وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة -أبو بكر بلقايد –تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام المعمق

من إعداد

طالب بن دياب إكرام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

عزاوي عبد الرحمان

لجنة المناقشة

أ.د:بن طيفور نصر الدين	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د عزاوي عبد الرحمان	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
د. فليج غزلان	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة تلمسان	مناقشة

السنة الجامعية 2016/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

أتوجه بالشكر و العرفان
للأستاذ الفاضل

" عزاوي عبد الرحمان"

و إلى كل من ساهم في
تأدية هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات

باللغة الفرنسية:

Aff . : affaire.

AJDA : l'actualité juridique du droit administratif.

ART : article.

ASS : Assemblée.

C/ : contre .

CMP : code des marchés publics .

Concl : conclusion .

C.P.C : code de procédure civile.

Ed : édition

JCP : juris classeur périodique.

JO : journal officiel.

LGDJ : librérie générale du droit et de jurisprudence.

N : numero.

OP CIT :ouvrage précité (pére ciato).

OPU : office des publications universitaire.

RDP : revue du droit public et de la science politique en France et de l'étaranger .

Rec : recueil.

RFDA : revue française de droit administratif.

T : tome .

TA : Tribunal administratif.

TC : Tribunal des conflits.

V : volume.

مقدمة

تحوز الإدارة على وسائل قانونية إلى جانب الوسائل المادية و البشرية ، و هي مجموعة من التصرفات القانونية التي تجريها لمباشرة مهامها ، و التي يترتب عليها آثار قانونية تتعلق بأوضاع و مراكز قانونية وترتب كذلك حقوق و التزامات.

و تنقسم هذه التصرفات القانونية إلى طائفتين هما : التصرفات القانونية التي تصدر من جانب واحد و المسماة بالقرارات الإدارية ؛ و التصرفات القانونية التي تصدر من جانبين أو طرفين أو أكثر و المعروفة بالعقود، و لكل طائفة نظامها الخاص بها،[1]

و في ظل دراسة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة[2] نستهل البحث بالتصرفات القانونية التي تصدر من جانب واحد أي القرارات الإدارية ، حيث تحتل القرارات الإدارية مكانة معتبرة من الناحية العلمية و العملية ، إذ تُعتبر من المقومات التي يقوم عليها القانون الإداري ، و تعد من أهم الوسائل التي تسمح للإدارة بمزاولة نشاطها و تحقيق الأهداف المنوطة بها.

لكن هذه الأخيرة قد تتعسف في استعمال سلطتها عند اتخادها هذه القرارات ، مما يؤدي إلى تضرر المخاطببين بها أو كل من له مصلحة في ذلك ، و من جراء ذلك يتوجه هذا الأخير للقضاء لدفع الضرر أو التعويض عن ذلك أو للتصرفين معًا .

و ما تجب الإشارة إليه هو أن هناك بعض القرارات الإدارية التي كانت رقابة مشروعيتها تفلت من رقابة للقضاء الإداري ، ذلك لكونها داخل عملية إدارية مركبة .

---

[1]- جورجي شفيق ساري ،القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، مايو 2002 , ص, 06 ,

[2]-مبدإيًا عندما يتم ايتعمال كلمة " مفكك" في مكان كلمة " فصل " فإن المرادف يعتبر مقبول ،و غذا كان يمكن اسنعمال كلمة " "التفكيك " في مكان " الاتفصالية فإن التقارب في ذلك من حيث الدقة يكون تسبيًا ، و نفس الشيء بالنسبة انفصالية" و " الفصل " رغم انه مبدإيًا لا يعتبر " فصل " و " انفصل " كلمتان منعادلتان نقريبًا. ذكر من طرف ميلود موطريكي ، القرارات الإدارية المنفصلة(دراسة مقارنة في القانون المغربي والفرنسي والمصري)، أطروحة دكتورة ، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، المغرب، السنة 2005. ص. 09.

فصل : -فصل فصلاً- الشيء :أبانه و قطعه – أفرزه و مازه.
فكك : فككه : فصله و خلصه – فك الشيء أبان بعضه عن بعض.

و العملية المركبة هذه بدورها هي سلسلة متصلة الحلقات متكونة من قرارت تمهيدية أو المساعدة أو المؤازِرة أو المعاوِنة التي تؤدي إلى اتخاذ القرار النهائي [1]

فالقرارات المكونة للعملية الإدارية ليست مدمجة مع بعضها البعض، بل يحتفظ كل واحد منها بفرديته و من ثمة يكون النظر في مشروعيته على حدة ،هذا ما استنتجه العميد MAURICE HORIHOUمن خلال ستة قرارات لمجلس الدولة من ديسمبر 1903 إلى أفريل 1906. فقد اعترفت هيئة مفوضي مجلس الدولة الفرنسي بأن القرارات التي تحضر أو ترافق إبرام العقد والمتخذة من طرف الأشخاص العمومية بإرادتهم المنفردة هي قرارات متميزة عن العقد وبالنتيجة فهي تنفصل عن هذا الأخير وعليه يمكن أن تكون محل طعن لتجاوز السلطة. [2]

و هكذا ، فإن الاجتهاد القضائي المذكور أعلاه قد فتح بابًا لمنهج جديد وهو المنهج التحليلي، فلم يستغرق مدّة طويلة حتى اكتُشف كل ما يتعلق بهذا المنهج و استطاع – هذا الاجتهاد –أن يفصل وينسِب العمليات الإدارية التي كانت تعود إلى القضاء الكامل إلى قضاء الإلغاء.

و أما عن المجالات التي نستطيع تطبيق هذه النظرية عليها فهي عديدة ، فإلى جانب المجال التعاقدي يفصل القضاء اليوم مثلاً قرارات السلطة الوصية ؛ القرار الإداري المنشئ للضريبة ، القرارات الخاصة بإجراءات نزع الملكية وغيرها من المجالات، كل ذلك لاعتراف القضاء بصفة عامة بأنه يجب عدم خلط القرارات المتصفة بالانفصالية بالعملية التي تساهم في تكوينها. مما أدى بالفقه و القضاء إلى اللجوء إلى مناهج البحث العلمي و القانون و تحديدًا المنهج التحليلي الموصوف بالمنهجية والصرامة، حيث جعل القاضي يحلل كل ما

[1]- جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص. 06.

[2] – Hubert CHARLES, Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français(contribution à une théorie administrative),Imprimerie BOSC FRERES, PARIS, 1967, p. 01 et 0 2.

أمامه ، وكدى الفقه بلاهتمام بالاجتهادات القضائية و الاعتراف بوجود نظرية تسمى نظرية القرارات الإدارية المنفصلة. [1]

و كان مبتغى مجلس الدولة الفرنسي عند ابتداعه لهذه النظرية ، بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة – أي القرارات الإدارية– داخل عملية قانونية مركبة دون انتظار اكتمال أو انتهاء العملية و الطعن فيها كليتًا ، حيث انتظار ذلك يترتب عليه آثار قانونية سلبية ، كالتأخر في الفصل في بعض القرارات مما يؤدي إلى ضياع حقوق كل من تمسه هذه القرارات و ذلك دون مبرر ، و بلا شك هي فكرة تحقق مصلحة المتعاقديين و تخدم العدالة.

و عليه ، فالقرارات القابلة للانفصال هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل ، أي ينطبق عليها تعريف القرارت الإدارية ، فهي تعبير من جانب الإدارة بمفردها بما لها من سلطات وفقًا للقوانين و اللوائح لإحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو بالتأثير على هذا الأخير بالتغيير أو التعديل أو حتى الإلغاء كليةً، و هو تصرف قانوني صادر من إحدى السلطات أو الإدارات او الهيئات بصفتها الإدارية في موضوع إداري بطبيعته [2]،

فما يهم البحث هو مدى انطباق هذا التعريف على الأعمال محل البحث ، وكذلك إمكانية تطبيق النظام القانوني المتميز للقرارات الإدارية و القواعد المتعلقة بها على هذه القرارات، خاصةً تلك المتعلقة بإمكانية الطعن فيها بالإلغاء على استقلال.

و لعله جوهر البحث ، يكمن في الكشف عن إمكانية الطعن ضد هذه القرارات بدعوى الإلغاء تجعل منها قرارات قائمة بذاتها ، مستقلة عن العملية الأم .

[1] – Hubert CHARLES, O.P. sites ;01 et 0 2.

[2]- جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص. 47.

وبالتالي اتجهت عدة محاولات فقهية وقضائية إلى إيجاد طريقة عملية لإسناد هذا النوع من القرارات إلى قاضي تجاوز السلطة بإيجاد معيار يسمح بتمييزها عن غيرها من القرارات التي لا يمكن فصلها عن العملية الأم[1].

و في ظل العمليات التي يمكن أن تحتوي على هذه القرارات ، يهدف البحث إلى تسليط الضوء عن العقد و القرارت الإدارية المنفصلة المتواجدة ضمن المراحل التي يمر به ، بأخذ الصفقة العمومية كأنموذج و محاولتين تبيان النظام القانوني المنطق على هذه القرارات في ظل الصفقة العمومية و مدى امكانية الطعن فيها على استقلال بدعوى الإلغاء.

الصفقات العمومية تحتل جانبًا هامًا من أعمال الدولة ، و ذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق النفع العام ، إذ تُمثل الشريان الذي يُدعم عملية التنمية، كما تُعتبر النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية ، و ذلك من أجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد.[2] و تقوم الصفقات العمومية على أربعة مبادئ أساسية و هي ، مبدأ العلنية ، حرية المنافسة ، مبدأ المساراة و تكافؤ الفرص ، سرية العطاءات ، نشرحها كالأتي:

1 – مبدأ العلنية في طلب العروض[3] : لتحقيق الغرض من هذا الأخير على الوجه المقرر في القوانين و اللوائح ، لابد من احترام مبدأ العلانية في طلب العروض في جميع مراحلها ، حيث أن الإشهار الصحفي الزامي باحتوائه على البيانات المنصوص عليها قانونًا. طبقًا للمادتين 61 و62 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر من سنة 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام [4]

[1] – Hubert CHARLES,O.P. sites ;01 et 0 2.

[2]- تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة دوكتوراه ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تيزي وزو، 2013.ص.07.

[3]-جاء المرسوم الجديد 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بتغيير إسم المناقصة ، بطلب العروض و الذي يقابله باللغة الفرنسية appel d'offre .

[4]، الجريدة الرسمية ، العدد 50.

بالإضافة إلى مصلحة فنية و هو وجوب التركيز على اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة الأكفأ فنيًا و الأقدر على تحقيق أغراض الصفقة العمومية ، و الأخذ بعين الاعتبار المصلحة المالية للخزينة العامة.[1]

2 –حرية المنافسة :

أي إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط طلب العروض لكي يتقدم بعطائه ، و هو القصد الأساسي من جعل أسلوب طلب العروض الأصل العام في تعاقدات الإدارة حتى تتسع أمام هذه الأخيرة فرص اختيار أفضل المتعاقدين ، و مبدأ حرية المنافسة لا يعني انعدام سلطة الإدارة في استبعاد غير الأكفأ و غير الصالحين للتعاقد على ضوء مقتضيات المصلحة العامة.

و كذلك العدالة القانونية حيث تقوم الصفقات العمومية على ضرورة كفالة حماية حقوق الأفراد و حرياتهم لتحقيق الضمانات اللازمة لذلك من أي تهديد تعسفي للسلطات الإدارية في استعمال حريتها المطلقة في اختيار الطرف المتعاقد معها.[2]

مبدأ الشفافية في الاجراءات منح الصفقة و حياد الإدارة خاصة في عملية الاعلان و العمل بإجراءات المنح المؤقت و ما يترتب عليه من حقوق للمرشحين للصفقة ، مثل: الحق في الطعن و معارضة قرار منح الصفقة.[3]

3 – مبدأ المساواة و تكافؤ الفرص ، و الذي مفاده خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمماثلة قانونية واحدة ، كما يتحقق بتقرير معاملة قانونية مختلفة متى كنا

---

[1]- المواد 53، 54،55،56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر من سنة 2015 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفريضات المرفق العام.

[2]- خضري حمزة ، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2004-2005 ، ص.13.

[3]- بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر بن يوسف ، كلية الحقوق ، الجزائر 2008-2009 ، ص.30.

بصدد مراكز قانونية مختلفة، بالإضافة إلى إتاحة الفرص أمام المتزاحمين على الصفقة التي تجريها الإدارة [1]

4 –سرية العطاءات:

حيث تقوم عملية طلب العريض على سرية العطاءات ، لما في هذا المبدأ من حفاظ على التنافس من الدرجة الأولى ، ذلك بعدم محاولته إعطاء أحسن عرض مقارنةً بعروض المتنافسين الآخرين و ليس على أساس قدرته الشخصية ، و بالتالي لا يجد نفسه عاجز على أداء الصفقة ، و حزينة الدولة من الدرجة الثانية.

و لعلى كل هذه المبادئ تعد بمثابة الأساس القانوني للمنازعة الإدارية التي قد تثور من جراء العملية التعاقدية و تساهم في تأطيرها.

حيث أكد القضاء الإداري من خلال المحكمة الإدارية العليا المصرية ما سبق أن ما نادى به مفوض الحكومة الفرنسية Romieu، و أقره مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل أحكامه في 25 من نوفهبر 1947 و أرست المبدأ التالي : " القرار المنفصل هو قرار يساهم في تكوين العقد و يستهدف إتمامه ، إلا أنه ينفصل عن العقد و ينفرد عنه في طبيعته ، فيجوز الطعن فيه باستقلالاً."[2]

و بما أن الصفقة العمومية عقد ، فينطبق عليها كل القواعد العامة التي تنظم العقود بما فيها القراعد الخاصة بالقرار الإداري المنفصل في العقد ، حيث أنه و بغض النظر من كون الصفقة العمومية عقدًا إداريًا ، فكون العقد إداريًا أو مدنيًا لا يؤثر على هذه القواعد التي تحكم عقود الإدارة بصفة عامة، إلا أننا أردنا تسليط الضوء على هذه القرارات الإدارية المنفصلة لتعددها ضمن الصفقة ، ذلك لكثرة الاجراءات المحددة من طرف المشرع والتي ينتج

[1]- محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة لانفصال في العمليات القانونية المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ،ص. 58و59.

[2]- حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ و الأسس العامة ، بدون طبعة ،منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1998 ، مصر. ، ص. 125.

عن مخالفتها إلغاء الإجراء ، و بالتالي الهدف من تحديد القرار إذا كان منفصل أم لا ، يكمن في معرفة نوع القضاء الذي يتوجه له الطاعن (قضاء الإلغاء أم الفضاء الكامل).

إذن دراسة القرار الإداري المنفصل لن تبقى نظرية ، بل تفوق ذلك و تتعداه إلى الجانب التطبيقي للصفقات العمومية بصفة خاصة و العقد بصفة عامة.

و انتهجنا من خلال البحث مناهج علمية كالمنهج التاريخي ذلك بالعودة إلى نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ، كذلك المنهج المقارن لكون ظهور هذه النظرية على يد مجلس الدولة الفرنسي و اتبعه في ذلك القضاء المصري ثم القضاء الجزائري.

و بالتالي فماهو القرار الإداري المنفصل ؟ و كيف يمكن تحديده و تمييزه عن القرارات غير المنفصلة ؟ و أين يمكن وجود القرار الإداري المنفصل داخل الصفقة العمومية ؟ و كيف يمكن الرقابة على هذه القرارات محل البحث؟

و عليه نعمل على دراسة هذه النقاط و التفصيل فيها من خلال فصلين الأول يتعرض لماهية القرارات الإدارية المنفصلة من خلال التطرق لنشأتها ، و موقف كل من المشرع و السلطة التنظيمية و القضاء والفقه ، و كدى معيار تحديدها و تمييزها عن غيرها من القرارات.

أما الفصل الثاني فخصص لتطبيق هذه القرارات الإدارية من الناحية العملية على الصفقات العمومية في النظرية العامة و النظام القانوني ، عبر تطبيق هذه القرارات من خلال المراحل التي تمر بها الصفقة ثم يختم البحث بالرقابة القضائية على القرارات الإدارية المنفصلة في ظل الصفقات العمومية.

الفصل الأول :

ماهية القرارات الإدارية المنفصلة

العملية الإدارية المركبة هي ذلك النشاط الذي تكون الإدارة طرفًا فيه ، والمتضمن عدة قرارات إدارية،والتي كانت هذه الأخيرة قبل اعتناق نظرية القرارت المنفصلة تشكل جزءًا لا يتجزء أي متداخلة فيما بعدها البعض وتشكل بنيانًا واحدًا وبالنتيجة لا يُقبل فصل أي واحد منها بغرض الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء. هذا ما كان يُعرف بنظرية الكل غير قابل للتجزئة.وبعد ظهور نظرية القرارت الإدرية المنفصلة استطاع كل من له مصلحة وتضرر من قرار إداري الطعن في تلك القرارات التي كانت تشكل جزءًا لا يتجزأ داخل العملية.وبالنتيجة الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء وبالتاي يتساءل الباحث على الأساس الذي بُنيت عليه نظرية الكل غير قابل للتجزئة،و لماذا نشأت نظربة القرارات الإدارية المنفصلة؟ وهذا ما يتعرض عليه المبحث الأول. ولما كانت الإدارة عند اتخاذها للقرارات قد تكون هذه الأخيرة مما تقبل الإنفصال او من القرارات غير قابلة للإنفصال ، فمن الضروري البحث عن معيار لتحديد هذه القرارات الإدارية المنفصلة .وهذا ما يعالجه المبحث الثاني.

المبحث الأول : نشأة القرارات الإدارية المنفصلة

يرجع الفضل في ابتكار فكرة القرار المنفصل إلى القضاء الإداري الفرنسي ثم سايره القضاء الإداري المصري،ويستتبع ذلك بسط رقابة القضاء الفرنسي على بعض التصرفات القانونية التي تُجريها الإدارة دون الانتظار اكتمال أو انتهاء العملية ذاتها والطعن فيها كليًا لأن هذا الانتظار قد بترتب عليه آثار سلبية منها بطء العدالة،وتأخر الفصل في بعض القرارات مما يؤدى إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر لا داعى ولا سند له من القانون أو المنطق. ولئن كانت تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة القرارات القابلة للانفصال لم تُخرج لها تعريفًا محددًا، إلا أنه يمكن استخلاصه من واقع تلك التطبيقات والتي تُجمع عنها القول بصفة عامة بأنها تلك القرارات المُرتبطة بالعمليات القانونية أو السياسية المركبة،ويجوز فصلها عنها لإمكان الطعن عليها استقلالاً قبل انتهاء العملية دون التأثير على باقي المكونات، وكذلك الحال بالنسبة للقضاء الإداري المصري حيث يُمكن استنباط تعريف هذه القرارات من التطبيقات القضائية خاصة العقود الإدارية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 05 أبريل سنة 1973 بأن " هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء مثل القرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية من العملية حتى إبرام العقد..." [1]

وعليه، تعود نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة إلى بداية القرن 20 على يد قضاة مجلس الدولة الفرنسي بعد التطور الذي عرفه شرط انتفاء الدعوى الموازية أو الطعن المقابل لقبول دعوى الإلغاء[2] مما يؤدي إلى التطرق لنظرية الحقوق المكتبة وقوة

---

[1]- أورده محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة لانفصال في العمليات القانونية المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2014.ص.27،26.

[2]–بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010–2011. ص. 16.

الشيء المقضي به. فقد حظيت الدعوى الموازية اهتمام كبير من جانب الفقه والقضاء من خلال وجوب انتفاءها لقبول دعوى تجاوز السلطة من عدم وجوب هذا الشرط،وكل هذا كان تزامنا مع الانتقال من المنهج التركيبي إلى المنهج التحليلي أو من الكل غير القابل للتجزئة إلى القابلية للإنفصال (المطلب الأول)فما المقصود بالقرارات الإدارية المنفصلة ؟ وفماهي علاقة كل من الدعوى الموازية ونظرية الكل غير القابل للتجزئة بنشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ؟ولماذا يجرنا الحديث إلى التطرق للمنهج التركيبي والمنهج التحليلي في ظل هذا البحث؟

وبطبيعة الحال كل نظرية لها مؤيدون ومعارضين،فنظرية القرارات الإدارية المنفصلة أثارت جدلاً فقهيًا كبيرًا أدى إلى انقسام الفقه من مؤيد ومعارض(المطلب الثاني).فماهي حجج كل من الفريقين في قبول نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من عدمه؟ ذلك ما يشرحه المبحث تباعًا

المطلب الأول:

مسار القرار الإداري المنفصل

من المنهج التركيبي إلى المنهج التحليلي

كان ينظر سابقا إلي القرارات الإدارية المكونة لعملية إدارية ما بأنها مدمجة مع بعضها البعض وهذا يترتب عليه عدة آثار،ويُطلق على هذا الاتجاه نظرية الإدماج(الفرع الأول) وبعد تطور هذه النظرية وظهور المنهج التحليلي بدأت تظهر بوادر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وذلك بتراجع مفهوم الدعوى الموازية(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

نظرية الإدماج التقليدية

فكرة خضوع القرارات الإدارية المدمجة في عملية مركبة إلى طريق قانوني آخر غير طريق دعى الإلغاء، اتجاه كان سائدًا حتى السنوات الأولى من القرن 20، و ذلك بسبب وجود الدعوى الموازية.تفسر هذه النظرية التي يُطلق عليها إسم" الكل غير القابل للتجزيء" بنظرية الدعوى الموازية وبصفة ثانوية بنظرية " الحقوق المكتسبة واحترام قوة الشيء المقضي به.[1]

ففي العمليات التعاقدية مثلا، سادت في فرنسا في هذه المرحل فكرة مفادها أن جميع القرارات التي تساهم في تكوين العقد تحتفظ بذاتيتها المستقلة حتى لحظة إبرامه ، فإن تم هذا الإبرام تفقد هذه القرارات استقلاليتها وتذوب في العقد الذي تم إبرامه،وبذلك فإنها تشكل مع هذا العقد(باعتباره التصرف الرئيسي) تصرفا كليا غير قابل للتجزئة أو كلا لا يتجزأ Tout indivisible، وبالتالي إذا كان يمكن قبول دعوى تجاوز السلطة ضد هذه القرارات التي تساهم في تكوين العقد فإن هذه الدعوى ذاتها تستبعد ضد هذه القرارات نفسها إذا ما تمت عملية إبرامه،لأن إثارة الدعوى وفقا لنظرية الإدماج Théorie de l'incorporation إثارة لدعوى تجاوز السلطة ضد العقد في كليته مما لا يختص به قاضي هذه الدعوى. [2]

لقد كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على استقلال في القرارات الفرعية والثانوية والتمهيدية والتابعة التي تدخل ضمن عملية مركبة،والطريق الوحيد للطعن الذي كان يعترف به بالنسبة لهذه القرارات هو الطعن أمام القضاء الكامل.وأسس رفضه على حجتين أساسيتين،

[1]–الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة(دراسة مقارنة في القانون المغربي والفرنسي والمصري)، أطروحة دكتورة ، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، المغرب، السنة 2005. ص.26.

[2]–مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2005، ص.230.

فالحجة الأولى كانت باعتبار مثل هذه القرارات متكاملة ومتماسكة بالعملية الداخلة فيها غير قابلة للتجزيء أو التقسيم فلا يمكن عزل أي منها أو فصلها والطعن فيها على استقلال أمام قاضي الإلغاء.

أمّا **الحجة الثانية** فكانت تعتبر الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة في حقيقته طعنًا احتياطيًا.

إذن نظرية الإدماج ترفض عزل القرارات المتداخلة في عملية إدارية وإخضاعها لقضاء الإلغاء في الوقت الذي تبعد فيه العملية في مجموعها هذا النوع من الطعون،فإنها ترتكز أساسا على مفهوم الدعوى الموازية،وبصفة ثانوية على نظرية الحقوق المكتسبة واحترام قوة الشيء المقضي به،فلتبرير إقصاء المراقبة عن طريق دعوى الإلغاء كان يتم إثارة هاتين الحجتين .[1] فماذا يقصد بهذه النظريات؟ وما علاقتها بالقرارات المنفصلة؟

أولا- الدعوى الموازية

تعتبر الدعوى الموازية من ابتداع وخلق القضاء الإداري الفرنسي وخاصة مجلس الدولة بعد عام 1964،وهي أن يكون للطاعن دعوى قضائية أخرى غير دعوى تجاوز السلطة[2]. وجاءت تحت ضغط بعض الاعتبارات والظروف،وبتوجيه من مفوضي الدولة في مرافعاتهم وتعليقاتهم المختلفة. فبعد صدور مرسوم 02 نوفمبر 1964 الذي كان يقرر بالإعفاء من دفع الرسوم القضائية وكذا الإعفاء من وجب محام في رفع دعوى الإلغاء،تراكمت قضايا وطلبات دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة، فوجد نفسه أمام ثلاثة اعتبارات أساسية دفعته لخلق نظرية الدعوة الموازية وهي كالأتي:

[1]- الميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.26.

[2] - Hubert CHARLES,O.P. sites ;p.153.

1-اعتبارات عملية:

تراكم القضايا والدعاوى المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وضرورة التخفيف عليه للتفرغ لبقية الاختصاصات والوظائف الأخرى.

2- اعتبارات العدالة:

وهو يتمثل في ضرورة إيجاد حل قضائي لدعاوى الأشخاص الطاعنين في القرارات الإدارية غير المشروعة بواسطة دعوى الإلغاء وكذا تعويض المحامين الذين حرموا من الاستفادة من رسوم دعوى الإلغاء التي أصبحت مجانية.

3-اعتبار المشروعية والمصلحة العامة:

بضغط هذه الاعتبارات السالفة الذكر ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الدعوى الموازية.[1]

غير أن السبب الحقيقي الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تبني هذه النظرية،كان بسبب تقسيم القضاء الإداري إلى قضاء إلغاء وقضاء كامل سنة 1864 وصدور حكم BLANCO الشهير الذي أرسى معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاص،مما أدى إلى إحداث حيرة وبلبلة فيما يتعلق بالتصرفات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري وتلك التي لا يختص بها،ما دفع القضاء الإداري إلى تبني المنهج التركيبي Synthèse في سبيل إيجاد كتل قضائية اختصاصية Bloc des compétences وذلك بالاعتماد على مفهوم العملية المركبة ،فإذا كانت العملية مما

[1]- عمار عوابدي، القانون الإداري(النشاط الإداري) الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.170و 171.

يدخل أساسا في اختصاص جهة قضاء معين فإن كل القرارات التي تدخل أو تساهم في بنيان هذه العملية القانونية تختص بها جهة القضاء التي تختص بالعملية ككل.[1]

فنظرية الكتل القضائية الاختصاصية هي إسناد لجهة قضائية معينة كل المنازعات الخاصة بنشاط إداري معين. إذن الوصول إلى القرار و الطعن فيه عل يتم إلا بالطريقة التحليلية La méthode d'analyse تسمح بالوصول إلى القرار و الطعن فيه على حدة.[2]

فإذا قرر القضاء الإداري (مجلس الدولة الفرنسي) أنه لا يمكن قبول دعوى الإلغاء إذا وجد للطاعن دعوى موازية أخرى تحقق له ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء. ولكي هذه الدعوى يجب أن تتوفر فيها الشروط التالية:

1: أن تكون دعوى قضائية وليست دفعا قضائيا[3] أو تظلما إداريا،لأن دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية و الدعوة الموازية يجب أن تكون دعوى قضائية.

2: أن تحقق الدعوى الموازية ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء.

3: أن تكون جهة الاختصاص القضائي بالنظر والفصل في الدعوة الموازية غير جهة الاختصاص القضائي بالنظر والفصل في دعوى الإلغاء.

ولكن القضاء الإداري وجد أنه من المستحيل تطبيق نظرية الدعوى الموازية ، لأنه لا توجد دعوى قضائية أخرى موازية ومساوية لدعوى الإلغاء يمكن أن تكون البديل لدعوى الإلغاء، وهي إلغاء القرار الإداري غير المشروع وإفنائه من الوجود. فلا توجد أي دعوى قضائية في عالم القانون والقضاء تحقق ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء.

[1]– مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.232.

[2] – Hubert CHARLES,O.P. sites ;p.03.

لذلك بدأ القضاء الإداري يعدل ويتحول عن ذكر شرط انتفاء الدعوى الموازية عن طريق التطبيق التدريجيي لنظرية القرارات لإدارية المنفصلة.[1]

أما في القانون المصري، فلم تشر نصوص القوانين المتعاقبة إلى نظرية الدعوى الموازية، ولم يتطرق لهذا الشرط لا صراحة ولا ضمنا لقبول دعوى الإلغاء، وأن مجلس الدولة المصري يعتبر فكرة الطعن الموازي من قبيل توزيع الاختصاص بينه وبين القضاء العادي، والدفع بها ليس دفعا بعدم القبول بل دفع بعدم الاختصاص ، حيث ذكرت في ذلك المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكاها قائلة: "أنه يكفي لكي يخرج النزاع من اختصاص مجلس الدولة أن يكون المشرع قد عهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية أخرى".[2]

و أن محكمة القضاء الإداري قد ترددت في بداية الأمر حول اعتبار الدعوى الموازية شرطًا من شروط قبول دعوى الإلغاء أمرا يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي، وقد اعتبر نفسه صاحب الاختصاص الطبيعي كقاضي إلغاء، وذلك فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة[3] الصادرة بمناسبة عمليات مركبة.[4]

أما بالنسبة للجزائر، وقبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع سلك نفس اتجاه مجلس الدولة الفرنسي باشتراط انتفاء الدعوى الموازية لقبول دعوى الإلغاء في صلب قانون الإجراءات المدنية[5] في المادة 267 والتي تنص على

---

[1]– عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.171و172.

[2]– حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 546 لسنة 9 ق والقضية رقم 1364 لسنة10 ق مجموعة المحكمة الإدارية العليا السنة الثانية عشر ص 679. أورده جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقها في مجال إلغاء العقود في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، مصر، 2007، ص.159.

[3]– أنظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1995/04/14 السنتان 12، 13 ق ص 189. أشار إليه جمال عباس أحمد عثمان،المرجع السابق، ص.159.

[4]– نفس المرجع، ص.159.

[5]– الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 18 صفر 1986 الموافق ل 25 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمسة، عدد 47–1966.

أنه: " لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة أيضا إذا كان الطاعنون يملكون للدفاع عن مصالحهم طريق الطعن العادي أمام جهة قضائية أخرى" فهذا عبارة عن تقليد أعمى لنظرية قضائية ،ميتة، مهجورة من جانب القضاء الإداري الفرنسي منشئها الأصيل،والتي تخلى عنها في نهاية القرن 19.[1]

إلا أنه بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والذي أصبح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري سنة 2008[2] ،لم يعد شرط انتفاء الدعوى الموازية من شروط قبول دعوى الإلغاء،مما يعني تخلى المشرع عن هذه النظرية.

إذن كانت الدعوة الموازية[3] الحاجز الذي يجعل دعوى الإلغاء غير مقبولة وتسمح لقاضي العملية بالنظر في هذه الأخيرة في مجموعها، وإذا أراد فصل قرار انفرادي عن العملية أي قرار إداري منفصل،فإن قاضي المشروعية الذي يلجأ إليه يعلن عدم القبول ما دام أنه يمكنه الطعن في القرار الانفرادي أمام قاضي العملية[4].

وبالنتيجة يمكن ان نميز بين القرارات القابلة للانفصال ونظرية الدعوى الموازية، من حيث أن الأولى حلت محل الثانية،وأن التطبيق الكامل للثانية يعني استبعاد الأولى والعكس صحيح ، حيث كان المجلس(مجلس الدولة الفرنسي) يطبق نظرية القرارات القابلة للانفصال في العمليات التعاقدية المركبة،ومع مطلع القرن20 استقر ذات المجلس على استبعاد تطبيق نظرية الدعوى الموازية وحل محلها نظرية القرارات القابلة

[1]– عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.172.

[2]– القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21–2008.

[3]– مثال عن الدعوى الموازية: المكلف بدفع الضريبة، إذا قدر أن الإدارة قد حصلت منه مبلغا دون وجه حق فإنه يستطيع أن يلجأ إلى قاضي الضرائب(بحسب نوع الضريبة) دون الرجوع إلى مجلس الدولة بقصد إلغاء القرارات الإدارية المعيبة (المنفصل) الي تصدر في هذا الموضوع.

[4]– محمد جمعة سمير، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري،أطروحة دكتوراة،كلية الحقوق، جامعة منصورة، مصر،ص 08.

للانفصال،حيث قبل الطعن بالإلغاء ضذ القرارات السابقة على إبرام العقد بالنسبة للغير ،وذلك في قضية Martin[1] والتي سنتطرق إليها لاحقًا.[2]

والدعوى الموازية كحاجز أساسي، تضاف إليها نظرية الحقوق المكتسبة وقوة الشيء المقضي وهذا ما تعرضه النقطة الموالية مع تبيان علاقة هذه النظرية بالقرارات الإدارية المنفصلة بإعطاء أمثلة عن قرارات قضائية تُشرح كل من النظريتين.

ثانيًا- نظرية الحقوق المكتسبة وقوة الشيء المقضي به

1- نظرية الحقوق المكتسبة

ومؤدى هذه النظرية أنه بمجرد إبرام العمل المركب،فلا يمكن الطعن في أي من القرارات المساهمة في تكوينه والمتداخلة في بنيانه،إذ أن هذه العملية المركبة قد تُولد عنها حقوق، وإلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه العملية يتضمن مساساً بهذه الحقوق بالتبعية لذلك.

هذا فضلا على أن مثل هذه القرارات تكون مع باقي العملية الداخلة فيها كل متكامل ومتماسك غير قابل للتجزيء وللتقسيم،وبالنتيجة لا يمكن الطعن فيها على استقلال أمام قاضي الإلغاء. فهذه القرارات تصبح نهائية ومحصنة من السحب والإلغاء بمجرد أن تتبعها عقود أو قرارات تنشئ حقوقا، حتى وإن كان موعد الطعن بالإلغاء ما يزال ممتدا،وبعبارة أخرى فإن المساس بهذه القرارات يتضمن المساس بالعملية القانونية وما تولد عنها من حقوق.[3]

ففي العمليات التعاقدية مثلا ولإبعاد دعوى الإلغاء كان يتم إثارة المساس بالحقوق الناشئة عن إبرام العقد. فعندما يكون القرار الإداري الناشئ من العقد أو العقد

[1] - C.E :4-8 1905, Martin ,R.D.p.1906 , p.268.

[2]- محمد أحمد إبراهيم المسلماني، المرجع السابق،.ص47..

[3]- محمد جمعة سمير، المرجع السابق، ص.08.

في حد ذاته منشأ لحقوق فيبعد الطعن الهادف إلى المساس بها.وبعبارة أخرى، بمجرد إبرام العقد وصيرورته نهائيًا، فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المساهمة في تكوينه والمتداخلة في بُنيانه.إذ أن هذه العملية قد تُولد حقوق مُكتسبة لأطراف العقد،وان إلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه العملية يتضمن المساس بهذه الحقوق.[1]

فلم يكن يستوعب بأن إلغاء قرار يمكن ألا يكون له أثر فوري على العقد. فالحقوق المكتسبة كانت مهددة بنفس الطريقة نتيجة أي بطلان،ولكن إذا كان من الممكن إعتقاد أن عدم مشروعية العقد ذاته تمس أكثر بالحقوق المكتسبة،فإن عدم المشروعية البسيطة لا يبدو أنها كافية لكي تؤِدي إلى نفس الأثر.[2]

فعدم قبول الطعن بتجاوز السلطة كان يتأسس على مشكلة حماية الحقوق المكتسبة لأطراف العقد،وكذا عدم قبول الطعن الموجه من غير ضد العقد، حيث كان القضاء الكامل هو الطريق الوحيد أمام أطراف العقد دون غير.[3]

إلا أن الحاجز المتعلق بالحقوق المكتسبة قد انتهى في اليوم الذي تقرر فيه أن إلغاء القرار ليست له بالضرورة آثار آنية على العقد.

2- الأمر الحائز على قوة الشيء المقضي به

ثار هذا شرط سابقا في مجال نقل الملكية الخاصة للمنفعة العامة لعدم قبول دعوى الإلغاء،لأنها قرارات العدالة وحائزة على قوة الشيء المقضي به،و هو الحال

[1]- محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لإحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر) ، دار النهظة العربية،القاهرة.ص.33.

[2]- الميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.28.

[3] - Laititia JANICOT, Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel, REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN France ET A L'ETRANGER, N°02, RDP 2011 , L.G.D.J, p.348.

بالنسبة لقرار إعلان المنفعة العمومية، قرارات نقل الملكية، والتبرير الوحيد لرفض دعوى الإلغاء هو عدم المساس معنويًا بقوة الشيء المقضي به، فتصبح الحقوق المكتسبة من طرف الإدارة أو من طرف المالك غير قابلة للطعن فيها ولو كانت غير مشروعة. إلا أن هذا الموقف اعتبر اجتهادًا تقليديًا.[1]

إن مختلف مكونات نظرية " الكل غير القابل للتجزئة كانت محل خلاف كبير،كما كانت هذه النظرية الأكثر هشاشة أمام الطعن من أجل تجاوز السلطة الذي اكتسب مكانة مهيمنة في الاجتهاد القضائي،لذلك سيتم التخلي عنها لصالح نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وهو مضمون الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

نظرية القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها في كل من القضاء الفرنسي و المصري و الجزائري

نتطرق في هذا الفرع إلى تحديد مفهموم القرارات الإدارية المنفصلة ، ثم يعرض بعض التطبيقات القضائية لهذه النظرية ، في كل من القضاء الفرنسي و القضاء المصري و القضاء الجزائري.

أولاً: تحديد مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة

نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هي من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي ، ابتدعها من أجل بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة داخل العمليات المركبة ، و التي كانت تفلت من رقابته ، دون انتظار لاكتمال أو انتهاء

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.29.

العملية ذاتها ، لأنه قد يترتب على الانتظار آثار قانونية يتعذر تداركها ، مما يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر.

و من فوائد الطعن على هذه القرارات ، امتداد رقابة مجلس الدولة على قرارات قد تدخل في اختصاص جهات قضائية أخرى أو لا يجوز الطعن فيها على الإطلاق ، مثل القرارات التي تدخل في أعمال السيادة.

و عند الوقوف على تعريف القرارات الإدارية المنفصلة ، فنجد البعض عرفها كالأتي :

فعرفها الأستاذ عبد الحميد حشيش على أنها :" قرارات إدارية تكون جزءًا من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري بناءًا على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية و لكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية و يقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد"[1]

و يرى الأستاذ جمال عباس عثمان ، أن القرارات الإدارية المنفصلة هي قرارات بالمفهوم العام للقرار الإداري ، فهي تعبير عن إرادة منفردة من طرف الإدارة بما لها من سلطة مُلزمة طبقًا للقوانين و اللوائح ، لإحداث أثر قانوني معين ، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو التأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير أو التعديل أو حتى الإلغاء كليةً ، و هو يصدر في إطار عملية مركبة ، إلا أنها تستطيع أن تنفرد لوحدها كقرارات قائمة بذاتها و صالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانوني فردي مكتمل و نهائي في حد ذاته ، دون أن يمس ذلك باقي مكونات العملية أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها. [2]

[1]- عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للإنفصال و عقود الإدارة ، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية ، مصر ص 490. أورده ، جمال عباس عثمان، النظرية العامة و تطبيقاتها في محال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، بدون طبعة ، المكتب العربي الحديث ، مصر 2007. ص.168.

[2]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص. 168 و ما بعدها.

و عرفها الأستاذ جورجي شفيق ساري على أنها " عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها أو السلطات بصورة عامة ، في إطار عملية مركبة ، مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها و صالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانوني فردي مُكتمل و نهائي في حد ذاته . دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ، و دون ان يؤثر على ميان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية الموجودة من ورائها ، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية.[1]

اما الأستاذ عمار بوضياف فقد عرفها على أنها : " القرارات التي تصاحب اعمالاً إدارية أخرى ، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لصدوره (العقد) مع وجود صلة ارتباط بينهما ".[2]

اما الأستاذ عمار عوابدي فعرفها كالآتي : "القرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات التي لا تصدر قائمة بذاتها ، و مستقلة عن عمل قانوني آخر ، بل تصدر مرتبطة و مُصاحبة لأعمال إدارية أخرى ، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبط به. [3]

و بالنتيجة فهي قرارات مرتبطة بالعمليات المركبة و تُتخذ خلالها ، و تكون بصدد عملية مركبة في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على اتخاذ عدة قرارات أخرى تكون ضرورية و لازمة لإصدار القرار النهائي ، فهذا الأخير لا يمكن إصداره إلا بعد اتخاذ عدة قرارات أخرى متتابعة و حتمية لتحقيق العملية التي يعتبر القرار النهائي العاقبة أو النتيجة الحتمية لها .

[1]- جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص 43.44.

[2]- عن عمار عوابدي ، اورده شريف سمية ، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.، الجزائر-2015-2016 .ص.15.

[3]- عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري ، دار هومه ، الجزائر ، 1999.ص.93.

و نلاحظ أن جل التعاريف تشترك في وجود قرار إداري ضمن عملية إدارية مركبة و مرتبط بها إلا انه قائم بذاته و يقبل الطعن بالإلغاء.

و عليه بعد تبيان مفهوم القرار الإداري المنفصل في ظل العملية الإدارية المركبة ، يستوجب تبيان مفهوم العملية الإدارية في هذا الإطار و ذلك كالآتي :

–تعريف العملية الإدارية المركبة المتضمنة القرار الإداري المنفصل:

هي في حقيقتها ، عبارة عن سلسلة متصلة الحلقات تمثل الحلقات فيها ، القرارات التمهيدية أو المساعدة أو المؤازرة أو المعاونة التي تؤدي إلى القرار النهائي.

و المفروض أن يتوافر شرطان أو صفتان في العملية حتى يمكن أن نعتبرها عملية مركبة و هما:

1– شرط استمرارية العملية بين مكوناتها و أجزاءها و كدا مراحلها و إجراءاتها و القرارات التي تُتخذ من خلالها.

2 – أن تكن لهذه العملية خصوصياتها و ذاتيتها التي تميزها عن العمليات المركبة الأخرى.

و القرارات القابلة للانفصال ، لا تثار فقط في حالة العمليات المركبة التي تقوم بها الإدارات العامة العادية ، كالمصالح و الهيئات و الأجهزة و الإدارات و الأقسام و غيرها من الوحدات الداخلة ضمن التنظيم الإداري للدولة أي الجهاز الإداري الذي يقوم بالاضطلاع بالعمل الإداري بالمعنى المعروف و المفهوم المتعارف عليه ، أي إشباع حاجات الأفراد و تقديم الخدمات الإدارية العادية لهم ، سواء كانت هذه الإدارات مركزية أو لا مركزية ، و سواء كانت محلية أو مصلحية ، و إنما تثور أيضًا بالنسبة للعمليات المركبة التي تقوم بها الفروع الأخرى للسلطة التنفيذية ، مثل رئاسة الجمهورية مثل

العمليات الانتخابية و التي تبدأ بدعوة الناخبين للانتخاب و يكون عادةً من رئيس الجمهورية ثم فتح باب الترشيح ... إلخ و خلال هذا تصدر عدة قرارات لتنظيم عملية الاقتراع ، تتمثل في تحديد الأماكن التي سوف يدلي فيها الناخبون بأصواتهم و أسماء اللجان الانتخابية ، و مواعيد الاقتراع و نظامها ، و كيفية الإدلاء بالأصوات ، و شكل و محتويات استمارة الاقتراع ، و انتهاء من عملية اقتراع ، و غلق صناديق اقتراع و نقلها ، و عملية الحصر و الفرز ثم تحديد الفائز ، ثم اعتماد النتيجة النهائية و إعلانها و صدورها بقرار من المختص بذلك.

بل و كذلك بالنسبة للعمليات المركبة التي تقوم بها السلطات العامة الأخرى ، كالسلطة التشريعية مثل القرارات التي تصدر من البرلمان فيما يتعلق بالموظفين الإداريين به، و السلطة القضائية مثل القرارات التي ليس لها الصفة القضائية و تخص القضاء كمرفق.

و بالنتيجة فهي قرارات مرتبطة بالعمليات المركبة و تُتخذ خلالها ، و نكون بصدد عملية مركبة في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على اتخاذ عدة قرارات أخرى تكون ضرورية و لازمة لإصدار القرار النهائي ، فهذا الأخير لا يمكن إصداره إلا بعد اتخاذ عدة قرارات أخرى متتابعة و حتمية لتحقيق العملية التي يعتبر القرار النهائي العاقبة أو النتيجة.

و يلاحظ أن فكرة القرار الإداري المنفصل لا تقتصر على العمليات التعاقدية فقط ، بل تدخل في كل عملية مركبة ، سواء انتهت بالتعاقد أم لا ، إجراءات نزع الملكية ، إجراءات الانتخابات ، ...إلخ.

فالقرارات القابلة للانفصال هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل ، أي ينطبق عليها تعريف القرارات الإدارية ، فهي تعبير من جانب الإدارة بمفردها ، بما لها من

سلطة ملزمة وفقًا للقوانين و اللوائح لإحداث أثر قانوني معين ، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو بالتأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير أو التعديل أو حتى بالإلغاء كليةً ، و هي تصرف قانوني صادر من إحدى السلطات أو الإدارات أو الهيئات بصفتها الإدارية في موضوع إداري بطبيعته.

فالمهم هو أن ينطبق هذا التعريف على الأعمال محل البحث ، لأن الفائدة المرجوة من هذا الأخير ،هي مدى تطبيق النظام القانوني المتميز للقرارات الإدارية و القواعد المتعلقة به على القرارات الإدارية المنفصلة ، خاصةً تلك المتعلقة بإمكانية الطعن بالإلغاء على استقلال ، فإن لم ينطبق هذا التعريف على هذه القرارات فلن نبحث ما إذا كانت منفصلة أم غير قابلة منفصلة، مثل الأعمال المادية. [1]

و ما يمكن إضافته لتأطير هذه القرارات هو أن هذه النظرية ستجد تفسيرها وتطبيقها مرتبطين بنظرية الدعوى الموازية ، وستستقل عنها لتؤكد وجودها. فمن بين الشروط التي كانت قائمة للتمسك بالدعوى الموازية،التعادل العملي للنتائج التي يمكن أن تقدمها ممارسة الدعوة الموازية أمام القضاء الكامل،وهناك شرط آخر يتعلق بالدعوى الموازية في حد ذاتها وهو وجود طعن قضائي حقيقي يمكن للمتقاضي أن يلجأ إليه،وبغياب هذا الطعن تبقى دعوى الإلغاء ممكنة.

فمشكل التعادل العملي لنتائج الدعوى الموازية يعني أن هذه الأخيرة يجب أن تؤدي إلى حصول المدعي على مركز معادل للمركز الذي يمكن الحصول عليه بواسطة دعوى الإلغاء،فإن هذه الأخيرة تعد غير مقبولة إذا كان للطاعن دعوى قضائية تخضع لاختصاص محكمة أخرى عادية أو إدارية غير تلك المختصة في دعوى الإلغاء،وتقدم له نفس نتائج دعوى تجاوز السلطة. ولا يكفي أن تكون الدعوى الموازية مؤدية إلى مجرد الحكم بالتعويض عن النتائج المترتبة على القرار الإداري غير المشروع بل يجب

[1]- جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص 45،46.

عليها إزالة أو محو نتائج هذا القرار، فدعوى التعويض لا تعد دعوى موازية تمنع صاحب الشأن من رفع دعوى الإلغاء.[1]

وكان تعليق الدكتور عمار عوابدي في ذات السياق على أنه" لا يمكن لكل من دعوى التعويض ودعاوى العقود الإدارية و دعوى التفسير ودعوى فحص وتقدير المشروعية أن تكون دعوى موازية لدعوى الإلغاء،لأنها لا تحقق ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء.[2]

ولعل هذا الشرط أدى إلى هدم نظرية الدعوى الموازية نظرًا إلى عدم إمكان تحقق التعادل بين نتائج دعوى الإلغاء مع غيرها، ذلك لما لدعوى الإلغاء من مزايا خاصة من بينها الحجية المطلقة لحكم دعوى الإلغاء، مما سيؤدي إلى استبعاد تطبيق النظرية تدريجيًا،فالمنافسة بين دعوى الإلغاء والدعوى الموازية ستكون لصالح الأولى. ففي نظر الأستاذ Krassilichik (فإن ذلك يمكن أن يكون من شأنه إفراغ استثناء الدعوة الموازية من كل محتواها ويشكل استقلالية حقيقية لدعوى الإلغاء).

فعندما يؤدي الطعن أمام القضاء الكامل إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء فإن هذا يمس القرار ذاته لأنه أصلا من اختصاص القضاء الكامل،ولكن عدم قبول دعوى الإلغاء لا يمكن أن يبرر بواسطة الاعتبار الذاتي للنتائج التي يمكن أن يقدمها طعن القضاء الكامل للطاعن فهو يبرر بواسطة الفكرة الوحيدة التي مفادها أن القرار المبعد عن اختصاص قاضي الإلغاء لا يشكل موضوعه مجال اختصاصه القضائي بل يشكل على العكس بطبيعته قرارًا متصلاً أي ليس قرارًا إداريًا منفصلاً يمكن الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء بل يشكل موضوع القضاء الكامل. ولا يجتمع إطلاقًا تعادل النتائج بمجرد أن يكون القرار منفصل فطابعه الانفصالي هو الذي يؤدي لاختصاص قاضي

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.44.

[2]- عمار عوابدي، المرجع السايق، ص.172.

الإلغاء وليس غياب تعادل النتائج،وإذا توفر تعادل النتائج فهذا يعني أن القرار ليس منفصلاُ،وهذه القاعدة صالحة بالنسبة لكل العمليات المركبة التي تخضع للقضاء الكامل مهما كانت طبيعة المحكمة التي تخضع لها.[1]

زد على ذلك، أن اعتماد تعادل النتائج شرطاً لا يمكن تحقيقه على اطلاقه ذلك أن الدعوى الموازية لا تحوز حجية مطلقة كما أن حكمها لا تكون حجة على الكافة، كما هي الحال بالنسبة لنتائج قضاء الإلغاء.[2]

بل وحتى إذا كان من الممكن تفسير نظرية القرارات المنفصلة انطلاقُا من تصور واسع لمفهوم تعادل النتائج أي انطلاقًا من تصور جامد لنظرية الدعوة الموازية،فإنه يجب أن يكون للطاعن فعلاً طعن مواز فإذا أراد أن يلغي قرارًا وكان أمام القضاء الكامل لعدم استطاعته اللجوء إلى قاضي الإلغاء لوجود القضاء الكامل كطعن موازٍ ، فإن أحد شروط الدعوى الموازية غير متوفر،فلا يمكن تفسير اختصاص قاضي الإلغاء بالنسبة للقرارات المنفصلة بطبيعتها عن القضاء الكامل بواسطة شل اختصاص القضاء الكامل إلى وجود اختصاص منافس لقاضي الإلغاء بل يرجع فقط الاختصاص الاستئثاري لقاضي تجاوز السلطة، كذلك فيما يخص القرارات غير المنفصلة فلا يمكن أن نفسر عدم قبول دعوى الإلغاء ضدها بفكرة أن اختصاص قاضي الإلغاء سيشل بعدم القبول،و يرجع لاختصاص القضاء الكامل ولكن يرجع فقط لاختصاص الإستئثاري لهذا الأخير.

وعمومًا فإن هذا ليس إلا تطبيقُا لفكرة التمييز بين أنواع القضاء و الاختصاصات ، فالنزاع الذي يخضع للقضاء الكامل لا يمكن أن يكون من اختصاص قضاء الإلغاء والعكس صحيح ،فهذا المبدأ يكون محل تطبيق عندما يكون قاضي

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.50.

[2]محمد أحمد إبراهيم المسلماني، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة ،المرجع السابق،.ص.46.

الإلغاء وقاضي القضاء الكامل مختلفين عضويًا أو في حالة خضوعهما لنفس المحكمة ، وبالتالي فإن اختصاص قاضي الإلغاء فيما يتعلق بالقرارات المنفصلة عن عملية مركبة هو إذن اختصاص يبعد اختصاص قاضي القضاء الكامل.

وبالنتيجة يشكل مفهوم الانفصالية أحد شروط قبول دعوى الإلغاء في قضاء العمليات المركبة ، إذ تصنف نظرية القرارات المنفصلة من بين معايير الاختصاصات التي يستعملها القاضي.[1]

ثانيًا : تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في كل من القضاء الفرنسي و المصري و الجزائري:

أ- تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في القضاء الفرنسي

ظهرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة على يد مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1903 في قضية Commune de Gorre[2] ، ففي هذا الحكم طبق فكرة القرارات الإدارية المنفصلة على العقد ، و قبل الطعن على انفراد في بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد ، استقلالاً عن العملية ذاتها ، و حتى دون انتظار القرار النهائي فيها ، و كان الطعن في هذا الحكم متعلقًا بقرارات إبرام العقد.[3]

و تبلور ذلك الاتجاه نحو الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على المنازعات التي تنشأ بصدد العقد الإداري نهائيًا في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Martin[4] و تتلخص وقائع هذه القضية في ما يلي :

---

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.51.

[2]- الحكم الصادر في قضية Commune de Gorre بتاريخ 1903/12/11، في مجموعة سيري لسنة 1906 ص.49 .

[3]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.165.

[4] - -Le sieur Martin, conseiller général dans le Loir-et-Cher, forme un pourvoi contre plusieurs délibérations prises par le conseil général de ce département au sujet de concessions de tramways. Il se plaint des conditions dans lesquelles le conseil général a été appelé à délibérer et de la procédure suivie par le préfet qui, en ne distribuant pas huit jours à l'avance aux membres de cette assemblée un rapport imprimé sur la question, les aurait empêchés d'exercer leur

إن السيد MARTIN الذي هو عضو المجلس العام لإقليم LOIRE ET CHAIR حيث أنه أقام طعنًا ضد القرارات التي اتخذها المجلس المذكور أعلاه بشأن منح إحدى الشركات عقد التزام نقل Tramway حيث ان الطرق التي دُعي بها المجلس للتداول و الاجراءات التي اتبعها المدير والتي كانت بعدم توزيعه على الأعضاء تقريرًا مطبوعًا عن الموضوع قبل الانعقاد بثمانية أيام.مما منعهم من ممارسة عضويتهم وفقًا للضمانات المقررة في القانون.

مما أدى الإدارة إلى إبرام العقد و كان ردها بأن هذه القرارات من اختصاص قاضي العقد لا يمكن أن تكن محل طعن بتجاوز السلطة.

إلا أن المجلس الدولة قبل الطعن شكلاً ورفضه موضوعًا.[1]

و عليه ، فلم يقبل مجلس الدولة هذا الدفع الموجه من طرف الإدارة ، و فتح مجال الطعن ضد هذه القرارات المنفصلة بقبول الطعن الموجه من طرف السيد Martin.

ومنذ ذلك التاريخ استقرت أحكام مجلس الدولة على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تساهم في إبرام العقد كالقرارات الصادرة بالترخيص أو الموافقة على إجراء التعاقد[2] ، كذلك قرارات الموافقة أو التصديق عليها هي الأخرى قرارات إدارية منفصلة

mandat en connaissance de cause, avec les garanties prescrites par la loi du 10 août 1871 sur l'organisation départementale. L'administration soutient que les délibérations attaquées ayant abouti à la conclusion d'un contrat ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et ne peuvent être déférées qu'au juge du contrat. Le Conseil d'Etat n'adopte pas cette thèse. Il admet au contraire implicitement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par le sieur Martin.cité par Pierre Delvolvé Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et Bruno Genevois Président de la section du contentieux du Conseil d'État , A,j,D,A. 2005, 15e èdition p. .93. CE. 4 aout MARTIN 1905 Rec 749, Pierre devolvé, bruno Genevoi, o,cit. p.93.

[1]- محمد السناري، المرجع السابق، ص.35.

[2]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1906/04/06 في قضية Comus المشارة في مجموعة سيري لسنة 1906 ص.49 .

حسب ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي مثل قضية Schwetzoff [1]و قضية Ville de Saverne [2]،

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يطبق هذه النظرية إلا في المجال التعاقدي ، فعدة مجالات هي الأخرى طُبقت فيها نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ، نذكر بعضها على سبيل المثال : في مجال الضريبة [3]، مجال الانتخابات [4] أعمال السيادة كقرارات الإبعاد أو الترحيل [5] ، الأعمال الصادرة عن مرفق القضاء ، كمرفق عام مثل القرارات المتعلقة بتنظيم تسيير مرفق القضاء.[6]

ب- تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في القضاء المصري

أخذ القضاء المصري نفس الاتجاه ، حيث قضى مجلس الدولة المصري في المجال التعاقدي في حكمه الصادر في تاريخ 1997/11/25 بمايلي : "... و حيث أنه مما يجب التنبيه إليه ، أن من العمليات التي تُباشرها الإدارة ما قد يكون مركبًا له جانبان ، أحدهما تعاقدي ، بحيث تختص به المحكمة المدنية ، و الآخر إداري ، يجب أن تشير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر ، لذلك تصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد ، تتوافر على جميع خصوصيات القرارات الإدارية التي تتصل بالعقد ، من ناحية الإذن به أو إبرامه أ اعتماده ، فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات إذا قعت في مخالفةٍ للقوانين أو اللوائح ، و ذلك دون أن يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائمًا بحالته ، إلى أن تفصل المحكمة في المنازعة المتعلقة به."

[1] - C.E , Ass 30 mars 1973 , schwetzoff.
[2] - C.E, Sect 04 février 1955, ville de Vaverne , Rec.p.73.
[3] - C.E , sect 21 Janvier 1949 , Cie agricole de la crau , Rec. P 26.
[4] - CE , 07 aout 1903 , chabot .S. 1904.
[5] - C.E, 28 Mai 1937 ,Decerf , Rec . p. 534.
[6]-- جورجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، المرجع السابق ، 83 إلى 119.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في 1985/04/05 ، و الذي جاء فيه ما يلي : " ... يجب التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تُبرمه الإدارة و بين الاجراءات ، ما تم بقرار من السلطة الإدارية المختصة ، و مثل هذه القرارات ، يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً".[1]

إلى جانب المجال التعاقدي طبق مجلس الدولة المصري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في عدة مجالات أخرى نذكر البعض منها على سبيل المثال :

الوظيفة العامة، و نأخذ كمثال في هذا المجال قرارات التأديب ، حيث هذا الأخير يحكمه عدة قواعد و يمر بالعديد من المراحل و الاجراءات ، و تُتخذ الكثير من القرارات المتعلقة بها و تهدف جميعها إلى الوصول إلى القرار الرصائب في هذه العملية، و في المقابل يوجد ضمانات للموظف لحمايته من تعسف الإدارة في حقه ، وقد أعمل القضاء الإداري المصري فكرة القرارات القابلة للانفصال على بعض الاجراءات و القرارات المتعلقة بهذه العملية ، و قبل الطعن فيها على استقلال حتى قبل صدور قرار النهائي في عملية التأديب ذاتها من ذلك القرار التوقف الاحتياطي عن العمل لمصلحة التحقيق و الذي اعتبره القضاء قرارًا إداريًا منفصلاً، لأن هذا القرار يرتب آثار قانونية بذاته تتمثل في إبعاد العامل عن ممارسة مهام وظيفته و اختصاصه ، كما يترتب عليه آثار أخرى بعضها يتعلق بمرتبه و البعض الآخر في عدم استفادته من الترقية خلال فترة وقفه عن العمل و أثناء التحقيق معه، وكل هذا يجب أن يكون خلال المدة ووفق القواعد المحددة في القانون [2]؛

---

[1]- أوردته خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة كلية الحقوق ، 2012،2013 ، الجزائر. ص.177و178.

2- أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 07 أبريل 1962، السنة السابعة قضائية ، المجموعة ص.570.

في مجال الإنتخابات ، حيث قبل الطعن على استقلالا مثلاً في قرار دعوى الناخبين لانتخاب أعضاء المجالس المحلية[1].

في مجال الأعمال الصادرة عن مرفق القضاء، فالقاعدة العامة التي تحكم هذا الموضوع هي عدم اختصاص القضاء الإداري بالطعن و المنازعات المتعلقة بالقضاء العادي بصفتها سلطة قضائية ، و ذلك تطبيقًا لمبدأ استقلال جهتي القضاء كل منهما عن الأخرى في مجال أدائها لوظيفتها القضائية ، و تشمل هذه القاعدة كل ما يدخل في الوظيفة الفنية للقضاء العادي ، أي كسلطة قضاء و ليس كمرفق إداري. فالمشرع المصري ذكر هذه الأعمال على سبيل الحصر مثل ،طلبات رجال القضاء و النيابة العامة المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة في أي شأن من شؤونهم،أما ما هو من اختصاص القضاء الإداري ، نذكر على سبيل المثال : الأعمال و القرارات الإدارية التي تصدر من رجال الضبط بصفتهم رجال ضبطية إدارية و ليس بصفتهم رجال ضبطية قضائية ، كالأعمال المتعلقة بالمحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة و منع وقوع الجرائم.[2]

ج- تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في القضاء الجزائري

على غرار نظيره الفرنسي والمصري عرف النظام القضائي الجزائري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ، و شهد عدة تطبيقات لها، سواء في مجال نزع الملكية للمصلحة العامة ، المنازعات الانتخابية ، و كدا في مجال العملية التعاقدية.

ففي مجال العقود ، اعتبر القضاء الجزائري قرار إرساء المناقصة قرارًا إداريًا منفصلاً ، أما قرارات ضمان حسن التنفيذ الصادرة أثناء تنفيذ الصفقة فقد عرفها القضاء الجزائري الجزائري بأنها قرارات إدارية متصلة و مرتبطة بها و لا يقبل الطعن ضدها ،

[1]- أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 16 يناير 1994، طعن رقم 163 ، السنة التاسعة والثلاثون قضائية.
[2]-جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص.121 إلى151.

و هو ما أقرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر في 1966/12/16 في قضية SKEHETZEL .

و حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 18 أفريل 1969 في قضية شركة اتحاد النقل و المشاركة ، حيث اعتبرت الغرفة الإدارية القرار الإداري المركب الصادر من السلطة الإدارية الوصائية ،و المتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام ، قرارًا إداريًا منفصلاً ، و من تم قبلت دعوى الإلغاء المرفوعة من الشركة.

كما اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/29 ، في قضية شركة المعادن " لسيدي معروف" باعتبار قرار سحب عقد امتياز من شركة المعادن قررًا منفصلاً.

و كذلك حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 09 جويليل 1983 في قضية (ص.ط) ضد والي ... الملف 33139؛

حيث أنه تحصل السيد(ص.ط) بموجب عقد إيجار بينه و بين والي الولاية بتاريخ 30 جانفي 1976 على مسكنًا،

حيث أن الوالي أصدر قرارًا بتاريخ 20 ماي 1982 برفع إيجار هذا المسكن، و عليه رفع السيد (ص.ط) دعوى إلغاء أمام الغرفة الإدارية ضد قرار الوالي المتضمن رفع مبلغ الإيجار.

و كان حكم الغرفة الإدارية برفض قبول الطعن ضد قرار الوالي على أساس، أن ذلك يدخل في نطاق الدعوى العقدية الأساسية و الأصلية . و التي تختص بها المحكمة العادية ، تطبيقًا لاستثناءات الواردة في المادة 07 من قانون الاجراءات المدنية.

و كان تعليق الأستاذ عمار عوابدي أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قد طبقت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة تطبيقًا حقيقيًا و صحيحًا ، رغم أن قضاء هذه الغرفة لم يذكر و لم يشر صراحةً إلى أحكام نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.[1]

ما يمكن إضافته كتعليق على القضيتين السابقتين ما يلي :

فيما يخص القضية الأولى (شركة اتحاد النقل المشاركة) فالقرار الصادر من السلطة الإدارية الوصائية و المتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام ، قرار إداري منفصل عن العقد و يعود للاختصاص الاستئثاري لقاضي الإلغاء صاحب الولاية التامة في ذلك ، ذلك للنظر في مشروعيته ، مما يُبعد اختصاص قاضي العقد منطقًيا و هو القاضي العادي في هذه الحالة، ذلك باختصاصه في المنازعات المتعلقة بالعقد في حد ذاته أي القرارات المتصلة بالعقد.

اما القضية الثانية (السيد (ص.ط) ضد الوالي ، فقرار الوالي المتضمن ، رفع مبلغ إيجار المسكن هو قرار إداري متصل بعقد الإيجار و هو من اختصاص قاضي العقد ، و هو القاضي العادي في هذه الحالة ، و بالتالي هو قرار غير قابل الانفصال و لا يقبل الطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري.

و ما يمكن إضافته أن كلتى القضيتين قاضي العقد هو القاضي العادي ذلك يعود لطبيعة العقد المبرم من طرف الإدارة أي هما من عقود القانون الخاص، فلو كانا من عقود القانون العام لكان قاضي العقد هو القاضي الإداري.

و من خلال التمعن في دور القرار الإداري المنفصل ، يُلاحظ ان له دورًا فعالًا في توزيع الإختصاصات بين القاضي العادي و قاضي الإلغاء ، و كذا التفرقة بين أنواع القضاء، القضاء العادي القضاء الإداري في ظل العمليات المركبة.

[1]- عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر. 1998.ص464 إلى 466.

بالإضافة إلى ذلك يعرف القرار الإداري المنفصل مشكلة امام القضاء الجزائري و هي كالأتي :

إذا كان القضاء الفرنسي قد تجاوز مسألة الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل منذ أمد بعيد ، فإن القضاء الجزائري لا يزال إلى وقت قريب يتخبط في مشكلة الفصل بين القرار الإداري و العقد الإداري،و في هذا الإطار نعرض قضية السيد بناد محجوب ضد بلدية تسالة المرجة – ولاية البليدة ، حيث تتمثل وقائع هذه القضية كالأتي:

حيث أن السيد بناد محجوب بمقرر إداري من البلدية المؤرخ في 15 ماي 1990، استفاد من إيجار شقة من شقق البلدية.

حيث أن تبع هذا المقرر إبرام عقد إيجار مؤرخ في 05 جوان 1990 محدد المدة و بقسط إيجار مقدر ب 300 دج.

حيث أن البلدية رفعت دعوى أمام مجلس قضاء البليدة (الغرفة الإدارية) لإبطال القرار المذكور و التراجع عن منح إيجار الشقة.

و عليه قد تم إلغاء هذا القرار أمام مجلس قضاء البليدة.

و في المقابل قام السيد بناد محجوب استئناف ذلك أمام المحكمة العليا في غرفتها الإدارية.

وكان منطوق الحكم كالآتي:

(... حيث أن عقد الإيجار قد صدر تطبيقًا للمقرر المذكور سلفًا و له كسند قانوني المقرر المؤرخ في 15 ماي 1990 ، هو مكمل بهذا القرار و في هذه الحالة يخضع بالتالي لاختصاص قاضي الإداري...).

هل يُعقل أن يخضع كلاهما لنظام قانوني واحد ؟

و إذا كان لنا تعليق يمكن تلخيصه كالأتي :

لقد دمج القاضي الإداري عقد الإيجار بالقرار الإداري ، رغم انفصال مفهوم كل منهما ، حيث أدخل كل من العقد و القرار في مفهوم واحد ، و الذي هو مفهوم التصرف الإداري الانفرادي ، و لم يعطي لعقد الإيجار أي معنى بل أفرغه من محتواه الحقيقي ، و يظهر ذلك من خلال العبارة التالية:

(...حيث أن عقد الإيجار قد صدر تطبيقًا للمقرر المذكور...) ، هذه الصياغة توحي بأن عقد الإيجار يمنح للقرار الإداري الطابع التنفيذي ، رغم أن الطابع التنفيذي لهذا القرار الصادر من مداولات المجلس الشعبي البلدي مستمد من مصادقة السلطة الوصية و هي الوالي في هذه الحالة.[1]

إذن، في ظل نظرية الكل غير القابل للتجزئة ووجود الدعوى الموازية كانت القرارات الإدارية المنفصلة التي لا يمكن الطعن فيها على حدة،من جهة لأن النظرية الأولى لا تقبل تفكيك العملية وفصل القرار عن النشاط الإداري ككل،ولكن وبظهور المنهج التحليلي ذهبت النظرية وذهب معها المنهج التركيبي ليفسح المجال لنظرية القرارات المنفصلة ومكنة الوصول إلى القرار غير المشروع والطعن فيه أمام قاضي الإلغاء.

لكل ذلك فقد أثارت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة اهتمام العديد من الفقهاء ، فطائفة أيدت النظرية ودافعت عنها بحججهم المختلفة،وطائفة مازالت تتمسك بنظرية الدعوى الموازية حتى وإن لم يكن ذلك بصريح العبارة ولم تساند نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ذلك موضوع المطلب الموالي .

[1]- بوغازي وهيبة ، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة فرحات عباس ، سطيف ، 2010،2009.ص.61.62.

المطلب الثاني:

موقف الفقه من نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

كما سبق الإشارة فأن البعض لا يزال يطبق النظرية التقليدية للدعوى الموازية بمزجها مع نظرية التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات وبالتالي هم رافضون لنظرية القرارات المنفصلة(الفرع الأول)، أما البعض الآخر من الفقه فإنهم يفصلون بين النظريتين وبذلك هم مؤيدون لنظرية القرار المنفصل(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

معارضو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

اعترض العديد من الفقهاء نظرية القرارات الإدارية المنفصلة بتطبيقهم لنظرية الدعوى الموازية التي كانت تعتبر حاجزًا في مسار تطور قضاء الإلغاء في ظل القرارات المنفصلة. حيث يطبق هذا الفريق النظرية التقليدية للدعوى الموازية و مزجها بنظرية التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات. نذكر من بينهم:WALINE و DELAUBADERE و VIDEL و JEZE و MAURICE Hauriou.

أولاً- الأستاذ VALINE (M.)

أكد الأستاذ فالين على أن نظرية الدعوى الموازية يمكن إرجاعها إلى فكرة جد بسيطة هي أن القاضي يجب أن يرفض فحص دعوى الإلغاء إذا كان المعني بالأمر يتوفر على سبيل آخر يدخل في اختصاص محكمة أخرى،بحيث يجب تقديمه في شكل دعوى القضاء الكامل.

فالفقيه يستعرض النظرية التقليدية للدعوى الموازية ويذكر استنادًا إلى القاعدة الاجرائية المجالات التي يمكن أن تفتح الباب لطعن القضاء الكامل أو كل طعن آخر يرجع لاختصاص محكمة أخرى غير قاضي الإلغاء.

ثانيًا– الأستاذDE LAUBADERE

عرّف الأستاذ القرارات الإدارية المنفصلة على أنها (قرارات منفردة تقبل الطعن مباشرة ، أي يمكن تقرير مشروعيتها استقلالاً عن أساسها ومصدرها).[1]

إلا أنه وبعد حديثه عن الطعن الموازي يُفهم أنه كان من المعارضين، حيث يعتبر الأستاذ أنه "...عندما ينتسب الطعن الموازي لمحكمة أخرى غير قضاء الإلغاء فإن الاجتهاد القضائي قليلاً ما يقبل الدعوى،وهنا ليس فقط التمييز بين مختلف أنواع القضاء والذي هو موضع شك ولكن أيضًا توزيع الاختصاصات بين مختلف المحاكم، خاصةً إذا كان قاضي الدعوى الموازية هو القاضي العادي. وكذلك الأخذ بعين الاعتبار نتائج الطاعنين المتنافسين فإذا كانت دعوى الإلغاء غير مقبولة تقليديًا كلما كانت هناك دعوى موازية فإنها ليست كذلك اليوم إلا عندما يكون لها نفس النتائج التي تقدمها هذه الأخيرة.

إن الأستاذ DE LAUBADERE لا يلجأ إلى مفهوم تعادل النتائج عندما يعالج الدعوى الموازية أمام نفس المحكمة،ويرى أن مجلس الدولة يقبل منذ فترة طويلة فرضية قبول دعوى الإلغاء بشرط احترام التمييز بين أنواع القضاء.[2]

[1]- أورده محمد أحمد إبراهيم المسلماني، المرجع السابق،.ص29.
[2]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.54.

ثالثًا–العميد G. VEDEL

يأخذ العميد فيديل بعين الاعتبار المحتوى النظري لعدم القبول المترتب على وجود الدعوى الموازية،وكذالأسباب التاريخية التي عللت نشأتها فإنه لا يتطرق للقواعد التقليدية للنظرية إلا بعد التساؤل عما إذا كان إصلاح 1953 لا يزال يترك لها حظوظًا للبقاء،ولكنه تناول مستقبل استثناء الدعوى الموازية ويؤكد على أن أهمية عدم القبول الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل تبقى قائمة.[1]

رابعًا– ROMIEU

يستمر مفوض الحكومة ROMIEU في إثارة بقليل من الاقتناع نظرية الدعوى الموازية لإبعاد الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقدين ذاتهم، وفتح المجال للغير بالطعن في هذه الأخيرة الذي لم يكن له طريق للطعن، وذلك من استنتاجاته بخصوص قرار MARTIN [2]

خامسًا– MAURICE Hauriou

صرح في ملاحظاته المقدمة في 1906 على أنه" ما نكتشفه بخصوص القرارات المتخذة في1903 و 1904 (من طرف مجلس الدولة الفرنسي) هو التأكيد بأن مسألة الطعن بتجاوز السلطة ضد قرار الوصاية ،متميزة عن المسألة المتعلقة بصلاحية عقد الإيجار المبرم تنفيذًا لهذا القرار،– ان هذا القرار الأخير كان من أجل تنفيذ العقد–. ففي الواقع ومن المؤكد أنهما مرتبطتان فما دام أن قرار العمدة قد أُلغي فإنه يمكن المطالبة بإبطال عقد الإيجار، ولكن مجلس الدولة يهدف إلى أن تكون المساءل منفصلة بحيث تقبل دعوى الإلغاء بدون أن يعارضها إمكانية وجود دعوى أمام القاضي المدني، فإنه ما يسيطر في هذا المجال وما يُسقط عدم القبول المستخلص من

[1]- نفس المرجع .ص.54.

3- CE. 4 aout MARTIN 1905 Rec 749.

الدعوى الموازية هو أننا أمام قرارات منعزلة، وبالتأكيد أنها تشكل جزءًا من نفس العملية، فهي بذلك ليست مدمجة إحذهما في الأخر بل يحتفظ كل واحد منها بخصوصياته ومشروعيته ويمكن النظر إلى كل قرار على حدة.

إنه التحليل القانوني الذي يواصل عمله بطريقة منهجية وبتطور عجيب، وهو في نفس الوقت استقلال قاضي الإلغاء عن القضاء الكامل، ويجب أن ننتظر اختفاء عدم القبول المستخلص من وجود الدعوى الموازية... ، ويختم قائلاً(من المؤكد بأن قراراتنا تُجسد تراجعًا لعدم القبول، وتوسعًا جديدًا لقبول دعوى الإلغاء").[1]

إن MAURICE Hauriou على وعي بالتطور الذي سجله الاجتهاد القضائي بتطبيق التمييز بين أنواع القضاء لصالح دعوى الإلغاء ولكن عرضه كان في إطار تطور مفهوم الدعوى الموازية وكان يكفي أن يلجأ إلى نظرية التمييز بين أنواع القضاء لتبرير مفهوم القرار المنفصل،إلاّ أن التمييز بين أنواع القضاء كان ولا يزال يدافع عليه بواسطة استثناء الدعوى الموازية،ذلك لصعوبة الصعب التخلي عن مفهوم يعتبر مفهومًا بنيويًا.

سادسًا- GASTON JEZE

في ملاحظاته على قرار Martin يبدو أنه يقيد الدلالة الحقيقية للنظرية الجديدة وكان قوله كالآتي:"(...من المتوخى أن لا يقوم لاجتهاد القضائي بهذا التمييز فبإمكانية الطعن المباشر بالأغاء أمام مجلس الدولة لا يمس باختصاص قاضي العقد... و لا يمكن لدفاع عن الدعوى الموازية إلا باعتبارها أداة لاحترام الاختصاصات...آجلاً أم عاجلاً سيقوم مجلس الدولة بهذه الملاحظة).[2]

[1]- Maurice Hauriou, Précis du doit administratif et du droit public, Paris, Siry, 1933,12 édition, cité par Hubert CHARLES, o,p cité, p 03 .

[2]_ ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.55.

بقوم الفقيه JEZE بتحليلاته انطلاقًا من المفهوم التقليدي للدعوى الموازية الذي يختلط مع مفهوم تمييز الاختصاصات لوحدها لتبرير نظرية القرارات الإدارية المنفصلة على اعتبار أن دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة لا يمكن أن تمس باختصاص القضاء الكامل مادام أنه مستقل ويبعد هذا الأخير.

وعلى هذا الأساس يختم الفقيه جيز قائلا (أن عدم القبول المستخلص من إدماج قرار إداري في عقد أصبح نهائيًا، لا يكون أبدًا حاجزًا امام دعوى الإلغاء الموجهة ضد هذا القرار مهما تكن صفة الطاعن).[1]

الفرع الثاني:

مؤيدو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

يفصل فقهاء آخرون بين نظرية الدعوى الموازية ونظرية التمييز بين أنواع القضاء و الاختصاصات، بعبارة أخرى يفسرون نظرية القرارات المنفصلة على أنها تطبيق لنظرية التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات.ونذكر من بينهم: سليمان محمد الطماوي ، Alibert ، الأستاذان AUBY et DRAGO، الأستاذان Fournier et Braibant،

أولاً- سليمان محمد الطماوي

إن عقود الإدارة سواء أكانت من عقود القانون العام أو الخاص تبرم –في الغالب– بطريقة خاصة تقتضي في الكثير من مراحلها المختلفة صدور قرارات إدارية هي التي يطلق عليها القرارات الإدارية المنفصلة. وهذه القرارات سواء ساهمت في تكوين

[1]- نفس المرجع ، ص.55.

عقد خاص من عقود الإدارة أو عقد إداري، فإن الطعن فيها يكون أمام القضاء الإداري بطبيعة الحال، باعتباره جهة الاختصاص العام في قضاء الإلغاء.[1]

يذكّر العميد سليمان محمد الطماوي وفي مجال العقود نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ومكنة الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء وذلك بالاختصاص الطبيعي الذي يعود له،ولم يذكر نظرية الدعوى الموازية وقواعدها، وبالنتيجة فإن هذا النوع من القرارات يشكل تمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات القضائية.

ثانيًا–الأستاذ Alibert Raphael

يعود الفضل للأستاذ بطرح وبكل وضوح المبادئ التي تحكم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ولكن لم تسمح له الفترة بالنظر في القرارات المنفصلة وهجر كليًا النظرية التقليدية للدعوى الموازية،واعتبار هذه الأخيرة كتطبيقًا لنظرية التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات. ومع ذلك يعالج مشكل الدعوى الموازية بالنظر إليها فقط من زاوية الانفصال. إذ يرى أنه:(غالبًا ما يشكل قرار إداري ما جزءًا من عملية واسعة، والنزاع بخصوص مشروعية هذا القرار ليس إلا عنصرًا من نزاع كامل يجب أن يكون عادةً أمام محاكم متنوعة، ومقارنةً معه لا يكون لإلغاء قرار منعزل إلا أهمية ضعيفة...هل يمكن أن تُفصل القرارات عن المجموع الذي تنتمي إليه لإحالتها إلى قاضي الإلغاء؟ هل يجب على العكس اعتبار طعن كهذا غير مقبول بالاستناد إلى أن هذه القرارات لا يمكن فحصها إلا من طرف المحكمة التي تنظر في الكتلة القانونية التي تشكل جزءًا منها؟) ولكن الفقيه يتساءل وبعبارة أخرى: هل لا تقبل دعوى الإلغاء إلا إذا كان الطاعن لا يمكنه تحقيق الاستجابة لطلباته عن طريق أية دعوى أمام أية محكمة إدارية أو عادية؟ وبذلك فهو يعوض النظرية التقليدية بتعادل النتائج.

[1]- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2005،ص.162.

ومن الواضح أن الأستاذ لا ينظر إلى تطبيقات الدعوى الموازية إلا لوضع مفهوم الانفصال واللاانفصال حيز التنفيذ. وبدراسة مختلف أنواع القضاء... تناول القرارات التي يمكن أن تكون منفصلة،ويُعتبر الأستاذ قريبًا من الفكرة الأساسية التي تؤكد أن القرار المنفصل بطبيعته قرار لا يخضع للقضاء الكامل ويشكل موضوع اختصاص استئثاري لقاضي الإلغاء.[1]

ثالثًا– الأستاذان AUBY et DRAGO

يطرح الفقيهان اعتراضًا يهدف من جانب إلى القبول بأن نظرية الدعوى الموازية ماهي إلا تطبيق بسيط للتمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات التي يضبط القرار المنفصل الحدود بينهما، ومن جانب آخر إلى التأكيد على أنه يوجد تصور ذاتي للقرارات الإدارية المنفصلة في الاجتهاد القضائي بأخذ بعين اعتبار صفة الطاعن وفعالية الدعوى التي يتوفر عليها هذا الأخير التي تخضع لها دعوى الإلغاء.[2]

فعندما يمكن أن تفتح العملية المركبة الباب في مجموعها لقضاء آخر أمام نفس المحكمة التي تخضع لها دعوى الإلغاء،فإن القرارات المنفصلة لا تشكل إلا مظهرًا للتمييز بين أنواع القضاء، ولا تعطي الطعون الموجهة ضدها مكانًا لاختصاصات منافسة بل للاختصاص الاستئثاري لقاضي الإلغاء،بل على العكس لا يعود عدم قبول دعوى الإلغاء ضد القرار غير المنفصل إلى أن أحد الاختصاصات المنافسة ستُشل بعدم القبول ولكن إلى الاختصاص الاستئثاري للقضاء الكامل.نفس الشيء عندما يمكن للعملية أن تفتح الباب لقضاء أمام محكمة أخرى، فإذا كان القرار المطعون فيه منفصلاً عن القضاء الكامل فإن الطعن ضده لا يشكل جزءًا من هذا القضاء بل ينتسب إلى

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.57.
[2]- نفس المرجع ، ص . 60.

مجال دعوى الإلغاء، وعلى العكس إذا كان القرار غير منفصل يجب قبول كون الطعن الذي يهمه يشكل جزءً من هذا القضاء ولا يدخل في مجال قضاء الإلغاء.

إن مفهوم القرار المنفصل يتدخل للسماح بالتمييز بين المجالات المحددة لكل نوع من أنواع القضاء والاختصاصات القضائية،ولكن محتواه يوجد متناقضًا ومستصغرًا بمجرد اعتقادهما أنه: يوجد تحديد ذاتي للقرارات المنفصلة الذي لا يقبل بموجبه الاجتهاد القضائي دعوى الإلغاء إذا كان لا يمكن للطاعن أن يجد في القضاء التابع لمحكمة أخرى وسيلة لحل النزاع تحقق له نتيجة مشابهة بالتي ينالها بممارسة دعوى الإلغاء،أو على العكس يقبلها بمجرد توفر شرط عدم تحقيق نفس نتيجة دعوى الإلغاء،من جهة أخرى يقبل هذان الفقيهين أن هذه القواعد تعرف استثناء جد مهم في القضاء الفاصل في النزاع العقدي، حيث يُقبل تحديد القرارات المنفصلة،ولكن بقيا وفيين للمبادئ التي وضعاها في البداية،فقد أجبرا على الاعتراف بالتحديد الموضوعي للقرارات المنفصلة رغم أنه لا يمس في نظرهما إلا بعض المجالات.

رابعًا– الأستاذان Fournier et Braibant

أعطى هذان الأستاذان وهما عضوان في مجلس الدولة الفرنسي لمفهوم القرار المنفصل، الدور الفعال و الأهمية التي يستحقها منطقيًا، فرغم أنهما لا يريان أن النظرية التقليدية للدعوى الموازية تتحدد في التطبيق البسيط للتمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات،ولا يمكن تجاهل قرارات القضاء التي تلجأ إليها، فإنهما يرفضان الاعتراف بشرط القبول المستخلص من ذلك،إذ يعتبران أن شرط القبول المتطلب في هذا المجال من طرف الاجتهاد القضائي لا يعود إلي الدعوي الموازية ولكن إلي غياب أو وجود القرارات المنفصلة،ويرى الفقيهان أنه خارج الاجتهاد القضائي حول الحقوق المالية للموظفين فإن الاجتهاد القضائي في مجال العمليات المركبة يرتكز فقط على مفهوم القرار المنفصل الذي يجعل الاعتبار الموضوعي لصفة الطاعن وتعادل النتائج للطعن

الموازي أمرًا غير مفيد.[1] في كل الحالات التي يعتبر فيها هذا الشرط لتعادل النتائج غير متوفر،فإن دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار منفصل عن العملية التي تخضع للقضاء الموازي تعتبر مقبولة،و على العكس مما إذا كانت الدعوى الموازية تؤدي إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء فإن ذلك يسمح بمهاجمة القرار ذاته الذي يشكل موضوع هذا الطعن ولا يدخل هذا القرار في صنف القرارات المنفصلة، ولكن يحتفظان بالقضايا التي يأخذ فيها الاجتهاد القضائي بصفة الطاعن والذي يهم كثيرًا القضاء الفاصل في النزاع العقدي بالإضافة إلى ذلك هناك بعض القرارات ما تزال تلجأ إلى استثناء الدعوى الموازية ولكن هذا الإحياء ليس إلا تطبيقًا بسيطًا للتمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات واختفاؤه جد مرغوب فيه.[2]

إن الدور المحدد للانفصال هو جعل دعوى الإلغاء مقبولة ضد القرارات التي أدمجها تقليديًا استثناء الدعوى الموازية في القضاء الكامل، الذي يخضع لنفس الاختصاص نفس المحكمة التي يخضع لها قضاء الإلغاء أو لاختصاص محكمة أخرى، وإذا أُرجعت للدعوى الموازية دلالتها الحقيقية ألا وهي الاستعمال المزدوج لنظرية التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات، لذلك يشكل الانفصال أحد شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في الحالات التي تكون فيها سلسلة من القرارات الإدارية لإصدار قرار يخضع للقضاء الكامل.

وكما سبق وأن ذُكر أن مفهوم الأصلي للدعوى الموازية هو حصر أكثر ما يمكن عدد دعاوى الإلغاء استنادًا إلى التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات ، فكان يُستعمل هذا الأخير كوسيلة من أجل هذه الغاية، ولكن التمييز بين أنواع القضاء أصبح بسرعة وبصفة شبه تلقائية قاعدة يجب احترامها في حد ذاتها،وكان يكفي إذن تطبيق

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص60.

[2]– نفس المرجع، ص61.

القواعد المتعلقة بتوزيع الاختصاص وكذا توزيع الطلبات بين مختلف أنواع القضاء.ولكن الاجتهاد القضائي استمر في استعمال استثناء الدعوى الموازية التي وجدت مفرغة من الغاية السابقة الذكر.

و بالنتيجة وعندما تصبح القواعد المتعلقة بالتمييز بين أنواع القضاء مرنة وتظهر فيه كل الإيجابيات المرتبطة بممارسة دعوى الإلغاء والآثار المترتبة عليها فإن القرارات الإدارية التي يجعلها التمييز الجامد بين أنواع القضاء تصبح مدمجة في القضاء الكامل،ستظهر كقرارات يجب أن تخضع لقاضي الإلغاء فقط.بعبارة أخرى يظهر اختصاص قاضي الإلغاء بخصوص هذه القرارات كاختصاص يبعد قاضي القضاء الكامل وكاختصاص جد مستقل وليس منافسًا لهذا الأخير.[1]

بما أن هناك قرارات إدارية منفصلة تخضع لرقابة قاضي الإلغاء ولا تخضع للقضاء الكامل فإنه يوجد قرارات إدارية غير قابلة للإنفصال لطبيعتها ولاتصالها بالعملية المركبة، وبالنتيجة لذلك تخضع لقاضي العملية الذي يبعد منطقيًا قضاء الإلغاء.فماهي المعايير التي يلجأ إليها الفقه و القضاء للتمييز بين القرارات المنفصلة و غير المنفصلة ذلكم موضوع المبحث الموالي.

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.62.

المبحث الثاني:

محاولة البحث عن معيار عام لتحديد القرار المنفصل

لقد اهتم الفقه كثيرًا بالقرار المنفصل ولكن لم يهتم بقدر الحاجة إلى تقنية أو طريقة فصل هذا القرار واعتباره مستقلاً عن الموضع المتواجد فيه.ففي الجملة المركبة "قرار منفصل"،اهتم بالقرار الذي توصل إلى فصله وأهمل طريقة انفصاله،أي اهتم بالنتيجة وليس بطريقة فصل هذا الأخير،غير أنه إذ يُنظر إلى هذا الطرح بنظرة أخرى وبالاهتمام بالطريقة والتقنية التي تسمح بفصل القرار عن النشاط الإداري ككل،يُفهم بأن لا يوجد إلا القرار المنفصل، بل توجد قرارات لا يمكن فصلها عن النشاط الإداري[1].فدراسات قليلة خصصت لكيفية التعرف على القرار المنفصل وبالأخص تقدير الطابع الانفصالي من عدمه للقرار، وهذا يعود بالأهمية الكبيرة على التمييز بين أنواع القضاء، وفي القضاء الإداري وما إذا كان على الطاعن أن يسلك مسلك القضاء الكامل أو الطعن أمام قاضي تجاوز السلطة[2].إذن كيف يمكن تمييز القرار المنفصل من القرار المتصل بالنشاط الإداري؟ لقد وجدت عدة معاييرلكن اختلف الفقهاء حولها.

فهناك من يرى في المعيار الموضوعي معيارًا لتمييز القرار المنفصل عن غيره وهناك من يرى في المعيار الذاتي المعيار الناجع لفصل كل من القرار القابل للانفصال وغير القابل للانفصال(المطلب الأول) أما فريق آخر فيرى في المعيار الغائي سبيلاً لإمكانية تمييز القرارين من حيث انفصاليتهما من عدمها.(المطلب الثاني).

---

[1] - Hubert CHARLES,O.P.cite .p.02.

[2] - Laititia JANICOT, O.P.cite .p.350.

المطلب الأول:

المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي

لتحديد القرار الإداري المنفصل

نقطة انطلاق عند بعض الفقهاء هي القضاء الذي يمكن أن يرتبط به القرار موضوع

النزاع ، و لذلك فإن الطابع المنفصل للقرار يُبحث عنه في علاقته مع هذا القضاء ، فبالنسبة للأستاذ M.Krassilichik [1] ، تكمن الانفصالية في كونها غريبة بطبيعتها عن القضاء المختص الذي يخضع للمحكمة العادية ، و يرى الأستاذان DRAGOو AUBY أن يحدد الطابع المنفصل للقرار إذا كان هذا الأخير ذا مكانة ثانوية في هذا القضاء و لا يشكل موضوع الرئيسي.

و عليه ، فتحديد الطابع المنفصل للقرار على أساس أنه غريب عن هذا القضاء السابق الذكر ، فلا يمكن استبعاد روابط القرار مع العملية ذاتها التي تشكل موضوع هذا القضاء.

زد على ذلك ، فالقول بأن القرار المنفصل لا يحتل إلا مكانة ثانوية في القضاء الذي يمكن أن يكون مرتبط به ، يُؤدي إى تجاهل الاجتهاد القضائي الذي يقبل انفصالية القرارات الرئيسية كما هو الشأن بالنسبة لقرارات الفسخ– نتعرض لذلك في الفصل الثاني من هذه المذكرة –.

لذلك فإن هذين العنصرين" الغريب" و" الثانوي" لا يقدمان تفسيرًا مقبول لقبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

[1] - Krassilichik, La notion de l’acte détachable, cité par miloud Boutriki. P.64.

إلا أنه يمكن القيام بمحاولة جمع كل ما يمكن اعتباره عنصرًا للإنفصال في صنفين:المعيار الموضوعي و المعيار الذاتي.[1]

هذا ، و يظهر الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي مترددًا وغامضًا عندما يجد نفسه أمام عدة معايير لتحديد القرار المنفصل،فإذا كانت بعد القرارات القضائية تكتشف القرار المنفصل على أساس المعيار الموضوعي فقرارات أخرى تقوم على المعيار الذاتي لتمييز القرار المنفصل من غيره.[2] فماذا نقصد بالمعيار الموضوعي ؟ وما هو المعيار الذاتي؟ ذلك ما يتناوله الفرعان التاليان.

الفرع الأول:

المعيار الموضوعي

يرتكز التحديد الموضوعي للانفصال إلى النظر إلى القرار الإداري في حد ذاته دون وضعية الطاعن، أي إلى العناصر الجوهرية للقرار كعنصر الاختصاص ؛الطابع الإيجابي أو السلبي للقرار ؛ طبيعة عدم المشروعية المنسوبة للقرار؛ القرار المنعدم كمعيار للانفصال ؛ و عنصر مدى جوهرية و فعالية القرار الإداري في تكوين العملية الإدارية المركبة ؛ مدى ملاءمة دعوى الإلغاء لرافعها ؛ عمومية أو فردية القرار الإداري ؛ و أخيرًا اختصاص قاضي الإلغاء ، كمعيار لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة ، جوانب نعرضها كالأتي :

أولاً- السلطة المختصة في إصدار القرار

يتعلق الأمر بمعيار يُستمد من الجهة التي تصدر القرار ، فحسب المعيار الموضوعي

[1]- ميلود بوطيكي ، المرجع السابق ، ص.65.

[2] - Laititia JANICOT,O.P,cité,p.355.

فإن مسألة الانفصال يمكن حسمها بين القرارات الصادرة عن السلطة المكلفة بالعملية باستعمال السلطة المخولة لها لهذه الغاية فقط، هذا من جهة ومن جهة أخرى بين القرارات المتخذة من سلطة أخرى أو من نفس السلطة ولكن بصفة أخرى، وهذه الأخيرة هي التي تعتبر منفصلة.

فقد اقترح مفوض الحكومة الفرنسية [1] M.KAHN في استنتاجاته" تمييز بين قرارات التنفيذ الصادرة عن الإدارة التعاقدية والقرارات التي تُتخذ بصفة أخرى و تتدخل بعد المصادقة عن العقد والتي قد لا يكون لها تأثير على تنفيذه وهو الحال مثلاً بالنسبة لتدابير الشرطة.

وحسب الأستاذة [2] Mme.LEFOULON فإن بعض التدابير تُتخذ بمقتضى سلطات خارجة عن العقد، كما هو الحال بالنسبة لقرارات الشرطة. وترى أن دعوى الإلغاء تعتبر مقبولة ضد هذه القرارات ودون أن يُفسر هذا كاستثناء من قاعدة لا انفصالية قرارات تنفيذ العقد، وهي بذلك تتبع مفوض الحكومة M.KAHN الذي يؤكد على أنه في مثل هذه الفرضيات لا تطرح مسألة الانفصالية لأن هذه القرارات لا تتصل بأي طريقة بالعقد. ولكنهما يقدمان كأمثلة إلاّ قرارات الشرطة واعتمادها على معيار الموضوعي الذي ينظر في السلطة التي أصدرت القرار غير واضح.[3]

بالنسبة لأستاذة Mme.LEFOULON (إن شرعية تدبير الشرطة بذاته هو الذي يتم فحصه بمعزل عن العقد).

[1] - Sous C.E ,05 décembre 1958 ,secrétaire d'état de l'agriculture, cité par Miloud BOUTRIKI, O.P, cité, p.67.

[2] - Lefoulon, Contrebutions à l'étude de la distinction des contentieux, le probléme de lq distinction de la conpétence du juge du contrat en matière administrative ,A.j.D.A, 1976.p404.

- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.67.

فإذا كانت قرارات الشرطة تمثل عملية للسلطة العامة ولا تشكل التزامًا تعاقديًا بالنسبة للإدارة المتعاقدة فإن انفصاليتها لا تطرح إشكالًا أي تعتبر منفصلة عن العملية التعاقدية، على غرار القرارات التنظيمية قرارات الوصاية التي قد تطرح إشكالاً.

إلا أنه وجهت عدة انتقاذات لهذا المعيار الذي يُتمييز بين القرارات المتخذة من طرف السلطة المنفذة للعملية من جانب والقرارات الصادرة من سلطة أخرى أو من نفس السلطة ولكن بصفة أخرى من جانب آخر. ففي المجال التعاقدي لا توجد تطبيقات قضائية خارج هذه القرارات التي تمثل عمليات للسلطة العامة والتي تعتبر منفصلة،وعلى العكس ففي مجالات عديدة أخرى يمكن أن نذكر تطبيقات قضائية تهمل هذا التمييز على الشرح الموالي.

أ- ففي مجال العملية الانتخابية أنكر مجلس الدولة الفرنسي اختصاصه كقاضي إلغاء في الطعن الموجه ضد القرار الذي حددت بمقتضاه السلطة العليا للاتصال السمعي البصري تاريخ ومدة برامج الحملة الانتخابية بالنسبة لكل لائحة من لوائح المترشحين وهذا في إطار انتخاب النواب الفرنسيين في البرلمان الأوروبي قراراها في 17 يونيو 1984 ورغم أن السلطة العليا غير مكلفة فعلاً بهذا الانتخاب فإن حسب مجلس الدولة الفرنسي" غير منفصل عن العملية الانتخابية و لا يمكن مهاجمته إلا بمناسبة الطعن الموجه ... ضد العمليات الانتخابية، أمام قاضي الانتخاب..."

ب- كذلك الاجتهاد القضائي الفرنسي يعتبر القرارات التي ترفض الترخيص لشركة ما الاستفادة من الإعفاء من الرسم المهني المنصوص عليه في المادة 1465 من المدونة العامة للضرائب[1] وكذلك القرارات التي ترفض إعفاءًا ضريبيًا منفصلة ويمكن إحالتها على قاضي الإلغاء[2].

[1] - CE 17 juin 1985.
[2] - CE 03/11/1978 Dame Lamothe LEMAIRE.

ومن الواضح أن هذه القرارات لا يمكن اعتبار أنها متخذة من سلطات أخرى غير السلطات الضريبية ، ومع ذلك فهي منفصلة.[1]

ثانيًا– الطابع الإيجابي أو السلبي للقرار الإداري

إن الفقه الذي يرى أن انفصالية القرارات الإدارية لها علاقة بالطابع الذي يميز هذه الأخيرة،حجتهم في ذلك ما يلي.

يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن القرار السلبي غالبًا ما يكون منفصلاً أكثر من القرار الإيجابي،ويرووا في ذلك صعوبة هذا الأخير لإحالته إلى القضاء الكامل.

فإيجابية القرار مثل قرار التصريح بالبناء أو سلبيته مثل قرار منع البناء أو قرار الهدم ، تؤثر كثيرًا على تحديد ما إن كان القرار منفصل أم لا، فالقرار السلبي سهل الانفصال من العقد مثلاً.[2]

كما حاول مفوض الحكومة M.Genevois في قضيتي Mme RABUT في 1979 و Ville de paris et autres في 1983 ربط الانفصالية بالطابع الإيجابي والسلبي للقرار،ففي نظره إن قرار الرفض يكون منفصلاً بسهولة عن العقد أكثر من تدبير إيجابي.[3](القرار الإيجابي قد يُكسب صاحبه حقوقًا، فمن الصعب فصله عن العقد وكذا الآثار المترتّبة عنه من تنفيذ و إنجاز إلى غير ذلك إعمالاً لنظرية الحقوق المكتسبة)

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.69.

[2] - Florian Michel et Hugo Devillers, Etudiants en Master 2 recherche Droit public fondamental à l'Université Jean Moulin - Lyon, Recherche sur La mesure d'exécution d'une clause financière n'est pas un acte détachable du contrat et ne peut donc faire l'objet d'un Recours pour excès de pouvoirs, *Alyoda,association lyonnaise de droit administratif, , paris, , 25/03/2013. p.03.*

[3]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.70.

إلا أن هذا المعيار اعترض عليه لعدة انتقادات، فيجب عدم إدخال طابع القرار الذي يفترض أنه منفصل لأن التمييز بين القرارات الإيجابية والقرارات السلبية في الاجتهاد القضائي لا يبدو مفيدًا لا في البحث عن الانفصالية ولا في البحث عن الاختصاص القضائي أو في قبول الطعن بصفة عامة.

ففي المجال التعاقدي هناك لا انفصالية القرار الذي يتمثل في رفض أحد الأطراف فسخ العقد[1] وإذا كان مجلس الدولة قد قبل انفصالية قرار سلبي لفسخ العقد ذلك في قضية société anonyme de livraison sous industrielle et commerciale ، فقد استند في قبول دعوى الإلغاء على صفة الطاعنة التي كانت من الغير، في حين أنه في قضية Mme Bourgeois[2] المتعلقة بقرار إيجابي بفسخ قرار هاتفي، وقبول الطعن رغم أنه من أصحاب العقد.

و في قضية Mme RABUT لم يقبل المجلس دعوى الإلغاء الموجهة من طرف المتعاقدين ضد القرار الذي يرفض تطبيق قرار يُخضع المستخدمين من جنسية فرنسية والذين كانوا يعملون في المصالح الفرنسية في الجزائر للتشريع الفرنسي للضمان الاجتماعي ، لذلك لا يمكن تحديد ما إذا كان مجلس الدولة الفرنسي ارتكز على الطابع السلبي للقرار أم على اعتبارات أخرى. فكل هذه الأمثلة لا تكشف عما إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ أو لم يأخذ الطابع السلبي أو الإيجابي للقرار بعين الاعتبار.

وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية في مصر إلى اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعن في قرار السلبي بالامتناع عن إعلان نتيجة انتخاب

[1] - CE, 02 février 1987, Ste t.V, Rec 29 , V.G.J.A.p.93,.
[2] - CE 29 juin 1979, Mme Bourjeois, Rec Voir G.A.j.A, cité par miloud BOUTRIKI, O.P cité, p.71.

النقيب و أعضاء مجلس النقابة...ذلك لأن المدعي لا يطعن... في نتيجة الانتخاب.[1] بل يطعن في القرارات الإدارية التي تساهم في العملية الانتخابية بصفة عامة.

ثالثًا- الانفصالية بسبب عدم المشروعية التي تمس القرار

حسب بعض الفقهاء الفرنسيين يمكن اعتبار القرار الإداري قرارًا منفصلاً إذا كانت مشروعيته الخارجية مُنازعًا فيها دون المشروعية الداخلية، بالإضافة إلى حالة انعدام القرار في حالة بلوغ العيب درجة كبيرة من الجسامة.[2]

1- التمييز بين المشروعية الخارجية والمشروعية الداخلية للقرار

يعتقد بعض الفقهاء أن العيوب الخاصة هي فقط العيوب التي تمس المشروعية الخارجية للقرار الإداري المطعون فيه،وأكدوا أن الوسائل المتعلقة بالمشروعية الخارجية أي عيب الاختصاص والشكل والإجراءات هي التي تقود قاضي الإلغاء إلى الاعتراف بانفصال القرار التي تكون مشروعيته محل النزاع، إذ عزل مجلس الدولة الفرنسي في قضية Martin المداولة عن العقد ذاته وفحص مشروعيتها دون التطاول على اختصاص قاضي العقد[3]. فبالنسبة لما يسمى بعلاقات القانون الخاص والخارجة عن اختصاص المحكمة الإدارية، يفسر M.Krassilichik بأن القرارات المدمجة في هذه العلاقات تعتبر منفصلة بمجرد أن تكون متخذة من طرف سلطة إدارية غير مختصة، ويتحدث الأستاذ عن طريقتين لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة، أولهما تأخذ بعين الاعتبار محتوى القرار.فالقاضي الإداري يؤسس تعرفه للقرار المنفصل انطلاقًا من

[1]- الطعن رقم 3284 لسنة 29 ق، الجلسة رقم 1980/11/30.

[2]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.74.

[3] - مجلس الدولة الفرنسي، 04 اوت 1905 .محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارةالمرجع السابق، ص.35.

محتوى القرار مثل قرارات تسمح[1] أو تمنع[2] أعمال في المجال التعاقدي.[3]بينما الثانية تأخذ بالوسائل المثارة استنادًا إلى الطعن،وبنظره فإن القاضي يراقب المشروعية الشكلية للقرار الإداري بسهولة أكثر من مراقبته لمشروعيته المادية.

وتبدو العناصر المتعلقة بشكل وإعداد القرار عند DRAGO و AUBY أيضًا متطابقة مع العيوب الخاصة لهذا الأخير،ويريان أن العيوب الخاصة للقرار تتميز عن جوهر القرار ويمكن أن تشكل نزاعًا شكليًا،أما بالنسبة لمسألة الانفصالية فيمكن في بعض الحالات أن تُؤخذ العناصر الشكلية بعين الاعتبار لتبرير الاختصاص الإداري للنظر في نزاع يهم فقط شكل القرار،ويكون النزاع الشكلي منفصلاً عن النزاع الذي يهم جوهر القرار وهو الحال بالنسبة لمداولات المجالس البلدية المتعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص.[4]

إن قولاً كهذا يسمح بفهم أن الانفصال المقصودة في هذا المجال هي انفصالية القرارات الإدارية بسبب طبيعة الوسائل المثارة استنادًا إلى الطعن الموجه ضدها بالفعل ، فالنزاع الذي ينظر فيه قاضي الإلغاء لا يخص في الحالات المقدمة من طرف الفقيهين إلا القرار من جهة، ومن جهة أخرى لا يحددان محتوى النزاع الشكلي ولكن بإثارتهما لمسألة الانفصال فقد اهتما بالتأكيد على أن القاضي الإداري لا ينظر إلا في المسائل المتعلقة بالعيوب الخاصة بالقرار، ويستند الاجتهاد القضائي المتعلق بأخذ الوسائل المستخلصة من عدم المشروعية الخارجية للقرار على اجتهاد قضائي مهم يؤكد بأن الطعن يكون مقبولاً شريطة أن تكون الوسائل المثارة متعلقة بالعيوب الخاصة للقرار المطعون فيه.

[1] - CE, 7 octobre1994, Epoux Lopez, Lebon, p.430, A JDA 1994, p940.cité par Laititia JANICOT,O.P,cité,p.357.

[2] -CE, 24 octobre 1934 Consorts Laroué, Lebon, p. 950. cité par Laititia JANICOT,O.P,cité,p.357.

[3] - Laititia JANICOT,O.P,cité,p.357.

[4]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.77.

و لكن يمكن أن تكون هذه العيوب الخاصة عيوبًا لا تمس فقط المشروعية الخارجية أو مشروعية القرار،بالإضافة إلى أن العديد من الاعتبارات تؤدي إلى أن مسألة الانفصالية تُطرح طبيعيًا قبل فحص الوسائل وهو ما أشار إليه بوضوح مفوض الحكومة Mosset في استنتاجه حول قضية Sieur Boyns[1].

يمكن إذن القول بأنه إذا كان القرار غير منفصل فإن العيوب التي تمس مشروعيته الخارجية لا تجعله منفصلاً،ثم إذا كان القاضي يعود أحيانًا إلى الوسائل المثارة لتحديد طبيعة الطعن فإنه يكفي أن نلاحظ أن هذه الوسائل هي وسائل قانون وعندما تكون الطعون مرفوعة ضد قرار مدمج في عملية مركبة تستهدف بالخصوص دعوى الإلغاء،فإن القاضي يقبل أو يرفض هذا الطعن بالحسم في مسألة الانفصالية دون النظر إلى الوسائل المثارة بالاستناد إلى الطعن.زد على ذلك فإن التمييز بين المشروعية الخارجية و المشروعية الداخلية يطرح العديد من المشاكل سواء فيما يخص معياره أو تطبيقاته وهذا راجع إلى أن عناصر القرار ترتبط ببعضها البعض،وأن القرار هو عملية تركيبية بينهما[2].

2- انعدام القرار

يُعترف في بعض الاجتهادات القضائية بالانفصالية القرار الذي يمكن اعتباره منعدمًا.

حيث أن دعوى الإلغاء تعتبر مقبولة ضد القرارات المدمجة في العلاقات الخاضعة لاختصاص المحكمة العادية في الحالات التي تتطاول فيها تلك القرارات على اختصاص القاضي العادي. فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارات مُتخذة من طرف السلطات الإدارية والتي وضعت نهاية لعقد إيجار الذي هو عقد من عقود القانون

[1] - CE, 6 juillet 1955. Cité par Miloud boutriki, O.P,cité,p.76.

[2]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.77.

الخاص، أو لاستمرارية تنفيذه للتجاوز في استعمال السلطة.ذلك أن صلاحية العقد لا يمكن فحصها إلا من طرف قاضي العقد[1]. كذلك في قرار له في 14 نوفمبر Ginter 1991 [2]، فقد كان القاضي الإداري مختص لفحص مشروعية قرار إداري مؤداه سحب رخصة صيد من أحد المستفدين.[3]

و في نفس الاتجاه، يؤكد القضاء المصري يؤكد على أن القرار الذي ينهي عقد بيع أو كراء عقار يمكن أن يكون موضوع دعوى إلغاء،وهذا على الرغم من أن مجلس الدولة المصري لم يفته إظهار اعتداء الإدارة بمثل هذه القرارات على اختصاص المحكمة العادية[4]

ومهما يكن امتداد مفهوم القرار المنعدم فإن اختصاص القاضي الإداري بالنظر في مشروعية القرار المدمج في عملية خاضعة لقاضي آخر والتي تتضمن اعتداء على اختصاص هذا الأخير مؤسس على انفصالية هذه القرارات.إلا أن الأمر لا يتعلق في هذه الفرضية إلا بمثال كلاسيكي للقرار المنعدم وانفصالية القرار المنعدم لا يمكن أن تكون محل تساؤل ما دام أنه تبعًا للاعتراف بالطابع المنعدم للقرار فإن كل محكمة ولو كانت غير مختصة يمكنها اعتبار القرار وكأنه لم يكن ، بالإضافة إلى ذلك فإن الدعوى التي بجب تقديمها أمام القاضي الإداري ليست دعوى الإلغاء فالقاضي لا يمكن أن يلغي ما هو غير موجود. والحكم في هذه الحالات يكون بتقرير أن العمل المعدوم لم يرتب أثرًا، فلما كانت دعوى الإلغاء تستهدف إلغاء قرار إداري وكان القرار المعدوم هو بمثابة عمل مادي فإن المنطق يؤدي إلى القول بعدم قبول الدعوى،بينما

[1] -CE, 16 juillet 1915 de Noailles, p.211. Cité par Miloud boutriki, O.P,cité,p.79.

[2] - Lebon, p. 476. Cité par Laititia JANICOT,O.P, cité, p.356.

[3] - Laititia JANICOT,O.P, cité, p.356.

[4]- الطعن رقم 675، السنة ق بتاريخ 28 يناير 1969. أشار إليه ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.79.

القرار الباطل الذي تقبل الدعوى بإلغائه هو قرار منتج لكل آثاره قبل الحكم بإلغائه،والحكم بالإلغائه هو الذي يعدمه ويزيل آثاره منذ صدوره.[1]

رابعًا : مدى جوهرية و فعالية القرار الإداري في تكوين العملية الإدارية المركبة

إذا كان القرار الإداري جوهريًا و فعلاً و شديد الارتباط بالعملية المركبة ، ضريبية كانت أو انتخابية أو عقدية ، فإنه يصبح جزءًا لا يتجزأ منها و بالتالي ننفي امكانية الطعن في القرار بالإلغاء، أما إذا كان القرار الإداري غير جوهري في العملية الإدارية المركبة ، حيث يكون جزء غير جوهري ، بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه بالإلغاء بالعملية المركبة ، فإنه قرار إداري منفصل يقبل الطعن بالإلغاء امام قاضي الإلغاء.[2]

خامسًا : مدى عمومية أو فردية القرارات الإدارية كمعيار لتحديد الانفصال

فمتى تبين للقاضي أن القرار الإداري قرار عام يتعلق بمراكز قانونية عامة يهدف إلى إحداث أثر قانوني بذاته ، اعتبره منفصل عن العملية المركبة و قبل الطعن فيها.

الفرع الثاني

المعيار الذاتي

بعدما تم عرض محاولات إيجاد معيار لانفصال القرارات الإدارية انطلاقًا من تصور موضوعي، أي بدون أي اعتبار لوضعية الطاعن، فهذا الفرع يعرض وجهة

[11]- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة السادسة، 1991.ص.368.

[2]- يمكن توجيه نفس الانتقاد بالنسبة للقرارات الثانوية و الرئيسية ، فالقضاء قبل الطعن ضد قرارات فسخ العقد ، و كيفها بأنها قرارات إدارية منفصلة ، رغم أن قرار الفسخ من القرارات الجوهرية في العقد.

نظر أخرى، و ذلك بالتطرق إلى المعيار الشخصي أو ذاتي ، و هو ذلك المعيار الذي يتأسس عليه المركز القانوني الشخصي و الصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة ، أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى الإلغاء ، في النظام القضائي للدولة .[1]

و يهدف هذا المعيار إلى اعتبار أن القرار المُنازع فيه من أحد المتقاضين يكون منفصلاً عندما تكون دعوى الإلغاء هي الطريق الوحيد المتاح للطاعن ، بعبارة أخرى ليس لهذا الأخير دعوى قضائية أخرى غير دعوى الإلغاء، تحقق له ذات النتائج.

كذلك من الأسانيد التي ترتكز على وضعية الطاعن مايلي:

– أن يكون الشخص القائم بالطعن من غير الذي أثر القرار المنفصل في حقوقه أو مركزه القانوني .

– عدم امكانية الدفاع عن الحقوق و المراكز القانونية إلا بواسطة دعوى الإلغاء.

–أن تكون دعوى الإلغاء أصلح لرافعها من استعمال دعوى القضاء الكامل.[2]

إذن إن المعيار الذاتي يرتكز أساسًا على الدعوة الموازية ، وتكمن نقطة الانطلاق في هذه الفرضية في وجود قاض عادي أو قاض إداري طبقًا للقواعد العامة للاختصاصات القضائية لممارسة مراقبة القضاء الكامل على العملية،وبالتالي يمكن أن نصادف التفسيرات القضائية والجدل الفقهي حول مفهوم الدعوة الموازية كمعيار

[1]- خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزاري، المرجع السابق..ص .175.

[2]- بوغازي و هيبة ، تطور الطعن بالإلغاء في العقرد الإدارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة فرحات عباس سطيف ، 2009 ، 2010 ، الجزائر. ص.38.

للانفصال ، حيث تمنح الانفصالية إذا كان لا يمكن للطاعن أن يحصّل عن طريق الدعوى الموازية مركزًا معادلاً للمركز الذي يمكن الحصول عليه بواسطة دعوى الإلغاء.[1]

فإذا أُخذ العقد كمثال لتبيان المعيار الذاتي ولعله أفضل مثال، ففي مرحلة تنفيذ العقد، يأخذ القاضي الإداري ولتحديد الطابع الانفصالي للقرار بعين الاعتبار و بالدرجة الأولى صفة الطاعن أي الغير الذي ليس طرف في العقد . فالطعن بتجاوز السلطة مسار مغلق في وجه أطراف العقد في مرحلة التنفيذ. حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الإتجاه بعدم اعتبار القرار المنازع فيه منفصلاً عن العقد و لا يمكن للطاعن إلا أن يتوجه لقاضي العقد[2]. و في المقابل ذات المجلس الدولة الطعن ضد القرارات الإدارية المنفصلة مطبقًا في ذلك المعيار الذاتي في قضية Martin بتاريخ 1905/08/04 و قبل الطعن بالإلغاء ضد مداولات المجلس العام غير المشروعة ، مُؤسسًا قبوله على أساس صفة و شخص السيد Martin الذي هو من غير الأجنبي عن العملية ، ليقضي في الأخير بأن المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد امتياز.[3] ذلك لعدم توفر الدعوى الموازية في هذه الحالة ، حيث لا يمكن للسيد Martin اللجوء إلى قاضي العقد بما انه ليس طرفا فيه و القضاء الكامل مخصص للأطراف العقد.

فقاعدة استثناء الدعوى الموازية تجعل من أطراف العقد لا يمكنهم الطعن أمام قاضي تجاوز السلطة حتى وإن كان هذا الطعن مؤسس حول المشروعية.إذن التفريق بين أطراف العقد ومن هو غير متصل بقاعدة الدعوى الموازية.[4]

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.81.

[2]- CE, Ass.,2 février 1987. Cité par Laititia JANICOT,O.P, cité, p.363.

[3]- خلف الله كريمة ، المرجع السابق ، ص.176.

[4]- Laititia JANICOT,O.P, cité, p.364.

وبدون الدخول في تفاصيل مفهوم الدعوى الموازية على اعتبار أنه تمت معالجته، نعرض في النقطتين الموالیتنين المحاولات الفقهية والقضائية لإقامة معيار ذاتي للانفصال.

أولاً- المحاولات القضائية لتحديد مضمون المعيار الذاتي

لا يزال الاجتهاد القضائي يرجع إلى مفهوم الدعوى الموازية لفحص الانفصالية،فلا يزال يستعمل الصيغ التي تشير أحيانًا إلى هذا المفهوم، وهي صيغ تتعلق في الغالب بحالات الانفصال، ففي قضية Ait-Taité رفض القاضي دعوى الإلغاء معتبرًا"...إن النزاع المطروح بسبب طبيعته لا يمكن الطعن فيه إلا بواسطة دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد...ومن تم فإن... الطاعن وبسبب الدعوى الموازية المتوفرة لديه لا يمكنها الطعن في القرارات المشار إليها بدعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة..."[1] كما رفض دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار فسخ عقد إداري معتبرًا أن " القرار المتخذ من طرف الإدارة المتعاقدة الذي يخص فسخ العقد... ليس قرارًا منفصلاً لأن المتعاقد مع الإدارة لا يمكنه إلا أن يطعن في ذلك القرار بالدعوى التي يمكن أن يرفعها أمام قاضي العقد...".ذلك لأن فسخ العقد يدخل في إطار المنازعة حول تنفيذ العقد الإداري الذي يختص به القضاء الكامل وأن القرار المطعون فيه يعد قرارًا متصلًا بالعقد موضوع النزاع، وغير منفصل ، بالتالي فوجود القضاء الكامل كدعوى موازية أبعد اختصاص قاضي الإلغاء. و بالنتيجة عدم قابلية الطعن ضد قرار فسخ العقد بالإلغاء وبالتالي قاضي القضاء الكامل هو المختص.

أما بالنسبة للصيغ التي تهم فرضيات الانفصالية فإن القاضي الإداري الفرنسي يؤكد إما على وجود دعوى القضاء الكامل الذي يشكل حاجزًا لدعوى الإلغاء، مثل قرار فسخ عقد من عقود الإدارة لكن هذا القرار متصل بالعملية وبالتالي اختصاص قاضي

[1] CE, 19 février, société Ait Taiti, cité par Miloud boutriki, O.P, cité, p.83.

القضاء الكامل يكون قائمًا، هذا الأخير يعتبر دعوى موازية . وإما، إن الطاعن يعتبر من غير الأجنبي عن العملية الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل[1]وهذا في مجال العقد حيث أنه تطلق كلمة غير على الأشخاص الذين ليسوا طرف في العقد ولكن لديهم مصلحة –كاستبعاد أحد المنافسين بغير وجه حق– بالتالي فلا يكن بوسعهم اللجوء إلى قاضي العقد لأنهم ليسوا طرفًا فيه بل يلجأوا إلى قاضي الإلغاء للطعن في مشروعية القرار.

أما في مصر وإذا كان القضاء الإداري ما يزال يأخذ بنظرية الدعوة الموازية ومن ذلك على سبيل المثال: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 11 يناير 1969 الذي أكدت فيه حكم محكمة القضاء الإداري برفض الدفع بعدم الاختصاص بالنظر في دعوى الإلغاء المستندةً في ذلك إلى: "...إن الأصل في قبول الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري ألا يوجد طعن مقابل ومباشر أمام جهة قضائية أخرى"[2] فإن بعض الفقه يرى بأنه لا يتم في الاجتهاد القضائي المصري فحص مسألة الانفصالية– على الأقل صراحةً– حسب معطيات الدعوى الموازية، وفي جميع الأحوال فإن هذا المفهوم هومجرد تطبيق لقواعد توزيع الاختصاصات.[3]

فبمجرد أن يكون القرار منفصلاً عن العملية فهو قابل للطعن أمام قاضي الإلغاء وهذا الأخير يبعد اختصاص قاضي العملية الإدارية التي يكون القرار الإداري جزءًا منها ، وأما إذا كان القرار متصلاً بالعقد فيكون اختصاص لقاضي العملية الإدارية التي يكون القرار الإداري جزءصا منها ، و الذي يبعد هو بدوره اختصاص قاضي الإلغاء.

ثانيًا: المحاولات الفقهية لتحديد مضمون المعيار الذاتي

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.84.

2- - حكم المحكمة الإدارية العليل في 11 يناير 1969، المجموعة س 14، ص 249، أشار إليه ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص85.

[3]-- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.84.

يمكن الحديث عن محاولات التحديد الذاتي للانفصالية في الفقه الفرنسي بالخصوص الذي يعتبر أن الانفصالية وغياب الدعوى الموازية مرتبطان بعضها البعض،ومع ذلك فإن تأكيداتهم مصاحبة بالعديد من التحفظات.فإنهم يروا أن " نظرية القرارات المنفصلة تُجاور نظرية الدعوة الموازية إن لم نقل أنها تختلط بها ،وبما أن نظرية القرارات المنفصلة مقبولة بالإجماع في الفقه. يحاول الفقهاء الذين لا يزالوا يدافعون عن مفهوم الدعوى الموازبة أن يستخلصوا لها نوعًا من القيمة فيما يخص تحديد الإنفصالية، فمن بين التحفضات أنهم يقبلون الطابع الإستثنائي لهذا التقدير الذاتي، ثم أن التمييز بين المتعاقد والغير الأجنبي عن العقد الذي يشكل تطبيقاً مألوفًا لهذا الرأي لا يتم إلا ببعض الصعوبات، فلقد أجبروا على التضييق من محتوى الدعوى الموازية فهم يعتبرون أنها لا تمثل إلا أهمية محدودة ولا تلعب إلا دورًا إستثنائيًا.

حيث أنه بمجرد أن يكون الطاعن في القرار، أجنبي عن العقد، فإنه يستبعد من قضاء الكامل و بالنتيجة مفهوم الدعوى الموازية لا يكون له مفعول في هذه الحالة.

كذلك وبعد الإشارة إلى أن تحديد القرار المنفصل لا يتم فقط بحسب القرار المنازع فيه ولكن بحسب ايضًا الطاعن في حد ذاته.

لاحظ الأستاذان J.Mauby و R.Drago أن التحديد الموضوعي في الإجتهاد القضائي يفوق التحديد الذاتي للقرار المنفصل.

أما بالنسبة للتمييز بين المتعاقد والغير الأجنبي عن العقد فرغم أنه تطبيق شائع ولكنه مصاحب ببعض التحفضات ،فقد أشار الفقيه JEZE إلى أن نظرية القرار المنفصل تبدو بدون أهمية في الحالة التي يكون فيها الطعن صادرًا من المتعاقد ما دام أن النزاع له قاضي طبيعي، والذي هو قاضي العقد فالقضاء الكامل موجه لأطراف العقد دون غيرهم، ومع ذلك فقد تم قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من المتعاقد من البداية، فقد

كتب الأستاذ Delaubadere قائلاً: (من المدهش حقًا أن يقبل الطعن من جانب المتعاقد قبل أن يكون كذلك من جانب الغير).[1]

وإذا كانت انفصالية القرارات التمهيدية للعقد و القرارات المتعلقة بإبرامه تعتبر مقبولة فإن بعض الفقهاء يرون خلاف ذلك بالنسبة للقرارات المتعلقة بتنفيذ العقد،ويرون أن الغير يستطيع وحده ممارسة دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات وهو أمر أصبح متجاوزًا.مما أدى بمفوض الحكومة MONET بالدفاع عن وحدة القضاء التعاقدي بهدف تخصيصه للمتعاقدين فقط،ولكنه اقترح بالمقابل أخد صفة الغير بعين الاعتبار للاعتراف بالإنفصال ومع ذلك فإنه يرى أن هذا العنصر المتعلق بصفة الطاعن يعتبر ثانويًا بالنسبة لطبيعة القرار المطعون فيه.[2]

ورغم أن مجلس الدولة ساير مفوض الحكومة فإنه كان يجب الانتظار تدخل الاجتهاد القضائي في قضية S.A de livraison industriel commercial فقد كان تعليق الفقيه DEBBACHعن القضية كالتالي :(حيث أن شركة L.I.C. لم تكن طرفًا في العقد المبرم بين وزير البريد الماصلات وشركة S.V.P ، بالتالي لا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد ان يفصل في النزاع الذي يقع أثناء تنفيذ العقد، إلا أن بصفتها من غير، يمكن أن تلجأ إلى قاضي الإلغاء للطعن في كل القرارات التي لها تأثير على العقد سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، وبالتالي تكييف هذه الأخيرة كقرارات إدارية منفصلة عن العقد).[3]

وفي نفس الاتجاه أكد الأستاذ M.LEMOYNE (أن مبدأ لا إنفصالية القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد لا يخص إلا أطراف العقد دون الغير الأجنبي عن العقد) ولكنه يضيف أن (حقل تطبيق المبدأ يتجه لأن يصبح ضيقًا لدرجة أننا نتسأل أحيانًا على

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.85.
[2]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.85
[3] - Hubert CHARLES,O.P.cite .p.178

الأقل بالنسبة لبعض العقود ما إذا لم يكون قضاء الإلغاء بصدد امتصاص القضاء التعاقدي).

ثالثًا:رفض المعيار الذاتي الانفصالية

يعتبر المعيار الذاتي مرفوضًا عند بعض الفقهاء وذلك بسب بعض الانتقادات الموجهة أساسًا إلى الدعوى الموازية يمكن تلخيصها كالأتي:

إن المزج بين مفهومي القرار المنفصل والدعوى الموازية وهو مزج يتبلور في التمييز بين الغير الأجنبي عن العملية الإدارية الأم وأطرافها،فصفة الطاعن لا تثار إلا بالنسبة لانفصال أو لا إنفصالية المقررة مسبقًا ولا يمكن اعتبارها شرطًا لقبول دعوى الإلغاء،ثم أن هذا التحديد الذاتي لا يقدم تفسير لا بالنسبة للانفصالية الموضوعية ولا بالنسبة للانفصالية بالنسبة للأطراف.

فبالنسبة للفقيه DEBBACH فإن(صفة الطاعن لا تفتح بصفة حتمية الطعن بتجاوز السلطة ضد مثل هذه القرارات، فهي ليست كذلك إلا باعتبار هذه القرارات منفصلة) كذلك وحسب الأستاذة M.LEFOULON فإن) قبول عوى الإلغاء ضد هذه القرارات التي انحصرت لمدة طويلة في القرارات التي تساهم في إبرام العقد فقط، قد تم قبولها فيما بعد ضد القرار المنفصل عن تنفيذ هذا العقد، شريطة أن يكون الطاعن من الغير).

وبالنتيجة ، و بتحليل الفقرات السابقة الذكر فإن القرار المتعلق بتنفيذ العقد يعتبر منفصل قبل أخذ صفة الطاعن بعين الاعتبار.أي لم يُؤخذ بصفة الطاعن كمعيار لتحديد ما إذا كان القرار منفصل أم لا عن العقد.[1]

[1]- سنعود لصفة الطاعن وكذا المصلحة في الفصل الثاني، عند التطرق لشروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل في الصفقات العمومية.

المطلب الثاني:

المعيار الغائي ومعيار المشروعية الخاصة بالقرار والمشروعية المتميزة عنه.

بعد الانتقادات الموجهة للمعايير السابقة يبدو من المنطق تحليل العلاقة التي تطرح من شأنه الانفصالية من جهة و العملية التي يتدخل فيها هذا القرار من جهة أخرى.

فإذا كان القرار يحتفظ باستقلاليته بالنظر إلى الهدف المتبع فإن فحص مشروعيته تبقى ممكنة ذلك لإنفصاله عن العملية الإدارية (الفرع الأول). أما عن القرار وبارتباطه بالعملية الإدارية المركبة فيرى القاضي ما إذا كان يستطيع أن يفحص مشروعية القرار بصفة مستقلة عن العقد.(الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المعيار الغائي

يرى الأستاذ Charles Hubertأن المعيار الواجب اتباعه لتحديد انفصالية القرار من عدمها هو الهدف المتبع ، أي الغاية المرجوة من القرار ، ويرى أن القرار المدمج في العملية لا يمكن أن يكون له وجود إلا بحسب المهمة المتبعة ويعتبر أن (...كل قرار لا تنحصر آثاره في تحقيق العملية يعتبر قرار متميزًا عنها ...كل قرار مرتبط بتحقيق العملية ولكن لا يكون هدفه تحقيق العملية يعتبر منفصلاً).والهدف المقصود هنا هو الهدف القريب و المباشر،فبمجرد أن يهدف القرار الذي توجه ضده دعوى الإلغاء إلى تحقيق مهمة متميزة عن مهمة العملية التي تخضع لقاضي آخر فإنه يحتفظ حتمًا بالاستقلالية اتجاهها وبالتالي عن قضاءها.[1]

[1] - 1-Hubert CHARLES,O.P.cite .p.14,15.

وبعبارة أخرى ، يكون القرار منفصلاً كلما كان منفصل عن العملية من حيث قيامها وبنيانها وإتمامها وتماسك أجزئها وكمال مراحلها وخطواتها وإجراءاتها و ترتيب الهدف و الأهداف التي قامت من أجلها.[1]

إلا أن يوجد بعض القرارات قد تكيف على أنها منفصلة أو قابلة للانفصال حتى وإن كانت لها علاقة بالعملية وهي قرارات الوصاية أو المراقبة لأنها قرارات متميزة عن كل نشاط للسلطة العامة، حيث أن للإدارة المركزية سلطة الإشراف و الرقابة على أعمال الإدارات اللامركزية ولكن لهذه السلطة ضوابطًا وحدودًا ، فللإدارة المركزية إما الموافقة على قرار الإدارة اللامركزية وإما رفضها فليس لها أن تعدل من مضمونه وليس لها أن تحل محل الإدارة اللامركزية في اتخاذه ، وهذا النوع من الرقابة يعرف في نطاق القانون الإدري بالوصاية الإدارية.[2]

فهذه الرقابة لها عدة أهداف من بينها ، عدم خروج تصرفات الأجهزة والسلطات الإدارية اللامركزية كالوالي، وعدم تناقضها وتضاربها مع المصلحة العليا للدولة، ومقتضيات ومتطلبات الوضائف والمرافق السيادية والوطنية في الدولة، كذلك ضمان الحفاظ على إقامة وتحقيق التوازن بين المصلحة العامة الوطنية القومية وبين المصالح العامة الجهوية والمحلية، وكدا التكامل والتعاون لتحقيق المصلحة العامة.[3]

وينطبق التحليل السابق بالنسبة لوضعية القرارات التنظيمية على لمختلف العمليات أيضًا بالنسبة لقرارات المراقبة أو الوصاية، حيث لاينظر لا إلى طبيعة الأجهزة الخاضعة للمراقبة أو الوصاية ولا كذلك إلى طبيعة العمليات الخاضعة للرقابة.وينتج عن ذلك أن قرار الرقابة يكون منفصلًا ويقبل دائمًا الطعن بلإلغاء حتى إذا كانت العملية

[1] جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة الإنفصال في القانون الإداري،المرجع السابق ، ص50..
[2]- نفس المرجع.ص72.
[3]- عمار عوابدي، القانون الإداري،(التنظيم الإداري) ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2005.ص243.

التي يكون موضوعها خاضعًا لإختصاص القضاء العادي [1] أي يخضع لقاضي الإلغاء و بالنتيجة للقضاء الإداري.

وكان اتجه الفقه والإجتهاد القضائي الفرنسي من عدم فصل هذه القرارات وطعن فيها بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة إلى إمكانية فصل قرار المراقبة من العملية الأم والنظر في مشروعيته على حدة.فمن المنطلق على أن الرقابة على السلطات اللامركزية مكيف بصفة طبيعية على أنه نشاط إداري محض فلم يكن من اختصاص القاضي العادي النظر فيه، ذلك لتطور فكرة القرار المركب .فبالفعل قرار الرقابة له ميزة وهي أن يكون دائمًا وأبدًا مرتبط بعملية خاصة بالجماعات المحلية أو المرفق العام لامركزي، وجوهر قرار الرقابة –كما سبق الذكر– له هدف واحد وهو مراقبة الإدارة المركزية على الهيئات اللامركزية التي مُنح لها جزء من السلطات فيما يسمح به القانون.

وعليه ، فكان من السهل على القاضي الخلط بين قرار الوصاية و النشاط المراقب أي العملية في حد ذاتها.

وبالنتيجة كان قاضي تجاوز السلطة لايقبل الطعون الخاصة بمشروعية قرارات الوصاية على حدة أي منفصلًا عن العملية الأم.

إلا أنه يعاب على هذا الطرح من جانبين ، الأول يتعلق بكبح حرية الجماعات المحلية والمرافق العامة وجعلها محدودة في مواجهة والتصدي لها والاعتراض عليها.

أما الثاني يتعلق بعدم وجود طريق للطعن ضد هذه القرارات بالنسبة للأشخاص الذين يهمهم الأمر.ونرى هذا جليًا في العقود عامةً وفي المنح المؤقت لهذه العقود خاصةُ، حيث بدأ مجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعون ضد القرارات الوزارية المصادقة على المنح غير المشروع لصفقة ما أو عدم الأخذ بالمنافس الذي قدم أحسن عرض.

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص99.

فلإجتهاد القضائي لمجلس الدولة السابق الذكر أدى ب Lafferiere إلى القول بأنه (إذا كان الدفع ليس على المصادقة على العقد ولكن على قرار الرقابة في حد ذاته وفيما يخص مشروعيته الإدارية، فليس على المحاكم النظر في ذلك، فلا تستطيع فعل ذلك بدون الحكم على أنه قرار إداري يخرج من دائرة اختصاصهم).[1]

أما القضية التي جسدت حقيقةُ هذا الإجتهاد القضائي والفقهي كانت في 1903 تحت إسم « Commune de Gorre » حيث أن مجلس الدولة قبل الطعن بالإلغاء ضد قرارات الرقابة المصادقة لعقد من عقود القانون الخاص.فقرار المجلس له نقطتان ، فالأولى تجسد بأن القرارات المنتمية لعملية واحدة ليست مرتبطة ببعضها البعض، فكل قرار يحتفظ بفرضيته، ومكنة النظر في مشروعيته على حدة.

أما النقطة الثانية نشير إلى أن انتماء العملية المركبة إلى قضاء معين لا يكون في أي حال عائقًا على "انفصالية قرار الرقابة .وبالتالي في إطار عقد القانون الخاص، فاختصاص القضاء العادي لم يمنع من الطعن بتجاوز السلطة .

وبالتالي كان قرار « Commune de Gorre » نقطة انطلاق لإجتهاد قضائي واسع، خاصةً بعد التطور الذي عرفه المرفق العام، فتسيير هذا الأخير من طرف الخواص يكون تحت نظام القانون الخاص وتكون هذه العملية مراقبة من طرف السلطة المركزية، وبالنتيجة فالقرارات الصادرة على هذه الأخيرة والخاصة بالمراقبة منفصلة عن العملية في حد ذاتها وذلك بإخراج اختصاص قاضي تجاوز السلطة من النظر في مشروعيتها.[2]

[1] -Lafferiere « si la contestation vient à porter, non sur la validité du contrat, mais sur celle de l'acte de tutelle considéré en lui méme, et du point de vue de sa régularité administrative, ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient d'en connaitre ;ils ne pourraient le faire sans juger un acte d'administration qui échappe à leur compétence. » Hubert CHARLES,O.P.cite .p.170.

1- Hubert CHARLES,O.P.cite .p.169,170,171.

ويرى البعض أنه بالنسبة لسلطة الحلول[1]، يبدو أنه لم يعد التمييز بين قرار الوصاية وبين قرار آخر أو عملية أخرى ، حيث يكشف الفقيه Stassionoboulos أنه يجب التمييز حسب الحالات ما إذا كانت المصادقة تمت من طرف رئيس تسلسلي بمقتضى مشاركته في اختصاص التابع، وهنا يجب القبول بأن للمصادقة لها أيضًا طابعًا تنظيميًا ولكن في الحالة التي تتم بمقتضى الوصاية الإدارية ، فإن الحل ليس هو ذاته.إلا أن احتفاظ هذه القرارات بطبيعتها واستقلاليتها تخضع دائمًا لقاضي الإلغاء(في مجال المناقصة ، إبرام العقد).وتبقى هذه القاعدة حتى إذا كانت العملية موضوع المراقبة تخضع لقاضي آخر (قرار المراقبة على المرافق العامة غير الإدارية).[2]

الفرع الثاني:

الشرعية الخاصة بالقرار والشرعية المتميزة عنه

يعتبر اختصاص القاضي الإداري في النظر في كل قرار إداري اختصاصًا لا جدال فيه، فبعض القرارات سابقة الذكر تحتفظ بسبب هدفها باستقلاليتها عن العملية المركبة ويجب إحالتها بدون صعوبة إلى قاضي تجاوز السلطة.

وتُطرح الانفصالية بالنسبة للعديد من القرارات الإدارية كشرط لقبول دعوى الإلغاء الموجهة ضده.وفي بحثه عن هذا الشرط فإن انشغال القاضي الإداري هو عدم ترك القرار الإداري–الذي يراقب عناصر الشرعية من جهة والذي يشكّل كيانًا متميزًا لكي يُمكن مراقبة شرعيته استقلالا عن شرعية أو صلاحية العملية المركبة من جهة أخرى – يفلت من مراقبته للتجاوز في استعمال السلطة،ذلك أن مراقبة هذا القاضي هي مراقبة

[1]- يقصد بالحلول في المجال الإداري، أن يتغيب صاحب الاختصاص الأصيل أو ان يعترضه مانع، سواء كان إراديًا كالإستقالة أو الامتناع عن العمل أو كان غير إرادي كالمرض أو الموت وحينئذ يحل من محل الأصيل من عينه المشرع.وتكون سلطات واختصاصات هذا الأخير هي ذاتها سلطات الأصيل.عما بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر-فرنسا-تونس-مصر،ص302.

-مثال عن الحلول: عندما يرفض رئيس المجلس الشعبي البلدي أو يُهمل اتخاذ القرارات المفروضة عليه بمقتضى القوانين و التنظيمات، يجوز للوالي بعد أن يطلب منه ان يقوم بذلك توليها تلقائيًا بعد انتهاء الأجل المحدد في الإنذارمحمد الصغير بعلي، قانون الإدارة المحلية الجزائرية،بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع.ص.105.

3- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص99 .

مشروعية بالدرجة الأولى، فيجب أن تخص القرار في حد ذاته، وحتى عندما يكون منتميًا إلى عملية محدّدة ، فهو يتمتع بهوية متميِّزة عن العملية. وهو ما يمكن مُلاحظته بفحص الوضعية المادية للقرار في علاقته مع العملية، ولكن مادام أن القرار يكون مُدمجًا في عملية محددة وأن عناصر شرعيته يُمكن أن تتداخل مع شرعية العملية فإن المُشكل يُطرح بكيفية أخرى؛ فالقرار لايمكن اعتباره قرارًا منفصلاً ولكن بالأحرى كقرار قابل للإنفصال عن عملية محددة عند الاقتضاء، ويمكن البحث عن الإنفصالية في التساؤل عما إذا كان يُمكن لقاضي الإلغاء التعرف على عناصر الشرعية الخاصة بالقرار وتستدعي مراقبة متميزة. وفي جميع الأحوال ليس هناك انفصالية إلاّ في الحالة التى تُطرح فيها مسألة الشرعية الخاصة أو المتميزة.وفيما يخص الطابع الخاص بالشرعية يُطرح السؤال عمّا إذا كان الأمر يتعلق بعناصر ومصادر الشرعية المتعلقة بالقرار ذاته. أما بالنسبة للطابع المتميز (المختلف) عن شرعية القرار فالسؤال المطروح هو عن مدى اختلاف القوعد المُنظمة للقرار وتميِّزها عن القواعد التي تحكم العملية المركبة .[1] ذلك على الشرح التالي.

أولاً– الشرعية الخاصة بالقرار

بمجرد أن يرى قاضي تجاوز السلطة أن القرار المُنتمي إلى عملية مركبة والذي يُشكل أساس موضوع النزاع مسألة الشرعية الخاصة به، فإنه يبحث عن انفصال القرار.فشرعية أو سلامة قرار ما أو عملية ما تفترض بحث علاقة تطابق وعدم اختلاف بين العملية والقرار الإداري والقاعدة القانونية من جهة، وكل قاعدة قانونية عُليا أو قاعدة عامة أي مصادر الشرعية من جهة أخرى، فالبحث عن الإنفصال يتطلب التفكير في مجموع كل هذه العناصر لتحديد ما إذا كان القرار يطرح مسألة الشرعية الخاصة به.

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص101.

وتجب الإشارة أن هذا لا يهم الوسائل المثارة من طرف الطاعن استثناءًا إلى طعنه، صحيح أنها يمكن أن تحدد القرار الذي يُشكل أساس النزاع والذي تُطرح بشأنه مسألة الإنفصال.ولكن القاضي يقوم بالبحث عن انفصال القرار دون مراعاة هذه الوسائل بعبارة أخرى ،إذا كان يمكنه أن يتساءل عن وجود هذه الوسائل او تلك التي يمكن إثارتها استنادًا إلى الطعن ضد القرار فإن هذا البحث يختلف عن فحص الوسائل المثارة فعليًا من طرف الطاعن،وهذا الفحص لا يتدخل إلا بعد الاعتراف بالطابع المنفصل للقرار.

إذن ، وبتصور علاقة التطابق أو عدم الاختلاف بين القرار من جهة ،ومصادر الشرعية من جهة أخرى، فإن كل قرار يمكن أن تكون له شرعيته الخاصة به.إلا أن هذه المسألة تصطدم بمفهومين ؛ فالأول خاص بعناصر القرار، أما الثاني؛ يتعلق بمفهوم التنظيم الوحيد المنظم لكل القرارات التي تشكل نفس العملية المركبة.

أ- العيوب الخاصة بالقرار

يتعين على قاضي الإلغاء فصل القرار عن العملية لكي يتمكن من فحص شرعيته،

استقلالاً عن شرعية أحد عناصر العملية أو شرعية هذه الأخيرة في مجموعها.وعليه فيجب أن يحدد مسبقًا مختلف عناصر الشرعية الخاصة بالقرار،وهناك اتفاق على عتبار أن هذه العناصر تكون عناصر متعلقة بالصحة الخارجية للقرار (قاعدة الاختصاص وقاعدة الاجراءات) وعناصر متعلقة بالصحة الداخلية(السبب والهدف).[1]

[1]- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداي، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة 4، 2010.ص259.

فمن المنطلق الذي يرى أن قرارات الوصاية أو الرقابة تُعتبر قرارات منفصلة وأن إمكانية فحص شرعيتها استقلالاً مسألة غير مشكوك فيها على الإطلاق ،فإن هذا لا يبدو واضحًا جدًا، إذ يؤدي عدم احترام الحدود بين الشرعية الخاصة بقرار لوصاية وشرعية القرار الذي يُشكل موضوعها إلى تقسيم وتوزيع الاختصاصات القضائية فيما يخص المراقبة على هذه القرارات.

فرقابة قاضي الإلغاء على شرعية القرارات التي تُنجز عملية للسلطة العامة لا يكون لها دائمًا نفس المحتوى بالنسبة لكل أصناف القرارات، كما أن تنوع مُحتوى رقابة هذا القاضي داخل قرارات الوصاية لم يتم رفضه ولكن مهما تكن المراقبة القضائية على هذه القرارات فإنه يجب أن لا تصل إلى غاية فحص القرارات أو العمليات التي تُشكل موضوع قرارات الرقابة.

فمن الثابث أن كل تدبير فردي لتطبيق القرار التنظيمي يجب أن يتطابق مع هذا الأخير،حتى إذا كان هذا الأخير قد أُصدر من طرف سلطة رئاسية دُنيا عن السلطة التي تتخذ التدبير الفردي للتطبيق.فعلى العكس فإن كل تدبير تنظيمي مُتخذ بطريقة قانونية يُعتبر في حد ذاته مصدرًا للشرعية ويتم فحص شرعيته بحسب علاقة صارمة بينه وبين القواعد الأكثر عمومية لدرجة أن هذا الفحص لا يُمكن أن يدخل إلا قاعدة عامة مطروحة من طرف التشريع و لا يُمكن أن يؤثر القرار المُتخذ تطبيقًا للقرار التنظيمي على الإطلاق على شرعية هذا الأخير.

وعليه، إن فحص شرعية قرارات الرقابة أو الوصاية لا يتم في الغالب بصفة متميزة عن فحص شرعية العملية أو القرار الذي يُشكل موضوعًا لها،فغالبًا لا يتم الفصل في الشرعية الخاصة عن القرار الرقابة ولكن يتم إلغائه أو رفض إلغائه لعدم شرعيته أو شرعية القرار أو العملية التي تُشكل موضوع قرار الرقابة.

ويثير هذا الموقف مشكلاً مهمًا ليس على المستوى النظري فقط وهو المشكل المتعلق باستقلالية قرار الرقابة ،ولكن أيضًا على المستوى العملي عندما يكون القاضي لإداري غير مختص بالنظر في القرار أو في العملية التي تُشكل موضوع قرار الرقابة،وفي هذه الحالة فإن توزيع النزاع على العديد من القضاة لا مفر منه ،ويرجع عدم تجانس قرارات الرقابة إلى أنه إذا كان يُمكن لجهاز الرقابة أن يُقرر بكل حرية في العديد من الحالات فإنه لا يُمكن أن يُقرر إلا على حسب السبب الذي يمس شرعية القرار أو سلامة العملية الخاضعة للرقابة. وبالتالي فالمراقبة القضائية تكون ضيقة فيما يخص هذه القرارات وكن تبقى مسألة أخرى متعلقة بشرعية أو سلامة ما تراقبه سلطة الوصاية أو الرقابة.

و بالنتيجة، فإن قرارات الرقابة يمكن أن تكون في جميع الحالات موضوعًا متميزًا للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ،فقاضي الإلغاء وبفحصه لمثل هذا الطعن قد يُقرر عدم شرعية أو عدم قانونية القرار الذي تتخذه سلطة الوصاية لأسباب قانونية أو لأسباب الملاءمة،والمُشكل هو أن هذا القاضي يتدخل حتى عندما تكون الشرعية التي تضر بالطاعن تمس فقط القرارات أو العمليات الخاضعة للرقابة ،وهو ما يتجاهل استقلالية قرار الرقابة ويزيد من صعوبات تعقيد الاختصاصات القضائية.

بلإضافة لقرارات الرقابة وطابعها المتميز فيما يخص الطعن بالإلغاء فيها هناك ما يُعرف بالقرارات الصادرة عن الأجهزة التداولية.

فمن المتعارف عليه في أخلاقيات أصول العمل القانوني الأدب القانوني أن مداولة جهاز تداولي تعتبر قرارًا مركبًا ولكنه غير قابل للتجزيء ،فضلاً عن ذلك وبعض التعرض للانتقاد الموجه ضد الفقه الذي يهدف إلى تأسيس انفصالية بعض القرارات الإدارية على العيوب التي تمس إلا الشرعيتها الخارجية أو الشكلية بأنه يتم اللجوء إلى هذا المعيار كلما تعلق الأمر بجهاز تداولي.

في هذه الحالة يُطرح السؤال عن مدى وجود قرار إداري يجب فصله ، في حالة الجواب بالإيجاب ، ماهي عناصر الشرعية التي يتم فحصها من طرف قاضي الإلغاء.

وبالبحث عن هذه المسألة المزدوجة يُكشف عن المنطق المُختفي وراء هذه الرابطة المزعومة بين نوع الشرعية التي بجب فحصها ومسألة القابلية الإنفصال.

وعليه، فيجب التمييز بين المداولة في حد ذاتها التي يُمكن أن نسميها قرارًا تداوليًا من جهة و القرار أو العملية التي تُشكل موضوع المداولة من جهة أخرى، وحسب هذا التمييز فإن القرار التداولي يجب اعتباره منفصلاً كلما تمت المنازعة في شرعيته الخاصة به.

إن فحص قرارات جهاز تداولي يسمح بالتمييز بين كيانين أو عنصرين مختلفين؛أحدهما قرار موجود مُسبقًا ومن آثاره الاعتراف للجمعية أو الجهاز التداولي بسلطة نسب قرار أو عملية محددة خلال جلسة لشخص من أشخاص القانون، ويكمن الكيان الآخر في هذا القرار الأخير أو هذه العملية الأخيرة.[1]

وبالنظر إلى طبيعة صاحب المداولة يجب التمييز بين المراد فعلاً من هذه المداولة والتي تُنتج آثارها تُجاه الشخص القانوني الذي ترتبط به المداولة أو اتجاه الغير من جهة، والقرار الذي يتشكل بمقتضاه هذا القرار ويتصرف بموجبه حسب القانون للحصول على سلطة إصدار قرار من جهة أخرى.وهذا القرار هو الذي نسميه القرار التداولي.

فيما يخص القرارات المقصودة فعلاً من طرف هذه المداولات والتي تُشكل موضوعاتها فإنها لا تطرح أي مشكل بالنسبة للتعرف عليها ولكن تُعتبر جد متنوعة؛

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص101.

فيمكن أن يكون الأمر متعلقًا أولاً بقرار خاضع لاختصاص المحاكم العادية ، وعلى العكس خاضه لاختصاص المحاكم الإدارية، ثانياً ان يكون موضوع المداولة عملية ركبة خاضعة لاختصاص القاضي الإداري أو قاض آخر، وفي هذه الحالة الأخيرة يُمكن أن يتعلق الأمر بقرار إداري مُنفصل عن العملية ، وأخيرًا يُمكن أن تهم المداولة مجرد رأي أو مجرد توصية فهي ليست ملزمة.

أما بالنسبة لتحديد القرار التداولي أو المداولة كقرار غير الذي يُشكل موضوعًا لها، فإنه يمكن اعتباره على العكس تحديدًا اصطناعيًا ولكنه لن يكون أكثر اصطناعًا من التمييز بين إبرام العقد والعقد ذاته الذي أصبح تمييزًا قائمًا بذاته في مجال العقود.

ويمكن أن يكون للقرار الذي يتعلق به الأمر طابعًا إداريًا مهما كانت طبيعة القرار أو العملية المُستهدفة من طرف المداولة إذا كان الجهاز التداولي يُمثل شخصًا من أشخاص القانون العام أو يتصرف باسمه.

غير أن الفقه لا يميز في المداولة بين قرارين رغم أنه لا ينظر إليهما كقرار بسيط ،فحسب HOURIO مثلاً فإن القرارات الصادرة من جهاز تداولي تنبثق من إرادة الجمعية إلا إذا كانت مُشكل في الاجراءات القانونية، والتي يجب إذن فحصها أولاً في إجراءاتها.[1]

وفضلاً عن ذلك فإنه يجب الإشارة إلى أن الأمر يتعلق هنا بفحص قاضي الإلغاء ،ولا يتردد البعض في القول بأن هذه المراقبة للشرعية تُمارس على قرار منفصل أو على العكس لا تُمارس لعدم وجود قرار منفصل ،وفي هذا الصدد يُؤكد مفوض الحكومة GALABERT : أن مداولات المجالس البلدية أو المجلس العامة في مجال العقد تُعتبر نماذج للقرارات ،ولا يُعتبر العقد منفصلاً ولكن يمكن ان تكون المداولة

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص104 .

كذلك. إلا أنه يجب عدم الاعتقاد من أن هذا يتطابق مع التمييز المُقترح ،لأن التمييز الذي يتحدث عنه الفقهاء في المجال التعاقدي بالخصوص ليس إلا تمييزًا للعقد عن القرارات الانفرادية المُدمجة في العملية التعاقدية ،ولكن، يمكن أن تكون منفصلة ويمكن أن يُشكل أحد هذه القرارات موضوعًا لمداولة ما،بمعنى أنها يمكن أن تنتج عن قرار تداولي ولكن هذا القرار الأخير عند الفقهاء يختلط مع الأول لكي يكون منفصلاً او غير منفصل عن العقد ذاته،هكذا عند الحديث عن انفصالية الترخيص لإبرام العقد الصادر من طرف جهاز تداولي،يُقصد من ذلك القرار التداولي والقرار الناتج عنه في نفس الوقت أي الترخيص.ويشكل العنصران في نظر الفقه مداولة منفصلة في حين أنه يستهدف بواسطة الانفصالية القرار التداولي فقط والذي يمكن تشبيهه إل حد ما بقرار وظبفي (اي له علاقة مع العملية).[1]

ب- النظام القانوني الخاص بالقرار

من المتعارف عليه ترك المشرع بعض العمليات تسري بدون نص ، إذ لا يجد القاضي أساسًا قانونيًا يرتكز عليه في تقديره، فإن هذا لا يُشكل استثناءًا،فالقاعدة العامة هي أن القرار يُنظم بقواعد قانونية إلا أن هذا التنظيم قد لا يكون إلزامًا مُدمجًا في إطار نفس التشريع و التنظيم الذي يُنظم العملية في مجموعها، رغم الرأي الذي يمكن في نظره اعتبار القرارات التي تشكل نفس العملية هي فقط العمليات المُنظمة بنفس التشريع أو نفس التنظيم،وانطلاقًا من انتقاذ هذا الرأي يمكن التأكيد على أن القرارات المنفصلة هي القرارات التي لها نظام قانوني خاص بها.

إلا أنه هناك انتقاد للرأي القائل أن القرارات المنفصلة هي القرارات غير المُنظمة بنفس التشريع أو التنظيم الذي يحكم العملية،هذا الرأي نصادفه بالخصوص في العمليات الإدارية التي تتضمن التصرفات الإدارية فقط،وبتعبير أدق القرارات الإدارية

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص105 .

الإجرائية،ويهدف هذا الرأي إلى تقليص عدد حالات الاستثناء من المبدأ العام الذي لا يمكن إثارة عدم شرعية قرار غير تنظيمي نهائي عند انتهاء أجل الطعن كما هي الحال في قانون الوظيفة العمومية،كقرارات التوظيف أو الترقية،أو التشريع المتعلق بنزع الملكية.

فانطلاقًا من اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Ministére de l'intérieur C/Ass pour la sauvegarde du parc des sport Romdnay André »[1] ،لاحظ مفوض الحكومة "Laurant" أن القرارات غير المنفصلة والتي تساهم في تحقيق عملية مركبة هي القرارات المُتخذة بمقتضى نفس التشريع أو التنظيم .وكانت المسألة تتعلق في هذه القضية بما إذا كان يمكن إثارة عدم شرعية المرسوم المُعلن للمنفعة العامة استنادًا إلى الطعن المُوجه ضد قرار وزاري سلم رخصة البناء.وكان الجواب سلبيًا نظرًا لغياب عملية مركبة بين الإعلان عن المنفعة العامة وتسليم رخصة البناء،واعتبر أن رخصة البناء تُسلم بمقتضى تشريع غريب كليًا عن نزع الملكية الذي لا بقدم له أي أساس قانوني.

هكذا، وفيما يخص المرحلة الإدارية لنزع الملكية مثلاً والتي لا تشكل حسب مفوض الحكومة عملية مركبة فإنه يتم الخروج من إطار تشريع محدد فيما يخص إعلان المنفعة العامة لإنجاز طريق سيّار من جهة،وقرار المصادقة على امتياز هذا الطريق من جهة أخرى،وهذا في نظره بمجرد أن يُصبح التنظيم غير ملزم للتقرير في الامتياز بواسطة القرار المُعلن لإنجاز العمل .وهو ما يُعتبر منتقدًا لأن الأمر إذا كان لا يتعلق فعلاً بعملية مركبة في المثال الذي ورده مفوض الحكومة Laurent ذلك ليس لأن إعلان المنفعة العامة من جهة وتسليم رخصة البناء أو القرار الذي يصادق على امتياز الطريق السيّار من جهة أخرى غير مُنظم من طرف نفس التشريع،ولكن لأن هذه

[1] - C.E 17 juin 1955 , p 399, .A.G.D.A., 1955,p 288, O.P.cite .p Miloud Boutrigui, p.114.

القرارات ليس لها نفس الهدف القريب والمباشر.فبتطبيق معيار الهدف نشير إلى أن الهدف المباشر لقرار نزع الملكية هو نزع الملكية وليس إعداد وتهيئة جزء من التراب الوطني،فقرار إعلان المنفعة العامة وقرار التفويت لهما إذن نفس الهدف ويشكلان عملية واحدة ولكن ليس لهما نفس الهدف الذي يرمي إليه قرار المصادقة على عقد الامتياز لبناء طريق سيار.

ج-تنوع النظام القانوني الخاص بالقرار

تتطلب ممارسة الرقابة القضائية على القرار الإداري وجود نظام قانوني جد محدد لهذا الأخير،وهو الحد الأدنى الضروري لكي يتم الاعتراف بإمكانية فصل قرار ما،ويمكن أن يكون هذا النظام الخاص مُؤسسًا بواسطة تشريع غير التشريع الذي يحكم العملية التي يمكن أن يتصل بها القرار.غير أن القرار يمكن أن يمثل نظامًا متميزًا مدمجًا في تشريع يُنظم العملية أو قرارها الرئيسي،فعندما يكون القرار في عملية مركبة لا يستجيب لنظام قانوني خاص به فإنه يفقد هويته،فلكي يكون منفصلاً فمن الضروري أن يكون مُنضمًا بما فيه الكفاية من طرف تشريع أو تنظيم متميز ويحتفظ تبعًا لذلك بهويته وذاتيته.

إن أحسن مثال في هذا الصدد هو المثال المتعلق بتنقيط الموظفين العموميين، فالقضاء الإداري بصفة عامة قبل الطعن بالإلغاء الموجهة ضد قرارات تنقيط الموظفين العموميين بكون أنها قرارات تؤثر في المركز القانوني للطاعن.[1]

بعبارة أخرى أن هناك نصوصًا لكونها منفصلة تنظم التنقيط مما يجعل القرارات الصادرة في هذا المجال قابلة للطعن بتجاوز السلطة استنادًا لهذه النصوص كنظام قانوني خاص بها.وبالتالي يمكن أن تحدد هذه النصوص التي تتضمن النظام القانوني

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص108.

للقرار قضاءه الذي يمكن أن يكون غير قضاء الإلغاء،في هذه الفرضية فإن احترام النص هو الذي يشكل حاجزًا أمام تدخل قاضي الإلغاء ويكفي تطبيق النص.

وفي إطار التشريع أو التنظيم المُنظم للعملية في مجموعها التي يتصل بها القرار فإن هذا الأخير يمكن أن يكون منظمًا بصفة مستقلة بالنظر إلى موضوعها المحدد، وبذلك فإن القرار يمثل نظامًا قانونيًا خاصًا ومتميزًا يُبيح انفصاليته ولا يجب عدم خلطه مع النظام القانوني لأي تصرف آخر.و الحال كذلك بالنسبة للقرار المعلن للمنفعة العامة في عملية نزع الملكية إذ يتم بالطابع المنفصل لهذا القرار الذي له نظامه المتميز ويمكن بالتالي أن يمثل شرعية خاصة به.

ثانيًا– الشرعية المتميزة عن القرار

بعض ان تعرض البحث لشرعية القرار أي بالنظر إلى القرار ذاته ونظامه القانوني،تأتي هذه النقطة المتضمنة شرعية وسلامة العملية التي يُدمج فيهاالقرار للبحث عما إذا كانتا متميزتين.

إذا تعلق الأمر بقرار إداري له شرعيته الخاصة به فإن هذه الأخيرة يمكن ان تكون موضوعًا لمراقبة قاضي الإلغاء،وهذه المراقبة ستكون بدون شك خاصة بالقرار إذا كانت العملية منظمة بقواعد لا تعتبر مصادرًا للشرعية التي يُوكل فرض احترامها إلى قاضي الإلغاء.[1]

يرتكز إذن تفسير الانفصالية التي تعالجها هذه النقطة على التمييز بين القواعد القانونية التي يُوكل فرض احترامها إلى قاضي الإلغاء والقواعد المطبقة من طرف قاضي العملية،ويكون القرار منفصلاً بمجرد ان يكون غير منظم من طرف هذه القواعد الأخيرة،لأن القواعد القانونية ليست كلها مصدرًا للشرعية الموكولة لقاضي الإلغاء.

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص110.

وعليه،يمكن أن يتعلق الأمر بعملية مركبة خاضعة لقواعد من هذه الطبيعة،في حين أن القرار الإداري يمكن أن يتصل بمثل هذه العملية لا يبدو منظمًا إلا بقواعد مطبقة من طرف قاضي الإلغاء.في هذه الفرضية فإن القرار المطعون فيه لا يمكن اعتباره منظمًا بقواعد من نفس طبيعة القواعد التي تحكم العملية.

وبالنتيجة يمكن فحص شرعيته بصفة مستقلة بمجرد أنه لا يكون منظمًا بأي من هذه القواعد الأخيرة،وبالتالي يجب قبول انفصاليته وهو ما يفسر انفصالية المتعلقة بالعمليات التعاقدية. [1]

بعد التطرق لماهية القرارات الإدارية المنفصلة و معايير تحديد هذه الأخيرة من غيرها ، نقوم في الفصل الثاني بتبيان القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية و محاولة توضيح الجانب العملي للقرار الإداري المنفصل بعدما أوضحنا جانبه النظري في الفصل الأول.

[1]-نفس المرجع ، ص.111

الفصل الثاني:

القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية

و الرقابة القضائية عليها

تحتل الصفقات العمومية جانبًا هامًا من أعمال الدولة ، و ذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق النفع العام ، إذ تُمثل الشريان الذي يُدعم عملية التنمية، كما تُعتبر النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية ، و ذلك من أجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد.[1] هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تخضع هذه الأخيرة إلى طرق إبرام خاصة و اجراءات معقدة ، زد على ذلك ، السلطات الاستثنائية المخولة للمصلحة المتعاقدة غير المألوفة في القانون العام.مما أدى بالمشرع الجزائري إلى التنصيص عليها بنظام قانوني خاص بها، حيث نص المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر من سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام [2] في مادته 02 على أن " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تُبرم مع مُتعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المُتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات."[3]

---

[1]- تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ،المرجع السابق.ص.07.

[2]- الجريدة الرسمية ، العدد رقم 05 ، المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر من سنة 2015.

[3]- جاء تنظيم الصفقات العمومية في شكل مرسوم رئاسي ، مثله مثل التنظيمات التي سبقت في هذا المجال ، أي الأمر استقر في تنظيم العقد الإداري في النظام القانوني الجزائري بموجب تنظيم مستقل أي لائحة مستقلة في شكل مرسوم رئاسي صادر عن رئيس الجمهورية.إلا ان حبذ و لو جاء تنظيم هذا المجال في موجب قانون ، ذلك للأسباب التالية: أولا، تنظيم العقد الإداري موضوع تشريعي بطبيعته ، وما للسلطة التنفيذية إلا در محدود يكمن في تطبيق قانون الصفقات العمومية و تكملة أحكامه عن طريق المراسم التنفيذية ؛ أما السبب الثاني يكمن في كون العقد الإداري أحد آليات ممارسة النشاط الإداري و أهم الأدوات القانونية لصرف الأموال العامة في صورة أموال سائلة بغية تسيير المرفق العام ، الأمر الذي يحتاج دوما إلى مناقشة مُعمقة في إطار العملية التشريعية التي تجتمع فيها و تتكامل جهود كل من السلطة التشريعية و التنفيذية. عبد الرحمن عزاوي ، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري و انعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية و مقوماتها ، المجلة الجزائرية ، العدد 01 ، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، 2012.ص.403 و 404.

أما عن تعريف القضاء الجزائري للصفقات العمومية فقد عرفها على أنها : " ... و حيث أنه تعرف الصفقات العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات ..." [1]

و بالنتيجة و نظرًا لاختلاف المراكز القانونية بين أطراف الصفقة العمومية ، عمد المشرع إلى توفير حق اللجوء للقضاء للمتعامل الاقتصادي من أجل إعادة التوازن و رفع الضرر.

وعليه ، نقسيم الفصل إلى مبحثين ، الأول يكمن في تبيان هذه القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية بصفة عامة و الصفقة بصفة خاصة ؛ أما المبحث الثاني نتطرق لمدى جواز الطعن على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية؟.

[1]- قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 17-12-2002 ، في قضية المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ، تحت رقم 6215 فهرس 873 ، قرار غير منشور .

المبحث الأول:

القرارات الإدارية المنفصلة ذات الصلة بالصفقة العمومية

للصفقة العمومية قرارات إدارية منفصلة نتطرق إليها من خلال مراحل هذه الأخرة ، و نستهل ذلك بمرحلة الإبرام (المطلب الأول) ثم مرحلة التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مرحلة الإبرام

ينبغي التمييز بين العقد الذي تبرمه الإدارة و بين الاجراءات التي تمهد له ، و من هذه الاجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة ، و له خصائص القرار الإداري و مقوماته ، من حيث كونه إفصاحًا عم إرادة الإدارة ، و مثل هذه القرارات و إن كانت تساهم في تكوين العقد و تستهدف إتمامه إلا أنها تنفرد و تنفصل منه لتقبل الطعن بالإلغاء .[1]

و عليه يمكن تقسيم هذه المرحلة من حيث القرارات التي يمكن أن تصدرها الإدارة ، إلى قرارات صادرة في المرحلة التمهيدية للصفقة (الفرع الأول) ، قرارات إبرام أو عدم إبرام الصفقة (الفرع الثاني) ، قرارات الوصاية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية

يصدر عن الإدارة في مرحلة الانعقاد العديد من القرارات ، بعضها يمهد و يسبق عملية إبرام العقد(أولا) و البعض الآخر يقترن بهذا الإبرام و يعاصره (ثانيًا)

[1] - ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ،ص. 132.

أولاً: التعريف بالمرحلة التمهيدية للصفقة العمومية

تعمل المصلحة المتعاقدة على إصدار هذه القرارات أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد ، و تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة و المستقلة ، و هي قرارات نهائية تخضع لما يخضع له القرارات النهائية الأخرى من أحكام من شأن طلب وقف تنفيذها و إلغائها. [1]

حيث أنه يسبق عملية التوقيع مجموعة من الاجراءات و القيود تلتزم الإدارة بمراعاتها ، و من هذه الاجراءات الحصول على الإذن بالتعاقد من الجهة المختصة مثلاً. و ذلك بغية تحقيق الشفافية و تكافؤ الفرص و حرية المنافسة.[2] وكذا الحرص على مصالح الدولة المالية باختيار أكفأ المتعاقدين و أفضلهم شروطًا و أكثرهم خبرةً في مجال العمل الفني الإداري، كما تراعي المرحلة التمهيدية قواعد العدالة و المساواة بين المتنافسين للتعاقد مع الإدارة ، و كل ذلك بإتباع الاجراءات المنصوص عليها في القانون.[3]

وعليه ، و بالنسبة للقضاء الفرنسي و نظرًا لكون نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وليدة هذا الأخير ، فقد استطاع G. JEZE مع بداية القرن 20 إبراز رأي مجلس الدولة الفرنسي ، في تفكيك العمليات الإدارية ، و قبول مراقبة الشرعية على كل القرارات التي تمهد للقرار النهائي ، كما يتبنى حاليًا العديد من الفقهاء قاعدة عامة مفادها ، هو انفصالية القرارات التمهيدية ، فحسب الأستاذ Michel Krassilichik : " إن مفهوم القرار المنفصل يحتفظ بكل أهميته في وظيفته الأساسية ، و هي جعل دعوى

[1]- سعيد سليماني ، دور القاضي الإداري في معالجة عقود الإدارة ، مجلة كلية الحقوق ، دراسات قانونية، العدد 04 ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2007 . ص 225,

[2]- محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد و الإبرام ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة الأسكندرية ، 2011.ص. 170.

[3]- جمال عباس عثمان،المرجع السابق ، ص .302.

الإلغاء مقبولة ضد التدابير التمهيدية للقرار الإداري ، و ضد القرارات المدمجة في عملية مركبة خاضعة لقضاء أخر ، أو محكمة أخرى.[1]

أما عن رأي الأستاذ Charle Hubert فإن : (كل القرارات الانفرادية التي تمهد أو تصاحب عملية مركبة تعتبر منفصلة عن هذه الأخيرة ، و تدخل في اختصاص قاضي الإلغاء".)[2]

و كان تعليق MAURICE HOURIOU من خلال 6 قرارات لمجلس الدولة من ديسمبر 1903 إلى أفريل 1906. فقد اعترفت مجلس الدولة الفرنسي بأن القرارات التي تحضر أو ترافق إبرام العقد والمتخذة من طرف الأشخاص العمومية بإرادتهم المنفردة هي قرارات متميزة عن العقد وبالنتيجة فهي تنفصل عن هذا الأخير وعليه تستطيع أن تكون محل طعن لتجاوز السلطة.[3]

و عليه ، قبل مجلس الدولة الفرنسي و المصري الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية الممهدة و المساهمة في تكوين العقد و السابقة على إبرامه، و هذا و إذا كان حصر هذا النوع من القرارات يعتبر أمرًا عسيرًا مثل القرارات الصادرة بالترخيص أو بالموافقة على إجراء التعاقد[4] أو القرارات الصادرة من جهة إدارية أو من مجلس محلي للتعاقد[5]

---

[1]- ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، ص. 138.

[2] --Hubert CHARLES, Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français , O.P ,cité . p . 174 .

[3] -Hubert CHARLES, Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français , O.P ,cité . p . 174 .

[4]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 06 أبريل 1906 في قضية Cainnus المجموعة 97 - ذكر من طرف مخمد السناري ، المرجع السابق ، ص . 42.

[5]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 – 2 1977 في قضية Société de chasse de thenissey - المجموعة 227 ذكر من طرف مخمد السناري ، المرجع السابق ، ص . 42.

وقد ثار الجدل و السؤال حول هذا النوع من القرارات ، ذلك لأنها في راي البعض أنها مجرد قرارات تحضيرية و ليست قرارات نهائية و باتة ،و من ثم لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن فيها بالإلغاء ، حيث اعتبرها قرارات نهائية. و قد أوضح ذلك مفوض الدولة« Baudouin » في قضية Société anonyme tourisque de la Vallée du lautaret بتاريخ 06 نوفمبر 1970 بأن (مداولات المجالس البلدية أو العامة تكون أنموذج للقرارات الواجبة التنفيذ التي اعتُبرت منذ أكثر من نصف قرن قابلة للانفصال عن العقد و المتعلقة به بسبب طابعها، على أنها قرارات صادرة من إرادة واحدة).

كذلك قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر عن لجنة المناقصات أو المزايدات باستبعاد أحد المتقدمين في المناقصة أو المزايدة دون وجه حق [1].

كذلك ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن قرارات الاستبعاد الصادرة من الإدارة في مواجهة المقاول أو المورد الذي يتقدم بعطائه فعلاً ، و إن كان يجوز الطعن عليها بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة ، إلا أنها ليست تطبيقًا لمنهاج القرارات المنفصلة و غير مرتبطة بالعملية التعاقدية و غير مُرتبطة بالعملية التعاقدية ، حيث يرى أنها قرارات عامة تنتهي بانتهاء العملية العقدية.

إلا ان الأستاذ محمد السناري لا يُشاطر هذا الرأي ، و يرى أن هذا النوع من القرارات يُعد تطبيقًا كاملاً لنظرية القرارات المنفصلة ، حيث أنه لا يمكن أن يثار الطعن فيها بالإلغاء إلا بمناسبة عقد من العقود التي استُبعد منها الطاعن، و إذا صحّ انها قرارات عامة يُجاوز سريانها مدة العملية العقدية فإنها ايضًا لا تثار إلا بمناسبة عملية عقدية أخرى، و القضاء مستقر على قبول الطعن في هذا النوع من القرارات.

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13 يوليو سنة 1968 في قضية " Capus" دالوز – 1968 ص 674. أورده محمد السناري ، المرجع السابق ، ص . 44.

كما يقبل مجلس الدولة في فرنسا و مصر الطعن بالإلغاء على قرار الإدارة الصريح برفض إجراء المناقصة [1] إذا كانت الإدارة ملزمة قانونًا باتباع طريق المناقصة أو المزايدة ، كما يقبل الطعن بالإلغاء أيضًا في هذه الحالة على القرار الصادر باعتماد التعاقد بطريق الممارسة [2]

و مما تجدر الإثارة إليه في هذا المجال ، أن ثمة أعمالاً سابقة أولاحقة على إبرام العقد لا يُقبل الطعن فيها بالإلغاء – كما سبق دكر ذلك في الفصل الأول– و منها الأعمال التحضيرية للقرار و التعليمات و المنشررات الدورية ، و أيضًا الأراء الاستشارية.

كذلك لا يُقبل الطعن بالإلغاء ضد الاجراءات التمهيدية التي تسبق تحرير العقد ، و التي ليس لها طبيعة القرارات الإدارية مثل إجراءات التحقيق السابقة على تحرير العقد و توقيعه.[3]

اما عن القرارات الصادرة في مرحلة الإبرام و الخاصة بالصفقة العمومية و بموجب المرسوم الرئاسي 15–247 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام،فقد تطرق المرسوم الرئاسي لحق المتعهدين بالطعن في المرحلة التمهيدية للصفقة أمام لجنة الصفقات العمومية في المادة 82 من المرسوم 15–247و التي تنص على ما يلي : " زيادةً على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى او إلغاء الإجراء ، في إطار طلب العروض ، أو إجراء التراضي بعد الاستشارة ، أن يرفع طعنًا لدى لجنة الصفقات العمومية ." هذا من جهة ، و من جهة أخرى و بالرجوع لنص المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته 06 –01 نجدها و

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 أبريل 1914 في قضية – Syndicat des maitres – imprimeurs المجموعة ص . 120.
[2]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19 يونيو 1936 في قضية Cromackالمجموعة 672.
[3]- مخمد السناري ، المرجع السابق ، ص . من 42 إلى 46.

قد نصت في فقرتها الأخيرة على ضرورة ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية ، و بالرجوع إلى نص المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247و التي تنص أنه : " دون الاخلال بالمتابعات الجزائية ، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح او تخصيص ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، إما لنفسه أو لكيان أخر ، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعتها ، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك او تنفيذه ، من شأنه أن يشكل سببًا كافيًا لاتخاذ أي تدبير ردعي ، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني و تسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية "

و بقراءة كل من النصين و ربطهما ببعضها يتضح قابلية الطعن ضد القرارات الممهدة لإبرام العقد ، وأن سلطة توقيع الجزاءات على المخالفات المذكورة بالمادة 89 المذكورة أعلاه تُمنح للقاضي الإداري فضلاً عن اختصاص قاضي العقوبات.[1]

ثانيًا : القرارات الممهدة لإبرام الصفقة

تندرج ضمن طائفة القرارات الممهدة لإبرام الصفقة ، كل من القرارات المتعلقة بالاستبعاد من المشاركة في المنافسة المتعلقة بالصفقات العمومية(1) قرار الإعلان عن الصفقة (2) قرار المنح المؤقت (3)

1- قرار الاستبعاد من المشاركة في طلب العروض

و هي قرارات تُصدرها الإدارة بحرمان بعض الأشخاص من المشاركة في الصفقات العمومية ، إما جزاء للتنفيذ المعيب لالتزام سابق ، أو كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة في استبعاد العطاءات التي لم تتوافر لها أو لمقدميها الشروط

[1]- خلف الله كريمة ، المرجع السابق ، ص. 187.

المقررة ، و يصدر قرار الحرمان من المشاركة ضد الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي.

أما قرار الاستبعاد ذاته فهو قرار موضوعي لا ينصب على شخص معين و إنما إلى العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون أو التي ترد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات.

و بالتالي تعتبر القرارات بحرمان بعض الأشخاص أو بإدراج بعض الأسماء في قوائم غير مسموح لها بالمشاركة في الصفقات العمومية ، قرارات قابلة للطعن بالإلغاء.

و تطبيقًا لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بمصر في حكمها الصادر في12 -04- 1957 بما يلي : " حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخض لرقابة القضاء الإداري و يجوز الطعن ضدها بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة ، إذا كان القرار قد صدر من أجل المصالحة العامة أو لأسباب لا تتصل به ك الأسباب السياسية مثلاً ، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب.1

هذا، و يعتبر القضاء الإداري القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بهدف من شخص طبيعي او معنوي من المشاركة في المنافسة القائمة في إطار صفقة عمومية ، قرارًا إداريًا منفصلاً عن الصفقة.

و يميز المرسوم الرئاسي 15 – 247 بين نوعين من قرارات الاستبعاد : قرار رفض العرض المقدم ، و قرار الإقصاء او المنع من المشاركة في الصفقات على الشرح التالي:

أ / قرار رفض العرض المقدم

[1]- أورده جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص. 344.

إذ يعد قرار المصلحة المتعاقدة برفض عطاء مقدم من متعهد ما ، قرار موضوعيًا ، فهو قرار لا يوجه إلى شخص مقدم العطاء ، بل ينصب على العرض نفسه لعدم استيفائه الشروط التي يتطلب المرسوم الرئاسي 15-247 لصحة العرض ، و نشير في هذا الخصوص ألى أنه يعد من أهم أسباب رفض العرض ما يلي :

-حالة العروض غير المستوفية لشروط التقديم ، و هي كالأتي:

شرط الآجال (أي حالة إيداع عرض خارج الآجال المحددة لذلك) ، الشرط المتعلق بطريقة إيداع العروض و مكان إيداعها ، و الشروط المتعلقة بشكل و مضمون التعهدات.[1]

-حالة العروض التي لا تستوفي متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية أو النجاعة المتعين بلوغها و المنصوص عليها في دفاتر الشروط ، و هذا في حالة إبرام الصفقة بطريق الاستشارة الانتقائية طبقً للمادة 67 من المرسوم الرئاسي 15- 247.

-حالة رفض العرض بناءًا على اقتراح لجنة تقييم العروض لإحدى السببين :

-إذا ثبث أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو أنه يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

- إذا كان العرض المالي للمتعامل المختار ، يبدو منخفضًا بشكل غير عادي، حسب المادة 72 الفقرتين 04 و 05 من المرسوم الرئاسي 15 -247.

-حالة العرض المقدم من متعهد أجنبي إذا لم يتضمن التزامًا بتلبية شرط الاستثمار في نفس ميدان النشاط في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة القانون

[1]- المواد 65 و 66 من المرسوم الرئاسي 15 – 247 .

الجزائري يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون طبقًا للمادة 84 / 02 من المرسوم الرئاسي 15- 247 .

ب / قرار استبعاد متنافس

يعد قرار استبعاد أو إقصاء متنافس ، قرارًا شخصيًا يوجه إلى شخص معين بذاته ، معنويًا كان أو طبيعيًا ، يهدف إلى حرمانه من الاشتراك في كافة الصفقات المعلن عنها، و يعتبر من أبرز القرارات المنفصلة عن الصفقة.

هذا ، و يتم استبعاد متنافس من المشاركة في الصفقات العمومية في حالتين:

ج- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

نصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، على الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ، كما أحالت الفقرة الأخيرة منها في تطبيق هذه المادة إلى قرار وزاري يصدره الوزير المكلف بالمالية ، و تطبيقًا لهذه الإحالة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 حدد فيه كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية[1].

فصل المرسوم الرئاسي في الأحكام المتعلقة بقرار الإقصاء ، ذلك أنه إضافةً إلى تحديد حالات هذا الأخير و تصنيفها ، فقد تضمنت المادة وقت إجراءات الإقصاء و مدته و نطاق تطبيقه، حيث ينقسم الإقصاء في الصفقات العمومية إلى نوعين، إقصاء مؤقت و إقصاء نهائي ، و ينقسم كل نوع إلى إقصاء تلقائي و إقصاء بمقرر ، فيتم الأول دون حاجة لصدور قرار إداري على عكس الثاني الذي لا يتم إلا بموجب قرار إداري.

[1]- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفيلت إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، صادر في 20 أفريل 2011 . ص. 33،34.، من خلال المواد 7، 8،3،4 .

و عليه ، لا يتم إقصاء متعامل إقتصادي بمقرر (أي النوع الثاني من الإقصاء)، سواء كان نهائي أو مؤقت ، إلا بصدور قرار الإقصاء و بعد اتباع إجراءات قانونية، فالمرسوم الرئاسي حدد عدة إجراءات تشكل نوع من الضمانة للمتعامل الاقتصادي، لنجنب تسرع و تعسف الجهة المختصة في إصدار القرار.

و تتمثل هذه الإجراءات في الأتي :

- ✓ دعوة المصلحة المتعاقدة المتعامل الاقتصادي المعني بالإقصاء برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام لتقديم ملاحظاته في أجل 10 أيام حول ، الأفعال المنسوبة إليه من أجل تمكينه من استعمال حق الدفاع. [1]
- ✓ توجيه إلى مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير في حالة الصفقات الوطنية او الوالي المعمي في حالة الصفقات المحلية ، تقريرًا مفصلاً يعد استنادًا إلى التصريح بالاكتتاب و المعلومات المطلوبة في العرض مُرفقًا بالملاحظات التي قدمها المتعامل الاقتصادي بعد دعوته لهذا الغرض ،

كما أن قرار إصدار الاقصاء اختصاص مسند لهيئة غير المصلحة المتعاقدة لضمان الحياد في إصدار قرار الإقصاء.

- قيام مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني ، بتبليغ مقرر الإقصاء للمتعامل الاقتصادي المعني ، و يجب أن يكون القرار معللاً ، و أن يُبلغ إلى وزير المالية لتسجيله في قائمة المتعاملين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية.

كما حدد المرسوم الرئاسي أثار الإقصاء من المشاركة ، حيث يوجد أثار تنطبق على جميع الحالات ، و أحرى تقتصر على حالات محددة ، و هي كالأتي :

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. -28 إلى 32.

- يسري قرار الإقصاء على كل الصفقات المُعلن عليها و تلتزم به كل المصالح المتعاقدة طيلة فترة سريانه ، و هو أمر منطقي لأن أسباب اقصاء متعامل اقتصادي من صفقة هي أسباب عامة تجعل هذا المتعامل غير جدير بالاشتراك في كل الصفقات .

- ينطبق قرار الإقصاء على المتعامل الثانوي في حالة اخلاله بالتزام الحصول على الموافقة المسبقة للمصلحة المتعاقدة على اختياره .

- في حالة الإقصاء(النهائي أو المؤقت) بمقرر ، يُسجل المتعامل الاقتصادي في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين بمقرر من المشاركة في الصفقات العمومية ، و هي قائمة تقدمها المصالح المختصة لوزارة المالية ، كما ينشر القرار في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية أو في الموقع الإلكتروني لوزارة المالية و يعد هذا الأثر إجراء ردعي هام لما له من تأثير سلبي على سمعة المتعامل ليكون عبرة لغيره مستقبلاً .

يلاحظ عدم إشارة المرسوم الرئاسي إلى إمكانية لجوء المتعامل المُقصى إلى القضاء للطعن في قرار الإقصاء، و أمام هذه الثغرة القانونية يمكن اللجوء إلى ما استقر عليه القضاء المقارن في هذا الشأن ، إذ يعتبر قرار الإقصاء من أهم أمثلة القرارات الإدارية المنفصلة التي تقبل الطعن بالإلغاء. [1]

2 – التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية:

يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة في إطار التحضير لعملية إبرام الصفقات عدة التزامات من أبرزها ، التزامها العمل على توفير جو ملائم لإجراء منافسة حقيقية و

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. -28 إلى 32.

نزيهة ، كاستبعاد أشخاص محددين من الاشتراك في المنافسة ، لثبوت ارتكابهم غشًا للحصول على صفقة ، أو بتسجيلهم في قائمة خاصة.

و يعتبر التسجيل و السحب من قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ، قرارًا إداريًا قائمًا بذاته لما له من تأثير على المراكز القانونية للمعنيين ، و هو قرار منفصل عن الصفقة يقبل الطعن بالإلغاء إذا شابه عيب من عيوب المشروعية السابقة الذكر.

و في هذا الخصوص نص القرار الوزاري يحدد كيفيلت إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية على وضع قائمة يُسجل فيها الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ، أما عن أخطاء التي تبرر هذا التسجيل فهي تتعلق بأفعال الغش و الفساد. حيث نصت المادة 89 منه المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، على أن : " ... أفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان أخر مكافأة او امتياز مهما كانت طبيعته ، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه ".

و بالتالي ، و بعد اكتشاف الأفعال المذكورة أعلاه و المتعلقة بالغش و الفساد و المنسوبة للمتعامل الاقتصادي ، و نظرًا لخطورة إجراء هذا التسجيل ، لا يُتخذ هذا القرار إلا بعد اتباع عدة اجراءات حددها القرار الوزاري المؤرخ 28 مارس 2011 يحدد كيفيات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية [1] و التي تتلخص في الأتي:

[1]- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، الصادر في 20 أفريل 2011.

- يقوم مسؤول الهيئة المختصة للصفقات العمومية أو الوزير المعني ، قبل الفصل في الوقائع المعروضة عليه ، بدعوة المتعامل الاقتصادي المعني عن طريق إرسال رسالة موصى عليها مع طلب الاشعار بالاستلام ، لتقديم ملاحظاته حول الأفعال المنسوبة إليه ، في أجل 10 أيام.
- يُمنع المعني بصفة مؤقتة من المشاركة في الصفقات العمومية ، بموجب مقرر معلل من الوزير المعني.
- بعد تبليغ المتعامل المعني بقرار التسجيل في القائمة ، يُفتح له مجال الطعن القضائي ، إذ يمكنه اللجوء إلى قضاء الإلغاء من أجل الطعن بالإلغاء في قرار التسجيل في القائمة لعدم مشروعيته ، حيث لا مجال للكلام عن قاضي العقد لعدم وجود العقد بعد.

و نتيجة لذاك نكون في هذه الحالة أمام ثلاثة احتمالات ، إما عدم تقديم الطعن ، إما تقديم الطعن و صدور قرار بتأييد مقرر التسجيل في القائمة ، أو تقديم طعنًا و صدور قرار بإبطال المقرر .

في الحالتين الأولى و الثانية ، يقصى المتعامل الإقتصادي من المشاركة في الصفقات العمومية بمقرر من مسؤول الهيئة الجهوية أو الوزير المعني.

أما في الحالة الثالثة ، يقوم مسؤول الهيئة المختصة أو الوزير المعني بإرسال نسخة من القرار إلى وزير المالية لسحب المتعامل الإقتصادي من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات ، و يُبلغ المتعامل الاقتصادي المعني بهذا القرار.[1]

2- قرار الإعلان عن الصفقة

[1]- شريف سمية ، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص. 26،27.

تقوم الإدارة الراغبة في التعاقد بالتعبير عن هذه الرغبة في إطار إعلان مواصفات نعينة للشروط العامة للتعاقد ، و كدا المدة المحددة لتقديم المتنافسين لعروضهم.

و يعد الإعلان (La publication) بمثابة دعوة للتعاقد موجهة إلى الكافة أو إلى فئة معينة بحسب طريق أو وسيلة التعاقد الذي تتعامل به الإدارة و تتطلبه الاحتياجات الفعلية و المصلحة العامة ، فعلى سبيل المثال ، في طلب تقديم العروض المفتوح ، تعلن إجراءاتها للكافة في حين يقتصر الإعلان عن المناقصة المحدودة على فئة معينة من المقاولين أو الموردين .

و فضلاً عن ذلك تنطوي مرحلة الإعلان على مبدأي المنافسة و المساواة بين المتقدمين و الراغبين في التعاقد ، مما يجبر الإدارة على مراعاة هدين المبدأين بكافة شروطهما على كافة المتنافسين و إلا هُدِد هذا الإجراء بالإلغاء.[1]

وأهم نقطة يمكن استنتاجها في هذه المرحلة أن إبرام الصفقة العمومية يقوم على مبدأ ثالث يكمن في مبدأ العلنية ، و الذي يقتضي بألا يكون إبرام الصفقة سريًا ، أي معرفة الكافة بأن أي شخص معنوي سوف يشتري أو يفوم بشغل عام أو طلب خدمة ، فلا تُبرم الصفقات في أجواء تشوبها الريبة و يحوم حولها الشك ، لأن سرية التعاقد تحرم الراغبين في التعاقد من التنافس ، كما تحرم المصلحة المتعاقدة من تعدد العروض و الذي يسمح لها بالمفاضلة بينها و اختيار أحسنها.

زد على ذلك النشر الإلكتروني الذي جاء به المرسوم السابق و أكد عليه المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، ذلك لأهميته من الناحية العملية و الإعتماد منذ 2005 على أسلوب التعاقد

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص. 322.

الإلكتروني في المنظومة المدنية ، حيث جاء في المادة 204 من المرسوم المذكور أعلاه ، بأنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية ، و بدورهم يمكن أن يرُد المتعهدين أو المُرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية ذاتها .[1]

و بالتالي ، يجب أن يسبق إبرام الصفقة كأصل دعوة المنافسة ، و ذلك بإيصال خبر رغبة المصلحة المتعاقدة لإبرام الصفقة إلى علم كل من تتوافر فيه متطلبات تنفيذ موضوعها ، لإضفاء الشفافية في العمل الإداري.

و بالنتيجة ، يعتبر القضاء الإداري الإعلان عن الصفقة قررًا إداريًا منفصلاً عن العملية العقدية الكلية ،حيث يُمثل هذا الإجراء، إجراءًا شكليًا جوهريًا ، تلتزم المصلحة المتعاقدة باتخاذه في كافة أشكال طلب تقديم العروض ، و يشترط لسلامة قرار الإعلان هذا مراعاة نوعين من الشروط، شروط شكلية مُتعلقة بنشر الإعلان و طرقه ، و شروط موضوعية تتعلق بمضمون الإعلان.

(أ) – شكل الإعلان

يتعين على المصلحة المتعاقدة مراعاة ضوابط الإعلان عن الصفقة التي حددها المرسوم

الرئاسي 15-247 من المواد 61 إلى 66، حيث تنص هذه ا؟لأخيرة على ما يلي:

أ / 1 طريقة الإعلان :

[1]- سعاد الأطرش ، االمرجع السابق ، ص. 65.

و هي الإشهار بنوعيه، الصحفي أو المحلي حسب الحالة ، و النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

- الإشهار الصحفي ، أكدت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بصرامة ، التزام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة عن طريق الإشهار الصحفي باعتباره إجراء الزاميًا في حالات طلب العروض المفتوحة ، و طلب العروض المحدودة ، الدعوة للانتقاء الأولي ، المسابقة ، المزايدة ،و يتم الإشهار على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

- الإشهار المحلي : وفقًا للمادة 65 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، يمكن اللجوء إلى الإشهار المحلي للإعلان عن طلب العروض الولايات و المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها.

- النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل الاقتصادي : و هو إجراء إجباري وفقًا للمادة من المرسوم الرئاسي 15-247، و المادة الثالثة من المرسوم 84 – 116 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يُبرمها المتعامل العمومي [1]

أ/ 2 – لغة الإعلان :

يحرر إعلان طلب العروض وفقًا للمادة 65 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل.

[1]- الجريدة الرسمية عدد 20 الصادر في 15 ماي 1984 ، حيث تنص المادة الثالثة منه على ما يلي : **"يُنشر في النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ما يلي : كل الإعلانات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل الإقتصادي لا سيما المناقصات و المزايدات ..."**

أ / 3- بيانات الإعلان : حتى لا يكون إشهار الصفقة العمومية مجرد إجراء صوري تقوم به المصلحة المتعاقدة ، فقد قيدها المرسوم الرئاسي ببيانات إجبارية و التي حددتها المادة 62 من المرسوم 15 – 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام حيث جاء فيها مايلي : يجب أن يحتوي الإعلان عن طلب العروض على البيانات الإلزامية الأتية:

تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي ، كيفية طلب العروض،شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي ، قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المُفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدة تحضير العروض و مكان إيداع العروض،الزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر، تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام ، تُكتب عليه عبارة " لا يُفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرقة و تقييم العروض "و مراجع طلب العروض، ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

أ / 4 – تحديد مدد إيداع العروض : حسب المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، حيث تعتبر من البيانات الجوهرية التي تُلزم المصلحة المتعاقدة مراعاتها لسلامة إجراء طلب العروض. [1]

ب – الشروط الموضوعية للإعلان :

يجب أن يضمن محتوى قرار الإعلان عن الصفقة ، المساراة بين المتنافسين و حرية الوصول للطلبات العمومية ، فتلتزم المصلحة المتعاقدة بأن تفتح المجال لكل شخص تتوفر فيه الشروط بالاشتراك في طلب العروض ، و هو الغرض الأساسي من جعل أسلوب طلب العروض أصلاً عامًا لإبرام الصفقات العمومية.

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. -28 إلى 32.

فالمقصود بالمنافسة بين المتنافسين إتاحة نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى طلب العروض دون تمييز بينهم ، و ذلك بعدم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها او تعديلها بالنسبة للبعض دون البقية ، بحيث يكون كل شرط أو تصرف تتخذه المصلحة المتعاقدة من خلال الإعلان عن الصفقة منطويًا على عراقيل يستشف منها بأنها قُصد من ورائها قصر التقدم لطلب العروض على شخص أو شركة بذاتها ، إخلالاً من جانبها .

هذا ، و تجدر الإشارة أنه من قبيل المساواة بين المتنافسين ، لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الإعلان عن الصفقة في شكل حصص كلما أمكن ذلك ، وفقًا لما نصت عليه المادة 31 من المرسوم الرئلسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام حيث تنص على أنه : " ... في شكل حصة واحدة أو في شكل حصص منفصلة ... و تخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر ..." ذلك لعدم الاحتكار الذي يُشكل اجحافًا في حق باقي المتنافسين لتجنب نتائج سلبية في تنفيذ الصفقة ك التأخير في عملية الانجاز في الآجال المحددة أو التوقف المؤقت للمشاريع بسبب إعسار المتعامل.

اما عن المشرع الفرنسي ، فقد كرس هو الآخر مبدأ إلزامية تحصيص الصفقة منذ صدور قانون الصفقات لسنة 2006 ، حيث أكدت المادة 10 منه على أنه ، لإحداث أكبر قدر من المنافسة ، تلتزم المصلحة المتعاقدة بتحصيص الصفقة إلى حصص منفصلة ، كما أصدر تعليمة مؤرحة في 03 أوت 2006 ، تُؤكد أن استئثار متعامل متعاقد واحد بالصفقة يشكل إخلالاً بمبدأ المنافسة بل يجب المساواة قبل المنافسة.[1]

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. -28 إلى 32.

ج- قرار المنح المؤقت للصفقة

يعرف المنح المؤقت للصفقة على أنه " إجراء إعلامي بموجبه تُخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين و الجمهور باختيارها المؤقت و غير النهائي لمتعاقد ما ، نظرًا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي و العرض التقني.[1]

و يعتبر القضاء الإداري قرار المنح المؤقت للصفقة ، قرارًا إداريًا منقصلاً ، يمكن الطعن فيه بالإلغاء على استقلال ، لتوافره على خصائص القرار الإداري ، حيث قضت المحكمة الإدارية الفرنسية في قضية" CHALON SUR MARNE " ببطلان صفقة الدراسات المُبرمة بتاريخ 06 أكتوبر 1993 ، لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء تقديم العروض أي بدون احترام النصوص القانونية.

وبالنتيجة يجب أن يتوافر قرار المنح المؤقت على الشروط التالية :

نشر إعلان المنح المرقت ، تعليل قرار المنح المؤقت.

ج/ 1- نشر إعلان المنح المؤقت :

يعد نشر قرار المنح المؤقت إجراء جوهريًا ، فيجب أن يصل القرار الذي توصلت إليه المصلحة المتعاقدة إلى علم كل المتنافسين ، مع تبيان سبب اختيار هذا العرض دون سواه لكي يستطيع كل من له مصلحة في ذلك الطعن بالإلغاء ضد قرار المنح ، حيث يُنشر قرار المنح المؤقت هو الآخر وفقًا للشروط التالية:

[1]- سعاد الأطرش ، المرجع السابق ، ص. 70.

- إدراج الإعلان في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض كلما كان ذلك ممكنًا.

-يجب أن يتضمن تحديد الثمن و آجال الإنجاز و كل المناصر التي سمحت باختيار المتعاقد ، و كذا الإشارة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة في النظر في الطعون.

ج / 2 -تعليل قرار المنح المؤقت

يتم المنح المؤقت للصفقة للمتنافس الذي قدم أحسن عرضًا ، فيجب أن تُصدر المصلحة المتعاقدة قرارًا باحترام مبدأ المساواة بين المتنافسين ، و ذلك باحترام معايير المفاضلة بين المتنافسين و المتعلقة بالكفاءة الفنية و الملاءمة المالية.

و تلتزم المصلحة المتعاقدة بذكر المعايير المعتمدة ووزنها في دفاتر الشروط تباعًا لتنقيط مُؤسس على هذه المعايير ، فلا يتم ارساء الصفقة إلا على المتنافس الذي حصل على أكبر عدد من النقاط ، كما تلتزم المصلحة المتعاقدة بنشر جدول التنقيط .

تجدر الإشارة أن المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، حدد بعض الامتيازات الخاصة للمنتوج الوطني و كذا امتيازات للمؤسسات الخاضعة للقانون الوطني التي يكون أغلبية رأس مالها ملك لجزائريون مقيمون ، و من بين هذه الإمتيازات في منح هامش للأفضلية يُقدر بنسبة 25 بالمئة طبقً للمادة 83 من المرسوم الرئاسي 15 - ، و بصدور القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011[1] تم تحديد كيفية تحديد هذا الهامش من الأفضلية.

[1]- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 ، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المُنشأ الجزائري و المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، الصادرة في 20 أفريل 2011 .ص. 26.

و متى لا تُعتبر المصلحة المتعاقدة مُخلة بمبدأ المساواة عند منحها الأفضلية لأحد المتنافسين إذا كان على أساس نص القانون ، فلا يكون قرار المنح معيبًا .[1]

وعليه ، تطرق المرسوم الرئاسي 15-247 في قسمه السادس الخاص بالطعون، قضائية كان أم إدارية ،حيث جاءت المادة 82 بما يلي : " زيادةً على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو او إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء ، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة ...و يرفع الطعن في أجل 10 أيام ابتداءًا من تاريخ أول نشر لإعلان المنج المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل الإقتصادي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية..."

هذه المادة تُبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر الإعلان عن المنح المؤقت في ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك.

فلإدارة تُبرم الصفقة و لا تُوقع عليها ، حيث لا يجوز ذاك في هذه المرحلة تفاديًا لهضم حقوق المتعهدين و غيرهم أي كل من له مصلحة في ذلك ، خلال 10 أيام من نشر الإعلان عن المنح المؤقت.[2]

إلا أن المرسوم الرئاسي لم يتطرق بصفة واضحة و صريحة لتحديد الطبيعة القانونية لإجراء المنح المؤقت ، رغم أنه أولاه اهتمامًا كبيرًا ، حيث لم يتضمن المرسوم الرئاسي 15-247 ما يُؤكد على أن قرار المنح المؤقت قرار إداري منفصل عن الصفقة ، كما لم يشر المرسوم الرئاسي بوضوح إلى إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في قرار المنح المؤقت.

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص.34.
[2]- سعاد الأطرش ، المرجع السابق ، ص. 71.

حيث نصت المادة 82 من ذات المرسوم على أنه : " زيادةً على حقوق الطعن المنصوص عليها ..." ، فقد جاء تعبير هذه المادة غامضًا لإفراطه في العمومية، فماذا يُفصد بحقوق الطعن ؟ و إلى أي قانون تشير المادة ؟ فكان يجدر الإشارة إلى إمكانية الطعن القضائي ضد قرار المنح المؤقت في حالة عدم رضا المُتعهد بقرار المنح المؤقت ، أو في حالة عدم اللجوء إلى الطعن الإداري لكونه اختياريًا حسب المادة ، فكان يجب الإشارة إلى دعوى الإلغاء للطعن ضد القرار أو أن تشير المادة على الأقل إلى طعنًا قضائيًا يُرفع أمام الجهات القضائية الإدارية المُختصة.[1]

الفرع الثاني

قرارات إبرام أو عدم إبرام الصفقة

يعتبر القضاء الإداري في فرنسا و مصر القرارات الصادرة من الإدارة بإبرام العقد أو رفض إبرامه ، قرارات إدارية قابلة للإنفصال عن العقد ، فيمكن الطعن فيها بالإلغاء على استقلال ، لأنها تُمثل إفصاح الإدارة من إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونًا كسلطة عامة ، بقصد إحداث أثر قانوني معين.

فلإدارة و إن كانت مُلزمة بإرساء الصفقة على صاحب أفضل العطاءات ، فهي ليست مُلزمة بإبرام العقد . فإذا ما استعملت سلطتها التقديرية و رفضت التعاقد ، فإن قراراها يكون قابلاً للطعن بالإلغاء و يُلغيه القاضي إذا ما خالف ضوابط السلطة التقديرية ، كأن تسيء الإدارة استعمال سلطتها أو تُعلن للرفض أسباب غير صحيحة ، أو يصدر القرار من غير مُختص، و بالنتيجة يقبل القضاء الإداري في فرنسا و مصر الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة في قرار إبرام العقد، ذلك لكون هذا القرار إعلان عن إرادة واحدة ، هي إرادة الإدارة.

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. 34.

حيث أن هذا القرار، من أوثق القرارات بالعقد ، و لكنه في التحليل القانوني ، هو قرار إداري يقبل الانفصال عنه ، و يقوم من له مصلحة في ذلك الطعن فيه بالإلغاء خاصةً بالنسبة للغير.[1]

و عليه ، و بعد إتمام إجراءات إرساء الصفقة ، تتخذ المصلحة المتعاقدة عدة قرارات قد تستهدف السير في إبرام الصفقة ، فتصدر قرار إبرام الصفقة أو قرار التصديق من الجهة الوصية عندما يتطلبه القانون ، كما قد تُقرر المصلحة العدول عن إبرام الصفقة فتُصدر قرار إلغائها ، و هو ما نشرحه في ما يلي :

أولاً: قرار إبرام الصفقة

قرار إبرام الصفقة هو القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قِبل الجهة المُختصة للإدارة ، بعد اقتراح لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بقرار الإرساء ، مما يُؤدي إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و بين المتعامل و به يكتمل رضا طرفي العقد .[2]

و القرار الصادر بإبرام العقد هو في ذاته قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد ، باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد بعد ، الأمر الذي يجعل منه قرارًا إداريًا منفصلاً عن العقد الإداري و يجوز الطعن ضده بالإلغاء استقلالاً عن العقد غذا توافرت مُوجبات إلغائه.[3]

[1]-محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ،الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، مصر ، 2007 .ص. 340 و 341.
[2]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. 34 و35.
[3]-طارق بجادي المرجع السابق ، ص, 41.

فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في القرار الصادر باعتماد العقد او إبرامهاستقلالاً عن العقد ذاته [1]، فقد ميز بين العقد نفسه أي التعبير عن إرادة الإدارة ، و إرادة الطرف الآخر المتعاقد معها ، و بين القرار الذي يسبق هذا الإبرام.

كذلك سلك مجلس الدولة المصري نفس المسلك حيث اعتبر القرار الخاص باعتماد العقد أو إبرامه قرار منفصل عن العقد ذاته و يمكن الطعن فيه بالإلغاء استقلالاً عنه، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن " القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء بأدائها لوظائفها المقررة لها قانونًا بقصد إحداث أثر قانوني "[2]

كذالك قضت بأنه " ... و من يكون الطعن بالإلغاء في القرار اللصادر بإبرام العقد أمرًا جائزًا قانونًا لأن إبرام العقد و المرحلة السابقة عليه نُعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة "[3]

و بالنتيجة، يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرًا جائزًا قانونًا ، لأن إبرام العقد و المراحل السابقة عليه تُعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة ، حيث أصدرتها بوصفها سلطة عامة و ليس بوصفها جهة تعاقد ، حيث أن العقد لم يكن حال إصدارها قد انعقد بعد، و إذا كانت الإدارة تتمتع في إبرامها للعقد بسلطة تقديرية حيث يكون بوسعها رفض إبرامه إذا زالت دواعي التعاقد أو اقتضت المصلحة العامة عدم اتمامه.[4]

و هذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: " متى توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 08 أبريل 1911 في قضية Commune de ousse Suzan - مجلة سيري – 1913 – القسم الثالث – ص 50 .

[2]- حكم مجاس الدولة المصري بتاريخ 08 يناير سنة 19 56 في القضية رقم 734 لسنة 7 ق – لبمجموعة – س 10 ، ص . 136.

[3]- محمد السناري ، المرجع السابق ، ص. 46 ، 47.

[4]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأس العامة االعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص.342 و 343.

صحته أو تنفيذه أو انقضائه ، فهي كلها تدخل في في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ، إلا أن هذا المبدأ يحدٌ من إطلاقه قيدان هما : اقتصار آثار العقود على عاقديها؛ و القرارات المستقلة عن الصفقة ."

و عليه ، يتضح أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة انعقاد العقد يُقبل حتى من الأغيار باعتبارهم المستفدين الأوائل من هذه النظرية، بل إن مجلس الدولة الفرنسي لم يطبقها إلا ليحميهم ،لأن للمتعاقد مع الإدارة وسيلة أخرى للطعن في القرار و هي دعوى الإلغاء ، و لكن هذا لا يمنعه من الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل المستقل و لكن ليس استناداً لخرق الإدارة لبنود العقد بل لخرقها للشروط و الاجراءات المنصوص عليها في القوانين و اللوائح [1]

و عليه ، انطلق القضاء الإداري بالفصل قرار إبرام الصفقة عن الصفقة ذاتها ، تطبيقًا لفكرة التمييز بين العقد الإداري نفسه باعتباره توافق إرادتين ، هما إرادة المصلحة المتعاقدة و إرادة المتعامل الاقتصادي ، فالعقد لا يقبل الطعن بالإلغاء ، أما القرار الذي يسبق إبرام العقد فهو قرار إداري يقبل يطبيعته الطعن بالإلغاء ، حيث يرى العميد HORIOU في هذا الشأن أنه عندما يُبرم العمدة عقدًا فإن الأمور تسير كما لو اتُخذ قرار مُسبقًا يُعلم بموجبه الكافة أنه يقوم بإبرام العقد ، هذا القرار الضمني يسبق العقد و ينفصل عنه.

وحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسي فإنه لا يُبرر الطعن في قرار الإبرام إلا لسببين ، إما عدم الاختصاص بتوقيع العقد ، أو عدم اتباع المختص بالتوقيع ، الإجراءات الشكلية التي يفرضها القانون.

[1]-طارق بجادي المرجع السابق ، ص, 41.

و تطبيقًا لذلك ، قبل مجلس الدولة الطعن ضد قرار المدير بإبرام العقد و فحص مدى تجاوزه للوكالة المُخولة له من المجلس المحلي ، كما قضى في حكم أخر بإلغاء القرار الذي قام بمقتضاه الوزير بالتوقيع على الاتفاقية لمخالفة الشكليات التي حددها القانون .

أما في الجزائرفقد نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه : " لا تكون الصفقات نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المُختصة" حيث جاءت المادة بالاختصاص بالإبرام ، و تفويض الاختصاص.

أ- الاختصاص بإبرام الصفقة

حددت المادة المذكورة أعلاه ، الممثل القانوني لكل مصلحة متعاقدة و المُختصة بإبرام الصفقة ، فلا تُعد الصفقة مُبرمة إلا بموافقة صاحب الاختصاص.

كما نص المرسوم الرئاسي على إمكانية إبرام الصفقات عن طريف تشكيل ما يسمى بمجموعات الطلبات ، حيث يعود الاختصاص بالموافقة على الصفقة إلى إحدى المصالح المتعاقدة المُشكلة للمجموعة و المُكلفة من باقي المصالح بصفقتها مصلحة متعاقدة منسقة ، و بالتالي فإن الاختصاص بالتوقيع أو الموافقة على الصفقة ، يعود للممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة المنسقة وفقًا لتص المادة السابقة الذكر.

ب- تفويض الاختصاص للموافقة على إبرام الصفقة

يُقصد بتفويض الاختصاص في قواعد القانون الإداري ، أن يُعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه في مسألة معينة أو في نوع معين من المسائل ، إلى فرد آخر. [1]

و عليه ، حددت المادة 04 من ذات المرسوم الأشخاص المُختصين بإبرام الصفقة أي صاحب الاختصاص الأصيل ، كما نصت الفقرة الأخيرة على إمكانية تفويض هؤلاء الأشخاص لاختصاصهم ، غير أن هذه الفقرة حددت مجال تفويض بتخضير الصفقات و تنفيذها و بالتالي فإن قراءة نص هذه الفقرة بمفهوم المخالفة يقتضي القول بأن المرسوم الرئاسي منع تفويض الجهة المختصة بإبرام الصفقة لاختصاص الموافقة، بغياب النص القانوني الذي يشكل أول شرط لصحة التفويض ، فإن كل قرار بتفويض اختصاص الموافقة على الصفقة هو قرار غير مشروع لمخالفة محله للأحكام الصريحة في المرسوم 15-247.

و بالنتيجة ، يُلاحظ أن المرسوم الرئاسي رغم تحديده لقرار الإبرام على أنه قرار إداري يُتخذ في شكل موافقة السلطة المُختصة ، إلا أنه لم يُشر صراحةً إلى الطبيعة القانونية أي على أنه قرار إداري منفصل عن الصفقة.[2]

و من الأمثلة عن قرارات إقرار العقرد أو الموافقة أو التصديق عليها :

- الطعن المقدم من أحد المُمولين ضد قرار المحافظة بإقرار و الموافقة على العقد [3].[4]
-

ثانيًا : قرار رفض إبرام الصفقة

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص . 36 و37.
[2]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص . 36 و37.
[3] - CE 29 deceùbre 1905 , Petit , S n 1906 ,3 , 49 , Note M. HAURIO .
[4]- جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص. 92 و93,

استقر القضاء الإداري في جل الدول على قاعدة الزام الإدارة بإرساء الصفقة على مقدم

أفضل عطاء من قدم أفضل عطاء وفقًا للمعايير القانونية ، إلا أنه أقر من جهة أخرى بسلطة الإدارة برفض التعاقد مع الشخص الذي رست عليه الصفقة ،لدواعي المصلحة العامةحيث نصت المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15 -247 على ذلك ، لما لها من سلطة تقديرية لتقرير إبرام العقد أو عدم إبرامه.

و فضلاً عن ذلك، نص المرسوم الرئاسي 15-247 على حالة أخرى تكون فيها المصلحة

المعاقدة مُلزمة بإلغاء الصفقة حسب المادة المادة 04 /02 ، و هي حالة عدم جدوى طلب العروض ،حيث يكون طلب العروض غير مجدٍ في حالتين هما ، حالة استلام عرض واحد فقط و في الحالة التي لا يمكن فيها تمويل الحاجات، بعد تقييم العروض المُستلمة.

ثالثًا : قرار المصادقة على الصفقة

تخضع بعض المصالح المتعاقدة في عملية إبرام صفقاتها إلى رقابة الوصاية ، تُمارَس في صورة التصديق على الصفقة ، اعتبر القضاء الإداري القرارات الإدارية التي تصدر عن سلطة الوصاية قرارات إدارية منفصلة عن العقد الذي تُبرمه الإدارة – كما تم توضيح ذلك في الفصل الأول_ ، سواء تعلقت هذه القرارات بالترخيص أو المصادقة على العقد الإداري ، أو كانت تهدف إلى رفض إبرام العقد ، و بالتالي يمكن الطعن فيها على استقلال عن العملية التعاقدية ، ذلك لبروز في هذه الأخيرة إرادة الإدارة المنفردة ، أي سلطة الأمر.

و عليه ، و وفقًا للمادة من المرسوم الرئاسي 15-247 ، فأن الصفقات العمومية تخضع لرقابة الوصاية قبل دخولها حيز التنفيذ ، و تهدف هذه الرقابة إلى التحقق من مطابقة إبرام الصفقة لمتطلبات الإدارة و كدا الاقتصاد ، و التأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة ، ندخل فعلاً في إطار البرامج و أولويات المسطرة للقطاع.[1]

يشكل قرار الوصاية بالتصديق أو عدم التصديق على الصفقة قرارًا إداريًا منفصلاً عنها ، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى إلغاء مُوجهة ضد القرارات الصادرة سلطة الوصاية السابقة لإبرام الصفقة و الممهدة لها ، بالرغم أن الطاعنين طرف في العقد و بإمكانهم اللجوء للقضاء الكامل.

من أمثلة قرارات التصديق عل الصفقة ، ما نصت عليه المادة 149 من القانون 11- 10المتعلق بالبلدية [2]:" يُصادق على محضر المناقصة[3] و الصفقة العمومية عن طريق مداولات المجلس الشعبي البلدي ... يرسل محضر المناقصة و الصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما"

و من جهة أخرى يعتبر قرار رفض المصادقة قرارًا إداريًا منفصلاً عن الصفقة ، و هو ما أكده حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 18-04_1996 في قضية شركة النقل و المشاركة – السابقة الذكر- فقد اعتبرت المحكمة القرار الصادر عن الوصاية و المتضمن رفض المصادقة على مداولة مجلس محلي ، قرارًا إداريًا منفصلاً.[4]

[1]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. 37 إلى 39.
[2] - قانون رقم 11- 10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية عدد 37 ، صادر في 03 يونيو 2011.
[3] يُقصد بالمناقصة هنا، طلب العروض حسب المرسوه الرئاسي 15-247.
[4]- شريف سمية ، المرجع السابق ، ص. 37 إلى 39.

كذلك قبل كل من مجلس الدولة الفرنسي و المصري الطعن بالإلغاء ضد القرارات المتضمنة رفض إبرام أو إتمام العقد او الصفقة ، سواء تمثلت هذه القرارات في رفض التوقيع على العقد او التصديق عليه .

فقد اعتبر كل من مجلس الدولة الفرنسي و المصري هذا النوع من القرارات ، قرارات إدارية منفصلة عن العقد ذاته ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عنه إذا شابه وجه من أوجه المشروعية ، و يستوي في ذلك أن يكون العقد مدنيًا [1] أو إداريًا[2].

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 أبريل سنة 1948 في قضية « Biaggi » المجموعة ص 552 . أشار إليه محمد السناري ، المرجع السابق ، ص.48.

[2] . أشار إليه محمد السناري ، المرجع 378 المجموعة ص « Gaillard»- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 17 -10-1980 في قضية السابق ، ص.48.

المطلب الثاني

مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بالتطرق للتعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة كأنموذج

على عكس ما أشرنا إليه بخصوص القرارات التمهيدية للعملية التعاقدية بصفة عامة و الصفقة العمومية بصفة خاصة ، فإن قرارات الخاصة بمرحلة تنفيذ العقد أي الداخلة في تكوين العقد ، الأصل أنها قرارات إدارية متصلة بالعملية العقدية و ليست منفصلة ، و بالتالي لا يمكن قبول الطعن ضذها بدعوى الإلغاء أي بصورة مستقلة أمام الإلغاء و إنما تحل منازعتها مثل الدعاوى التعاقدية ككل و أمام قاضي العقد المختص أي دعوى القضاء الكامل، إلا أنه و استثناءً على هذه القاعدة اعتبر القضاء المقارن بعض قرارات تنفيذ العقد قرارات إدارية منفصلة و قبل الطعن فيها على استقلال بواسطة دعوى الإلغاء [1]، و بالتطرق لسلطة الإدارة للتعديل الإنفرادي للعقد نطبق هذه الأفكار النظرية عمليًا ،و هذا ما نوضحه كلا في فرع مستقل.

الفرع الأول:

لاإنفصالية قرارات تنفيذ العقد

نظريًا لا تُعتبر القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد منفصلة عنه ، و تُطبق عليه نظرية الإدماج التقليدية ، لأنها مُتخذة لمقتضيات العقد و في إطاره . فمرحلة تنفيذ العقد تعتبر لصيقة بالعقد و لا يمكن فصلها عنه و بالتالي فقرارت هذه الأحيرة تخضع للقضاء الكامل فقط .

[1]- حسيني آمال ، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرارات الإدارية القابلة للأنفصال ، مذكرة ماستر ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،2012، 2013 .ص.42.

و هو الحال العقد في فرنسا ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في إطار الجزاءات التعاقدية و القرارات المتعلقة بمستحقات المتعاقدين[1] ، أو تلك المتعلقة بالأسعار و الرسوم [2]، و بصفة عامة جميع القرارات التي تصدرها الإدارة و المرتبطة بحقوق المتعاقد [3] ، فهي قرارات تدخل بصفة عامة في اختصاص القضاء الكامل.

كما تبنى الفقه الفرنسي هو الأخر لاإنفصالية كل القرارات الإدارية المتحذة تنفيذًا للعقد كقاعدة عامة ، و ذلك متأثرًا هو أيضًا بقاعدة حصانة العقد ، و التي مُؤداها المنع مبدئيًا كل الطعن ضد العقد بما فيه الطهن بتجاوز السلطة.

فترى الأستاذة Mme lefoulon أن (لقاضي العقد اختصاصًا استثناريًا بالنظر في تدابير تنفيذ العقد و أنها كتلة تعاقدية مرسومة في حقل تنفيذ العقد).

كما يرى الأستاذ R. Chapeau (أن الاجتهاد القضائي منظم أساسًا على قاعدة التمييز بين القرارات المتعلقة بإبرام العقد و تلك الخاصة بتنفيذه.)

كما أكد مفوض الحكومة الفرنسية KAHN بأن " دعوى الإلغاء تبقى دائمًا مستحيلة ضد العقد ذاته ، و ضد نتائجه أو ضد القرارت المتعلقة بتنفيذه " كما أكد على أن " بعد الإبرام النهائي للعقد ، يصبح القرار غير منفصل ".

إلا أنه في بداية الستينيات و بتاريخ 24 أفريل 1964 أصدر مجلس الدولة قراره في قضي Société anonyme des livraisons industrielles commerciales ، حيث قبل الطعن بالإلغاء من الشركة ضد قرار فسخ العقد ضد قرار رفض فسخ العقد بين مؤسسة البريد و شركة أخرى مُنح لها الاستفادة من دليل هاتفي يتكون من 3 حروف، وعليه ، فالطعن في القضية مُوجه من الغير ، و قد تم

[1] - ce, 19 – 01- 1945 , societe aéroplane , Rec 9.
[2] - CE , 08 / 05/ 1961 societe immobiliere de couron . Rec 1149.
[3] - CE, 13 juin 1980 , chambre de métiers de la charente maritienes , P 268 , P , D , P . 1981 , P . 1745/

تفسير هذا الاجتهاد القضائي بعد قبول الطعن، أنه وسع كثيرًا من مفهوم القرار المنفصل في مجال العقود ، لأن و في نظر الأستاذان AUBY et DRAGO ، أصبح قرار تنفيذ العقد أصبح من الأن فصاعدًا منفصلاً.[1]

أما في مصر فقضت المحكمة الإداريةفي قرار الفسخ على أنه لا يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة التي يجوز مخاصمتها بدعوى الإلغاء على أساس أن الفسخ لا يعدو أن يكون إجراء تتخذه الإدارة كمتعاقدة و ليس كسلطة عامة[2]. [3]

و بالنتيجة ، و بالنسبة لقرارت تنفيذ العقد أو بفسخه ، فإن قابلية هذه القرارات للإنفصال و مدى إمكانية الطعن فيها بالإلغاء تختلف حسب طبيعة الطاعن ، أي ما إذا كان طرفًا في العقد أم من الغير.

و بالتوضيح أكثر نتعرض للطعن الموجه من طرف الغير و الطعن الموجه من أطراف العقد ،

أولاً: بالنسبة للطعن الموجه من الغير :

اعترف مجلس الدولة الفرنسي بقابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ أو بفسخ العقد للإنفصال الموجهة من الغير[4] لأن رفع دعوى الإلغاء من هذا الإخير تُعتبر الوسيلة الوحيدة للطعن و الدفاع عن مصالحه نظرًا لكونه غير طرف في العقد إلا أنه له مصلحة في ذلك ، و بالتالي قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعم الموجه من غير في قرارات فسخ العقد [5]و كذلك قرارات رفض فسخ العقد [6]

[1]- ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، ص. 165، 166.

[2] حكم المحكرة الإدارية ، الطعن رقم 1654 – 36 ق (22-03- 1994)أورده حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص, 126,

[3]- حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص,126.

[4] - C.E , sect . 24 avril 1964 , Soc . An de livraison industrielle et commerciales , Rec . P . 299 A.J . 1964 et .P. 308.

[5] - C. E . Ass . 2 février 1987 , , soc . TV 6 Rec . P . 28 , A.J . 1987 , P . 315. DJOURDHI CHAFIK SARI , O.P.cite, 94.

[6] - C.E . Soc . 44 avril 1964 . cité par DJOURDHI CHAFIK SARI , O.P.cite, 94.

ثانيًا: بالنسبة لطعن أطراف العقد

أطراف العقد أمامهم إمكانية المنازعة في تنفيذ العقد و فسخه ، و ذلك أمام القاضي المختص بالمنازعات المتعلقة بالعقد . فمن خلال المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد يستطيع الأطراف أن يتعرضوا لجميع القرارات الصادرة و المتعلقة بالتنفيذ ، مثل القرارات المتضمنة توقيع جزاءات من طرف الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها ، أو تلك التي تتضمن إدخال بعض التعديلات أو رفض إدخال بعض التعديلات على بنود التعاقد ، و كذلك القرارات المتعلقة بالتسوية المالية للعقد ، أو تلك المتعلقة بفسخ أو رفض فسخ العقد.و المبدأ الذي يحكم هذه القرارات هو أنها قرارات غير قابلة للإنفصال بالنسبة لهم ، و بالتالي هذه القرارات غير قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى تجاوز السلطة من قبلهم ، بسبب وجود طريق طعن موازٍ أمامهم ضد هذه القرارات[1]، حتى و لو كان الطعن في الإجراء محل النزاع مؤسسًا فقط على أسباب تتعلق بالمشروعية[2]

و بالنتيجة و أصبح معظم الفقه يحصر تطبيق قاعدة انفصالية القرارت الخاصة بتنفيذ العقد إلا في الغير فقط .

إلا أن الأستاذة Mme lefoulon تُصر على الاحتفاظ بالمبدأ الاختصاص بالمبدأ الاستثاري لقاضي العقد فباستحضارها للاجتهاد الفضائي لقضية Sté de grands travaux de Marseilles ، فإنها تُبعد دعوى الإلغاء الموجه من طرف الغير ، و تُضيف أن طبيعة القرار الإداري لا يُبرر المساس بمبدأ الاختصاص الاستئثاري لقاضي العقد ، و ترى بأن "مجلس الدولة الفرنسي يُبعد كل إمكانية استعمال دعوى إلغاء ضد التدابيرالتي لها تأثير على تنفيذ العقد ، حتى عندما تكون هذه الأخيرة بموجب مرسوم ".

[1] -C-E 19 février 1958 , SOC . Air – Taiti , . P . 113.
[2] - C-E . 24 octobre 1952 , chbre Synd . de l'industrie de la bonneterie , Rec . P. 465 .

أما في مصر ، فقد أشار مجلس الدولة المصري إلى هذا التعارض القائم بين القرارات التي تُعتبر منفصلة و القرارات التي لا تعتبر منفصلة و المتخذة في مرحلة تنفيذ العقد، و عليه ميز مجلس الدولة المصري بين صنفين من القرارات و هي كالأتي:

- القرارات التي لا تقبل ضذها دعوى الإلغاء ، و هي القرارات المتخذة تطبيقًا لمُقتضيات عقدية أو تنفيذًا للعقد .
- القرارات التي تتخذها الإدارة مُستعملةً في ذلك سلطات مُستمدة من اللوائح و القوانين و هي القرارات التي يمكن إحالتها إلى قاضي تجاوز السلطة.

اما بالنسبة لصنف الأول من القرارتفقد كيفتها المحكمة الإدارية العليا المصرية أحيانًا على أنها قرارت إدارية يمكن أن تكون موضوعًا لدعوى الإلغاء[1].

و لكن غالبًا ما يكون هذا التكييف محل شك ، حيث رفضت المحكمة الإدارية العليا المصرية دعوى الإلغاء المقدمة من طرف المتعاقدين كالقرارات المتعلقة بفسخ العقد، حيث أنها تعتبر هذه الطلبات مرتبطة بدعوى العقد [2].[3]

و في حكم آخر قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 14-04- 1979 [4]على أنه " ينبغي على ضوء تنظيم عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الحهة الإدارية في شأن العقود الإدارية هما :

[1]- حكم المحكمة الإدارية ، عدد 3933 ، السنة القضائية التاسعة ، بتاريخ 10 مارس 1959 ،ُذكر من طرف ميلود موطريكي ، المرجع السابق ، ص, 167.

[2]- حكم المحكمة الإدارية العليا ، العدد 1109 ، السنة القضائية الثامنة ، بتاريخ 28 دجمبر 1963.ُذكر من طرف ميلود موطريكي ، المرجع السابق ، ص, 168.

[3]- ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، 167.

[4]- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 666 – 24 ق – 14 04 1979 ، مجموهة 15 سنة عليا . ص, 178,

– القرارات التي تُصدرها الإدارة أثناء المرحلة التمهيدية للتعاقد و قبل إبرام العقد ، و هذه تسمى القرارات الإدارية المنفصلة ، و في قرارات إدارية نهائية تنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات افدارية النهائية.

– القرارات التي تُصدرها الإدارة تنفيذًا لعقد من عقود الإدارية و استنادًا لنص من نصوصه ، كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها ، أو بإلغاء العقد في حد ذاته ، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي تثار بأنها ، لا على اختصاصه بالنظر في القرارات الإدارية النهائية و إنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة للنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.[1]

و عليه ، و في مجال العقود و الصفقات العمومية فبطبيعة الحال يعهد الاختصاص في هذه القرارات المذكورة أعلاه للقضاء الإداري كما سبق الذكر لكونها عقردًا إدارية ، و كذلك للقضاء الكامل لكونه المُختص بالنظر في القرارت التي تنزامن مع عملية التنفيذ و غير المنفصلة عنها.

و في حكم حديث قضت المحكمة الإدارية العليا بعدم جواز الطعن على قرار سحب العمل لأنه لا يعتبر قرارًا إداريًا منفصل بل هو إجراء تنفيذي يستند إلى نصوص العقد[2]،[3]

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على قرارات تنفيذ الصفقة العمومية

يصدر عن الإدارة العديد من القرارات عقب إبرام العقود التي تكون طرفًا فيها ، و تهدف بعض هذه القرارات إلى حث المتعاقد المُقصِر في أداء التزامه ، كذلك

[1]-حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ و الأسس العامة، المرجع السابق ، ص, 125.

[2]- الطعن رقم 2048 بسنة 37 ق ، جلسة 02/ 02 1999 أورده ميلود بوطريكي ، المرجع السابق . ص. 169.

[3] ميلود بو طريكي ، المرجع السابق ، ص, 176.

قد تتعرض هذه القرارات للإجراء تعديلات في عقود الإدارة بناءً على استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل عقودها ، و قد يكون موضوع هذا القرار هو انتهاء الإدارة بإرادتها لما لها من سلطة في هذاالشأن.

و عليه ، و بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فالأصل أنه لا يجوز له أن يسلك طريق الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة الصادرة من الإدارة في مرحلة التنفيذ و إنما له الحق بالطعن أمام قاضي العقد ، –سواء كان قاضيًا إداريًا أو مدنيًا – و الذي هو القاضي الإداري في ظل الصفقة العمومية.

و لكن يخرج عن هذا الأصل بعض الاستثناءات و التي يستطيع فيها المتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ و المتمثلة في القرارات التي تُصدرها الإدارة بصفتها صاحبة سلطة عامة ، و ليس بصفتها متعاقدة.[1]

لذلك انتهج القضاء الفرنسي مسار التفرقة بين القرارات التي تصدُر هن الإدارة باعتبارها متعاقدة و تلك التي تصدُر عنها باعتبارها سلطة عامة ، و ذلك لجواز الطعن فيها بالإلغاء من عدمه .

و يثار التساؤل في هذا الشأن حول كيفية التمييز بين القرارات التي تصدر عن الإدارة باعتبارها متعاقدة و بالتالي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء ، و بين القرارات التي تصدر عنها باعتبارها سلطة عامة و من ثم يجوز الطهن فيها بالإلغاء.

و قد أجاب على هذا التساؤل مفوض الحكومة الفرنسية Tradieu في قضية Cied du nord et autres بتاريخ 06–12– 1907، بأن الأوامر التي توجهها الدولة للشركات تختلف آثارها حسب ما إذا كانت مُتخذة بناءً على شروط التعاقد أو بناءً على اللوائح ، ففي الحالة الأولى يجب على الشركة أن تقدم دعواها أمام قاضي العقد .

[1]- حسيني آمال ، المرجع السابق ، ص. 60،

أما في الحالة الثانية أي أوامر متخذة بناءً عن لوائح ، فإن فحص شرعية هذه الأخيرة يجب أن تكون عن طريق دعوى الإلغاء المُوجهة من طرف هذه الشركات في هذه القضية.

كذلك اجاب على هذا التساؤل أيضًا مجلس الدولة المصري حيث قضت محكمة القضاء الإداري بان القرار يكون متعلقًا بتنفيذ العقد إذا كان " صادرًا من جهة الإدارة استنادًا إلى نصوص العقد أو تنفيذًا له" [1].

و من أمثلة عن القرارت التي تتخذها الإدارة باعتبارها سلطة عامة و لكنها قد تُؤثر عن تنفيذ العقد ، قرارات الضبط الإدري المتخذة لتحقيق أهداف هذا الأخير، والمتمثلة في المحافظة عن الأمن و الصحة و السكينة العامة.[2]

و إذا كان الاجتهاد القضائي و الفقه متفقين على لا إنفصالية القرارات الخاصة بتنفيذ العقد ، فإن الفقه اختلف في تبرير ذلك ، فذهب فريق إلى تبرير ذلك بوجود طعن موازٍ حيث أن الدفع بالطعن الموازٍ الذي فقد جديته في مرحلة الانعقاد ، يعود مرة أخرى ليسترد مكانته في مرحلة تنفيذ العقد.

بينما ذهب فريق آخر إلى تبرير عدم قبول دعوى الإلغاء ضد قرارات تنفيذ العقد إلى أن هذه الأخيرة يصعب فصلها عن العقد.

أما الاتجاه الثالث فكان تبريره بأن القرارات المُتعلقة بتنفيذ العقد تتخذها الإدارة بناءً على حقوقها المستمدة من العقد و معالجة مخالفة ذلك يعود لقاضي العقد ، لأن مخالفة الإدارة لنص عقدي لا يُعد مخالفة لشرعية و بالتالي لا تُحرك دعوى الإلغاء.

[1]- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 29 ديسمبر سنة 1957 في القضية رقم 867 لسنة 11 ق مجموعة سنتين 12 ، 13 ص . 36.
[2]- محمد السناري ، المرجع السابق ، ص.48.

و بالنتيجة ، و حسب الأستاذ زكي محمد البخاري ، فإن رأي واحد لا يكفي بمفرده لتبرير مسلك القضاء بعدم جواز فصل إجراءات التنفيذ عن العقد و عدم الطعن فيها بتجلوز السلطة ، بل تصلح كلها مُجتمعةً.[1]

إلا أنه التجاء المتعاقد إلى دعوى الإلغاء لطلب إلغاء القرارات المنفصلة محل نظر ، و ذلك لكون القضاء الكامل أجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء ، لأنه لو حصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يحقق له النتيجة التي تترتب على الحكم بالإلغاء– كما سبق التفصيل في ذلك– و من ثم فيكون من الأفضل له الالتجاء إلى قاضي العقد مباشرةً .[2]

الفرع الثالث

قرار التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة و الطعن فيه من طرف المتعاقد

الأصل عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة في مرحلة التنفيذ ، كون هذه الأخيرة تشكل جزء لا يتجزأ من العملية التعاقدية ، فإن القاعدة هي أن قاضي العقد هو المختص بالنظر في هذه القرارات.[3]

و عليه ، إذا أصدرت الإدارة قرارًا يعدل من العقد الإداري بالزيادة أو بالنقصان ، فهذا القرار يختص بالنظر فيه قاضي القضاء الكامل و لا مجال له امام قاضي

[1]- ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، ص. 170.
[2]- طارق بجادي ، المرجع السابق ،.ص, 42 ، 43.
[3]- محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص .130.

الإلغاء ، حيث أن المبدأ الذي يحكم هذا القرار هو أنه غير قابل للانفصال عن العقد ، و من ثمة لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء. [1]

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ المتمثل في عدم قبول الطعن من المتعاقد ضد إجراءات تنفيذ العقد ، حيث جاء في أحد قراراته مايلي : "المنازعات التي تنشأ في تنفيذ العقد ، تفتح المجال لنزاع تعاقدي ، مخصص للمتعاقد ، و يرجع للاختصاص الحصري لقاضي العقد ، قاضي القضاء الكامل "

« Les litiges que fait naitre l'exécution du contrat donnent lieu à un contentieux d'ordre contractuel réservé aux contractants juge ،et qui relève de la compétence exclusive du juge du contrat de plein contentieuxbn... »

إلا ان هذا المبدأ لم يقف عند هذا الحد ، بل عرف بعد الاستثناءات ، و التي جاء بها تطور القضاء الإداري الفرنسي ؛ المعروف بأنه حامي الحريات ، و الساعي الأول للتخفيف من حدة اللامساواة بين الإدارة و المتعاقد معها.

حيث أنه و بعض التطرق لتطور نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ، استمر هذا التطور للوصول إلى بسط قاضي الإلغاء رقابته إلى مرحلة تنفيذ العقد ، رغم أن هذه المرحلة تدخل في نفوذ القضاء الكامل.[2]

و بما أن قرار التعديل الانفرادي من جانب الإدارة يكون في هذه المرحلة ، فهل يخضع هذا القرار لهذه القاعدة ؟ و في حالة عدم خضوعه لهذا المبدأ ،ماهي الاستثناءات التي تؤدي بنا إلى الطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء ؟ رغم خضوعه مبدإيًا لقاضي العقد ، كونه صادر في مرحلة جل قراراتها متصلة بالعقد.

[1]- جمال عباس أحمد عثمان ، المرجع السابق ، ص . 479.
[2] - جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص 182.

للإجابة عن هذه التساؤلات يجب تحديد الطبيعة القانونية لقرار التعديل الانفرادي، و البحث عن إمكانية انفصاله عن العقد من عدمها ، أي هل الطعن فيه يكون أمام قاضي الإلغاء أم قاضي العقد؟

أولاً: مدى قابلية قرار التعديل الانفرادي للانفصال عن العقد

لتكييف قرار إداري على أنه منفصل يجب توافر بعض الشروط و المعايير و بالتالي نبحث في مدى تطابق القرار التعديل الانفرادي مع معايير تحديد القرار الإداري المنفصل، –السابقة الذكر في الفصل الأول– .

فبالرجوع لمعايير تحديد القرار الإداري المنفصل نجد أنه كلا المعيارين لا ينطبقان على قرار التعديل الانفرادي من جانب الإدارة.

فبخصوص المعيار الشخصي ، فإن غير هو الذي يستفيد من نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هتى يطعن ضد القرار الإداري و إلا ليس له سبيل أخر ، أما فيما يخص قرار التعديل الانفرادي فلا يهم هذا الأخير سوى المتعاقد مع الإدارة ، و الذي له حق الطعن أمام القضاء الكامل.

أما بخصوص المعيار الموضوعي ، فإنه لا يتماشى و قرار التعديل ، إذ أنه يعتبر عنصر جوهري و فعال و شديد الارتباط بالعقد الإداري .[1]

إذن على أي أساس يستطيع المتعاقد مع الإدارة الطعن في قرار التعديل الانفرادي من جانب الإدارة؟

ثانيًا :قرار التعديل كأصل عام لا يقبل الانفصال عن العقد

[1]-محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص .136.

إذا ما توافرت في هذا الأخير الاستثناءات التالية يحق للمتعاقد الطعن ضده بالإلغاء و هي كالآتي :

-إذا ما أصدرت الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى ، أي ليس بصفتها متعاقدة ، فحينئذ يكون للمتعاقد حق الطعن في هذه القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة ، و كان القرار غير مشروع ، و لا يكون ذا علاقة مباشرة بالعقد ، و من بين الأمثلة على ذلك ، أم تصدر الإدارة بناءًا على سلطة الضبط قرارات إدارية يكون لها أثر على المتعاقد ، فلو أن الإدارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الأخر في العقد ، و بناءًا على حقها في التدخل و الإشراف ، يتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء الكامل.

-إذا صدر القرار الإداري استنادًا إلى القوانين و اللوائح ، و لم يتأسس على الشروط الواردة في بنود العقد و دفاتر الشروط ، فيحق حينئذ للمتعاقد الطعن بالإلغاء في قرار التعديل الانفرادي من جانب الإدارة.

و غالبًا ما يتحقق الاستثناء الثاني على قرار التعديل الإنفرادي ، خاصة في الجزائر ، كونه يصدر في غالب الأحيان وفقًا لمواد صريحة من قانون الصفقات العمومية (المادة 103 / 3 و من دفتر الشروط الإدارية العامة (المادة 4/12 و 5) بما يتيح الفرصة أمام المتعاقد بالطعن ضده أمام قضاء الإلغاء.[1]

بعد التطرق للقرارات الإدارية المنفصلة ذات الصلة بالصفقة العمومية ، نقوم في المبحث الموالي بتبيان الطعن على استقلال ضذ هذه القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقة العمومية مع عرض أسباب إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة العمومية، و كذا شروط قبول دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات.

[1]- محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص .135.

المبحث الثاني

الطعن على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلة

في الصفقات العمومية

كقاعدة عامة ، دعوى الإلغاء تُرفع فقط ضد القرارات الإدارية ، أي التصرفات الإدارية المُنفردة ، و ليس ضد عقد إداري ، الذي ينتمي أساسًا لولاية القضاء الكامل ، كونه تصرف ثنائي يجمع بين إرادتين منفردتين.

و هو نفس المبدأ الذي يحكم الصفقات العمومية ، حيث أن يعود النظر في الطعون الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية للقضاء الكامل أي قاضي العقد أما فيما يخص بالقرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية فيعود الاختصاص لقاصي الإلغاء.

فإن هذه الأخيرة تعتبر بمثابة الحد الفاصل بين القضائين ، أو بعبارة أخرى ، نستطيع تكييفها على أنها من آليات توزيع الاختصاص بين كل من قاضي العقد و قاضي الإلغاء.

و لعل هذه القرارات مرت بمرحلتين ، تكمن في مرحلة لم يعتُرف بفصلها عن العملية التعاقدية للطعن ضدها بالإلغاء و مرحلة تطورت فيها هذه النظرية بإدراجها تحت ولاية قضاء الإلغاء (المطلب الأول) ، من ذلك تُعرض أسباب إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة العمومية، و كذا شروط قبول دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات(المطلب الثاني)،

المطلب الأول

موقف القضاء من الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة داخل العملية التعاقدية

يجمع نسبيًا ،جزءً من الفقه الإداري على أنه إلى غاية 1884 كانت دعوى الإلغاء مقبولة دون منازع ضد التصرفات التعاقدية و التصرفات الانفرادية ، إلا انه ظهرت نظرية معاكسة لهذا الاتجاه و المعروفة بنظرية الكل غير قابل للتجزئة أو نظرية الادماج(الفرع الأول) ثم جاءت مرحلة ثانية محتواها التخلي عن هذه النظرية لصالح نظرية القرارات الإدارية المنفصلة (الفرع الثاني)

الفرع الأول

مرحلة عدم الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلة داخل العملية التعاقدية

في مرحلة سابقة امتدت حتى السنوات الأولى من القرن 20 ، كان مجلس الدولة في فرنسا يرفض الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على استقلال في القرارات الفرعية الثانوية و المرحلية و التمهيدية و التابعة التي تصدر ضمن و داخل العملية المركبة.

و الطريق الوحيد للطعن الذي كان يُعترف بالنسبة لهذه القرارات هو الطعن أمام القضاء الكامل.[1] حيث كان القضاء الإداري و القضاء المدني يُطبقان نظرية بمقتضاها ، يرفض فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد تمسكًا بوحدة العملية العقدية ، و هي النظرية التي كانت تُعرف بنظرية الادماج.

[11]- جورجي شفيق ، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص.83.

فقد اعتبر القضاء الفرنسي – بما أنه مُنشأ النظرية – أنه بمجرد الانعقاد النهائي للعقد تصبح العملية التعاقدية وحدة أو كتلة لا تقبل عناصرها الانفصال أو التجزئة ، و يختص بالنظر في كافة المنازعات الناشئة عنها قاضي العقد ، سواء كان القاضي المدني أو القاضي الإداري.

و قد كشف عن ذلك الاتجاه بوضوح ما أورده مفوض الدولة الفرنسي DAVID في تقريره في قضية Institut catholique de Lille التي صدر الحكم فيها في 02 مارس 1877 مؤيدًا لما أورده مفوض الدولة في تقريره[1]

و قد ترتب على هذا المسلك من جانب القضاء الفرنسي أمران :

الأول؛ هو عدم قبول مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد أي قرار خاص بالعملية العقدية ، سواء كان هذا الطعن موجها من أحد المتعاقدين أو من غير ، و سواء كان القرار المطعون فيه يتعلق بعقد من عقود القانون الخاص أو بعقد من عقود القانون العام.

أما الأمر **الثاني** ؛ أنه إذا كان امام المتعاقد فرصة للطعن في العقد أو في القرارات المُرتبطة به أمام قاضي العقد ، فإن غير المتعاقد (الأجنبي عن العقد) لا يجوز له مطلقًا أن يطعن في العقد أو في أي من القرارات المرتبطة به ، ذلك لأسباب التالية:

[1] - Nous avons cru pouvoir résumer la jurisprudence en disant que les actes de tutelles administrative lorsque , ils sont été précédés ou suivis des contrat qu'il approuvent ou qu'il autorisent ne peuvent être détachés de ces contrat et dans lesquels ils se confondent pour être annulés directement soit par le Conseil d'état statuant au contentieux soit à plus forte raison par l'autorité administrative dont ils émanent »

أورده محمد السناري ، المرجع السابق ، ص. 32.

ا- أنه إذا طعن أمام قاضي العقد يكون طعنه غير مقبول ، نظرًا لمواجهته لمبدأ نسبية آثار العقد ، و الذي بمقتضاه لا يجوز لغير طرفي العقد المنازعة فيه أمام قاضي هذا الأخير.

ب- إذا سلك طريق الطعن بالإلغاء كان طعنه أيضًا غير مقبول ، حيث سيُواجهه تمسك القضاء بنظرية الإدماج المتمثلة في وحدة العملية التعاقدية و ما يترتب عليها من عدم جواز الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المُتعلقة بها. ومما لا شك فيه ذلك يصيب غير المتعاقد بضرر بليغ[1]

بالإضافة إلى نظرية الدعوى الموازية ، و التي مفادها هو عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة ، إذا كان في وسع الطاعن اللجوء إلى طريق قضائي آخر ، يحقق له نفس النتائج التي يُريد الوصول إليها من خلال دعوى الإلغاء.

فوجود طعن موازي يختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بصدد العقد الإداري ، يعود لقاضي العقد (القضاء الكامل) فذلك يُلغي الالتجاء إلى دعوى الإلغاء.[2]

و نظرية الحقوق المكتسبة والتي ترفض المساس بالحقوق الناشئة عن إبرام العقد.[3]

إضافةً إلى ما تقدم ، أسس مجلس الدولة الفرنسي رفضه بالطعن بالإلغاء على المنازعات الإدارية التي تنشأ بصدد العقود الإدارية ، على الحجتين التاليتين :

1- إن دعوى الإلغاء لا يُمكن أن تُوجه إلى العقود ، لأن من شروط دعوى الإلغاء أن تُوجه إلى قرار إداري ، و العقد يختلف تمامًا في مفهومه عن العقد الإداري.

---

[1]- نفس المرجع.ص34.

[2]- جمل عباس عثمان ، النظرية العامة و تطبقاتها في في مجال إلغاء العقود الإدارية ، في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، المرجع السابق،.ص.164.

[3]- ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، ص. 27 و28.

2- إنه في مجال دعوى الإلغاء لا يُمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من أسباب التي تُجيز قبول النظر في طلب إلغاء القرار الإداري .[1]

إلا أن أن السبب الحقيقي الذي دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى تبني هذا الاتجاه في القرن 19 ، يتجسد في جملة من الأسباب الخاصة بهذا المجلس ، حيث أن تقسيم القضاء الإداري إلى قضاء كامل و قضاء إلغاء سنة 1964 ، و صدور حكم بلانكو الشهير الذي أرسى معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاص ، قد أدى إلى إحداث حيرة و بلبلة فيما يتعلق بالتصرفات التي تكون من اختصاص القضاء الإداري ،فإنها في و تلك التي لا تكون من اختصاصه ، مما دفع القضاء الإداري إلى تبني المنهج التركيبي Synthése في سبيل إيجاد كتل قضائية اختصاصية Bloc de compétence ، و ذلك بلإعتماد على مفهوم العملية ، فإذا كانت العملية مما يدخل أساسًا في اختصاص جهة قضائية مُعينة ، فإن كل القرارات التي تدخل أو تساهم في بنيان هذه العملية القانونية تختص بها جهة القضاء التي تختص بالعملية ككل.[2]

وبالنتيجة ، و إلى جانب عدم قبول الطعن ضد العقد في حد ذاته ، فالقرارات الإدارية التي ساهمت في إبرامه و جعلت منه ممكنًا لا تقبل الطهن بالإلغاء لأنها تشكل كلاً غير قابل للتجزيئ، أي متصلة بالعقد.إن هذا الاجتهاد القضائي تسبب في أضرار كبيرة عدة إعاقات بالنسبة للغير الذي لا يمكن ان يسلك مسلك القضاء الكامل المُخصص للمتعافدين فقط، مما أدى Romieu، commissaire de gouvernement اقتراح قبول الطعن الموجه من الغير ضد القرارات الإدارية المنفصلة ، و انتهي مجلس الدولة بقبول هذا النوع من الطعون [3]

[1]- جمل عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.164.

[2]- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري،ص 232.

[3] -Pierre devolvé, bruno Genevoi, recours pour exés de pouvoir, contrat, A.J.D.A,2005 ,p 93 , CE 04 Aout 1905 , Martin ,Rec 749 , conclusion Romieu.

الفرع الثاني

مرحلة الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلةداخل العملية التعاقدية

بدأ مجلس الدولة منذ مطلع القرن 20 في هجر نظرية الادماج المشار إليها و حلت محلها نظرية مُناقضة لها تمامًا ، هي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة

La théorie des actes détachables ، و مضمون هذه النظرية مجال العقود بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة ، هو أن العقد الإداري يمر بمراحل متعددة تدخل في تكوينه عناصر مُختلفة، و قرارات مختلفة طبيعتها، منها ما لها طبيعة عقدية بحتة و منها ما تتوافر له صفات أو أركان القرار الإداري ، كالقرارات الصادرة عن هيئات الوصاية الإدارية بالترخيص بإبرام العقد أو التصديق عليها ، فهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية ، إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية و الطعن فيها بالإلغاء عاى انفراد.[1]

وقد بدأ يظهر هذا الاتجاه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1903 في قضية Commune de Gorre[2] ، ففي هذا الحكم طبق فكرة القرارات الإدارية المنفصلة على العقد ، و قبل الطعن على انفراد في بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد ، استقلالاً عن العملية ذاتها ، و حتى دون انتظار القرار النهائي فيها ، و كان الطعن في هذا الحكم متعلق بقرارات إبرام العقد.[3]

[1]- محمد سناري ، المرجع السابق ، ص.35.
[2]- الحكم الصادر في قضية Commune de Gorre بتاريخ 1903/12/11، في مجموعة سيري لسنة 1906 ص.49 .
[3]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.165.

و تبلور ذلك الاتجاه نحو الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على المنازعات التي تنشأ بصدد العقد الإداري نهائيًا في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Martin

حيث طعن هذا الأخير في عدة قرارات إدارية بالإلغاء ، رغم أنها قرارات مكونة لعقد امتياز ، فكان رد الإدارة بأن هذه القرارات كانت من أجل إبرام العقد و لا يجوز الطعن فيها بتجاوز السلطة ، و أن قاضي العقد هو المختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد.إلا أن مجلس الدولة لم يقبل هذا الدفع الموجه من طرف الإدارة ، و فتح مجال الطعن ضد هذه القرارات المنفصلة بقبول الطعن الموجه من طرف السيد Martin [1] . ومنذ ذلك التاريخ استقرت أحكام مجلس الدولة على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تساهم في إبرام العقد كالقرارات الصادرة بالترخيص أو الموافقة على إجراء التعاقد[2] ، و كذلك قرار رفض الإدارة إبرام أو إتمام العقد إذا كانت مُلزمة بإبرامه[3] ، كما قبل الطعن ضد القرارات الإدارية المنفصلة إذا كانت مشوبة في ذاتها بعيب من عيوب عدم المشروعية إلا أن المجلس قبل الطعن ضد هذه القرارات استنادًا إلى ما يشوب العقد في حد ذاته من عيوب[4]، بالإضافة إلى قرارات رفض الإدارة إجراء المناقصة ، و كدا القرار الصادر بالسماح باتخاذ الممارسة طريقً للتعاقد [5]

يتحقق هذا سواء قُدم هذا الطعن من أحد المتعاقدين أو من الغير ، و سواء كان القرار المطعون فيه متعلق بعقد من عقود القانون الخاص للإدارة أو بعقد من العقود الإدارية.

[1] - Pierre devolvé, bruno Genevoi, o,cit. p.93.

[2]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1906/04/06 في قضية Comus المشارة في مجموعة سيري لسنة 1906 ص.49 .

[3]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1931/05/06 في قضية Tendut المشارة في مجموعة سيري لسنة1931 .

[4]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1918/07/12 في قضية Levevre المشارة في مجموعة ص 698.

[5]- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ1914/04/29 في قضية Syndicat des maitres imprim .

أشار إليها جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.166.

و لكن إذا كان السماح لغير بالطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود الإدارة من شأنه أن يُحقق مصلحة للطاعن، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد جعل هذه المصلحة محددة للغاية ، حيث أنه لم يُرتب على إلغاء القرارات الإدارية عن العقد آثار بالنسبة للعقد ذاته ، و إنما انحصر أثر الإلغاء على القرار المنفصل ، بينما يظل العقد ساري المفعول و بمنأى عن الطعن فيه بالإلغاء ، حتى تُرفع الدعوى بشأنه امام قاضي العقد.

و يتضح مما سبق أن منازعات العقود الإدارية بصفة عامة و الصفقات العمومية بصفة خاصة تعود لاختصاص القضاء الإداري الكامل ، و لا يدخل في اختصاص قاضي الإلغاء سوى القرارات الإدارية المنفصلة [1]، و عليه فماهي أسباب الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات الإدارية المنفصلة ؟ و ماهي الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى الإلغاء؟ هذا ما نُوضحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

أسباب إلغاء القرار المنفصل وشروط قبول الدعوى

الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل عن الصفقة العمومية شأنه شأن كل القرارات الإدارية ، يجب أن يستند الطعن إلى وجه من أوجه عدم المشروعية التي يُمكن أن تُعيب القرار(الفرع الأول) ، و يجب توافر شروط خاصة لقبول دعوى الإلغاء ضد هذه القرارات(الفرع الثاني).

الفرع الأول

أسباب إلغاء القرار المنفصل عن الصفقة العمومية (أوجه المشروعية التي يمكن إثارتها):

[1]- محمد سناري ، المرجع السابق ، ص36 و ما بعدها.

يجب على رافع الدعوى ، متعاقد كان أو من غير ، أن يُثبت العيب الذي انطوى عليه القرارالإداري المنفصل ، مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو الاجراءات و الأشكال ، حيث يتمتع القرار الإداري بصفة عامة بقرينة المشروعية ، غير أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، فعلى الطاعن الذي يطعن في القرار الإداري المنفصل أن يُثبت عدم مشروعيته أي أنه مشيب بعيب من عيوب المشروعية ، سواء الخارجية أم الداخلية[1]، هذا من جهة و من جهة أخرى للقرار الإداري المنفصل شروط خاصة به لعلاقته بالعقد رغم قابليته للانفصال ، و هذا على الشرح التالي:

أولا : حالات عدم المشروعية الخارجية وعدم المشروعية الداخلية للقرار الإداري

تتمثل عدم مشروعية القرار المنفصل الخارجية ، في وجود عيب في الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو الاجراءات ، أي تلك التي لا تتعلق بالاعتبارات الموضوعية للقرار ، و إنما تنصب على القواعد المُنظمة للسلطة المختصة بإصدار القرار ، و بالشكل الذي يصدر ضمنه و الاجراءات المُتبعة من أجل إصداره.

أما بالنسبة لعدم المشروعية الداخلية ، فيكون القرار الإداري المنفصل مشوبًا بعيب عدم المشروعية إذا ما خالف القانون من حيث الجوهر و المضمون ، مخالفة قواعد المحل ، السبب ، و الهدف.

1- حالات عدم المشروعية الخارجية

و تتضمن عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل و الاجراءات

أ- عيب عدم الاختصاص

[1]- محفوظ عبد القادر ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2012، 2013.ص.139.

يعتبر عيب عدم الاختصاص أول و أقدم سبب من أسباب الحكم بالغاء. و هو العيب الذي يصيب القرار الإداري (المنفصل) من حيث ركن الاختصاص ،و بالتالي هو انعدام القدرة و الأهلية أو الصفة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين باسم و لحساب الإدارة العامة بصفة شرعية.[1] أو هو قدرة الموظف قانونًا على اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحيته،[2]

و لعيب عدم الاختصاص أربع صور و هي كالآتي :

– فقد يكون عيب عدم الاختصاص شخصي كصدور القرار الإداري من الأشخاص و السلطات غير المحددة بموجب القانون.

– عدم الاختصاص الموضوعي ، مثل إعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أعلى منها.

– عدم الاختصاص الزمني ، كاتخاذ مدير مؤسسة عمومية قرارًا قبل تنصيبه أو بعد إنهاء مهامه.

– عدم الاختصاص المكاني، مثل ما إذا قام والي ولاية وهران إبرام صفقة عمومية تخص ولاية تلمسان.[3]

ب– عيب الاجراءات و الشكل

ينقسم هذا العيب إلى قسمين و هما :

– القسم الأول ، يتضمن الشكليات الواجب توافرها في القرار الإداري ككتابته في وثيقة معينة و تسبيبه و التوقيع عليه و تبليغ المخاطبين به ، و هذه الشكليات قد

[1]- عمار عوابدي ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الطبعة الثالثة ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2007.ص.175.

[2]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.191.

[3]- محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص138.

تكون جوهرية أو ثانوية ، و معيار التمييز بينهما هو مدى تدخل المشرع و النص على الزاميتها ، و كذا قيمة المصلحة التي تحميها هذه الشكليات ، و بطبيعة الحال فإن الشكليات الثانوية لا تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري و إنما يكفي فقط تصحيحها.

– القسم الثاني ، يتضمن الاجراءات التي تسبق صدور القرار الإداري ، كالاجراء الاستشاري ، و إجراء احترام مواعيد إصداره ، و احترام نظام المداولات ، و إجراء التحقيق قبل صدور القرار.[1]

و لقد اشترطتالسلطة التنظيمية عند تنظيم الصفقات العمومية أشكالاً جوهرية مخالفتها يكون وجهًا من أوجه الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل، فمثلاً تنص المادة 60 من قانون المرسوم الرئاسي 15–247 على أنه :" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختبارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة" ، فإن لم يصدر إرساء الصفقة معللاً كان معيبًا بعيب التسبيب و هو عيب في الشكل.

و كذا تجاهل قواعد الاشهار و الدعوة للمنافسة المنصوص عليها في نظام الصفقات العمومية ، و التوجيهات المتعلقة بأشغال الخدمات و التوريدات ، تؤدي لا محال إلى إلغاء القرار الإداري المنفصل المتضمن خرق هذه القواعد.

ففي الصفقات العمومية الإدارة ليست حرة كباقي الأشخاص الطبيعيين في اختيار المتعاقد معها ، بل ألزمها القانون باتباع إجراءات دقيقة و محددة في ضبط طرق الإبرام و بيان مراحل إجراءات التعاقد ، و مخالفتها يعد عيب في الاجراءات.[2] حيث تنص المادة 76 من المرسوم الرئاسي 15– 247 على أنه :" تختص المصلحة

[1]- مانع عبد الحافظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007،2008.ص.132.

[2]- سعاد الأطرش ،المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013 ، 2014 ، الجزائر .ص.90.

المتعاقدة باختيار المتعاقد مع مراعاة تطبيق أحكام الفصل الخامس من هذا المرسم المتعلقة برقابة الصفقات"

و بالتالي لقرار المنح المؤقت للصفقة يعتبر قرارًا إداريًا منفصلاً يكون مشوبًا بعيب في الاجراءات إذا لم تتبع الإدارة الاجراءات المنصوص عليها قانونًا و الذي يكون قابل للطعن فيه أمام قاضي الإلغاء. كذلك يجب على الإدارة أن تبرم الصفقات العمومبة وفقًا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة او وفق إجراء التراضي ، حسب المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247.

كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إجباريًا إلى الإشهار الصحفي في الحالات التي نصت عليها المادة61 من نفس المرسوم.

كذلك يجب أن يحتوي إعلان على طلب العروض بيانات إلزامية كتسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي ، و كذا كيفية طلب العروض ، شروط التأهيل و الانتقاء الأولي ، موضوع العملية ...إلخ[1].

كذلك الأحكام المتعلقة بدفتر الشروط.[2]

كذلك تتضمن المادة 70 من نفس المرسوم شروط الواجب توافرها عند فتح الأظرفة مثل أن تكون في جلسة علنية.

و تنص المادة 78 عن معايير اختيار المتعامل المتعاقد كعدم التمييز الأخد بأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ... إلخ.

[1]- المادة 62.
[2]- المادة 63.

كذلك تنص المادة 80 بعدم السماح بالتفاوض مع المتهديين في إجراء طلب العروض ، كما يعد قرار الإعلان عن طلب العروض معيبًا بعيب الشكل و الاجراءات إذا لم يتضمن البيانات المنصوص عليها وجوبًا [1].

فهذه بعض الاجراءات المذكورة على سبيل المثال ، و مخالفتها تعد عيبًا في الشكل و الاجراءات و الذي يكون سبب في إلغاء القرار الذي بنيت عليه هذه الإجراءات، و الذي يكون قرارًا إداريًا منفصلاً في ظل نظام الصفقات العمومية.

2- حالات عدم المشروعية الداخلية

و تتضمن عيب مخالفة القانون ، و عيب السبب و و نبينها على التوالي .

أ-عيب مخالفة القانون

هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القرار الإداري ، إذ يشترط لصحة أو مشروعية القرار أن يكون محله أي مضمون الأثر القانوني الذي أحدثه القرار جائزًا أو ممكنًا قانونًا ، و على ذلك يرتبط بوجه مخالفة القانون أي التطابق مع مجموعة القواعد القانونية ، و ذلك تبعًا لمبدأ تدرجها.[2]

و بدوره عيب مخالفة القانون له صورتان ،

الأولى هي مخالفة القانون في القرار الإداري مباشرةً ، و ذلك عندما يصدر قرار إداري و هو يخلف الآثار القانونية المتولدة عنه أي في محله، لقاعدة من قواعد القانون العام ، سواء كانت هذه القاعدة دستورية أو تشريعية أو معاهدة دولية.

[1]- المادة 62.

[2]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.209.

أما الصورة الثانية ، فهي مخالفة القرارات الإدارية للقانون بصفة غير مباشرة و ذلك عن طريق الخطأ في التفسير أو في تطبيق القانون ، كإغفال الإدارة عند اتخاذها لقرار إداري عن نصوص قانونية موجودة و نافذة.[1]

اما عن مخالفة القرار اللإداري للعقد و الشرعية ، فيذهب أغلبية الفقهاء إلى أن مخالفة القرار الإداري لنص عقدي لا يوصم بعدم الشرعية و بناءً على ذلك لا يصلح كسبب للطعن بالإلغاء ، فإذا كان القرار الذي اتخذته الإدارة متعلقًا بالعملية التعاقدية فلا يمكن الطعن فيه بالإلغاء استنادًا إلى مخالفة هذا القرار لحق من حقوق المتولدة عن الاتفاقات سواءًا كانت هي اتفاقات من عقود العام كالصفقات العمومية أو من القانون الخاص ، و حججهم هي كلآتي:

أ/ 1: الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء

الطعن بالإلغاء دعوى تقوم عند مخالفة الشرعية أو مخالفة القرار لقاعدة قانونية بالمعنى الموضوعي ، أي قاعدة عامة و مجردة ، أما العقد فليس قاعدة قانونية إذ يولد مراكز ذاتية أو شخصية تقتصر أثارها على إنشاء حقوق التزامات تترتب بالنسبة لأشخاص محددين بالذات هم أطراف العقد ، أما العمل القاعدي فهو قاعدة القانون التي تتسم بالعمومية و التجريد و الاستمرار في مراكزها قانونية عامة و مجردة و موضوعية و دائمة لا تنتهي بالتنفيذ ، أما المراكز القانونية المتولدة عن العقد فهي ذات طبيعة شخصية مؤقتة إذ تطبق خلال زمن معين و تنتهي بالتنفيذ.

أ/2 : يري BIL RAPHAEL أن العقود تولد قواعد قانونية و إن مخالفتها تعد مخالفة للشرعية في مفهوم دعوى الإلغاء ، إلا أنه توجد قاعدة الاختصاص و التي هي من النظام العام ، و تقتضي بوجود اختصاص قاضي العقد سواء كان القاضي الإداري أو المدني ، و من ثم فلا يستطيع قاضي الإلغاء أن يفحص نصوص العقد لكي يستخرج منها أسباب عدم مشروعية القرار ، و هذه الفكرة مستمدة من نظرية الدعوى

[1]- مانع عبد الحافظ ، المرجع السابق ، ص.133.

الموازية و ينتهي الفقيه إلى القول بان قاضي الإلغاء لا يستطيع إلغاء قرار إداري لمخالفة نص عقدي.

اما عن الفريق الذي يرى بجواز إلغاء قرار إداري لمخالفة نص عقدي فكان تبريرهم على أساسين و هما كالآتي:

الأساس الأول

يذهب البعض إلى أن قاعدة القانون هي كل التزام قانوني يرتب المشرع جزاء عن مخالفته ، و لا يهم في هذا الصدد محمول هذا الالتزام ، و لا نطاق تطبيقه ، فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد قانونية ذاتية و فردية ، فالعقد يولد التزامات واجبة الاحترام من أطراف الرابطة العقدية ، و يوقع القضاء جزاء على مخالفتها فلا يوجد ما يمنع من وصف العقد بالقاعدة القانونية.

الأساس الثاني :

كما يذهب البعض الآخر منه إلى القول بأنه إذا كان العقد لا يكن في ذاته كما يرى اليعض قاعدة قانونية ، فإن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية تشكل مخالفة لقاعدة قانونية أكثرها استقرارًا في الضمير القانوني.[1]

ب-عيب السبب

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع بجهة الإدارة إلى إصدار القرار الإداري ، و تتحقق عدم مشروعية القرار الإداري بالنسبة لعيب السبب إذا كانت الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني.[2]

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق.ص. 211 إلى 213.
[2]- المرجع نفسه ، ص.206.

و يشترط في السبب أن يكن صحيحًا ، حقيقيًا لا صوريًا و لا وهميًا ، و أن يكون قائمًا محققًا ، و حالاً وقت صدور القرار الإداري ، كما يجب أن يكون مشروعًا و جوهريًا.

أما فيما يخص هذا العيب الذي قد يشيب القرارات التي تتضمنها الصفقات العمومية فيمكن أخذ المثال التالي، ففيما يخص قرار الموافقة أو الرفض اتجاه متعاقد ما للتعاقد الصادر من الإدارة ، فإن هذه الأخيرة تستطيع الرفض شريطة أن تستند إلى أسباب معقولة ، و ليس مجرد الرفض بذاته ، مثل : ضعف الكفاية المالية أو التقنية للمتعاقد الجديد ، فإذا كانت الأسباب غير مبررة ، فالمتعاقد يكون بإمكانه طلب إلغاء هذا الرفض، و هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في 13 نوفمبر 1908 في قضية GUILLAUME الذي قرر بأن (...فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة ، فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة..)، ذلك لكون قرار الموافقة أو الرفض قرارًا إداريًا منفصلاً يمكن الطعن بالإلغاء استقلالاً عن الصفقة العمومية. [1]

و تكون رقابة القاضي على عيب السبب من خلال جملة من العناصر اكتشفها القضاء المقارن و هي كالآتي :

ب/1 رقابة قاضي الإلغاء على الوجود المادي للوقائع

أي يراقب الوجود المادي أو الفعلي للحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار ، كأن يتأكد من أن السبب الذي أدى إلى إصدار قرار فسخ العقد ، و إلا كان القرار مشيب بعيب التسبيب.

ب /2 – رقابة قاضي الإلغاء للوجود القانوني للوقائع

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق.ص. 211 إلى 213.

و فيها يقوم قاضي الإلغاء بالتأكد من الوجود القانوني الصحيح للوقائع ، فقد تقوم الإدارة بتكييف الوقائع بشكل خاطئ و على أساس ذلك تقوم الإدارة بإصدار القرار.[1]

ج-عيب الانحراف بالسلطة :

ج/ 1 - تعريف عيب الانحراف بالسلطة:

هو أن يُمارس مُصدر القرار سلطته التي خولها له القانون في تحقيق أهداف غير مرتبطة بالمصلحة العامة او الهدف القانوني المخصص له.

ج/2-صور عيب الانحراف بالسلطة

و تتجلى هذه الصور كالأتي:

1. استهداف تحقيق غاية بعيدة عن المصلحة العامة

في هذه الصورة تضع الإدارة تحقيق المصلحة العامة جانبًا التي يتعين عليها تحقيقها ، و تعمل على تحقيق هدف بعيد عن هذا الغرض كاستهداف تحقيق نفع شخصي ، أو مباشرة السلطة بقصد الانتقام أو الإضرار بالغير ، و استهداف أغراض سياسية أو حزبية بعيدة عن المصلحة العامة.

- **مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف**

تكمن هذه الصورة في استهداف القرار الإداري هدفًا أخر غير الهدف الخاص الذي حدده المشرع في ذلك ، و من أمثلة عن قاعدة تخصيص الأهداف ، أن المشرع قد جعل الهدف الذي يتغياه القرار الإداري الصادر بشأن الضبط الإداري هو المحافظة على النظام العام بعناصره المقررة قانونًا ، فإذا استهدف رجل الضبط إلى تحقيق

[1]- محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص.141، 142.

أغراض غير المقررة للمحافظة على النظام العام ، كان قراره معيبًا ، و لو كان الهدف الذي سعى إليه يتفق مع المصلحة العامة.

أما عن تطبيق عيب الانحراف بالسلطة على العقود الإدارية و الصفقات العمومية ، فيثار التساؤل حول مدى تطبيق هذا العيب على هذه العقود ، ذلك على اعتبار أن العقد قد أبرم بتطبيق القواعد الموضوعية التي تحكمه ، إلا أنه قد أُبرم قصد تحقيق غاية غير مشروعة ، أو مخالفةً للأداب العامة أو مخالفةً للنظام العام.

و قد تعرض مجلس الدولة الفرنسي و المصري لهذا العيب في مراقبته للقرارات الإدارية المنفصلة و التي تعمل على اتمام التعاقد أو الحيلولة بعدم اتمامه مثلاً ، فهو يراقب مختلف القرارات المتعلقة باجراءات التعاقد و اختيار المتعاقدين ، و يقضي بإلغاء هذه القرارات إذا كانت تستهدف غير المصلحة العامة لسبب عيب الانحراف بالسلطة ، غير أن هذه القرارات ليس من شأنها أن تُبطل العقد و إن كان تؤثر عليه بصفة غير مباشرة،

ثانيًا : عدم المشروعية التي قد تمس القرار الإداري المنفصل عن العقد

من الثابت فقهاً و قضاءً في كل من فرنسا و مصر، عدم الاعتداد بمُخالفة القواعد التي مصدرها إرادة الأطراف ، بمعنى أنه لو انطوى القرار المُنفصل على مُخالفة للشروط التعاقدية فلا يُمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء[1] و على الطرف الذي يدعي الضرر من تصرف قامت به الإدارة بالمُخالفة لشروط العقد ان يرفع دعواه أمام قاضي العقد المُختص لأجل البت في هذا الأمر[2] و ذلك لأن العقد – كما برر جانب من الفقه

[1] - CE- 07-11-1980, Association comité des Amitié sociales de la régions de Best , R.D.P, 1981 , p 538.

[2]- إلى جانب نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، بعض الإجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Cayzeele ، أصبحت الشروط التنظيمية للعقد هي الأخرى قابلة لأن تكون محل طعن أمام قاضي تجاوز السلطة ، بُغية إلغاءها. CE , Ass, 10 juillet 1996 .Cayzeele Remy Shwartz, Myriam Kaczmarek, La procédure contentieuse devant les juridictions administratifs, La gazette, des communes-des département- des régions, Référence Territoriale, avri 2004 .p , 215 .

الفرنسي– لا يُشكل قاعدة قانونية ، لأنه ليس إلا أمرًا مُوجهًا إلى عدد محدود من الأشخاص ، و المراكز القانونية المُتولدة عنه ليست إلا مراكز ذات طبيعة وقتية مصيرها الزوال بعد تأدية الالتزام ، ذلك على عكس قاعدة القانون تُؤدي مُخالفتها إلى خرق المشروعية.

إلا أن ذلك لم يمنع مجلس الدولة الفرنسي من أن يمضي بعيدًا في استشفاف الأسباب التي يجوز لأجلها الطعن بالقرار المنفصل ، حيث أجاز منذ زمن طويل توجيه دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة لأسباب ترجع إلى عدم مشروعية الشروط التعاقدية ذاتها، و المنطق الذي استند عليه المجلس في هذا لنطاق يرتكز على كون مصدري القرار المنفصل قد قدروا و علِموا بعدم مشروعية شروط العقد حين اتخذوا هذه القرارات ، و بناءً عليه ، فقد قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار توقيع أحد العقود لأن الشرط المُتعلق بمدة هذا العقد يُخالف القواعد المنصوص عليها في تقنين عقود الشراء العام[1].

و إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد توصل إلى قبول دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل لأسباب ترجع إلى عدم مشروعية شروط العقد ذاتها ، فإن ذلك يستلزم تحديد نطاق هذا الاجتهاد ، حيث أنه ، لابد من التأكيد على أن القرار لا يُتخذ استنادًا إلى شروط عقدية غير مشروعة ، فالإدارة حين تُصدر قرار إبرام العقد إنما تُصدره مُنصبًا على عقد يتضمن شروطًا غير مشروعة مما يُؤثر على القرار و يعيب محله ، و لكن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها ، لأن مجلس الدولة قد فرق بين الحالة التي تكون فيها الشروط غير مشروعة قابلة للتجزئة عن باقي الشروط المشروعة ، و الحالة التي لا تكون فيها هذه الشروط غير مشروعة كذلك ، و رتب على وجود الحالة الأولى عدم

[1] - C.E,19-12-1996 , Sté Aubettes, A.J.D.A ,1996, p.396.

إلغاء القرار محل الدعوى إلا بمقدار ما ينصب على هذه الشروط غير المشروعة ، و رتب على الحالة الثانية بطلان القرار في كليته[1].

و في رأي الأستاذ Pouyaud فإن قاضي تجاز السلطة عندما يبسط رقابته على القرار المنفصل استنادًا إلى عدم مشروعية بعض شروط العقد ، يُصبح في مركز هجين ، فهو يمارس من جهة صلاحياته المُعتادة كقاضي تجاوز السلطة ، و من جهة أخرى يتحرك فيما وراء هذه السلطات ، و ذلك بمراقبة شرعية العقد ذاته بمقدار ما هو يملك تأثيرات على شرعية القرار المنفصل محل دعوى الإلغاء ، و بالتأكيد فإن قاضي الإلغاء لا يُبطل العقد و يلغيه في هذه الحالة ، بل يبقى العقد في حيز الوجود القانوني ، و لكن كون هذا القاضي لا يُلغي العقد على الرغم من أنه يُقادُ إلى تقدير شرعيته وفقًا لذات الوسائل التي يملكها قاضي العقد ، سوف يؤدي في النهاية إلى تناقض مؤداه أن قاضي تجاوز السلطة لا يمكن أن يراقب مشروعية العقد إذا رُفعت أمامه دعوى ضد العقد ذاته ، في حين أنه يستطيع ذلك إذا أُثيرت أمامه مسألة قرار منفصل عن العقد ، بل لعل الإشكال الأشد يتجلى في ما إذا أُثير قرار منفصل بناءً على شروط غير مشروعة مُدرجة ضمن عقد من عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص ، فالقبول بتناول قاضي تجاوز السلطة لشرط عقد من عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص لتقدير مدى مشروعيتها ، و انعكاس ذلك على القرار المنفصل سوف يُؤدي إلى خرق مبدأ الفصل بين السلطات ، كما سيُؤدي إلى إيجاد تباعدات واسعة ما بين القضاءين العادي و الإداري حول فيما يجب أن يُعتبر شرطًا مخالفًا للنظام العام في عقود القانون الخاص ، و هذا يُنتج امكانية وجود اختلاف في مفهوم النظام العام ذاته في القانون الخاص ، و يرى الأستاذ Pouyaud أن الحل الوحيد للخروج من هذا المأزق القانوني يتجسد في قيام القاضي الإداري في هذه الحالة بتأخير البث في القرار المنفصل عن

[1] - .C.E , 09-07-1943, Chambre syndicales des négociants en Draperie , Rec.p.183.

العقد المدني و يرسل إلى القاضي المدني(قاضي العقد في هذه الحالة) مسألة أولية حول مشروعية شروط هذا العقد و من تم يسحب نتائج ما يُقرره القاضي المدني على القرار المنفصل محل دعوى الإلغاء ، إلا أنه على الرغم من هذا الحل فإن قاضي تجاوز السلطة يبقى مختصًا بتحديد طبيعة العقد و انتماءه إلى القانون الخاص ، و ذلك لا يكون إلا بالتطرق إليه و فحصه ، و هذا يعني أن قاضي الإلغاء لا يمكن أن يكون بمعزل عن عقود الإدارة التي يُطبق القانون الخاص في تنفيذها.

إن كل ذلك يعني بما لا يدع مجالاً لشك ، أن نظرية القرارات المنفصلة في جانب من تقنياتها ، توسع بشكل مُعتبر سلطات قاضي الإلغاء يتعدى على اختصاص القضاة الآخرين: القضاء الكامل و القاضي العادي ، هذا ما دفع الأستاذ Pouyaud إلى الاستنتاج بان الدعوى ضد القرار المنفصل لا تماثل كليًا دعوى تجاوز السلطة العادية.

و على كل حال ، فقد بلغ التطور مع مجلس الدولة الفرنسي حده الأقصى في هذا المجال، فقد أجاز توجيه دعوى إلغاء ضد قرار منفصل نتيجة غياب شرط ضروري في العقد ، كان قد فُرض من جانب المجلس المحلي عندما تداول على إبرامه [1] و يالتأكيد فإن هذا الاتجاه الجديد لمجلس الدولة قد داخل بين مجالي قاضي العقد و قاضي تجاوز السلطة إلى أقصى الحدود ، و بالتالي فإن فكرة توجيه دعوى إلغاء ضد العقد قد بلغت ذروتها مع هذا التوجه.[2]

الفرع الثاني

شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية

[1] * C.E,18-03-1994, S.I.C.T.O.M de l'Oudois, Req N° 138264.

[2]- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري،ص245.،249.

إن رفع دعوى إلغاء ضد قرار إداري منفصل يضم شروط عامة، خاصة بكل القرارت الإدارية و شروط خاصة به .ونعمل في الفقرات الموالية على إثارة الشروط التي لها خصوصية بالنسبة لموضوع .

أولاً: الشروط العامة لرفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

يشترك القرار الإداري المنفصل في هذه الشروط مع القرار الإداري عمومًا كونه قرارًا إداريًا بغض النظر عن انفصاله عن العقد إذا كان هناك وجه للطعن ضد هذا الأخير.

و عليه، فمنها ما هو موضوعي لتعلقه بالقرار محل الطعن، وضرورة توافر مصلحة للطاعن في طعنه، ومنها ما هو إجرائي ويتمثل في شرط التظلم المسبق والالتزام بالطعن في المواعيد المقررة.

1- شرط المحل في دعوى الإلغاء

محل دعوى الإلغاء يكون دائما قرارًا إداريًا وذلك باعتبارها دعوى عينية لا تنظر سوى في ذلك القرار، ومع ذلك فليس كل قرار إداري يصلح لأن يكون محلاً لتلك الدعوى[1].

فمن التعريف الفقهي الذي مفاده أن القرار الإداري تعبير إرادي صادر عن جهة إدارية بالإرادة المنفردة و يحدث آثارًا قانونية للقرار الإداري نستنتج جملة من الخصائص يتميز بها هذا الأخير نشرحها على التوالي.

أ- القرار الإداري تعبير إرادي

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة،بدن طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.ص. 28.

ومؤدى ذلك أنه حتى نكون أمام قرار إداري، يجب أن تُظهر الإدارة لما تبطنه و تخرجه إلى حيز الوجود، أو ما يطلق عليه بالافصاح، لا يعني بالضرورة أن يكن القرار الصادر من جانب الإدارة إيجابيًا أو سلبيًا[1] ، إذ المطلوب هو الافصاح من جانب الإدارة بأي شكل من الأشكال لأن الافصاح أمر وجوبي و ضروري لميلاد القرار الإداري وبغيره أو دونه يستحيل التعرف على عنصر الإرادة. وصور التعبير عن إرادة الإدارة ثلاثة أقسام وهم: القرار الإجابي و الصريح، القرار السلبي و القرار الضمني[2].

ب-القرار الإداري صادر عن جهة إدارية

يفتضي مبدأ الفصل بين السلطات تقسيم المهام والوضائف داخل الدولة الواحدة ،إلى ثلاثة سلطات هي السلطة التشريعية و السلطة القضائية و السلطة التنفيذية، حيث تتولى هذه الأخيرة مباشرة أعمالاً إداريةً تتجلى كثير من صورها في قرارات إدارية صادرة أحيانًا عن أجهزة مركزية أو إدارة محلية أو حتى مرافق مصلحية.

ج-القرار الإداري يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة

إذ كان من اللازم في القرار الإداري أن يكون صادرًا عن جهة إدارية مركزية أو محلية أو مرفقية، فإنه يلزم إضافة لذلك ان يكون صادرًا من جانبها فقط.وهذا القول ليس معناه أن يصدر القرار من فرد واحد وتستفرد جهة إدارية واحدة باتخاذه، بل قد يفرض القانون في حالات معينة ان تشترك الإدارة المصدرة للقرار الإداري إدارات أخرى قبل توقيع القرار، كما لو تعلق الأمر برخصة البناء أو الهدم، فقبل أن يُصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي، ينص القانون على وجوب إحالة الملف إلى جهات حددها المشرع لإبداء الرأي، و لا يتنافى ذلك أبدًا مع الصفة الانفرادية للقرار.[3]

---

[1]-يراجع ما قيل في الفصل الأول ص حيث تم التطرق لهاتين الجزئيتين.

[2]- القرار الضمني ويعتبر كذلك متى توافرت قرائن وظروف ملابسات بما يستدل بها على اتجاه الإدارة في مسألة معيتة.عمار عوابدي، الوسيط في قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص.91.

[3]- عمار عوابدي، الوسيط في قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص.93.

كذلك في المجال التعاقدي،فاللجان المنصوص عليها قانونًا كلجنة فتح الأظرفة أو لجنة التقييم العروض و حتى اللجنة الولائية ، إذا كان المبلغ الإجمالي للصفقة يفوق المبلغ الذي حدده المرسوم الرئاسي 5-247 ، وبالنتيجة مصادقة الأمين العام على الصفقة لا يؤثر في الصفة الإنفرادية للقرار الصادر من الإدارة المبرم للصفقة مع أحد المتنافسين ، كمديرية الأشغال العمومية مثلاً Direction des travaux public.

وبالنظر لهذه الميزة دون غيرها صار بإمكان التمييز بين القرار الإداري الذي يتم دومًا بإرادة منفردة من جانب الإدارة، وبين العقد الإداري الذي يفرض وجود إرادتين متقابلتين وهو ما يُطلق عليه في الفقه بالمعيار الكمي في التمييز بين الأعمال الإدارية.

وأن قيام الإدارة بالأعمال المنفردة في شكل قرارات إدارية، وأحيانًا أخرى بأعمال تعاقدية في شكل صفقات عامة، لا يعني بالضرورة استقلال وانفصال العمل-كما سبق التوضيح في المثال خاص بالمجال التعاقدي-إذ قد يحدث المزج بين العملين بمناسبة أداء وظيفة واحدة أو عملية واحدة-وهو ما يطلق عليه بالعملية المركبة- أو الأعمال الإدارية المختلطة، وهي مجموعة من الأعمال التي تنطوي على نوعين من النصوص أحدهما تعاقدي والآخر لائحي و مثال ذلك عقد الامتياز فهو يتضمن شروطًا مختلفة هي:

-شروط لائحية: وهي التي تضعها جهة الإدارة بإرادتها المنفردة وتتضمن شروطًا عامة للتعاقد يلزم المتعاقد بتنفيذها رغم عدم مشاركته في وضعها، ويحق للإدارة تعديلها بموجب مقتضيات المصلحة العامة،و بإرادتها المنفردة .

-شروط تعاقدية: ويتضمنها عقد الامتياز ذاته، كالأحكام المالية وحقوق الطرفين.[1]

[1]- عمار بوضياف، نفس المرجع، ص. 94.

فمن خلال تقسيم العقد عامةً و الصفقة العامة خاصةً، إلى قرارات صادرة من جانب واحد أي من جانب الإدارة و قرارات صادرة بتوافق الإرادتين، نستطيع استنتاج أن هناك قرارات يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء لصدورها من جانب واحد، ولقابليتها للانفصال عن العقد أو على العملية المركبة بصفة عامة،إذا ما كانت مشروعيتها منازع فيها، مثل عدم احترام العلانية عند الإعلان عن الصفقة، وبالمقابل هناك قرارات غير قابلة للطعن بالإلغاء لطابعها التعاقدي و لخضوعها لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وبالتالي عدم قابليتها للانفصال، وبالنتيجة تخضع لقاضي العقد أو للقضاء الكامل.

إلا أن مبدأ عدم قابلية الطعن ضد العقد في مرحلة الإبرام، عرف استثنأين في فرنسا؛ الأول، متمثل في القانون المؤرخ في 02 مارس ،1982 الذي يسمح للمحافظ بتقديم للمحكمة الإدارية عقدًا إداريًا مُبرمًا من طرف جماعة محلية وللطعن في مشروعيته، وبالنتيجة الطعن في العقد بالإلغاء لتجاوز السلطة في قضية Commune de saint marie [1] ، الذي قد يُؤدي حتى إلى إلغاءه بكامله من طرف قاضي الإلغاء وقضية COREP des hauts-de-saine C/ OPHLM de Malakoff ،[2]

أما الاستثناء الثاني متمثل في الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Ville de lisieux[3] والتي قبل فيها الطعن بتجاوز السلطة ضد عقود توظيف الأعوان العموميين، مما أدى بمجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بدون تردد مثل القرارات الصادرة قبل إبرام هذا الأخير،كقرارات إبرام العقد أو الامتناع عن ذلك ، قرار المصادقة على إبرام العقد ،وبالنتيجة فتح المجال للأطراف للطعن بتجاوز السلطة ضد العقد،مثل قضية commune de Corre[4]، ثم لغير الأجنبي على العقد بالطعن كذلك بتجاوز السلطة،

[1] - CE, Sect., 26 juillet 1991, Commune de saint marie
[2] - CE.02 Novembre 1988
[3]- CE, Sect.,30 octobre 1998, ville de lisieux.
[4] - CE.11 Décembre 1903 Commune de Gorre.

مثل قضية Martin[1] . وسنعود للتفصيل فيما تقدم عند التطرق للصفقة العمومية في مراحلها.[2]

د- القرار الإداري يُحدث آثار قانونية

تكتمل عناصر القرار الإداري إذا صدر العمل من جانب الإدارة انفراديًا وأرادت من خلاله إحداث أثر قانوني[3] وعليه فالقرارات التي تكون محل للطعن بدعوى الإلغاء، هي القرارت التي تؤثر في المراكز القانونية، أي تؤثر على حقوق وواجبات المخاطبين بها[4].

فهذا الأثر هو الذي يتمم بنيان القرار الإداري ولولاه لما لجأ المعني بالقرار للطعن فيه، ودونه لا يستطيع القاضي الإداري مراقبة أعمال الإدارة.فيفترض هنا أن المركز القانوني للمعني أو المعنيين بالقرار قد تمت زعزعته و التأثير عليه، إذ دون هذا التأثير لا يملك رافع الدعوى مسوغًا لمساءلة الإدارة قضائيًا، ولا يملك القاضي أي سلطة لراقبها .

ولا يشترط أن يتعلق القرار بفرد ذاته، بل قد يخص القرار مجموعة من الأشخاص ، كما لا يشترط أن يتقدم الطاعن في القرار بطعن لكل محتويات القرار الإداري، بل قد تقتصر دعواه على المطالبة بإلغاء جزء من القرار دون الآخر؛ مثل قرار منشئ كقرار التعيين في وظيفة معينة، أو يحمل القرار طابع التعديل كترقية شخص من صنف وظيفي إلى آخر، وقد يحمل القرار طابع الإلغاء كما لو أصدرت الإدارة قرار فصل موظف عن الوظيفة.

---

[1] - CE.04 Aout 1905 Martin.

[2]- Remy Shwartz, Myriam Kaczmarek, La procédure contentieuse devant les juridictions administratifs, La gazette, des communes-des département- des régions, Référence Territoriale, avri 2004 .p. 214,215.

[3]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.94.

[4] - Remy Shwartz, Myriam Kaczmarek , op,cites.p.215.

ولقد أخرج القضاء الفرنسي من دائرة الأعمال القانونية الخاضعة لدعوى الإلغاء ، الأعمال الصادرة عن جهة إدارية بمناسبة الرد على استفسارات مطرحة ، كما لو تعلق الأمر بسؤال مكتوب أو شفوي موجه من أحد البرلمانيين لعضو الحكومة؛ كذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد ندوة صحفية منشورة بمثابة قرار نهائي، وتجلى ذلك في قرار مجلس الدولة بتاريخ 31 مارس 2004 القضية رقم 2546337 و رقم 225240 رقم 255383.

كما أخرج القضاء الفرنسي من دائرة الأعمال الخاضعة للرقابة القضائية بعنوان دعوى الإلغاء ، الأعمال النموذجية كأن يلزم وزير معين مختلف الهيئات التابعة له بنموذج موحد من العقود[1]؛كذلك أخرج المجلس الآراء الصادرة عن الإدارة بمناسبة إلقاء خطب ضمّنتها وجهة نظرها ، كذلك لا يمكن اعتبار الأعمال التحضيرية قرارات نهائية لأنها لم تكتمل بعد وبالتالي لا يمكن المطالبة بإلغائها

كذلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة ذات الطابع المادي أو ما اصطلح عليها بالأعمال المادية للإدارة،بنوعيها الإرادية وغير الإرادية ؛ كذلك لا يمكن اعتبار الأعمال الصادرة عن الإدارة خطأ، كالأعمال التي تسبب لها المسؤولية التقصيرية من قبيل القرارات الإدارية، والدليل أن أغلب التشريعات اعتبرت الأضرار الناجمة عن المراكب التابعة للإدارة بسبب حادث مرور من قبيل المنازعات العادية تعود للاختصاص القاضي العادي.وهو ما أشارت إليه المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008[2]

زد على ذلك، التمنيات والآراء وذلك في قضية Mme Mazel لمجلس الدولة الفرنسي[3]،كذلك المنشورات التي لها طابع توجيهي تفسيري لا تستطيع أن تكون محل

[1] - CE.22 Mai 1981, FDSEA de la Martinique.

[2]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.98.

[3] -CE.20 Octobre2002.

طعن أمام قاضي الإلغاء، أمّا المنشورات التي لها طابع آمر، فهي منشورات تنظيمية تؤثر على المراكز القانونية للمعنيين، وهذه التفرقة تعود للاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Institution Notre deme de Kreisker[1]، وكذلك لقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية حيث أنشأ معيار للفصل في المنشورات من حيث قابليته للطعن بالإلغاء وهو الطابع الآمر لمضمونه.

بالإضافة للنظام الداخلي للإدارة هو الآخر لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء ، وأخيرًا إجراءات تنظيم مصلحة معينة داخل للإدارة.[2]

فهي إذًا بعض القرارات التي ذكرت على سبيل المثال والتي لا يمكن أن تكون محل طعن بالإلغاء، ذلك لعدم تأثيرها في المراكز القانونية للمعنيين و عدم حيازتها على الطابع النهائي، وهذا عكس القرار الإداري المنفصل و الذي يكون قائم بذاته و مؤثرًا على وضعية المعنيين.

هـ-صدور القرار نهائي:

حتى يكتسب القرار صفة النهائية فإنه يتعين أن يكون الإجراء الأخير الصادر في الموضوع ، حيث يُنفذ دون حاجة إلى صدور قرار آخر تصدر سلطة أعلى.

ومن ثم فإن نهائية القرار الإداري يحددها الأثر المتولد عنه ، فإذا كان هذا الأثر من الجائز ترتيبه في الحال دون الانتظار لإجراء آخر ، كان القرار نهائي ، أمّا إذا توقف ترتيب هذا الأثر على إجراء لاحق يتعين إتيانه حتى يكون القرار نافذ الأثر كالتصديق من جهة محددة قانونًا ، حيث يُعدُّ مجرّد اقتراح بإصدار قرار إداري أو التمهيد له ،وبالتالي هو إجراء فاقد للطابع النهائي ومن ثم لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء.

[1] - CE, Ass,29 Janvier,1954.
[2] - Remy Shwartz, Myriam Kaczmarek , O.P.cite.p.215,216.

أما في مجال العقود الإدارية ، يمكننا استبعاد القرارات غير الباتة من دائرة هذه الدعوى مثل : اجراءات الإعلان عن المناقصة.

أما عن القضاء المصري و تطبيقًا لعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات غير النهائية ، فقد قضى برفض الطعن ضد قرار لا زال تحقيق أثره يحتاج إلى تصديق من سلطة معينة ، تأسيسًا على إقامة تلك الدعوى قبل الأوان[1]. [2]

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه(... اعتبار القرار الإداري في هذه الحالة نهائيًا ، لأن مجلس النقابة هو المختص دون سواه بالنظر في هذا الأمر، فهو قرار نهائي في التدرج الرئاسي ، وللقرار الإداري فضلاً عن ذلك ، أثره القانوني بالنسبة إلى المُحالين إلى المحكمة ،وبالنسبة إلى الهيئة المختصة بمحاكمتهم تأديبيًا ، ذلك أن الدعوى تُنقل بمجرد صدور القرار من مرحلة التحقيق إلى المحكمة ، وهذا هو وجه النهائية في القرار المطعون فيه ، و يترتب على ذلك الطعن فيه بدعوى الإلغاء مستقلاً عن الحكم التأديبي النهائي .) [3]

أما في مجال الصفقة العمومية ،فالقرارات الإدارية الفاقدة لطابع النهائي فكثيرة ، فذلك لكثرة الاجراءات والقرارات للتمكن من نشر الصفقة و اختيار المتنافس الأفضل وكذا إبرام الصفقة إلى غاية التنفيذ. فكل هذه المراحل تجبر الإدارة على التدخل بعدّة قرارات مختلفة بطبيعتها.

ج- خروج القرار عن المشروعية

[1]- المحكمة الإدارية العليا، جلسة 30-12-1983.

[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية-القرارات و العقود الإدارية- في الفقه وقضاء مجلس الدولة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،مصر.ص.29.

[3]- أوردته رشا عبد الرزاق جاسم،بحث حول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق.ص.06.

لقبول دعوى الإلغاء بالنسبة للقرارات المنفصلة والمتصلة بالعملية التعاقدية،ينبغي أن يكون هذا القرار مشوبًا بأحد عيوب عدم المشروعية، المتمثلة في عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة.

2- شروط متعلقة بأطراف الدعوى

أ- شرط المصلحة

تُمثِّل المصلحة في دعوى الإلغاء ، بصفة عامة قيدًا على إقامتها ، يتعين احترامها لضمان جدية الادِّعاء ، و حتى لا ينشغل القضاء بما لا طائل من ورائه.

و للمصلحة في دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى عينية تختصم قرارًا إداريًا، مفهوم أوسع نطاق عن نظيرتها في الدعوى العادية ، ففي حين يشترط لقيام المصلحة في الدعاوى المدنية أن يكون للمدعي حق اعتدى عليه أو مهدَّدًا بهذا الاعتداء ، فإنه في دعوى الإلغاء يكفي لتوفر المصلحة لإقامتها، أن يكون صاحب الشأن في حالة قانونية خاصة متأثرة بالقرار المطعون فيه، ويُبرر هذا التوسع في مفهوم المصلحة،أن هدف دعوى الإلغاء هو حماية المصلحة العامة من خلال الرقابة على أعمال الإدارة و التأكيد على احترامها لقاعد المشروعية.

و إعمالاً لهذا الشرط فلا تقبل دعوى الإلغاء ضد قرار منفصل، إذا لم يكن للطاعن مصلحة شخصية مباشرة ومشروعة في إلغائه.[1]

و كما سبق الذكر فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يكن قي بداية الأمر يقبل فصل القرارات التي تصدرها جهة الإدارة و التي تدخل في مرحلة تنفيذ العقد أيًا كانت صفة

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.30.

الطاعن استنادًا لفكرة الدعوى الموازية ، حيث يملك المتعاقد مع الإدارة دعوى القضاء الكامل ، و كذلك استنادًا إلى نسبية أثر العقد أي اقتصار أثاره على أطرافه دون غيرهم.

إلا أنه مسايرةُ لقواعد العدالة و الانصاف ، اضطر مجلس الدولة الفرنسي إلى إلى تغيير هذا الموقف ، إذا كان للمتعاقد و الغير مصلحة شخصية في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد.[1]

ولكن عندما نتحدث عن المصلحة في المجال التعاقدي ، يجب التفرقة ما بين المتعاقدين والأغيار و –هذا لا يعني إلا القرار الإداري المنفصل– هذا كالتالي:

أ / 1 : المتعاقدين

يذهب معظم الفقهاء إلى القول أنه ليس أمام المتعاقد مع الإدارة إلا سبيل واحد هو قاضي العقد ، و الذي يحسم بمقتضى سلطته جميع المنازعات المتعلقة بالعقد ، فإذا حاول المتعاقد طرق باب قضاء الإلغاء ، فسوف يواجه بالدفع المبني على فكرة الدعوى الموازية.

و يقول الأستاذ DE LAUBADER (أن قضاء المجلس لا يؤيد هذا الرأي ، ذلك لأنه سمح للمتعاقد بأن يطعن في القرار المنفصل بدعوى الإلغاء)كما يقول (لقد كان جليًا قبول الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة قبل أن يكون مقبولاً من الغير ، و أن صفة الطاعن لم تكن عائقًا لقبول الدعوى)[2]

أما عن مفوض الحكومة الفرنسية Mosset أنه يوجد اختلاف كامل بين مركز المتعاقدين في هذا المجال، و إذا كان يجب قبول دعوى تجاوز السلطة من هؤلاء الأولين ، فإنها يجب أن لا تقبل من المتعاقدين، لأنهم يحوزون دعوى موازية امام

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص. 222.
[2]. جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.221.

قاضي العقد كما أن إثارة الدعوى أمام القضاء الكامل و بغض النظر عن فكرة الدعوى الموازية، أجدى بالنسبة للمتعاقدين من قضاء الإلغاء، لأنهم لو حصلوا على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل، يتعين عليهم بعد ذلك التوجه إلى قاضي العقد ليرتبوا بطلان العقد استنادًا إلى نتائج الإلغاء، وبالفعل فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه، ورفض في عدد من أحكامه طلبات الإلغاء الموجهة ضد القرار المنفصل عن العقد إذا صدرت عن المتعاقدين[1] بيد أن هذا التوجه كان محدودًا وزال بسرعة، بسبب تحول دعوى الإلغاء إلى دعوى القانون العام و زوال الطبيعة الاحتياطية عنها، وبحكم قبولها ضد قرار معين يجب أن يتوقف على طبيعة المدعين ، مع العلم أن الأحكام الأولى التي قبل فيها مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء ضد قرار منفصل ، كانت الدعوى فيها قد أُثيرت من طرف المتعاقدين ، وبالتالي فقد استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على قبول الطعن من المتعاقدين بشرط وجود المصلحة في الدعوى، فالمتعاقد ليس له مصلحة–على سبيل المثال– في الطعن بقرار إرساء مناقصة استفاد منها، حتى لو نكل عن تنفيذ العقد بعد ذلك، وفي ذلك يقول الأستاذ JEZZ (... إن العارض الذي رست علية المناقصة لا يمكن ان يطلب إلغاء قرار الارساء ، لأن هذا القرار لم يهدر له حقًا، بالتالي فلا مصلحة له ولا صفة...)[2]

اما في مصر فيرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي " أن التجاء المتعاقد إلى دعوى الإلغاء لطلب إلغاء القرارات المنفصلة التي ساهمت في تكوين العقد ، لا يكون للمتعاقد مصلحة في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء حتى لو صرفنا النظر عن فكرة الطعن الموازي و التي نرى لا محل لها في مصر ..."

[1] - CE.6-5- 1955, Société des grands travaux de marseille, A.J.D.A.1955,p.327.

[2]- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري،ص249..

أما الأستاذ جمال عباس عثمان و برده على الرأي المذكور أعلاه، فيرى أن[1]" إذا كان للأستاذ الدكتور سليمان الطماوي صدق و صحة في وجهة نظره فإننا نرى أن هناك باب مازال مفتوحًا أمام المتعاقد لالتجاء إلى قضاء الإلغاء، و ذلك إذا ما أصدرت الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى أي ليس بصفتها متعاقدة ، فحينئذٍ للمتعاقد أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة، و هذه القرارات لن تكون ذات علاقة مباشرة بالعقد.

و من أوضح الأمثلة على ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، أن تُصدر الإدارة بناءًا على سلطات البوليس ، قرارات إدارية يكون لها أثرها على المتعاقد ، فلو أن الإدارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الأخر في العقد ، و بناءًا على حقها في التدخل و الاشراف على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ، يتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء إذا استندت الإدارة في إصدار قراراتها إلى صفة أخرى ، فلا سبيل للطعن في هذه الحالة إلا عن طريق دعوى الإلغاء".

و يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي وضع أساس التفرقة بين حالة التجاء المتعاقد إلى قاضي العقد. و حالة التجائه إلى قاضي الإلغاء ، و ذلك في حكمه الشهير الصادر في 16 من ديسمبر سنة 1907 في قضية Grandes Campanir ، حيث فرق مفوض الحكومة الفرنسية في هذا الصدد بين حالتين، حالة صدور القرارات الإدارية استنادًا إلى الشروط الواردة في دفاتر الشروط ، و حينئذٍ يتعين على الشركات المتعاقدة و الطرف الأخر في الدعوى أن يطرق باب القضاء الكامل أمام قاضي العقد المختص.

أما إذا كانت القرارات المطعون فيها استنادًا إلى القوانين و اللوائح ، فإن لتلك الشركات أن تلجأ إلى قضاء الإلغاء للطعن في مشروعية قرارات الإدارة ، و بغض النظر عن العقد و أحكامه.

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.226,

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أحيا بعد ذلك فكرة الدعوى الموازية ، و استند إليها في رفض طعون الإلغاء المقدمة من المتعاقد لأنه يملك دعوى العقد ، و كان هذا الطعن بطلب إلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة ، على أساس أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يُعتبر بالنسبة للمتعاقد قرارًا منفصلاً عن العقد و بالتالي يكون قاضي العقد هو المختص.

و قد أُتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تعالج هذا الموضوع بطريقة مماثلة ، حيث قضت في حكمها الصادر في 27 من يناير 1957 في القضية رقم 167 لسنة 11 ق ما يلي :" فإذا كان الإلغاء (إلغاء العقد) مستندًا إلى نص القانون فقط ، و بالتطبيق لأحكامه ، كان القرار الصادر بالإلغاء قراراً إداريًا يُطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ، و يدخل في نطاقه ، و يرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية ، أما إذا كان إلغاء العقد مُستندًا لإلى نصوص العقد نفسه و تنفيذًا له ، فإن المنازعة بشأنه تكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس ولايته الكاملة. [1]

و يؤكد الفقه المصري القول السابق ، و يعترف للمتعاقد بإمكان الالتجاء إلى قضاء الإلغاء للطهن في القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بصفة أخرى ، فيرى أن المتعاقد إذا كان لهذه القرارات تأثير بصفة غير مباشرة على العملية التعاقدية ، كإلغاء العقد مثلاً ، و حسب ما إذا كان القرار نخالف لنص قانوني فقط ، و بالتطبيق لأحكامه كان من القرارات الإدارية التي يطعن فيها بدعوى الإلغاء و يدخل في نطاقها ، أما إذا كان قرار الإلغاء تنفيذًا للعقد ، و استنادًا إلى نصوصه ، فهو من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الإلغاء بل في نطاق القضاء الكامل.[2]

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.226,
[2]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.226,

و يشاطره الرأي الأستاذ ميلود بوطريكي ، الذي يرى بأنه ، لا يمكن تفسير اختصاص قاضي الإلغاء بالنسبة للقرارات المنفصلة بطبيعتها عن القضاء الكامل بواسطة شل اختصاص القضاء الكامل إلى وجود اختصاص منافس لقاضي الإلغاء بل يرجع فقط الاختصاص الاستثناري لقاضي تجاوز السلطة ، كذلك فيما يخص القرارات غير المنفصلة فلا يمكن أن نفسر عدم قبول دعوى الإلغاء ضدها بفكرة أن اختصاص قاضي الإلغاء سيشل بعدم القبول،و يرجع لاختصاص القضاء الكامل ولكن يرجع فقط لاختصاص الإستثناري لهذا الأخير.[1]

أ/ 2 : الأغيار

بادئً ذي بدء ينبغي أن نحدد من هو الغير في العقد الإداري،فهو كل شخص ،طبيعيًا كان أم معنويًا ، أجنبي عن العقد. إذن هو من لم يكن طرفًا في العقد الإداري، ولكن انصرف آثار هذا الأخير عليه، إما بإنشاء حقوق أو ترتيب التزامات.

ومن المتعارف عليه أن عقود القانون الخاص يحكمها مبدأ نسبية آثار العقد،أي آثار هذا الأخير لا تعود إلا على الأطرافه، فما شأن عقود القانون العام؟

إن المسألة أثارت جدلاً، وكذا مدى تطبيق قواعد القانون الخاص على عقود القانون العام، بما فيها قاعدة نسبية آثار العقد، فانقسم الفقه إلى اتجاهين:

- الأول يرى بتطبيق مبدأ نسبية أثار العقد على عقود الإدارة، و طبقًا لهذه النظرية، فإن آثار العقد لا يُمكن أن تنصرف إلى غير أطراف العقد، بمعني الحقوق و التزامات الناجمة من العقد لا تنصرف للأجنبي عن العقد.
- أما الإتجاه الثاني و الذي يقوده الأستاذ (بيكينو) فيرى بأن العقود الإدارية تخرج على مبدأ نسبية آثار العقد،وأن آثار العقد بما ترتبه من حقوق و واجبات ، يمكن

[1] ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، ص. 50.

أن تشمل الأطراف الأجنبية الخارجة عن العقد ،وحجتهم في ذلك أن العقود التي تُبرمها الإدارة يغلب عليها طابع تحقيق المنفعة العامة ،و مما يترتب عليه حقوق لجميع المواطنين ،و أحيانًا ترتيب التزامات على جميع أفراد الدولة.

– أما الرأي الراجح ،وهو استبعاد تطبيق مبدأ نسبية أثر العقد على العقود الإدارية ولكن القول بهذا يجب ان لا يُؤخذ على إطلاقه ،إنما ينبغي أن يكون على سبيل الاستثناء ،بمعنى يجب ان تكون القاعدة التي تحكم العقود الإدارية هي مبدأ نسبية أثر العقد مع جواز الاستثناء لدواعي المصلحة العامة التي تعمل على تحقيقها هذه العقود الإدارية.

و يمكن للغير الأجنبي عن العقد ان يكون شخص معنوي ،وهي كل جهة منحها القانون الشخصية المعنوية ، ورتب لها ذمة مالية مُستقلة. [1]

إذن هو كل شخص معنوي خارج عن العقد الإداري،انصرفت إليه آثار العقد فرتبت له حقوقًا و أوجبت عليه التزامات. فالعقد الإداري بطبيعة الحال تروم منه الدولة غالبًا تحقيق المنفعة العامة، و لا يتصور من الناحية العملية، أن تتعاقد الدولة مع كل فرد من أفرادها، لكي تُحقق هذه المنفعة إنما يُمكن لها أن ذلك عن طريق إبرام عقد إداري مع شخص معنوي معين تُلزمه من خلاله توفير حقوق لمجموع أفراد الدولة ،ومنه يُمكن أن تنبثق التزامات اتجاه الكل، كما لو تعاقد الشخص المعنوي مع الدولة مع احتكار إنتاج سلعة معينة، فهنا يترتب التزام على مجموع كل أفراد الدولة طبيعية كانت أم معنوية الامتناع عن إنتاج هذه السلعة.[2]

إذن يقصد بالغير في هذا المجال ، الخارجين عن العقد ، فهم كل من عدا الطرفين ، و لهم مصلحة جادة و مشروعة في إلغاء القرار المنفصل عن العملية

[1]- فراس مؤيد أحمد، غير في العقد الإداري، مجلة كلية الأدب، العدد 97، العراق.ص. 634.633.
[2]- فراس مؤيد أحمد، غير في العقد الإداري، مجلة كلية الأدب، العدد 97، العراق.ص. 634.633.

التعاقدية التي يقوم بها الإدارة. وقد استقر الفقه و القضاء الإداري في الإداري في فرنسا و مصر ، على قبول الطعن بالإلغاء المقدم من غير ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود الإدارة – بصفة عامة– وذلك منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية MARTIN و تطبيقًا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

و يرجع ذلك إلى أن حرمان غير من الالتجاء إلى دعوى تجاوز السلطة فيه إنكار للعدالة ، نظرًا لعدم وجود سبيل آخر لهذا غير للدفاع عن حقوقه ، التي أدى العقد إلى المساس بها ، فهو يستطيع قانونًا الطعن بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد ، لكونه من غير أطراف العقد.[1]

و هؤلاء يتحدد الإطار العام لمصلحتهم في رفع دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل من خلال الاشتراك في اجراء المطروح La participation à la procédure على هذا الأساس فإنه لا تُقبل الدعوى بسبب انعدام المصلحة من المتعهدين الذين لم يشتركوا في الإجراء(من مناقصة أو طلب عروض أو ممارسة) حتى لو دفعوا بمصلحتهم المحتملة فيما لو أن العقد قد أُبرم بشكل مشروع[2] كذلك بالنسبة للمتعهدين الذين استبعدوا بشكل مشروع، اما الذين استبعدوا دون وجه حق، فإن لهم مصلحة ومن ثم صفة لإثارة الدعوى وكذلك لا تُقبل الدعوى ضد القرار المنفصل من جانب المتعاقدين من الباطن، لأن هؤلاء لا علاقة لهم بإجراءات العقد الأصلي المُبرم مع المتعاقدين الأصليين ، وقد أجاز مجلس الدولة حديثًا دعوى المرشح الذي قدّم ترشيحه–في إجراء مقيد[3] – و لكنه لم يُقدم عرضه بعد قبول هذا الترشيح candidature من الإدارة المعنية ، مُحتجًا بوجود مخالفات قانونية تعيب الإجراء

[1]- محمد السناري ، المرجع السابق ، ص. 25 و 168.26

[2]-CE,22-6-1906,Société Française de navigation,Rec,p1044.

[3]- المناقصة المحدودة، طلب العروض المحدود، الممارسة المحددة

المطروح ،[1] أي يُقدم المتعهد للاشتراك في اجراءات العقد ، و قبول هذا الترشيح من طرف الإدارة ، ثم الامتناع عن تقديم العرض لأسباب ترجع إلى مخالفات قانونية مرتكبة في إجراء التعاقد.

ولكن هل يُؤدي الامتناع عن المشاركة في الاجراءات بشكل مطلق إلى عدم وجود الأهلية والصفة لإثارة دعوى الإلغاء ضد أحد القرارات المنفصلة ؟ ، الجواب لابد أن يكون بالإيجاب، إلا أنه توجد حالة واحدة تُقبل فيها دعوى الإلغاء من جانب مُدعي لم يشترك إطلاقًا في الإجراءات، وذلك حين يُعبر عن قصده بالاشتراك ولكن يستحيل عليه ذلك بسبب أوجه الأمشروعية المرتكبة في عملية التعبير عن الإرادة[2]، ومعنى ذلك أنه يجب توافر عنصرين من أجل تحقق هذه الحالة:

- وجود قصد ثابث بالاشتراك

وهذا الشرط ضروري، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي دعوى إلغاء موجه ضد قرار ناجم عن مداولة المجلس العام بالتعاقد مع شركةR.C.I.M لأن الشركة المدعية لم تُعبر عن نيتها بالاشتراك في الإجراءات التعاقدية، ممّا ينفي كل مصلحة لها في الدعى ضد القرار المذكور[3] وهذا القصد المُسبق يجب أن يكون ثابتًا Persistante ، بمعنى أن المدعي يجب أن لا يتخلى عن نيته في الاشتراك في المنافسة ، على الرغم من وجود مُخالفة مُقترفة من جانب الإدارة في معرض تسييرها للإ جراءات[4].

- المنع من الاشتراك: Empêchement de concourir

[1] - CE,-6-12-1995 ; département de l'Averyront, de Cauk,A.J.D.A,1996, p.161 et 159. Chro, Stahl.J. h ,chavaux.D.

[2] - CE.22-3-1996,Mme Paris et Mme Roignot,A.J.D.A,1996,p.363.

[3] -CE.6-6-1997,Sté études réalisations Techniques. S.I Solations.

[4]- CE. 19-02-1996,Sté Aubette, A.J.D.A, 1996, p.392.coclu,Frattaci. S.

إذ يجب أن يصدر من الإدارة إجراء أو تصرف يُؤدي إلى استحالة اشتراك المدعي في إجراءات التعاقد، وقد يكون هذا الاجراء متمثلاً في قصور في الاعلان، أو في تعديل خاطئ لدفتر الشروط، أدى إلى منع اشتراك المُدعي، لأن شروط و مواصفات الأداء لم تعد تنطبق على عرضه.[1]

أ/3 : وجود أشخاص آخرين لهم مصلحة في الدعوى غير المتعاقدين و غير المشتركين في الاجراء

وهم يملكون مثل هذه المصلحة، رغم أنهم غُرباء كُليًا عن العملية التعاقدية، و ذلك بحكم القانون:

1. صفة التجمع المهني: Qualité de groupement professionnel

يمكن للتجمعات المهنية أن تثير دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة ، إذا كانت تُؤثر على المصلحة الجماعية لأعضائها ، وليس بإمكانها ذلك إذا كان القرار المنفصل يُؤثر على مصلحة أحد الأعضاء دون أن يُؤثر على المصلحة الجماعية لكل المنتسبين إليها، ولكن هذا لا يحول دون إمكانية تدخلها في دعوى مُثارة من جانب عضو فيها ضد قرار منفصل، تدعيمًا لموقف هذا الأخير.

2. صفة العضو في سلطة التقرير:

Qualité de membre d'un organe délibérant

وفقًا لما هو مستقر عليه في فرنسا ، يحق للعض في لجنة التقرير(المجالس المحلية ، مجالس إدارات المؤسسات العامة)، أن يُثير دعوى الإلغاء ضد كل قرار

[1] - CE. 19-02-1996,Sté Aubette, O.P.cité

صادر عن المُداولات التي تقوم بها المجالس التي يكون عضوًا فيها ، ومن قبيلها تلك القرارات التي تتضمن إبرام عقد مُحدد[1].

3. صفة المُكلف المحلي:(يقصد به المكلف المساهم بدفع الضرائب) Qualité du contribuable locale

وهذا المُكلف يستطيع أن يُثير الدعوى ضد القرار المنفصل باللجوء إلى أحد الطريقتين:

- باسمه الشخصي:

حيث يمكن للمُكلف أن يتصرف برفع بدعوى باسمه الشخصي طالما أن الاجراء المُتبع من طرف الجماعة المحلية من أجل إبرام عقد ما ، من شأنه أن يزيد من اعباء هذه الجماعة ، و لكن ذلك لا ينطبق إلا على المُكلف المحلي دن المُكلف الوطني ، و قد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن صفة المُكلف المحلي يُمكن أن تُثار في الاستثناء ما دام المُدعي يستند إلى عناصر تُدعم ادعاءه.

- باسم البلدية:

من تقاليد القانون العام الفرنسي ، أنه يحق لكل مُكلف أن يُمارس دور البلدية في التقاضي إدعاءًا أو دفاعًا ، و ذلك على نفقته مسؤوليته ، بالنسبة لكل الدعاوى التي يُقدر أنها تتعلق بالبلدية ، لكن يُلاحظ أن إجراءات الدعوى تتسم بالتعقيد و بالطول وبالتكلفة في هذه الحالة ، حيث أن المُكلف يلتزم أولاً بأن يطلب من البلدية ان تُثير دعواه أمام القضاء المُختص ، وهو لا يُمكن أن يتصرف بدلاً منها إلاٌ قي حالة رفض اللجوء إلى القضاء أو إهماله من جانبها[2]، ولكن ذلك ليس نهاية الإجراءات ، حيث

[1] -CE.22-03-1996,Mme Paris et Roignot, O.P cité.

[2]- فقد قضى مجلس الدولة ان طلب الترخيص بالخصومة لا يمكن ان يُقدم إلا بعد ان ترفض البلدية صراحةً أو ضمنًا إثارة الحكومة امام القاضي المُختص: CE, 25-01-1993, Ville de paris-C- Quemar, J. C.P,1994 IV ,p.877.

يجب ان يطلب من المحكمة الإدارية (التي تقع في دائرتها البلدية صاحبت العلاقة) ترخيصًا بممارسة المدعى بدلاً من البلدية[1] و يتحقق القاضي عندئذٍ من –ودون أن يُخل بمهام قاضي الدعوى محل الطلب – من أسانيد المُكلف، و من أن الدعوى محل الطعن تُقدم مصلحة كافية بالنسبة للبلدية ، و انها تملك حظًا من النجاح ، ودون شك فإن مُكنة التقاضي باسم البلدية تنصرف إلى التقاضي أمام القاضي الإداري و القاضي المدني على حد سواء ، و تشمل في إمكان توجيه دعوى تجاوز السلطة ضد القرار المُنفصل عن عقد تُبرمه البلدية بعد استنفاد الإجراءات المشار إليها أعلاه.[2]

و مما نستطيع استخلاصه في هذا الشأن، إن طعون المتعاقدين مع الإدارة تأخذ إحدى صورتين:

–إما أن العمل منفصل Détachable ، و من ثم يكون الطعن مقبولاً من كل ذوي الشأن ، المتعادين و الغير ، دون الاعتراض من طرف الإدارة بالدفع الموازي.

–و إما أن لا يكون العمل ليس منفصل Rattachable، و لا يوجد حينئذٍ لدى الأطراف إلا قاضي العقد ، و غير يُستبعد في هذه الحالة ، و يرى الأستاذ Concl ،

ومفوض الدولة الفرنسي Mosset ، و كذلك الأستاذ سليمان الطماوي " أنه وجوب التفرقة بين مركز المتعاقد مع الإدارة في خصوص الطعن لتجاوز السلطة في القرارات المنفصلة في العملية التعاقدية ، و ذهب إلى عدم قبول الطعن المقدم من المتعاقد بأسلوب تجاوز السلطة و قصر هذا الأسلوب على غير الذي ليس له إلا هذه الدعوى ، أما المتعاقد فله دعوى القضاء الكامل.

[1]- في حالة إلغاء مجلس الدولة للترخيص بحق التقاضي باسم البلدية عند الطعن فيه، فإنه يحق للمُكلف أن يقصد باب نفس المحكمة طالبًا ترخيصًا جديدًا بالتقاضي بدلاً من البلدية: CE, 25-01-1993, Ville de paris-C- Quemar,O,P cité

[2]- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق،ص.250 إلى255.

–اما الأستاذ جمال عباس عثمان فيؤيد الاتجاه الذي يعطي كل من المتعاقدين و غير الحق في الطعن بأسلوب تجاوز السلطة ضد قرار الإدارة غير المشروع ، الذي يساهم في تكوين العقد ، و في هذه الحالة تتغير صفة الإدارة كمتعاقدة و يكون المتعاقد كسائر الأفراد، يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة ، و كان القرار المطلوب إلغاءه غير مشروع ، و أحسن مثال على ذلك ، إذا ما أصدرت الإدارة قرارات بناءًا على ما لها من سلطة للمحافظة على النظام العام (الصحة العامة ، السكينة العامة ، الأمن العام) و كان لهذه القرارات تأثير على المتعاقد.

و من جهة أخرى ، فإن قصر حق الطعن بالإلغاء على غير دون المتعاقد يجعل هذا الأخير في وضع سيء ، و يلاحظ أن التمسك بالدعوى الموازية لحرمان المتعاقد من الالتجاء إلى قاضي الإلغاء ليس في محله ، لأن قاضي العقد لا يملك إلغاء القرار الإداري الصادر ك الإنهاء الانفرادي للعقد للمصلحة العامة أو توقيع الجزاءات الضاغطة ، حيث تنحصر سلطته فقط في بحث عنصر التعويض عن الأضرار التي تصيبه مدى اتسم القرار بعدم المشروعية.[1]

أما فيما يخص القرارات المنفصلة عن المناقصات[2] و المزايدات (الصفقات العمومية بصفة عامة) ، فهل يُؤخذ عند الطعن فيها بصفة الطاعن أي المعيار الذاتي ، أم على أساس موضوعي؟ بتعبير آخر ، هل يقبل القضاء الطعن الموجه من المتعاقد رغم حيازته لدعوى أمام قاضي العقد ؟ أم يُوخذ بالمصلحة كمؤشر لقبول الطعن ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن هذه العقود؟ و كل ما يتعلق بهذه الأخيرة ينطبق على الصفقات العمومية ، ذلك لأنه لا فرق في الطعن ضد القرار الإداري المنفصل بين ما إذا كان العقد من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص.

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.223 إلى 227,
[2]- طلب العروض حسب المرسوم الرئاسي15 -247.

و عليه و للإجابة على هذه الأسئلة نتطرق لرأي كل من القضاء و الفقه، على الترتيب الموالي:

-موقف القضاء

لم يبين القضاء الفرنسي رفضه للطعن ضد القرارات المنفصلة على أساس صفة الطاعن ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي سنة 1954 في قضية Taintuier ، و كان سبب الرفض تخلف شرط المصلحة لدى الطاعن ،و استند في ذلك بعدم المشروعية لمخالفة الحقوق التي يستمدها المتعاقد من المناقصة أو المزايدة ، حيث أن مخالفة العقد لا تكون مخالفة للشرعية ، و في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 05- 12 - 1954 فقد قبل الطعن المقدم من المتعاقد الذي رست عليه المناقصة. و تتلخص وقائع هذه القضية كالأتي :

حيث أن طعنًا بالإلغاء قُدم من اتحاد الصيادين في إحدى المديريات ضد قرار رسو المناقصة على الاتحاد في 06 مجموعات ، مع أن المناقصة تشمل 07 حصص (des lot) و كان الاختصاص معقود للقضاء المدني وفقًا للمادة 04 من القانون الصادر في 15- 04- 1829 .

وقد بين المفوض الحكومة الفرنسية Kahn في تقريره أنه: (ينبغي طرح مشكلة الاختصاص التي قد تثيرها فكرة الدعوى الموازية لأن هذه الفكرة قد فقدت كل مقومات الحياة، و ينبغي تحديد القرار القابل للانفصال تحديدًا موضوعيًا، دون أي اعتبار لصفة رافع الدعوى الطاعن) [1]

و قد أيدت المحكمة وجهة نظر المفوض سالفة الذكر و ذلك في حكمها مقررةً مايلي : (حيث أن هذا الطلب يرمي إلى إلغاء المناقصات المؤرخة في 20-12-

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.223

1955 لتجاوز السلطة ... و أن الاتحاد لا يستند في تدعيم طعنه إلى إنكار أي حق يتعلق به ، و لكن ينازع في شرعية المناقصة محتجًا بأنها تمت على أساس قرار وزاري ... قير مشروع).[1]

و انتهت المحكمة الإدارية بالفصل في مجموعة طلبات عريضة الإلغاء لتجاوز السلطة ، رغم أن الاتحاد قد أعلن رسو المناقصة عليه بالنسبة لبعض حصص موضوع النزاع.

أما القضاء المصري فقد كان أكثر وضوحًا بقبول الطعن بالإلغاء من المتعاقدين الذين رست عليهم المناقصات المزايدات ، و لا تفرقة بين عقود الإدارة المدنية و عقودها الإدارية. فقد قضت محكمة القضاء الإداري بمصر أن " القرار الصادر من مصلحة الشؤون القروية برسو عطاء المناقصة ، بردم البرك في بعض القرى دون الأخرى على المدعين ، قرار إداري نهائي ، مما تختص المحكمة ينظر طلب إلغاءه و طلب التعويض عنه ، وفقًا لأحكام الفقرة 06 من المادة 03 و 04 من قانون مجلس الدولة ."[2]

أما رأي الأستاذ جمال عباس عثمان فهو يؤيد انجاه الفقه في قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد القرارات الصادرة بشأن المناقصات و المزايدات ، ولكن ليس على أساس أن هذه القرارات منفصلة و لكن على أساس وجود مصلحة للمتعاقد في اللجوء إلى قضاء الإلغاء دون لجوءه لقاضي العقد ، حيث أنه يجب ترك للمتعاقد الباب مفتوح اللجؤء إما لقاضي الإلغاء و إما لقاضي العقد و ذلك حسب ما تمليه المصلحة في ذلك.[3]

– موقف الفقه

[1]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.223

[2]- جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص.223

[3]- نفس المرجع ، ص.223 إلى 225.

يذهب الكثير من الفقه الفرنسي و المصري إلى تحديد القرارات اللإدارية في مجال المزايدات و المناقصات تحديدًا شخصيًا ، أي يراعي فيه ، شخصية الطاعن ، فهي تقبل الانفصال بالنسبة للطعن الموجه من الغير ، لكن لا تقبل من رست عليهم المناقصة أو المزايدة ، أي من المتعاقدين.

و قد برر الفقه هذا الرفض المذكور أعلاه ، بأن لا مصلحة لمن رسى عليه المزاد أم المناقصة في الطعن في قرار الرسو أو ما يلحق به او يسبقه من قرارات ، و أنه يمكن الطعن بالإلغاء في كافة هذه القرارات أمام قاضي العقد.

و كذلك الفقه المصري ، يشاطر الرأي المذكور أعلاه و كان تبريره في ذلك ، أن التجاء المتعاقد لقاضي العقد أحسن من التجائه لقاضي العقد ، لأن بحصوله على إلغاء القرار يتعين على المتعاقد يعد ذلك اللجوء إلى قاضي العقد لكي يرتب له نتيجة إلغاء القرار المطعون فيه.

ب – الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، و تقوم على المصلحة المباشرة والشخصية

في التقاضي، كما قد يحدث أن يتدخل طرف أثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى ، سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل

(الغير في العقد) أو بطلب من أحد أو كلا طرفي الخصومة.[1]

3-شروط متعلقة بالدعوى

أ- شرط التظلم المسبق

[1]- عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الرابعة، منشورات بغدادي، الجزائر2013.ص.41.

يمكن تعريف التظلم المسبق على أنه طعن ذو طابع إداري محض يوجه يوجهه صاحب الشأن إلى الإدارة المعنية ولائية كانت أو رئاسية ، يُعبر فيه عن عدم رضاه من عمل أو قرار إداري و يلتمس من خلاله مراجعة موقفها ،و ليس له كأصل عام شكل معين.

فالتظلم المسبق يمنح الإدارة فرصة العدول عن قرارها أو تصحيحه بصورة إرادية و دون أمر تدخل من القاضي، وهو على هذا النحو يشكل مظهرًا من مظاهر الإدارة القاضية ومن مخلفات مرحلة الوزير القاضي إلى إمكان الإدارة أن تراجع نفسها بعد رفع التظلم وان تعدل عن قرارها فتلغيه طواعية بقرار آخر ، كما يمكن التمسك به و حينئذٍ لا مفر من اللجوء للقضاء ورفع دعوى الإلغاء ، و لنا أن نتساءل:

-هل التظلم الإداري في الصفقات العمومية وجوبي أم اختياري ؟

من خلال المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفورضات المرفق العام ، و التي تنص على " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في هذا التشريع المعمول به ، **يمكن** للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائها أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء ، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة ، أن يرفع طعنًا لدى لجنة الصفقات العمومية " ،يتبين أن التظلم الإداري في المنازعات الإدارية المتعلقة بعملية إبرام الصفقات العممية ، هو اختياري و ليس الزاميًا ذلك لاحتواء المادة على كلمة "يمكن" .

ب-شرط إنتفاء الدعوى الموازية

لقد كانت دعوى الإلغاء في ظل القانون الفرنسي القديم طريقة استثنائية يلجأ إليها أمام مجلس الدولة الفرنسي ، إذا لم يكن هناك طريق آخر يحقق النتيجة نفسها-

كما سبق التوضيح في الفصل الأول، و سواء في فرنسا أو الجزائر ، فإن المشرع الجزائري تبنى هذا المنهج صراحةً في المرحلة الأولى أي مرحلة قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966

إلا أن نظرية الطعن الموازي فقدت قيمتها القانونية حيث أنه لا يُمكن لأي دعوى أخرى أن تحل محل دعوى الإلغاء ، و أن تُحقق نتائجها القانونية. فلا فحص المشروعية و لا دعوى التفسير و لا دعوى التعويض يمكن أن تحقق ذات الأهداف المرجوة من خلال رفع دعوى الإلغاء، كما لا يمكن لأي دعوى أخرى أمام القضاء العادي، أن تحقق ذات نتائج دعوى الإلغاء، مما أدى بالمشرع إلى التخلي عنها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد لسنة 2008 [1] الساري المفعول.[2]

ولعل نظرية القرارات المنفصلة تجد استقرارها بتوضيح النقطتين المواليتين: مشكل تعادل النتائج، و مشكل وجود دعوى موازية

ب / 1: مشكل تعادل العملي للنتائج الذي كان سبب هدم نظرية الدعوى الموازية، نظرًا لاستحالة ذلك، لما لدعوى الإلغاء من مزايا خاصة، تتمثل في سهولة الإجراءات و قلة النفقات، وتميز حكم الإلغاء بالحجية المُطلقة، مما سيؤدي إلى استبعاد تطبيق النظرية تدريجيًا، فالمفاضلة ، بين دعوى الإلغاء و الدعوى الموازية ستكون لصالح الأولى ، و قبول دعوى الإلغاء يُعتبر تراجعًا لنظرية الدعوى الموازية.

و عليه فالأمر لا يتعلق بتليين بسيط لشرط تعادل النتائج كما يزعم ذلك أنصار مفهوم الدعوى الموازية ، الذين يرون أنه يجب أن يُقبل المفهوم التقليدي للدعوى الموازية مع دمجه في إطار نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.إلا أن أغلبية الفقهاء يرفضون

[1]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21-2008.

[2]- عمار عابدي، المرجع السابق، ص138.

اليوم مفهوم الدعوى الموازية ، و يُنكرون أية قيمة لها فيما يخص مسألة الانفصال ، مُستندين في ذلك استحالة توفر تعادل النتائج التي يُمكن الحصول عليها عن طريق دعوى الإلغاء.

إلا أن جوهر المسألة يكمن في النقطتين التاليتين:

1-إذا كان الطعن أمام القضاء الكامل يُؤدي إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء ، فإنه يُسمح بمس القرار ذاته الذي يَشكل موضوع القضاء الكامل، و لكن عدم قبول دعوى الإلغاء ضد قرار مُشابه لا يُمكن ان يُبرر بواسطة الاعتبار الذاتي للنتائج التي يمكن ان يقدمها طعن القضاء الكامل للطاعن، فهو يبرر بواسطة الفكرة الوحيدة التي مفادها أن القرار المُبعد عن محراب قاضي الإلغاء لا يُشكل موضوعيًا جزءًا من اختصاصه القضائي ، بل يُشكل بالعكس بطبيعته القرار أو القرارات المُتصلة به و التي تُشكل موضوع القضاء الكامل.

2 - لا يفسر اختصاص قاضي الإلغاء بعدم تعادل النتائج الدعويين (دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل)، و لكن بفكرة أن القرار المُتخذ لا يُشكل أحد العناصر التي تُشكل موضوعيًا جزءًا من اختصاص القضاء الكامل. [1]

و بالنتيجة إذن لا يجتمع على الإطلاق تعادل النتائج في الحالة التي يكون فيها القرار منفصلاً ، و لكن طابعه الانفصالي هو الذي يجعله من اختصاص قاضي الإلغاء ، و ليس غياب تعادل النتائج ، و على العكس ، إذا توفر تعادل النتائج فإن القرار ليس منفصلاً عن القضاء الكامل ، و لكن الانفصالية هي التي تمنح الاختصاص لقاضي هذا الأخير و ليس تعادل النتائج. و هذه القاعدة صالحة لكل العمليات المركبة التي تخضع للقضاء الكامل مهما كانت طبيعة المحكمة المختصة.

[1] - Hubert CHARLES, Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français, O.P. sites ;p.161.

إذن يلعب مفهوم الانفصال دورًا كبيراً في قضاء العمليات المركبة ، و يبدو أنه يُعوض الاستثناء القديم للدعوى الموازية كشرط مستقل لقبول دعوى الإلغاء ، و لا يُمكن منطقيًا حل مشاكل توزيع الطعون بين مختلف أنواع القضاء ، إلا باللجوء إلى مفهوم القرار المنفصل[1]، و أن مجموع الاجتهاد القضائي حول ممارسة مختلف أنواع القضاء و تحديدها مؤسس على مفهوم المتميز الذي هو شرط حقيقي لقبول دعوى الإلغاء ضد القرار المطعون فيه[2]، و الذي هو مفهوم الانفصال.

ب/2: مشكل وجود الدعوى الموازية

إذا كان من الممكن تفسير نظرية القرارات المنفصلة من تصور واسع لمفهوم تعادل النتائج، أي انطلاقًا من تصور جامد لنظرية الدعوى الموازية ، فإنه يجب على الطاعن أن يكون حائزًا لهذا الطعن الموازي ، فعلاً في حالة احتمال اصطدامه باختصاص القضاء الكامل.و إذا لم يرغب الطاعن أن تُنتقذ القرارات المُدمجة من طرف قاضي الإلغاء ، وهو بدوره غير حائز على اختصاص هذا الأخير.فإنه يجب القول ان أحد الشروط الأساسية لتحقق الدعوى الموازية غير متوفر و هو تعادل النتائج.[3]

وعليه ، فيجب أن يكون الطعن الموازي متمثلاً في دعوى رُفعت أمام جهة قضائية و ليس بمجرد تظلم أمام جهة إدارية ، كذلك أن يكون الطعن الموازي متمثلاً في دعوى ترفع أمام مرجع قضائي و ليس مجرد دفع يتم النظر فيه من خلال الدعوى، كما هو الحال بالنسبة لعدم مشروعية قرار إداري في دعوى مرفوعة في دعوى مرفوعة أمام القضاء العادي أو القضاء الكامل، سيقتصر أثره على الامتناع عن تنفيذ القرار بالنسبة للنزاع المعروض فقط.[4]

---

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.45.

[2] - Hubert CHARLES, , O.P. sites ;p.161.

[3]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.47.

[4]- مروان ريسولي، تأصيل الدعوى الموازية في التشريع المغربي، مجلة القلنونية، القانون الإداري و العلوم السياسية، العدد 154.

و بالتالي فإذا كان فقه الدعوى الموازية يرتكز على احترام الاختصاصات القضائية ، فإن اختصاص الذي يمكن مُقابلته بدعوى الإلغاء يكون اختصاص غير قضائي(تظلم)، أما إذا كان عكس ذلك أي اختصاص قضائي فإن قواعد المراقبة ستكون محدودة، فإذا كان القاضي أمام مراقبة للمشروعية كدفع بطبيعة الحال، فإن النص القانوني المحدد لهذا الاختصاص لا يترك أية إمكانية لتقدير التوازي بين طرق الطعن.

و في هذا الخصوص يقول Hubert CHARLES

(فإذا كان يمكن استعمال دعوى أخرى بدل دعوى الإلغاء، ذلك يعني أن المشرع يهدف إلى تعويض هذه الأخيرة، فليس هناك توازٍ بين الطعنين، و لكن حلول طعن خاص محل طعن عام...).[1]

وبذلك نكون قد انتهينا من الشروط العامة الواجب توفرها للطعن ضد القرار الإداري بما فيها المنفصلة، دون التطرق إلى مواعيد الدعوى وكذا العريضة، ذلك لعدم إثارتهما لأي خصوصية في ظل موضوع البحث، وبالتالي تطبق عليهما الشروط العامة لرفع دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري بصفة عامة.

ثانيًا: الشروط الخاصة بالقرارات الإدارية المنفصلة لرفع دعوى الإلغاء

يخضع قبول دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل إلى جملة من الشروط تكمن في مايلي:

أولا، توجيه الدعوى ضد القرار المنفصل وليس ضد العقد؛ ثانيًا ، يجب أن يكون القرار محل الدعوى مما يقبل الانفصال عن العقد، نشرحها على التوالي.

[1] - Hubert CHARLES, Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français, O.P. sites.p.158..

أ: وجوب توجيه الدعوى ضد القرار المنفصل و ليس ضد العقد:

إن القاعدة الكلاسيكية المستقرة لدى القضاء الإداري في فرنسا و مصر على حد سواء هي انه لا يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته ، فمجلس الدولة الفرنسي يؤكد بأن الخصومات المتعلقة بالعقود في حد ذاتها(...لا تصلح بحكم طبيعتها أن تكون محلاً لدعوى تجاوز السلطة..)[1] و هذا هو موقف القضاء الإداري في مصر أيضًا ، حيث قررت محكمة القضاء الإداري أن (العمل القانوني الذي يصلح لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن إرادة الإدارة وحدها، و ليس العقد الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر...)[2] قد سيقت عدة حجج من جانب الفقه لتبرير عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته و المتمثلة في الآتي:

1-وجود دعوى موازية أمام قاضي العقد، حيث أن دعوى الإلغاء كان يمكن أن توجه ضد العقد ذاته في فرنسا قبل 1964 إلا أن صدور مرسوم 02-11-1964، الذي أعفى المتقاضين من شرط توكيل محامٍ في نطاق دعاوى الإلغاء ، قد أدى إلى خوف مجلس الدولة من اكتظاظ محكمته بدعوى تجاوز السلطة ، مما نجم عنه إخراج العقد من دائرة قضاء الإلغاء إلى دائرة القضاء الكامل على أساس مفهوم الدعوى الموازية، إلا أن هذه الحجج إذا كانت تصلح للمتعاقدين فإنها لا تصلح للغير الذي لا يحق له طرق محكمة قاضي العقد.[3] بل أكثر من ذلك ، فتحديد شروط انفصال القرار الإداري عن العمليات المركبة الخاضعة للقضاء الكامل يقتضي الرجوع إلى شروط تنفيذ الدعوى الموازية ،و بالخصوص توضيح أن هذه الشروط غير متوفرة في بعض الفرضيات المتعلقة بالإلغاء المباشر لمثل هذا القرار ، ومن تم مفهوم الانفصال و الدعوى الموازية هما وجهان لعملية واحدة أو لشرط واحد لقبول دعوى الإلغاء ، لذلك

[1] -CE,12-07-1918, Le févre, Rec,p.698.

[2]- حكمها الصادر بتاريخ 16-12-1947. قضية رقم 298 لسنة 1 ق، المجموعة السنة 2، ص.163.

[3]- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق،ص.234 و 235.

يبرر انفصال القرار الإداري عن العملية المركبة الخاضعة للقضاء الكامل إما ، بأن الطاعن لا يتوفر على دعوى قضائية أخرى غير دعوى الإلغاء ،أو في حالة حيازة الطاعن دعوى غير دعوى الإلغاء و لكن لا توفر له ذات النتائج التي يستطيع الحصول عليها عن طريق دعوى الإلغاء ، أي استطاعة إلغاء القرار بحجية مطلقة.[1]

2-و في نفس المنحى التاريخي ، لم تقبل دعوى الإلغاء ضد العقد استنادًا إلى نظرية التفرقة بين أعمال السلطة و أعمال السلطة التي جاء بها الأستاذ Laffriére، فبمقتضى هذه النطرية لا تُقبل دعوى الإلغاء إلا ضد أعمال السلطة، في حين أنها لا تُقبل ضد العقد بحكم أنه من أعمال الإدارة ، إلا أن كان رد الأستاذ بيكينو أن العقد الإداري لا بمكن أن يُنعت بصفة التصرف الإتفاقي بشكل تام بل تغلب عليه الطبيعة الانفرادية بحيث أن إرادة الشخص الذي يكون طرف في العقد تكون أقل فعالية ، و ذات دور محدود مما يؤدي إلى تلاشي المظهر الإتفاقي لهذه العقود أمام فعالية السلطة العامة،[2]إلا أن هذا الرأي وُصف بالمُتطرف ، لعلى رأي الأستاذ Pouyaud القائل بعدم جواز إنكار المركبات و العناصر السلطوية التي تظهر في العقد الإداري في مرحلتي الإبرام و التنفيذ على حد سواء ، مما بمنع النظر إليه كعمل إدارة مجرد.

3- إن عدم امكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد تنبع من النصوص التي تحصر امكانية الطعن بالإلغاء في قرارات السلطات الإدارية ، مما يستبعد بشكل صريح التصرفات التعاقدية من نطاق هذه الدعوى.

4- إن استبعاد دعوى الإلغاء من نطاق الخصومات العقدية يجد مبررًا له في طبيعة العقد في حد ذاته ، من حيث كونه تصرفًا إداريًا هجينًا ، لكن انتقدا الأستاذان AUBY et DRAGO هذه الحجة على أساس نجردها من كل منطق او مضمون ، إذ

[1]- ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص268.

[2] - Hubert CHARLES, O.P cites. P. 21.€

لا توجد أسباب قصر الإلغاء على القرارات و بقاء الخصومات العقدية في مجال القضاء الكامل. إضافةً إلى ما تقدم ، فإن جانب من الفقه الفرنسي يرى أن هناك اعتبارات عملية حرص مجلس الدولة الفرنسي على مراعاتها، و التي تهدف دومًا إلى عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد ، و تتجلى هذه الاعتبارات في الحرص على إبقاء العقد المُبرم قائمًا ، لأن الإلغاء يُؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي ، مما يمكن أن يُسبب نتائج مباشرة و مُحرجة ، من الأفضل لو يتم تجنبها.

و بالنسبة للفقه في مصر ، فالعميد سليمان الطماوي يجزم بأن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه ضد العقود ، حيث يقول : (... ذلك لأن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن تُوجه ضد قرار إداري ، و لا يُمكن أن تُوجه إلى عقد من العقود ، لأن العقد هو توافق إرادتين ، بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها...) و في نفس الاتجاه يذهب الأستاذ عبد الحميد حشيش ، و الدكتور زكي النجار [1] الذي شدد على ان قبول دعوى الإلغاء ضد العقد من شأنه أن (... يُهدر القواعد و يقلبها رأسًا على عقب ، و يُهدر معها قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام...)[2] اما الأستاذ محمود حافظ ، فيبرر عدم قبول دعوى الإلغاء على أساس مُختِلف ، إذ يرى (... إن العقود التي تكون الإدارة طرفًا فيها غير قابلة للطعن بالإلغاء لأنها ليست قرارات إدارية خالصة صادرة عن الإدارة وحدها ...)[3]، و من الملاحظ ان رأي الأستاذ محمود حافظ يُوحي بوجد نوعين من القرارات :

خالصة، و هي القرارات العادية من حيث كونها تعبيرًا عن الإرادة الانفرادية الإدارة، و غير خالصة ، و هي تلك التي تساهم إرادة الأفراد في تكوينها و تُمثل ما

[1]- زكي النجار ، نظرية البطلان في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة الشمش ، 1981 ، ص.369. أشار إليه مهند مختار نوح، المرجع السابق ، ص. 237.

[2]- عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للانفصال عقود الإدارة ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة السادسة و العشرين ، العذذ 362. أشار إليه مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص. 237.

[3]- محمود حافظ القرار الإداري ، دار النهظة ، القاهرة ، 1993. ص. 103. أشار إليه مهند مختار نوح، المرجع السابق ، ص. 237.

يُسمى بالعقود الإدارية...) و دون شك فإن وجهة النظر هذه مرفوضة لأن الطبيعة العقدية للعقود الإدارية متفق عليها في فرنسا مصر .

ب: **يجب أن يكون القرار محل الدعوى مما يقبل الانفصال عن العقد:**

حيث يجب أن يكون القرار الذي يقبل الانفصال تنفيذيًا و قابلاً لأن يكون محلاً لدعوى الإلغاء ، و لا فرق في أن يكون العقد الذي يتصل به هذا القرار عقدًا إداريًا ، أم أن يكون من عقود التي تُبرمها الإدارة و تخضع للقانون الخاص[1].[2]

[1]- حيث قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية : (... ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة ، و بين الاجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد و تهيئ لمولده ، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنيًا او إداريًا ، فإن من هذه الاجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية، و له خصائص القرار الإداري...) حكمها في الطعن رقم 456- رقم 320 ، جلسة 05/ 1970/04، السنة العشرون ، ص 308.

[2]- مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص. 234 إلى 238.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم في بحثنا، يتبين لنا أن للصفقة العمومية مسارًا قانونيًا و ذلك من خلال المراحل التي تمر بها بدأ من الإعلان حتى التنفيذ ، حيث تصدر الإدارة عدة قرارات إدارية يمكن أن تكون محل لدعوى تجاوز السلطة من طرف كل من له مصلحة في ذلك سواء كان من الغير أو من الأطراف المتعاقدة ، و بالتالي نكون أمام قرار إداري منفصل و الطعن فيه لا يؤثر في صحة الصفقة لكونه قرارًا قائمًا بذاته.

و بالنتيجة يجد القرار الإداري المنفصل في الصفقة العمومية مجال تطبيقه الواسع، إذ في إمكانية الطعن فيه بالإلغاء يحفظ حقوق المتضررين منه، خاصةً الغير الذي ليس له مسلك إلا الطعن بلإلغاء ، لكون دعوى القضاء الكامل مخصصة للأطراف العقد.

ولقد كان قضاء الإلغاء و هو في تطور مستمر وكذا نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من أبرز النظريات التي ساهمت و لازالت تعهد على تطويره و ذلك للحفاظ على مقومات دولة القانون باحترام مبدأ المشروعية و العمل على تجسيد ذلك في الواقع العملي.

فبعدما كان القضاء لا يستطيع بلوغ القرارات المكونة للعملية الإدارية على أساس المنهج التركيبي ، بدأ شيأً فشيأُ يهجر هذه الأخيرة للخوض في المنهج التحليلي و بلوغ كل القرارات الإدارية القابلة للانفصال و غير المشروعة ، للنظر فيها على استقلال بدون المساس بالعملية الإدارية الأم.

فهي قرارات إدارية ينطبق عليها تعريف القرارات الإدارية و تخضع بجميع النظريات و القواعد و الأحكام التي تنطبق على هذه الأخيرة ،و بالتالي يمكن الطعن في القرارات محل البحث بالإلغاء إذا ما كانت مخالفة للمشروعية و يمكن كذلك وقف تنفيذها.

و تكون هذه القرارات جزء من عملية مركبة و تدخل في بنيانها و تمثل عنصرًا من عناصرها و مكونًا من مكوناتها و بالنتيجة لا تكون هذه الأخيرة في العمليات البسيطة التي ل تمر بعدة مراحل و لا تتخذ فيها عدة إجراءات و لا تصدر فيها عدة قرارات ، فالعمليات

البسيطة تمثل في حقيقتها و في الغالب قرارًا واحدًا فقط أو إجراء واحد عكس العمليات المركبة.

فالعمليات المركبة كثيرة و متعددة و متباينة المرضوعات ، بعضها يدخل في القانون الخاص ، مثل عقود الإدارة مثل عقود البيع و الشراء و الإيجار و الاستئجار التي تجريها الإدارة كالأفراد العاديين.

و بعضها يدخل في نطاق القانون اللإداري مثل العقود الإدارية ، و بعض موضوعات الوظيفة العامة مثل التعيين و الترقية و التأديب ، و نزع الملكيةالخاصة للمنفعة العامة.

و بعضها يدخل في نطاق القانون الدستوري و ذات طابع سياسي مثل الانتخابات التشريعية و الرئاسية و الاستفتاءات ، و أعمال السيادة مثل الأعمال التي تخص العلاقة بين السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية أو العلاقات الدولية مثل المعاهدات الدولية أو العلاقات الدبلوماسية ، و الإجراءات التي تتعلق بأمن الدولة و سلامة ووحدة أراضيها و شعبها.

هذا ، وتكمن أهمية تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في العمليات المركبة في مدى إمكانية عزلها عن العملية الأم ، و الطعن فيها على استقلال عن باقي مكونات العملية ، أو حتى عن العملية ذاتها و دون انتظار اكتمالها أو صدور القرار النهائي الحاسم فيها.

فالمختص بتحديد ماهية القرار و ما إذا كان قابلاً للانفصال أم لا ، هو القاضي المرفوعة أمامه الدعوى، فإذا كان قرار قابل للانفصال عن باقي العملية يقبل الطعن فيه ، أو إنه على النقيض هو قرار متصل بالعملية بدرجة أنه لا يمكن فصله عنها، ر بالتالي يقضي بعدم قبول الطعن ، و على صاحب الشأن في هذه الحالة الطعن في العملية كلها ، أو انتظار صدور القرار النهائي و الطعن فيه ،

إن القاضي المختص في النظر في دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرار الإداري القابل للانفصال هو دائمًا القاضي الإداري ، أيًا كان طبيعة العملية المركبة ذاتها التي يدخل في تركيبها القرار المنفصل المطعون فيه ، و أيًا كان القاضي المختص بالنظر في المنازعات

التي تدور حول العملية المركبة ذاتها , أو المختص في المظر في الطعن في القرار النهائي الحاسم فيها.

فالقاضي الإداري هو دائمًا و أبدًا صاحب الاختصاص الوحيد بالنظر في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.

و عليه و بالنتيجة ، فقاضي مجلس الدولة قد مر بتطور هام بالنسبة لقبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الداخلة في تكوين العمليات المركبة ، فحتى بداية القرن العشرين كان يقضي بعدم قبول الدعوى استنادًا للمنهج التركيبي ، ثم بدأ شيأً فشيأً يقبل الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الداخلة في العمليات المركبة باستخدام فكرة القرارات الإدارية المنفصلة استنادًا للمنهج التحليلي.

و مما يجب الوقوف عليه، أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة يجب أن يؤسس على عيوب القرار ذاته و ليس على العيوب التي تشوب العملية المركبة نفسها.

و إن كانت القاعدة أنه لا يقبل الطعن بلإلغاء ضد العقد ذاته كعملية مركبة سواء من أطراف العقد لأن أمامهم طريق المنازعات العقدية ، أو من الغير لأنه ليس طرفًا في العقد، كما لا يقبل الطعن بالإلغاء في أحد بنود أو شروط العقد أو القرارات المتعلقة بها ، خاصة من الغير ،إلا ان مجلس الدولة الفرنسي قد قبل الطعن بالإلغاء من الغير في أحد شروط العقد في أخد شروط العقد[1].

أما عن أثر إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على العملية المركبة ، فإنه من الناحية النظرية فإن القاعدة العامة و من المروض ألا يكون بهذا الإلغاء تأثير على العملية المركبة ذاتها ، و لا على باقي مكوناتها و أجزائها و لا على استمرارها و لا على صلاحيتها في إنتاج أثارها القانونية العادية.

إلا أنه طرأ على هذه القاعدة شيء من التطور في كل من فرنسا ومصر،

[1]- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 أكتوبر 1996 في قضية Mme WAJS.

ففي فرنسا صدرت عدة أحكام من مجلس الدولة منذ 1993 ، و كان نتيجة كل ذلك أنه بدأ الحديث عن تأثير إلغاء أحد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد فلى العقد ذاته، فأصبح وفقًا لهذا التطور بإمكان إبطال العقد بناءًا على إلغاء أحد القرارات الداخلة في تكوين عملية التعاقد.

فأصبح من مقدور أحد أطراف العقد أن يلجأ إلى القاضي المختص في المنازعات المتعلقة بهذا العقد ، و يطلب منه إبطال العقد على أساس الحكم الصادر بإلاغاء أحد القرارات الداخلة في تكوينه و الموثرة في صلاحية و بقاء العقد ذاته بل و يستطيع المتعاقد أن يتحلل من التزاماته الناشئة عن العقد على أساس الحكم بإلغاء هذا القرار ، دون أن يرتب ذلك مسؤوليته.

و بالنسبة للغير ، فيستطيع أن يطلب من الإدارة إبطال العقد على أساس الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل احترامًا لقوة الشيء المقضي به ، و إذا لم تستجب الإدارة لطلبه يستطيع ان يرفع دعوى إلغاء لتجاوز السلطة ضد قرارها بالفرض بل و يستطيع أن يطلب من القاضي أن يحكم عليها بغرامة تهديدية عن تأثيرها في تنفيذ مقتضى الحكم وذلك وفقًا للقانون الصادر في 08 فبراير 1995,

أما في مصر فقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 26 اوت 2001 بأنه إذا تم إلغاء قرار قبول ترشيح أحد المرشحين في الانتخابات بحكم قضائي بناءًا على طعن أحد منافسيه فإنه يتعين على الإدارة أن تلغي العملية الانتخابية بأكملها بالنسبة لهذا المرشح ، أي لا يسمح له بخوض الانتخاابات.[1]

أما في المجال العملي التطبيقي و بأخذنا للصفقة العمومية كأنموذج ، لما لها من أهمية و لكونها الوسيلة المستعملة لصرف المال العام حيث يحتل القرار الإداري المنفصل مكانة ضمن هذه الأخيرة ، لكثرة الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 و الواجبة الإتباع. فهذا العقد الإداري فرض عليه المشرع مجموعة من الاجراءات و المراحل لإبرام الصفقة و تنفيذها . فهناك من القرارات التي نستطيع فصلها عن العقد و الطعن فيها

[1]- جورجي شفيق ساري ، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، المرجع السابق ، ص.179 إلى 186.

بالإلغاء ووقف تنفيذها ك القرارات التمهيدية القرارات الخاصة بالإبرام أي قبل التوقيع على العقد مثل قرار الإبرام أم قرار رفض الإبرام ، و منها ما هي متصلة بالعقد لا تقبل الإلغاء لالتصاقها بالعقد مثل القرارات الخاصة بتنفيذ العقد مثل قرار الفسخ . رغم أن مجلس الدولة في عدة استثناءات قبل الطعن ضد هذه القرارات في مرحلة تنفيذ العقد ، بالإضافة للقرارات المُتخذة من طرف الإدارة و لكن ليس بصفتها متعاقدة بل استعملت في ذلك السلطة العامة مثل القرارات الخاصة بالضبط الإداري.

وعليه يحتل القرار الإداري المنفصل مكانة معتبرة في العمل الإداري و النشاط الإداري عمليًا، و سيظل محل اهتمام في القضاء الإداري ، و نأمل أن يحظى باهتمام أكبر في دراسات فقه القانون الإداري و قضائه.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

أ-المؤلفات العامة

1- باللغة العربية

1-جمال عباس عثمان ، النظرية العامة و تطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، بدون طبعة ، المكتب العربي الحديث ، مصر ، سنة 2007 .

2-حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، المبادئ و الأسس العامة ، بدون طبعة ،منشأة المعارف بالاسكندرية ، مصر، 1998.

3-سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين الشمس، 1991 .

4-سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 2005.

5-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة،بدن طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

6- عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الرابعة، منشورات بغدادي، الجزائر2013.

7-عمار عوابدي، القانون الإداري،(النظام الإداري) ،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة ،الجزء الأول ، 2005.

8-عمار عوابدي ، القانون الإداري (النشاط الإداري) ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة ، الجزء الثاني ، ، الجزائر ، 2005.

9-عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية، فقهية)، جسور عوالم المعرفة ، الطبعة الأولى ، جانفي 1428، 2007.

10-عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، الجزائر. 2003.

11-عمار عوابدي، الوسيط في القضاء الإلغاء، دراسة مقارنة مدعمة بتطبيقات قضائية حديثة في كل من الجزائر-فرنسا-تونس-مصر، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2011.

12-عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري ، دار هومه ، بدون طبعة ،الجزائر ، 1999.

13-محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة(دراسة تحليلية ونقدية لإحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر) ،بدون طبعة، دار النهظة العربية،القاهرة.

14-محمد الصغير بعلي، قانون الإارة المحلية الجزائرية،بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر .

15-محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد و الإبرام ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة الأسكندرية ، 2011.

16-مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري(دراسة مقارنة)، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2005.

17-محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ،الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ، مصر.

18-ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداي، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة 4، 2010.

2-باللغة الفرنسية :

1- Hubert CHARLES، Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français(contribution à une théorie administrative)،Imprimerie BOSC FRERES، PARIS ، 1967.

أ-المؤلفات المتخصصة:

1- جورجي شفيق ساري ،القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ، بدون طبعة ، دار النهظة ، القاهرة ، مايو 2002.

2-محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة لانفصال في العمليات القانونية المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2014.

ثانيًا :المقالات

أ- باللغة العربية

1-سعيد سليماني ، دور القاضي الإداري في معالجة عقود الإدارة ، مجلة كلية الحقوق، دراسات قانونية، العدد 04 ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2007

2-رشا عبد الرزاق جاسم،بحث حول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق.

3-عبد الرحمن عزاوي ، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري و انعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية و مقوماتها ، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية ، العدد 01 ، جامعة الجزائر كلية الحقوق ، 2012.

4-فراس مؤيد أحمد، غير في العقد الإداري، مجلة كلية الأدب، العدد 97، العراق.

5-مروان ريسولي، تأصيل الدعوى الموازية في النشريع المغربي، مجلة القلنونية، القانون الإداري و العلوم السياسية، العدد 154.

ب – باللغة الفرنسية

1-Florian Michel et Hugo Devillers، Etudiants en Master 2 recherche Droit public fondamental à l'Université Jean Moulin – Lyon ، Recherche sur **La mesure l'exécution d'une clause financière n'est pas un acte détachable du contrat et ne peut donc faire l'objet d'un Recours pour excès de pouvoirs**، *Alyoda،association lyonnaise de droit administratif، ، paris، 25/03/2013*

2-Laititia JANICOT، Réflexions sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel، REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN France ET A L'ETRANGER، N°02، RDP 2011 ، L.G.D.J،.

3- Lefoulon، Contrebutions à l'étude de la distinction des contentieux، le problème de la distinction de la compétence du juge du contrat en matière administrative ،A.j.D.A، 1976

4-Pierre devolvé، bruno Genevoi، recours pour éxés de pouvoirs، contrat، A.J.D.A،2005 ،p 93.

5-Remy Shwartz، Myriam Kaczmarek، La procédure contentieuse devant les juridictions administratifs، La gazette، des communes-des département- des régions، Référence Territoriale، avril 2004 .

ثالثًا : الرسائل و المذكرات الجامعية

أ-الرسائل

1- تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة دوكتوراه ، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تيزي وزو، 2013.

2-الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة(دراسة مقارنة في القانون المغربي والفرنسي والمصري)، أطروحة دكتورة ، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، المغرب، السنة 2005.

3-محمد جمعة سمير، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري،أطروحة دكتوراة،كلية الحقوق، جامعة منصورة، مصر.

ب-المذكرات

1-بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر بن يوسف ، كلية الحقوق ، الجزائر 2008-2009.

2-خضري حمزة ، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2004-2005 ،

3-خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة كلية الحقوق ، 2012،2013 ، الجزائر.

4-بوغازي وهيبة ، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة فرحات عباس ، سطيف ، 2009،2010.

5-شريف سمية ، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.، الجزائر 2016 .

6-سعاد الأطرش ،المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013 ، 2014 ، الجزائر.

7-محفوظ عبد القادر ، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2012، 2013

8-مانع عبد الحافظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007،2008.

رابعًا : النصوص القانونية

1-القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية عدد 21 ، الصادرة بتاريخ 23-04-2008.

2-قانون رقم 11- 10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية عدد 37 ، صادر في 03 .يونيو 2011.

3-المرسوم الرئاسي 15 -247 ،المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر من سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق الغام ، العدد رقم 15.

4-المرسوم التنفيذي 84 - 116 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يُبرمها المتعامل العمومي ، الجريدة الرسمية عدد 20 الصادر في 15 ماي 1984.

5-قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفيلت إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، صادر في 20 أفريل 2011 .

6-قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 ، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المُنشأ الجزائري و المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، الصادرة في 20 أفريل 2011.

7-قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 ، يحدد كيفيات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 24 ، الصادر في 20 أفريل 2011.

الفهرس

الشكر و التقدير.....
قائمة المختصرات.....
مقدمة..... 01

الفصل الأول :ماهية القرارات الإدارية المنفصلة..... 08

المبحث الأول : نشأة القرارات الإدارية المنفصلة..... 09

المطلب الأول:من الكل غير القابل للتجزيء والدعوى الموازية إلى الانفصال..... 10

الفرع الأول: نظرية الإدماج التقليدية 12

أولا- الدعوى الموازية..... 14

ثانيًا- نظرية الحقوق المكتسبة وقوة الشيء المقضي به..... 19

الفرع الثاني: نظرية القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها في كل من القضاء الفرنسي و المصري و الجزائري..... 21

أولاً: تحديد مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة..... 22

ثانيًا : تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في كل من القضاء الفرنسي و المصري و الجزائري..... 29

المطلب الثاني: موقف الفقه من نظرية القرارات الإدارية المنفصلة..... 39

الفرع الأول: معارضو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة..... 39

الفرع الثاني: مؤيدو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة..... 43

المبحث الثاني:محاولة البحث عن معيار عام لتحديد القرار المنفصل..... 49

المطلب الأول: المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي..... 50

الفرع الأول: المعيار الموضوعي..... 51

أولاً- السلطة المختصة في إصدار القرار..... 51

ثانيًا- الطابع الإيجابي أو السلبي للقرار الإداري..... 54

ثالثًا- الانفصالية بسبب عدم المشروعية التي تمس القرار..... 57

رابعًا : مدى جوهرية و فعالية القرار الإداري في تكوين العملية الإدارية المركبة..... 61

الفرع الثاني :المعيار الذاتي..... 62
أولاً: المحاولات القضائية لتحديد مضمون المعيار الذاتي..... 64
ثانيًا: المحاولات الفقهية لتحديد مضمون المعيار الذاتي..... 66
ثالثًا:رفض المعيار الذاتي الانفصالية..... 68
المطلب الثاني:المعيار الغائي ومعيار المشروعية الخاصة بالقرار والمشروعية المتميزة عنه..... 69
الفرع الأول: المعيار الغائي..... 70
الفرع الثاني: الشرعية الخاصة بالقرار والشرعية المتميزة عنه..... 74
أولاً– الشرعية الخاصة بالقرار..... 75
ثانيًا– النظام القانوني الخاص بالقرار..... 82
الفصل الثاني:القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية..... 87
المبحث الأول: القرارات الإدارية المنفصلة ذات الصلة بالصفقة العمومية..... 89
المطلب الأول: مرحلة الإبرام..... 89
الفرع الأول :القرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية..... 89
أولاً: التعريف بالمرحلة التمهيدية للصفقة العمومية..... 90
ثانيًا : القرارات الممهدة لإبرام الصفقة..... 94
الفرع الثاني :قرارات إبرام أو عدم إبرام الصفقة..... 110
أولاً: قرار إبرام الصفقة..... 111
ثانيًا : قرار رفض إبرام الصفقة..... 116
المطلب الثاني :مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية بالتطرق للتعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة كأنموذج..... 119
الفرع الأول: لاإنفصالية قرارات تنفيذ العقد 119
أولاً: بالنسبة للطعن الموجه من الغير 121
ثانيًا: بالنسبة لطعن أطراف العقد..... 122
الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على قرارات تنفيذ الصفقة العمومية..... 125
الفرع الثالث : قرار التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة و الطعن فيه من طرف

المتعاقد..... 128
أولاً: مدى قابلية قرار التعديل الانفرادي للانفصال عن العقد..... 129
ثانيًا :قرار التعديل كأصل عام لا يقبل الانفصال عن العقد..... 130
المبحث الثاني :الطعن على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقات العمومية..... 132
المطلب الأول :موقف القضاء من الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة داخل العملية التعاقدية.....
الفرع الأول :مرحلة عدم الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلة داخل العملية التعاقدية..... 133
الفرع الثاني :مرحلة الاعتراف بجواز الطعن بالإلغاء على استقلال في القرارات الإدارية المنفصلة داخل العملية التعاقدية 137
المطلب الثاني :أسباب إلغاء القرار الإداري المنفصل وشروط قبول الدعوى..... 139
الفرع الأول : أسباب إلغاء القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية (أوجه المشروعية التي يمكن إثارتها):..... 140
أولا : حالات عدم المشروعية الخارجية وعدم المشروعية الداخلية للقرار الإداري..... 140
ثانيًا: عدم المشروعية التي قد تمس القرار الإداري المنفصل عن العقد..... 149
الفرع الثاني :شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية..... 153
أولاً: الشروط العامة لرفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة..... 153
ثانيًا: الشروط الخاصة بالقرارات الإدارية المنفصلة لرفع دعوى الإلغاء..... 183
الخاتمة..... 188
قائمة المصادر والمراجع..... 193
الفهرس

الملخص

إن القرار الإداري المنفصل هو قرار متواجد في عملية إدارية مركبة و الطعن ضد بالإلغاء جائز لكونه قرار نهائي و قانم بذاته ، و إلغاءه لا يؤدي إلى بطلا العملية الإدارية الذي ينتمي إليها لكونه منفصل عن هذه الأخيرة، و لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة إيجابيات عملية و تطبيقية مفادها،هي حماية حقوق كل من له مصلحة في الطعن في القرار الإداري المنفصل حتى وإن لم تكتمل العملية الإدارية بعد.

الكلمات المفتاحية:

القرار الإداري المنفصل ، العقد، قضاء الإلغاء ، قضاء الكامل.

La décision administrative distincte est une décision qui existe dans l'opération administrative complexe, le recours en annulation contre elle est permis car il s'agit d'une décision définitive et indépendante, son annulation ne conduit pas à l'annulation de l'opération administrative à laquelle elle appartient vu qu'il est indépendant de celle-ci. La théorie des décisions administratives distinctes revêtent un caractère positif opérationnel et pratique notamment dans la protection des droits de tout ayant-droit au recours contre la décision administrative distincte même si l'opération administrative n'est pas achevée.

Mots-clés : décision administrative distincte, contrat, annulation, système judiciaire complet.

abstract

The separate administrative decision is a decision which exists in the complex administrative operation, the action for cancellation against it is allowed as it is a final and independent decision, its cancellation does not lead to the cancellation of the operation Administrative authority to which it belongs because it is independent of it. The theory of distinct administrative decisions has positive operational and practical advantages, in particular in protecting the rights of any person entitled to appeal against the separate administrative decision even if the administrative operation is not completed.

Keywords: separate administrative decision, contract, cancellation, complete legal system.