الموضوع: دراسة حول الرأي الاستشاري الصادر عن هيئة التشريع والاستشارات في ملف استمرارية مجلس إدارة هيئة إدارة قطاع النفط بعد انتهاء مدّة ولايته، والحلول الممكنة لمواجهته

بالإشارة إلى الموضوع أعلاه، نبدي ما يأتي:

أولاً: الوقائع

إن وزير الطاقة والمياه بموجب كتابه الموجه إلى وزارة العدل رقم ٨٣٤٢/و تاريخ ٢٠١٨/١١/٨ قد طلب من هيئة التشريع والاستشارات بيان الرأي حول مدى إمكانية قيام وزارة الطاقة والمياه بحكومة تصريف الأعمال بتكليف مجلس إدارة هيئة قطاع البترول بمتابعة ممارسة أعماله ومهامه بعد انتهاء فترة ولايته بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٤ وبرئاسة رئيسه الحالي إلى حين تعيين مجلس إدارة جديد من قبل الحكومة بعد تشكيلها.

وقد كان لافتاً المطالعة القانونية التي تضمّنها كتاب الوزير، لا سيما لناحية حسمه الوجهة القانونية التي رسمها لهيئة التشريع من خلال تضمين الكتاب في فقرته السابقة للمطالب ما يأتي: "...كل ذلك ينطبق على ضرورة اتخاذ وزير الطاقة والمياه في حكومة تصريف الأعمال القرار المناسب لتأمين استمرار عمل مجلس إدارة هيئة قطاع البترول الذي تنتهي ولايته بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٤ واستمرار رئيسه الحالي بمتابعة ممارسة مهامه إلى حين تشكيل حكومة جديدة تقوم بتعيين مجلس إدارة جديد وفق الأصول والقانون".

تبلغت وزارة العدل هذا الكتاب بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٩، وصدرت بخلال ثلاثة أيام استجابت هيئة التشريع والاستشارات بموجب الاستشارة رقم ٢٠١٨/٨٧٣ تاريخ ٢٠١٨/١١/١٢ التي جاء فيها ما يأتي:

"حيث أن هيئة إدارة قطاع البترول تقوم بإدارة مرفق عام وهو مرفق قطاع البترول ويخضع نشاطها بالتاللي لمبدأ استمرارية المرافق العامة.

وحيث تأسيساً على مبدأ استمرارية المرافق العامة اعتمد القضاء الإداري قاعدة توجب على كل من ولّي وظيفة عامة سواءً بالانتخاب أو بالتعيين لمدة معيّنة أن يستمر في تأمين إدارة الوظيفة ريثما يتمّ التسلم والتسليم بينه وبين من يخلفه في أداءها.

وحيث بالتالي وفي حال انتهت مدّة ولاية مجلس إدارة هيئة إدارة قطاع البترول قبل أن يصار إلى تعيين مجلس آخر محلّه وفقاً للأصول، فإن المجلس الحالي يستمر مؤقتاً في ممارسة مهامه لحين تعيين من يخلفه.

لهذا ترى الهيئة أن بإمكان وزير الطاقة والمياه في حكومة تصريف الأعمال أن يقوم بتكليف مجلس إدارة هيئة إدارة قطاع لبترول بمتابعة أعماله ومهامه بعد انتهاء فترة ولايته في ٢٠١٨/١٢/٤ وبرئاسة رئيسه الحالي إلى حين تعيين مجلس إدارة جديد وفقاً للأصول عملاً بمبدأ استمرارية المرفق العام".

رفعت الهيئة هذا الرأي إلى وزير العدل الذي وافق عليه بذات اليوم وأعاده إلى هيئة التشريع والاستشارات التي أحالته إلى وزارة الطاقة والمياه بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٣.

ثانياً: إن الاستشارة غير مكتملة لعدم مصادقة مدير عام وزارة العدل عليها

ورد في المادة ١١ من المرسوم الاشتراعي رقم ١٥١ تاريخ ١٩٨٣/٩/١٦ (تنظيم وزارة العدل) على أن تعرض الاستشارة على المدير العام قبل إيداعها المرجع الذي طلبها وللمدير العام أن يوافق عليها أو أن يطلب إعادة النظر فيها بعد بيان الأسباب، وفي حال الإصرار عليها يكون للمدير العام أن يحيلها أمام الهيئة الاستشارية العليا فتبت بها بشكل نهائي.

لكن تبيّن أن هذه الاستشارة لم تعرض على المدير العام لوزارة العدل، وبالتالي فهي ليست نافذة ولا يمكن الالتزام بها. والسبب أن عرض مشروع الرأي على المدير العام لوزارة العدل هو إجراء جوهري لا يمكن تجاوزه. بخاصةٍ وإن هيئة التشريع والاستشارات المؤتمنة على تطبيق القانون لا يمكنها تجاهل القانون النافذ الراعي لصلاحيتها وإلا تكون مصداقية هذه الهيئة محلّ نظر.

ولا تحلّ موافقة وزير العدل محل موافقة المدير العام، وهذا أمرٌ ثابت في اجتهاد مجلس شورى الدولة:

"بما إن اقدام السلطة الادارية العليا على ممارسة صلاحية يعود الاختصاص فيها لسلطة ادارية دنيا بإصدار قرار في موضوع تولي الانظمة القانونية السلطة الادارية الدنيا وحدها حق اصداره من شأنه ان يجعل هذا القرار صادراً عن سلطة غير صالحة وبالتالي مستوجباً الابطال.

Odent: Contentieux administratif 1976- 981 fascicule V.p. 1815.

C- Empiétement d'une autorité supérieure sur les pouvoirs d'une autorité qui lui est subordonnée. L'empiétement d'une autorité supérieure sur les attributions d'une autorité subordonnée constitue également une incompétence.

وبما ان الصلاحية المعطاة لسلطة دنيا تحدّ حتماً من صلاحية السلطة العليا.

وبما ان اتخاذ وزير التربية الوطنية للقرار المطعون فيه، حتى في حال بنائه على اقتراح المدير العام للتربية، ليس من شأنه ان يمحي العيب الذي شاب القرار.

Auby et Drago: Traité des recours en matière administrative 1992. P. 378.

N° 226 – 1)..... Le fait que l'autorité incompétente a statué sur **proposition** de l'autorité compétente n'efface pas l'illégalité (6 fév. 1963 Leux: Rec. p 72).

وبما ان قيام وزير التربية الوطنية باصدار القرار المطعون فيه والذي هو من صلاحية المدير العام للتربية يكون مستوجباً الابطال لصدوره عن سلطة غير صالحة.

وبما ان الادلاء بأن القرار المطعون فيه يندرج في صلب صلاحيات الوزير الدستورية وبالتالي فانه يجوز له أن يتخذ القرار المذكور منفرداً هو قول مردود برمته باعتبار ان الوزير، وبعض النظر عن كونه الرئيس التسلسلي الأعلى لكل الاجهزة الادارية التي تتألف منها وزارته، ملزم في كل ما يتخذه من قرارات التقيد بمبدأ الشرعية((Principe de légalité وإلا اعتبرت قراراته باطلة لتجاوز حد السلطة.

م.ش. قرار رقم ٥٤٢ تاريخ ٢٠٠٣/٦/١٠ شحادة/ الدولة

وفي حكمٍ ثانٍ جاء فيه:

وبما أن السلطة الرئاسية لا تملك حق إصدار القرار محل السلطة الدنيا التي أولاها القانون وحدها حق اتخاذه بداءةً ما لم يقرر القانون خلاف ذلك بتخويله السلطة العليا حق إصدار القرار المذكور الأمر غير المتوافر في القضية الحاضرة.

وبما أن السلطة التسلسلية (Pouvoir Hiérarchique) لا تملك سلطة الحلول (Pouvoir de substitution) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وإن تكون قد مارست صلاحية منحها القانون لغيرها.

R. Chapus: Droit Administratif general – Tome I – 11ème Edit 1997.

No. 551- Selon le droit commun, le supérieur hiérarchique ne peut se substituer à son subordonné pour décider lui-même en ses lieu et

place, le lui permettre serait l'autorisait à exercer une compétence qui ne lui appartient pas...

J.C. Grosheus: Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés A.J.D.A 1966 p. 146 et s.

A. Legrand: Un instrument flou: le pouvoir hiérarchique in Mélanges Diego (1996) p. 59 et s...

وبما أنه تأسيساً على ذلك إذا أقدمت السلطة العليا على التعرض إلى اختصاص السلطة الدنيا بأن أصدرت القرار بداءة في موضوع يولي القانون بشأنه السلطة الدنيا وحدها حق إصداره فيكون هذا القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص ولا يمكن التذرع به أو الاستناد إليه.

م.ش. قرار رقم ٨٤ تاريخ ١٩٩٨/١١/٤ الدكتور زكريا نجيب فواز / الدولة – وزارة الاقتصاد والتجارة

علماً أن المشترع عندما طلب موافقة مدير عام وزارة العدل اعتبرها جزءاً من الاستشارة وذلك بسبب موقعية وصفة مدير عام وزارة العدل القضائية، فهو بصفته قاضٍ يمارس رقابة على هذه الاستشارة ويبدي رأياً في صوابيتها، فهو يمارس عملاً ذو طبيعة قضائية وليس سياسية أو إدارية، وفي حال عدم موافقة هيئة التشريع على رأي المدير العام، فإن للمدير العام أي يحيل الرأي إلى الهيئة الاستشارية العليا. ولهذا يستحيل أن يحلّ وزير العدل محلّ مدير عام وزارة العدل في الموافقة على الاستشارة لأنه ليس للوزير الوظيفة القضائية التي يحوزها المدير العام.

استناداً لما تقدّم فإن الاستشارة الصادرة عن هيئة التشريع والاستشارات هي غير نافذة لعدم اقترانها بموافقة مدير عام وزارة العدل.

ثالثاً: إن الاستشارة غير قابلة للتطبيق لكونها غير معلّلة في جزءٍ منها

بيّنا في باب الوقائع أن وزير الطاقة والمياه طلب من الهيئة جواز :"تكليف مجلس إدارة هيئة قطاع البترول بمتابعة ممارسة أعماله ومهامه بعد برئاسة رئيسه الحالي..".

فجاء رأي هيئة التشريع والاستشارات كالآتي: ترى الهيئة أن بإمكان وزير الطاقة والمياه في حكومة تصريف الأعمال أن يقوم بتكليف مجلس إدارة هيئة إدارة قطاع لبترول بمتابعة أعماله ... برئاسة رئيسه الحالي"

لكن هذه الاستشارة جاءت خالية تماماً من تعليل حول كيفية التوصّل إلى هذا الحل المتمثل باستمرار الرئيس الحالي للهيئة بمتابعة رئاستها.

علماً أن هذا الحلّ الذي صدذقت بموجبه الهيئة على طلب الوزير دون تعليل أدى لجعل الإستشارة مخالفة ومتعارضة مع المادة الأولى من المرسوم رقم ٧٩٦٨ تاريخ ٢٠١٢/٤/٧ التي تنصّ في فقرتها الأخيرة على أن يتولى كل من أعضاء مجلس إدارة رئاسة الهيئة مداورة لمدة سنة وفقاً للتسلسل الأبجدي لأسماء عائلاتهم الذي يرد في مرسوم تعيينهم".

ولما كان من واجب هيئة التشريع والاستشارات تعليل رأيها وبيان والأسباب التي دفعتها إلى اتخاذ الحل المذكور، وهي وإن لم تفعل تكون قد خالفت الأصول المعتمدة في عمل جهة قضائية ملزمة بتعليل ما يصدر عنها أولاً، وملزمة ثانياً بأن لا تخالف في رأيها النصوص الواضحة والنافذة.

وهذا ما سبق أن تبنته الهيئة في الكثير من الآراء الصادرة عنها أنه، نذكر منها: "استناداً إلى قواعد تفسير النصوص القانون ية، التي تلزم القاضي، مفسر النصوص، بأن يعطي النص الذي يفسره المعنى الذي يجعله قابلاً للتطبيق، وفاقاً لنية المشترع، لا المعنى الذي يجعله لغواً، غير قابل التطبيق، او المعنى الذي يجعله منقوصاً، قابلاً فقط للتطبيق الجزئي، غير الكامل، خلافاً لنية المشترع (استشارة رقم ٢٠١٠/٢٩٣تاريخ ٢٠١٠/٠٤/٠٧)، "وان قواعد تفسير القانون تحظر بصورة مطلقة على القاضي ان ينسُب إلى المشترع أمراً (استشارة رقم ٢٠١٠/٧٢ تاريخ ٢٠١٠/٠١/٢١)، "وأنه لا يمكن تفسير القانون بطريقة التوسع interprétation extensive أو بطريقة التناسبRaisonnement par analogie في ظل نص تشريعي صريح (استشارة رقم ٢٠٠٠/٥٤٦ تاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٨)، وإن قواعد ال تفسير تلزم القاضي باعطاء التعابير التي استعملها المشرّع المعنى او المفهوم الذي تفرضه تلك التعابير (استشارة رقم ١٩٩٦/٢٢٧٢ تاريخ ١٩٩٦/١٢/٤).

وحيث أن ما خلصت إليه هيئة التشريع والاستشارات من استمرار رئيس مجلس إدارة هيئة إدارة قطاع البترول برئاسة الهيئة حتى تعيين هيئة جديدة، إنما هو حكمٌ مخالف للنص المكتوب وغير معلل ويخالف أصول التفسير التي وضعتها الهيئة في العديد من آرائها المذكورة أعلاه.

وحيث أن هذا الرأي يخالف مخالفة صريحة للمادة الأولى من المرسوم ٢٠١٢/٧٩٦٨، فإنه عملاً بهرم كلسن الذي أوجبت هيئة التشريع باعتماده عند بيان القوة القانونية للنصوص النافذة وفق هرم كلسن (هيئة التشريع والاستشارات، الاستشارة رقم ٢٠١٨/٩٤ تاريخ ٢٠١٨/١/٢٢)، لذا فإن على مجلس إدارة هيئة قطاع البترول وعملاً برأي هيئة التشريع ذاتها أن يهمل رأي هذه الهيئة ويطبّق المرسوم المادة الأولى من المرسوم ٢٠١٢/٧٩٦٨ الواضحة والصريحة وغير المحتاجة إلى تفسير.

رابعاً: إن الاستشارة السابقة للهيئة رقم ٢٠١٤/١٠٢٢ هي في أسبابها ومقاصدها مختلفة عن الاستشارة محل الدراسة

استندت هيئة التشريع والاستشارات إلى استشارة سابقة لها رقم ٢٠١٤/١٠٢٢ تاريخ ٢٠١٤/١٢/٣١، ولكن التمعن في هذه الاستشارة كان يوجب على الهيئة اعتماد رأي مغاير:

لقد صدرت استشارة العام ٢٠١٤ بناء لطلب وزير الاتصالات الذي كان يرغب بوضع يده على الهيئة الناظمة للاتصالات فتصدّت له الهيئة برئاستها السابقة واضعةً حداً لطموحه، وهذا ليس استنتاجاً بل معطيات واردة في متن الرأي الذي ورد فيه ما يأتي:

حيث أن المسألة المطروحة على استشارة هذه الهيئة، مصاغة على الوجه الآتي:

١-....

٥- هل يمكن لوزير الاتصالات التعاقد مع أحد أعضاء إدارة الهيئة السابقين لإدارة شؤون الهيئة الإدارية والمالية إلى حين تعيين إدارة جديدة لها.

حيث أن جوهر المسألة المثارة يتناول تحديد الجهة التي تتولى إدارة شؤون الهيئة المنظمة للاتصالات، بعد انتهاء مدة ولاية رئيسها وأعضاء مجلس إدارتها والى حين تعيين رئيس ومجلس إدارة جديد لها وفقاً للأصول، أي بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الاتصالات، وهل هذه الجهة هي -ببساطة وصراحة- مجلس الادارة الذي يمارس وزير الاتصالات سلطة الوصاية على بعض قراراته (المادة ٣ – أ- ٥ من القانون رقم ٢٠٠٢/٤٣١) والمنتهية ولايته، أم هي وزير الاتصالات نفسه،

حيث أن هذه الهيئة لا تتردّد لحظة في ترجيحها القول بأن المشرع قصد تحرير الهيئة المنظمة للاتصالات من كل ما يتعارض من أحكام المرسوم رقم ٧٢/٤٥١٧ مع احكام قانونها، لا أكثر ولا أقل،

حيث ما دام أن القانون رقم ٢٠٠٢/٤٣١ بقي صامتاً عن مسألة تحديد الجهة التي تستمر في إدارة شؤون الهيئة بعد انتهاء ولاية رئيسها وأعضاء مجلس ادارتها الى حين تعيين البديل وفقاً للأصول، صامتاً مطمئناً إلى صمته، فهذا يعني أنه استكان إلى إمكانية استعارة حكم المادة ٦ من المرسوم رقم ٧٢/٤٥١٧، غير المتعارض، نعم، مع أي حكم من أحكام القانون رقم ٢٠٠٢/٤٣١، وتطبيقه على الحالة موضوع الاستشارة، إذ بوجود النص المكرّس للاجتهاد لا يلجأ القاضي الى الاجتهاد بل الى النص ويتخذه حجة (argument de texte)،

واستطراداً، اذا كانت المادة الثامنة من القانون رقم ٢٠٠٢/٤٣١، نصت في فقرتها (٣) على أنه "في حال شغور مركز الرئيس أو أي من الأعضاء، يقوم مجلس الوزراء بملء الشغور للمدة المتبقية بمهلة شهر واحد على الأكثر ووفقاً لقواعد التعيين المحددة في هذا القانون" فمن باب أولى أن يصار الى سلوك درب اقتراح وتعيين كامل مجلس ادارة الهيئة في حال انتهاء ولايته بالسرعة الممكنة التي يقتضيها حسن سير المرفق العام،

وبمعزل عمّا سبق،

حيث أن مبدأ استمرارية المرفق العام، هو من المبادىء العامة الجوهرية التي تحتّم استمرار مجلس إدارة الهيئة المنظمة للاتصالات، المنتهية ولايته، بالقيام بأعماله حتى تعيين البديل تحت سلطة وصاية الوزير ضمن دائرة القرارات التي تخضع لهذه الوصاية، الذي كرّسه الاجتهاد الاداري، سيّما أنه **يستحيل أن يقوم الوزير بأعمال مجلس الادارة لعدم جواز الجمع بين سلطة التقرير وسلطة المراقبة والتصديق أو عدم التصديق في آنٍ واحد..... ".**

إن هيئة التشريع والاستشارات برئاستها السابقة عمدت إلى منع وزير الاتصالات من وضع يده على هيئة مستقلة، بينما الهيئة الحالية(واللافت أنها مكلّفة ليس أصالةً) عمدت إلى السماح لوزير الطاقة والمياه إلى تثبيت رئاسة مجلس إدارة هيئة قطاع البترول بالسيد وليد نصر المنتمي إلى ذات الفريق السياسي للوزير. أي أنها أقرّت لوزير الطاقة بأن يكلّف من يريد برئاسة الهيئة إلى ما شاء، خلافاً لموقف الهيئة ذاتها السابق التي حصّنت الهيئات المستقلة من هيمنة الوزراء.

خامساً: إن استمرارية مجلس إدارة هيئة إدارة قطاع البترول لا يحتاج إلى استشارة

إن قانون الموارد البترولية في المياه البحرية رقم ١٨٤ تاريخ ٢٠١٠/٨/٢٤ قد أنشأ بموجب المادة ١٠منه هيئة إدارة قطاع البترول، التي تتمتع بالاستقلالين المالي والإداري ترتبط بالوزير الذي يمارس عليها سلطة الوصاية، وتخضع بعض قراراتها المالية والإدارية لتصديقه، وفق ما يرد في مرسوم تنظيمها. وإن صلاحية الوزير تجاه الهيئة محددة على سبيل الحصر، بحيث لا يمارس سلطة الوصاية خارج الإطار المحدد.

وأن استمرارية مجلس إدارة الهيئة إنما هو مبدأ عام مستقر في القانون الإداري العام، ولا يحتاج إلى طلب استشارة لتقريره. كما أن مجلس إدارة الهيئة لم يطلب من الوزير بيان الرأي في مسألة استمراريته حتى تعيين بديل، وكان على هيئة التشريع والاستشارات في وزارة العدل أن تعمد إلى تبليغ وزارة الطاقة نسخة عن استشاراتها

السابقة رقم ٢٠١٤/١٠٢٢ دون حاجة لإعادة صياغة استشارة جديدة.

إذ أن مبدأ الاستمرارية أصبح مبدأ دستورياً أيضاً عندما تبناه المجلس الدستوري بموجب القرار رقم ٢٠١٤/٧ تاريخ ٢٠١٤/١١/٢٨ الصادر بالطعن في قانون تمديد ولاية مجلس النواب الذي جاء فيه:" إن انتظام أداء المؤسسات الدستورية هو اساس الانتظام العام في الدولة، وأن انتظام اداء المؤسسات الدستورية يقتضي قيام كل مؤسسة دستورية، ودون ابطاء، بالمهام المناطة بها، ضمن الصلاحيات المعطاة لها، وفي اطار القواعد والمبادىء التي نص عليها الدستور".

وكذلك تبناه مجلس شورى الدولة بموجب قرار رقم ٢٠١٧/١١٠٢-٢٠١٨ تاريخ ٢٠١٨/٧/١١ عماد حب الله/ الدولة وزارة الاتصالات الذي جاء فيه:" إن مبدأ استمرارية المرافق العامة الذي يتذرّع المستدعي بمخالفة القرار المطعون فيه لمنطوقه يفرض بالنسبة لمجالس إدارة المؤسسات العامة أو مجالس إدارة الهيئات المنتهية ولايتها أن تستمر هذه المجالس بكامل أعضائها حتى تعيين المجلس الجديد وهذا ما أكّد عليه الرأيان الاستشاريات المرفقين بالاستدعاء: رأي ديوان المحاسبة ورأي هيئة التشريع والاستشارات. كما يفترض أن لا تخالف الأعمال المنفذة أحكام القانون...".

وتبناه أيضاً ديوان المحاسبة بموجب الرأي رقم ٢٠١٢/١١ تاريخ ٢٠١٢/٣/٨ الذي جاء فيه: "بما ان اعتبار الهيئة المنظمة للاتصالات من اشخاص القانون العام يجعلها خاضعة للمبادئ العامة التي ترعى عمل الادارات العامة، والمطبقة في مجال القانون الاداري العام وابرزها مبدأ استمرارية المرافق العامة (La continuité des services publics). وبما ان المجلس الدستوري الفرنسي انزل مبدأ استمرارية المرافق العامة منزلة النص الدستوري، وبما ان البعض اعتبر ايضاً ان للمبادئ العامة قوة القاعدة القانونية ذاتها وعدم احترام الادارة لها يفتح باب مراجعة طلب ابطالها عن طريق الابطال لتجاوز حد السلطة. وبما ان تطبيق مبدأ استمرارية المرافق العام على عمل الهيئة المنظمة للاتصالات يفرض الاخذ بكافة النتائج المترتبة على المبدأ المذكور".

وحيث أنه تبعاً لما تقدم، كان على المجلس ردّ كتاب وزير الطاقة والمياه مبيناً أن استمرارية مجلس إدارة هيئة قطاع البترول حتى تعيين مجلس جديد إنما يجد أساسه في مبدأ قانوني بل دستوري ولا يحتاج إلى استشارة جديدة لتبريره.