrôle d'une Instance indépendance en l'occurrence l'ISIE, les d'opinions sur l'applicabilité des règles de passation des marchés et le respect des principes de concurrence et d'égalité des chances devant la commande publique étaient à ce point divergentes que la finalisation des travaux inscrites dans le cadre de cette mission avait pris du délai avec comme résultat, du reste totalement attendu,

○

* Commissaire du Gouvernement près la Cour des Comptes.

des déclarations divergentes entre Cour des Comptes et l'instance en charge d'organiser les élections quant à la pertinence des conclusions.

Les raisons qui se trouvaient à l'origine d'une telle évolution ne sont pas exclusivement subjectives ou politiques. Elles étaient également objectives car engendrées pour l'essentiel par une nette inadaptation entre les exigences de l'indépendance promise aux instances indépendantes et le régime juridique régissant le contrôle des deniers publics.

En 2011, le législateur avait accordé des garanties et des exonérations de contrôle à ces instances en témoignage de sa volonté de consacrer leur indépendance, il a introduit, bon gré mal gré, des incohérences et des contradictions dans le corpus des règles régissant le contrôle de gestion de ces instances.

Certes, les textes régissant les instances indépendantes ne sont pas l'unique illustration des incohérences ou contradictions ayant frappé les règles de contrôle ou des finances publiques depuis 2011. La liste est bien longue. L'intérêt de l'exemple de ces instances réside dans le fait que l'exercice du contrôle de gestion avait mis en exergue un nouvel état de fait qui est la remise en cause de la légitimité même de la notion de contrôle. Les corps de contrôle dont la Cour des Comptes devaient faire face à l'étonnante résistance auprès des instances indépendantes à l'égard du contrôle avec comme argument récurrent que l'exercice de ce contrôle réduit le véritable acquis de ces instances qui est l'indépendance.

Il va sans dire que cette résistance n'a rien d'exceptionnel car elle est la manifestation d'une réaction logique et classique envers un mécanisme basé sur la méfiance¹. Elle traduit néanmoins une ambiguïté dans les esprits des uns et des autres y compris les institutions de l'Etat quant à la substance et le dosage du contrôle des instances indépendantes.

Même si personne ne peut contester l'utilité et la nécessité du contrôle aussitôt que l'argent public est en jeu, tout le monde sait que cet outil peut être une arme redoutable entre les mains des pouvoirs publics si des garanties ne sont assurées tant pour l'organe objet du contrôle que pour le corps ou la juridiction à qui ce contrôle a été confié.

Fondé sur la notion de méfiance et constituant une menace à l'Indépendance des instances constitutionnelles indépendantes, le contrôle de gestion doit

○ — ○

¹ Le terme de méfiance a été utilisé par Jean Reynaud, procureur Général près la Cour des Comptes.

obligatoirement être encadré et adapté aux spécificités de la gestion de ces instances.

Il est important de signaler que la confrontation entre contrôle et autorités indépendantes n'est pas une problématique nouvelle. Avant l'apparition des instances constitutionnelles indépendantes, cette question se posait déjà pour les autorités administratives indépendantes dont « la principale caractéristique... reste elle aussi l'indépendance ». Ainsi le dictionnaire de droit administratif les définit comme étant «... des organismes publics... auxquels le législateur a conféré des garanties d'indépendance afin qu'ils remplissent au mieux la mission pour laquelle ils ont été créés, la plupart d'entre eux ont une forme collégiale. Ce sont des autorités administratives... qui sont dotées d'une certaine permanence »². Les autorités administratives en question sont au nombre de 4. Il s'agit de :

- L'Instance Nationale des télécommunications ;
- Le conseil du marché financier ;
- L'instance nationale de la protection des données à caractère personnel³.
- Le comité général des assurances.

Les principales caractéristiques de ces autorités sont décrites comme suit : « Certes les exigences de l'ouverture économique du pays sur l'économie mondiale ont imposé l'octroi de plus d'autonomie à des acteurs économiques tels que la Banque centrale, et la création d'autres instances de régulation, dénommées autorités administratives indépendantes, telles que le Comité Général des Assurances, l'Instance Générale des Télécommunications, le Conseil de la concurrence ou le Conseil du marché financier. Mais cette autonomie s'est limitée à leur domaine de compétence propre et n'a pas eu de répercussion significative sur le modèle de gestion administrative et financière qui reste soumis à des standards et des textes émanant du pouvoir exécutif »⁴.

Outre le fait que le contrôle externe exercé sur ces instances était relativement réduit⁵ en comparaison avec les autres organismes publics (services de l'Etat, entreprises publiques, établissements publics, collectivités locales...), ce contrôle

○————○

² GADDES (CH.), « LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES A TRAVERS LES AVIS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL » F.D.S.E.P.S. & A.T.D.C. 2009 P. 117

³ Loi organique n° 2004-63 du 27 juillet 2004, portant sur la protection des données à caractère personnel.

⁴ Rapport sur Rapport final des ateliers thématiques organisés par le Projet d'assistance électorale en Tunisie du Programme des Nations Unies pour le Développement (PAET/PNUD) et l'Instance supérieure indépendante pour les élections (ISIE)

⁵ En se référant à l'expérience de la Cour des Comptes, peu de missions de contrôle ont touché l'intervention des autorités administratives indépendantes. Le seul exemple à citer est celui du Conseil du Marché Financier.

ne posait pas de difficulté particulière dans la mesure ou l'autonomie accordée à ces autorités ne se traduisant pas par des allègements au niveau des règles de gestion administrative et financière. Le peu de contrôles effectués se référaient globalement aux mêmes règles applicables aux autres organismes.

La période postrévolutionnaire a enregistré à son tour la création d'instances qualifiées d'indépendantes. La question de l'étendue du contrôle auquel ces instances ont été soumises ne peut pas être abordée d'une manière uniforme pour toutes ces instances. Nous distinguons à cet égard trois démarches distinctes.

La première démarche concerne les instances créées durant la période qui s'est étalée entre la suspension de la constitution de 1959 et la date de publication du décret relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs.

En effet, quatre instances ont été créées durant cette courte période. Il s'agit de la Haute Instance pour la Réalisation des Objectifs de la Révolution, la Commission Nationale d'Investigation sur la Corruption et la Malversation, l'Instance Nationale Indépendante pour la Réforme du Secteur de l'Information et de la Communication⁶ et la commission nationale d'investigation sur les abus enregistrés au cours de la période allant du 17 décembre 2010⁷.

Au même titre que la haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution qui était une « autorité publique indépendante à vocation politique »⁸, les trois autres instances devaient fonctionner selon une logique commune⁹. Cette logique est traduite en ce qui concerne la gestion financière et en corolaire la nature du contrôle par la consécration du régime en vigueur.

○ ————— ○

⁶ Le décret-loi n°2011-10 du 2 mars 2011, relatif à la création d'une instance nationale indépendante pour la réforme du secteur de l'information et de la communication.

⁷ Le Décret-loi n° 2011-8 du 18 février 2011, portant création de la commission nationale d'investigation sur les abus enregistrés au cours de la période allant du 17 décembre 2010 jusqu'à l'accomplissement de son objet

⁸ Ben Hamida Mokni Bassam « le décret loi du 23 Mars 2011 relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics et les objectifs de la révolution » droit et politique n°3 2014 P.71.

⁹ Le positionnement de la haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution est décrit comme suit : « L'appartenance et la soumission de cette institution au pouvoir exécutif, au moins au début de sa création se confirme par l'absence d'une existence indépendante juridiquement parlant. Elle n'a pas la personnalité morale et elle n'est pas créée (dotée) d'un budget autonome elle est donc dans certain sens rattachée et donc subordonnée si l'on peut dire à l'Institution de l'Etat. C'est ainsi le décret-loi n° 2011-6 du 18 février 2011 portant création de instance pour la réalisation des objectifs de la révolution ² dispose que « Les dépenses relatives au fonctionnement de l'instance y compris les frais de transport et de séjour de ses membres sont imputées sur le budget du premier ministère ».

La même observation s'applique aux cas des autres instances puisque le Décret-loi n° 2011-7 du 18 février 2011, portant création de la commission nationale d'investigation sur la corruption et la malversation confirme la même démarche dans la mesure où son article 22 dispose que « Les dépenses relatives au fonctionnement de la commission, y compris les frais de déplacement et d'hébergement de ses membres, sont imputées sur le budget du premier ministère ».

Le Décret-loi n° 2011-8 du 18 février 2011, portant création de la commission nationale d'investigation sur les abus enregistrés au cours de la période allant du 17 décembre 2010 jusqu'à l'accomplissement de son objet apporte les mêmes précisions puisque son article 14 dispose que « Les dépenses relatives au fonctionnement de la commission y compris les frais de transport et de séjour de ses membres sont imputées sur le budget du premier ministère ».

C'est ainsi qu'en imputant les dépenses relatives au fonctionnement de ces différentes instances indépendantes au budget du premier ministre, les opérations budgétaires de ces instances se trouvaient systématiquement soumises aux mêmes règles applicables aux dépenses de l'Etat à savoir le contrôle des dépenses, le contrôle du comptable public qui est le payeur général et enfin le contrôle externe à exercer par la Cour des Comptes.

Il va sans dire que les interventions de ces instances se trouvent par la simple inscription de leurs dépenses dans le budget du premier ministre soumises au contrôle soit selon une approche verticale c'est-à-dire à l'occasion du contrôle de la gestion du premier ministre soit encore selon une approche horizontale c'est-à-dire en fonction de leur domaine d'interventions.

En revanche, le caractère provisoire de ces instances conjugué au contexte entourant leur fonctionnement rendait la programmation d'un contrôle de leurs gestions impertinente. De ce fait, elles n'ont fait l'objet d'aucun contrôle.

La deuxième démarche se dégageait du choix fait par le législateur après la publication de la Loi n°2011-6 en date du 16 décembre 2011 relative à l'organisation provisoire des pouvoirs de créer trois nouvelles instances publiques indépendantes qui sont l'instance supérieure indépendante des élections et l'Instance Nationale pour la Prévention de la Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁰. L'instance de la vérité et de la dignité a été créée sans aucune indication sur sa nature administrative ou publique¹¹.

A la différence des instances créées durant la phase antérieure à la publication du Décret-loi portant organisation provisoire des pouvoirs, les règles de la gestion financière et du contrôle ont été établies instituant ainsi un nouvel cadre normatif qui se démarque du régime jusque là en vigueur.

C'est ainsi que le législateur a doté ces instances de personnalités morales et de budgets autonomes prévoyant par la même occasion des règles spécifiques de contrôle en limitant le contrôle externe sur leurs comptes à la Cour des Comptes¹².



¹⁰ En 2013, l'Assemblée Nationale Constituante a adopté la loi organique n° 2013-43 du 21 octobre 2013, relative à l'Instance nationale pour la prévention de la torture.

¹¹ Loi organique 2013-53 du 24 décembre 2013, relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation.

¹² Il est cité à titre d'illustration le cas de l'instance nationale pour la prévention de la torture. En effet l'article 15 de la Loi organique n° 2013-43 du 23 octobre 2013, relative à l'instance nationale pour la prévention de la torture dispose que « les ressources financières de l'instance sont constituées de fonds annuels imputés sur le budget de l'Etat. Les règles d'ordonnancement et de la tenue des comptes de l'instance ne sont pas soumises au code de la comptabilité publique. L'instance désigne un commissaire aux comptes pour une durée de quatre (04) ans non renouvelable, choisi parmi les

La troisième approche concerne donc les instances constitutionnelles indépendantes qui ont été créées par la Constitution Tunisienne en date du 27 janvier 2014. Cette Constitution consacre un chapitre aux instances constitutionnelles (Art 125-130). Il s'agit de l'Instance supérieure indépendante pour les élections, l'Instance de la communication audiovisuelle, l'Instance des droits de l'Homme, l'Instance du développement durable et des droits des générations futures et l'Instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption.

L'adoption de la constitution a permis tout d'abord de faire évoluer des instances publiques indépendantes déjà mises en place en leur accordant le statut de CIC. Il s'agit de l'Instance supérieure indépendante pour les élections, l'Instance de la communication audiovisuelle et l'Instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption. Les deux autres instances ont été des innovations dans le paysage constitutionnel.

La constitution apporte également la précision que les instances constitutionnelles indépendantes œuvrent au renforcement de la démocratie et qu'elles sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative et financière.

Les missions, la personnalité juridique et l'autonomie administrative et financière de ces instances conditionnent inéluctablement le cadre normatif du contrôle auxquelles elles devaient être soumises. Qu'il soit juridictionnel, administratif ou financier, ce contrôle est imposé par une idée de base qui suppose que les ICI ne sont pas exemptes du contrôle.

Face à la diversité et la multiplicité des instances et étant donné que l'expérience du contrôle de la gestion remonte à la période antérieure à la création effective des ICI qui sont du reste en phase de mise en place, la question du contrôle de la gestion de ces instances sera traitée dans le cadre du présent article sous la perspective des instances indépendantes ce qui devrait englober les ICI mais également les autorités publiques indépendantes. La qualification générique commune à toutes ces instances est tout simplement l'instance indépendante¹³.

Force est de préciser que la question du contrôle de gestion des instances indépendantes se recoupe avec celles des contrôles sur les personnes et sur les

○ experts comptables inscrits à l'ordre des experts comptables de la Tunisie. Les comptes financiers de l'instance sont soumis au contrôle à posteriori de la cour des comptes ».

¹³ Cette approche a été empruntée de l'article de H.Ghrib Constitution et instances indépendantes » » droit et politique n°3 2014

actes pris par ces instances. Quelque soit sa forme ou son l'objet, tout contrôle doit être basé sur un corpus de règles ou normes. Même si les sources de ces normes sont larges et étendues, la principale reste incontestablement les textes juridiques régissant les personnes, les actes ou la gestion de ces instances.

De ce fait et même si l'axe relatif au contrôle des instances indépendantes est décliné en trois questions dédiées respectivement au contrôle sur les personnes, sur les actes et sur la gestion de ces instances, l'objectif reste substantiellement le même. Il s'agit d'apporter des éléments de réponse à la question principale du colloque à savoir quel contrôle doit être exercé sur ces instances. Ceci peut être formulé en d'autres termes comme suit : eu égard des règles de contrôle applicables à ces instances par référence aux textes en vigueur et au vu des résultats de contrôle dont certaines instances ont déjà fait l'objet quels serait les mécanismes d'encadrement de ces contrôles qui permettrait de préserver les acquis promis par le constituant à ces instances ?

En réponse à ces questions, il est permis d'affirmer, non sans limitations, que les instances indépendantes ont bénéficié incontestablement d'un allègement de contrôle (partie 1). En revanche, cet allègement reste, tout compte fait, d'une portée pratique limitée (partie2).

Partie 1 Un contrôle allégé

Conçues comme un moyen de rééquilibrer les pouvoirs, les instances indépendantes devaient bénéficier de règles de gestion souples et d'un contrôle allégé. Cet allègement était manifeste. Non seulement les instances ont été dispensées de l'application des règles de la comptabilité publique, elles ont été exemptes de tutelle. Le seul contrôle externe auquel elles devaient faire face a subi à son tour un allègement notable.

A- La dispense de l'application des règles de la comptabilité publique

En dispensant les instances indépendantes de l'application des règles de la comptabilité publique, le législateur a exonéré ces instances du contrôle des dépenses publiques, du contrôle des comptes publics et du contrôle juridictionnel de la Cour des Comptes.

1- L'exonération du contrôle des dépenses publiques

Les organismes publics soumis aux dispositions du code de la comptabilité publique exécutent leurs budgets selon des règles qui exigent que toute dépense ne peut être engagée qu'après visa donc approbation du contrôleur de dépense¹⁴.

Le Ministère des Finances et le Contrôle des Dépenses Publiques sont représentés dans toutes les commissions des marchés, y compris dans les commissions régionales et communales. Toutefois, pour les entreprises publiques, c'est uniquement le Contrôleur d'Etat qui est représenté dans les commissions.

Le contrôle des dépenses engagées se traduit en des termes concrets par le fait que l'ordonnancement des dépenses est subordonné à l'obtention d'un visa au moment de l'engagement de la dépense. L'engagement est l'acte juridique par lequel l'État ou toute autre collectivité publique crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle il résultera une dépense. L'engagement respecte l'objet et les limites de l'autorisation budgétaire. Les engagements se matérialisent par des actes d'engagement juridiques tel que contrats, bon de commande etc...

Exonérer les dépenses publiques relevant des budgets des instances indépendantes permet à ces instances d'éviter à ce que chaque fois qu'elles engagent une dépense, cette dépense doit faire l'objet de nombreuses vérifications qui sont le contrôle de la l'exacte imputation et évaluation de la dépense, la disponibilité des crédits. Ceci englobe également la vérification de la bonne application des lois et règlements ainsi que la conformité de la dépense aux travaux préparatoires si ces derniers ont eu à préciser les conditions dans lesquelles les crédits seront engagés.

Même si les procédures de contrôle de dépenses prévoient des dérogations et des aménagements permettant à des organismes publics de bénéficier des engagements globaux ou engagements prévisionnels, la procédure de contrôle des dépenses est contraignante.

○ ○

¹⁴ Ce contrôle est assuré par un réseau de contrôleurs de dépenses relevant de la Direction Générale du Contrôle des dépenses publiques qui relève du Premier Ministère. Elle assure le contrôle préalable des engagements par le biais du corps des contrôleurs des dépenses qui sont chargés notamment de :

- vérifier la régularité des dépenses de l'Etat, des établissements publics à caractère administratif et des collectivités locales soumises au contrôle et viser les propositions d'engagement y afférentes;
- viser les arrêtés et modificatifs des régies d'avances, les arrêtés de nomination des régisseurs ainsi que les demandes d'avances de fonds consenties à ces derniers;
- viser les demandes de virement de crédit;
- viser les situations trimestrielles et annuelles des dépenses engagées et ordonnancées, que les ordonnateurs sont tenus de transmettre à la Cour des Comptes.

Le professeur Essoussi décrit la problématique du contrôle des dépenses comme suit. « Cette conception des choses peut faire facilement du service du contrôle des dépenses le gendarme de la dépense avant qu'elle ne soit engagée mais aussi un obstacle à la rapidité de l'exécution des opérations budgétaires atténué il est vrai par les engagements globaux ou par les engagements provisionnels du moment que ces derniers sont présentés sans pièces justificatives »¹⁵.

C'est pour éviter le blocage que peut engendrer ce contrôle que le législateur avait opté en 2011 pour le cas de l'instance supérieure des élections pour une formulation explicite exonérant les opérations de cette instance du contrôle des dépenses¹⁶.

En partant du fait que les instances indépendantes ne peuvent pas être assimilées aux organismes soumis au contrôle des dépenses publiques, un nouveau dispositif de contrôle à priori devait être imaginé. Les solutions adoptées ont connu une diversité tendant globalement à réduire au strict minimum ce type de contrôle.

La première solution adoptée concerne l'instance indépendante des élections. En effet, l'article 3 sus-indiqué du Décret-loi n° 2011-27 du 18 avril 2011 portant création d'une instance supérieure indépendante pour les élections dispose que « L'instance supérieure indépendante pour les élections dispose d'un budget propre. Ses dépenses sont imputées sur un compte ouvert en son nom et géré par son président sous le contrôle de deux membres de la cour des comptes et un expert comptable ».

Ce choix était justifié par le fait qu'il fallait trouver le bon dosage entre deux exigences. La première tient au fait qu'aussitôt qu'une entité manie l'argent public, un contrôle à priori doit être mis en place. La souplesse et le champ d'intervention de ce contrôle peuvent varier d'un organisme à l'autre mais son existence est pertinente car elle est subordonnée à la notion des deniers publics.

Par respect à cette logique, une équipe ad-hoc était mise en place avec comme principale mission de compenser l'absence du contrôle à priori. Cette équipe, composée donc de deux magistrats de la Cour des Comptes et un expert comptable, devait assurer le rôle de contrôle compensatoire. En revanche, les attributions confiées à cette équipe étaient de nature incontestablement ambiguë. En effet, le dit décret n'apportait aucune définition claire de la nature de ce contrôle.

¹⁵ A. Essoussi « finances publiques » éditions Latrach, 2013. P.360.

¹⁶ L'article 3 du décret-loi n° 2011-27 du 18 avril 2011 dispose que « Les dépenses de l'instance sont dispensées du contrôle à priori des dépenses publiques et des dispositions relatives aux marchés publics »

Cette ambiguïté a impacté le fonctionnement de cette équipe. En effet, le rapport de la Cour des Comptes sur la gestion de l'instance des élections¹⁷ faisait état du fait que la mise en place de l'équipe en charge d'auditer le compte de l'instance était amputée de la non nomination de l'expert comptable¹⁸.

Le même rapport met en évidence une difficulté de fonctionnement du contrôle interne puisque les difficultés ont été rencontrées par l'équipe ad-hoc pour l'obtention d'une partie des pièces justificatives des opérations réalisées par ladite Instance. Ces difficultés ont poussé l'équipe d'audit à émettre des réserves au sujet de la gestion de l'instance. Des difficultés expliquées par l'Instance par les exigences du calendrier électoral et l'ambiguïté des attributions de l'équipe d'audit non clairement définies par le Décret- Loi n°2011-27.

L'optique de compenser l'élimination du contrôle des dépenses par une équipe ad-hoc n'était pas retenue pour le cas de la HAICA. C'est ainsi que l'article 25 du Décret-loi N° 2011-116 du 2 novembre 2011¹⁹ dispose que les dispositions relatives au contrôle général des dépenses publiques ne s'appliquent pas aux dépenses de la HAICA qui sont soumises au contrôle d'un contrôleur d'état et de la cour des comptes.

Ainsi en exonérant les dépenses de la HAICA du contrôle général des dépenses publiques, le législateur a incorporé encore une fois un contrôle compensatoire qui est le contrôle d'un contrôleur d'Etat²⁰.

Le recours au contrôle des contrôleurs d'Etat en compensation de l'élimination du contrôle des dépenses traduit une certaine tergiversation dans le choix du modèle approprié pour les autorités indépendantes. Entre nécessité du contrôle à priori des deniers publics et la préservation des acquis de l'indépendance, les solutions n'étaient pas si évidentes.

C'est justement les difficultés de mise en œuvre de ces solutions qui ont justifié une tendance de plus en plus claire à assouplir davantage le contrôle à priori.

○ ————— ○

¹⁷ Rapport publié sur le site de la Cour des Comptes en date du 22 mai 2013.

¹⁸ Les raisons avancées par l'instance dans le cadre de sa réponse au pour justifier la non nomination rapport de l'expert comptable membre de l'équipe d'audit par le fait que la proposition de l'ordre des experts comptables n'a pas été acceptée par l'Instance.

¹⁹ Décret-loi N° 2011-116 du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA).

²⁰ Rappelons qu'en excluant les entreprises publiques du champ d'application du code de la comptabilité publique, le législateur avait imaginé un dispositif de contrôle compensatoire. Il s'agit du comité de contrôleurs d'Etat. Ce Comité a été créé en vertu du décret n° 2002-2131 du 30 septembre 2002 portant création de structures au Premier Ministère. Ce Comité est composé de contrôleurs d'Etat exerçant leurs missions auprès des entreprises et des établissements publics. Ce comité est chargé, entre autres, d'exercer un contrôle préalable sur les actes de gestion des entreprises publiques. Le caractère préalable de l'intervention du contrôleur d'Etat s'illustre par son rôle de veiller au respect des procédures réglementant les marchés publics ainsi que la gestion des ressources humaines avant leur entrée en vigueur.

L'évolution était notable pour le cas de l'ISIE puisque il a été décidé de confier à cette instance de mettre en place un système de contrôle et d'audit internes²¹.

Cette évolution démontre la volonté de l'Assemblée Constituante d'alléger le poids du contrôle sur l'instance des élections. Cette option est unique dans le paysage des entités et autorités publiques. Alors que toutes les autres entités publiques indépendantes ou non font l'objet d'un contrôle à priori sous forme soit d'un contrôle des dépenses ou du contrôle des contrôleurs d'Etat avec audit interne en plus pour certaines d'entre elles, l'ISIE a hérité d'un système de contrôle interne allégé. En dehors du cas de l'absence totale de contrôle à priori, l'option adoptée pour le cas de l'ISIE est sans doute la plus souple possible.

2- L'exonération du contrôle des comptes publics et du jugement des comptes

En corolaire à l'exonération du contrôle des dépenses publiques et de la non application du code de la comptabilité publique, les instances indépendantes se trouvent être bénéficiaires d'une exonération du contrôle des comptes publics. En revanche cette exonération n'est pas totale. La complexité de la situation tient au fait que les présidents de certaines instances bénéficient du statut d'ordonnateurs ce qui le soumet systématiquement au contrôle des comptes publics.

Les textes portant création ou organisation des deux autorités publiques citées plus haut en l'occurrence l'ISIE et la HAICA disposent clairement que les présidents sont des ordonnateurs principaux des dépenses et des recettes inscrites au budget des instances. Ils peuvent désigner des ordonnateurs secondaires.

En effet, la perception des recettes et la réalisation des dépenses passent par une série de phases avant d'être accomplies (on parle de circuit de la recette publique et de circuit de la dépenses publique) et sont matériellement exécutées par deux catégories différentes d'agents publics financiers : les ordonnateurs et les comptes publics qui obéissent à un principe de séparation organique et

²¹ L'Article 29 de la Loi organique n° 2012-23 du 20 décembre 2012, relative à l'instance supérieure indépendante pour les élections dispose que « L'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections veille à la mise en place d'un système de contrôle interne des procédures administratives, financières et comptables qui garantit la régularité, la sincérité et la transparence des états financiers et leur conformité aux lois en vigueur. Elle crée à cet effet une unité d'audit et de contrôle interne présidée par un expert comptable. L'unité d'audit exerce ses fonctions selon les normes professionnelles internationales d'audit interne et suivant un plan annuel approuvé par le conseil de l'Instance qui vise l'amélioration de la performance, la gestion des risques et le contrôle de tous les actes de l'Instance. L'unité d'audit et de contrôle interne soumet, directement et de façon périodique, ses rapports au conseil de l'Instance ».

fonctionnel, motivé par le souci de la sécurité des deniers publics²².

L'objectif premier du principe de la séparation entre ordonnateur et comptable public est d'assurer un contrôle de régularité le plus étendu possible de la gestion financière. C'est la raison pour laquelle il comporte deux éléments essentiels : d'une part une division organique et fonctionnelle des compétences et d'autre part l'indépendance et l'incompatibilité des fonctions²³.

Par application au principe de la séparation entre les fonctions des ordonnateurs et celles des comptables, les actes pris par les présidents des autorités publiques indépendantes sus-indiquées sont soumis au contrôle des comptables publics²⁴.

Indépendantes de la nature de leur contrôle et de sa substance qui reste liés aux procédures d'exécution des dépenses publiques qu'il serait superflu de les passer en revue dans le cadre du présent article, les comptables peuvent donc refuser le paiement d'une dépense ordonnancée par les ordonnateurs. « quand l'acte de paiement présente une irrégularité, il y a suspension du visa de paiement par le comptable tenu d'informer l'ordonnateur de sa décision de refus laquelle décision peut provoquer une injonction de payer émanant du premier ministre et qui a pour effet de délier le comptable de sa responsabilité²⁵.

Une telle description peut laisser sous entendre que dès leur accès au statut d'ordonnateurs, les présidents des Instances Indépendantes se trouvent être objet d'un contrôle bloquant exercé par les comptables publics. En fait, cette situation, du reste, logique se trouve fortement allégée par une spécificité des autorités indépendantes sus-indiquées.

En effet, les présidents de ces autorités n'assument la responsabilité découlant de leur statut d'ordonnateurs que très partiellement et à titre exceptionnel²⁶. Le contrôle exercé par les comptables publics à leur égard se limite donc à une partie minime de leur gestion budgétaire. C'est donc une quasi-exonération du contrôle des comptables publics.

Cette quasi-exonération a une conséquence logique. N'étant pas soumis au contrôle des comptables publics pour la quasi-totalité des opérations budgétaires

○ ○ ○

²² L. Chikhaoui « Droit axe 3 : finances publiques » P. 4.

²³ Michel Bouvier, Marie Christine Esclassan, Jean pierre Lassale « Finances Publiques » 14^{ème} édition lextenso édition p.392.

²⁴ L'article 5 du CCP dispose que « les fonctions d'ordonnateur et celles de comptable public sont incompatibles. Les conjoints des ordonnateurs ne peuvent être comptables des organismes publics auprès desquels lesdits ordonnateurs exercent leurs fonctions ».

²⁵ A. Essoussi « finances publiques » éditions Latrach, 2013. P.360

²⁶ Dans la pratique ces présidents se contentent d'émettre 4 ordonnances pour le déblocage des subventions en 4 tranches.

qu'ils exécutent, les présidents de ces autorités ne sont pas tenus en fin d'année d'établir des comptes au sens de la comptabilité publique. Du coup, les Instances Indépendantes ne sont pas soumis au contrôle juridictionnel de la Cour des Comptes qui est rappelons-le réservées aux comptables publics²⁷.

Le jugement des comptes est le contrôle exercé par le juge des comptes sur les comptes des comptables publics. Il a pour finalité d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptables publics, dont les comptes sont en jugement, se sont acquittés correctement des obligations créées à leur endroit en vertu des dispositions combinées du CCP et des textes régissant l'organisation et le fonctionnement de la Cour des Comptes. Le contrôle juridictionnel a pour objectif de garantir le respect du système comptable. Il vise à s'assurer que les opérations financières réalisées dans le cadre des activités des organismes soumis au CCP ont été exécutées conformément aux lois et règlements en vigueur et inscrites dans des comptabilités régulières du point de vue périodicité, intégralité et fiabilité

Ainsi, le statut d'ordonnateurs quasiment subsidiaire accordés aux présidents des autorités indépendantes a permis à ces autorités d'échapper au contrôle juridictionnel de la Cour des Comptes. C'est une souplesse de taille.

B- Un contrôle externe allégé

Le législateur a allégé le contrôle externe de la gestion des instances indépendantes. Outre la dispense des contrôles de la tutelle et des contrôleurs généraux, une réduction substantielle du périmètre du contrôle de la Cour des comptes a été prévue.

1- Dispense des contrôles de la tutelle et des contrôles généraux

Les instances indépendantes ne sont soumises à aucun contrôle de tutelle. Elles bénéficient d'un allègement de taille étant donné le poids lourd reconnu à ce type de contrôle.

« Les principales caractéristiques (des contrôles des tutelles) sont : la multiplicité, l'enchevêtrement, la superposition et la fragmentation. Ceci est rendu possible par le fait qu'il n'existe aucune politique d'ensemble de ces contrôles. Le fait

²⁷ La loi 68-8 relative à l'organisation de la Cour des Comptes décrit clairement la procédure du jugement des comptes en précisant les différentes phases du contrôle juridictionnel. En effet, l'article 25 de ladite loi dispose que « Cour des Comptes règle et apure les comptes qui lui sont soumis : Elle établit, par ses arrêts, si les comptables sont quittes, en avance ou en débet.

est que dans la pratique, ils constituent un frein de taille au dynamisme de l'entreprise publique »²⁸.

Même si l'indépendance ne s'oppose forcément pas aux exigences de la tutelle ou l'encadrement par les structures de l'Etat, les instances indépendantes sont exemptes de toute forme comparable à la tutelle administrative ou financière exercées à l'égard des entreprises publiques.

En revanche, même si ces instances bénéficient avec une telle approche de beaucoup de souplesse, ceci n'est pas sans poser des problématiques de mise en œuvre.

Tout d'abord l'Etat n'exerce pas de tutelle ce qui veut dire que les instances conçoivent et fixent les politiques en relation avec leurs activités ou domaines d'intervention de leurs propres chefs.

En se référant aux règles des tutelles exercées sur les entreprises publiques, l'objet du contrôle est un suivi général de la gestion de l'entreprise publique qui consiste à faire respecter la législation et la réglementation, la cohérence par rapport aux orientations générales de l'Etat »²⁹.

De ce fait, les actes pris par les instances ne sont soumises au contrôle d'aucun ministère de tutelle. Ceci devrait permettre à ces instances d'éviter la lourdeur de l'exercice de ce contrôle qui fait que les actes pris qu'elles prennent deviennent systématiquement exécutoires sans aucune procédure d'aval par la tutelle.

La non soumission des instances à une tutelle ministérielle se traduit également par l'exonération des contrôles exercées par les inspections ministérielles.

Il y a lieu de préciser à cet égard que dans l'attente de la mise en place effective des ICI, les instances publiques indépendantes ont connu un traitement non uniforme quant à la tutelle budgétaire. C'est ainsi qu'alors que l'ISIE n'était rattachée à la tutelle d'aucun ministère, la HAICA a subi un traitement différent.

C'est ainsi qu'alors que le budget de l'ISIE était inscrit au niveau de la loi des finances dans un chapitre à part, celui de la HAICA a été inscrit dans le chapitre de la Présidence de la République et ce au même titre que les autres établissements publics rattachés pour ordre à ce chapitre.

Même si cette approche est prédestinée à changer, elle met en exergue que la HAICA a dû faire l'objet des exigences de l'exercice de la tutelle essentiellement en

○ ————— ○

²⁸ Amel Aouij Mrad « droit des Entreprises Publiques » Centre de Publications universitaires 2009 P.85.

²⁹ Article 3 alinéa 1 du décret 2002-2197.

ce qui concerne le budget. En revanche, elle n'a pas fait l'objet depuis sa création d'un contrôle en relation avec la mise en œuvre des modalités de tutelle ou de contrôle.

Ainsi et à la différence des autorités administratives indépendantes qui sont soumises à une tutelle ministérielle, les instances indépendantes bénéficient d'une exonération des contrôles engendrés par cette tutelle.

Outre la dispense du contrôle de la tutelle, les textes portant création des différentes instances indépendantes prévoient que les comptes de ces instances sont soumis au contrôle de la Cour des Comptes en excluant ainsi toute autre possibilité de faire l'objet d'un contrôle par un corps de contrôle général.

Par exemple la Loi organique portant création l'ISIE dispose que « les comptes financiers de l'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections sont soumis au contrôle à posteriori de la Cour des comptes. La Cour des comptes établit un rapport spécial sur la gestion financière de l'Instance au titre de chaque opération électorale ou référendaire. Ledit rapport est publié au Journal Officiel de la République Tunisienne ».

En optant pour une telle formulation, cette Loi limite le contrôle externe à la Cour des Comptes ce qui constitue un allègement conséquent dans la mesure où en matière de contrôle de la gestion tant la Cour des Comptes que les autres corps de contrôle généraux disposent d'une compétence générale.

Ainsi, étant une nouveauté dans le paysage institutionnel tunisien, les Instances indépendantes se trouvent exclues du champ de contrôle des contrôleurs généraux. Ces instances ne correspondent à aucun des critères d'établissement des compétences de ces contrôles généraux.

En effet, le Contrôle général des services publics (CGSP) a été créé par la loi de finances de 1982 après dissolution de l'Inspection générale des services administratifs, en application de l'article 27 du décret numéro 1982-6 du 5.

Le CGSP est rattaché au Président du gouvernement (au Premier ministre auparavant). Il a une compétence de contrôle de gestion de nature horizontale. A ce titre il contrôle

- les services de l'État,
- les collectivités locales,
- les entreprises et établissements publics et tous les organismes recevant directement ou indirectement des participations ou des contributions de l'État ou des collectivités.

Au même titre que le CGSP³⁰, les attributions du CGF lui confèrent une mission générale de vérification³¹ de la gestion et des comptes :

- des services de l'État,
- des établissements publics,
- des collectivités locales ;
- des entreprises publiques,

Le corps du Contrôle général des domaines de l'État et des affaires foncières (CGDEAF)³² a compétences de :

- Contrôler l'utilisation des domaines publics et privés de l'État ainsi que des biens immobiliers qu'il occupe, des biens mobiliers dont l'État est gestionnaire, des participations en nature ou en espèces de l'État dans les établissements et entreprises publics et dans tout organisme et organisation nationale.
- Assurer le suivi de la gestion du domaine public et privé des collectivités publiques locales et des établissements et entreprises publics ainsi que des biens immobiliers qu'il occupe, des biens mobiliers de toutes sortes appartenant à ces organismes.

Force est de signaler que la dispense du contrôle des contrôleurs généraux n'est pas sans poser des questionnements sur la légitimité d'exclure d'une manière implicite l'intervention de ces corps de contrôle général. En effet, en disposant au même titre que la Cour des Comptes d'une compétence de surveillance générale sur la gestion des deniers publics, les trois corps de contrôle général pouvaient se faire valoir du caractère général de ces compétences pour exercer à leurs tours leurs contrôles sur les comptes et la gestion financière des Instances indépendantes.

En revanche, en étant tous des contrôles généraux internes au Pouvoir Exécutif, il est tout à fait logique que les instances indépendantes ne soient pas soumises à ces contrôles. C'est l'une des principales manifestations de l'indépendance de ces instances à l'égard du pouvoir exécutif.

En outre exonérer les instances indépendantes du contrôle des corps de contrôle général permettrait d'éviter une situation de multiplicité des organes de contrôle.

○—————○

³⁰ Le Contrôle général des finances (CGF) a été créé par le Décret n° 82/7 du 5 janvier 1982 en remplacement de l'ancienne Inspection générale des finances. Il est rattaché au ministre des Finances. L'organisation et les modalités de fonctionnement du CGF ont été établies par le Décret n° 2000/2886 du 7 décembre 2000 portant organisation du CGF et ses modalités de fonctionnement.

³¹ Décret n° 2000/2886 du 7 décembre 2000 portant organisation du CGF et ses modalités de fonctionnement,

³² Le Décret n°90-1070 du 18 juin 1990 portant organisation du ministère des Domaines de l'État et des Affaires foncières a créé une structure de contrôle au sein de ce Ministère.

« Bien que les missions de la Cour des Comptes soient des missions de contrôle externe réalisées par une autorité indépendante, elles peuvent se trouver en situation de recoupement ou de double emploi avec les missions des inspections à compétence générale »³³.

Ainsi en limitant le contrôle externe de la gestion des instances indépendantes, le législateur a introduit un allègement conséquent évitant ainsi une multiplicité des actions de contrôle.

2- Un Contrôle à périmètre réduit

Les instances indépendantes sont soumises au contrôle de la Cour des Comptes. En revanche, ce contrôle ne découle pas des compétences de contrôle général dont la Cour des Comptes est nantie à l'égard des autres organismes³⁴.

Même si les instances indépendantes ne figurent pas dans la liste des organismes soumis au contrôle de la Cour, il aurait été de droit pour cette juridiction financière d'exercer son contrôle sur ces instances en se référant au dernier alinéa de l'article 4 de la Loi 68-8. C'est ainsi que la Cour exerce une mission de surveillance générale sur les gestionnaires publics dont les instances indépendantes du fait qu'elles sont financées soit totalement soit partiellement par les fonds de l'Etat. En outre, voulant réduire le contrôle externe de la Cour sur les instances indépendantes au strict minimum, le législateur limitait le périmètre de ce contrôle aux comptes et la gestion financière. Ceci se traduit par le fait que les activités métiers de ces instances portant sur le renforcement de la démocratie ne sont pas soumises au contrôle externe de la Cour.

Même si ce périmètre a fait l'objet de divergences d'opinions entre la Cour des Comptes et les Instances indépendantes quant à ses limites, les objectifs de contrôle établis par la dite Cour dans le cadre de son contrôle de ces instances portent exclusivement sur les questions relatives à la gestion financière et comptables. Il s'agit de l'organisation administrative et financière, de la gestion des ressources humaines, de la gestion des achats et des états financiers.

○ ○

³³ Néjib Belaid « Etude des structures de contrôle et d'évaluation en Tunisie Positionnement de la Cour des Comptes » Juin 2011.

³⁴ En effet l'article 4 de la Loi 68-8 du 8 mars 1968 relative à la Cour des Comptes dispose que « La Cour des comptes est à l'égard de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics administratifs, l'institution supérieure de contrôle de leurs finances ; elle dispose à cet effet d'un pouvoir de juridiction et d'un pouvoir de contrôle. La Cour des comptes :

1- juge les comptes des comptables publics. Un décret définira les comptables publics dont les comptes sont obligatoirement soumis à la juridiction de la cour.

Néanmoins, les comptes des collectivités et établissements publics peuvent être arrêtés par l'autorité administrative supérieure sauf le pouvoir des parties intéressées devant la cour ou le droit d'évocation à l'initiative de la cour.

2- exerce une mission de surveillance générale sur les gestionnaires des finances publiques.

En somme, en dispensant les instances indépendantes du contrôle des dépenses publiques, du contrôle des contrôleurs généraux, de la tutelle et limitant le contrôle externe de la Cour des Comptes aux questions de la gestion financière, le législateur a consacré un régime de contrôle allégé.

En revanche, et en dépit de cette souplesse, ce régime semble être d'une portée pratique limitée.

Partie 2 Un allègement de portée pratique limitée

Le contrôle de la gestion des instances indépendantes reste soumis pour l'essentiel à des règles génériques qui s'appliquent à toutes les entités objet du Contrôle. Cette affirmation est d'une portée importante car elle vient à l'encontre des attentes placées dans les ICI d'être un vecteur de démocratisation de la vie politique car disposant d'un privilège d'indépendance.

En revanche, c'est une affirmation incomplète car elle n'apporte pas de précision sur la nature contraignante ou non, restrictive ou non du contrôle exercé sur lesdites instances. N'allons pas trop en besogne et examinons pas à pas la portée pratique de ce contrôle.

Précisions en premier lieu que plusieurs ambiguïtés entourent le cadre normatif régissant le contrôle de gestion des instances indépendantes. Dire que les souplesses de contrôle accordées aux instances sont en fin de compte de portée limitée tient partiellement à cette ambiguïté.

A- Un cadre normatif ambigu

L'ambiguïté du cadre normatif du contrôle est due à l'effet conjugué de plusieurs facteurs dont notamment le caractère hybride des règles de gestion des instances indépendantes et de l'ambiguïté entourant l'application des règles de bonne gestion.

1- Des règles de gestion hybrides

Les règles juridiques régissant la gestion des instances indépendantes sont hybrides car ces instances constituent d'une part des autorités publiques comparables aux autres organismes de droit public et se trouvent être d'autre part tenues par des exigences de flexibilité de gestion comparables aux organismes de droit privé.

Ces instances se trouvent ainsi tiraillées entre l'obligation de se soumettre aux

exigences de la gestion des deniers publics et les souplesses ayant trait à la nature des activités dont elles ont la charge.

Cet état de fait se traduit par un cadre diversifié et complexe ralliant tant des règles de droit public comparables à celles applicables aux services de l'Etat, aux établissements publics à caractère administratif et des règles de droit privé comparables à celles applicables à des entreprises publiques.

La part du droit public tient en premier lieu au fait que ces instances sont créées par un acte de droit public. En outre, certaines instances sont dotées de pouvoir réglementaire en relation avec leurs missions.

La part de droit public se manifeste également au niveau des règles régissant les budgets des instances. En étant financées totalement ou partiellement du budget de l'Etat. Cette relation fait que les opérations budgétaires de ces instances se trouvent soumises aux dispositions de la Loi Organique du Budget.

La part du droit privé se manifeste à son tour dans la gestion des litiges, la conclusion des contrats et la propriété³⁵. En outre, de part la grande diversité des actes pris par les instances indépendantes, elles se trouvent soumises à un contrôle juridictionnel « non unifiée et non uniforme. Ces instances sont soumises à des régimes différents. Cette diversité tient à la spécificité de chaque instance et la nature de son activité ainsi que la spécificité de ses travaux et des actes qu'elle prend³⁶.

La diversité des règles applicables aux instances impacte les règles de sa gestion lui conférant ainsi un caractère hybride se matérialisant sous différentes formes. Il est cité à cet égard la question du statut du président de l'instance et ses attributions en matière de gestion financière.

Prenons l'exemple de l'ISIE. L'article 11 de la Loi organique n°2012-23 du 20 décembre 2012, relative à l'instance supérieure indépendante pour les élections dispose que « Le président de l'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections est son représentant légal. Il est le président de son conseil et l'ordonnateur de son budget.

Ainsi en cumulant les fonctions d'ordonnateur et de représentant légal, le président se trouve disposer d'attributions ordinairement non cumulables du fait qu'elles sont imposées par des règles juridiques distinctes les unes des autres.

○ ○

³⁵ Le projet des dispositions communes .

³⁶ H. Ghrib « la constitution et les autorités indépendantes » droit et politique n°3 2014 P412.

Confier le statut d'ordonnateur aux présidents de ces autorités se traduit systématiquement par l'application des règles de finances publiques qui ne sont pas en conformité avec les exigences de la flexibilité.

En effet, même si les présidents de ces instances bénéficient par application de la Loi des privilèges des ordonnateurs principaux, ils n'exercent ces fonctions que dans le cadre d'un nombre très limité d'opérations budgétaires et pour un seul et unique motif le déblocage des subventions imputées sur le budget de l'Etat. Par respect au principe de la spécialité budgétaire, les crédits alloués aux instances doivent être précisés en termes de montant, objet et destination donc chapitre. Cette exigence est justifiée par le fait que « le principe de spécialité budgétaire organise la présentation des recettes et des dépenses de l'Etat de façon à ce que la chambre des députés connaisse l'origine de chaque recette et la destination de chaque dépense »³⁷. En revanche à la différence des autres chapitres, les instances indépendantes appliquent ce principe partiellement se traduisant par une relation ambiguë entre leurs budgets et le budget de l'Etat³⁸.

En effet, en inscrivant les subventions accordées à ces instances pour le financement des charges de gestion et d'investissement, ces crédits se trouvent systématiquement être soumis aux règles de la comptabilité publique prévues tant par la loi organique du Budget³⁹ et le code de la comptabilité publique⁴⁰.

Cette relation ambiguë a renforcé le caractère hybride des règles juridiques applicables à la gestion financière. Outre l'application des normes habituellement inconciliables en relation avec la gestion des crédits budgétaires, cette ambiguïté se manifeste au niveau des règles de comptabilité. En effet, en assumant les attributions liées au statut d'ordonnateurs, les présidents des instances indépendantes doivent se conformer aux dispositions du code de la comptabilité

○————○

³⁷ Chikhaoui (L.), Précis de finances publiques ; Tome 1 : droit budgétaire » centre des publications universitaires P.70

³⁸ En respectant ce principe, les crédits alloués aux autorités publiques indépendantes ont été inscrits au niveau de la Loi des finances au titre des subventions accordées précisant les montants des fonds accordés à ces instances et leur destination. Aucun autre détail n'est présenté dans le projet de Loi des Finances. Ce choix est justifié par le fait que la conformité au principe de la spécialité exige que les crédits soient inscrits avec une précision de leur destination. En revanche, le détail selon les articles paragraphe et sous paragraphe n'est pas produit offrant ainsi aux instances la liberté totale d'affecter les crédits selon leurs besoins.

Avec une telle démarche la relation entre les budgets de ces autorités et le budget de l'Etat se limite à la informer le parlement du montant accordé à ces autorités par l'Etat. Le reste des informations sont réservées aux autorités elles mêmes donc elles peuvent disposer de ces fonds comme bon elles leur semblent.

En agissant de la sorte, les présidents de ces autorités ne sont tenus de respecter les règles de la comptabilité publique que pour ordonnancer les subventions inscrites dans le budget de l'Etat à leurs profits. Aussitôt que ces subventions sont débouquées du Budget de l'Etat, l'exigibilité des règles de la comptabilité publique cesse et ces présidents se trouvent exonérer de l'obligation de se conformer à ces règles.

³⁹ Loi organique n° 67-53 du 8 décembre 1967, portant loi organique du budget, tel que modifiée et complétée notamment par la loi organique n° 96-103 du 25 novembre 1996 et la loi organique n° 2004-42 du 13 mai 2004.

⁴⁰ Loi n° 73-81 du 31 décembre 1973, portant promulgation du code de la comptabilité publique.

publique⁴¹ tout en étant tenus de produire une comptabilité conformément aux règles de la comptabilité commerciales applicables aux entreprises publiques⁴².

2- L'ambiguïté de la substance des principes généraux de bonne gestion

Pour illustrer la problématique de l'ambiguïté de la substance des règles de bonne gestion, nous nous référons aux analyses consignées dans le rapport de la Cour des Comptes relatif à la gestion de l'ISIE publié en 2013⁴³.

Dans le préambule du rapport la Cour a bien clarifié que « même si le législateur a dispensé l'instance (ISIE) du contrôle à priori des dépenses publiques et des règles régissant les marchés publics, elle ne se trouve pas exempt de l'application des règles de bonne gestion dont notamment les exigences de la concurrence ».

La Cour rajoute que même si elle consent au fait que l'instance a contribué d'une manière significative dans la réussite des élections de l'Assemblée Constituante, elle confirme que l'atteinte de cet objectif n'exonère pas l'instance de l'obligation de se conformer aux règles communément admises de la bonne gestion d'autant plus que les ressources de l'instance proviennent totalement du budget de l'Etat. La Cour conclut donc que même si l'Instance est tenue d'atteindre les objectifs qui lui ont été assignés, elle doit veiller au respect des règles de bonne gestion. Les deux exigences ne sont pas incompatibles »

Reprendre la qualification consignée par la Cour dans son premier rapport portant sur la gestion financière d'une instance indépendante vise à démontrer que même si la Cour a bien argumenté la nécessité de se référer aux règles de bonne gestion, cette situation met en évidence une certaine ambiguïté quant à la substance de ces règles. Ceci est d'autant plus évident que la position de l'instance objet dudit contrôle était à l'antipode de cette approche.

Abstraction faite de ces résultats de ce contrôle qui restent pertinents pour illustrer la problématique de l'ambiguïté de l'application des règles de bonne gestion, les instances indépendantes y compris celles constitutionnelles doivent être conscientes que du moment qu'elles manient l'argent public, elles se

⁴¹ L'Article 9 dudit code dispose Les opérations des ordonnateurs sont retracées dans des comptabilités tenues dans les formes déterminées par «le ministre des finances ou celui ayant reçu délégation du ministre des finances à cet effet».

⁴² L'exemple de l'ISIE est tout à fait illustratif de ce caractère hybride de ces dispositions. En effet, l'article 30 de la loi organique relative à l'ISIE dispose que Les comptes financiers de L'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections sont soumis au contrôle de deux commissaires aux comptes inscrits à l'ordre des experts comptables lesquels sont désignés par le conseil de l'Instance pour une durée de trois ans renouvelable une seule fois, et ce, conformément à la législation en vigueur relative aux établissements et entreprises publics.

⁴³ Rapport publié sur le site de la Cour des Comptes en mai 2013.

trouvent soumises aux règles de bonne gestion.

Rappelons que ces règles ne sont pas définies d'une manière explicite ni dans les textes régissant les finances publiques ni dans ceux spécifiques au contrôle. Au même titre des normes régissant le processus d'audit, ce sont les normes internationales qui apportent des précisions quant à la définition et la substance de concepts et de techniques d'audit.

En se référant à ces normes internationales d'audit, nous pouvons constater que les règles de bonne gestion peuvent fonder un jugement d'audit⁴⁴.

Pour un audit de conformité relatif à la bonne administration, les critères appropriés seront soit des principes généralement acceptés, soit des meilleures pratiques au niveau national ou international. Dans certains cas, les critères peuvent être non codifiés, implicites ou fondés sur « des principes supérieurs de droit »⁴⁵.

Il se dégage ainsi que les règles de bonne gestion constituent des critères de contrôle à part entière. En revanche, ce sont la définition et la délimitation de ces principes qui posent des difficultés d'interprétation. Les conditions d'applicabilité de ces principes sont également ambiguës. Il est cité à titre d'illustration le cas du recours par la Cour des Comptes au principe de l'équité et de la transparence pour qualifier comme manquements certains agissements de l'Instance des élections en matière de commande publique.

Il y a lieu de signaler par ailleurs que la Cour de discipline financière a déjà consacré dans sa jurisprudence le principe de l'applicabilité des règles de bonne gestion comme pouvant constituer un élément constitutif de la faute de gestion.

○————○

⁴⁴ En effet, l'ISSAI 400 relative aux principes fondamentaux de l'audit de conformité précisent que « l'audit de conformité peut porter sur la régularité (respect de critères formels comme les lois, les règlements et les accords en vigueur) ou sur la bonne administration (respect des principes généraux qui régissent la bonne gestion financière et la conduite des fonctionnaires). Alors que la régularité est l'élément principal de l'audit de conformité, la bonne administration peut également s'avérer pertinente si l'audit s'inscrit dans le contexte du secteur public, où il existe certaines attentes à l'égard de la gestion financière et de la conduite des fonctionnaires. En fonction du mandat de l'ISC, l'étendue de l'audit peut donc inclure des aspects relatifs à la bonne administration.

Cette même norme précise que « les audits de conformité comprennent généralement l'évaluation de la conformité à des critères formels, comme la législation de base, les règlements publiés en vertu d'une législation cadre, ainsi que les autres lois, règlements et conventions applicables, y compris les lois budgétaires (régularité). En l'absence de critères formels ou s'il existe des lacunes évidentes dans la législation concernant leur application, les audits peuvent également consister à examiner la conformité aux grands principes qui régissent la bonne gestion financière et la conduite des fonctionnaires (bonne administration). Il faut disposer de critères appropriés à la fois lors des audits centrés sur la régularité et lors de ceux axés sur la bonne administration.

⁴⁵ Il s'agit d'une traduction des termes anglais « overriding principles of law » que nous pouvons traduire les principes généraux de droit.

Cette jurisprudence n'établit pas en revanche de liste pour ces règles.

L'ambiguïté entourant l'applicabilité des règles de bonne gestion des finances publiques dans le contexte des instances indépendantes appellent à ce qu'un référentiel spécifique à ces instances soit établi. En absence de ce référentiel, l'allègement dont bénéficient ces instances risque de perdre en utilité. Ces risques sont d'autant plus matériels qu'en dépit des efforts d'adaptation consentis à cet égard, le contrôle sur la gestion des ICI est en phase de se rétrécir davantage.

B- Des adaptations de portée limitée

Indépendamment des adaptations et des souplesses prévues par les textes, le contrôle de la gestion des instances indépendantes devait inéluctablement s'adapter aux spécificités de la gestion de ces instances. Ces adaptations sont donc basiques et tiennent à la logique même du contrôle.

En dépit de l'apport de ces adaptations, elles restent de portée limitée, ce qui appelle à l'établissement d'un référentiel de contrôle spécifique à ces instances.

1- Des adaptations basiques insuffisantes

Même si la notion du contrôle diffère de celle de l'audit, elles restent substantiellement proches. Pour des questions de clarté, ces deux concepts sont utilisés comme des synonymes même si ils ne le sont pas. Cette commodité méthodologique reflète même un état de fait qui a fait que la pratique du contrôle en Tunisie ne dégage pas de différence notable entre le contrôle de la gestion et l'audit même si la tendance générale consacre une application des mêmes règles appelées communément par normes d'audit. C'est pour cela nous nous référons essentiellement à ces normes pour démontrer que l'adaptation du contrôle aux contextes des instances est un principe basique du métier d'audit.

En outre et étant donné une grande variété d'audit⁴⁶, nous nous basons sur les règles d'audit de conformité qui est pour le moment le type d'audit qui est expressément prévu par les textes en vigueur régissant la gestion des instances indépendantes.

« L'audit de conformité consiste à évaluer de façon indépendante si un sujet considéré donné est conforme aux textes législatifs et réglementaires applicables qui servent de critères. Un audit de conformité consiste à évaluer si les activités,

○ ○

⁴⁶ Il est communément distingué entre audit de conformité, audit de performance et audit des états financiers.

les transactions financières et les informations sont, dans tous leurs aspects significatifs, conformes aux textes législatifs et réglementaires qui régissent l'entité auditée »⁴⁷.

Même si les considérations liées à l'exercice de l'audit sont nombreuses, celles ayant une portée pertinente sur le contexte des instances indépendantes sont respectivement le sujet considéré, les critères et les aspects significatifs.

Ce sont justement ces trois éléments dont la variabilité permet aux contrôleurs d'adapter leurs démarches aux spécificités des entités contrôlées. Les instances indépendantes ne dérogent pas à cette règle. En mettant en jeu un sujet considéré, des critères et des aspects significatifs différents, les instances indépendantes font l'objet d'un contrôle adapté à leurs contextes. La norme sus-indiquée préconise que les auditeurs doivent connaître l'entité auditée à la lumière des textes législatifs et réglementaires qui leur sont applicables.

Même si les instances indépendantes sont substantiellement différentes des autres entités soumises au contrôle, leurs spécificités sont systématiquement prises en compte par application à l'obligation imposée aux auditeurs que le type particulier des contrôles sur lesquels l'auditeur centre son audit dépend du sujet considéré donc de la nature d'activité des instances indépendantes.

Cette règle fait face aux critiques adressées par moment au contrôle qu'il soit interne ou externe de ne pas prendre en considération la nature des activités des instances indépendantes qui sont, rappelons le, des missions particulières en comparaison avec les entités publiques. En définitive, la nature des activités de ces instances est prise en compte dans la délimitation du champ de l'audit⁴⁸.

Le deuxième élément d'adaptation du contrôle au contexte des ICI se situe au niveau des critères d'audit. Bien des voix se sont élevées pour soutenir la thèse qu'un référentiel spécifique aux instances indépendantes doit être élaboré en vue de ne pas contrôler ces instances sur la base des mêmes critères prévus pour les autres entités publiques.

○ ○ ○

⁴⁷ Norme ISSAI 400 relative aux principes fondamentaux de l'audit de conformité.

⁴⁸ Les audits de conformité peuvent couvrir tous les niveaux du pouvoir exécutif, y compris plusieurs niveaux administratifs, ainsi que différents types et groupes d'entités. L'auditeur doit donc bien connaître la structure et les opérations de l'entité auditée, ainsi que les procédures qu'elle met en œuvre pour assurer la conformité. L'auditeur utilisera ces connaissances pour déterminer le caractère significatif et évaluer le risque de non-conformité » La même norme précise également que « pour comprendre l'entité auditée ou le sujet considéré, l'auditeur doit également connaître le système de contrôles internes. Le type particulier de contrôles sur lesquels l'auditeur centrera son attention dépendra du sujet considéré, ainsi que de la nature et de l'étendue spécifiques de l'audit. Étant donné que le sujet considéré peut être d'ordre qualitatif ou

C'est en partant de cette exigence que la Cour a justifié le choix des critères de contrôles adoptés dans le cadre de son rapport sur la gestion de l'instance des élections⁴⁹. En effet, la Cour a précisé qu'elle s'est basée sur les règles que l'instance a elle-même établies dans le cadre de son règlement intérieur, les notes de travail et les manuels de procédures. Elle a rajouté qu'elle a fait en sorte d'adapter son contrôle au contexte et des spécificités de l'instance, sa courte expérience et le caractère exceptionnel de ses interventions.

Outre l'adaptation du sujet considéré et des critères d'audit, le contrôle de la gestion exige des contrôleurs de prendre en considération le caractère significatif des audits»⁵⁰.

La question du caractère significatif se pose particulièrement pour les instances indépendantes dont le contexte et la nature d'activité mettent en évidence la nécessité d'adapter les conclusions du contrôle de la gestion financières et comptables aux contextes et aux objectifs des instances.

En définitive, même si les instances indépendantes bénéficient au même titre que toute autre entité objet de contrôle d'efforts d'adaptation en termes de critères, de nature d'activité et de caractère significatif des contrôles, ces efforts restent insuffisants vue le poids des normes incompressibles du contrôle. C'est ainsi que les exigences de matérialité, de documentation des preuves d'audit, d'imputabilité et de traçabilité constituent des règles incompréhensibles et elle ne sont donc pas sujet à une quelconque atténuation même pour le cas des instances indépendantes. Ceci contribue à donner l'impression que les corps de contrôle appliquent les mêmes règles adoptées pour les autres entités objet du contrôle.

Même si cette impression est fausse, elle met en évidence, une ambiguïté quant à la substance du contrôle de la gestion des instances indépendantes. Pour lever cette ambiguïté, il est nécessaire d'établir un référentiel de contrôle spécifique aux Instances indépendantes.

quantitatif, l'auditeur axera ses travaux sur les contrôles internes de type quantitatif ou qualitatif, ou sur une combinaison des deux, en fonction de l'étendue de l'audit.

⁴⁹ Rapport publié en Mai 2013.

⁵⁰ ISSAI 400. « La détermination du caractère significatif relève du jugement professionnel et dépend de l'interprétation, par l'auditeur, des besoins des utilisateurs. Un problème peut être considéré comme significatif si sa connaissance serait susceptible d'influencer les décisions des utilisateurs présumés. Ce jugement peut concerner un élément ou un groupe d'éléments pris dans son ensemble. C'est souvent un critère de valeur qui permet de définir le caractère significatif, mais ce dernier revêt également d'autres aspects quantitatifs et qualitatifs. Les caractéristiques inhérentes d'un élément ou d'un groupe d'éléments peuvent rendre un problème significatif de par sa nature même. Un problème peut également être significatif en raison du contexte dans lequel il survient.

2- Le nécessaire référentiel spécifique aux Instances indépendantes

Outre le fait que les efforts d'adaptation des normes de contrôle aux contextes des instances indépendantes sont insuffisants, l'établissement d'un référentiel spécifique à ces instances est justifié par la nécessité de clarifier les questions des suites des contrôles exercés sur les comptes des instances. Il est entendu par suites les questions relatives au suivi des résultats des contrôles et la qualification des manquements soulevés par les travaux de contrôle.

L'intérêt de la question de qualification des manquements n'est pas propre aux instances indépendantes mais s'applique à tous les autres contrôles réalisés par la Cour des Comptes. En effet, en règle générale, les travaux de la Cour débouchent sur des conclusions faisant état de manquements.

Ces manquements doivent être par la suite qualifiés par la Cour pour décider s'ils peuvent constituer des fautes de gestion ou des fautes pénales. Ceci est justifié par le fait que la Cour des Comptes est un juge des comptes c'est-à-dire une juridiction financière. Elle ne sanctionne pas directement les fautes de gestion et comme elle n'a pas de compétences pénales, elle ne peut pas non plus juger les faits susceptibles de constituer des fautes pénales.

« Au delà de ces exigences de qualité, les faits ayant trait aux actes pouvant constituer des infractions pénales, sont soumis à des limites bien spécifiques. C'est ainsi que la formulation des observations ne doit ni préjuger ni des décisions finales de la Cour ni empiéter sur les compétences des tribunaux judiciaires. Une formulation qui ne préjuge pas des décisions finales de la Cour veut dire en des termes plus simples que la Cour ne doit pas relater les faits ou évoquer les intéressés objets des procédures juridictionnelles de la Cour des Comptes de façon à préjuger de l'issue finale de ces procédures. Cette exigence est la conséquence de l'application du principe d'impartialité et de droit de défense qui font obstacle à ce que la Cour évoque une affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits avant qu'une décision juridictionnelle lancée en parallèle et au sujet des mêmes faits ne soit encore rendue d'une manière définitive »⁵¹.

Ce sont ces exigences qui ont fait que pour les rapports portant sur la gestion des instances indépendantes ou toute autre entité objet du contrôle, les rapports de la Cour se limitent à constater les manquements sans porter de jugement sur leur nature. Ceci posait par moment le problème des interprétations inappropriées.

⁵¹ M.Bengassouma « infractions pénales entre juridictions financières et juridictions répressives », Info-juridique 2015.

Sur le plan des procédures, les faits pouvant constituer des fautes de gestion sont transmis à la Cour de discipline financière qui est un organisme associé créé depuis 1985⁵². Pour la qualification des faits, la Cour se réfère à des règles de compétences dont une définition d'une liste des personnes justiciables devant cette Cour.

Introduites pour l'essentiel depuis 2011, les instances indépendantes posent une certaine ambiguïté quant à la nature des poursuites puisque les agents de ces instances ne font pas partie de la liste des agents publics justiciables devant la Cour de discipline financière. Les manquements relevés au vu des missions de contrôle conduites auprès d'instances indépendantes ne pouvaient pas être poursuivis pour faute de gestion.

Avec la possible évolution vers l'inclusion des agents des instances indépendantes dans la liste des personnes justiciables pour faute de gestion, il devient nécessaire d'établir un référentiel spécifique pour ces instances.

En effet, ça n'est pas le fait d'élargir les compétences de la Cour des Comptes⁵³ pour couvrir les agents des instances indépendantes qui se traduirait par le renforcement des contrôles à l'égard de ces instances. C'est beaucoup plus l'absence de référentiel spécifique à ces instances qui pourrait peser lourdement sur l'imputabilité et la nature du régime de responsabilité.

Toujours dans le même ordre d'idée et au delà des considérations de l'imputabilité des manquements c'est le périmètre du contrôle externe de la Cour des Comptes qui est en phase de s'élargir. En effet, le projet de la Nouvelle Loi Organique de la Cour des Comptes⁵⁴ apporte une modification de taille quant à cette étendue. Les instances de régulation et les instances constitutionnelles indépendantes feront partie intégrante des organismes soumis au contrôle de la Cour des Comptes. Ce contrôle s'exerce selon une optique de surveillance générale touchant tant les comptes et la gestion financière que les activités métiers ou l'exploitation.

Là encore ce n'est pas l'étendue du contrôle qui poserait problème à

⁵² Créée par la Loi n° 70-21 du 30 avril 1970 portant définition de la responsabilité des gestionnaires des deniers publics et création d'une Cour de Discipline budgétaire, elle a été remplacée en 1985 par la Cour de discipline financière créée en vertu de la Loi n°85-74 du 20 Juillet 1985.

⁵³ Avec l'entrée en vigueur de la Constitution Tunisienne du 27 janvier 2014, les compétences de Cour de discipline financière ont été dévolues à la Cour des Comptes. La sanction des fautes de gestion deviendra avec l'adoption du projet de la nouvelle Loi organique de la Cour des Comptes une partie intégrante de ses compétences juridictionnelles.

⁵⁴ Déposée auprès du Parlement depuis 2016.

l'indépendance des instances c'est l'absence de référentiel spécifique de contrôle. Un référentiel qui devrait en outre préciser les modalités de suivi des observations dégagées dans les rapports. C'est ainsi ne pouvant pas être suivi par les organes relevant du pouvoir exécutif⁵⁵, des modalités spécifiques sont à établir.

Il nous a été donné donc de remarquer qu'en dépit des allègements accordés, et la capacité de l'audit à s'adapter aux spécificités des instances indépendantes, les contrôles restent relativement contraignants. Malgré les multiples exonérations accordées, l'applicabilité des règles de bonne gestion pèse lourdement sur la portée des contrôles de ces instances.

La tendance au renforcement du contrôle est logique.[...] C'est dans les moments où l'argent public se fait plus rare que le besoin d'en contrôler l'usage apparaît plus que jamais indispensable voire même vital pour la pérennisation de l'organisation collective »⁵⁶.

⁵⁵ Il s'agit du Haut Comité de Contrôle Administratif et Financier (HCCAF), une entité au sein de l'exécutif rattachée à la Présidence de la République dont la tâche est de résumer les résultats et d'effectuer le suivi de la mise en œuvre des recommandations de la Cour. Au moment où les projets de la relative aux dispositions communes des instances constitutionnelles et celui relatif à la Loi organique du budget sont en pleine discussion parlementaire, la question de la nécessité d'un référentiel de contrôle pour les instances indépendantes émerge et s'impose. Il y a de pérennité et de l'efficacité de ces instances.

⁵⁶ Bouvier, M. « La Cour des comptes et le parlement », Revue française de finances publiques, n° 59-1997, Paris, p. 3.

المحور الثالث

أي تحديات أمام
الهيئات الدستورية المستقلة؟

Les défis de la liberté audiovisuelle en Tunisie

—○ Nouri LAJMI *



« Nous sommes tous des apprentis en démocratie [...]. La démocratie est un objectif à réaliser – nous sommes encore loin de la constitution d'une société des égaux et d'une maîtrise collective de choses, elle n'est pas un capital que l'on posséderait déjà. » - Pierre Rosanvallon

Le principe de régulation est apparu au début du siècle dernier. C'est un phénomène qui touche de plus en plus de secteurs et s'étend à de plus en plus de pays. La régulation vise l'organisation d'un secteur déterminé dans un but de consolidation de l'Etat de droit et de démocratie. Elle est considérée comme un garde-fou contre les dérives des Etats quand cela touche aux libertés publiques ou aux droits de l'homme. Elle s'oppose également aux dérives du secteur économique et notamment les marchés financiers.

Si la régulation a concerné surtout les secteurs des libertés publiques et des activités économiques, c'est pour la simple raison que ces secteurs ont en commun le fait d'être, selon le publiciste français Jacques Chevallier «des domaines sensibles, qui doivent être protégés à la fois de la pression des groupes d'intérêts et de l'emprise du pouvoir politique : l'intervention de l'Etat est requise pour assurer un contrôle, une réglementation, mais elle est dans le même temps lourde de menaces potentielles pour les libertés individuelles ; l'instauration d'une autorité indépendante est un moyen terme, qui permet de lever cette contradiction et de concilier ces deux préoccupations.»

La régulation audiovisuelle

L'idée d'une régulation des médias audiovisuels émane principalement des pays anglo-saxons, notamment des Etats-Unis d'Amérique et de l'Angleterre.

Aux Etats-Unis d'Amérique, la création de la Federal Communication Commission (FCC) par la loi sur les communications de 1934 va marquer l'arrivée des autorités de régulation dans le paysage audiovisuel. Puis vint l'Angleterre en 1949 qui, dès la ratification du Wireless Telegraphy Act (WTA) va imposer le système de l'autorisation, délivrée par le Ministre de l'Intérieur (Home Secretary), à tous ceux qui veulent émettre ou diffuser par voie hertzienne. La régulation s'est vue ainsi confiée à des autorités administratives indépendantes dans la plupart des pays occidentaux pour garantir une action efficace et sans interférences de

quelque nature que ce soit. La création de ces instances de régulation a pour but par conséquent de mettre en place les moyens permettant de réguler le secteur audiovisuel pour le libérer de l'emprise étatique, garantir son indépendance et veiller à la diversité du discours médiatique et au fonctionnement professionnel des médias d'une façon générale. Pour le Conseil de l'Europe « *la régulation du secteur de la radiodiffusion est entendue comme une délégation à une/ plusieurs autorités d'un pouvoir de fixer des normes pour ce secteur dans certains domaines. La régulation des activités des radiodiffuseurs par des instances indépendantes a pour but principal de garantir un fonctionnement harmonieux, équitable et pluraliste du secteur de la radiodiffusion, tout en respectant la liberté et l'indépendance éditoriale des radiodiffuseurs* »

Il faut souligner que les instances de régulation de l'audiovisuel -qui visent en même temps la défense d'une liberté publique et l'encadrement d'une activité économique- se distinguent d'abord par la particularité du secteur lui-même dont elles s'occupent. Tant il est vrai que le secteur des médias et des nouvelles technologies est par excellence le secteur qui connaît, un peu partout, et depuis des années, de très grandes mutations. Sans oublier aussi que la régulation de l'audiovisuel encadre des droits souvent opposés ou antagonistes : liberté d'expression et respect de la vie privée, protection des droits de l'enfant, la liberté du radiodiffuseur de maximiser ses ressources par la diffusion de communications commerciales et le droit des consommateurs à être protégés contre un excès de publicité ou leur droit à une information de qualité...

Pour les instances de régulation, la question de l'indépendance est essentielle pour l'accomplissement de leur mission de régulateurs. A cet effet, elles doivent être indépendantes tant des acteurs économiques que politiques. Cette indépendance recouvre deux aspects importants :

- Sur le plan financier d'abord (un financement adéquat et pérenne)
- Sur le plan fonctionnel (que l'autonomie de gestion des finances et du personnel soit garantie et que les décisions de l'instance soient effectives.)

De nombreux instruments juridiques nationaux et internationaux et de nombreuses déclarations, des deux côtés de la Méditerranée, ont, en effet, mis en exergue, depuis plus de 50 ans, les principes d'indépendance des régulateurs et l'importance de leur rôle pour garantir la liberté d'expression et assurer le bon fonctionnement du paysage audiovisuel.

Pour le Conseil de l'Europe « (...) pour garantir l'existence d'une multiplicité de médias indépendants et autonomes dans le secteur de la radiodiffusion, il est essentiel d'établir une régulation judicieuse et proportionnée de ce secteur, pour

garantir la liberté de ces médias tout en assurant un équilibre entre cette liberté et d'autres droits et intérêts légitimes.»

Les défis de la régulation audiovisuelle en Tunisie

Dès sa création en vertu du Décret-loi, 116 du 2 novembre 2011, la Haute autorité indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA) a eu pour objectif notamment de :

- Garantir la liberté d'expression et de création
- Garantir la diversité de l'offre médiatique
- Garantir le pluralisme de l'offre médiatique
- Garantir l'accès aux moyens audiovisuels

Pour atteindre ces objectifs, la HAICA a adopté dès le départ une démarche pédagogique axée sur le dialogue et la concertation avec les différents acteurs de l'audiovisuel. Cette démarche préalable engagée dans un esprit participatif est nécessaire si l'on veut inciter les médias eux-mêmes à être responsables et conscients de l'importance des enjeux, et afin qu'ils s'engagent à appliquer les règles professionnelles et respecter les principes de déontologie et d'éthique. C'est ainsi qu'on pourra contribuer à l'avènement d'un paysage médiatique capable de s'élever au niveau des aspirations du public et instaurer un nouveau mode de gouvernance consacrant l'indépendance des médias audiovisuels par rapport aux différents pouvoirs et aux intérêts partisans.

C'est dire l'importance, aujourd'hui, de la réflexion engagée autour de la réforme du cadre juridique de la liberté audiovisuelle, en Tunisie. La constitution de janvier 2014 a consacré l'Instance de régulation de la communication audiovisuelle l'ICA, avec 4 autres instances indépendantes, dans les articles 125 et 127.

Tout le chapitre VI de la constitution est d'ailleurs consacré aux cinq instances indépendantes.

La présente HAICA et selon l'article 148 de la constitution doit continuer sa mission jusqu'à la mise en place de la nouvelle ICA. La continuité est en effet protégée aussi bien au niveau de sa forme que de sa mission et ses prérogatives. La réforme envisagée sur le plan législatif doit prendre en considération les acquis obtenus grâce notamment à la révolution du 14 janvier 2011 mais aussi remédier aux insuffisances constatées dans le cadre juridique actuel qui, en dépit de des avancées mises en œuvre, n'en présente pas moins un certain nombre de lacunes qu'il faudra combler.

Acquis et insuffisances du DL 116

Le DL 116 du 2 novembre 2011 représente une grande avancée en matière de réglementation de la liberté audiovisuelle. Il consacre en effet les fondements de la liberté audiovisuelle (art. 5 du DL 116) et crée une autorité de régulation indépendante pour veiller au respect de la liberté d'expression et à la diversité du discours médiatique en la dotant d'un certain nombre de garanties : le mode de désignation des membres, un mandat non renouvelable, l'absence de cumul et de conflit d'intérêts, l'autonomie administrative et financière...

Par ailleurs, le DL 116 donne à cette autorité des pouvoirs réglementaires afin de réussir sa mission (édiction des cahiers des charges notamment), des compétences consultatives (avis obligatoire pour tous les projets de textes de lois et règlements touchant le secteur audiovisuel, avis conforme pour la nomination des PDG des médias publics, et des pouvoirs de sanction pour garantir le bon fonctionnement des médias en conformité à la loi (un dégradé de sanctions qui va de la mise en garde jusqu'au retrait de la licence). Il précise les compétences spécifiques de la HAICA en matière de régulation électorale.

Cependant, on peut déplorer certaines insuffisances au niveau du cadre juridique actuel qui peuvent freiner ou réduire l'efficacité de l'action de l'instance de régulation. Parmi ces insuffisances, on peut citer notamment à titre d'exemple le flou caractérisant le cadre institutionnel (statut du personnel, organisation administrative), le manque d'encadrement de la liberté de communication de manière à éviter les dysfonctionnements des médias et assurer leur indépendance, l'absence de précision par rapport au régime juridique des médias de service public, accentué par la survivance d'autres textes de loi en contradiction avec le DL 116 ou du moins à son esprit libéral notamment la loi du 4 juin 2007 relative aux établissements publics du service audiovisuel et les décrets d'application.

Les aspects à consolider

L'un des aspects à consolider dans les instances de régulation est incontestablement la question de l'indépendance parce qu'elle est consubstantielle à la régulation et constitue une condition sine qua non de son efficacité. Cette indépendance doit d'ailleurs se penser tant à l'égard des acteurs économiques que des acteurs politiques. Elle peut être appréciée sous différents angles dont notamment, le mode de désignation ou de recrutement des membres du Conseil de l'Instance, son autonomie financière et sous les angles fonctionnel et organique.

Il est de bon ton de rappeler qu'une Instance de régulation doit avoir des relations

avec les différentes institutions de l'Etat pour des raisons évidentes d'efficacité et d'un fonctionnement des institutions de l'ETAT. Cependant, il faut mettre les bases d'une collaboration efficace sur la base du respect de l'indépendance et de l'autonomie des Instances de régulation par rapport aux représentants du pouvoir exécutif et en définissant clairement les attributions des uns et des autres et leurs compétences. Il ne faut pas d'ailleurs hésiter à insister à cet égard sur la nécessaire indépendance du régulateur pour qu'il soit à l'abri de toute ingérence au niveau de sa composition et de son fonctionnement. Il doit aussi avoir des moyens suffisants et des prérogatives claires en matière d'organisation, de contrôle et de sanctions. C'est ainsi que l'instance de régulation tunisienne, désormais consacrée dans le texte de la nouvelle constitution, peut prétendre mettre en place une vraie culture de la régulation et garantir la professionnalisation du secteur sur fond de responsabilité démocratique de tous les acteurs.

التقرير الختامي

التقرير الختامي

○ أسماء الغشام*

تتمثل الفكرة التي انطلق منها هذا الملتقى في أنّ دستور 27 جانفي 2014 جاء بجديد يتمثل في إحداث هيئات مستقلة و دستورية تعمل على دعم الديمقراطية. ولئن وجدت هيئات مستقلة قبل دستور 2014، وهي الهيئات الإدارية المستقلة كهيئة السوق المالية على سبيل المثال أو الهيئات العمومية المستقلة في الفترة الأولى من الانتقال الديمقراطي على غرار الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة والإصلاح السياسي والانتقال الديمقراطي، إلا أنها لم تكن دستورية. فالهيئات التي يتناولها هذا الملتقى بالبحث تتعلق بهيئات مستقلة ودستورية. والمشكل الذي طرحه هذه الهيئات يتعلق بهاتين الخاصيتين وبالتحديد بمدى تكريس هاتين الخاصيتين في المنظومة القانونية. بعبارة أخرى، تطرح هذه الهيئات السؤال المتعلق بمعرفة ما إذا ارتقى الواقع القانوني اليوم إلى مستوى طموح المؤسسين الذين اختاروا إحداث هيئات دستورية مستقلة تعمل على دعم الديمقراطية. يتعلق الأمر بمعرفة ما إذا كان هناك هوة واضحة بين الموجود والمنشود، أم أن الموجود يطابق أو على الأقل يتطلع لتحقيق المنشود.

على هذا التساؤل أجابت المداخلات بأن المنشود يحمل في طياته هنات تؤثر بصفة واضحة على طبيعة هذه الهيئات ويؤكد على أنه لم يكن مدروسا بما فيه الكفاية. فالاستقلالية تشوبها شوائب والطبيعة الدستورية كذلك. فيكون بذلك التكريس القانوني للهيئات الدستورية تكريسا منقوصا وذلك لأنه يحمل في طياته هنات الدستورية (الجزء الأول) كما يحمل في ذات الوقت هنات الاستقلالية (الجزء الثاني).

الجزء الأول) تكريس منقوص يحمل في طياته هنات الدستورية

تتلور هذه الهنات على مستويين اثنين. يتعلق المستوى الأول بالطبيعة الدستورية لهذه الهيئات (أ) في حين يشمل المستوى الثاني جدوى الطبيعة الدستورية لهذه الهيئات (ب).

أ- هنات متعلقة بالطبيعة الدستورية للهيئات

السؤال الذي تكرر طيلة هذا الملتقى يتعلق بمعرفة ما إذا كان إحداث هيئات دستورية مستقلة تعمل على دعم الديمقراطية هو بالضرورة إحداث لقوة مضادة للسلط العمومية وبالتحديد للسلطين التشريعية والتنفيذية. وقد قدم المتدخلون إجابتين متضابرتين.

الأولى تعتبر هذه الهيئات قوّة مضادة تسعى للحدّ من النزعة السلطوية في مجال الحقوق والحريات، كما تسعى إلى إعادة النظر في التنظيم الإداري التقليدي للدولة وذلك بإدخال مفهوم جديد وهو مفهوم الحوكمة الذي يفترض مبدأ المشاركة والتنافسية والمساءلة وسيادة القانون والكفاءة والفعالية.

أما الإجابة الثانية فهي تلك التي لا تعتبر الهيئات الدستورية قوة مضادة بل قوى تجمع جميع السلطات بيد واحدة وفي ذلك مسّ بمبدأ تفريق السلط. فيما أنها هيئات تتخذ القرارات وتعطي آراء وتقر عقوبات وتقوم بمهام رقابية فهي إذن ليست بقوى مضادة بل هي قوى ترمي عرض الحائط مبدأ تفريق السلطات. من هذا المنظار، تكون الهيئات الدستورية المستقلة وسيلة للحد من الديمقراطية في حين أنها أنشأت لتكون ضماناً لدعم الديمقراطية.

المسألة الثانية التي كانت محل نقاش طيلة هذا الملتقى والتي طرحها الطبيعة الدستورية للهيئات المعنية هي المتعلقة بمعرفة ما إذا كان التنصيب الدستوري على هذه الهيئات كاف لإعطائها الصبغة الدستورية. هنا أيضاً كانت هناك إجابتين.

الأولى لا تعتبر التنصيب الدستوري كاف لأن هذه الهيئات ليست دستورية بالمعنى التقليدي للكلمة والثانية تعتبر هذا التنصيب كاف لإعطاء هذه الهيئات الصبغة الدستورية وذلك لأنها حينما تمسّ مجال الحريات والحقوق ومجال القواعد المنظمة للسلط، فإن جوهرها هو حتماً دستوري وموضوعها دستوري فلها إذن بالضرورة الطبيعة الدستورية. من حيث الموضوع ومن حيث الأحداث.

وأمام هاتين الإجابتين، يجدر البحث في الجدوى من الطبيعة الدستورية لهذه الهيئات، بعبارة أخرى، ماذا تضيف الطبيعة الدستورية لهذه الهيئات؟ هل تعطيها ضماناً إضافية أم تعرقل تكريسها باعتبار ضرورة تطابق أو تلاؤم القانون مع هذه الطبيعة الدستورية؟

ب- هنات على مستوى جدوى الطبيعة الدستورية لهذه الهيئات

تحدث رئيس الهيئة العليا المستقلة للانتخابات عن صعوبة تكريس القانون لمقتضيات الدستور، حيث بدأ بالقول بأن الدستور أطنّب في التفاصيل مما أثر على تكريس هذه الهيئات تكريساً سليماً. فالرؤية الدستورية هي التي تشوبها هنات من هذا المنظار. مثلاً تحدث رئيس الهيئة عن اختيار الدستور تسعة أعضاء في حين أنه كان من الممكن اقتراح عدد أقل من تسعة. كان من الأجدر الاكتفاء بثلاث أو أربعة أعضاء لأن العدد الذي أقره الدستور يعرقل واقعياً نشاط الهيئة.

أما عن المدة التي أقرها الدستور لتكليف الأعضاء والمحددة بست سنوات، فهي كذلك من بين هنات الدستورية المتعلقة بالهيئات إذ قد يكون هناك تأثير على مهن بعض الأعضاء من القطاع

الخاص، فالمحامي أو الطبيب أو صاحب الشركة قد يخسر زبائنه نظرا لهذا الغياب المطول على المهنة.

في نفس هذا الإطار قد تكون طريقة انتخاب الأعضاء التي تمر ضرورة بالمجلس النيابي من شأنها أن تغلب المحاصصة الحزبية.

كلّ هذه الإشكالات تطرح مسألة جدوى دساتير الهيئات الدستورية أو بالأحرى دساتير كل هذه التفاصيل المتعلقة بالهيئات.

من جهة أخرى، وقع التطرق إلى أمر آخر يطرح مسألة جدوى الدستورية وهو موضوع السلطة الترتيبية المخولة لهذه الهيئات.

يجب التذكير بادئ ذي بدء بأن السلطة الترتيبية المكرسة دستوريا لهذه الهيئات تختلف من هيئة إلى أخرى إذ هناك تمييز تفاضلي بين هيئات تنتمي إلى نفس الصنف. فإن كانت جميعها هيئات دستورية مستقلة إلا أنها متفاوتة في الصلاحيات الترتيبية. فهذه الانتخابات وهيئة الاتصال السمعي البصري هما الوحيدتان اللتان تتمتعان بالسلطة الترتيبية. فالتساؤل هنا يتعلق بجدوى إضفاء الطبيعة الدستورية على السلطة الترتيبية المعنية هنا، لأنه هناك هيئات إدارية مستقلة أخرى تتمتع بالسلطة الترتيبية أيضا كهيئة السوق المالية سابقة الذكر.

ماذا أضافت دساتير السلطة الترتيبية لهذه الهيئات الدستورية؟ وما هي تبعاتها على تكريس هذه الهيئة الدستورية؟

أجاب المتدخلون بأن الجدوى الدستورية منقوصة لأنها لا تمنع من تدخل السلطة الترتيبية العامة في مجال السلطة الترتيبية المعطاة للهيئات المعنية فالدستور لم تؤد إلى التفرد بهذه الصلاحية.

من جهة أخرى، جعل الدستور من هذه السلطة الترتيبية سلطة محددة بمجال اختصاص الهيئة وهو ما يمكن هيئات أخرى من التدخل أيضا في عمل الهيئة بمقتضى السلطة الترتيبية المخولة لها. ومثال ذلك، إمكانية تدخل البنك المركزي التونسي بمقتضى السلطة الترتيبية المخولة له في مجال الانتخابات مثلا لتحديد ضرورة تمتع المترشحين للانتخابات بحساب بنكي وحيد لتنظيم حملاتهم الانتخابية.

من جهة أخرى، يمكن أن نرى تنازعا في الاختصاص الترتيبي بين الهيئات المستقلة الدستورية المخول لها هذا الاختصاص، وهو ما حدث بين هيئتي الانتخابات وهيئة الاتصال السمعي البصري في تحديد الصمت الانتخابي الذي حددته هيئة الاتصال السمعي البصري واعتبرته هيئة الانتخابات تدخلا في اختصاصها.

هذه إذن الهئات الدستورية التي تؤدّي إلى تكريس منقوص للهيئات الدستورية المستقلة فماذا عن هئات الاستقلالية؟

الجزء الثاني تكريس منقوص يحمل في طياته هئات الاستقلالية

تطرق المتدخلون إلى تحديد معنى الاستقلالية (أ) ثم إلى ضمانات هذه الاستقلالية (ب).

أ- معنى الاستقلالية

استقلال أم استقلالية؟ من الأسئلة التي تدارسها المتدخلون في الملتقى ولا حظوا أنه في حين تجعلهما اللغة العربية مترادفين، تحدث اللغة الفرنسية فارقاً بينهما . وقد بينت المداخلة المتعلقة بهذا الموضوع عدم جدوى هاذين المصطلحين فيما يتعلق بالهيئات الدستورية المستقلة لأن الاستقلالية متأنية أولاً من الشخصية القانونية للهيئات ومن التنصيب الصريح على تمتعها بالاستقلالية الإدارية والمالية. وهذا ما يحملنا على القول بأن الاستقلالية المقصودة في هذا الإطار تعني عدم خضوع الهيئات إلى السلطة التنفيذية ولا يعني بتاتا عدم الخضوع إلى الرقابة والمحاسبة. هي رقابة من نوع خاص تتميز بمنظومة خاصة ولها مجالات معينة ولا تخرج عن الرقابة التقليدية القائمة على رابطي الهرمية أو سلطة الإشراف. هي رقابة تخضع لمعايير دولية تتمثل في توصيات ومفاضلات يقرّها المختصون دون إلزامية قانونية. هي رقابة تخضع كذلك للممارسات الفضلى وهي ممارسات فردية متقدمة لكن لم ترقّ بعد كي تصبح توصيات.

وتشمل الرقابة، الرقابة على الأشخاص وعلى القرارات و على الحسابات. وفي هذه المجالات سنلمس التكريس المنقوص للاستقلالية.

أما الرقابة على الأشخاص فهي تشمل المترشحين لعضوية الهيئات الدستورية المستقلة والذين اشترط فيهم الاستقلالية والحياد والنزاهة والكفاءة. والسؤال الذي طرحه المتدخلون يتعلق بمعرفة السبب وراء سكوت النصّ على المؤاخذة الجزائية لهؤلاء الأعضاء. لماذا لم يميّز بين الجرائم القصدية وغير القصدية؟ هل يعبر ذلك على تسامح تجاه من يقوم بخداع المجموعة الوطنية؟ هذا ما طرحه بعض المتدخلين فيما يتعلق بالرقابة على الأشخاص كما جاءت في القوانين المتعلقة بالهيئات الدستورية المستقلة.

أما فيما يتعلق بالرقابة على القرارات، فيجدر القول بأن قرارات الهيئات هي قرارات إدارية خاضعة لرقابة القاضي الإداري بمقتضى دعوى تجاوز السلطة وهذا المعطى قد يتعارض مع طبيعة قرارات الهيئات المستقلة التي تتعلق بمجال الحقوق والحريات والتي تخضع من هذا المنطلق إلى

القضاء الكامل. ولكن كي نحترم فعلا استقلالية الهيئات، كان من الأجدر إحداث نظام قضائي خاص بقرارات الهيئات الدستورية المستقلة.

نفس الملاحظة يمكن أن تساق فيما يتعلق بالرقابة المالية على حسابات الهيئات الدستورية المستقلة. فقرارات المتصرف تخضع مبدئيا إلى نفس نظام المسؤولية التي يخضع لها المحاسب العمومي طبقا لمجلة المحاسبة العمومية والتي يخضع لها المتصرف العمومي من خلال هيئة الزجر المالي وذلك لأن الهيئات ممولة من قبل الدولة . وان ارتباط ميزانية الهيئات بميزانية الدولة في حد ذاته حد صارخ لاستقلالية هذه الهيئات.

الاستقلالية المرجوة بالنسبة للهيئات الدستورية المستقلة هي إذن استقلالية من نوع خاص تخرج عما عهدناه بالنسبة للتنظيم الإداري والمالي التقليديين . ولضمان نجاعة تسيير هذه الهيئات، وجب ضمان هذه الاستقلالية.

ب- ضمان الاستقلالية

أجمع المتدخلون على أن الضمانة الجوهرية لاستقلالية الهيئات الدستورية المستقلة تكمن في الأخذ بعين الاعتبار مميزات هذه الهيئة وذلك بتجنب إخضاعها إلى طرق الرقابة التقليدية ومنها عدم تطبيق أخطاء التصرف في مادة المحاسبة العمومية على الهيئات الدستورية المستقلة. كما يجدر تجنب إخضاعها إلى الوسائل التقليدية للمعاملات الإدارية والصفقات العمومية لأن خصوصية بعض الهيئات مثل هيئة الانتخابات لا تتحمل طول إجراءات الصفقات العمومية. فمثلا بالنسبة للانتخابات الجزئية ، حدد القانون مدة ثلاثة أشهر لإجرائها في حين أن الصفقات العمومية تعرف إجراءات مطولة. الأفضل إذن اللجوء إلى وسيلة التعاقد المباشر. من ناحية أخرى وفي صلب نفس هذا المجال، حدثنا رئيس الهيئة المستقلة للانتخابات عن صعوبة اللجوء إلى مطبعة خاصة لطبع المطبوعات الانتخابية وذلك لان الأمر يتعلق بالأمن العام ومن الأفضل اللجوء إلى المطبعة الرسمية، لكن في نفس الوقت اقترح إخضاع الهيئة إلى نظام خاص وعدم إخضاعها للإجراءات التي تخضع لها المؤسسات العمومية وذلك لانسجامها بالتعقيد الذي يتنافى مع فلسفة هذه الهيئات ونجاعتها.

من بين ضمانات الاستقلالية كذلك تغيير طريقة تعيين أعضاء الهيئات الدستورية المستقلة، إذ يعين الأعضاء حسب ترتيب تفاضلي تحدده اللجان المختصة بذلك صلب مجلس نواب الشعب. لكن الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب غير مطالبة بأخذها بعين الاعتبار، وهو ما من شأنه أن يفرغ عمل اللجان من محتواها ويؤدي إلى اختيار أعضاء ليسوا بالضرورة مستقلين بقدر ما يكونوا مختارين حسب انتماءاتهم الحزبية.

من جهة أخرى، تعتبر من الضمانات الأساسية للاستقلالية، مراجعة الصيغة الجماعية للتنظيم

الإداري والمالي. فالصيغة الجماعية في حد ذاتها، ضمانة باعتبارها تبعدنا عن فردانية القرار . إلا أنها من العوائق حسب رؤساء الهيئات وذلك لغياب تحديد الاختصاصات بصفة دقيقة بين رئيس الهيئة ومجلس الهيئة والإدارة التمثيلية للهيئة، فهناك تداخل بين صلاحيات مختلف هذه المكونات مما يجعل الرجوع إلى المجلس وجوبي حتى في أبسط تفاصيل التسيير، علاوة على التداخل بين وظيفة رئيس الهيئة الذي هو رئيس المجلس ورئيس الإدارة والممثل القانوني للهيئة وهذا سبب أدى إلى وجود اثنا عشر استقالة صلب الهيئات الدستورية إلى حد اليوم.

ضمانات الاستقلالية تتعلق كذلك بالاستقلالية المالية التي تفترض موارد مالية ذاتية أو محالة من الدولة. والهيئة الأساسية هنا تتمثل في تحويل الميزانية المتعلقة بالهيئات المستقلة إلى وزير المالية. في مشروع قانون الأحكام المشتركة (مشروع 2015) يحال مشروع الميزانية إلى الحكومة أي إلى وزير المالية. وهنا مجلس نواب الشعب ليس سوى محكماً عند الاقتضاء. فوصاية الوزير على الهيئات المستقلة يمسّ من الاستقلالية في حد ذاتها.

من هذا المنطلق يكون التكريس القانوني لاستقلالية الهيئات الدستورية تكريسا منقوصا يبرز من خلال الهبات المتعلقة بالاستقلالية في حد ذاتها والتي تتبلور من خلال المعنى الذي يعطيه للاستقلالية باعتبار تفرد خاصياته إذ يعتمد على الحوكمة ولا على رابط الهرمية والإشراف التقليديين ، كما تتبلور هذه الهبات من خلال ضعف الضمانات التي وجب أن تتوفر لهذه الهيئات

التكريس موضوع تساؤلنا في هذا الملتقى هو إذن تكريس منقوص ولكنه لا يعبر عن هوة حقيقية بين الموجود والمنشود بقدر ما هو ترجمة لمنشود ضليل وموجود عليل.

