الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

ميدان: الحقوق

تخصص: قانون إداري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

بعنوان

القرارات الإدارية المنفصلة

إعداد الطلبة

- دبش عماد الدين
- مزعاش دنيا

اشراف الاستاذ

د. والي عبد اللطيف

د. وافي السعيد أستاذ محاضر أ	**جامعة المسيلة**	**رئيسا**
د. والي عبد اللطيف أستاذ مخاضر-أ	**جامعة المسيلة**	**مقررا**
د دحية عبد اللطيف – أ-	**جامعة المسيلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية 2022/2021

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ماي 27 .....
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): د بثنن عماد الدين ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث ..... طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200365923 والصادرة بتاريخ 2016/04/25 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).

عنوانها: القرارات الإدارية المنفصلة .....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 24 جوان 2022

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: عماد الدين اللقب: دبش

اسم الأب: محمد اسم ولقب الأم: حمادي خديجة

تاريخ الازدياد: 19 جوان 1994 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0665320647

البريد الالكتروني: debech.122imad@hotmail.com

العنوان الشخصي: حي 300 مسكن الغوفية بالمسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 10,52 الشعبة/التخصص: آداب وفلسفة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2016

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون عام الدفعة/سنة التخرج: 2019

الماستر:

تخصص الماستر: قانون اداري الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ديسمبر 27 .....
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): مزهاش دنيا ..... الصفة: طالب. أستاذ. باحث طالب .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200387172 والصادرة بتاريخ 26 أفريل 2016 .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق .....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).

عنوانها: القرارات الإدارية المنفصلة .....

.....

أصرح بشرفي أني التزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2022/05/21

توقيع المعني (ة)

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: دنيا اللقب: مرعاشي

اسم الأب: عمار اسم ولقب الأم: نورة السعيدي

تاريخ الازدياد: 1997/02/13 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0659821590

البريد الالكتروني:

العنوان الشخصي: حي 60 مسكن بالمسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 12,38 الشعبة/التخصص: تسيير واقتصاد سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 2017

الليسانس:

تخصص الليسانس: قانون عام الدفعة/سنة التخرج: 2020

الماستر:

تخصص الماستر: قانون اداري الدفعة/ سنة التخرج: 2022

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: ☐ عاطل عن العمل: ☒

في حالة موظف:

وظيف عمـــومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

إهداء

نحمد الله سبحانه و تعالى على أن مكننا من إتمام هذا العمل

سائلين الله عز وجل النفع

العام و أن يكون عملا خالصا لوجهه الكريم

نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف

والي عبد اللطيف

على ما بذله من جهد في النصح و التوجيه و المتابعة لهذا البحث

إلى من أفنوا عمرهما و طاقتهما من أجل راحتنا و سعادتنا والدينا إلى التي كانت دعواتهما سببا في نجاحنا والدتينا أطال الله في عمرهما.

مقـــدمة

مقدمة:

إن الإدارة عند مباشرتها لأي نشاط تقوم بعدة تصرفات قانونية و من بين هذه التصرفات التي تلجا إليها الإدارة هي العقود الإدارية.

ويعتبر العقد الإداري عمل قانوني انفرادي صادر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة و يحدث أثار قانونية بالنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم.

أما القرار الإداري المنفصل هو قرار متواجد في عملية إدارية مركبة و الطعن ضد بالإلغاء جائز لكونه قرار نهائي و قائم بذاته و إلغاءه يؤدي إلى بطلان العملية الإدارية و عليه فالقرارات القابلة للانفصال هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل أي ينطبق عليها تعريف القرارات الإدارية المنفصلة فهي تعبير من جانب الإدارة بمفردها بما لها من سلطات وفقا لقوانين و اللوائح لإحداث اثر قانوني معين سواء إنشاء مركز قانوني جديد أو بالتأثير على هذا الأخير بالتغيير أو التعديل أو حتى الإلغاء كلية و هو تصرف قانوني صادر من إحدى السلطات أو الإدارات أو الهيئات بصفتها الإدارية في موضوع إداري بطبيعته فيما يهم هو مدى انطباق هذا التعريف على الأعمال محل البحث و في ظل العمليات التي يمكن أن تحتوي على هذه القرارات نتطرق إلى فكرة العقد و القرارات الإدارية المنفصلة المتواجدة ضمن المراحل التي يمر بها،حيث أن للقرار الإداري المنفصل حتى و ان كان يساهم في تكوين عملية قانونية مركبة إلا انه قرار انفرادي يمكن فصله عن العملية و الطعن فيه بالإلغاء استقلالا و طبقت هذه النظرية عدة ميادين و اتبعنا من خلال البحث مناهج علمية كالمنهج التاريخي ذلك بالعودة إلى نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة كذلك المنهج المقارن و عليه نطرح الإشكالية التالية : ماهية القرار الإداري المنفصل؟ و كيف يمكن تمييزه عن القرارات الإدارية الغير منفصلة؟ و كيفية تمكين الرقابة على هذه القرارات و عليه نقوم بدراسة هذه النقاط و التفصيل فيها من خلال فصلين، الفصل الأول نتناول فيه ماهية

القرارات الإدارية المنفصل أما الفصل الثاني فنتحدث فيه عن محاولة البحث عن معيار عام لتحديد القرار المنفصل.

الفصل الأول: ماهية القرارات الإدارية

الفصل الأول: ماهية القرارات الإدارية

العملية الإدارية المركبة هي ذلك النشاط الذي تكون الإدارة طرف فيه ، والمتضمن عدة قرارات إدارية،والتي كانت هذه الأخيرة قبل اعتناق نظرية القرارات المنفصلة تشكل جزءا لا يتجزأ أي متداخلة فيما بعضها البعض وتشكل بنيانا واحدا و بالنتيجة لا يقبل فصل أي واحد منها بغرض الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء. هذا ما كان يعرف بنظرية الكل غير قابل للتجزئة وبعد ظهور نظرية القرارات الإدارية المنفصلة استطاع كل من له مصلحة وتضرر من قرار إداري الطعن في تلك القرارات التي كانت تشكل جزء لا يتجزأ داخل العملية.وبالنتيجة الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء وبالتالي يتساءل الباحث على الأساس الذي بنيت عليه نظرية الكل غير قابل للتجزئة، و لماذا نظرية القرارات الإدارية المنفصلة؟ وهذا ما يتعرض عليه المبحث الأول. ولما كانت الإدارة عند اتخاذها للقرارات قد تكون هذه الأخيرة مما تقبل الإنفصال أو من القرارات الغير قابلة للإنفصال ، فمن الضروري البحث عن معيار لتحديد هذه القرارات الإدارية المنفصلة و هذا ما يعالجه المبحث الثاني.

أولا : نشأة القرارات الإدارية المنفصلة :

لقد سادت في فرنسا خلال القرن التاسع عشر فكرة مفادها أن جميع القرارات التي تساهم في تكوين العقد تحتفظ بذاتيها المستقلة حتى لحظة إبرامه ،فإذا تم إبرام العقد تفقد هده القرارات الإدارية استقلاليتها و تذوب في العقد الذي تم إبرامه ،و بدلك فإنها تشكل مع هدا العقد باعتباره التصرف الرئيسي تصرفا كليا غير قابل للتقسيم أو كلا لا يتجزأ و بالتالي إذا كان يمكن قبول دعوى تجاوز السلطة ضد هده القرارات التي تساهم في تكوين قبول الإدارة قبل إبرام العقد فان هده الدعوى تستبعد ضد هده القرارات نفسها اذا ما تمت عملية إبرامه لأن إثارة الدعوى ضد هده القرارات يعتبر وفقا لمنطق نظرية الإدماج إثارة لدعوى تجاوز السلطة ضد العقد في كليته.[1]

و كان القضاء يبني عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العملية المركبة على فكرتين أساسيتين هما:

1/- الدفع بوجود الدعوى الموازية :

و مؤداه لا يقبل الطعن بالإلغاء اذا وجد طريق قضائي أخر للطعن أي دعوى موازية يمكن أن تؤدي إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء لأن هده الأخيرة دعوى احتياطية لا يلجأ إليها إلا في الحالات التي لا يمكن فيها اللجوء إلى طعن أخر لدلك اشترط مجلس الدولة الفرنسي لقبول دعوى الإلغاء ضد قرار إداري منفصل عدم وجود طريق أخر للطعن الموازي.

و من ثم اذا وجد مثل هدا الطريق أمام الطاعن فعليه أن يسلكه ولا يسلك طريق الطعن بالإلغاء و إن حدث و سلك طريق الطعن بالإلغاء يقضي مجلس الدولة بعدم قبول الطعن لوجود طريق أخر للطن الموازي و كان الهدف من دلك هو التخفيف عن عاتق الدولة الذي اكتظ بالقضايا نتيجة التيسيرات التي أحاط بها المشرع الفرنسي دعوى الإلغاء نذكر على سبيل المثال الإعفاء من شرط الرسوم و وساطة المحامي[2].

بمعنى أخر بعد إبرام العقد يوجد طريق قضائي أخر للطعن أمام قاضي الطعن و من ثم الطعن في القرار الذي ساهم في تكوين التعبير عن إرادة الإدارة أمام قاضي العقد الذي سيسحب بدوره أثار عدم مشروعية هدا القرار على الوجود القانوني للعقد نفسه و لكن هده الدعوى إذا كانت تصلح بالنسبة لأطراف العقد الذي يحق لهم طرق باب محكمة قاضي العقد فإنها لا تنطبق على مركز الغير المضار و صاحب المصلحة في إلغاء مثل هدا القرار اذ لا يحق له أن يثير الدعوى أمام قاضي التحقيق لأنه يعد من الغير ولا علاقة له به وفقا لمبدأ نسبية أثار العفو[3].

2/- احترام وجود حقوق مكتسبة :

و يقصد بفكرة احترام الحقوق المكتسبة هو انه بمجرد إبرام العمل المركب و صيرورته نهائيا لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المساهمة في تكوينه و المداخلة في بنيانه و هذا نتيجة ما تولد عن العملية المركبة من حقوق مكتسبة لأطرافها و أن إلغاء القرارات المرتبطة بهده العملية من شانه المساس بهده الحقوق.

و عليه تصبح القرارات نهائية و محصنة ضد السحب أو الإلغاء بمجرد أن تتبعها عقود أو قرارات تنشا حقوقا مكتسبة حتى ولو كان موعد الطعن بالإلغاء مزال ممتدا على أساس أن

ههذه القرارات تتحد مع العمليات القانونية و تندمج معها مكونة وحدة لا تقبل التجزئة و المساس بهذه القرارات يتضمن المساس بالعملية القانونية و ما تولد عنها من حقوق.[4]

المطلب الأول : تعريف القرارات الإدارية المنفصلة :

ابتكر مجلس الدولة الفرنسي مطلع القرن العشرين نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ، فقسم القرارات الإدارية المرتبطة بالعقد إلى قسمين مختلفين في طبيعتهما، فالأول لها طبيعة عقدية بحثه والثانية تتوافر فيها صفات وأركان القرارات الإدارية، فهذه الأخيرة وان كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلا أن لها من الاستقلالية ما يسمح بفصلها عن العقد الإداري[5].

إن القرارات الإدارية المنفصلة كانت محل اهتمام بعض فقهاء القانون، فحاول البعض وضع تعريف لها، لذا سنعرض أولا تعريف الفقه القانوني ومن ثم نعرض ثانياً تعريف القضاء.

أولا – تعريف الفقه للقرارات الإدارية المنفصلة:

تعددت التعريفات لدى فقهاء القانون فمنهم من عرفها بأنها "جميع القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بإرادتها المنفردة والتي يتوقف عليها إبرام العقد أو تصاحب إبرامه[6].

بينما عرفها البعض الآخر بأنها " القرارات الإدارية التي يتوقف عليها إنشاء العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، أو تلك القرارات الإدارية التي تصاحب انعقادها[7].

وعرفت أيضا "بأنها هي القرارات التمهيدية والسابقة على إبرام العقد الإداري ويترتب عليها إبرامه من عدمه.[8]

وأضاف البعض تعريفاً فقال بأنها " تلك القرارات التي تصدر عن الجهة الإدارية بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية التي يتعين إبرام العقد، أو تلك القرارات التي تصاحب انعقاده.[9]

وعرفت بأنها " تلك القرارات التي تسهم في تكوين العقد والتي هي بطبيعتها تنفرد عنه وبالتالي يجوز الطعن فيها بالإلغاء.[10]

وعرفت أيضا "إنها قرارات إدارية متصلة بعملية مركبة يمكن فصلها عنها لتكون محلاً للطعن بالإلغاء. [11]

والبعض الآخر يعرفها بأنها "قرارات إدارية تكون جزءاً من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري بناءاً على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد.[12]

ويضيف البعض بأنها "تلك الإعمال الإدارية المنفصلة والقابلة للانفصال، ذاتياً أو موضوعياً عن العملية الإدارية القانونية.[13]

وقد عرفها البعض أيضا بأنها " قرارات إدارية يلزم من وجودها وجود العملية المركبة، وذلك بقوة القوانين والتشريعات، وهي خارجة عن ماهية العملية المركبة، بحيث يمكن فصلها استقلالاً عنها والطعن عليها بدعوى الإلغاء.[14]

ويكتفي هذا الأخير بوصف القرارات الإدارية المنفصلة بأنها "قرارات مرتبطة بالعملية المركبة وتتخذ خلالها، وتكون بصدد عملية مركبة في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على اتخاذ عدة قرارات أخرى تكون ضرورية ولازمة لإصدار القرار النهائي[15].

ثانيا – تعريف القضاء للقرارات الإدارية المنفصلة : رغم أن القضاء الفرنسي هو من ابتكر نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية[16]، إلا انه لم يضع تعريفاً محدداً للقرارات الإدارية المنفصلة، فاكتفى بالتطبيقات التي قادت البعض إلى استخلاص تعريفاً منها[17].

أما القضاء المصري فقد صاغ تعريفاً للقرار المنفصل وعرفه بأنه هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا انه ينفصل عن العقد ويختلف عنه في طبيعته الأمر الذي يجعل الطعن علية بالإلغاء جائزاً [18].

أما القضاء الليبي فقد سار مسار القضاء الفرنسي ولم يرد في أحكامه الخاصة بالقرارات المنفصلة تعريفاً جامعاً وخاصاً بالقرارات المنفصلة، رغم انه في حكم للمحكمة العليا و ضع تعريفاً للقرار الإداري بصفة عامة، يقول فيه إن " القرار الإداري الذي يقبل الطعن فيه أمام قضاء الإلغاء هو كل ما تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بإحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً[19].

و نجد البعض الآخر عرفها كالأتي :

فعرفها الأستاذ عبد الحميد حشيش على أنها : " قرارات إدارية تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري بناءا 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.[20]

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 ملزمة طبقا للقوانين و اللوائح ، لإحداث أثر قانوني معين ، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو التأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير أو التعديل أو حتى الإلغاء كلية ، 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.[21]

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 مكتمل و نهائي في حد ذاته. أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ، و دون أن يؤثر على ميلان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية الموجودة من ورائها ، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية.[22]

أما الأستاذ عمار بوضياف فقد عرفها على أنها : " القرارات التي تصاحب أعمالا إدارية أخرى ، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لصدوره (العقد) مع وجود صلة ارتباط بينهما".[23]

أما الأستاذ عمار عوابدي فعرفها كالآتي : "القرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات التي لا تصدر قائمة بذاتها ، و مستقلة عن عمل قانوني آخر ، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة

لأعمال إدارية أخرى ، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبط به.[24]

وبعد عرض كل هذه التعريفات يمكن القول بان القرارات الإدارية المنفصلة هي التي يسمح بموجبها للغير الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة كمرحلة تمهيدية لإبرام العقد الإداري، أمام دوائر القضاء الإداري.

النظام القانوني لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة :

إن القرارات الإدارية المنفصلة هي التي يتوقف عليها إنشاء العقود الإدارية، والتي تكون الإدارة طرفاً فيها، فجميع القرارات التي تصدر من جهة الإدارة وتتعلق بالعقد قبل إبرامه وكانت الإدارة طرفاً فيها هي قرارات منفصلة.[25]

أما القرارات المتصلة هي قرارات تصدر من جهة الإدارة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه مثل قرارات الجزاءات المالية أو فسخ العقد، وينعقد الاختصاص القضائي فيها لقاضي العقد، ولا يجوز للغير الطعن فيها.[26]

وللحديث عن النظام القانوني سنتحدث أولاً عن الأساس القانوني لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة ومن ثم سنتحدث ثانياً عن شروط تطبيق هذه النظرية.

أولا - الأساس القانوني لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة : نجد أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية في مجلس الدولة الفرنسي، حيث ظهرت هذه النظرية منذ سنة 1903م في أحكام لمجلس الدولة وتتبع القضاء المصري مسار القضاء الفرنسي، فأخذ مجلس الدولة المصري بهذه النظرية منذ نشأتها[27].

وقد نص القضاء الليبي على هذه النظرية في العديد من أحكامه[28] حيث تقول المحكمة العليا في حكم لها (من المقرر في قواعد القانون الإداري أن تعليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام أي عقد من العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها مؤداه أن القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرار لجنة فحص العطاءات وقرار لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة

عن العقود ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة كما يمكن المطالبة بالتعويض عن الإضرار المترتبة عليها أن كان لهذا التعويض محل)[29].

أنه وبهذا الحكم نجد الأساس القانوني لتطبيق نظرية القرارات المنفصلة في العقود الإدارية ، فأشار هذا الحكم إلى أن العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد والذي تكون الإدارة طرفاً فيه مثل قرار إرساء المناقصة هي قرارات إدارية منفصلة عن العقود الإدارية ، فهي قرارات سابقة على الإبرام .

و بناء عليه فإن القضاء الليبي سار مسار القضاء الفرنسي والمصري واعتبر العملية التعاقدية عملية مركبة تتكون من قرارات إدارية تسبق أو ترافق أبرام العقد الإداري ، وقرارات إدارية مندمجة في العقد وهي القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد[30].

إن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة هي نظرية عامة تسري على كافة العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، سواء كانت هذه العقود من اختصاص القضاء الإداري أو من اختصاص القضاء المدني ، إلا انه يجب الإشارة بأن هذه النظرية قررت في الأساس لصالح الغير الذي ليس طرفاً في العقد.[31]

ثانياً - شروط تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة : يتطلب تطبيق

نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية عدة شروط وهي :

– أن يكون القرار الإداري المنفصل قراراً إداريا.

فالقرارات المنفصلة في حقيقتها قرارات إدارية تخضع لكافة شروط وأركان القرار الإداري، لأنها عملٌ قانونيٌ صادرٌ من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة بناءً على قوانين ولوائح مؤثرة بالمركز القانوني[32].

فيجب أن تتوافر في القرار المنفصل كل أركان القرار الإداري وذلك بأن يكون عملاً نهائياً يحقق آثار قانونية جائزة وممكنة وبالشكل الذي حدده القانون لأسباب وغاية مشروعة[33].

– أن يكون القرار الإداري مرتبط بعملية قانونية مركبة .

إن القرارات المنفصلة هي قرارات متصلة بسلسلة من القرارات التمهيدية والأعمال المادية التي تشكل في مجموعها عملية قانونية متكاملة[34] ، فجميع القرارات التي تصدر من جهة الإدارة ومتعلقة بعقد وتكون الإدارة طرفاً فيه تعتبر قرارات إدارية منفصلة[35]، وبذلك يكون القرار المنفصل هو قرار سابق على إبرام العقد الإداري[36].

– أن يقدم الطعن في القرار من غير المتعاقد.

إن نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية قررت أساساً لصالح الغير، فهم وحدهم الذين يجوز لهم الاستفادة من هذه النظرية والطعن أمام القضاء في القرارات المنفصلة[37]، والمقصود بالغير في هذا الموضع هو الشخص الذي ليس طرفاً في العقد الإداري[38].

ونخلص بأن القرارات الإدارية المنفصلة هي قرارات تصدر من جهة الإدارة كإجراء تمهيدي لعقد عقد تكون الإدارة طرفاً فيه .

ونجد الأساس القانوني لمثل هذه القرارات في الأحكام الصادرة من القضاء، بتوافر شروط و هي :

1 – أن يكون القرار الإداري المنفصل قراراً إدارياً بمفهومه العام وشامل لكافة أركان القرار الإداري.

2 – أن يكون القرار الإداري مرتبط بعملية قانونية مركبة ، وصادر كإجراء تمهيدي لعقد إداري.

3 – أن يكون تطبيق هذه النظرية لصالح الغير والذي ليس طرفاً في العقد.

ثالثا : شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل

إن القرارات الإدارية المنفصلة مثلها مثل القرارات الإدارية العادية و من ثم يتعين لقبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري القابل للانفصال عن العملية المركبة توافر شروط معينة[39]. و تتمثل أساسا في الشروط الشكلية و الموضوعية ذلك موضوع الفقرتين المواليتين.

1/الشروط الشكلية :

و يقصد بالشروط الشكلية مجموعة الشروط الواجب توافرها حتى تتمكن الجهة القضائية المختصة بدعوى الإلغاء من أن ينعقد لها الاختصاص و من ثم قبول النظر و الفصل فيها من الناحية الموضوعية[40]، و تخلف أي شرط من الشروط يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا و بالتالي عدم التعرض للموضوع.

و تتمثل الشروط الشكلية فيما يلي: الشروط المتعلقة برافع الدعوى –الشروط المتعلقة بالقرار الإداري المنفصل محل طعن بالإلغاء – شرط التظلم – شرط الميعاد – ذلك ما سنفصل فيه في الجزيئات التالية .

أ/– الشروط المتعلقة برافع الدعوى (صفة و مصلحة الطاعن في دعوى إلغاء القرارات المنفصلة).

–لا يقبل القاضي المختص دعوى الإلغاء إذا لم يكن رافع الدعوى حائزا لصفة و مصلحة كشروط شكلية لقبول أي دعوى.بالإضافة إلى أهلية التقاضي كشرط موضوعي[41].

– تطبيقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

– الصفة:هي الحق في المطالبة أمام القضاء أو القدرة القانونية على رفع الالقضاء.م القضاء و المثول أمامه.أما المصلحة فهي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية اللجوء إلى القضاء.إذ تشكل المنفعة الدافع من وراء رفع الدعوى و الهدف من تحريكها[42].

لكن يثار التساؤل التالي : من له صفة الطاعن في دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ؟

لقد كان مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر يرفض فصل القرارات التي تصدرها جهة الإدارة خاصة تلك التي تدخل في منطقة تنفيذ العقد أيا كانت صفة الطاعن استنادا إلى فكرة الدعوى الموازية.حيث يملك المتعاقد مع الإدارة دعوى العقد و استنادا إلى نسبية أثار العقود بقصر أثارها على أطرافه دون غيرهم.[43]

و بغية مسايرة قواعد العدالة و الإنصاف .اضطر مجلس الدولة الفرنسي إلى تغيير وجهة نظره لما قد يكون للمتعاقد و الغير من مصلحة شخصية في اللجوء إلى قضاء الإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد و كانت باكورة مجلس الدولة الذي ارسي فيه التطور السابق الذكر بتاريخ 24 أفريل1964 [44] حيث دأب من هذا التاريخ في قبول دعاوي الإلغاء التي يرفعها الغير ضد جميع القرارات الإدارية المنفصلة سواء كانت متعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه.

صفة الطاعن كمتعاقد مع الإدارة . يذهب غالبية الفقه إلى القول أن المتعاقد ليس أمامه إلا سبيل واحد و هو قاضي العقد .لأن هذا الأخير سيحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد و بالتالي إذا حاول هذا المتعاقد طرق باب قضاء الإلغاء فسيواجه بالدفع المبني على فكرة الدعوى الموازية.

و على خلاف ذلك نحى مجلس الدولة الفرنسي منحى آخر عبر عليه الفقيه دي لوبادير بقوله إن قضاء مجلس الدولة لا يؤيد الرأي السابق لأنه سمح للمتعاقد أن يطعن في القرار المنفصل بدعوى الإلغاء بشرط وجود المصلحة في الدعوى من جانب المتعاقدين فالمتعاقد ليس له مصلحة –على سبيل المثال–في الطعن بقرار إرساء مناقصة استفاد منها حتى ولو نكل عن تنفيذ العقد بعد ذلك و هذا ما أكده الأستاذ جيز " ... أن العارض الذي رست عليه المناقصة لا يمكن أن يطلب إلغاء قرار الإرساء لان هذا القرار لم يهدر له حقا و بالتالي فلا مصلحة له ولا صفة ...".

– صفة الطاعن باعتباره من الغير : و نعني بالغير كل طرف خارج عن العقد إلا أن له مصلحة مشروعة في إلغاء القرار المنفصل في العملية التعاقدية التي تقوم بها الإدارة و يقبل منهم الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات التي تساهم في تكوين العقد طبقا لنظرية القرارات المنفصلة عن العقد متى كانت لهم مصلحة مباشرة شخصية في الطعن[45].

يتحدد الإطار العام لمصلحة الغير في رفع دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل من خلال الاشتراك المطروح و عليه لا تقبل الدعوى بسبب انعدام المصلحة بين المتعهدين الذين لم يشتركوا في الإجراء الذي تمت به الدعوة إلى المنافسة حتى و لو دفعوا بمصلحتهم المحتملة فيما لو أن العقد قد ابرم بشكل مشروع أما الذين استبعدوا دون وجه حق فان لهم مصلحة و من ثم صفة إثارة الدعوى كما ولا تقبل الدعوى ضد القرار المنفصل من جانب المتعاقدين

من الباطن إذ لا علاقة لهم بالإجراءات المتعلقة بالعقد الأصلي المبرم مع المتعاقد الأصلي[46].

ب/- الشروط المتعلقة بالقرار الإداري المنفصل محل الطعن بالإلغاء .

لقد تضمنت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة للانفصال شرطين أساسيين لقبول دعوى إلغاء القرار المنفصل عن العقد و يتمثل الشرط الأول في وجوب توجيه الدعوى ضد القرار المنفصل و ليس ضد العقد ذاته في حين يتمثل الشرط الثاني في أن يكون القرار محل الدعوى مما يقبل الانفصال عن العقد[47]. كلها شروط نوضحها في النقاط الجزئية تباعا.

-أن توجه الدعوى ضد القرار الإداري المنفصل : تقوم القاعدة الكلاسيكية المستقرة لدى القضاء الإداري في فرنسا على انه لا يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته إذ يؤكد مجلس الدولة الفرنسي على أن الخصومات المتعلقة بالعقود في حد ذاتها لا تصلح بحكم طبيعتها لان تكون موضوعا لدعوى تجاوز السلطة .و هو ذات الموقف الذي اعتمده القضاء الإداري في مصر .حيث قررت محكمة القضاء الإداري أن العمل القانوني الذي يصلح أن يكون محلا لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن إرادتها المنفردة .و ليس العقد الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر[48]. و في هذا السياق يقول سليمان الطماوي ".. ذلك لان من شروط قبول الدعوى أن توجه ضد قرار إداري .ولا يمكن أن توجه ضد عقد من العقود .لان العقد توافق بين إرادتين بينما القرار الإداري هو تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة .."[49].

و من ثم يتمتع القرار الإداري القابل للانفصال بنفس خصائص القرارات الإدارية بمفهومها القانوني[50]. و تعرف هذه الأخيرة بأنها :"عمل قانوني من جانب واحد . يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة و يحدث آثار قانونية[51] بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم.[52]

إن أهم خاصية يتميز بها هذا القرار الإداري-الذي هو محل دراستنا-هو أن يكون مما يقبل الإنفصال عن العقد ذلكم هو موضوع الفقرة الموالية.

-أن يكون القرار محل الدعوى قابلا للانفصال عن العقد : و معناه أن يكون القرار الذي يقبل الانفصال تنفيذيا و قابلا لان يكون محلا لدعوى الإلغاء ولا فرق في أن يكون العقد الذي يتصل به هذا القرار عقدا إداريا أو أن يكون من العقود التي تبرمها الإدارة في ظل

قواعد القانون الخاص.و من صور القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري[53] نذكر على سبيل المثال: قرار استبعاد عرض أحد الراغبين في التعاقد لعدم استيفائه للشروط القانونية،فمثل هذا القرار يمكن الطعن فيه بالإلغاء باعتباره يؤثر في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد.القرارات المتعلقة باختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة و غيرها من القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العملية المركبة[54].

ج/- شرط التظلم : و يقصد بالتظلم الإداري أن يقوم صاحب الشأن الذي صدر القرار في مواجهته بتقديم التماس إلى الإدارة يطلب فيه إعادة النظر في قرارها الذي سبب له أضرارا بمركزه القانوني لكي تقوم بتعديله أو سحبه و التظلم أنواع :

- التظلم الولائي : و في هذه الحالة يقدم التظلم إلى من اصدر القرار سواء كان فردا أو هيئة.

- **التظلم الرئاسي** : و يتحقق هذا النوع من التظلم عندما يقدم إلى الجهة الإدارية الرئاسية للإدارة التي أصدرت القرار.

يتيح المشرع من وراء إيجاد هذا النتظام الفرصة للأفراد كي يتظلموا إلى الإدارة قبل التوجه إلى القضاء،مما يفسح لها المجال لإعادة النظر فيما أصدرته من قرارات،بسحبها أو تعديلها إذا ما ثبت لديها صحة التظلم المقدم،و بمثل هذا الإجراء يوضع حد للمشكلة كي لا تتطور إلى نزاع قضائي،و في هذا توفير للوقت و الأعباء و النفقات الزائدة و المرهقة و المكلفة[55]
و لكن السؤال المطروح: هل التظلم اختياري أم إجباري في مجال الصفقات العمومية؟

تنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 05 .247 [56] على ما يلي:" زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد أن يحتج على المنح المؤقت للصفقة... ، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة....."

و يعتبر هذا بمثابة طعن إداري في عملية منح الصفقة العمومية،إذ يتم أمام لجان ذات طبيعة إدارية،و بالتالي فإن الطعن السبق أمام لجان الصفقات لا يعد إجراءا إلزاميا قبل اللجوء إلى القضاء بل اختياري و ذلك على أساس كلمة "يمكن" إذ يمكن للمتعهد الطعن مباشرة أمام القضاء الإداري قاضي الإلغاء لا قاضي العقد[57]، و هو ما أكد عليه مجلس

الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2005/06/07 حيث اعتبر التظلم مجرد اختيار و ليس إلزاما.[58]

د/- شرط الميعاد في دعوى الإلغاء: الميعاد هو الأجل الذي يحدده القانون لإجراء عمل قانوني معين وله صورتان :

-الصورة الأولى : هي أن يحدد القانون الميعاد الذي يجب أن يتم العمل خلاله فإذا انقضى هذا الأجل امتنع إجراء العمل و يتمثل هذا النوع في المواعيد في الطعن في القرارات الإدارية و الطعن في الأحكام القضائية.

الصورة الثانية : و هي أن يتطلب القانون القيام بإجراء معين قبل رفع الدعوى و في هذه الحالة يتعين إتمام الإجراء قبل انقضاء هذا الأجل صراحة أو ضمنا قبل رفع دعوى الإلغاء و صورته التظلم الإداري[59].

و بالرجوع إلى القانون رقم 09/08 نجد أن المشرع الجزائري قد حدد آجالا للدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية[60] بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي للقرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي،أما التظلم فهو جوازي.كما سبق تبيانه سابقا، و هنا توظف قاعدة الخاص يقيد العام إذ يأخذ التظلم بالمواعيد الواردة في المرسوم الرئاسي 247/15 السالف ذكره.[61]

2/- الشروط الموضوعية (أوجه المشروعية التي يمكن إثارتها) :

و تتمثل هذه الشروط في أسباب و حالات الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة و هي ما يطلق عليها "عيوب القرار الإداري" مع الإشارة إلى أن هذه الشروط لا تعتبر شروطا لرفع دعوى الإلغاء و إنما هي شروط لقبولها[62].إذ يتم إلغاء القرار الإداري المنفصل بناءا على أسباب ترجع إلى عدم المشروعية الداخلية و الخارجية.[63]

أ/- عدم المشروعية الخارجية : نكون أمام حالة عدم المشروعية الخارجية إذ تم الطعن في القرار الإداري انطلاقا من ركن الاختصاص أو ركن الشكل و الإجراءات.

-عيب عدم الاختصاص : و يراد بعيب عدم الاختصاص عدم القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين نظرا لصدوره من هيئة أخرى[64]، و من هنا فهذه القواعد من صميم عمل المشرع.

- إن القرار القاضي بإبرام الصفقة العمومية هو قرار منفصل.فإذا تخلف ركن الاختصاص فيه .و صدر من غير المختص قانونا بذلك كان مشوبا بعيب عدم الاختصاص و بالتالي يكون محلا للإلغاء[65].

- عيب مخالفة ركن الشكل و الإجراءات في القرار الإداري المنفصل : و يقصد بالشكل إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقا للشكل المحدد قانونا و الأصل أن الإدارة غير ملزمة بشكل معين عند إصدارها للقرار الإداري ما لم يقرر الدستور أو القانون عكس ذلك[66]، حيث يفترض في القرار الإداري المنفصل انه يصدر وفقا لشكليات معينة ككتابته في وثيقة و التوقيع عليه وإبلاغ المخاطبين به.

ومن أمثلة الإجراءات التي تسبق صدور القرار الإداري الإجراء الاستشاري،أو احترام مواعيد إصداره.

-إعلان طلب العروض في الجرائد اليومية لتلقي العروض،فإذا تخلف أي إجراء من الإجراءات الجوهرية كان القرار معيبا بعيب في الإجراءات،و بالتالي يكون محلا للطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري.[67]

ب/- عيب المشروعية الداخلية.

يكون القرار الإداري المنفصل مشوبا بعيب المشروعية الداخلية .إذا أثيرت أمام القاضي الإداري مسائل تتعلق بجوهر القرار الإداري المطعون فيه من حيث المحل السبب أو ركن الهدف[68].

-ركن المحل : لكي يكون محل القرار الإداري صحيحا ، ينبغي أن يكون موافقا للقانون و قابلا للتنفيذ ، و بذلك يعد القرار الإداري معيبا إذا ما كان محله مخالفا للقانون.

– ركن السبب : فالسبب هو الحافز و الدافع المادي لإصدار القرار الإداري و عليه فاذا صدر القرار الإداري دون استناده إلى سبب صحيح فان القرار يكون معيبا بعيب السبب و من ثم يكون قابلا للإلغاء من طرف القاضي الإداري.

– ركن الهدف : هو الأثر البعيد و النهائي الذي تستهدفه الإدارة من تصرفاتها القانونية و قراراتها الإدارية و من ثم يجب أن تستهدف القرارات المتخذة من قبل الإدارة تحقيق الصالح العام و يعتبر عملا غير قانوني كل عمل تقوم به الإدارة لتحقيق مصلحة شخصية و من ثم يكون مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة يستدعي إلغاءه من طرف القاضي الإداري[69].

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 حاجزا 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 MAURICE Hauriou و JEZE وVIDEL DELAUBADERE .

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 استنادا إلى القاعدة الإجرائية المجالات التي يمكن أن تفتح الباب لطعن القضاء الكامل أو كل طعن آخر يرجع لاختصاص محكمة أخرى غير قاضي الإلغاء .

ثانيا – الأستاذ de LAUBADERE عرف الأستاذ القرارات الإدارية المنفصلة على أنها (قرارات منفردة تقبل الطعن مباشرة ، أي يمكن تقرير مشروعيتها استقلالا عن أساسها ومصدرها)[70].

إلا أنه وبعد حديثه عن الطعن الموازي يفهم انه 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 أيضا توزيع الاختصاصات بين مختلف المحاكم، خاصة إذا كان قاضي الدعوى الموازية هو القاضي العادي . و كذلك الأخذ بعين الاعتبار نتائج الطاعنين المتنافسين فإذا كانت دعوى الإلغاء غير مقبولة تقليديا 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[71].

ثالثا– العميد G.VEDEL

يأخذ العميد فيديل بعين الاعتبار المحتوى النظري لعدم القبول المترتب على وجود الدعوى الموازية،وكذا الأسباب التاريخية التي عللت نشأتها فإنه لا يتطرق للقواعد التقليدية للنظرية إلا بعد التساؤل عما إذا كان إصلاح 1953 لا يزال يترك لها حظوظَا للبقاء،ولكنه تناول مستقبل استثناء الدعوى الموازية ويؤكد على أن أهمية عدم القبول الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل تبقى قائمة[72].

رابعا– 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.[73]

خامسا– 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 لهذا القرار،إن هذا القرار الأخير كان من أجل تنفيذ العقد ففي الواقع و من 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 عدم القبول المستخلص من الدعوى الموازية هو أننا أمام قرارات منعزلة، وبالتأكيد أنها تشكل جزءا من العملية، فهي بذلك ليست مدمجة إحداهما 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 قائلا(من المؤكد بأن قراراتنا تجسد تراجعا لعدم القبول، وتوسعا جديدا لقبول دعوى الإلغاء).[74]

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،إلا أن التمييز بين أنواع القضاء كان ولا يزال يدافع عليه بواسطة استثناء الدعوى الموازية،ذلك لصعوبة التخلي عن مفهوم يعتبر بنيويا.

سادسا– JEZE GASTON

في ملاحظاته على قرار Martin يبدو أنه يقيد الدلالة الحقيقية للنظرية الجديدة وكان قوله كالآتي:"(...من المتوخى أن لا يقوم الاجتهاد القضائي بهذا التمييز فبإمكانية الطعن المباشر بإلغاء 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).[75]

يقوم الفقيه JEZE بتحليلاته انطلاقا 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 نهائيا ،لا يكون أبدا حاجزا أمام دعوى الإلغاء الموجهة ضد هذا القرار مهما تكن صفة الطاعن).[76]

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 عقد خاص من عقود الإدارة أو عقد إداري، فإن الطعن فيها يكون أمام القضاء الإداري بطبيعة الحال، باعتباره جهة الاختصاص العام في قضاء الإلغاء.[77]

يذكر العميد سليمان محمد الطماوي وفي مجال العقود نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ومكنت 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.

ثانيا-الأستاذ Raphael Alibert

يعود الفضل للأستاذ بطرح وبكل وضوح المبادئ التي تحكم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ولكن لم تسمح له الفترة بالنظر في القرارات المنفصلة وهجرا كليا النظرية التقليدية للدعوى الموازية،واعتبار هذه الأخيرة كتطبيقا لنظرية التمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات. ومع ذلك يعالج مشكل الدعوى الموازية بالنظر إليها فقط من زاوية الانفصال. إذ يرى أنه:(غالبا ما يشكل قرار إداري ما جزءا من عملية واسعة، والنزاع بخصوص مشروعية هذا القرار ليس إلا عنصرا من نزاع كامل يجب أن يكون عادة أمام محاكم متنوعة، و مقارنة معه لا يكون لإلغاء قرار منعزل إلا أهمية ضعيفة... هل يمكن أن تفصل 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 جزء 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.

ومن الواضح أن الأستاذ لا ينظر إلى تطبيقات الدعوى الموازية إلا لوضع مفهوم الانفصال واللاإنفصال حيز التنفيذ. وبدراسة مختلف أنواع القضاء... تناول القرارات التي يمكن أن تكون منفصلة، و يعتبر الأستاذ قريبا من الفكرة الأساسية التي تؤكد أن القرار المنفصل بطبيعته قرار لا يخضع للقضاء الكامل ويشكل موضوع اختصاص استثناري لقاضي الإلغاء.[78]

ثالثًا- الأستاذان DRAGO et AUBY

يطرح الفقيهان اعتراضا يهدف من جانب إلى القبول بأن نظرية الدعوى الموازية ما هي 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.[79]

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 مظهرا للتمييز بين أنواع القضاء، ولا تعطي الطعون الموجهة ضدها مكانا لاختصاصات منافسة بل للإختصاص الإستئثاري 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 الإستئثاري للقضاء الكامل.نفس الشيء عندما يمكن ء أمام محكمة أخرى، فإذا كان القرار المطعون فيه منفصلا عن القضاء الكامل فإن الطعن ضده لا يشكل جزء من هذا القضاء بل ينتسب إلى مجال دعوى الإلغاء، وعلى العكس إذا كان القرار غير منفصل يجب قبول كون الطعن الذي يهمه يشكل جزء هذا القضاء وال 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 متناقضا و مستصغرا 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 يقبل 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.

رابعا – Fournier et Braibant

أعطى هذان الأستاذان وهما عضوان في مجلس الدولة الفرنسي لمفهوم القرار المنفصل ، فرغم أنهما لا يريان أن النظرية التقليدية للدعوى الموازية تتحدد في التطبيق البسيط للتمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات،و لا 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 إلى الدعوي الموازية ولكن إلى 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 أمرا غير مفيد.[80] 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 القضاء فيها الاجتهاد القضائي بصفة الطاعن والذي يهم كثيرا القضاء الفاصل في النزاع العقدي بالإضافة إلى ذلك هناك بعض القرارات ما تزال تلجأ إلى استثناء الدعوى الموازية ولكن هذا الإحياء ليس إلا تطبيقا بسيطا للتمييز بين أنواع القضاء والاختصاصات واختفاؤه جد مرغوب فيه.[81]

إن الدور المحدد للانفصال هو جعل دعوى الإلغاء مقبولة ضد القرارات التي أدمجها تقليديا 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 وأنُ ذكر أن المفهوم الأصلي للدعوى الموازية هو حصر أكثر ما يمكن عدد دعاوى الإلغاء استنادا إلى التمييز بين أنواع القضاء و الاختصاصات، فكان يستعمل 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 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 الكاملً وكاختصاص جد مستقل وليس منافسا لهذا الأخير.[82]

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

الفصل الثاني:

محاولة البحث عن معيار عام لتحديد القرار المنفصل

الفصل الثاني: محاولة البحث عن معيار عام لتحديد القرار المنفصل

لقد اهتم الفقه كثيرا بالقرار المنفصل ولكن لم يهتم كثيرا بقدر الحاجة إلى تقنية أو طريقة فصل هذا القرار و اعتباره 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 ينظر إلى هذا الطرح بنظرة أخرى وبالاهتمام بالطريقة والتقنية التي تسمح بفصل القرار عن النشاط الإداري ككل، يفهم بأن لا يوجد إلا القرار المنفصل، بل توجد قرارات لا يمكن فصلها عن النشاط الإداري.[83] فدراسات قليلة خصصت لكيفية التعرف على القرار المنفصل وبالأخص تقدير الطابع الانفصالي من عدمه للقرار، وهذا يعود بالأهمية الكبيرة على التمييز بين أنواع القضاء، و في القضاء الإداري و ما إذا كان على الطاعن أن يسلك مسلك القضاء الكامل أو الطعن أمام قاضي تجاوز السلطة[84].إذن كيف يمكن تمييز القرار المنفصل من القرار المتصل بالنشاط الإداري؟ لقد و جدت عدة معايير لكن اختلف الفقهاء حولها .

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

المطلب الأوت: 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 يبحثُ عنه في علاقته مع هذا القضاء ، فبالنسبة للأستاذ Krassilichik.M[85]، تكمن الانفصالية في كونها غريبة بطبيعتها عن القضاء المختص الذي يخضع للمحكمة العادية ، و يرى الأستاذان DRAGO و AUBY أن يحدد الطابع المنفصل للقرار إذا كان هذا الأخير ذا مكانة ثانوية في هذا القضاء ولا يشكل موضوع رئيسي.

وعليه، 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 إل مكانة ثانوية في القضاء الذي يمكن أن يكون مرتبط به ، يؤدي إلى 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 تفسيرا مقبول لقبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة .

إلا أنه يمكن القيام بمحاولة جمع كل ما يمكن اعتبارهً عنصرا للإنفصال في صنفين:المعيار الموضوعي و المعيار الذاتي.[86]

هذا، و يظهر الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي مترددا وغامضا 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 .؟ [87] فماذا نقصد بالمعيار العضوي ؟ 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 أخيرا 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

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 KAHN.M[88] 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 تخذ بمقتضى LEFOULON.Mme[89] 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 يفسر هذا كإستثناء من قاعدة لا انفصالية قرارات تنفيذ العقد، وهي بذلك تتبع مفوض الحكومة KAHN.M الذي يؤكد على أنه في مثل هذه الفرضيات لا تطرح مسألة الانفصالية لأن هذه القرارات لا تتصل بأي طريقة بالعقد. ولكنهما يقدمان كأمثلة إلا قرارات الشرطة واعتمادها على معيار الموضوعي الذي ينظر في السلطة التي أصدرت القرار غير واضح.[90]

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

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

إلا أنه وجهت عدة انتقادات لهذا المعيار الذي يتميز 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 قرارها في 17جوان 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 وكذلك القرارات من المدونة العامة للضرائب[91] و كذلك التي ترفض إعفاءا ضريبيا منفصلة ويمكن إحالتها على قاضي الإلغاء[92].

ومن الواضح أن هذه القرارات لا يمكن اعتبار أنها متخذة من سلطات أخرى غير السلطات الضريبية ، ومع ذلك فهي منفصلة.[93]

ثانيا - 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 غالبا ما يكون منفصلاً أكثر من القرار الإيجابي،وبرروا 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 كثيرا على تحديد ما إن كان القرار منفصل أم لا، فالقرار السلبي سهلً الانفصال من العقد مثلاً.[94]

كما حاول مفوض الحكومة Genevois.M 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.[95](القرار الإيجابي قد يكسب صاحبه حقوقا ، فمن الصعب فصله عن العقد وكذا الآثار المترتبة عنه من تنفيذ و انجاز إلى غير ذلك إعمالاً لنظرية الحقوق المكتسبة).

إلا أن هذا المعيار اعترض عليه لعدة انتقادات، فيجب عدم إدخال طابع القرار الذي يفترض أنه منفصل ألن التمييز بين القرارات الإيجابية والقرارات السلبية في الاجتهاد القضائي لا

يبدو مفيدا 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[96] وإذا كان مجلس الدولة قد قبل إنفصالية قرار سلبي لفسخ العقد société anonyme de livraison sous industrielle et commerciale، قضية في ذلك فقد استند في قبول دعوى الإلغاء على صفة الطاعنة التي كانت من الغير، في حين أنه في قضية MME Bourgeois[97] المتعلقة بقرار إيجابي بفسخ قرار هاتفي، وقبول الطعن رغم أنه من أصحاب العقد .

و في قضية RABUT Mme لم يقبل المجلس دعوى الإلغاء الموجهة من طرف المتعاقدين ضد القرار الذي يرفض تطبيق قرار خضع المستخدمين من جنسية ي 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 النقيب و أعضاء مجلس النقابة...ذلك أن المدعي لا يطعن... في نتيجة الانتخاب[98].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 قرارا منفصلاً إذا كانت مشروعيته الخارجية منازعا فيها دون المشروعية الداخلية ، بالإضافة إلى حالة انعدام القرار في حالة بلوغ العيب درجة كبيرة من الجسامة.[99]

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 .

[100]فبالنسبة لما يسمى بعالقات القانون الخاص والخارجة عن اختصاص المحكمة الإدارية، يفسر Krassilichik.M بأن القرارات المدمجة في هذه العالقات 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 انطلاقا من محتوى القرار مثل قرارات تسمح [101]أو تمنع [102] أعمال في المجال التعاقدي [103]بينما الثانية تأخذ بالوسائل المثارة استنادا 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 أيضا متطابقة مع العيوب أي الخاصة لهذا الأخير،ويريان أن العيوب الخاصة للقرار تتميزً عن جوهر القرار ويمكن أن تشكل نزاعاً، شكليا أما بالنسبة لمسألة الانفصالية فيمكن في بعض الحالات أن تؤخذ العناصر الشكلية بعين الاعتبار لتبرير الاختصاص الإداري بعض الحالات أن ت ويكون النزاع الشكلي منفصلاً عن النزاع الذي يهم للنظر في نزاع يهم فقط شكل القرار، جوهر القرار وهو الحال بالنسبة لمداولات المجالس البلدية المتعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص.[104]

إن قولا كهذا يسمح بفهم أن الانفصال المقصودة في هذا المجال هي انفصالية القرارات الإدارية بسبب طبيعة الوسائل المثارة 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 و لكن 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.

و لكن يمكن أن تكون هذه العيوب الخاصة عيوبا لا تمس فقط المشروعية الخارجية أو مشروعية القرار،بالإضافة إلى أن العديد من الاعتبارات تؤدي إلى أن مسألة الانفصالية

تطرح طبيعيا قبل فحص الوسائل وهو ما أشار إليه بوضوح مفوض الحكومة Mosset في استنتاجه حول قضيةSIEUR BOYNS.[105]

يمكن إذن القول بأنه إذا كان القرار غير منفصل فإن العيوب التي تمس مشروعيته الخارجية لا تجعله منفصلاً،ثم إذا كان القاضي يعود أحيانا 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.[106]

2-انعدام القرار

يعترف في بعض الاجتهادات القضائية بالانفصالية القرار الذي يمكنً اعتباره منعدما . حيث أن دعوى الإلغاء تعتبر مقبولة ضد القرارات المدمجة في العلاقات الخاضعة لاختصاص المحكمة العادية في الحالات التي تتطاول فيها تلك القرارات علىُ اختصاص القاضي العادي. فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارات متخذة من طرف السلطات الإدارية والتي وضعت نهاية لعقد إيجار الذي هو عقد من عقود القانون الخاص، أو لاستمرارية تنفيذه للتجاوز في استعمال السلطة. ذلك أن صلاحية العقد لا يمكن فحصها إلا من طرف قاضي العقد[107].كذلك Ginter في قرار له في 14 نوفمبر 1991 [108]، فقد كان القاضي الإداري مختص لفحص مشروعية قرار إداري مؤداه سحب رخصة صيد من أحد المستفدين[109].

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.[110]

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 تبع 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 أثرا بمثابة عمل مادي فإن المنطق يؤدي إلى القول بعدم قبول الدعوى،بينما القرار الباطل الذي تقبل الدعوى بإلغائه هو قرار منتج لكل آثاره قبل الحكم بإلغائه،و الحكم بإلغائه هو الذي يعدمه ويزيل آثاره منذ صدوره.[111]

رابعا : مدى جوهرية و فعالية القرار الإداري في تكوين العملية الإدارية المركبة، إذا كان القرار الإداري لا يتجزأ منها و بالتالي ننفي ضريبية كانت أو انتخابية أو عقدية ، فإنه يصبح جزء إمكانية 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 أمام قاضي الإلغاء.[112]

خامسا : 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 انطلاقا من تصور موضوعي، أي بدون أي اعتبار لوضعية الطاعن، فهذا الفرع يعرض وجهة نظر أخرى، و ذلك بالتطرق إلى المعيار الشخصي أو الذاتي ، 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.[113]

و يهدف هذا المعيار إلى اعتبار أن القرار المنازع 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 ما يلي – :

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

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

– أن تكون دعوى الإلغاء أصلح لرافعها من استعمال دعوى القضاء الكامل.[114]

إذن إن المعيار الذاتي يرتكز أساسا على الدعوة الموازية ، وتكمن نقطة الإنطلاق في هذه الفرضية في وجود قاض عادي أو قاض إداري طبقا للقواعد العامة للاختصاصات القضائية لممارسة مراقبة القضاء الكامل على العملية،وبالتالي يمكن أن نصادف التفسيرات القضائية والجدل الفقهي حول مفهوم الدعوة الموازية كمعيار للانفصال ، حيث تمنح الانفصالية إذا كان لا يمكن للطاعن أن يحل عن طريق الدعوى الموازيةً مركزا معادلاً للمركز الذي يمكن الحصول عليه بواسطة دعوى الإلغاء.[115]

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[116]. وفي المقابل ذات المجلس الدولة الطعن ضد القرارات الإدارية المنفصلة مطبقا في ذلك المعيار الذاتي في قضية Martin بتاريخ 1905/08/04 و قبل الطعن بالإلغاء ضد مداولات المجلس العام غير المشروعة ، مؤسسا قبوله على أساس صفة و شخص السيد Martinالذي هو من غير الأجنبي عن العملية ، ليقضي في الأخير بأن المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد إمتياز[117]. 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 و من هو غير متصل بقاعدة الدعوى الموازية.[118]

وبدون الدخول في تفاصيل مفهوم الدعوى الموازية على اعتبار أنه تمت معالجته، نعرض في النقطتين المواليتين 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 أحيانا إلى هذا المفهوم ، وهي صيغ تتعلق في الغالب بحالات الانفصال، ففي قضية Taité-Ait رفض القاضي دعوى الإلغاء معتبرا"...إن النزاع المطروح بسبب طبيعته لا يمكن الطعن فيه إلا بواسطة دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد...ومن ثم فإن... الطاعن وبسبب الدعوى الموازية المتوفرة لديه لا يمكنها الطعن في القرارات المشار إليها بدعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة..."[119] كما رفض دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار فسخ عقد إداري معتبر ان القرار المتخذ من طرف الإدارة المتعاقدة الذي يخص فسخ العقد... ليس قرارا 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 قرارا متصلاً 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 حاجزا لدعوى الإلغاء ، مثل قرار فسخ عقد من عقود الإدارة لكن هذا القرار متصل بالعملية وبالتالي اختصاص قاضي القضاء الكامل يكون قائما.هذا الأخير يعتبر دعوى موازية وإما، إن الطاعن يعتبر من غير الأجنبي عن العملية الخاضعة لإختصاص القضاء الكامل[120] 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 يكون بوسعهم اللجوء إلى قاضي العقد فيه لأنهم ليسوا طرف 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 في ذلك إلى: "...إن الأصل في قبول الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري ألا يوجد طعن مقابل ومباشر أمام جهة قضائية أخرى[121] " فإن بعض الفقه يرى بأنه لا يتم في الاجتهاد القضائي المصري فحص مسألة الانفصالية– على الأقل صراحة– حسب معطيات الدعوى الموازية، وفي جميع الأحوال فإن هذا المفهوم هو مجرد تطبيق لقواعد توزيع الاختصاصات.[122]

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

ثانيا المحاولات الفقهية لتحديد مضمون المعيار الذاتي

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 تجاور نظرية الدعوة الموازية إن لم نقل أنها تختلط بها ، وبما أن نظرية القرارات المنفصلة مقبولة بالإجماع في الفقه. يحاول الفقهاء الذين لا يزالوا من القيمة فيما يخص تحديد يدافعون عن مفهوم الدعوى الموازية أن يستخلصوا لها نوعا من القيمة فيما يخص تحديد الانفصالية، فمن بين التحفضات أنهم يقبلون الطابع الإستثنائي لهذا التقدير الذاتي، ثم أن التمييز بين المتعاقد والغير الأجنبي عن العقد الذي يشكل تطبيقا مألوفا لهذا الرأي يتم إلا ببعض الصعوبات، فلقد أجبروا على التضييق من محتوى الدعوى الموازية فهم يعتبرون أنها لا تمثل إلا أهمية محدودة ولا تلعب إلا دورا استثنائيا.

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 و لكن بحسب أيضا الطاعن في حد ذاته .

لاحظ الأستاذان Mauby.J و Drago.R 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 من المتعاقد المنفصل تبدو بدون أهمية في الحالة التي يكون فيها الطعن صادرا 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 Delaubadereقائلاً : (من المدهش حًقا أن يقبل الطعن من جانب المتعاقد قبل أن يكو ن كذلك من جانب الغير).[123]

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 متجاوزا. مهما 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 يعتبرً ثانويا بالنسبة لطبيعة القرار المطعون فيه.[124]

ورغم أن مجلس الدولة ساير مفوض الحكومة فإنه كان يجب إنتظار تدخل الإجتهاد القضائي في قضية S.A de livraison industriel commercial فقد كان تعليق الفقيه DEBBACHعن القضية كالتالي :(حيث أن شركة. L.I.c لم تكن طرفا في العقد المبرم بين وزير البريد المواصلات وشركة S.V.P، بالتالي لا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد أن 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).[125]

وفي نفس الاتجاه أكد الأستاذ LEMOYNE.M (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 ضيقا لدرجة أننا نتساءل أحيانا على الأقل بالنسبة لبعض العقود ما إذا لم يكون قضاء الإلغاء بصدد امتصاص القضاء التعاقدي) .

ثالثًا: رفض المعيار الذاتي الانفصالية

يعتبر المعيار الذاتي مرفوضا عند بعض الفقهاء وذلك بسب بعض الانتقادات الموجهة أساسا 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 مسبقا ولا يمكن اعتبارها شرطا 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 دعوى 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 الإعتبار.أي لم يُؤخذ بصفة الطاعن كمعيار لتحديد ما إذا كان القرار منفصل أم لا عن العقد.[126]

المطلب الثاني: المعيار الغائي ومعيار المشروعية الخاصة بالقرار والمشروعية المتميزة عنه

بعد الانتقادات الموجهة للمعايير السابقة يبدو من المنطق تحليل العالقة 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 الأستاذHubert Charles أن المعيار الواجب إتباعه 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 متميز عنها ...كل قرار مرتبط بتحقيق العملية ولكن لا يكون هدفه تحقيق العملية يعتبر منفصلا). و الهدف 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 حتما بالإستقلالية اتجاهها وبالتالي عن قضاءها.[127]

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.[128]

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 الإدارة المركزية سلطة الإشراف و الرقابة على أعمال الإدارات اللامركزية ولكن لهذه السلطة ضوابطا وحدودا ، فالإدارة 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 الإداري بالوصاية الإدارية.[129]

فهذه الرقابة لها عدة أهداف من بينها ، عدم خروج تصرفات الأجهزة والسلطات الإدارية اللامركزية كالوالي، وعدم تناقضها وتضاربها مع المصلحة العليا للدولة، ومقتضيات ومتطلبات الوظائف 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.[130]

وينطبق التحليل السابق بالنسبة لوضعية القرارات التنظيمية على مختلف العمليات أيضا بالنسبة لقرارات المراقبة أو الوصاية، حيث لا ينظر لا إلى طبيعة الأجهزة الخاضعة للمراقبة أو الوصاية ولا كذلك إلى طبيعة العمليات الخاضعة للرقابة.وينتج عن ذلك أن قرار

الرقابة يكون منفصلا ويقبل دائما الطعن بالإلغاء حتى إذا كانت العملية التي يكون موضوعها خاضعا لإختصاص القضاء العادي[131] 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 دائما و أبدا 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 لا يقبل الطعون الخاصة بمشروعية قرارات الوصاية على حدة أي منفصلا عن العملية الأم .

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

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

فالاجتهاد 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 اختصاصاهم).[132]

أما القضية التي جسدت حقيقة هذا الإجتهاد القضائي والفقهي كانت في 1903 تحت إسم » Gorre de Commune « 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 إنتماء العملية المركبة إلى قضاء معين لا يكون في أي حال عائقا على "انفصالية قرار الرقابة .وبالتالي في إطار عقد القانون الخاص، فإختصاص القضاء العادي لم يمنع من الطعن بتجاوز السلطة .

وبالتالي كان قرار » Gorre de Commune « نقطة انطلاق لإجتهاد قضائي واسع، خاصة 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[133].

ويرى البعض أنه بالنسبة لسلطة الحلول [134]، يبدو أنه لم يعد التمييز بين قرار الوصاية وبين قرار آخر أو عملية أخرى ، حيث يكشف الفقيه Stassionoboulos انه يجب التمييز حسب الحالات ما إذا كانت المصادقة تمت من طرف رئيس تسلسلي بمقتضى مشاركته في اختصاص التابع، وهنا يجب القبول بأن للمصادقة لها أيضا طابعا تنظيميا ولكن في الحالة التي تتم بمقتضى الوصاية الإدارية ، فإن الحل ليس هو ذاته.إلا أن احتفاظ هذه القرارات بطبيعتها واستقلاليتها تخضع دائما لقضاء الإلغاء(في مجال المناقصة،إبرام العقد).و تبقى هذه القاعدة حتى إذا كانت العملية موضوع المراقبة تخضع لقاضي آخر(قرار المراقبة على المرافق العامة غير الإدارية[135]).

الفرع الثاني: الشرعية الخاصة بالقرار والشرعية المتميزة عنه

يعتبر اختصاص القاضي الإداري في النظر في كل قرار إداري اختصاصا 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 يشكل كياناً متميزا لكي يمكن مراقبة شرعيته استقالا عن شرعية أو صالحية العملية المركبة من جهة أخرى – يفلت من مراقبته

للتجاوز في استعمال السلطة،ذلك أن مراقبة هذا القاضي هي مراقبة مشروعية بالدرجة الأولى، فيجب أن تخص القرار في حد ذاته، وحتى عندما يكون منتميا عن إلى عملية محددة.فهو يتمتع بهوية متميزة عن العملية، و هو ما يمكن ملاحظته بفحص الوضعية المادية للقرار في علاقته مع العملية ولكن مادام أن القرار يكون مُدمجا في عملية محددة عند الإقتصاء،و يمكن البحث عن الإنفصالية في التساؤل عما إذا كان يُمكن لقاضي الإلغاء التعرف على عناصر الشرعية الخاصة بالقرار و تستدعي مراقبة متميزة.و في جميع الأحوال ليس هناك انفصالية إلا في الحالة التي تطرح فيها مسألة الشرعية الخاصة أو المتميزة.وفيما يخص الطابع الخاص بالشرعية يُطرح السؤال عما إذا كان الأمر يتعلق بعناصر و مصادر الشرعية المتعلقة بالقرار ذاته.أما بالنسبة للطابع المتميز(المختلف)عن شرعية القرار فالسؤال المطروح هو عن مدى اختلاف القواعد المنظمة للقرار و تميزها عن القواعد التي تحكم العملية المركبة[136].ذلك في 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.

وتجب الإشارة أن هذا لا يهم الوسائل المثارة من طرف الطاعن استثناءا إلى طعنه، صحيح أنها يمكن أن تحدد القرار الذي يُشكل أساس النزاع و الذي 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 أو تلك التي يمكن إثارتها إستنادا إلى الطعن ضد القرار فإن هذا البحث يختلف عن فحص الوسائل المُثارة فعليا من طرف الطاعن،وهذا الفحص لا يتدخل إلا بعد الاعتراف بالطابع المنفصل للقرار .

إذن ، وبتصور علاقة التطابق أو عدم الإختلاف 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 .و عليه فيجب أن يحدد مسبقا مختلف عناصر الشرعية الخاصة بالقرار،وهناك اتفاق على إعتبار أن هذه العناصر تكون عناصر متعلقة بالصحة الخارجية للقرار(قاعدة الإختصاص وقاعدة الإجراءات) وعناصر متعلقة بالصحة الداخلية (السبب والهدف).[137]

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

فرقابة قاضي الإلغاء على نجز عمل شرعية القرارات التي تُنجز عملية للسلطة العامة لا يكون لها دائما 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 ت 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 يُعتبر في حد ذاته مصدرا للشرعية ويتم فحص شرعيته بحسب عالقة صارمة بينه وبين القواعد الأكثر عمومية لدرجة أن هذا الفحص لا يُمكن أن يدخل إلا قاعدة عامة مطروحة من طرف التشريع ولا يُمكن أن يؤثر القرار المُتخذ تطبيقا 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 موضوعا لها فغالبا لا يتم الفصل في الشرعية الخاصة عن القرار الرقابة ولكن يتم إلغائه أو رفض إلغائه لعدم شرعيته أوُ شكل موضوع قرار الرقابة شرعية القرار أو العملية التي تشكل موضوع قرار الرقابة.

ويثير هذا الموقف مشكلاً مهما ليس على المستوى النظري فقط وهو المشكل المتعلق باستقلالية قرار الرقابة ،و لكن أيضا على المستوى العملي عندما يكون القاضي الإداري 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 يقرر بكل حرية في العديد من الحالات فإنه لا يمكن أن يقرر إلا على حسب السبب الذي يمس شرعية القرار أو سلامة العملية الخاضعة للرقابة. وبالتالي فالمراقبة القضائية تكون ضيقة فيما يخص هذه القرارات ولكن تبقى مسألة أخرى متعلقة بشرعية أو سلامة ما تراقبه سلطة الوصاية أو الرقابة.

و بالنتيجة، فإن قرارات الرقابة يمكن أن تكون في جميع الحالات موضوعا متميزا 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، و المُشكل 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.

بالإضافة 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 قرارا مركبا ولكنه غير قابل للتجزيء ،فضلا عن ذلك وبعض التعرض للإنتقاد الموجه ضد الفقه الذي يهدف إلى تأسيس انفصالية بعض القرارات الإدارية على العيوب التي تمس إلا لشرعيتها الخارجية أو الشكلية بأنه يتم اللجوء إلى هذا المعيار كلما تعلق الأمر بجهاز تداولي.

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

وبالبحث عن هذه المسألة المزدوجة ي الرابطة المزعومة بين نوع الشرعية التي بجب فحصها ومسألة القابلية الإنفصال .

وعليه، فيجب التمييز بين المداولة في حد ذاتها التي يُمكن أن نسميها قرارا تداوليا من جهة والقرار 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 مسبقا و من آثاره الإعتراف 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.[136]

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 و لكن تُعتبر جد متنوعة، فيمكن أن يكون الأمر متعلقا أولا بقرار خاضع لاختصاص المحاكم العادية ، وعلى العكس خاضه لاختصاص المحاكم الإدارية، ثانيا أن يكون موضوع المداولة عملية مركبة خاضعة لاختصاص القاضي الإداري أو قاض آخر، وفي هذه الحالة الأخيرة يُمكن أن يتعلق الأمر بقرار إداري منفصل عن العملية، و أخيرا يمكن أن تهم المداولة مجرد رأي أو مجرد توصية فهي ليست ملزمة.

أما بالنسبة لتحديد القرار التداولي أو المداولة كقرار غير الذي يُشكل موضوعا له ، فإنه يمكن اعتباره على العكس تحديدا اصطناعيا و لكنه لن يكون أكثر اصطناعا من التمييز بين إبرام العقد و العقد ذاته الذي أصبح تمييزا قائما بذاته في مجال العقود.

و يمكن أن يكون للقرار الذي يتعلق به الأمر طابعا إداريا مهما كانت طبيعة القرار أو العملية المستهدفة من طرف المداولة إذا كان الجهاز التداولي يُمثل شخصا من أشخاص القانون العام أو يتصرف باسمه .

غير أن الفقه لا يميز في المداولة بين قرارين رغم أنه لا ينظر إليهما كقرار بسيط ،فحسب HOURIOمثلاً فإن القرارات الصادرة من جهاز تداولي تنبثق من إرادة الجمعية إلا إذا كانت مشكل في الإجراءات القانونية، والتي يجب إذن فحصها أولاً في إجراءاتها.[138]

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 يؤكد مفوض الحكومة GALABERT : أن مداولات المجالس البلدية أو المجلس العامة في مجال العقد تُعتبر نماذج للقرارات ،ولا يُعتبر العقد منفصلا و لكن يمكن أن تكون المداولة كذلك.إلا انه يجب عدم الاعتقاد من أن هذا يتطابق مع التمييز المقترح،لان التمييز الذي يتحدث عنه الفقهاء في المجال التعاقدي بالخصوص ليس إلا تمييزا للعقد عن القرارات الانفرادية المُدمجة في العملية التعاقدية،ولكن يمكن أن تكون منفصلة و يمكن أن يُشكل احد هذه القرارات موضوعا لمداولة ما،بمعنى أنها يمكن أن تنتج عن قرار تداولي و لكن هذا الأخير عند الفقهاء يختلط مع الأول لكي يكون منفصلاً أو غير منفصل عن العقد ذاته،هكذا عند الحديث عن انفصالية الترخيص لإبرام العقد الصادر من طرف جهاز تداولي قصد 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 وظيفي (أي له علاقة مع العملية).[139]

ب- النظام القانوني الخاص بالقرار

من المتعارف عليه ترك المشرع بعض العمليات تسري بدون نص ، إذ لا يجد القاضي أساسا قانونيا يرتكز عليه في تقديره ،فإن هذا لا يشكل استثناء،فالقاعدة العامة هي أن القرار ينظم بقواعد قانونية إلا أن هذا التنظيم قد لا يكون إلزاما مدمجا في إطار نفس التشريع و التنظيم الذي ينظم العملية في مجموعها ، رغم الرأي الذي يمكن في نظره اعتبار القرارات

التي تشكل نفس العملية هي فقط العمليات المنظمة بنفس التشريع أو نفس التنظيم، و انطلاقا من انتقاد 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 المنظمة بنفس التشريع أو التنظيم الذي يحكم العملية،هذا الرأي نصادفه بالخصوص في العمليات الإدارية التي تتضمن التصرفات الإدارية فقط،وبتعبير أدق القرارات الإدارية 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 .

فانطلاقا من اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ministér de l'intérieur C/Ass " pour la sauvegarde du parc des sport Romdnay André"[140]، لاحظ مفوض الحكومة" Laurant أن القرارات غير المنفصلة والتي تساهم في تحقيق عملية مركبة هي القرارات المتخذة بمقتضى نفس التشريع او التنظيم .وكانت المسألة تتعلق في هذه القضية بما إذا كان يمكن إثارة عدم شرعية المرسوم المُعلن للمنفعة العامة استنادا الى الطعن الموجه ضد قرار وزاري سلم رخصة البناء.وكان الجواب سلبيا لغياب عملية مركبة بين الإعلان عن المنفعة العامة وتسليم رخصة البناء،واعتبر أن رخصة البناء تُسلم بمقتضى تشريع غريب كليا عن نزع الملكية الذي لا يقدم 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 سيار من جهة، وقرار المصادقة على امتياز هذا الطريق من جهة أخرى ، و هذا في نظره بمجرد أن يصبح التنظيم غير ملزم للتقرير في الامتياز بواسطة القرار المعلن لإنجاز العمل .وهو ما يُعتبر منتقدا لان الأمر إذا 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 السيار من جهة أخرى غير منظم من طرف نفس التشريع ،ولكن لأن هذه 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 الإعتراف بإمكانية فصل قرار ما ، ويمكن أن يكون هذا النظام الخاص مؤسسا بواسطة تشريع غير التشريع الذي يحكم العملية ، التي يمكن أن يتصل بها القرار.غير أن القرار يمكن أن يمثل نظاماً متميزا مدمجا في تشريع ينظم 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 مُنضما بما فيه الكفاية من طرف تشريع أو تنظيم متميز ويحتفظ تبعا 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.[141]

بعبارة أخرى أن هناك نصوصا لكونها منفصلة تنظم التنقيط مما يجعل القرارات الصادرة في هذا المجال قابلة للطعن بتجاوز السلطة استنادا لهذه النصوص كنظام قانوني خاص بها. وبالتالي يمكن أن تحدد هذه النصوص التي تتضمن النظام القانوني للقرار قضاءه الذي يمكن أن يكون غير قضاء الإلغاء، في هذه الفرضية فإن احترام النص هو الذي يشكل حاجزا أمام تدخل قاضي الإلغاء ويكفي تطبيق النص.

وفي إطار التشريع أو التنظيم المنظم للعملية في مجموعها التي يتصل بها القرار فإن هذا الأخير يمكن أن يكون منظما بصفة مستقلة بالنظر إلى موضوعها المحدد، و بذلك فإن القرار يمثل نظاما قانونيا خاصا و متميزا يبيح انفصاليته ولا يجب عدم خلطه مع النظام القانوني ألي 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 .

ثانيا – الشرعية المتميزة عن القرار

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

إذا تعلق الأمر بقرار إداري له شرعيته الخاصة به فإن هذه الأخيرة يمكن ان المراقبة تكون موضوع قاضي الإلغاء،وهذه المراقبة ستكون بدون شك خاصة بالقرار إذا كانت العملية منظمة بقواعد لا تعتبر مصادرا وكل فرض احترامها إلى للشرعية التي يوكل قاضي الإلغاء.[142]

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

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 منظما إلا بقواعد مطبقة من طرف قاضي الإلغاء.في هذه الفرضية فإن القرار المطعون فيه لا يمكن إعتباره منظما بقواعد من نفس طبيعة القواعد التي تحكم العملية.

وبالنتيجة يمكن فحص شرعيته بصفة مستقلة بمجرد أنه لا يكون منظما بأي من هذه القواعد الأخيرة، وبالتالي يجب قبول انفصاليته وهو ما يفسر انفصالية المتعلقة بالعمليات التعاقدية.[143]

خاتـــــــمة

خاتمة

و ختاما يمكننا القول أن للقرارات الإدارية مسارا قانونيا 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 هكذا نكون أمام قرار إداري منفصل و الطعن فيه لا يؤثر في الصفقة لكونه قرار قائم بذاته.

و القرار الإداري المنفصل نجد في الصفقة العمومية مجال تطبيقاته الواسع و نظرية القرارات الإدارية المنفصلة التي ساهمت في تطوير قضاء الإلغاء.

إن القاضي المختص في النظر في دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرار الإداري المنفصل هو دائما القضاء الإداري أيا كانت طبيعة العملية المركبة ذاتها التي يدخل في تركيبها القرار الإداري المنفصل المطعون فيه.

رغم أن القرارات الإدارية المنفصلة كغيرها من القرارات الإدارية من حيث شروطها و أركانها إلا أنها وضعت أساسا لحماية الغير الذي ليس طرفا في العقد ، و ينعقد الاختصاص للطعن في القرارات الإدارية المنفصلة للقضاء الإداري إذا كان الطعن مقدم من الغير و ينعقد الاختصاص لقاضي العقد إذا كان الطعن مقدم من المتعاقد مع الإدارة و الحكم في إلغاء القرار المنفصل لا يؤثر في العقد مباشرة فيبقى العقد نافذا و لكن يمكن الاستعانة بهذا الإلغاء ضد العقد المبرم أمام قاضي العقد.

و في الأخير يمكن القول أن القرار الإداري المنفصل يحتل مكانة معتبرة في العمل الإداري و النشاط الإداري عمليا و سيظل محل اهتمام في القضاء الإداري و نام لان يحظى باهتمام اكبر في دراسات فقه القانون الإداري و قضائه.

و بناءا على ما تقدم نقترح التوصيات التالية:

– يجب قدر الإمكان توفير العامل المخصص في جانب إداري (لا من تكوين قضاة متخصصين في هذا المجال).

– وضع قانون خاص ينظم نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، و ذلك بإعطاء مكانة أوسع لبيان مدى قابلية هذه النظرية للتطبيق في نطاق العمليات الإدارية.

خاتمة:

- محاولة المشرع تقنين الاجتهادات القضائية حتى تغطي النقص في الثغرات الإدارية.

- محاولة تطبيق اغلب الأحكام القضائية و تعميمها على المحاكم الأخرى في جانب القرار الإداري.

- منع القاضي الإداري حق الرقابة على هاته القرارات للحد من تعسفات الإدارة.

قائمة المراجع

1.مولود ديدان،القانون الإداري: التنظيم الإداري–النشاط الإداري،دار بلقيس،ص–145

2.حسيني أمال، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرارات الإدارية القابلة للانفصال،شهادة ماجستير، تخصص القانون الإداري،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة ،2012/2013،ص.أ.ب.

3.بربارة عبد الرحمان،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي،الجزائر ،2009، طبعة ثانية، ص..20.

4.طيبي سعاد عمروش. الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة.مرجع سابق.من ص76 إلى ص 78.

5.خليفة علي الجبراني.القضاء الليبي.دار الكتب الوطنية.بنغازي.الطبعة الأولى. 2005ص 239.

6 . اسعد طاهر احمد . نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء .مذكرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا القانون العام. جامعة الزاوية. ص 59.

8.محمد عبد الله الدليمي. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي. دار الكتب الوطنية. بنغازي. الطبعة الأولى .2002 .ص 209.

9.محمد أنس قاسم جعفر. القرارات الإدارية. دار النهضة العربية. القاهرة. 2005 ص 59.

10.معتز الجعفري. مدى تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال الاستهلاك. مجلة علوم الشريعة والقانون. الأردن. المجلد 46 العدد 1. لسنة 2019 ص191

11. عبد الحميد حشيش. القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة. دار النهضة العربية. القاهرة. ص 490

12.قرعيش سعاد. الأعمال المتصلة والمنفصلة في مجال الصفقات العمومية .رسالة ماستر. جامعة العربي بن مهيدي. الجزائر.غير منشورة. 2018/2017.ص19.

13.سيف صالح على الحربي. إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في عقود الإدارة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير. جامعة الإمارات العربية المتحدة. دولة الإمارات. غير منشورة. ص 21.

14. طالب بن دياب إكرام . القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية. رسالة ماجستير. جامعة أبو بكر القايد. الجزائر.غير منشورة.2017/2016 ص21.

15.محمد الحراري.الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي.مرجع سابق.ص291.

16.سيف صالح الحربي.إلغاء القرارات القابلة للإنفصال في عقود الإدارة. مرجع سابق.ص13.

17.قرعيش سعاد الأعمال المتصلة و المنفصلة في مجال الصفقات العمومية.مرجع سابق.ص17.

18.طعن إداري رقم 3/2 ق بجلسة 1956/11/28 مجلة المحكمة العليا الجزء الأول ص 57.

19.عبد الحميد حشيش ، القرارات القابلة للإنفصال و عقود الإدارة ، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية ، مصر ص490.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

20.جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ، ص. 168 و ما بعدها.

21. جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص 43.44.

22.عن عمار عوابدي ، أورده شريف سمية ، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة .ماجستير،جامعة مولود معمري تيزي وزو،الجزائر–2016/2015. ص35.

23 عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري ، دار هومه ، الجزائر ، 1999. ص93.

24.خليفة علي الجبراني.القضاء الإداري الليبي.مرجع سابق.ص 239.

25.اسعد طاهر احمد.نظرية العقد الإداري في الفقه و القضاء.مرجع سابق.ص 59.

26.طالب بن دياب.القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها على الصفقات العمومية.مرجع سابق.ص 27.

27.سيف صالح الحربي.إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة.مرجع سابق.ص72.

28.محمد الحراري.الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي.مرجع سابق.ص292.

29.طعن إداري رقم 5/14 ق بجلسة 1962/6/30 مجلة المحكمة العليا الجزء الثاني ص 60.

30.محمد الحراري.الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي مرجع سابق.ص 293.

31.خليفة علي الجبراني.القضاء الإداري الليبي.مرجع سابق.ص 241.

32.محمد الدليمي.الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الليبي.مرجع سابق.ص 210.

33.سيف صالح الحربي.إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في عقود الإدارة.مرجع سابق.ص39.

34.معتز الجعفري.مدى تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.مرجع سابق.ص 191.

35.خليفة علي الجبراني.القضاء الإداري الليبي.مرجع سابق.ص 239.

36.اسعد طاهر احمد.نظرية العقد الإداري في الفقه و القضاء.مرجع سابق.ص.59.

قائمة المراجع :

37.محمد الحراري.الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي.مرجع سابق.ص 293.

38.اسعد طاهر احمد.نظرية العقد الإداري في الفقه و القضاء.مرجع سابق.ص59.

39.أبو بكر صديق عمر،الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات،منشورات.الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان،2013،الطبعة الأولى.ص 15.

40.عمار عوابدي،النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري.الجزء الثاني:نظرية الدعوى . الإدارية.دار المطبوعات الجامعية.الجزائر .2003.الطبعة الثانية.ص 436.

41. مهند مختار نوح.الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة).منشورات الحلبي الحقوقية.لبنان.2005 الطبعة الأولى.ص230-231.

42.محمد سمير محمد جمعة.مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري.مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية.العدد التاسع و الأربعون.أفريل2011. ص190/191.

43.مهند مختار نوح.المرجع السابق.ص 231.

44.محمد سمير محمد جمعة.المرجع السابق.ص193.194

45.عبد العزيز عبد المنعم خليفة.الأسس العامة للعقود الإدارية.منشاة المعارف.مصر .2004.بدون طبعة.ص338.

46.محمد ماهر أبو العينين.العقود الإدارية و قوانين المزايدة و المناقصات.الكتاب الأول.إبرام العقود الإدارية.دار الكتب المصرية.مصر2003ص.120.

47.عبد العزيز عبد المنعم خليفة.المسؤولية الإدارية في مجال العقود و القرارات الإدارية.دار الفكر الجامعي.مصر 2007 بدون طبعة.ص28.

48.عمار عوابدي.القانون الإداري.الجزء الثاني.النشاط الإداري.ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر2007.الطبعة الرابعة.ص 159.

49. لمعلومات أوفى راجع القانون رقم 09.08 المؤرخ في 18صفر 25.1429فيفري2008.المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

50. لمزيد من المعلومات حول الصفة و المصلحة و كذا الأهلية.راجع.بربارة عبد الرحمن.المرجع السابق.ص. 38.34.

قائمة المراجع :

51.عبد الحميد حشيش.القرارات القابلة للانفصال و عقود الإدارة.مجلة مصر المعاصرة.السنة السادسة و الستون. العدد362 أكتوبر1985.ص38.

52.اصدر مجلس الدولة في 24 افريل 1964 قرار بخصوص دعوى الإلغاء التي رفعتها شركة L.T.C لم تكن طرفا في العقد.و بالتالي لا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد الفصل في العقوبات التي تدفع أثناء تنفيذ العقد إلا أنها بصفتها من الغير بالنسبة للاتفاقية فقد قبل طعنها أمام قاضي تجاوز السلطة.

53.خضري حمزة.آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية.رسالة دكتوراه.تخصص قانون عام.كلية الحقوق.جامعة الجزائر1. 2015/2014.ص .ص 269.

54.مهند مختار نوح.المرجع السابق.ص251.

55.خضري حمزة.المرجع السابق.ص264.

56. مهند مختار نوح.المرجع السابق.ص 236/235/234.

57.سليمان الطماوي.المرجع السابق.ص204.

58.بن احمد حورية.دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية.مذكرة ماجستير.تخصص قانون عام.كلية الحقوق.جامعة أبو بكر بلقايد–تلمسان.2011/2010.ص 25.

59.مولود ديدان.المرجع السابق.ص20–24.

60.طاهري حسين.شرح وجيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية.دار الخلدونية.الجزائر.2005.ص9.

61.المرسوم الرئاسي247/15 المؤرخ في 16سبتمبر2015.الجريدة الرسمية رقم 50 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

62.عزاوي عبد الرحمن.خصوصية المصطلحات القانونية القانون الإداري و انعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية(حالة العقد الإداري).المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية.العدد الأول.كلية الحقوق.جامعة الجزائر.مارس2012.ص415.

63.قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 2005/06/07 في قضية المجلس الشعبي البلدي لبلدية تنس ضد(ق.ط).العدد السابع.ملف رقم 2005.21173.ص89.

64.فؤاد العطار.القضاء الإداري.قضاء الإلغاء–القضاء الكامل–القضاء التأديبي.دار النهضة.مصر.بدون طبعة.ص546.

65.حسيني أمال.المرجع السابق.ص33.

66.لتفصيلات أوفى حول مواعيد رفع دعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية و مجلس الدولة ارجع للمواد-829 832-843-901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف بيانه.

67.عمار بوضياف. دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.جسور للنشر و التوزيع.الجزائر.2009.الطبعة الأولى.ص169.

68.مهند مختار نوح.المرجع السابق.ص245.

69.طاهري حسين.المرجع السابق.ص87.

70. لتفصيلات أوفى حول عناصر الاختصاص الأربعة راجع.مولود ديدان.المرجع السابق.ص155 إلى 157.

71.طاهري حسين.المرجع السابق.ص91.

72.مولود ديدان.المرجع السابق.ص154.155.

73.عمار بوضياف.المرجع السابق.ص195.

74.مولود ديدان.المرجع السابق.ص153.154.

75.عمار عوابدي.المرجع السابق.ص451.453.

76.المرجع نفسه.ص462.463.

77.المرجع نفسه.ص457.458.459.

78.أورده محمد أحمد إبراهيم المسلماني، المرجع السابق،ص 29

79.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص54.

80-نفس المرجع .ص.54

81- CE. 4 aout MARTIN 1905 Rec 749.

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

83.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص54.

84.نفس المرجع ، ص54.

85.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي، مصر، 2005،ص162.

86.ميلود بوطريكي، المرجع السابق،ص 57.

87.نفس المرجع ، ص60.

88.ميلود بوطريكي، المرجع السابق،ص60.

89.نفس المرجع، ص61.

90.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص55.

91.Hubert CHARLES,O.P.cite .p.02.

92.Laititia JANICOT, O.P.cite .p.350.

93.Krassilichik, La notion de l'acte détachable, cité par miloud Boutriki. P.64.55

94.ميلود بوطريكي ، المرجع السابق ، ص.65

95.Laititia JANICOT,O.P,cité,p.355.

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

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

98.ميلود بوطريكي،المرجع السابق،ص67.

99. CE 17 juin 1985.

100 .CE 03/11/1978 Dame Lamothe LEMAIRE

101.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.69

102. 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.

103.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص70.

104.CE,02 février 1987, Ste t.V, Rec 29,V.G.J.A.p.93,.

105.CE 29 juin 1979, Mme Bourjeois, Rec Voir G.A.j.A, cité par miloud BOUTRIKI, O.P cité, p.71.

106.الطعن رقم 3284 لسنة 29 ق، الجلسة رقم 1980/11/30

107.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.74

108. مجلس الدولة الفرنسي، 04 أوت 1905. محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة المرجع السابق، ص.35.

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

110.CE, 24 octobre 1934 Consorts Laroué, Lebon, p. 950. cité par Laititia JANICOT,O.P,cité,p.357.

111.Laititia JANICOT,O.P,cité,p.357.

112. ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص77.

113 – CE, 6 juillet 1955. Cité par Miloud boutriki, O.P,cité,p.76.

114. ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص.77.

115.CE, 16 juillet 1915 de Noailles, p.211. Cité par Miloud boutriki, O.P,cité,p.79.

116.Lebon, p. 476. Cité par Laititia JANICOT,O.P, cité, p.356.

117.Laititia JANICOT,O.P, cité, p.356.

118.الطعن رقم 675 ،السنة ق بتاريخ 28 يناير 1969.أشار إليه ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص790.

119.سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين الشمس، الطبعة السادسة،368.ص1991.

120.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.

121.خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق.ص175.

122.بوغازي و هيبة ، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة فرحات عباس سطيف ، 2010.2009، الجزائر.ص38.

123.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص81.

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

125.خلف الله كريمة ، المرجع السابق ، ص176.

126.Laititia JANICOT,O.P, cité, p.364.

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

128. ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص84.

129.حكم المحكمة الإدارية العليل في 11جانفي 1969 ،المجموعة س14 ،ص 249 ،أشار إليه ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص84.

130.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص84.

131.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص85.

132.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص85.

133.Hubert CHARLES,O.P.cite .p.17857

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

135.Hubert CHARLES,O.P.cite.p14.15.

135.جورجي شفيق ساري، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري،المرجع السابق،ص50.

136.نفس المرجع.ص72.

137.عمار عوابدي، القانون الإداري،(التنظيم الإداري) ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2005.ص243.

138.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص99

139.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 .p170.

140. Hubert CHARLES,O.P.cite .p.169,170,171.

141.يقصد بالحلول في المجال الإداري، أن يتغيب صاحب الاختصاص الأصيل أو أن يعترضه مانع، سواء كان إراديًا كالإستقالة أو الإمتناع 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 أن يقوم بذلك توليها تلقائيًا بعد انتهاء الأجل المحدد في الإنذار محمد الصغير بعلي، قانون الإدارة المحلية الجزائرية،بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع.ص105.

142.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص99.

143.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص101.

144.ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، الطبعة 4 ، 2010.ص259.

145.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص101.

146.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص104.

147.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص105.

148.C.E 17 juin 1955,p 399, A.G.D.A., 1955 ,p 288, O.P.cite .p Miloud Boutrigui, p.114

148.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص108.

149.ميلود بوطريكي، المرجع السابق، ص110.

150.نفس المرجع ، ص111.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

أ-المؤلفات العامة

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 بالإسكندرية ، 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 اإلدارية 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.

.7عمار 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 2007. 1428

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 لأحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر) ،بدون طبعة، دار النهضة العربية،القاهرة .

14.محمد الصغير بعلي، قانون الإدارة 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 الإسكندرية ، 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 الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة .4، 2010 .

أ-المؤلفات المتخصصة:

1-جورجي شفيق ساري ،القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ، بدون طبعة ، دار النهضة ، القاهرة، مايو2002.

2-محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العمليات القانونية المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2014.

ثانيا:المقالات

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 القانونية، القانون الإداري و العلوم السياسية، العدد 154.

ثالثًا : الرسائل و المذكرات الجامعية

أ-الرسائل

1- تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة دكتوراه ، 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 للإنفصال في النظامين الفرنسي والمصري،أطروحة دكتوراة،كلية الحقوق، جامعة منصورة، مصر.

ب-المذكرات

1- بحري إسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر بن يوسف ، كلية الحقوق ، الجزائر 2009.2008.

2 – خضري حمزة ، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2005.2004.

3- خلف الله كريمة ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة كلية الحقوق ، 2013.2012 ، الجزائر.

4- بوغازي وهيبة ، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة فرحات عباس ، سطيف ، 2010.2009.

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 الإنفرادي 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 ، 2008.2007.

رابعا : 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 38 ، صادر في 03 جوان 2011.

3 - المرسوم الرئاسي15-247، المؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر من سنة 2015،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، العدد رقم 15.

4 - المرسوم التنفيذي 84-116 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة يبرمها المتعامل العمومي ، الجريدة الرسمية عدد 20 الصادر في 15 ماي 1984.

5 - قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفيات 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 المنشأ 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.

مقدمة :.....
الفصل الأول: ماهية القرارات الإدارية 03
أولا : نشأة القرارات الإدارية المنفصلة : 03
المطلب الأول : تعريف القرارات الإدارية المنفصلة :.....05
أولا – تعريف الفقه للقرارات الإدارية المنفصلة: 05
النظام القانوني لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة : 08
أولا - الأساس القانوني لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.....08
ثانياً - شروط تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة : 09
ثالثا : شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل.....10
2/– الشروط الموضوعية (أوجه المشروعية التي يمكن إثارتها) :.....15
المطلب الثاني: موقف الفقه من نظرية القرارات الإدارية المنفصلة 17
الفرع الأول: معارضو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة 17
الفرع الثاني : مؤيدو نظرية القرارات الإدارية المنفصلة.....20
المطلب الأوت: المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي لتحديد القرار الإداري المنفصل...26
الفرع الأول : المعيار الموضوعي 27
أولاً– السلطة المختصة في إصدار القرار.....27
ثانيا – الطابع الإيجابي أو السلبي للقرار الإداري 29
ثالًثا– الانفصالية بسبب عدم المشروعية التي تمس القرار 30
رابعا : مدى جوهرية و فعالية القرار الإداري في تكوين العملية الإدارية المركبة، 33
خامسا : مدى عمومية أو فردية القرارات الإدارية كمعيار لتحديد الانفصال.....33
الفرع الثاني: المعيار الذاتي 33
أولاً– المحاولات القضائية لتحديد مضمون المعيار الذاتي 35
ثانيا المحاولات الفقهية لتحديد مضمون المعيار الذاتي 36
ثالًثا: رفض المعيار الذاتي الانفصالية 38
المطلب الثاني: المعيار الغائي ومعيار المشروعية الخاصة بالقرار والمشروعية المتميزة عنه 38
الفرع الأول: المعيار الغائي 39
الفرع الثاني: الشرعية الخاصة بالقرار والشرعية المتميزة عنه.....41

أولاً- الشرعية الخاصة بالقرار 42
ب- النظام القانوني الخاص بالقرار 46
خاتمة 51

الملخص:

القرار الإداري المنفصل هو قرار ضمن عملية إدارية مركبة و الطعن ضد بالإلغاء جائز لكونه قرار نهائي ولا يؤدي إلغاءه إلى بطلان العملية الإدارية المنسوب فيها لأنه منفصل.

و لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة ايجابيات عملية و تطبيقية تخضع الى حماية حقوق كل من له مصلحة في الطعن في القرار الإداري المنفصل حتى و إن لم تكتمل العملية الإدارية بعد.

الكلمات المفتاحية:

القرار الإداري المنفصل _ العقد _ قضاء الإلغاء.

الملخص------- Summary

الكلمات المفتاحية------- key words

القرار الإداري المنفصل------- separate administrative decision

العقد------- Contract

قضاء الإلغاء------- Spend cancellation

Resumie

A separate administrative decision is a decision within a complex administrative process, and appealing against the cancellation is permissible because it is a final decision and its cancellation does not lead to the invalidity of the administrative process attributed to it because it is separate.

The theory of separate administrative decisions has practical and practical advantages that are subject to the protection of the rights of everyone

who has an interest in appealing the separate administrative decision, even if the administrative process has not yet been completed.