الحمد لله،

الجمهورية التونسيّة
مجلس الدولة
المحكمة الإداريّة
القضيّة عدد: **1/19574**
تاريخ الحكم: **12 جويلية 2013**

حكم إبتدائي

باسم الشعب التونسي

أصدرت الدائرة الإبتدائية الثالثة بالمحكمة الإدارية الحكم التالي بين:

14 أكتوبر 2013

المدّعية:

من جهة،

والمدّعى عليهما :

و المتداخلون :

من جهة أخرى.

بعد الاطلاع على عريضة الدّعوى المقدّمة من الأستاذ نيابة عن المدعية المذكورة أعلاه و المرسّمة بكتابة المحكمة بتاريخ 26 ماي 2009 تحت عدد 1/19574 الرامية إلى إلغاء قرار وزير الصحة القاضي برفض تعيين منوبته لإدارة مصلحة استكشاف وظائف الجهاز

بإحدى المؤسسات الاستشفائية، كإلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بالتعويض لها عما فاتها من ربح و نجاعة تعنت الوزارة و رفضها تمكينها من حقها المشروع المتمثل في إدارة مصلحة استكشاف وظائف الجهاز التنفسي بإحدى المؤسسات الاستشفائية و حرمانها من ممارسة النشاط التكميلي الخاص.

و بعد الاطلاع على وقائع الدعوى التي يستفاد منها أن المدعية أستاذة مبرزة في الطب اختصاص فيزيولوجيا واستكشاف وظائف التنفس إلا أنها لا تمارس مهنة الطب ميدانيا، و أنه و نظرا لتوفر قسم مختص في استكشاف وظائف التنفس بطب مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة دون أن يشرف عليه مختص في هذا المجال و أنها الأستاذة المبرزة الوحيدة في تونس الكبرى المختصة في هذا المجال فقد طلبت مرارا من وزير الصحة و من مدير مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة تمكينها من الالتحاق بمصلحة استكشاف وظائف الجهاز التنفسي بالمستشفى المذكور إلا أن جميع طلباتها بقيت بدون رد وباعتبار أن قرار وزير الصحة الرافض تمكين العارضة من ممارسة الطب ميدانيا قد تسبب لها في عدة أضرار أهمها نقص في المداخيل ، عدم إمكانية تقديم ملفها الشخصي العلمي لمناظرة الأستاذية في الطب وحرمانها من المشاركة في المؤتمرات الدولية العلمية التي تهم اختصاصها فقد قام نائبها بالدعوى الماثلة طالبا الحكم طبقا لطلباته المنصوص عليها بالطالع.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من وزير الصحة في الرد على عريضة الدعوى و الوارد على كتابة المحكمة الإدارية بتاريخ 29 أكتوبر 2009 و الذي أفاد من خلاله بأن الخطة الوظيفية لا تمنح بمجرد إبداء المعني بالأمر رغبته في مباشرتها و إنما تخضع إلى شروط و ضوابط حددها الأمر عدد 2501 لسنة 2009 المؤرخ في 3 سبتمبر 2009 المتعلق بالخطط الوظيفية لأعوان أسلاك الأطباء والصيادلة و أطباء الأسنان العاملين بمختلف أصناف المؤسسات الاستشفائية والصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية كما أن منح هذه الخطط يخضع للسلطة التقديرية للإدارة التي تراعي فيها إمكانياتها المادية من جهة ومدى استجابة بعث مصلحة ما لاحتياج واقعي و ثابت من جهة أخرى ، كما اعتبر أن طلب العارضة المتعلق بالحصول على تعويض لا يستقيم قانونا ضرورة أن حرمانها من أرباح محققة ليس مرده سلوك مخطئ من الإدارة أو قرار غير شرعي وإنما كان نتيجة اختيارها الشخصي و الحر الالتحاق بالوظيفة العمومية التي تخضع لشروط وضوابط قانونية و ترتيبية ثابتة فضلا على أن تفويت فرصة تحقيق أرباح يقتضي أساسا وجود ضرر ثابت ومحدد و جدي وليس مجرد تخمينات واجتهادات

اعتباطية و مبنية على افتراضات لا علاقة لها بعمل الإدارة طالبا في الأخير القضاء برفض الدعوى برمتها لعدم وجاهتها واقعا و قانونا في فرعيها المتعلقين بالإلغاء والتعويض.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة في الرد على عريضة الدعوى و الوارد على كتابة المحكمة الإدارية بتاريخ 13 نوفمبر 2009 و الذي أكد بمقتضاه على أن إسناد الخطط الوظيفية للأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان العاملين بمختلف أصناف المؤسسات الاستشفائية و الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية يخضع لأحكام الأمر عدد 2501 لسنة 2009 المؤرخ في 3 سبتمبر 2009 المتعلق بالخطط الوظيفية لأعوان أسلاك الأطباء والصيادلة و أطباء الأسنان العاملين بمختلف أصناف المؤسسات الاستشفائية والصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية مضيفا بأنه و نظرا لعدم حصول شغور بمصلحة من ذات اختصاص العارضة فإنه لا يسوغ لها و الحالة تلك إرغام الإدارة على بعث مصلحة معينة و تسميتها على رأسها وفيما يخص الفرع المتعلق بالتعويض فقد اعتبر بأن طلبات المدعية تندرج في إطار الضرر المحتمل الذي لا عمل عليه في القضاء المدني باعتبار أن المصلحة التي تريد العارضة العمل بها لم يقع إحداثها و لم يقع إعلان شغور بشأنها طالبا في الأخير رفض الدعوى.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من نائب المدعية بتاريخ 5 ديسمبر 2009 و الذي أفاد من خلاله أن العارضة لم تطلب إسنادها إدارة مصلحة استكشاف وظائف التنفس بإحدى المؤسسات الاستشفائية و إنما إلحاقها بمؤسسة استشفائية يتوفر فيها اختصاصها ، كما أنه ونظرا إلى أن مستشفى عبد الرحمان مامي يتوفر فيه قسم مختص في استكشاف وظائف التنفس دون أن يشرف عليه مختص في هذا المجال و أنها الأستاذة المبرزة الوحيدة في تونس الكبرى المختصة في مجال استكشاف وظائف التنفس فإنه لا يوجد أي مبرر قانوني أو واقعي لعدم إلحاقها بهذا القسم وتمكينها من إدارته أما بخصوص السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في مجال إسناد الخطط الوظيفية فقد اعتبر نائب العارضة أن هذه السلطة تحكمها ضوابط و مبادئ لا يمكن الحياد عنها و هذه السلطة تكون دائما خاضعة لرقابة القضاء تجنبا لكل تجاوز للسلطة طالبا في الأخير القضاء طبقا لطلباته المضمنة بعريضة الدعوى.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من وزير الصحة بتاريخ 21 جانفي 2010 و الذي طلب من خلاله رفض الدعوى شكلا لرفعها خارج أجل الشهرين المنصوص عليه بالفصل 37 من

القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية باعتبار أن العارضة قامت بتاريخ 8 جويلية 2008 بتوجيه مطلب مسبق إلى وزير الصحة قصد تعيينها بقسم استكشاف وظائف التنفس بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة في حين أنها لم تقم برفع الدعوى الماثلة إلا بتاريخ 26 ماي 2009 أما من حيث الأصل فقد أكد بأن الإدارة لم تؤول طلب العارضة عندما اعتبرت أنها ترغب إسنادها خطة وظيفية و ذلك بالاستناد إلى طلباتها المضمنة صلب عريضة الدعوى ومطلبها الموجه لوزير الصحة العمومية بتاريخ 24 فيفري 2009 مضيفا بأن تعيين المدعية بمؤسسة استشفائية بأي صفة كانت لا يقتصر على طلبها بل يخضع لشروط وضوابط فضلا على أن مخبر الاستكشاف الوظيفي لجهاز التنفس بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة لا يمكنه حسب إمكانياته الحالية استيعاب قسم مستقل الذات للاستكشاف الوظيفي لجهاز التنفس مما حدا بإدارة المستشفى إلى الاقتصار على بعث وحدة في الموضوع يشرف عليها مختص في أمراض الرئة.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بتاريخ 11 مارس 2010 و الذي أفاد من خلاله أن هيكلة المصالح الإدارية و ضبط دواليبها وسيرها يعود إلى السلطة العامة دون غيرها و عليه فإن بعث أي هيكل أو مرفق عمومي مرتبط بمدى حاجة مستعملي ذلك الهيكل أو المرفق و ليس لإرضاء عون عمومي طالبا على هذا الأساس القضاء برفض الدعوى لكونها ترمي إلى توجيه أوامر إلى الإدارة أو حلول القاضي محلها في تصريف شؤونها.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من نائب المدعية بتاريخ 23 مارس 2010 و الذي طلب من خلاله رد الدفع الشكلي للمكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة و المتعلق برفض الدعوى شكلا لوردوها خارج الآجال القانونية لرفع دعوى تجاوز السلطة، ضرورة أن الترقيات والتسميات تعد حقوقا مستمرة اعتبارا لصبغتها الدورية و أن آجال التقاضي في شأنها تسري انطلاقا من آخر مطلب تم تقديمه في الغرض أي المطلب المقدم بتاريخ 24 فيفري 2009 علما و أن المراسلات السابقة الصادرة عن المدعية قبل هذا التاريخ لا تشكل و لا تعني تظلما على معنى الفصل 37 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية ، و ردا على إدعاء الإدارة بأن مخبر الاستكشاف الوظيفي لجهاز التنفس بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة لا يمكنه حسب إمكانياته الحالية استيعاب قسم مستقل الذات للاستكشاف الوظيفي لجهاز التنفس فقد أفاد نائب المدعية بأن منوبته قامت بتكليف العدل المنفذ الأستاذ بتاريخ 12 مارس 2010 بمعاينة المستشفى المذكور الذي

انتهى إلى الإقرار بوجود قسم بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة مختص في الاستقصاءات الوظائفية للجهاز التنفسي وأن محدودية نشاط هذه المصلحة يعزى إلى عدم وجود أطباء مختصين في الفيزيولوجيا والاستكشاف الوظيفي للجهاز التنفسي فضلا عن فقدان كلي لصيانة المعدات العلمية و الطبية المستعملة للقيام بالاستكشاف مضيفا بأن الطبيب الأخصائي في أمراض الرئة ، المشرف على القسم أو ما سمته الإدارة بالوحدة، له فكرة شمولية عامة على الاستكشافات الوظيفية ولا يمكنه الولوج في جزئيات وخصوصيات علمية و تقنية دقيقة تؤمن صحة و دقة التحاليل و الكشوفات التي تجرى على المريض على مستوى جهازه التنفسي مجددا طلبه المتعلق بتعيين منوبته لإدارة مصلحة استكشاف وظائف الجهاز التنفسي بإحدى المؤسسات الاستشفائية لكونها أستاذة محاضرة مبرزة استشفائية و لأن البطاقة البيانية لأجرها تضمن تمتعها شهريا بمنحة قدرها سبعمائة و ثلاثة و عشرون دينارا (723,000 د) بعنوان منحة العمل الاستشفائي وهي التي لم يسبق لها مطلقا مباشرة الطب والحال أنها طبيبة ولأن الأمر عدد 772 لسنة 2009 المؤرخ في 28 مارس 2009 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بالسلك الطبي الاستشفائي الجامعي و الذي تضمن فصله الثالث أن السلك المذكور يخضع لنظام 36 ساعة عمل في الأسبوع ويغطي التعليم الجامعي و النشاط المتعلق بالعلاج والوقاية.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من نائب المدعية بتاريخ 6 أفريل 2010 ردا على تقرير المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة الوارد على المحكمة بتاريخ 11 مارس 2010 والذي أكد فيه بأنه لم يقم بتوجيه أوامر للإدارة بل اكتفى بطلب تمكين منوبته من مباشرة مهنة الطب طبقا لاختصاصها، طالبا في الأخير الحكم لصالح الدعوى .

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من وزير الصحة بتاريخ 18 ديسمبر 2010 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته و طلباته السابقة في الرد على عريضة الدعوى و التقارير اللاحقة بها.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بتاريخ 30 مارس 2011 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته و طلباته السابقة في الرد على عريضة الدعوى و التقارير اللاحقة بها.

و بعد الإطلاع على ما يفيد استدعاء الطرفين بالطريقة القانونية لجلسة المرافعة المعينة ليوم 2 ديسمبر 2011 و بها تم الاستماع إلى المستشارة المقررة الآنسة نادية نويرة في تلاوة لملخص تقريرها الكتابي ، و حضرت الأستاذة نيابة عن الأستاذ نائب المدعية و تمسكت،

و لم يحضر من يمثل وزير الصحة و بلغه الاستدعاء، و حضر ممثل المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة و تمسك بها و بعد المفاوضة القانونية أصدرت المحكمة الحكم التحضيري بتاريخ 30 ديسمبر 2011 والقاضي بإرجاع القضيّة إلى طور التحقيق لمطالبة وزارة الصحة بمد المحكمة بنسخة من قرار وزير الصحة العمومية المتعلق بتحديد الأقسام الطبية و الصيدلية بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة كإدخال المستشفى المذكور في نطاق المنازعة و القيام باستكمال ما تستوجبه القضية من إجراءات تحقيق إضافية.

و بعد الإطلاع على التقرير المدلى به من الأستاذ نيابة عن مدير مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة بتاريخ 18 فيفري 2012 و الذي اعتبر فيه أن العارضة لا يمكنها فرض انتدابها من قبل وزارة الصحة لأن الانتداب بالوظيفة العمومية يخضع للسلطة التقديرية للإدارة وخاصة فيما يتعلق بالخطط الوظيفية العليا كرئيس قسم استشفائي مستشهدا في ذلك بأحكام الفصل 32 من القانون عدد 63 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالتنظيم الصحي و الذي ينص والذي ينص على أنه :" تقع تسمية الأطباء و الصيادلة و أطباء الأسنان في خطة رؤساء أقسام استشفائية بمقتضى أمر بناء على اقتراح من وزير الصحة العمومية و ذلك لمدة أقصاها خمس سنوات. ويمكن تسميتهم من جديد لنفس المدة و بنفس الصيغ أو تعويضهم في مهامهم بعد تقييم لأنشطتهم. وتبعث لهذا الغرض لجنة استشارية للتقييم لدى وزير الصحة العمومية.تضبط بمقتضى أمر معايير التقييم و تركيبة اللجنة الاستشارية للتقييم و طرق تسييرها." مؤكدا في نفس السياق على أن تعيين الأطباء في خطة رؤساء أقسام استشفائية يتم بمقتضى أمر صادر عن رئيس الجمهورية بناءا على اقتراح من وزير الصحة أي أن التعيين في هذه الخطة الخطيرة لا يتم إلا باقتراح من وزير الصحة الذي له حرية تقييم المرشح لشغل هذه الخطة بناءا على ما له من مؤهلات و خبرة، الأمر الذي يفرض وجوبا توفر منصب شاغر في أحد المستشفيات العمومية و وجود طبيب له المؤهلات العلمية والخبرة لشغل هذه الخطة مضيفا بأن اقتراح وزير الصحة يفترض طلب رأي المستشفيات العمومية التي تقترح شغل خطة رئيس قسم استشفائي تبعا لإنهاء خطة رئيس قسم سابق بعد تقييم أدائه أو تبعا لإنشاء قسم جديد بأحد المستشفيات يحتاج منطقيا إلى رئيس قسم لإدارته و للغرض يطلب وزير الصحة من اللجنة الطبية بالمستشفى العمومي إبداء رأيها بخصوص تعيين أحد الأطباء كرئيس قسم والتي بوصفها لجنة استشارية تبدي رأيها الذي يعكس دائما متطلبات المؤسسة الاستشفائية إلا أن رأيها يبقى استشاريا بحتا باعتبار أن ليس لها رفض تعيين رئيس قسم بمستشفى إن وقع اقتراحه من طرف الوزير

و صدور أمر رئاسي في تعيينه، كما أفاد بأن المدعية قامت بتقديم مطلب إلى وزير الصحة وإلى المستشفى الذي راسل وزير الصحة بهذا الخصوص بعد عرض المطلب على اللجنة الطبية بمستشفى عبد الرحمان مامي إلا أن اللجنة الطبية المذكورة عبرت عن رأيها بعدم جدوى انتداب العارضة كرئيس قسم الاستكشاف الوظيفي النفسي و المعالجة الفيزيائية في مراسلتها المضمنة تحت عدد 1002 المؤرخة في 23 أفريل 2009 لأن الشهائد العلمية التي تحصلت عليها المدعية لا يمكنها الاستجابة لمتطلبات قسم الاستكشاف الوظيفي النفسي الذي يحتوي كذلك على مخبر استكشاف الأمراض النفسية المرتبطة بخلل النوم بسبب حاجة القسم المذكور ، في صورة شغور المنصب، لطبيب يكون له اختصاص مزدوج : اختصاصي في علم الأمراض السريرية و له تكوين في أمراض الصدرية وله معرفة و دراية كبيرة في أمراض الجهاز التنفسي علما و أن قسم الاستكشاف الوظيفي التنفسي والمعالجة الفيزيائية لم يكن بدون رئيس قسم بل كان يديره الأستاذ إلا إذا خلصت المدعية بأن هذا الأخير غير كفء و يمكن أن تعوضه في إدارة القسم المذكور مؤكدا على أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية للبحث عن مدى التلاؤم بين مؤهلات الطالبة ومتطلبات المستشفى حتى لا يكون الانتداب خاصة في الخطط العليا عشوائيا و اعتباطيا أما عن طلب المدعية المتعلق بالترخيص في ممارسة النشاط الخاص التكميلي فقد أفاد بأن المستشفى يتمتع بالسلطة التقديرية في قبول المدعية ضمن اتفاقية أو لا علما و أن الترخيص الوزاري الممنوح للمدعية في هذا الصدد لا يقيد إلا المستشفى و نظرا إلى أنه لم يبرز من أوراق الملف أن الإدارة قد انحرفت بسلطتها أو ارتكبت خطأ فادحا في التقدير و تصرفت في إطار ما لها من سلطة تقديرية في قبول التعيين بخطة أو رفض ذلك فقد اعتبر أن الدعوى الماثلة في غير طريقها و مجردة و من المتعين رفضها.

و بعد الإطلاع على التقرير المدلى به من وزير الصحة العمومية بتاريخ 22 فيفري 2012 والذي أدلى من خلاله بنسخة من قرار وزير الصحة المتعلق بتحديد الأقسام الطبية و الصيدلية بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة.

و بعد الإطلاع على التقرير المدلى به من مدير مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة بتاريخ 2 مارس 2012 والذي أفاد من خلاله أنه قام بموافاة المحكمة بملاحظاته بخصوص دعوى الحال عن طريق محاميه الأستاذ بتاريخ 18 فيفري 2012.

و بعد الإطلاع على التقرير المدلى به من نائب المدعية بتاريخ 27 مارس 2012 و الذي أفاد من خلاله بأنه لم يسبق لمنوبته أن طلبت فرض انتدابها على وزارة الصحة العمومية و أن الإشكال القانوني و الواقعي المطروح هو أن منوبته تم انتدابها منذ شهر أفريل 1994 برتبة مساعد استشفائي جامعي في الطب و هي رتبة تخول لها الحق في ممارسة الطب في مؤسسة استشفائية في ميدان اختصاصها طبقا لأحكام الأمر عدد 772 لسنة 2009 المؤرخ في 4 مارس 2009 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بالسلك الطبي الاستشفائي الجامعي و خاصة الفصل 3 منه الذي ينص على أنه يتعين على السلك الطبي الاستشفائي الجامعي القيام بثلاثة أنشطة وهي التعليم الجامعي و النشاط المتعلق بالعلاج و الوقاية و النشاط البحثي و هو حق لم تتوصل له مطلقا بفعل الإدارة و تعنتها علما و أنها ما فتئت تطالب حسب مراسلاتها العديدة الموجهة لوزارة الصحة العمومية بإلحاقها بمصلحة استكشاف وظائف الجهاز التنفسي و ردا على ما جاء بتقرير نائب مدير مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة بأن القسم المذكور يحتاج إلى طبيب ذو اختصاص مزدوج فقد اعتبر بأنه تحليل يحمل في طياته غموضا كبيرا و ينتابه خلل و تناقض تام مع مقتضيات قرار وزير الصحة العمومية لسنة 2004 الصادر بالرائد الرسمي عدد 27 لسنة 2004 المؤرخ في 2 أفريل 2004 كما تم تنقيحه بالقرار المؤرخ في 23 مارس 2005 الصادر بالرائد الرسمي عدد 43 لسنة 2005 المؤرخ في 31 ماي 2005 المتعلق بضبط شروط وقواعد الاعتراف بالاتصاف الفني للأطباء للممارسة بصفة متخصصين و مقتدرين والذي ينص فصله السابع على أن الفيزيولوجيا و الاستكشاف الوظيفي هو اختصاص طبي في حد ذاته متكامل العناصر و لا فائدة في تعدد الاختصاص والتكوين لغير المتخصصين في هذا المجال للحلول محلهم فهذا مكلف و غير مجدي وغير منطقي لأن التخصص الدقيق شرط أساسي للرقي المعرفي و تقدم العلوم إلى جانب العمل على التعاون والتكامل بين مختلف الاختصاصات كما ينص الفصل 6 منه على أنه يجب على الأطباء الذين لهم صفة متخصصين تقديم الالتزام بالاقتصار على ممارسة اختصاصهم علما بأن الاختصاص في الفيزيولوجيا و استكشاف وظائف الجهاز التنفسي يتطلب تكوينا معمقا في مادتي الفيزيولوجيا والفيزيوباتولوجيا كما يتطلب تكوينا هاما في المخابر المختصة. كما أفاد بأن الاستكشافات تتم بناءا على طلب تتقدم به أقسام استشفائية مختلفة منها أقسام الرئة و الطب الباطني و طب السريرية و أن المختص في هذا المجال لا يقوم بعلاج المرضى بل يحدد الاضطرابات الناجمة عن الأمراض التي تمس هذا الجهاز وأن المختص في الفيزيولوجيا و استكشاف وظائف التنفس يقوم بدور المساعدة و العون للأطباء من اختصاصات متعددة قصد تشخيص المرض

ومدى خطورته ومتابعة العلاج مؤكدا على أن الخبرة والكفاءة و المؤهلات العلمية التي اكتسبتها منوبته في مجال اختصاصاتها تجعلها الأخصائية الوحيدة في تونس الكبرى في ميدان اختصاصها. كما اعتبر أن الإشكال في دعوى الحال يتجاوز منوبته فلا مجال للتكوين و التأطير في هذا الاختصاص القائم بذاته لعدم وجود الهياكل اللازمة للنهوض بهذا الاختصاص وتطويره بتونس العاصمة و هو ما جعل الأطباء الجدد ينفرونه مضيفا بأن الدكتور علي بن خذر المختص في أمراض الرئة يدير قسما بالمستشفى في هذا الاختصاص و يدير كذلك بالنيابة ومنذ عدة سنوات قسم الاستكشاف الوظيفي التنفسي بدون تواجد أي مختص في هذا المجال بهذا القسم ونتيجة لهذه الوضعية فإن أداء قسم الاستكشاف الوظيفي التنفسي بمستشفى عبد الرحمان مامي محدود جدا من حيث الكم والكيف والتنوع مقارنة بالأقسام المتواجدة بمستشفيات سوسة وصفاقس التي يديرها مختصون و الحال أن هذا القسم كان بإمكانه أن يؤدي دورا إيجابيا لا فقط على مستوى تقديم الخدمات للمرضى و تطويرها والنهوض بالبحث و العلاج و التكوين بل كذلك عبر تحقيق مرابيح للدولة نتيجة للاستغلال الأمثل والكامل للمعدات و التجهيزات و تطوير الاستكشاف بما يقلص من عدد أيام الإقامة بالمستشفى للمرضى من ذوي القصور المزمن في الجهاز التنفسي كما أفاد بأن الرأي الاستشاري لمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة المتعلق بإلحاق منوبته بقسم استكشاف وظائف الجهاز التنفسي لم يصدر عن مجلس إدارته الهيكل الرسمي و القانوني الوحيد طبقا للأمر عدد 1844 لسنة 1991 المؤرخ في 2 ديسمبر 1991 المتعلق بضبط التنظيم الإداري و المالي للمؤسسات العمومية للصحة و كذلك طرق تسييرها و أن وزارة الصحة أقرت بوجود قسم الاستكشاف الوظيفي التنفسي و المعالجة الفيزيائية بمستشفى عبد الرحمان مامي و هو قسم مستقل بذاته كما يوجد قسم مستقل بذاته تحت عنوان قسم العيادات الخارجية يتكون من وحدتين : وحدة أمراض الرئة و وحدة علم الأمراض الأرجية و هما قسمان يشرف عليهما طبيب واحد مختص في أمراض الرئة و الحال أن الوزارة سبق لها التصريح بأن المستشفى المذكور ليس به قسم مستقل بذاته للاستكشاف الوظيفي للجهاز التنفسي علما و أن النصوص القانونية تمنع الجمع بين اختصاصين اثنين في الطب و هو ما ثبت في دعوى الحال مقابل ثبوت منع المدعية بدون موجب من مباشرة اختصاصها ثم طلب في الأخير القضاء لصالح الدعوى.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من الأستاذ ، نيابة عن مدير مستشفى عبد الرحمان مامي بتاريخ 5 أفريل 2012 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته السابقة كما أفاد بأن اللجنة الطبية الإستشارية لم يقع تنظيمها بنص و إنما تم التعرض لها بالفصل 32 من القانون عدد 63

لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالتنظيم الصحي و ذكر أنها تابعة لوزارة الصحة و لدى وزير الصحة بالتخصيص و أنه و بعد إصدار الأمر عدد 1844 لسنة 1991 المؤرخ في 2 ديسمبر 1991 المتعلق بضبط التنظيم الإداري والمالي للمؤسسات العمومية للصحة وكذلك طرق سيرها تم إحداث لدى كل مؤسسة عمومية للصحة العمومية لجنة طبية تتولى الإجابة عن كل طلب يتقدم به وزير الصحة أو مجلس الإدارة ، مضيفا بأن عدد أعضاء اللجنة الطبية و طرق انتخابهم وقع تنظيمه بموجب القرار الصادر عن وزير الصحة العمومية بتاريخ 30 ديسمبر 1991 كما أفاد بأنه لم يصدر أمر في إسناد الدكتور علي بن خذر خطة رئيس قسم الاستكشاف الوظيفي التنفسي والمعالجة الفيزيائية و إنما تم ذلك بموجب تكليف داخلي تبعا لإحداث القسم المذكور و عدم تسمية رئيس قسم له و حتى لا يحدث اضطراب بالقسم المذكور فإنه يقع تكليف أحد الأساتذة الأطباء بالإشراف على القسم في انتظار تكليف أحد الأطباء بأمر و هو أمر دارج بجميع المستشفيات التونسية.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من الأستاذ نيابة عن مدير مستشفى عبد الرحمان ماي بتاريخ 4 ماي 2012 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته السابقة كما أكد على عدم اختصاص منوبه في إسناد الخطط الوظيفية طالبا على هذا الأساس إخراجه من نطاق المنازعة بصفة أصلية و رفض الدعوى احتياطيا.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بتاريخ 15 ماي 2012 و الذي اعتبر من خلاله أن إصرار المدعية على تسميتها على رأس مصلحة استكشاف الوظيفي التنفسي و المعالجة الفيزيائية تندرج ضمن رغباتها فحسب باعتبارها متخصصة في الميدان و لا يمكن أن تتحول هاته الرغبات إلى حقيقة بمحض إرادتها و بمجرد تقديم مطلب في الغرض ولا يمكن بالتالي للمحكمة أن تأمر الإدارة بتحقيق هذه الرغبات معتبرا أن موضوع الدعوى بات محسوما ماديا و قانونيا و اتجه حجز القضية للمرافعة و الحكم برفض الدعوى.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من وزير الصحة بتاريخ 7 جوان 2012 و الذي أكد من خلاله تقديمه لملاحظاته بخصوص الدعوى الماثلة.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من الأستاذ بتاريخ 24 سبتمبر 2012 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته السابقة.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من الأستاذ نائب المدعية بتاريخ 26 ديسمبر 2012 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته السابقة كما أفاد بأن الرأي الاستشاري لمستشفى عبد الرحمن مامي بخصوص إلحاق المدعية بقسم استكشاف وظائف الجهاز التنفسي لم يصدر عن مجلس إدارته الذي يعتبر الهيكل الرسمي و القانوني الوحيد طبقا للأمر عدد 1844 لسنة 1991 المؤرخ في 2 ديسمبر 1991 المتعلق بضبط التنظيم الإداري و المالي للمؤسسات العمومية للصحة و كذلك طرق تسييرها طالبا في الأخير حجز القضية للمرافعة و الحكم طبقا لطلباته المضمنة بعريضة الدعوى.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من نائب المدعية بتاريخ 5 مارس 2013 و الذي طلب من خلاله إلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بأن يؤدي لمنوبته مبلغا قدره ستة مائة ألف دينار (600.000,000 د) تعويضا لها عن ضررها المادي و مبلغا قدره أربعمائة ألف دينار (400.000,000 د) تعويضا لها عن ضرر المعنوي و ألفي دينار (2.000,000 د) لقاء أتعاب التقاضي و المحاماة مع تحميل الإدارة كافة المصاريف القانونية وحفظ الحق فيما زاد على ذلك.

و بعد الاطلاع على التقرير المدلى به من المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بتاريخ 14 مارس 2013 و الذي تمسك من خلاله بملحوظاته السابقة.

وبعد الاطلاع علـــى بقيّـــة الأوراق المظروفة بالملف وعلى ما يفيد استيفاء إجراءات التحقيق في القضيّة.

وبعد الاطلاع على القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في أوّل جوان 1972 والمتعلّق بالمحكمة الإدارية مثلما تمّ تنقيحه وإتمامه بالنصوص اللاحقة له وآخرها القانون الأساسي عدد 2 لسنة 2011 المؤرّخ في 3 جانفي 2011.

و بعد الإطلاع على القانون عدد 63 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالتنظيم الصحي.

و بعد الاطلاع على الأمر عدد 1844 لسنة 1991 المؤرخ في 2 ديسمبر 1991 المتعلق بضبط التنظيم الإداري والمالي للمؤسسات العمومية للصحة و كذلك طرق سيرها.

و بعد الاطلاع على الأمر عدد 772 لسنة 2009 المؤرخ في 28 مارس 2009 المتعلق بضبط النظام الأساسي الخاص بالسلك الطبي الاستشفائي الجامعي.

و بعد الاطلاع على الأمر عدد 2501 لسنة 2009 المؤرخ في 3 سبتمبر 2009 المتعلق بالخطط الوظيفية لأعوان أسلاك الأطباء و الصيادلة و أطباء الأسنان العاملين بمختلف أصناف المؤسسات الاستشفائية والصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية.

وبعد الاطلاع على ما يفيد استدعاء الطرفين بالطريقة القانونيّة لجلسة المرافعة المعيّنة ليوم 14 جوان 2013 و بها تم الاستماع إلى المستشارة المقررة الآنسة في تلاوة ملخص لتقريرها الكتابي و حضر الأستاذ و أتى على جميع ملابسات القضية مستشهدا بجملة من الوثائق التي تؤكد طلباته و حضرت ممثلة المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة و في حق رئيس الحكومة و تمسكت بالردود و لم يحضر الأستاذ و بلغه الاستدعاء.

حجزت القضيّة للمفاوضة والتصريح بالحكم لجلسة يوم 12 جويلية 2013.

وبهـــا وبعد المفـــاوضة القـــانونيّـــة صرّح بمـــا يلـــي:

عن الفرع الأول من الدعوى المتعلق بالإلغاء :

من جهة الشكل:

حيث دفع وزير الصحة برفض الدعوى شكلا لرفعها خارج الآجال القانونية المنصوص عليهـــا بالفصل 37 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية باعتبار أن العارضة قامت بتاريخ 8 جويلية 2008 بتوجيه مطلب مسبق إلى وزير الصحة قصد تعيينها بقسم استكشاف وظائف التنفس بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة في حين أنها لم تقم بدعوى الحال إلا بتاريخ 26 ماي 2009.

حيث استقر عمل هذه المحكمة على تعريف المطلب المسبق بأنه التظلم الذي يتقدم به المدعي إلى السلطة المصدرة للقرار المطعون فيه أو إلى سلطة مرتبطة بها ارتباطا عضويا أو تشترك معها في تأديـــة وظائفها طالبا من خلاله أن تعيد النظر في تصرفها إما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله أو باستبداله، بعد أن يبصرها بوجه الخطأ الذي ارتكبته قصد تمكينها من فرصة مراجعة موقفها قبل اللجوء إلى قاضـــي الإلغاء.

و حيث يتبين بالرجوع إلى المراسلات المختلفة التي وجهتها العارضة لوزير الصحة و لمدير مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة و خاصة منها المطلب المقدم لوزير الصحة في 24 فيفري 2009 الذي جاء فيه أنها ترمي إلى مطالبة جهة الإدارة بمراجعة موقفها المتعلق برفض تمكينها من رئاسة قسم استكشاف وظائف التنفس بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة و هو طلب يستدعي جوابا بالرفض أو بالقبول ، مما يجعلها مطالب مسبقة على معنى الفصل 37 من القانون المتعلق بالمحكمة الإدارية.

و حيث أن مطالب العارضة الرامية إلى إسنادها خطة رئيس قسم استشفائي جامعي تعد من فئة مطالب تسوية وضعية إدارية و مالية التي تدخل في ضمن زمرة الحقوق المستمرة والتي يجوز تكرار المطالب بشأنها و يتم احتساب آجال الطعن فيها انطلاقا من آخر مطلب مسبق دون الالتفات إلى التظلمات التي سبقته.

و حيث بالرجوع إلى ملف التداعي يتبين أن آخر مطلب مسبق تقدمت به المدعية لوزير الصحة كان بتاريخ 24 فيفري 2009 مما يجعل قرار الرفض الضمني لوزير الصحة يتولد بتاريخ 24 أفريل 2009 الأمر الذي يكون معه قيام العارضة بتاريخ 26 ماي 2009 صحيحا لوروده داخل الآجال القانونية لرفع دعوى تجاوز السلطة المنصوص عليها صلب الفصل 37 من القانون المتعلق بالمحكمة الإداريّة.

حيث رُفع هذا الفرع من الدّعوى في ميعاده القانوني ممّن له الصّفة والمصلحة واستوفى جميع مقوّماته الشكلية الأساسية وكان بذلك حريّا بالقبول من هذه الناحية.

من جهة الأصل:

حيث تهدف الدعوى الماثلة إلى إلغاء قرار وزير الصحة القاضي برفض تعيين المدعية لإدارة مصلحة استكشاف وظائف الجهاز التنفسي بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة خاصة وأن به قسم مختص في استكشاف وظائف التنفس لا يشرف عليه مختص في هذا المجال و أنها الأستاذة المبرزة الوحيدة في تونس الكبرى المختصة في مجال استكشاف وظائف التنفس.

و حيث دفع كل من وزير الصحة و نائب مدير مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة بعدم إمكانية الاستجابة لطلب العارضة أولا لأن الانتداب بالوظيفة العمومية يخضع للسلطة التقديرية للإدارة و خاصة فيما يتعلق بالخطط الوظيفية العليا كرئيس قسم استشفائي و فضلا عن كل ذلك فإن

إسناد الخطط الوظيفية لأعوان أسلاك الأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان العاملين بمختلف أصناف المؤسسات الاستشفائية و الصحية التابعة لوزارة الصحة العمومية يخضع لأحكام الأمر عدد 2501 لسنة 2009 المؤرخ في 3 سبتمبر 2009 و خاصة فصله الثاني الذي مكن الإدارة من صلاحيات تقديرية واسعة يسوغ لها على أساسها منح الخطط الوظيفية لأعوانها الذين ترى فيهم الكفاءة والقدرة على تسيير وإدارة مصالحها على الوجه الأكمل ، ثانيا لأن مخبر الاستكشاف الوظيفي لجهاز التنفس مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة لا يمكنه حسب إمكانياته الحالية استيعاب قسم مستقل الذات للاستكشاف الوظيفي لجهاز التنفس لذا تم الاقتصار على بعث وحدة في الموضوع خاصة و أن هيكلة المصالح الإدارية وضبط دواليبها و سيرها يعود إلى السلطة العامة دون غيرها و عليه فإن بعث أي هيكل أو مرفق عمومي مرتبط بمدى حاجة مستعملي ذلك الهيكل أو المرفق و ليس لإرضاء عون عمومي، ثالثا لعدم وجود شغور بمستشفى عبد الرحمان مامي من اختصاص المدعية خاصة و أن الأستاذ يشرف على قسم الاستكشاف الوظيفي التنفسي والمعالجة الفيزيائية بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة.

و حيث استقرّ فقه قضاء هذه المحكمة على اعتبار أنّ السلطة التقديرية لا تعني السلطة المعفاة من كلّ رقابة طالما أنّ القول بخلافه يجعل منها سلطة مطلقة ويؤول في نهاية المطاف إلى إعفاء القرارات الإدارية الصادرة في إطارها من الخضوع إلى مبدأ الشرعية من جهة، ومن جهة أخرى إلى منع قاضي الإلغاء من ممارسة وظيفته القانونية في مراقبة هذه القرارات .

حيث تسند الخطط الوظيفية إلى أعوان الوظيفة العمومية زيادة على الخطط التي يشغلونها بعنوان رتبهم و يمارسون بمقتضاها مسؤوليات محددة صلب هياكل الإدارة التي يتبعونها و تتمتع الإدارة في هذا الإطار بسلطة تقديرية تراعي من خلالها إمكانياتها المادية و مدى استجابة إحداث مصلحة لاحتياج واقعي و ثابت.

و حيث أن إسناد خطة وظيفية يقتضي توفر شرطين أساسين وهما توفر المصلحة بالهيكل التنظيمي للإدارة المعنية و تنصيص الأمر الترتيبي المتعلق بالهيكل التنظيمي للإدارة المعنية على أن المصلحة المعنية يشرف عليها موظف عمومي تسند له خطة معينة.

و حيث من الثابت بالرجوع إلى قرار وزير الصحة المؤرخ في 26 ماي 2011 والمتعلق بضبط عدد أقسام مستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة و طبيعتها و طاقة استيعابه أن المستشفى المذكور

يتضمن قسما خاصا بالاستكشاف الوظيفي التنفسي و المعالجة الفيزيائية يشرف عليه مختص تسند له خطة وظيفية.

و حيث ، خلافا لما دفعت به جهة الإدارة ، فقد ثبت من أوراق الملـــف و خاصـــة محاضـــر جلسات اللجنة الطبية بمستشفى عبد الرحمان مامي وجود حاجة لتطوير قسم استكشاف وظـــائف الجهاز التنفسي و شراء معدات و تكوين أطباء مختصين في الغرض ، و هو ما يؤكد وجود احتيـــاج واقعي و ثابت لتعيين رئيس قسم يشرف عليه.

و حيث أن قرار رفض تعيين المدعية في رئاسة قسم استكشاف وظائف الجهاز التنفسي تأسس على رأي اللجنة الاستشارية التي استندت إلى رأي رئيس القسم الذي نصحهم بعدم الاستجابة لطلب المدعية دون أن يكون رأيه مبنيا على قواعد علمية و على تقييم موضوعي لمؤهلاتها خاصـــة و أنهـــا مختصة في هذا المجال.

و حيث ترتيبا على ما سبق يكون قرار وزير الصحة الرافض تمكين المدعية من خطة رئيس قسم استشفائي جامعي بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة بناء على رأي اللجنة الاستشارية غير المعلل غير مؤسس واقعا و قانونا الأمر الذي يتجه معه إلغاءه.

عن فرع الدعوى الثاني المتعلق بالتعويض:

من جهة الشكل:

حيث رُفع هذا الفرع من الدّعوى في ميعاده القانوني ممّن له الصّفة والمصلحة واستوفى جميع مقوّماته الشكلية الأساسية وكان بذلك حريّا بالقبول من هذه الناحية.

من جهة الأصل:

حيث طلب نائب المدعية إلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بأن يـــؤدي لمنوبته مبلغا قدره ستة مائة ألف دينار (600.000,000 د) تعويضا لها عن ضررها المادي و مبلغا قدره أربعمائة ألف دينار (400.000,000 د) تعويضا لها عن ضررها المعنوي.

و حيث أن الإدارة لا تكون مسؤولة عما صدر عنها من مقررات إدارية إلا متى ثبتت عـــدم شرعيتها أو صرح بإلغائها لأجل ذلك عملا بأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 17 من القانون عـــدد 40 لسنة 1972 المتعلق بالمحكمة الإدارية.

و حيث طالما ثبت أن القرار المراد التعويض على أساسه هو قرار غير شـــرعي فـــإن مطلـــب التعويض يعد مؤسسا واقعا و قانونا.

و حيث ترى هذه المحكمة بما لها من سلطة تقديرية عدم جدوى اللجوء إلى الاختبار خاصة وأن الاختبار هو وسيلة استقرائية يهدف إلى تمكين القاضي من إيضاح النقاط التي تبدو غامضـــة صـــلب ملف الدعوى ، مما يكون معه اللجوء إلى الاختبار خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي المتعهد بـــالملف ضرورة أنه الأعلم و الأدرى بحاجة النزاع إلى إجراء الاختبار من عدمه.

و حيث ولئن ثبت كما سبق بيانه عدم شرعية قرار وزير الصحة الرافض تســـمية المدعيـــة في خطة رئيس قسم استشفائي جامعي بمستشفى عبد الرحمان مامي بأريانة إلا أن إلغاء هذا القـــرار لا يؤول ضرورة إلى تسمية المدعية في الخطة المذكورة و إنما إلى إعادة النظر في ملفها و إعادة تقييمـــه مجددا بالاعتماد على معايير و مقاييس موضوعية تضمن المساواة بين جميع المترشحين للخطة ، الأمـــر الذي يتجه معه رفض طلب العارضة المتعلق بالحصول على تعويض عن الضرر المادي ضرورة أن هذا الأخير يعد من قبيل الأضرار المحتملة و الافتراضية.

و حيث أن التعويض عن الضرر المعنوي يجد أساسه في واجب الإنصاف الذي يحدو القاضـــي الإداري وينصبّ على الأحاسيس والشعور بغية المواساة والتخفيف من الآلام أو المعاناة النفســـية أو الأسى أو الحسرة، على أن لا يتحوّل ذلك التعويض إلى وسيلة للإثراء بدون سبب باعتبار أنّ تقدير غرم الضرر المعنوي لا يخضع إلى مقاييس موضوعية وإنّما يخضع إلى اجتهاد القاضي الذي يقرّره وفق ما يمتلك من سلطة تقديرية وحسب نوعية الضرر المعنوي إن كان نيلا من الشعور أو السمعة أو غير ذلك من أسباب الضرر المعنوي.

و حيث تقدر المحكمة للمدعية مبلغ عشر ألاف دينار (10.000,000 د) لقـــاء ضـــررها المعنوي

عن أتعاب التقاضي و أجرة المحاماة :

حيث طلب نائب المدعية إلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة أن يـــؤدي لمنوبته مبلغا قدره ألفي دينار (2.000,000 دينار) لقاء أتعاب التقاضي و أجرة محاماة .

و حيث لئن كان الطلب وجيها من جهة المبدأ طالما أفلحت المدعية في دعواها فإنه اتسم بالشطط فيما يخص أتعاب المحاماة و اتجه لذلك تعديل المطلوب إلى مبلغ قدره أربعمائة وخمسون دينارا (450.000 دينار).

ولـــهـــذه الأسبـــــــاب:

قضت المحكمـــة ابتدائيـــا:

أوّلا: قبول الدعوى في فرعها المتعلق بالإلغاء شكلا و أصلا و إلغاء القرار المطعون فيه.

ثانيا: قبول الدعوى في فرعها المتعلق بالتعويض شكلا و في الأصل بإلزام لمكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة بأن يؤدي للمدعية مبلغ عشرة آلاف دينار (10.000,000 د) لقاء ضررها المعنوي و رفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

ثالثا : حمل المصاريف القانونية على الجهة المدعى عليها كإلزامها بأن تؤدي للمدعية مبلغ أربعمائة وخمسون دينار (450,000 د) لقاء أجرة محاماة و أتعاب تقاض.

رابعا :توجيه نسخة من هذا الحكم إلى الأطراف.

وصدر هذا الحكم عن الدائـــرة الابتدائية الثالثة برئـــاسة السيد وعضويّة المستشارين السيدة

وتلـــي علنـــا بجلسة يوم 12 جويلية 2013 بحضور كاتبة الجلســـة الآنسة

رئيـــس الـــدائرة **المستشار المقـــرّر**