

DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL

RAPPORT

LA COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION
ADMINISTRATIVE EN TUNISIE
À L'ÉPREUVE DU DROIT
D'ACCÈS À LA JUSTICE

© Democracy Reporting International (DRI). Tous droits réservés.
La diffusion du présent document sur une base non commerciale est encouragée, sous réserve que DRI soit cité comme source, et qu'une copie des traductions en d'autres langues lui soit fournie.

La présente publication a été élaborée avec le soutien du Magna Carta Fund for Human Rights and Democracy (MCFHRD) du Foreign and Commonwealth Office. Le contenu de la publication relève de la seule responsabilité de Democracy Reporting International et ne peut aucunement être considéré comme reflétant le point de vue du MCFHRD.



LA COMPÉTENCE DE LA JURIDICTION
ADMINISTRATIVE EN TUNISIE
À L'ÉPREUVE DU DROIT
D'ACCÈS À LA JUSTICE

RESUME	5
INTRODUCTION	7
I. LES PROBLEMES INHERENTS AU DUALISME JURIDICTIONNEL	8
A. LES PROBLEMES LIES A LA GESTION ACTUELLE DES CONFLITS DE COMPETENCE	8
B. LES PROBLEMES LIES AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES	9
II. LES DIFFICULTES LIEES A L'ADOPTION DU CRITERE MATERIEL	10
A. LE REJET DU CRITERE ORGANIQUE	10
B. LES INCERTITUDES DU CRITERE MATERIEL	11
III. LA COMPETENCE NATIONALE DU JUGE ADMINISTRATIF	12
IV. LA COMPETENCE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR	13
A. LA COMPETENCE A L'EGARD DES DECRETS A CARACTERE REGLEMENTAIRE	13
B. LA COMPETENCE A L'EGARD DES MESURES D'ORDRE INTERIEUR	14
C. LA COMPETENCE A L'EGARD DES ACTES ADMINISTRATIFS NON DECISOIRES	15
D. LA COMPETENCE A L'EGARD DES DECRETS-LOIS	16
E. LA COMPETENCE A L'EGARD DES ACTES ADMINISTRATIFS RELEVANT DU JUGE JUDICIAIRE	16
V. LA COMPETENCE DU JUGE DE PLEIN CONTENTIEUX	17
A. LE PLEIN CONTENTIEUX OBJECTIF	17
B. LE PLEIN CONTENTIEUX SUBJECTIF	18
VI. LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS DE RECOURS	19
A. LE RECOURS EN APPEL	19
B. LE RECOURS EN CASSATION	19
VII. LA COMPETENCE DU JUGE DES REFERES	21
VIII. LES DIFFICULTES LIEES AU CONTENTIEUX DES ACTES EMANANT DES DIFFERENTS POUVOIRS CONSTITUTIONNELS	21
A. LE POUVOIR EXECUTIF ET LES ACTES DE SOUVERAINETE (DITS EGALEMENT ACTES DE GOUVERNEMENT)	21
B. LE POUVOIR LEGISLATIF ET LES ACTES	24
C. LES ACTES INTERESSANT LE POUVOIR JURIDICTIONNEL	25
IX. PROSPECTIVE	26

connaisseur des subtilités de la jurisprudence administrative. Or, celle-ci est, souvent, instable et insuffisamment diffusée. La consécration du critère matériel devrait s'accompagner d'une amélioration du système qui conduit à déterminer la compétence du juge administratif. La première chose à faire est l'amélioration de la connaissance de la jurisprudence administrative, qui passe par une meilleure diffusion de celle-ci par tous les moyens possibles. Ensuite, le juge administratif doit s'incliner à la volonté du législateur, en matière de répartition des compétences. Le juge administratif ne devrait pas détourner un bloc de compétence institué par le législateur au profit du juge judiciaire, quand bien même il estimerait qu'il en est le « juge naturel », en érigeant le critère matériel en dogme.

RESUME

La détermination du juge compétent constitue une difficulté inhérente au dualisme juridictionnel adopté, en Tunisie, depuis la Constitution du 1er juin 1959 et confirmé par la Constitution du 27 janvier 2014. La question du droit d'accès au juge est, ainsi, au cœur du système juridictionnel dualiste.

I. Bien qu'un Conseil des conflits de compétence ait été créé en 1996 afin de résoudre les difficultés de détermination de l'ordre juridictionnel compétent (administratif ou judiciaire), l'expérience a montré que le système prévu n'a pas permis d'éviter toutes les complications provoquées par le dualisme juridictionnel.

Il faudrait, d'abord, revoir la compétence du Conseil des conflits, en y incluant, expressément, les hypothèses non prévues par la loi n° 96-38 du 3 juin 1996. Il faudrait penser, ensuite, à « démocratiser » la saisine du Conseil des conflits, en l'étendant, chaque fois que l'intérêt d'une bonne administration de la justice ne s'y oppose pas, à toutes les juridictions, quel que soit leur degré dans l'ordre juridictionnel auquel elles appartiennent. De même, les parties au litige doivent pouvoir saisir le Conseil, chaque fois qu'il n'est pas saisi par une juridiction. Cette réforme devrait être accompagnée de celle de la structure du Conseil des conflits, des moyens mis à sa disposition et des principes régissant la procédure suivie devant lui. Enfin, la jurisprudence du Conseil des conflits devrait être publiée, rapidement et largement pour en faciliter la connaissance par le plus grand nombre.

Par ailleurs, les questions préjudicielles sont une conséquence nécessaire de la dualité juridictionnelle. Mais, les coûts qui en résultent s'avèrent souvent élevés. L'effectivité de l'accès au juge va, nécessairement, en pâtir. Pour en réduire les inconvénients, le régime des questions préjudicielles gagnerait à être précisé. Le législateur peut, par exemple, énoncer l'obligation de statuer dans les limites du renvoi, prévoir un délai pour statuer sur la question préjudicielle, les modalités du respect de l'indépendance de la juridiction qui a renvoyé, les limites de la subordination du juge au renvoi, etc.

II. l'adoption d'un critère matériel pour la détermination de la compétence de la juridiction administrative est source de difficultés sérieuses. Pour ne pas être débouté par le juge administratif, pour incompetence, il faut être un fin

III. L'affirmation du caractère national de la juridiction administrative tunisienne, l'a amenée à n'appliquer que le droit national. Cette attitude conduit à interdire l'accès au juge administratif, chaque fois que l'application du droit étranger, au litige, s'impose. Le législateur peut prévoir, expressément, la possibilité pour le juge de statuer sur le fondement d'une règle appartenant à un ordre juridique étranger, dès lors, certainement, que cette règle n'est pas contraire aux exigences de l'ordre public tunisien.

IV. Le recours pour excès de pouvoir contre les décisions administratives tel qu'il a été prévu par la législation en vigueur et tel que le Tribunal administratif l'a interprétée, montre qu'il y a certaines restrictions au droit d'accès au juge. Premièrement, le régime contentieux dérogatoire du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les décrets à caractère réglementaire est plus compliqué que le recours pour excès de pouvoir de droit commun. Il peut dissuader le justiciable d'accéder au juge. Le législateur pourrait le revoir pour l'aligner sur le droit commun.

Deuxièmement, l'immunité juridictionnelle des mesures d'ordre intérieur constitue une atteinte au droit d'accès au juge. Cette immunité étant une entorse au principe de la primauté du droit et au droit d'accès au juge, son emploi, par le juge, doit être limité au strict nécessaire, lorsque la minceur juridique de ces mesures est telle que leur contrôle s'avère vraiment inutile. Il est souhaité que le juge soit plus rigoureux dans la qualification d'un acte administratif de mesure d'ordre intérieur. Surtout, il faudrait éviter une telle qualification lorsque la mesure litigieuse porte atteinte à des droits et libertés fondamentaux.

Troisièmement, le refus du juge administratif de contrôler les circulaires interprétatives en invoquant l'absence du caractère impératif peut être problématique. En effet, le caractère impératif de l'acte administratif doit être appréhendé d'une manière large, en ne le limitant pas au style dans lequel est rédigée la circulaire. Une analyse d'ordre psychologique de l'impact de ces circulaires à l'égard de leurs destinataires semble s'imposer, car les agents du service perçoivent ces circulaires comme étant impératives.

Quatrièmement, le contrôle du juge administratif des décrets-lois peut poser un problème d'accès au juge. Le juge administratif devrait consolider les acquis de sa jurisprudence récente (en 2015), considérant que les décrets-lois sont des actes administratifs tant qu'ils n'ont pas été approuvés par une loi.

Cinquièmement, il arrive que le juge administratif décline sa compétence pour contrôler la légalité des décisions administratives, alors qu'il n'existe pas une attribution législative expresse à l'ordre judiciaire (exemple : droit des marques). Ce choix jurisprudentiel, bien que fondé sur l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ne fait qu'augmenter le désarroi du justiciable, à la recherche d'un juge. Pour l'intelligibilité de l'état de droit en matière de répartition des compétences, le contentieux de la légalité des décisions administratives doit être réservé au juge administratif.

V. La compétence du juge de plein contentieux porte, dans certains cas, atteinte au droit d'accès au juge administratif.

En ce qui concerne le plein contentieux objectif, le contentieux fiscal et le contentieux électoral sont éparpillés entre le juge judiciaire et le juge administratif, ce qui n'est pas de nature à faciliter l'identification du juge compétent. De plus, la qualité de la justice rendue constitue, incontestablement, aujourd'hui, un élément du droit d'accès au juge. Or, l'expérience montre que la solution retenue dans la législation en vigueur pour ces deux contentieux (notamment le contentieux fiscal) fait que le juge judiciaire ne se considère pas toujours tenu par la jurisprudence du Tribunal administratif. Le législateur devrait, toujours, veiller à l'unification du contentieux administratif, en l'attribuant au juge administratif, son juge naturel. Sauf si l'intérêt d'une bonne administration de la justice exige la solution contraire.

En ce qui concerne le plein contentieux subjectif, les textes consacrant l'irresponsabilité de la puissance publique, notamment en matière de servitudes d'urbanisme, devraient être revus. En heurtant, frontalement, le droit d'accès au juge et son corollaire le droit d'agir en responsabilité, ces textes soulèvent des questions de constitutionnalité.

VI. La compétence du juge administratif, en appel et en cassation, est source de plusieurs complications pour le justiciable. En appel, celui-ci est soit privé de son droit constitutionnel d'interjeter appel contre certains jugements, soit privé d'interjeter appel devant la juridiction administrative, juge naturel des litiges à caractère administratif. Au niveau de la cassation, le champ de la compétence du Tribunal administratif n'est pas encore fixé d'une manière sûre.

Il est recommandé que les nouvelles dispositions législatives généralisent l'exercice du recours en appel, afin de se conformer à la Constitution qui a donné à la règle du double degré de juridiction une valeur constitutionnelle. Par ailleurs, il est recommandé que le législateur consacre, clairement, dans la nouvelle législation le caractère de droit commun de la compétence du juge de cassation administratif.

VII. Les procédures de référé prévues dans la législation en vigueur révèlent l'absence de procédures adéquates en matière de référés de « protection », c'est-à-dire ceux touchant directement les droits et libertés des justiciables. La nouvelle législation devrait commencer par réformer les procédures de référé existantes dans le but de les rendre plus accessibles aux justiciables. Par ailleurs, il faudrait penser à d'autres procédures de référé plus adéquates à la garantie des droits et libertés fondamentaux des justiciables.

VIII. L'immunité juridictionnelle absolue dont bénéficient les actes de gouvernement est incompatible avec le droit d'accès

à la justice garanti par l'article 108 de la Constitution. L'intervention du législateur serait nécessaire afin d'admettre la possibilité de contrôler certains actes de gouvernement. Mais, même en l'absence de loi, rien n'interdit au juge administratif tunisien de faire évoluer sa jurisprudence et d'admettre la possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, du fait des actes de gouvernement, en cas de dommage spécial et anormal.

IX. La nouvelle configuration des juridictions tunisiennes telle que prévue dans la Constitution, à savoir la création de tribunaux administratifs de première instance et de cours administratives d'appel, posera des nouvelles problématiques liées à la répartition des compétences territoriales entre les différentes juridictions composant l'ordre administratif. Il est essentiel d'éviter que cette nouvelle configuration ne soit source d'une complication supplémentaire pour le justiciable. Il en va de l'effectivité du droit d'accès au juge.

INTRODUCTION

1 . Il est possible de soutenir, aujourd'hui, que le dualisme juridictionnel fait désormais partie du patrimoine juridique de la Tunisie. Aussi bien la Constitution du 1er juin 1959 que celle du 27 janvier 2014, consacrent explicitement le dualisme juridictionnel. D'ailleurs, il ressort du Rapport de la commission constituante de la justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle relatif au projet du chapitre sur le pouvoir juridictionnel¹, que tous les acteurs qui son intervenus dans les débats, étaient unanimes pour conserver le système juridictionnel dualiste.

Non seulement l'existence de la juridiction administrative a été prévue par la Constitution, mais la Constitution impose que certains contentieux soient réservés à la juridiction administrative².

De plus, le constituant a renoncé à l'organisation actuelle du Tribunal administratif, au profit d'une organisation plus développée qui fait de l'ordre juridictionnel administratif le pendant de l'ordre judiciaire : la justice administrative est, désormais, composée d'une haute cour administrative, de cours administratives d'appel et de tribunaux administratifs de première instance.

Pour dire les choses simplement, le dualisme juridictionnel implique l'existence d'un ordre de juridictions administratives, à côté de l'ordre juridictionnel judiciaire³. Généralement, une juridiction est créée pour statuer sur les conflits de compétence qui peuvent surgir entre les deux ordres juridictionnels : en Tunisie, cette mission est confiée au Conseil des conflits de compétence.

2. La difficulté principale du dualisme juridictionnel est la détermination de l'ordre juridictionnel compétent. Aussi bien les justiciables que les tribunaux peuvent se tromper. Les premiers peuvent saisir une juridiction incompétente, et les seconds mal apprécier l'état du droit.

Dans ces conditions, le dualisme juridictionnel est de nature à compliquer la mise en œuvre du droit d'accès au juge, puisqu'il y a, toujours, un risque d'être débouté pour incompétence de l'ordre juridictionnel saisi. Ce qui ne va pas sans coûts, en termes de dépenses et de temps perdu.

3. Le droit d'accès à la justice est défini comme le droit pour toute personne physique ou morale, quelle que soit sa nationalité, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits⁴. Le droit d'accès au juge est, ainsi, un pouvoir impersonnel, abstrait et permanent de s'adresser au juge. Il ne se confond pas avec l'action en justice qu'on peut définir comme le lien, né d'une situation concrète et formé entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles peut émettre contre l'autre des prétentions relatives à cette situation devant un juge qui devra les entendre afin de les dire bien ou mal fondées. Il doit aussi être distingué de la demande en justice qui est la mise en œuvre de l'action qui en constitue donc la condition de recevabilité⁵.

De fait, le droit d'accès au juge est un droit fondamental. Il est consacré par l'article 108 alinéa 2 de la Constitution qui dispose que « le droit d'ester en justice et le droit de défense sont garantis ». Il est consacré, également, par les instruments internationaux les plus importants. Ainsi, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ». L'article 14 §1 2ème phrase du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal... »⁶.

4. Le droit d'accès au juge doit être effectif. L'effectivité des recours est une condition du caractère équitable du procès⁷. Plusieurs éléments contribuent à l'effectivité du droit d'accès au juge : l'absence d'obstacles financiers, le jugement des affaires dans un délai raisonnable, l'exécution de la chose jugée, etc.

Mais, l'élément qui intervient en premier lieu, est celui relatif à la compétence du juge saisi. En effet, la première question qu'examine le juge est celle de sa compétence. S'il est compétent, il continue l'examen de l'affaire, sinon il la rejette.

¹ Disponible sur le site de L'Assemblée des représentants du peuple : www.anc.tn/site/main/AR/docs/rapport_final/rapport_final_4.pdf

² Selon l'article 116 alinéa de la Constitution, « ...la justice administrative est compétente pour connaître de l'excès de pouvoir de l'administration et des litiges administratifs... ».

³ En l'état actuel du droit, parler de dualisme est une extrapolation. Car, il existe, au moins, trois ordres de juridictions, prévus par la Constitution du 27 janvier 2014 : l'ordre juridictionnel judiciaire, l'ordre juridictionnel administratif et l'ordre juridictionnel financier.

⁴ Voir Serge Guinchard et autres, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2001, n°231, p. 291 et s.

⁵ Sur toutes ces distinctions, voir Georges WIEDERKEHR, in. *Dictionnaire de la justice* (sous la direction de Loïc Cadet), PUF, coll. Grands dictionnaires, p. 6 et s.

⁶ L'adhésion de la Tunisie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été autorisée par la loi n° 68-30 du 29 novembre 1968, *JORT* n° 51 des 30 novembre-3 décembre 1968, p. 1260. Le Pacte a été publié au *JORT* n° 79 du 6 décembre 1983, p. 3143 et ss.

⁷ La notion de procès équitable est consacrée par la Constitution dans son article 108 alinéa 1.

5. Le présent Rapport s'intéressera au droit d'accès à la justice administrative. Celle-ci est, actuellement, représentée par le Tribunal administratif, avec ses différents organes juridictionnels (chambres de première instance, chambres d'appel, chambres de cassation et Assemblée plénière)⁸, qui représente à lui seul l'ordre juridictionnel administratif.

Certes, il y a des juridictions administratives spécialisées, contrôlées d'ailleurs par le Tribunal administratif, par la voie de l'appel ou la cassation, telles que le Conseil de la concurrence ou la Commission des sanctions (qui a remplacé la commission bancaire), mais chacune de ces juridictions a ses spécificités, sa procédure, ses règles de compétence, qui nécessitent une étude particulière dans le cadre d'un Rapport propre. La présente publication se contentera de l'étude de la compétence de la juridiction administrative générale.

6. La compétence de la juridiction administrative est une matière législative. Cela ressort, expressément, de l'article 116 alinéa dernier de la Constitution qui dispose que : « la loi détermine l'organisation de la justice administrative, ses compétences, les procédures suivies devant elle ainsi que le statut de ses magistrats ». Plus précisément, il s'agit d'une loi organique puisque l'article 65 alinéa 2 prévoit que « sont pris sous forme de loi organique, les textes relatifs aux matières suivantes : ...-l'organisation de la justice et de la magistrature... ».

Les lois qui viendront pour réorganiser la justice administrative conformément aux exigences de la Constitution, doivent donc composer avec le droit constitutionnel d'accès au juge. Ceci dit, le présent Rapport s'attèlera à faire le diagnostic des différents aspects de la compétence de la juridiction administrative, à partir de la législation actuelle, pour y détecter les problèmes, et leur proposer ensuite des solutions, en ayant à l'esprit les nouvelles dispositions constitutionnelles qui doivent guider le législateur dans l'élaboration des textes de mise en œuvre de la Constitution.

I. LES PROBLEMES INHERENTS AU DUALISME JURIDICTIONNEL

A. LES PROBLEMES LIES A LA GESTION ACTUELLE DES CONFLITS DE COMPETENCE

La coexistence de deux ordres juridictionnels est de nature à provoquer certaines complications. Bien évidemment, la complication principale est qu'il peut y avoir des difficultés à déterminer l'ordre juridictionnel compétent. En effet, les requérants peuvent, de bonne ou de mauvaise foi, saisir un juge incompétent. Les tribunaux eux-mêmes peuvent mal apprécier leur compétence et se déclarer, à tort, soit

compétents, soit incompétents⁹. On voit que la difficulté de déterminer le juge compétent est en lien direct avec le droit d'accès au juge et peut, en l'absence de mécanismes adéquats, lui porter atteinte d'une manière sérieuse.

Pour redresser les erreurs de compétence, le législateur¹⁰ a créé le Conseil des conflits de compétence¹¹, organe chargé de statuer sur les éventuels conflits de compétence qui peuvent naître entre le Tribunal administratif et les tribunaux judiciaires¹². Toutefois, en l'état actuel de droit positif, il appert que le Conseil est incapable d'éradiquer tous les inconvénients résultant de la dualité juridictionnelle.

La première hypothèse d'intervention du Conseil des conflits, prévue par la loi n° 96-38 dans son article 7, est relative au « conflit positif », au sens du droit français¹³. Dans cette hypothèse, un tribunal judiciaire est saisi d'une affaire. La partie publique (le chef du contentieux de l'Etat, les collectivités locales et les entreprises publiques), dans cette affaire, peut soulever l'incompétence du juge judiciaire, au motif que le litige relève de la compétence du Tribunal administratif.

Plusieurs critiques peuvent être adressées à la procédure de l'article 7. D'abord, il joue dans un sens unique : il ne protège que la compétence de la juridiction administrative. Il suppose que seul le juge judiciaire empiète sur la compétence du juge administratif. Par conséquent, lorsque l'empiètement est le fait de ce dernier, il n'y a pas une procédure équivalente à celle de l'article 7 pour renvoyer l'affaire à son juge naturel. Ensuite, la mise en œuvre de la procédure dépend de la bonne volonté de la partie publique, qui peut soulever l'incompétence du tribunal judiciaire, comme ne pas la soulever. Ceci n'est pas compatible avec le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions. La procédure de l'article 7 s'apparente, donc, à un moyen institué au profit de l'une des parties au litige, qui peut en user dans son propre intérêt, notamment, comme moyen dilatoire. L'article 7 ne permet plus ainsi de réguler les compétences entre les deux ordres juridictionnels, mais devient un élément de complication d'un procès en cours. Enfin, « l'exception » d'incompétence de l'ordre judiciaire ne peut pas être soulevée devant la Cour de cassation. Certes, des considérations liées à

⁹ La mauvaise qualité rédactionnelle des textes déterminant la compétence des juridictions est pour quelque chose dans ce problème.

¹⁰ Il s'agit de la loi organique n° 96-38 du 3 juin 1996 relative à la répartition des compétences entre les tribunaux judiciaires et le tribunal administratif et à la création d'un conseil des conflits de compétence, *JORT* n° 47 du 11 juin 1996, p. 1143 et s.

¹¹ Il a été proposé à l'Assemblée nationale constituante de faire mentionner le Conseil des conflits de compétence dans la Constitution. Mais, finalement, la proposition n'a pas été retenue. A bon escient, car une bonne Constitution ne doit pas tout prévoir et tout organiser. L'article 110 de celle-ci prévoit, d'ailleurs, qu'il revient au législateur de créer les différentes catégories de juridictions. Le Conseil des conflits de compétence est, à lui-seul, une catégorie de juridiction.

¹² En pratique, les conflits de compétence ne concernent que l'ordre juridictionnel administratif et l'ordre juridictionnel judiciaire. Des conflits entre le Tribunal administratif et la Cour des comptes n'ont pas été constatés, par exemple.

¹³ Dans son sens ordinaire, le conflit positif existe lorsque deux tribunaux, l'un appartenant à l'ordre judiciaire, l'autre à l'ordre administratif, se déclarent compétents pour connaître d'une même affaire. En droit français, la notion de conflit positif a un sens particulier. En effet, le conflit positif résulte de l'opposition de l'administration, représentée par un préfet, à un tribunal judiciaire, relativement à l'affirmation par ce dernier que le litige dont il est saisi appartient à l'ordre judiciaire.

⁸ Les formations consultatives du Tribunal administratif ne sont pas étudiées dans le présent Rapport.

l'intérêt d'une bonne administration de la justice sous-tendent cette interdiction, mais le droit du justiciable d'accéder au juge naturel de l'affaire est sacrifié.

La deuxième hypothèse d'intervention du Conseil des conflits, prévue à l'article 8 de la loi n°96-38 sus-indiquée, autorise la Cour de cassation et l'Assemblée plénière juridictionnelle au Tribunal administratif de saisir le Conseil des conflits d'une question « sérieuse » de compétence, qui n'a pas été tranchée antérieurement par ce dernier. A l'inverse de l'hypothèse précédente, le Conseil ne peut être saisi par les juridictions de fond. Sa saisine par les deux juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels n'est pas dépourvue d'intérêt, mais elle intervient, hélas, à un moment où le procès est très avancé : si l'ordre juridictionnel chargé de l'affaire sera déclaré incompetent, la partie la plus diligente doit saisir l'autre ordre, il en résulte, certainement, pour celle-ci une perte considérable de temps et d'argent. Ce qui peut dissuader, finalement, les requérants de saisir le juge compétent désigné par le Conseil. Le droit d'accès au juge est, ainsi, malmené de nouveau.

La dernière hypothèse d'intervention du Conseil des conflits prévue par la loi n°96-38, est celle de son article 9. Elle vise la prévention des conflits négatifs de compétence. Mais, elle suppose que la juridiction qui va saisir le Conseil des conflits soit informée du jugement d'incompétence déjà rendu par la juridiction appartenant à l'autre ordre juridictionnel. Ce qui n'est pas, toujours, le cas, parce qu'il n'y a aucune obligation de notification réciproque de leurs jugements qui pèse sur les juridictions.

La loi n° 96-38 n'a pas donc évoqué toutes les hypothèses de conflits de compétence. Que faire si un conflit négatif ou un conflit positif se réalise ? La première situation équivaut à un véritable déni de justice, tandis que la seconde aboutirait à deux jugements contradictoires au fond.

Pour prévenir un conflit positif de compétence, hypothèse non prévue également par la loi n°96-38, le Conseil des conflits s'est déclaré compétent pour statuer sur la difficulté de compétence, sur saisine de l'Assemblée plénière juridictionnelle du Tribunal administratif, sur le fondement de l'article 4 de la loi n°96-38 qui lui donne une compétence générale dans le règlement des problèmes de compétence, et sur l'article 8, précité, de la même loi¹⁴.



Conclusion : Les procédures de résolution des difficultés de compétence par le Conseil des conflits de compétence ne permettent pas d'éviter toutes les complications provoquées par le dualisme juridictionnel. En effet, le législateur n'a pas prévu toutes les hypothèses de conflit de compétence, ce qui laisse incertain le traitement des éventuels conflits non réglés par la loi. Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil des conflits de compétence n'est pas systématiquement publiée et l'information réciproque entre les juridictions n'est pas établie.



Recommandations

Il faudrait, d'abord, revoir la compétence du Conseil des conflits, en y incluant, expressément, les hypothèses non prévues par la loi n°96-38. Le Conseil a beau se référer à la clause générale d'attribution de compétence induite par l'article 4 de la loi précitée, une intervention législative serait la bienvenue pour fixer les différents cas de conflits ou de difficultés sur la compétence, ainsi que les procédures y afférentes.

Il faudrait penser, ensuite, à « démocratiser » la saisine du Conseil des conflits, en l'étendant, chaque fois que l'intérêt d'une bonne administration de la justice ne s'y oppose pas, à toutes les juridictions, quel que soit leur degré dans l'ordre juridictionnel auquel elles appartiennent. De même, les parties au litige doivent pouvoir saisir le Conseil, chaque fois qu'il n'est pas saisi par une juridiction.

Cette réforme doit être accompagnée de celle de la structure du Conseil des conflits, des moyens mis à sa disposition¹⁵ et des principes régissant la procédure suivie devant lui¹⁶.

B. LES PROBLEMES LIES AUX QUESTIONS PREJUDICIELLES

A supposer que la juridiction administrative soit compétente, le droit du justiciable d'y accéder peut être perturbé par une question préjudicielle¹⁷. Si le principe de la plénitude de juridiction du tribunal saisi implique que le juge saisi d'un litige relevant de sa compétence est compétent pour se prononcer sur l'ensemble des moyens invoqués devant lui, tant par le demandeur que le défendeur, la portée de ce principe doit être précisée, dans un contexte de dualisme juridictionnel.

La plénitude de juridiction du juge administratif a pour limite la plénitude de la compétence administrative. Autrement dit, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître des questions qui, posées à titre principal, échapperaient à la compétence de la juridiction administrative. Ces questions peuvent avoir un caractère préjudiciel, si la réponse à leur donner, et que l'on suppose nécessaire au jugement du recours, soulève une difficulté réelle¹⁸.

¹⁵ Par exemple, le Conseil n'a ni siège, ni secrétariat qui lui sont propres.

¹⁶ La constitutionnalité de certains de ces principes, tels que la non-publicité des audiences ou l'impossibilité d'exercer une voie de recours contre les décisions du Conseil, est discutable.

¹⁷ La question préjudicielle peut se définir comme la question qui, nécessaire à l'examen au fond du litige, doit être tranchée, non par la juridiction saisie, mais par le tribunal ayant compétence exclusive pour en connaître. Concrètement, la juridiction devant laquelle se pose une question préjudicielle a l'obligation de surseoir à statuer sur le litige dont elle est saisie, jusqu'à ce que la juridiction exclusivement compétente ait tranché la difficulté qui faisait l'objet de la question préjudicielle. Elle se distingue ainsi de la question préalable qui, tout en commandant également la solution de fond, demeure cependant de la compétence du tribunal saisi.

¹⁸ En l'absence de difficulté réelle, il y a seulement question préalable et compétence du juge administratif.

¹⁴ Conseil des conflits de compétence, Affaire n°41 du 12 juillet 2001, Ayadi c/ Conseil national de l'ordre des pharmaciens.

Face à une question préjudicielle, le juge administratif doit surseoir à statuer et renvoyer les parties à se pourvoir devant les tribunaux judiciaires¹⁹.

Les parties doivent attendre le jugement rendu par le tribunal civil, statuant sur la question préjudicielle, pour pouvoir saisir de nouveau la juridiction administrative. La question préjudicielle a, nécessairement, pour effet de différer pour l'une des deux parties la reconnaissance de ses droits. Bien sûr, cette situation porte atteinte à l'effectivité de l'accès à la justice.

Heureusement pour le justiciable, le Tribunal administratif use, avec modération, des questions préjudicielles. Mais, il ne manque pas d'y recourir quand c'est nécessaire. Ainsi, dans une affaire où un recours en annulation est intenté contre le refus de l'administration d'autoriser l'exploitation d'une carrière, le juge administratif a décidé de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal compétent statue sur la question de la propriété de l'immeuble objet de la décision administrative attaquée en excès de pouvoir²⁰. Dans une autre affaire, le juge administratif a décidé de surseoir à statuer et a renvoyé les parties à se pourvoir devant le tribunal judiciaire pour statuer sur la qualité du syndicat national des établissements d'enseignement privé pour conclure un avenant à la convention collective nationale d'enseignement privé²¹. Dans la même veine, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre des décisions implicites de refus de restituer des documents saisis par la police (passeports, cartes d'identité, attestations de nationalité), le juge administratif a sursis à statuer jusqu'à ce que le tribunal compétent statue sur la question de la nationalité²².

On trouve une illustration des complications que peuvent provoquer les questions préjudicielles, dans une affaire qui a opposé la société Naouar au Chef du contentieux de l'Etat pour le compte du ministère de l'équipement et de l'habitat. Dans cette affaire, le Tribunal administratif a rendu, le 12 avril 1993, un jugement d'avant dire droit (dit également jugement préparatoire), par lequel il décide de surseoir à statuer et de renvoyer les parties à se pourvoir devant les tribunaux compétents, pour statuer sur la validité des contrats de vente litigieux. Les tribunaux civils n'ont pas statué dans les limites du renvoi, mais ils ont statué sur le fond de l'affaire, et le procès a duré plus que treize ans devant l'ordre judiciaire, pour se solder par un rejet au fond devant la Cour de cassation.

 **Conclusion** : Les questions préjudicielles sont une conséquence nécessaire de la dualité juridictionnelle. Mais, les coûts qui en résultent (coût de la procédure et coût de

temps) s'avèrent souvent élevés. L'effectivité d'accès au juge va, nécessairement, en pâtir.



Recommandations

Pour en réduire les inconvénients, le régime des questions préjudicielles gagne à être précisé. Le législateur peut, par exemple, énoncer l'obligation de statuer dans les limites du renvoi, un délai pour statuer sur la question préjudicielle, les modalités du respect de l'indépendance de la juridiction qui a renvoyé, les limites de la subordination du juge au renvoi, etc. Par ailleurs, l'obligation faite au juge de statuer sur la question préjudicielle dans un délai déterminé s'insère dans une problématique plus générale, à savoir la réduction de la durée de traitement des affaires devant les juridictions tunisiennes et suppose une série de mesures et d'actions afin d'atteindre un tel objectif.

II. LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ADOPTION DU CRITÈRE MATÉRIEL

A. LE REJET DU CRITÈRE ORGANIQUE

Un premier rejet jurisprudentiel. Dans sa version d'origine, la loi n° 72-40 du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif²³, retient un critère organique pour la détermination de la compétence de la juridiction administrative.

Ainsi, l'article 2 alinéa 1er de cette loi disposait, en matière de contentieux indemnitaire, que « le Tribunal administratif statue sur les litiges mettant en cause l'administration ». Au sens organique, l'administration renvoie aux personnes publiques²⁴. Par conséquent, la juridiction administrative serait compétente, chaque fois qu'une personne publique est partie à un litige. On se rend compte que la mise en œuvre du critère organique est simple, dans la mesure où la détermination des personnes publiques ne pose pas, généralement, de problème. À cet égard, l'article 3 alinéa 1er de la même loi était plus explicite lorsqu'il prévoyait que « le Tribunal administratif est compétent pour statuer en premier et dernier ressort sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre tous les actes des autorités administratives centrales et régionales, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif ».

Le Tribunal administratif a rejeté le critère organique, prévu par la loi, et lui a préféré le critère matériel, développant ainsi une jurisprudence contra legem. Le critère matériel renvoie à

²³ JORT n°23 des 2-6 juin 1972, p. 738 et ss.

²⁴ En l'état actuel du droit positif tunisien, les personnes publiques sont, d'abord, l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics. À côté de ces personnes publiques classiques, il y a les ordres professionnels que le Tribunal administratif considère comme des personnes publiques sans être des établissements publics, ainsi que les différentes autorités publiques indépendantes, qui ont pullulé après la Révolution, qu'elles soient prévues dans la Constitution (chapitre VI), ou non (par exemple, l'Instance nationale des télécommunications ou l'Instance nationale de protection des données à caractère personnel).

¹⁹ On suppose, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, que la difficulté relève de leur compétence.

²⁰ Jugement d'avant dire droit du 31 novembre 2003, dans l'affaire Borni Hmili c/ Ministre des domaines de l'Etat.

²¹ Jugement d'avant dire droit du 28 mars 2003, dans l'affaire Ecole privée Khaznadar et autres c/ Ministre des affaires sociales.

²² Jugement d'avant dire droit du 24 octobre 2002, dans les affaires Kamel Guedich et autres c/ Ministre de l'intérieur.

la nature du litige. Chaque fois que le litige relève de la gestion publique, le juge administratif est compétent. Il y a gestion publique lorsque l'administration gère les services publics en usant des prérogatives de puissance publique.

A l'occasion de la modification de la loi du 1er juin 1972, précitée, par la loi organique n°96-39 du 3 juin 1996²⁵, le critère matériel est, désormais, consacré par l'article 2 (nouveau) en ces termes : « Le tribunal administratif statue avec ses différents organes juridictionnels sur tous les litiges à caractère administratif²⁶ à l'exception de ceux qui sont attribués à d'autres juridictions par une loi spéciale ». Dans le même sens, suite à la loi organique n°2002-11 du 4 février 2011 modifiant et complétant la loi n° 72-40 précitée²⁷, l'article 3 retient, également, le critère matériel pour déterminer la compétence du juge de l'excès de pouvoir : « le Tribunal administratif est compétent pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation des actes pris en matière administrative²⁸ ». Le législateur ne fait, ainsi, qu'entériner la jurisprudence antérieure du Tribunal administratif.

Un second rejet jurisprudentiel. La loi organique n° 96-38 du 3 juin 1996 relative à la répartition des compétences entre les tribunaux judiciaires et le Tribunal administratif et à la création d'un Conseil des conflits de compétence, précitée, a institué des blocs de compétence, soit au profit du juge judiciaire, soit au profit du juge administratif. Les blocs de compétence sont de nature à faciliter au justiciable l'accès au juge, dans la mesure où c'est le législateur qui désigne, lui-même, le juge compétent pour statuer sur certains litiges.

Toujours, dans un souci de faciliter l'accès au juge, les blocs de compétence reposent sur un critère organique. Ainsi, l'article 2 de la loi n° 96-38 précitée, prévoit que « les tribunaux judiciaires statuent sur tous les litiges qui surviennent entre d'une part, les entreprises publiques y compris les établissements publics à caractère industriel et commercial, et d'autre part les agents de ces entreprises, leurs clients ou les tiers». Donc, chaque fois qu'une entreprise publique est partie à un litige, il doit normalement relever du juge judiciaire. Il n'en est rien. Car, le Tribunal administratif attaché au critère matériel, cherche toujours si l'activité litigieuse se rapporte ou non à une gestion publique. Dans l'affirmative, il se déclare compétent pour connaître du litige²⁹. Le Conseil des conflits de compétence a, aussi, adopté la même démarche³⁰.

Si la Cour de cassation s'est alignée, dans un premier temps, sur la position du Tribunal administratif et du Conseil des conflits, il y a eu par la suite un revirement de sa jurisprudence, dans le sens d'une lecture naturelle de l'article 2 de la loi n°96-38. Ainsi, par deux arrêts rendus par les chambres réunies, la formation la plus importante de la Cour de cassation, celle-ci a conclu à la compétence du juge judiciaire pour statuer sur tous les litiges mettant en cause une entreprise publique, quel que soit le type de gestion (publique ou privée) adopté par l'entreprise publique³¹.

On voit que le Conseil des conflits, censé résoudre les conflits de compétence, contribue à créer les conflits entre les deux ordres de juridiction, en soutenant le Tribunal administratif dans sa lecture erronée d'une disposition législative, pourtant, claire. Les travaux préparatoires de la loi n°96-38 confirment, également, la compétence judiciaire.

Le perdant, dans tout ce débat, est le justiciable. En présence de ces deux jurisprudences contradictoires, la détermination de l'ordre juridictionnel compétent devient une question périlleuse. De plus, cette situation peut aboutir à deux jugements contradictoires, l'un émanant de l'ordre juridictionnel administratif, et l'autre de l'ordre juridictionnel judiciaire.

B. LES INCERTITUDES DU CRITERE MATERIEL

Contrairement au critère organique, le critère matériel est d'un maniement délicat. Selon ce critère, la compétence du juge administratif dépend de la mise en œuvre de certaines notions : service public, puissance publique, domaine public, agent public, travaux publics, etc. On peut dire que la compétence du juge administratif suit la notion³². Or, la définition de toutes ces notions n'est pas toujours aisée, et elle donne souvent lieu à des fluctuations selon les circonstances de chaque espèce. On comprend donc qu'il laisse une place à l'appréciation du juge, qui est parfois une appréciation subjective.

Appliqué à l'activité des personnes publiques, le critère matériel distingue entre l'activité de puissance publique de celles-ci, qui relève de la compétence du juge administratif, et leur activité privée relevant du juge judiciaire. Ainsi, en principe, la gestion par les personnes publiques de leur domaine privé est une gestion privée. Son contentieux relève, donc, du juge judiciaire. Mais, comme tout principe, il connaît des exceptions. Ces exceptions apparaissent, parfois, au gré des circonstances de chaque affaire. Ainsi, le Tribunal administratif a pu juger que la gestion des lots à usage d'habitation relevant du domaine privé communal est une activité à caractère administratif, parce qu'en commercialisant ces lots, la commune participe directement à l'exécution du

²⁵ JORT n°47 du 11 juin 1996, p. 1144 et ss.

²⁶ C'est nous qui soulignons. Cf. l'ancienne rédaction de l'article 2.

²⁷ JORT n°11 du 5 février 2002, p.252. En 1996, on n'a pas voulu toucher à l'article 3, pour ne pas s'attirer les critiques sur la persistance de l'immunité des décrets à caractère réglementaire contre le recours pour excès de pouvoir, immunité qui trouve son siège à l'alinéa 2 de l'article 3.

²⁸ Souligné par DRI.

²⁹ TA, Appel, Affaire n° 21981, 16 janvier 1999, Société nationale des chemins de fer tunisiens c/ Ahmed et Mohamed Bédoui, non publiée ; TA, Appel, Affaire n° 21905, 19 novembre 1999, Office national d'assainissement c/ Moncef Dérrouich, *Recueil* 1999, p. 502 et ss.

³⁰ Conseil des conflits de compétence, Affaire n° 64 du 4 février 2003 ; Affaire n° 120 du 6 janvier 2005 ; Affaire n° 123 du 22 février 2005 ; Affaire n° 125 du 29 mars 2005.

³¹ Cass.civ., Chambres réunies, n°5269, 30 novembre 2006, SONEDE c/ Belgacem ; Cass.civ., Chambres réunies, n°6612, 30 novembre 2006, STEG c/ Khaled.

³² L'expression est de Jean-François LACHAUME, « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in. L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ, 2004, p.71 et ss.



Recommandations

La consécration du critère matériel devrait s'accompagner d'une amélioration du système qui conduit à déterminer la compétence du juge administratif. La première chose à faire est l'amélioration de la connaissance de la jurisprudence administrative, qui passe par une meilleure diffusion de celle-ci par tous les moyens possibles. Un meilleur accès au juge administratif dépend d'une meilleure accessibilité à sa jurisprudence. Ensuite, le juge administratif doit s'incliner à la volonté du législateur, en matière de répartition des compétences. Le juge administratif ne devrait pas détourner un bloc de compétence institué par le législateur au profit du juge judiciaire. Dans un Etat de droit, chaque autorité a son rôle : au législateur de légiférer et au juge de dire le droit, tout en sachant que l'interprétation a ses règles⁴¹.

service public du logement³³. Voilà une conception on ne peut plus large de la notion de service public. Dans le même sens, si la vente d'une dépendance du domaine privé est de la compétence du juge judiciaire, le juge administratif devient compétent si la dépendance en question avait appartenu à des étrangers³⁴.

Autre illustration significative de l'incertitude du critère matériel. D'après une jurisprudence établie du Tribunal administratif, les contrats entre personnes privées sont des contrats privés relevant de la compétence du juge judiciaire, sauf si l'une des parties privées a conclu le contrat pour le compte d'une personne publique³⁵. Le Tribunal administratif a décidé que les marchés publics sont des contrats administratifs³⁶. Or, un marché public peut être conclu entre deux personnes privées, sans que l'une ait contracté pour le compte d'une personne publique³⁷.

De la même façon, si en application du critère matériel, les décisions des personnes privées ont un caractère administratif lorsqu'elles traduisent la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique, pour l'exécution du service public³⁸, les décisions que ces mêmes personnes prennent en vue de leur aménagement interne sont des actes de droit privé. On peut constater que face à ces subtilités liées à l'application du critère matériel, la détermination du juge compétent, et par conséquent l'accès au juge, devient une gageure.

Enfin, notons que les actions intentées par les personnes publiques contre les particuliers relèvent, en principe, de la compétence du juge judiciaire, « sauf certains cas exceptionnels qui ne concernent pas la protection de la propriété littéraire et artistique » des personnes publiques³⁹. Cette formule laconique ne facilite, certainement, pas la tâche des justiciables et leurs conseils.

 **Conclusion** : L'adoption d'un critère matériel pour la détermination de la compétence de la juridiction administrative est source de difficultés sérieuses. Pour ne pas être débouté par le juge administratif, pour incompetence, il faut être un fin connaisseur des subtilités de la jurisprudence administrative. Or, celle-ci est, souvent, instable et insuffisamment diffusée⁴⁰.

³³ TA, REP, 16 mai 1995, Abdeljelil Ben Saâd c/ Commune de Tozeur, *Recueil* 1995, p. 219 et s.

³⁴ TA, REP, 1^{ère} instance, 27 octobre 2000, Société civile immobilière « La nationale 96 » c/ Ministre des domaines de l'Etat et des affaires foncières, *Recueil* 2000, p.221 et ss.

³⁵ TA, 1^{ère} instance, Chebil c/ Ministre de l'agriculture, des ressources hydrauliques et de la pêche maritime et Chef du contentieux de l'Etat pour le compte du même ministère, non publiée.

³⁶ Voir, par exemple, TA, Appel, 1^{er} décembre 1998, Commune de Tunis c/ Société industrielle du textile, *Recueil* 1998, p. 587.

³⁷ Parmi les acheteurs publics, au sens de la réglementation des marchés publics, on trouve les entreprises publiques. Celles-ci prennent soit la forme d'un établissement public soit celle d'une société. Dans ce dernier cas, on aura un marché conclu entre un acheteur public-personne privée et son cocontractant qui est également une personne privée.

³⁸ TA, 1^{ère} instance, 31 octobre 2006, Mourad c/ Fédération tunisienne de football, *Recueil* 2006, p. 115 et ss.

³⁹ TA, Appel, 11 juillet 2000, Chef du contentieux de l'Etat pour le compte de l'ERTT c/ Société « Nouha Musique » et autres, *Recueil* 2000, p.446 et ss.

⁴⁰ Jusqu'à ce jour, le Tribunal administratif ne dispose pas d'un site internet. Le dernier Recueil de jurisprudence publiée du Tribunal date de 2011. Tout en

III. LA COMPETENCE NATIONALE DU JUGE ADMINISTRATIF

Le Tribunal administratif a, toujours, affirmé que sa compétence ne s'étend pas au-delà des litiges à caractère national, c'est-à-dire ceux mettant en cause les autorités administratives nationales. Ainsi, le Tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître du recours intenté contre le refus d'une société française de prendre en charge l'affiliation de la requérante aux Caisses de la sécurité sociale, ainsi que des conclusions tendant à obtenir les sommes qui auraient dues être versées aux Caisses⁴². Dans une affaire similaire, le requérant intente un recours contre le refus de la Caisse de sécurité sociale française de lui verser une indemnité d'invalidité suite à une maladie chronique qui l'a obligé d'arrêter le travail. Le Tribunal administratif a rejeté le recours pour incompétence⁴³. De la même façon, le juge administratif a rejeté la demande en référé du requérant tendant à enjoindre au ministre français de la Défense de lui donner communication d'une carte d'ancien combattant. Selon le juge, « tant que la demande tend à prescrire à une autorité étrangère de fournir au requérant un document, elle ne relève pas de la compétence de ce Tribunal, et doit être rejetée pour incompétence »⁴⁴.

Rien n'est plus normal que l'incompétence de la juridiction administrative à l'égard des litiges provoqués par les actes imputables à des Etats étrangers ou à des organisations internationales. Sauf, bien sûr, si une convention internationale lui a attribué compétence, à l'égard de certains de ces litiges. D'ailleurs, dans les deux jugements précités, Ourida Jdey et Khemaies, le Tribunal administratif évoque la convention générale de sécurité sociale conclue, le 19 décembre 1965, entre la Tunisie et la France, pour faire observer qu'elle ne

sachant que les Recueils ne publient qu'une partie de la jurisprudence rendue par le Tribunal. Parfois, des décisions importantes n'y figurent pas.

⁴¹ Le Code des obligations et des contrats (COC) fournit quelques unes dans ses articles 532 et suivants.

⁴² TA, 1^{ère} instance, 7 avril 1999, Ourida Jdey c/ Laboratoires Astra France, *Recueil*, p.122 et ss.

⁴³ TA, 1^{ère} instance, 10 mai 2000, Khemaies c/ Caisse de sécurité nationale français, *Recueil*, p. 153 et ss.

⁴⁴ TA, Ordonnance de référé, Président de la 2^{ème} Chambre de première instance, 24 juin 2009, Ayed c/ Ministre de la défense français, *Recueil*, p. 30.

détermine pas le juge compétent dans les litiges nés de son application.

Toutefois, l'argumentation du Tribunal administratif dans toutes les affaires susmentionnées pour se déclarer incompétent soulève une question en rapport direct avec le droit d'accès au juge. En effet, le juge administratif estime qu'étant donné le caractère national de la juridiction administrative, il ne peut de ce fait appliquer que le droit national. Cette position de principe du juge administratif rend perplexe. Car, a contrario, elle signifie que les litiges appelant l'application du droit étranger, sont ipso facto, hors de la compétence du juge administratif, même si l'autorité contestée est une autorité administrative tunisienne⁴⁵, et même si toutes les parties au litige sont tunisiennes⁴⁶. Cette position de principe consistant à considérer que la juridiction administrative n'applique que le droit national est contestable et peut aboutir dans certains cas à porter atteinte au droit d'accès au juge.

Pour étayer son point de vue, le juge administratif invoque le principe de territorialité. Il suffit de rappeler, succinctement, que la conception classique du principe de territorialité selon laquelle la loi publique étrangère ne peut s'appliquer sur le territoire national, est dépassée, en faveur d'une nouvelle conception qui dissocie le principe de territorialité du concept de souveraineté, pour le cantonner dans la fonction de localiser un rapport de droit sur le territoire de tel ou tel Etat⁴⁷. Par conséquent, tout rapport juridique de droit public comportant un élément d'extranéité doit être localisé, et en fonction de sa localisation, il sera tantôt soumis à la loi du for, tantôt à la loi étrangère. Ceci dit, le juge administratif est susceptible d'appliquer la loi étrangère. En droit comparé, la qualité de juge national du juge administratif français ne l'a pas empêché de statuer sur le fondement du droit étranger⁴⁸.



Conclusion : L'affirmation du caractère national de la juridiction administrative tunisienne, l'a conduite à n'appliquer que le droit national. Cette position est problématique dans la mesure où elle conduit à interdire l'accès au prétoire du juge administratif, chaque fois que l'application du droit étranger, au litige, s'impose. C'est une restriction certaine du droit d'accès au juge administratif.

⁴⁵ Pensons, par exemple, à un litige opposant un agent contractuel de nationalité étrangère aux services diplomatiques ou consulaires tunisiens à l'étranger, qui l'ont employé. Dans ce cas, le juge administratif tunisien compétent acceptera-t-il d'appliquer la loi d'exécution du contrat, c'est-à-dire la loi étrangère ou va-t-il se déclarer incompétent ?

⁴⁶ Par exemple, le litige qui peut opposer un tunisien propriétaire d'un établissement éducatif privé à l'étranger enseignant conformément aux programmes tunisiens, et le ministère de l'éducation qui octroie l'accréditation. Voir décret gouvernemental n° 2016-824 du 24 juin 2016 fixant les conditions d'accréditation des établissements éducatifs privés à l'étranger pour enseigner conformément aux programmes tunisiens, *JORT*, n°55-56 des 4-8 juillet 2016, p. 2149 et ss.

⁴⁷ Voir J.-M. Bischoff, « La territorialité des lois de droit public dans ses rapports avec les principes de non-discrimination et d'égalité d'accès reconnus en matière de pollution transfrontalière », in *Aspects juridiques de la pollution transfrontalière*, OCDE, 1977, p. 138.

⁴⁸ Voir Bernard Dolez, « Le juge administratif et les conflits de lois », *RDP*, 1995, p. 1029-1051.



Recommandations

Le principe de territorialité ne pouvant plus fonder, en théorie, l'exclusion, par le juge administratif, du droit étranger, il est recommandé d'admettre, sur le plan pratique, l'application du droit étranger, ce qui ne peut que renforcer la place du juge administratif au sein du pouvoir judiciaire⁴⁹. Devant le développement des relations internationales impliquant les personnes publiques, la voie du bilatéralisme n'est plus un luxe, c'est une nécessité. Pour vaincre la timidité du juge administratif, le législateur peut prévoir, expressément, la possibilité pour le juge de statuer sur le fondement d'une règle appartenant à un ordre juridique étranger, dès lors, certainement, que cette règle n'est pas contraire aux exigences de l'ordre public tunisien.

IV. LA COMPETENCE DU JUGE DE L'EXCES DE POUVOIR

A. LA COMPETENCE A L'EGARD DES DECRETS A CARACTERE REGLEMENTAIRE

La particularité de cette catégorie de décisions administratives était l'immunité juridictionnelle dont ils bénéficiaient à l'encontre de l'action en annulation. Dans sa version originale, l'article 3 alinéa 2 de la loi n° 72-40 du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif, précitée, prévoyait : « ...ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir les décrets à caractère réglementaire ». Pour justifier cette immunité contraire à la logique de la soumission de l'administration au droit⁵⁰, on invoquait l'identité matérielle entre les décrets à caractère réglementaire et la loi. Mais, en réalité, on savait que les décrets à caractère réglementaire étaient insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, parce qu'ils émanaient du président de la République. Mais, on pouvait, toujours, invoquer l'illégalité d'un décret à caractère réglementaire par voie d'exception, c'est-à-dire à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision procédant de celui-ci. Si cette exception est fondée, l'illégalité de la décision attaquée sera établie.

Ladite immunité n'a disparu qu'avec la loi organique n° 2002-11 du 4 février 2002 modifiant et complétant la loi n°72-40 du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif, puisque l'article 3 de cette dernière loi dispose désormais que « le Tribunal administratif est compétent pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation des actes pris en matière administrative ».

S'il est possible, dorénavant, d'intenter devant la juridiction administrative, un recours pour excès de pouvoir contre un décret à caractère réglementaire, le législateur a institué un régime procédural dérogatoire pour ce type de recours,

⁴⁹ Le juge judiciaire adopte le bilatéralisme depuis longtemps.

⁵⁰ A l'époque, le thème de l'Etat de droit n'était pas courant.

régime qui n'est pas de nature à faciliter l'accès au juge administratif.

En effet, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre les décrets à caractère réglementaire n'est recevable qu'à deux conditions : l'exercice d'un recours administratif préalable et le ministère d'un avocat auprès de la Cour de cassation⁵¹. Par contre, s'il est dirigé contre n'importe quelle autre décision, il est dispensé du ministère d'avocat en première instance, et le recours administratif préalable est facultatif⁵².

 **Conclusion** : Le régime contentieux dérogatoire du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les décrets à caractère réglementaire est, à l'évidence, plus compliqué que le recours pour excès de pouvoir de droit commun. Il peut dissuader le justiciable d'accéder au juge.

Recommandations

Le régime contentieux du recours pour excès de pouvoir contre les décrets réglementaires est anachronique. Il ne correspond plus au nouveau contexte constitutionnel et politique. Le législateur pourrait revoir ce régime dérogatoire pour l'aligner sur le droit commun.

B. LA COMPETENCE A L'EGARD DES MESURES D'ORDRE INTERIEUR

En principe, le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision administrative. Mais, certaines mesures, tout en ayant incontestablement le caractère de décisions, sont insusceptibles de recours pour excès de pouvoir : il s'agit des mesures d'ordre intérieur. Le juge administratif estime que la faible importance pratique de ces décisions justifie qu'elles ne puissent accéder à son prétoire.

Pourtant, ces mesures « concrétisent l'existence d'une sorte de pouvoir de police interne à l'administration...un pouvoir destiné à assurer, à l'égard des agents des services comme des usagers de ces derniers, un certain ordre intérieur »⁵³. Elles peuvent donc avoir des effets non négligeables sur les droits des agents et usagers des services. D'ailleurs, traditionnellement, les mesures d'ordre intérieur sont liées à trois lieux très sensibles : l'école, la prison et la caserne, lieux où la discipline se fait sentir très fort. Mais, le champ des mesures d'ordre intérieur dépasse ces trois institutions pour toucher les divers aspects de la vie administrative. Ainsi, le Tribunal administratif a jugé que le fait, pour l'administration, d'adresser un avertissement sévère à l'un de ses agents, sans

le conserver dans son dossier personnel, constitue une mesure d'ordre intérieur, insusceptible donc de recours pour excès de pouvoir⁵⁴.

Font partie également de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, les mesures d'organisation du service. Mais, ces dernières mesures présentent une particularité : seuls les agents du service (ainsi que leurs associations et syndicats) sont irrecevables à les attaquer, les usagers et les tiers au service sont recevables à intenter un recours pour excès de pouvoir contre ce type de mesures. Ainsi, est irrecevable le recours d'un chef de service, dans un hôpital, contre la décision ministérielle mettant fin à ses fonctions, sauf si cette décision porte atteinte aux droits ou prérogatives des agents⁵⁵. Cette jurisprudence s'explique par la préoccupation d'assurer le respect dû au principe hiérarchique.

 **Conclusion** : Bien que l'immunité juridictionnelle des mesures d'ordre intérieur procède d'une préoccupation liée à l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à savoir éviter l'encombrement du prétoire du juge administratif, elle constitue, néanmoins, une atteinte au droit d'accès au juge. Elle est contraire à la tendance qui va dans le sens de l'élargissement des possibilités de contrôle de l'action administrative. Aussi, remarque-t-on, en droit comparé que les mesures d'ordre intérieur sont en net recul, le contrôle juridictionnel gagnant, constamment, du terrain à leur détriment.

Recommandations

La notion de mesure d'ordre intérieur étant une entorse au principe de la primauté de droit et au droit d'accès au juge, son emploi, par le juge, doit être limité au strict nécessaire, lorsque la minceur juridique de ces mesures est telle que leur contrôle s'avère vraiment inutile.

De toute façon, si l'abolition de la catégorie des mesures d'ordre intérieur n'est pas pour demain, il est à espérer que le juge soit plus rigoureux dans la qualification de mesure d'ordre intérieur. Surtout, il faudrait éviter une telle qualification lorsque la mesure litigieuse porte atteinte à des droits et libertés fondamentaux. C'est le cas, par exemple, des règlements intérieurs des collèges et lycées, qui peuvent interdire le port de certains insignes ou vêtements, et concerner ainsi les libertés d'expression et de croyance des élèves.

Quant au cas particulier des mesures d'organisation du service, la jurisprudence doit, également, évoluer dans le sens de l'assouplissement des conditions de recevabilité des recours des agents, en tirant les conséquences de l'évolution

⁵¹ Article 35 alinéa dernier de la loi du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif. Les recours étaient du ressort des chambres d'appel en première instance, et de celui de l'Assemblée plénière en appel. Cette bizarrerie a disparu par l'effet de la loi organique n°2011-2 du 3 janvier 2011 modifiant et complétant la loi n° 72-40 du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif, *JORT* n°2 du 7 janvier 2011, p. 45 et s.

⁵² Articles 35 et 37 de la loi du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif.

⁵³ René Chapus, *Droit administratif général*, t.1, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 11^{ème} éd., 2004, n°670, p. 559.

⁵⁴ TA, REP, 30 mars 1982, Jerbi c/ Ministre du transport et des communications, *Recueil*, p. 51.

⁵⁵ TA, REP, 22 juillet 1977, Amel Fray c/ Ministre de la Santé publique, *Recueil*, p.181 ; TA, REP, 25 mai 1994, Noureddine Kaddour c/ Ministre de la santé publique, *Recueil*, p.78.

législative sur la fonction publique, dans le sens d'une meilleure association des agents à l'organisation des services⁵⁶.

C. LA COMPETENCE A L'EGARD DES ACTES ADMINISTRATIFS NON DECISOIRES

Les actes émanant de l'administration n'ont pas tous un caractère décisionnaire. Seuls ont ce caractère les actes unilatéraux de l'administration édictant une norme, c'est-à-dire un énoncé à caractère prescriptif. Or, l'administration n'est pas, uniquement, une institution commandante, qui prescrit. Le contenu des actes de l'administration sont d'une variété extrême.

L'administration prend, notamment, des circulaires. Elles contiennent des instructions, recommandations et explications adressées par les chefs de service, et notamment par les ministres, aux agents dont ils dirigent l'action. Le plus souvent, elles sont relatives à l'application d'une loi ou d'une réglementation déterminées, en commentant et en interprétant leurs dispositions.

Le Tribunal administratif distingue entre les circulaires impératives et celles qui ne le sont pas. Les premières couvrent les circulaires réglementaires, c'est-à-dire celles qui ajoutent à l'ordonnement juridique, en accordant aux administrés des droits ou des garanties ou en leur imposant des obligations supplémentaires par rapport à la législation ou à la réglementation en cause⁵⁷, et les circulaires interprétatives impératives qui, en se bornant à donner une interprétation du droit existant, prescrivent d'appliquer cette interprétation⁵⁸. Les circulaires impératives sont considérées comme ayant une valeur normative (normatives) et sont, donc, attaquables devant le juge.

Au contraire, n'ont pas une valeur normative, les instructions qui n'ont aucun caractère impératif : les simples conseils, les recommandations d'agir en tel ou tel sens, et qui préservent la marge de manœuvre des autorités compétentes pour prendre la décision, constituent des circulaires non impératives, des circulaires interprétatives.

Les circulaires interprétatives ont une grande importance pratique. Car, dans les faits, les agents du service attendent la circulaire adéquate pour faire application des dispositions législatives et réglementaires, qui pourtant sont déjà en vigueur⁵⁹.

Malgré leur importance, les circulaires interprétatives sont insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. Un tel recours, exercé par un administré, sera rejeté comme irrecevable. De la même façon, les moyens tirés de la violation d'une circulaire ne sont pas utilement invocables, en ce sens que les administrés ne sauraient utilement faire valoir qu'une décision devrait être annulée parce qu'elle a été prise en méconnaissance des dispositions d'une circulaire interprétative.

 **Conclusion** : Les circulaires interprétatives mettent devant un dilemme. D'une part, il est affirmé que toute l'action de l'administration doit respecter la légalité, y compris ses actes non décisionnaires ; d'autre part, le juge crée une zone de non-droit en refusant de contrôler les circulaires interprétatives.

Recommandations

Le juge administratif invoque l'absence du caractère impératif des circulaires interprétatives, pour rejeter les recours en annulation dirigés contre elles. Cet argument peut être contourné par une analyse d'ordre psychologique de l'impact de ces circulaires, à l'égard de leurs destinataires. En effet, les agents du service ne procèdent à l'application des lois et règlements, pourtant en vigueur, qu'après l'édition de la circulaire interprétative adéquate par le supérieur hiérarchique. C'est dire la perception qu'ont les agents de ces circulaires. S'ils ne les considéraient pas comme impératives, ils auraient passé directement à l'application des lois et règlements en cause, sans attendre la circulaire. Dit autrement, le caractère impératif de l'acte administratif doit être appréhendé d'une manière large, en ne le limitant pas au style dans lequel est rédigée la circulaire.

En droit comparé, dans des décisions récentes⁶⁰, le juge administratif français admet, désormais, la possibilité de former, dans certaines conditions, des recours pour excès de pouvoir contre des actes de « droit souple » qui, donc, ne remplissent pas les critères traditionnels de la décision faisant grief. En effet, il a accepté la recevabilité de recours dirigés contre un communiqué de l'Autorité des marchés financiers et une prise de position de l'Autorité de la concurrence, en raison des conséquences produites par ces actes.

Il est possible d'accepter les recours en annulation dirigés contre les circulaires interprétatives, qui elles aussi relèvent des actes de « droit souple ».

⁵⁶ Ce qu'illustre, à titre d'exemple, l'institution des « commissions administratives paritaires » dans l'administration.

⁵⁷ TA, REP, 3 mars 1978, Mustapha Khouja c/ Premier ministre, *Recueil*, p. 44.

⁵⁸ TA, REP, 1^{ère} instance, 28 mars 2008, Abdelmagid c/ Ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche scientifique et de la technologie, *Recueil*, p.29 ; TA, REP, 1^{ère} instance, 30 novembre 2011, Chambre régionale des conseillers fiscaux de Nabeul c/ Ministre de la justice, *Recueil*, p. 94.

⁵⁹ Dans l'arrêt du Tribunal administratif, en date du 12 juin 1990, Mohamed Toumi c/Ministre de la justice (*Recueil*, p.391 et s.), le juge a considéré que la circulaire attaquée est interprétative dans la mesure où elle se limite à expliciter les dispositions de l'arrêt relatif aux honoraires des huissiers de justice sans rien y ajouter. Par contre, dans le jugement, précité, du 30 novembre 2011, Chambre régionale des conseillers fiscaux de Nabeul (voir la note n° 58 ci-dessus), le juge a considéré que la circulaire attaquée est interprétative impérative. Plusieurs éléments ont conduit le juge à cette conclusion : le style de rédaction, le ton employé et la sanction procédurale prévue en cas de non-respect de la circulaire.

⁶⁰ Conseil d'Etat, ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta international GMBH, n° 368082 ; Conseil d'Etat, ass., 21 mars 2016, Société Numericable, n° 390023.

D. LA COMPETENCE A L'EGARD DES DECRETS-LOIS

Les décrets-lois sont des mesures prises, par des autorités administratives, dans des matières normalement réservées au législateur, qu'il s'agisse d'intervenir dans des matières législatives non encore légiférées, ou d'abroger ou modifier des lois en vigueur.

En vertu de la Constitution du 27 janvier 2014, en cas de dissolution de l'Assemblée des représentants du peuple, des décrets-lois peuvent être pris, par le président de la République, en accord avec le chef du gouvernement, et qui seront soumis à l'approbation de l'Assemblée au cours de la session ordinaire suivante. De même, celle-ci peut prendre une loi habilitant le chef du gouvernement, pour une période ne dépassant pas deux mois, et en vue d'un objectif déterminé, à prendre des décrets-lois. A l'expiration de cette période, ces décrets-lois seront soumis à l'approbation de l'Assemblée des représentants du peuple (Article 70).

Mais, la question du régime contentieux des décrets-lois s'est posée, avec acuité, concernant ceux pris pendant la période de transition, c'est-à-dire après le 14 janvier 2011 et avant l'adoption de la nouvelle Constitution.

L'article 4 du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics⁶¹ prévoyait que « les textes à caractère législatif sont promulgués sous forme de décrets-lois. Le président de la République par intérim promulgue les décrets-lois... ». La jurisprudence du Tribunal administratif concernant la valeur de ces décrets-lois s'est caractérisée par son instabilité. Dans certaines décisions, le Tribunal a jugé que les décrets-lois pris sur la base de l'article 4 précité, ont une valeur législative, et sont, par conséquent, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir⁶². Dans une autre affaire, le juge administratif s'est déclaré, également, incompétent, mais parce que le décret-loi en question a été considéré comme un acte de souveraineté⁶³. Mais, dans un jugement, il a été décidé que les décrets-lois en cause constituent des décisions administratives susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif⁶⁴.

Les décrets-lois pris sur la base de la loi n° 2011-5 du 9 février 2011, habilitant le président de la République par intérim à prendre des décrets-lois conformément à l'article 28

de la Constitution de 1959⁶⁵ ont connu les mêmes tergiversations⁶⁶. Ils ont été considérés, d'abord, comme des actes à valeur législative, que le Tribunal administratif ne peut censurer par la voie de l'annulation⁶⁷. Mais, il semble que la question de la valeur de ces décrets-lois est réglée par un jugement récent⁶⁸, qui a distingué entre les décrets-lois pris en application de la loi du 9 février 2011, sus-indiquée, et ceux pris sur la base de l'article 4 du décret-loi du 23 mars 2011, précité. Les premiers sont des actes administratifs tant qu'ils n'ont pas été ratifiés par le législatif, et ce en application de l'article 28 de la Constitution de 1959, tandis que les seconds sont des actes à caractère législatif, dès leur édicition.



Conclusion : La détermination de la valeur des décrets-lois est une question très importante, car la justiciabilité du décret-loi dépend de la réponse à cette question. Si on les considère comme des actes à caractère législatif ou des actes de souveraineté, ils seront à l'abri du contrôle du juge administratif. S'ils sont considérés comme des actes administratifs, ils seront susceptibles d'être annulés par le juge administratif, en cas d'illégalité.



Recommandations

Le juge administratif devrait consolider les acquis de la jurisprudence Belhassen et autres issue du jugement, précité, du 8 juin 2015. En effet, il est admis, en doctrine, que les décrets-lois sont des actes administratifs tant qu'ils n'ont pas été ratifiés par une loi. Par conséquent, comme toutes décisions administratives, ils sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Les décrets-lois ne sont à l'abri de la censure du juge administratif qu'en conséquence de leur ratification, qui les transforme, rétroactivement, en textes de valeur législative.

E. LA COMPETENCE A L'EGARD DES ACTES ADMINISTRATIFS RELEVANT DU JUGE JUDICIAIRE

Le juge naturel de la légalité des décisions administratives est le juge administratif. Le contrôle de la légalité des actes administratifs est une compétence, constitutionnellement, réservée au législateur. L'article 116 de la Constitution du 27 janvier 2014, et avant lui l'article 57 de la Constitution du 1er juin 1959 dans sa version originale, prévoient que le juge

⁶¹ JORT n° 20 du 25 mars 2011, p. 363 et ss. Ce décret-loi décide la dissolution de la Chambre des députés et de la Chambre des conseillers. C'est le président de la République par intérim qui exerce désormais, le pouvoir législatif, par décrets-lois. Il exerce, également, le pouvoir exécutif, avec l'assistance d'un gouvernement provisoire. Ce décret-loi constitue, en réalité, la nouvelle « constitution » de la Tunisie, la Constitution du 1^{er} juin 1959 étant mise en veilleuse. Ce décret-loi a été baptisé, d'ailleurs, « la petite constitution ».

⁶² TA, Sursis à exécution, n° 413663, 24 juin 2011, Société Matel et Société Lougeyn, non publiée ; TA, Sursis à exécution, n° 413778, 26 août 2011, Afif Bouni, *Recueil*, p. 676.

⁶³ TA, Sursis à exécution, n° 413838, 17 octobre 2011, Parti Alhadatha, non publiée.

⁶⁴ TA, 1^{ère} instance, n° 124153, 4 juillet 2012, Mohamed Ali Kabsi c/ Chef du gouvernement, non publié.

⁶⁵ JORT n° 10 du 10 février 2011, p. 170.

⁶⁶ La loi du 9 février 2011 intervient dans un contexte de perte totale de sa légitimité par la Chambre des députés. Ne pouvant plus, politiquement, légiférer, celle-ci se dessaisit, en application de la Constitution du 1^{er} juin 1959, encore en vigueur à la date de promulgation de la loi, en habilitant le président de la République par intérim à prendre des décrets-lois. Cette loi a constitué un prélude à la dissolution de ladite Chambre, qui a eu lieu en vertu du décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics, sus-indiqué.

⁶⁷ TA, Sursis à exécution, n° 413623, 17 juin 2011, Mohamed Trabelsi, non publiée.

⁶⁸ TA, 1^{ère} instance, n° 123538, 8 juin 2015, Belhassen et autres c/ Chef du gouvernement, non publié.

administratif est compétent pour connaître de l'excès de pouvoir de l'administration.

Toutefois, certaines lois attribuent, au juge judiciaire, la compétence de statuer sur la contestation de certaines décisions administratives. Ce qui pose la question de la constitutionnalité de ces lois. La Cour constitutionnelle aura, probablement, à connaître de cette question, à l'occasion des inconstitutionnalités que l'une des parties soulèvera devant les tribunaux (article 120 alinéa 1er, 4ème tiret de la Constitution). Parmi les lois sus-indiquées, citons la loi n° 94-117 du 14 novembre 1994, portant réorganisation du marché financier⁶⁹. Il ressort de cette loi que la Conseil du marché financier est habilité à prendre des règlements ainsi que des décisions individuelles (article 28). Prises dans des matières administratives, ces décisions sont, certainement, des décisions administratives. Pourtant, la contestation de ces décisions relève, en vertu de la loi, de la compétence de la Cour d'appel de Tunis (articles 40 et 42).

De même, la contestation des décisions administratives prises par l'Instance nationale de protection des données à caractère personnel⁷⁰ (octroi ou retrait des autorisations de traitement des données à caractère personnel, retrait de déclarations, élaboration de règles de conduite relatives au traitement des données à caractère personnel, par exemple. Voir l'article 76 de la loi organique du 27 juillet 2004, précitée), doit être faite devant le juge judiciaire. Les décisions de l'Instance sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Tunis, dans un délai d'un mois à partir de leur notification. Et le législateur de préciser qu'il est statué sur le recours selon les dispositions du Code de procédure civile et commerciale. Qui plus est, les arrêts rendus par la Cour d'appel de Tunis sont susceptibles de pourvoi en cassation devant la Cour de cassation (article 82 alinéas 2 et dernier).

Dans le même ordre d'idées, une série de lois ont été adoptées afin de protéger la propriété industrielle : la loi n° 2000-84 du 24 août 2000 relative aux brevets d'invention⁷¹, la loi n° 2001-20 du 6 février 2001 relative à la protection des schémas de configuration des circuits intégrés⁷², la loi n° 2001-21 du 6 février 2001 relative à la protection des dessins et modèles industriels⁷³ et la loi n° 2001-36 du 17 avril 2001 relative à la protection des marques de fabrique, de commerce et de services⁷⁴. Dans toutes ces lois, il est prévu que les recours formés contre les décisions du représentant légal de l'organisme chargé de la propriété industrielle en matière de délivrance ou de rejet des brevets d'invention, de dépôt ou de refus des schémas de configuration des circuits intégrés, de dépôt, de rejet ou de maintien de la protection des dessins et des modèles industriels, de délivrance ou de

rejet des marques, sont portés devant les tribunaux compétents.

Les décisions en cause sont des décisions administratives : elles émanent d'une structure publique, qui gère un service public en usant de prérogatives de puissance publique. La contestation de ces décisions doit relever normalement de la compétence du juge administratif.

A la grande surprise, dans un jugement remarquable, le Tribunal administratif, tout en affirmant le caractère administratif de la décision de refus d'enregistrer une marque, décline sa compétence au profit du juge judiciaire. Pour justifier la solution, le Tribunal invoque l'intérêt d'une bonne administration de la justice, qui exige l'attribution des divers recours en matière de marques, au juge judiciaire, pour éviter l'éparpillement de ce contentieux entre plusieurs juges⁷⁵.



Conclusion : Même le noyau dur du contentieux administratif, à savoir le contrôle de la légalité des décisions administratives, n'a pas été épargné des chamboulements législatifs, en matière de répartition des compétences juridictionnelles. Le désarroi du justiciable, à la recherche d'un juge, est plus fort, lorsque le juge administratif contribue à ce désordre, en déclinant sa compétence alors qu'il est censé être le gardien naturel de la légalité des décisions administratives.



Recommandations

Pour l'intelligibilité de l'état de droit en matière de répartition des compétences, le contentieux de la légalité des décisions administratives doit être réservé au juge administratif. Le législateur a consacré cette solution dans plusieurs textes (par exemple dans le contentieux de l'expropriation ou de la sécurité sociale).

Les textes qui adoptent la solution contraire soulèvent, d'ailleurs, des questions de constitutionnalité au regard de l'article 116 de la nouvelle Constitution.

V. LA COMPÉTENCE DU JUGE DE PLEIN CONTENTIEUX

A. LE PLEIN CONTENTIEUX OBJECTIF

Relèvent du plein contentieux objectif⁷⁶, le contentieux fiscal et le contentieux électoral. Chacun de ces deux contentieux est éparpillé entre le juge judiciaire et le juge administratif.

⁶⁹ JORT n° 90 du 15 novembre 1994, p. 1850 et ss.

⁷⁰ Créée par la loi organique n°2004-63 du 27 juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel, JORT, n° 61 du 30 juillet 2004, p. 1988 et ss.

⁷¹ JORT n° 68 du 25 août 2000, p. 1983 et ss.

⁷² JORT n° 12 du 9 février 2001, p. 253 et ss.

⁷³ JORT n° 12 du 9 février 2001, p. 257 et ss.

⁷⁴ JORT n° 31 du 17 avril 2001, p. 834 et ss.

⁷⁵ TA, 1^{ère} instance, 30 juin 2008, Société Confiseries Jawhara Bab Laâsal c/ La directrice générale de l'INNORPI et le Chef du contentieux de l'Etat pour le compte du ministère de l'industrie, de l'énergie et des petites et moyennes entreprises. *Recueil*, p. 21 et ss.

⁷⁶ Le plein contentieux objectif présente deux caractéristiques : il est un plein contentieux dans la mesure où il donne au juge les pouvoirs les plus larges. Il est objectif parce qu'il pose au juge une question de légalité. C'est ainsi que le juge électoral examine la régularité de l'élection, procède éventuellement à son

1. Le contentieux fiscal relève, selon les prescriptions du Code des droits et procédures fiscaux, de la compétence des juridictions judiciaires du fond, en première instance et en appel, et de celle du Tribunal administratif en tant que juge de cassation.

Le contentieux fiscal fait partie du contentieux administratif. Répondant à une question des députés sur les raisons de l'attribution du contentieux fiscal, au Tribunal administratif, au stade de la cassation, le représentant du gouvernement a indiqué, clairement, que compte tenu de la nature administrative du contentieux fiscal, il a été attribué au Tribunal administratif, et que l'attribution de ce contentieux aux juridictions judiciaires est dictée par l'absence de juridictions administratives dans les régions⁷⁷.

La mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles relatives à la création des Tribunaux administratifs de première instance et des Cours administratives d'appel devrait avoir pour effet la récupération, par l'ordre juridictionnel administratif, du contentieux fiscal dans son intégralité.

L'unification du contentieux fiscal est de nature à faciliter l'identification du juge compétent, en matière fiscale, et à améliorer la qualité de la justice fiscale rendue aux justiciables. La qualité de la justice constituée, incontestablement, aujourd'hui, un élément du droit d'accès au juge. Car la solution actuelle, retenue par le législateur, outre sa constitutionnalité discutable, aboutit à ce que les juges de cassation fiscale, ceux du Tribunal administratif, soient appelés à statuer sur des questions, alors qu'ils n'ont pas connu de l'affaire au fond, puisque le juge de cassation ne statue en principe que sur les questions de droit. L'expérience a montré, en outre, que le juge judiciaire ne se considère pas toujours tenu par la jurisprudence du Tribunal administratif, qui lui est étranger. D'ailleurs, les divergences de jurisprudence ne manquent pas entre le Tribunal administratif et les juridictions judiciaires. Dans ces conditions, le Tribunal administratif, juge de cassation fiscale, risque de ne pas pouvoir jouer son rôle essentiel d'harmonisation de la jurisprudence des juridictions du fond.

2. Le contentieux électoral est, également, partagé entre les juridictions judiciaires et le Tribunal administratif. Si le contentieux de l'inscription sur les listes électorales est du ressort du juge civil (tribunaux de première instance et cours d'appel), la contestation des décisions de l'ISIE relatives aux candidatures aux élections présidentielles, ainsi que la contestation des résultats des différents scrutins, appartient au Tribunal administratif (chambres d'appel et Assemblée plénière). Quant à la contestation des décisions de l'ISIE concernant les candidatures aux élections législatives, elle est elle-même partagée, verticalement donc, entre le juge judiciaire, en première instance, et le Tribunal administratif, en appel⁷⁸.

La parcellisation à l'extrême d'un contentieux ne peut que nuire au droit d'accès au juge. Comme signalé plus haut, pour le contentieux fiscal, l'unification du contentieux au profit d'un seul ordre de juridictions conduit à avoir des juges spécialisés

à même de rendre une justice de qualité. Rappelons que l'une des conditions requises du juge, par la Constitution dans son article 103, est qu'il doit être compétent. Or, cette compétence sera mieux acquise lorsqu'on évite la parcellisation du contentieux.

Quant à la considération relative au rapprochement de la justice au justiciable, elle peut être atteinte par d'autres moyens que le morcellement du contentieux relatif à une même matière. Le projet de loi organique modifiant et complétant la loi organique du 26 mai 2014 relative aux élections et au référendum en est une illustration, puisqu'il prévoit, conformément à l'article 15 alinéa dernier de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif, la création de chambres juridictionnelles administratives de première instance pour statuer sur les contestations des décisions de l'ISIE concernant les candidatures aux élections locales. L'appel des jugements rendus par lesdites chambres est porté devant les chambres d'appel du Tribunal administratif.

B. LE PLEIN CONTENTIEUX SUBJECTIF

1. Le contentieux contractuel. Si le contrat, en lui-même, est insusceptible de recours pour excès de pouvoir, le juge administratif a admis la recevabilité des recours en annulation intentés contre les actes détachables du contrat⁷⁹ : la décision de conclure le contrat, l'autorisation de le conclure, la décision d'approbation du contrat, par exemple⁸⁰.

Si l'acte détachable est illégal, le juge de l'excès de pouvoir va l'annuler. Mais, la question se pose de savoir si, en plus de l'annulation, le juge accepterait de tirer les conséquences qui en découleraient sur la validité du contrat. En d'autres termes, admettra-t-il de prononcer la nullité du contrat ?

La réponse, qui découle de la distinction entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat, est négative. Les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir ne lui permettent pas de prononcer la nullité du contrat. Seul le juge du contrat peut prononcer cette nullité. Par conséquent, après avoir obtenu l'annulation de l'acte détachable, l'intéressé doit saisir le juge du contrat, pour tirer les conséquences de cette annulation.

Cette complication, liée à l'office limité du juge de l'excès de pouvoir, constitue une complication procédurale de nature à porter atteinte au droit d'accès au juge, puisqu'elle se traduit, nécessairement, par des coûts de procédure et de temps tels qu'ils peuvent dissuader celui qui a obtenu l'annulation de l'acte détachable, de saisir le juge du contrat.

L'hésitation de saisir le juge du contrat est d'autant plus justifiée que l'annulation de l'acte détachable n'entraîne pas, invariablement, la nullité du contrat.

annulation et proclame lui-même les nouveaux résultats. De même, le juge fiscal vérifie la légalité de l'acte d'imposition, rectifie, si besoin est, l'assiette de l'impôt et procède lui-même à la liquidation de l'impôt dû.

⁷⁷ *Journal officiel*, Débats de la Chambre des députés, n° 39, 21 juillet 2000, p. 1938, réponse à la question n° 150.

⁷⁸ Voir la loi organique n° 2014-16 du 26 mai 2014 relative aux élections et au référendum, *JORT* n° 42 du 27 mai 2014, p. 1382 et ss. (en arabe uniquement).

⁷⁹ TA, REP, 11 mars 1980, *Guiga c/ Ministre des finances*, *Recueil*, p. 93 ; TA, REP, 29 juin 1979, *Bou Zguenda c/ Maire de Tunis*, *Recueil*, p. 207.

⁸⁰ Voir Mohamed Sayari, « L'identification des décisions détachables du contrat dans la jurisprudence du Tribunal administratif », in. *Mélanges en l'honneur du doyen Yadh Ben Achour. Droits et culture*, CPU, 2008, p. 945 et ss.

2. Le contentieux de la responsabilité. Si le principe est que les dommages causés par l'activité administrative doivent recevoir réparation, il existe encore quelques îlots d'irresponsabilité. C'est le cas, notamment, des servitudes d'urbanisme, dans la mesure où l'article 23 du Code de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme prévoit que « les servitudes résultant des règlements d'urbanisme...ne donnent droit à aucune indemnité... ». Dans le même sens, peut être cité, également, le cas de la servitude de franc bord. Selon l'article 40 alinéa 1er in fine du Code des eaux, celle-ci « ne donne pas droit à indemnité ».

L'irresponsabilité de l'administration semble contraire à la Constitution, qui consacre le droit d'accès au juge, dont le droit d'agir en responsabilité est un corollaire.

 **Conclusion** : Aussi bien l'irresponsabilité de l'administration que le partage des compétences entre les deux ordres de juridictions en matière de plein contentieux objectif, nuisent au droit d'accès au juge administratif.



Recommandations

Le législateur doit, toujours, veiller à l'unification du contentieux administratif, en l'attribuant au juge administratif, son juge naturel. Sauf si l'intérêt d'une bonne administration de la justice exige la solution contraire.

Quant aux textes consacrant l'irresponsabilité de la puissance publique, ils devraient être revus. En heurtant, frontalement, le droit d'accès au juge et son corollaire le droit d'agir en responsabilité, ces textes soulèvent des questions de constitutionnalité.

VI. LA COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS DE RECOURS

Le droit d'accès au juge s'entend aussi bien du droit au premier juge que du droit d'accès aux juridictions de recours.

A. LE RECOURS EN APPEL

L'une des nouveautés remarquables apportées par la Constitution du 27 janvier 2014 est la disposition de l'alinéa 3 de son article 108 selon lequel la loi « garantit le double degré de juridiction ». Ainsi, le droit à un recours en appel à une valeur constitutionnelle.

L'article 108 alinéa 1er de la Constitution dispose que « toute personne a droit à un procès équitable ». La règle du double degré de juridiction contribue à renforcer la garantie des droits de la défense, composante nécessaire d'un procès équitable.

L'appel administratif a été réhabilité à l'occasion de la loi n° 96-39 qui a modifié et complété la loi n° 72-40 du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif. Désormais, les chambres d'appel au Tribunal administratif sont compétentes pour statuer sur « l'appel interjeté contre les jugements, rendus par les chambres de première instance du Tribunal administratif ».

Cette disposition abroge celle qui prévoyait que les jugements en matière de recours pour excès de pouvoir sont rendus en

premier et dernier ressort (Article 3 alinéa 1 de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif, dans sa version originale).

La compétence d'appel du Tribunal administratif trouve son siège dans l'article 19 de la loi du 1er juin 1972, précitée, qui énumère la liste des jugements susceptibles d'appel devant les chambres d'appel. La liste est extensive et concerne la plupart des jugements rendus en premier ressort.

Toutefois, en examinant la loi du 1er juin 1972 dans son ensemble, on peut s'apercevoir que certains jugements sont encore rendus en premier et dernier ressort, c'est-à-dire sans possibilité d'appel.

D'abord, l'article 182 de la loi n° 2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers⁸¹ prévoit que les décisions de la Commission des sanctions⁸² sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif. Or, l'article 13 (ter) de la loi du 1er juin 1972, précitée, prévoit que ces décisions sont susceptibles de pourvoi en cassation devant le Tribunal administratif. Ce qui veut dire que les décisions en question, n'étant pas concernées par le recours en appel, sont rendues en premier et dernier ressort.

Ensuite, l'article 41 de la loi du 1er juin 1972, précitée, prévoit que les décisions rendues, en matière de sursis à exécution ou de report d'exécution ne sont susceptibles d'aucune voie de recours, y compris l'appel donc.

Enfin, l'article 85 de la même loi, sus-indiquée, prévoit que les ordonnances de référé rendues par les présidents des chambres d'appel ne sont pas susceptibles d'appel.

Toutes ces dispositions qui écartent l'exercice du recours en appel sont d'une constitutionnalité douteuse, après l'accès de la règle du double degré de juridiction à un rang constitutionnel.

De même, on peut douter de la constitutionnalité des textes qui attribuent la compétence, pour statuer sur les recours en appel, en matière administrative, à un juge autre que le juge administratif. Les exemples, à cet égard, ne manquent pas : la compétence des cours d'appel pour connaître des litiges dans les différents ordres professionnels ; la compétence de la cour d'appel pour statuer sur l'opposition aux états de liquidation⁸³ ; la compétence des cours d'appel en matière fiscale.

B. LE RECOURS EN CASSATION

L'histoire du recours en cassation, devant le Tribunal administratif, est tourmentée. En matière de recours pour excès de pouvoir, le législateur prévoyait, comme cela a été signalé ci-dessus, que les jugements sont rendus en premier et dernier ressort. Ce qui veut dire que seul le recours en appel est interdit, le recours en cassation contre les jugements en cause est, donc, possible. Toutefois, le Tribunal administratif a jugé autrement, en décidant que le recours en cassation contre les jugements rendus en matière de recours

⁸¹ JORT n° 58 du 15 juillet 2016, p. 2516 et ss.

⁸² Cette commission remplace l'ancienne commission bancaire.

⁸³ Article 27 du Code de la comptabilité publique.

pour excès de pouvoir est irrecevable sous prétexte que les cas d'ouverture du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir sont presque identiques (incompétence, vice de forme et de procédure, violation de la loi et détournement de pouvoir du côté du recours pour excès de pouvoir ; excès de pouvoir, violation des formalités, violation de la loi)⁸⁴. En matière d'indemnisation, le législateur prévoyait, dès le départ, que les jugements rendus, par les tribunaux civils, suite à des actions en responsabilité, sont susceptibles d'appel et de cassation devant le Tribunal administratif. Vu l'organisation du Tribunal administratif, à l'époque, celui-ci n'a accepté de connaître que des recours en appel, parce qu'une même structure, à savoir l'Assemblée plénière, ne pouvait connaître de deux recours (en l'occurrence l'appel et la cassation) à la fois.

Aujourd'hui, la structure du Tribunal administratif a beaucoup évolué par rapport aux origines. Celui-ci comporte, désormais, des chambres de première instance, des chambres d'appel, des chambres de cassation et une Assemblée plénière juridictionnelle. Par conséquent, le recours en cassation administratif s'est généralisé et concerne, désormais, le plein contentieux aussi bien que le recours pour excès de pouvoir.

Le juge de cassation. Au sein du Tribunal administratif, deux organes juridictionnels sont compétents pour statuer sur les pourvois en cassation : les chambres de cassation et l'Assemblée plénière.

Les chambres de cassation représentent le juge de cassation de droit commun. L'Assemblée plénière a une compétence d'attribution. D'après l'article 21 de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif, « l'Assemblée plénière statue en cassation sur les pourvois formés contre les jugements rendus en dernier ressort, prévus par la présente loi, et qui nécessitent une harmonisation de la jurisprudence des chambres de cassation ou qui posent des questions juridiques de principe, ainsi que dans les cas prévus à l'article 75 de la présente loi. Lesdites affaires lui sont déférées soit en vertu d'un jugement de désistement rendu par la chambre de cassation concernée, soit sur décision motivée prise par le premier président, avant l'envoi de l'affaire en audience de plaidoirie devant la chambre compétente ». Si le dernier cas ne pose pas de problème, on peut craindre, dans les deux autres cas, que le premier président use de la possibilité qui lui est offerte par le législateur, pour détourner certaines affaires « sensibles » de leur juge normal, c'est-à-dire les chambres de cassation, vers l'Assemblée plénière présidée par le premier président et composée, en majorité, par des présidents de chambre.

Les décisions juridictionnelles susceptibles de recours en cassation. L'article 21 (ter) de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif prévoit que « les chambres de cassation statuent sur les pourvois formés contre les

jugements rendus en dernier ressort prévus par la présente loi ».

Sont concernés, d'abord, les arrêts rendus par les chambres d'appel du Tribunal administratif. Mais, également, les jugements prévus par les articles 11 (jugements rendus en matière fiscale), 12 (jugements rendus en matière électorale), 13 (jugements rendus dans les litiges impliquant les ordres professionnels) et 13 ter (jugements rendus par la commission bancaire, devenue la commission des sanctions). La question s'est posée de savoir si le Tribunal administratif est compétent pour statuer sur les pourvois en cassation formés contre des décisions qui ne sont pas prévues par la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif, qui émanent de juridictions administratives spécialisées.

Le Tribunal administratif a considéré que les articles 11 à 13 de la loi du 1er juin 1972 précitée, sont indiqués à titre indicatif, et que sa compétence, en tant que juge de cassation, s'étend donc à d'autres hypothèses non prévues par ladite loi⁸⁵. Mais, dans une décision STRAMICA du 25 mai 2004, le Conseil des conflits de compétence a adopté une position qui prend le contrepied de celle du Tribunal administratif, en décidant que la compétence du Tribunal administratif, en tant que juge de cassation, est une compétence d'attribution, en vertu des articles 11, 12 et 13 de la loi du 1er juin 1972, précitée. En l'espèce, il s'agissait de déterminer le juge compétent pour statuer sur le pourvoi en cassation formé contre les arrêts rendus par la cour d'appel de Tunis, concernant les décisions du Conseil du marché financier. Le Conseil des conflits a affirmé que tant que la loi du 14 novembre 1994 portant réorganisation du marché financier « n'a pas expressément attribué, en matière de cassation, une compétence au Tribunal administratif, concernant les décisions du Conseil du marché financier, la contestation de celles-ci est de la compétence des tribunaux judiciaires ».



Conclusion : La compétence du juge administratif, en appel et en cassation, est source de plusieurs complications pour le justiciable. En appel, celui-ci est soit privé de son droit constitutionnel d'interjeter appel contre certains jugements, soit privé d'interjeter appel devant la juridiction administrative, juge naturel des litiges à caractère administratif.

Au niveau de la cassation, le champ de la compétence du Tribunal administratif n'est pas encore fixé d'une manière sûre. La divergence, à cet égard, entre le Tribunal administratif et le Conseil des conflits de compétence en est la meilleure preuve.



Recommandations

Il est impératif que les nouvelles dispositions législatives généralisent l'exercice du recours en appel, afin de se conformer à la Constitution qui a donné à la règle du double degré de juridiction une valeur constitutionnelle.

⁸⁴ Cette assertion est en partie vraie. D'ailleurs, les deux recours veillent à assurer le respect du droit, dans un cas par une décision administrative, dans l'autre par une décision juridictionnelle. De plus, dans l'histoire générale du contentieux administratif, les deux recours avaient une origine commune. Les deux recours n'ont été distingués que tardivement. Mais, tout cela ne peut pas justifier la position du Tribunal administratif.

⁸⁵ TA, Cassation, affaire n° 12, 10 mars 1977, *Ministre des finances c/.....*, *Recueil*, p. 124 et ss.

Par ailleurs, il est anormal que la compétence du juge de cassation administratif demeure entourée d'incertitudes. Le législateur est invité à dissiper les doutes en consacrant, clairement, dans la nouvelle législation le caractère de droit commun de la compétence du juge de cassation administratif.

VII. LA COMPETENCE DU JUGE DES REFERES

Depuis longtemps, les procédures de référé étaient le parent pauvre du contentieux administratif. Avec la révision de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif par la loi organique n° 96-39 du 3 juin 1996, il y a eu une nette amélioration de ces procédures. Le justiciable dispose, désormais, des principales procédures suivantes pour saisir le juge des référés.

En premier lieu, il y a le sursis à exécution des décisions administratives (articles 39 à 41 de la loi du 1er juin 1972, précitée). Cette procédure permet au justiciable de demander au premier président du Tribunal administratif d'ordonner le sursis à exécution d'une décision administrative. Le sursis peut être ordonné lorsque la demande repose sur des motifs apparemment sérieux et que l'exécution de la décision objet du recours est de nature à entraîner, pour le requérant, des conséquences difficilement réversibles.

Les pouvoirs du juge, dans le cadre de cette procédure, sont limités. Il ne peut qu'ordonner le sursis à l'exécution de la décision attaquée. De plus, la demande de sursis à exécution ne peut être exercée indépendamment du recours pour excès de pouvoir.

En second lieu, il y a le référé-mesures utiles ou référé conservatoire (article 81 de la loi du 1er juin 1972 précitée). Sa mise en œuvre est entourée de conditions strictes : interdiction de préjudicier au fond et d'entraver l'exécution d'une décision administrative. Ce qui fait qu'il soit d'une efficacité modeste. Il permet, au mieux, aux administrés d'obtenir la communication de documents administratifs. Il peut être utilisé, également, par l'administration pour demander au juge d'ordonner l'expulsion de personnes privées occupant le domaine public.

En troisième lieu, citons le référé-provision qui donne la possibilité au demandeur de recevoir une avance sur une somme qu'il estime lui être due en vertu d'un droit qui n'est pas sérieusement contestable au fond (article 82 alinéa 1).

En dernier lieu, il y a le référé-constat dont l'objet est limité à la désignation d'un expert dont la mission est de constater des faits menacés de disparition et pouvant faire l'objet d'un litige administratif (article 82 alinéa 2).

Dans toutes ces procédures, on observe que l'accès au juge des référés est d'une efficacité limitée : soit que les pouvoirs du juge sont réduits (sursis à exécution), soit que les conditions posées par le législateur pour la mise en œuvre de la procédure de référé sont strictes (référé-mesures utiles), soit que l'objet de la procédure de référé est très spécifique (référé-provision et référé-constat).



Conclusion : Les procédures de référé tendent, d'une manière générale, à préserver les droits des justiciables contre des menaces imminentes provenant de l'administration. Les unes permettent de garantir au requérant une chance de succès devant le juge du fond. Les autres sont destinées à

protéger le justiciable des torts que l'administration est susceptible de lui porter.

Si le bon aménagement des unes et des autres est une condition du fonctionnement satisfaisant des juridictions, et partant de l'effectivité du droit d'accès au juge, ce sont les référés de « protection » qui retiennent le plus l'attention, car touchant directement les droits et libertés des justiciables. Or, sur ce plan, le justiciable sera confronté à l'absence des procédures adéquates.



Recommandations

La nouvelle législation devrait commencer par réformer les procédures de référé existantes dans le but de les rendre plus accessibles aux justiciables. Cela passe, bien sûr, par l'assouplissement des conditions posées par le législateur pour leur mise en œuvre.

Par ailleurs, il faudrait penser à d'autres procédures de référé plus adéquates à la garantie des droits et libertés fondamentaux des justiciables. Car ni le sursis à exécution des décisions administratives, ni le référé mesures-utiles ne sont aptes à remplir cette fonction. Les exemples, en droit comparé, ne manquent pas de ces procédures qui garantissent une protection efficace des droits et libertés fondamentales (par exemple le référé en sauvegarde d'une liberté fondamentale, en droit français). Mais, pour permettre aux justiciables d'accéder à ce type de procédures, le législateur doit faire montre d'audace et d'innovation, car cette réforme, qui requiert de consentir à un affaiblissement des prérogatives de l'administration et d'investir le juge de pouvoirs profondément nouveaux, nécessite une rupture avec les anciennes manières de penser, en droit administratif.

VIII. LES DIFFICULTES LIEES AU CONTENTIEUX DES ACTES EMANANT DES DIFFERENTS POUVOIRS CONSTITUTIONNELS

A. LE POUVOIR EXECUTIF ET LES ACTES DE SOUVERAINETE (DITS EGALEMENT ACTES DE GOUVERNEMENT⁸⁶)

L'acte de gouvernement injusticiable. Les actes de souveraineté concrétisent ce qu'est l'activité gouvernementale, en tant qu'activité distincte de l'activité administrative. L'identification a priori de la fonction gouvernementale, par rapport à la fonction administrative, est délicate. C'est pourquoi la catégorie des actes de souveraineté est composée, au hasard des espèces, par les solutions jurisprudentielles. Le Tribunal administratif a consacré, pour la première fois, l'existence de ce type d'actes dans son arrêt

⁸⁶ Le Tribunal administratif emploie, indifféremment, ces deux expressions.

Pierre Falcon du 14 avril 1981⁸⁷, en ces termes : « considérant que ce qui est désigné par actes de souveraineté dans la doctrine et la jurisprudence, vise les actes politiques importants tels que les situations de guerre, les relations internationales et les rapports du gouvernement avec le pouvoir législatif...car le pouvoir (exécutif) possède deux qualités, la première, en sa qualité d'administration, elle utilise les décisions administratives comme moyen pour atteindre ses finalités dans la gestion des prestations et des services dans l'intérêt général. La deuxième, qui est sa qualité politique, emploie un autre type de décisions pour la préservation de la sûreté de l'Etat... »⁸⁸.

Ces extraits de l'arrêt Falcon font apparaître le dédoublement de la catégorie constituée par les actes de souveraineté. Pour résumer, il est possible de dire que les actes de souveraineté sont, d'une part, les actes du pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement, et d'autre part, les actes du gouvernement tunisien dans ses rapports avec les organisations internationales et les Etats étrangers.

Parmi les actes de souveraineté se rattachant au premier type, les actes suivants peuvent être cités :

- Les décrets présidentiels et gouvernementaux portant convocation de l'Assemblée des représentants du peuple à une session extraordinaire au cours des vacances parlementaires (article 57 alinéa dernier de la Constitution).
- Les décrets présidentiels prononçant la dissolution de l'Assemblée des représentants du peuple (article 77 alinéa 2, 1er tiret).
- Les mesures prises par le président de la République ou le chef du gouvernement dans l'exercice de leur droit d'initiative des lois (dépôts ou retrait de projets de lois, abstention ou refus d'en déposer) (article 62 de la Constitution).
- Les décrets présidentiels de promulgation des lois (article 81 de la Constitution).
- Les nominations de membres de la Cour constitutionnelle par le président de la République (article 118 alinéa 2).
- Les décrets présidentiels décidant la soumission de projets de loi au référendum (article 82 de la Constitution), et transférant ainsi du Parlement au peuple l'exercice du pouvoir législatif.
- La décision du président de la République de mettre en application l'article 80 de la Constitution, qui a pour effet de provoquer la réunion de l'Assemblée des représentants du peuple, d'exclure la possibilité de la dissoudre et d'investir le président de la République du pouvoir législatif.
- Les décisions du président de la République de renvoyer (ou de ne pas renvoyer) un projet de loi à l'Assemblée des

représentants du peuple pour une seconde lecture (article 81 alinéa 2 de la Constitution).

- Les décisions du président de la République ou du chef du gouvernement de saisir (ou de ne pas saisir) la Cour constitutionnelle d'un projet de loi adopté par l'Assemblée des représentants du peuple (article 120 alinéa 1, 1er tiret).

A ces actes, on doit ajouter ceux qui intéressent les rapports d'ordre constitutionnel entre le président de la République et le gouvernement : constitution du gouvernement, présentation de sa démission (par exemple le décret présidentiel n° 2016-94 du 31 juillet 2016, relatif à la démission du gouvernement et le chargeant de gérer les affaires courantes⁸⁹), nomination du chef du gouvernement et de ses membres.

Dans une décision récente, rendue le 25 août 2016, Zied Hèni c/ Le président de la République, le premier président du Tribunal administratif a rejeté la demande de sursis à exécution visant le décret présidentiel n° 2016-95 du 3 août 2016, chargeant Monsieur Youssef Chahed de former un gouvernement⁹⁰, au motif que ledit décret constitue un acte de souveraineté. Car, selon le juge administratif, le décret en cause touche « les exigences constitutionnelles organisant le rapport entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, d'une part, et au sein du pouvoir exécutif, entre le président de la République et le chef du gouvernement, d'autre part »⁹¹.

Les actes de souveraineté relevant du second type se rapportent à l'ordre international. Le Tribunal administratif cite les opérations de guerre. On peut dire que les actes pris en matière d'opérations militaires, ce qui est plus large que les opérations de guerre, sont des actes de souveraineté. Il en est ainsi lorsque le président de la République déclare la guerre ou conclut la paix ou envoie des troupes à l'étranger, en vertu de l'article 77 alinéa 2, 4ème tiret de la Constitution. Il cite, également, les relations internationales. Il s'agit certainement des mesures prises et comportements adoptés par les autorités compétentes au cours de la négociation ou en ce qui concerne l'exécution des accords internationaux, ou dans la conduite des relations diplomatiques.

En raison de leur nature politique, comme le précise le Tribunal administratif lui-même dans l'arrêt Falcon précité, les actes de souveraineté sont insusceptibles de contestation. En eux-mêmes, aussi bien dans leur légalité externe que dans leur légalité interne. Reste à savoir si le Tribunal administratif accepterait de réparer les conséquences dommageables de tels actes ? La question ne s'est pas posée au juge administratif. Dans l'arrêt Falcon, on fait observer que les actes de souveraineté « sont en régression continue ». Faut-il espérer une remise en cause de l'immunité juridictionnelle des actes de souveraineté ?

L'acte de gouvernement alibi. Un jugement rendu par le Tribunal administratif, le 15 juillet 2008, Ben Sedrine/ Le

⁸⁷ Tribunal administratif, Recours pour excès de pouvoir, Affaire n°325, 14 avril 1981, Pierre Falcon et autres/Ministre de l'agriculture, *Recueil des décisions du Tribunal administratif 1981*, p.110-118.

⁸⁸ Traduction non officielle. Il est intéressant de citer cet extrait de l'arrêt en arabe pour se rendre compte du style particulier dans lequel il a été rédigé :

" و حيث أنه ما يسمى بأعمال السيادة في الفقه و الاجتهاد القضائي إنما يقصد بها الأعمال السياسية الهامة كالحالات الحربية و العلاقات الخارجية و علاقات الحكومة بالسلطة التشريعية... ذلك أن للسلطة صفتين، الأولى بصفتها كإدارة فإنها تستخدم القرارات الإدارية كأداة للوصول إلى غاياتها في تسيير الخدمات و المرافق خدمة للصالح العام. و الثانية سياسية تستخدم نوعاً آخر من القرارات حفاظاً على سلامة الدولة..."

⁸⁹ JORT n°63 du 2 août 2016, p. 2371.

⁹⁰ JORT n°64 du 5 août 2016, p. 2427.

⁹¹ Traduction non officielle de ce qui est rapporté par le communiqué émanant de l'Unité de communication au sein du Tribunal administratif, le 26 août 2016, et relaté par la presse le même jour.

premier ministre⁹², rend perplexe. Dans ce jugement, un recours pour excès de pouvoir a été intenté contre le décret n° 2002-629 du 3 avril 2002 relatif à la convocation du corps électoral au référendum sur le projet de loi constitutionnelle portant modification de certaines dispositions de la Constitution⁹³. Le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable parce que le décret attaqué constitue, selon lui, un acte de souveraineté⁹⁴.

Ce jugement a été rendu avant le 14 janvier 2011, sous le règne de Ben Ali, et le référendum en cause visait, en réalité, la modification de la disposition constitutionnelle relative au nombre des mandats présidentiels, afin de permettre à ce dernier de briguer un nouveau mandat. Mais, sur le plan juridique, il est difficile d'être d'accord avec la solution retenue par le Tribunal administratif, qui confond contentieux des actes de gouvernement et contentieux des scrutins politiques. Certes, une votation référendaire a le caractère d'opération politique : lorsqu'il se prononce sur l'adoption d'un projet de loi, le peuple évidemment ne règle pas des affaires administratives. Toutefois, on ne peut pas considérer, comme l'affirme le Tribunal administratif dans le jugement précité, qu'une votation référendaire constitue un acte de gouvernement, et ce pour deux raisons. D'une part, dans une votation référendaire, le vote est le fait du peuple, et non celui du gouvernement. D'autre part, selon une distinction classique retenue par la doctrine, entre opération de vote et organisation du scrutin, celle-ci est une affaire administrative et les mesures prises par le pouvoir exécutif en vue de cette organisation sont des actes administratifs, susceptibles donc de censure devant le juge administratif. Or, il n'était pas difficile de constater que le décret attaqué relatif à la convocation du corps électoral relève de l'organisation du référendum⁹⁵.

En l'état actuel du droit positif, la compétence du juge administratif à l'égard des décrets présidentiels relatifs à la convocation du corps électoral aux référendums⁹⁶, ne doit faire aucun doute, dans la mesure où le juge administratif est

compétent pour statuer sur les réclamations dirigées contre les résultats du scrutin⁹⁷. Dit autrement, compétent pour statuer sur des litiges liés aux opérations de vote, le juge administratif le sera a fortiori à l'égard des litiges mettant en cause l'organisation du scrutin.



Conclusion : Les actes de gouvernement constituent une entrave au droit d'accès à la justice. Ils représentent une « survivance de la raison d'Etat »⁹⁸. Toutefois, il faut bien mesurer l'étendue et la portée de l'injusticiabilité de ce type d'actes. D'une part, ils représentent une part infime dans l'ensemble du contentieux administratif. D'autre part, compte tenu de leur objet, on ne s'attend pas à ce que les actes de gouvernement portent, systématiquement, atteinte aux droits et libertés fondamentaux des individus.



Recommandations

L'immunité juridictionnelle absolue⁹⁹ dont bénéficient les actes de gouvernement est incompatible avec les exigences de l'Etat

de droit tel qu'exprimé dans la Constitution¹⁰⁰, mais surtout avec le droit d'accès à la justice garanti par l'article 108 de celle-ci¹⁰¹. Emanant du pouvoir exécutif, il est inconcevable que le juge judiciaire se saisisse des actes de gouvernement. On peut penser au juge constitutionnel, dans la mesure où les actes de gouvernement sont des actes de nature politique. Mais, cette proposition se heurte à la compétence d'attribution de la Cour constitutionnelle, telle qu'elle résulte des dispositions de la Constitution et de la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle¹⁰². Reste le juge administratif, mais pour ce dernier, la messe semble dite. L'intervention du législateur est donc nécessaire pour briser la jurisprudence administrative sur les actes de gouvernement. C'est ce que, en tout cas, a fait le législateur espagnol, en investissant le juge administratif du pouvoir de contrôler les actes de gouvernement¹⁰³.

⁹² *Recueil de la jurisprudence du Tribunal administratif pour l'année 2008*, p. 151-154.

⁹³ *JORT* n°28 du 5 avril 2002, p. 842 et s.

⁹⁴ Il est intéressant de reproduire certains extraits de ce jugement, en arabe : " وحيث ترتبنا على ذلك فقد استقرّ الفقه والقضاء على أن دعوى تجاوز السلطة لا تقبل إلا متى كان القرار المطعون فيه يكتسي الصبغة الإدارية وكان أحادي الجانب و تنفيذياً ومؤثراً في الوضعيات القانونية السائدة، الأمر الذي يؤول إلى استبعاد الرقابة القضائية على أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية التي لا تندرج في نطاق وظيفتها الإدارية، وإنما تنصهر ضمن الأعمال الحكومية التي تباشرها طبقاً لأحكام الدستور ومبادئه، عند دخولها في علاقة بالسلطة التشريعية أو بالذول الأجنبية والمنظمات الدولية، مثل حل البرلمان والذعوة إلى انتخابات مبكرة والإحتكام للضبط بواسطة الإستفتاء وإنهاء مهام الحكومة أو إبرام المعاهدات والمصادقة عليها و ربط علاقات دبلوماسية مع دولة أخرى أو قطعها ؛ و حيث أن الأمر المطعون فيه بحكم تعلّقه بدعوة الناخبين للإستفتاء في مشروع القانون الدستوري المتعلق بتنقيح بعض أحكام من الدستور، فإنه لا ينتمي إلى صنف المقررات الصادرة في المادة الإدارية التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء على معنى الفصل 3 من قانون المحكمة الإدارية، بل ينزل في إطار أعمال النيابة التي لا يملك القاضي الإداري بسطرقايتها عليها، الأمر الذي يتجه معه عدم قبول هذا الفرع من الدعوى".

⁹⁵ Du reste, en l'espèce, le juge administratif aurait pu trouver un fondement plus solide pour décliner sa compétence, sans s'éclipser derrière l'acte de gouvernement. En effet, la loi constitutionnelle votée par le peuple a été promulguée et publiée (loi constitutionnelle n° 2002-51 du 1^{er} juin 2002 portant modification de certaines dispositions de la Constitution, *JORT* n°45 du 3 juin 2002, p. 1298 et ss.) avant que le recours ait été intenté (le 4 juillet 2002). Dans ce cas, elle fait écran entre le juge et les mesures contestées, qui relèvent pourtant de l'organisation du référendum, car le juge ne pourrait se prononcer sur ces mesures sans porter une appréciation sur la validité de la loi constitutionnelle elle-même.

⁹⁶ Voir Article 113 de la loi organique n°2014-16 du 26 mai 2014 relative aux élections et au référendum, *JORT* n°42 du 27 mai 2014, p. 1382 et ss.

⁹⁷ Articles 145 et suivants de la même loi organique précitée.

⁹⁸ A. Gros, *Survivance de la raison d'Etat*, Dalloz, 1932.

⁹⁹ On peut espérer que cette injusticiabilité devrait être relativisée, tout au moins pour certains actes de gouvernement, car dans le cadre de son contrôle de la constitutionnalité des lois, la Cour constitutionnelle accepterait indirectement de contrôler la constitutionnalité des actes de gouvernement pris dans le cadre de la procédure législative (par exemple, le décret de présentation d'un projet de loi, un amendement déposé par le gouvernement, la décision du président de la République de demander à l'Assemblée des représentants du peuple une nouvelle lecture).

¹⁰⁰ Dans le préambule, on évoque « la primauté de la loi », et l'article 2 de la Constitution affirme « la primauté du droit », Traduction officielle, *JORT* n° spécial du 20 avril 2015.

¹⁰¹ Le statut contentieux des actes de gouvernement ne peut pas faire l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité au sens de l'article 120 quatrième tiret de la Constitution. En effet, l'immunité contentieuse de ces actes ne résulte pas d'une quelconque loi, ni même de l'interprétation jurisprudentielle d'une telle loi, mais simplement d'une solution entièrement jurisprudentielle.

¹⁰² *JORT* n°98 du 8 décembre 2015, p. 3379 et ss.

¹⁰³ Article 2 a) de la loi du 13 juillet 1998 sur la juridiction administrative : « L'ordre juridictionnel administratif est compétent pour connaître des questions relatives à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, aux éléments réglés et à la réparation des conséquences dommageables des actes du gouvernement ou des conseils de gouvernement des communautés autonomes, et ce, quelle que soit la nature de ces actes », cité par F.Mellera, « En a-t-on fini

Mais, même en l'absence de loi, rien n'interdit au juge administratif tunisien de faire un effort modeste pour admettre la possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'Etat, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, du fait des actes de gouvernement, en cas de dommage spécial et anormal¹⁰⁴. La question de l'annulation de ces actes est plus épineuse. Néanmoins, Il est possible d'envisager un contrôle limité à la légalité externe de l'acte, à l'exclusion de sa légalité interne¹⁰⁵. Le contrôle de celle-ci peut s'avérer très délicat, voire dangereux, parce qu'en y procédant, le juge serait nécessairement conduit à décider à la place de l'autorité contrôlée, c'est-à-dire à prendre lui-même la décision, car aucune norme objective ne détermine et ne peut déterminer le contenu de l'acte de gouvernement.

B. LE POUVOIR LEGISLATIF ET LES ACTES PARLEMENTAIRES

On désigne, en doctrine, par l'expression « actes parlementaires » toutes les mesures émanant des assemblées parlementaires, autres que celles ayant un caractère législatif¹⁰⁶. L'examen du règlement intérieur de l'Assemblée des représentants du peuple nous donne une idée de ce que peuvent être, concrètement, les actes parlementaires :

- résolutions émanant des présidents des groupes parlementaires (article 141 du règlement intérieur)
- motion de censure contre le gouvernement (article 148 du Règlement intérieur)
- destitution du président de la République (article 157 du Règlement intérieur)
- décisions émanant du président de l'Assemblée, de son bureau, de ses commissions, de son secrétaire général, ou de ses fonctionnaires.

On peut ajouter à ces mesures :

- la saisine de la Cour constitutionnelle par les députés (article 120 premier tiret de la Constitution) ou par le président de l'Assemblée des représentants du peuple (article 120 dernier tiret de la Constitution)

avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in. *Mélanges en l'honneur de Louis Favreau. Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, note 43, p. 1324.

¹⁰⁴ Par exemple, en cas de non-exercice ou d'exercice insuffisant de la protection diplomatique et consulaire permettant l'intervention du gouvernement auprès des Etats étrangers en vue de protéger la personne, les biens ou les intérêts de ressortissants tunisiens.

¹⁰⁵ La légalité externe renvoie à la compétence de l'auteur de l'acte, à la procédure de son élaboration et à la forme de l'acte. Quant à la légalité interne, elle concerne le contenu de l'acte, ses motifs et son but.

¹⁰⁶ Bien entendu, les lois ne sont pas des actes administratifs et elles échappent au contrôle du juge administratif. Toutefois, le Tribunal administratif a admis le principe selon lequel il revient au juge administratif d'apprécier la conformité de la loi au traité, en vue de statuer sur la légalité d'une décision administrative (TA, Recours pour excès de pouvoir, 21 mai 1996, Ligue tunisienne des droits de l'homme c/ Ministre de l'intérieur, *Revue Tunisienne de Droit* 1997, partie arabe, p. 200 et ss.). Ce principe a été confirmé par le même Tribunal, en 2005, en termes généraux, en affirmant que la prévalence des traités internationaux doit être admise, quelle que soit la date du traité par rapport à la loi (TA, Recours pour excès de pouvoir, 1^{ère} instance, 24 juin 2005, Saida c/Ministre de la santé publique, *Recueil de la jurisprudence du Tribunal administratif 2005*, p.63). Par ailleurs, après la Révolution, le juge administratif est allé plus loin, en acceptant de contrôler la constitutionnalité des lois. Le Tribunal administratif invoquait, pour justifier son contrôle de constitutionnalité, l'absence d'une juridiction constitutionnelle (TA, Assemblée plénière juridictionnelle, 7 novembre 2013, Sonia Ben Amor c/Le président de l'ANC, inédit) et, après la création de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de lois, le fait que la loi objet de l'exception d'inconstitutionnalité devant le juge administratif n'a pas subi un contrôle de constitutionnalité (TA, 10 octobre 2014, Adel Ellimi c/L'ISIE, inédit).

- la désignation, par l'Assemblée des représentants du peuple, des membres de la Cour constitutionnelle (article 118 de la Constitution)

Comme dans toute autre matière, le Tribunal administratif applique aux actes des organes parlementaires le critère matériel, pour distinguer au sein des actes non législatifs de ces organes, ceux qui se rapportent à une activité administrative et qui sont, par conséquent, des actes administratifs relevant comme tels de la juridiction administrative, et ceux qui sont indissociables des fonctions politiques du Parlement et qui méritent la qualification d'acte parlementaire, et à l'égard desquels le juge administratif est incompétent.

Ainsi, le Tribunal administratif s'est déclaré compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une sanction prononcée par le président de la Chambre des députés contre l'un des agents de celle-ci¹⁰⁷. Dans le même sens, et en matière de référé, le juge administratif a considéré que l'attribution des indemnités parlementaires ne relève pas de l'exercice de la fonction parlementaire, mais de l'organisation de celle-ci. Ce qui fait que la demande de suspendre le versement de leurs indemnités aux membres de la Chambre des députés et de la Chambre des conseillers a un caractère administratif, et relève de la compétence du juge administratif¹⁰⁸. Enfin, le juge administratif a affirmé que la décision du président de l'Assemblée nationale constituante relative à l'octroi d'indemnités à ses deux suppléants, n'a pas été prise dans le cadre des missions constituantes ou législatives ou de contrôle de l'Assemblée, et dont la nature exclut la compétence du juge administratif, mais relève des actes de pure gestion relatifs à l'organisation administrative et financière, ce qui lui confère le caractère administratif¹⁰⁹.

Par contre, ne sont pas des actes administratifs, parce qu'ils sont rattachables à la procédure parlementaire et à l'accomplissement par l'Assemblée de ses fonctions en matière de législation, la décision de la Commission de législation générale de transférer le projet de loi d'Immunité politique de la Révolution au Bureau de l'Assemblée, ainsi que la décision du président de l'Assemblée nationale constituante de publier ledit projet sur le site électronique de l'Assemblée¹¹⁰. De la même façon, la décision du président de l'Assemblée nationale constituante de suspendre les travaux de cette dernière jusqu'à une date indéterminée, n'est pas détachable des fonctions politiques de l'Assemblée¹¹¹.



Conclusion : La compétence du juge administratif à l'égard des actes administratifs émanant des organes parlementaires est normale. Le juge administratif est compétent, en vertu de la loi, pour connaître de tout litige à caractère administratif. Le Tribunal administratif n'a pas hésité à déployer toutes les

¹⁰⁷ TA, Recours pour excès de pouvoir, 7 juin 1994, Ahmed Nabli c/ Président de la Chambre des députés, *Recueil*, p. 93.

¹⁰⁸ TA, Affaire n° 711506, Référé, 10 mars 2011, *Recueil*, p. 658.(requête acceptée).

¹⁰⁹ TA, Sursis à exécution, Affaire n° 414828, 18 octobre 2012, inédite.

¹¹⁰ TA, Sursis à exécution, Affaire n° 415936, 26 juin 2013, inédite.

¹¹¹ TA, Sursis à exécution, Affaire n° 416218, 17 octobre 2013, inédite.

potentialités liées au critère matériel, consacré depuis 1996 par le législateur, en matière d'actes non législatifs des organes parlementaires¹¹².

Quant aux actes non législatifs des organes parlementaires qui ne sont pas détachables de la procédure parlementaire et de l'accomplissement par l'Assemblée de ses fonctions en matière de législation et de contrôle du gouvernement, ils échappent au contrôle de la juridiction administrative. Et c'est normal, aussi, parce qu'il s'agit d'actes indissociables des fonctions politiques du Parlement. Les litiges suscités par ces actes politiques sont, évidemment, étrangers au contentieux de l'administration. D'ailleurs, le juge judiciaire sera, également, incompétent. Comme les actes de gouvernement, ces actes bénéficient d'une immunité juridictionnelle.



Recommandations

L'injusticiabilité des actes parlementaires à proprement parler, est rattachée, souvent, à l'idée d'autonomie des Assemblées parlementaires. D'ailleurs, dans certaines de ses décisions précitées, le Tribunal administratif ne manque pas d'invoquer le principe de séparation des pouvoirs pour dénier sa compétence en la matière.

Il semble difficile que le juge administratif puisse aller plus loin (et a fortiori le juge judiciaire). Toute atteinte à la ligne actuelle de partage entre organisation (compétence du juge administratif) et fonctionnement de l'Assemblée (incompétence du juge administratif) risque d'entraîner une riposte (législative) rapide et tranchante.

La question ne se pose même pas au juge judiciaire.

Reste le juge constitutionnel. Ce dernier a compétence pour contrôler les actes législatifs. Il est, également, compétent pour contrôler le Règlement intérieur de l'Assemblée des représentants du peuple¹¹³. Le Règlement intérieur répond à la définition de l'acte parlementaire. Pourquoi ne pas soumettre donc les autres actes parlementaires, qui ne sont pas des actes administratifs, au contrôle du juge constitutionnel ?

Cette piste pourrait être approfondie, d'autant plus que le contrôle exercé par le juge constitutionnel s'accommode des actes de nature politique¹¹⁴. Et on ne peut pas opposer au juge constitutionnel un argument tiré du principe de la séparation des pouvoirs pour le dissuader d'exercer son contrôle sur les actes parlementaires. En effet, plusieurs spécialistes considèrent, aujourd'hui, que la Cour constitutionnelle a une place à part dans l'organisation des pouvoirs, et on a pu écrire qu'« il est certain...que la Cour ne rentre pas, non seulement dans l'ordre judiciaire, mais même pas dans l'organisation juridictionnelle au sens le plus large du terme, c'est-à-dire dans l'ensemble des organes exerçant des

fonctions juridictionnelles...La Cour constitutionnelle...reste en dehors des pouvoirs étatiques traditionnellement connus : elle forme un pouvoir indépendant dont le rôle consiste à assurer le respect de la Constitution dans tous les domaines »¹¹⁵.

Mais, le problème est que la Cour constitutionnelle a une compétence d'attribution, qui ne s'étend pas aux actes parlementaires. Faute de révision constitutionnelle, certains n'excluent pas la possibilité pour le juge constitutionnel d'élargir le champ de sa compétence de manière prétorienne.

C. LES ACTES INTERESSANT LE POUVOIR JURIDICTIONNEL

D'après la Constitution, le pouvoir juridictionnel est composé de la justice judiciaire, administrative et financière, d'une part, et de la Cour constitutionnelle, d'autre part.

En application du critère matériel, le Tribunal administratif distingue l'organisation de l'exécution du service public de la justice. Les actes pris dans le cadre de l'organisation du service de la justice sont des actes administratifs, leur contentieux appartient donc à la juridiction administrative, tandis que les actes pris dans le cadre de l'exécution du service ne sont pas des actes administratifs, et échappent à la compétence du juge administratif¹¹⁶.

Sont, par exemple, des actes d'organisation du service, les décisions relatives à la création ou la suppression des tribunaux, la désignation des membres du Conseil supérieur de la magistrature¹¹⁷, ainsi que toutes les décisions réglementaires et individuelles relatives au recrutement et à la carrière des magistrats (nomination, avancement, mutation, sanctions disciplinaires)¹¹⁸. Sont, par contre, des actes d'exécution du service, les jugements et arrêts, les mesures tendant à la saisine des tribunaux et à l'instruction des affaires, et les mesures d'exécution des jugements.

A première vue, le critère déterminant la compétence du juge administratif est simple. Toutefois, sa mise en œuvre n'est pas toujours aisée. Ce qui n'est pas sans conséquences sur le droit d'accès à la justice.

Un premier élément de nature à semer le trouble dans l'esprit du justiciable à la recherche d'un juge, est le recours, par ce dernier, à la technique de la détachabilité. Ainsi, si le Tribunal administratif a jugé, dans son arrêt du 25 avril 1997, Société Elkhmar et Abbes c/ Municipalité de Ksibet Mediouni¹¹⁹, que le contentieux relatif à l'exécution d'un

¹¹² Contrairement au juge administratif français qui, lorsqu'il a décidé d'étendre son contrôle à tous les actes administratifs des organes parlementaires, s'est vu contrarié par le législateur. Voir Pierre BON, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 1065 et ss.

¹¹³ Article 120 de la Constitution.

¹¹⁴ Déjà la manière de désignation des membres de la Cour constitutionnelle, telle que organisée par la Constitution et la loi organique relative à la Cour constitutionnelle, n'est pas étrangère aux considérations politiques.

¹¹⁵ Vezio Crisafulli, cité par Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2014, n°353, p. 280 et s.

¹¹⁶ Consacrant cette distinction, voir TA, REP, 26 avril 1982, Ben Lalouna et autres c/ Le premier ministre, *Recueil*, p. 647 ; voir, également, TA, REP, 26 novembre 1991, Taher Zagrouba c/ Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil*, p. 147 et s. ; TA, Appel, 27 janvier 1992, Hamida Abdennebi c/ Chef du contentieux de l'Etat pour le compte du ministère de la justice, *Recueil*, p. 226.

¹¹⁷ Le contentieux des élections des membres du Conseil supérieur de la magistrature appartient à la juridiction administrative, en vertu des articles 24, 29 et 30 de la loi organique du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature (*JORT* n° 35 du 29 avril 2016, p. 1635 et ss.).

¹¹⁸ La loi organique du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature, sus-indiquée, prévoit expressément, dans ses articles 56, 57 et 66, que le contentieux de ces mesures appartient à la juridiction administrative.

¹¹⁹ *Revue Tunisienne de Droit* 2000, p. 311 et ss.

jugement civil rentre dans le cadre de l'exécution de la justice judiciaire, et n'appartient pas, par conséquent, à la compétence de la juridiction administrative, il décide, dans une ordonnance de référé, en date du 4 novembre 2004, Saida Benzerti c/ ministre de l'Intérieur et du développement local¹²⁰, que les demandes de concours de la force publique en vue d'assurer l'exécution forcée d'un jugement constituent une matière administrative « pure ». Le juge administratif est, par conséquent, compétent pour statuer sur le refus de l'administration du concours de la force publique. Pour dire les choses simplement, selon le Tribunal administratif, le contentieux des mesures d'exécution des jugements judiciaires appartient au juge judiciaire, le refus du concours de la force publique est jugé détachable de l'exécution du jugement.

Une seconde difficulté découle de l'existence de mesures qu'il est malaisé de rattacher à l'exécution ou à l'organisation du service : par exemple, les décisions des bureaux d'aide juridictionnelle, le refus par des greffiers de délivrer copie de décisions de justice, la fixation par le président d'un Tribunal ou d'une Cour de la composition des chambres de la juridiction. Selon R. Chapus, ces mesures de « fonctionnement » du service, « à mi-chemin des mesures d'organisation et des mesures d'exécution du service, ...se situent dans une zone d'incertitude »¹²¹. Le Tribunal administratif ne semble pas avoir eu l'occasion de se prononcer sur la nature de ces mesures. Le juge administratif français a tendance à les assimiler aux mesures d'exécution du service, et par suite de se déclarer incompétent. Mais, non sans difficultés. Certaines solutions ont été adoptées contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement. Et dans certaines affaires, le Conseil d'Etat, incertain, a renvoyé la question au Tribunal des conflits¹²².

Enfin, et c'est curieux, dans certains cas, même si la qualification de la mesure ne pose, en principe, aucun problème, il serait inopportun de l'adopter. A priori, le règlement intérieur du Conseil constitutionnel français relatif à l'accès à ses archives est une mesure d'organisation du service. Le commissaire du gouvernement, d'ailleurs, a retenu cette qualification. Mais, le Conseil d'Etat en a décidé autrement en énonçant que ledit règlement intérieur « n'était pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution »¹²³. Le Règlement litigieux ne constitue donc pas un acte administratif, et le juge administratif est incompétent à son égard. Ce qui aboutit, en fait, à conférer une immunité juridictionnelle à ce Règlement, car aucun juge n'aura compétence pour en connaître. La solution, qui a été critiquée, s'explique par la volonté de préserver l'indépendance du juge constitutionnel qui, comme on l'a dit plus haut, a une place à part dans l'organisation des pouvoirs.



Conclusion : Le contentieux des actes intéressant la justice montre, si besoin est, les difficultés inhérentes à l'adoption du critère matériel pour la détermination de sa compétence par le juge administratif. Si la distinction organisation/exécution semble, à première vue, claire, sa mise en œuvre est, parfois, source de difficultés pour le justiciable.



Recommandations

Si la technique de la détachabilité est, généralement, mise en œuvre par le juge administratif pour garantir à l'administré un droit d'accès à la justice, lorsque l'acte en cause est injusticiable (actes de gouvernement, actes parlementaires), le recours à cette technique, ici, en matière d'actes intéressant le service de la justice, est inutile et ne peut que compliquer les procès, car de toutes les façons, il y aura un juge, en l'occurrence le juge judiciaire, qui statuera sur la question. Ni la disposition de l'article 3 de la loi du 3 juin 1996 relative à la répartition des compétences entre les tribunaux judiciaires et le tribunal administratif et à la création d'un conseil des conflits de compétence¹²⁴, ni « le principe » interdisant au juge d'adresser des injonctions à l'égard de l'administration, ne doivent empêcher ce dernier de s'acquitter de sa mission, sous peine de déni de justice.

Enfin, la sécurité juridique exige l'application du critère de répartition des compétences adopté à toutes les juridictions, même si cette juridiction est la Cour constitutionnelle. Il est même souhaitable, pour expulser le spectre du gouvernement du juge constitutionnel, de montrer que ses actes administratifs ne sont pas injusticiables.

IX. PROSPECTIVE

Actuellement, avec l'existence d'un Tribunal administratif qui représente à lui seul tout l'ordre juridictionnel administratif, la répartition de la compétence entre les différents organes juridictionnels du Tribunal, ne pose pas de problèmes particuliers. C'est une question interne au Tribunal, dont le règlement revient au premier président. Par contre, avec la mise en œuvre de l'article 116 de la Constitution, qui implique la création de tribunaux administratifs de première instance et de cours administratives d'appel, des difficultés inédites, jusque là, liées à la répartition des compétences entre les différentes juridictions composant l'ordre administratif, apparaîtront. Du reste, il faut signaler que ces difficultés auraient pu émerger, si on avait créé les chambres de première instance, au niveau des régions, en vertu de l'article 15 alinéa dernier de la loi du 1er juin 1972 relative au Tribunal administratif.

¹²⁰ *Revue Tunisienne de Droit* 2006, p. 163 et ss.

¹²¹ *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien Domat droit public, 14^{ème} éd., 2000, n°1171, p. 955.

¹²² *Ibid.*, loc.cit.

¹²³ CE Ass. 25 octobre 2002, Brouant.

¹²⁴ Cet article prévoit que : « Les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des demandes tendant à l'annulation des décisions administratives ou tendant à ordonner toutes mesures de nature à entraver l'action de l'administration ou la continuité du service public ».

Pour illustrer ce propos, partons d'un exemple concret qui prend pour point de départ le droit actuellement en vigueur. Soit une concession de service public conclue par une commune sur son domaine public. Pour la validité de la convention, celle-ci doit être approuvée par arrêté du ministre de l'Intérieur¹²⁵. A l'occasion d'un litige entre la commune et son concessionnaire, celui-ci demande l'annulation de la décision d'approbation prise par le ministre, ainsi que le prononcé de la nullité de la convention. Si on applique les règles générales applicables en matière de répartition des compétences, le recours pour excès de pouvoir sera de la compétence du tribunal dans le ressort duquel siège le ministre de l'Intérieur, tandis que l'action en nullité sera de la compétence du tribunal dans le ressort duquel siège le maire qui a signé le contrat. Pour éviter que deux juridictions connaissent de recours pourtant liés, le mécanisme de la connexité intervient pour les confier à une seule juridiction. La connexité présente l'avantage, évident, de permettre au juge de percevoir le litige dans sa globalité, ce qui est de nature à garantir une solution cohérente à l'affaire.

Dans le même sens, la législation à venir pourrait instituer un mécanisme de renvoi de l'affaire au juge compétent : au cas où un tribunal administratif de première instance ou une cour administrative d'appel s'estiment incompétents pour régler le litige, tout en considérant compétent l'ordre juridictionnel administratif, il sera interdit de rendre un jugement d'incompétence. Mais, il doit dans ce cas transmettre l'affaire à la juridiction compétente. Le justiciable est ainsi dispensé de devoir engager une nouvelle procédure devant le juge compétent.

Dans le prolongement de la solution précédente, le législateur peut aller plus loin et interdire, purement et simplement, aux parties et aux juges de soulever, après la clôture de l'instruction, le moyen tiré de l'incompétence territoriale de la juridiction saisie. Cette solution déroge au caractère d'ordre public des règles de compétence, mais elle se justifie par le souci d'éviter le risque de voir les parties contraintes de reprendre un nouveau procès devant le juge compétent. En effet, lorsque le procès est déjà bien engagé, l'irruption dans les débats d'une question de compétence est extrêmement perturbatrice et remet en cause toute la procédure.



Conclusion

Les mécanismes de résolution des difficultés liées à la répartition des compétences au sein de l'ordre des juridictions administratives ne manquent pas. L'essentiel est d'éviter que la nouvelle configuration de ces juridictions ne soit source d'une complication supplémentaire pour le justiciable. Il en va de l'effectivité du droit d'accès au juge.

¹²⁵ Article 19 alinéa dernier du décret n° 2007-362 du 19 février 2007, déterminant les conditions et modalités de l'occupation temporaire et de la concession du service public dans le domaine public municipal, *JORT* n° 17 du 27 février 2007, p.586 et ss.

Democracy Reporting International (DRI) est une organisation à but non-lucratif, indépendante et non partisane, ayant son siège à Berlin, en Allemagne. DRI soutient la participation politique des citoyens, ainsi que la redevabilité des organes gouvernementaux et le développement d'institutions démocratiques dans le monde entier. DRI appuie les processus locaux de promotion du droit universel des citoyens à participer à la vie politique de leur pays, conformément à ce qui est stipulé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<http://www.democracy-reporting.org>

contact:

info@democracy-reporting.org

Democracy Reporting International

Schifbauerdamm 15

10117 Berlin / Germany

T / +49 30 27 87 73 00

F / +49 30 27 87 73 00-10

info@democracy-reporting.org

www.democracy-reporting.org