

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة -
كلية الحقوق

الخطر الجزائري في الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"

أطروحة دكتوراه العلوم في القانون العام

إشراف:
أستاذة التعليم العالي
الدكتورة موسى زهية

إعداد الطالب:
بن النوي زبير

لجنة المناقشة:

| | | |
|---------|---|-------------------------|
| رئيساً | أستاذ التعليم العالي بجامعة الإخوة منتوري قسنطينة - | أ.د/ طاشور عبد الحفيظ |
| مشرفاً | أستاذة التعليم العالي جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - | أ.د/ موسى زهية |
| ممتحناً | أستاذ التعليم العالي بجامعة الإخوة منتوري قسنطينة - | أ.د/ بوبندير عبد الرزاق |
| ممتحناً | أستاذ محاضر بجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي | د/ جغلول زغدود |
| ممتحناً | أستاذ محاضر بجامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 | د/ قجالي محمد |
| ممتحناً | أستاذ محاضر بجامعة العربي التبسي تبسة | د/ سعدي حيدرة |

السنة الجامعية: 2018-2019

شكر وتقدير

كل الشكر والعرفان إلى الأستاذه المشرفة

**الدكتورة " موسى زهية " على مجهودها في اتمام هذا
العمل المتواضع**

**وكل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الأساتذة الكرام كل
باسمه بقبولهم مناقشة هذه الرسالة**

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع المهمة التي تحافظ دائما على قابليتها للنقاش لما تطرحه من إشكاليات قانونية متنوعة باعتبارها احد الأدوات المهمة للإنفاق العمومي بغرض تحقيق المصلحة العامة وبهذه الصفة يحض المال العام بحماية قانونية بطرق متعددة إدارية وقضائية إدارية وجزائية وهذا بمراقبة إنفاقه واستعماله حتى يحقق الغرض والهدف المرجو من وراء تسخيرها مع الإشارة إلى أن الصفقات العمومية كانت ومازالت بؤرة مهمة للفساد، وإذا كان لابد من المراقبة بوجه عام ومعاينة كل من تسول له نفسه العبث بالمال العام فيجب أيضا أن لا تتحول هذه الإجراءات إلى هاجس لممثل المصلحة المتعاقدة مما قد يؤدي إلى ارتباكه وتخوفه من خطر محقق ومن ثمة تعطل مصالح هذا الشخص المعنوي العام الذي هو مطالب كما قلنا بتحقيق المصلحة العامة.

يواكب مراحل إبرام الصفقة خطر جزائي محقق بممثل المصلحة المتعاقدة الذي يعمل على القيام بمهامه تلبية لاحتياجات المصلحة المتعاقدة التي يمثلها، وفي نفس الوقت يريد تفادي الخطر الجزائي والوقوع في المسائلة الجزائية قدر المستطاع، وبالتالي نكون أمام مصلحتين متناقضتين: المصلحة العامة للمصلحة المتعاقدة والتي تكون ذات طابع مالي أو اقتصادي، والمصلحة الخاصة لممثل هذه الأخيرة.

وفي هذا الصدد نكون أمام حتمية الموازنة بين مصلحتين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة الذي يريد أن يعمل ويؤدي ما عليه مع تفادي أي مسائلة قد تطاله مهما كان نوعها سواء كانت تأديبية أو جزائية وفي نفس الوقت يستهدف من خلال هذا المجهود تحقيق المصلحة العامة المستهدفة من طرف المصلحة المتعاقدة، ونظرا لصعوبة التوفيق بين الغرضين وحتى لا تتأثر مبادرة ممثل المصلحة المتعاقدة مهما كانت صفته واحتمال وقوعه في الخطأ أو الخطر أصبح من الضروري البحث في الجهة المخولة بهذا الدور المهم.

هناك طرح مفاده ان الخطر الجزائي هو وسيلة لاعادة التوازن المفقود بين المصلحتين المتناقضتين، وان القضاء هو المخول بلعب هذا الدور المهم، ومن الناحية التشريعية نص المشرع على الخطر الجزائي في قانون الصفقات العمومية صراحة في المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 وهذا في المادة 61 منه، واستمر هذا النهج في قانون الصفقات الساري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 في المادة 89 منه.

إن تعدد احتياجات الأشخاص المعنية بتنظيم الصفقات العمومية مهما كانت صفتها حسب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹ تقتضي إبرام صفقات عمومية وهذا سواء لانجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو انجاز دراسات أو تقديم خدمات حسب المادة 29 من نفس المرسوم، وعليه يواكب إبرام هذه الصفقات العمومية خطرا جزائيا قد يتورط فيه الموظف أو العون العمومي ممثل الجهة المتعاقدة، وعلى غير العادة يبدو أن المشرع تطرق الى هذا الخطر لأول مرة في قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236 بتاريخ 07/10/2010 في المادة 61 منه وبعد إلغاء هذا المرسوم واستبداله بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 حافظ المشرع على هذا النهج حيث ورد في القسم الثامن منه تحت عنوان "مكافحة الفساد" المادة 89 التي تشير الى المتابعة الجزائية ضد كل من يتورط في أفعال مجرمة لها علاقة بمجال الصفقات العمومية وكذا جزاءات إدارية بفسخ الصفقة برمتها أو جزاءات قضائية إدارية بإلغاء الصفقة العمومية أو الملحق مع الإشارة أن قانون الصفقات العمومية الملغى رقم 10-236 لم ينص في المادة 61 على إلغاء الصفقة المخالفة للقانون وكان يكتفي بفسخ الصفقة أو العقد وهذا الأخير لم ينص عليه قانون الصفقات الساري حيث تخص الجزاءات المنصوص عليها في المادة 89 الصفقة والملحق، والغرض من تنظيم هذا الخطر خلق أرضية لإعادة التوازن بين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة المستهدفة من طرف هذه الأخيرة، ولا ريب أن المخول بهذه المهمة هو القضاء سواء كان القاضي الإداري بالأساس أو القاضي الجزائي، وفي هذا الباب يجب أن نشير الى نقطة مهمة حيث لا يمكن الحديث عن دور القاضي الجزائي خارج نطاق مبدأ شرعية التجريم أي يجب أن تشكل المخالفات المرتكبة من طرف ممثل المصلحة المتعاقدة جريمة منصوص عليها في قانون مكافحة الفساد رقم 06-201 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26/08/2010، وعليه نتساءل عن المغزى من هذا الخطر قبل الوقوع فيه وهل يمكن اعتباره فعلا وسيلة لإعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين وبالتالي يبدو أن الإشارة الى هذه المخاطر في صلب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كفيلة بلفت انتباه

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادر بتاريخ 20/09/2015.

² - القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 14، الصادر بتاريخ 08/03/2006.

المصلحة المتعاقدة وممثلها لأن الجزاء سوف يكون في الغالب مزدوج فسخ الصفقة أو إلغائها ومتابعة جزائية قد تطال المصلحة المتعاقدة بصفتها شخص معنوي خاص ملزم بالخضوع الى تنظيم الصفقات العمومية حسب المادة 18 مكرر من قانون العقوبات¹ وحسب المادة 08 من المرسوم الرئاسي 15- 247 أو تطال ممثلها القانوني بصفته شخص طبيعي وقد يقتصر الجزاء على المتابعة الجزائية دون الجزاء الإداري.

وفي هذا الصدد نتساءل عن مخالفات لتنظيم الصفقات العمومية قد تؤدي الى بطلان أو إلغاء الصفقة العمومية في حالة عرضها على القاضي الإداري وهذا دون وصولها الى درجة منح امتيازات غير مبررة للغير مادام الأمر يقتصر على عيوب قد تطال الصفقة بصفتها عقد إداري ومن هذا المنطلق أصبح من الضروري البحث في الطبيعة القانونية للصفقة العمومية من حيث مفهومها والمعايير المعتمدة في ذلك وطريقة إبرام الصفقة العمومية حسب ما هو محدد في المادة 39 و 42 من المرسوم الرئاسي 15- 247، وسوف نقف لاحقا على أن الطبيعة القانونية للصفقة ركن مفترض في جرائم الصفقات العمومية وعليه نبحت في صور مخالفة الصفقة العمومية للقانون من حيث أركانها وأشكال إبرامها وكذا مخالفة أحكام الملحق أكثر المجالات إثارة للجدل أمام القاضي الإداري وحتى القاضي الجزائي، وبالنظر الى تعامل قاض المشروعية أو الإلغاء مع الصفقات العمومية بطريقة مخالفة لتلك المنتهجة من طرف قاض القضاء الكامل بطبيعة الحال بالنظر الى طبيعة كل دعوى نبحت في طريقة إعادة التوازن المفقود بين المصلحتين المتناقضتين من طرف القاضي الإداري مهما كانت طبيعة الدعوى المعروضة عليه دون إغفال ما يسمى بالقرارات المنفصلة التي تفرض نفسها على كل باحث في القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية وهذا للوقوف على فعالية هذا القضاء بالنسبة لإشكالية البحث مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 لا يفصل بين قاض الإلغاء وقاض القضاء الكامل عضويا .

أما في سياق البحث عن دور يقوم به القاضي الجزائي لإعادة التوازن المفقود بين المصلحتين المتناقضتين من منطلق مبدأ شرعية التجريم فمن الضروري التطرق الى أفعال وصلة الى درجة الجريمة وأخطرها على الإطلاق جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير، هذا الجرم الذي يرتكبه الموظف بالشراكة مع المتعاقد معه الوحيد الذي أشار إليه بصراحة قانون الصفقات العمومية الملغى رقم 10- 236 وبعد تعويضه بقانون الصفقات العمومية

¹ - الأمر رقم 66 - 156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، ج ر، عدد 49، الصادر بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم عدة مرات.

وتفويضات المرفق العام الصادر بالمرسوم رقم 15-247 أشار إليه المشرع في المادة 89 صراحة وهو مجرم أيضا بالمادة 1/26 من قانون مكافحة الفساد رقم 06 - 01، كما أشار نفس المرسوم الى تعارض المصالح في المادة 90 منه مع العلم أن قانون الصفقات السابق لم يشر الى هذا الفعل وهو مجرم كما يبدو بالمادة 34 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وأشار المشرع ضمنا في المادة 89 من مرسوم 15-247 الى فعل الاستفادة من سلطة وتأثير الأعوان العموميين العاملين في الهيئات المعنية بتنظيم الصفقات العمومية وهو فعل مجرم أيضا بالمادة 2/26 من القانون رقم 06-01 بالإضافة إلى جرائم أخرى يمكن وصفها بالجرائم المرتبطة مباشرة بالصفقات العمومية وأخطرها جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المعاقب عليها بنفس القانون في المادة 27 منه والتي لم يشر إليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مباشرة، وجريمة استغلال النفوذ المعاقب عليها بالمادة 32، والقاسم المشترك بين هذه الأفعال المجرمة من حيث الهدف محاولة الحصول على امتيازات غير مبررة .

كما يمكننا أن نسجل أفعالا أخرى مجرمة ولكن يمكن وصفها بالمرتبطة بصفة غير مباشرة بمجال إبرام الصفقات العمومية، منها جريمة تلقي الموظف هدايا ومزايا غير مستحقة من شأنها أن تؤثر على حياده المعاقب عليها بالمادة 38 من القانون رقم 06 - 01، وجريمة اخذ فوائد بصفة غير قانونية من العقود أو من المزايدات أو من المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات المعاقب عليها بالمادة 35 من نفس القانون، وجريمة الغدر المعاقب عليها بالمادة 30 من نفس القانون وغيرها من الأفعال المجرمة وهذه لن نتطرق إليها نظرا لطبيعة هذه الدراسة.

ومن بين الملاحظات المسجلة على الأفعال المجرمة المرتبطة بالصفقات العمومية بصفة مباشرة اشتراكها في عنصرين هما ركنين مفترضين ويتعلق الأمر بصفة الموظف والصفة العمومية، فهذه الجرائم لا ترتكب إلا من طرف موظف أو عون عمومي بمناسبة إعداد أو إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية، أما الجرائم الأخرى فيمكن أن ترتكب في هذا الإطار أيضا كما يمكن ارتكابها بصفة عامة خارج مجال الصفقات العمومية.

وعليه فان معالجة هذا الموضوع تطرح أمامنا إشكاليات أولية منها ما يتعلق بمفهوم الامتيازات غير المبررة كفعل مخالف للقانون أشار إليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وبصفته جريمة منصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01، ومادام هذا الفعل يمثل خطرا جزائيا رئيسيا محققا بممثل المصلحة المتعاقدة بصفة عامة أصبح لزاما علينا البحث بعمق في الأشخاص المعنيين بهذا الخطر في مجال الصفقات العمومية، وترجع أهمية هذا العنصر إلى نقطتين أولا التباين المسجل بين قانون الصفقات العمومية ولاسيما في المادة 88 منه أين استعمل المشرع مصطلح العون العمومي ممثلا للشخص المعنوي العام أي المصلحة المتعاقدة الذي يقابله طرف آخر يصطلح عليه المتعامل المتعاقد قد يكون شخص طبيعى أو شخص معنوي كما هو منصوص عليه في القسم الثالث المادة 37، أما المادة 06 من نفس المرسوم فحددت الأشخاص الاعتباريين المعنيين بإبرام الصفقات العمومية وهي الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، والتي قد يندرج تحتها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية مع العلم أن قانون الصفقات السابق رقم 10 - 236 نص صراحة على هذه الأشخاص العمومية وأخضعها لتنظيم الصفقات العمومية إذا كان تمويل الصفقة من المال العام على خلاف المرسوم المنظم للصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 02-250 بتاريخ 24 يوليو 2002 الذي لم يخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لتنظيم الصفقات العمومية مع العلم أن هذا المرسوم صدر بعد القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الذي أخضع هذه الأخيرة للقانون الذي يحكم النشاط التجاري،¹ ومن جهة أخرى يستعمل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم مصطلح "موظف عمومي"² ويبدو أن مصطلح العون العمومي أشمل لأن تنظيم الصفقات العمومية يطبق على الإدارة وعلى المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الذي يحكم النشاط التجاري، ثانيا معلوم أن القانون الجزائي والقاضي الجزائي يفرق بين العامل في المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية وبين الموظف في إدارة عمومية لأن هذا الأخير يخضع لقانون الوظيفة

¹ - الجريدة الرسمية ، عدد 02، الصادر بتاريخ 13/01/1988

² - راجع مثلا المادة 26 والمادة 27 و 32 و 34 من القانون رقم 06 - 01، مرجع سابق

العمومية بينما يخضع الآخر لقانون العمل،¹ وفي هذا النوع من الجرائم تشكل صفة المشتبه فيه أو المتهم أحد الأركان الخاصة لقيام الجريمة محل المتابعة، وعليه لا يمكن تحديد المعنيين بهذا الخطر دون التطرق الى بناء الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

إن هذا الخطر الجزائي يواكب كل مراحل إبرام الصفقة العمومية التي تبدأ باختيار كيفية إبرام الصفقة سواء عن طريق طلب العروض كقاعدة بأشكاله المختلفة طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المغلوق مع اشتراط قدرات دنيا أو طلب العروض المحدود أو المسابقة أو وفقا لإجراء التراضي بنوعيه كاستثناء وهذه الطريقة الأخيرة أكثر أشكال التعاقد إثارة للجدل خاصة من حيث احتمال الوقوع في الفساد، وبالتالي إظهار الخطر الجزائي المتمثل في النشاط الإجرامي تبعا لمراحل سير إجراءات إعداد وإبرام الصفقة العمومية بأشكالها المختلفة أكثر من ضروري.

إن اختيار طريقة من هذه الطرق المحددة في المواد 42 و49 من المرسوم الرئاسي 15-247 يمكن أن ينطوي على خطرا جزائيا إذا خالف ممثل المصلحة المتعاقدة القانون ومحتمل جدا أن يقع في جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير أو غيرها من الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، ويبقى هذا الخطر محتتمل الوقوع سواء في مرحلة إجراءات تحضير الصفقة أو في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد معه وقد يمتد هذا الخطر إلى مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية أو الملحق ومعلوم أن هذا الأخير أضحى بؤرة مهمة للفساد وفيه يتجلى الخطر الجزائي بالنسبة للموظف أو العون العمومي من جانب المصلحة المتعاقدة ومن جانب المتعاقد معه الذي يستفيد من امتيازات غير مبررة بواسطة الملحق لدرجة انه قد يتضمن مشروعا من المفروض أن يكون محل منافسة أي صفقة مستقلة ما كان هذا المتعاقد معه أن يفوز بها لو عرضت للمنافسة بهذا الشكل من البداية.

إن هذه الأفعال المجرمة جزء من جرائم الفساد توصف بالجنح وبالتالي من حيث إجراءات كشفها تخضع للأساليب العامة للكشف عن الجرائم وكذا للأساليب الخاصة التي استحدثها المشرع بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 02-15²، ومن

¹ - الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون العام للوظيفة العمومية، ج ر، عدد 46، الصادر بتاريخ 2006/07/16.

² - الأمر رقم 15-02، المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل ويتم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

حيث تحريك الدعوى العمومية نتساءل حول مدى إعمال القيود الواردة على سلطة النيابة العامة في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، وفي مرحلة التحقيق القضائي والمحاكمة نبحث في مدى وجود خصوصيات تميز هذا النوع من الجرائم، والغرض من هذا البحث إظهار سلطات كل الفاعلين في سير الملف الجزائي قبل توجيه الاتهام وبعده حتى نتمكن من تقييم دور القاضي الجزائي وهو يستهدف بطريقة غير مباشرة إعادة التوازن المفقود بين المصلحتين المتناقضتين عبر تحديد المسؤولية الجزائية ومعاقبة الفاعلين.

وحتى لا يتحول هذا الخطر الجزائي إلى هاجس يتبع الموظف ويؤثر بالسلب على أدائه المهني ومن ثمة يصبح عائقا لنشاط الشخص الاعتباري العام كجهة متعاقدة يجدر بنا البحث في كيفية تجنب هذا الخطر المحدق عبر كل مراحل سير الصفقة العمومية وخاصة ذلك المتعلق بجنحة الحصول على امتيازات غير مبررة والرشوة في الصفقات العمومية.

ولأن الموظف أو العون العمومي أول المعنيين بهذا الخطر وأهم حلقة في سلسلة الفساد أصبح من الضروري الاهتمام به ماديا من خلال أجره مناسبة ومعنويا من حيث كفاءات توظيفه وترقيته وتكوينه المستمر والمتخصص وكذا الاهتمام بأخلاقه الوظيفية، وفي نفس الوقت نتساءل عن تشديد المشرع إجراءات إبرام الصفقات العمومية التي قد تكون وسيلة أخرى لتجنب الوقوع في الخطر الجزائي كما يمكن أن تكون سببا لمخالفة إجراءات إبرام الصفقات العمومية وبالتبعية احتمال الوقوع في المسائلة الجزائية، وعليه في سياق توضيح طرق إبرام الصفقات العمومية نبحث في مواطن هذا التشديد ومدى فعالية هذا التوجه في تحقيق الهدف المنشود من المشرع أو التسبب في النتيجة العكسية .

كما أن التكريس الفعال للأسس التي تقوم عليها الصفقات العمومية من شأنه يؤدي إلى حسن استعمال المال العام ومن ثمة يتجنب الموظف أو العون العمومي الخطر الجزائي والوقوع في الجرم وهذه المبادئ نصت عليها المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية وأكد عليها القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد في المادة¹ 09 المتممة بالأمر رقم 10-05 حيث أضاف المشرع مبدأ النزاهة إلى جانب مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة بين المرشحين حسب قانون الصفقات ومبدأ الشفافية الذي يشترك فيه القانونان ومبدأ المنافسة الشريفة والمعايير

¹ - راجع المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، والمادة 09 من القانون رقم 06 - 01، مرجع سابق

الموضوعية الذين ينفرد بهما قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وأكدت المادة 09 المذكورة على أن هذه القواعد يجب أن تركز على وجه الخصوص علانية المعلومات وإجراءات إبرام الصفقات العمومية والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء ومعايير موضوعية دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وكذا ممارسة طرق الطعن في حالة عدم احترام هذه القواعد، وفي هذا الإطار أكد الأمر رقم 10-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 على التصريح بالنزاهة. هذه المبادئ تحتاج إلى دراسة شاملة من باب مفهومها وتكريسها وتفعيلها حتى توصلنا للهدف الذي من أجله وضعت، مع العلم أن مبدأ المنافسة هو الأهم على الإطلاق نظرا لتداخله مع المبادئ الأخرى، كما أن نص المشرع على المعايير الموضوعية بصفة مطلقة يجعلها أكثر المبادئ غموضا.

ومادامت الصفقة العمومية تتضمن نفقة عمومية تصرف من الخزينة العمومية أصبح من الضروري إخضاعها لكل أنواع الرقابة المالية القبلية والبعدية وحتى التكميلية إن صح هذا الوصف الذي نستعمله بكل تحفظ في سياق البحث عن آليات تجنب الخطر الجزائي، وعليه يبدو أن تسليط الضوء على الرقابة التي يمارسها المراقب المالي تبعا لتأشيرة الأمر بالصرف وكذا رقابة المحاسب العمومي جديرة بالبحث خاصة فيما يتعلق بسلطة التجاوز الممنوحة للأمر بالصرف ومدى تأثيرها في الرقابة المالية للمراقب المالي والمحاسب العمومي، وإذا كانت هذه توصف برقابة مالية تمارسها هيئات ذات طابع إداري فان نفس الرقابة بأوجه مختلفة تمارسها هيئة أخرى ذات طابع قضائي ويتعلق الأمر بمجلس المحاسبة الذي يبدو أنه غيب من محيط الرقابة البعدية على المال العام بسبب تنظيمه ووسائل عمله غير المناسبة لطبيعة عمله، ويبدو أن عرض تجارب دول أخرى في هذا المجال ومحاولة الاستفادة منها قد يسهم في النهوض بهذه الهيئة المهمة حتى تساهم في تجنيب الفاعلين في مجال الصفقات العمومية الوقوع في الخطر الجزائي، مع الإشارة الى أنه وان كان مجلس المحاسبة ذو طابع قضائي إلا أننا لا نعتبره ضمن القضاء التقليدي إن صح هذا الوصف فهو ليس ضمن القضاء الإداري بهيكله المعروفة محكمة إدارية ومجلس دولة وليس أيضا ضمن القضاء الجزائي بهيكله المعروفة، وبالتالي لم نتناوله كوسيلة لإعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بل كوسيلة لتجنب الخطر الجزائي لأن رقابته لاحقة.

وقد سبق وقلنا أن جرائم الصفقات العمومية جزء لا يتجزأ من جرائم الفساد وبالتالي استحداث المشرع لهيئات متخصصة للوقاية ومكافحة هذه الآفة يمكن أن تكون آلية أخرى لتجنب الخطر الجزائي ويتعلق الأمر بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان

المركزي لقمع الفساد، وفي هذا السياق نتساءل عن العلاقة بينهما وكذا فعالية كل منهما باعتبارهما أحد الآليات المستعملة لتجنب الخطر الجزائري.

بعد هذا العرض المركز لموضوع الدراسة يمكن تحدد إشكالية البحث كما يلي:

هل يمكن اعتبار الخطر الجزائري وسيلة لإعادة التوازن المفقود بين مصلحتين متناقضتين، المصلحة العامة ذات الطابع المالي أو الاقتصادي والمصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة، والجهة المكلفة بذلك، استنادا إلى المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والقانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وكذا حسب القانون المقارن.

وترجع أهمية اختيار هذا الموضوع بالدراسة إلى الأسباب التالية :

أولا إلى أهمية الموضوع في حد ذاته كما ذكرتها أعلاه وكذا دور كل من القضاء الإداري والقضاء الجزائي في إيجاد توازن بين مصلحتين متناقضتين والأثر الايجابي على المصلحة العامة يضاف إليها ثانيا انتشار الفساد وتزايد الفساح المالية في مجال الصفقات العمومية في الفترة الأخيرة وما تبعه من تدخل مستمر للمشرع معدلا ومتمما لقانون الصفقات العمومية والقوانين الردعية المرتبطة به لحماية المال العام وهذا يجعل الموضوع بأهمية بالغة، كما أن صدور المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تبعا لقانون مكافحة الفساد وكذا قانون المنافسة رقم 03 - 03 المرتبط أيضا بالموضوع وتعديل قانون الإجراءات الجزائية في جوانب متصلة بإجراءات التحري وسير الدعوى العمومية في جرائم الفساد يجعل الموضوع مثيرا، وقبل هذا تعديل المشرع لاختصاصات القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية تحديدا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الصادر بتاريخ 2008/02/25 يزيد من أهمية الموضوع، كما أن محاولة تجنب ممثل المصلحة المتعاقدة للخطر الجزائري المحقق به يدفعنا أيضا للبحث في الموضوع.

ونظرا لأهمية الموضوع من الناحية العلمية والعملية توالى البحوث والملتقيات والأيام الدراسية وخاصة عندما أدرج المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نصوصا تلزم الموظفين وكذا الإدارة بضرورة التكوين المستمر لموظفيها إلا أن نقائص كبيرة ونقاط ضل عديدة مازالت تحتاج إلى البحث والتمحيص والنقد، وجوانب

عديدة من هذا الموضوع مازال يشوبها الغموض تحتاج إلى دراسة أو إعادة دراسة أو تكملة ما بدأه غيرنا، وقد ارتأينا أن نأخذ الموضوع من زاوية تأثر ممثل المصلحة المتعاقدة موظفاً كان أو عون عمومي من هذا الخطر الذي يلزم الصفقات العمومية من مرحلة التحضير إلى مرحلة التعاقد والتنفيذ واثراً ذلك على المصلحة الخاصة والمصلحة العامة على السواء وسبل إعادة التوازن بين المصلحتين وفي ابعده الحدود محاولة حصر آليات تجنب هذا الخطر.

مؤكد أننا تناولنا الموضوع أيضاً من زاوية الفساد في الصفقات العمومية ولكن ليس بهدف إظهار مكونات الجريمة في حد ذاتها بل قصد تتبع الخطر الجزائي عبر مراحل إبرام الصفقة العمومية بعد إظهار دور القاضي الإداري الذي يتوقف عند حدود إبطال الصفقة المخالفة للقانون ثم التطرق إلى دور القاضي الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ومعلوم أن اختصاصه يتوقف عند حدود مبدأ شرعية التجريم أي عندما تتجاوز المخالفات المسجلة مرحلة إبطال الصفقة، كما أن هاجس الخطر الجزائي الذي يقتحم مجال الصفقات العمومية قد يؤدي إلى تعطل احتياجات المصلحة المتعاقدة ومن ثمة التأثير بالسلب على أدائها والبحث في هذا الموضوع من شأنه تسليط الضوء على هذا الجانب المهم ورفع الكثير من اللبس خاصة في ما يتعلق بالحصول على امتيازات غير مبررة بفعل الموظف أو العون العمومي والتي قد يصعب كشفها وأثار هذا الخطر على الصفقات العمومية ومن ثمة محاولة النظر في وسائل وطرق من شأنها تؤدي إلى تجنبه خاصة فيما يتعلق بالموظف الذي هو الحلقة الأهم في المعادلة وهذا من زاوية توظيفه وتكوينه المستمر وأخلاق الوظيفة ككل وكذا المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية الواجبة الاحترام وإخضاع الصفقة إلى رقابة مالية متنوعة ومتدرجة بحكم أن الصفقة نفسها هي نفقة عمومية ومعلوم أن صرف المال العام يخضع إلى رقابة مالية مختلفة الأشكال.

وعن المناهج المعتمدة في هذه الدراسة فبالنظر إلى الزاوية التي من خلالها تتم معالجة الموضوع يكون الباحث مجبراً على اعتماد أكثر من منهج بحث، ومن أهم هذه المناهج نذكر المنهج التحليلي مادام الأمر يتعلق بتحليل نصوص قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الصادر حديثاً في 2015/09/16 ولو أنه في بعض الجوانب يشكل استمراراً لقانون الصفقات الملغى الصادر سنة 2010، وكذا تحليل نصوص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته باعتباره يكرس مبدأ شرعية التجريم في مجال الصفقات العمومية، وكذا تحليل وشرح النصوص المرتبطة بالموضوع ولاسيما قانون المنافسة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى المنهج المقارن سواء مقارنة تنظيم

الصفقات عندنا مع نظيره في دول أخرى وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائري بوجه عام وكذا مقارنة قانون الصفقات الساري مع القانون السابق من باب البحث عن الجديد الذي أتى به المشرع بعد فترة قصيرة طبق فيها قانون الصفقات السابق، وفي نفس السياق اعتمد الباحث المنهج التاريخي أو الوثائقي خاصة بالنسبة للنصوص المنظمة للصفقات العمومية والقانون الجزائري الناظم لجرائم الفساد.

وبالنسبة للدراسات السابقة فان باحثين تطرقوا لنفس الموضوع ولكن ليس من نفس الزاوية التي اعتمدها ونذكر منهم احدث هذه الرسائل، الأولى للأستاذ خصري حمزة الموسومة "آليات حماية المال العام في الصفقات العمومية"¹، والثانية للأستاذة نادية تياب الموسومة "آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية"²، فإذا كان المال العام الذي يتم صرفه عن طريق الصفقات العمومية هو محور الدراسة الأولى فإن الدراسة الثانية ركزت فيها الباحثة على آليات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية بواسطة القاضي الجزائري والقاضي الإداري والرقابة المالية على الصفقات العمومية دون التفصيل في الأفعال المجرمة في مجال إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها في البحثين، وقد خلص الباحثان الى ضرورة تعديل نصوص قانون الصفقات العمومية الملغي رقم 10 - 236 مادامت دراسة كليهما تمت في ضل هذا القانون، أما المميز لدراستنا فهي البحث في معادلة مهمة طرفها الأول المصلحة العامة التي تستهدفها المصلحة المتعاقدة عن طريق تلبية احتياجاتها بواسطة الصفقات العمومية وطرفها الثاني الخوف من الوقوع في المتابعة الجزائية الذي ينتاب ممثل المصلحة المتعاقدة باستمرار وما لهذه المعادلة من اثر سلبي على المصلحة العامة في ضل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد رقم 15-247، وبالتالي كان لزاما التطرق الى أهمية الخطر الجزائري الذي دخل قانون الصفقات العمومية لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 واستمر في قانون الصفقات الساري ومن خلاله دور القضاء الجزائري في إعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين ومدى فعالية القاضي الإداري في هذه المهمة وتبيان الأشخاص المعنية بالخطر الجزائري في مجال الصفقات العمومية وتتبع كل المراحل المهمة التي يمكن أن يظهر فيها هذا الخطر وهذا في حد ذاته يساهم في الوقاية من الفساد ومن ثمة تجنب هذا الخطر المحقق في المستقبل، ولهذا السبب أشرنا الى الجرائم التي تشكل هذا الخطر حسب قانون الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد. ولأن الهدف

¹ - رسالة مناقشة في جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014 - 2015.

² - رسالة مناقشة في جامعة مولود معمري، تيري وزو، سنة 2013.

الأول من الدراسة كما قلنا هو البحث في سبل إعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة كان لزاما التطرق الى دور كل من القاضي الإداري والقاضي الجزائي في هذا المجال، ولأن الهدف الثاني هو كيفية تخلص ممثل المصلحة المتعاقدة من الشعور بالخطر الجزائي ومن ثمة إطلاق يده للعمل بكل حرية في حدود ما يسمح به القانون بغرض تحقيق المصلحة العامة أصبح من الضروري البحث في سبل وآليات تجنب هذا الخطر وفي هذا لم نجد على ما تم رصده من آليات من طرف ما سبقنا في هذا البحث ولو بطريقة مختلفة لأن الموضوع مضبوط بنصوص قانونية لا يمكن تجاهلها، ولكن إذا كان سبب تناول هذه الآليات بالنسبة لغيرنا هو محاربة الفساد فإن سبب تناولنا لنفس الآليات هو تجنب الوقوع في الخطر الجزائي والمسائلة الجزائية سواء بالنسبة للموظف أو المتعاقد معه وبالتالي فدراستنا تدرج في خانة الوقاية من الفساد أما محاربة الفساد فهو مرحلة متقدمة عن موضوع الدراسة ففي هذه الحالة يكون ممثل المصلحة المتعاقدة وربما المتعاقد معه قد وقع في المسائلة الجزائية وتأثر المصلحة العامة سلبا جراء ذلك ثابت لا محالة، وإذا كانت الدراستين السابقتين قد توصل فيها الباحثين الى تفشي الفساد في الصفقات العمومية وعدم كفاية الآليات المعتمدة في مكافحة هذه الظاهرة فإننا نعتقد من البداية أن آليات الوقاية من الفساد تجنبنا للخطر الجزائي كافية بشرط تفعيلها في الميدان وعليه نحاول تبيان ذلك في الموضوع.

وفي كل الأحوال إن كل جديد في القانون ونقصد هنا قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر حديثا بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 بتاريخ 2015/09/16 وقبله قانون مكافحة الفساد المعدل والمتمم يكون مجالا محبذا للدراسة والتمحيص من جوانب مختلفة حتى نصل إلى تحديد مميزاته وإيجابياته وسلبياته ومن ثمة الدفع به إلى التجدد والتغيير في محاولة للوصول إلى ما هو أفضل.

وتبعا لهذا التقديم وللإجابة على الإشكالية المطروحة يمكن تقسم الدراسة إلى جزئين:

الباب الأول: أهمية الخطر الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ودور القضاء في ذلك.

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

الفصل الثاني: دور القاضي الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

الباب الثاني: تجنب الخطر الجزائي في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول: التركيز الفعال للمبادئ التي على أساسها تبرم الصفقات العمومية و التدابير الوقائية.

الفصل الثاني: الرقابة المالية على الصفقات العمومية.

الباب الأول

أهمية الخطر الجزائي في إعادة التوازن بين
المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ودور
القضاء في ذلك.

الباب الأول: أهمية الخطر الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ودور القضاء في ذلك.

يلزم الخطر الجزائي المصلحة المتعاقدة الممثلة بموظفين عامين من مرحلة تحضير الصفة وإعداد دفتر الشروط إلى اختيار طريقة التعاقد إلى الإعلان عن المنافسة وتلقي عروض المتنافسين إلى إجراء المنافسة وفتح الأظرفة ومنح الصفة، ويستمر هذا الهاجس حتى بعد مرورها إلى مرحلة التنفيذ مما يتسبب في اختلال التوازن بين المصلحة الخاصة التي يستهدفها ممثل المصلحة المتعاقدة موظفاً كان أو عون عمومي الذي لا يريد الوقوع ضحية متابعة جزائية جراء عمله بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو إبرامها أو تنفيذها وبين المصلحة العامة التي تستهدفها المصلحة المتعاقدة، وسعيًا من المشرع لإيجاد توازن بين المصلحتين نص لأول مرة في قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 10.236 على الخطر الجزائي بموجب المادة 61 منه¹ حيث إلى جانب الجزاءات الإدارية المتمثلة في فسخ الصفة من طرف المصلحة المتعاقدة وأخرى تكميلية تتمثل في إدراج التعاقد معه في قائمة المنع من تقديم العروض أشار إلى جزاءات ذات طابع جزائي محتملة جراء كل أفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم مزية لعون عمومي بمناسبة تحضير صفقة أو إبرام صفقة أو ملحق أو مراقبة تنفيذ صفقة، واستمر النص على الخطر الجزائي بعد إلغاء هذا المرسوم وتعويضه بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15.247 ضمن المادة 89 منه وهذا بنصه على جزاءات إدارية تتمثل في فسخ الصفة من طرف المصلحة المتعاقدة وإضافة جزاء إداري قضائي لم ينص عليه المرسوم السابق يتمثل في إلغاء الصفة العمومية المبرمة بصفة مخالفة للقانون إلى جانب جزاءات جزائية محتملة بنفس الطريقة المنصوص عليها في المرسوم الملغى وهذا مايعبر عليه في قانون الفساد بجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير المعاقب عليها بالمادة 26 منه ولكن المرسوم رقم 15.247 أشار أيضا إلى خطر جزائي آخر يمكن أن يقع فيه موظف في

¹ . " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفة أو العقد أو الملحق المعني ومن شأنه أيضا أن يكون سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي آخر يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عرض للصفقات العمومية وفسخ الصفة..."

المصلحة المتعاقدة ويتمثل في تعارض المصالح أي تعارض مصلحته الخاصة مع المصلحة العامة وهو فعل معاقب عليه بالمادة 34 من قانون مكافحة الفساد، ومن خلال هذا الخطر يتدخل القضاء لإعادة التوازن المفقود بين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة التي تستهدفها المصلحة المتعاقدة وفي هذا الصدد نتساءل عن دور كل من القضاء الإداري و القضاء الجزائي في تحقيق هذه المهمة الصعبة.

ومادام هذا الخطر يتمثل في مخالفات ذات طابع جزائي يبدو مهما تبيان حدود اختصاص القاضي الإداري قبل الخوض في دور القاضي الجزائي، وعليه حتى نبين هذا دور الخطر الجزائي في إعادة التوازن المفقود يجدر بنا التطرق أولا الى دور القاضي الإداري ومدى فعاليته لتحقيق هذا الهدف ويبدو التطرق الى الطبيعة القانونية للصفقة كعقد إداري ومن ثمة تحديد الاختصاص القضائي مسألة مهمة قبل الخوض في البت في منازعات الصفقات العمومية، ثم التطرق الى دور القاضي الجزائي من خلال تبيان أهم الأفعال المجرمة المشكلة لجرائم متعلقة بالصفقات العمومية والتي تتميز بنوع من الخصوصيات سوف نبينها في سياق شرح أركان كل جريمة على حدا، كما نتطرق إلى إجراءات سير الدعوى العمومية في هذه الجرائم مبينين خصائصها المميزة في هذا الإطار وعليه لن نفصل كثيرا في هذه الأخيرة وسوف نكتفي بإظهار هذه الخصوصيات فقط .

نقسم هذا الباب إلى فصلين نتطرق في الأول إلى دور القاضي الإداري في إعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين، وفي الفصل الثاني نتناول الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وإجراءات سير الدعوى العمومية المتعلقة بهذه الجرائم.

الفصل الأول

دور القاضي الإداري في إعادة التوازن بين
المصلحة الخاصة والمصلحة العامة

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة:

يعد نص المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15 . 247 على الخطر الجزائي كوسيلة لإعادة التوازن بين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة موظفا كان عندما يتعلق الأمر بإدارة عمومية أو عون عمومي عندما يتعلق الأمر بمؤسسة عمومية غير خاضعة للقانون العام¹ أشار المشرع في المادة 89 منه على نوعين من الجزاءات منها الإدارية التي توقعها الإدارة نفسها تتمثل في فسخ الصفقة المخالفة للقانون والتي ثبت أن العون العمومي تعرض الى أفعال أو مناورات تتمثل في تقديم مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته أو مجر وعد وهذا بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرام صفقة أو تنفيذها وجزاء آخر يتمثل في إلغاء الصفقة ومعلوم أن الإلغاء عندما يتعلق بعقد ذو طابع إداري اختصاص أصيل للقاضي الإداري²، وأشار المشرع إلى جزاءات أخرى ذات طابع جزائي تبعا لمتابعة جزائية محتملة، ومادام الأمر يتعلق بأفعال مجرمة بناء على مبدأ شرعية التجريم ونظرا لاختصاص القاضي الإداري المحدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ بالمادة 800 وما بعدها فيبدو أن هذا الأخير غير معني بالبت في مثل هذه القضايا وهذا صحيح لأن دور القاضي الإداري يتمحور حور إلغاء الصفقة المخالفة للقانون أو الحكم بالتعويض ولا يمكنه بالتالي الفصل في قضايا تنطوي على أفعال مجرمة، وعليه نقول أن القاضي الإداري يمكن أن يتدخل لاحقا أي بعد قيام المسؤولية الجزائية لممثل المصلحة المتعاقدة وربما شريكه المتعاقد معه وهذا بإلغاء كل صفقة ثبت أنها أبرمة بصفة مخالف للقانون حسب ما هو منصوص عليه في المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247. وعليه نبحت في دور القاضي الإداري وهو يستهدف إعادة هذا التوازن المفقود بين المصلحتين وهل يوفق في ذلك أم لا، وفي السياق نتناول أهم الإشكاليات المطروحة حول هذه العملية وفي مقدمتها تحديد مفهوم وطبيعة الصفقة باعتبارها عقد والنتائج المترتبة على

¹ . حسب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . نشير أن المادة 61، مرسوم رئاسي رقم 10 . 236 الملغى لم تنص على هذا الجزاء واكتفت بالفسخ الإداري.

³ . القانون رقم 08 . 09، المؤرخ في 15 فبراير 2008 ، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ، عدد 21 ، الصادر بتاريخ 2009/04/23 .

ذلك مما يخص تحديد الاختصاص القضائي، وكذا البحث في كيفية بت القاضي الإداري في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية سواء من حيث مدى توفر أركان وشروط إبرام الصفقة العمومية وفيما يتعلق بطرق إبرام الصفقة وكذا تعامله مع الصفقات العمومية المبرمة بصفة مخالفة للقانون وفي نفس الوقت تنفيذ محلها وترتيبها لآثار قانونية و مالية.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للصفة العمومية

البحث في الطبيعة القانونية للصفة العمومية يقتضي التطرق الى مفهومها وطرق إبرامها لأن المتفق عليه أن الصفة العمومية مبدئياً هي عقد إداري يخضع للقانون العام¹، وتبعاً لذلك يتحدد اختصاص القاضي الناضر في النزاع، وما دمنا أمام صفة عمومية فإن المشرع حسم هذه الإشكالية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 800 عندما اعتمد على المعيار العضوي لتحديد اختصاص القاضي الإداري حيث يكون مختصاً إذا كان أحد أطراف المنازعة شخص عمومي من بين المذكورين في هذه المادة، أما بالنسبة للمنازعات التي تتضمن صفة عمومية المصلحة المتعاقدة فيها مؤسسة عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري والعملية ممولة كلياً أو جزئياً من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية حسب المادة 06 من المرسوم رقم 15 . 247 فإن العملاقضائيمستقراً على كون اختصاص النظر في هذا النزاع يرجع الى القاضي الإداري، كما أن اختصاص النظر في الاستعجال الإداري في مادة الصفقات العمومية بصفة عامة مهما كان أطراف المنازعة يرجع الى القاضي الإداري حسب المادة 946 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² ولا يستساغ بالمرّة أن يختص القاضي العادي بالفصل في جزء من منازعات الصفقات العمومية ويختص القاضي الإداري بقضاء الاستعجال لنفس الصفة.

ومن منطلق كون الصفة ركن مفترض في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية فبعد تأكد القاضي الجزائي من توافر صفة الموظف يتأكد من الركن المفترض الثاني أي هل نحن أمام صفة عمومية أم أن الأمر يتعلق على العموم بعقد إداري أو عقد تجاري يخضع لأحكام القانون الخاص، وللوصول إلى ذلك يجب على القاضي أو الباحث التدقيق في المسألة. بالنسبة للقاضي الأمر يتعلق بحرية الأشخاص والمال العام، وبالنسبة للباحث الخطأ يعني الخروج عن الموضوع.

ونشير إلى أن بحث القاضي في مدى كوننا أمام صفة عمومية من عدمه قد يشغله عن دوره الأساسي المتمثل في البت في موضوع النزاع إذا تعلق الأمر بالقاضي الإداري

¹ . عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010)، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2011، ص 42.

². راجع المادة الفصل الخامس المادة 946 وما بعدها من القانون رقم 08 . 09 ، مرجع سابق.

وبمحاربة الفساد المتقشي في هذا المجال إذا تعلق الأمر بالقاضي الجزائري، ويبدو أن الغموض الذي قد يكتنف بعض النصوص المنظمة للصفقات العمومية قد يتعب القاضي الإداري، أما بالنسبة للقاضي الجزائري فإن عدم تخصصه يمثل هذه العقود احد أسباب إنهاك قدراته أثناء البحث في مكونات الجريمة، وإذا كان حال القاضي هكذا فان وضع المتعاقد معه يزداد تعقيدا إذا كان غير ملم بكل الجوانب التنظيمية للصفقات العمومية، ويزداد وضعه سوءا إذا علمنا أن غموض نصوص قانون الصفقات العمومية بالنسبة له تقابله قاعدة عامة هي لا عذر بجهل القانون¹.

ونظرا لأهمية الموضوع وعلاقته المباشرة مع موضوع البحث سوف نستفيض فيه نوعا ما، وعليه سوف نحاول البحث في مفهوم الصفة العمومية في قانون الصفقات العمومية أساسا وفي قانون الوقاية من الفساد وهذا من خلال التطرق (أولا) إلى تحديد مفهوم الصفة العمومية طبقا للمعيار العضوي والمادي والمالي والشكلي، ثم نتطرق الى طرق إبرام الصفقات العمومية مع البحث بشكل مستقل في التراخي كاستثناء على قاعدة طلب العروض وما يطرحه من إشكاليات(ثانيا).

المطلب الأول: مفهوم الصفة العمومية وفق معايير معتمدة

مبدئيا نقول أن القانون عادة لا يعرف النظم التي يتناولها تاركا هذه المهمة للفقهاء ولكن بالنسبة للصفة العمومية نلاحظ أن المشرع بادر بتعريفها في موضعين، وبالتالي أصبح أمامنا مجموعة من التعاريف فقهية² وقانونية يرجع إليها القاضي الإداري إذا التبس عليه الأمر.

أما بالنسبة للقاضي الجزائري مادام الأمر يتعلق بالدعوى العمومية فإنه يعتمد في تحديد الطبيعة القانونية للعقد محل الدعوى على قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ومعايير معتمدة في قانون الصفقات العمومية على السواء، وقد جاء في المادة 02 من القانون رقم 06 . 01 تحت "عنوان المصطلحات" تعريف الموظف ولكن لا وجود لتعريف الصفة

¹ Nicolas charrel, Marches et délégations de service public le risque pénal, Le Moniteur, paris 2011,p15

² Marie Christine Rouault, Droit administratif, Gualino éditeur, paris 2005, pp311 338

العمومية، فحسب المادة 01/26¹ منه المتعلقة بجنة منح امتيازات غير مبررة وسع المشرع مفهوم الصفقة العمومية حيث تشمل الصفقة في حد ذاتها وكذا الملحق الذي يتبع الصفقة يبرم بغرض تعديل موضوع الخدمات المقدمة من طرف المتعامل الاقتصادي سواء بالزيادة أو الإنقاص أو يبرم بغرض تعديل بند أو بنود في الصفقة، المهم ألا يتم المساس بجوهر الصفقة وموضوعها الأصلي وبطبيعة الحال يكون هذا الاتفاق رضائي، نلاحظ أن المشرع في المادة المذكورة استعمل إلى جانب الصفقة والملحق مصطلح العقد ومصطلح الاتفاقية، ومعلوم أن الصفقة هي في حد ذاتها عقد كما يمكن أن تحمل معنى الاتفاقية مادامت الصفقة العمومية تقوم على ركن الرضا والاتفاق بين متعاقدين هما المصلحة المتعاقدة كما عبرت على ذلك المادة 06 من قانون الصفقات رقم 15-247 والمتعامل الاقتصادي الفائز بالصفقة، ولكن في كل الأحوال يبقى هذا العقد ذو طبيعة إدارية وما يحمل ذلك من معنى حسب الفقه والقضاء الإداري²، وعليه ما دام المشرع جرم كل الامتيازات التي يكون الغرض منها منح امتيازات غير مبررة للغير سواء تعلق الأمر بعقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق يكون قد وسع في مكونات الركن المادي للجريمة وأصبحت المادة 1/26 تشمل الصفقة والملحق وعلى أي عقد إداري آخر يمكن أن تبرمه المصلحة المتعاقدة كإدارة عامة بالمفهوم الواسع حتى ولو لم تكن صفقة خاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية.

وحسب المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصفقة العمومية "عقد مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال العامة واللوازم والخدمات والدراسات"، للوهلة الأولى يبدو لنا أن هذا التعريف كافي لتحديد الصفقة العمومية ولكن المشرع في الحقيقة أهمل عناصر مهمة ألا وهي القيمة المالية للعقد أو المشروع، كما أنه لم يفصل في طبيعة الجهة المتعاقدة التي تكون ملزمة بإبرام صفقة والخضوع بالتالي لقانون الصفقات العمومية واكتفى في آخر المادة 02 بذكر المصلحة المتعاقدة على العموم، مع العلم أنه لا تأثير لصفة المتعاقد معه في تحديد طبيعة العقد الإداري ولكن بالنسبة للمصلحة المتعاقدة تكون لطبيعتها اثر بالغ في تحديد نوع هذا العقد وهذه العناصر المميزة للصفقة العمومية نجدها

¹ . راجع المادة 26، من القانون رقم 06 . 01 ، مرجع سابق

² Yves Gaudemet , Traite de droit administratif, Tome 1 , droit administratif général, édition Delta, 16 édition, paris 2002, pp696 704

متفرقة في قانون الصفقات العمومية، كما لا يفوتنا التذكير بأن الصفقة العمومية تأخذ عدة أشكال وهي أيضا من خصوصيات هذا العقد وأحد العناصر المهمة في تحديد خصائصه، وبالتالي للوقوف على مفهوم دقيق للصفقة العمومية علينا تجميع كل هذه العناصر.

الفرع الأول: مفهوم الصفقة العمومية وفقا للمعيار العضوي

حسب المادة 06 من قانون الصفقات رقم 15-247 نكون بصدد صفقة عمومية إذا تعلق الأمر بصفقات أشخاص عمومية محددة على سبيل الحصر وهذا ما يعبر عليه بالمعيار العضوي لتحديد نوع العقد، الملاحظ على هذه الجهات المسماة في صلب قانون الصفقات "المصلحة المتعاقدة" أن منها من لا يتميز بالطابع الإداري ورغم ذلك تخضع لقانون الصفقات العمومية، والملاحظة الثانية أن المشرع وسع قائمة الأشخاص الخاضعة لقانون الصفقات رقم 15-247 بالمقارنة مع قوانين سابقة منظمة للصفقات العمومية ولاسيما المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وقبله المرسوم رقم 91-434، وللتفصيل أكثر في مفهوم الصفقة العمومية يجب التطرق إلى هذه الأشخاص المذكورة في المادة 06 بالشرح الوجيز.

أولا: الدولة

يقصد بالدولة بالمفهوم الضيق أي السلطة المركزية وليس بالمفهوم الواسع المعروف في القانون الدستوري،¹ ويندرج تحت مفهوم الدولة أي السلطة المركزية الوزارات ومصالحها الخارجية بالولايات أي المديرات الولائية، وكذا الأمانة العامة لرئاسة الجمهورية والأمانة العامة لرئاسة الحكومة، وبصفة عامة كل إدارة مركزية غير متمتعة بالشخصية المعنوية تندرج تحت مفهوم الدولة أي السلطة المركزية، وعليه كل الوزارات والمديرات المحلية تخضع لقانون الصفقات العمومية وفقا للمادة 06 من القانون رقم 15-247.

ثانيا: الجماعات الإقليمية، الولاية والبلدية

الولاية هي مجموعة إقليمية محلية تتمتع بالشخصية المعنوية وهي مقاطعة للدولة تحدث بموجب قانون،² يقصد أيضا بالولاية كشخص معنوي عام كل هيئاتها ومصالحها

¹ . مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999، ص 357.

² . القانون رقم 07.12، المؤرخ في 12 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، ج ر، عدد 12، صادر بتاريخ 29/02/2012.

الداخلية سواء المجلس الشعبي الولائي ولجانته أو أجهزته التنفيذية الولائي ومصالحه الإدارية وكذا الدائرة.

البلدية هي مجموعة إقليمية قاعدية للدولة تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة تستحدث أيضا بموجب قانون،¹ يقصد أيضا بالبلدية مجلسها التداولي المجلس الشعبي البلدي ورئيسه وكل مصالحها الإدارية ولجانها.

ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

هي مؤسسات تمارس نشاطا إداريا تتخذها الدولة والجماعات المحلية الإقليمية كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية، قد تكون هذه المؤسسات ذات طابع وطني أو ذات طابع محلي وهي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي كما تتمتع ببعض مظاهر السلطة العامة، ومن أمثلة هذه المؤسسات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

رابعا: المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

وهذا عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، ومادام قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 يستعمل هذه العبارة العامة فإن كل مؤسسة عمومية تمارس نشاطا ذو طابع تجاري وتخضع بالتالي للقانون التجاري تدخل تحت هذا البند، وهذه التسمية تشمل كل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكل المؤسسات العمومية الاقتصادية بشرط أن تكون العملية محل العقد ممولة بصفة كلية أو بصفة نهائية من قبل الدولة أو الجماعات المحلية.

مقارنة المادة 06 من قانون الصفقات رقم 15-247 مع المادة 02 من قانون الصفقات رقم 10-236 يتركنا نستنتج أن المشرع في المادة 06 استثنى كل من مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني من أحكام قانون الصفقات العمومية وهذا خلافا لما كان منصوص عليه في المادة 02 من الأمر رقم 10-236 الملغى وهذا راجع إلى عدم خضوع هذه الهيئات إلى القانون التجاري كما رأينا سابقا، وهذا يعني أن المشرع بعد صدور مرسوم 15 . 247 وسع من نطاق تنظيم الصفقات إلى أشخاص لم يكن ينص عليها في قانون الصفقات الصادر بالمرسوم الرئاسي 02-

¹ . القانون رقم 11 . 10، مؤرخ في 22 يوليو 2011 ، يتعلق بالبلدية ، ج ر ، عدد 37، صادر بتاريخ 2011/07/03.

250¹ وخاصة المؤسسات العمومية الاقتصادية حسب المادة 02 منه، ومن جهة أخرى قلص هذا النطاق بالمقارنة مع قانون الصفقات رقم 10-236 عندما ألقى الهيئات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني من أحكام قانون الصفقات العمومية، وتناول أشخاص معنية بقانون الصفقات العمومية دون ذكرها صراحة ولكن وفق قاعدة عامة مقترنة بشرط، أي خضوع هذه المؤسسات للقانون التجاري بشرط أن تكون العملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، وعليه يجدر بنا التطرق إلى مفهوم مؤسسات معنية ضمناً بقانون الصفقات العمومية.

1) المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري:

هي مرافق عمومية موضوع نشاطها ذو طابع تجاري وصناعي تتخذها الدولة و الجماعات المحلية كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع التجاري والصناعي، وما دامت هذه المؤسسات تابعة للدولة أو للجماعة المحلية ونشاطها ذو طابع تجاري وصناعي فإنها تخضع لأحكام القانون العام والقانون الخاص في نفس الوقت كل في نطاقه المحدد. مبدئياً يبدو للوهلة الأولى أن هذه المؤسسات غير معنية بقانون الصفقات العمومية ولكنها تصبح معنية بأحكامه في حالة انجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، ولما أخضع المشرع هذا النوع من المؤسسات لقانون الصفقات الذي من المفروض يطبق على الإدارات العمومية يكون قد خالف القاعدة العامة وسبب هذا الحكم الخاص كون هذه المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري تستعمل وتسير المال العام وإخضاعها لقانون الصفقات العمومية جاء من قبيل مراقبة المال العام ليس إلا.

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 02 . 250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتعلق بالصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، الصادر بتاريخ 24 يوليو 2002 (ملغى).

2) المؤسسات العمومية الاقتصادية:

نجد تعريف هذا النوع من المؤسسات في المادة 02 من القانون رقم 88 . 04¹ المعدل والمتمم للأمر رقم 75. 59 المتضمن القانون التجاري والمحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية وهذا كما يلي "المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري وتؤسس هذه المؤسسات في شكل شركة مساهمة أو في شكل شركة محدودة المسؤولية"، وعليه تكون لهذا النوع من المؤسسات أجهزة تسيير خاصة بها على شاكله شركات الأموال هي الجمعية العامة ومجلس الإدارة والرئيس المدير العام، وما يميز هذا النوع من المؤسسات عن سابقتها تأسيسها في شكل شركة أموال تخضع للقانون الخاص أي القانون التجاري، ومادام رأسمالها ملك للدولة أي مال عام تخضع أيضا للقانون العام في هذا الجانب وخاصة فيما يتعلق بالمحاسبة العمومية، وبالتالي يبدو أن الشرط الأول الوارد في المادة 06 من قانون الصفقات العمومية رقم 15. 247 متوفر وإذا اقترن مع الشرط الواقف الثاني وهو حالة انجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة بالنسبة لهذا المشروع فقط لقانون الصفقات العمومية، ويبقى الإشكال المطروح هو الاختصاص القضائي فبين القضاء العادي والإداري من يختص بمنازعات هذه المؤسسات لاسيما وأن المشرع اعتمد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المعيار العضوي حسب المادة 800 منه²، على خلاف الدعوى العمومية التي لا تطرح أي إشكال في ما يخص الاختصاص النوعي المنظم بقانون الإجراءات الجزائية أمر 66-155.

ورد أيضا في المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247 استثناء في الفقرة الأولى منها مفاده أن العقود الإدارية المبرمة بين الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها لا تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية، والملاحظ أن المشرع تدارك النقص والغموض الذي كان مسجلا على نفس الاستثناء في قانون الصفقات

¹ . القانون رقم 88 . 04، المؤرخ في 12 يناير 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 . 59، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون التجاري، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، عدد 02، الصادر بتاريخ 13/01/1988.

² . القانون رقم 08 . 09، المؤرخ في 25/02/2009، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ن عدد 21، الصادر بتاريخ 23/04/2009.

السابق رقم 10 . 236 المادة 02 منه حيث كان بنص على استثناء العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين وما يتضمن ذلك من غموض حيث كان السؤال المطروح هو ما المقصود بالإدارة العمومية في هذه الفقرة هل يقصد بها الإدارة العمومية بالمفهوم الضيق المنصوص عليه في البند 05 من المادة 02 من المرسوم 10. 236 وفي هذه الحالة هل تعفى هذه الهيئات فقط من أحكام قانون الصفقات العمومية أم المقصود بالاستثناء كل الإدارات العمومية بالمفهوم الواسع، أما في ضل قانون الصفقات الساري رقم 15.247 فيبدو أن هذا الغموض قد زال بعد إعادة صياغة مضمون الاستثناء بنوع من التفصيل وبالتالي تستثنى من أحكام قانون الصفقات العمومية العقود المبرمة بين ولايتين أو بلديتين أو بين هيئتين مستقلتين باعتبار الولاية والبلدية أيضا إدارة عمومية.

الفرع الثاني: مفهوم الصفقة العمومية بالاعتماد على المعيار الموضوعي (المادي)

حدد المشرع في قانون الصفقات رقم 15-247 نطاق العمليات المتعلقة بموضوع الصفقة على سبيل الحصر وهذا ما يعبر عليه بالمعيار الموضوعي لتحديد مفهوم الصفقة وهكذا نكون أمام صفقة تخضع لقانون الصفقات العمومية إذا تعلق بتلك بإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو إنجاز دراسات أو تقديم خدمات حسب المادة 02 من المرسوم رقم 15-247¹ "الصفقة العمومية عقد مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"، وحسب المادة 29 من نفس المرسوم تشمل الصفقة العمومية إحدى العمليات التالية: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات تقديم الخدمات، وعليه سوف نتناول هذه العقود بالشرح الوجيه.

أولا: الصفقة العمومية للأشغال

يعبر عليها الفقه والقضاء الإداريين بعقد الأشغال العامة مع الملاحظ أن المشرع في المادة 02 المرسوم رقم 15-247 لم يورد عبارة "عامة"، ورغم ذلك فإن الأشغال المتعاقدة حولها

¹ . أعاد المشرع صياغة تعريف الصفقة العمومية في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 ، التي تقابل المادة 04 من قانون الصفقات السابق رقم 10 . 236 ، التي كانت تعرف الصفقة العمومية كما يلي "الصفقة العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات" .

ذات طابع عمومي وهذا ما يجعل العقد إداري.

مبدئياً نقول أن المشرع بصفة عامة لا يعرف العقود التي يتناولها بالتنظيم تاركا المهمة للفقهاء والقضاء، ولكن المشرع الجزائري في المادة 29 الأمر رقم 15-247 حاول تعريف عقد الأشغال، وسوف نتطرق إليه بعد أن ننوه إلى أن الفقه والقضاء مختلف حول تعريف هذا النوع من العقود.

ففي تعريف أورده الأستاذ سليمان الطماوي¹ عقد الأشغال العامة هو " اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة، نظير مقابل متفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد"، وهو تعريف يقترب لذلك الذي صاغته محكمة القضاء الإداري المصرية.

أما قانون الصفقات رقم 15-247 فقد حاول تعريف عقد إنجاز الأشغال في المادة 3/29 منه بأهدافها كما يلي: "...تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية .

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها..."²

وعليه حسب التعاريف التي أوردها الفقه وكذا القضاء الإداري الفرنسي ومن سار في فلكه كالقضاء المصري يمكن أن نستخلص عناصر رئيسية يقوم عليها عقد الأشغال العامة بالنسبة للعناصر التي تشترك فيها التعاريف الفقهية والقضائية لعقد الأشغال العامة هي:

- ينصب موضوع عقد الأشغال (العامة) دائما على عقار وبمقابل سواء تعلق الأمر بالبناء أو الترميم أو غير ذلك، المهم أن يكون المشروع متعلق مثلا بشق طريق أو ترميمه، أو بناء سكنات أو سد أو غير ذلك.

- أن تكون الأشغال المتفق عليها مع المصلحة المتعاقدة كشخص معنوي عام، أي إدارة

¹ . سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقد الإداري ، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، القاهرة 2008، ص 122.

² . المادة 29، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

عمومية أو إدارة محلية، وحسب القضاء الفرنسي لا يهم أن يكون العقار محل الأشغال ملك للإدارة المهم أن يبرم العقد معها والأشغال تكون لمصلحتها.
- أن يكون الهدف من هذه الأشغال تحقيق المنفعة العامة.

أما فيما يخص مناقشة التعريف الذي أورده المشرع في قانون الصفقات العمومية الصادر بالأمر رقم 15-247 فيمكن أن نسجل عليه الملاحظات التالية:

(1) **الملاحظة الأولى:** تدارك المشرع النقص الذي كان مسجل في نص المادة 12/13¹ قانون 10/236 عندما أضاف عبارة "العمومية" في المادة 29 من قانون الصفقات رقم 15/247 يمكن القول أن سقوط عبارة "العمومية" من التعريف له أثر سلبي على مفهوم هذا النوع من العقود فالأشغال المتفق عليها ذات طابع عمومي بالفعل لأنها تستهدف المصلحة العامة حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة خاضعة للقانون الخاص.

(2) **الملاحظة الثانية:** تعريف المشرع لعقد الأشغال في المادة 29 لم يبنى على مقومات العقد أو الصفقة في جوهرها بل جاء وفق هدف العقد وهذا واضح من خلال بداية الفقرة 3 "... تهدف الصفقة العمومية للأشغال..."².

(3) **الملاحظة الثالثة:** من خلال الصياغة المعتمدة أدمج المشرع في المادة 4/29 من المرسوم 15-247 بين عقد الأشغال الذي يقع على عقار وعقد التجهيزات أي توريد سلع وتجهيزات الذي يقع على منقول رغم كونه عقد مستقل عن عقد الأشغال.

ولكن الإشكالات التي كانت تقع وتعرض على القضاء ومن بينه القضاء المصري بحكم تشابه صياغة النصوص تداركها المشرع في قانون الصفقات عندما نص في الفقرة 05 المادة 29 محل الدراسة واعتبر أنه "إذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال"، والعكس صحيح في الفقرة الموالية بعد الفقرة التي عرف فيها المشرع صفقة اللوازم أي أنه إذا كانت قيمة الأشغال أقل من قيمة اللوازم كانت الصفقة صفقة لوازم، أي أن المشرع اعتمد على قيمة كل شق في الصفقة لتحديد نوع الصفقة المختلطة برمتها. وكذلك فيما يخص الإجراءات فإن المسألة لا تطرح أي إشكال لأن المشرع ساوى بين الحد الأدنى لإبرام صفقة الأشغال أو اللوازم بمبلغ

¹ . وردة المادة 2/13 من المرسوم رقم 10 . 236 هكذا "...تستهدف صفقة الأشغال إلى ..."

² . المادة 3/29، المرسوم رقم 15 . 247، مرجع سابق.

12.000.000 دج لكلاهما حسب المادة 13 من الأمر رقم 15-247.

ثانيا: الصفقة العمومية للوازم

يعبر عليها أيضا بعقد التوريد ويعرفه الفقه بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين".¹

وحسب قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 فإن الصفقة العمومية للوازم كما عبرت عليها المادة 29 الفقرة 06 هي "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد..."، وتبدو صياغة تختلف نوعا ما عن صياغة المادة 6/13 مرسوم 10-236،² وبالتالي يمكن أن نسجل بعض الملاحظات حول هذا التعريف كما يلي:

1- مرة أخرى يعرف المشرع هذا النوع من الصفقات بالهدف كما فعل مع صفقة الأشغال العمومية.

2- أطراف صفقة اللوازم هما المصلحة المتعاقدة والمورد الذي يلتزم بتوريد عتاد أو مواد منقولة أو إيجارها لفائدة المصلحة المتعاقدة وعليه فمحل صفقة اللوازم دائما منقول.

3- يمكن أن تكون هذه المنقولات الموردة جديدة أو مستعملة وفي هذه الحالة يتعهد المورد بضمان مدة استعمالها تطبيقا للأحكام العامة ذات الصلة.

ثالثا: الصفقة العمومية للدراسات

في المادة 10/29 من المرسوم رقم 15-247 أعاد المشرع صياغة تعريف هذا النوع من الصفقات بصفة مخالفة للتعريف الوارد في المادة 13 من المرسوم 10-236 كما يلي "تهدف الصفقة العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية.

تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام صفقة أشغال لاسيما مهمات المراقبة

¹ . عبد الغاني بيسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، الأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر ، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية 1991، ص70.

² . المادة 29، المرسوم رقم 15 . 247، مرجع سابق.

التقنية...¹، وعليه يمكن أن نسجل بعض الملاحظات حول هذا التعريف كما يلي:

- 1- أضاف المشرع عبارة "عمومية" لتعريف هذه الصفقة كما فعل مع سابقتها.
- 2- أكد قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 على أن صفقة إنجاز الدراسات هي عقد مستقل عن صفقة تقديم الخدمات، وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه قانون الصفقات السابق الملغى رقم 236.10 لأن قانون الصفقات الصادر بالمرسوم التنفيذي رقم 91-434 كان يدمج صفقة الدراسات بصفقة الخدمات في صفقة واحدة منظمة بأحكام.
- 3- اعتمد المشرع لتعريف الصفقة العمومية للدراسات على تبيان مشتملات الصفقة إلى جانب الاعتماد على تعريفها بالهدف كما فعل في الأمر رقم 236.10 في المادة 13 الفقرة 07 صفقة إنجاز الدراسات هي "تهدف صفقة الدراسات إلى القيام بدراسات نضج واحتمالات تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أمن شروط إنجازها و/أو استغلالها"، أما عن محل هذه الصفقة في حالة ارتباطها بصفقة أشغال فتكون بهدف المراقبة التقنية أو الجيوتقنية أو الإشراف على الأشغال.

رابعاً: الصفقة العمومية للخدمات

يتميز محل هذا النوع من الصفقات بنطاقه الواسع لهذا نجد أن التعاريف الفقهية لهذا العقد تتسم بالعمومية ولكنها تلامس عناصره الأساسية، حيث ورد تعريف في مرجع الأستاذ لباد لعقد اقتناء الخدمات كما يلي "إنفاق بمقتضاه يقدم أحد الأفراد أو الشركات خدمات لشخص معنوي عمومي ويلتزم هذا الأخير بدفع مقابل".² وحسب الفقه الفرنسي يمكن تصنيف الخدمات المقدمة للمصلحة المتعاقدة إلى 03 أنواع خدمات جارية عادية مثل التنظيف والحراسة، النوع الثاني هي خدمات النقل سواء نقل البضائع أو انتقال الأشخاص، والنوع الثالث يتعلق بالخدمات الذهنية أو الفكرية التي تستلزم كفاءات علمية أو تقنية بمواصفات احترافية عالية في التخصص.³

أما قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم رقم 15-247 في مادته 29 فقد عرف هذا النوع من الصفقات بالهدف وبمفهوم المخالفة في نفس الوقت كما يلي "تهدف

¹ . المادة 29، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الأول ، النشاط الإداري ، الناشر لباد، ط 2004، ص 400.

³ . أنظر ضحوي المسعود، مرجع سابق، ص 51.

الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز أو تقديم خدمات، وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات¹ وبالنسبة للأمر رقم 10. 236 فقد عرفها مباشرة بمفهوم المخالفة هكذا، "صفقة تقديم الخدمات هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات"²، وتبعا لذلك يمكن أن نسجل الملاحظات التالية:

- 1- أضاف المشرع للتعريف عبارة "عمومية"، واعتمد في ذلك أيضا على الهدف و"مفهوم المخالفة" في نفس الوقت.
- 2- إن هذا النوع من الصفقات يتكون من طرفين أو أطراف، الطرف الأول هو المصلحة المتعاقدة حسب المادة 06 من الأمر 15-247، والطرف الثاني هو شخص طبيعي أو معنوي يعبر عليه في المادة 13/29 بمتعهد خدمات يلتزم بتقديم خدمة يتفق عليها في العقد المكتوب مقابل أجر أو ثمن.

الفرع الثالث: مفهوم الصفقات العمومية وفقا للمعيار المالي

لا تكفي المفاهيم السابقة للفصل في إشكالية هل نحن أمام صفقة عمومية تخضع لقانون الصفقات العمومية أم لا بل يجب أن نرجع إلى القيمة المالية للعقد أو الطلب كما يعبر عليه في المادة 13 مرسوم 15-247، وعليه بعد قراءة المادة 06 مع المادة 13 منه يمكن أن نقول أن تحديد الصفقة العمومية وفقا للمعيار المالي يمكن أن تقسم إلى قسمين:

- إذا كانت المصلحة المتعاقدة جهة إدارية خاضعة للقانون العام فإن تحديد الصفقة يكون بالاعتماد على القيمة المالية للعقد المتضمن نفقات عمومية حسب المادة 13.

- أما إذا كانت المصلحة المتعاقدة شخص معنوي خاضع للقانون الخاص من بين المنصوص عليهم في الفقرة الأخيرة المادة 06 تحت بند المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري فهنا لا يكفي شرط السقف المالي أو القيمة المالية للعقد للقول أننا أمام صفقة تخضع لقانون الصفقات العمومية، بل يشترط أن يكون محل العقد ممولا كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، وعليه سوف نتطرق في نقطة أولى إلى السقف المالي لعملية تتضمن نفقات مصلحة متعاقدة خاضعة

¹ . المادة 29، المرسوم الرئاسي، رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . المادة 13، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236 ، مرجع سابق.

للقانون العام، وفي نقطة ثانية نتطرق إلى معنى الإعانة المؤقتة أو النهائية من الدولة.

أولاً: السقف المالي للصفقة العمومية

قبل التطرق إلى السقف المالي المحدد في المادة 13 مرسوم 15-247 نتناول المقصود بالنفقات العمومية المشار إليها في المادة 06 منه، وحتى نكون أمام صفقة تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية يجب أن تتضمن العملية إنفاق المصلحة المتعاقدة للمال العام من خزينة الدولة مع مراعاة الميزانية المخصصة لها سلفاً بقصد تحقيق المنفعة العامة، وهذا ما يعبر عنه بالنفقات العمومية، أما بالنسبة للسقف المالي فإن قانون الصفقات رقم 15-247 ينص في مادته 13 على أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالتعاقد وفقاً لقانون الصفقات العمومية إذا كانت قيمة الصفقة تفوق مبلغ 12000.000 دج بالنسبة لصفقة الأشغال وصفقة اللوازم ويجب أن تفوق مبلغ 6000.000 دج بالنسبة لصفقة الدراسات وصفقة الخدمات أي أن المشرع يفرق بين قيمتين، وهذا المنهج اعتمده المشرع منذ سنة 2003 بمناسبة صدور المرسوم الرئاسي رقم 03-301¹ الذي عدل المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى، وقبل هذا كان المشرع يعتمد حداً واحداً بالنسبة لكل الصفقات وبطبيعة الحال يرجع سبب اعتماد حدين مختلفين إلى كون صفقات الأشغال أو صفقة اللوازم تبرم بمناسبة إنجاز مشاريع كبيرة باهظة الثمن في حين تكون المشاريع المنجزة بصفقات دراسات أو خدمات أقل تكلفة، وفي حالة كون قيمة العقد مساوية أو تقل عن الحد المقرر في المادة 13 أعلاه تكون المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بالتعاقد وفقاً لقانون الصفقات العمومية أي بإمكانها أن تلبّي طلباتها سواء كانت أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات بمجرد تلقّيها كشفاً للأسعار من طرف شخص معنوي أو طبيعي يليه طلب من قبلها.

وفي هذا السياق يطرح أمامنا تساءلاً يتعلق بحرية الإدارية ومدى صحة إجراءاتها في حالة لجوئها إلى التعاقد وفقاً لقانون الصفقات العمومية رغم أن قيمة العقد لا تصل إلى الحد المالي المقرر في المادة 13 من الأمر رقم 15-247، للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نقرأ المادة 01 من الأمر رقم 15-247 مع المادة 21 من نفس المرسوم،² تنص المادة

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 03 . 301، المؤرخ في 14/09/2003، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02 . 250، ج ر، عدد 55، الصادر بتاريخ 14/09/2003.

² . المادة 01، و المادة 21، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

الأول على أنه يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام التي تبرمها المصالح المتعاقدة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم، أي أن الصفقات العمومية لا تنظم فقط بقانون الصفقات بل يشترك معه في التنظيم قوانين أخرى مثل قانون المالية وكذا التنظيمات التي يمكن أن تكون في شكل قرارات إدارية، وبالتالي إصدار الإدارة بصفقتها مصلحة متعاقدة خاضعة للقانون العام قراراً إدارياً يقضي بتنظيم عملية التعاقد الخاصة بمشروع معين في شكل صفقة عمومية يطبق عليها قانون الصفقات العمومية فإن هذا القرار يعد بمثابة تنظيم تخضع له المصلحة المتعاقدة نفسها ويخضع له كل المتعاقدين المحتملين، أضيف إلى هذا أن المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جاءت بحكم مفاده إعفاء المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى الاستشارة أي إلى إبرام صفقة عمومية إذا كانت القيمة الإجمالية للعقد تقل عن مبلغ 1000.000 دج للسنة المالية بالنسبة للأشغال أو اللوازم وتقل عن 500.000 دج بالنسبة للدراسات والخدمات خاصة في حالة الاستعجال، وبالتالي رغم إعفاء المشرع في هذه الحالة المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى إجراءات الصفقات العمومية إلا أنه وبمفهوم المخالفة لا مانع أن تلجأ إلى التعاقد وفق هذه الإجراءات.

ثانياً: المساهمة النهائية أو المؤقتة للصفقة العمومية

يتضمن قانون المالية لكل سنة مبلغ الإيرادات والنفقات ويحدد أيضاً الميزانية المخصصة للتسيير والميزانية المخصصة للتجهيز، وبالتالي إذا كانت الصفقة العمومية المزمع إبرامها بين المتعامل الاقتصادي والمصلحة المتعاقدة التي تكون من بين المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري حسب ما هو مبين في المادة 06 الفقرة الأخيرة من المرسوم 15-247 ممولة كلياً أو جزئياً من الميزانية المخصصة لهذه المؤسسة في ميزانيتها السنوية العامة والمقتطعة من قانون المالية كنا أمام مساهمة نهائية، أما إذا كانت الصفقة العمومية ممولة من حساب التخصيص الخاص كأن يكون من الصندوق الخاص بالسكن أو الصندوق الوطني للكوارث الطبيعية كنا أمام مساهمة مؤقتة¹، وفي كلتا الحالتين نفرق بين التمويل الكلي للصفقة وبين التمويل الجزئي، ومهما تكن طريقة

¹ . يلس شاوش بشير، المالية العامة: المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008، ص 107.

التمويل فإن إخضاع الصفقة لقانون الصفقات العمومية إلزامي.

الملاحظ أن المشرع عاد في المادة 08 من المرسوم 15-247 وقيده القاعدة العامة في التعاقد حيث بالرغم من عدم خضوع العملية محل الإنجاز لقانون الصفقات بحكم أنها ممولة من الميزانية الخاصة للمؤسسة أي ليست ممولة من الدولة أو من الجماعات المحلية ورغم ذلك ألزمها المشرع باعتماد إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وأكثر من هذا ألزمها بضرورة اعتماد الصفقة وإجراءاتها من طرف هيئاتها المؤهلة وكذا إخضاعها للرقابة من طرف جهاز تنشئه لهذا الغرض، ويبدون أن سبب فرض هذا الالتزام هو الرقابة على المال العام بتدعيم الشفافية والمساواة وكذا تحديد المسؤوليات في حالة الخطأ.

الفرع الرابع: مفهوم الصفقات العمومية وفقا للمعيار الشكلي

نقصد بالشكل تجسيد الصفقة العمومية في عقد مكتوب ملحق بدفتر الشروط بأنواعه وعليه سوف نتناول شرط الكتابة ودفتر الشروط على التوالي.

أولاً: الصفقة عقد مكتوب

فصل المشرع في المرسوم 15-247 في شكل الصفقة العمومية حيث اشترط الكتابة في المادة 02 منه "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به..."¹، وهكذا أزال المشرع كل لبس أو جدل يمكن أن يثار حول هذه النقطة، مع الإشارة إلى أنه في مصر وفرنسا تطرح هذه الإشكالية جدلاً بين الفقهاء وامتد هذا الجدل إلى القضاء الإداري في البلدين. حسب ما يفهم من نصوص قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 الكتابة ركن من أركان العقد يوصف بالشكلي فالصفقة المخالفة لهذا الشرط باطلة بل هي والعدم سواء، وبالتالي على القاضي الناظر في جريمة من جرائم الصفقات العمومية التأكد من وجود عقد مكتوب قبل الانتقال إلى نقطة أخرى في الملف.

ثانياً: الإعداد المسبق لدفتر الشروط

تشير المادة 26 من المرسوم 15-247 إلى دفاتر الشروط الملحقة بالصفقة العمومية وأنواعها الثلاثة، أما المادة 95 تشير إلى أن دفتر البنود العامة ودفتر التعليمات

¹ . المادة 02، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

التقنية المشتركة المطبقة على الصفقة جزء لا يتجزأ منها،¹ وبالتالي إبرام صفقة معينة مهما كان نوعها يجب أن يرفق بدفتر الشروط (C.C.A.G) بأنواعه الثلاثة وهي:

1- دفتر البنود الإدارية العامة:

نصت عليه المادة 26 البند 01 مرسوم 15-247 ينظم كل أنواع الصفقات العمومية صفقات الأشغال، اللوازم، الدراسات، والخدمات، بالتالي يتضمن الجوانب القانونية للصفقة، ويشترط المشرع تحيين هذا الدفتر باستمرار ولهذا السبب يصدر بمرسوم تنفيذي.²

2- دفتر التعليمات التقنية المشتركة (C.P.C):

يحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات حسب المادة 26 البند³ مرسوم 247.15، وهذا النوع يصدر بقرار من الوزير المعني بتنظيم قطاع معين، وعليه هذا النوع من الدفاتر يضبط الجوانب التقنية المتعلقة بنوع معين من الأشغال ونوع معين من اللوازم وهكذا. والمقصود بالجوانب التقنية كل ما تعلق بطبيعة السلع والمواد المستعملة في المشروع أو للتوريد، وكذا الأساليب التكنولوجية المنتهجة للإنجاز، والطرق والوسائل المستعملة في الجانب الأمني وتأمين المشروع وغيره من الجوانب. ونظرا لاشتمال هذا نوع من الدفاتر على شروط استثنائية لا وجود لها في العقود العادية كان أحد العناصر المميزة للصفقة العمومية، كما أن هذا الدفتر يجب أن ينسجم مع دفتر البنود الإدارية العامة ولا يناقضه في شيء.

3- دفتر التعليمات الخاصة (C.P.S):

حسب المادة 26 مرسوم 15 . 247 هو دفتر خاص بكل صفقة يحتوي على كل المعلومات الخاصة بالصفقة محل التعاقد وهذا من حيث محل التعاقد وأهمية المشروع والكميات والآجال وصيغة الإبرام وكيفية إجراء المناقصة ومكان إيداع العروض وسحبها وتنقيط العروض وتقييمها وغير ذلك من النقاط المهمة المتعلقة بكل صفقة.⁴ ويجب أن

¹ . المادة 95، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . راجع المادة 26، المرجع نفسه.

³ . أضاف المشرع في المادة 2/26، المرسوم رقم 15 . 247، عبارة "تقنية" إلى تسمية هذا الدفتر، فأصبح دفتر التعليمات التقنية المشتركة بعد أن كان في المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236 دفتر التعليمات المشتركة، ويبدو أن التسمية الحالية أدق.

⁴ . خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، سنة 2014/2015، ص 75.

ينسجم دفتر التعليمات الخاصة مع الدفترين السابقين ولا يناقضهما في شيء بل يجب أن يحرر استنادا على مضمون كليهما، وحسب المادة 169 وما بعدها من المرسوم 15-247 تدرس لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة مشاريع دفاتر الشروط وهذا بمثابة رقابة قبلية حسب المادة 165 من نفس الأمر، وتعفى المصلحة المتعاقدة من التأشيرة المسبقة بالنسبة للعمليات المتكررة أو التي تكون من نفس الطبيعة.

المطلب الثاني: مفهوم الصفقة العمومية وفقا لطرق إبرامها: أحد المجالات التي

يتجلى فيها الخطر الجزائي

حدد المشرع طرق إبرام الصفقات العمومية وهذا في حد ذاته يشكل تقييدا لحرية المصلحة المتعاقدة في اختيار الجهة المتعاقد معها، وسبب هذا التقييد راجع إلى كون المصلحة المتعاقدة تستغل المال العام لنفقاتها وبالتالي كان من اللازم حماية المال العام من التلاعب والضياع ولكن الاستعمال السيء لطرق إبرام الصفقات العمومية يؤدي إلى انتشار الفساد وضياع المال العام. ويتفاوت الاستعمال السيء لطرق إبرام الصفقات حيث قد نجد المصلحة المتعاقدة تستعمل طريقة معينة للتعاقد تكون سببا لتفاقم الفساد والخطر الجزائي أكثر من غيرها، وقد حدد قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 في الفصل الثالث القسم الأول منه كليات إبرام الصفقات العمومية، والقاعدة المعتمدة في التعاقد حسب المادة 39 من هذا المرسوم هو "طلب العروض" الذي عوض التسمية السابقة "المناقصة" التي كانت معتمدة في قانون الصفقات السابق 10-236¹، وطلب العروض يأخذ عدة أشكال منها طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، والمسابقة، واستثناءا قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي في التعاقد بنوعيه التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

الفرع الأول: طلب العروض قاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية

لحياد المصلحة المتعاقدة وحماية المال العام وللوصول إلى أفضل العروض جعل قانون الصفقات العمومية من طلب العروض قاعدة عند التعاقد حسب المادة 39 من الأمر 15-247 أما المادة 40 منه فقد حاولت تعريف طلب العروض كما يلي "طلب العروض

¹. راجع المادة 25، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، و المادة 39، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية...". ورجوعاً إلى مصطلح طلب العروض وتعريفه نلاحظ أن المشرع في مرسوم 247-15 رجع إلى المصطلح المستعمل في القانون الفرنسي الذي يستعمل عبارة l'appel d'offre ورغم أخذ المشرع عندنا كثيراً عن المشرع الفرنسي سواء في قانون الصفقات رقم 236-10 وحتى القوانين التي سبقتة إلا أنه كان دائماً يترجم العبارات السابقة بالمناقصة رغم عدم التطابق بين المصطلحين، وعليه بعد رجوع المشرع إلى مصطلح طلب العروض يكون قد سائر كل من المشرع الفرنسي: (les marchés publics sont passée selon la procédure d'appel d'offre)¹، وكذا المشرع المغربي حسب المادة 16 من المرسوم رقم 2.06.388 مع العلم أن هذا الأخير لم يجعل من طلب العروض قاعدة بل هي أحد طرق إبرام الصفقة العمومية، و اعتبر الصفقات التفاوضية التي تقابل عندنا أسلوب التراضي طريق آخر لإبرام الصفقات العمومية دون النص على اعتبارها استثناء على القاعدة كما فعل المشرع عندنا، وهذا واضح من خلال صياغة المادة 16 والمادة 71 من المرسوم رقم 2.06.388، حيث وردت المادة 16 تحت عنوان "طرق إبرام الصفقات" وصيغت كما يلي "طرق إبرام الصفقات هي: طلب العروض، المباراة، المسطرة التفاوضية، وحسب الفقرة الثانية يكون طلب العروض "مفتوحاً"، أو "محدداً" أو "طلب عروض بالانتقاء المسبق"، أما المادة 71 فقد وردت تحت عنوان "الصفقات التفاوضية" "مبادئ وكيفيات" كما يلي "الصفقة التفاوضية هي وسيلة يختار بواسطتها صاحب المشروع نائل الصفقة بعد استشارة مترشحين والتفاوض بشأن شروط الصفقة مع أحدهم أو عدد منهم طبقاً للشروط الواردة بعده.."³ وفي إطار المصطلح المذكور أعلاه نسجل أن هناك من الفقه من لا يجذب مصطلح طلب العروض ويفضل عنه مصطلح المناقصة⁴، مبررين ذلك بأن طلب العروض ينسجم أكثر مع

¹Yves Gaudemet , op_cit,p692

² . مرسوم رقم 2.06.388، بتاريخ 05 فبراير 2007 ، يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، ج ر، عدد 5518، الصادر بتاريخ 19 أبريل 2007 .

³ . المادة 16 و 71، المرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

⁴ . أنظر خضري حمزة ، مرجع سابق، ص 88، نقلاً عن محمد الحسين، المغزى القانوني الصحيح لاستدراج عروض الأسعار، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 15، عدد 01، سنة 1999، ص 77.

طرق إبرام العقود الإدارية أين تتلقى الإدارة عدة عروض وتختار واحدا منها دون التزامها بقاعدة آلية الإرساء التي يعمل بها في مجال الصفقات العمومية انطلاقا من استعمال مصطلح المناقصة التي ترتبط بقاعدة آلية الإرساء على أفضل عرض وفقا لمبدأ المنافسة والمساواة بين المترشحين، وفي هذا السياق فإن الخوض في التعريف الفقهي لطلب العروض أو المناقصة سابقا بجعلنا أمام مجموعة تعاريف متنوعة ومختلفة حسب مدرسة كل فقيه ولكن كلها تجمع على عناصر أساسية لا يمكن فهم المناقصة دونها نذكر أهمها:

- أن طلب العروض هو أهم طرق إبرام الصفقات العمومية.
- طلب العروض يقوم على مبدأ المنافسة.
- طلب العروض يستهدف أحسن عرض حسب تقدير المصلحة المتعاقدة.

أولا : طلب العروض على أشكال ثلاثة

تكفلت المادة 42 من المرسوم رقم 15-247 بتحديد أشكال طلب العروض، مع التأكيد أن المنافسة قد تكون وطنية أو دولية كما يلي: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا طلب العروض المحدود، والمساواة، وتم تنظيم الأشكال الثلاثة لطلب العروض دون المسابقة في المواد 43، 44، 45، 46 من المرسوم رقم 15-247¹ ويكون مبدأ المنافسة مكرسا بشكل كبير في طلب العروض المفتوح أكثر منه في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا ويزداد تقلصا في طلب العروض المحدود.

1) طلب العروض المفتوح:

حسب المادة 43 من المرسوم رقم 15-247 يكون هكذا طلب العروض مفتوح لكل المتنافسين دون استثناء ودون حصر أو تخصيص، المهم أن تتوفر في المترشح الشروط المطلوبة في دفتر الشروط بأنواعه، يجسد هذا الأسلوب في التعاقد المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية ولا سيما مبدأ المنافسة، ولكن في المقابل قد تؤدي كثرة العروض إلى ضياع المصلحة المتعاقدة عند اختيارها للشخص المتعاقد معه.

1) طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

عرفت المادة 44 من الأمر 15-247 طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في المتنافس بحيث لا تفتح المنافسة للجميع بل تقتصر على من تتوفر فيهم شروط تحددها

¹ . راجع المواد 42،43،44،45،46،43، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

المصلحة المتعاقدة مسبقا في دفتر الشروط، هذه الشروط تتعلق بالقدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، مع إشارة إلى أن المشرع لم ينص على حماية المتعامل الوطني كما فعل في المادة 30 من المرسوم رقم 10-236 التي لم ينقل مضمونها إلى المرسوم رقم 15-247.¹ وبالنسبة لمدى تأثير مبدأ المنافسة في طلب العروض المشروط فإنه إذا كان للمصلحة المتعاقدة سلطة الاختيار المسبق لمن له الحق في المشاركة ودخول المنافسة حسب القانون السابق 10-236 فإنها لا تملك الحق في تجاوز فرض المنافسة بين أصحاب العروض وهكذا تكون المنافسة محدودة فقط عند مرحلة اختيار المرشحين للمنافسة وتكون غير محدودة عند الوصول إلى عملية المنافسة بين المترشحين المختارين على خلاف الوضع في قانون الصفقات 15-247 حيث منعت المادة 44 منه المصلحة المتعاقدة من الانتقاء القبلي أو الأولي للمترشحين وهذا تكريس لمبدأ المنافسة والمساواة لأن الانتقاء القبلي للمتنافسين قد ينطوي في بعض الأحيان على تحديد مسبق ومقصود لمتنافسين من بينهم محضوض توجه المنافسة برمتها لمصلحته وهذا بطبيعة الحال ينطوي على خطر جزائي. وفي كل الأحوال إن طلب العروض المشروط يوجه إلى أشخاص محددين بصفاتهم وليس معرفين بذواتهم وإلا كنا أمام جريمة من جرائم الصفقات العمومية وكذلك الأمر عند الوصول إلى مرحلة اختيار المتعامل معه الفائز بالصفقة، فإذا اختل شرط المنافسة الشريفة بأفعال مادية كنا بصدد جريمة من جرائم الصفقات العمومية أيضا وتكون المصلحة المتعاقدة قد جانبت الغاية المرسومة لها عندما منحها المشرع تلك السلطات التي يقوم عليها هذا النوع من طلب العروض. وعليه أجبر المشرع المصلحة المتعاقدة بأن تسبب قرار اختيارها للمتعامل الفائز بالصفقة مهما كان أسلوب تعاقدتها عند كل رقابة تفرض عليها حسب المادة 60 من المرسوم 15-247 وهو قيد فرضه المشرع على المصلحة المتعاقدة بعد أن اعترف لها بالسلطة التقديرية في تحديد نوع طلب العروض كقاعدة بموجب المادة 59 من نفس المرسوم،² في حالة عدم اقتناع الجهة المكلفة بالرقابة بتبريرات المصلحة المتعاقدة يمكن اللجوء إلى المسائلة الجزائية إذا ثبت قيام أركان إحدى الجرائم المنصوص

¹ . راجع المادة 30، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، وقارنها مع المادة 44، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . المادة 59 و 60، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

عليها في قانون مكافحة الفساد.

وفي كل الأحوال نقول أن المشرع ونظرا لاحتمالات الخطر الجزائري عند المفاضلة بين طرق إبرام الصفقة العمومية -أي أسلوب طلب العروض المحدود- ذهب إلى تقييده أكثر في قانون الصفقات رقم 15-247 بالمقارنة مع قانون الصفقات السابق 10-236 من خلال استحداث ثلاثة عوامل يمكن استخلاصها من خلال دراسة المادة 44 من المرسوم 15-247 ومقارنتها مع المادة 31 من المرسوم رقم 10-236 الملغى¹ كما يلي:

أ . النص صراحة في المادة 44 المذكورة على منع المصلحة المتعاقدة من إجراء انتقاء قبلي للمترشحين وهذا خلافا لما ورد في المادة 30 من المرسوم رقم 10-236 حيث لم ينص على هذا المنع، وانطلاقا من قاعدة لا منع إلا بنص فإن المصلحة المتعاقدة كانت عمليا تقوم بانتقاء قبلي لمترشحين من بينهم محضوض تتوفر فيه أكثر الشروط المؤهلة المنصوص عليها في الفقرة 02 من المادة 30 وحتما يكون هو الفائز بالصفقة وهذا ما يعبر عليه في قانون مكافحة الفساد بمنح امتيازات غير مبررة للغير²، فدرجة الخطر الجزائري في هذا الشكل من أشكال إبرام الصفقة كان مرتفعا جدا، وبعد نص المشرع في المادة 44 من المرسوم رقم 15-247 على منع أي انتقاء أولي للمترشحين نزل احتمال الخطر الجزائري إلى حدود دنيا.

ب . التخلي على تدعيم المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري في المادة 44 من المرسوم 15-247 بالمقارنة مع المادة 30 من المرسوم 10-236، وقد يبدو للوهلة الأولى أن الأمر يتعلق بتخلي المشرع عن تدعيم المؤسسات الوطنية لمصلحة المؤسسات الأجنبية هذا ظاهر النص لكن جوهره هو غير ذلك فالمشرع في المادة 44 استهدف نتيجتين، الهدف الأول الجودة والفعالية في الإنجاز وتقديم الخدمات بغض النظر عن المؤسسة القائمة بتنفيذ الصفقة، فإذا كانت المؤسسة الأكثر كفاءة أجنبية فهي أولى بالصفقة، أما الهدف الثاني فيتمثل في تدعيم مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة بين المتنافسين عن طريق الحد من الاستثناءات الواردة عليهما، ونكرر ما قلنا سابقا كلما دعمنا أكثر المنافسة كلما تدنى مستوى الخطر الجزائري وكلما قيدنا مبدأ المنافسة كلما ارتفع مؤشر احتمال الخطر الجزائري.

¹ . راجع المادة 44، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، ومقارنتها مع المادة 31، مرسوم رئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

² . حسب المادة 26، القانون رقم 06 . 01، مرجع سابق.

ج . تحديد المقصود بالمؤهلات والقدرات الواجب توفرها في المتنافس حيث يتم انتقاء الفائز بالصفقة بشكل أكثر وضوح حسب المادة 44 من مرسوم 15-247 بالمقارنة مع المادة 30 من مرسوم 10-236، كما أن هذه الشروط المؤهلة لنيل الصفقة لم تعد مقتصرة على المؤسسات الوطنية فقط أو لتدعيم هذه المؤسسات على حساب المؤسسات الأجنبية التي قد تكون أكثر كفاءة منها فهذه الشروط المؤهلة لنيل الصفقة أصبحت عامة تخص كل المتنافسين وطنيين كانوا أم أجانب، حيث ورد في المادة 44 أن الشروط المؤهلة لنيل الصفقة تكون بتوفر القدرات التالية:

- القدرات التقنية المتمثلة في امتلاك القدرة على الإنجاز وفق المعايير المعمول بها في كل مجال من مجالات إنجاز الأشغال أو توفير لوازم أو إنجاز دراسات أو تقديم خدمات، وهذا يؤدي إلى تنفيذ الصفقة وفق المعايير التقنية المحددة.

- توفر القدرات المالية المتمثلة في إمكانية تمويل مشروع الصفقة ذاتيا أو عن طريق مؤسسات مالية، مما يعني تنفيذ الصفقة في الأجل المحدد من طرف المصلحة المتعاقدة.

- القدرات المهنية المتمثلة في امتلاك الخبرة واليد العاملة المؤهلة والمتخصصة لتنفيذ موضوع الصفقة وفق الشروط المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط.

لكن ما يعاب على المادة 44 عدم اشتراطها تدوين هذه المؤهلات في دفتر الشروط ولو أن المصلحة المتعاقدة لا تملك خيارا آخر إذا كانت تريد تنفيذ الصفقة بكفاءة وفعالية، على خلاف طلب العروض المحدود الذي ألزم فيه المشرع المصلحة المتعاقدة بضرورة النص على مثل هذه المؤهلات في دفتر الشروط، على خلاف المرسوم رقم 10-236 الذي لم يحدد لنا بدقة في الفقرة الثانية من المادة 30 ما هي القدرات الواجب توفرها في المتنافس، فالنص يتكلم على مجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية مع إغفاله لجانبين مهمين وفاصلين في ترتيب المؤهلات المتوفرة لدى كل متنافس وهما القدرات التقنية والقدرات المالية.

إن غموض النص قد يؤدي إلى فوز متنافس محدود القدرات وهذا يعني فتح المجال للفسادين سواء في المصلحة المتعاقدة أو المتنافسين أنفسهم ومن ثمة ارتكاب جرائم بقصد الحصول على الصفقة مما يجعلنا أمام خطر جزائي محتمل، يضاف لهذا القصور جعل هذه الشروط المؤهلة في خدمة المؤسسات الوطنية على حساب الأجنبية ولو كانت هذه الأخيرة

أكثر تأهيلا منها، وهذا يعني كما قلنا تكريسا للمستوى السيء في الإنجاز وحدودا في وجه مبدأ المنافسة وما ينجر عليه من أخطار، وعليه يبدو أن إعادة تنظيم طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في مرسوم 15-247 يمكن أن يخفف من درجة الخطر الجزائي عندما تختار المصلحة المتعاقدة هذا الشكل لعقد الصفقة العمومية.

(3) طلب العروض المحدود:

هو شكل آخر من أشكال طلب العروض جاء به المرسوم 15-247 يقابل الاستشارة الانتقائية حسب المرسوم 10-236 في المادة 31 منه،¹ فحسب المادة 45 من المرسوم 15-247² طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية وهذه أول خاصية مميزة لهذا النوع من طلب العروض فهو استشارة منظمة بأحكام خاصة. يسبق هذا النوع من الاستشارة انتقاء أولي لمجموعة من المتنافسين لهم الحق في تقديم تعهداتهم التقنية المختومة تحت طائلة رفض العرض برمته إن هو اشتمل على أي إشارة إلى العرض المالي، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد في حالة الدراسات أو العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة³، ويميز المشرع بين طريقتين لتنظيم طلب العروض المحدود في مرحلة تسليم العرض التقني إما على مرحلة واحدة أو على مرحلتين.

أ . تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية على مرحلة واحدة عندما تتعلق المنافسة بمواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/ أو نجاعة يتطلب بلوغها أو متطلبات وظيفية.

ب . وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض على مرحلتين عندما تكون المنافسة على أساس برنامج وظيفي ولا تكون قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفقة دراسات⁴، في هذه الحالة وبعد انتقاء أولي للمتشحين سواء في حدود خمسة إذا نص

¹ . المادة 31، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

² . المادة 45، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 ، مرجع سابق.

³ . لم يحدد قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 متى نكون أمام مثل هذا النوع من العمليات والمشاريع لكن قرارا وزاريا مشتركا صدر سنة 1988، يتعلق بكيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء حدد شكلها مقدما، ومن أمثلة ذلك البنايات التي يزيد طولها على 50 مترا والبنايات المخصصة لمقرات الوزارات والممثلات الدبلوماسية وكذا المستشفيات الجامعية التي تحوي أكثر من 240 سريرا والجامعات وغيرها من البنايات المهمة.

⁴ . المادة 4، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

على ذلك في دفتر الشروط أو يكون المدعويين أكثر من خمسة إذا لم يتم تقييد ذلك في دفتر الشروط يتم دعوة هؤلاء جميعا إلى تقديم عرض تقني أولي، وتدرس لجنة فتح الأظرف وتقيم العروض التقنية عروض المتنافسين ويمكنها أن تطلب توضيحات يرد عليها كتابيا لتصبح هذه الردود جزء من العرض، وفي حالة عدم تطابق أي عرض مع متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المحددة في دفتر الشرط تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة حسب المادة 46 إقصاء هذا العرض من المنافسة¹، ويلحق هذا الاقتراح قرار المصلحة المتعاقدة إما بقرار إيجابي بالإقصاء أو قرار سلبي بالسكوت أي مواصلة العرض المعني لعملية المنافسة، على خلاف نص المادة 32 من المرسوم رقم 10-236 الملغى التي كانت تعترف للجنة تقييم العروض باختصاص إصدار قرار إقصاء المترشح دون الرجوع إلى المصلحة المتعاقدة²، وبالتالي الحكم الذي جاءت به المادة 46 مرسوم 247.15 في هذا الخصوص يبدو أكثر انسجاما مع مسؤولية المصلحة المتعاقدة خاصة من ناحية تحديد المسؤولية الجزائية فمن يؤشر على الصفقة هو أول من يسأل جزائيا وهذا ما يجعله صاحب القرار أثناء إبرام الصفقة، وعلى كل حال إن نزع سلطة التقرير من لجنة فتح الأظرف وتقييم العروض يفقدها التأثير في سير المنافسة ويجعل منها صاحبة اختصاص استشاري فقط.

ج . إلى جانب الأسلوبين السابقين نصت المادة 45 على أسلوب ثالث هو الاستشارة المباشرة لمتعاملين مؤهلين ومسجلين في قائمة مفتوحة من إعداد المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي لمدة ثلاثة سنوات، يتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة تعلق الصفقة بعمليات دراسات أو هندسة مركبة، أو ذات أهمية خاصة، أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، ويمكن أن نسجل على هذا الأسلوب الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى: التي يمكن إبدائها حول طريقة تنظيم طلب العروض المحدود في المرسوم رقم 15-247، أن المشرع حاول تقييد السلطة التقديرية للإدارة عند لجوئها إلى هذا الأسلوب في التعاقد³ وتحديدًا في مرحلة اختيار المتعاقد معه وهذا من خلال إجراءات:

- حدد المشرع حالات اللجوء إلى طلب العروض المحدود سواء بإجراء استشارة

¹ . المادة 46 ، نفس المرسوم.

² . راجع الفقرة 7 المادة 32، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

³ . خضري حمزة ، مرجع سابق ، ص 97.

انتقائية أو بإجراء استشارة مباشرة، ففي الحالة الأولى يجب أن يتعلق الأمر بدراسات أو عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة سواء تعلق الأمر بمنافسة في مرحلة واحدة أو على مرحلتين وكذلك الأمر في الحالة الثانية أي الاستشارة المباشرة فيجب أن يتعلق الأمر بعمليات محددة.

- لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى طريقة طلب العروض المحدود إلا في حدود القائمة المعدة سلفا التي تتضمن المشاريع المعنية بهذا الإجراء بموجب مقرر يصدره مسؤول الهيئة العمومية والوزير المعني بالقطاع محل التعاقد، وفي الحالتين بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات.¹

إن تقليص السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة أثناء التعاقد من شأنه يقلص من درجة الخطر الجزائي وهذا على غرار قانون الصفقات مرسوم 02-250 المعدل والمتمم فمعلوم أن اتساع السلطة التقديرية للإدارة في مجال نظام الصفقات العمومية يعني أن للمصلحة المتعاقدة هامش مناورة كبير وهذا قد يؤدي إلى المساس بمبدأ المنافسة ومبدأ المساواة وحتى شفافية الإجراءات مما يؤدي إلى وضع هذه السلطة التقديرية لخدمة ومصصلحة أحد المتنافسين وهذا ما يعبر عليه بمنح امتيازات غير مبررة للغير.

الملاحظة الثانية: هي أن المشرع عمل في نفس الوقت على توسيع السلطة التقديرية للإدارة في مرحلة إعداد دفتر الشروط وهذا عندما اعترف لها . كما هو عليه الحال في مرسوم 10-236 . بتحديد كيفية الانتقاء الأولي ضمن دفتر الشروط، ومعلوم أن دفتر الشروط تعده المصلحة المتعاقدة بصفة انفرادية، وعليه يمكن أن تكون هذه الشروط على مقياس أحد المتنافسين بتواطؤ مع جهة في الإدارة وهذا يرفع من مستوى الخطر الجزائي.²

من جهة أخرى هناك مؤشر آخر على توسيع السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وهذا من خلال عدم النص سواء في المادة 45 أو 46 من المرسوم 15-247 على تحديد قائمة المشاريع المعنية بالتعاقد عن طريق طلب العروض المحدود خلاف للمرسوم رقم 10-236 الذي ورد فيه أن قائمة بالمشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية تصدر بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني حسب المادة 32 فقرة

¹ . الفقرة 9 من المادة 45، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . الفقرة 8 من المادة 45 ، نفس المرسوم.

أخيرة من المرسوم المذكور¹ وتخلي المشرع على هذه القائمة يعني إطلاق يد المصلحة المتعاقدة إذ يمكنها إعمال سلطتها التقديرية عند اختيار أسلوب طلب العروض المحدود، وإذا كان لهذا التوجه من المشرع جانب إيجابي وهو منح حرية أكبر للمصلحة المتعاقدة في التسيير فإن الإفراط في التعاقد وفق هذا الشكل من طلب العروض وارد أيضا مما قد يفتح الباب للتواطؤ ومن ثمة خطرا جزائيا يلوح في الأفق.

الملاحظة الثالثة: تتعلق برفع المشرع عدد المرشحين الذين يتم انتقائهم أوليا بغرض تقديم تعهدات من ثلاثة حسب المرسوم رقم 10-236 إلى خمسة 5 حسب مرسوم 15-247. وهذا يدعم مبدأ المنافسة من جهة فبدل التنافس بين 03 متعهدين يتم التنافس بين 05 متعهدين ومن جهة أخرى يحقق للمصلحة المتعاقدة نجاعة أكثر في الإنجاز لأن الخيارات تكون أكثر اتساعا، ومعلوم انه كلما دعمنا المنافسة أكثر كلما تدنى مستوى الخطر الجزائي وربما هذا ما قصده المشرع أيضا عندما رفع عدد المتعهدين إثر الانتقاء الأولي إلى خمسة متنافسين فاحتمال التواطؤ بين 05 متنافسين وأطراف في المصلحة المتعاقدة يتقلص ويصعب على خلاف حصر المنافسة بين ثلاثة متنافسين فقط.

من خلال هذه الملاحظات يمكن القول أن مستوى الخطر الجزائي فيما يخص طلب العروض المحدود يعرف تذبذبا، حيث في جوانب تنظيمية يكون مستوى الخطر الجزائي في تنازل بالمقارنة مع التنظيمات السابقة للصفقات العمومية باستثناء مرسوم 10-236 وفي جوانب تنظيمية أخرى تكون درجة هذا الخطر مرتفعة.

ثانيا: المسابقة شكل من أشكال طلب العروض

أعاد المشرع تعريف المسابقة في المرسوم 15-247 بشكل مختلف عن ذلك التعريف الذي ورد في المرسوم السابق 10-236، فحسب المادة 47 من المرسوم الساري "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أحده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفة لأحد الفائزين بالمسابقة..."²، هذا الجزء من التعريف يكاد يكون متطابقا مع التعريف

¹ . راجع الفقرة الأخيرة من المادة 32، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . المادة 47، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

الوارد في المادة 34 من المرسوم رقم 10-236¹ ولكن لم يرد في هذه المادة أن المسابقة تكون حول مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج يعده صاحب المشروع كما ورد في المادة 47 المذكورة أعلاه. وقد تناول المشرع المغربي مثلا ما أصطلح عندنا "بالمسابقة" بتسمية أخرى هكذا "صفقة بمباراة"، والملاحظ أن تنظيم كلاهما من حيث المضمون والإجراءات يكاد يتطابق، حيث ورد في قانون إبرام صفقات الدولة في المغرب الصادر بالمرسوم رقم 308.06.2 المواد من 63 إلى 71 تنظم صفقة المباراة وفي المادة 63 ورد تعريف هذه الصفقة كما يلي، "عندما تبرر أسباب ذات طابع تقني أو جمالي أو مالي القيام بأبحاث خاصة يمكن إبرام صفقة بمباراة..."²

ورجوعا إلى ما ورد في المادة 47 من المرسوم 15-247 نسجل أن المشرع فصل أكثر في مفهوم المسابقة رافعا بذلك بعض اللبس والنقص المسجل على المادة 34 مرسوم 10-236 وحتى يتضح لنا هذا يمكن دراسة المسابقة في ظل المرسوم 10-236 ثم نقارن ذلك مع المسابقة في ظل المرسوم 15-247 كما يلي:

(1) نطاق التعاقد عن طريق المسابقة:

نتناول نطاق المسابقة ومراحل إبرام الصفقة وفق المسابقة وفقا للمرسوم رقم 10-236 الملغى باختصار شديد ونقارن ذلك مع نطاق المسابقة وفقا للمرسوم الساري 15-247.

أ. نطاق المسابقة في ظل المرسوم رقم 10-236:

تطرقنا إلى مفهوم الصفقة العمومية وفقا للمعيار العضوي وقلنا أنها تشمل الأشخاص المحددين في المادة 02 مرسوم رقم 10-236 ومن حيث الجانب الموضوعي قلنا أن الصفقة العمومية يمكن أن تتعلق بوحدة من العمليات المذكورة في المادة 13 من نفس المرسوم، وبالتالي بالنظر إلى صياغة نص المادة 34 من المرسوم المذكور ولاسيما الفقرة 10 نتساءل حول المجالات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ فيها إلى المسابقة وكذا الأشخاص المعنيين بهذا الشكل من المناقصة³ أو طلب العروض.

جاءت الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 34 من المرسوم رقم 10-236 كما يلي

¹ . راجع المادة 34، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق .

² . المادة 63، المرسوم الرئاسي رقم 2.06.388، مرجع سابق.

³ . راجع المواد 2، 13، 34، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

"...تحدد قائمة المشاريع التي تكون محل مسابقة وجوبا بمقرر من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير، أو الوالي المعني"¹، حسب هذه المادة فإن المجالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المناقصة عن طريق المسابقة يجب أن تحدد سلفا من طرف المسؤول الأول عن هذه المصلحة ولكن صياغة الفقرة يتركنا نتساءل هل المشرع عندما ذكر ثلاث هيئات فقط معنية بإصدار قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون محل المسابقة يعني أن باقي الهيئات المذكورة في المادة 02 من المرسوم 10-236 غير معنية بالتعاقد عن طريق المسابقة وهي الفرضية الأولى أم أنه يقصد بأن باقي الهيئات غير المذكورة في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 34 معنية بالمسابقة ولكنها غير معنية بإصدار قائمة المشاريع محل المسابقة وهي الفرضية الثانية.

ودفعا بالمناقشة إلى الأمام يجب ترجيح إحدى الفرضيتين وعليه يبدو أن التفسير الثاني هو الأقرب إلى المنطق، وانطلاقا من أنه لا منع إلا بنص فكل الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 02 من قانون الصفقات 10-236 معنية بالمسابقة ولكن فقط الهيئات الوطنية المستقلة والإدارات العمومية أو الوزارات تحديدا وكذا الولايات كأشخاص معنوية عامة هي المعنية دون سواها بشرط إصدار قائمة المشاريع محل عملية المسابقة، أما الأشخاص الأخرى فيمكنها اللجوء مباشرة لإجراء المسابقة دون التزامها بهذا الشرط. أما فيما يخص التساؤل الثاني المتعلق بموضوع الصفقة الذي يكون معروضا للمنافسة عن طريق المسابقة أي هل تلجأ المصلحة المتعاقدة للمنافسة عن طريق المسابقة فيما يخص كل العمليات التي تشملها الصفقة سواء إنجاز أشغال أو اقتناء اللوازم، أو إنجاز الدراسات، أو تقديم الخدمات، أم إنها تخص جانب من هذه العمليات فقط، دراسة نص المادة 34 من قانون الصفقات توجي إلى أن مجال المسابقة مقصور على تقديم الخدمات فقط لأن قراءة الفقرة 04 من هذه المادة قد يوحي إلى ذلك كما يلي". يدعى إلى تقديم أطرف الخدمات والعرض المالي... "وكذلك الفقرتين التي تليها، فالمشرع يستعمل عبارة "خدمات" بشكل يتركنا نعتقد ذلك، وعليه فإن القول بأن المسابقة يمكن أن تتعلق بكل العمليات المذكورة في المادة 13 مرسوم 10-236 حكم مؤسس لأن نص المادة 34 من نفس المرسوم جاء غامضا

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 11 . 98، المؤرخ في 01 مارس 2011، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر ، عدد 14، الصادر بتاريخ 2011/03/06.

والقاعدة أنه لا منع إلا بنص فكيف لنا أن نقصر المسابقة على عملية تقديم الخدمات فقط دون سواها من عمليات، كما أنه عمليا إنجاز الدراسات ذات الطابع الفني والثقافي والديني إذا تعلقت بمجسم أو واجهة أو غير ذلك يمكن أن تكون محل مسابقة بين عدة مكاتب دراسات،¹ إننا من بين التفسيرين نفضل ونرجح التفسير الثاني نظرا لانسجامه والمنطق القانوني. أما عن مراحل إبرام الصفقة وفقا للمسابقة حسب المرسوم رقم 10-236 فإن قراءة المادة 34 من المرسوم رقم 10-236 يبين أن هناك ثلاث مراحل تمر عليها المسابقة ومن ثمة يمر ملف المترشح على ثلاث لجان هي لجنة فتح الأظرفة، ولجنة تقييم العروض، ولجنة التحكيم.

ب . نطاق المسابقة وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247:

قراءة المادة 47 يجعلنا نقف على تجاوز المشرع لبعض النقائص المسجلة على المادة 34 من مرسوم 10-236 فيما يخص نطاق المسابقة،² جاءت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة هكذا "...تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات..." هذا يعني أن نطاق المسابقة يشمل كل العمليات الوارد في المادة 29 من المرسوم 15-247 أي يمكن أن تبرم صفقة وفق شكل المسابقة في مجال إنجاز بعض الأشغال بمواصفات تقنية محددة، أو إنجاز دراسات فنية خاصة في الهندسة المعمارية أو الهندسة بصفة عامة، أو تقديم خدمات في مجالات معالجة المعلومات أما عن اقتناء اللوازم فيمكن أن تكون الاستثناء من نطاق المنافسة خاصة إذا رجعنا إلى الفقرة الأولى من المادة 47 المذكورة أين نجد المشرع يتكلم على "إنجاز عملية" والإنجاز يعني الإنتاج المباشر وبالتالي فاقتناء اللوازم يكون ضمن الإنجاز وليس توريدا مباشرة، وللزيادة في تحديد نطاق المسابقة أكثر ورد في الفقرة 04 من المادة 47 ما يلي: "...لا تبرم صفقة الإشراف على إنجاز أشغال وجوبا عن طريق المسابقة إذا:

- لم يتجاوز مبالغها الحد المنصوص عليه في المادة 13فقرة 01 من هذا المرسوم.
- إذا تعلق موضوع الصفقة بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم.

¹ . ضحوي المسعود، مرجع سابق، ص 99.

² . راجع المادة 34، مرسوم رئاسي رقم 10 . 236، والمادة 47 ، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

وعليه نقول أن المشرع استعمل المعيار المالي في الفقرة الرابعة من المادة 47 لتحديد نطاق المسابقة عندما منع اللجوء لهذا الشكل في التعاقد إذا لم يتجاوز المبلغ اثني عشرة مليون دينار 12.000.000 دج حسب المادة 13 من المرسوم 15-247¹، والمشكل المطروح أن هناك إبهام حسب رأينا في هذه المادة، فماذا يقصد المشرع بعبارة "لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13"، هل الهاء تعود هنا على الصفة برمتها ومن ثمة نقول أنه يجب أن يفوق مبلغ الصفة الأصلية الحد المبين في المادة 13 من المرسوم 15-247 خاصة مع وجود البند الثاني الذي يتعلق بإنجاز أشغال في مبنى قائم وموجود، أم أن الهاء في عبارة "مبلغها" تعود على إنجاز الأشغال فقط دون الصفة الأصلية، وبالتالي فمبلغ هذه الأشغال هو الذي لا يتجاوز الحد المبين في المادة 13. كما استعمل المشرع أيضا في الفقرة 04 من المادة 47 معيار موضوع الصفة عندما يتعلق الأمر بمبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو منشأة لا تحتوي على مهام تصميم.

الملاحظة الأولى: أن المشرع في مرسوم 15-247 حدد نطاق المسابقة بأكثر دقة بالمقارنة مع كل القوانين السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية بما فيها مرسوم 10-236 وهذا يغني عن إصدار قائمة بالمشاريع التي تكون محل مسابقة حسب ما ورد في المادة 34 فقرة أخيرة من المرسوم الأخير التي تقابل المادة 47 مرسوم 15-247 وتبعاً لذلك نقول أن تحديد نطاق المسابقة وفقاً للمعيار المالي والموضوعي يبدو أكثر انسجاماً مع السلطة التقديرية التي تملكها المصلحة المتعاقدة بصفقتها إدارة تستهدف السرعة في الإنجاز.

الملاحظة الثانية: التي نسجلها على المادة 47 مرسوم 15-247 أن المشرع وعلى خلاف ما ورد في مرسوم 10-236 وحتى المراسيم التي سبقته وسع نطاق المسابقة صراحة إلى مشاريع قائمة كما ورد في الفقرة 04 البند 02 من المادة 47، وفي هذا يكون قد ساير الفقه المقارن وكذا مشرعين آخرين منهم المشرع الفرنسي² والمغربي³.

إن تحديد نطاق المسابقة وتوسيعه إلى مشاريع موجودة صراحة في صلب المرسوم 15-247 من شأنه إضفاء الشفافية على عملية المنافسة والتعاقد ويجنب المصلحة

¹. راجع المادة 13، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

²M SABRI . k AOUDIA . M LALLEM. Op_cit,P81

³. المادة 63، المرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

المتعاقدة التحايل الذي قد يصل إلى درجة الخطر الجزائري، وعليه فإن رفع اللبس على جوانب مبهمة ومحل نقاش من شأنه جعل الخطر في المسابقة يتقهقر بالمقارنة مع الوضع الذي كان عليه في القوانين السابقة للصفقات العمومية.

الملاحظة الثالثة: التي يمكن تسجيلها دائما في هذا السياق أي تحديد نطاق المسابقة بالمعيار المالي والموضوع حسب الفقرة 04 المادة 47 هي التضييق على المصلحة المتعاقدة قدر المستطاع لتجنب تجزئة الصفقة إلى صفقة أشغال تبرم وفق طلب العروض المفتوح مثلا و صفقة أخرى وفق المسابقة وهذه شبهة فساد وخطر جزائي محتمل.

(2) إجراءات المسابقة حسب مرسوم 15-247:

حسب المادة 48 مرسوم 15-247 نفرق بين طريقتين للتعاقد عن طريق المسابقة:

- مسابقة محدودة.

- مسابقة مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا

في كلتا الحالتين تتبع المصلحة المتعاقدة لتنظيم المسابقة مراحل محددة وموحدة كما تقوم بتحضير دفتر شروط المسابقة الذي بالإضافة إلى نصه على شروط التعاقد العامة ينفرد بأربعة خصائص:

أ- يتضمن دفتر شروط المسابقة برنامج المسابقة الذي بناء عليه يقدم المتنافسين عروضهم سواء تعلق الأمر بجوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.

ب- يتضمن كفاءات الانتقاء الأولي.

ج- تحديد الغلاف المالي التقديري للأشغال.

د- إمكانية تحديد العدد الأقصى للمرشحين المدعويين بعد انتقاء أولي في حدود

خمسة 05 منهم.

وحسب هذه الإجراءات يبدو أن المشرع عندنا قد ساير مشرعين أخذوا عن نظيرهم الفرنسي ومن بينهم المشرع المغربي حسب ما ورد في المواد 63 و 64 و 65 من المرسوم رقم 2.06.388.¹

¹ . ورد في المادة 63 البند 3، من المرسوم رقم 2.06.388، أن المصلحة المتعاقدة تعد برنامج المسابقة، وفي المادة 64 البند 1 ورد أن المصلحة المتعاقدة تحدد في البرنامج المقدار التقريبي أو المبلغ الأقصى للنفقة المخصصة لتنفيذ العمل، أما المادة 65 فقد أحالة على المواد 49، 59، من نفس المرسوم .

الملاحظة الأولى: مزدوجة يمكن إبدائها فيما يخص تحديد المبلغ التقديري للأشغال فهذا إجراء له إيجابياته عندما يتعلق الأمر بتحديد النفقات وتقييم المشروع، ومن جانب آخر له أهمية من ناحية الشفافية وحتى المنافسة التي سوف تنحصر في حدود المبلغ التقديري المحدد من طرف المصلحة المتعاقدة وبالتالي تتحمل هذه الأخيرة المسؤولية في حالة الإفراط في تحديد مبلغ الأشغال أو في حالة تخفيض المبلغ لدرجة يدفع الطرفين إلى إعادة تقييم المشروع في المستقبل، وفي كلتا الحالتين سوف يصطف المتعاقد معه وراء المصلحة المتعاقدة التي تكفلت بصفة منفردة بتحديد المبلغ التقديري للأشغال وهذا في حد ذاته يشكل خطراً جزائياً محتملاً سواء تعلق الأمر بالإفراط في تحديد المبلغ التقديري للأشغال أو تعلق الأمر برفع مبلغ الأشغال تبعاً لإعادة تقييم الأشغال ضمن ملحق حسب المادة 136 مرسوم 15-247، ولتفادي هذا الخطر وجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتحديد المبلغ التقديري للأشغال بناءً على دراسة شاملة للمشروع تكون بمواصفات علمية اقتصادية ومالية دقيقة يقوم بها مختصون.

الملاحظة الثانية: تتعلق بتحديد برنامج المسابقة وكيفية الانتقاء الأولي فهذه تتدرج في إطار أعمال السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة التي تبدو واسعة، وهذا ينسجم مع طبيعة هذه الأخيرة باعتبارها إدارة، وعليه نقول أن ما دام المشرع اعترف للمصلحة المتعاقدة بهذا الاختصاص فهذا يتبعه تحديد للمسؤولية سواء كانت إدارية أو جزائية، فلو فرضنا أن شروط الانتقاء الأولي وضعت مثلاً على مقياس أحد المتنافسين المحتملين فإن الخطر الجزائي المحتمل يتحمله أطراف في المصلحة المتعاقدة بناءً على منح امتيازات غير مبررة للغير ويلحقهم في تحمل هذا الخطر نائل الصفة وفق إجراءات المسابقة كونه مسؤولاً جزائياً كفاعل أصلي أو شريك وكذلك الأمر بالنسبة لبرنامج المسابقة الذي قد ينجز على المقياس بغرض تفويض أحد المتنافسين المتواطئ مع أطراف في المصلحة المتعاقدة.

وفيما يخص تحديد العدد الأقصى للمرشحين المدعويين لتقديم تعهداتهم بعد انتقاء أولي والذين تم تحديد عددهم بخمسة بدل ثلاثة مترشحين كما كان عليه الحال في المرسوم رقم 10-236¹، نسجل أن رفع عدد المدعويين يشكل تدعيماً لمبدأ المنافسة وهذا ينجز عنه تخفيض لمستوى الخطر الجزائي في هذا الجانب، لأن احتمال التواطؤ بين ثلاثة متنافسين

¹ . المادة 4/34 ، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236 ، مرجع سابق.

وأطراف في المصلحة المتعاقدة يكون أكثر احتمالا من التواطؤ بين أطراف في المصلحة المتعاقدة وخمسة متنافسين. واضح أن الخطر الجزائي يكون أكثر احتمالا بالنسبة لدفتر الشروط ومحتواه ويكون احتمال توفره أقل بالنسبة للإجراءات التنظيمية للصفقة مما يدفعنا في قادم البحث إلى إخضاع دفتر الشروط إلى الدراسة والتحليل.

3) مرحلة تعيين الفائز بالصفقة وفق المسابقة:

فرق المشرع في مرسوم 15-247 بين نوعين من المسابقة على شاكلة طلب العروض المحدود وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وبالتالي حسب المادة 47 من نفس المرسوم هناك المسابقة المحدودة والمسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

أ . حالة المسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا:

تبدأ المنافسة بتلقي تعهدات المتنافسين بناء على الشروط والقدرات التي تحددها المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط وهذا ما يميز هذا النوع من المسابقة عن المسابقة المحدودة، أما باقي الإجراءات فهي مشتركة بين النوعين، وعليه سوف نبين باقي الإجراءات تحت عنوان المسابقة المحدودة.

ب . حالة المسابقة المحدودة:

تبدأ المسابقة بتلقي ملفات الترشح فقط من أي متعامل تتوفر فيه الشروط العامة للمشاركة في أظرف مغلقة، وبعد فتحها وتقييم العروض المقدمة من طرف لجنة التحكيم المنصبة لهذا الغرض يتم إعداد قائمة للمتنافسين الذين يتم انتقائهم أوليا وهؤلاء فقط يمكنهم تقديم عروضهم التقنية والخدماتية والمالية، ويتلقى رئيس لجنة التحكيم عروض المتنافسين من المصلحة المتعاقدة في أظرف مغلقة وحسب المادة 48 الفقرة 14 من المرسوم 15-247 فإن المتنافس يفرّد لكل عرض ظرف وبالتالي يقدم عرض خدمات وعرض تقني وعرض مالي ولا يشير إلى عرضه المالي على وجه الأظرف تحت طائلة رفض العرض ضمانا للشفافية، بعد دراسة العروض من طرف اللجنة يتم تحديد الفائز بالصفقة والذي يكون قد قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية وتبعاً لذلك تخطر اللجنة المصلحة المتعاقدة بهذا الاختيار.

الجديد في نظام المسابقة حسب المادة 47 الفقرة 02 من مرسوم 15-247¹ هو

¹ . راجع المادة 2/47، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

مرحلة التفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمتنافس الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، والملاحظ أن هذا الإجراء لم يكون معمول به في المرسوم رقم 10-236 وبالتالي نتساءل عن المغزى من إضافة هذا الإجراء.

يمكن القول أن سبب إدراج هذا الإجراء هو تحقيق هدفين:

. أولاً أعمال السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة باعتبارها إدارة عمومية.

. الهدف الثاني تمكين المصلحة المتعاقدة من بلوغ هدفها من خلال المسابقة بأحسن نجاعة ممكنة سواء من الناحية الفنية أو الجمالية أو الجودة العالية، ما دام العرض من الناحية الاقتصادية قد تم حسمه بعد التفاوض. ومن جهة أخرى نتساءل حول أثر إدراج المفاوضات كإجراء قبل المنح النهائي للصفقة وفق نظام المسابقة من ناحية الشفافية وما ينجر عنها من آثار على المسؤولية الجزائية.

أولاً نقول أن هذه المفاوضات سوف تكون بين المصلحة المتعاقدة والفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية وبالتالي لا مكان للجنة التحكيم في هذه المفاوضات لأن مهمتها تكون قد انتهت بمجرد الإعلان عن الفائز، وما يدعم هذا الطرح سكوت الفقرة 02 من المادة 47 محل الدراسة إذ لم تشر حتى إلى أطراف المفاوضات ولكن مضمون المادة 80 من المرسوم 15-247 يمكن أن يكون هو القاعدة.¹ إن هذه المفاوضات تكون في غرفة مغلقة ومن الناحية الاقتصادية الأمر يكاد يكون محسوماً وفقاً لمحضر لجنة التحكيم ولكن تبقى الجوانب الأخرى الفنية والتقنية والجمالية محل لهذا التفاوض، وبالتالي قد يحصل تواطؤ بين المتفاوضين حول هذه الجوانب بشكل يؤثر على قيمة الأشغال المراد إنجازها بالمقارنة مع العرض الاقتصادي المقدم من طرف هذا المتنافس وهذا من شأنه يشكل خطراً جزائياً خاصة إذا علمنا أن المنافسة قد انتهت بمجرد الدخول في المفاوضات ومعلوم أن وجود الخطر الجزائي من عدمه مرهون بمدى توفر المنافسة الشريفة وشفافية الإجراءات.

إننا لا نشكك في أي إجراء يفرضه المشرع ولكن ورود المفاوضات يحيلنا إلى أسلوب التراضي الذي يعتمد بدوره على المفاوضات ومعلوم أن نقد شديد يوجه لهذا الأسلوب في التعاقد نظراً للفساد الكبير الذي ينتج عنه، وبعد تعريجنا على طلب العروض بأشكاله

¹ . المادة 80، المرجع نفسه.

المتعددة كأسلوب موصوف بالقاعدة في مجال إبرام الصفقات العمومية حسب المواد 39 و42 من مرسوم 15-247 سوف نتناول التعاقد وفقا لأسلوب التراضي بأنواعه للوقوف على جوانب يحتمل فيها الخطر الجزائري.

الفرع الثاني: التراضي استثناء على قاعدة إبرام الصفقات العمومية: مجال واسع

للخطر الجزائري

إذا كان طلب العروض هو الأصل في طريقة إبرام الصفقة العمومية فإن التراضي هو الاستثناء يلجأ إليه في حالات يحددها القانون، هذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم رقم 15-247، وحسب التشريع المقارن يصطلح على هذا الشكل للتعاقد مثلا في القانون المغربي "الصفقات التفاوضية"¹.

التراضي كطريقة للتعاقد يأخذ شكلين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، وبحكم أنه استثناء عن القاعدة تكفل قانون الصفقات العمومية بتحديد حالات اللجوء إلى كليهما حسب المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تقابل المادة 27 مرسوم 10-236 المعدلة بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 الملغى، يعرف التراضي البسيط كما يلي "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة..."²، ومن خلال هذا التعريف نستنتج أنه بالإضافة إلى كون التراضي استثناء عن القاعدة العامة لطرق إبرام الصفقات العمومية فإن التراضي البسيط استثناء وتقييدا لمبدأ المنافسة المعمول به كمبدأ من مبادئ إبرام الصفقات العمومية³، وهو كذلك تقييدا لمبدأ المساواة بين المتنافسين ما دام التفاوض يتم مع شخص واحد، ولهذه الأسباب يمكن اعتبار التراضي أحد عيوب مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة وهو أحد تجليات الخطر الجزائري في الصفقات العمومية فذكر التراضي يلزم شك التواطؤ والتفضيل ومن ثمة الفساد بوجه

¹ . حسب المادة 71، مرسوم رقم 2.06.388، الصفقات التفاوضية على ثلاثة أشكال حسب المادة 73 كما يلي "تبرم الصفقات التفاوضية: (أ) إما بناء على عقد إلتزام يوقعه الراغب في التعاقد وعلى دفتر الشروط الخاصة. (ب) إما بناء على مراسلة وفقا للأعراف التجارية تحدد شرط إنجاز العمل. (ج) إما بصفة استثنائية بتبادل رسائل أو اتفاقية خاصة للأعمال المستعجلة المنصوص عليها في حالة الاستثناء الواردة في البند 6 من المادة 72 أعلاه..." مرجع سابق.

² . المادة 41، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

³ Bennadji Cherif, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, Thèse de doctorat, soutenue a l'université d'Alger, 1991, P140

عام.¹ وإذا كان التراضي يمنح للمصلحة المتعاقدة قدرا واسعا من الحرية في اختيار المتعاقد معه² فإنه من جهة أخرى يفقد المصلحة المتعاقدة هامش المفاضلة وتعدد الخيارات لأنها تكون أمام عرض واحد وهذا من شأنه التأثير على النفقات العمومية بالسلب في بعض الأحيان، ونظرا لهذه المآخذ أحاط المشرع هذا النوع من التعاقد بمجموعة من الشروط هي حالات اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي البسيط وحالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

أولا: تحديد حالات التعاقد عن طريق التراضي البسيط: تكريس للطابع الاستثنائي

للتراضي

حددت المادة 49 مرسوم 15-247 التي تقابل المادة 43 مرسوم 10-236 حالات التراضي البسيط على سبيل الحصر لورودها كما يلي: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."، وعبارة "فقط" تدل على هذا الحكم³ وهذه الحالات هي:

(1) حالة الاحتكار "المشروع" أو الخصوصية التقنية أو الفنية أو الثقافية:

نص المشرع على هذه الحالة في البند 01 المادة 49 من المرسوم 15-247 التي تتحدث على وضعية احتكارية ينفرد بها متعامل اقتصادي، والاحتكار المقصود هنا يجب أن يوصف بالمشروع⁴، ويجب أن يخضع هذا المتعامل للقانون الوطني لأنه لا يعقل أن المشرع يعترف بامتياز لشخص في وضعية غير قانونية، فمثلا استنفاة شخص طبيعي أو معنوي وطني أو أجنبي من التمثيل الحصري لعلامة تجارية أجنبية معينة يمكن فهمه على أنه احتكار مشروع وهذا المتعامل يمكن أن يستفيد من صفة عمومية على أساس التراضي البسيط، كما يمكن أن يستفيد من أحكام المادة 49 قانون الصفقات الشخص الطبيعي أو

¹ . سحنون سمية، إجراءات التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع

قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ص 74

² . عمار يوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 185 .

³ . المادة 49، مرسوم رئاسي رقم 15 . 249، مرجع سابق.

⁴ . المادة 06، الأمر رقم 03 . 03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر، عدد 43، الصادر بتاريخ

المعنوي الذي ينفرد بامتلاك طريقة فنية¹ لتنفيذ خدمات لصالح المصلحة المتعاقدة حسب دفتر الشروط المعد من قبلها، مثل انفراد شركة بفنيات معينة أو صناعة معدات التقيب على الغاز الصخري حسب دفتر الشروط المعد من طرف شركة سوناطراك، وكذلك إذا تعلق الأمر باعتبارات ثقافية أو فنية يتمتع بها شخص بذاته، وقد قيد المشرع هذا الاستثناء بضرورة صدور قرار مشترك بين الوزير الكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية يوضح المقصود بالخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية أو الفنية، وهذا بمثابة حماية للمال العام ووقاية من الفساد والخطر الجزائي الذي يمكن أن يقع فيه ممثل المصلحة المتعاقدة نظراً إلى مرونة مصطلح اعتبارات فنية وثقافية.²

(2) حالة الاستعجال المعلن بالخطر الداهم:

يمكن شرح هذه الحالة في إطار المادة 12 من المرسوم رقم 15-247 التي تقابل المادة 07 من المرسوم 10-236 المتعلقة بالشروع في التنفيذ قبل إبرام الصفقة بسبب حالة الخطر المحدق بالاستثمار أو ملك المصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، ويلجأ إلى هذه الطريقة في التعاقد حسب المادة 2/49 مرسوم 15-247 أيضاً عندما نكون بصدد تنفيذ خدمات بصفة مستعجلة أي لا يمكن تنفيذها وفقاً لطلب العروض بشرط أن لا يكون بوسع المصلحة المتعاقدة توقع حالة الاستعجال وأن لا تكون هي المتسببة في ذلك، وبمفهوم المخالفة يجب أن نكون أمام قوة قاهرة تقطع كل سبيل للاحتيال.³

الملاحظ أن حالة الاستعجال التي تبرز لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي البسيط المنصوص عليها في المادة 49 لم يتركها المشرع على إطلاقها بل قيدها بضرورة توافر حالة "الخطر"، وحتى حالة الخطر هذه تم تحديد نطاقها إذ يجب أن تهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو تهدد الأمن العمومي أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تم تجسيده في الميدان، كما أن حالة الاستعجال هذه المعللة بالخطر يجب أن تصل إلى درجة استحالة التعاقد عن طريق طلب العروض، وهي كما يبدو سلطة تقديرية

¹ . استعمل المشرع في المادة 49 المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 مصطلح "اعتبارات تقنية" بدل مصطلح "الطريقة التكنولوجية" التي استعملها في المادة 43 المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236.

² . نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، مناقشة سنة 2013، ص 106.

³ . المرجع نفسه، ص 111.

معتترف بها للمصلحة المتعاقدة بصفتها إدارة.

الملاحظة التي يمكن إبدائها حول هذه النقطة أنه وبالرجوع إلى الأحكام العامة في القانون والقضاء الإداري نسجل تطورا حصل في مجال رقابة القضاء الإداري والفرنسي تحديدا للسلطة التقديرية المعترف بها للإدارة، والسؤال الجانبي المطروح هنا إلى أي مدى يأخذ القضاء الإداري عندنا بهذا التطور.¹ ويمكن في هذا الصدد القول أن مجلس الدولة في فرنسا مر بمرحلتين في رقابته على السلطة التقديرية، مرحلة ما يصطلح عليه بأساليب الرقابة التقليدية،² وفيها اكتفى القضاء بمراقبة التكييف القانوني للوقائع³ qualification juridique des faits le contrôle de la ثم ابتكر مجلس الدولة الفرنسي الأساليب الحديثة للرقابة على السلطة التقديرية عن طريق ما يسمى "برقابة الملائمة للوقائع" أو "رقابة التناسب" Contrôle de proportionnalité وفيها انتقل مجلس الدولة إلى فرض قيد إضافي على السلطة التقديرية للإدارة إذ لم يكتفي بفرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة كسبب للقرار موضحة تكييفها قانونا كما كان عليه الحال في المرحلة الأولى بل ذهب إلى حد البحث في تقدير الإدارة لأهمية وخطورة تلك الوقائع ومدى التناسب بينها والإجراء المتخذ على أساسها⁴، والذي قد يكون بإعلان حالة الخطر الداهم المبرر لحالة الاستعجال.

وعليه بالإضافة إلى توافر حالة الاستعجال المعلل بخطر داهم علق المشرع اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي وفقا للبند 02 من المادة 49 وكذا المادة 12 من المرسوم 15-247 على ثلاثة شروط في المجموع هي:

- ألا يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال.
- أن لا تكون هذه الظروف نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.
- صدور قرار معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات من قبل المسؤول عن الهيئة العمومية، أو الوزير، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

¹ . العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة الجزائر، العدد 8، سنة 2006، ص 117.

² . المرجع نفسه، ص 120.

³ . المرجع نفسه، ص 121.

⁴ . المرجع نفسه، ص 121.

يمكن أن نسجل بعد هذه الدراسة أن السلطة التقديرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة لإعلان حالة الاستعجال المعل بالخطر تبقى أحد الأبواب المهمة للفساد وللخطر الجزائي إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة وسعيها منها للهروب من التعاقد عن طريق طلب العروض إعطاء تكيف لوقائع وظروف تمر بها بأنها حالة استعجال معل بخطر داهم ومن ثمة اللجوء إلى التفاوض مع متعامل محضوض تحصل على امتيازات غير مبررة، نقول كذلك لأن الشروط المقيدة لحالة الاستعجال المذكورة أعلاه غير كافية لتجنب الخطر الجزائي لأن الإشكال لا يتعلق هنا بمدى توافر شروط الاستعجال في حد ذاتها بل الإشكال يتعلق بالتكيف الذي تسبغه المصلحة المتعاقدة على تلك الظروف.

ملاحظة أخرى يمكن إبدائها في هذا المجال وتتعلق بمدى حسم المشرع في المجالات التي يمكن أن نعمل فيها هذا الاستثناء، فما هو نطاق أعمال حالة الاستعجال كسبب للجوء المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي البسيط، أي هل يمكن أن تشمل هذه الحالة كل العمليات المنصوص عليها في المادة 29 من قانون الصفقات 15-247 أي الأشغال واقتناء اللوازم والدراسات والخدمات أم يشمل بعضها فقط؟

قراءة المادة 2/49 "...خطر يهدد استثمارا أو ملكا..." "....خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تجسد في الميدان...." يوحي أن الحالة الأولى من حالات التراضي البسيط ينطبق بصفة أساسية على الأشغال واقتناء اللوازم دون الدراسات والخدمات نقول هذا بكل تحفظ. وفيما يخص التساؤل المتعلق بإصدار القرار المعل الذي يرخص لحالة الاستعجال، فحسب المادة 12 مرسوم 15-247 يصدر هذا القرار عن الوزير، أو مسؤول الهيئة العمومية، رئيس المجلس الشعبي البلدي، أو الوالي، وبالتالي يفهم أن كل الأشخاص المذكورين في المادة 06 من نفس المرسوم معنية بحالة الاستعجال وهذا خلافا لما كان عليه الحال في المرسوم رقم 10-236 في المادة 07 منه¹.

وفي كل الأحوال نقول أن تقييد المشرع المصلحة المتعاقدة بضرورة إصدار قرارا معللا يرخص التعاقد وفقا للتراضي البسيط بناء على حالة الاستعجال جاء بغرض حماية المال العام ولضمان مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة بين المترشحين، وفي النهاية هو وقاية من

¹ . حسب المادة 07، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، يصدر هذا القرار عن الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي.

الفساد والخطر الجزائي الذي يمكن أن يقع فيه ممثل المصلحة المتعاقدة، وبالتالي يكون المشرع قد أخذ بالنقد الذي وجه له في ظل مرسوم 10-236 حيث وسع هذا الشرط ليشمل كل المصالح المتعاقدة المنصوص عليها في المادة 06 من قانون الصفقات بصفة صريحة في المادة 12 محل الدراسة. وأكثر من هذا يجب أن ترسل نسخة من هذا المقرر إلى مجلس المحاسبة، وزير المالية، وإلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية، يضاف إلى هذه الحماية والوقاية إعداد صفقة تسوية وعرضها على الهيئة المكلفة بالرقابة الخارجية.

(3) التموين المستعجل لتوفير حاجات السكان الأساسية:

وردت هذه الحالة في البند 03 من المادة 49 مرسوم 15-247 وقد جاءت بنفس الصياغة التي كانت عليها المادة 43 مرسوم 10-236¹، وهي تتعلق كما يبدو بتموين مستعجل للسوق الوطنية بمنتجات أساسية، كما نجد لهذه الحالة مثيلاً في قانون الصفقات المغربي وهذا في المادة 72 البند 206² ولو أن هذا الأخير وسع من نطاق أعمال هذه الحالة بصفتها استثناء إلى قطاعات أخرى مع إعطائها طابع الأمن العمومي على خلاف مشرعنا الذي اصبغها بطابع اقتصادي محض، والسؤال المطروح هل هذه المنتجات محلية أم أجنبية يتم استيرادها بشكل مستعجل، المادة 49 لا تجيب على التساؤل ولكن المادة 23 واضحة تنص على استيراد منتجات بشكل مستعجل³ وبالتالي لا تكون المنتجات محل التعاقد محلية، وعليه وجب دراسة الفقرة 03 من المادة 49 مع المادة 23 من المرسوم رقم 15-247 التي تقابل المادة 05 من مرسوم 10-236.

الملاحظة الأولى التي يمكن إبدائها بعد قراءة المادة 23 المذكورة أنها جاءت بأكثر تفصيل عن الفقرة 03 المادة 49 حيث تنص صراحة على عملية الاستيراد على خلاف المادة 49 التي تنص فقط على التموين، كما أن المادة 23 تحدد ما يتم استيراده إذ تنص على "المنتجات والخدمات" في حين المادة 49 تنص على حاجات السكان الأساسية وما

¹ . البند 3 المادة 49، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، تقابل البند 3 المادة 43، المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

² . المادة 6/72، مرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

³ . راجع المادة 23، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

دامت العبارة عامة فيمكن أن نتصور هذه الحاجات سلع وخدمات، كما أن المادة 23 تنص على أن عملية الاستيراد تتم بشكل سريع أو تتطلب السرعة بينما المادة 49 تنص على الاستعجال ويبدو أن المصطلحين وجهين لعملة واحدة، ما تركنا نميل إلى هذه القراءة¹ نص المشرع في صدر المادة 23 على إعفاء المصلحة المتعاقدة من الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية ولاسيما طريقة الإبرام فبدل طلب العروض تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط.

المادة 23 من المرسوم 15-247 توضح هذه الحالة حيث تكون المصلحة المتعاقدة أمام ضرورة الاستيراد بسرعة ودون ماطلة وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى إجراءات طلب العروض نظرا لطبيعة هذه المنتجات والتقلب السريع في أسعارها ومدى توفرها في السوق وكذا الممارسات التجارية الخاصة المطبقة عليها، قراءة نفس المادة يوحي إلى أن نطاق هذا الاستثناء من حيث موضوع الصفقة مقصور فقط على صفقة اقتناء اللوازم وشفقة الخدمات دون الأشغال والدراسات أما الفقرة 03 المادة 49 فهي تنص على العموم حاجات السكان الأساسية. وإذا سلمنا بأن المقصود من إعفاء المصلحة المتعاقدة من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم أي قانون الصفقات يقصد بها إمكانية اللجوء إلى التراضي البسيط فإن مجال المخالفة لا يكون مطلقا بل يكون فقط في إشهار طلب العروض كقاعدة واستبداله بالتراضي البسيط ولكن باقي الإجراءات ولاسيما المنظمة للتراضي البسيط كطريقة للتعاقد يجب احترامها.

أما القيود الواردة على هذا الشكل في التعاقد فإن الجديد الذي جاءت به المادة 23 مرسوم 15-247 بالمقارنة مع قانون الصفقات رقم 02-250 هو تقييد المصلحة المتعاقدة بضرورة إصدار قائمة تتضمن المنتجات والخدمات المنصوص عليها في الفقرة 01 من نفس المادة بموجب قرار مشترك من وزير المالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني بالقطاع المستورد ويبدو أن هذا القيد جاء لتقييد الاستثناء ومن ثمة لحماية المال العام والوقاية من الفساد والخطر الجزائي الذي يمكن أن يقع فيه ممثل المصلحة المتعاقدة إذ لا يمكنه أعمال هذا الاستثناء على إطلاقه وفي حالة اللجوء إليه يكون في حماية لأنه استجاب إلى قائمة أعدها أكثر من وزير وتم نشرها بالطرق القانونية، يضاف إلى ما سبق ضرورة تحرير صفقة

¹ . أنظر أيضا ضحوي المسعود، مرجع سابق، ص 120.

تسوية خلال 03 أشهر من الشروع في التنفيذ وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية، وهذا حماية أخرى للمال العام ووقاية من الفساد والخطر الجزائي.

أما الفقرة 03 المادة 49 فقط نصت على قيدين آخرين هما:

أ- أن لا يمكن توقع الظروف الدافعة للاستعجال.

ب- لا تكون هذه الظروف نتيجة مناورات للمماطلة صادرة عن المصلحة المتعاقدة.

ونظرا لكون هذه القيود هي نفسها المنصوص عليها في حالة الاستعجال المعل بالخطر فإننا نحيل على نفس الملاحظات التي أبديناها في هذا المجال.¹ ولو أن هذه الحالة تتعلق بالاستيراد أي أن الأمر يتعلق بالعملة الصعبة ومعلوم أن هذه الأخيرة تستهوي الفاسدين، وبالتالي مناورات كبيرة سوف تحدث لجعل المصلحة المتعاقدة أمام حالة الاستعجال المقصود وعليه يكون الخطر الجزائي في هذه الحالة بدرجة عالية جدا، وربما يرجع سبب تناول هذه الحالة في موضعين مختلفين في قانون الصفقات 15-247 وتقرير نوعين من القيود الأولى منصوص عليها في المادة 23 والثانية في البند 03 المادة 49 بسبب ارتفاع نسبة احتمال الوقوع في الخطر الجزائي.

4- المشروع ذو الأولوية والأهمية الوطنية وطابع الاستعجال:

وردت هذه الحالة في الفقرة 04 من المادة 49 مرسوم 15-247 التي جاءت متميزة بإضافة عنصر الاستعجال بالمقارنة مع المادة 4/43 مرسوم 10-236 التي لم تكن تعرف هذا الشرط،² الملاحظ أن المشرع استعمل لتحديد هذه الحالة قيمة الصفقة ماليا كمييار للتفرقة بين حالتين:

- الحالة الأولى: يتعلق موضوع الصفقة بمشروع ذي أهمية وأولوية وطنية مقترن بتوفر حالة الاستعجال وهو نفس الشرط الذي رأيناه في حالة الاستعجال المعل بالخطر مع اختلاف جوهر في الحالتين، والشرط الثاني الذي تنفرد به هذه الحالة ذو طابع مالي، يجب أن تكون قيمة الصفقة تساوي أو تفوق مبلغ عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج

¹ . راجع عنوان حالة الاستعجال المعل بالخطر الداهم أعلاه.

² . الفقرة 4 المادة 49، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، التي تقابل الفقرة 4 المادة 43، مرسوم رئاسي 10 . 236، مرجع سابق.

على أن يوافق على هذه الصفقة في مجلس الوزراء¹ وهو شرط ثالث، بالإضافة إلى شرط رابع وخامس تشترك فيهما هذه الحالة مع الحالتين السابقتين وهي أن لا يمكن توقع ظروف الاستعجال الدافعة لهذا التعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة، وأن لا تكون هذه الوضعية بسبب مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

- **الحالة الثانية:** تشترك مع الحالة الأولى في الشرط الأول والرابع والخامس أما بالنسبة للشرط المالي فإذا كان مبلغ الصفقة أقل من عشرة ملايين دينار فإن الموافقة على الصفقة وفقا لأسلوب التراضي يجب أن تصدر عن مجلس الحكومة²، وهذه الحالة تتطوي على معادلة صعبة فمن جهة المشرع يستهدف التنمية عبر مشاريع ذات الأولوية والأهمية في بعدها الوطني ومن جهة أخرى المبلغ الكبير للصفقة وعليه وتجنباً لأي خطر جزائي نتيجة الفساد الذي قد يحصل بمناسبة إبرام هذا النوع من الصفقات وفقاً لأسلوب التراضي البسيط عمد المشرع إلى تقييد هذه الحالة الاستثنائية في التعاقد بشروطين:

أ. القيد الأول ضرورة الموافقة على الصفقة في مجلس الوزراء، أو مجلس الحكومة، أي أن الصفقة تبرم تحت رعاية ورقابة أعلى جهة في الدولة.

ب. القيد الثاني تم استحداثه في المرسوم 15-247 أين اشترط المشرع ضرورة توفر عنصر الاستعجال، وهو شرط كما قلنا لم يكن مطلوباً من قبل.

وإذا كان القيد الأول لا يطرح إشكالا فإن القيد الثاني يطرح إشكالية من يقرر وجود حالة الاستعجال، وبما أن الملف يعرض على الحكومة ومجلس الوزراء فإن تقرير حالة الاستعجال تكون على هذا المستوى، ثم على أي أساس يتم القول أننا في حالة استعجال، المؤكد أن الأمر يتعلق بالسلطة التقديرية المعترف بها للمصلحة المتعاقدة، ولو رجعنا إلى حالات تم اللجوء فيها إلى التراضي البسيط وفق هذا الاستثناء لأمكن القول أن حالة الاستعجال لم تكن متوفرة في هذه المشاريع وهذا راجع بطبيعة الحال إلى إبرامها في ظل قانون لا يشترط الاستعجال، وفي هذا الصدد نذكر مثلاً إنجاز برامج سكنية في إطار القضاء على السكنات الفوضوية، وأخرى لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر العاصمة

¹. حسب المادة 4/91 دستور 1996 المعدل سنة 2016، ينعقد مجلس الوزراء تحت رئاسة رئيس الجمهورية.

². حسب المادة 3/91، نفس المرجع، ينعقد مجلس الحكومة تحت رئاسة الوزير الأول.

وبومرداس¹، إنجاز مؤسسات عقابية سنة 2007، إنجاز قاعة اجتماعات كبيرة بالعاصمة تتسع لـ 12000 مقعد، محطات اتصال لاسلكية لفائدة قطاع التكوين المهني، أشغال تحضير مسجد الجزائر الكبير خلال سنة 2008.²

وفي كل الأحوال نقول أن درجة الخطر الجزائري في هذه الحالة الرابعة مرتفع لأن الأمر يتعلق بمبلغ كبير يمكن أن يستهوي الفاسدين والمتربصين بالمال العام، ولكن اشتراط المشرع أن يوافق على هذه الصفقة من قبل مجلس الوزراء أو مجلس الحكومة هو أهم ضمان لأن مشروع الصفقة في هذه الحالة يكون تحت الرقابة القصوى، مع الإشارة أننا لم نجد في القانون المغربي مثالا نظيرا لهذه الحالة.³

5- حالة ترقية الإنتاج الوطني أو الأداة الوطنية للإنتاج:

جاءت الفقرة 05 المادة 49 مرسوم 15-247 بحكم جديد لم يرد في قانون الصفقات السابق مرسوم 10-236 الذي نص على هذه الحالة،⁴ كما أننا لم نجد في قانون الصفقات المغربي مثالا حكما مماثلا لهذه الحالة كاستثناء عن طلب العروض سواء في المادة 72 التي وردت تحت عنوان "حالات اللجوء إلى الصفقات التفاوضية" أو في نص آخر⁵، ولإعمال هذه الحالة حسب مرسوم 15.247 يجب أن تتوفر شروط هي:

أ- أن يتعلق الأمر بترقية الإنتاج الوطني، أو الأداة الوطنية للإنتاج.

الملاحظ على هذا الشرط أولا المشرع فرق بين فرضين محل الحماية، الإنتاج الوطني كمنتوج والأداة الوطنية للإنتاج ويقصد بها المؤسسات والمصانع الوطنية المنتجة، ثانيا وهذا جديد مرسوم 15-247 إذ لم يعد المشرع بفرق بين القطاع العمومي والقطاع الخاص⁶ كما كان عليه الحال في القوانين السابقة المنظمة للصفقات العمومية أين كانت هذه الحالة محل الدراسة مقتصرة على حماية المنتوج والأداة الوطنية العمومية للإنتاج فقط دون الخاصة،

1. خضري حمزة، مرجع سابق، ص 110.

2. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 169.

3. المادة 72، المرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

4. راجع البند 05 المادة 49، المرسوم الرئاسي رقم 15.247، تقابل البند 6 المادة 43، المرسوم رقم 10.236، مرجع سابق.

5. المرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

6. المادة 5/49، تنص على ما يلي "عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج الوطني و/أو الأداة الوطنية للإنتاج...".

وهذا راجع بطبيعة الحال إلى سياسة الدولة المبنية حاليا على عدم التفرقة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

ب- الموافقة المسبقة على الصفقة في مجلس الوزراء إذا كان مبلغها يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج.

ت- الموافقة المسبقة على الصفقة في مجلس الحكومة إذا كان مبلغها اقل من عشرة ملايين دينار.

وعلى العموم الملاحظ على هذه الحالة من حالات التراضي البسيط أننا أمام عبارات واسعة وفضفاضة، فما المقصود بترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، ما هي المعايير المعتمد عليها لتحديد ذلك، ومن له هذه السلطة، وهل لهذه الحماية أثر على منتجين وطنيين منافسين لهذا المنتج، هي تساؤلات تؤكد حالة الغموض المسجلة على هذه الحالة، وعليه يبدو أن خطرا جزائيا في مستوى عالي يحوم حول هذه الحالة الاستثنائية وربما لهذا السبب تم تقييدها بالموافقة المسبقة لمجلس الحكومة ومجلس الوزراء، وهي ضمانات مطمئنة إن لم تدخل اعتبارات أخرى تنطوي على خدمة مصالح زمر نافذة للحصول على تراخيص اللجوء إلى هذا الاستثناء خاصة مع دخول القطاع الخاص مجال الترقية والاستثمار بقوة.

6- عندما يمنح القانون مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا لتقديم خدمة عمومية أو عندما تشترك في ذلك مع مؤسسات أو هيئة عمومية إدارية:

نظمت الفقرة 06 من المادة 49 مرسوم 15-247 هذه الحالة بشكل جديد ومغاير لما ورد في المرسوم رقم 10-236 المادة 43 الفقرة 05¹، ومن جهة أخرى لم نجد في القانون المنظم للصفقات العمومية في المغرب مثلا أي إشارة إلى هذه الحالة² التي تتعلق كما يبدو بحق حصري لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وعندما نقول حقا حصريا فإننا نتكلم على احتكار، وما دام المشرع هو الذي اعترف بهذا الحق فإن هذا

¹ . راجع البند 6 المادة 49، المرسوم الرئاسي رقم 15.247، تقابل البند 5 المادة 43، المرسوم الرئاسي رقم 10.236، مرجع سابق.

² . بعد قراءة المادة 72 على الخصوص، من المرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

الامتياز أصبح مشروعاً¹ إذن إننا أمام نشاط تمارسه عدة مؤسسات ويأتي القانون ليمنح لواحدة منها حقا حصريا لتقديم هذه الخدمة العمومية وعليه تمنح لها الصفقة بالتراضي البسيط.²

الجديد الذي جاء به مرسوم 15-247 في الفقرة 06 المادة 49 أن هذا الحق الحصري لم يعد معترفا به فقط لمؤسسة عمومية كما في مرسوم 10-236 بل أصبح معترف به لمصلحة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهذا التحول الذي حصل في المرسوم الساري يمكن وصفه بالجزري، وكان توجه المشرع في ظل مرسوم 10-236 يلقي نقدا على أساس الاعتراف بهذا الحق الحصري للمؤسسات العمومية فقط دون غيرها³، وعلى أي أساس اعترف لها بهذا الحق دون غيرها من الأشخاص المبيينين في المادة 02 من نفس المرسوم، وهل ذكر المؤسسات العمومية وحدها يعني إقصاء مثلا الإدارات العمومية وغيرها، خاصة وأن القائمة المحددة للمؤسسات العمومية المعنية بهذا الحق الحصري لم تصدر رغم النص عليها في الفقرة 05 المادة 43، ورغم هذا التحول الافة للمشرع إلا انه يمكن أن نسجل بعض التساؤلات على الفقرة 6 المادة 49 مرسوم 15-247. . التساؤل الأول: لماذا يتم الاعتراف بهذا الحق الحصري لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري دون غيرها من المؤسسات والهيئات المذكورة في المادة 06 من نفس المرسوم، مع الإشارة أن هذه المادة لم تذكر هذا النوع من المؤسسات مباشرة.⁴ . التساؤل الثاني: ما هي الآثار المترتبة على هذا الحكم ولاسيما من ناحية الخطر الجزائي المحتمل عند اللجوء إلى هذا الاستثناء.

فيما يخص التساؤل الأول فإن المشرع يبدو أنه أراد تدعيم المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وانقضاها من احتمال الإفلاس، خاصة إذا علمنا أنها ذات طابع وطني وتقدم خدمة عمومية، نذكر مثلا شركة سونلغاز وبريد الجزائر فيما يخص خدمة الرسائل والتيليغراف على الخصوص، ونفس الحكم يقال عندما يكون كل نشاط هذه

1 . المادة 07، الأمر رقم 03 . 03، مرجع سابق.

2 . نادية تياب ، مرجع سابق، ص 109.

3 . المرجع نفسه، ص 110.

4 . المادة 06، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

المؤسسات مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مع الإشارة إلى أنه حتى هذه الحالة تمثل حكما جديدا أنت به المدة 49 مرسوم 15-247 إذ لم تكن معروفة في ظل القوانين السابقة المنظمة للصفقات العمومية ولاسيما المرسوم 10-236، وفيما يخص حصر هذا الحق في يد المؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري دون غيرها فإن المشرع يكون قد حسم في الإشكال الذي كان مطروحا في ظل المادة 43 فقرة 5 مرسوم 10-236 ومن ثمة النقد الذي كان يوجه له.

أما فيما يخص الخطر الجزائي ودرجته في هذه الحالة من حالات التراضي البسيط فإننا نقول أن استفادة المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري بحق حصري بموجب القانون يعني أن الصفقة ستؤول لا محالة لهذا الشخص المعنوي وبالتالي فلا مجال لأي مناورة أو محاولة للحصول عليها بطرق غير مشروعة مما يجعل درجة الخطر الجزائي هنا تقدر بالصفير وربما هذا سبب جعل التعاقد في هذه الحالة وفق التراضي البسيط بالإضافة إلى سبب ثاني هو استهداف هذا الشخص المعنوي توفير خدمة عمومية أو ذات بعد وطني.

ثانيا : التراضي بعد الاستشارة

إذا كانت المنافسة في التراضي البسيط منعدمة فإنها في التراضي بعد الاستشارة معمول بها في نطاق ضيق وهذا أحد أوجه الاختلاف بين النوعين. المشرع لم يعرف التراضي بعد الاستشارة واكتفى بذكر حالاته كما فعل مع التراضي البسيط، ولكن من خلال قراءة المادة 51 مرسوم 15-247 التي تقابل المادة 44 مرسوم 10-236 يمكن القول أن التراضي بعد الاستشارة مفاوضات بين المصلحة المتعاقدة ومجموعة من المتعاملين المترشحين بعد إعلان عدم جدوى المناقصة، أو مفاوضات مباشرة مع مجموعة من المتعاملين في حالات معينة حددتها المادة 51¹

1) حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة:

حددت المادة 51 من المرسوم رقم 15-247 خمسة حالات يمكن فيها للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد.

أ . عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية بعد إعلان طلب العروض للمرة الثانية. على خلاف ما ورد في مرسوم 10-236 وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم

¹ . تعريف مستنبط من المادة 51، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

يتم استلام أي عرض أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض المستلمة وفي هذه الحالة للمصلحة المتعاقدة الخيار بين إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء مباشرة إلى المفاوضات للوصول إلى التراضي بعد الاستشارة.¹

ب . في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بالنظر لموضوعها أو لضعف المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.² والملاحظ أن المشرع قيد اللجوء إلى هذه الحالة من التراضي بعد الاستشارة بضرورة صدور قرار من سلطة الهيئة العمومية السيادية وهذا في حد ذاته وقاية من الفساد والتلاعب بالمال العام وهو أيضا حماية لمبدأ المنافسة، لأنه بانعدام هذا القرار أو عدم ورود موضوع الصفقة المحتملة في القائمة يعني اللجوء إلى طلب العروض بدل التراضي حسب المادة 52 مرسوم 15-247.

ج . في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة كوزارة الدفاع الوطني أو الأمن الوطني، فلضرورات السرية يمكن اللجوء مباشرة إلى التراضي بعد الاستشارة بعد التفاوض مع عدد محدود من المتعاملين تحددهم المصلحة المتعاقدة.³ وقد قيد المشرع هذه الحالة أيضا بضرورة صدور قرار عن المؤسسة الوطنية ذات السيادة يحدد قائمة الأشغال ذات الطابع السيادي، وهذا كما قلنا سابقا من قبل الوقاية من الفساد ولتجنب الوقوع في الجريمة وكذا حماية المال العام وإبعاده عن التواطؤ بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين.

ح . في حالة صفقات كانت محل فسخ وطبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد هنا نكون أمام صفقة عمومية انعقدت بناء على طلب عروض ولكنها لسبب معين تم فسخها ونظرا للإجراءات المعقدة وطول المدة التي تستغرقها إجراءات جديدة ونظرا لطبيعة المشروع نفسه الذي لا يحتمل التأخير يمكن اللجوء مباشرة إلى إمضاء صفقة بناء على التراضي بعد الاستشارة، والملاحظ أن المشرع لم يبين كيف يتم تحديد المشروع ذو الطبيعة الخاصة ومن هي الجهة المكلفة بهذا التكليف، وبالتالي الأمر متروك للسلطة التقديرية

¹ . المادة 44، مرسوم رئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

² . المادة 51 البند 2، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

³ . المادة 51 البند 3، نفس المرسوم .

للمصلحة المتعاقدة.¹

خ . في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات عندما تنص اتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك،² في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة بين مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالة الثانية.

(2) القيود الواردة على التراضي بعد الاستشارة :

دراسة حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وخاصة فيما يتعلق بدرجة الخطر الجزائري يستدعي إظهار الطريقة التي اعتمدها المشرع في مرسوم 15-247 لتقييد هذا الشكل من التعاقد، من منطلق أنه استثناء على القاعدة العامة، ويجب أن نسجل هنا أن المنافسة مضمونة إلى حد ما في التراضي بعد الاستشارة على خلاف التراضي البسيط، هذا أول قيد فرضه المشرع على المصلحة المتعاقدة.

بالنسبة للحالة الأولى من حالات التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة نسجل أن المصلحة المتعاقدة لا تلجأ إلى هذا الاستثناء إلا في حالة الإعلان عن طلب العروض مرتين. وبالنسبة للحالة الثانية والثالثة المشرع فرض قيد يتعلق بضرورة صدور قرار عن الهيئة العمومية السيادية أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، أكثر من هذا يجب أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.³

المشرع فرض على المصلحة المتعاقدة التي تريد التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة الإعداد المسبق لدفتر الشروط. في حالة التعاقد وفق الحالة الأولى من المادة 51 تعتمد المصلحة المتعاقدة على نفس دفتر الشروط الذي اعتمده في طلب العروض الأول والثاني، وفي حالة التعاقد وفق الحالات الأربعة الأخرى يجب على المصلحة المتعاقدة تحضير دفتر شروط والحصول على تأشيرة لجنة الصفقات المختصة، وضرورة نشر قرار

¹ . لم تشر المادة 52، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، التي تناولت مقرر الهيئة العمومية السيادية كقيد على الحالة 2 و3 من حالات التراضي بعد الاستشارة دون الحالة 4 المتعلقة بالصفقات التي كانت محل فسخ.

² . المادة 51 البند 5، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

³ . الفقرة الرابعة من المادة 52، المرجع نفسه.

المنح المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي جريدتين يوميتين وطنيتين حسب المادة 65 من مرسوم 15-247.¹ وفتح المشرع المجال لأي متنافس ينازع في مقرر المنح المؤقت أن يقدم تظلماً أمام لجنة الصفقات المختصة تمهيداً للجوء إلى القضاء الإداري حسب المادة 82 من مرسوم 15-247.²

في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة للاستشارة المباشرة فإن عليها الرجوع إلى البطاقة المعدة من طرفها التي تحمل معلومات واقعية عن المتعاملين الاقتصاديين حسب المادة 58 من مرسوم 15-247،³ وهذه القيود الواردة على حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة من شأنها تدعيم مبدأ المنافسة والشفافية والمساواة بين المتنافسين، وكما قلنا سابقاً إذا دعم المشرع هذه المبادئ فإن درجة الخطر الجزائي تتفهم لأن التعاقد يكون على المكشوف ووفق ضوابط يمكن مراقبتها من طرف القاضي الإداري، كما أن القاضي الجزائي يمكنه الوقوف على معطيات تؤكد قيام الركن المادي والمعنوي لجريمة من جرائم الصفقات العمومية فالمصلحة المتعاقدة لا تتجاوز إجراءات التراضي بعد الاستشارة وخاصة القيود الواردة على هذا الشكل من التعاقد اعتباراً فالاحتمال القائم أمام القاضي أن تتجاوز مقصود والغرض منه منح الصفقة لجهة أو شخص معين بصفة غير مشروعة.

¹ . المادة 65، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . المادة 82، القانون رقم 06 . 01، مرجع سابق.

³ . المادة 58، نفس المرسوم.

المبحث الثاني: البت في منازعات الصفقات العمومية المخالفة للقانون

بعدما يتأكد القاضي الإداري بان المنازعة تتعلق فعلا بصفقة عمومية حسب ما هو مبين في المبحث الأول وهي بالتالي من اختصاصه وفقا للمعيار العضوي المعتمد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ يفصل القاضي في الجوانب الشكلية والإجرائية للنزاع ثم في الموضوع من حيث مدى سلامة الصفقة حيث يراقب القاضي الصفقة العمومية بصفة عامة من حيث طرق أو أشكال إبرامها حسب ما هو محدد في الفصل الثالث من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 بحيث تبرم الصفقة وفق طلب العروض كأصل أو التراضي كاستثناء وتتعدد أشكال طلب العروض كما هو مبين في المادة 42 من نفس المرسوم الى طلب عروض مفتوح أو طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وطلب العروض المحدود والمسابقة، كما يراقب القاضي أركان إبرام الصفقة باعتبارها شكل من أشكال العقود الإدارية وفي هذه الحالات يفصل القاضي الإداري في المنازعة عن طريق دعوى إبطال الصفقة، ومن جهة أخرى يراقب الصفقة العمومية على أساس القرارات المنفصلة وهو مفهوم طوره القضاء الإداري الفرنسي ولا نعتقد أن قضائنا الإداري سيحيد عن هذه الطريقة في التعامل مع منازعات الصفقات العمومية وبفصل هنا عن طريق دعوى الإلغاء وفي نفس السياق يبدو أن الصفقات المخالفة للقانون تطرح إشكالية مضاعفة للقاضي إذا دخلت حيز النفاذ أي رغم إبرامها بصفة مخالفة للقانون يبادر المتعاقد معه بتنفيذ موضوعها دون اعتراض من المصلحة المتعاقدة التي تعلم بعدم مشروعيتها نظرا لاحتياجاتها الملحة وإدراكها بأن الإعلان عن منافسة جديدة يعني إجراءات طويلة ومعقدة ومزيد من الانتظار الى غاية الوصول الى التعاقد على صفقة جديدة وفي نفس الوقت يكون المتعاقد معه أمام حتمية المطالبة بمستحققاته المالية ويفصل القاضي في مثل هذه المنازعات عن طريق دعوى القضاء الكامل وعليه نعالج تحت هذا العنوان ثلاثة جزئيات رئيسية الأولى تتعلق بحالات الصفقة المخالفة للقانون حسب قانون الصفقات العمومية وكيفية التعامل معها، والجزئية الثانية تتعلق بتعامل القاضي الإداري مع الصفقات العمومية على أساس القرارات المنفصلة والجزئية الثالثة تتعلق باختصاص القاضي الإداري بناء على دعوى القضاء الكامل والتي تنفرع الى

¹ . المادة 800 من القانون رقم 08 . 09 ، مرجع سابق .

حالتين الأولى تتعلق باختصاص القاضي تبعا لإلغاء القرار المنفصل والثانية تتعلق بتعامله مع الصفقات المنفذة في الواقع رغم إبرامها بصفقة مخالفة للقانون.

المطلب الأول: صور مخالفة الصفقة العمومية للقانون

لا يمكن حصر منازعات الصفقات العمومية من حيث موضوعها ولكن بصفة عامة نقول أن القاضي الإداري ينظر في سلامة الصفقة وبالتالي نكون أمام صفقة مخالفة للقانون في حالات عديدة نذكر منها ثلاثة رئيسية:

. مخالفة أشكال إبرام الصفقات العمومية كما هو محدد في المادة 39 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 15.24 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
. مخالفة أركان الصفقة كعقد إداري، أي ركن الرضا، وركن المحل وركن السبب وكذا مخالفة شروط صحة الصفقة ونقصد بها الكتابة أساسا والمصادقة على الصفقة من طرف السلطة المخولة قانونا كما هو محدد في المادة 04 من المرسوم رقم 15.247.
. مخالفة المادة 18 و135 وما بعدها من المرسوم رقم 15.247 المتعلقة بالملحق. وهذا ما سوف نتطرق إليه تباعا .

الفرع الأول: مخالفة أشكال إبرام الصفقة العمومية

حددت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15.247 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام طرق إبرام الصفقات العمومية حيث جعلت طلب العروض القاعدة العامة وأسلوب التراضي استثناء، وفصلت المادة 42 من نفس المرسوم في أشكال طلب العروض الذي يكون وطنيا أو دوليا ويمكن أن يكون طلب عروض مفتوح أو طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا أو طلب عروض محدود وكذا المسابقة وهذا حسب التفصيل المبين في المبحث الأول.

والتزام على المصلحة المتعاقدة أن تختار الشكل المناسب للصفقة المراد إبرامها وفق الشروط المحددة في المرسوم المذكور، فإذا اختارت المصلحة المتعاقدة شكل طلب العروض المفتوح فبعد إشهار الصفقة للجمهور وبعد إعداد دفتر الشروط الذي يكون في متناول الجميع يمكن لأي متعامل أن يتقدم بعرضه في الآجال المحددة، وإذا تعلق الأمر بطلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا فكل متعامل تتوفر فيه الشروط الدنيا المؤهلة المحددة

في دفتر الشروط يمكن أن يقدم تعهده، مع الإشارة إلى أن هذه المؤهلات قد تكون قدرات تقنية أو مالية أو مهنية تراها المصلحة المتعاقدة ضرورية لتنفيذ الصفقة وهذا حسب المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15.¹

وقد تختار المصلحة المتعاقدة شكل طلب العروض المحدود الذي تسبقه عملية انتقائية لمتعاملين لا يقل عددهم عن خمسة تتوفر فيهم مؤهلات معينة تحددها المصلحة المتعاقدة، وهذا في مجالات معينة للقيام بدراسات أو عمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة مع الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة مدعوة إلى تبيان هذه الخصوصيات المطلوبة في موضوع الصفقة ضمن دفتر الشروط المطروح للمتعاملين وطنيين كانوا أم أجانب.

وإذا تعلق الأمر بإنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة في مجال تهيئة الإقليم أو في مجال التعمير والهندسة المعمارية أو الهندسة بصفة عامة أو في مجال معالجة المعلومات فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى أسلوب المسابقة وتكون حسب الحال محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا حسب المادة 48 من المرسوم المذكور.

وإذا اختارت المصلحة المتعاقدة أسلوب التراضي للتعاقد باعتباره استثناء على القاعدة فإنها ملزمة بتبرير خيارها وفق حالة من الحالات المحددة على سبيل الحصر في قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام سواء تعلق الأمر بأسلوب التراضي البسيط حسب المادة 49 من المرسوم رقم 247.15 أو التراضي بعد الاستشارة حسب المادة 51 من نفس المرسوم.²

وقد سبق وأن تناولنا أشكال إبرام الصفقات العمومية بالتفصيل في المبحث الأول أعلاه وبالتالي نكتفي بالإشارة إلى أن المشرع حدد أشكال الصفقات العمومية على سبيل الحصر وفي سبيل الموازنة بين السلطة التقديرية للإدارة كمصلحة متعاقدة وبين حماية مبدأ المنافسة بين كل المتعاملين وكذا حماية مبدأ المساواة في التعامل معهم في مراحل إبرام

¹. راجع المواد 39، 42، 44، المرسوم الرئاسي رقم 247.15، مرجع سابق.

². راجع المواد 49 و 51، المرجع نفسه.

الصفقة¹ وضع آليات تمكن من ضمان الشفافية في إعداد الصفقات وإبرامها وتنفيذها فالأزم المصلحة المتعاقدة بضمان نشر الصفقة بالأسلوب المناسب كما حرص المشرع على أخلة كل التصرفات الصادرة عن رجل الإدارة المكلف بسير عملية التعاقد وهذا واضح في المواد 4،3،8،7،5 من القانون رقم 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته،² وعليه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية إلا وفق احد الأشكال المذكورة على سبيل الحصر في قانون الصفقات العمومية، وفي الحالات التي يحددها المشرع وأي مخالفة لهذه الطرق وحالاتها يجعل الصفقة العمومية باطلة ويحكم القاضي الإداري بإبطالها.

وفي هذا المستوى نؤكد على أن اختيار المصلحة المتعاقدة لطريقة إبرام الصفقة كما قد يشكل مخالفة للقانون إذا ثبت للقاضي الإداري خطأ المصلحة المتعاقدة قد ينطوي أيضا على خطر جزائي بالغ إذا ثبتت أركان إحدى الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية وقبل وصول الملف الى القاضي الجزائي يمكن لنظيره الإداري الحكم بإلغاء الصفقة العمومية إذا ثبتت له كما قلنا مخالفة القانون من هذه الزاوية بناء على الأحكام العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو بناء على قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سواء وفق القسم الأول³ أو وفق القسم الثامن⁴ من الفصل الثالث.

الفرع الثاني: مخالفة أركان الصفقة

بغض النظر عن النقاش الدائر بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للصفقة العمومية هل هي عقد إداري وبالتالي يجب أن تقوم على أركان العقد المعروفة في القانون الخاص أم أنها غير ذلك، فإن قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 247.15 اعتبر الصفقة في المادة 02 منه "عقد" مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به وحسم المشرع صراحة في طبيعة الصفقة بأنها عقد إشارة صريحة إلى كونه ذو طبيعة إدارية، وبالتالي يمكن القول أن الصفقة عقد إداري⁵ يتميز بخصائص نابعة من أحكام القانون والقضاء

¹ . عبد اللطيف قطيش ، الصفقات العمومية (تشريعا وفقها واجتهادا دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2010 ، ص ص 39.29 .

² . أنظر المواد 3،4،5،7،8 من القانون رقم 01.06 ، مرجع سابق .

³ . المواد من 39 إلى 52، من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 ، مرجع سابق .

⁴ . المواد من 89 إلى 94 ، المرجع نفسه .

⁵⁵ . عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر 2011 ، ص 42 .

الإداري بمفهومه الضيق أي الفرنسي¹ ولكن في كل الأحوال يجب أن تقوم الصفقة باعتبارها عقد على الأركان المعروفة في العقد المدني وهي الرضا، المحل، والسبب بالإضافة إلى الكتابة وما يثار حولها من جدل من حيث كونها ركن أم شرط صحة و شرط إثبات هذا إلى جانب ما يطرحه ركن الرضا من تساؤلات وإشكاليات خاصة في جانب الإدارة باعتبارها المصلحة المتعاقدة كما عبرت عليها المادة 06 من المرسوم رقم 247.15 دون أن تغفل تلك الشروط الخاصة المميزة للصفقة عن باقي العقود الأخرى. وعليه سوف نتناول باختصار الأركان الثلاثة التي تقوم عليها الصفقة باعتبارها عقد إداري مع التطرق إلى إشكالية الكتابة.

أولاً: الرضا

إذا كان التعبير عن الإرادة بالنسبة للمتعاقد معه سواء كان شخص طبيعي أو معنوي لا يثير أي إشكال بالنظر إلى وضوح وبساطة طريقة التعبير عن إرادته فإن طريقة تعبير الإدارة عن إرادتها أثناء إبرام الصفقة يتم في إطار تنظيمي يتسم بنوع من التعقيد والشكليات الخاصة وهذا ما عبرت عليه المادة 04 من مرسوم 247.15، إذ لا تصح الصفقة العمومية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المحددة في هذه المادة المذكورة كما يلي: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية، وعليه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تعبر عن إرادتها إلا من طرف هاء لاء الأشخاص المذكورين حصراً مع إمكانية تفويضهم اختصاصهم وفقاً للقانون².

وقد سائر الفقه هذه الخصوصية مقتنعاً بأن التعبير عن إرادة المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية يكون سليماً إذا صدر عن جهة مختصة وضمن صلاحياتها المالية ووفق الشكليات والإجراءات المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهذه القيود في النهاية ضماناً لسلامة التعبير عن الإرادة³.

¹ - Jean Vincent, Serge guincher , Gabriel montagnier, Andre varinqrdr, Institutions Judiciaires , 8 édition, Dalloz, paris, 2005, PP 90 ,91

² . راجع المادة 04، مرسوم رئاسي رقم 247.15، التي تقابل المادة 08 من المرسوم رقم 236.10 الملغى، مرجع سابق.

³ . محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر 1995، ص 92 .

ويشترط أيضا في الرضا أن يكون سليما من كل العيوب المعروفة في القانون المدني أي الغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن¹، وإذا كان الوضع بالنسبة للمتعاقد معه في هذا الباب سهلا فإنه بالنسبة للمصلحة المتعاقدة وباعتبارها شخص معنوي عام فالأمر يكون صعبا ومعقدا نوعا ما.

ثانيا: المحل

معروف أن محل العقد هو الالتزام الذي يترتب على التعاقد، ولصحة المحل يشترط أن يكون موجودا أو ممكن الوجود، وان يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعاً² هذه الأحكام تشترط في العقد المدني ويبدو انه لا مانع من تطبيقها على العقد الإداري ولو تعلق الأمر بصفقة عمومية.

ويبدو في الغالب أن المحل في الصفقة العمومية لا يثير أي إشكال لأن الإدارة لا يتصور أن تتعاقد على محل غير موجود أو مستحيل التحقيق أو محل غير مشروع وهذا بالنظر إلى الإجراءات والمراحل التي تمر بها الصفقة أثناء الإعداد والإبرام، ورغم ذلك يمكن أن نتصور حالات يكون فيها محل الصفقة غير مشروع وفي حالة مخالفة الإدارة لهذه الشروط فإن الأمر لا يتوقف عند إلغاء الصفقة بل يتعدى إلى المسائلة الجزائية فهناك خطر جزائي محقق بالمصلحة المتعاقدة كشخص معنوي وبالمسؤول عنها كشخص طبيعي، وقبل وصول النزاع الى القاضي الجزائي يحكم القاضي الإداري بإلغاء الصفقة العمومية لهذا السبب.

ثالثا: السبب

السبب الدافع لإبرام صفقة عمومية هو دائما تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع حاجات المرفق العمومي بغرض دوامه واستمراره هذا بوجه عام، وقد يكون سبب إبرام الصفقة هو تحقيق هدف محدد في حالة أعمال قاعدة تخصيص الأهداف³ وعليه يبدو أن المصلحة المتعاقدة من خلال الصفقات التي تبرمها تستهدف دائما المصلحة العامة أو

¹ . محمود الزياتي ، القاضي الإداري و الصفقات العمومية في المغرب ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، عدد مزدوج 78،79 ، يناير ، أبريل 2008 ، ص 20 .

² . علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1992 ، ص ص 69،70 .

³ . محمود الزياتي ، مرجع سابق، ص 21.

المصلحة المخصصة ولكن قد يحدث في الواقع أن الإدارة تحيد عن هذه الأهداف وتذهب إلى إبرام صفقة بغرض تحقيق أو تلبية المصلحة الخاصة لمسيرها بصفة غير مباشرة، كأن يستهدف المسؤول عن المصلحة المتعاقدة تشييد مسكن فردي خاص رغم كون الصفقة موجهة لمشروع عمومي أو إبرام صفقة توريد معدات لمرفق عمومي والحقيقة أن هذه المعدات موجهة لمشروع خاص فيكون السبب في هذه الحالة غير مشروع وتكون الصفقة بالتالي باطلة معرضة للإلغاء وكما قلنا بالنسبة لمخالفة محل الصفقة فإن استهداف ممثل المصلحة المتعاقدة المصلحة الخاصة ينطوي على خطر جزائي وعلى مستوى القاضي الإداري الذي يحكم بإلغاء الصفقة لهذا السبب من شأنه إعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لأن المصلحة المتعاقدة تكون مجبرة للإعلان من جديد على منافسة بديلة تحترم فيها القانون بوجه عام.

رابعاً: الكتابة

التساؤل المطروح في هذا الصدد هل الكتابة ركن انعقاد وبالتالي لا تعقد الصفقة إلا به أم أنه شرط صحة وإثبات فقط، اختلاف الفرضين يعني أيضاً اختلاف الآثار المترتبة على تخلف الكتابة، فإذا كانت هذه الأخيرة ركن انعقاد ففي حالة تخلفها تكون الصفقة باطلة بطلاناً مطلقاً يحكم القاضي الإداري بإلغائها، وإذا كانت شرط إثبات فإن الصفقة تكون صحيحة إذا تم إثباتها. مبدئياً نقول أن الفقه يعتبر العقود الإدارية متحررة من الشكليات كقاعدة إذ يكفي تطابق الإرادتين لقيام العقد¹، ولكنه في المقابل يجمع على أنه كلما اشترط المشرع شكلاً معيناً في إبرام عقد إداري وجب احترام هذا الشرط تحت طائلة الإلغاء².

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الصادر بمرسوم 247.15 نسجل أن المادة 02 منه اعتبرت الصفقة العمومية "عقد مكتوب"³ وبالتالي فصل المشرع عندنا كغيره من المشرعين في هذه المسألة، كما فصل في شكل الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي إذ أخضعها بدورها للكتابة حسب المادة 41 من نفس المرسوم وبالتالي لم يعد

¹ . محمود الزياتي، المرجع السابق ، ص 23 .

² . مليكة الصروخ ، الصفقات العمومية في المغرب (الأشغال . التوريدات . الخدمات) ، دار القلم ، المملكة المغربية، ط 1، 2009 ص 64 .

³ . راجع المادة 02، مرسوم رئاسي رقم 247.15، التي تقابل المادة 04 ، مرسوم رئاسي رقم 236.10 الملغى، مرجع سابق.

الموضوع مطروحا للنقاش من هذه الزاوية، وعليه نقول أن الصفقات العمومية عقود شكلية الكتابية فيها ركن انعقاد وليس فقط شرط صحة وإثبات في حالة تخلفها تكون الصفقة باطلة قانونا ومعرضة للإبطال أمام القاضي الإداري وهذا يجعلها غير منتجة لأي اثر خاصة في مواجهة المصلحة المتعاقدة.

وقد طبق القضاء الإداري عندنا حكم الكتابة في الصفقات العمومية بكل صرامة معتبرا الصفقة العمومية التي لا تستجيب للكتابة باطلة بطلانا مطلقا¹، أكثر من هذا نص قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 على بيانات يجب النص عليها في الصفقة حسب المادة 95 منه تحت عنوان "البيانات الإلزامية" الوارد في القسم الأول من الباب الرابع²، وعليه يكون المشرع قد فرق ضمنا بين بيانات إلزامية وأخرى تكميلية والقاسم المشترك بينهما أن كلاهما يدون في صلب الصفقة، ونفس الحكم ينطبق على الملحق فحتى يكون صحيحا ومنتجا لجميع آثاره يجب أن يكون مكتوبا انطلاقا من كونه جزء من الصفقة ووثيقة تعاقدية حسب المادة 136 من المرسوم رقم 247.15³، وعليه يمكن القول أن مخالفة المتعاقدين لأشكال إبرام الصفقة العمومية بصفة عامة وكذا أركان الصفقة بما فيها الكتابة يجعل الصفقة معرضة للإلغاء وبالتبعية غير منتجة لأي أثر قانوني أو إلزام تعاقدية.

الفرع الثالث: مخالفة أحكام الملحق في الصفقات العمومية:

قد تضطر المصلحة المتعاقدة إلى إدخال تعديلات على الصفقة العمومية أثناء تنفيذها لمواجهة مستجدات لم تكن متوقعة أثناء المنافسة وهذا بزيادة خدمات أو تعديلها أو تعديل بند أو عدت بنود تعاقدية في الصفقة حسب المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15⁴، وعليه على المصلحة المتعاقدة إذا كانت مضطرة إلى تعديل الصفقة وغالبا ما تكون بإضافة خدمات أخرى لم تكن موضوع منافسة أن تحترم نظام الملحق من حيث خصائصه ونطاقه وشروط إبرامه وخضوعه للرقابة.

أولا: خصائص الملحق

1. عمار بوضباف، المرجع السابق، ص70.

2. راجع المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15، مرجع سابق.

3. راجع المادة 136، المرجع نفسه.

4. أنظر المادة 136، المرجع نفسه.

يمكن تحديد هذه الخصائص من خلال قانون الصفقات العمومية نفسه وبالرجوع إلى الفقه المقارن في مجال القانون الإداري بمفهومه الضيق أو الفرنسي كما يلي:

1. الملحق جزء من الصفقة وتابع لها حسب المادة 136 من المرسوم رقم 247.15 ومحل الملحق يكون بطلب من المصلحة المتعاقدة أو من المتعاقد معه.
2. الملحق وثيقة مكتوبة وصفته المادة 136 من مرسوم 247.15 "بالوثيقة".
3. الملحق يخضع للتفاوض وهذا انطلاقاً من المادة 136 المذكورة التي وصفته بالوثيقة "التعاقدية" وبالتالي يخضع للتفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معه قبل إمضائه على عكس سلطة تعديل العقد الإداري المطلقة أو من جانب واحد بوجه عام ، وبهذا الوصف يكون الملحق استثناءً على مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة¹ المكرس في قانون الصفقات العمومية.

ثانياً: نطاق تطبيق الملحق

حسب المادة 136 من مرسوم 247.15 تكون الصفقة محل تعديل بواسطة الملحق إذا تعلق الأمر بحالة من الحالات التي تدخل في مفهوم القاعدة المنصوص عليها في المادة المذكورة من جهة، من جهة أخرى أن لا يؤدي هذا التعديل إلى التأثير على التوازن المالي للصفقة حسب الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 136 في حالات نجلها كما يلي :

1. زيادة الخدمات أو تقليلها: إذا اتضح أثناء تنفيذ الصفقة أن هناك أشغالا أو خدمات خارج مجال الاتفاق لم تكن متوقعة أصبحت ضرورية يمكن التفاوض حولها بغرض إضافتها للصفقة بواسطة ملحق.
2. تعديل بند أو بنود من الصفقة: الصفقة مجموعة من البنود متفق عليها أساساً في دفتر الشروط ومحاضر المفاوضات ومحضر فتح الأظرف وتقييم العروض، كما إشارة المادة 95 من المرسوم رقم 247.15 إلى بيانات إلزامية يجب أن ينص عليها في الصفقة وبالتالي يمكن للطرفين التفاوض لتعديل هذه البنود سواء كانت إلزامية أو تكميلية دون مخالفة للقانون وأحكامه العامة.

3. إذا تعلق الأمر بعمليات تكميلية تتعلق بموضوع الصفقة: الملاحظ أن المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247.15 استبدل عبارة "عمليات جديدة" كانت مستعملة في قانون

¹ . عبد اللطيف قطيش ، المرجع السابق ، ص 40 .

الصفقات السابق الملغى¹ بعبارة "عمليات تكميلية" وهذا في صلب المادة 136 من المرسوم الساري وهذه العبارة تبدو أكثر دقة من سابقتها، وعليه يجب أن يتضمن الملحق عمليات تكميلية لها علاقة وطيدة بموضوع الصفقة، وإذا وصلت نسبة الخدمات الإضافية إلى نسبة معينة حددتها المادة 136 المذكورة فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر عدم المساس بمبدأ المنافسة.

- 4 . تمديد أجل صفقة الخدمات واقتناء اللوازم: أدرج المشرع هذه الحالة في الفقرة 07 من المادة 136 مرسوم 15.247،² ومبرر هذه الحالة الداعية إلى الاتفاق على ملحق هي استمرار المرفق العمومي، وقيد المشرع اللجوء إلى الملحق في هذه الحالة بالشروط التالية:
 - . أن نكون بصدد صفقة تتعلق بأداء خدمات أو اقتناء لوازم محل تنفيذ.
 - . إبرام الملحق قبل الاستلام النهائي للصفقة.
 - . صدور قرار المسؤول عن الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي .
 - . أن نكون أمام استحالة توقع الهيئة المتعاقدة للظروف الدافعة للتمديد.
 - . أن لا تتجاوز مدة الملحق أو التمديد ثلاثة أشهر.
 - . أن لا تتجاوز الكميات الدافعة للتمديد عن 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة.
 - . أن لا يثبت تماطل المصلحة المتعاقدة.
 - . أن لا يؤثر الملحق على التوازن المالي للصفقة، وهو شرط عام مطلوب في كل الحالات الدافعة إلى إجراء ملحق للصفقة.

ثالثاً: شروط إبرام الملحق

لما كان للملحق أثر على الخزينة العمومية وعلى مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة قيده المشرع بشروط يمكن استنتاجها من خلال قراءة النصوص المنظمة للملحق في قانون الصفقات العمومية.

- 1 . أن يبرم الملحق في حدود آجال التنفيذ التعاقدية كقاعدة: ويقصد بآجال التنفيذ التعاقدية الفترة التي يغطيها العقد، أي من تاريخ دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى غاية تاريخ

¹ . المرسوم الرئاسي، رقم 10.236 ، مرجع سابق

² . نص عليها المشرع قبل هذا إثر تعديل قانون الصفقات العمومية رقم 10 . 236 بالمرسوم الرئاسي، رقم 23.12 المؤرخ في 2012/01/18، وحافظ المشرع على هذه الحالة في المرسوم الرئاسي الساري رقم 15.247.

نهايتها المحدد في الصفقة هذا كقاعدة، ولكن المشرع فتح المجال لاستثناءات منصوص عليها في المادة 138 من مرسوم 247.15¹ وهي حالة كون الملحق عديم الأثر المالي على الصفقة، وحالة الاختلال المعتبر للتوازن الاقتصادي للعقد، وحالة حتمية اللجوء إلى الملحق خارج الآجال المحددة بغرض التعديل في الكميات النهائية للصفقة بشرط توفر الحالة الاستثنائية .

2 . أن لا يتعدى الملحق موضوع الصفقة: لا يجوز للمتعاقدين اتخاذ الملحق ذريعة لتعديل موضوع الصفقة لأن هذا يعتبر مساسا بمبدأ المنافسة ومبدأ المساواة كما لا يجوز إرهاب المتعاقد معه عن طريق الملحق مع العلم أن هذا الشرط لا استثناء عليه.

3 . أن لا يؤثر الملحق على التوازن المالي للصفقة: و المقصود بالتوازن المالي للصفقة هو أن لا تكون للزيادة في الخدمات أو إنقاصها أثر مالي يساويها²، وقد جعل المشرع لهذا الشرط استثناء نص عليه في المادة 136 من مرسوم 247.15 وهي حالة حدوث تبعات تقنية خارجة عن إرادة الأطراف لم تكن متوقعة.

رابعاً: خضوع الملحق للرقابة

باعتبار الملحق جزء من الصفقة فانه يخضع كقاعدة للرقابة القبلية مثله مثل الصفقة وفي هذا الصدد يمكن أن نفرق بين حالتين:

1. حالة إبرام الملحق في الآجال القانونية: حسب المادة 139 مرسوم 247.15 يجب إخضاع الملحق في هذه الحالة إلى الرقابة القبلية الخارجية إذا تضمن خدمات تكميلية حسب مفهوم المادة 136 من نفس المرسوم يتجاوز مبلغها نسبة 10 بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة³.

2. حالة إبرام الملحق خارج الآجال القانونية: يعرض الملحق وجوباً في هذه الحالة على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، مهما كان مبلغه حسب المادة 138\5 من المرسوم المذكور في حالات حددتها المادة 138 نفسها.

¹ . أنظر المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15، مرجع سابق.

² _ Yves Gaudemet, Traite de Droit Administratif, Tome 1 ,Droit Administratif General, L,G,D,J , DELTA, Paris, 16 édition,2001 ,P.706.

³ . أنظر المادة 139، مرسوم رئاسي رقم 247 . 15، مرجع سابق.

واستثناء على قاعدة خضوع الملحق للرقابة نصت المادة 139 من المرسوم المذكور على حالات لا يعرض فيها الملحق للرقابة. وعليه نقول في حالة مخالفة المصلحة المتعاقدة لنظام الملحق سواء من حيث خصائصه أو نطاقه أو شروط إبرامه أو من حيث مدى خضوعه للرقابة القبلية فإن المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها يكونان قد خالفا القانونيون القاضي الإداري مدعو لإبطال هذا الملحق ولكن في حالة تنفيذ مضمون الملحق أو تنفيذ الصفة المخالفة للقانون في الواقع سواء بانجاز أشغال، أو توريد بضائع ومعدات، أو تقديم خدمات، هل يمكن لهذا الواقع أن يثبت على الأقل العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي، وكيف يتأثر مبدأ المشروعية في هذه الحالة، هذا ما سوف نتناوله أدناه .

المطلب الثاني: اختصاص القاضي الإداري على أساس القرارات المنفصلة

مؤكد أن القاضي الإداري يراقب الصفقات العمومية باعتباره قاض موضوع في إطار القضاء الكامل كونها نوع من العقود الإدارية ولا يمكن بالتالي النظر في مثل هذه المنازعات عن طريق دعوى الإلغاء إلا في إطار نظام طوره القاضي الإداري الفرنسي والمعبر عنه بالاختصاص وفق القرارات المنفصلة، وعليه أصبح مفهوم القرارات المنفصلة أو المتصلة مرتكزا للتمييز بين اختصاص قاض الإلغاء واختصاص قاض القضاء الكامل مما يتعين معه تحديد الوظيفة الإجرائية لشرط الانفصال والطبيعة القانونية للدفع بعدم انفصال القرار المطعون فيه عن الصفة.

ونشير أن تمييز المشرع في القانون رقم 09 . 08 بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل لم يتبعه شرط الدعوى الموازية المعروف حسب القانون المقارن ولاسيما القانون الفرنسي والقانون المغربي، لا يمكن للمدعي اللجوء في بعض القضايا الى قاض الإلغاء إلا إذا لم تكن لديه إمكانية اللجوء الى قاض القضاء الكامل أو الشامل كما يعبر عليه المشرع المغربي عملا بنص المادة 23 من القانون رقم 90 . 41 المؤرخ في 10 سبتمبر 1993 المحدث للمحاكم الإدارية¹ الذي دخل حيز النفاذ في اليوم الأول من الشهر الرابع الذي تلا شهر نشره في الجريدة الرسمية حسب المادة 51 منه، حيث جاء في المادة 23 ما يلي "...لا يقبل الطلب الهادف الى إلغاء قرارات إدارية إذا كان بوسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما

¹ . القانون رقم 90 . 41، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225، بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 الموافق 10 شتمبر 1993، ج ر ، عدد 4227 ، صادر بتاريخ 03 نوفمبر 1993.

يدعونه من حقوق بطرق الطعن العادية أمام القضاء الشامل... " أي انه لا يمكن للمدعي اللجوء الى دعوى الإلغاء إذا كان بالإمكان الحصول على نفس الطلبات عن طريق دعوى القضاء الكامل، نقول كذلك لان التمييز بين نوعين من الدعاوى لا معنى له ولا اثر قانوني مستهدف إذا لم يتبع ذلك جزاء يوقع على هذه الخيرة بين الدعويين، وواضح أن هذا الجزاء هو رفض دعوى الإلغاء إذا كان للمدعي سبيل الى إتباع دعوى القضاء الشامل.

وعليه حسب القانون رقم 09 . 08 هل يجوز للمدعي المنازع في منح الصفقة لغيره أن يختار بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل وليس لقاض الإلغاء بعد ذلك أن يرفض الدعوى لمجرد أن المدعي سلك طريق الإلغاء دون القضاء الكامل، ومادام الأمر يتعلق بعقد إداري مسمى¹ فان إشكالية الطعن بالإلغاء في هذا الخصوص مطروحة منذ مدة، إشكالية فرعية مهمة أخرى تثار في هذا الإطار وتتعلق بنطاق رقابة قاض الموضوع عند ممارسة اختصاصه فيما يخص قرار إقصاء العروض والذي تكون المنافسة فيه عنصر محوري.

الفرع الأول: الوظيفة الإجرائية لشرط الانفصال

نفرق في هذا الباب بين حالتين حالة القرارات الممهدة لإبرام الصفقة الصادرة قبل الإمضاء والمصادقة وحالة القرارات الصادرة بعد المصادقة على الصفقة.

أولاً : القرارات الممهدة للصفقة

من الناحية المنطقية يبدو أن القرارات الصادرة أثناء عملية إعداد الصفقة وتحضيرها للتعاقد منفصلة فعلا عن الصفقة ويكاد الفقه والقضاء الإداريين يجمع على اعتبار هذه القرارات منفصلة عن العملية التعاقدية ومن ثمة قابليتها للإلغاء عن طريق دعوى الإلغاء طالما توافرت على شروط القرار الإداري التنفيذي الذي يمس بالمركز القانوني للمدعي .

وعليه يمكن أن نحصي قرارات إدارية يمكن الطعن فيها بالإلغاء استنادا على فكرة

القرارات المنفصلة ولو حسب الفقه والقضاء المقارنين:

- قرار الإعلان عن الصفقة العمومية أو إعلان طلب العروض كما يعبر على ذلك في المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، يقبل القضاء الإداري الطعن بالإلغاء ضد

¹ . محمد الأعرح، المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية : حق التعويض عن ظروف طارئة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، العدد 78، سنة 2012، ص 221.

هذه القرارات وكذلك الفقه يجيز ذلك.¹

- قرار إقصاء العروض سواء لعدم مطابقتها لدفتر الشروط أو مخالفته لموضوع الصفقة حسب المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247

- قرار الإقصاء من دخول المنافسة على الصفقة العمومية، ويكون هذا الإقصاء مؤقتاً أو نهائي حسب المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247، والفرق بين هذا القرار وقرار إقصاء العروض واضح، القرار الثاني يتضمن غلق باب المشاركة في المنافسة من أصله على كل الأشخاص المذكورين في المادة 75.

- قرار المنح المؤقت للصفقة، أشارت إليه المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247.

- قرار إلغاء طلب العروض، نصت عليه المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 ويصدر هذا القرار في حالة عدم الجدوى أو في حالة تمسك الإدارة بالمصلحة العامة.²

وفي حالة الدفع بعدم انفصال القرار المطعون فيه بالإلغاء أو في حالة انتفاء هذا الشرط فعلا نتساءل عن مآل هذه الدعوى واحتمال رفضها على أساس ارتباط القرار المطعون فيه بالصفقة. ومبدئياً يبدو أن حكم كهذا مناقض للمنطق القانوني لأن القول بعدم انفصال القرار المطعون فيه عن الصفقة في غير محله بحكم أن الصفقة في حد ذاتها لم تبرم بعد فنحن كما يبدو في مرحلة تحضير الصفقة، وحتى على فرض رفع دعوى الإلغاء بعد تمام إبرام الصفقة فإن المدعي يكون من الغير بالنسبة للصفقة فهو ليس طرفاً فيها وبالتالي كما لا يحتج ضده ببند الصفقة لا يمكنه الطعن في مضمونها ، ومن جهة أخرى إن عدم تمييز المشرع إجراءات وتنظيماً بين قاض الإلغاء وقاض القضاء الكامل يجعل التمييز بين الدعويين على أساس القرارات المنفصلة بدون جدوى، وبالتالي إذا كانت الدعوى مستوفية لكل الشروط القانونية الشكلية و الإجرائية فصل القاضي في الدعوى سواء بإلغاء القرار المطعون فيه إذا توافرت الشروط الموضوعية أو يرفض الدعوى في الحالة العكسية .

وفي هذه المرحلة يبدو أن أخطر القرارات الصادرة عن الإدارية هي إقصاء عرض المتنافس فحسب المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 تقيم لجنة فتح الأظرفة

¹ . محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم الصفقات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 28

². راجع المواد 72، 75، 73، من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 ، مرجع سابق.

وتقييم العروض كل العروض الواردة إليها وتقصي الترشيحات والعروض غير المطابقة لدفتر الشروط أو موضوع الصفقة دون أي إجراء آخر، على خلاف المشرع المغربي الذي ينص في المادة 45 من قانون صفقات الدولة على تبليغ المتنافس المقصى بواسطة رسالة مضمونة مع إشعال بالتوصيل أو بواسطة فاكس مع إثبات الوصول أو بشكل إلكتروني أو بأي وسيلة أخرى ملائمة خلال 10 أيام من تاريخ انتهاء أشغال لجنة طلب العروض، أكثر من هذا يشترط المشرع على اللجنة تسبب رفضها عرض المتنافس المقصى أي أن المشرع المغربي يشترط تعليل قرارات إقصاء العروض¹ وتبليغ المعني بالأمر هذا القرار معللاً حتى يتسنى له الدفاع عن حقوقه أمام المصلحة المتعاقدة وأمام القضاء الإداري ويكون اختصاص هذا الأخير في حدود التسبب المذكور في القرار.

ومن جهة أخرى يمكن للمصلحة المتعاقدة إقصاء أحد المتعاملين من المشاركة في الصفقات العمومية سواء بصفة مؤقتة أو نهائية استناداً على المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247. واضح أن هذا القرار يصدر أيضاً أثناء تحضير الصفقة وقبل المصادقة عليها ، كما أنه قد ينطوي على تعسف من الإدارة أو خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره، ورغم خطورة هذا القرار إلا أن المشرع اكتفى بتحديد حالات لجوء المصلحة المتعاقدة الى إصدار هذا القرار دون تحديد إجراءات ذلك، ورغم تميمنا لمسعى المشرع عندما حدد حالات إصدار هذا القرار على سبيل الحصر حيث قيد السلطة التقديرية للإدارة على الخصوص ويشكل قطعاً للطريق على المصلحة المتعاقدة في إقصاء متعاملين بشبهة فساد منطوي على مخاطرة جزائية إذا كان الهدف هو تفضيل متنافس محض للفوز بالصفقة إلا أن أهمما نؤخذ عليه المشرع في المادة 75 المذكورة إحالة تنظيم هذا الإجراء الخطير على ضرورة صدور قرار من الوزير المكلف بالمالية والذي لم يصدر الى غاية كتابة هذه الأسطر على خلاف المشرع المغربي الذي نظم الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية كإجراء عقابي في قانون صفقات الدولة حيث تنص المادة 85 منه على ضرورة تبليغ المعني بالأمر مسبقاً برسالة مضمونة بإشعار بالتوصيل لتقديم ملاحظاته بخصوص المؤاخذات ضده خلال أجل لا يقل عن 10 أيام² ومادام هذا القرار يصدر عن وزير في

¹ . المادة 45، من المرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

² . المادة 85 ، نفس المرسوم، المرجع نفسه.

الحكومة وتحديدًا من يشرف على القطاع المعني بالصفقة يكون المشرع المغربي قد قيد هذا المسؤول بضرورة تسبب قرار الإقصاء وإن كانت المادة 85 لم تشترط ذلك إلا أن القانون رقم 01 . 03 الذي يجبر الإدارة تسبب قراراتها الفردية يشمل هذا النوع من القرارات أيضًا،¹ ولو أن المشرع المغربي لم ينص على الجزاء المترتب على مخالفة الإدارة إلزامية تسبب قراراتها.

ودفعًا بالنقاش إلى الأمام فيما يخص رقابة القاضي الإداري على قرارات إقصاء العروض فإن البحث يقتضي تحديد مجال السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها حسب المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 حيث تقوم لجنة فتح الأظرفة وتحليل العروض باختيار المتعامل المتعاقد حسب معايير معتمدة مسبقًا وكل المشاركين على علم بالمعايير التي على أساسها سوف يفوز أحد المتنافسين بالصفقة، وعليه يبدو أن السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة مقيدة حيث عدت المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 هذه المعايير وميزت بين فرضين:

- حالة الاعتماد على معيار السعر وحده إذا سمح موضوع الصفقة بذلك، ويندرج تحت هذا المعيار تقييم الوسائل البشرية والمادية للمتنافس إذا وضعت لخدمة وتنفيذ الصفقة، وإذا كانت الصفة تتعلق بالدراسات في مجال معين فإن الطابع التقني لاقتراحات المتنافس يؤخذ كمعيار لتحديد الفائز بالصفقة.²

- حالة الاعتماد على مجموعة من المعايير منها النوعية وآجال التنفيذ أو التسليم والسعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال والطابع الجمالي والوظيفي، ومعيار النجاعة المتعلق بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة، ومعيار القيمة التقنية، ومعيار الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية وشروط التمويل عند الاقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية، ثم فتحة المادة المذكورة المجال لاعتماد معايير أخرى غير تلك

¹ . الجليلي أمزيد، إلزامية تعليل القرارات الانفرادية في مادة الصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، عدد 43، لسنة 2003، ص 216.

² . البند 2 المادة 78، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

المذكورة بشرط تضمينها في دفتر الشروط.¹

مع الإشارة الى أن المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10. 236 المتعلق بالصفقات العمومية الملغى² لم تتناول نفس المعايير السابق ذكرها، كما أننا لم نجد في قانون الصفقات العمومية المغربي رقم 2.06.388 ما يقابل المادة 78 المذكورة ورغم ذلك يكاد الشراح من المغاربة يجمعون على أن قانون الصفقات المغربي قيد السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة ومن ثمة يكون القاضي الإداري مقيدا بدوره في رقابة سلطات المصلحة المتعاقدة في تحديد المتعاقد معه.³ وحسب المادة 76 و78 يمكن القول أن سلطة القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة مقيدة بالنظر الى المعايير المعتمدة لتحديد الفائز بالصفقة والتي رغم عدم ذكرها على سبيل الحصر إلا أن قانون الصفقات العمومية يلزم المصلحة المتعاقدة بذكرها في دفتر الشروط الذي يوضع بين يدي كل متنافس قبل تقديم عرضه وبالتالي يكون على علم بكل المعايير المعتمدة وعليه تكون رقابة القاضي الإداري في حدود مدى احترام المصلحة المتعاقدة للمعايير أو المعيار المعتمد في دفتر الشروط.

وفي إطار اختيار المصلحة المتعاقدة لطريقة التعاقد حسب ما هو محدد في المادة 41 و42 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 وان كان للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في ذلك إلا أن المادة 60 من نفس المرسوم تلزم المصلحة المتعاقدة بتعليل اختيارها لطريقة التعاقد بمناسبة كل رقابة ومن بينها الرقابة القضائية⁴ وبالتالي تكون سلطة المصلحة المتعاقدة مقيدة بضرورة التعليل وتكون سلطة القاضي الإداري مقيدة أيضا في حدود مراقبة تعليل المصلحة المتعاقدة التي هي أدنى باحتياجاتها من أي طرف آخر.

ثانيا: القرارات الصادرة بعد المصادقة على الصفقة:

هو المجال الحقيقي لتطبيق مفهوم القرارات المنفصلة حيث تتحقق الوظيفة الإجرائية لهذه النظرية كآلية لنقل القرارات الصادرة عن الإدارة بصفتها مصلحة متعاقدة من ولاية قاض العقد أو القضاء الكامل الى ولاية قاض الإلغاء الناضر في مشروعية القرارات الصادرة

¹ . البند 1 من نفس المادة، المرجع نفسه.

² . راجع المادة 56، مرسوم رئاسي رقم 10 . 236، مرجع سابق.

³ . محمد الأعرج، مرجع سابق، ص 222.

⁴ . راجع المادة 60، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

بمناسبة التعاقد بواسطة صفقة عمومية حيث تتصرف الإدارة كسلطة عامة وليس كمتعاقد معه، وعليه يمكن القول أن مفهوم القرارات المنفصلة دور وجوبا وعمدا مع قرار المصادقة على الصفقة الذي يشكل الحد الفاصل بين مرحلة إبرام الصفقة ومرحلة تنفيذها لأن الصفقة لا تتم إلا بإخطار الفائز بالصفقة بقرار المصادقة الذي يؤكد رأي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وفي منظور العقود المدنية يشكل هذا التبليغ قبولا من وجه له الإيجاب الذي يكون في هذه الحالة صدر عن المتنافس في شكل عرض مقترح أمام اللجنة¹ وعليه عندما يفصل القاضي الإداري في مثل هذه المنازعات تكون بنود الصفقة ودفتر الشروط هي الشريعة العامة للمتعاقدين وهي بالتالي المصدر الأول المعتمد عليها للحكم الى جانب النصوص القانونية.

وقد يستعمل المتعاقد معه فكرة القرارات المنفصلة كذريعة للاحتفاء من امتيازات السلطة العامة الممارسة من طرف الإدارة على حساب البنود التعاقدية مما يجعل قاض المشروعية أولى بتوفير هذه الحماية ووضع حد للإدارة التي لم تعد تتصرف كطرف متعاقد بل كسلطة عامة متحججة بضرورات المصلحة العامة نقل كذلك إذا ثبت أن الإدارة تتصرف فعلا بسوء نية.

ويختلف دور مفهوم القرارات المنفصلة بين إن كان الطاعن هو المتعاقد معه أو الغير، فإذا كانت دعوى الإلغاء مرفوعة من طرف المتعاقد معه كان الأثر المترتب عن القول بانفصال القرار المطعون فيه عن الصفقة هو تفادي الدفع بوجود دعوى موازية أمام قاض العقد أي القضاء الكامل طالما أن هذا المسلك لا يؤدي الى نفس النتيجة المنتظرة من دوى الإلغاء في حالة طغيان مظاهر السلطة العامة على شريعة التعاقد كأن تتعسف الإدارة في فسخ الصفقة من جانب واحد أو تقوم بتعديل بنود الصفقة أو دفتر الشروط بشكل انفرادي أو توقع جزاءات مالية على المتعاقد معه بصفة تعسفية، وهذا يصدق بالنسبة لقوانين الدول التي تأخذ بمفهوم الدعوى الموازية كما هو عليه الحال في القانون المغربي²، أما في القانون الجزائري ومادام المشرع لا يأخذ بالدعوى الموازية كشرط من شروط قبول دعوى الإلغاء

¹ . محمد الزياتي، مرجع سابق، ص 24.

² . محمد محجوبي، خصوصيات دعوى الإلغاء وإشكالية الجمع بينها وبين دعوى التعويض، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، عدد مزدوج 87 . 88 ، سنة 2009، ص 28.

حيث لم يشر الى ذلك سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو في قانون آخر يكون هذا الأثر بدون موضوع وبدون قيمة قانونية تذكر وعليه نتساءل في حالة الدفع باتصالالقرار المطعون فيه بالصفقة ما مصير دعوى الإلغاء يبدو ان القاضي الإداري عندنا لا يلتفت بالمرّة الى هذا الدفع من زاوية مدى اختصاصه بالفصل في النزاع لأن نفس القاضي يفصل في المشروعية وفي القضاء الكامل ففي نظامنا القضائي لا وجود لقاضي مختص في دعوى الإلغاء وقاض مختص في القضاء الكامل ولا وجود أيضا لشرط الدعوى الموازية وعليه ينحصر دور القاضي في مدى تأسيس طلب المدعي الرامي الى إلغاء قرار إداري منفصل عن الصفقة، ودفع بالنقاش الى الأمام نقول انه حتى على فرض وقوف القاضي على ارتباط القرار المطعون فيه بالصفقة ليس له أن يرفض الدعوى لهذا السبب بل عليه مواصلة النظر في الموضوع وإذا وقف على عدم مشروعيته فصل بإلغائه ليس بسبب انفصاله أو ارتباطه بالصفقة بل بسبب عدم مشروعيته

وفي حالة الطعن بالإلغاء من طرف الغير ونقصد به أحد المتنافسين غير الفائزين بالصفقة ويصبحون بهذه الصفة بعد المصادقة على الصفقة فإن قبول دعوى الإلغاء يمر حتما مع أعمال مفهوم القرارات المنفصلة بهدف إبطال مفعول قاعدة نسبية أثر العقد واستقلالية المراكز القانونية المحدثة بموجبه والتي تنحصر في أطراف العقد دون الغير وعليه مادام الغير يطعن بالإلغاء ضد قرار يدعي انفصاله عن العقد فانه يكون قد تجاوز مفعول القاعدة المذكورة بمعنى أنه يطعن في قرار لا تربطه بالصفقة علاقة مباشرة، ويبدو أن اثر مفهوم القرارات المنفصلة في هذه الحالة يكون نفسه سواء بالنسبة للمشرع الذي يأخذ بشرط الدعوى الموازية أو بالنسبة لمن لا يأخذ بهذا الشرط كما هو عليه الحال في نظامنا القضائي الإداري، لأنه طعن الغير بالإلغاء قرار إداري صدر بعد المصادقة على الصفقة وله علاقة بأحد جوانبها لا يكون مقبولا حتى في نظامنا القضائي بحجة نسبية آثار العقد والسبيل الإجرائي الوحيد لتجاوز هذه القاعدة الاستناد على مفهوم القرارات المنفصلة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الانفصال:

قلنا أن الطعن بالإلغاء في القرارات الفردية المتعلقة بالصفقات العمومية يكون حسب مفهوم القرارات المنفصلة وهذا بالنسبة للقرارات الصادرة قبل المصادقة على الصفقة أو بعدها، وإذا كان للمتنافس أن يطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة وفق هذا المفهوم فإن

لهذه الأخيرة الحق في الدفع بعدم انفصال القرار المطعون فيه عن العقد وعليه نتساءل عن الطبيعة القانونية لهذا الدفع، ونظرا لتمييز المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09.08 بين الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول دون تحديد مكانة الدفع بعد الانفصال فهل هذا الأخير دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعد القبول.

مؤكد أن مفهوم القرارات المنفصلة آلية إجرائية من صنع القضاء الإداري الفرنسي لأنه مبدئيا لا توجد قرارات متصلة وأخرى منفصلة عن الصفة بطبيعتها بقدر ما توجد قرارات يملك القاضي الإداري سلطة تقديرية في فصلها أو وصلها عن الصفة بغرض الفصل في المنازعة المطروحة عليه،¹ وبالتالي لا يستمد الدفع بعدم الانفصال طبيعته القانونية من القانون الذي ينفرد وحده بتحديد الاختصاص النوعي والإقليمي للجهات القضائية وكذلك الأمر بالنسبة لشروط التقاضي وشروط قبول الدعوى.

وعليه فإن الدفع بعدم الانفصال ليس دفعا بعدم الاختصاص حسب المادة 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحددة للاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية أو حسب المادة 901 المحددة للاختصاص النوعي لمجلس الدولة والمادة 807² بل هو دفع يرمي الى تقسيم المنازعات الى منازعات موضوعية أو عينية تستقيم طبيعتها مع دعوى الإلغاء ومنازعات شخصية تستقيم مع دعوى القضاء الكامل ويتولى القاضي الإداري وضع المعالم والحدود الفاصلة بين المنازعتين ولا دخل بالتالي للمشرع في هذه المسألة، كما أنه ليس دفعا بعدم القبول مستقلا بذاته حسب المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإداري³ حتى على فرض إثارة القاضي مسألة عدم الارتباط من تلقاء نفسه كما هو عليه الحال في أحكام عدم قبول الدعوى حسب المادة 69 من نفس القانون بل إنه لا يعدو أن يكون من صميم الدفع بوجود دعوى موازية ترفع أمام القاضي القضاء الكامل لإلزام الإدارة بالالتزام معين دون الحاجة لسلوك دعوى الإلغاء وهذا إذا كان المشرع يعمل بشرط انعدام

¹ . محمد الأعرج، القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد واختصاص قضاء الإلغاء، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأكادير، رقم 2005، بتاريخ 13 يناير 2005، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، عدد 65، سنة 2005، ص 147.

² . المادة 807 من القانون رقم 09.08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، بتاريخ 2009/04/23، تعتبر الدفع بعدم الاختصاص النوعي والإقليمي في القضاء الإداري من النظام العام.

³ . المادة 67 من نفس القانون، لم تنص على الدفع بعدم الانفصال بل تتكلم على انعدام الحق في التقاضي كقاعدة.

الدعوى الموازية كما هو عليه الحال في القانون المغربي، وفي نظامنا القضائي مادام المشرع لا يأخذ بشرط الدعوى الموازية بالدفع بعدم الارتباط المقدم من طرف الإدارة أو المثار من طرف القاضي من تلقاء نفسه يمكن تصنيفه في خانة الدفوع الموضوعية وصرف المدعي الى مقاضاة أفضل أي الى القضاء الكامل في حالة ثبوت عدم انفصل القرار المطعون فيه عن الصفة وبالتالي الأمر لا يتعلق بانعدام الحق في التقاضي حسب القاعة المذكورة في المادة 67 بل إن المدعي لم يوفق في تحديد طلبه لأن في نظامنا القضائي لا وجود لقاضيين قاض مختص في الإلغاء والآخر مختص في القضاء الكامل بل غن نفس القاضي يفصل في الطلبين.

ومن الناحية النظرية القول بأن الدفع بعد الانفصال ليس دفعا بعدم الاختصاص أو دفعا بعدم القبول مستقلا بذاته لا يعني تأييد للرأي الثالث القائل بأنه وسيلة مصطنعة أو وهمية بيد قاض الإلغاء يستعملها كما يشاء،¹ لأن ترجيح هذا الرأي يعني غلق الباب للبحث في الطبيعة القانونية لهذا الدفع، ويبدو أن أهم نقطة في هذا الموضوع هو التمييز بين القرارات الفردية ذات الطابع التنظيمي المستندة على امتيازات السلطة العامة وهذه تقبل بطبيعتها الطعن بالإلغاء وبين القرارات الفردية الصادرة في حدود ما للمصلحة المتعاقدة من حقوق وواجبات حسب بنود الصفة وهذه يبدو أنها غير قابلة للإلغاء بصفة مستقلة عن الصفة ولو أن الأمر في مجمله يرجع الى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

المطلب الثالث: اختصاص القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل في منازعات

الصفقات العمومية

نص المشرع صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 . 09 صراحة على اختصاص القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل في المادة 801 كقاعة عامة وفي مجال منازعات الصفقات العمومية يظهر هذا الاختصاص من خلال مستويين مهمين دون إغفال باقي المجالات التي يفصل فيها القاضي الإداري ومن خلالها يعمل على إعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ويظهر هذا الدور أساسا باعتبار القضاء

¹ A Delaubadère, F Moderne, P Delvolè, Traité des contrats administratifs, Librairie générale de Droit et de la Jurisprudence, L GDJ, 1984, P217

الكامل امتداد لقضاء الإلغاء أي أن القاضي الإداري يحكم بالتعويض تبعا للحكم بإلغاء القرار المنفصل عن الصفقة دون إبطال الصفقة ككل أو يحكم ببطلان الصفقة في حد ذاتها كنتيجة لحكمه بإلغاء القرار المنفصل، كما يظهر هذا الدور من خلال تسويته للمنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات المبرمة بصفة مخالفة للقانون.

الفرع الأول: دور قاض القضاء الكامل تبعا للحكم بإلغاء القرار المنفصل

مؤكد أن الحكم بإلغاء قرار إداري يفتح الباب للطاعن بان يطالب بآثار هذا الحكم وبالتالي إما يطلب إبطال الصفقة برمتها تبعا للحكم بالإلغاء إذا كنا في مرحلة ما بعد المصادقة عليها وإما المطالبة بالتعويض عن الضرر الثابت دون طلب الإلغاء، ويتدرج أيضا تحت مفهوم القضاء الكامل المطالبة بالمستحقات المالية للمتعاقد معه الناتجة عن تنفيذ الصفقة أو تلك الناتجة عن تنفيذ الأشغال الإضافية بموجب ملحق¹، والدعوى المتعلقة بوقف الأشغال بسبب نقص الاعتمادات المالية² أو بسبب خلاف تقني يتعلق بطريق الإنجاز وغيرها من دعاوى الحقوق.

أولاً: المطالبة ببطلان الصفقة

قد يطلب المدعي في دعوى واحدة إلغاء قرار إداري وبطلان الصفقة العمومية تبعا لذلك، معلوم أن إبرام الصفقة يتم على العموم بوتيرة أسرع من سير دعوى الإلغاء وعليه في غالب الأحيان يصدر الحكم بعد تمام إبرام الصفقة بصفة نهائية وعليه يكون القاضي الناظر في دعوى إلغاء متبوعة يطلب إبطال الصفقة أمام الأمر الواقع إما حماية مبدأ المشروعية وإما عرقلة عمل الإدارة المستهدفة للمصلحة العامة وبالتالي يبحث عن تسوية لهذا النزاع خارج إطار الإلغاء وبالتالي قد يحكم بالتعويض عن الضرر دون الحكم بالإلغاء وعمليا

¹ . قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى، ملف رقم 006052 بتاريخ 2003/01/11، قضية بلدية مثليبي ضد ق، ع، مجلة مجلس الدولة العدد 4 سنة 2004، ص 71 .

. قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى، ملف رقم الفهرس 927 بتاريخ 2005/05/12، بين ق، ع ب ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة العدد 07 سنة 2005، ص 43.

² . قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى، ملف رقم 020289 بتاريخ 2005/07/12، بين بلدية ثنية الحد ضد ز، د، مجلة مجلس الدولة العدد 07 سنة 2005، ص 86.

تعمل المحاكم الإدارية بهذا الحل.¹

وقد أصل مجلس الدولة الفرنسي قبل سنوات طويلة هذا الحل حيث اعتبر إلغاء قرار منفصل لا ينتج بذاته أي اثر مباشر على العقد ويتعين الاستمرار في تنفيذ هذا الأخير باعتباره شريعة الطرفين بما يكفل المصلحة العامة مع الاحتفاظ للمتنافس المتضرر بحقه في طلب التعويض،² ومن جهة أخرى يكون للإدارة سلطة إلغاء الصفقة المخالفة لمبدأ المشروعية سواء بصفة منفردة أو باللجوء الى القضاء، وإذا كان بإمكان الإدارة أن تلغي القرار المعيب باعتباره منفصلا عن الصفقة فيمكنها بعد ذلك تعويضه بقرار لاحق مما يكفل لها الاستمرار في تنفيذ الصفقة وهو موقف يدل على ميل مجلس الدولة الفرنسي الى ترجيح استمرار العقد على حساب حماية مبدأ المشروعية،³ وتبدو مفارقة كبيرة لا يمكن حتى طرحها للنقاش لولا فكرة انفصال بعض القرارات عن العملية التعاقدية ككل، وقد كرس مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجه منذ تاريخ صدور قراره المؤرخ في 04 أوت 1905 في قضية مارتان MARTIN ومقرره المستشار روميو ROMIEU.⁴

وعليه يكون المدعي المنازع في قرار يتعلق بالصفقة العمومية مجبرا على سلوك طريق التعويض نظرا لقطع الصفقة مشورا متقدما في عملية الإبرام وإشرافها على مرحلة التنفيذ.

ثانيا: المطالبة بالتعويض

المطالبة بالتعويض عن الضرر في مجال الصفقات العمومية تثير إشكالية الأساس القانون لتأسيس هذا الحق، مبدئيا يبدو انه لا توجد نصوص خاصة في قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 يستند عليها المدعي في طلبه، بل إن

¹ . نقول كذلك بالنظر الى ما أتيح لنا من أحكام غير منشورة صادرة عن المحكمة الإدارية، ومنها ما هو منشور أنظر مثلا القرار الصادر عن مجلس الدولة الغرفة الأولى ملف رقم 014637 بتاريخ 15/06/2004 قضية بين بلدية العلمة ضد ه ، ع ، تتعلق بمنح صفقة عمومية لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض ، ودون إلغاء قرار المنح أو إبطال الصفقة صادق مجلس الدولة قرار منح التعويض للطاعن ، قرار منشور بمجلة مجلس الدولة العدد 05، سنة 2004، ص 132 .

² . محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 37.

³ . محمد الزياتي، القاضي الإداري والصفقات العمومية بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 78 . 79، سنة 2008، ص 19.

⁴ . مارسولون، بروسبرقي، جي بريبان، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة أحمد يسري ، منشأة المعارف، الإسكندرية 1984، ص ص 87 . 90 .

الثابت أن المادة 73 منه تحرم المدعي من المطالبة بالتعويض في حالة إقصاء عرضه بداعي المصلحة العامة،¹ وبالتالي لا مانع من المطالبة بالتعويض عن الضرر إذا كان المتنافس المدعي يحوز على حكم نهائي يقضي بإلغاء قرار إداري منفصل عن الصفقة العمومية ولكننا لا نرى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر دون إثبات عدم المشروعية وعليه يجوز للمدعي أن يؤسس دعواه على المبادئ العامة التي تحكم دعوى التعويض في القضاء الإداري فيثبت الخطأ والضرر وعلاقة السببية ويجب أن ينطوي الخطأ على عدم مشروعية قرار إداري وبالتالي مجبر المدعي على المبادرة برفع دعوى إلغاء القرار الإداري المعيب وبعد صيرورة هذا الحكم نهائي يحق له المطالبة بالتعويض تبعا لذلك، ومادام نظامنا القضائي لا يميز بين قاض الإلغاء وقاض القضاء الكامل أو التعويض ومادام القضاء الإداري مستقر لحد الآن على قبول الجمع بين طلب الإلغاء وطلب التعويض في دعوى واحدة² يستحسن للمدعي المطالبة بإلغاء القرار الإداري المعيب ويتبعه بطلب التعويض في نفس الوقت.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من الصفقات المبرمة بصفة مخالفة للقانون

والمنفذة في الواقع

يجب أن تؤكد أننا أمام وضعية معقدة فالمتعاقد معه أنجز أشغالا أو ورد معدات وبضائع أو قدم خدمات للإدارة ولكن استنادا على صفقة أبرمت بصفة مخالفة للقانون، قد تكون هذه المخالفة راجعة إلى أحد الأسباب السابق ذكرها في المطلب الأول أو تكون بسبب إنجاز أشغال بطلب كتابي أو حتى شفهي من المسؤول عن المصلحة المتعاقدة على أمل تسوية هذه الوضعية لاحقا ولكن هذه التسوية لم تحدث إلى غاية عرض النزاع على القاضي الإداري، ونظرا لذلك يستحق هذا المتعامل الاقتصادي مقابل ما أنجزه من أشغال أو ما قدمه من سلع أو خدمات للمصلحة المتعاقدة لأن هذه الأخيرة وبغض النظر على بطلان الصفقة تكون قد استفادة من التنفيذ³، ومن جهة أخرى إلزام المصلحة المتعاقدة بدفع مقابل صفقة باطلة يثير التساؤل حول مدى احترام مبدأ المشروعية الذي يقع عبء حمايته على القاضي

¹ . راجع في هذه النقطة الحماية القضائية لمبدأ المنافسة ضمن الباب الثاني الفصل الأول من الرسالة أدناه.

² . محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 27.

³ - Yves Gaudemet, Op cit ,P.696.

الإداري وهذا أثناء بحثه في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وعليه سوف نتناول كيفية إثبات الصفقة الباطلة (أولاً)، ثم التسوية القضائية لهذا النزاع ومدى تأثير مبدأ المشروعية بهذه الوضعية الشاذة مادام النزاع مطروح أمام القضاء الإداري باعتباره أحد ضمانات هذا المبدأ المهم (ثانياً).

أولاً: إثبات العلاقة التعاقدية

مبدئياً يقع عبأ إثبات العلاقة التعاقدية أمام القاضي الإداري على المدعي أي المتعاقد مع الإدارة الذي يكون قد نفذ أشغالا أو ورد سلعا أو قدم خدمات بناء على صفقة مخالفة للقانون، والتساؤل المطروح هنا هل نأخذ بالنظام الحر في الإثبات أو بالنظام المقيد.¹ يمكن أن نكون أمام عدة فرضيات، منها متعامل يطالب بمقابل ما أنجزه أو ورده للإدارة بناء على صفقة أبرمت بصفة مخالفة للقانون فهل يكفي أن يقدم المتعامل الاقتصادي هذه الصفقة لإثبات حقه، كما يمكن أن نكون أمام دعوى يدعي فيها المتعامل الاقتصادي بأنه أنجز أشغالا أو ورد سلعا وخدمات دون إمضائه لأي صفقة، وبالتالي إذا كان من الجائز أن تتدارك الإدارة هذا الوضع بناء على سندات طلب وتسوية هذه الوضعية فإن مخالفة القانون تبقى رغم ذلك مطروحة بشدة، فهل إرفاق سند الطلب والفاتورة كافي لإثبات حق المدعي، كما يمكن أن نكون أمام أشغال إضافية أو توريدات لاحقة لصفقة أصلية دون الاتفاق على ملحق بطريقة قانونية فهل يكفي إرفاق الصفقة الأصلية وفواتير الأشغال والسلع والخدمات الإضافية لإثبات حق المدعي في الحصول على مقابل ما أنجزه أو ما ورده.

إن الإجابة بالإيجاب على ما سبق عرضه من فرضيات يعني أننا أمام مبدأ حرية الإثبات، أي أن الصفقة يمكن إثباتها بكافة الطرق بما فيها اعتراف الإدارة المدعى عليها بموضوع الصفقة. أما في حالة الإجابة بالسلب فإننا نكون أمام مبدأ الإثبات المقيد وهذا انطلاقاً من كون الصفقة عقد نظم المشرع طرق أبرامه بواسطة قانون الصفقات العمومية ووضع إجراءات يجب على الطرفين المتعاقدين احترامها وإلا كنا أمام عقد لا وجود له في الواقع، كما أن القانون اعتبر الصفقة العمومية عقد شكلي وبالتالي انعدام الصفقة المكتوبة يعني انعدام أي التزام من جانب المصلحة المتعاقدة.

¹ . لحسن بن شيخ أث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دارهومة، الجزائر، 2005 ، ص ص ، 27.25 .

إن القانون سواء قانون الصفقات العمومية أو قانون آخر لم يفصل في هذه المسألة بصراحة وبالتالي ترجيح إحدى الفرضيتين أي الأخذ بمبدأ حرية الإثبات أو بمبدأ الإثبات المقيد يقتضي الرجوع إلى ما استقر عليه القضاء الإداري في هذه المسألة.

وانطلاقاً مما أتيح لنا من قرارات منشورة من طرف مجلس الدولة¹ فإنه لم يتسنى لنا تحديد موقف القاضي الإداري من هذه الإشكالية بشكل مبدئي، فما يهم القاضي الناصر في النزاع هو التأكد من مدى انجاز المتعامل المدعي للأشغال التي يدعيها أو تسليمه للسلع والمعدات أو الخدمات التي يدعيها دون الخوض في مسألة مدى صحة الصفقة، وبالتالي نرتقب أن يتعامل القضاء الإداري عندنا مع هذه الإشكالية في المستقبل المنظور بأكثر وضوح وأكثر دقة وثبات وهذا حتى نتمكن من تحديد موقفه من المسألة.

ثانياً: أنظمة المسؤولية المعتمدة في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة

بصفة مخالفة للقانون

إن مخالفة الصفقة العمومية للقانون يعني عدم وجودها وبالتالي لا يمكن الحديث مبدئياً على أي اثر لها ولكن تنفيذ المتعامل الاقتصادي لهذه الصفقة ولو كانت قد أبرمت بصفة مخالفة للقانون وعرض النزاع بعد ذلك على القضاء الإداري للحصول على مقابلها يجعلنا أمام إشكالية قانونية ووضعية شاذة القاضي مدعو لحلها .

وفي أثناء بحث القاضي الإداري على إعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين يكون بين خيارين إما الانتصار لمبدأ المشروعية والقول انه ونظراً لكون الصفقة غير مشروعة من حيث إبرامها فإنه لا حديث عن آثارها بما فيها المستحقات المالية وإما عدم البحث في مدى مشروعية الصفقة والاكتفاء بالبحث في كيفية تأسيس الطريقة التي من خلالها يمنح للمتعاقد معه مقابل ما أنجزه من أشغال وما قدمه من سلع ودراسات وخدمات وفي هذه الحالة يكون القاضي قد تخلّى عن دوره الريادي في حماية مبدأ المشروعية.

من الناحية الإجرائية معلوم أن القاضي يحكم بما يطلب منه ولا يجوز له أن يحكم بأكثر مما طلب منه، وبالتالي إذا كنا بصدد دعوى من دعاوى الحقوق أو ما يعبر عنه بالقضاء الكامل وكان طلب المدعي إلزام الإدارة بأدائها مقابل تنفيذ الصفقة رغم تعاقد معها بصفة مخالفة للقانون فمبدئياً لا يجوز للقاضي أن يحكم بإلغاء الصفقة لأنه لا أحد من

¹ . مجلة مجلس الدولة ، الأعداد الصادرة من سنة 2002 إلى 2016 .

أطرف الدعوى طلب منه ذلك ولكن قد يكتشف القاضي أثناء نظره في موضوع المستحقات المالية بأن الصفقة غير مشروعة فكيف له أن يتجاوز هذه الحقيقة ويحكم بأثار صفقة أبرمت بصفة مخالفة للقانون، إن هذا الوضع يدفع القاضي الإداري إلى التخلي عن حماية مبدأ المشروعية كما قلنا بل يجعله في وضع المناصر لعدم المشروعية وهو موقف شاذ لم يتعود عليه، ويكون القاضي في حرج أكبر إذا كان يجمع بين النظر في المشروعية وفي طاب التعويض كما هو معمول به في نظامنا القضائي، ويخف هذا الحرج إذا كان النظام القضائي يفرق بين قاض المشروعية وقاض القضاء الكامل أو الشامل كما يعبر عليه عند بعض المشرعين¹، ففي هذه الحالة إذا عرض النزاع على قاض القضاء الشامل بغرض الحصول على المستحقات المالية تبعا لتنفيذ الصفقة ولو كانت أبرمت بصفة مخالفة للقانون لا يجوز له النظر في مشروعية الصفقة، وفي كلتا الحالتين يكون مبدأ المشروعية قد فقد ناصره، فرغم عدم مشروعية الصفقة يذهب القاضي إلى البحث في كيفية ضمان حقوق المدعي بحجة انه نفذ هذه الصفقة.

وفي كل الأحوال نتساءل عن الأساس القانوني الذي يستند عليه المدعي لإثبات حقه وكذا التأسيس الذي يعتمد عليه القاضي الإداري في حكمه، أي هل يستند على المسؤولية العقدية أم على المسؤولية الإدارية وهذا ما سوف نتناوله أدناه .

1) مدى إمكانية معالجة النزاع في إطار المسؤولية العقدية

من الناحية العملية قد تضطر الإدارة تحت ضرورة تلبية الحاجات العامة إلى مخافة قانون الصفقات العمومية، كما أنه قد يكون لعامل السرعة أثر في مخالفة هذا القانون أو قانون المحاسبة العمومية، وفي كل الحالات تأمل الإدارة أن تسوي هذه الوضعية لاحقا وإذا فشلت في ذلك يضطر المتعامل معها أن يلجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم يضمن له مستحقاته المالية بعد أن نفذ الصفقة، في هذه الحالة غالبا ما تساير الإدارة هذا المدعي سواء باعترافها بالأشغال المنجزة أو باستلامها للسلع والمعدات الموردة أو باستفادتها من الخدمات المقدمة المدعي، وقد تلتزم الصمت فيما يخص تجاوز السقف المسموح به في إطار سندات الطلب²، وقد تدفع الإدارة بعدم توفر الاعتمادات المالية في الحال دون أي منا

¹ . مليكة الصروخ ، مرجع سابق ، ص 426 .

² . راجع المادة 18 ، من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 ، مرجع سابق .

قشة للموضوع، وقد يجد المدعي صعوبة في إثبات حقه أمام القضاء إذا تم تغيير ممثل الإدارة المتعامل معها أو في حالة حصول خلاف بين المتعامل وممثل الإدارة، وفي هذه الحالة هل يمكن الاعتماد على المسؤولية العقدية كأساس قانوني يستند عليه القاضي الإداري لتأسيس حكمه .

معلوم أن المبدأ الذي يجمع عليه الفقه والقضاء هو أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر قانوني ولا يترتب بالتالي أي التزامات تعاقدية على الطرفين المتعاقدين ولا يلزم كل منهما إلا برد ما أخذه، ولما كان إلزام الإدارة برد ما أخذته من المتعامل الاقتصادي مسألة مستحيلة التنفيذ لأنها تكون قد استهلكت ما تحصلت عليه من سلع وخدمات واستعملت المنشآت المنجزة من طرف المتعامل الاقتصادي فان المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون أساسا لحصول المتعامل الاقتصادي على حقه كما لا يمكن إعمال قانون الصفقات العمومية على هذا النزاع وبالتالي من الضروري البحث على أساس آخر.

(2) معالجة النزاع في إطار المسؤولية الإدارية

لأن المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون أساسا لحصول المتعامل الاقتصادي على حقه كون الصفة مخالفة للقانون، ولأن الإدارة استفادة من الأشغال والسلع والخدمات المقدمة من طرف المتعامل معها، ونظرا للضرر اللاحق بهذا الأخير بعد أن استحال عليه الحصول على مستحقاته أصبح القاضي الإداري مدعو إلى إيجاد أساس آخر يؤسس عليه حكمه إن هو ألزم الإدارة بأدائها للمتعامل الاقتصادي مقابل تنفيذ الصفة المبرمة بصفة مخالف للقانون.

ورغم تجاوز القاضي الإداري لمبدأ المشروعية كما قلنا سابقا إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي تحديدا وقضاء دول أخرى سارت نحوه كالقضاء الإداري المصري والمغربي¹ يعتمد على المسؤولية الإدارية لتأسيس حكمه المذكور² مع تحميل المتعامل الاقتصادي جزء من المسؤولية لقبوله التعاقد بصفة مخالفة للقانون³.

¹ . محمد الزياتي ، مرجع سابق ، ص 36 .

² RENE CHAPUS, DROIT ADMINISTRATIF GENERAL, EDITION MONCHIRISTIER, PARIS ,1986, P835 :

³ . الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية و القضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة و التنمية ، المملكة المغربية ، عدد خاص رقم 07 ، سنة 2008 ، ص 148 .

وعندما نتكلم على المسؤولية الإدارية فإننا لا نقصد التعويض عن الضرر الناتج عن خطأ صادر عن الإدارة بصفة منفردة وفقا للأحكام العامة للمسؤولية الإدارية¹ بل إن الأمر يتعلق بنظام طوره القضاء الإداري الفرنسي وسأيره الفقه مستندا على أحكام شبه العقد المعروفة في القانون المدني متى انتفتت هذه الأحكام مع أحكام القانون الإداري، كما قام القاضي الإداري بإعمال أحكام المسؤولية التقصيرية إذا ثبت له قيام أركانها المعروفة في القانون المدني والمتوافقة² مع القانون الإداري.

وإذا كان موقف قاض الموضوع هكذا فإن محافظ الدولة غالبا ما يرافع ضد هذا التوجه معتبرا العقد الباطل لا يرتب أي أثر قانوني³، وعمليا قد يجد لموقفه هذا صدى لدى قاض الموضوع بحيث يرفض الدعوى من أساسها، ولكن غالبا ما سار قاض الموضوع ضد هذا الموقف وقرر مسؤولية الإدارة في التعويض مستندا كما قلنا إلى احد الأساسين المذكورين، وتطبيقا لذلك أخذ القضاء الإداري في فرنسا بفكرة الإثراء بلا سبب في بعض قراراته وأسس قرارات أخرى على المسؤولية التقصيرية المعمول بهما في القانون المدني كما اعتمد في قرارات أخرى على الأساسين معا في نفس الوقت⁴.

(أ) الاعتماد على أحكام المسؤولية التقصيرية:

يعتمد القضاء الإداري الفرنسي على هذه المسؤولية إذا توفرت شروطها المعروفة في القانون المدني، وعليه يمكن إعمال هذه النظرية إذا ثبت أن عدم المشروعية راجع إلى خطأ الإدارة أساسا.

فيما يخص التعويض المحكوم به للمتعامل الاقتصادي يجب أن يكون في حدود ما أنفقه لتنفيذ الصفقة المخالفة للقانون دون أي تعويض آخر، وأن لا تتجاوز هذه النفقة حدود قيمة الصفقة إن كانت مشروعة، وبالتالي لا يجوز للمدعي أن يضخم مبلغ ما أنفقه لتنفيذ الصفقة كما لا يستحق هذا المتعامل تعويضا عن ما فاته من كسب لأنه عند إعمال المسؤولية الإدارية يستبعد القاضي تماما أحكام المسؤولية العقدية⁵.

¹ Marie Christine Rouault, Droit Administratif, Galino Editeur, Paris 2005, PP, 576 - 581

² . سامي بديع منصور، عنصر الثبات و عامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت 1987 ، ص 502

³ . محمد الزياتي ، المرجع السابق ، ص 35 .

⁴ . الجليلي أمزيد ، المرجع السابق ، ص ص 48 ، 49 .

⁵ RENE CHAPUS, op cit . pp ,865,867

ب) الاعتماد على أحكام الإثراء بلا سبب:

لإعمال هذه النظرية المستوحاة من القانون المدني على الصفقات العمومية المخالفة للقانون يشترط القضاء الإداري الفرنسي¹ شرطين على الأقل:

. يجب أن تعود الأشغال التي قام بها المتعامل الاقتصادي أو ما ورده من سلع وخدمات على الإدارة بالنفع، وتستفيد منها لتحقيق المنفعة العامة أي أن الإدارة تكون في حالة إثراء وفي المقابل يفتقر المتعامل الاقتصادي نتيجة هذا التنفيذ.

. يجب أن تقبل الإدارة تنفيذ الصفقة سواء صراحة أو ضمنا.

وعليه يقع عبء إثبات تحقيق هذه الأشغال أو السلع والخدمات منفعة حقيقية للإدارة على المدعي أو المتعامل الاقتصادي، وكذلك الأمر بالنسبة لقبول الإدارة هذا التنفيذ، وإذا كان من السهل على المدعي إثبات قبول الإدارة الصريح فإن إثبات قبولها الضمني يتسم بنوع من الصعوبة، وعليه يمكن للقاضي الإداري إعمال سلطاته الواسعة للوصول إلى إثبات ذلك.

وفيما يخص التعويض المحكوم به بعد إعمال الإثراء بلا سبب فيجب أن لا يتجاوز مبلغ الأعمال التي استفادة منها الإدارة وما حققته تلك الأعمال من منفعة، وعليه لا يتحصل هذا المتعامل على أي تعويض إذا ثبت أن الإدارة لم تستفد من هذه الأعمال ولم تحقق أي منفعة. وكما قلنا عند الحديث عن المسؤولية التقصيرية لا يجوز للمدعي أن يتحصل على ما فاته من كسب لأن إعمال أحكام الإثراء بلا سبب يقتضي استبعاد أحكام المسؤولية العقدية التي يمكن في إطارها أن يستفيد المتعامل من مثل هذا التعويض. وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي سار في هذا النهج حتى يمنح للمتعامل الاقتصادي تعويضا منصفا على ما أنفق مقابل استفادة الإدارة من التنفيذ وتمكنها بعد ذلك من تحقيق المصلحة العامة التي تحكمها قاعدة تقاسم الأعباء العامة فإنه يمكن أن نسجل بعض المآخذ على هذا القضاء .

بالنسبة للمسؤولية التقصيرية معلوم انه من بين شروط إعمالها حسب المادة 124 مدني² أن ينسب الخطأ للمدعى عليه وأن لا يكون بالتالي للمدعي أي مسؤولية في هذا

¹ André De Loubadere , Franck Moderne , Pierre Devolve , Traite des contrats administratif, LGDJ , paris 1983, P30

² . أنظر المادة 124 من الأمر رقم 75،58 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، عدد 78 بتاريخ 1975/09/30 ، المعدل والمتمم .

الخطأ المرتب للضرر، والملاحظ في حالة إعمال هذه النظرية على الصفقات العمومية المبرمة بصفقة مخالف للقانون أن للضرر أي المتعامل الاقتصادي مسؤولية في الخطأ المرتب للضرر اللاحق به فهو مشارك للإدارة في مخالفة قانون الصفقات العمومية وقوانين أخرى، وقد يكون على الأقل عالما بهذه المخالفة ورغم ذلك يقدم على تنفيذ الصفقة ربما من قبيل وضع الإدارة والقضاء أمام الأمر الواقع.

واضح أن هناك مأخذ جوهرية على هذا الحكم الذي سلكه القضاء الإداري الفرنسي الذي يمكن أن يسلكه نظيره عندنا وعليه يمكن القول تبعا لذلك أنه حتى يستقيم هذا الحكم المؤسس على المسؤولية التقصيرية في مجال الصفقات العمومية يجب أن يثبت المدعي أن المتسبب في الخطأ هي الإدارة أو على الأقل يثبت أن الخطأ راجع إلى الإدارة أساسا وإذا عجز عن ذلك يمكن للقاضي إعمال ما لديه من سلطات تحقيقية حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا سيما المادة 488 منه¹ لتحديد المتسبب الرئيسي في الخطأ وتبعا لذلك يمكن تشطير هذه المسؤولية بين الطرفين لينعكس ذلك على تحديد مبلغ التعويض المستحق للمدعي، نقول ذلك لأن إطلاق هذا الحل دون مراعاة المتسبب في الخطأ فيه مخافة صارخة لأحكام المسؤولية التقصيرية وتجاوز خطير للمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية ولاسيما مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة كما هو منصوص عليه في المادة 05 من المرسوم رقم 247.15 كما يشجع على التلاعب بالمال العام مستقبلا .

وفيما يخص إعمال نظرية الإثراء بلا سبب فمعلوم أن المشرع الجزائري حسب المادة 141 مدني² يشترط أن يتحصل الطرف المثري على منفعة بحسن نية³، وفي حالة إعمال هذه النظرية على الصفقات العمومية المخالفة للقانون الملاحظ أن الإدارة تحصلت على منفعة بسوء نية لأنها تعلم بأن الصفقة محل التنفيذ أبرمت بصفة مخالفة للقانون بل هي المتسبب الرئيسي لهذه المخالفة، مع العلم أن القانون المدني الفرنسي لا يشترط حسن النية كما هو عليه الحال في القانون الجزائري بل يبني نظرية الإثراء بلا سبب على مبدأين مبدأ

¹ . القانون رقم 08 . 09، مرجع سابق.

² . راجع المادة 141 من الأمر رقم 58.75، مرجع سابق .

³ . علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص 237 .

العدالة ومبدأ إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين¹، فهل يستقيم الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب في القضاء الإداري الجزائري بعد هذا الحكم .

يمكن أن يؤسس القاضي الإداري عندنا حكمه في هذه الحالة ليس على نظرية الإثراء بلا سبب بل على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة² الذي يستند بدوره على مبدأ العدالة ومبدأ إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين، ذمة الإدارة التي أثرية وذمة المتعامل الاقتصادي المفنقر، نعتقد ذلك لأننا نميل إلى تعويض هذا المتعامل الاقتصادي ولكن بشروط صارمة رغم أننا بصدد الحديث عن صفقة أبرمة بصفقة مخالفة للقانون والسبب راجع إلى افتقار المتعامل الاقتصادي وفي نفس الوقت انتفاع الإدارة وتحقيقها للمصلحة العامة على عاتق الغير، ورغم ذلك يبقى الخاسر الكبير هو مبدأ المشروعية والمبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وربما يكون هذا تشجيعا بصفة غير مباشرة على التلاعب بالمال العام وعليه مطلوب من القاضي الإداري أن يكون كما قلنا صارما في تعامله مع مثل هذه المنازعات.

تبقى أمامنا إشكالية إجرائية أخرى تتمثل في تحديد الطلبات أو قاعدة القاضي يحكم بما طلب منه، ففي حالة رفع دعوى من طرف متعامل اقتصادي مؤسسة على المسؤولية العقدية رغم كون الصفة مخالفة للقانون فإن التطبيق الصارم لهذه القاعدة يقتضي الفصل برفض الدعوى لعد التأسيس ولكن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مكن القاضي من سلطة إعادة تكييف الوقائع محل النزاع وهذا حسب المادة 29 منه³، ورغم كونها سلطة واسعة جدا إلا أن أعمالها في مثل هذه المنازعات يمكن القاضي الإداري من تخطي هذا الإشكال وهذا بإعادة تكييف النزاع من نزاع مبني على المسؤولية العقدية كما يدعي المدعي إلى نزاع مؤسس على المسؤولية الإدارية الرامية إلى التعويض سواء بناء على المسؤولية التقصيرية أو بناء على الإثراء بلا سبب، وهذا الحل يكون أكثر إنصافا للمدعي أو للمتعامل الاقتصادي منه للإدارة التي تلتزم أحد الموقفين إما مساندة المدعي في

¹ . علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص 236

² . أحمد محيو، المنازعات الإدارية ، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 ، ص 227 .

³ . راجع المادة 29 من القانون رقم 09.08، مرجع سابق.

طلباته لشعورها بالمسؤولية، وإما تنتكر له وفي هذه الحالة يسوء موقفها ليس أمام هذا المتعامل وحده بل في مواجهة كل المتعاملين الاقتصاديين المحتمل تعاملهم معها، كما يمكن أن يجر ممثل هذه الإدارة أمام القضاء الجزائي إذا ثبت قيام أركان أحد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد والوقاية منه .

ورغم هذا الدور الحاسم الذي يقوم به القاضي الإداري لإعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين إلا أنه أثبت عدم فعاليته وتفشي الفساد في هذا المجال تحديدا خير دليل على هذا القصور وهذا راجع لعدة اعتبارات منها غموض نصوص قانون الصفقات العمومية وإجراءاته الطويلة والمعقدة التي تنتهك إما لعدم التحكم في جزئياتها وإما لتفادي هذه التعقيدات بحكم أن المصلحة المتعاقدة محكوم عليها أن تلبى احتياجاتها لتحقيق المصلحة العامة، ومنها ما يتعلق بعدم تحكم القاضي الإداري نفسه في تفاصيل تنظيم الصفقات العمومية، بالإضافة إلى الإغراءات التي يتعرض إليها الموظف أو العون العمومي وكذا سطوة المال الفاسد الذي اقتحم كل الميادين وعجز القاضي الإداري على تطبيق قانون الصفقات العمومية بمناسبة نظره في صحة الصفقة مما يحتم علينا النظر في بديل لهذا القاضي وليكن القاضي الجزائي المزود بجزاءات صارمة تتعدى إبطال الصفقة المخالفة للقانون بل تمس المخالف سواء كان موظفا أو عونا عموميا أو متعاملا اقتصاديا في حريته وفي ذمته المالية .

الفصل الثاني

دور القاضي الجزائي في إعادة التوازن بين
المصلحة الخاصة والمصلحة العامة

الفصل الثاني: دور القاضي الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة

معلوم أن دور القاضي الجزائي يتمثل في تحميل المسؤولية الجزائية لكل من تثبت إدانته بواحدة من الجرائم المنصوص عليها سواء في قانون العقوبات أوفي القوانين الجزائية الخاصة، أما بالنسبة لقولنا أن هذا القاضي يعمل على إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة التي تمثلها هذه الأخيرة فهذا من قبيل الوقاية من الفساد لأن إدراك الموظف أو العون العمومي أو المتعامل الاقتصادي أن تجاوزه لقانون الصفقات العمومية ينطوي على خطر جزائي يتحمل مسؤوليته شخصيا يجعله يعمل قدر المستطاع على تجنبه وعدم الوقوع فيه وبهذا هل يمكن فعلا للقاضي الجزائي أنيعوض القصور المسجل على دور القاضي الإداري في هذا المجال.

ولأن الخطر الجزائي في الصفقات العمومية يتمثل في أفعال مجرمة تجاوزت حدود بطلان الصفقة فإن البحث في دور القاضي الجزائي وهو يعمل على إعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين يستدعيالتطرق الى الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية وإجراءات سير الدعوى العمومية ، ولأن البحث لا يسعنا أن نتطرق الى كل الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة نحاول شرح أهم هذه الجرائم بحيث نتطرق الى الجرائم التي أشار إليها قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15. 247 في المادة 89 والمادة 90 وكذا جريمة الرشوة في الصفقات العمومية بحكم أنها أخطر الجرائم على الإطلاق (أولا)، وبالنسبة لبحثنا في إجراءات سير الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم الصفقات العمومية فإنه جاء في سياق البحث عن خصوصيات تميز المتابعة في هذه الجرائم وليس البحث في الإجراءات في حد ذاتها، وعليه نبحت في طرق الكشف عن هذه الجرائم خاصة بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2015 ونتبع ذلكبمحاكمة المتهم بمثل هذه الجرائم الخاصة (ثانيا).

المبحث الأول: الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية

قبل صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006 كانت هذه الجرائم منظمة في قانون العقوبات وبعد مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد¹ صدر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 في 20/02/2006 المعدل والمتمم² وبالرجوع إلى هذا القانون يمكن أن نحدد ثلاثة جرائم رئيسية متعلقة بالصفقات العمومية، نقول رئيسية لأن هناك جرائم أخرى قد ترتبط بالصفقات العمومية سواء على مستوى إبرام الصفقة أو على مستوى تنفيذها ولكنها قد تحدث أيضا خارج نطاق الصفقات العمومية نذكر منها جريمة التزوير في بعض المحررات أو جريمة الإدلاء بتصريحات كاذبة، وعليه سوف نتناول تحت هذا العنوان جرائم أشار إليها قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 في المادة 89 و المادة 90 وكذا جريمة الرشوة في الصفقات العمومية نظرا لخطورتها وانتشارها في المجال:

. جنحة المحاببات (منح امتيازات غير مبررة للغير المادة 1/26) délit de favoritisme .
. جريمة استغلال نفوذ أعوان الهيئات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة (2/26).
. جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية أو جريمة الرشوة في الصفقات العمومية المادة 27 perception de commissions .

. جريمة تعارض المصالح حسب المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد
يجب التأكيد بأن الإطار القانوني لهذه الدراسة هو القانون رقم 06 . 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لهذه الجرائم يتضح أن المشرع إلى جانب الأركان العامة يشترط أو يفرض ركنين لا تقوم الجريمة إلا بتوافرها وهما صفة الموظف ووجود صفقة عمومية³، وعليه نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نتناول كل جريمة على حدا مركزين على خصوصية كل منها متبوعا بقمع الجريمة.

1 . اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المصادق عليها بتحفظ بالمرسوم الرئاسي رقم 04 . 128، مرجع سابق.

2 . القانون رقم 06 . 01، مرجع سابق.

3 . سبق وان تناولنا مفهوم الصفقة العمومية بمناسبة دراسة دور القاضي الإداري في إعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين.

المطلب الأول: جنحة المحاباة: Délit de favoritisme

يعبر عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06 . 01 بجريمة "منح امتيازات غير مبرر في مجال الصفقات العمومية"، وقد قلنا أن المشرع نظم جرائم معينة مرتبطة بالصفقات العمومية سواء أثناء الإبرام أو أثناء التنفيذ بموجب القانون المذكور باعتباره الإطار القانوني لهذه الدراسة بعد تعديل قانون العقوبات وقبله الانضمام إلى اتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته، ومن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية نتناول جنحة المحاباة التي نظمها المشرع في المادة 128 مكرر من قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 66-156، وبعد مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد صدر القانون رقم 06-01 بتاريخ 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أدرج المشرع هذه الجنحة في المادة 26 والتي تقابل إلى حد كبير المادة 432 . 12 من قانون العقوبات الفرنسي¹ ولكن يجب أن نشير إلى أن أول قانون فرنسي أشار إلى هذا الفعل المجرم هو القانون رقم 91 . 3 المؤرخ في 3/01/1991 المتضمن الشفافية وضبط إجراءات الصفقات العمومية في مادته² 07² وهذا في مجال صفقات الجماعات الإقليمية ليتم تعميم المخالفة إلى كل أنواع الصفقات العمومية.³

تمثل هذه الجريمة مساسا خطير بمبدأ المساواة ومبدأ المنافسة وكذا تنظيم الصفقات العمومية فضلا عن مخالفة قانون مكافحة الفساد،⁴ وعليه جل الدول التي صادقت على الاتفاقية السابقة تنظم هذه الجريمة في قانونها الداخلي سواء بهذه الصياغة أو بصياغة مغايرة، ودراسة جنحة المحاباة كما يصطلح عليها أو منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية كما ورد ذلك في القانون رقم 06-01 يقتضي التعرض إلى ركنها المادي (أولا) ثم ركنها المعنوي وقمع الجريمة (ثانيا).

¹ Didier seban , Le Délit de favoritisme , in ruv, bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne , Andre tunc, Le contrôle de marches publiques, tome 21, IRGS éditions, paris 2005, P147

² Christophe cabanes, benoit neveu, Droit de la concurrence dans les contrats publics, éditions le moniteur, paris 2008, p249

³ Ibid., p254

⁴ Nicolas charrel, op_cit, p38

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة المحاباة

قراءة المادة 1/26 التي تشكل الركن الشرعي لهذه الجريمة يجعلنا نقف على اشتراط
المشرع لأركان عامة هي الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، إلى جانب أركان
مفترضة هي صفة الموظف والصفة العمومية، نكتفي تحت هذا العنوان بدراسة الأركان
العامة لهذه الجريمة دون الركنين المفترضين. يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في قيام
الموظف الذي هو ركن مفترض في هذه الجريمة بإبرام عقد أو التأثير على عقد أو اتفاقية
أو صفقة أو ملحق بصفة مخالفة للأحكام التشريعية أو التنظيمية السارية، وأن يكون الغرض
من هذه المخالفة منح امتيازات غير مبررة للغير المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وعليه
نتناول في أربعة أجزاء مكونات النشاط الإجرامي كما يلي المقصود بالإبرام والتأشير
ومراجعة الصفقة العمومية ومخالفة الأحكام السارية ومنح امتيازات غير مبررة للغير.

أولاً : إبرام الصفقة العمومية والسلطة المختصة بذلك

إبرام الصفقة العمومية هو أحد مكونات الركن المادي حسب المادة 1/26 من قانون
مكافحة الفساد والوقاية منه، يقصد بالإبرام تلك العملية الفنية الضيقة التي تتضمن اتفاقاً بين
طرفين موقعا عليه وفق الشكل المحدد للعقود الإدارية بلغة يفهما الطرفان بعد الانتهاء من
كافة الإجراءات التي تسبق الإمضاء.¹ وعليه بعد فتح الأطراف ودراسة العروض من طرف
لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض التي تتوج عملها بمحضر يتضمن توصياتها يتم عرضه
على السلطة المختصة لتقرر ما تراه ورغم أن اللجنة تكون قد اختارت من يحتمل أن يفوز
بالصفقة إلا أن القرار النهائي لم يتخذ بعد بل يجب أن يصدر قرار السلطة المختصة بإبرام
الصفقة، وقد تكفل المشرع بتحديد من له سلطة التقرير باسم المصلحة المتعاقدة، ودون
موافقة من له هذا الاختصاص لا يمكن الحديث على إبرام صفقة عمومية حيث حددت
المادة 04 من المرسوم 15-247 من له سلطة الموافقة على الصفقات العمومية² حسب ما
تم ذكره في المادة 6 من نفس المرسوم وهذا كما يلي: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير،
الوالي فيما يخص صفقات الولاية، رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات

¹ . الجبوري محمد خلف، النظام القانوني للصفقات العمومية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1999،
ص 148.

² . المادة 04، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

البلدية، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية، وأضافت الفقرة الأخيرة من المادة 04 على إمكانية تفويض هذه الصلاحيات من قبل صاحبها إلى أحد المسؤولين المكلفين معه، مع الإشارة إلى أن هذه الفقرة تعرضت إلى مجالات التفويض والتي تنحصر بين إبرام الصفقة وتنفيذها، وبالتالي السؤال الذي كان مطروحا في ظل مرسوم 10-236 والمتعلق بمدى تفويض اختصاص الإبرام قد أجاب عليه المشرع في المادة 04 مرسوم 247.15 وبهذا أصبح ممكنا تفويض الاختصاص المتعلق بالموافقة على الصفقة.¹ من خلال نص المادة 04 محل الدراسة يبدو أن المسؤولية الممنوحة لمن له سلطة الموافقة عن الصفقة محفوفة بكثير من المخاطر الإدارية والجزائية على السواء فأي تجاوز أو خرق للقانون وللنظم التي تحكم الصفقة يرتكب أثناء إعداد الصفقة العمومية من طرف أحد الموظفين المكلفين سواء بصفة عفوية أو بصفة مقصودة يمكن أن يرتب مسؤولية صاحب سلطة الموافقة على الصفقة إذا لم يطالب بتصحيح هذا الخلل قبل وضع إمضائه بالموافقة.

وحول مدى إمكانية تجاوز من له سلطة الموافقة عن الصفقة لتوصيات اللجنة المكلفة بدراسة العروض التي توجت عملها بتقرير يحدد الفائز بالصفقة يرفع لهذا المسؤول الذي يقرر منح الصفقة لغيره ممن درست اللجنة عروضهم بداعي السلطة التقديرية نقول أن السلطة التقديرية مكرسة في قانون الصفقات العمومية ومسألة مدى إمكانية تجاوز المسؤول الإداري للنتائج التي توصلت إليها لجنة دراسة العروض حسم فيها قانون الصفقات العمومية الجديد رقم 15-247 بموجب المادة 161، وهذا بنصها على أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ترفع تقريرا ذو طابع إداري وتقني يعرض على المصلحة المتعاقدة التي تقوم إما بمنح الصفقة أو إعلان عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو تقوم بإلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتبرر رأيها في كل الأحوال.² أما حسب الفقه فإنه لا يجوز لسلطة التصديق تجاوز النتائج المتوصل إليها من طرف اللجنة المكلفة بدراسة العروض، وإلا كنا أمام مخالفة واضحة لقواعد الشكل والإجراءات المطلوبة لإعداد قرار إداري معين ومن بينها قرار منح الصفقة

¹ . المادة 2 فقرة أخيرة ، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، تنص على إمكانية تفويض صلاحيات إبرام و تنفيذ الصفقة، على خلاف المادة 8 فقرة أخيرة ، مرسوم رئاسي رقم 10 . 236، التي وردت كما يلي " يمكن كل سلطة أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها ...".

² . راجع المادة 161، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

للشخص المختار¹، إن هذه المخالفة تعطي الحق لمن تم ترتيبه أولاً من طرف لجنة دراسة العروض في اللجوء إلى القضاء الإداري مطالباً بإلغاء قرار منح الصفقة لغيره مع المطالبة بالتعويض عن الضرر، ولكن هل يعني هذا أن المسؤول عن التصديق يتحمل المسؤولية الجزائية نتيجة هذه المخالفة أم لا، يمكن القول هنا أن جزء من الركن المادي للجريمة يكون قائماً، ويبقى التحقق من الغرض من هذه المخالفة هل هذا بدافع منح امتيازات غير مبررة للغير أم لا، بعض المشرعين ومن بينهم المشرع الأردني عالج هذه الإشكالية بنصه في المادة 15 من تعليمات الأشغال العامة الأردنية كما يلي: "لا يجوز إجراء أي تعديل على قرار الإحالة إلا بقرار لا حق صادر عن نفس اللجنة..."² وهذا الحكم ناتج على كون لجنة دراسة العروض في الأردن تصدر قرارات وليس توصيات وبالتالي طبيعي جداً أن يكون الحكم هو عدم إمكانية مخالفة قرار لجنة بقرار مسؤول واحد، وإعمالاً لقاعدة توازي الأشكال يجب أن يعدل القرار الصادر عن اللجنة بقرار ثاني صادر عنها أيضاً، وهذا الحكم لا يمكن إعماله في النظام الذي يحكم الصفقات العمومية عندنا لأن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تتوج عملها بمحضر اجتماع أي توصيات ذات طابع إداري وتقني وليست قرارات حسب المادة 161 مرسوم 15-247 وتحفظ المصلحة المتعاقدة بحقها في منح الصفقة وفق تقييم اللجنة من عدمه ثابت حسب المادة نفسها.³ وعليه يرى جانب آخر من الفقه واستناداً على قرارات القضاء الإداري ومن بينها الفرنسي أنه انطلاقاً من كون السلطة التقديرية التي يتمتع بها صاحب سلطة التصديق التي توصف بالمقيدة وليست المطلقة أمكن لهذا المسؤول عدم إتمام إجراءات التعاقد مع من رتب أولاً من قبل لجنة دراسة العروض ولكن ليس بمنح الصفقة لغيره من المتنافسين بل يكون هذا بأن لا تتعاقد المصلحة المتعاقدة أصلاً أي بالعدول عن إبرام العقد برمته، فتقرر المصلحة المتعاقدة إلغاء طلب العروض حتى لا تكون مرغمة على منح الصفقة للفائز بها لأنها لا ترغب في التعاقد معه لأسباب موضوعية، أو إذا رأى هذا المسؤول أن الأهداف المتوخات من هذه الصفقة لا يمكن أن تتحقق مع الفائز المحتمل بالصفقة، وبعد هذا القرار يتم الإعلان عن مناقصة جديدة

¹ . الجبوري محمد خلف، مرجع سابق، ص 139.

² . الجبوري محمد خلف، المرجع السابق، ص 139.

³ . المادة 161، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 واضحة في حكمها.

بإجراءات وشروط أكثر ملائمة.¹ إن هذا الحل يمكن اعتماده عندنا من طرف المسؤول عن التصديق إذا تحققت الأسباب المذكورة أعلاه أو إذا أراد أن يتجنب خطراً جزائياً محدقاً بشخصه، ومن جهة أخرى إذا تمكن هذا المسؤول من خلال هذا الحل تجنب هذا الخطر فإن المصلحة المتعاقدة وكذا المنفعة المرجو تقديمها للمواطن تتعطل وتؤجل إلى حين، وقد يؤدي هذا التأجيل إلى ارتفاع التكاليف بالأضعاف بعد الإعلان عن مناقصة جديدة.

ثانياً: التأشير على الصفقة العمومية والجهة المخولة بمنحها

حسب المادة 1/26 من قانون 06-01 يقوم الركن المادي لجنة المحاباة إذا منحت التأشير على الصفقة العمومية بطريقة مخالفة للقانون بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير وعليه يجب أن نتعرض إلى المقصود بالتأشير على الصفقة ومن له هذه الصلاحية حسب قانون الصفقات رقم 15-247. إذا كانت الصفقة تصبح نهائية بحصولها على موافقة السلطة المختصة حسب المادة 04 من قانون الصفقات فإنها لا تدخل حيز النفاذ إلا بحصولها على التأشير من اللجنة المختصة ولما كانت اللجنة تتكون من مجموعة من الأشخاص أي أن العمل فيها جماعي نتساءل حول من يتحمل المسؤولية الجزائية في حالة ثبوت الخطأ بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

التأشير على الصفقة في مفهومه البسيط هو عمل إداري، وهو نوع من الرقابة الداخلية أو الذاتية القبلية² من اختصاص لجنة ينص عليها القانون ويتكفل بتحديد أعضائها، تباشر عملها الرقابي بشكل جماعي ويرأسها رئيس، عمل هذه اللجان ذو طابع تقني إجرائي تنظيمي يتعلق بكل جوانب الصفقة بما فيها دفتر الشروط والملحق مهما كان شكل الصفقة، تنتج عملها بمنح التأشير أو الموافقة على دخول الصفقة حيز النفاذ أو ترفض ذلك معللة رأيها الأخير مهما كان مضمونه حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من تدارك النقائص والعيوب المسجلة، وقد نصت المادة 178 و189 من المرسوم 15-247 على هذا الحكم حيث حددت المادة 178 مدة 20 يوماً لمنح التأشير من طرف لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة ومدة 45 يوماً على الأكثر لمنح التأشير من طرف اللجنة القطاعية للصفقات.³

¹ . الجبوري محمد خلف ، المرجع السابق، ص 141.

² . أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 118.

³ . راجع المادة 178 و المادة 189، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

وقد أحدث قانون الصفقات العمومية هيئات خاصة خارجية تتمثل في لجان محلية ووطنية مكلفة بالرقابة القبلية للصفقات العمومية ومكلفة أيضا بمنح التأشيرة حتى تدخل حيز النفاذ، ويتم توجيه الصفقة للجنة المختصة بناء على المعيار المالي والمعيار الموضوعي أي تبعا للقيمة المالية للصفقة، وكذا بناء على موضوع الصفقة التي قد تتعلق بإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات، هذه اللجان واختصاصاتها يمكن تقسيمها إلى قسمين:

(1) لجان الرقابة على المستوى المحلي ونطاق رقابتها:

تتمثل في اللجنة البلدية واللجنة الولائية ولجنة المؤسسة المحلية والجهوية، وسوف نتناولها تباعا:

(أ) اللجنة البلدية للصفقات العمومية:

تختص هذه اللجنة بدراسة والتأشير على صفقات البلدية ومشاريع دفاتر الشروط والملاحق في حدود المادة 139 من المرسوم رقم 15 . 247، وحسب المادة 173 و 174 من نفس المرسوم تم تحدد السقف المالي لاختصاص اللجنة البلدية بأقل من 200.000.000 دج مائتا مليون إلا دينارا بالنسبة لصفقات الأشغال أو اقتناء اللوازم، ومبلغ 50.000.000 دج أي خمسون مليون إلا دينارا بالنسبة لصفقات الخدمات، ومبلغ 20.000.000 دج أي عشرون مليون إلا دينارا بالنسبة لصفقات الدراسات.¹

تشكيلة اللجنة البلدية للصفقات حسب المادة 174 من مرسوم 15-247 من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصحة المحاسبة)، ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية.

(ب) اللجنة الولائية للصفقات العمومية:

حسب المادة 173 مرسوم 15-247 تختص بدراسة والتأشير على الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك المذكورة في المادة 172 التي يساوي مبلغها أو يفوق عن المستويات المحددة في المواد 184 و 139 من المرسوم المذكور، كما تختص اللجنة الولائية حسب البند 02 من المادة 173 بدراسة صفقات البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق

¹ . راجع المادة 174 التي تحيل على المادة 173، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

200.000.000 دج بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال أو اللوازم ويساوي أو يفوق
50.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات ويساوي أو يفوق 20.000.000 دج لصفقات
الدراسات. وتشكيلة اللجنة الولائية حسب المادة 173 من المرسوم 15-247 من: الوالي أو
ممثلته رئيساً، ممثل المصلحة المتعاقدة، ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي¹، ممثلين
اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ومدير المصلحة
التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة، ومدير التجارة بالولاية.

**ج) لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة
العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في المادة 172:**

نصت المادة 175 من مرسوم 15-247 على ما يلي "تختص لجنة الصفقات
للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة ذات الطابع الإداري بدراسة
مشاريع الصفقات ومشاريع دفاتر الشروط والملاحق الخاصة بالمؤسسة ضمن حدود
المستويات المذكورة في المادة 139 و173 من هذا المرسوم"² وحسب المادة 175
اختصاص اللجنة المذكورة يحدد حسب النسب المالية التالية:

- مبلغ يساوي أو يفوق 200.000.000 دج بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم.
- يساوي أو يفوق 250.000.000 دج عندما يتعلق الأمر بصفقات الخدمات.
- يساوي أو يفوق 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات.

تشكيل اللجنة حسب المادة 175 من المرسوم 15-247 من: ممثل السلطة الوصية
رئيساً، المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثل منتخب يمثل مجلس الجماعة
الإقليمية المعنية، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة
المحاسبة)، ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة.

أما بالنسبة لنطاق الرقابة الممارسة من قبل مختلف اللجان المحلية فحسب المادة
169 و170 من المرسوم 15-247 تمارس اللجان المذكورة المهام التالية:

- تقدم اللجنة مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية.

¹ . على خلاف تشكيلة اللجنة البلدية التي نظم منتخبين فقط عن المجلس الشعبي البلدي، وهذا راجع الى وجود رئيس
المجلس الشعبي البلدي في اللجنة، ومعلوم أن هذا الأخير منتخب أيضا.

² . المادة 175، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247 ، مرجع سابق.

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط الصفقة والملاحق، وفي هذا الصدد تتأكد اللجنة من أن الطلب موضوع دفتر الشروط ليس موجهًا لمصلحة متعامل أو منتج بعينه.
- معالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون.

تتوج اللجنة عملها الرقابي بمقرر منح التأشيرة التي بفضلها تدخل الصفقة حيز النفاذ خلال أجل أقصاه 20 يوما من تاريخ إيداع الملف لدى اللجنة، وهذه التأشيرة قد تكون محل مسائلة والأشخاص المذكورين بصفقتهم أعضاء لجان المراقبة قد يكون منهم متابع جزائيا إذا صدرت التأشيرة بصفة مخالفة للقانون، على المحقق هنا أن يقف على الفعل المادي الذي قام به العضو المشتبه فيه وعليه أن يتأكد من أن هذا الفعل جاء بهدف غير مشروع.

(2) اللجنة الجهوية للصفقات:

حسب المادة 171 مرسوم 15-247 تختص في حدود ما هو منصوص عليه في المادة 184 من نفس المرسوم من البند 1 إلى 04 وعليه فهي تراقب دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية وتتشكل اللجنة من:

- الوزير المعني أو ممثله رئيسا.
 - ممثل المصلحة المتعاقدة.
 - ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبية).
 - ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء.
 - ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.
- وأردفت الفقرة الأخيرة من المادة محل الدراسة بأن قائمة الهياكل التي يسمح لها بإنشاء اللجنة الجهوية للصفقات تصدر بموجب قرار عن الوزير المعني.¹

(3) لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة

العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

حسب ما ورد في المادة 139 مرسوم 15.247 تختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها المؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري حسب المستويات المحددة في المادة 184 البند من 1 إلى 4 من نفس المرسوم.

تشكيلة هذه اللجنة من: ممثل السلطة الوصية رئيسا، المدير العام أو مدير المؤسسة

¹ . المادة 171، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

أو ممثله، ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية، والمديرية العامة للمحاسبة)، ممثل الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء، ممثل الوزير المكلف بالتجارة. وحسب الفقرة الأخيرة من نفس المادة تحدد قائمة الهياكل غير المركزية المذكورة في المادة بموجب قرار من الوزير المعني.

(4) اللجان القطاعية:

استحدثت هذه اللجان بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المعدل للمرسوم 10-236 ونص عليها المشرع في المادة 142 مكرر¹ ولما ألغي هذا القانون نص عليها المشرع في المادة 179 وما بعدها من المرسوم 15-247²، وعليه يمكن لكل دائرة وزاوية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات وعند ذلك يكون اختصاصها محدد بالمادة 184 من نفس المرسوم بالاعتماد على المعيار المالي أي القيمة المالية للصفقة، الشيء المميز أن كل لجنة قطاعية تختص في حدود اختصاص الوزارة التي تتبعها، والملاحظ أيضا أن اختصاص اللجان القطاعية مانعا لاختصاص اللجنة العمومية الوطنية قياسا على قاعدة الخاص يقيد العام. ويبدو سبب استحداث اللجان القطاعية هو تبسيط وتسهيل وتسريع إجراءات إبرام الصفقات العمومية من جهة والتحكم أكثر في عملية التعاقد بحكم الاختصاص ومعرفة كل وزارة لاحتياجاتها.

أ . **تشكيل اللجنة القطاعية:** حسب المادة 185 مرسوم 15-247 تتشكل هذه اللجنة من: الوزير المعني أو ممثله رئيسا، ممثل الوزير المعني نائبا للرئيس، ممثل المصلحة المتعاقدة ممثلان عن القطاع المعني، ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.³

ب . **صلاحيات اللجان القطاعية المتوجة بالتأشيرة:** حتى تصدر هذه اللجان تأشيرتها النهائية التي يمكن أن تكون محل مسائلة جزائية إذا صدرت بصفة مخالفة للقانون بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، يجب أن تباشر هذه اللجان صلاحياتها وفقا للمرسوم رقم

¹ . مرسوم رئاسي رقم 12 . 23، المؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، المتضمن

تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 04، الصادر بتاريخ 2012/01/13.

² . المادة 179، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

³ . المادة 185، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

15-247 ويمكن أن نقسمها إلى نوعين صلاحيات تنظيمية حسب المادة 180 وصلاحيات رقابية حسب المادة 182، وفي هذا الجانب تقوم بدراسة مشاريع دفا تر الشروط كما تدرس مشاريع الصفقات حسب الاختصاص وكذا الملاحق بالإضافة إلى دراسة الطعون.¹ وعليه وفي إطار ممارسة هذه الصلاحيات يمكن أن يصدر فعل مجرم من أحد الأشخاص المشكلين للجان السابقة يتمثل في منح امتيازات غير مبررة للغير سواء أثناء إعداد الصفقة بوجه عام أو أثناء إعداد دفتر الشروط أو الملاحق، ولما كان عمل هذه اللجان يتوج بتأشيرة فإن اللجنة المعنية تتحرى عند فرض رقابتها على الصفقة أقصى درجات الحيطة كي لا تقع في الخطأ الذي يؤدي كما قلنا إلى تحمل المسؤولية الجزائية حسب الحال سواء بالنسبة لموظفي المصلحة المتعاقدة وحدهم أو بالنسبة لأعضاء لجان الرقابة سواء بالمساهمة أو بالأصالة، وعلى العموم إن تحديد المسؤولية والمسؤول جزائيا من بين أعضاء اللجنة يحتاج إلى تحقيق معمق قد تقوم به الضبطية القضائية وقد يقوم به قاض التحقيق بعد إحالة من النيابة.

ثالثا: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية:

من مكونات الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير أيضا مخالفة الأحكام التشريعية والأحكام التنظيمية المتعلقة بالمبادئ التي تؤسس عليها إجراءات إبرام الصفقات، وعليه نتطرق أولا إلى المقصود بالأحكام التشريعية والتنظيمية، ونتطرق ثانيا إلى المبادئ التي تؤسس عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية كما هو منصوص عليها في المادة 05 من المرسوم 15-247 والمادة 09 من القانون رقم 06-01 .

1) المقصود بالأحكام التشريعية والتنظيمية:

لن نفصل كثيرا في هذه النقطة لأنها تتعلق أساسا بالمبادئ العامة للقانون ونكتفي ببعض الإشارات كما يلي:

أ . الأحكام التشريعية: هي القواعد القانونية الصادرة أساسا عن السلطة التشريعية حسب المادة 140 و 141 من الدستور، ويدخل أيضا في مفهوم التشريع الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية أو ما يعبر عنه بالتشريع بالأوامر طبقا للمادة 142 من الدستور،

¹ . المادة 180 ، 181، نفس المرسوم.

يدخل تحت باب الأحكام التشريعية قانون الولاية رقم 12-07¹ وقانون البلدية رقم 11-10² وكذا قانون المنافسة الصادر بالأمر رقم 03-03³ المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 بتاريخ 25 يونيو 2008 وقوانين المالية والقانون التجاري الصادر بالأمر رقم 75-59⁴ والأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.⁵

ب . المقصود بالأحكام التنظيمية: نقصد به القوانين الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء في شكل قوانين صادرة بموجب مراسيم رئاسية طبقاً للمادة 6/91 والمادة 143 من الدستور، أو في شكل مراسيم تنفيذية موقعة من الوزير الأول طبقاً للمادة 4/99 من الدستور، أو في شكل لوائح وقرارات إدارية.

الملاحظ في هذا الباب أن قانون الصفقات العمومية صدر بموجب مرسوم رئاسي رقم 15-247 وبالرجوع إلى دباخته نسجل أن رئيس الجمهورية استند على مجموعة من القوانين لإصداره منها الدستور في مواده 77-8 و 1/125 مما يدل على أن قانون الصفقات يدخل تحت باب الأحكام التنظيمية وليس التشريعية، وبالتالي نص المشرع في المادة 26 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه على الأحكام التشريعية والتنظيمية مهم من هذه الناحية. وإذا أردنا أن نتساءل عن سبب إصدار قانون الصفقات العمومية على أهميته بموجب مرسوم رئاسي بدل قانون تشريعي فمن منظور قانوني بحت يمكن أن نرجع هذا إلى التطور والتغير السريع الذي يشهده محيط الصفقات العمومية والذي يستدعي تدخل المشرع باستمرار لمواكبة هذه التغييرات، ويبدو أن المراسيم الرئاسية أقل تعقيداً من حيث إصدارها وأكثر سرعة من القوانين التشريعية الصادرة عن البرلمان بغرفتيه.

(2) المبادئ التي تحكم إبرام الصفقات العمومية:

نص المرسوم الرئاسي 15-247 على هذه المبادئ صراحة في المادة 05 كما فعل في مرسوم 10-236 المادة 03 منه مخالفاً بالتالي قانون الصفقات الملغي رقم 02-250،

¹ . القانون رقم 12 . 07، المؤرخ في 21/2/2012، مرجع سابق.

² . القانون رقم 11 . 10، المؤرخ في 22/11/2011، مرجع سابق.

³ . القانون رقم 03 . 03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، مرجع سابق.

⁴ . الأمر رقم 75 . 59، المؤرخ في 26/09/1975، المتعلق بالقانون التجاري ، ج ر، عدد 101، لسنة 1975، المعدل والمتمم.

⁵ . الأمر رقم 06 . 03، المؤرخ في 15/07/2006، مرجع سابق.

كما تناول هذه المبادئ في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 في المادة 09. وتتمثل هذه المبادئ حسب المادة 05 من قانون الصفقات في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية مبدأ المساواة، مبدأ شفافية الإجراءات، وحسب المادة 09 من قانون مكافحة الفساد هي مبدأ الشفافية ومبدأ المنافسة، في حالة مخالفة هذه المبادئ بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير يستكمل الركن المادي للجريمة المنصوص عليها في المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ولن نخوض كثيرا في هذا الموضوع بالشرح ونكتفي بالحالة على الفصل الثاني.¹

رابعا: منح امتيازات غير مبررة للغير:

هي مسألة في غاية الأهمية وفي غاية الدقة أيضا²، تمثل حجر الزاوية بالنسبة لجريمة منح امتيازات غير مبررة كما عبر عليها المشرع، وحتى لا نقع في التكرار والخلط بين اسم الجريمة وأحد العناصر المكونة للجريمة تناولنا هذه الأخيرة من البداية تحت تسمية جنحة المحاباة، ومخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية لا يرتب المسؤولية الجزائية إلا إذا كان بغرض منح امتيازات غير مبررة وكذلك الأمر بالنسبة لمخالفة المبادئ التي تقوم عليها إجراءات منح الصفقة العمومية إذ لا يتبعها بالضرورة تحميل المسؤولية الجزائية إلا إذا كانت المخالفة بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، وعليه من الضروري التساؤل حول مفهوم ومضمون هذا الشرط أو هذا العنصر المكون للركن المادي للجريمة.

المشرع لم يحدد لنا مفهوما أو حتى قاعدة عامة نستند عليها للوصول إلى معنى منح امتيازات غير مبررة للغير، مع العلم أنه يقصد بالغير المتعامل الاقتصادي الذي حتما هو الفائز بالصفقة، وعليه يمكن الرجوع إلى الواقع للوقوف على بعض أوجه هذه الامتيازات غير المبررة التي يمكن أن تتمثل في تسريب معلومات يستعملها أحد المتنافسين للظفر بالصفقة، كما يمكن أن تتجسد في نصوص أو شروط محددة في دفتر الشروط أي إعداد دفتر الشروط على المقاس كما يمكن أن تتمثل هذه الامتيازات في معاملة تفضيلية لأحد المتنافسين كأن يودع ملف ترشحه بعد فوات الأجل أو يتم التفاوض معه مباشرة ليمنح الصفقة بالتراضي بعد

¹. راجع الفصل الثاني نحت عنوان تجنب الخطر الجزائي.

². هذا واضح من خلال التقاطع بين هذا العنصر والتسمية الكاملة للجريمة في حد ذاتها.

فتح الأظرفة بدون مبرر مقبول¹، ويستوي أن تمنح هذه الامتيازات سواء أثناء إبرام الصفقة أو أثناء التأشير عليها وبالتالي تبقى مسألة تحديد ما هي الامتيازات غير المبررة سلطة تقديرية لقاضي الموضوع الناظر في الملف الجزائي ورقابة المحكمة العليا في هذه النقطة تبقى ضيقة لأن المحكمة العليا نفسها لم تحدد لنا مفهوما لهذه الامتيازات غير المبررة بطبيعة الحال لحد كتابة هذه الأسطر، وإذا فعلت ذلك في المستقبل فإن قضاة الموضوع مدعوون إلى احترام اجتهادها.

أخيرا وفيما يخص مراجعة مبلغ الصفقة، الملاحظ أن المشرع وبعد تعديل قانون مكافحة الفساد والوقاية منه بالقانون رقم 11-15² لم يعد ينص في المادة 26 منه على مراجعة مبلغ الصفقة كأحد العناصر المشكلة للركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير، والتساؤل المطروح هل هذا الحذف يعتبر توجها صريحا من المشرع أم هو خطأ أو سهوا وقع فيه، وفي كلتا الحالتين يبدو أن الأمر خطير ونقص في النص ذاته لأن المتعامل الاقتصادي قد يحصل على امتيازات غير مبررة أثناء المراجعة لم يكن يحلم بها أثناء الإبرام أو أثناء التأشير، وبالتالي هذا أيضا يشكل مظهر من مظاهر الركن المادي لجريمة معاقب عليها فلماذا سقطت من النص الأمر إذن يحتاج إعادة نظر، نقول كذلك لأن إجراء إعادة تقييم مبلغ الصفقات أصبح معتمد على نطاق واسع وظهر للجميع ميدانيا أن هذا الإجراء أهم وسيلة للفساد واختلاس المال العام.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة المحاباة وقمعها

إلى جانب الركن المادي تقوم الجريمة على الركن المعنوي الذي يستخلصه المحقق أو قاض الموضوع من وقائع القضية المعروضة عليه، ولا يكتمل بناء أي جريمة إلا بتحديد العقوبة المقررة للمدان وهذا ما سوف نتطرق إليه تباعا.

أولا: الركن المعنوي لجريمة المحاباة:

يعبر عليه أيضا بالقصد الجنائي، وجنحة منح امتيازات غير مبررة للغير جريمة قصدية تتطلب توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص. يتحقق القصد الجنائي

¹ . أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ، ص 121.

² . القانون رقم 11 . 15 ، المؤرخ في 2011/08/02، يعدل ويتمم القانون رقم 06 . 01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ، عدد 44، الصادر بتاريخ 2011/08/10.

العام باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة بعناصره التي يتطلبها القانون، ويتحقق القصد الجنائي الخاص باستهداف الموظف منح امتيازات للغير دون وجه حق وهذا فيما يخص الصفة العمومية، ويكون الموظف هنا واعي بالفعل الذي أقدم عليه ومدركا للهدف من وراء تفضيله لمتعامل بعينه عن بقية المتنافسين، ولا يشترط هنا حصول الموظف على مقابل مادي أو معنوي. عمليا يطرح القصد الجنائي إشكاليات عديدة، إذ تعرض على المحكمة متابعات لأشخاص هم موظفين في بلديات وقعوا في هذه الجنحة بسبب جهلهم للنصوص المنظمة للصفات العمومية، ويكتفي القاضي الناظر في ملف المتابعة بالنتيجة أي قيام الركن المادي للجريمة أما الركن المعنوي بالنسبة له فتحصيل حاصل، وعليه أصبحت هذه الجريمة عمليا جريمة مادية يكفي فيها قيام الركن المادي. ورجوعا إلى القوانين المجرمة لفعل منح امتيازات غير مبررة نسجل أن القصد الجنائي فيها مر بمراحل ثلاثة على الأقل كما يلي:

. المرحلة الأولى: وفيها نص المشرع على هذه الجريمة في قانون العقوبات في المادة 423 المعدلة بالأمر المؤرخ في 17/06/1975،¹ واشترط المشرع أن يقوم الجاني لأغراض شخصية بإبرام عقد أو صفقة يعلم أنها مخالفة للمصالح الاقتصادية للدولة، ولما عدلت هذه المادة سنة 1988 أصبح المشرع يشترط مخالفة الجاني للأحكام التشريعية قاصدا المساس بمصالح الهيئة التي يمثلها²، وبعد تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 01-09 بتاريخ 26/06/2001 نظم المشرع هذه الجريمة بالمادة 128 مكرر وهذا كما يلي " كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 في هذا القانون يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".³ الملاحظ في هذه المرحلة أن المشرع يشترط القصد الجنائي العام والقصد الجنائي

¹ . أمر رقم 75 . 47، المؤرخ في 17/06/1975، يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر، عدد 53، بتاريخ 1975/07/04.

² . أمر رقم 88 . 26، المؤرخ في 12/07/1988، يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر، عدد 28، بتاريخ 1988/06/27.

³ . القانون رقم 01 . 09، المؤرخ في 26/06/2001، يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر، عدد 34، بتاريخ 2001/06/27.

الخاص لقيام جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير وفقا للشرح المبين أعلاه.
. المرحلة الثانية: تبدأ بصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 بتاريخ 2006/02/20 أين ألغى المشرع النصوص السابقة في قانون العقوبات وحولها إلى هذا القانون الخاص، قراءة المادة 26 منه يوحي إلى أن المشرع يشترط القصد الجاني العام والخاص ما دامت مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية جاءت بداعي منح امتيازات غير مبررة للغير.

. المرحلة الثالثة: تبدأ بتعديل القانون رقم 06-01 بالقانون رقم 11-15 بتاريخ 2011/08/02 حيث أصبحت المادة 1/26 كما يلي: "كل موظف يمنح عمدا..."، أي أن المشرع أصبح يشترط عنصر العمد بالنسبة للموظف المانح للامتيازات غير المبررة للغير وبهذه الصفة فالقصد الجنائي الخاص مطلوب إلى جانب القصد الجنائي العام، وعليه على المحكمة الناظرة في الموضوع إبراز عناصر القصد الجنائي في الحكم والذي يمكن استخلاصه من اعتراف المتهم بتجاوزه لإجراءات منح الصفقة بإرادته المحضة¹، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث الدافع إلى مخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية فتقوم مسؤولية الجاني حتى ولو أعطى امتيازات للغير دون طلبه لمقابل مادي أو معنوي أو خدمة لمصلحته الخاصة، كما تقوم مسؤولية الجاني حتى وإن لم تلحق بالمصلحة المتعاقدة التي يعمل بها أي ضرر مادي²، وتقوم مسؤولية الجاني أيضا لمجرد جهله للإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، أو لمجرد إهماله أو تراخيه في أداء مهامه حتى ولو كان معهود عليه الاستقامة والنزاهة³. أما فيما يخص تسبب حكم الإدانة فإن قاض الموضوع مجبر على إبراز النصوص التشريعية أو التنظيمية التي خالفها الموظف المدان بجنحة منح امتيازات غير مبررة للغير حتى يتسنى للمحكمة العليا فرض رقابتها على هذا الحكم.

وبالنسبة للوضع في فرنسا مثلا يبدو متشابها مع ما هو معمول به في الجزائر فصيغة المادة 432 من قانون العقوبات الفرنسي والمبدأ العام حسب المادة 121 من قانون

¹. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 121.

². أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1 2007، ص 174.

³. المرجع نفسه، ص 120.

الصفات العمومية الفرنسي يفيدان بأنه لا تقوم جريمة المحاباة أو le délit de favoritisme كما يعتبر عليها إلا بقيام القصد الجنائي الخاص إلى جانب القصد الجنائي العام، ولم يربط المشرع النية الإجرامية بالباعث الشخصي أي استهداف الموظف الجاني منفعة شخصية مادية أو غيرها مقابل منح امتيازات للغير، إذ يكفي لقيام مسؤوليته الجزائية علمه بأنه عندما يمنح امتيازات للغير يكون قد خرق الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية مثلا أو وجوده في وضع الجاهل لهذه الإجراءات أصلا فتقوم مسؤوليته الجزائية بمجرد استفادة الغير من امتيازات غير مبررة بسبب جهله للإجراءات المعمول بها،¹ وقد قضى أيضا في فرنسا بقيام القصد الجنائي بمجرد أن الجاني يمارس وظائف انتخابية منذ مدة طويلة اكتسب من خلالها تجربة كبيرة في مجال الصفقات العمومية.²

ثانيا: قمع جريمة المحاباة

تعاقب المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 مرتكب جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير وهذا بصفته موظف أي شخص طبيعي، ولا مجال للحديث هنا عن الشخص المعنوي المسؤول عن جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير ما دام نص المادة 26 المذكور أعلاه واضح فالمسؤول عن هذه الجريمة دائما شخص طبيعي اي موظف. ويعاقب هذا الموظف المسؤول جزائيا بعقوبة تتراوح بين سنتين (2) إلى (10) سنوات حبس وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وما دام المشرع استعمل عبارة "الحبس" فإن التكييف القانوني لهذه الجريمة هو جنحة بغض النظر على تشديد العقوبة التي قد تصل إلى 10 سنوات حبس متجاوزة في ذلك الحد الأقصى لعقوبة الجنحة المقررة بـ 5 سنوات حبس وقد ساير المشرع هنا بعض المشرعين العرب³، وإلى جانب هذه العقوبة الأصلية يعاقب المتهم بعقوبة تكميلية أو أكثر حسب المادة 50 من قانون مكافحة الفساد،⁴ كما يمكن للمحكمة أي قسم الجرح أو الغرفة الجزائية بعد الاستئناف إعمال نص المادة 592 من ق إ ج وهذا بجعل العقوبة موقوفة التنفيذ كليا أو جزئيا إذا ارتى القاضي

¹ Sophie guillon_coudray, www.avocats.com.

². أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 121.

³. أنور محمود صدقي المساعدة، المرجع السابق، ص 400.

⁴. راجع المادة 50، القانون رقم 06 . 01، مرجع سابق.

الناظر في الملف إفادة المتهم بظروف التخفيف المستتبطة من الوقائع،¹ وبالنسبة للأفعال المبررة نطبق أحكام قانون العقوبات حسب المادة 39 و40 وهي سلطة تقديرية لقاضي الموضوع الناظر في ملف المتابعة.

وفيما يخص المحاولة كما عبر عليها المشرع في الفصل الثاني من قانون العقوبات فحسب المادة 31 منه فإن المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا إذا وجد نص صريح في القانون يجيز ذلك،² وما دام فعل منح امتيازات غير مبررة للغير مكيف جنحة حسب المادة 26 من القانون رقم 06-01 وما دام النص لا يشير إلى المعاقبة على المحاولة فلا مجال للحديث عن معاقبة من يكون في حالة المحاول لارتكاب هذه الجنحة، وكذلك الأمر بالنسبة للشروع في الجريمة مع الإشارة أن الموظف المتواجد في هذه الوضعية يمكن بدلا من ذلك أن يتابع تأديبيا. أما فيما يخص الإشارة إلى أحكام صدرت مثلا عن القضاء الفرنسي حمل فيها المسؤولية الجزائية لموظف رغم أن الصفقة تم إلغائها تبعا لملاحظات أبدتها مصالح الولاية فهذا مؤسس على أن النية الجرمية متوافرة في الموظف وأن وقف تنفيذ الصفقة لم يكن بإرادة الموظف بل بإرادة صاحب المشروع أي الإدارة.³

1- تقادم جريمة المحاباة:

حسب المادة 54 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁴ لا تتقادم الدعوى العمومية المتعلقة بجنحة منح امتيازات غير مبررة للغير إذا تم تحويل عائدات هذه الجريمة إلى الخارج وبمفهوم المخالفة إذا لم تحول عائدات هذه الجريمة إلى الخارج تتقادم الدعوى العمومية بمرور (3) ثلاث سنوات من يوم اقرار الجريمة وهذا حسب المادة 8 من ق إ ج.⁵

2. تقادم عقوبة جريمة المحاباة:

بالنسبة لتقادم العقوبة فإن العقوبة المحكوم بها ضد المسؤول عن جنحة منح امتيازات غير مبررة للغير لا تتقادم إذا تم تحويل عائدات هذه الجريمة إلى الخارج، وإذا لم تحول هذه العائدات فإن العقوبة تتقادم بمرور (05) خمس سنوات تحسب من تاريخ صيرورة حكم

¹ . راجع المادة 592، الأمر رقم 66 . 155، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² . راجع المواد 39، 31، 40، مرجع سابق.

³ . أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 122.

⁴ . راجع المادة 54، القانون رقم 06 . 01، مرجع سابق.

⁵ . المادة 08، الأمر رقم 66 . 155، مرجع سابق.

الإدانة نهائي إذا كانت العقوبة المحكوم بها 05 سنوات أو أقل، أما إذا كانت العقوبة المحكوم بها تتجاوز 05 سنوات حبس وهذا جائز حسب المادة 26 من القانون رقم 06-01 فإن تقادمها يكون مساويا للعقوبة المحكوم بها وهذا ما نصت عليه المادة 614 من ق إ ج.¹

المطلب الثاني: جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية

جريمة مرتبطة بالصفقات العمومية نصت عليها المادة 26 البند 2 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، وسوف نتطرق (أولا) إلى ركنها المادي مع تبيان صفة الجاني المتعاقد معه والنشاط الإجرامي للجريمة ثم نتناول (ثانيا) ركنها المعنوي وعقوبتها، مع التأكيد على ضرورة توفر الركنين المفترضين صفة الموظف والصفقة العمومية.

الفرع الأول: الركن المادي للجريمة

كانت هذه الأفعال مجرمة بالمادة 128 مكرر من قانون العقوبات² وبعد إلغائها عوضت في قانون مكافحة الفساد بالمادة 26 البند 2 التي جاءت كما يلي: "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين". وحسب هذا النص لقيام الجريمة يشترط المشرع أن يتميز الجاني بصفة معينة حددها حصرا في النص المذكور، كما حدد أفعالا محدد يأتيها هذا الشخص ودونها لا تقوم جريمة الاستفادة من سلطة و تأثير أعوان الهيئات العمومية

¹ . المادة 614، ، الأمر رقم 66 . 155، مرجع سابق.

² . "كل تاجر أو صناعي أو صاحب حرفة أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي يبرم ولو بصفة عرضية عقدا أو صفقة مع الدولة أو مع إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المشار إليها أعلاه للزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"

أولاً: : صفة الجاني المتعاقد معه

حسب هذا النص لقيام جرم الاستفادة من سلطات وتأثير أعوان الهيئات العمومية يشترط المشرع في الجاني صفات محددة، حيث ذكر حرفاً ونشاطات محددة على سبيل الحصر يمكن أن يكون ممارستها متهماً في هذه الجريمة، على عكس ما اشترطه المشرع في جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير¹ السابق دراستها وجرائم الصفقات العمومية الأخرى أين اشترط المشرع في الجاني أن يكون موظف، كما يشترط أيضاً المشرع في جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية أن يكون الجاني شخصاً طبيعياً أو معنوياً خاضعاً للقانون الخاص المتعاقد معه دون الفلاح الذي لم يشمل نص التجريم، في حين يشترط في الطرف الثاني في الجريمة الذي "يساهم" بسلطته وتأثيره داخل الهيئات المذكورة في نص المادة 26-2 التي يعمل بها أن يكون عوناً في هيئة إدارية.

ما يجب الإشارة إليه قبل تعريف النشاطات المذكورة في المادة 26-2 أن المشرع استهل النص بذكر التاجر والصناعي والحرفي والمقاول من القطاع الخاص، للوهلة الأولى يبدو أنه حصر الأشخاص الممكن مسائلتهم جزائياً في الجريمة محل الدراسة إلا أنه سرعان ما يرجع بنا إلى القاعدة وهذا عندما عم النص إلى كل شخص طبيعياً أو معنوياً من القطاع الخاص، لأن الأشخاص المذكورين بصفاتهم يدخلون أيضاً ضمن مفهوم الشخص الطبيعي أو المعنوي، وعليه يمكن القول أن الأشخاص المذكورين بصفاتهم ذكرهم المشرع على سبيل المثال لا الحصر وكان الأجدر بالمشرع أن يتطرق أولاً إلى القاعدة في التجريم ثم لا بأس أن يتطرق إلى أشخاص بصفاتهم يشاع عملياً وواقعياً أنهم معنيون أكثر من غيرهم بهذا النوع من الجرائم وهم:

- التاجر: حسب المادة الأولى القانون التجاري "يعد تاجراً كل شخص طبيعياً أو معنوياً يباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".²

- الصناعي: لا يوجد في القانون تعريفاً للصناعي ولكن على العموم لا يخرج في مفهومه عن ذلك الشخص أو العون الذي ينشط أو يستثمر في مجال الصناعة مهما كان نوعها سواء الثقيلة أو الخفيفة في كل القطاعات.

¹ . المادة 26، البند 01، القانون رقم 06 . 01، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² . الأمر رقم 75 . 59، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- الحرفي: يمكن تعريفه بأنه كل شخص طبيعي يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 05 من القانون المتعلق بالحرفي¹ يثبت تأهिला ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل الذي يتقنه و يتولى إدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته، وفوق هذا مسجل شخصيا في سجل الصناعات التقليدية والحرف، وعرفه الفقه بأنه كل من يمارس نشاطه الصناعي اليدوي بمفرده أو يساعده في ذلك عدد قليل من العمال أو الاستعانة ببعض الآلات التي يديرها بنفسه.²

- المقاول: لم يعرفه أيضا المشرع ولكنه عرف المقاول في المادة 549 من القانون المدني واستنادا على هذا النص يمكن القول أن المقاول هو كل شخص مؤهل يقوم بصنع شيئا أو انجاز أشغال وبصفة عامة يؤدي عملا لصالح شخص آخر هو المتعاقد معه مقابل أجر.³ أما بالنسبة للاستدراك الذي أتى به المشرع في المادة 26-2 بعد أن ذكر الأشخاص السابق تعريفهم وهذا عندما ذكر كل شخص طبيعي أو معنوي بشرط أن يكون من القطاع الخاص فهذا التخصيص راجع إلى كون المشرع يستبعد تحمل الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية ذات الطابع الإداري الخاضعة للقانون العام المسؤولية الجزائية كما هو واضح في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات،⁴ هذا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة أما بالنسبة لصفة أعوان الهيئات المذكورة في المادة 26-2 أي أعوان المصلحة المتعاقدة فإن تساؤلات تطرح حول صفتهم وحول هذه الهيئات في حد ذاتها ما دام المشرع قد ألغا قانون الصفقات رقم 10-236 ولا سيما المادة 2 منه والتي عوضت بالمادة 06 في قانون الصفقات الجديد رقم 15-247 والتي تبدو أنها ذكرت أشخاص عمومية معنية بالصفقات العمومية تختلف عن الأشخاص المذكورين في المادة 26-2 من قانون الوقاية من الفساد. كما تطرح إشكالية أخرى تتمثل في متابعة هؤلاء الأعوان، هل تتابعهم النيابة كشركاء في الجريمة أم كفاعلين أصليين. من خلال نص المادة 26-2 نسجل أن هذه الجريمة تقوم بأفعال صادرة بصفة عامة عن شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص ولكن هذا الشخص لا يمكنه أن

¹ . القانون رقم 96 . 01، المتعلق بالحرفي، مرجع سابق.

² . حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة ، الجزائر سنة 2002، ص 17.

³ . المادة 549، الأمر رقم 75 . 58، معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁴ . راجع المادة 51 مكرر، الأمر رقم 66 . 156، مرجع سابق.

يرتكب الفعل المادي بصفة منفردة بل يحتاج إلى شخص آخر سماه المشرع في المادة نفسها بعون الهيئة العمومية أي أن المشرع لم يقل موظف وبالتالي هل هناك فرق بين الموظف والعون العمومي، الموظف تم التطرق إلى مفهومه أما العون العمومي فحسب الفقه فهو موظف في هيئة عمومية ولكن يكون صاحب سلطة وله تأثير في صنع القرار.¹ وبالتالي فالشخص المقصود هنا هو رئيس أو مدير هذه الهيئة الإدارية أو مسؤول مختص بإبرام الصفقات العمومية وليس أي موظف فإذا تعلق الأمر بالدولة كمصلحة متعاقدة فإن المعنى بالمادة 2-26 هو الوزير أو أي موظف سامي مختص بإبرام الصفقات العمومية و قد يكون مدير المصالح غير المركزية على مستوى الولاية، وإذا تعلق الأمر بالجماعات الإقليمية كمصلحة متعاقدة فإن المعنى بالمادة 2-26 هو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نوابه أو الأمين العام للولاية أو البلدية أو رؤساء المصالح الفنية كرئيس مصلحة التجهيزات أو رئيس مصلحة الأشغال إلى غير ذلك من الأعوان أصحاب المسؤولية المخول لهم سلطة التأثير في قرارات الهيئات الإدارية المعنية بالتجريم حسب المادة 2-26 والمادة 6 من قانون الصفقات ومعلوم أن الموظف العادي ليس له بالضرورة سلطة التأثير في القرارات على خلاف كما قلنا الموظف المسؤول عن إدارة مصلحة أو مصالح معنية بإبرام الصفقات العمومية أو معنية بتلبية منفعة عامة.

أما بالنسبة للهيئات المعنية بالمادة 2-26 أي التي يعمل بها العون المحتمل تورطه في الجريمة محل الدراسة فالملاحظ أن هناك تباين في نوعها بالنظر إلى محتوى النص المذكور ومحتوى المادة 6 من قانون الصفقات رقم 15-247، المادة 2-26 ذكرت ما يلي الدولة الجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، المؤسسات العمومية الاقتصادية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أما المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 فذكرت ما يلي، الدولة الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية،² فقط هذه الأشخاص الاعتبارية معنية بتطبيق قانون الصفقات العمومية

¹ . عبد الحق دهبي، الطاهر كركري، جرائم المال العام ، إيديسوفت، المملكة المغربية، ط 1 2005، ص 92.

² . راجع المادة 06، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

وهي تختلف نوعا ما عن تلك المذكورة في المادة 26-2، إن المادة 06 من قانون الصفقات لم تذكر بالاسم المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وبالتالي إذا كانت غير معنية بأحكام قانون الصفقات العمومية في كل الأحوال فإنها معنية بالتجريم حسب المادة 26-2 من قانون مكافحة الفساد في كل الأحوال، في هذا الصدد يمكن أن نبدي بعض الملاحظات حول النصين:

الملاحظة الأولى: إن سبب التباين بين محتوى النصين راجع إلى حداثة المادة 06 من قانون الصفقات باعتباره صدر بالمرسوم الرئاسي 15-247 بتاريخ 16-9-2015 بينما المادة 26-2 من قانون مكافحة الفساد صدر بالقانون 06-01 بتاريخ 08-03-2006 معدل ومتمم بالقانون 11-15 كما أن المادة 26-2 كانت متطابقة مع المادة 02 من قانون الصفقات العمومية الملغى الصادر بالمرسوم الرئاسي 10-236 تاريخ 07/10/2010 وعليه فالتباين ظهر بعد إصدار قانون الصفقات العمومية الجديد.

الملاحظة الثانية: إن القاعدة المعمول بها في التجريم هي لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير إلا بنص وعليه فالمادة 26-2 تطبق على المخالفين بغض النظر على مضمون المادة 06 من قانون الصفقات.

الملاحظة الثالثة: هي أن المادة 08 من قانون الصفقات 15-247 تنص على أن المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما يكون نشاطها غير ممول من طرف الدولة أو الجماعات المحلية أي عندما تكون غير معنية بأحكام قانون الصفقات مجبرة على تكييف إجراءاتها في مجال التعاقد مع قانون الصفقات العمومية¹، وبالتالي فهي معنية بالتجريم حسب المادة 26-2 ليس فقط لأن عقودها مكيّفة مع تنظيم الصفقات العمومية بل نظرا لنص المادة 26-2 الذي ورد على سبيل العموم دون التفريق بين العمليات الممولة كليا أو جزئيا من طرف الدولة أو الجماعات المحلية أو تلك العمليات غير الممولة من طرفهم.

وفيما يخص المركز القانوني لعون الدولة الذي يستغل سلطته عند المتابعة، أي كيفية متابعة الأعوان التابعين للأشخاص الاعتبارية المذكورة في المادة 26-2 هل تتابعهم النيابة العامة كفاعلين أصليين أم شركاء في جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات

¹ . راجع المادة 08، مرسوم رئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

العمومية التي قلنا أنها لا تتحقق بمجرد مناورات أشخاص طبيعية أو معنوية خاضعة للقانون الخاص بل حتى تكون هذه الجريمة مكتملة يجب أن يتدخل عون الدولة مستعملا سلطته للتأثير في الصفقة حسبما ذكرته المادة 26-2، بالرجوع إلى الأحكام العامة في قانون العقوبات لا سيما المادة 41 و 42 منه¹ على التوالي نسجل أنه بالنسبة للفاعل الأصلي هو كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ذلك، والشريك هو من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد أو عاون الفاعل على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك، وعلى ضوء هاذين النصين نتساءل عن التكييف الذي ينطبق على أعوان الدولة إعمالا لنص المادة 26-2 المذكورة. لترجيح إحدى الفرضيتين يجدر بنا المرور إلى تحليل الركن المادي أو النشاط الإجرامي لجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية، يمكن القول على العموم ما دمنا لن نخض بعد في الركن المادي أن النشاط الإجرامي لهذه الجريمة هو قيام شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص بإبرام صفقة مع احد الهيئات المذكورة في المادة 26-2 للزيادة في ربحه بطريقة مخالفة للقانون عن طريق الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة مع زبائنه أو يقوم بالغش في نوعية المواد أو الخدمات التي يقدمها عادة أو يقوم بتعديل آجال التسليم أو التعيين للمواد والخدمات محل الصفقة، ويقوم بهذه الأفعال مستغلا سلطة ونفوذ أعوان الهيئات العمومية المتعاقد معها، فالنشاط الإجرامي يبادر به الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أما دور عون الدولة فهو تسهيل هذه المهمة مستعملا سلطته ونفوذه داخل الهيئة التي يعمل بها والنتيجة هي الزيادة في ربح الشخص المتعاقد معه، وقد ينال عون الدولة نظير ذلك نصيب من هذا الربح غير المشروع أو المزية المخالفة للقانون سواء ماديا أو معنويا.² وعليه يمكن القول أن النيابة العامة تتابع المتعاقد معه الشخص الطبيعي او المعنوي الخاص كفاعل أصلي عملا بنص المادة 41 من قانون العقوبات، وتتابع عون الدولة بصفته شريكا عملا بنص المادة 42 من قانون العقوبات.

ثانيا: النشاط الإجرامي لجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية
يقوم الركن المادي لجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية بنشاط

¹ . المادة 41 و 42، الأمر رقم 66 . 156، مرجع سابق.

² . أحمد عبد اللطيف ، جرائم الأموال العامة، دار النهضة المصرية، القاهرة 2002، ص 431.

مزدوج، الأول صادر عن الشخص الطبيعي أو المعنوي المتعاقد معه والثاني صادر عن عون الدولة يستغل وظيفته لمخالفة الاتفاق الحاصل بين الطرفين الأولى والمصلحة المتعاقدة مع الإشارة إلى أن نطاق الركن المادي لهذه الجريمة يشمل العقد الإداري والصفقة والملحق.

قبل التفصيل في النشاط الإجرامي لكل من الطرفين، يجدر بنا الرجوع أولاً إلى صياغة البند الثاني من المادة 26 محل الدراسة والتي تبدو غامضة وفيها لبس بالمقارنة من النص بالفرنسية بالنسبة للبعض، فالنص ورد كما يلي "كل تاجر.... من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة...التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات..."، اللبس حسب هذا الرأي¹ وارد في عبارات يطبقونها وعبارة لصالحهم التي ورد بصيغة الجمع، ويعتقدون بأن الصحيح هو ورودها بصيغة المفرد أي يطبقها ولصالحه مستدلين بأن "الهاء" تعود على التاجر أو الصناعي أو الحرفي، والواقع أن الفقرة 2 من المادة 26 ذكرت عدت أشخاص هم التاجر والصناعي والحرفي وغيرهم وبالتالي طبيعي جداً أن يقول المشرع يطبقونها ولمصالحهم فالهاء تعود على الجماعة أي كل الأشخاص المذكورين في بداية الفقرة، وبالتالي نعتقد أن نص الفقرة 2 محل الدراسة لا لبس فيه، أما بالنسبة للنشاط الإجرامي المشكل للركن المادي لهذه الجريمة فهو مركب بين نشاط الشخص المتعاقد معه ونشاط عون الدولة الذي يحصل بعد إبرام العقد أو الصفقة وأثناء التنفيذ عكس جريمة إبرام صفقة مخالفة للتشريع التي يكون النشاط الإجرامي فيها عند إبرام العقد أو الصفقة أو قبله.

تتقاطع مصلحة الشخص الطبيعي أو المعنوي المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مع عون الدولة حيث يستغل هذا التاجر أو الصناعي أو غيره من الأشخاص الصفقة العمومية للزيادة في الأسعار والغش في نوعية السلع والخدمات المقدمة بتواطؤ مع هذا العون الذي يستعمل سلطته داخل الهيئة العمومية للتأثير على المصلحة المتعاقدة لتمرير الأسعار التي يفرضها المتعاقد معه أو قبول السلع والخدمات المقدمة من طرفه ولو كانت مخالفة للشروط المحدد في دفتر الشروط. وعليه نحدد النشاط الإجرامي لكل من المتعاقد معه وعون الدولة كما يلي:

1 (النشاط الإجرامي بالنسبة للمتعاقد معه:

على خلاف ما يعتقد البعض في أن هذا المتعاقد معه سواء كان شخص طبيعي

¹. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 128.

أو معنوي يقوم بدور سلبي في هذه الجريمة¹ إلا أننا نرى أنه يقوم بدور إيجابي يتمثل في رفع أسعار السلع أو الخدمات التي يوردها للمصلحة المتعاقدة وهذا بالمقارنة مع الأسعار التي يتعامل بها في العادة، أو يقوم بتقديم سلع وخدمات بنوعية رديئة للمصلحة المتعاقدة، أو يقوم بتعديل آجال تسليم هذه البضاعة والخدمات بشكل يخدم مصلحته ويضر بمصلحة المصلحة المتعاقدة، مع العلم أن دفتر الشروط الموافق عليه يفرض عليه تقديم سلع وخدمات بنوعية معينة. ويبقى الإشكال مطروح في عبارة "الأسعار التي يطبقونها عادة" فالصياغة توحي إلى أن هناك أسعاراً محددة مسبقاً من طرف هذا التاجر أو غيره من التعاقدين يقوم برفعها بمناسبة تنفيذ هذه الصفقة، وهذا الوضع يصدق في حالة اتفاق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على نوعية السلع والخدمات² دون تحديد الثمن بدقة حيث يتم الاتفاق مثلاً على الحد الأدنى والحد الأقصى أو يتم الاتفاق على السلع والخدمات تاركين الثمن للسوق فيغتنم المتعاقد معه هذه الصيغة للرفع من الثمن إلى أقصى حد مكبدا المصلحة المتعاقدة خسارة كبيرة.

(2) النشاط الإجرامي بالنسبة لعون الدولة:

ورد في الفقرة 2 المادة 26 أن المتعاقد معه يستفيد من سلطته وتأثير أعوان الهيئات المذكورة، و ورود حرف "أو" بين السلطة والتأثير يعني أن كل منهما . السلطة أو التأثير. تصرف مستقلة عن الآخر أي يمكن أن يستفيد هذا المتعاقد من سلطة عون الدولة أو يستفيد من تأثيره داخل المصلحة المتعاقدة³ كما يلي:

أ . الاستفادة من سلطة عون الدولة:

يجب أن يكون هذا العون صاحب سلطة داخل المصلحة المتعاقدة وهو الوضع الشائع كأن يكون مدير هيئة عمومية أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وقد لا يكون هذا العون صاحب سلطة داخل المصلحة المتعاقدة ولكنه مسؤول على هيئة أو جهة أعلى من المصلحة المتعاقدة كأن يمارس الوالي سلطته على أحد الهيئات التابعة له بصفتها مصلحة متعاقد، وفي هذه الحالة تشمل المسائلة كل من صاحب السلطة أي رئيس الإدارة والمرووس

¹ . راجع مثلاً ضحوي المسعود ، مرجع سابق، ص 181.

² . يمكن أن يكون التلاعب في دفتر الشروط بحيث يتم إعداده على المقاس.

³ . راجع المادة 26 البند 2، القانون رقم 06 . 01، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الذي خضع لهذه السلطة الممارسة بطريقة مخالفة للقانون .

ب . الاستفادة من تأثير عون الدولة:

لا يشترط هنا أن يكون عون الدولة صاحب سلطة بل يكفي تأثيره في قرارات المصلحة المتعاقدة فيما يخص الصفقة التي يتحایل فيها المتعاقد معه في السعر أو في نوعية السلع أو الخدمات الموردة للمصلحة المتعاقدة، ويجب أن يشغل هذا العون وظيفة مهمة وله تأثير في صناعة القرار، كأن يكون موظف في المصالح التقنية للبلدية أو مديرية التعمير والبناء، أو يكون تقني أو مهندس مكلف بمتابعة الأشغال التي ينجزها المتعاقد معه الذي يغش في مواد البناء المستعملة في الأشغال ويقوم هذا التقني أو المهندس بإعداد تقرير عن سير الأشغال يدون فيه خلافا للحقيقة أن المقاول القائم بالأشغال يستعمل مواد بناء ذات جودة عالية وفق دفتر الشروط والنتيجة تكبد المصلحة المتعاقدة خسائر فادحة وتحقيق القائم بالأشغال فوائد كبيرة.

ج . الغرض من استغلال سلطة وتأثير عون الدولة:

بالنسبة للمتعاقد معه حددت المادة 26-2 الغرض من استعمال سلطة وتأثير عون الدولة للزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات الموردة، أو التعديل في أجل التسليم أو التموين، فنية المخالف تتجه لتحقيق واحدة أو أكثر من هذه الأهداف بطريقة غير مشروعة للزيادة في الربح، وبالنسبة للعون العمومي سواء استغل سلطته أو نفوذه فان هدفه هو الحصول على مقابل مادي أو منفعة لنفسه أو لغيره ولهذا يطلق بعض من الفقه على هذه الأفعال التي يأتيها الموظف بجريمة الترشح.¹

ج1 . الزيادة في الأسعار: يمكن أن يتضمن دفتر الشروط الحد الأدنى والحد الأقصى لسعر الوحدة، ويمكن أن يحصل الاتفاق على الشراء دون تحديد الثمن بالمرة، وفي الحالتين يحصل تواطئ بين المتعاقد معه والعون العمومي على رفع السعر إلى حده الأقصى سواء وفقا لدفتر الشروط أو بالنظر إلى السعر الذي يبيع به المتعاقد معه عادة.

ج2 . التعديل في نوعية المواد أو الخدمات: قد يتضمن دفتر الشروط المتفق عليه على توريد مواد أو خدمات بنوعية معينة سواء ذات جودة أو جودة عالية، ولكن بعد دخول

¹ . أحمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ص 431_439.

الصفقة حيز النفاذ يتحايل المتعاقد معه مستغلا سلطة أو نفوذ عون الدولة للمصلحة المتعاقدة لتوريد سلع أو خدمات أقل جودة وبالسعر المتفق عليه وهذا للزيادة في ربحه.

ج3 . التعديل في آجال التسليم أو التموين: قد يتضمن دفتر الشروط على مواعيد تسليم الأشغال أو الخدمات أو ميعاد التموين بالسلع سواء يوميا أو أسبوعيا أو شهريا أو غير ذلك وبغرض الزيادة في الربح أو لتجاوز ضائقة مالية يتحايل المتعاقد معه مستغلا سلطة أو تأثير عون الدولة لتغيير هذه الآجال، وإذا كان المتعاقد معه حقق منفعة شخصية فإن المصلحة المتعاقدة تكون قد تكبدت خسارة مادية أو معنوية كبيرة.

(3) نطاق الركن المادي في جريمة الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الدولة:

حسب الفقرة 02 من المادة 26 من قانون الفساد فإن نطاق هذه الجريمة يشمل العقد الإداري والصفقة العمومية، فهل هذا يعني أن الملحق غير معني بهذه الجريمة أي هل الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الدولة يكون فقط بالنظر إلى ما تم الاتفاق عليه في الصفقة أم أنه يمكن أن نتصور اتفاقا يحصل بين المتعاقد معه والمصلحة المتعاقدة بموجب ملحق كما تنص المادة 135 وما يعادلها من قانون الصفقات رقم 15-247 وتم مخالفته أثناء التنفيذ بتواطئ مع عون الدولة. إذا كان المجال الأول أي الصفقة العمومية مفروغ منه ولا إشكال في ذلك فإن الملحق يمكن بدوره أن يكون مجالا للتحايل بل إن الواقع يثبت أن الفساد غالبا ما يكون في الملحق، بحيث يتم الاتفاق على بعض تفاصيل الصفقة أو مكملاتها ثم يحصل تدليس ومخالفات من طرف المتعاقد معه والعون العمومي وفي هذا الصدد يمكن أن نكون أمام فرضيتين :

أ . الفرضية الأولى: هي التفسير الحرفي والضيق للمادة 2/26 وعليه نقول أن نطاق هذه الجريمة هو فقط العقد الإداري والصفقة العمومية دون الملحق الذي لم يذكر صراحة بالمقارنة مع الفقرة الأولى من نفس المادة المتعلقة بجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير أين ذكر المشرع صراحة الملحق كمجال لهذه الجريمة، السؤال المطروح هل الأمر مقصود وبالتالي تكون هذه الفرضية سليمة أم أن الأمر يتعلق بسهو وقع فيه المشرع أو حتى تجنب التكرار وفي هذه الحالة تكون الفرضية غير سليمة تستدعي البحث.

ب . الفرضية الثانية: هي القول بأن المادة 136 من قانون الصفقات رقم 15-247

تنص على أن الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفحة¹ وبالتالي النص على الصفقة كمجال للركن المادي للجريمة محل الدراسة يعني عن ذكر الملحق صراحة في صلب المادة 26-2 وعليه يتوسع نطاق هذه الجريمة إلى الملحق دون النص عليه.

ولترجيح إحدى الفرضيتين يبدو أن التفسير الثاني سليم ومنطقي وأكثر واقعية لأن الفساد في الصفقات العمومية غالبا ما يكون نطاقه الملحق، وبالتالي إقصاء هذا الأخير من نطاق جريمة استغلال النفوذ يعني تشجيع الفساد وطريقة لإفلات العديد من المجرمين من المسائلة الجزائية مع العلم أن القانون رقم 01.06 وجد للوقاية من الفساد ومكافحته فكيف نكافح هذه الظاهرة إذا سلمنا بالفرضية الأولى مع العلم أنها مؤسسة أيضا بالاعتماد على مبدأ شرعية التجريم.

الفرع الثاني: الركن المعنوي وقمع الجريمة

لا تقوم الجريمة إلا بتوافر الركن المعنوي الى جانب الركن المادي السابق دراسته وكذا الركن الشرعي كما يعبر عليه فقها والمتمثل في النص المجرم لهذه الأفعال في قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، أما بالنسبة للعقوبة المقررة لمرتكب هذه الجريمة فهي نفسها المقررة لمقترف جريمة المحاباة.

أولا: القصد الجنائي لجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية

يقوم الركن المعنوي لجريمة الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين بغرض الحصول على امتيازات غير مبررة على القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، وبالتالي توصف مثل هذه الجريمة بالقصدية²، حسب المادة 26 دائما يتمثل القصد الجنائي العام في اتجاه إرادة الجاني إلى الاستفادة من سلطته أو تأثير العون العمومي وهو عالم بنفوذه داخل المصلحة المتعاقدة³، فالمتعاقد معه لن يغامر برفع الأسعار أو تغيير نوعية السلع والخدمات أو تعديل آجال التسليم أو التموين لولا علاقته بهذا العون العمومي وتأكده بإمكانية الاستفادة من نفوذه داخل المصلحة المتعاقدة، ويتمثل القصد الجنائي الخاص في اتجاه إرادة الجاني إلى الحصول على امتيازات مادية وهو يعلم أنها غير

¹ . المادة 136، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في القانون الجنائي العام ، دار الهدى، الجزائر 2012، ص 154.

³ . أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 130.

مشروعة لا يستحقها، وبالتالي فالسبب الدافع إلى الاستفادة من سلطة أو تأثير العون العمومي هو الحصول على فوائد وامتيازات غير مبررة جراء الرفع من الأسعار وتغيير نوعية السلع والخدمات الموردة أو المستعملة في الأشغال وكذا التعديل في آجال التسليم والتموين. على القاضي الناظر في الملف أن يبين في حكمه القصد الجنائي العام والخاص، وأن يبين المخالفة والتدليس الذي وقع من المتعاقد معه سواء كان ذلك برفع الثمن أو تغيير نوعية السلع والخدمات أو غيره كما يبين تأثير العون العمومي في قرارات المصلحة المتعاقدة، بالنسبة للقصد الجنائي الواجب توافره في العون العمومي هو أيضا عام وخاص، ما دام متابع كشريك في نفس الملف فبكون هذا العون على علم باتجاه إرادة المتعاقد معه إلى الاستفادة من سلطته أو تأثيره داخل المصلحة المتعاقدة، ومن جانبه يقوم بكل حرية بهذا الدور المؤثر حتى يستفيد المتعاقد معه من امتيازات هو يعلم العلم اليقين أنها غير مبررة، ولا يشترط هنا حصوله على مقابل مادي أو معنوي ولا يشترط أيضا أن يلحق بالمصلحة المتعاقدة خسارة مقدرة بنسبة معينة،¹ وعلى القاضي أن يبين أيضا في حكمه الدور الذي قام به العون العمومي واتجاه إرادته إلى هذا الفعل.

ثانيا: قمع الجريمة

يطبق على جريمة الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين نفس الأحكام المقررة لجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير، وعليه يعاقب الشخص الطبيعي سواء تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول خاضع للقانون الخاص المتابع بهذه الجنحة كفاعل أصلي طبقا لنص المادة 26-2 بالحبس من سنتين(2) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، ونسجل نفس الملاحظة التي أبديتها عند معالجة جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير والمتعلقة بالحد الأقصى لهذه الجريمة والتي جعلها المشرع 10 سنوات حبس فرغم كونها جنحة إلا أن المشرع شدد في عقوبتها وهذا من قبل الوقاية من الفساد ومكافحته خاصة إذا تعلق الأمر بقطاع حساس هو الصفقات العمومية الطريقة المثلى في صرف المال العام، أكثر من هذا أجازت المادة 50 من قانون الوقاية من

¹ . إذا تعيق الأمر بجريمة التزح بصفة عامة كما هو معمول به في القانون المصري فإن حصول الموظف على مقابل مهما كانت طبيعته ضروري لقيام الركن المادي لهذه الجريمة، أنظر في هذا الباب أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص

الفساد ومكافحته معاقبة الجاني بعقوبة تكميلية حسب المادة 09 من قانون العقوبات.¹ أما إذا كان المتابع بهذه الجنحة شخص معنوي فإن العقوبة المقررة له حسب المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته محددة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات وتتمثل في الغرامة المالية كعقوبة أصلية تساوي مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، وما دام الحد الأقصى للغرامة حسب نص المادة 26-2 هي 1.000.000 دج فالعقوبة تكون من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، بالإضافة إلى عقوبات تكميلية أخرى واحدة أو أكثر، حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات وهي العقوبة المثلى للمدان بالجريمة محل الدراسة، المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة.²

أما بالنسبة لعون الدولة المتورط مع الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص المتعاقد معه، فيمكن متابعته كما قلنا كشريك عملاً بنص المادة 42 من قانون العقوبات، وحسب المادة 44 منه يعاقب بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي أي الحبس والغرامة،³ ونسجل هنا ملاحظة أخرى حول العقوبة المقررة للفاعل الأصلي والشريك، أن القاضي يحكم على المدان بالحبس والغرامة معاً كعقوبتين أصليتين وهذا يستشف من صياغة المادة 26 من قانون الفساد التي ربطت بين العقوبتين بحرف الواو الذي يفيد الجمع بين العقوبتين.⁴

كما نشير إلى أنه يطبق على هذه الجنحة نفس الأحكام المطبقة على جنحة منح امتيازات غير مبررة للغير فيما يخص وقف تنفيذ العقوبة عملاً بنص المادة 592 ق إ ج،

¹ . المادة 09، الأمر رقم 66 . 156، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06 . 23، المؤرخ في 20/12/2006، ج ر، عدد 84، الصادر بتاريخ 24/12/2006.

² . المادة 18 مكرر، الأمر رقم 66 . 156، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ . المادة 42 و 44، الأمر نفسه.

⁴ . نفس الملاحظة نسجلها على العقوبة المقررة لمقترف جريمة منح إمتيازات غير مبررة للغير .

وكذلك فيما يخص الأفعال المبررة حسب المادة 39 و 40 من قانون العقوبات وكذلك فيما يخص المحاولة أو الشروع، ولو أنه في هذه النقطة نسجل أن نص المادة 128 مكرر من قانون العقوبات الملغاة¹ والتي عوضت بالمادة 26 من قانون الفساد كانت تنص في فقرتها الأخيرة على المعاقبة على الشروع في جنحة الاستفادة من سلطة أو تأثير الأعوان العموميين، ولكن هذه الفقرة سقطت في المادة 26 من قانون الفساد، وعليه نقول أنه لا مسؤولية على الشروع في هذه الجريمة، يمكن فقط أن يتعرض هذا العون إلى المسائلة التأديبية، وحول تقادم الجريمة والعقوبة تطبق نفس الأحكام المطبقة على جنحة منح امتيازات غير مبررة للغير حسب المادة 54 من قانون الفساد.

المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

الرشوة أو كما يعبر عليها آخرون بجريمة قبض عمولات من الصفقات العمومية أصبحت ظاهرة في المجتمع وفي الإدارة العمومية لأغلب الدول وبشكل لافت،² وهي من أخطر جرائم الفساد ونظرا لذلك شدد المشرع عقوبتها حتى أصبحت تضاهي عقوبة الجناية رغم تكييفها جنحة، وفي مجال الصفقات العمومية أفرد لها المشرع نص خاص هو المادة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالفساد إلى جانب نص المادة 25 الذي يجرم الرشوة بصفة عامة وفي كل المجالات والمادة 40 من نفس القانون التي تجرم الرشوة في القطاع الخاص، ونظرا لخطورة هذه الجريمة انخرط البنك الدولي في محاربة هذه الجريمة الظاهرة وهذا سواء على مستوى البحث في تأصيل هذه الجريمة وأسباب ارتكابها أو على مستوى آليات وطرق محاربتها والوقاية منها.³

ولإحاطة بكل جوانب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يستحسن التطرق إلى ما يسمى بأنظمة الرشوة أي نظام وحدة الرشوة ونظام ثنائية الرشوة حتى نتمكن من تحديد موقف المشرع الجزائري منهما وكذا أركان الجريمة وقمعها.

¹ . الفقرة 02، من المادة 128 مكرر " ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجناح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة.

² . سعيد بايش، ظاهرة الرشوة في الإدارة العمومية ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، المملكة المغربية 2002_2003 ، ص 11.

³ Jean_ jacques verdeaux,op_cit,p 129

الفرع الأول: أنظمة جريمة الرشوة بصفة عامة وموقع جريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري جريمة الرشوة سواء في نصوص قانون العقوبات الملغاة، أو في القانون رقم 06-01، وعليه سوف نعرض بعض التعاريف لفقهاء قانون العقوبات، هناك عدة تعاريف لجريمة الرشوة وجميعها تتقاسم بعض المفاهيم ولكن بمصطلحات مغايرة، ولا يختلف مفهوم الرشوة في الصفقات العمومية عن الرشوة بصفة عامة إلا في المجال الذي بمناسبة تمنح الرشوة للموظف أو يقبضها أو يطلبها وهو إبرام صفقة عمومية أو ملحق. حسب الأستاذ جندي عبد المالك نقلا عن الأستاذ جازو "الرشوة بمعناها العام هي اتفاق بين شخصين يعرض أحدهما على الآخر جعلاً أو فائدة ما فيقبلها لأداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفته أو مأموريته"¹، وعرفها آخر بأنها "جريمة من جرائم الموظف العام ضد الإدارة العامة وهي قد تأخذ صورة الرشوة السلبية أو الإيجابية"². أما بالنسبة للأنظمة المعالجة لجريمة الرشوة فهي نظام وحدة الرشوة ونظام ثنائية الرشوة.

أولاً: أنظمة الرشوة بصفة عامة حسب الفقه والتشريع المقارن

لتجريم فعل الرشوة هناك نظامان يعتمد المشرع على أحدهما أو كلاهما لتنظيم جريمة الرشوة، وهما نظام وحدة الرشوة ونظام ثنائية الرشوة.³

1) نظام وحدة الرشوة:

حسب هذا النظام الرشوة جريمة واحدة يقترفها الموظف العام الذي يتخذ وظيفته وسيلة لكسب المال أو غيره من المنافع بطريقة غير مشروعة، وعليه فهو فاعل أصلي ما دام القصد من الجريمة هو المتاجرة بسلطة وظيفته، أما مقابله فيصطلح عليه بالراشي ما دام هو من يدفع الرشوة، ويكيف مركزه في الجريمة بالمساهم ولا يمكن أن نتصور أن جريمة الرشوة تقوم على شخص واحد، دائماً هناك راشي ومرتشي وهذا باعتبار هذا النوع من الجرائم يصنف في خانة الجرائم ذات الفاعل المتعدد، ونظراً لذلك وفي غياب نص المشرع صراحة

¹ . جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع (رشوة ، ظروف الجريمة)، دون الناشر، طبعة 2008، ص4.

² . علاء زكي، جرائم الاعتداء على الدولة (جرائم القسم الخاص في قانون العقوبات)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، سنة 2004، ص 9.

³ . راجع في هذا الباب على سبل المثال لا الحصر، عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها، فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص ص 32-34، علاء زكي، مرجع سابق، ص ص 9-11.

على معاقبة شروع راشي الموظف إلا إذا اقترن ذلك مع رفض الموظف أخذ الرشوة وقام بالتبليغ.

2) نظام ثنائية الرشوة:

على خلاف النظام الأول حسب نظام ثنائية الرشوة هناك جريمتين واحدة يقترفها الموظف والثانية يقترفها شخص طبيعي أو معنوي صاحب مصلحة وكلاهما فاعل أصلي، ولأن الوقائع واحدة تكون المتابعة في ملف واحد في أغلب الأحيان، ومن الناحية الموضوعية لا يمكن أن نتصور تورط الموظف في جريمة رشوة إذا لم يكن هناك شخص آخر متورط معه كراشي وعليه فإن المشرعين الذين ينظمون جريمة الرشوة بالاعتماد على هذا النظام يفرقون بين جريمتين، الجريمة الأولى توصف بالسلبية، يرتكبها الموظف يصطلح عليها الرشوة السلبية، الجريمة الثانية توصف بالإيجابية يرتكبها شخص طبيعي أو معنوي صاحب مصلحة ويصطلح عليها بالرشوة الإيجابية.

أ. **الجريمة السلبية:** يقترفها الموظف ويصطلح عليها بجريمة المرتشي أو الارتشاء، تتحقق عندما يطلب الموظف مقابلا عن خدماته أو يقبل عطاء أو وعدا من الغير يوصف بالراشي وعليه لتتحقق الجريمة السلبية يقتضي وجوبا وجود موظف في المعاملة حتى ولو رفض صاحب المصلحة التورط معه في هذه الجريمة.¹

ب. **الجريمة الإيجابية:** يقترفها صاحب المصلحة أي الراشي الذي يغري الموظف بالمال أو بخدمة أو مصلحة معينة مقابل خدمات معينة متصلة بوظيفة الموظف العام سواء بنفسه أو بواسطة غيره، ويستوي أن يسلم أو يعرض هذا الشخص على الموظف مقابل خدماته أو يكتفي بمجرد تقديم وعدا بتسليم مقابلا،² ونفس الملاحظة السابقة تنطبق على هذه الجريمة إذ لا تتحقق إلا بوجود موظف في مواجهة شخص صاحب مصلحة يعرض خدماته المتصلة بوظيفته أو يعده بذلك ولا يهم هنا قبول الموظف أم لا.³ واضح أن الجريمتين مستقلتين عن بعضهما ولا يشترط لقيام إحداها قيام الأخرى وجوبا إذ يمكن أن نتصور قيام الجريمة السلبية أي تورط الموظف كمرتشي وهذا بطلبه مقابلا عن الاتجار بوظيفته من صاحب

¹ . جندي عبد المالك، مرجع سابق، ص 6.

² . المرجع نفسه، ص 6.

³ . فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 35.

المصلحة الذي يرفض إعطائه شيء، وقد يذهب إلى حد التبليغ عنه والعكس صحيح،¹ ونظرا لذلك يكون كل من الراشي والمرتشي فاعلا أصلي، وقد يكون لكل منهما شركاء مستقلين عن الطرف الآخر، وقد يتابع كل منهما بالشروع دون الآخر.

ثانيا . موقع جريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري:

للإجابة على هذا التساؤل نقول أن المشرع في تعامله مع جريمة الرشوة بصفة عامة يختلف عن تعامله مع جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، ونلاحظ هذا الفرق سواء عندما كان المشرع ينظم جريمة الرشوة في قانون العقوبات أو عندما ألغى كل النصوص المتعلقة بالرشوة ونقلها إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الصادر سنة 2006.

بالنسبة لجريمة الرشوة بصفة عامة اعتمد المشرع على نظام ثنائية الجريمة وهذا واضح من خلال النصوص المجرمة لفعل الرشوة سواء في قانون العقوبات المواد 126 - 126 مكرر 129 - 130 حيث أفرد المشرع نص خاص للمرتشي أي الموظف الذي يرتكب جرم الرشوة حسب المادة 126 عقوبات "يعد مرتشيا..."²، وجرم فعل الرشوة الصادر عن صاحب المصلحة بموجب المادة 129 عقوبات ولو أنه لم يستعمل مصطلح الراشي إلا أنه جرم أفعالا تصدر عن شخص يتعامل معه الموظف، ولو فرضنا جدلا أن النيابة تابعة الموظف بجريمة الرشوة طبقا لنص المادة 126 عقوبات فإنه وفي غياب نص المادة 129 عقوبات كيف يتم التعامل مع صاحب المصلحة الذي قام بارشاء هذا الموظف، وعليه وجود نص المادة 129 عقوبات كفيل بتحميل صاحب المصلحة المسؤولية الجزائية. هذا الوضع انتقل إلى القانون رقم 06-01 المتعلق بالفساد لأن المشرع عندما ألغى النصوص السابقة في قانون العقوبات قام بنقلها إلى قانون مكافحة الفساد فأصبحت هي نفسها المادة 25 ولكن الملاحظ أن المشرع جمع فيها نصيين أو حكمين، الفقرة الأولى تعاقب الراشي الذي يعد أو يعرض رشوة على موظف مقابل الاستفادة من خدماته، والفقرة الثانية تعاقب الموظف المرتشي الذي يطلب أو يقبل رشوة مقابل خدمات يقدمها لصاحب المصلحة. وكذلك فعل المشرع في المادة 28 من قانون الفساد،³ في الفقرة الأولى يعاقب الراشي الذي يعد موظف

¹ . . فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 34.

² . راجع المادة 126، الأمر رقم 66-156، الملغاة بالقانون رقم 06-01، مرجع سابق.

³ . القانون رقم 06 . 01 ، مرجع سابق.

أجنبي أو موظف من منظمة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو يعرض عليه أو يمنحه ذلك مقابل الحصول على خدماته وهذا للحصول على امتيازات غير مستحقة في مجال التجارة الدولية، وفي الفقرة الثانية يعاقب الموظف الأجنبي أو الموظف في منظمة دولية عمومية الذي يتعاط الرشوة كمرتشي مقابل خدمات يقدمها للغير، ولكن المشرع هنا لم يحدد المجالات التي يقدم فيها الموظف خدماته، وعليه وبناء على قاعدة لا تضيق أو حصر إلا بنص فإن هذه الخدمات المقدمة من طرف الموظف الأجنبي تكون في كل المجالات ذات الصلة بوظيفته. ونفس المنهج اعتمده المشرع في المادة 40 من قانون الفساد التي تعاقب على الرشوة في القطاع الخاص،¹ في الفقرة الأولى يعاقب الشخص الراشي وفي الفقرة الثانية يعاقب الشخص المرتشي، وفي هذا المجال نسجل أن المشرع الفرنسي و الألماني مثلا انتهج نفس المنهج.²

وبالنسبة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية فحسب المادة 27 من قانون الفساد التي تقابل المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات قبل إلغائها³ نسجل أن المشرع اعتمد على نظام وحدة الرشوة، حيث يعاقب الموظف الذي يقبض أو يحاول أن يقبض رشوة مقابل خدمات يقدمها للمستفيد في مجال الصفقات العمومية، وبما أن المادة 27 من قانون الفساد لا تنص على معاقبة الراشي الذي يعرض أو يسلم رشوة للموظف يثور التساؤل حول المادة المتابع بها وكذا الوصف القانوني لهذا المستفيد أو الراشي مع العلم أن المنطق وكذا مبدأ المشروعية يستدعي أن في مواجهة الموظف المرتشي هناك حتما شخص سلم له أو وعده برشوة يوصف بالراشي وإلا لما قامت جريمة الرشوة ، والجواب على هذا التساؤل يحتمل فرضين:

. الفرضية الأولى: متابعة صاحب المصلحة وفقا لنص المادة 1/25 من قانون الفساد وهذا بصفته فاعل أصلي في جريمة إرشاء موظف مقابل الاستفادة من خدماته المتمثلة في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يختص به مع العلم أن المادة 25 لا تحدد المجال الذي بمناسبة تمنح الرشوة للموظف، فعموم النص يوحي أنه يمكن أن يكون مجال الرشوة هو

¹ . القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² . فادية قاسم ببيزون، مرجع سابق، ص 34.

³ . الملاحظ أن المشرع في المادة 128، مكرر 1 من قانون العقوبات لم يكن ينص صراحة على صفة الموظف كمرتشي.

الصفات العمومية أو غيره من المجالات والنشاطات، كما أن وضوح نص المادة 27 يدعم هذه الفرضية فالمادة تعاقب فقط الموظف دون الإشارة إلى مقابله الذي سلم له الرشوة أو يعده بها، أكثر من هذا العقوبة المقررة للموظف المرتشي حسب المادة 27 هي أشد من العقوبة المقررة للراشي حسب المادة 25، حيث تعاقب الأولى الجاني بالحبس من عشرة (10) سنوات حبس إلى عشرين (20) سنة وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج بينما تعاقب المادة 25 الجاني بالحبس من سنتين (2) حبس إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 2000.000 دج إلى 1.000.000 دج وعليه يمكن للمتهم أن يتمسك بنص المادة 25 بدل المادة 27 بناء على قاعدة القانون الأصلح للمتهم¹ والأصلح له بطبيعة الحال هي المادة 25 من قانون الفساد.

. الفرضية الثانية: متابعة صاحب المصلحة أو الراشي كشريك للموظف طبقا لنص المادة 27 من قانون الفساد وهذا مؤسس على أن المشرع يعاقب على الرشوة بأكثر من نص، المادة 25 تعاقب الراشي كفاعل أصلي بينما تعاقب المادة 27 الموظف المرتشي كفاعل أصلي.

الملاحظ أيضا وهذا مهم أن المشرع خصص للرشوة في مجال الصفقات العمومية نص خاص هو مادة 27 من القانون رقم 01.06 وجعل للموظف المرتشي عقوبة أشد من العقوبة المقررة لموظف آخر استلم رشوة في مجال غير الصفقات العمومية حسب المادة 25 من نفس القانون والمقصود من وراء تشديد العقوبة في المادة 27 محاربة الرشوة التي تفتت في مجال الصفقات العمومية وغايتها هي ردع المتورطين فيها، لكن يبقى السؤال المطروح لماذا لم ينص المشرع في المادة 27 على معاقبة صاحب المصلحة الراشي واكتفى بمعاقبة الموظف العمومي إن هذا النهج يمكن أن يندرج في إطار نظرة جديدة للمشرع لمحاربة ظاهرة الرشوة فالتطور الذي حصل أن الموظف أصبح فاعلا رئيسيا في جريمة الرشوة إذ لم يعد يكتفي بدوره السلبي الكلاسيكي أي تلقي عروض الرشوة بل أصبح يقوم بدور إيجابي يتمثل في مناورات الغرض منها إجبار صاحب المصلحة على عرض الرشوة من خلال تعطيل مشاريعه على مستوى الإدارة أو من خلال الإفراط في البيروقراطية فيكون المستفيد مضطرا لمسايرة نزوات هذا الموظف فيعرض عليه الرشوة.

¹ . المادة 2 ، الأمر رقم 66-156، تنص على هذا المبدأ بعبارة مغايرة أي القانون الأقل شدة.

ودفعا بالنقاش إلى الأمام نقول أن متابعة صاحب المصلحة أو الراشي بصفته شريكا للموظف بناء على المادة 27 بدل المادة 25 من قانون الفساد اقرب الى المنطق و تحقيقا لإرادة المشرع المتجهة إلى معاقبة الموظف المرتشي في مجال الصفقات العمومية بأشد عقوبة، وكذلك ينال صاحب المصلحة الراشي نفس المصير أي معاقبته بعقوبة أشد وفقا لنص المادة 27 كشريك بدل المادة 25 الأقل تشددا مع العلم أن المادة 44 من قانون العقوبات تقرر للشريك نفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي.¹

أما فيما يخص قاعدة القانون الأصلح للمتهم فإن المادة 02 من قانون العقوبات لا يمكن إعمالها في حالة المتابعة بناء على نص المادة 27 بدل المادة 25 من قانون الفساد لعدم توفر شروط هذا المبدأ، بل إن القاعدة التي يمكن إعمالها بتحفظ² هي قاعدة الخاص يقيد العام فمعلوم أن المادة 27 تخص جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في حين المادة 25 تخص الرشوة في كل المجالات.

وعليه بين الغرضين يبدو أن الفرضية الثانية المتمثلة في متابعة صاحب المصلحة الراشي كشريك للموظف طبقا لنص المادة 27 من قانون الفساد هي الأقرب للصحة وللمنطق القانوني السليم والأكثر تجسيدا لإرادة المشرع المتجهة إلى محاربة الفساد بكل أشكاله وطرقه في مجال الصفقات العمومية تحديدا، كما أن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد يفسر أيضا هذا النهج.

وعودا على بدأ فعندما قلنا أن المشرع الجزائري انتهج نظام وحدة جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أصبح الرأي الثاني أكثر انسجاما في هذا الخصوص، لأنه في ظل نظام وحدة جريمة الرشوة يعاقب المشرع بنص واحد كلا المتورطين سواء الراشي أو المرتشي كفاعل أصلي أما مقابله فتتم متابعته كشريك، والنهج الذي اختاره المشرع الجزائري لتنظيم جريمة الرشوة في الصفقات العمومية سبقه إليه مشرعين آخرين ومنهم المشرع المصري³ والمشرع الفرنسي⁴ الذي كثيرا ما يستلهم منه مشرعنا.

¹ . المادة 44، الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

² . نقول بتحفظ لأن دفاع المتهم يمكن أن يناقش المتابعة متمسكا بنص المادة 25 من القانون رقم 06-01 بدل المادة 27 التي لا تنص على معاقبة الراشي صاحب المصلحة.

³ . علاء زكي ، المرجع السابق، ص 11.

⁴ Nicolas charrel, op-cit, p57

الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية

قبل التطرق إلى الركن المادي لجريمة الرشوة حسب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد يجب الإشارة إلى الركن المفترض المتمثل في صفة الجاني حيث يشترط أن يكون موظفا وكذا الركن المفترض الثاني الصفة العمومية، ويجب الإشارة إلى الأشخاص المعنوية العامة المعنية أيضا بهذه الجريمة ليس بصفقتها متهمة بل باعتبارها أحد أطراف العقد الإداري أو الصفة العمومية المشوبة بالفساد بفعل أحد موظفيها.

قراءة المادة 27 من قانون الفساد مع المادة 06 من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 يدفعنا للاعتقاد بأن هناك تباين في ما يخص الأشخاص المعنية بأحكام الصفقات العمومية نظرا لورود كل من المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية في نص المادة 27 من قانون الفساد دون ذكرها في المادة 06 من قانون الصفقات العمومية صراحة والواقع هو غير ذلك فالمشرع عندما ألغى المادة 02 من قانون الصفقات رقم 10-236 عوضها بالمادة 06 من قانون الصفقات الساري غير في صياغة الفقرة الأخيرة منها وهذا بالنص على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، ومن خلال هذه الفقرة يمكن القول أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية تدخل أيضا في مفهوم الفقرة الأخيرة من المادة 06 المذكورة¹ وفي كل الأحوال لا أثر على بناء المادة 27 التي تمثل الركن الشرعي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

و بالنظر إلى مضمون المادة 27 نتناول النشاط الإجرامي لهذه الجريمة ومسؤولية الموظف الذي يعدل عن استكمال النشاط الإجرامي بمحض إرادته ومسؤولية الوسيط متبوعا بالقصد من دفع الرشوة وفيما تتمثل الرشوة المستلمة من طرف الموظف .

أولا : النشاط الإجرامي وحالات دفع الرشوة في مجال الصفقات العمومية

قراءة المادة 27 من قانون الفساد مع المادة 25 من نفس القانون المتعلقة بالرشوة بصفة عامة يتركنا نسجل أن هناك فرق بين النشاط الإجرامي لكلا الجريمتين، ويظهر هذا الاختلاف أيضا من خلال الحالات التي تدفع فيها الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

1. النشاط الإجرامي:

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وفي المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تناولها في المادة 02، مرجع سابق.

في المادة 25 تناول المشرع صورتين من النشاط الإجرامي، الأول يقوم به صاحب المصلحة بصفته راشي والنشاط الإجرامي الثاني يقوم به الموظف بصفته مرتشي، وفي المادة 27 تناول المشرع نشاطا إجراميا واحدا هو ذلك الصادر عن الموظف الذي يقبض أو يحاول أن يقبض رشوة من الغير، وكما قلنا سابقا يبدو أن المشرع أراد أن يواكب التطور الذي حصل في جريمة الرشوة وخاصة في مجال الصفقات العمومية حيث لم يعد الموظف ينشط بشكل سلبي بل أصبح دوره إيجابي يتمثل في إعاقته لعملية التعاقد أو عملية التنفيذ دافعا صاحب المصلحة دفعا إلى عرض الرشوة لتجنب بيروقراطية هذا الموظف، وبالتالي أصبح هذا الأخير هو محرك هذه الجريمة في كثير من الحالات فإن هو قام بدوره كما يجب ودون بيروقراطية زائدة لم يكن صاحب المصلحة في حاجة إلى إرشائه وهذا الكلام يصدق في حالة حصول صاحب المصلحة على صفقة بالطرق القانونية، أما إذا كان القصد من الرشوة هو الحصول على صفقة بصفة مخالفة للقانون أو كان الغرض هو تنفيذ الصفقة بصفة مخالفة لبنود الصفقة فإن الدور الإيجابي للموظف المرتشي يتقلص ويظهر صاحب المصلحة بدور إيجابي أكثر اتساعا حيث هو من يغري الموظف العمومي بالرشوة.

ورجوعا إلى المادة 27 يتضح لنا أن النشاط الإجرامي لجريمة الرشوة يتجسد إما في قبض الموظف لرشوة يقابلها بطبيعة الحال تسليم للرشوة من طرف الغير، وإما محاولة قبض الرشوة من طرف الموظف ولكن الفعل لم يكتمل بسبب لا يرجع لإرادة الموظف وهذا بعد محاولة تسليم الرشوة من طرف الغير، والقبض أو محاولة القبض يقتضي إما وجود طلب من طرف الموظف المرتشي وهذا يقابله قبولا من صاحب المصلحة الراشي وإلا لما قام الركن المادي، أو نكون أمام عرض للرشوة من طرف صاحب المصلحة الراشي وهذا بعد ضغط وتعسف وبيروقراطية زائدة من طرف الموظف الذي يقبل استلام الرشوة، كما أن النص محل الدراسة لم يتضمن إلا القبض ومحاولة القبض ولم يتناول بالتالي صراحة طلب الرشوة أو قبول تسليمها أو استلامها ولكن المنطق يقتضي أن يسبق القبض طلبا سواء صراحة أو ضمنا وأن يلحق عرض الرشوة قبولا، وبالتالي سوف نتناول ما نص عليه المشرع صراحة أو ضمنا وفقا للتدرج المنطقي لعملية الرشوة كما يلي:

أ . طلب الرشوة:

يصدر هذا الطلب عن الموظف صراحة أو ضمناً،¹ وإذا كان طلب الرشوة صراحة لا يثير أي إشكال باستثناء العنصر المتعلق بالإثبات ما دام الموظف يكون حتماً حريصاً على أن يكون طلبه في سرية تامة فإن طلب الرشوة ضمناً أو بصورة غير مباشرة يثير بعض الإشكاليات فقد يخطأ صاحب المصلحة في فهم تصرفات الموظف فيعتقد أنه بطريقة عمله أو تعامله معه يريد الرشوة، كما أن تجربة وذكاء وحنكة الموظف قد تصعب على صاحب المصلحة أو حتى المحقق والقاضي على فهم سلوك ونية الموظف، كما أنه قد يكون الطلب شفاهاً أو كتابة بالكناية ولو أن الموظف من النادر أن يستعمل هذا الأسلوب الأخير لطلب الرشوة، كما يمكن أن يصدر طلب الرشوة عن شخص آخر هو وسيط يستعمله الموظف لإبعاد الشبهة عن نفسه. ويجب أن نشير إلى أن الطلب وحده لا يكفي لقيام مسؤولية الموظف الجزائية في مجال الصفقات العمومية بل يجب أن يتبع ذلك قبض الرشوة أو محاولة القبض وهذا ثابت من خلال نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد التي تتكلم على قبض أو محاولة القبض على خلاف ما هو منصوص عليه في المادة 2/25 من نفس القانون² إذ يكفي الطلب أو القبول لتقوم الجريمة³ ولو أن مشرعين آخرين يعتبرون جريمة الرشوة قائمة في كل الأحوال بمجرد توافر عنصر الطلب مثل المشرع المصري.⁴ وعلى كل حال في الواقع عندما يصدر طلب رشوة من موظف ويكون صاحب المصلحة رافض فكرة الدفع وفي نفس الوقت متمسك بالتعاقد مع الإدارة يقوم بالتبليغ عن الموظف وعند ذلك يتم ترتيب كمين لهذا الموظف من طرف الضبطية القضائية لإجباره على الخطوة الثانية أي قبض أو محاولة قبض الرشوة.

ب . عرض الرشوة:

يصدر هذا الفعل عن صاحب المصلحة مادام المر يتعلق بصفقة عمومية في حالتين:

. الحالة الأولى: ضغط من طرف الموظف وتماطل في أداء مهامه حتى يعتقد صاحب

1 . علاء زكي ، مرجع سابق ، ص 41.

2 . صياغة المادة 2/25، من القانون رقم 06 - 01، تدل على ذلك وهذا لوجود حرف "أو" بين الطلب والقبول.

3 . عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 76.

4 . علاء زكي، مرجع سابق، ص 42.

المصلحة بأن الموظف يريد الرشوة فيعرض عليه ذلك.

. الحالة الثانية: لا يصدر عن الموظف أي سلوك مريب ولكن صاحب المصلحة ونظرا لكونه في عجلة من أمره أو خوفا من حدوث طارئ يبادر من تلقاء نفسه عارضا رشوة على الموظف.

وفي كلتا الحالتين العرض يجب أن يقابله قبولا من طرف الموظف يلحقه قبضا فعليا للرشوة وإلا لما قام الركن المادي لهذه الجريمة. العرض يأخذ نفس مفهوم الطلب ولكن بمفهوم معاكس وبالتالي قد يكون العرض صريحا أو ضمنيا كتابة أو شفاهة بصفة شخصية من طرف صاحب المصلحة أو عن طريق وسيط.

ج . قبول الرشوة:

هو تصرف إيجابي يصدر عن موظف يأخذ نفس المفهوم السابق أي قد يكون صريحا أو ضمنيا، بالكتابة أو شفاهة، قد يصدر بصفة شخصية من الموظف وقد يصدر عن طريق واسطة،¹ وقد يتحقق القبول أيضا بقبول الوعد بالرشوة مهما كانت طبيعتها يستلمها الموظف لاحقا،² والسؤال المطروح هل يمكن أن نتصور قبولا لدفع الرشوة صادر عن صاحب المصلحة يمكن ذلك ولكن يجب أن يسبق هذا طلبا للرشوة من طرف الموظف وفي هذه الحالة لا نتكلم على قبول رشوة بل على قبول إرشاء، وفي كلتا الحالتين يجب أن يلحق القبول وفي الغالب يكون صادرا عن الموظف قبض للرشوة من طرفه وإلا لما قام الركن المادي لجريمة الرشوة.

د . قبض الرشوة:

القبض تتويج للمراحل السابقة وهو فعل صادر عن موظف، ويستوي أن يكون القبض بصفة شخصية من الموظف نفسه أو عن طريق وسيط، ولا يعتد بعلمه بأن المبلغ رشوة أم لا ويستوي أن يكون القبض عن طريق صب مبلغ الرشوة في رصيد الموظف أو رصيد شخص آخر المهم أن تثبت العلاقة بين صب هذا المبلغ والموظف المشتبه فيه، ويستوي أيضا أن يكون الرصيد مفتوحا داخل الوطن أو خارجه، وبمفهوم المخالفة يكون القبض قائما

¹ . فادية قاسم ببيزون، مرجع سابق، ص ص 48،49.

² . عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 57.

سواء تم التسليم من طرف الراشي شخصيا أو بواسطة وسيط،¹ سواء تم صب المبلغ من رصيد الراشي إلى رصيد الموظف أو حصل من رصيد الغير، المهم أن تكون هناك علاقة بين الغير والراشي. أخيرا يجب أن نؤكد على أن فعل القبض هو المميز لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية حسب المادة 27 وأحد خصوصياتها بالمقارنة مع جريمة الرشوة بصفة عامة.

هـ . محل رشوة:

حسب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد يجب أن تتمثل الرشوة إما في أجرة أو منفعة. المشرع لم يبين لنا معنى كليهما بناء على مبدأ الشرعية، وبالتالي سوف نحاول أن نبين معنى الأجرة والمنفعة تطبيقا للقواعد العامة في القانون.

هـ 1 . الأجرة: تكون دائما شيء مادي يسلم للموظف بغرض التملك أو الاستهلاك المادي أو الاستعمال، وعليه يدخل في مفهوم الأجرة مبلغ من المال أو أوراق مالية، معدن نفيس أو سيارة أو مسكن أو غير ذلك من الماديات،² المهم أن يخرج هذا الشيء من ملكية الراشي ويدخل في ملكية الموظف المرتشي، كما يمكننا أن نتصور أجرة بعنوان رشوة ولكن ليس بغرض التملك بل بغرض الاستهلاك المادي كأن يسدد الراشي للموظف المرتشي ثمن وجبة غداء أو عشاء أو تسديد ثمن تذكرة سفر.

هـ 2 . المنفعة: قد تتمثل في شيء مادي أو شيء معنوي ولكن ليس بغرض التملك بل بغرض الانتفاع إذا كان محل الرشوة شيء مادي وهذا ما يميز الأجرة عن المنفعة،³ أما إذا كانت الرشوة شيء معنوي فإننا نتكلم هنا عن خدمة وبالتالي لا يمكن الحديث على التملك، وعليه إذا كانت الرشوة شيء مادي فيمكن أن نتصورها في شكل تسليم مسكن ولكن بغرض قضاء عطلة و تسليم سيارة بغرض الانتفاع بها لمدة معينة، أو حتى مبلغ من المال على سبيل قرض بدون فائدة، وإذا كانت الرشوة شيء معنوي فيمكن أن نتصورها في خدمة يقدمها الراشي للموظف كأن يوظف له زوجته أو ابنه، أو يقوم بتسوية إشكال أو نزاع على مستوى إدارة أو شركة لمصلحة هذا الموظف أو لأحد أقاربه أو غير ذلك من الخدمات، و

¹ . فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 50.

² . علاء زكي، مرجع سابق، ص 43.

³ . فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 52.

يدخل أيضا في مفهوم المنفعة التوسط أو مساعدة الموظف للحصول على سكن بأي صيغة كانت ولو كان بغرض التملك المهم أن الراشي لا يدفع ثمن هذا المسكن أو جزء من ثمنه، أما المنفعة التي تثير الخلاف بين الكتاب العلاقة الجنسية التي يوفرها الراشي للموظف¹، وبالنظر إلى ما سبق ذكره يمكن القول أن هذا النوع من المنافع يمكن اعتباره رشوة.

(2) الحالات التي تدفع فيها الرشوة:

حسب المادة 27 من القانون رقم 01.06 تدفع الرشوة بمناسبة تحضير صفقة أو ملحق أو عقد إداري أو أثناء إجراء مفاوضات بغرض إبرام صفقة أو ملحق أو عقد وكذا بمناسبة تنفيذ كل منهما، الملاحظ أن المشرع استعمل عبارة "تحضير" وعبارة "إجراء مفاوضات"، فما هو الفرق بينهما. رجوعا إلى الأحكام العامة المتعلقة بإجراءات عقد الصفقة العمومية نقول أنه بالنسبة لطرق إبرام الصفقات المشرع حدد في المادة 39 المرسوم 15.247 طريقتين، طلب العروض كقاعدة والتراضي استثناءا وعليه يمكن أن نتصور عملية التحضير لعقد صفقة أو ملحق إذا كانت الإدارة أمام حتمية اللجوء إلى طلب العروض، ونتصور حالة المفاوضات فقط في حالة لجوء الإدارة إلى التقاعد عن طريق التراضي وما يدعم هذا الشرح نص المادة 40 من قانون الصفقات رقم 15-247، حيث ورد فيه أن طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة "دون مفاوضات" للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض².

المشرع حدد الحالات التي تدفع فيها الرشوة والملاحظ أنها حالات حساسة فيها يحسم في الفائز بالمنافسة أو بالمفاوضات، كما أن مرحلة تنفيذ الصفقة أو الملحق لا تقل حساسية وأهمية عن مرحلة الإبرام، وبالتالي جرم المشرع أي مناورة من الموظف ترمي إلى قبض أو محاولة قبض رشوة في هذه المراحل المصيرية والمغرية.

ثانيا : القصد من الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

حدد المشرع القصد من قبض الموظف للرشوة أو محاولته في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد في حالتين، الحالة الأولى قبل إبرام الصفقة أو الملحق، والحالة الثانية بعد إبرام الصفقة أو الملحق.

¹ . يعبر عليها بعضهم بالرشوة الجنسية، راجع في هذا الصدد علاء زكي، مرجع سابق، ص ص 133 - 139.

² . راجع المادة 39 و 40، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

1) الرشوة بغرض الحصول على الصفقة أو الملحق:

نتساءل تحت هذا العنوان عن المناورات التي يقوم بها الموظف للحصول على الرشوة ومدى اشتراط المشرع كون الأخير صاحب اختصاص بالمهمة التي بسببها يقبض الرشوة. قراءة نص المادة 27 الذي جاء بصيغة العموم يتركنا نفرق بين حالتين يمكن أن تتحقق بها جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، أما فيما يخص التساؤل الثاني فإننا نحاول شرح المادة 27 على ضوء الفقه المقارن.

أ. المناورات الصادرة عن الموظف للوصول إلى الرشوة:

في هذا الصدد يمكن أن نتصور حالات يناور فيها الموظف لدفع صاحب المصلحة لمخالفة القانون:

. الحالة الأولى: تقدم المتنافس بملف يتمثل في عرض تبعا لإعلان صادر عن المصلحة المتعاقدة، ملفه صحيح لا شبهة فيه بل إنه لا ينوي أصلا إرشاء أحد ولكن الموظف يقوم بمناورات الغرض منها تعطيل عرضه حتى يدفعه إلى عرض أو دفع رشوة خوفا على عدم فوزه، وتبدو هذه القراءة منسجمة مع بناء المادة 27 التي تقوم على وحدة الرشوة كما قلنا سابقا مادام المقصود بالتجريم هو الموظف أولا، كما أن النص لا يشير إلى أن الموظف يمنح امتيازات غير مبررة لهذا المتنافس دافع الرشوة في مرحلة الإبرام حيث ورد النص كما يلي "...بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة..."، والملاحظ أيضا أن النص لم يذكر بأن الموظف عمل بطريقة مخالفة للقانون ولمبدأ المنافسة ومبدأ المساواة حتى يرجح كفة هذا المتعاقد معه.¹

أما فيما يخص الرشوة مقابل خدمات يقدمها الموظف لصاحب الصفقة بمناسبة إبرام ملحق فيمكن أن الصفقة لا تحتاج أصلا إلى ملحق والموظف يمارس نفوذه وسلطته لتمكينه من ذلك ويستفيد من أشغال إضافية لم يكن يحلم بها، أو يتم تعديل البنود التعاقدية لمصلحة المتعاقد معه وفي كل الحالات بمقابل رشوة يطلبها أو تعرض عليه .

. الحالة الثانية: يتقدم المترشح بعرض يأمل من خلاله أن يفوز بالصفقة فيتدخل الموظف مستعملا سلطة وظيفته لترجيح كفته، في هذه الحالة يقوم الموظف بأفعال مخالفة لمبدأ المنافسة ولمبدأ المساواة، ويعمل سواء بصفة فردية أو بمساعدة غيره على ترجيح كفة

¹ . المادة 27، القانون رقم 06 - 01، مرجع سابق.

هذا المتنافس، أي أن الموظف يتاجر بوظيفته¹ يقدم خدمات للمستفيد تتمثل في منح امتيازات غير مبررة للغير مقابل رشوة قد يطلبها بصفة شخصية أو عن طريق وسيط، وقد يعرضها المتنافس مباشرة أو عن طريق وسيط.

السؤال المطروح هنا من هو الموظف الذي يمكن أن يتورط في هذه الجنحة ويكون مسؤول جزائيا عن جريمة الرشوة، قراءة المادة 27 مع المادة 25 من قانون مكافحته الفساد يجعلنا نستنتج أن المادة 25 المتعلقة بالرشوة بصفة عامة تشترط أن يقوم الموظف المرشحي بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته أي أن المشرع يشترط هنا أن يكون هذا الموظف المرشحي صاحب اختصاص وهذا ما سوف نتطرق إليه أدناه.

ب . اختصاص الموظف بالعمل أو زعمه الاختصاص:

يفرق الفقهاء في هذا الباب بين فرضين، حالة اختصاص الموظف فعلا بالعمل، وحالة زعمه الاختصاص وهو في الحقيقة غير مختص فتكون هذه مناورة منه للحصول على رشوة.²

اختصاص الموظف بالعمل: هنا يملك الموظف سلطة القيام بالعمل نوعيا ومكانيا و زمنيا، ويكون مذنبا عندما يوظف هذا الاختصاص بصفة غير مشروعة أو يقوم بمهامه بمقابل لا يستحقه.

زعم الاختصاص: هنا قد يدعي الموظف الاختصاص وهو غير ذلك فيقوم بأعمال خارجة عن اختصاصه مقابل رشوة وهنا تقوم أيضا مسؤوليته، ويستوي معه الاعتقاد الخاطئ للموظف بأنه مختص والواقع أنه غير ذلك.

أما عن موقف مشرعنا من هذه المسألة فيبدو أنه لا يشترط أن يكون الموظف المرشحي صاحب اختصاص لأن المادة 27 تشترط أن يقوم الموظف المرشحي بعمل أو الامتناع عن عمل دون أي شرط آخر، أي أنها لا تشترط في هذا الموظف أن يكون صاحب اختصاص وبالتالي حسب الاتجاه الأول يمكن أن نكون أمام زعم الاختصاص المهم أن يقبض الرشوة أو يحاول ذلك بصفته موظف سواء في المصلحة المتعاقدة أو في إدارة أخرى، وما يجعله مسؤولا جزائيا قيامه بأفعال لا لبس فيها تؤدي إلى حصول الراشي

¹ . يصطلح عليها أيضا عند البعض بجريمة التزح بالوظيفة، أنظر مثلا علاء زكي، مرجع سابق، ص 9.

² . علاء زكي، مرجع سابق، ص 29.

على صفقة رغم أن المشرع لم ينص طرحه على ذلك. وعليه كل موظف في مصلحة متعاقدة يقوم بأفعال بغرض حصول الراشي على الصفقة أو الملحق يرتب مسؤوليته الجزائية، وكل موظف في المصلحة المتعاقدة صاحب اختصاص في مجال سير إجراءات إبرام الصفقة من يوم الإعلان عليها إلى استلام العروض ودراستها وتحديد الفائز بالصفقة وإمضائها يكون مسؤولاً جزائياً إذا قام بأفعال من شأنها ترجيح عرض شخص معين مقابل رشوة، وكل موظف حتى ولو كان من خارج المصلحة المتعاقدة يقوم بأفعال من شأنها ترجيح عرض شخص مقابل رشوة يكون أيضاً مسؤولاً جزائياً. وفي كل هذه الحالات لا يعتد بفوز الراشي بالصفقة المهم أن الموظف قام بأفعال غير مشروعة بغرض تمكين متنافس من الصفقة مقابل رشوة. أما إذا كان هذا الشخص غير موظف أصلاً أو كان موظف ولم يقدّم بأي عمل من شأنه فوز المتنافس الراشي بالصفقة فإن النيابة العامة يمكنها أن تتابعه بجنحة النصب والاحتيال¹ بدل الرشوة لأنه في هذه الحالة يكون قد زرع الأمل في نفس هذا الشخص بغرض الفوز بالصفقة رغم أنه لا يتمتع بهذه الصفة أصلاً أي منتحل صفة سلب مال الغير دون استعمال سلطة وظيفته.

2) الرشوة بغرض تنفيذ الصفقة أو الملحق:

نبدأ بنفس الملاحظة التي أنهينا بها الفرضية الأولى من القصد بمنح الرشوة وهي أن المشرع نص في المادة 27 على استلام الموظف لرشوة بمناسبة تنفيذ صفقة دون ذكر أن هذا التنفيذ ينطوي على مخالفات للقانون ولبنود الصفقة ويؤدي إلى ضرر بالخزينة العمومية. ومبدأ المشروعية يقتضي أن يكون النص أكثر دقة كما هو عليه الحال في المادة 25 التي ربطت الرشوة بالمزية غير المستحقة بصفة عامة، وعليه بعد حصول هذا الشخص على الصفقة العمومية ولا يهم هل تحصل عليها بصفة قانونية أم لا يدخل في مرحلة التنفيذ، وهنا نكون أيضاً أمام فرضيين.

الفرضية الأولى عندما يقوم المتعاقد معه بتنفيذ الصفقة طبقاً للقانون وباحترام بنود الصفقة نفسها ولكن الموظف يضع له العراقيل مستعملاً سلطة وظيفته، ومن شأن هذه العراقيل أن تجعل المتعاقد معه مثلاً لا يحترم آجال تسليم المشروع، أو يقوم الموظف بالتماطل في تمرير المستحقات الدورية للمتعاقد معه، وكل هذه المناورات الغرض منها دفع

¹ . المادة 372، الأمر رقم 66 - 156، مرجع سابق.

المتعاقد معه للرشوة، والمشرع ركز في المادة 27 على معاقبة الموظف بعد انتشار مثل هذه الممارسات في الإدارة بشكل كبير.

الفرضية الثانية عندما ينفذ المتعاقد معه محل الصفقة بصفة مخالفة للقانون ولبنود الصفقة ولاسيما دفتر الشروط ويكون في حاجة إلى من يغطي على تجاوزاته، فيكون موظف التابع للمصلحة المتعاقدة هو الشخص المطلوب، يقوم بأفعال مخالفة للقانون ولبنود الصفقة محل التنفيذ فيتغاضى مثلا على طريقة الإنجاز الغير مطابقة للمعايير المتفق عليها أو يقوم بتمرير سلع موردة لا تتوفر فيها المواصفات المطلوبة مقابل رشوة فيكون الموظف هنا قد قدم مزية غير مستحقة للمتعاقد معه. وإذا تساءلنا على من هو الموظف المعني بهذه المخالفة نقول أنه وخلافا لما قلناه عند الحديث عن الرشوة بغرض الحصول على صفقة فإن الموظف هنا يكون من المفروض صاحب اختصاص ويقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل رغم أن المادة 27 لا تنص صراحة على ذلك والسبب راجع إلى أن عملية التنفيذ تستدعي أن يرافقها موظف مختص وأكثر من هذا يقوم بعمل مخالف للقانون، أو يمتنع عن أداء عمل هو مدعو للقيام به قانونا كأن يعض الطرف على أشغال تمت بصفة مخالفة للمعايير المطلوبة، أما إذا كان الموظف غير مختص ورغم ذلك قام بأفعال مخالفة للقانون أثناء تنفيذ الصفقة بغرض الحصول على رشوة فهذا يمكن أن نكون أمام تعدد الجرائم كأن يتابع الموظف إلى جانب جنحة الرشوة بجنحة التزوير في محررات رسمية¹ أو انتحال صفة موظف مختص.

ثالثا: مسؤولية الموظف الذي يعدل عن استكمال النشاط الإجرامي ومسؤولية

الوسيط:

تثير المادة 27 من قانون مكافحة الفساد إشكالات أو تساؤلات أخرى تتعلق بالعدول الاختياري للموظف عن قبض الرشوة، وحالة اشتراطه على الراشي بأن يستفيد من الرشوة شخص ثالث دونه وبالتبعية يثور التساؤل حول مدى مسؤولية هذا الشخص.

(1) مسؤولية الموظف الذي يعدل بصفة اختيارية عن استكمال النشاط الإجرامي

يثار التساؤل هنا حول مسؤولية الموظف إثر عدوله الاختياري عن استلام الرشوة رغم إقدام الراشي على منحه إياها، ويكون لهذا التساؤل معنى إذا قبض على هذا الراشي

¹. المادة 214، الأمر رقم 66 - 156، مرجع سابق.

متلبسا بمحاولة تسليم الرشوة للموظف رغم امتناع الموظف عن استلامها بإرادته الحرة، كأن يقوم الموظف نفسه بالتبليغ عن الراشي فينصب له كمين ليقبض عليه متلبسا، وهنا نتساءل عن الأساس القانوني الذي تتابع به النيابة العامة هذا الراشي هل تكون بناءا على نص المادة 27 كشرية بحكم أننا أمام رشوة في الصفقات العمومية أو بناءا على نص المادة 25 القانون رقم 01.06 بحكم أن المادة 27 تعاقب الموظف وهنا الموظف عدل عن إتيان الركن المادي بإرادته وبالتالي هل يمكن الجزم بعدم إمكانية إعمال المادة 27 مادام لا يوجد موظف مرتشي وبالتالي تكون المتابعة بناءا على نص المادة 25. ورجوعا إلى الشرح السابق نقول أنه يرجح أن لا يمكن متابعة الراشي كفاعل أصلي في حالة عدول الموظف بناءا على المادة 25 من قانون مكافحة الفساد لأن إرادة المشرع اتجهت إلى معاقبة الرشوة في الصفقات العمومية بأشد عقوبة طبقا للمادة 27 ولكن الملاحظ أن الموظف عدل بإرادته الحرة أي لا يمكن متابعته كمتهم فاعل أصلي بجريمة الرشوة بناءا على النص الأخير فكيف يتابع غيره كشرية، بالتالي نتساءل كيف يتابع هذا الراشي وعلى أي أساس، وفي هذه الحالة نفرق بين فرضين:

. الفرضية الأولى حالة كون صاحب المصلحة هو من بادر بإرشاد الموظف وهذا الأخير قبل في البداية ثم عدل بإرادته، فإذا سقط صاحب المصلحة في يد العدالة وفي الغالب يكون متلبسا فهنا يمكن متابعته كفاعل أصلي محرض على ارتكاب جريمة وهذا عملا بنص المادة 46 من قانون العقوبات¹ والمادة 27 من قانون مكافحة الفساد ويعاقب بالتالي بنفس العقوبة المقررة في المادة 27، وبهذا نحقق إرادة المشرع المتجهة إلى معاقبة كل من يتورط في جريمة رشوة في مجال الصفقات العمومية بأشد عقوبة.

. الفرضية الثانية هي حالة قيام الموظف بمناورات وضغوط الغرض منها دفع صاحب المصلحة لدفع الرشوة ولكن بعد قبول هذا الأخير تقديم الرشوة رضوخا لضغوط الموظف وللصعوبات التي خلقها له سواء أثناء التعاقد أو أثناء التنفيذ يتراجع الموظف على مشروعه الإجرامي ويرفض استلام الرشوة بإرادته الحرة، هنا كيف يكون مصير صاحب المصلحة وكيف يتابع، يجب أن نشير هنا إلى أن صاحب المصلحة وقع تحت الضغط وتعرض

¹ . المادة 46، الأمر رقم 66 - 156 " إذا لم ترتكب الجريمة المزمع ارتكابها لمجرد امتناع من كان ينوي ارتكابها بإرادته وحدها فان المحرض عليها يعاقب رغم ذلك بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة ".

لاستفزاز من طرف شخص مسلح بسلطة وظيفته التي تمنح له سلطة القرار وبالتالي فمصير صاحب المصلحة في يد الموظف، كان بإمكان صاحب المصلحة أن يبلغ على هذا الموظف ولكنه لم يفعل وراح يسلك سلوك المجرم وبالتالي يمكن متابعته وخلافا لما عرضناه سابقا من حجج على أساس المادة 1/25 من قانون مكافحة الفساد كفاعل أصلي، نقول كذلك إلى غاية تدارك المشرع هذا النقص في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد،¹ إذ لا يمكن متابعته كمحرض لأنه لم يكن هو من عرض الرشوة على الموظف ولا يمكن متابعة كشريك لأن الموظف الفاعل الأصلي عدل عن إتمام الركن المادي.

يبدو أن هذا الحكم منسجم مع نصوص قانون العقوبات عندنا، ولكن في تشريعات أخرى كالمشرع الفرنسي والمصري مثلا لا يمكن إعمال هذا الحكم لأن كلاهما يعتبر المحرض شريكا في الجريمة وليس فاعل أصلي،² وعدول الموظف عن ارتكاب الجريمة يعدم الفاعل الأصلي في جريمة الرشوة ولا يمكن متابعة المتعامل معه كشريك لأن هذا الأخير يستدعي وجود فاعل أصلي وبالتالي متابعة المتعامل معه حسب هذا التشريع وفقا لنصوص أخرى غير النص المجرم للرشوة في مجال الصفقات العمومية له مبرره.

(2) الوسيط في جريمة الرشوة والغير المستفيد من الرشوة:

تحت هذا العنوان نتناول حالتين يشتركان في استفادة شخصين من غير الموظف وصاحب المصلحة من جريمة الرشوة هما الوسيط والغير.

أ . بالنسبة للوسيط:

لم يعرف قانون العقوبات أو قانون مكافحة الفساد شخص اسمه وسيط،³ وبالنسبة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية هناك موظف يقبض أو يحاول أن يقبض رشوة يقابله شخص له مصلحة يسلم الرشوة، أما إذا كان بينهما شخص آخر يصطلح عليه واقعا وسيط⁴

¹ . يمكن النص في المادة 27، القانون رقم 06 - 01 على إمكانية متابعة صاحب المصلحة كفاعل أصلي أو شريك في حالة عدول الموظف بمحض إرادته عن ارتكاب الجريمة.

² . علاء زكي ، مرجع سابق، ص 51.

³ . الأمر رقم 66-156، المعدل والمتمم، و القانون رقم 06-01 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ . على خلاف المشرع المصري الذي ينص على الوسيط في جريمة الرشوة صراحة في المادة 108، قانون العقوبات المصري " يعاقب الراشي والوسيط في الرشوة بالعقوبة المقررة للمرتشي ..."، أنظر مثلا علاء زكي ، مرجع سابق، ص 50.

فإنه ليس بالمركز القانوني الذي خصص له المشرع حكما خاصا، وبالتالي في حالة ارتكاب أو محاولة ارتكاب جريمة رشوة في مجال الصفقات العمومية ووجد إلى جانب الراشي صاحب المصلحة والمرتشي الموظف شخص آخر يتوسط بينهما لأسباب عديدة قد تكون لإبعاد الشبهة أو لمعرفة هذا الوسيط للموظفين وأصحاب المصالح أكثر من غيره فإن التسائل المطروح كيف تتم متابعتة من طرف النيابة العامة وعلى أي أساس قانوني. يتابع هذا الوسيط بصفته شريكا سواء كان يعمل لحساب الموظف أو يعمل لحساب صاحب المصلحة وتكون المتابعة عملا ينص المادة 42 من قانون العقوبات¹، والمادة 27 من قانون مكافحة الفساد، يجب أن نشير هنا أنه حتى يتابع هذا الوسيط يجب أن يكون عالما بأن ما يقوم به هو التوسط لدفع أو إسلام رشوة وليس شيء آخر ورغم ذلك يصر على فعله. تحضرنا هنا الإشكالية السابقة المتعلقة بعدول الموظف ووجود وسيط، هنا نفرق دائما بين فرضين:

. **الحالة الأولى:** إذا كان الموظف هو من بادر بارتكاب جريمة الرشوة بضغطة على صاحب المصلحة ثم عدل عن الفعل المادي ورغم ذلك بقي الوسيط الذي يعمل لحسابه على علاقة مع صاحب المصلحة فيتابع هذا الأخير بناء على المادة 1/25 من قانون مكافحة الفساد كفاعل أصلي ويتابع الوسيط كشريك له لأنه لم يتوقف على النشاط رغم عدول الموظف.

. **الحالة الثانية:** إذا كان صاحب المصلحة هو من بادر بعرض الرشوة والموظف قبل في البداية استلامها ثم عدل عن ذلك بإرادته وكان بينه وبين الراشي وسيط فكلاهما أي صاحب المصلحة والوسيط يتابعان كمحرضين على جريمة الرشوة² حتى لو كان الوسيط يعمل لصالح الموظف، لأنه رغم عدول الموظف يستمر الوسيط في النشاط الإجرامي بالتنسيق مع صاحب المصلحة بغرض إقناع الموظف على استكمال مشروعه الإجرامي، أما إذا كان يعمل لصالح صاحب المصلحة فإن دوره واضح ومتابعته كمحرض لها مبررها.

نشير في الأخير إلى أنه بالنسبة للمشروع الفرنسي مثلا لم يفرد نصوص خاصة بالوسيط في جريمة الرشوة وهذا كما فعل المشرع الجزائري وبالتالي يرجعون في ذلك إلى

¹ . المادة 42، الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

² . المادة 46، الأمر نفسه.

الأحكام العامة في قانون العقوبات.¹ أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه وضع نظاما للوسيط وهذا بوضع نصوص تحكم دوره في جريمة الرشوة وكذا الوصف الذي يتابع به، وعليه يفرق المشرع بين حالات حسب الشخص الذي يتوسط له الوسيط، فإذا كان يعمل لمصلحة المرتشي فيتابع الوسيط بصفته شريكا له، وإذا كان يعمل لصالح الراشي يتابع بصفته شريكا له إذا كان هو المسؤول عن الجريمة المكتملة الأركان أي قبض المرتشي للرشوة، وإذا رفض المرتشي أو الموظف قبض الرشوة يتابع الوسيط كشريك في جريمة عرض الرشوة،² والنتيجة مادام المشرع المصري وضع نظاما للوسيط فمن النادر اللجوء إلى الأحكام العامة في قانون العقوبات.

ب . بالنسبة للمستفيد من الرشوة دون الموظف:

حسب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد تقوم مسؤولية الموظف عن جريمة الرشوة سواء كانت الرشوة لمصلحته أو اشترطها لمصلحة شخص آخر، وفي الحالة الثانية غالبا ما تكون الرشوة من غير النقود أي تكون في شكل منفعة تشترط لشخص قريب من الموظف. لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسؤولية هذا المستفيد من الرشوة رغم أنه من الممكن أن يكون عالما بجريمة الرشوة وعليه نفهم من خلال سكوت المشرع أن مجرد علم المستفيد بوجود جريمة رشوة لا يرتب مسؤوليته الجزائية ويتفق هنا مع مشرعا المشرع الفرنسي الذي لم ينص بدوره على مسؤولية المستفيد من الرشوة من غير الموظف، على خلاف ذلك يعتبر المشرع المصري الشخص المستفيد من جريمة الرشوة مسؤولا ويتابع كمتهم وفقا لنص المادة 108 مكرر من قانون العقوبات المصري التي تنص على ما يلي " كل شخص عين لأخذ العطية أو الفائدة أو علم به ووافق عليه المرتشي أو أخذ أو قبل شيئا من ذلك مع علمه بسببه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة... ".³

ورجوعا إلى موقف المشرع الجزائري من المسألة وتطبيقا للأحكام العامة نقول أنه يمكن أن يكون هذا الغير المستفيد من الرشوة ليس فقط عالما بارتكاب جريمة الرشوة بل يمكن أن

¹ . فادية قاسم بيضون، مرجع سابق، ص 137.

² . علاء زكي ، مرجع سابق، ص ص 50 - 51.

³ . المرجع نفسه، ص 45.

يساهم في ارتكابها فتطبيقاً للأحكام العامة المتعلقة بالاشتراك¹ يعتبر متهماً بصفته شريكاً في هذه الجريمة، أما إذا بقي في حدود العلم دون المساهمة فتطبيقاً لمبدأ المشروعية لا مسؤولية له، وإذا علم الموظف بأن شخص آخر غيره استفاد من منفعة وقبل المشاركة بمنح امتيازات غير مبررة للمستفيد فإنه يكون مسؤولاً عن جريمة الرشوة.²

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وقمعها

نتناول تحت هذا العنوان القصد الجنائي لجريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية والعقوبة المقررة لمرتكبها سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً.

أولاً: الركن المعنوي:

عند البحث في الركن المعنوي لجريمة ما دائماً يطرح تساؤل مهم هل يشترط في هذه الجريمة القصد الجنائي العام والخاص أو يكفي القصد العام فقط وهو تساؤل نظره فيما يخص جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، للإجابة على هذا التساؤل نحتكم إلى المادة 27 من قانون مكافحة الفساد التي تعتبر الركن الشرعي لهذه الجريمة، الملاحظ أن المشرع لا يشترط إلا القصد الجنائي العام³ الذي يتمثل في معرفة الموظف المرتشي بكل جوانب الجريمة يعلم أنه موظف و أن الأجرة أو المنفعة التي تحصل عليها غير مشروعة نظراً لاستعمال سلطاته في غير موضعها، وعلى العموم يعلم أن القانون يعتبر هذا الفعل غير مشروع ورغم ذلك أتاه بإرادته الحرة، وفي كل الأحوال لا يهمل إذا كان الموظف قد قام بعمل أو امتنع عن عمل المهم أن تصرفه أدى إلى تحقيق الركن المادي للجريمة وفق ما حددته المادة 27 محل الدراسة.

القصد الجنائي في جريمة الرشوة سواء في مجال الصفقات العمومية أو بوجه عام يجب أن يتوفر وقت ارتكاب الركن المادي وليس بعده، في الحالات العادية لا تثير هذه المسألة أي إشكال خاصة وأن مثل هذه الجنح يتم ضبطها في حالة تلبس على إثر بلاغ أو شكوى يتقدم بها أحد الأطراف أو الغير، ولكن يمكن أن نكون أمام إشكال في حالات عثور موظف على مبلغ من المال في مكتبه ولم يعلم مصدره ولكن يحتفظ به، وبعد مدة يظهر انه مقابل

¹ . المادة 42 و 43، الأمر رقم 66-165، مرجع سابق.

² . أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 132.

³ . المرجع نفسه، ص 133.

تسهيل حصول صاحب المال على صفقة عمومية على مستوى الإدارة التي يعمل بها الموظف، ولو حصل أن ذلك الشخص فاز فعلا بالصفقة فإن مسألة مدى قيام الرشوة يصبح مطروحا، وإجابة على ذلك نقول أن مسؤولية الموظف تبدو قائمة بسبب أنه لا توجد أي علاقة بينه وبين الشخص دافع المال فبأي سبب احتفظ بهذا المال ولأي سبب دفع له الغير هذه المزية، كنا سوف نبحث على سبب يبرر هذا الدفع لو لم يفز هذا المتنافس بالصفقة ولكن بعد فوزه من الصعب إقناع القاضي بحسن نية الموظف وعمليا القرينتين السابقتين كافتيتين لاستنباط القصد الجنائي للموظف وصاحب المصلحة.

نشير أخيرا إلى أن هناك من الفقهاء من يعتبر أن جريمة الرشوة تقوم على القصد الجنائي الخاص والعام معا ويرجع سبب ذلك إلى اعتقادهم بأن هذه الجريمة تقوم على فكرة الاتجار بالوظيفة كما هو عليه الحال في القانون المصري،¹ إن هذه الفكرة تكون صحيحة إذا تبنى المشرع فكرة الاتجار بالوظيفة وبنا عليها النصوص المجرمة للرشوة ولكن في غياب ذلك لا يمكن الجزم بهذا الطرح.

ثانيا : قمع جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

رجوعا إلى المادة 27 من قانون مكافحة الفساد نسجل أن المشرع يعاقب على هذه الجريمة بأشد عقوبة مقارنة مع جريمة الرشوة بصفة عامة حسب نص المادة 25 من نفس القانون رغم وصفها جنحة، العقوبة الأصلية لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية هي الحبس من عشر (10) سنوات إلى (20) عشرين سنة وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج بينما الحد الأقصى لعقوبة الرشوة بصفة عامة هو عشر سنوات (10) حبس والحد الأقصى للغرامة هو 1.000.000 دج، إلى جانب هذه العقوبة الأصلية فتحت المادة 50 من قانون مكافحة الفساد² الباب أمام القاضي للحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر تكميلية منصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات،³ ويختار القاضي من بين العقوبات التكميلية ما يتناسب والموظف كشخص طبيعي، وكذلك الأمر إذا كانت المتابعة ضد صاحب المصلحة كشخص طبيعي، وسواء توبع صاحب المصلحة مع الموظف بصفته

¹ . فادية قاسم بيضون ، مرجع سابق ، ص ص 39 ، 40.

² . المادة 50، القانون رقم 06 . 01، مرجع سابق.

³ . المادة 09، الأمر رقم 66-165، مرجع سابق.

شريكا أو بصفته محرض فإن العقوبة المقررة له هي نفسها المقررة للموظف، وكذلك بالنسبة للوسيط إذا توبع كشريك،¹ أما إذا تمت متابعة صاحب المصلحة شريك الموظف بصفته شخص معنوي فإن العقوبة المقررة له حددتها المادة 18 مكرر من قانون العقوبات،² أي يعاقب هذا الشخص المعنوي بغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج كعقوبة أصلية إلى جانب عقوبة أو أكثر تكميلية مناسبة التي قد تصل إلى حد حل الشخص المعنوي أو الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة خمس (05) سنوات.³

وفيما يخص استنفادة المتهم من ظروف التخفيف أو استنفادته من الأفعال المبررة فيمكن الرجوع إلى ما تم التطرق إليه عند شرح جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير،⁴ وكذلك بالنسبة لتقادم الجريمة.

الخصوصية التي يمكن تسجيلها بالنسبة لتقادم العقوبة المتعلقة بجريمة الرشوة ومن بينها جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية نصت عليها المادة 612 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية،⁵ حيث لا تتقادم العقوبة المحكوم بها على الإطلاق وهذا خروجاً على الأحكام العامة التي تجيز تقادم العقوبة كما تتقادم الدعوى العمومية، وعليه ساوى المشرع في المادة المذكورة بين جريمة الرشوة والجريمة الموصوفة إرهابية أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود فيما يخص عدم تقادم العقوبة، وهذا يدل على خطورة جريمة الرشوة في المجتمع وخطورتها على الاقتصاد الوطني تحديداً، وبهذا الشكل أصبحت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من جرائم الخطر كما يعبر عليها فقهاً،⁶ ويدل هذا أيضاً على إرادة المشرع المتجهة إلى محاربة الفساد في مجال الصفقات العمومية بكل صرامة.

ودفعاً بالنقاش نقول أنه يمكن أن يطرح التساؤل في سياق الحديث عن تشديد المشرع للعقوبة المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وهذا بمقارنة المادة 128 مكرر من قانون العقوبات الملغاة والمحوّلة إلى قانون مكافحة الفساد وبالضبط المادة 27 حيث

¹ . المادة 44، نفس الأمر.

² . المادة 18 مكرر، القانون رقم 06-23، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-165، مرجع سابق.

³ . المادة 09، القانون رقم 06-23، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-165، مرجع سابق.

⁴ . راجع جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير أعلاه.

⁵ . المادة 612 مكرر، القانون رقم 04-14، في 10 نوفمبر 2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-166، مرجع سابق.

⁶ . أنور محمد صدقي المساعدة ، مرجع سابق، ص 55.

نلاحظ أن المادة 128 مكرر كانت تعتبر جريمة الرشوة جنائية ولكن المشرع أعاد صياغة النص الذي أصبح هو المادة 27 من قانون مكافحة الفساد ولكن وصفها أصبح جنحة، بالتالي ألا يمكن اعتبار هذا التراجع في وصف الجريمة تناقضا وقع فيه المشرع من جهة أراد قمع جريمة الرشوة ومن جهة أخرى خفض من مستوى تجريمها.

لا نعتقد أن المشرع وقع في تناقض وهذا مبرر برفع المشرع للحد الأدنى لعقوبة الرشوة بموجب المادة 27 بالمقارنة مع المادة 128 مكرر¹، فبدل 05 سنوات سجنا أصبحت 10 سنوات حبس كحد أدنى دون تغيير الحد الأقصى الذي بقي 20 عشرون سنة حبس رغم كون الجريمة موصوفة جنحة، ومعلوم أن الحد الأقصى لعقوبة الجنحة هو 05 خمس سنوات حبس كقاعدة² أما بالنسبة للغرامة فإن المشرع خالف النهج السابق حيث رفع من الحد الأدنى للغرامة وخفض حدها الأقصى، فبدل غرامة من 100.000 دج إلى 5.000.000 دج حسب المادة 128 مكرر أصبحت غرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج حسب المادة 27 قانون رقم 01.06. أما سبب تغيير وصف الجريمة من جنائية إلى جنحة فهذا مبرر بطول إجراءات سير الجنائية بالمقارنة مع الجنحة فمعلوم أن التحقيق في الجنائية وجوبي³ ومرور الجنائية على غرفة الاتهام كذلك وجوبي⁴ ودورة الجنايات الجنايات تفتح دوريا بالمقارنة مع قسم الجرح دائم الانعقاد⁵ وبالتالي متابعة الموظف المرتشي وحتى صاحب المصلحة بجنحة يصدر فيها الحكم خلال أيام يكون وقعها وسط ارتكابها أكثر تأثيرا وأكثر ردها، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه يمكن دائما أن يتحصل الموظف محل المتابعة على البراءة وبالتالي متابعته بجنائية من شأنه إطالة مدة سير الدعوى العمومية ومن المحتمل أن يطول مكوثه في الحبس المؤقت ثم يترك سبله بعد المحاكمة المنتهية بالبراءة، وهذه مساوئ يمكن تجنبها إذا تمت المتابعة بوصف الجريمة جنحة.

1. 128 مكرر، الأمر رقم 66-156، الملغاة بالقانون رقم 01-06، مرجع سابق .

2. المادة 05، الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

3. المادة 66، نفس الأمر.

4. المادة 248، نفس الأمر.

5. المادة 253، نفس الأمر.

المطلب الرابع: جريمة تعارض المصالح

فعل معاقب عليه بالمادة 34 من قانون مكافحة الفساد والوقاية منه،¹ وكما جرة العادة نسجل أن هناك ركنين مفترضين لقيام هذه الجريمة أيضا صفة مرتكب الجريمة أي الموظف والصفة العمومية يعني أن نكون بصدد إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية حسب المرسوم رقم 15 247² ووجود موظف عمومي في ملف المتابعة، وبالتالي نتناول (أولا) الركن الشرعي لهذه الجريمة لما تطرحه المادة 34 من إشكاليات قانونية لها علاقة ببناء الجريمة في حد ذاتها ومعه نتناول الركن المادي، ونتبع ذلك بتناول الركن المعنوي والعقوبة المقررة لمقتترف هذه الجريمة (ثانيا).

الفرع الأول: الركن الشرعي والركن المادي لجريمة تعارض المصالح

تناول المشرع هذه الجريمة في المادة 34 من القانون رقم 06-01 وبالتالي فمضمونها يشمل الركن الشرعي كما هو معروف في القواعد العامة لقانون العقوبات صياغة المادة كما هي يوحى إلى أنها لا تتعلق مباشرة بالصفقات العمومية ولكن الملاحظات التي سوف نبديها على الصياغة يجعل من الجريمة مرتبطة مباشرة بالصفقات العمومية، وبالنسبة للركن المادي سوف نحاول التدقيق في النشاط الإجرامي لهذه الجريمة بالنظر إلى الملاحظات التي اشرنا إليها.

أولا : الركن الشرعي لجريمة تعارض المصالح

إن هذه الجريمة مرتبطة فعلا بالصفقات العمومية ولتوضيح ذلك نسجل بعض الملاحظات على صياغة المادة 34 التي يبدو أن المشرع لم يوفق فيها.

الملاحظة الأولى: مهمة جدا بالنظر لصياغة المادة 34، فالمشرع لم يحدد الركن المادي لهذه الجريمة مباشرة كما يفعل عادة بل انتهج أسلوبا مغايرا في الصياغة وهو الإحالة على مادة أخرى دون تحديد النشاط الإجرامي للجريمة.

الملاحظة الثانية: المادة 34 وردت في القانون رقم 06-01 تحت عنوان "تعارض المصالح"، وبالتالي يعبر على هذا الفعل المجرم جريمة تعارض المصالح، ولكن بالرجوع

¹ . المادة 34، القانون رقم 06-01، "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 09 من هذا القانون.

² . راجع الركنين المفترضين المبحث الأول والمبحث الثاني من الباب الأول أعلاه.

إلى النص المحال عليه أي المادة 109¹ نلاحظ أنه لا علاقة لها مع تعارض المصالح الأمر يتعلق بمبادئ تقوم عليها الصفقات العمومية مبدأ الشفافية والمنافسة والمعايير الموضوعية، ولو رجعنا إلى المادة التي تسبقها أي المادة 08 من نفس القانون لأدركنا أنها تتناول بالفعل تعارض المصالح، أي تعارض مصالح الموظف مع المصلحة العامة التي تمثلها المصلحة المتعاقدة التي يعمل بها، وبالتالي ألا يمكن القول أن المشرع في المادة 34 أخطأ في الإحالة عندما أحال على المادة 09 وكان الأجدر به الإحالة على المادة 08 حتى ينسجم مضمونها ويستقيم، إن هذا النهج وهذا النقد تعرض إليه جانب من الشراح² وهم على صواب كما يبدو من سياق المادة 34 وفي نفس الوقت هناك من شرح نفس النص مع الإحالة على المادة 09³، ومن جهتنا نعتبر المشرع قد وقع في خطأ عندما أحال على المادة 09 بدل المادة 08 من القانون رقم 06 . 01.

ما يدعم طرحنا هذا أكثر تعارض المادة 34 مع المادة 1/26 فهذه الأخيرة تعاقب كل موظف يقوم بإبرام عقد أو يؤشر عليه أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية والتتظيمية الجاري بها العمل، وقد قلنا أن هذه الأحكام التشريعية والتنظيمية محل المخالفة يمكن أن تكون قانون الصفقات العمومية الذي من بين ما يتضمنه المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية وهذا واضح في المادة 05 من الأمر رقم 15-247 الذي ينص على مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وهي مضمون المادة 09 محل الإحالة، هذا يعني أن المشرع يعاقب على مخالفة نفس المبادئ بنصين في نفس القانون وهذا لا يستقيم، مع الإشارة أيضاً إلى أن المادة 1/26 تعاقب الجاني بعقوبة أشد⁴ من تلك المعاقب بها بالمادة 34 رغم أن الفعل المرتكب هو واحد، وفي هذه الحالة تكون النيابة في حيرة من أمرها بأي نص تتابع المتهم هل بالمادة

¹ . المادة 09، القانون رقم 06 - 01، "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية...".

² . أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 142.

³ . أنظر مثلاً خضري حمزة، مرجع سابق، ص 384.

⁴ . المادة 1/26 من القانون رقم 06 - 01، تعاقب الجاني بالحبس من سنتين الى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج الى 1.000.000 دج ، في حين تعاقب المادة 34 الجاني بالحبس من ستة أشهر الى سنتين وبغرامة من 50.000 دج الى 200.000 دج .

1/26 أو بالمادة 34.

واضح أن بناء المادة 34 وفقا للأفعال التي أراد المشرع تجريمها تحت عنوان تعارض المصالح لا ينسجم مع الإحالة على المادة 09 وبالتالي يتحدد الركن الشرعي لهذه الجريمة بوضوح مع الإحالة على المادة 08 من القانون رقم 06-01.

ثانيا: الركن المادي لجريمة تعارض المصالح

نؤكد على أننا سوف نتناول الركن المادي لجريمة تعارض المصالح في ظل الإحالة على المادة 08 التي بدورها تثير بعض التساؤلات من حيث صياغتها بشكل يؤثر على بناء النشاط الإجرامي لهذه الجريمة. صياغة المادة 08 باللغة العربية يختلف نوعا ما مع صياغتها باللغة الفرنسية، ولو أن النص بالعربية هو الأصل إلا أن صياغته بالفرنسية أحسن من حيث الدقة والوضوح، جاء نص المادة 08 بالعربية كما يلي: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، "أو" يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد"¹ أما صياغة نفس المادة باللغة الفرنسية فهي كما يلي:

Lorsque les intérêts privés d'un agent public coïncident avec l'intérêt public et sont susceptibles d'influencer l'exercice normal de ses fonctions, ce dernier est tenu d'informer ses autorités hiérarchiques²

والترجمة الصحيحة لهذا النص تكون كما يلي: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تصادف وأن تلاقت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، وكان من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عادي"، مقارنة ترجمة هذه الصياغة مع صياغة النص باللغة العربية يتركنا نسجل أنه أكثر وضوح وأكثر دقة، لأن صياغة النص بالعربية توحي إلى أن هناك حالتين يكون فيها الموظف في حالة تعارض للمصالح نظرا لوجود حرف العطف "أو" بين تعارض المصالح وأن وضعيته هذه من شأنها التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عادي، والواقع أنه إذا كان الموظف في وضعية تعارض بين مصلحته الخاصة والمصلحة العامة فالنتيجة هي تأثر أدائه بشكل سلبي، وعليه حتى ينسجم

¹ . القانون رقم 06-01، مرجع سابق .

² . الجريدة الرسمية عدد 14، بتاريخ 2006/03/08 باللغة الفرنسية.

النص الوارد بالعربية مع ذلك الوارد بالفرنسية وحتى صياغته الصحيحة يجب حذف حرف العطف "أو" واستبداله مثلا بحرف العطف "و" وتكون بالتالي الصياغة هكذا "...إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة "و" يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عادي".

أما فيما يخص مدى انسجام نص المادة 08 مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003¹ فباستثناء التناقض والخطأ السابق الإشارة إليه يبدو أن هذا النص منسجما على العموم مع الاتفاقية، مع الإشارة إلى أن هذه الأخيرة استعملت عبارة "تضارب المصالح" على خلاف المشرع الذي استعمل عبارة "تعارض المصالح" ويبدو أنها عبارات تؤدي نفس المعنى ولا إشكال في ذلك على خلاف ما ذهب إليه شراح آخرون.²

بعد قراءة المادة 34 مع المادة 08 من القانون رقم 06-01 يمكن أن نحدد النشاط الإجرامي لجريمة تعارض المصالح والمكون من ثلاثة عناصر تشكل في مجموعها الركن المادي لهذه الجريمة، وقبل أن نتكلم على هذه العناصر نشير أن هناك ركن مفترض سبق وأن تناولناه بالدراسة والمتعلق بصفة الموظف العمومي نقول كذلك لأن دراسة هذه العناصر الثلاثة يستلزم أن يكون صاحب النشاط الإجرامي موظف له دور في عملية المنافسة أو يمكن أن يؤثر في هذه العملية وسوف يتضح لنا هذا لاحقا، وهذه العناصر الثلاثة هي:

- وجود الموظف في حالة تعارض المصالح.
- أن تؤثر هذه الوضعية على أداء الموظف لمهامه بشكل عادي.
- عدم إخبار السلطة الرئاسية التي يخضع لها.

وسوف نقوم بتحليل هذه العناصر على ضوء المادتين 34 و 8 من القانون رقم 06-01

أ . وجود الموظف في حالة تعارض مصالح:

المقصود بهذه الوضعية تعارض أو تضارب المصلحة الخاصة للموظف مع المصلحة العامة، ولو أن المشرع لم يحدد المقصود من تعارض المصالح المعتمد عليه لقيام الركن المادي. وما دما نتحدث في مجال الصفقات العمومية نقول أن الموظف يكون في

¹ . مصادق عليها بمرسوم رئاسي مؤرخ سنة 2004، في حين صدر قانون مكافحة الفساد و الوقاية منه في تاريخ لاحق سنة 2006.

² . أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 143.

وضعية تعارض مصالح في حالات ثلاثة، إذا كانت له مصلحة خاصة ولكن غير مباشرة لأنه لا يمكن أن نتصور قيام هذا الموظف بنشاط ثاني موازي لوظيفته لأن قانون الوظيفة العمومية يمنع على الموظف أن يجمع بين وظيفتين إلا في حالات محددة حصرا وهذا واضح من خلال المادة 43 و45 والمادة 44 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية،¹ حيث تنص المادة 43 على منع أي نشاط مريح في إطار خاص للموظف، وحسب المادة 45 يمنع على الموظف أن يملك داخل التراب الوطني أو خارجه بصفة مباشرة أو بواسطة شخص آخر على مصالح تؤثر على استقلاليته أو تمثل عائقا لأداء مهامه بشكل عادية، أما المادة 44 من نفس القانون فقد نصت على الاستثناء حيث يجوز لأساتذة التعليم العالي والممارسين الطبيين المتخصصين ممارسة نشاطا مريحا بالموازاة مع وظيفتهم هذه، والملاحظ أن هؤلاء لا علاقة لهم بمجال الصفقات العمومية، وبالتالي تبقى القاعدة هي عدم الجمع بين الوظيفة وأي نشاط مريح بالنسبة للموظف الذي تكون له علاقة بميدان الصفقات العمومية تحديدا.

وما دام الأمر كذلك فإن مصلحة الموظف الخاصة لا يمكن أن نتصورها إلا غير مباشرة بالنسبة له وتكون بالتالي مباشرة لأحد أصدقائه أو أفراد أسرته الكبيرة أو الصغيرة أي أن تكون هذه المصلحة لزوجته أو أحد أبنائه أو والديه أو إخوانه أو أعمامه وأخواله أو أصهاره أو غير ذلك، وما دام المشرع لم يحدد لا المصلحة الخاصة ولا درجة القرابة التي يعتمد عليها للقول بوجود المصلحة الخاصة من عدمها ويصبح للقاضي الناصر في الدعوى العمومية سلطة تقديرية واسعة لتحديد ذلك، ومن جهتنا بحثنا في اجتهادات المحكمة العليا في هذا الموضوع ولم نجد أي قرار صريح ذو صلة بهذه الإشكالية وهذا إلى غاية كتابة هذه الأسطر. وحسب هذه الفرضية يكون الموظف في حالة تعارض مصالح في مجال الصفقات العمومية إذا كان أحد أفراد أسرته مرشحا للتنافس على صفقة عمومية من تنظيم الإدارة التي يعمل بها، وبالتالي تتعارض المصلحة الخاصة غير المباشرة للموظف مع المصلحة العامة التي تستهدفها المصلحة المتعاقدة، ومن جهة أخرى قد نتصور المصلحة الخاصة للموظف غير مباشرة أي ممثلة بشخص آخر كأن يكون مساهما في شركة مساهمة أو يمارس نشاطا مريحا باسم الغير وتدخل الشركة للمنافسة على صفقة عمومية من تنظيم

¹ . الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

الإدارة التي يعمل بها وهنا تكون لهذا الموظف مصلحة شخصية في مواجهة المصلحة العامة، وحسب الحال قد يسهل أو يصعب على المصلحة المتعاقدة أو الغير إثبات وجود علاقة بين الموظف والشخص الذي يدخل للمنافسة لحساب هذا الموظف.

يمكن إذن أن نعبر عن الحالتين السابقتين بالحالات الإيجابية، لأنه في الحالتين المصلحة الخاصة للموظف تقتضي أن يفوز من تقدم للمنافسة بالصفقة العمومية ولو على حساب المصلحة العامة، أما الحالة الثالثة لتعارض المصلح فيمكن أن نعبر عليها بالسلبية ليس لأن الموظف ينتهج أسلوب الامتناع بل قد يصدر عنه سلوك بغرض منع أو الاعتراض على حصول أحد المتنافسين على الصفقة العمومية بدافع الانتقام أو حتى المنافسة غير الشريفة.¹ يمكن أن نتصور وجود عداوة أو حسابات سابقة بين موظف ومنتافس على صفقة معينة فتكون مصلحة هذا الموظف منعه من الفوز بالصفقة رغم أنه الأجدر على تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة المحددة للمصلحة العامة، كما يمكن أن نتصور أن لهذا الموظف مصلحة غير مباشرة مع الإدارة التي يعمل بها، وبالتالي من مصلحته أن لا يفوز مترشح معين بصفقة عمومية محل منافسة على مستوى هذه الإدارة.

إن تعدد الاحتمالات لا يعد من قبيل التوسع المفرط في شرح مضمون المادة 08 من القانون رقم 06-01 بل إن النص نفسه ورد بعبارات تحتمل هذا الشرح وأكثر، وهذا الطرح يفتح الباب لإعمال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الناظر في الدعوى العمومية، وبالتالي نتساءل حول مدى وجود معيار يعتمد عليه القاضي للقول هل هناك تعارض مصالح أم لا وهذا ما يحيلنا على العنصر الثاني المكون للنشاط الإجرامي لهذه الجريمة.

ب تأثير أداء الموظف نتيجة تعارض المصالح:

يمكن شرح هذا العنصر بشكل أكثر انسجاماً مع بناء النص بعد إستبدال حرف "أو" الوارد في المادة 08 محل الدراسة بحرف "و" بحيث تصبح الصياغة كما قلنا أعلاه هكذا "ويكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد"،² وبالتالي كلما تأثر أداء الموظف عند قيامه بمهامه بشكل عادي نتيجة هذه الوضعية كنا أمام تعارض مصالح وهذا

¹ . لم يشر النص الى هذا الوصف ولكن بالنظر الى المصلحة الخاصة للموظف وكذا نشاطه الإجرامي يمكن أن نفرق بين حالتين .

² . راجع المادة 08 باللغة العربية، القانون رقم 06 - 01، مرجع سابق.

التحليل ينسجم مع صياغة المادة 08 باللغة الفرنسية.¹

لقد قلنا عند الإشارة إلى الركن المفترض لهذه الجريمة أي صفة الموظف أنه سوف يتضح لنا هذا الشرط لاحقا وتبعاً لذلك حتى نكون أمام تعارض مصالح يجب أن يكون للموظف مصلحة خاصة بالمفهوم السابق التطرق له متعارضة مع المصلحة العامة التي تستهدفها المصلحة المتعاقدة، وكذا وجوده في وضعية يصعب فيها التعامل مع ملف الصفقة بشكل عادي بعيداً عن كل أشكال الضغوط، وحتى يتوفر هذا الشرط الثاني يجب أن يكون لهذا الموظف يد في عملية تنظيم إجراءات إبرام الصفقة أو تنفيذها، والقول عكس ذلك أي لا يشترط أن يكون للموظف دور في إجراءات تنظيم وإبرام الصفقة وتنفيذها وضع لا ينسجم مع مضمون المادة 08، لأن الموظف إذا كان بعيداً كل البعد على مجال سير الصفقة فهو بالضرورة بعيد عن كل الضغوط ولا يمكن بالتالي أن يكون في وضع غير ملائم لأداء مهامه بشكل عادي كما تشترط المادة محل الدراسة.

وإذا اعتبرنا أن تأثر أداء الموظف معياراً يعتمد عليه لتحديد مدى وجوده في وضعية تعارض مصالح في حالات لا يفصح فيها على هذه الوضعية ويصعب بالتالي على القاضي التأكد من مدى توفر هذا الشرط² فإن الفصل في تأثر أداء الموظف بشكل عادي نتيجة لوجوده في حالة تعارض مصالح مسألة شخصية يصعب إثباتها إذا أنكرها الموظف أو تظاهر على خلاف الحقيقة أنه غير متأثر ويحاول العمل بشكل عادي بعيداً على أي ضغط. وحتى يصل القاضي الناظر في الدعوى إلى إثبات ممارسة الموظف لمهامه بشكل غير عادي يكون مجبراً على سماع أطراف أخرى قد يكون الرئيس الإداري للموظف محل المتابعة أو زملائه في العمل أو حتى المتنافسين عن الصفقة الذين قد يفيدون القاضي ببعض المعطيات أو القرائن الدالة على وجود الموظف في حالة تعارض المصالح.

واضح أن هاذين الشرطين يصعب على القاضي وحتى المصلحة المتعاقدة إثباتهما، ولكن إذا توصل القاضي إلى إثباتهما أو اعترف الموظف بعد المتابعة بوجوده في حالة تعارض مصالح تؤثر على أداء مهامه بشكل عادي وجب على القاضي التأكد من مدى إخبار الموظف السلطة الرئاسية التي يخضع لها بهذه الوضعية في الوقت المناسب.

¹ . المادة 08 باللغة الفرنسية ، القانون رقم 06 - 01، مرجع سابق.

² . لا نقصد معياراً بالمفهوم الدقيق، لأن تأثر أداء الموظف في حد ذاته شرط لقيام النشاط الإجرامي لهذه الجريمة.

ج عدم إخبار الموظف السلطة الرئاسية الخاضع لها:

هو تصرف سلبي يصدر عن الموظف وهذا بعدم إخباره السلطة الرئاسية التي يخضع لها بوجوده في حالة تعارض للمصالح، وهذا العنصر يثير بدوره بعض التساؤلات فما هي طريقة إخبار الموظف لسلطته الرئاسية ومتى يقوم بذلك؟، وماذا عن رؤساء المجالس البلدية الذين لا يخضعون لأي سلطة رئاسية¹ بحكم أنهم منتخبين ويسيروا هيئات إدارية مستقلة ومع ذلك يشرفون على صفقات عمومية مهمة؟.

فيما يخص طريقة إخبار الموظف لسلطته الرئاسية المادة 08 لم يشر إلى ذلك من قريب أو بعيد، وبالتالي هل يجوز للموظف أن يقوم بهذا التصرف بكل الطرق المتاحة ومن بينها الإخبار شفاهة، ومادامت الكتابة هي القاعدة في العمل الإداري فإن الأسلوب الأمثل لهذا التصرف هو الإعلام كتابة بواسطة رسالة إخبار مع إشعار بالاستلام يحتفظ به الموظف للإثبات الإداري في حالة وصول القضية إلى العدالة، وفي كل الأحوال ما دام المشرع لم يشترط أي طريقة يستعملها الموظف لإخبار السلطة الرئاسية أصبح من حقه أن يثبت قيامه بهذا الالتزام أمام القضاء الجزائي بكافة الطرق المتاحة.

ومن جهة أخرى ومع أن المادة 08 تنص على إخبار الموظف السلطة الرئاسية التي يخضع لها إلا أنه لا مانع من إخبار السلطة التي تعلق رئيسه الإداري المباشر، فمعلوم أن السلطة الرئاسية تدرجية في شكل هرم إداري مترابط.²

وفيما يخص الوقت الذي يختاره الموظف لإخبار سلطته الرئاسية واضح أيضا أن المادة 08 لم تنص على توقيت معين، وبالتالي حتى يكون لهذا الإخبار أثره يجب أن يقوم به الموظف فور علمه بأنه في حالة تعارض مصالح ومن يدعي بأنه تراخى في القيام بهذا الالتزام يثبت ذلك بكافة الطرق القانونية، ولتحليل هذه الوضعية نقول أن الموظف يعلم بأنه في حالة تعارض مصالح بمجرد وضع المتنافس عرضه على مستوى الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لأن هذا العرض يكون باسم المتنافس كشخص طبيعي أو باسم الشخص المعنوي الذي يديره أو يعمل به ولا يكون الموظف على علم بهذا العرض إلا إذا كانت له صلة بتسيير ملف المنافسة أو الصفقة لهذا قلنا أن الموظف الذي من المفروض يكون في حالة

¹ . قانون البلدية ، رقم 11-10 ، مرجع سابق.

² . أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص 144.

تعارض المصالح هو من يكون له نشاط أو اختصاص مرتبط مباشرة بسير ملف الصفقة العمومية والقول بغير ذلك غير صحيح لأن الشرط الذي فرضه المشرع هو تأثر أداء الموظف لمهامه بشكل عادي، ولا يمكن أن يتحقق هذا الشرط إلا إذا كانت مهام الموظف تقتضي أن يتدخل في سير ملف الصفقة، وإذا فرضنا أن الموظف لم يكن على علم بعرض متنافس معين يجعله في حالة تعارض مصالح فإن علمه فيما بعد يفرض عليه تبليغ إدارته بتعارض المصالح لأن سلوكه سوف يتأثر بمجرد علمه بوجود عرض هذا المتنافس، المهم أن يكون علمه قبل اختتام المناقصة أما إذا لم يكن الموظف على علم بوجود عرض متنافس معين يمكن أن يجعله في حالة تعارض المصالح فإن أدائه سوف لن يتأثر، وبالتالي إذا وصلت الصفقة إلى المرحلة الأخيرة من مراحل إبرامها فإنه لا مجال للحديث عن ضرورة إخباره سلطته الرئاسية بتعارض المصالح.

وفيما يخص وقت إعلام المصلحة المتعاقدة بتعارض المصالح فالقاعدة التي يمكن إعمالها هي "بمجرد علم الموظف بأنه في هذه الوضعية"، ولا يهم بالتالي المرحلة التي وصلت إليها إجراءات إبرام الصفقة لأنه لا يمكن أن نحمل الموظف أكثر مما يطيق.

أما بالنسبة لرؤساء المجالس الشعبية البلدية فمعلوم أن البلدية تبرم الكثير من الصفقات العمومية، ومعلوم أن رئيس البلدية يؤشر على صفقات البلدية حسب المادة 04 من قانون الصفقات¹ ومعلوم أيضا أن رئيس المجلس الشعبي البلدي منتخب ويدير هيئة إدارية مستقلة وبالتالي لا يخضع لأي سلطة رئاسية وعليه نتساءل حول مدى التزام هذا المسؤول بواجب الإخبار عن وجوده في حالة تعارض المصالح وما هي الجهة التي تتلقى إخباره هذا.

إن المادة 34 والمادة 08 محل الدراسة لم تتطرق إلى هذه الحالة وكذلك قانون الصفقات العمومية، وبالتالي نقول أن رئيس المجلس الشعبي البلدي في حل عن هذا الالتزام وبالتبعية نقول أن أحكام المادة 34 من القانون رقم 06-01 لا تنطبق على رؤساء المجالس الشعبية البلدية إلى غاية تعديل المادة 08 من نفس القانون وتوسيع نطاقها بعبارة أشمل²، يمكن من خلالها أن يخضع هؤلاء لجريمة تعارض المصالح.

¹ . المادة 04، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مرجع سابق.

² . يمكن أن تكون الصياغة هكذا، يلتزم الموظف العمومي بأن يخير السلطة الرئاسية أو الوصية التي يخضع لها ...

أخيرا نقول أن كل الإشكاليات المطروحة حول التزام الموظف بإخبار سلطته الرئاسية تخضع من حيث الإثبات للقواعد العامة ويمكن إثباتها بكل الطرق القانونية وللقاضى الناظر في موضوع الدعوى العمومية سلطة تقديرية واسعة لتقدير ما تم إثباته سواء من طرف الموظف أو من طرف المصلحة المتعاقدة أو من الغير.

الفرع الثاني: الركن المعنوي وقمع جريمة تعارض المصالح

في سياق البحث حول الركن المعنوي لجريمة تعارض المصالح مع مراعاة الملاحظة السابق إبدائها حول صياغة المادة 34 نتسائل حول القصد الجنائي المطلوب لقيام الجريمة وفيما يخص العقوبة المقررة لهذه الجريمة نركز على الخصوصيات التي تميزها فقط.

أولا: الركن المعنوي لجريمة تعارض المصالح

هذه الجريمة قصدية لقيامها يجب أن يتوفر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، يجب أن يعلم الموظف بأن المشرع جرم فعل تعارض المصالح، ويعلم أن مصلحته الخاصة تتعارض مع المصلحة العامة بصفته موظف، وأنه ملزم بإخبار السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تأثر أدائه بفعل هذه الوضعية أو كان يدرك بأن أدائه سوف يتأثر نظرا للضغوط المعنوية التي يخضع لها باستمرار.¹

ومن جهة أخرى إذا أثبت الموظف أنه لم يكن على علم بالواقعة المادية المشكلة لحالة تعارض المصالح درء على نفسه أي متابعة جزائية، لأن أدائه في هذه الحالة يكون عادي بحكم بعده عن أي ضغط، وعليه ما دام الموظف لم يشعر بأنه في وضعية تعارض مصلحته مع المصلحة العامة فهو غير مجبر بإخبار سلطته الرئاسية، والنتيجة عدم توفر القصد الجنائي الذي يقيم جريمة تعارض المصالح ومن ثمة المسؤولية الجزائية.

ثانيا: قمع جريمة تعارض المصالح

تعاقب المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الموظف المتهم بهذه الجريمة بعقوبة من ستة(06) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 200.000 دج،² وهي عقوبة أصلية تشمل الحبس باعتبار الجريمة جنحة زائد غرامة مالية، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالحبس دون الغرامة ولكن لا مانع من جعل العقوبة موقوفة

¹. أنور محمد صدقي المساعدة ، مرجع سابق، ص 175.

². المادة 34، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

التنفيذ بما فيها الغرامة .

الملاحظ أن العقوبة المقررة في المادة 34 ليست بالمشددة بالمقارنة مع تلك العقوبة المقررة في المادة 26 من نفس القانون، وعليه يبدو أن هذه النقطة تدعم أكثر ما ذهبنا إليه في بداية دراسة هذه الجريمة عندما قلنا أن المشرع أخطأ في الإحالة على المادة 09 من نفس القانون فالنص الأخير يتعلق بمبادئ تقوم عليها الصفقة وقد رأينا أن المشرع يعاقب على الإخلال بمبدأ المساواة ومبدأ المنافسة في المادة 26 بعقوبة شديدة تصل إلى عشر سنوات وبالتالي لا يعقل أن المشرع يعاقب على الإخلال بنفس المبادئ بعقوبتين مختلفتين. وبالإضافة إلى هذه العقوبة الأصلية يجوز للقاضي بناء على المادة 50 من القانون رقم 06-01 أن يحكم أيضا على الموظف الجاني بعقوبة تكميلية حسب ما هو مبين في المادة 09 من قانون العقوبات،¹ كما تنطبق على هذه الجريمة الأحكام المقررة في القانون رقم 06-01 والمتعلقة بالظروف المشددة والإعفاء من العقوبة وكذا تقادم الدعوى العمومية والعقوبة إذا تم تحويل عادات الجريمة إلى الخارج حسب المادة 54 من نفس القانون.²

¹ . راجع المادة 50، القانون رقم 06-01، التي تحيل على قانون العقوبات رقم 66-156، مرجع سابق.

² . المادة 54، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

المبحث الثاني: إجراءات سير الدعوى العمومية في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية
لن نخوض في هذه الإجراءات بالتفصيل ولكن نحاول وضع اليد على خصوصيات تتميز بها الدعوى العمومية عندما يتعلق الأمر بجريمة مرتبطة بالصفقات العمومية وهذا فيما يخص أساليب الكشف والتحري عن هذه الجرائم، وفيما يخص تحريك الدعوى العمومية نتطرق إلى القيود الواردة على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ونتساءل هل تنطبق هذه القيود على الدعوى العمومية في جرائم مرتبطة بالصفقات العمومية أم لا، أما فيما يخص التحقيق القضائي الذي يباشره قاض التحقيق وكذا المحاكمة نتساءل عن خصوصيات تطبع الدعوى العمومية المتعلقة بالجرائم المذكورة.

المطلب الأول: أساليب الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية

يمكن اكتشاف جريمة في مجال الصفقات العمومية أثناء عملية الرقابة الداخلية أو الخارجية التي تمارسها لجان نص عليها قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 15-247 من المادة 156 إلى المادة 202، ويمكن اكتشاف جريمة في هذا المجال أيضا أثناء الرقابة اللاحقة التي تمارسها هيئات ذات طابع إداري كمجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية كما يمكن اكتشاف هذه الجرائم خارج هذا الإطار أو وفقا للطرق العادية للكشف والتحري عن الجرائم بوجه عام أي بواسطة الضبطية القضائية تحت إشراف القضاء. إن تنوع طرق الكشف عن جرائم الصفقات العمومية راجع إلى خصوصية الصفقات العمومية في حد ذاتها وكذا لخصوصية الجرائم المرتبطة بها، وعليه نتناول تحت هذا العنوان أساليب التحري التقليدية (أولا)، ثم نتناول أساليب التحري الخاصة لا نقول خاصة بالصفقات العمومية ولكن خصوصيتها ترجع إلى كونها تختلف عن الأساليب التقليدية (ثانيا).

الفرع الأول: أساليب التحري بوجه عام

تمارس الشرطة القضائية إجراءات التحري وجمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية بعد تلقيها معلومات أو بلاغ أو شكوى تفيد بوجود تلاعب بالمال العام أو شبهة ارتكاب جريمة في مجال الصفقات العمومية أو غيرها من المجالات، ويباشر هذه الإجراءات أشخاص مؤهلين لذلك كما هو منصوص عليه في المادة 17 من قانون الإجراءات الجزائية

المعدلة¹ التي حددت الأشخاص المتمتعين بصفة ضابط شرطة قضائية.

قانون الإجراءات الجزائية يفرق بين نوعين أو مسلكين للإجراءات بوجه عام اختصاصات عادية يمارسها ضباط الشرطة القضائية للبحث والتحري على جرائم في الحالات العادية واختصاصات تمارسها الضبطية القضائية في حالة التلبس بالجريمة.

أولاً: اختصاصات الضبطية القضائية في الحالة العادية

تم تنظيمها بالمواد 3/12 من ق إ ج "...يناط بالضبطية القضائية مهمة البحث والتحري عن الجرائم المقررة في قانون العقوبات وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها ما دام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي"²، والمادة 13 من نفس القانون "إذا ما فتح تحقيق فإن على الضبط القضائي تنفيذ تفويضات جهات التحقيق وتلبية طلباتها"³، والمادة 17 من نفس القانون "يياشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 ويتلقون الشكاوى والبلاغات ويقومون بجمع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية.

عند مباشرة التحقيقات وتنفيذ الإنابات القضائية لا يجوز لضباط الشرطة القضائية طلب أو تلقي أوامر أو تعليمات إلا من الجهة القضائية التي يتبعونها..."⁴. وحسب المادة 18 من نفس القانون "يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم وأن يبادروا بغير تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية بالجنايات والجنح التي تصل إلى علمهم..."⁵.

من خلال هذه النصوص نستنتج أن الشرطة القضائية تمارس مهام جمع الاستدلالات والتحقيقات الابتدائية، وبالتالي فعلها لا يرتقي إلى درجة التحقيق القضائي الذي يمارسه قاض التحقيق أساسا بعد تحريك الدعوى العمومية، فهم بهذا الشكل يعاينون الجريمة ويقومون بجمع الأدلة والقرائن التي يمكن أن تسند للمشتبه فيه الذي يتم سماعه أيضا على محضر. أما عن خصائص جمع الاستدلالات⁶ فيمكن إحصاء ما يلي:

¹ . الأمر رقم 15- 02، المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل ويتم الأمر رقم 66- 155 المتعلق بقانون الإجراءات

الجزائية، ج ر، عدد 40، الصادر بتاريخ 23 يوليو 2015.

² . راجع الفقرة 03 المادة 12، الأمر رقم 66- 155 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ . المادة 13، الأمر رقم 66- 155، مرجع سابق.

⁴ . راجع المادة 17، الأمر رقم 15- 02، مرجع سابق.

⁵ . راجع المادة 18، الأمر رقم 66- 155، مرجع سابق.

⁶ . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر 2012، ص ص 55، 56.

- لم ينص عليها قانون الإجراءات الجزائية على سبيل الحصر بل نص على إطارها العام.
 - تجرد أعمال الاستدلال من القهر والإجبار.
 - مرحلة جمع الاستدلالات لا يحضرها محام ما عدى حالة التلبس وفق آخر تعديل لقانون الإجراءات الجزائية بالأمر 02-15 المعدل للمادة 51 مكرر 1.
 - تحرير محضر بأعمال الاستدلال وسماع الأشخاص يحزره ضابط الشرطة القضائية.
- ثانيا: اختصاصات الشرطة القضائية في حالة التلبس**

في الغالب إن الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية كجثة المحاباة وجثة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية لا تكون على العموم محل إجراءات التلبس بالجريمة، أما فيما يخص جنحة الرشوة سواء بصفة عامة أو في مجال الصفقات العمومية فيمكن أن تكون محل تلبس خاصة في ظل تعديل قانون الإجراءات الجزائية الذي مس مرحلة جمع الاستدلالات في حالة التلبس، ويجب أن نشير هنا أن صلاحيات الشرطة القضائية في حالة الجريمة المتلبس بها تكون أوسع وأخطر من تلك الإجراءات الممارسة في حالة التحري حول جريمة اكتشفت بطريقة عادية. وحتى تكون الإجراءات في حالة التلبس صحيحة يجب أن تتوافر فيها شروط نجملها فيما يلي:

- يجب أن تكون حالة التلبس بالجريمة سابقة عن أي إجراء.
 - يجب مشاهدة التلبس بالجريمة بمعرفة ضابط الشرطة القضائية، وهذه المشاهدة تكون مباشرة أو عقب ارتكاب الفعل المجرم.
 - يجب أن يكتشف ضابط الشرطة القضائية حالة التلبس بطرق مشروعة.
- قراءة المواد 42 و 49 و 50 و 51 و 51 مكرر 1 و 52 من قانون الإجراءات الجزائية يتركنا نستنتج هذه الاختصاصات¹:

- الأمر بعدم مغادرة مكان ارتكاب الجريمة.
- الاستعانة بالخبراء لإجراء معاينات لا يمكن تأجيلها.
- ضبط المشبه فيه.
- تفتيش المساكن بعد إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاض التحقيق.

¹ . راجع المواد 42، 49، 50، 51، 52 مكرر 1، الأمر رقم 02-15، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

- التوقيف للنظر وهذا يكون محله شخص توجد ضده دلائل تحمل على الاشتباه في ارتكابه جنحة أو جناية يقرر لها القانون عقوبة سالبة للحرية، على أن يطلع وكيل الجمهورية بذلك بشرط أن لا تتجاوز مدة التوقيف للنظر عن 48 ساعة.

والملاحظ أن المشرع في المادة 51 من قانون الإجراءات الجزائية المعدلة¹ لم ينص على إمكانية تمديد مدة التوقيف للنظر في حالة جرائم الفساد، على خلاف الجرائم الموصوفة إرهابية والمصرفية وتبييض الأموال وأمن الدولة وجرائم المخدرات والجريمة المنظمة، نستنتج أنه لا يمكن لضابط الشرطة القضائية في حالة التلبس مثلا بجريمة رشوة في مجال الصفقات العمومية أن يحجز شخص للنظر أكثر من 48 ساعة، ولا يمكن لوكيل الجمهورية أن يمدد هذه المدة حسب المادة 51 المذكورة.

الملاحظة الثانية أن المشرع عاد في المادة 51 مكرر 1 الفقرة 04 ونص على أنه إذا كانت التحريات تتعلق بمجموعة من الجرائم الموصوفة ومنها جرائم الفساد فيمكن للشخص الموقوف للنظر أن يتلقى زيارة محاميه بعد انقضاء نصف المدة القصوى المنصوص عليها في المادة 51 أعلاه، فهل توجه المشرع هنا عندما ذكر جرائم الفساد مقصود أم هو مجرد سهو وقع فيه المشرع في المادة 51 عندما لم ينص على إمكانية تجديد مدة التوقيف للنظر في حالة جرائم الفساد، مع العلم أن التوقيف للنظر يعتبر أخطر الصلاحيات الممنوحة للشرطة القضائية نظرا لمساسه بحرية الأشخاص.

الفرع الثاني: أساليب التحري الخاصة

نظرا للتطور الحاصل في مجال الجريمة بوجه عام وفي مجال الصفقات العمومية التي تمت حمايتها جزائيا في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ونظرا للتطور الحاصل في مجال الاتصال بوجه عام حاول المشرع مواكبة هذه المستجدات، باستحداث وسائل أو آليات حديثة وخاصة للتحري حول جرائم محددة حصرا في إطار قانون الإجراءات الجزائية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

ما يلاحظ على المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن المشرع لم يبين إجراءات وشروط ممارسة آليات استحدثت في هذا القانون ويتعلق الأمر بالترصد الإلكتروني والاختراق إلى جانب التسلم المراقب، على خلاف الوضع في قانون الإجراءات الجزائية

¹ . المادة 51، الأمر رقم 15-02، مرجع سابق.

وعليه سوف نركز دراستنا في إطار هذا القانون حيث بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية رقم 66-155 بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20/12/2006 عزز المشرع اختصاصات الضبطية القضائية في إطار الجريمة المتلبس بها بأساليب وآليات جديدة للتحري عن بعض الجرائم واردة على سبيل الحصر.

أولاً: آليات التحري الخاصة في قانون الإجراءات الجزائية

لم يعرف قانون الإجراءات الجزائية أساليب التحري الخاصة ولكن الفقه فعل ذلك، يعبر عليها بأساليب التحري الخاصة¹ لأنها جاءت بعد أساليب التحري العادية، تعبر عن إرادة المشرع المتجهة إلى توسيع اختصاص الضبطية القضائية في جرائم محددة وهي تمثل سلطات تتعلق بحقوق الفرد وحرياته العامة والخصوصية تمارس في مرحلة البحث والتحري والتحقيق الابتدائي.² يعرفها جانب من الفقه كما يلي: " تلك العمليات أو الإجراءات أو التقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة وإشراف السلطة القضائية بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين"،³ أما عن الجرائم المعنية بهذه الأساليب المستحدثة فهي جرائم المخدرات،⁴ الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال وجرائم الإرهاب، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف،⁵ وجرائم الفساد.

وبموجب الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 خضع قانون الإجراءات الجزائية إلى تعديل مهم حيث أضاف المشرع إجراء جديد يتمثل في حماية الشهود والخبراء والضحايا أثناء مرحلة جمع الاستدلالات وبعدها حسب المادة 65 مكرر 19 وما بعدها، وعليه نتطرق إلى هذه الآليات تباعاً مع تبيان شروط صحة كل آلية:

1. خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 68.

2. عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر الطبعة 3، سنة 2012، ص 279.

3. خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 68.

4. القانون رقم 04-18، المؤرخ في 25/12/2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين لها، ج ر، عدد 83، صادر بتاريخ 26/12/2004.

5. أمر رقم 96-22، المؤرخ في 9 يوليو 1996، يتعلق بقمع مكافحة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر، عدد 43، صادر بتاريخ 10/07/1997 معدل ومتمم.

1) اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور:

سوف نبين المقصود بهذه الآليات حسب النصوص المنظمة لها وكذا حسب الفقه ثم نتطرق إلى شروط صحت هذه الآلية كما هو مبين في قانون الإجراءات الجزائية.

أ . المقصود بهذه الآليات: هي في الحقيقة تمثل ثلاثة آليات ولكن باعتبارها سمعية بصرية تناولها المشرع جملة واحدة.

- يقصد باعتراض المراسلات، "عملية مراقبة سرية المراسلات السلكية واللاسلكية في إطار البحث والتحري عن الجريمة وجمع الأدلة أو المعلومات حول الأشخاص المشتبه فيهم في ارتكابهم أو في مشاركتهم في ارتكاب الجريمة"¹، وتكون هذه المراقبة عن طريق تسجيل ونسخ هذه المراسلات وإعادة سماعها أثناء سير التحقيق، وإذا كان اعتراض المراسلات يحصل بدون رضا المعني بالأمر فإن وضع الخط الهاتفي تحت المراقبة يكون برضا أو حتى بطلب من المعني بالأمر.

- ويقصد بتسجيل الأصوات والتقاط الصور عملية تسجيل المحادثات الشفوية بين شخصين أو أكثر بصفة سرية في مكان عام أو خاص.

- نفس المعنى يصدق على التقاط الصور لشخص أو أشخاص في مكان عام أو خاص.

ب . شروط صحة ممارسة هذه الآلية الخاصة للتحري:

حسب المادة 65 مكرر 5 من ق.إ.ج المعدل والمتمم² يحكم آليات التحري الخاصة المتمثلة في اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور الشروط التالية:

- أن تقتضي الضرورة اللجوء إلى هذه الآليات الخاصة في التحري وهذا بعد ثبوت عجز ومحدودية أساليب التحري العادية ولكن دون تبيان الجهة التي تقرر هذه الضرورة وكيفيات ذلك.

- أن يمارس هذه الآليات الخاصة في التحري بمناسبة التحري في جريمة متلبس بها أو بمناسبة تحقيق أولي في جرائم محددة حصرا.

- في حالة التحقيق الابتدائي يجب التقيد بالجرائم المحددة حصرا في المادة 65

¹ . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 72

² . المادة 65 مكرر 5، الأمر رقم 15-02، مرجع سابق.

مكرر 5 من ق.إ.ج السابق ذكرها.

- الحصول على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية المختص إقليمياً أو من قاض التحقيق إذا باشر هو إجراءات التحقيق الابتدائي.¹

- أن يتضمن الإذن كل العناصر التي تحدد مهمته سواء تعلق الأمر باعتراض اتصال أو تسجيل أصوات أو التقاط صور وكذا مكان وزمان القيام بذلك.

- يحدد الإذن وجوباً بمدة أقصاها أربعة أشهر قابلة للتجديد دون تحديد كم مرة يتم التجديد مما يوحي إلى أن الأمر سلطة تقديرية لمصدر الإذن.

- يحرر ضابط الشرطة القضائية المكلف بالتنفيذ محضراً عن كل إجراء قام به سواء تعلق باعتراض مراسلات أو تسجيل أو تصوير ويتضمن هذا المحضر تاريخ وساعة بداية ونهاية العملية المنفذة.

الملاحظ أن المشرع عندنا قيد هذا الإجراء الخطير الماس بالحياة الخاصة للمواطن بضوابط منها ما يشبه ضوابط فرضها مثلاً المشرع الفرنسي حيث تنص المادة 100 الفقرة 2 من قانون العقوبات الفرنسي رقم 91-649 المؤرخ في 10 يوليو 1991 بأنه إذا تعلق الأمر بالمراقبة القضائية للاتصالات التليفونية يشترط أن تكون الجريمة المراد ضبطها بهذه الآلية جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تتجاوز السنتين، ويشترط ثانياً على الضبطية وعلى النيابة المرخصة لذلك أن لا تلجأ إلى هذه الآلية الخاصة إلا إذا استحال ضبط الجريمة وفق الطرق العادية للتحري،² وحول مدى إعمال هاذين الشرطين في قانون الإجراءات الجزائية عندنا نقول:

- الشرط الأول المتعلق بمدة العقوبة المسلطة على مرتكب الجريمة والتي يجب أن تتجاوز السنتين لم يتطرق إليه مشرعنا في قانون الإجراءات الجزائية.

- أما الشرط الثاني المتعلق بحالة الضرورة يبدو أن المشرع عندنا نص عليه في المادة 65 مكرر 5 كما يلي " إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة..."، لكن ما يعاب على مشرعنا أنه لم يفصل في هذا الشرط كقاعة عامة، بخلاف المشرع المصري مثلاً فإنه اعتمد لضبط هذه الآلية على مدة العقوبة المسلطة على مرتكب الجريمة المراد ضبطها

¹ . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 74.

² . نادية تياب، مرجع سابق، ص 340.

بواسطة مراقبة الاتصالات واشترط أن تكون الجريمة محل التحري جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن 03 أشهر وهذا حسب المادة 95 و206 من قانون الإجراءات الجزائية المصري¹ دون التطرق إلى شرط الضرورة كما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري.

للوهلة الأولى يبدو أن المشرع الفرنسي أكثر تشددا في استعمال هذه الآلية ولكن بالرجوع إلى المادة 65 مكرر 05 من ق.إ.ج.عندنا نسجل أن المشرع حصر الجرائم التي يجوز للنياحة ولقاضي التحقيق الترخيص فيها لاستعمال آليات التحري الخاصة وكل هذه الجرائم موصوفة بالخطيرة والعقوبة المسلطة على مقترفيها يمكن أن تتجاوز السنتين بكثير، وبالتالي المشرع لم يعتمد على مدة العقوبة كقاعدة لتقييد هذه الآلية وفضل حصر الجرائم المعنية بهذا الأسلوب في التحري والنتيجة تبدو واحدة.

ومهما يكن من أمر فإن المشرع عندنا وبسنه هذه الآليات الخاصة في التحري يكون قد سائر معظم الدول التي تعاني من مشكلة الفساد ولكن يجب أن نعتزف بأن الفساد أقوى من كل هذه الآليات، كما أن المشرع لم يغفل من جهة أخرى عن وسائل أخرى يمكن أن تستعمل لتنفيذ مشروع إجرامي ما حيث أصبحت الشبكة العنكبوتية أو الانترنت² ملاذا للفاستدين ما داموا على علم بإمكانية اعتراض مراسلاتهم وتسجيل مكالماتهم وحتى تصويرهم وبالتالي حتما سوف يستعملون الانترنت للتواصل بينهم وعليه عمل المشرع على توسيع هذه الآليات الخاصة في التحري إلى مجالات أخرى منها التردد الإلكتروني، فالمراسلات الآن أصبحت بالرسائل القصيرة المشفرة عن طريق الهاتف النقال ولهذا نص المشرع في المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 على آلية التردد الإلكتروني.³

(2) التسرب:

استحدث في ق.إ.ج.ع بالمادة 65 مكرر 11 وهو إجراء خاص وخطير، فما المقصود منه وما هي شروط ممارسته كإجراء حسب قانون الإجراءات الجزائية.

¹ . المرجع نفسه، ص 340.

² . معن خليل العمر، جرائم مستحدثة، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى 1012، ص 203.

³ . لم يوضح المشرع إجراءات وشروط ممارسة هذه الآلية الخاصة للتحري كما فعل مع اعتراض المراسلات وغيرها من الآليات الأخرى في قانون الإجراءات الجزائية، وبالتالي لم نتمكن من التوسع في هذه الآلية، ونأمل أن تصدر أحكام تفصيلية تنفيذية تمكن النياحة و الضبطية القضائية من ممارسة هذه الآلية بطريقة صحيحة.

أ . المقصود بالتسرب:

يعرف بأنه " تقنية من تقنيات التحري والتحقيق الخاصة تسمح لضابط أو عون شرطة قضائية بالتوغل داخل جماعة إجرامية تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية ولتقديم المتسرب لنفسه على أنه فاعل أو شريك".¹

وحسب المادة 65 مكرر 12 من ق.إ.ج يقصد بالتسرب قيام عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم".²

الملاحظ أن الضابط أو العون المتسرب لا يجوز له القيام بأفعال تشكل تحريضا للمجرمين المتسرب بينهم تحت طائلة بطلان إجراء التسرب حسب المادة 65 مكرر 12 الفقرة 02 من ق.إ.ج، وفي حالة وقف عملية التسرب أو انقضاء المهلة المحددة للتسرب فإن المادة 65 مكرر 17 أجازت للمتسرب أن يواصل نشاطه لمدة كافية وضرورية حتى لا يلفت الانتباه ضمانا لسلامته، وأجازت المادة 65 مكرر 18 سماع عون الأمن أو الضابط المتسرب كشاهد.

الملاحظ أيضا أن القانون رقم 06-01 نص على هذه الآلية في المادة 56 منه تحت تسمية أخرى كما يلي "الاختراق"³ دون أن يبين إجراءات وشروط ممارسة هذه الآلية على خلاف ما هو مبين في قانون الإجراءات الجزائية أين حدد المشرع شروط أو ضوابط اتخاذ هذه الآلية كوسيلة للبحث والتحري، وعليه سوف نبين هذه الشروط وفق ق.إ.ج.

ب . شروط صحة التسرب:

نظم المشرع التسرب في المادة 65 مكرر 11 إلى المادة 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية،⁴ ولصحة هذا الإجراء الخاص للتحري يشترط المشرع ما يلي:

¹ . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 74.
² . القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ولا سيما المادة 65 مكرر 12، ج ر، عدد 84، صادر بتاريخ 2006/12/24.
³ . المادة 65، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.
⁴ . راجع المواد من 65 مكرر الى 65 مكرر 18، الأمر رقم 04-14، المؤرخ في 10/1/2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 مرجع سابق.

- أن يكون المحقق أمام حتمية اللجوء إلى أسلوب التسرب، أي أن كل من وكيل الجمهورية وقاض التحقيق بالتنسيق مع الضبطية القضائية تقف عن استحالة مواصلة البحث والتحري للوصول إلى الفاعلين وأدلة الإثبات بواسطة أساليب التحري العادية، ويبدو أنه شرط يتفق فيه مشرعا مع المشرع الفرنسي وحتى المشرع البلجيكي.¹

- أن يكون الغرض من التسرب البحث والتحري حول جرائم محددة حصرا في المادة 65 مكرر من ق.إ.ج وهي نفس الجرائم التي أجاز فيها المشرع استعمال الآلية السابق دراستها أي اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، ويتعلق الأمر بجرائم من بينها جرائم الفساد ومعلوم أن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية تصنف في هذه الخانة ولكن يبدو من خلال نص المادة 65 مكرر 11 أن التسرب لا يعمل في حالة الجريمة المتلبس بها² لأن المادة المذكورة أحالت على جرائم بذاتها دون الإحالة على كونها في حالة تلبس وبالتالي لا يجوز تحميل النص أكثر مما يحتمل، وعلى العكس من ذلك يرى آخرون³ أن الإحالة تشمل أيضا الجريمة المتلبس بها رغم أن حالة التلبس تنتهي بمجرد ظهور الجريمة للعلن.

- حصول الضبطية القضائية على إذن من وكيل الجمهورية أو من قاض التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية وهذا الإذن يجب أن يكون مكتوبا ومسببا حسب المادة 65 مكرر 15 تحت طائلة البطلان.

- أن يحدد في الإذن مدة عملية التسرب، وحسب المادة 65 مكرر 15 الفقرة 03 أقصى مدة للتسرب هي 04 أشهر كقاعدة ولكن يجوز تجديد العملية ومن ثمة مدة التسرب مع العلم أن المشرع لم يحدد كم مرة يتم التمديد مما يوحي إلى أن الإجراء سلطة تقديرية للنيابة ولقاضي التحقيق، ومع نص المشرع على هذه الشروط الإجرائية نظم أيضا هذه الآلية الخاصة في التحري ومآل نتائج التسرب كما نص على وسائل تساعد المحقق المتسرب وقرر أيضا حماية خاصة له ورغم ذلك فهناك نقائص تسجل في هذا الإطار.⁴

¹ .نادية تياب، مرجع سابق، ص 349.

² .المرجع نفسه، ص 347.

³ .خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 76.

⁴ .لتفصيل أكثر راجع نادية تياب، المرجع السابق، ص 349 وما بعدها.

3) حماية الشهود والخبراء والضحايا:

سوف نتناول باختصار شديد المقصود بهذا الإجراء والتدابير الرامية لحماية الأشخاص المعنيين به وشروط صحته.

أ . المقصود بالإجراء:

ورد في القانون رقم 06-01 المادة 45 في سياق حماية الشهود والخبراء والمبلغين والضحايا معاقبة كل من يريد الانتقام منهم أو ترهيبهم أو تهديدهم، وبعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006 استحدث المشرع أساليب خاصة للتحري في جرائم محددة حصرا ومن بينها جرائم الفساد، ثم خضع هذا القانون مرة أخرى للتعديل بموجب الأمر رقم 02-15 سنة 2015 وبواسطته استحدث المشرع إجراء جديد يتمثل في حماية الشهود والخبراء والضحايا أثناء مرحلة جمع الاستدلالات وبعدها بموجب المادة 65 مكرر 19 إلى 65 مكرر 28 وهذا بأكثر تفصيل بدل الاكتفاء بمعاقبة من يريد التأثير عليهم، وحسب المادة 65 مكرر 19 حصر المشرع هذا الإجراء في مجال الجريمة المنظمة وجرائم الإرهاب وجرائم الفساد دون غيرها، ومن هذا المنطلق كان لزاما التطرق إلى هذا الإجراء الجديد وقد حدد المشرع في المادة المذكورة نوعين من الحماية.

ب . التدابير الحمائية:

حدد المشرع في هذا الإطار نوعين من التدابير الحمائية، تدابير غير إجرائية وتدابير إجرائية وكلاهما تخص الشاهد والخبير والضحية وكلاهما يستعمل أثناء جمع الاستدلالات من طرف الضبطية القضائية وأثناء التحقيق القضائي وحتى مرحلة المحاكمة.

ب1 . تدابير الحماية غير الإجرائية: حددتها المادة 65 مكرر 20،¹ والملاحظ أن وكيل الجمهورية المشرف على البحث والتحري هو من يقرر الإجراء المناسب لحماية الشاهد أو الخبير أو الضحية الذي يكون في خطر حسب المادة 65 مكرر 21 و22.

ب2 . تدابير الحماية الإجرائية: حددتها المادة 65 مكرر 23، الملاحظ على هذه الإجراءات أنها تباشر بعد تحريك الدعوى العمومية أي بعد الانتهاء من جمع

¹ . راجع المادة 65 مكرر 20 و مكرر 21 و مكرر 22، الأمر رقم 15-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

الاستدلالات¹ وبالتالي لن نتطرق إليها في هذه المرحلة ونحيلها إلى مرحلة التحقيق القضائي ومرحلة المحاكمة.²

(4) استعانة وكيل الجمهورية بخبراء متخصصين:

بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر رقم 15-02 أضاف المشرع المادة 35 مكرر التي تمنح لممثل النيابة العامة إمكانية الاستعانة في المسائل الفنية بمساعدين متخصصين يساهمون مع الوكيل في جميع الإجراءات السابقة لتحريك الدعوى العمومية وتتساءل هل الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية يمكن أن تأخذ الطابع الفني أم لا حتى نقول أن المادة 35 مكرر يمكن إعمالها في هذا المجال، إننا نميل إلى القول بأن مجال الصفقات العمومية سواء أثناء التحضير للصفقة أو أثناء الإبرام أو أثناء التنفيذ تنطوي فعلا على جانب فني يحتاج إلى أصحاب الاختصاص والتجربة الميدانية العملية وبالتالي فإن ممثل النيابة العامة يمكنه إعمال نص المادة 35 مكرر من ق.إ.ج مما يجعل هذا الإجراء أحد الخصوصيات المميزة لإجراءات الدعوى العمومية في مجال جرائم الصفقات العمومية، ومن هذا المنطلق يبدو أن المادة 35 مكرر تمثل ضمانا مهمة للموظف العامل في مجال الصفقات العمومية فالاستعانة بأصحاب الاختصاص في مرحلة جمع الاستدلالات من شأنه توضيح الكثير من النقاط العملية التي يمكن أن لا يتحكم فيها ممثل النيابة العامة وهذا من شأنه إنصاف الموظف وتجنبيه مخاطر المتابعة الجزائية.

(5) منع المشتبه فيه من مغادرة التراب الوطني:

من جهة أخرى منحت المادة 36 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية³ لوكيل الجمهورية المشرف على التحريات سلطة منع أي مشتبه فيه من مغادرة التراب الوطني لمدة 03 أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة كقاعدة، وإذا تعلق الأمر بجريمة فساد فإن التجديد يمتد إلى غاية الانتهاء من التحريات، وعليه يمكن أن يشمل إجراء المنع من مغادرة التراب الوطني موظف مشتبه فيه في جريمة متعلقة بالصفقات العمومية وكذا المتعامل الاقتصادي المتنافس للظفر بالصفقة، فرض هذا الإجراء على موظف أو متعامل اقتصادي متورط في

¹. راجع المادة 65 مكرر 23، نفس الأمر

². راجع في هذا الصدد الفرع الثاني أدناه، تحت عنوان التحقيق القضائي والمحاكمة في جرائم الصفقات العمومية.

³. المادة 36 مكرر 1، الأمر رقم 15-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

جريمة يمكن أن يكون فعالا ولكن فرضه على شخص لا يد له في الجريمة محل التحريات يبدو قاسيا خاصة إذا تعلق الأمر برحلة علاج ضرورية أو سفر دراسة أو عبادة وبالتالي إعمال وكيل الجمهورية لسلطته التقديرية في رفع هذا المنع متى اقتنع بتبريرات الشخص محل هذا الإجراء يرفع هذا الضرر خاصة إذا علمنا أن صياغة المادة 36 مكرر 1 الفقرة 3 محل الدراسة وردت بصفة "يمكن" وهذا اعترافا من المشرع لوكيل الجمهورية بالسلطة التقدير في هذا المجال.

ثانيا: آليات التحري الخاصة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

نتناول هذه الآليات بالشرح الوجيز ثم نتطرق إلى تقدير مشروعيتها، وما سوف نقوله حول مشروعية هذه الآليات ينطبق على الآليات الخاصة في قانون الإجراءات الجزائية.

1) المقصود بهذه الآليات الخاصة:

إلى جانب الآليات الخاصة في التحري والتحقيق المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية السابق دراستها تناول المشرع كما قلنا أعلاه آلية خاصة للتحري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 56 منه،¹ وسجلنا أن توافقا حصل بين القانونين فيما يخص التسرب الذي يقابله الاختراق حسب قانون 06-01 ولكن فيما يخص التردد الإلكتروني والتسليم المراقب فإن القانون رقم 06-01 انفرد بهما كما انفرد قانون الإجراءات الجزائية بآلية اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، وعليه يمكن القول أن آلية التردد الإلكتروني مكملة لآلية اعتراض المراسلات ما دام الفاسدين بدل تبادل المعلومات بالمراسلات السلوكية واللاسلكية يستعملون وسيلة تواصل أكثر أمانا هي الانترنت بواسطة الرسائل النصية SMS ولكن كما قلنا لم ينظم المشرع هذه الآلية كما فعل مع الآلية السابق ذكرها.

وفيما يخص آلية "التسليم المراقب" المنصوص عليها في القانون 06-01 فإن المشرع لم ينظمها أيضا وتبدو ذات فعالية فيما يخص الجريمة المنظمة العابرة للحدود وجريمة المخدرات وجريمة التهريب وتبييض الأموال، وقد يبدو أن هذه الآلية بعيدة عن جرائم الصفقات العمومية ولكن يمكن أن يكون لها أثر إيجابي بمناسبة تحريات أو تحقيق مفتوح حول جريمة تتعلق بالصفقات العمومية في حالة تتبع عائدات هذه الجريمة يحاول

¹ . المادة 56، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

المتورطون فيها إخراجها إلى خارج الوطن فتقدم الجهة القائمة بالتحقيق على تتبع حركة هذه الأموال إلى غاية وصولها إلى الجهة المقصودة وعند ذلك يمكن الوصول إلى المتورطين في الجريمة الأصلية، وعليه نقول أن المقصود بالتسليم المراقب حسب المادة 02 البند/ك من قانون مكافحة الفساد هو: "التسليم المراقب هو الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة وتحت مراقبتهما بغية التحري عن جرم ما وكشف الأشخاص الضالعين في ارتكابه"¹، والملاحظ حول هذه الآلية ما يلي:

أ- لم ينظم المشرع هذه الآلية بشكل مفصل كما فعل قانون الإجراءات الجزائية مع أساليب التحري الخاصة التي تناولها.

ب- التسليم المراقب آلية تستعمل للتحري والبحث في جرائم الفساد بصفة عامة ومن بينها جرائم الصفقات العمومية مع الأخذ بعين الاعتبار الملاحظات السابقة وهذا واضح في المادة 56 من القانون رقم 06 . 01 .

ج- ضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية المختصة دون تفاصيل أخرى سواء تعلق بالجهة التي تسلم الإذن أو مدته أو شكله.

د- يندرج هذا الأسلوب في إطار التعاون الدولي بغرض مكافحة الفساد بكل أشكاله.

هـ- هذا الأسلوب استثناء في جوهره على مبدأ إقليمية التجريم والعقاب.

و- قد يتعدى أثر ونتائج هذه الآلية الجريمة محل التحقيق إلى كشف جرائم أخرى لم تكن في الحسبان.

وعليه على المشرع التدخل في إطار القانون رقم 06-01 لإصدار نصوص تنظم على الأقل آلية التردد الإلكتروني، والتسليم المراقب، وفيما يخص الاختراق الذي يقابله التسرب في قانون الإجراءات الجزائية فيجب توحيد المصطلح في القانونين مع الإحالة على القانون الأخير كون هذه الآليات استثناء على أساليب التحري العادية كما أنها تمس بالحريات العامة للأفراد فمن الضروري ضبطها بدقة.

(2) تقدير مشروعية أساليب التحري الخاصة:

بالنظر إلى مدى تأثير الحريات العامة للأفراد بعد إعمال ضابط الشرطة القضائية

¹ . المادة 02، القانون رقم 06 - 01، مرجع سابق.

لهذه الصلاحيات نحاول تقييم هذه الأخيرة، الفقه منقسم بين مؤيد ورافض لهذه الأساليب من منطلق مشروعيتها وعدم مشروعيتها.

أ . رأي يقول بعدم مشروعيتها: على أساس مساسها بحرمة الحياة الخاصة للفرد لأنها تمارس خفية ودون علم ورضا المشتبه فيه، هي أيضا غير مضمونة كونها قد لا تعكس الحقيقة نظرا لاحتمال تغير محتوى التسجيل الصوتي مثلا أو حذف مقطع مصور أو تركيب مقطع لا يتعلق بتلك الواقعة فحجية هذه الأساليب من هذه الزاوية مطعون فيها¹ ولهذا يعارضونها أصلا.

ب . رأي يقول بمشروعيتها: يؤسسون رأيهم على اعتراف المشرع في كثير من الدول بهذه الأساليب كما أن اتفاقيات دولية مهمة تناولت هذه الآليات في سياق محاربة الجريمة التي أخذت أشكالا جديدة لدرجة وصولها إلى حد تهديد وجود الدولة واستقلالها ففائدة هذه الأساليب جعلتها مفروضة واقعا² ووفقا لهذه الرؤيا هذا الفريق يؤيد أعمال هذه الأساليب والنص عليها.

المطلب الثاني: الإجراءات القضائية في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية

تخضع إجراءات سير الدعوى العمومية في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية لقانون الإجراءات الجزائية وهي نفسها المطبقة على الدعوى العمومية بصفة عامة فهل لها خصوصيات تميزها بالنظر الى الخصوصيات المميزة لهذه الجرائم، وعندما نتكلم على الإجراءات القضائية فإننا نقصد تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها من التحقيق القضائي إلى المحاكمة.

الفرع الأول : تحريك الدعوى العمومية في جرائم الصفقات العمومية

القاعدة في قانون الإجراءات الجزائية أن النيابة العامة تحرك الدعوى العمومية إعمالا لمبدأ الملائمة بعد ارتكاب جريمة ولكن قد يقيد المشرع هذه القاعدة بإجراء معين قد يتمثل في الحصول المسبق على إذن أو ضرورة رفع الحصانة على نائب أو ضرورة تقديم شكوى من طرف المضرور، وبعد تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة وفق القاعدة العامة أو بعد استنفاد الإجراء المقيد للنيابة يحول ملف القضية إلى قاض الموضوع المختص بنظر

¹ . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، مرجع سابق، ص 69.

² . المرجع نفسه، ص 70.

الدعوى وعليه نعرض طرق اتصال المحكمة بالملف الجزائي والقيود الواردة على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية .

أولاً: سلطات النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية

القاعدة أن النيابة تتصرف في الشكوى أو البلاغ وملف جمع الاستدلالات وفق مبدأ الملائمة بحيث تحرك الدعوى العمومية دون أي إجراء آخر كما لها الحق في حفظ الملف، وإذا ارتأى وكيل الجمهورية تحريك الدعوى العمومية فإنه يتصرف في الملف حسب المادة 333 ق.إ.ج المعدلة بالأمر رقم 15-02¹ التي تقضي بأن الملف الجزائي يرفع للمحكمة المختصة سواء كانت قسم المخالفات أو الجرح للفصل فيه وفق الطرق التالية:

(1) الإحالة وهذا سواء من طرف قاض التحقيق بعد الانتهاء من التحقيق القضائي أو من وكيل الجمهورية مباشرة.

(2) حضور الأطراف بإرادتهم للمحكمة النازرة في الدعوى العمومية تطبيقاً للمادة 334 ق.إ.ج بمجرد استلامهم للاستدعاء سواء بصفة مباشرة من المحكمة أو عن طريق الشرطة أو عن طريق المحضر القضائي.

(3) التكليف المباشر بالحضور في حالات حددتها المادة 337 مكرر من ق.إ.ج²، ويبلغ المتهم بالتكليف عن طريق المحضر القضائي بتكليف من الضحية.

(4) المثلث الفوري وهو إجراء مستحدث إثر تعديل ق.إ.ج بالأمر رقم 15-02 بتاريخ 23 يوليو 2015 عوض به المشرع إجراءات التلبس، وعليه بعد تقديم المشتبه فيه من طرف الضبطية القضائية أمام وكيل الجمهورية يقوم بسماعه ثم يوجه له الاتهام تبعاً لتحريك الدعوى العمومية واحاته على المحكمة، وإذا رأى قاض الحكم ضرورة تأجيل الملف يمكن له في هذه الحالة إيداع المتهم الحبس المؤقت مع التأجيل أو التأجيل مع إطلاق سراحه.

(5) الأمر الجزائي إجراء مستحدث أيضاً بعد تعديل ق.إ.ج بالأمر 15-02 ويعمل به في حالة الجرح البسيطة للبالغين وفق شروط معينة، منها أن تكون الجرح ثابتة ولا تستدعي أي مناقشة أو مواجهة وبالتالي لا تستدعي تأسيس أي طرف مدني له حقوق يجب

¹ . يتعلق الأمر فقط بالجرح والمخالفات دون الجنايات المحالة على محكمة الجنايات بموجب أمر إحالة من غرفة الاتهام.

² . راجع المواد 334، 337 مكرر، أمر 66-155 المعدل والمتمم بالأمر رقم 90-24، المؤرخ في 18/08/1990، مرجع سابق.

مناقشتها في الجلسة حسب المادة 380 مكرر من ق.إ.ج، لا تفصل كثيرا في هذه الطريقة المستحدثة لأن كل الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية سواء منح امتيازات غير مبررة للغير أو جنحة الاستفادة من تأثير أعوان الدولة، حسب المادة 26 من القانون رقم 06-01 أو جنحة الرشوة حسب المادة 27 تفوق عقوبتها مدة سنتين حبس ومعلوم أن المادة 380 مكرر ق.إ.ج تشترط في الجنحة المحالة على المحكمة وفق إجراءات الأمر الجزائي أن تكون عقوبتها سنتين حبس أو أقل من ذلك.¹

ثانيا: القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية ومدى إعمالها في مجال جرائم الصفقات العمومية:

تناول المشرع في قانون الإجراءات الجزائية وفي قانون العقوبات قيود على سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية تتمثل فيما يلي: شكوى المضرور، الطلب، الإذن و نتناول هذه القيود من باب مدى انطباقها على جرائم الصفقات العمومية وهل يمكن اعتبارها من قبيل التخفيف عن ممثل المصلحة المتعاقدة وحماية له من خطر المتابعة المبنية على مجرد رسالة مجهولة أو شك ينطوي على انتقام أو ضغوط لإخضاع ممثل المصلحة المتعاقدة النزيه أو لمجرد حسابات ضيقة بعنوان فساد .

1) شكوى المضرور قيد على سلطة النيابة:

لم ينظم المشرع الشكوى سواء من حيث تعريفها أو كيفية تقديمها وعليه نرجع إلى الفقه حيث تم تعريفها مثلا كما يلي، "الشكوى إجراء يباشر من شخص معين وهو المجني عليه في جرائم محددة يعبر به عن إرادته الصريحة في تحريك الدعوى العمومية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقوبة القانونية بالنسبة للمشكوك في حقه"²، واضح أن الشكوى يقدمها الشخص المضرور سواء كان شخص طبيعي أو شخص معنوي في أي شكل كان بغرض تحريك الدعوى العمومية، وقد نص قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 66-156 المعدل والمتمم على جرائم مقيدة بشكوى على سبيل الحصر ولم نجد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 نص مماثل ينص على الشكوى قيد على تحريك الدعوى العمومية، ومعلوم أن جرائم الصفقات العمومية منصوص عليها في هذا القانون بعد إلغاء

¹ . المادة 380 مكرر، الأمر رقم 15-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

² . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، مرجع سابق، ص 119.

بعض أحكام قانون العقوبات ونقلها إلى قانون الوقاية من الفساد.

يمكن أن نجمل الجرائم المقيدة بشكوى في قانون العقوبات كما يلي: جنحة الزنا حسب المادة 339 قانون العقوبات، جنحة السرقة بين الأقارب والحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة حسب المادة 369 قانون العقوبات، جنحة النصب والاحتيال وخيانة الأمانة بين الأقارب والحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة حسب المادة 373 و377 من قانون العقوبات، جنحة إخفاء أشياء مسروقة التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة حسب المادة 369 قانون العقوبات، جنحة ترك الأسرة حسب المادة 330 من قانون العقوبات، جنحة خطف وإبعاد قاصر حسب المادة 326 من قانون العقوبات، جنحة عدم تسليم محضون حسب المادة 329 مكرر من قانون العقوبات، مخالفة الجروح غير العمدية حسب المادة 442 من قانون العقوبات، الجرح المرتكبة من طرف الجزائريين في الخارج حسب المادة 583 من قانون الإجراءات الجزائية.

الملاحظ أن كل هذه الجرائم تتعلق بحقوق خاصة للفرد الضحية أما فيما يخص جرائم الفساد التي يكون الضحية المباشر فيها الاقتصاد الوطني فان هذا الشرط غير ضروري وهذا واضح من خلال الرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حيث وعلى العكس من ذلك يعاقب القانون على عدم التبليغ كالتزام بدل كونه حق للضحية وهذا ما ورد في المادة 47 منه حيث يعاقب بالحبس كل شخص يعلم بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة بوقوع جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ولم يبلغ عنها السلطات العمومية المختصة في الوقت المناسب،¹ مع العلم أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 06-01 يتضمن نصوص كانت ضمن قانون العقوبات قبل إلغائها ونقلها ومن بينها المادة 119 التي عوضت بالمادة 29 في القانون رقم 06-01 لكن الملاحظ أن المشرع عدل المادة 119 وألغى الفقرة الأخيرة منها² التي كانت تنص على تقبيد الدعوى المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في المواد 119 مكرر و119 مكرر 1 و128 مكرر و128 مكرر 01 بشكوى صادرة عن أجهزة المؤسسة العمومية الاقتصادية وبالتالي أطلق المشرع يد النيابة العامة في هذه الجرائم نظرا لاستفحال ظاهرة الفساد، ولكن بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر رقم

¹. راجع المادة 47، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

². راجع المادة 119، قانون العقوبات رقم 6-156 قبل إلغائها بالقانون رقم 06-01، مرجع سابق.

15-02 بتاريخ 23 يوليو 2015 أضاف المشرع المادة 06 مكرر التي تتضمن الشكوى قيد على سلطة تحريك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط وهذا عن جرائم التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة.

الملاحظ أن المادة 6 مكرر كما قلنا هي نفسها الفقرة 03 المادة 119 من قانون العقوبات¹ الملغاة بالقانون 06-01.

الملاحظ أيضا على هذا القيد أنه يتعلق أولا بجرائم التسيير، ثانيا تتعلق بمسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط. نسجل أيضا أن المادة 6 مكرر من قانون العقوبات جاءت عامة تنص على مجموعة من الأفعال المجرمة ناتجة في مجملها عن سوء التسيير وهي:

- سرقة المال العام أو الخاص.

- اختلاس المال العام أو الخاص.

- إتلاف المال العام أو الخاص.

- ضياع المال العام أو الخاص.

ونظرا لذلك يمكن أن نشير إلى نصوص قانونية في قانون العقوبات أو قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تتضمن تجريم الأفعال السابقة مثل المادة 119 مكرر من قانون العقوبات التي وبالرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ولاسيما المادة 71 الواردة تحت عنوان "أحكام مختلفة وختامية" أنها لم تلغى والمادة 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 التي عوضت المادة 119 من قانون العقوبات والمادة 30 من قانون رقم 06-01 والمادة 41 من القانون رقم 06-01، نسجل أن هذه النصوص لا تتعلق مباشرة بالصفقات العمومية، وعليه التساؤل المطروح هل نص المادة 06 مكرر يمكن أن يمتد إلى الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية وبالتالي يصبح النص قيد على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية.

الملاحظة الأولى: التي يمكن إبدائها في هذا المجال أن المادة 06 مكرر من ق.إ.ج

حددت الجرائم التي ترتكب من طرف مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية وهي السرقة

¹ . المادة 06 مكرر، الأمر رقم 15-02، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

والاختلاس، والتلف وتضييع الأموال العمومية أو الخاصة، كما أن ضبط المتابعة جاء في سياق حماية المسير وتشجيعه على المبادرة دون التوجس الزائد من خطر المتابعة الجزائية، ويبدو أن النص ورد استجابة لطلبات تقدم بها مسيري هذه المؤسسات سواء بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة عندما تسببت المتابعات الجزائية ضد مسيرين في خوف وهلع لدى هؤلاء مما أدى إلى ركود داخل هذا النوع من المؤسسات.¹

الملاحظة الثانية: تتعلق بالجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية والتي سبق وأن تناولناها وهي ما رد في المادة 26 من القانون رقم 06-01 والمتعلقة بمنح امتيازات غير مبررة للغير أو جريمة الاستفاداة من سلطة نفوذ أعوان الدولة وكذا المادة 27 من نفس القانون المتعلقة بالرشوة في الصفقات العمومية وكذلك المادة 28 منه المتعلقة برشوة الموظفين الأجانب والمادة 25 منه المتعلقة بالرشوة بصفة عامة، فالركن المادي لهذه الجرائم لا يتعلق بسرقة المال العام أو اختلاسه أو إتلافه أو تعريضه للضياع بصفة مباشرة.

الملاحظة الثالثة: تتعلق بمضمون المادة 119 من قانون العقوبات الملغاة التي تعتبر المصدر التاريخي إن صح التعبير للمادة 06 مكرر بحكم أن المادة 119 كانت تتضمن الفقرة الثالثة ومضمونها يقترب إلى مضمون المادة 06 مكرر، أي أن المشرع أعاد صياغة هذه الفقرة ونقلها من قانون العقوبات إلى قانون الإجراءات الجزائية بصياغة جديدة، وبالرجوع إلى المادة 119 عقوبات الملغاة نسجل أن المشرع كان يحدد الجرائم محل الشكوى كقيد على النيابة على سبيل الحصر ومن بين هذه الجرائم نص على جرائم متعلقة مباشرة بالصفقات العمومية في المواد 128 مكرر و 128 مكرر 1 من قانون العقوبات التي أحالة عليها المادة 119 وهي جريمة إبرام صفقات عمومية مخالفة للتشريع وجريمة الاستفاداة من سلطة وتأثير أعوان الدولة في مجال إبرام الصفقات العمومية وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية،² ولما عدل المشرع مضمون هذه الفقرة ونقلها إلى قانون الإجراءات الجزائية في المادة 06 مكرر لم ينص على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية واكتفى بالنص على جرائم التسيير التي يرتكبها مسير المؤسسة وتؤدي إلى السرقة أو الاختلاس أو

¹ . تبدو خطوة محتشمة من طرف المشرع تحتاج الى تدعيم في المستقبل وان تكون أكثر إنصافا للمسير النزيه وفي نفس الوقت إن الحزم والشدة مع الفساد ومقترفيه سياسة جنائية لا رجعة فيها .

² . راجع المواد 128 مكرر و 128 مكرر 1، الأمر رقم 66-156 المتعلق بقانون العقوبات قبل إلغائها.

الإتلاف أو الضياع وبالتالي إذا كان المشرع يريد فعلا أن تطبق المادة 06 مكرر ق.إ.ج على جرائم الصفقات العمومية لنقل نص المادة 119 عقوبات الملغاة إلى المادة 06 مكرر بحذافيرها ولكنه لم يفعل، بالتالي نظرا لمبدأ الشرعية الذي يحكم قانون العقوبات ونظرا لخصوصية جرائم الصفقات العمومية ونظرا إلى مضمون المادة 06 مكرر من ق.إ.ج التي تختلف عن مضمون المادة 119 عقوبات الملغاة يمكن القول أن المادة 06 مكرر لا يمكن أن تشكل قييدا على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في جرائم الصفقات العمومية، وفي نفس الوقت إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى التخفيف عن مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية وتشجيع مبادراتهم في مجال إبرام الصفقات العمومية فإن صياغة النص لم تحقق هذا الهدف، كما أن المادة 47 من قانون 06-01 سارت عكس المادة 06 مكرر من ق.إ.ج، حيث تعاقب كل شخص لم يبلغ على جريمة من جرائم الفساد بحكم مهنته أو وظيفته بما فيها جرائم الصفقات العمومية وهذا الحكم يؤكد أن المادة 06 مكرر ليست بالقاعدة العامة وهي بالتالي ليست قييدا على سلطة النيابة العامة.

(2) الطلب قيد على سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية:

قيد المشرع سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بضرورة حصولها في بعض الجرائم المحددة حصرا على طلب من السلطة المختصة. لم يعرف المشرع بطبيعة الحال الطلب وبالتالي تكفل الفقه بذلك، ومن بين هذه التعاريف نذكر "الطلب بلاغ مكتوب يقدمه موظف يمثل هيئة معينة لكي تحرك الدعوى العمومية ضد شخص ارتكب جريمة يشترط القانون لتحريك الدعوى بشأنها تقديم طلب منه".¹

وفيما يخص الجرائم المقيدة بالطلب نتساءل هل هذا الإجراء معمول به في مجال جرائم الصفقات العمومية أيضا، بالرجوع إلى القانون رقم 06-01 لا نسجل أن المشرع قيد النيابة بهذا الإجراء، نقول كذلك لأن الجرائم المعنية بهذا الإجراء محددة حصرا منها جريمة متعهدي تمويل الجيش حسب المادة 161 إلى 163 من قانون العقوبات ويقدم الطلب وزير الدفاع، مع العلم أن المشرع يستعمل عبارة شكوى بدل طلب² وهناك فرق بين الشكوى

¹ . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية ، مرجع سابق، ص 123.

² . راجع في هذا الخصوص مثلا خلفي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 123 ، وعبد الله أوهيبية ، مرجع سابق، ص

والطلب فالإجراء الأول مطلوب في حالة حماية مصلحة شخصية والإجراء الثاني أي الطلب مطلوب في حالة حماية المصلحة العامة.

ورد هذا القيد أيضا في قانون الجمارك المادة 259 ويقدم الطلب من طرف الإدارة العامة للجمارك، وحسب القانون المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى خارج ورد في المادة 09 منه هذا القيد¹ حيث لا تحرك الدعوى العمومية إلا بموجب طلب من طرف الوزير المكلف بالمالية أو محافظ بنك الجزائر أو أحد ممثليهما مع الإشارة إلى أن المشرع مرة أخرى يستعمل عبارة شكوى بدل طلب، وكذلك فيما يخص الجرائم الضريبية حيث لا تحرك الدعوى العمومية إلا بعد طلب من مديرية الضرائب المختصة.

(3) الإذن قيد على سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية:

لم يعرف المشرع الإذن ولكن الفقه تكفل بذلك بحيث يعرفه البعض هكذا " الإذن عبارة عن رخصة مكتوبة تصدر من الهيئة أو الجهة التي يتبعها الموظف الذي ارتكب الجريمة، وقد وضع الإذن لحماية بعض الموظفين مثل نواب البرلمان نظرا لمهامهم الحساسة ولتمتعهم بالحصانة"². وإذا كان الطلب يتضمن نية مصدره في متابعة المخالف وتسليط العقوبة المقررة عليه قانونا فإن الإذن لا يتضمن ذلك بل هو مجرد إجراء يصدر عن الجهة المخولة بإصداره بغرض رفع القيد المفروض على النيابة الذي قد يتمثل في الحصانة التي يتمتع بها المشتبه فيه وعليه يفرق الفقه بين نوعين من الحصانة حصانة برلمانية وحصانة قضائية³، والسؤال المطروح هنا هل الإذن إجراء معمول به في مجال جرائم الصفقات العمومية أم لا.

بالرجوع إلى القانون رقم 06-01 لم ينص المشرع صراحة في النصوص المجرمة للأفعال المرتبطة بالصفقات العمومية سواء في المادة 26 أو 27 أو 28 أو غيرها على هذا القيد ولكن وبحكم تداخل مجال إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية نقول أنه يمكن أن يتورط في إحدى جرائم الصفقات العمومية نائب أو موظف متمتع بالحصانة، وإذا كان عضو

¹ . المادة 09، الأمر رقم 96-22 المعدل والمتمم، مرجع سابق

² . خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 124.

³ . عبد الله أوهيبية، مرجع سابق، ص 116.

البرلمان سواء كان نائب في المجلس الشعبي الوطني أو عضوا في مجلس الأمة يمكن أن يتورط بصفته شريكا أو محرزا فإن الوالي مثلا المتمتع بالحصانة القضائية يمكن أن يتورط في إحدى هذه الجرائم المذكورة حتى بصفته فاعل أصلي فضلا على إمكانية تورطه بصفته شريكا أو محرزا، وعليه نتطرق إلى نوعي الحصانة محل الإذن:

أ- الحصانة البرلمانية:

حسب المادة 127 من الدستور¹ لا يمكن متابعة نائب في البرلمان أو عضوا في مجلس الأمة حتى ولو كان الأمر يتعلق بجريمة متلبس بها إلا بعد إذن من الغرفة التي ينتمي إليها ويكون هذا بعد رفع الحصانة عنه بأغلبية الأعضاء، الملاحظ أن المشرع لم يحدد نوع الجرائم المرتكبة من طرف النائب المهم أن توصف جنحة أو جناية مما يجعل إمكانية متابعة النائب أو عضو مجلس الأمة جزائيا في إحدى الجرائم المتعلقة أو المرتبطة بالصفقات العمومية وارد ما دامت هذه الجرائم موصوفة كجنحة، مع الإشارة أنه يمكن للنائب أو عضو مجلس الأمة التنازل على حصانته بصفة شخصية دون الرجوع إلى البرلمان وفي هذه الحالة يمكن متابعته مباشرة دون الحاجة إلى إذن.

ب- الحصانة القضائية:

كفل المشرع هذه الحصانة لبعض الموظفين السامين في الدولة بموجب قانون الإجراءات الجزائية في مواد 573-581² التي تكفل لبعض المسؤولين في القضاء والإدارة العامة إجراءات تقاضي خاصة نذكر منهم أعضاء الحكومة قضاة المحكمة العليا رؤساء المجالس القضائية والنواب العامين للمجالس والولاة، وإذا كان الأمر بالنسبة لأعضاء البرلمان يتعلق بإذن قبل تحريك الدعوى العمومية فإنه يخص الحصانة القضائية لبعض الموظفين السامين يتعلق فقط بإتباع إجراءات خاصة لمتابعتهم مراعاة للمنصب الذي يشغله أحدهم، وعليه يبدو أن والي الولاية أو رئيس مجلس قضائي يمكن أن يكون محل دعوى عمومية تتعلق بالصفقات العمومية التي تبرم على مستوى الولاية أو مجلس قضائي تتم متابعته من طرف المحكمة العليا أين يتم تعيين أحد قضاة المحكمة العليا لإجراء تحقيق في القضية، ولا يمكن أن تتم المتابعة مباشرة من طرف وكيل الجمهورية أو حتى النائب العام

¹. راجع المادة 127، دستور الجزائر لسنة 1996، المعدل في 2016، مرجع سابق .

². راجع المواد 573-581، الأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

بالولاية التي يسيرها أو التي يعمل بها إذا كان الأمر يتعلق بأحد القضاة مثلا بل يجب المرور على النائب العام بالمحكمة العليا ثم رئيس نفس المحكمة.¹

الفرع الثاني: التحقيق القضائي والمحاكمة في جرائم الصفقات العمومية

كما قلنا سابقا لن نخوض في شرح مرحلة التحقيق القضائي الذي يباشره قاض التحقيق وكذا المحاكمة بل نحاول تلمس بعض الخصوصيات المسجلة في هذا الإطار عندما يتعلق الأمر بجرائم مرتبطة بالصفقات العمومية وهذا على التوالي.

أولا: التحقيق القضائي في جرائم الصفقات العمومية:

مبدئيا يخضع التحقيق القضائي في جرائم الصفقات العمومية لنفس القواعد المطبقة على الجرائم العادية² إلا إذا نص قانون الإجراءات الجزائية أو قوانين أخرى على خلاف ذلك، وبالتالي فالتساؤل المطروح هل هناك إجراءات تحقيق خاصة بجرائم الصفقات العمومية. ولأن جرائم الصفقات العمومية تصنف من ضمن جرائم الفساد وهذا بعد إلغاء المواد التي كانت تجرم هذه الأفعال في قانون العقوبات ونقلها إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 فإن إجراءات التحري الخاصة المستحدثة بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم 06-22 أي اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور حسب المادة 65 مكرر من ق.إ.ج وكذا التسرب تطبق أيضا من قيل قاض التحقيق أثناء التحقيق الذي يقوم به في جرائم الصفقات العمومية، نفس الشيء يقال فيما يخص حماية الشهود والخبراء والضحايا فحسب المادة 65 مكرر 21 من ق.إ.ج يمكن لقاضي التحقيق اتخاذ كل التدابير غير الإجرائية لحماية هؤلاء الأشخاص، وحسب المادة 65 مكرر 24 من نفس القانون يمكن أيضا لقاضي التحقيق عدم ذكر هوية الشاهد أو الخبير في محاضر السماع المنجزة من قبله ويتخذ كل التدابير الضرورية للحفاظ على سرية هوية الشاهد وهذا في سياق التدابير الإجرائية لحماية الشاهد والخبير المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 23 من ق.إ.ج وهذه الإجراءات هي:

- عدم الإشارة لهوية الشاهد أو الخبير أو ذكر هوية مستعارة في أوراق الإجراءات.

¹ . المادة 573، الأمر رقم 66-155 ، مرجع سابق.

² . راجع الفصل الثالث من الباب الأول، و الفصل الأول من الباب الثاني ، الأمر رقم 66-155، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- عدم الإشارة لعنوانه الصحيح في أوراق الإجراءات.
- الإشارة بدلا من عنوانه الحقيقي إلى مقر الشرطة القضائية أين تم سماعه أو إلى الجهة القضائية التي سيؤول إليها النظر في القضية.
- تحفظ هوية الشاهد أو الخبير الحقيقية وعنوانه في ملف خاص يمسكه وكيل الجمهورية.
- يتلقى الشاهد أو الخبير التكليف بالحضور للتحقيق أو للجلسة عن طريق النيابة العامة¹

ثانيا: المحاكمة في جرائم الصفقات العمومية

مبدئيا تخضع المحاكمة في جرائم الصفقات العمومية للأحكام العامة في قانون الإجراءات الجزائية ولا نكاد نحصي إلا بعض الاستثناءات النابعة من طبيعة الملف الجزائي في حد ذاته بحكم أنه يتضمن بعض الجوانب التقنية التي تستدعي ربما الاستعانة بخبراء أثناء سير المحاكمة وكذا استثناءات تتعلق بامتياز التقاضي الراجع الى الحصانة القضائية التي يتمتع بها موظفون سامون في الدولة الذين يمكن أن يكونوا محل متابعة كالوالي مثلا، حيث لا يحاكم أمام المحكمة التي تقع في نطاق الولاية التي يرأسها بل تتم إحالة ملفه على محكمة أو مجلس آخر.

أما فيما يخص طرق إحالة الملف الجزائي المتعلق بجريمة تتعلق بالصفقات العمومية فهي نفسها المتبعة في جرائم القانون العام حسب المادة 333 من قانون العقوبات المعدلة بالأمر رقم 15-202²، وفي هذا الصدد نقول أنه ونظرا للطبيعة الخاصة لجرائم الصفقات العمومية فإن الطريق المعمول به عادة لاتصال المحكمة بالملف هي إجراءات المثلث الفوري المقرر من وكيل الجمهورية في حالة الجريمة المتلبس خاصة إذا تعلق الأمر بالرشوة أين يضبط الموظف أو المتعامل معه في حالة تلبس، أو الإحالة من قاض التحقيق بحيث أغلب ملفات الفساد في مجال الصفقات العمومية تمر على قاض التحقيق نظرا للغموض والتعقيد الذي يكتنف هذه الملفات. أما الإحالة المباشرة من وكيل الجمهورية والتكليف المباشر بالحضور والأمر الجزائي فهي مستبعدة لعدة اعتبارات خاصة القانونية منها فحالات اللجوء إلى التكليف المباشر بالحضور محددة حصرا في المادة 337 مكرر ق.إ.ج ولا وجود لجرائم الصفقات ضمن الجرائم المحصورة في المادة، والأمر الجزائي المستحدث بعد تعديل

¹ . المادة 65 مكرر 23 الفقرة الأخيرة، الأمر رقم 15- 02، المعدل والمتمم للأمر رقم 66- 155، مرجع سابق.

² . راجع المادة 333، الأمر رقم 66- 156 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

قانون الإجراءات الجزائية بالأمر 15-02 يتعلق بالجرائم البسيطة المعاقب عليها بالغرامة أو بالحبس لمدة لا تتجاوز سنتين حبس، ومعلوم أن جرائم الصفقات العمومية عقوباتها تفوق السنتين في غالب الأحيان.

فيما يخص حماية الشهود والخبراء والضحايا أثناء المحاكمة فإن المادة 65 مكرر 26 من ق.إ.ج منحت لقاضي الحكم سلطة تقديرية واسعة حول مدى الكشف عن الهوية الحقيقية للشاهد أو الخبير، وحسب المادة 65 مكرر 27 من نفس القانون يجوز لقاضي الحكم استعمال وسائل تقنية لسماع الشاهد أو الخبير دون الكشف عن هويته الحقيقية وهذه الإجراءات مستحدثة يمكن استعمالها في مجال جرائم الصفقات العمومية باعتبارها ضمن جرائم الفساد. وتبعاً لهذه الإجراءات الخاصة في المحاكمة فرض المشرع عقوبات على كل من يكشف الهوية الحقيقية للشاهد أو الخبير حسب المادة 65 مكرر 28 من ق.إ.ج بالحبس لمدة 6 أشهر إلى 05 سنوات وبغرامة، وكل من يحاول الانتقام من شاهد أو خبير أو مبلغ أو ضحية أو يقوم بترهيبه أو تهديده يعاقب بالحبس أيضاً من 06 أشهر إلى 05 سنوات وبغرامة وهذا حكم معمول به في مجال جرائم الفساد ومن بينها جرائم الصفقات العمومية حسب المادة 45 من القانون رقم 06-01.¹

¹ . المادة 45، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

ملخص الباب الأول:

تستهدف المصلحة المتعاقدة بصفة عامة تحقيق المصلحة العامة تبعا لتلبية احتياجاتها المسطرة سلفا وعندما تكون مدعوة الى احترام تنظيم الصفقات العمومية يلزم الخطر الجزائي ممثلها القانوني بدءا بمرحلة تنظيم الصفقة العمومية انطلاقا من إعداد دفتر الشروط واختيار طريقة التعاقد والإعلان عن الصفة ثم تلقي عروض المتنافسين الى مرحلة التعاقد والمفاوضات إذا تعلق الأمر بالتعاقد وفق التراضي في إطار قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15.247، وقد أشار هذا الأخير الى الخطر الجزائي في المادة 89 منه بهدف إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة للموظف أو العون العمومي الذي يعمل بحذر حتى لا يقع في المسائلة الجزائية وبين المصلحة العامة المستهدفة من طرف المصلحة المتعاقدة، وعليه يتحول هذا الخطر الى مثبط لمبادرة ممثل المصلحة المتعاقدة، ونظرا لذلك يتدخل القضاء الإداري محاولا إعادة التوازن المفقود بين المصلحتين وعندما ثبت لنا نقص فعاليته نظرا لطبيعة اختصاصاته التي تتوقف عند حدود إبطال الصفقة وكذا نظرا للطابع التقني المميز لمنازعات الصفقات العمومية التي ربما لا يتحكم فيها هذا القاضي بحكم تكوينه العام تدخل القاضي الجزائي لنفس الغاية ولكن باختصاصات وسلطات مغايرة وحتى نقف على مدى نجاحه في إعادة التوازن المفقود كان لزاما علينا التطرق الى الجرائم المرتبطة بالصفقات حسب القانون رقم 01 . 06 وتتبع مواطن الخطر الجزائي عبر مراحل الصفقة العمومية وأكثر هذه الجرائم تلازما مع الصفقات العمومية جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير تناولها المشرع أيضا في قانون الصفقات العمومية، وحتى نقيم قوة هذا القاضي كان لزاما علينا التطرق الى طرق الكشف والتحري عن هذه الجرائم ثم التحقيق ومحاكمة المتورطين فيها، مع الإشارة الى أن الموظف أو العون العمومي أول المعنيين بهذا الخطر الى جانب المتعاقد معه ولهذا أصبح ركنا مفترضا في أي متابعة جزائية وكذلك الأمر بالنسبة للصفقة العمومية التي تتعدد معايير تحديدها وتمييزها عن باقي العقود الإدارية الأخرى ولهذا السبب يتأكد المحقق أو القاضي الجزائي من توافر كليهما رغم عدم تخصصه، وقد وقفنا على نجاعة هذا القضاء الى حد ما بالمقارنة مع سابقه نظرا للسلطات التي يتمتع بها ولكنه حسب رأينا يبقى غير فعال لإعادة التوازن بين المصالح المتعارضة لأنه يستهدف أساسا معاقبة المتهمين بمثل هذه الجرائم.

الباب الثاني

تجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية

الباب الثاني: تجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية

الخطر الجزائي في الصفقات العمومية كما قلنا وسيلة لإعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين ولتحقيق هذا الهدف ثبت لنا أن القاضي الإداري أقل فعالية من نظيره الجزائي في هذه المهمة الصعبة، وبقاء هذا الخطر هاجس المسؤول والموظف والمتعامل الاقتصادي على المستوى الداخلي وحتى على المستوى الدولي بعد عولمة الاقتصاد والتجارة التي تظهر جلية في مجال الصفقات العمومية إذا كانت الصنفقة موجهة للمؤسسات الوطنية والأجنبية وبالتالي أصبح لهذا الخطر بعد دولي،¹ وعلى هذا المستوى تحرص الشركات الكبرى أو المتعددة الجنسيات على سمعتها دولياً وبالتالي على مستوى سياستها العامة تتجنب قدر المستطاع الوقوع في المسائلة الجزائية، وإذا حدث وان تورط احد موظفيها في جريمة ما في دولة ما فإنها تسارع إلى التخلص منه حماية لسمعتها، وعلى المستوى الوطني أصبح لزاماً البحث في سبل وآليات تجنب هذا الخطر ربما يسعفنا هذا في تدارك القصور المسجل على القضاء ومن ثمة المساهمة في إعادة التوازن المفقود بين المصلحتين المتناقضتين عن طريق الوقاية من خطر الفساد.

وعليه من الضروري العمل على إيجاد طرق ووسائل تحمي هؤلاء الموظفين من هذا الخطر المحدق نظراً كما قلنا لقصور مسجل على كل من القضاء الإداري وحتى الجزائي في إعادة التوازن المفقود بين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة، ومن بين الحلول المقترحة الاهتمام بالجانب التنظيمي وهذا من خلال تفعيل المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وعلى رأسها مبدأ المنافسة إلى جانب مبدأ المساواة وشفافية الإجراءات، وعلى المستوى البشري الاهتمام بالوظيفة العمومية وكذا التوظيف في القطاع العام ولا سيما في القطاعات المعنية بتنظيم الصفقات العمومية وفق قواعد صارمة وشفافة حتى نقطع الطريق على الفاسدين والتكوين المتخصص والمستمر لهذا الموظف ونتبع ذلك بخلق الوظيفة العمومية والتصريح بالممتلكات، وكذا التدقيق في النصوص المجرمة لفعل التسيير ورفع اللبس على نصوص قانون الصفقات العمومية وتبسيط إجراءاتها فالملاحظ أن القاضي أصبح يكرس كل وقته للتأكد من صحة الإجراءات

¹Emmanuel Daoud, Bérénice Dinh, Julie Ferrari, Catrine gambette, Gérer le risque pénal en entreprise, éditions Lamy , France 2011, p87

المعتمدة للتعاقد وتزداد هذه الصعوبة أكثر عندما يتعلق الأمر بالقاضي الجزائي الذي قد يغرق في محاولة فهم طرق إبرام الصفقات العمومية وكذا التأكد من بعض المفاهيم المرتبطة بهذا النوع من العقود على حساب البحث في مدى توافر أركان الجريمة وإسناد المسؤولية.¹ ويتبع هذا بالتركيز الفعال لمختلف أنواع الرقابة المفروضة على الصفقات العمومية وخاصة الرقابة المالية بكل أنواعها سواء تلك الموصوفة بالرقابة المالية القبلية بداية بالرقابة التي يباشرها الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة ورقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي، وتلك الموصوفة بالرقابة المالية البعدية التي يختص بها مجلس المحاسبة بصفته هيئة ذات طابع قضائي، ورقابة أخرى يمكن وصفها بالتكميلية وهذه تختص بها هيئات ذات طابع إداري أو ذات طابع ضبطي قضائي، والتركيز الفعال لهذه الرقابات وغيرها من شأنه تجنب كل المعنيين بالصفقة العمومية الخطر الجزائي والمسائلة الجزائية وهذا ما سوف نتناوله أدناه.

¹ Nicolas charrel, op-cit, p14

الفصل الأول

تكريس المبادئ التي تقوم عليها الصفقات
العمومية والتدابير الوقائية في الوظيفة العمومية

الفصل الأول: تكريس المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية والتدابير

الوقائية في الوظيفة العمومية:

بالموازاة مع العمل القضائي سواء الإداري أو الجزائي والذي ثبتت محدوديته في إعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين في مجال الصفقات العمومية وهذا يعني عدم تخلص الموظف أو العون العمومي من هاجس الخطر الجزائي الذي يؤثر على مردوده الوظيفي أخضع المشرع الصفقات العمومية من حيث إبرامها الى مبادئ معمول بها في التشريعات المقارنة محققا عدة أهداف، والقاسم المشترك بينها إخضاع الصفقة للقانون بوجه عام ومن ثمة اطمئنان ممثل المصلحة المتعاقدة أو تفاديه للخطر الجزائي الذي يلزمه أثناء كل مراحل سير الصفقة العمومية، وإذا تحقق هذا الهدف فإن كفتي الميزان الذي يحكم المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة يمكن تعديلها هذه المرة بأحكام تشريعية وتنظيمية ويكون دور القاضي الإداري بعد ذلك محدد في نطاق هذه المبادئ وليس بإعمال الأحكام العامة التي تحدد سلطته. وعلى رأس هذه المبادئ مبدأ المنافسة الذي وإن لم يشر إليه قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15. 247 صراحة في المادة 05 إلا أن قانون المنافسة رقم 03. 03 أكد في المادة 02 على تطبيق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المنافسة الى غاية المنح النهائي للصفقة، الى جانب مبدأ المساواة بين المترشحين سواء كانوا وطنيين أو أجنبى ومبدأ شفافية الإجراءات وحرية الوصول للطلب العمومي، وفي سياق تنظيم هذه المبادئ قد ينص المشرع على استثناءات تحد من هذه المبادئ فما هي الآثار المترتبة على نطاق المبدأ المذكورة في حد ذاته وعلى الهدف المبتغى أي إعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين عن طريق تجنب الخطر الجزائي. والى جانب هذه المبدأ الضابطة يمكن الاعتماد على أسلوب الوقاية من الوقوع في الخطر الجزائي المؤدي الى المتابعة الجزائية أو التأديبية وكلاهما وهذا بإعمال مجموعة من التدابير الوقائية في الوظيفة العمومية بحكم أن المعنى الأول بهذا الخطر هو الموظف العمومي وفي مقدمة هذه التدابير إخضاع التوظيف في القطاع العام ولاسيما ذلك المتعلق بمجال الصفقات العمومية الى قواعد شفافة وصارمة بعيدا عن المحاباة والاهتمام بعد ذلك بهذا الموظف من حيث تكوينه المستمر والمتخصصون حيث أخلاقه الوظيفية أثناء أداء مهامه أو بمناسبة ذلك وإلزامه بإمضاء التصريح بممتلكاته

يوم تنصبيه ومراقبة هذا التصريح واقعا يوم انتهاء مهامه أو إنهاؤها ومن شأن هذه التدابير الوقائية إبعاد الموظف عن بؤر الفساد وهذا يتركه يعمل في راحة نفسية تزيد من مردوده المهني واقعا وعند هذا الحد يمكن القول أن مصلحته الخاصة على نفس خط المصلحة العامة نسبيا.

المبحث الأول: التكريس الفعال للمبادئ الضابطة للصفقات العمومية

لإخضاع الصفقات العمومية من حيث إبرامها للقانون ومن ثم تجنب الموظف والإدارة عموماً الخطر الجزائي نصت المادة 09 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على قواعد يجب مراعاتها قبل كل إعلان عن المنافسة، وجاءت المادة كما يلي " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية...¹، وعليه نستخلص أن هذه القواعد هي شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، المنافسة الشريفة بين كل المشاركين للفوز بالصفقة العمومية، وكذا المعايير الموضوعية عند اختيار الفائز بالصفقة، أما المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 فقد جاءت كما يلي: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"²، وعليه حسب قانون الصفقات العمومية المبادئ التي يجب أن تحترم لإبرام الصفقات العمومية هي، مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة بين المترشحين، مبدأ شفافية الإجراءات، أما قراءة المادتين معا فإنه يؤدي إلى تسجيل الملاحظات التالية:

- اشتراك المادتين في تناول الشفافية كقيمة مهمة يجب أن تحترم عند إبرام صفقة عمومية لا يشوبها أي شائبة، وهذا الاشتراك هو الذي دفعنا إلى تناول المادتين معا.
- استعمال مصطلحات مغايرة بين المادتين المادة 09 من القانون رقم 06-01 تستعمل عبارة قواعد أي أن الشفافية قاعدة يجب أن تحترم عند إبرام الصفقات العمومية، بينما المادة 05 المرسوم الرئاسي رقم 15.247 تستعمل عبارة مبادئ أي أن الشفافية أصبحت مبدأ من مبادئ إبرام الصفقات العمومية.
- اختلاف المادتين في القواعد أو المبادئ التي تحكم إبرام الصفقات فبالإضافة إلى

¹ . المادة 09، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² . المادة 05، المرسوم الرئاسي رقم 15-147، التي تقابل المادة 03، المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الملغى، مرجع سابق.

الشفافية كقاعدة تناولت المادة 09 السالف ذكرها قاعدة المنافسة الشريفة وقاعدة المعايير الموضوعية، بينما تناولت المادة 05 مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ومبدأ المساواة بين المترشحين، وهذا الاختلاف بين مضمون المادتين يتركنا نحصي في المجموع خمسة قواعد أو مبادئ تقوم عليها الصفقات العمومية.

- المادة 09 من القانون رقم 06-01 نصت على هذه القواعد من باب الوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية أي احترام هذه القواعد الثلاثة من شأنه يقي الموظف من شبهة الفساد، وبمفهوم المخالفة إن عدم احترام قاعدة من هذه القواعد يجعله وشريكه المتقدم للمنافسة على الصفقة في خانة المشتبه به وقد يتحول إلى متهم أمام القاضي الجزائي، بينما جاءت المادة 05 من مرسوم 247.15 من باب ضمان نجاعة الطلبات العمومية¹ وكذا الاستعمال الحسن للمال العام أي أنها جمعت بين قاعدتين مهمتين في مجال الصفقات العمومية قاعدة تلبية الطلبات والحاجيات العمومية للمواطن وهذا يكون حتما إذا نجحت الإدارة في الإعلان عن احتياجاتها للتعاقد بصفة صحيحة لا يشوبها أي خلل والقاعدة الثانية ترشيد النفقات العمومية أي الاستعمال الأمثل والمفيد للمال العام، وعليه إذا كان المشرع حريصا على التطرق إلى هذه القواعد أو المبادئ ذكرا فإن احترامها وحرص الإدارة المتعاقدة عليها تطبيقا من شأنه حماية الموظف المكلف بمتابعة إبرام الصفقة.

ويبدو أن كل هذه المبادئ أو القواعد مهمة لتحقيق الغاية المقصودة ولكن أهمها على الإطلاق مبدأ المنافسة الذي سوف تناوله بنوع من التفصيل خاصة إذا علمنا أنه يحمل في طياته المبادئ الأخرى أي المساواة والشفافية وسوف نقف على هذه النتيجة أثناء المناقشة.

المطلب الأول: تكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تعتبر المنافسة قيمة حقوقية رديفة لحرية التجارة والصناعة التي يضمنها الدستور الجزائري لسنة 1996 في مادته 37² وذلك على أساس أن حق الفرد في مزاولته نشاطه كفاعل اقتصادي لا يقوم في الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل الوصول إلى أسواق المعاملات التجارية والصناعية مؤطرة بضمانات قانونية نافذة وحماية قضائية فعالة.

¹ . هذا واضح من خلال صياغة المادة 05، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² . دستور الجزائر لسنة 1996، المعدل بالقانون رقم 16-01، مرجع سابق.

واعتبارا لكون الصفقات العمومية مجالا من هذه الأسواق تتقاطع فيه إعلانات الإدارة العمومية عن حاجاتها من أشغال وتوريدات أو خدمات مع العروض المقترحة من طرف المتنافسين استجابة لهذه الإعلانات فإن حماية حرية المبادرة تقتضي إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية لمنظومة من الضمانات القانونية التي من شأنها تجعل الأصل هو إرساء الصفة على الفائز بها على أساس المنافسة الحرة مع غيره والاستثناء اعتماد أسلوب التراضي الذي يعني أيضا اختيار الإدارة للمتعاقد معها حسب سلطتها التقديرية.¹

ولا ريب أن احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين الذي نصت عليه القوانين السابقة بصفة مستقلة من شأنه خدمة مبدأ المنافسة للوصول إلى الطلبات العمومية وهذا فيما يخص الشروط المطلوبة للمشاركة في التنافس للظفر بالصفة التي يجب أن تطبق على كل المنافسين، وكذا فيما يخص الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بالطلبات العمومية نفسها وهذه يتعين على الإدارة نشرها ليطلع الجميع بها، وكذلك على الإدارة أن تعلم كل المنافسين بالأسباب التي أدت إلى فوز أحدهم بالصفة وتتحية غيره من المنافسة.

كما أن المنافسة في مجال الصفقات العمومية تهدف أيضا أو هي وسيلة لضمان شفافية إبرام الصفقات وكذا كيفية صرف المال العام المرصود لهذه الصفقات، وفي سبيل ذلك يتعين أن تتيح عملية المنافسة بين المشاركين ربط مشروع الصفة بالعرض الذي يتحقق في إطاره أفضل مستوى للتناسب بين الثمن والجودة في الإنجاز أو أداء الخدمة²، وهي نتيجة يصعب تحقيقها إذا لم يتم تنظيم المنافسة في هذا المجال على أساس شروط يمكن استخلاصها من خلال تتبع مراحل إبرام الصفة من مرحلة الإعلان إلى مرحلة فتح الأظرفة كما يلي:

- تزويد كل الفاعلين الاقتصاديين بالمعلومات اللازمة لتقدير متطلبات مشروع الصفة دون تمييز حسب المادة 62.³

- تجنب التأثير على المتنافسين لنيل الصفة حتى تتجنب الإدارة شبهة التواطؤ مع

¹ . بهيجة رماش، دعوى المنافسة غير المشروعة بين التشريع والقضاء، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المملكة المغربية، سنة 2005-2006، ص 26.

² Wilfrid Jeandier, Droit pénale des affaires, 2 édition, Dalloz Paris, 1996, P 341

³ . راجع المادة 62، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

أحد المترشحين حسب المادة 88.¹

- تقديم المتنافسين لعروضهم دون علم بفحوى عروض غيرهم من المتنافسين حسب

المادة 6/46.²

- قابلية العروض للمقارنة والتفاضل فيما بينها وفق معايير التقييم المحددة سلفا من

طرف صاحب المشروع والتي يعلمها كل المتنافسين حسب المادة 26.³

يبدو أن المنافسة في الصفقات العمومية هي القاعدة الأساسية وفي المقابل هناك استثناء أو قيد هو حرية التعاقد وتبعاً لذلك فإن السؤال المطروح هو أين تنتهي حرية المنافسة ومن أين تبدأ حرية التعاقد وتحديد ذلك يتطلب (أولاً) تحديد نطاق المنافسة وحتى يتم تكريس المنافسة في نطاقها المحدد تحتاج إلى حماية قانونية وقضائية فعالة (ثانياً).

الفرع الأول: نطاق المنافسة في الصفقات العمومية

يجب التأكيد على أن نطاق المنافسة كأصل ينتهي عند منطلق حرية التعاقد، والموازنة بين قيمتين حقوقيين متعاكستين أي ما هو أصل وما هو استثناء يحدد متى تكون الصفقة سليمة حسب قانون الصفقات العمومية ومتى تكون مخالفة للقانون وما يترتب على ذلك من احتمال المسائلة الجزائية للموظف التابع للمصلحة المتعاقدة أو المتعاقد معه، أي أن هذه المواجهة بين الأصل والاستثناء تحمل في طياتها خطراً جزائياً يهدد الموظف والمتعاقد معه على السواء لأن الصفقة التي تبرم وفق طلب العروض مثلاً لا يمكن أن تبرم وفق التراضي وعليه من الضروري البحث في هذه القاعدة، وتبعاً لذلك يتعين البحث في الضمانات الهادفة إلى توسيع نطاق المنافسة كالقاعدة .

أولاً: المنافسة بين القاعدة والاستثناء

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الساري رقم 247.15 نجده حافظ على طلب العروض كالقاعدة وتناول الاستثناء المسجل عليها في المادة 39 التي تقابل المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236.10 وتقابل أيضاً المادة 20 المرسوم رقم 02 . 250 المتعلق

¹ . راجع المادة 88، نفس المرسوم.

² . راجع المادة 6/46، نفس المرسوم.

³ . راجع المادة 26، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مرجع سابق.

بتنظيم الصفقات العمومية الملغى،¹ حيث نصت المادة 39 على أن الصفقات العمومية تبرم وفق طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة كما تبرم وفقاً لإجراء التراضي كاستثناء، والتدقيق في النص يدفعنا إلى التساؤل هل يمكن للإدارة أن تتخذ السلطة التقديرية الممنوحة لها ذريعة لتوسيع نطاق الاستثناء على حساب القاعدة، إذ بإمكان الإدارة أن تبرم صفقة على أساس طلب العروض الذي يقوم على المنافسة ولكن وفقاً لطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا أو حتى وفق طلب العروض المحدودة² ومعلوم أن هذا الأخير حسب المادة 44 من المرسوم الرئاسي 247.15 هو إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا من المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط التي تحددها الإدارة المتعاقدة سلفاً، كما أن طلب العروض المحدود حسب المادة 45 من المرسوم الرئاسي 247.15 هو إجراء يكون المرشحين المرخص لهم من طرف الإدارة الحق في تقديم عروض للفوز بالصفقة وهذا بعد انتقاء أولي مسبق من طرف الإدارة نفسها وتلجأ الإدارة إلى هذه الطريقة عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة، ووصف العملية بالمعقدة أو بالأهمية البالغة سلطة تقديرية للإدارة نفسها.³

وقد تلجأ الإدارة إلى طريقة المسابقة لإبرام الصفقة حسب المادة 47 من نفس المرسوم إذا تعلق الأمر بإطلاق منافسة بين رجال الفن قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو مالية أو فنية خاصة، مع العلم أن دفتر الشروط الذي يحدد برنامج المشروع تعدده مسبقاً الإدارة بصفة فردية،⁴ وتستند الإدارة في هذا التوسع على حساب القاعدة بأسباب موضوعية مرتبطة بالصعوبات التي تعترض تنفيذ الصفقات نتيجة الفارق بين الكلفة الحقيقية للأعمال المطلوب إنجازها وبين الثمن المنخفض الذي يقترحه المتنافسون للظفر بالصفقة وبالتالي لم يعد الثمن هو المحدد الوحيد للفوز بالصفقة.

إن هذا التوسع في سلطات الإدارة على حساب قاعدة المنافسة بقدر ما هو مهم للإدارة ويساعدها على إنجاز مشاريعها ومن ثمة تلبية احتياجاتها بقدر ما ينطوي على خطر

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 02-250، مرجع سابق.

² . راجع المادة 56، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ . المادة 44 و 45، نفس المرسوم.

⁴ . المادة 47، نفس المرسوم.

جزائي يهددها وموظفيها لأن سلطتها التقديرية طاغية وبارزة للعيان، وهذه المعادلة تنطوي على معادلة أخرى طرفها الأول سعي الإدارة لتقديم خدمات للمواطنين والطرف الثاني هو تجنب المسائلة الجزائية أو الخطر الجزائي.

ثانيا: الضمانات الهادفة إلى توسيع نطاق المنافسة

تحت هذا العنوان نحاول تسليط الضوء على بعض الأحكام التي أتى بها قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 التي تشكل ضمانات إضافية بهدف توسيع نطاق المنافسة وعليه سوف نتطرق إلى الأشخاص الاعتبارية العامة المعنية بالصفقات العمومية حسب المادة 02 من قانون الصفقات، ثم نتناول شروط بعض أنواع الصفقات العمومية حسب ما نصت عليه المادة 11 تحت عنوان تحديد الطلبات.

1) تحديد قائمة الأشخاص المعنية العامة المعنية بإجراءات الصفقات العمومية: تدعيما لمبدأ للمنافسة.

نصت المادة 06 من قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 على الأشخاص المعنية العامة المعنية بأحكام الصفقات العمومية لتلبية حاجاتها، حيث ورد فيها أن أحكام هذا القانون تطبق على نفقات كل من:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.¹

ما يمكن ملاحظته في هذا المجال أن المشرع لم يستقر على قائمة واحدة منذ

¹ . تقابل المادة 06، المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، المادة 02، المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 التي حددت الأشخاص المعنية بأحكام قانون الصفقات العمومية كما يلي: الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بانجاز عمليات ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

صدر أول قانون للصفقات العمومية، فمثلا بالإضافة إلى الأشخاص الاعتبارية التي كانت
مذكورة في المادة 02 من قانون الصفقات الملغى رقم 02-250 المعنية بالتعاقد وفق
إجراءات الصفقة العمومية وسع المشرع هذه القائمة في المرسوم رقم 236.10 بإضافة
شخص معنوي مهم جدا هي المؤسسة العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية
ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة فأصبحت معنية أيضا بإجراءات
الصفقات العمومية عند التعاقد، قبل أن يعود ويلغى البند الخاص بهذا الشخص الاعتباري
بعد أن عدل هذا المرسوم سنة 2013¹ وقد ورد هذا التعديل في سياق تخفيف إجراءات
التعاقد المتعلقة بطلبات المؤسسة العمومية الاقتصادية التي ما فتئ مدراءها ومسيريها
الاستياء من أحكام قانون الصفقات العمومية المتميز بإجراءاته المعقدة، وبعد صدور
المرسوم رقم 247.15 قلص المشرع القائمة مرة أخرى مستثنيا بعض الأشخاص العمومية
من هذه الإجراءات، وفيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات
الطابع الصناعي والتجاري فان المشرع أخضعها لأحكام الصفقات العمومية تحت تسمي
مغايرة هي المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكون
الدولة هي الممول.

ملاحظة أخرى حول إخضاع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم
النشاط التجاري، فإذا كانت إجراءات الصفقات العمومية معيقة للإدارة بصفة عامة فإن
الصعوبة تزداد أكثر إذا تعلق الأمر بنشاط اقتصادي السرعة فيه رأسمال لا يقدر بثمن وعزم
الدولة على محاصرة الفساد المتفشي أملى هذا الخيار الصعب، ومعروف أن من المبادئ
التي تقوم عليها التجارة السرعة والائتمان، وإجراءات الصفقات العمومية من شأنها القضاء
على سرعة التعاقد ولو أن المشرع عاد وأدرج استثناء على أحكام المادة 06 المذكورة في
صلب المادة 23 منه عندما أعى المؤسسات العمومية المعنية باستيراد منتجات وخدمات
تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعة هذه السلع المستوردة والتقلب السريع في أسعارها
وتوفرها في السوق الدولية وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها،² وإذا توفرت أحد هذه
الخصوصيات في السلعة محل التعاقد جاز للمؤسسة العمومية المعنية بالاستيراد أن تتجنب

¹ . المادة 02، المرسوم رقم 13-03، المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 10-236، مرجع سابق

² . راجع المادة 23، مرسوم رئاسي رقم 15-237، مرجع سابق.

إجراءات الصفقات العمومية المعقدة والطويلة وتلجأ إلى طرق أخرى لاستيراد.
وعليه يمكن القول أن المشرع أراد تخفيف إجراءات التعاقد على المؤسسات العمومية بداعي المصلحة العامة وحالة الضرورة، ولكن تبقى مسألة تقدير حالة الضرورة هذه سلطة تقديرية في يد المؤسسة العمومية نفسها التي يمكن أن تستغل هذا الاستثناء بسوء نية للتملص من أحكام قانون الصفقات العمومية رغم تعلق الأمر بصرف المال العام ورغم أهمية وحجم الأموال المتداولة في هذه العملية، هذه الفرضية دفعت بالمشرع إلى إدراج الفقرة الثانية من المادة 23 حيث ولحسن سير عملية الاستيراد هذه ولفرض الرقابة على المؤسسة العمومية المعنية بعملية الاستيراد يكلف الوزير بمناسبة عملية الاستيراد بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة تتكون من أعضاء مؤهلين في ميدان استيراد السلعة المعنية يرأسها ممثل المصلحة المتعاقدة تكلف باختيار الشريك المتعاقد معه وكذا إجراء كل المفاوضات إلى غاية ضبط كل الجوانب العقد.

ولم يكتفي المشرع بذلك بل ذهب إلى النص في الفقرة 03 من المادة 23 على ضرورة إعداد قائمة بالمنتجات والخدمات المعنية بحالة الاستعجال وفق الشروط المذكورة أعلاه بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية وزير التجارة والوزير المعني بالقطاع الذي يريد الاستيراد، و لتشديد الرقابة أكثر نصت الفقرة الأخيرة من المادة 23 على ضرورة تحرير صفقة تسوية في أجل 03 أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للجهة المعنية بعملية الاستيراد هذه.

(2) إعادة تحديد مضمون وشروط بعض أنواع الصفقات:

تدعيماً لمبدأ المنافسة في إطار محاصرة الفساد عمد المشرع إلى تعديل مضمون بعض أنواع الصفقات العمومية وشروط إبرامها، ومن بين هذه التعديلات تلك التي تتعلق بتلبية حاجات المصالح العمومية المتعاقدة بعد تخصيصها سواء في حصة واحد أو عدة حصص حسب المادة 27 و31 من قانون الصفقات رقم 247.15 التي نجد لها مثيلاً في قوانين بعض الدول ومن بينها القانون المغربي ضمن ما يسميه "الصفقات المحصنة"، وكذا عقود البرامج وصفقات الطلبات حسب المادة 08 والمادة 16 وما بعدها من قانون

الصفقات المغربي.¹

أ- تخصيص الطلبات:

حسب المادة 27 من قانون الصفقات رقم 247.15 لا تثير الحصة الوحيدة أي إشكال لأن الحصة الوحيدة تقابلها صفقة واحدة ولكن في حالة تجزئة المصلحة المتعاقدة حاجاتها إلى حصص منفصلة فإن تلبية هذه الحاجات يقتضي إبرام عدة صفقات، والإشكال المطروح هنا هو مدى تعمد المصلحة المتعاقدة في تجزئة حاجاتها إلى حصص منفصلة بسوء نية بغرض التلاعب بالمال العام، وإبرام عدة صفقات مع متعاقد واحد وفي أبعد الحدود يمكن استعمال طريقة تجزئة الطلبات للهروب من إجراءات قانون الصفقات العمومية وهذا بخفض قيمة العقد إلى الحد المنصوص عليه في المادة 13 من قانون الصفقات، حيث إذا كانت قيمة العقد أو الطلب يساوي أو يقل عن مبلغ 12.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم لا تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بإبرام صفقة عمومية، وإذا كان الأمر يتعلق بتقديم خدمات فإن المادة المذكورة تقضي بأنه إذا كانت قيمة الخدمات تساوي أو تقل عن مبلغ 6.000.000 دج فلا داعي لإبرام صفقة،² وعليه تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تجزئة احتياجاتها إلى حصص منفصلة كل حصة تقل عن المبالغ المذكورة في المادة 23 أعلاه حتى تتجنب إبرام صفقة عمومية وهذا ما يشكل في نظر قانون العقوبات فسادا وفي إطار مناقشة مبدأ المنافسة يشكل هذا التصرف تضيقا للمبدأ المذكور لأن العقد سوف لن يطرح أصلا للمنافسة، وقد نصت الفقرة ما قبل الأخيرة في المادة 27 من قانون الصفقات³ على حضر هذه الممارسة دون النص على الجزاء المقرر في حالة المخالفة وعليه يفهم أن المشرع أحال هذه المسألة على القانون الجزائي من باب أعمال الأحكام العامة.

ولضبط مسألة تجزئة حاجات المصلحة المتعاقدة نصت المادة 27 المذكورة على قاعدة عامة تبدو في حاجة إلى تدقيق، حيث تنص الفقرة الرابعة على ضرورة "إعداد هذه

¹ . المرسوم رقم 2.06.388، يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدابيرها مراقبتها، مرجع سابق.

² . رفع المشرع المبلغ الذي يستدعي اللجوء إلى إجراءات الصفقة العمومية في المرسوم رقم 15-247، بعد أن كان في قانون الصفقات الصادر بالمرسوم رقم 10-236، محدد بمبلغ 8.000.000 دج لصفقات الأشغال واللوازم ، و 6.000.000 دج بالنسبة لصفقات الخدمات

³ . راجع المادة 27، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب أن لا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد".¹

وعليه يفهم من خلال هذا المعيار أي المواصفات التقنية حسب الفقه المقارن² هي سبب فتحه المجال للمصلحة المتعاقدة لتجزئ حاجاتها إلى حصص بحثا عن الجودة في الأداء، لأن كل حصة من المفروض يتنافس عليها من هو متخصص في ذلك المجال، وبمفهوم المخالفة عرض حاجات المصلحة المتعاقدة للتعاقد في شكل حصة واحدة يؤدي بالضرورة إلى التعاقد مع شخص واحد وقد لا يكون أدائه جيدا في كل جوانب الصفقة، أي أن هذا الأسلوب في إبرام الصفقات قد يؤثر على نوعية الأشغال وجودة الخدمات .

ما يعاب على المشرع عدم دقته في مسألة كيفية إعداد الحاجات من طرف المصلحة المتعاقدة، فكان على المشرع مثلا بالإضافة إلى نصه على المواصفات التقنية أن يقدم على تعريف الحصة وهذا ما ذهب إليه بعض المشرعين ومن بينهم المشرع المغربي الذي عرف الحصة في المرسوم رقم 206-388 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، حيث جاء في البند 2 من المادة 08 "يقصد بالحصة حسب مفهوم هذه المادة ما يلي: فيما يتعلق بالتوريدات: مجموعة من المواد أو الأشياء المتجانسة أو السلع التي تباع مجموعة"، و"فيما يتعلق بالفئات الأخرى من الأعمال: جزء من كل (حرفة) أو مجموعة من الأعمال تدرج ضمن مجموعة متجانسة إلى حد ما وتتوفر على خصوصيات تقنية متشابهة أو متكاملة".³

ومن جهة أخرى قد يكون سبب سماح المشرع للمصلحة المتعاقدة بتجزئة حاجاتها إعطاء فرصة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة للظفر بأحد هذه الحصص وهذا ما قد يبدو لنا للوهلة الأولى ولكن تبقى الغاية المنشودة من وراء هذه التجزئة البحث عن المؤهلات التقنية والمالية الحسنة المتوفرة في من يفوز بالصفقة أو بالصفقات، ومن جانب المصلحة المتعاقدة

¹ . مقارنة القاعدة التي وردت في قانون الصفقات الساري رقم 15- 247 مع القاعدة الواردة في قانون الصفقات السابق الصادر بالمرسوم رقم 10- 236، يبدو أن المشرع دقق وفصل نوعا ما في هذه القاعدة ، حيث نصت المادة 2/11 ، من المرسوم الأخير على ما يلي " يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية" .

² . مليكة الصروخ، مرجع سابق ، ص 58.

³ . المرسوم رقم ، 2.06.388، مرجع سابق.

فان متابعة حصة واحدة أقل تعقيدا من متابعة صفقة مجزئة إلى حصص لأن هذا من شأنه يشنت المسؤولية ويصعب من التنسيق داخل المصلحة وخارجها بين المقاولين المكلفين بإنجاز حصص مختلفة إذا كان الأمر يتعلق بصفقات أشغال.

وعليه المصلحة المتعاقدة لا تلجأ إذا كانت تتصرف بحسن نية وبعيدا عن الانغماس في الفساد إلى تجزئة ما لا يتجزأ إلا إذا كانت الصفقة كبيرة جدا وتتصف بتنوع الأشغال واتساع المجال بالقدر الذي يجعل من تقسيمها إلى حصص أمر ضروري وقد أشارت المادة 31 من قانون الصفقات رقم 247.15 إلى هذا المعنى وتركت مسألة التجزئة كما قلنا سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة مع تقييده عند كل رقابة بضرورة تسبب المصلحة المتعاقدة لجوئها إلى التخصيص.

ب - الصفقات التقديرية لعقد البرنامج:

يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام عقد برنامج مع متعاقد معه وهذا في شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات يحدد فيها طبيعة الخدمات المطلوبة وكذا أهمية هذه الخدمات ومواقعها و رزنامة الإنجاز، أما الجديد في المادة 33 من قانون الصفقات رقم 247.15 التي تنص على هذا العقد فهو ضرورة تحديد مبلغ عقد البرنامج، وقد ورد هذا الشرط أيضا في قانون الصفقات السابق الصادر بالمرسوم رقم 10. 236 الملغى،¹ وبالتالي مضمون وشرط إبرام مثل هذه الصفقات تم تغييره بالمقارنة مع ما ورد في قانون الصفقات العمومية رقم 02-250 الملغى الذي لم يكن ينص على شرط تحديد مبلغ العقد.

وبناء على عقد البرنامج هذا وتجسيدا له في الواقع يتم إبرام صفقات تطبيقية بغرض تنفيذ مضمون عقد البرنامج في الواقع، مع الإشارة إلى أن المادة 33 لم تشر إلى عدد هذه الصفقات أو معايير ضبط عدد الصفقات التطبيقية، ولكن يبدو أن السكوت لا يثير إشكالا ما دام عقد البرنامج يتضمن مبلغ العقد.

إن هذه الإضافة التي أتى بها قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 وقبله المرسوم رقم 10-236 مهمة جدا لأنها وردت في سياق محاصرة الفساد فتحديد مبلغ العقد مقدما يسد باب التلاعب بالمال العام لأن الفرق واضح بين النص في المادة 14 من المرسوم رقم 02.250 على الكلفة التقديرية وما ورد في المادة 33 التي تشترط تحديد مبلغ العقد، فالكلفة

¹ . المادة 17، مرسوم رئاسي رقم 10-236، تقابل المادة 33، المرسوم الرئاسي الساري رقم 15-147، مرجع سابق.

التقديرية معناها سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة التي قد تتبالغ في طلب الخدمات إلى حد الفساد أما الانطلاق من البداية بحد أقصى في العقد يقيد السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد قيمة الخدمات المطلوبة.

ومن جهة أخرى إن تحديد كل جوانب عقد البرنامج ومن بينها مبلغ العقد قبل إبرام الصفقات التطبيقية من شأنه يدعم المنافسة لأن المتنافسين على علم مسبق بكل جوانب العقد وعلى رأسها القيمة الإجمالية للخدمات المراد توريدها على خلاف التعاقد على قيمة تقديرية غير مضبوطة،¹ كما أن إبرام هذا العقد يكون مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ولو كانت في الأصل أجنبية وليس مع المؤسسات الجزائرية فقط بشرط أن تكون مؤهلة ومصنفة، وكذا فتح باب التعاقد مع متعاملين أجنبين بشرط أن تتوفر فيهم ضمانات تقنية وأخرى مالية يزيد من تدعيم مبدأ المنافسة، واضح أن المشرع هنا يبحث على جودة الخدمات وحسن الأداء بالدرجة الأولى.

في المادة 35 من قانون الصفقات العمومية رقم 247.15 نص المشرع على استثناء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة بإبرامها صفقة أشغال مع مقاول وفي نفس الوقت تتضمن الصفقة إعداد دراسة خاصة بالمشروع تسند إلى نفس الشخص المكلف بالإنجاز، وقد برر المشرع هذا الجمع في المادة المذكورة بأسباب ذات طابع تقني، هذا الاستثناء يقلص بل يعدم مجال المنافسة ما دام القائم بالأشغال هو نفسه الذي أسند له بالضرورة الدراسة ولكن يبدو أن الضرورات التقنية التي لا نفقه مضمونها هي التي أملت هذا الاستثناء.

ج- صفقة الطلبات:

حسب المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 يمكن إبرام صفقة الطلبات لإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو تقديم خدمات أو إنجاز دراسات ذات النمط العادي والطابع المتكرر لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد بشرط أن لا تتجاوز في حدها الأقصى 05 سنوات، ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع وسع نطاق إبرام صفقات الطلبات لتشمل إنجاز الأشغال وإنجاز الدراسات على خلاف ما ورد في قانون الصفقات العمومية السابق رقم 10.

¹ . عبد الرحيم الشافعي، المنافسة في ميدان الصفقات العمومية الجماعية (الإطار القانوني والواقع العملي) ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام (وحدة المالية العامة) ، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، عين الشق، سنة 1998-1999، ص 17.

236 حيث نصت المادة 21 منه على إبرام صفقات الطلبات فيما يخص اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات¹، كما أن المشرع فصل في كليات إبرام هذه الصفقة في قانون الصفقات الساري بالمقارنة مع القانون السابق، وعليه يمكن القول أن صفقة الطلبات تقوم على 03 شروط رئيسية على الأقل هي:

- الشرط الأول يتمثل في كون الأشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات محل الصفقة تكون ذات طابع متكرر، ولما كان بالإمكان تجديد مدة الصفقة فإن محلها يجب أن يتميز بالقابلية للتجديد.

- الشرط الثاني يتعلق بالمدة الإجمالية للصفقة التي يجب أن لا تتجاوز 05 سنوات.
- الشرط الثالث هو تحديد الأشغال أو الكمية المطلوبة من اللوازم والخدمات أو تحديد قيمة الحدود الدنيا أو القصوى لهذه الأشغال واللوازم المطلوبة والخدمات وكذلك إذا كان موضوع الصفقة تقديم دراسات.²

وبالنسبة للسعر تلزم الجهة المتعاقدة بضرورة تحديده في الصفقة بصفة صريحة ومباشرة أو يتم تحديد الآليات التي بواسطتها يتم تحديد السعر أو النص على كليات تحديده، ويشترط في تنفيذ الصفقة بمجرد تبليغ الجهة المتعاقدة لطلباتها الجزئية التي تحدد أيضا كليات التسليم.

الجديد في نص المادة 34 التي تقابل المادة 20 من المرسوم رقم 236.10 الملغى هو النص على ضرورة تحديد قيمة الحدود الدنيا والقصوى لمحل الصفقة وهي العبارات التي لم ترد في نص المادة 15 من قانون الصفقات العمومية الملغى أيضا أي المرسوم رقم 02-250³، و تبدو أهمية هذه الإضافة في تقييد السلطة التقديرية للجهة المتعاقدة⁴ إذ لا يمكن ترك الأشغال أو كمية اللوازم أو حدود الخدمات والدراسات المراد اقتنائها مطلقة فأصبح من الضروري تقييدها بالحد الأدنى والحد الأقصى، وبالنسبة للمنافسة يبدو أن تحديد الحد الأدنى

¹ راجع المادة 34، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تقابل المادة 20، مرسوم رئاسي رقم 10-236 الملغى، مرجع سابق.

² شروط مستنتجة من المادة 34، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ راجع المادة 15، مرسوم رئاسي رقم 02-250، الملغى، مرجع سابق.

⁴ مصطفى بوكريني، المنافسة في الصفقات العمومية بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، الرباط أكادال، سنة 2003، ص 15.

والأقصى للوزم والخدمات من شأنه يعزز هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية لأن هذه الصفقة لها حد تنتهي إليه ليفتح المجال لصفقة أخرى بحدود جديدة.

إن تحديد مدة الصفقة في القانون الجديد بالحد الأدنى والأقصى لقيمة اللوازم والخدمات له أهمية بالغة في الوقاية من الفساد لأن السلطة التقديرية للجهة المتعاقدة مقيدة والقيمة القصوى للأشغال وللوازم والخدمات والدراسات محددة ومعروفة مسبقا سواء بالنسبة لأطراف الصفقة أو بالنسبة لمن له سلطة المراقبة، فترك قيمة الصفقة مفتوحة من شأنه فتح الباب للتلاعب بالمال العام ومن شأنه يمثل خطرا جزائيا يحوم حول أطراف الصفقة، ولكن ما يلاحظ أن جعل الحد الأقصى لمدة الصفقة 05 سنوات مدة طويلة نوعا ما بالمقارنة مع دول أخرى اعتمدت مدة أقصر كما هو عليه بالنسبة للمشرع المغربي الذي اعتمد مدة 03 سنوات فقط.¹

د - صفقات بقسط ثابت وأقساط إشتراطية:

منصوص عليها في المادة 30 المرسوم الرئاسي 247.15 بيدو للوهلة الأولى ومن خلال قراءة النص أن المشرع قصر في جوانب مهمة من هذه الصفقة،² تشمل هذه الصفقة على قسط ثابت وقسط أو أكثر اشتراطي، والمقصود بالشرط الثابت هو تلك الأشغال أو اللوازم أو الخدمات المغطاة بالاعتمادات المالية المتوفرة للجهة المتعاقدة وهذا القسط يتم تنفيذه بمجرد تبليغ المصادقة على الصفقة، أما القسط الإشتراطي إذا كان واحد أو الأقساط الإشتراطية فهي تلك الأشغال أو اللوازم أو الخدمات التي لا تحوز الجهة المتعاقدة على اعتمادات مالية تغطيها في الحين فهي متروكة للمستقبل إذا حصلت الجهة المتعاقدة على اعتمادات مالية تقابلها تقوم بإخطار المتعاقد معه بقرار بناء عليه يقوم بتنفيذ هذا الجزء الإشتراطي من الصفقة.³

وقد قيد المشرع الجهة المتعاقدة فيما يخص القسط أو الأقساط الإشتراطية إذ ينص على ضرورة وجود علاقة بين القسط الثابت والأقساط الإشتراطية وهذه العلاقة مبنية على

¹ . المادة 05، قانون الصفقات المغربي، الصادر بالمرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

² . المادة 30، مرسوم رئاسي رقم 15- 247، الساري، تقابل المادة 1، مرسوم رئاسي رقم 10- 236 الملغى، مرجع سابق.

³ . مليكة الصروخ ، مرجع سابق، ص 57.

المشروعية والوظيفية في نفس الوقت، إذ لا يمكن أن يكون هذا القسط الإشتراطي مشروعاً إلا إذا كانت له علاقة وظيفية مع الشرط الثابت الذي هو أصل الصفقة وموضوعها، ويبدو أن للسلطة المكلفة بالرقابة وكذا القضاء سلطة تقديرية واسعة للتأكد من مدى ارتباط الشرط الثابت بالإشتراطي وفي هذا الجانب بالذات يبدو أن خطراً جزائياً يحوم حول أطراف الصفقة، إذ يمكن للأطراف استغلال هذا النوع من الصفقات للتلاعب بالمال العام عن طريق النص على أقساط إشتراطية لا علاقة لها وظيفياً بالقسط الثابت، وفي هذا الباب يبدو أن مبدأ المنافسة من حيث اتساعه ومدى تكريسه في هذا النوع من الصفقات محل تساؤل جدي، وعليه كلما كان هناك ارتباط بين القسط الثابت والأقساط الإشتراطية كلما كنا أمام تكريس لمبدأ المنافسة بشكل جيد وكلما كان هناك عدم ارتباط كلما تفهقر هذا المبدأ وأصبح الخطر الجزائي يحوم حول أطراف الصفقة.

وفيما يخص الجوانب التي أهملها المشرع عند تناوله لهذا النوع من الصفقات فيمكن إجمالها فيما يلي:

- أغفل المشرع ضرورة تحديد الثمن أو حتى آليات و كفيات تحديده وهذا فيما يخص القسط أو الأقساط الإشتراطية، لأنه فيما يخص القسط الثابت فإن تحديد الثمن في الصفقة يبدو شيئاً بديهياً، وعليه وفي غياب تحديد ثمن القسط أو الأقساط الإشتراطية يمكن للجهة المتعاقدة أن تكتفي بتحديد ثمن القسط الثابت وتترك القسط أو الأقساط الإشتراطية سلطة تقديرية لها قد تستعملها بسوء نية لدرجة الإضرار بالمال العام، وهذا ما يشكل خطراً جزائياً محققاً بهذا النوع من الصفقات، على خلاف المشرع المغربي مثلاً الذي يشترط ضرورة تحديد محتوى و ثمن و كفيات تنفيذ كل قسط،¹ كان على مشرعنا إذن أن ينص على ضرورة تحديد ثمن القسط أو الأقساط الإشتراطية أو على الأقل يفرض على الجهة المتعاقدة تحديد القيمة الدنيا والقصى المتفق عليها كقسط أو أقساط اشتراطية كما فعل مع الطلبات ذات الطابع المتكرر في المادة 34 مرسوم 247.15.

- أغفل المشرع في المادة 30 من قانون الصفقات الساري على مصير المتعاقد معه في حالت إحجام الجهة المتعاقدة على تقديم طلب تنفيذ القسط الإشتراطي في الأجل إذ لم ينص على حق هذا المتعاقد في طلب التعويض عن الضرر اللاحق به جراء هذا التصرف

¹ . المادة 07، قانون الصفقات المغربي، الصادر بالمرسوم رقم 2.06.388، مرجع سابق.

السليبي من الجهة المتعاقدة، بل لم ينص حتى على حق المتعاقد في طلب إعفائه من هذا القسط الإشتراطي إذ لا يمكن أن يبقى مرتبطا مع الجهة المتعاقدة حول هذا القسط الإشتراطي إلى الأبد، على خلاف المشرع المغربي الذي يلزم المصلحة المتعاقدة بتبليغ عدولها للمتعاقد معه في الأجل المحدد في الصفقة.¹ إن عدم النص على حق المتعاقد في طلب التعويض وكذا التحلل من القسط الإشتراطي في حالت عدم تقدم الجهة المتعاقدة بطلب التنفيذ حسب المادة 30 من قانون الصفقات ينطوي على مساس بمبدأ المنافسة، وكذلك الأمر بالنسبة لعدم اشتراط تحديد ثمن أو قيمة القسط الإشتراطي في الصفقة لأنه يمكن أن نتصور صفقة تحمل عدة أقساط اشتراطية وكل قسط منها يمثل أضعاف القسط الثابت من حيث القيمة المالية ومن يفوز بهذه الصفقة يفوز بالضرورة بهذه الأقساط الإشتراطية التي يصبح كل قسط منها صفقة بذاتها وكان من المفروض حسب هذا الطرح أن تعرض كل هذه الأقساط للمنافسة العلنية، وعليه في انتظار تعديل المادة 30 يمكن تجنب هذه المساوئ بالنص على ثمن أو قيمة الأقساط الإشتراطية في دفتر شروط الصفقة بأقساط اشتراطية .

(3) الحد من الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة:

أورد المشرع بعض الاستثناءات على مبدأ المنافسة فاتحا المجال للإدارة أن تتعاقد بحرية دون اللجوء إلى قانون الصفقات ولكنه حدد هذه الاستثناءات بشكل لا يؤدي إلى إعدام هذا المبدأ، ويبدو واضحا هذا التوجه من المشرع في مجال تحديد الأشخاص المعنيين بقانون الصفقات العمومية في المادة 06 و 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 وكذا المادة 23 والمادة 61 المتعلقة بالإشهار الصحفي لمشاريع الصفقات العمومية كما يلي:

أ- الاعتماد على المعيار العضوي والقيمة المالية لتحديد الأشخاص المعنية بقانون

الصفقات العمومية:

اعتمد المشرع الجزائري على المعيار العضوي أولا لتحديد الأشخاص المعنيين بالتعاقد لتلبية حاجاتها عن طريق أحكام قانون الصفقات العمومية، وعليه كل الأشخاص المحددين في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 على سبيل الحصر مجبرين

¹ . الفقرة الأخيرة المادة 07، قانون الصفقات المغربي، المرجع نفسه.

على التعاقد وفق إجراءات الصفقات العمومية ولا مجال للتعاقد الحر وهؤلاء الأشخاص هم الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما يكون التمويل من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.¹

واضح أن المشرع قلص من قائمة الأشخاص المعنية بإجراءات إبرام الصفقات العمومية وهذا بإعفاء أشخاص كانوا معنيين بهذه الإجراءات وفق قانون الصفقات السابقة الصادر بالمرسوم رقم 236.10 الذي شهد توسع هذه القائمة بالمقارنة مع قوانين الصفقات السابقة لكن فيما يخص الأشخاص المثيرين للجدل ويتعلق الأمر والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية فإنهم في الحقيقة معنيين بهذه الإجراءات حسب المرسوم الرئاسي رقم 247.15 ولكن المشرع غير من الصياغة التي تشملهم فبدل تسميتهم كما سماهم المرسوم السابق اعتمد المشرع في المرسوم الساري مصطلحا مغايرا أي المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، ومعلوم أنه ومنذ صدور القانون التوجيهي للمؤسسات رقم 88-01² أصبحت هذه المؤسسات خاضعة للقانون التجاري رغم كونها عمومية ورأسمالها ملك للدولة.

لا يمكن إعمال المعيار العضوي في كل الحالات بصفة مستقلة حيث يضاف له معيارا آخر مكملا هو القيمة المالية للعقد أو الطلب فحسب المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 كلما زاد العقد أو الطلب عن 12.000.000 دج فيما يخص الأشخاص واللوازم كانت الأشخاص المعنوية العامة المحددة في المادة 06 أعلاه مجبرة على التعاقد وفق قانون الصفقات، وإذا كان العقد أو الطلب يتعلق بالخدمات أو الدراسات فإن المبلغ

¹ . تقابل المادة 06 مرسوم رئاسي رقم 15-247، المادة 02 مرسوم رئاسي رقم 10-236، التي حددت الأشخاص المعنية بإجراءات الصفقات العمومية كما يلي: " الإدارة العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عمليات ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة ".
² . القانون رقم 88-01، المؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، عدد 02، الصادر بتاريخ، 13/01/1988، ملغى جزئيا بالأمر رقم 95-25، المؤرخ في 25/12/1995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر، عدد 55، الصادر بتاريخ 12/12/1995.

يجب أن يزيد عن 6.000.000 دج¹، وبالتالي كل عقد أو طلب يساوي أو يقل عن المبلغين المحددين في المادة 13 يجعل المصلحة المتعاقدة حسب المادة 06 مسموح لها التعاقد بحرية أي أن هذا العقد يكون خاضعا للقانون العادي مدنيا كان أو تجاريا، وبمفهوم المخالفة تتحرر المصلحة المتعاقدة من تنظيم المنافسة وفق النظام القانوني للصفقات العمومية وهذا ما يمكن اعتباره تقليصا نسبيا من مبدأ المنافسة ولكن الحقيقة هي عكس ذلك حيث ورد في المادة 11 من المرسوم رقم 247.15 ورغم عدم خضوع الهيئات العمومية لقانون الصفقات العمومية إلا أنها مجبرة عندما يتعلق الأمر بعقود تستعمل المال العام بان تحترم المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وان كانت المادة لم تذكر مبدأ المنافسة مباشرة لكن نصها على مبدأ الاستفادة من الطلب والمساواة وشفافية الإجراءات يمكن أن يشمل في طياته مبدأ المنافسة أيضا.

وعليه يمكن القول أن المشرع عمل على توسيع المنافسة وتدعيمها في مجال الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخص معنوي عام يستعمل المال العام باعتمادا على المعيار العضوي ومعيار القيمة المالية للصفقة والهدف من ذلك حماية المال العام.

ب- تقييد الاستثناء الوارد في المادة 23 من قانون الصفقات:

تنص المادة 23 مرسوم الرئاسي 247.15 على إعفاء المصلحة المتعاقدة من الخضوع لأحكام قانون الصفقات إذا تعلق الأمر باستيراد منتجات وخدمات تتطلب السرعة بحكم طبيعتها وتقلب أسعارها ومدى توفرها في السوق وكذا نظرا للممارسات التجارية المطبقة عليها.

الجديد في المادة 23 التي تقابل المادة 05 من المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236 بالمقارنة مع قوانين الصفقات السابقة² هو إدراج الفقرة الثانية التي تلزم الوزير المعني بالقطاع الذي يباشر عملية الاستيراد المنصوص عليها في الفقرة الأولى بتأسيس لجنة وزارية

¹ . المادة 13، مرسوم رئاسي رقم 15-247، التي تقابل المادة 06، مرسوم رئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

² . المادة 04، المرسوم الرئاسي رقم 02-250، "تعفى من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم لا سيما ما تعلق منه بطريقة الإبرام صفقات استيراد المنتجات و الخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها ، و التقلب السريع في أسعارها و مدى توفرها و كذا الممارسات التجارية المطبقة عليها. ومما يكن من أمر تحرر صفقة تصحيحية خلال 3 أشهر ابتداء من الشروع في التنفيذ ، وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية.

مشتركة خاصة بهذا النوع من عمليات الاستيراد المستعجلة¹، تتشكل هذه اللجنة الخاصة من أعضاء مؤهلين في ميدان عملية الاستيراد يرأسها ممثل المصلحة المتعاقدة تتولى إجراء كل المفاوضات المتعلقة بصفقة الاستيراد المستعجلة وكذا اختيار الطرف المتعاقد معه، وبطبيعة الحال الاتفاق على الثمن وطريقة الاستيراد والاستلام ونوعية المنتجات وطبيعة الخدمات المستوردة.

أكثر من هذا قيدت الفقرة الثالثة من المادة 23 أكثر هذا الاستثناء بنصها على ضرورة إعداد قائمة بالمنتجات والخدمات التي يمكن استيرادها بصفة مستعجلة دون اللجوء إلى أحكام الصفقات العمومية وهذه يصدها وزير المالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المشرف على القطاع الذي يريد الاستيراد في شكل قرار وزاري مشترك²، وحتى يتسنى للجهة المشرفة على الرقابة بسط رقابتها تحرر صفقة تسوية خلال أجل 03 أشهر ابتداء من الشروع في التنفيذ وهو قيد آخر نص عليه المشرع في المادة 23.

إن النص على استثناء ثم تقييده يخدم مبدأ المنافسة إذ خارج القائمة التي تحوي المنتجات والخدمات التي يمكن استيرادها استثناءا دون المرور على أحكام المادة 13 من قانون الصفقات يكون الموظف في المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي أمام خطر جزائي في حالة مخالفة هذه القائمة سواء يشكل مباشر أو غير مباشر.

الفرع الثاني: الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

باعتبار مبدأ المنافسة أهم المبادئ الضابطة للصفقات العمومية على الإطلاق يحتاج إلى ضمانات قانونية وأخرى قضائية تتولى حمايته من أي اعتداء سواء عن قصد أو دونه، وعليه نبحت في المنظومة القانونية الضابطة لممارسة حرية المنافسة للوقوف على كيفية تعامل المشرع مع المنافسة كقيمة قانونية وهل هناك ضمانات قانونية مؤطرة لحق المترشحين لنيل الصفقات العمومية وهذا ما نعبر عليه بالحماية القانونية للمنافسة، ولكن هذا غير كافي هذه القيمة الحقوقية في حاجة الى حماية من نوع آخر نقصد بها الحماية القضائية التي يمارسها القاضي الإداري وفي هذا الصدد نبحت عن كيفية تعامل القاضي الإداري مع هذا المبدأ المهم ومدى فعالية هذه الرقابة.

¹ . الفقرة 2 المادة 23، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² . الفقرة 3 المادة 23، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

وعليه نتساءل حول هذه المستجدات القانونية وهل استهدف من خلالها المشرع تدعيم المنافسة في الصفقات العمومية وإذا كان الأمر كذلك إلى أي حد ستسهم هذه الضمانات القانونية وكذا الحماية القضائية المتوفرة في التوفيق بين حرية المنافسة وحرية التعاقد في مجال الصفقات العمومية؟.

أولاً: الحماية القانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن مستجدات طرأت على المنظومة القانونية الضابطة لممارسة حرية المنافسة تحفزنا على البحث في هذا المجال للوقوف على كيفية حماية المشرع للمنافسة كقيمة قانونية في مجال الصفقات العمومية ونقصد بذلك القوانين التي لها علاقة بتدعيم المنافسة في الصفقات العمومية وعليه في ظل قانون الصفقات العمومية الملغى أي المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 صدر قانونين مهمين، ثم صدر قانون الصفقات العمومية رقم 236.10، ثم قانون الصفقات الساري رقم 247.15 وهاذين القانونين هما قانون المنافسة وقانون مكافحة الفساد.

1- قانون المنافسة:

صدر بالأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003،¹ والسؤال المطروح هنا هل هناك علاقة بين هذا القانون و قانون الصفقات العمومية أي هل تطبق أحكام قانون المنافسة على المنافسة في الصفقات العمومية أم لا، الإجابة نجدها صريحة في المادة 02 من الأمر 03-03 حيث جاء في فقرتها الثانية أن قانون المنافسة يطبق على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة،² وفي الفصل الثاني من نفس الأمر وتحت عنوان "الممارسات المقيدة للمنافسة" نجد المادة 06 تحدد ممارسات تعتبرها محظورة لأنها تعرقل حرية المنافسة أو تحد منها أو تخل بها،³ وعليه الحد من الدخول في السوق ممارسة محظورة لأنها تؤثر سلباً في المنافسة، وفي الفقرة الأخيرة من المادة 06 يحضر منح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة حسب

¹ . الأمر رقم 03-03، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر، عدد 36، صادر بتاريخ 2008/07/02.

² . راجع المادة 02، الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ . المادة 06، نفس الأمر، المرجع نفسه.

نفس المادة، وبالتالي لا تمنح الصفقات العمومية لكل متورط في ممارسات أو أعمال مدبرة أو الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل.
- عرقلة تحديد الأسعار.
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.

وفي المادة 07 من قانون المنافسة يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة أو احتكار للسوق إذا كان القصد منه إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لشرط قبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع العقد بحكم طبيعتها أو حسب العرف،¹ وفي صلب قانون المنافسة عزز المشرع حماية المنافسة بجهاز متخصص يسمى "مجلس المنافسة" باعتباره سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي تحت وصاية وزير التجارة يتشكل من 12 عضوا يعين رئيسه بمرسوم رئاسي حسب المادة 23 من قانون المنافسة، وبالنسبة لاختصاصاته فسوف نفضل فيها عند التطرق إلى الضمانات القضائية للمنافسة.²

2- قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

صدر بالقانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 ويجب أن نؤكد على أن هذا القانون جزائي جزء من قانون العقوبات الخاص،³ يحدد أفعالا مجرمة يعاقب من يقترفها يتميز بتشديد العقوبة نظرا للسياق والأسباب التي دفعت المشرع إلى إصداره، وقد صدر هذا القانون في إطار تجند المجتمع الدولي لمحاربة ظاهرة الفساد التي لم تعد ذات طابع محلي بل أخذت أبعادا دولية، ما يلاحظ على هذا القانون وبالضبط في تسميته أن المشرع لم يكتفي بتسميته بقانون مكافحة الفساد بل سبق ذلك بعبارة الوقاية من الفساد أي أنه قانون

¹ . المادة 07، الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

² . المادة 23، نفس الأمر، المرجع نفسه.

³ . القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05، مرجع سابق.

وقائي وردعي في نفس الوقت وما يترجم الطابع الوقائي لهذا القانون ورود الكثير من النصوص القانونية في صلب القانون على غير العادة لا تتضمن أفعالاً مجرمة يعاقب عليها بجزاءات محددة بل تحمل أحكاماً عامة مثل المادة 03 التي تحدد شروط خاصة بتوظيف مستخدمي القطاع العام، والمادة 09 منه التي تنص على قواعد جوهرية يجب أن تؤسس عليها الصفقات العمومية وهي الشفافية والمناقصة الشريفة والمعايير الموضوعية،¹ ومن المفروض أن هذا النص لا يرد في قانون ذو طابع جزائي سن لمكافحة الظاهرة المستفحلة بل مكانه هو قانون الصفقات، وعليه فإن القانون رقم 06-01 يعتبر ضماناً أخرى من ضمانات المنافسة في الصفقات العمومية الذي اعتبرها قاعدة تؤسس عليها إجراءات منح الصفقة العمومية.

3- قانون الصفقات العمومية:

صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المعدل والمتمم الذي تم إلغائه بقانون الصفقات الساري رقم 15.247، وبالمقارنة مع القانون المنظم للصفقات العمومية رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 الملغى ينضح أن المشرع أضاف في القانون رقم 10.236 نصوصاً لم تكن موجودة في سابقه ومن بينها المادة 03 التي تنص على مبادئ يجب مراعاتها واحترامها في الصفقات العمومية، وأبقي على هذا الحكم في قانون الصفقات الساري رقم 15.247 ضمن المادة 05 منه،² وقد اقترنت هذه المبادئ كما قلنا سابقاً بضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وهذه المبادئ هي حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وإن كانت المادة 05 لم تنص صراحة على المنافسة إلا أنه يمكن أن نعتبر المساواة كمبدأ أو قاعدة تحمل في طياته المنافسة لأنه لا يعقل أن تتحقق المساواة بين المتنافسين على الصفقة إذا لم يتم تكريس المنافسة بينهم بالمفهوم السابق، كما أن النص على حرية الوصول للطلبات كمبدأ مستقل في المادة المذكورة إلى جانب المساواة والشفافية يمكن أن يحمل في طياته مفهوم المنافسة لأن أول تجسيد للمنافسة هو إعلام الجميع وبكافة الطرق بالصفقة، ولكن هذا التفسير لا يعفي المشرع من النقد بل نقول كان عليه أن ينص

¹ . المواد 03 و 09، القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05، مرجع سابق

² . راجع المادة 03، المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مقارنتها بالمادة 05، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

طرحه على المنافسة كمبدأ ليس فقط نظرا لأهميته في الصفقات العمومية بل لأن قانون الصفقات في هذه النقطة قانون عام في مقابل قانون المنافسة الموصوف بالقانون الخاص، لأن الأول يضبط عقد محدد هو الصفقة العمومية والثاني يضبط كل ما يتعلق بالمنافسة الشريفة، والأجدر أن القانون العام وان لم ينص صراحة على المنافسة كان عليه الإحالة على القانون الخاص، هذا الطرح يدعم النقد الموجه إلى أي رأي يريد تبرير سكوت المادة 05 قانون الصفقات العمومية بأنه جاء لاحقا لقانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته أي أن قانون الصفقات العمومية لم يرد تكرار ما تناوله القانونيين السابقين، إننا أمام سكوت نص كأقصى تقدير أو غموض نص إذا أخذنا بالتفسير السابق لمبدأ حرية الوصول للطلبات ومبدأ المساواة.

4- مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة:

على المستوى الدوليصادقة الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد والوقاية منه وفي مقدمتها اتفاقية الأمم المتحدة¹ واتفاقية الاتحاد الإفريقي² ذات الصلة، وصادقة أيضا على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة بتاريخ 2010/12/21 وقد جاء في المادة 02 من الاتفاقية وتحت عنوان أهداف الاتفاقية تعزيز تدابير الوقاية وتعزيز التعاون الدولي في المجال تعزيز النزاهة والشفافية والمسائلة وسيادة القانون، في المادة 10 وتحت عنوان تدابير الوقاية والمكافحة ورد الآتي "تقوم كل دولة طرف بوضع وتنفيذ وترسيخ سياسة فعالة للوقاية والمكافحة من شأنها تعزيز مشاركة المجتمع وتجسيد مبادئ سيادة القانون وحتى إدارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمسائلة، كما تسعى كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم تقرر الشفافية وتمنع تقارب المصالح بين الموظف والجهة التي يعمل بها سواء في القطاع العام أو الخاص، وتسعى كل دولة طرف بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم تقوم على الشفافية والنتافس وعلى معايير موضوعية فيما يتعلق بالمشتريات العمومية والمناقصات

¹ . اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مصادق عليها بتحفظ بالمرسوم الرئاسي رقم 04-128، مرجع سابق.

² . اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، مصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 06-137، مرجع سابق.

وذلك لغاية المنع من الفساد".¹

ثانيا : الحماية القضائية للمنافسة في الصفقات العمومية

مؤكد أن الضمانات القانونية للمنافسة لا تغني عن الضمانات القضائية المتمثلة في رقابة القاضي الإداري على تنظيم المنافسة، ومن منطلق خصوصيات هذا القضاء فان بسط رقابته من شأنه إثراء الاجتهاد القضائي في مجال تنظيم الصفقات العمومية، وعندما نحاول الربط بين رقابة القاضي الإداري على المنافسة وأثارها على تجنب الخطر الجزائي في المجال فان احترام هذا المبدأ المهم من شأنه تجنب كل تلاعب بالصفقات العمومية وبالمال العام. وقد سبق وأن تناولنا القاضي الإداري في الباب الأول ولكن هذا كان من قبيل تقييم دوره في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة أما تحت هذا العنوان فإننا نبحت في جزئية تتعلق برقابة هذا القاضي على مبدأ المنافسة تحديدا وليس كل المنازعات المطروحة عليه.

ونظرا لكون المنافسة تظهر أساسا في مرحلة تحضير الصفقة أي مرحلة ما قبل التعاقد على العموم فيبدو للوهلة الأولى أن القاضي الإداري يختص بنظر هذا المبدأ في إطار قضاء الاستعجال وهذا ما دفع بالمشرع الى تخصيص الفصل الخامس من الباب الثالث تحت عنوان "الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية" وإذا كان اختصاص قاض الاستعجال مفصول فيه فإن اختصاص قاض الموضوع بهذا النوع من المنازعات يثير التساؤل كما أن المادة 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بقضاء الاستعجال تثير بعض الإشكاليات، وعليه نتساءل حول دور قاض الموضوع في حماية مبدأ المنافسة (أولا) ثم دور قاض الاستعجال حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ثانيا)، وقد قدمنا التساؤل حول اختصاص قاض الموضوع لأنه غير منظمة بأحكام خاصة كما هو عليه الحال باختصاص قاض الاستعجال.

1) مدى اختصاص قاض الموضوع بحماية مبدأ المنافسة:

يبدو واضحا أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ نص صراحة على

¹ . عادل عبد اللطيف، الفساد كظاهرة عربية وآليات ضبطها، بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويسري بالإسكندرية حول الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت 2004 ص 453.

اختصاص قاض الاستعجال بمراقبة الإشهار والمنافسة في الصفقات العمومية وعليه نتساءل حول مدى اختصاص قاض الموضوع بمثل هذه المنازعات، وقبل الخوض في المسألة يجب أن نشير الى تغير جوهرى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أصبح المشرع يفرق صراحة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل حسب المادة 801 منه بعد أن كانت التفرقة مقتصرة قبل صدور هذا القانون على الفقه والقضاء الإداريين، لهذا نحاول التمييز بين مجال هذه الرقابة وفقا لدعوى الإلغاء وكذا وفقا لدعوى القضاء الكامل،² وقد يبدو للوهلة الأولى أن القرارات المتعلقة بتنظيم الصفقة تمهيدا لإمضائها ذات طابع انفرادي أو تنظيمي تقبل الطعن بالإلغاء بحكم أنها قرارات منفصلة إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة وعليه يجب علينا التمييز بين حالة الطعن بالإلغاء وحالة المطالبة أو الحكم بالتعويض.

أ - الحكم بإلغاء القرار المخالف لمبدأ المنافسة على أساس القرارات المنفصلة:

أشرنا في الباب الأول أن المشرع في القانون رقم 09 . 08 أصبح يميز بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل ولكنه لم يتبع هذا بشرط الدعوى الموازية المعروف حسب القانون المقارن ولاسيما القانون الفرنسي والقانون المغربي، بحيث لا يمكن للمدعي اللجوء في بعض القضايا الى قاض الإلغاء إلا إذا لم تكن لديه إمكانية اللجوء الى قاض القضاء الكامل أو الشامل كما يعبر عليه المشرع المغربي عملا بنص المادة 23 من القانون رقم 90 . 41 المؤرخ في 10 سبتمبر 1993 المحدث للمحاكم الإدارية³، حيث جاء في المادة 23 ما يلي "...لا يقبل الطلب الهادف الى إلغاء قرارات إدارية إذا كان بوسع المعنيين بالأمر أن يطالبوا بما يدعونه من حقوق بطرق الطعن العادية أمام القضاء الشامل..." أي انه لا يمكن للمدعي اللجوء الى دعوى الإلغاء إذا كان بالإمكان الحصول على نفس الطلبات عن طريق دعوى القضاء الكامل، والتمييز بين نوعين من الدعاوى يتبعه جزاء يوقع على كل مخالف للشرط الإجرائي وواضح أن هذا الجزاء هو رفض دعوى الإلغاء إذا كان للمدعي سبيل الى إتباع دعوى القضاء الشامل.

¹ . القانون رقم 09. 08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² . يصطلح عليه في القانون المغربي مثلا القضاء الشامل ويبدو انه مصطلح أكثر دقة من القضاء الكامل.

³ . القانون رقم 90 . 41، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225، بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 الموافق 10 سبتمبر 1993، ج ر عدد 4227، صادر بتاريخ 03 نوفمبر 1993.

وحسب القانون رقم 09 . 08 هل يجوز للمدعي المنازع في منح الصفقة لغيره من المتنافسين أن يختار بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل وليس لقاض الإلغاء بعد ذلك أن يرفض الدعوى لمجرد أن المدعي سلك طريق الإلغاء دون القضاء الكامل، وما هو نطاق رقابة قاض الموضوع عند ممارسة اختصاصه فيما يخص قرار إقصاء العروض والذي تكون المنافسة فيه عنصر محوري. على مستوى قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعترف المشرع لقاض الاستعجال بسلطة حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية هل يعني سحب هذا الاختصاص من قاض الموضوع، وعمليا يتعامل قضاء المحكمة الإدارية بهذا المفهوم إذ يرفض الفصل في إلغاء قرارات إدارية لها علاقة بمبدأ المنافسة أو تتعلق ببطلان الصفقة بصفة عامة بحجة أن قانون الإجراءات منح لقاضي الاستعجال حماية الإشهار والمنافسة في الصفقات العمومية في المادة 946 بصفة صريحة وليس لقاضي الموضوع النظر في بطلان الصفقة أو أي قرار منفصل أو متصل ويقبلون بدل ذلك الطلبات الرامية لطلب التعويض، وحجتهم في ذلك عدم عرقلة الإدارة وفي نفس الوقت تعويض المتضرر إذا ثبت خطأ المصلحة المتعاقدة¹، وبالنسبة للفقهاء والقضاء المقارن يكاد يجمع على فكرة القرارات المنفصلة وإمكانية نظرها أمام قاض الإلغاء الناظر في المشروعية أو الشرعية كما يعبر على ذلك أيضا، وعليه يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة إذا كان بالإمكان فصلها عن العملية التعاقدية ولاسيما فيما يخص المساس بمبدأ المنافسة على أساس أن كل القرارات ذات الصلة بالتعاقد أو بتنفيذ الصفقة تقبل من حيث الأصل المخاصمة عن طريق دعوى القضاء الكامل، والسؤال المطروح هنا هل يعمل بهذه القاعدة في كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، حسب الفقه الإداري نميز بين مرحلتين.

من الناحية المنطقية يبدو أن القرارات الصادرة أثناء عملية إعداد الصفقة وتحضيرها للتعاقد منفصلة عن الصفقة بما فيها القرارات المتعلقة بالمنافسة وبالتالي يجوز لكل متنافس أن يلجأ لقاضي الموضوع مطالبا بإلغاء أي قرار إداري من شأنه المساس بالمنافسة أين يكون هو المتضرر ويكون غيره من المتنافسين مستفيدا من امتيازات قد تصل من جهة أخرى الى جريمة معاقب عليها بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته المعبر عنها بجريمة منح امتيازات غير مبررة، أما بالنسبة للقرارات الصادرة بعد المصادقة على الصفقة فيبدو أنها المجال

¹ . نقول كذلك بالنظر الى ما أتيج لنا من أحكام وقرارات ذات الصلة بالموضوع غير منشورة.

الحقيقي لتطبيق فكرة القرارات المنفصلة حيث يتم نقل اختصاص النظر في القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بما فيها تلك المتعلقة بالمنافسة من نطاق القضاء الكامل باعتباره قاض العقد بامتياز الى نطاق قاض الإلغاء الناظر في مشروعية القرارات التي يغلب عليها الطابع السلطوي للإدارة على حساب الطابع التعاقدى،¹ وكما قلنا في الباب الأول بالنظر الى كون مفهوم القرارات المنفصلة يدور وجوبا وعندما مع قرار المصادقة على الصفقة الذي يعتبر الحد الفاصل بين مرحلة إبرام الصفقة وتنفيذها نتساءل حول مدى إعمال هذه النظرية فيما يخص مبدأ المنافسة حيث يبدو أن صدور قرار المصادقة على الصفقة يغلق الباب على المدعي المتنافس الذي لم يسعفه الحظ للفوز بالصفقة ولكن الأمر ليس دائما كذلك فلا مانع لهذا المتنافس من الطعن في قرار المصادقة على الصفقة حسب المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 مع العلم أن المصلحة المتعاقدة تجاوزت مرحلة الرقابة على مبدأ المنافسة ولكن الفقه يقبل الطعن في هذه القرارات لأن منح الصفقة بصفة نهائية يكون بالنظر الى المفاضلة بين عروض المتنافسين وقد تتعسف المصلحة المتعاقدة عند اختيارها، وبالنسبة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإنه يبدو متذبذبا في المسألة لكنه حكم في عدة قضايا بانفصال مثل هذه القرارات عن الصفقة، مثلا في حكمه الصادر بتاريخ 1998/11/09 ضد قرار بلدية، وقراره الصادر بتاريخ 2001/10/20 نقابة التعليم الصناعي ضد قرار الوزير المعني بالقطاع حول اتفاق يعطي بعض الامتيازات لمؤسسات التعليم الزراعي.²

ب . الحكم بالتعويض دون الإلغاء:

قلنا أن إبرام الصفقة يتم بوتيرة أسرع من سير دعوى الإلغاء وعليه في غالب الأحيان يصدر الحكم بعد المصادقة على الصفقة بصفة نهائية وعليه يكون القاضي أمام الأمر الواقع إما إلغاء القرار المتعلق بمبدأ بالمنافسة وعرقلة عمل الإدارة المستهدفة للمصلحة العامة وإما البحث عن تسوية لهذا النزاع خارج إطار الإلغاء وبالتالي قد يحكم بالتعويض عن

¹ . الجيلالي أمزيد، شرط انتقاء الدعوى الموازية في المنازعات الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 6، سنة 2007، ص 240.

² . نادية تياب، مرجع سابق، ص 228.

الضرر دون الحكم بالإلغاء وعمليا تعمل المحاكم الإدارية بهذا الحل.¹

وقلنا أن مجلس الدولة الفرنسي انتهج هذا المسلك قبل سنوات طويلة حيث اعتبر إلغاء القرار المنفصل لا ينتج بذاته أي اثر مباشر على العقد ويتعين الاستمرار في تنفيذ هذا الأخير باعتباره شريعة الطرفين بما يكفل المصلحة العامة مع الاحتفاظ للمتنافس المتضرر من انتهاك مبدأ المنافسة بحقه في طلب التعويض،² بالرجوع الى قانون الصفقات رقم 247.15 لا يبدو لنا هذا الحل . أي طلب التعويض . ممكنا في كل الحالات حيث يصطدم هذا التوجه بالمادة 73 منه التي تحرم المتنافس صراحة من المطالبة بالتعويض في حالة رفض عرضه استنادا على المصلحة العامة، وكذلك الأمر بالنسبة للمتنافس الفائز بالصفقة إذ يمكن للإدارة إلغاء المنح المؤقت كما يمكن إلغاء المنافسة برمتها قبل وصولها الى النهاية بداعي المصلحة العامة وفي هذه الحالات أيضا لا يمكن للمتنافس المطالبة بالتعويض، وقد وجدنا في القانون المقارن حكما مماثلا في قانون الصفقات المغربي حيث تنص المادة 45 منه على حرمان كل متعهد من المطالبة بالتعويض في حالة عدم قبول عرضه أو إذا لم يتم اعتماد طلب العروض³ لكن الفرق بين هذا الحكم والمادة 73 أن مشرعنا علل سبب رفض عرض المتنافس بالمصلحة العامة في حين لم يتطرق نظيره المغربي الى تعليل الرفض محيلا بالتالي هذا الاختصاص الى المصلحة المتعاقدة، ودفعنا بالنقاش الى الأمام نتساءل هل يمكن القول أن المادة 73 المذكورة تناقض أحكام المسؤولية الإدارية، إن مثل هذه القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة مبدئيا تكون مشروعة الى غاية إثبات المدعي عكس ذلك مع الإشارة أن المصلحة المتعاقدة تكون قد سببت قرارها بالمصلحة العامة وليس من السهل إثبات عكس ذلك.

(2) حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية أمام قاض الاستعجال:

الى جانب الأحكام العامة المنظمة لقضاء الاستعجال في المواد الإدارية افرد المشرع باب خاص بالاستعجال المتعلق بالصفقات العمومية وهذا راجع على ما يبدو الى أهمية مبدأ المنافسة، اختصاصات قاض الاستعجال بصفة عامة منظمة في القانون رقم 08 . 09

¹ . نقول كذلك بالنظر الى ما أتيج لنا من أحكام غير منشورة صادرة عن المحكمة الإدارية.

² . محمد محجوبي، مرجع سابق، ص 37.

³ . المادة 45، المرسوم رقم 2.06.338، المؤرخ في 2007/2/5، نرجع سابق.

بالمادة 919 وما بعدها أين تم اشتراط دعوى في الموضوع الى جانب دعوى الاستعجال، كما يمكن أن يتدخل بناء على المادة 220 بمناسبة حماية الحريات الأساسية وهنا يفصل القاضي خلال مدة 48 ساعة من تاريخ تسجيل الطلب،¹ أما المادة 946 الواردة تحت الفصل الخامس عنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" فقد وضعت لحماية المنافسة في الصفقات العمومية تحديدا الى جانب إشهار الطلبات العمومية،² ويبدو أن المشرع لا يشترط لقبول دعوى الاستعجال وجود دعوى في الموضوع وهذا واضح من خلال قراءة المادة المذكورة وكذا مضمون المادة 947 التي تلزم قاض الاستعجال بالفصل خلال 20 يوما من تاريخ إخطاره بالطلب ولو قبل إبرام الصفقة أي أثناء مرحلة تحضير العقد.

أما عن اختصاصات قاض الاستعجال في مثل هذه القضايا فتتمثل على غير ما هو معروف في الأحكام العامة في إعطاء توجيهات للمصلحة المتعاقدة بغرض حماية المنافسة في الصفقة المزمع إبرامها، وأكثر من هذا يمكن للقاضي أن يحدد للإدارة اجل للامتثال وكل هذا لا يمنع قاض الاستعجال من إلزام الإدارة بهذه التوجيهات ولو تحت طائلة غرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد لها، وثاني سلطة مميزة لقاض الاستعجال في مجال الصفقات العمومية الأمر بتأجيل إجراءات التعاقد لمدة لا تتجاوز عشرين يوما وهي المدة المقررة للفصل في الطلب حسب المادة 947.³

إن كثيرا من الإشكاليات القانونية مطروحة على الأحكام الواردة تحت الفصل الخامس من القانون رقم 08 . 09 ولكن المجال لا يسمح بالتفصيل أكثر في الموضوع، يمكن القول أن قاض الاستعجال في الصفقات العمومية يبدو متمتعا بسلطات واسعة بالمقارنة مع نصيره في منازعات الاستعجال العادية وحتى بالنظر الى قاض الموضوع نفسه وربما هذا راجع الى الفترة التي تثار فيها المنازعات المتعلقة بالمنافسة والتي تتزامن مع تحضير الصفقة للتعاقد، ولكن في كل الأحوال يبقى لقاضي الموضوع نصيبه من المنازعات المتعلقة بالمنافسة وفقا للأحكام العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية متى سمحت وقائع النزاع بذلك، ويبدو أن هذا التوجه من مشرعنا مأخوذ عن نظيره الفرنسي الذي كان سابقا في

¹ . راجع المواد 919، 220، من القانون رقم 08 . 09، مرجع سابق.

² . راجع الفصل الخامس من القانون رقم 08 . 09، مرجع سابق.

³ . راجع المادة 946 و 947، من القانون رقم 08 . 09، مرجع سابق.

تحديد اختصاص قاض الاستعجال الإداري فيما يخص الرقابة على مبدأ المنافسة وإشهار الطلبات أيضا ويطلق عليه بالقضاء ما قبل التعاقد¹ مع الإشارة أن تشريعات مقارنة تفتقد هذا الاختصاص.²

المطلب الثاني: تكريس مبدأ المساواة والشفافية في الصفقات العمومية

تناول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247 في مادته 05 المساواة بين المتنافسين كمبدأ تقوم عليه المنافسة الحرة³ كما تناول مبدأ الشفافية دون مبدأ المنافسة الذي تم تنظيمه بموجب قانون خاص وفي المقابل سجل في نفس القانون استثناءات على مبدأ المساواة، وقد يختلط مضمون المنافسة مع المساواة والشفافية كمبادئ وقد سبق وأن تناولنا مبدأ المنافسة وسبل تفعيله ونحاول تحت هذا العنوان تسليط الضوء على مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية وعرض سبل تفعيل هاذين المبدأين وهذا في سبيل تجنب الخطر الجزائي الذي يتقلص الى ابعد الحدود إذا تعاقدت المصلحة المتعاقدة في ظل الشفافية والمساواة بين المترشحين، وعليه يمكن تفعيل هاذين المبدأين بالحد من الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة وتوسيع إشهار الصفقات العمومية إلى أخطر طرق التعاقد أي التراضي واستغلال وسائل التواصل الحديثة لإشهار الصفقة لإعلام أكبر قدر ممكن من المتنافسين سعيا للجودة في التنفيذ والأداء وتجنب حصر التعاقد بين زمرة محضوذة انغمست في الفساد لتحقيق مكاسب غير مشروعة على حساب المصلحة العامة .

الفرع الأول: الحد من الاستثناءات على مبدأ المساواة

نص قانون الصفقات العمومية المرسوم رقم 247.15 على مبدأ المساواة وفي نفس الوقت قرر له استثناءات في سبيل حماية المؤسسات الوطنية من المنافسة الشرسة التي تفرضها مؤسسات أجنبية لإنقاذ هذه المؤسسات من خطر الإفلاس وحماية اليد العاملة الوطنية إلى جانب فتح المجال لدخول غمار المنافسة بتكوين تجمع من عدة مؤسسات

¹ Roland vandermeccen, Le référé précontractuel, AJDA, n° spécial 1994, p91

² . من بينهم المشرع المغربي، وعليه طالما ندى باحثين مغاربة باستحداث قضاء استعجالي في مادة الصفقات العمومية.

³ . نشير أيضا أن دستور الجزائر المعدل سنة 2016 الصادر بالقانون رقم 16-01، كرس المساواة في الحياة الاقتصادية بالمادة 34 منه كما أن المادة 43 تمنع كل أشكال الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.

استهدافا للجودة في الأداء وسرعة التنفيذ، وهذه الاستثناءات يمكن أن نصنفها إلى نوعين:
الصنف الأول من الاستثناءات تتشكل من أفضلية منحت لبعض المتنافسين وهذا
حسب المواد 85 و 87 قانون الصفقات العمومية.¹

والصنف الثاني يتعلق بفتح المجال لخلق وضع احتكاري وهذا في حالة المشاركة في
المنافسة بعد تشكيل تجمع بين عدة مؤسسات حسب المادة 81 من قانون الصفقات الساري
وكذا الاستعمال المشوه لصيغة المناولة عند تنفيذ الصفقة حسب المادة المذكورة وما بعدها
من قانون الصفقات العمومية.²

وما دنا نبحت في المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية فالسؤال المطروح هنا،
هل لهذه الاستثناءات المسجلة على مبدأ المساواة بين المتنافسين أثر على المبدأ المذكور،
وهل تصل إلى درجة إعدامه أم لا.

أولاً: الأفضلية المقررة للمؤسسات الوطنية

حسب المادة 83 من قانون الصفقات رقم 15-247 يمنح هامش أفضلية بنسبة تقدر
بـ 25% خمسة وعشرين من المائة للمنتجات الجزائرية وللمؤسسات الخاضعة للقانون
الجزائري التي يحوز الجزائريون المقيمون بها أغلبية رأسمالها، وهذا فيما يخص كل أنواع
العمليات الخاضعة لقانون الصفقات سواء تعلق العقد بإنجاز أشغال أو اقتناء لوازم أو إنجاز
دراسات أو تقديم خدمات.

85 منجهة أخيرقررنا المادة

منقانونا الصفقاتأفضليةأخبرللمؤسسة الوطنية حيثأجازالمشرعللمصلحة المتعاقدة لإعلانعنفتحمنافسة
وطنية فقط إذا كانت المؤسسات الوطنية وكذا المنتج الوطني قادر
على تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة وهذا بشروط حددتها المادة المذكورة.

87 كما اتصل المادة

منقانونا الصفقات عند عمأخر للمؤسسات الصغيرة أو كانت وطنية إذا كانت قادرة على تلبية حاجات المصلحة المتعاق
دة، وفتحالمشرعالمجالللمصلحة المتعاقدة إمكانية حصر المنافسة بين هذا النوع من المؤسسات فقط بشروط، أ
وجعل هذا المنافسة محددة بنسبة معينة.

¹. راجع المواد 85 و 87، مرسوم رئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

². المادة 81، نفس المرسوم، المرجع نفسه.

بالإشارة إلى المشرع فتح المجال للمصلحة المتعاقدة أن تخصص دفتر شروط ومنفصلاً وحصّة مند دفتر شروط
خصص في حدود نسبة 20% من قيمة احتياجاتها المصلحة المؤسسات الصغيرة أو كانت وطنية
وهذا بطبيعة الحال شروط.

ولاريب أن هذا المسلك التفضيلي يخل بمبدأ المساواة بين المتنافسين
وعليه كان من الأجدد تقييد هذا الإجراء التفضيلي بضرورة تلجؤ المصلحة المتعاقدة إلى مجلس المنافسة لطلب رأي
المسبق ودرجة المخاطر المسجلة علمياً والمنافسة وكذا انجاعة تلبية المطالب المصلحة المتعاقدة من خلال الإ
خلال مبدأ المساواة، أي أنها لأفضلية يجب أن تضبط على ضوء قانون المنافسة رقم 03-03 المعدل والمتمم
حتى لا تتحول إلى رخصة للفساد وللخطر الجزائي.

ثانياً: الوضع الاحتكاري للصفقات العمومية ونظام المناولة

يمكن أن يتأثر مبدأ المساواة بين المتنافسين بفعال احتكار بعض الصفقات العمومية من طرف أشخاص استفادوا
من هذا الوضع بنصوص صفقات العمومية ويتعلق الأمر هنا بالاحتكار الناتج عن خلق جماعات اقتصادية م
وقته تدخل المنافسة بقوة مما قد يؤدي إلى خلق وضع احتكاري، قانون الصفقات العمومية المادة 37 والمادة 81
أجاز هذا الطريقة لقيود دخول المنافسة ورغم اشتراط ضرورة احترام مبدأ المنافسة إلا أن مخاطر محتملة تحوم
ولمبدأ المساواة وقوة¹.

ويجب أن نشير إلى أن المادة 81 سألقة الذكر تجيز لمجموعة من المؤسسات²
الدخول في تجموع تقديم عرض واحد ومن ثم نكون أن ما التزموا واحد، ويكون هذا الالتزام قائم بين المتجمعين ما بالشر
كة أو بالتضامن حسب الفقرة 02 من المادة 81 ،
وماداماً احتمالاً للمساواة بين المتنافسين وارد من خلال إمكانية التحكم والسيطرة على قطاع مهم من
طلبات العمومية لأن المعروف أن في التجمع قوة من لم يد خلف هذا التجمع لأسباب خاصة أو موضوعية يكون في وضع
لضعيف وهذا عيناً على أساس المساواة بين المتنافسين .

وعليه وجب ضبط هذا الطريقة في الدخول للمنافسة أي التجمع

استناداً إلى النص التنظيمية حسب الحالة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 81
المذكورة، وكذا تفعيل قانون المنافسة رقم 03-03 لاحتواء أي وضع احتكار قد ينشأ بسبب دخول المنافسة

¹ . المادة 37 و 81، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مرجع سابق.

² . لم يحدد المشرع عدد المؤسسات أو الشركات التي يجوز لها تشكيل تجمع، ولكن الأحكام العامة في القانون تسمح لنا
بالقول أن التجمع يكون بين شخصين طبيعيين أو معنويين وأكثر.

عن طريق تجمع¹ كما أن الاعتماد على إحصائيات لرصد عدد الصفقات التي تحصل عليها تجمعت في عملية الضبط هذه²، وفي غياب أي ضبط لهذا الإجراء فإن خطر اجزائها مؤكداً يحوم حول هذا النوع من الصفقات واحتمال التلاعب بالمال العام وادبقة.

ومن جهة أخرى يمكن أن يكون للمناولة نفس المفعول السلبي السابق الذكر على مبدأ المساواة بين المتنافسين إناس تعملت بطبيعة الحال بشكل مشوه أي بغرض خلق وضع احتكار في مجال الصفقات العمومية³ مع العلم أن المادة 140 وما بعدها من قانون الصفقات رقم 15-247 أجاز ذلك⁴.

نظام المناولة كما حددتها المادة 140 من قانون الصفقات 15-247

هو تنازل المتعاقد مع الفائز بالصفقة على تنفيذ جزء من الصفقة لمصلحة متعاملاً آخر بشرط وجود 40% أربعين من المائة من المبلغ الإجمالي للصفقة، ولا يصح هذا التنازل إلا بموجب عقد مكتوب يبالغ للمصلحة المتعاقدة. يمكن أيضاً خلق نظام التعاقد عن طريق المناولة لوضع احتكار للمتعامل أو مجموعة من المتعاملين الأقوياء عملياً أو حتى بالنفوذ بحيث يرغم استحالة تنفيذ هذا المتعامل للصفقة بحكم انشغالها بتنفيذ صفقات أخرى سبق وأن فاز بها إلا أنه يوظف قوتها لدخول المنافس والفوز بالصفقة ثم يتنازل لعل جزء منها للمؤسسة المناولة، كما أن إمكانية استغلال الفائز بالصفقة للمؤسسة المناولة من حيث خفض السعر المحدد لتنفيذ جزء من الصفقة قد يدفع بالفائز بالصفقة إلى خفض عرضها عند الدخول للمنافسة بالمقارنة مع باقي المتنافسين،

ولأن المشرع اشتراط شروطاً عند اللجوء للمناولة حسب المادة 143 وحتماً المادة 144 من قانون الصفقات رقم 15-247

إلا أنها شروطاً لاحقة لعملية المنافسة أي تكون نبيها المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ولا تتعلق بالتالي بتتظيم المناوطة في حد ذاتها.

¹ – Laurent Richer, Droit des marchés public, édition le moniteur, 2004, p56 et suivantes

² . يمكن الرجوع إلى المادة 07، من قانون المنافسة رقم 03-03، المعدل والمتمم التي تحظر أي احتكار للسوق، وما دامت المادة 02 من نفس القانون تنص على تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية فإن تطبيق المادة 07 المذكورة لا تحتل أي جدل.

³ . يمكن أن يتضمن التقرير السنوي الذي تعده الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته هذا النوع من الإحصائيات، وبالتالي سوف يكون بالمرصاد لأي تجمع مهما كان نوعه أفرط في فوزه المشبوه بالصفقات العمومية خاصة إذا تعلق الأمر بقطاع محدد، هذا في حالة قيام المرصد بكل صلاحياته بكفاءة واستقلال أما إذا وصل الفساد إلى هذه الهيئة فإننا سوف نكون أمام أمر مؤسف.

⁴ . قانون الصفقات العمومية السابق رقم 10-236، نص على المناولة تحت عنوان التعامل القانوني وهذا في المواد 107 إلى 109 ولكن بأقل دقة مما هو عليه في قانون الصفقات العمومية الحالي رقم 15-247.

المتعاقد معه بتحديد النسبة التي يمكن أن يتنازل عليها المناوون التي لا يمكن أن تتجاوز 40% من قيمة الصفقة إلا أن ضبط المناوولة حثت لا تتحول إلى وسيلة للاحتكار ضروري وهذا إما عملاً بالنصوص التنظيمية للاحقة لقانون الصفقات العمومية والأهم من هذا تفعيل قانون المنافسة ومؤسسته¹ حسب المادة 07 منه بغرض حماية المساواة بين المتنافسين وفي غياب ذلك فإن خطر اجزائها يحوّل الصفقات العمومية التي تنفذ وفقاً للنظام المناوولة.

الفرع الثاني: تفعيل مبدأ الشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية

يشترك قانون الصفقات العمومية وقانونالوقاية منالفساد فيتناول مبدأ الشفافية بصفة مباشرة ضرورة احترام مبدأالوقاية منالفساد وتجنبالخطر الجزائي، أما بالنسبة لحرية الوصول للطلبات التي تعتقد أنها وسيلة لتحققالشفافية فإن قانون الصفقات نص عليها بهذا الصياغة² في حين تناولها قانون مكافحة الفساد بتسمية مغايرة وهي إعلانية المعلومات المتعلقة بإجراءاتها إرماً للصفقات العمومية ومن بين هذه الإجراءات بطبيعة الحال وفي مقدمتها الإعلان عن الطلب العمومي³، وحثت حيط بالموضوع من جوانب متعددة وتتناول كل منهما بصفة مستقلة مع التأكيد علناً إشهارالطلبات العمومية وسيلة لتحقيقالشفافية.

أولاً : تفعيل مبدأ الشفافية

شفافية الإجراءات المناسبة عقد صفقة عمومية مبدأ مهم جداً وهو في نفس الوقت أحد عناصر المنافسة الحرة والشريفة، نسجل أن قانونالصفقات رقم 15 . 247 نص على شفافية الإجراءات التكميداً مستقلة عن مبدأ آخر بعدد هافيالمادة 05 منه، وكذلك فصلا لمشروع قانونالوقاية منالفساد ومكافحته 06 . 01 في مادته 09 في هذا المبدأ ولهذا السبب ارتأينا تناولالشفافية بصفة مستقلة.

تفعيل مبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية يكون بضررقابة صارمة علناً إما محاولة للإخلاق لهذا ما يمكن أن نعبر عليها بالردع، ولكن يمكن أن نفعلمبدأ الشفافية عن طريقالوقاية المسبقة من محاولة المساس أو تغييره ذالمبدأ أثناء سير إجراء انعقد الصفقة العمومية، وهذاالوقاية يمكن أن نعبر عليها بخلفنة إرماً للصفقات العموم

¹ . نفاذ به مجلس المنافسة حسب المادة 23 وما بعدها من الأمر رقم 03 . 03، مرجع سابق.

² . المادة 05، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ . المادة 2/09، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

عندما نص المشرع على مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة لئلا عوانا العموميين وكذا التصريح بالنزاهة المضمنة في
فالممتافس الجانبين للإشهار والإشهار الإلكترونيين وعروض التعاقد .

يمكننا إذ نتفعل بمبدأ الشفافية من خلال

(أولا) خلقنا إبرام الصفقات العمومية عن طريق إمضاء التصريح بالنزاهة وهذا بالنسبة للموظفين في المصلحة المت
عاقدة، وبالنسبة للممتافس إمضاء التصريح بالنزاهة (ثانياً).

1) التزام الموظف بمدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة:

للقاية من الفساد وتفعيل الشفافية إجراء إبرام الصفقات العمومية إلزام المشرع عن طريق المادة 88
من قانون الصفقات¹ كالموظف من خلف عملية إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرشحين العاموكذا مراقبة الصفقات
تالعمومية وتنفيذها التعهد كتابيا باحترام مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة التي تعدها سلفا سلطة ضبط الصفقات
عمومية وتفويضات المرشحين العاموكالمستحدثين بعد موافقة وزير المالية عليها .

ويرجع سبب هذا الإجراء إلى الدور الفعال الذي يلعبه الموظف في قضايا الفساد المرتبطة بالصفقات العمومية

²، لكننا لاحظنا أن قانون الصفقات رقم 15

247 لم ينص على إجراء في حالة مخالفة هذا الالتزام المفروض على الموظف³

والأكثر من ذلك مما لا يحال على قانون الأساسيات العام للوظيفة العمومية رقم 06 . 03.

2) التزام الممتافس بإمضاء تصريح بالنزاهة:

من بين الوثائق المطلوبة في ملف الترشيح للمنافسة على صفقة عمومية التصريح بالنزاهة الذي يميزها الممتد

افس شخصيا إذا كان شخص طبيعياً وممثلاً إذا كان شخصاً معنوياً حسب المادة 67 من قانون الصفقات رقم 15 .

247، كما تشترط المادة أن لا يكون الممتافس مدركاً في الصفقات العمومية والتي تلتزم بها

سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرشحين العاموكسبما هو منصوص عليه في المواد 67 و 75

و 89 من القانون المذكور .

¹ . المادة 88، المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، مرجع سابق.

² . سبق وأن درسنا صفة الموظف العمومي كركن مقترض في الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ، راجع الباب الأول.

³ . إن عدم النص على أي جزاء يتعرض له الموظف العمومي يخل بهذا الالتزام يدعم القول بأنه التزم أخلاقياً قبل أن
يكون التزم قانونياً وهكذا ودون النص على أي إجراء في المادة 88 من قانون الصفقات من المفروض يحرم الموظف
العمومي من المشاركة في إجراءات إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية إذا لم يمضي على المدونة المذكورة.

وباستثناء شرط عدم إدراج المتنافس في قائمة المنع التي جسم قانون الصفقات الساري في كيفية تنظيمها بصفة عامة بالنظر لتحديد الجهة التي تتولى ماساها فإنها فيما يخص شرط إمضاء التصريح بالنزاهة يبيح لعضو التنازل والنتيجة عن قصور في تنظيمه حيثما كتفق قانون الصفقات بالنص عليه كشرط دون تنافس صيلا أخرى،

وعليه نتساءل حول مضمون هذا التصريح وقيمتها القانونية والجزاءات المترتبة عنها لإخلاق المضمون.

الملاحظ أن المشرع لم يضبظ مضمون التصريح بالنزاهة على خلاف المشرع التونسي والمغربي¹، وفيغ ياب هذا التفصيل يمكن أن نقول أن التصريح بالنزاهة هو تصريح شرفي والمتعارف عليها أنه يكون مكتوبا ويحمل كالمع لومات الشخصية لصاحبه يصرح فيه صاحبه بأنه غير متابع جزائيا في قضاياها الصلة بنزاهتها المهنية كما الميصدر فيحقها يحكمها نهيي جرم متصرفاتها الوظيفية ويقوم بتوقيع شخصيا ثم يصادق على هذا الإمضاء أمام الحالة المدنية للبلدية.

فيما يخص القيمة القانونية لهذا التصريح

فإنه يقيف درجة الوثيقة العرفية مادام صادر عن شخص عادي نقول هذا بكل تحفظ، وبالنسبة للجزاء المقررة في حالة تصريح المتنافس بخرق مخالفة للواقع فإنها تكون عقوبات تكبير جريمة الإداب تصريحا تكاذبا والمعاقب عليها بالمادة 228 بعقوبة الحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 600 إلى 6000

دجا وبإحدى العقوبتين²، ولكن العقوبة الأهم هي إدراج هذا المتعامل في قائمة المنع من المشاركة في الصفقات العمومية حسب المادة 75 من قانون الصفقات 15، 247، على خلاف المشرع المغربي مماثلة الذيقر عقوبات إدارية على المتنافس الجانب عقوبات جزائية محتملة³.

¹ . حسب قانون الصفقات العمومية التونسي، يتضمن التصريح بالنزاهة تصريح شرفي من المتنافس يلزم فيه بعدم القيام مباشرة أو بواسطة الغير بتقديم وعود أو عطايا أو هدايا للتأثير على إجراءات إبرام الصفقة حسب المادة 14 فقرة 5، وبالنسبة للمشرع المغربي فحسب المادة 23 من قانون الصفقات الصادر بتاريخ 5 فبراير 2007 فقد ورد مايلي: "...بتعيين أن يتضمن التصريح بالشرف أيضا البيانات التالية ... د/ الالتزام بعدم القيام بنفسه أو بواسطة شخص آخر بأفعال الغش أو رشوة الأشخاص اللذين يدخلون بأية صفة كانت في مختلف مساطر إبرام صفقة أو تدبيرها أو تنفيذها . ه/ الالتزام بالألا يقوم بنفسه أو بواسطة شخص آخر بتقديم وعود أو هبات أو هدايا قصد التأثير في مختلف المساطر لإبرام صفقة و خلال مراحل تنفيذها" .

² . المادة 228، الأمر رقم 66-156، مرجع سابق.

³ . حسب المشرع المغربي فقد ورد في قانون الصفقات الصادر بتاريخ 05 فبراير 2007 المادة 24 تحت عنوان عدم صحة التصريح بالشرف كما يلي "يمكن أن يؤدي عدم صحة التصريح بالشرف إلى العقوبات التالية أو إلى إحداها فقط

من خلال ما سبق نلاحظ أن التصريح بالنزاهة ذو طبيعة مزدوجة فهو التزام أخلاقي يحكم تعلقه بمخالفات متعلقة بالجانب المهني والشخصي للمتنافس كما أنه وثيقة عرفية يحررها المتنافس شخصياً، وهو التزام قانوني يقرر المشرع لكل من صرح بصفة مخالفة للحقيقة عقوبات جزائية وأخرى إدارية، ولكننا المشرع عيواخذنا فرضية لم يعالجها عند نصها التصريح بالنزاهة ففي حال تقديم المصلحة المتعاقدة لشكوى ضد المتنافس على أساس تصريحها الكاذب بغاية الفصل عنها نفي هذا الوجود بما يصير الصفقة العمومية هل تتوقف المنافسة الغاية من دور حكمها نفي ضد هذا المتنافس وهذا يضر بالمصلحة المتعاقدة وبالمصلحة العامة، أم يقصد هذا المتنافس قبل صدور الحكم وهذا يشكل مساساً بمبدأ المنافسة، إن عدم الحسم في هذا المسألة وغيرها منشأها فراغ التصريح بالنزاهة كإجراء وقائيمنا الفعالية التي كنا نرجوها.

ثانياً: تكريس حرية الوصول للطلبات العمومية

قلنا أننا نشر المصلحة المتعاقدة لطلباتها على نطاق واسع من قبيل تكريس مبدأ الشفافية التي سبقوا أن تطرقنا إليها، ولكن نحن نناقش أكثر ونتناول الموضوع من جوانب متعددة ارتأينا أن نفرد لإجراء الإشهار أو حرية الوصول للطلبات العمومية كما عبر عليها المشرع عفيقاً قانوناً الصفقات العمومية عنواناً مستقلاً، وبالتالي يمكن تكريس هذا المبدأ عن طريق (أولاً) توسيع إشهار الصفقات العمومية إلى التراضي بعد الاستشارة (ثانياً) اعتماد وسائل التواصل الحديثة لنشر إشهار الصفقات العمومية على نطاق واسع.

1) توسيع إشهار طلبات العروض بالتراضي بعد الاستشارة واستثناء التراضي البسيط:

إشهار الدعوى للتعاقد في الصحف الوطنية منظر المصلحة المتعاقدة تدعيم للشفافية وحثنا المنافسة وهو إجراء إلزامي كما يبدو في المادة 61 من قانون الصفقات

15-247 في حال تحددتها المادة المذكورة على سبيل الحصر كما يلي:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.

دون صرف النظر عن المتابعة الجنائية. - أ- افصل المؤقت أو النهائي للمتنافس بمقرر للوزير المعني. - ب - بمقرر السلطة المختصة وعلى نفقة المصريح ومخاطره - إما اللجوء إلى التنفيذ المباشر - أو فسح الصفقة..."

- المسابقة.

- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

بعد مقارنة المادة 61 من قانون الصفقات الجديد 15. 247 مع قانون الصفقات السابق الملغى 10-236¹ نستنتج أن المشرع علميكنيلز ما المصلحة المتعاقدة بإشهار طلبها العمومي إذ اتعلا لأمر بصفة تبر موقفا لتراضي

على خلاف قانون الصفقات الساريا الذي يلزم المصلحة المتعاقدة بالجوء إلى الإشهار الصحيفيحتنا إذ اتعلا لأمر بصفة قمبرمة موقفا لتراضي بعد الاستشارة وهو تطور لا فتيد عممبدأ الشفافية لكن المشرع استثنى التراضي البسيط من الإشهار، وهذا نقول لأن هعلنا المشرع أن يوسع الإشهار لهذا النوع من التعاقد حتند عما أكثر الشفافية.

ومخلاف لقراءة النصوص المتعلقة بإشهار الصفقة يبدو أن هذا الإجراء منح حيث طبيعتها القانونية يوصفها لشكليا الوجوبي

الهدف منها الحصول على أكبر قدر ممكن من العروض، وتحرص المصلحة المتعاقدة على إعلام كل الراغبين في المنافسة وهذا بالنسبة لمن تتوفر فيها الشروط والمالية والتقنية المطلوبة في دفتر الشروط كما يتم إعلام الجمهور بتاريخ وتوقيت فتح الأظرفة حسب شكل الصفقة².

ويشترط المشرع علنا المصلحة المتعاقدة أن تتحرر إعلانها

باللغة العربية أو بلغة أجنبية واحدة أو الغالب تكون اللغة الفرنسية، وينشر لإعلانها لأقل في جريدتين وطنيتين بحسب المادة 65

من قانون الصفقات، وزيادة على هذا يجب أن ينشر لإعلانها في النشرة الوطنية الرسمية للمتعاملا العمومي³، ولكن المسجل واقعا أنها كمصالح متعاقدة تنتشر هذا لإعلانها التي تشكاد عو بالتعاقد في جرائد لأقراء لها توزع في بعض الأحيان محليا وليس علنا المستويا الوطني ثم يعاد جمعها في اليوم الموالي وهذا تصر فمقصود من طرف المسؤو لينعل هذا المصالح والغرض واضح هو توجيه عرض التعاقد إلى الجهة أو شخص معين سلفا وهذا وجهنا وأوجهجريمه من حامتياز تغيير مبررة التي سبقوا أن تطرقنا إليها في الباب الأول، المهم بالنسبة لهؤلاء المخالفين للقانون استكما

¹ . المادة 45، المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

² - Cyrille Emery, Passer un marché public, « principes, procédures, contentieux », 1 édition, encyclopédie demas, 2011, P25

³ . المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 مايو 1984، المتعلق بإنشاء النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي

لإجراء اتباير اما الصفقة وهذا بار فاقا لإعلانينا السابقين في ملف الصفقة. وما دمنا نتحدث عن توسيع المشرع لإشهار طلبا العروضا بالأسلوب والتراضي بعد الاستشارة فإنها حسب المادة 51 من قانون الصفقات 247.15 هناك 05 حالات تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة¹.

الملاحظ أن المشرع علمي حدد مدد تنشر

العروض بل تتركها سلطة تقديرية للإدارة وهذا ما يمكن أن يتحول إلى سبب من أسباب التضيق علمي مبدأ المنافسة والمساواة ومن ثم يصعب مدعاة للشبهة وعدم الشفافية، لأن المصلحة المتعاقدة وعمالا لسلطتها التقديرية يمكنها نقلها صالمة المدة المحددة لوضع العروضا وهذا خدمة لمتنافست حصلنا امتياز تغير مبررة، وعليه وجبا أن تكون هذه المدد محددة من طرف المشرع عفي قانونا الصفقات وفي مراسيم تنفيذية

ويرا عفي تحديد هذه المدد تشكل الصفقة و حجمها و فقعا عدة لاضرر ولا ضرار لأن الملاحظ من جهة أخرى أن بعضا لمشرع عينو منها المشرع المغربي حددت أجالا للإشهار ب

10 أيام متتار يخنشر للإشهار² وإذا تعلق الأمر بصفقة تفاوضية والتي نقابل عندنا التراضي فإن المدة الفاصلة بين تار يخالتصر يحدد مجدوبا المسطر قوتا يخنشر للإعلان الصفقة التفاوضية يوجب أن لا يقل عن واحد وعشرين (21)

يوما³، ويعا بعد هذه المدة أنها قصيرة لا تكفي لإعداد ملفا لترشح للمنافسة وبالتالي كما قلنا سابقا يوجب أن تخضع هذه النقطة للدراسة الميدانية من طرف ممارسي الصفقات العمومية ويتم التوافق علمي مدد محددة تفصل بين تار يخالإع لانعلا الصفقة وتار يخ إجراء المنافسة أو وضعا لأ طرفة لدا المصلحة المتعاقدة.

وفي كالأحوال النقول أن توسيع إجراء الإشهار بالناتراضي بعد الاستشارة هو مكسب ولكن غير كافيا يوجب أن يوسعا أكثر بالناتراضي البسيط، وكذا مواكبة التطور الحاصل في مجال الوسائط لاتصال وهذا باستغلالها أكثر بغرضها يصالا للمعلومة وعروضات التعاقد الأكبر عدد ممكن من المتنافسين وهذا ما سوف نتناولها في العنوان التالي.

2) اعتماد وسائل التواصل الحديثة في الإشهار :

لند عيما الشفافية ولا يصالا لإعلاننا المنافسة لأ أكبر قدر ممكن من المتنافسين انفتح المشرع عفي قانونا الصفقات العمومية وتفويضات المر فقا لعمالو وسائل التكنولوجيا الحديثة للتواصل

¹ . راجع الفصل الأول أعلاه.

² . المادة 3/71، المرسوم رقم 2.06.388، الصادر في 05 فبراير 2007، يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتبيريها و مراقبتها، مرجع سابق.

³ . المادة 72، نفس المرسوم.

"الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية. "وعلية فإن تأسيس البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية الم سيرة من طرف وزارة المالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال حسب المادة 203 من قانون الصفقات هو إعلان عن بداية التحول لتدريجياً إدارة الورقية إلى إدارة إلكترونية ويبدو أن لهذا التحول أثر إيجابي على حرية الوصول للطلب العمومي وحتى على مبدأ المنافسة وشفافية الإجراءات.

أ . أثر نشر الإعلان عن الصفقة بطريقة إلكترونية على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

حسب المادة 203 و 204 الفقرة 01 الأخير
 يبدو أن المشرع عساير تطوراً حصل في دولاً أخرى وعبر أساليبها فرنسا إلا أننا في بداية الطريق لأن هذا
 ذهب بعيداً في هذا المجال قانون الصفقات العمومية الفرنسية الصادر بالمرسوم رقم 2001-201 بتاريخ 07
 مارس 2001 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 2004-15 الصادر بتاريخ 07 جانفي 2004
 تجاوز الأسلوب التقليدي إنصاحاً للتعبير لإبرام الصفقات العمومية أي المناقصة أو طلب العروض
 النظام المزايدة الإلكترونية ¹ Les enchères électroniques
 كما أصبح الحديث الآن في فرنسا عن إزالة الطابع المادي لنظام الصفقات العمومية وهذا من خلال
 لمضمون المادة 56 من قانون الصفقات الفرنسية الصادر سنة 2001 حيث جاء المشرع بتوجه جديد
 وقد ورد ما يلي: "La dématérialisation des procédures de passation des marchés
 public"

بمعنى المشرع الفرنسي أن الطابع المادي لنظام الصفقات العمومية ليس يتبدل بالطابع الإلكتروني أو
 المرور إلى العقد الإلكتروني ويبدو أن العقد الورقي²، وفي هذا السياق استبدل أسلوب المناقصة والمزايدة بنظام المزايدة
 لإلكترونية "les enchères électroniques" كما أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم
 2001/846 المؤرخ في 18 سبتمبر 2001
 يحدد القيمة المالية للصفقات والخدمات واللوازم التي يسمح فيها بالتعاقد الإلكتروني³. وقد ورد مثل هذا النهج عندنا في

¹ . هبة سردوك ، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة 1 ، سنة 2009، ص 106.

² . المرجع نفسه، ص 106.

³ – Krinc brisset et François maréchal et pierres–Henri Morand, la commande public par enchère électronique inversée, revue économie public , n10- 2002, p103

يقانونا الصفقات العمومية رقم 15 . 247 في المادة 206 التي لمنجدها ميثاقا لقانونا الصفقات السابق،
وعليها أصبح جائز في الجزائر ولأول مرة الحديث عن المزايدة الإلكترونية وفيما يخص صفقات اللوازم وتقديم الخدمات العا
دية¹

ولكن هذا الإجراء لا يبدو واضحا مع المبدأ الساعته ما دام المشرع عربط تنظيم المزايدة الإلكترونية ونيبقرار من الوزير ال
مكلف المالية الذي لم يصدر الحد كتابة هذا الأسطر .

و عودا علىبدأ فإن

الاجراء البالي اعلاما للصفقات بالطرقا الإلكترونية ونية يسبقها تأسيس بوابة الإلكترونية للصفقات العمومية تسير منظر
فالوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال بموجب قرار وزير مشترك،
كما نشير البأنا لإعلانا للإلكترونية والصفقة لا يغني عن الإعلان في الصحف الوطنية إذ يجب على المصلحة المتعاقدة أنت
علنا محتياجاتها في الصحف الوطنية ولا تعرضت إجراء اتنا لتعاقد للبطلان هو نفسا لتوجهها الذي هيا إليها الشراذ
حسبتوجهها المشرع الفرنسي² .

إنلهذا الأسلوب في الإعلان عن الصفقات أثر إيجابي على مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي
ومبدأ المنافسة ككلو علنا الشفافية بالخصوص، فالإعلان في مواقع التواصل الحديثة منشأ نهيا أيضا لالطلب العم
وميا البأكبر قدر ممكننا المتنافسين يوقضي بالتالي علنا التواطؤ الذي يمكن أن يحصل بينا المصلحة المتعاقدة أو أحد المت
عاملنا الذي تمنحها الصفقة بطريقة غير مشروعة قبلا لإعلانها بحيث يكون الإعلان في الصحف
غير المقررة أصلا مجرد إجراء شكلي لا فائدة
منه. ونشير البأن هذا التواطؤ بينا المصلحة المتعاقدة والمتعاملا لاقتصا ديا الحاصل علنا امتيازات غير مبرر ويشكل
جريمة معاقب عليها بالمادة 26 من قانونا لوقاية من الفساد ومكافحته³ .

ب - أثر تبادل المعلومات حول الصفقة العمومية الإلكترونية على
حرية الوصول للطلبات العمومية:

يتم تبادل المعلومات بينا المصلحة المتعاقدة والمتنافسين الإلكترونية بواسطة البوابة الإلكترونية للصفقات
تالعمومي، يجب أن نشير البأن كل الوثائق المعلومات قابلة للتداول بطريقة الإلكترونية فقرة 03 من المادة
204 من قانونا الصفقات 15 . 247 . تدل على ذلك لأن

¹ . راجع المادة 206 ، المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247، مرجع سابق.

² - Philippe Ruiz, La dématérialisation des procédures des marchés publics, diplôme des études supérieures spécialisées, institut des études politiques de bordeaux, 2003, P44

³ . راجع في هذا الصدد جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في الباب الأول.

المشروع اعتبر كل حامل ورقيا بل أن يكون محتكيا فيمعالطريقة الإلكترونية ونية وقد ساير المشروع عندنا في ذلك للمشروع
لفرنسيوهذا ما نسجله في المادة 56 من الأمر 15/2004 الصادر بتاريخ 15/01/2005
المتعلق بقانون الصفقات العمومية الفرنسي¹. وهو نهج مخالفها للمشروع المغربي مثلا عندما جعل بعض الوثائق وليس
كلها قابلة للتبادل إلكترونيا حسب المادة 77 من قانون الصفقات المغربية المرسوم 2.06.388
² وعليه فقط الترشيح والعروض يمكن أن ترسل إلكترونيا.
ويبدو أن توسيع نطاق الوثائق المعنية بعملية التكييف على الطريقة الإلكترونية حسب المادة 3/204 من قانون
الصفقات الساري يخدم أكثر مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي
والشفافية الذي سوف يتدعم أثناء المنافسة بعد ها وهو نهج ساير فيها للمشروع الجزائري نظيرها لفرنسي علنا خلافا
لشروع المغرب الذي هب التحديد الوثائق المعنية بالتبادل إلكترونيا علنا لسبب الحصر، وقد برر بعض الكتاب هذا النهج
بضرورة العمل تدريجيا في عملية التحويل للتبادل الإلكتروني وهوذا مراعاة لصعوبات المسجلة في هذا التحويل لولا
نحصر الوثائق المعنية بعملية التبادل الإلكتروني ونيفيوثيقتي نتركننا نقول أن الأثر الإيجابي علمبدأ الشفافية وفقا سابق
طرحه بيقم مشوبيا نقصان على خلاف توسيع هذا التحول إلى كل ملف
المنافسة، وإذا كانت هذا إيجابيا تتبادل المعلومات الوثائق الإلكترونية
فما هي السلبيات الممكنة تسجيلها في هذا الإطار.

أولها السلبيات تهوية التأكد من معاملة المصلحة المتعاقدة للمنافسين بالطريقة الإلكترونية علنا خلافا
سواء من حيث التواصل معهما إذ قد يجد أحد المنافسين غير المرغوب فيه صعوبات أو تقصيرا أثناء عملية التواصل
مابنا لالتزام الواقع علنا المصلحة المتعاقدة هنا يتحول من التزام بتحقيق نتيجة بالتزام بتقديم وسيلة³.

عدم تحصيل أحد المنافسين على

وثائق ملف طلب العروضا مثلا ولا يمكن حقا لاطلاع سببا بحجما المصلحة المتعاقدة عن التواصل مع هو وتمكينه
مما يريد، وهذا خلافا لاستعمال إجراء المنافسة الورقية أين تكون كل الوثائق تقيمتا والمنتافس.

¹ - Décret n 2004/15 du 25/01/2005 portant code des marches public, disponible sur <http://www.minefl.gouv.fr>.

² . المادة 77 "يمكن وضع نظام الاستشارة و الرسالة الدورية للاستشارة ودفاتر التحميلات والوثائق والمعلومات الإضافية
رهن إشارة المنافسين بطريقة إلكترونية طبقا للشروط المحددة بمقرر الوزير الأول ينشر في الجريدة الرسمية، إلا إذا نص
إعلان الإشهار على خلاف ذلك، يمكن كذلك إرسال الترشيحات والعروض بطريقة إلكترونية إلى صاحب المشروع وذلك
طبقا للشروط المحددة بمقرر الوزير الأول ينشر في الجريدة الرسمية".

³-Philippe Ruiz, op- cit, P33

هناك صعوبة أخرى يمكن أن نتسجل فيها إيخصانتهاء أجال استلام العروض فعندما يتعلق الأمر بإجراء االمنافسة ال ورقية يمكن إثبات تاريخ إرسال العرض من طرف أحد المتنافسين عن طريق الختم والتاريخ الموضوع على الظرف ، فهلهذا الإثبات يمكن أن يتحقق إذا تم إرسال الإلإكترونية خاصة إذا علمنا أنالانتر نتقبيالادنا تشهد من حيناً آخر انق طاقا قديطو لمما قديطو ديالبتأخر ووصولاً لإرسال المناأحد المتنافسين في الوقت المحدد وقد وجد لهذا الإشكال حل فيفرنسا حيث تم الالاعتماد على تاريخ وألإرسال الإلإكترونيوهذا بعد تجزئة الملف الالدفعتين وأ أكثر وحتنولوتأخر الإرسال الإلإكترونيالالدفعة الثانية فالمتنافسين يعتبر محترمالألجل إذا كان الإرسال الأول في ألجل¹.

ومن حيث سرية المعلومات والوثائق المرسله إلكترونيا فإن المصلحة المتعاقدة تكون مسؤولة عن هذا الحماية ضمنا نالالشفافية إذا يتعلق الأمر بمنافسة عادية فالعروض ترسل فيظرف مغلقولا يفتح فيأصلالابحضور صاحبه، أما إذا كان إرسال الملف لترشح بطلب بإلإكترونية فإن التساؤل مطرووح حول من يكون مسؤولا عن سرية المعلومات ووثائق المتنافسد وهذا الالبغاية صدور النصوص الالطبيقية.

وعليه نسنجل فيفرنسا حسب المادة 56 من قانونالصفات العمومية الصادر بتاريخ 07 مارس

2001

المعدلو المتمم يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب منالمرشدين تحصين ملفاتها لإلإكترونية المرسله إليها بتدابير رحمانية تجعل لفتح عروضهم متوقف على تدخلهم.² أما المرشعالمغربي فيجب على مسؤولة حماية عروضالمرشدين المرسله إلكترونيا على عاتق المتنافسوهذا حسب المادة 71 البند 03 من قانونالصفات العمومية الصادر بالمرسوم المؤرخ في 05 فبراير 2007 وعليه يلجأ المرشعون الالأسلوب الالتشفير.

وعلى كل حال نقول أن إنشاء البوابة الإلإكترونية للصفات العمومية المنصوص عليها في المادة 203

من قانونالصفات

¹ - Décret N 2000/692, de 30/04/2002, relatif a la dématérialisation des procédures de passation des marches public, disponible sur <http://www.minefl.gouv.fr>.

² - Philippe Ruiz, op- cit, P34

الساري¹ لتكونميدانا النشرالإعلاناتعنا الصفقاتالعموميةإلكترونيا وكذا تبادلالمعلوماتحولالصفقةبينالمتنا فسوالمصلحةالمتعاقدتمنشانهد عمالشفافيةولكندرجةهذاالدملايكونالإبرفعلاالعراقيلوالإشكالاتالت يقدتعترضهذالطريقةفيالتواصلوفيذاعليناالانتظارالبغايةصدورقرارالوزيرالمكلفبالماليةالذيأحالعليه قانونالصفقاتالعمومية باعتبارهاالمنظمالعمليةبرمتها.

بعددراسةالمبادئالتيقتومعليهاالصفقاتالعموميةمنزاوليةتكريسهاوتفعلهاحتنتصحيحصنامنيعا يحوليبينالتلبيةالمصلحةالمتعاقدتطلباتهاعنطريقموظفيهاوبينوقوعهمفيالخطرالجزائريالمحددبهم نعرضألياتأخرىيمكنتكريسهافينفسالسياقاتلحققةنفسالنتيجةأيتجنبالخطرالجزائريوهذاالآلياتمنصوصعليها فيقانونالصفقاتالعموميةوفيقانونمكافحةالفسادوالوقايةمنهنتعلقبالموظفوالوظيفيفيالقطةالعام، حيثيخضعلشروطمدروسةوصارمةبغرضسدالطريقأمامالفساددينومنعهمنمناقتحاماالإدارة كصصلحة متعاقدة.

المبحثالثاني:التدابيرالوقائيةفيالوظيفةالعمومية

لأنالموظفوهوالمشرفعلنتحضيرالصفقةالعموميةوأبرامهاوتنفيذهافيالواقعوهوالمعنياالأولبالخط والجزائريفيهذاالإطارعمدمشرعالباحاطتهبجملتهمنالتدابيرالوقائيةبغرضتجنبالوقوعفيهذاالخطرالمحدد قبهوبالمتعاقدمعها،معالتأكيدأنالواقعالذييسايرهاالمشروعوحتنالاتفاقياتالدوليةذاتالصلةهوأنالموظفأصبحنصرا مؤثرا فيإنتاجالفسادداخلالإدارةقوالمصلحةالمتعاقدتتوجهعام،ولهذاالسببأهتالمشروعبهذاالجانمخلال (أولا) إخضاعالتوظيففيالقطةالعاملقواعدصارمةوشفافية (ثانيا)تكريسإجراءالتصريحبالممتلكات.

المطلبالأول:إخضاعالتوظيففيالقطةالعاملقواعدصارمةوشفافية

للوفايةمنالفسادفيالقطاعالعامبوجهعاموفي مجالالصفقاتالعموميةالذييعد أحدبؤرالفسادعمدمشرعإلىفرضقواعدصارمةللتوظيففيهذاالقطاع،فقدوردفي

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247 أول قانون منظم للصفقات العمومية تناول هذه البوابة الإلكترونية نقلا عن المشرع الفرنسي وبعض المشرعين العرب منهم قانون الصفقات المغربي الذي تناول نفس الآلية في المرسوم رقم 2.06.388، الصادر في 05 فبراير 2007 تحت تسمية "بوابة صفقات الدولة" في الفصل الخامس منه المادة 76 و 77.

الباب الثاني من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 تحت عنوان "التدابير الوقائية في القطاع العام"¹ مجموعة من القواعد نصت عليها المادة 03 منه، وتكملة لهذه القواعد نص المشرع في المادة 07 على خلقنة الوظيفة العمومية وهذا بتشجيع النزاهة والأمانة وروح المسؤولية من خلال إعداد مدونة سلوك يلتزم بها الموظف وجوبا، ومن جهة أخرى فرض المشرع على الموظفين العموميين إمضاء التصريح بالممتلكات، وحتى يصعب على هذا الإجراء طابع الإلزام والجدية جعل عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالممتلكات جريمة معاقب عليها بالمادة 36 من نفس القانون.

الفرع الأول: قواعد تحكم الوظيفة في القطاع العام وتخليق سلوك الموظف وقاية

من الخطر الجزائي

أدرك المشرع أن الفساد في القطاع العام لا يرجع فقط إلى المتعاملين مع القطاع بل من أسبابه الرئيسية الموظف نفسه الذي أصبح يتحايل ويماطل حتى يدفع بالمتعامل معه إلى سلوك طرق فاسدة لقضاء مصالحه، وفي مجال الصفقات العمومية يتقلب المتعامل معه بين يدي الموظف المسؤول على الصفقات ابتداء من مرحلة إعداد وتحضير الصفقة إلى مرحلة الإبرام إلى مرحلة التنفيذ وبالتالي كان لزاما الاهتمام بالموظف من حيث توظيفه ومن حيث مساره المهني ومن حيث ضبط أخلاقه المهنية.

ونظرا لعولمة الاقتصاد والتجارة وتداخل مصالح الدول وإدراكها للدور المحوري للموظف وتأثيره في تفاقم ظاهرة الفساد على العموم وفي مجال الصفقات العمومية على الخصوص توسعت دائرة الاهتمام به بحيث أصبح مطلب المنظمات الدولية العامة والمتخصصة، ولقد أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على هذا الاتجاه في المادة 07 "تسعى كل دولة طرف حيثما اقتضى الأمر ووفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين المدنيين وغيرهم من الموظفين العموميين غير المنتخبين عند الاقتضاء واستخدامهم وترقيتهم وإحالتهم على التقاعد تتسم بأنها: تقوم على مبادئ الكفاءة والشفافية والمعايير الموضوعية مثل الجدارة والإنصاف والأهلية..."²، وبعد انضمام الجزائر لهذه المعاهدة ثم إصدار قانون الوقاية من الفساد

¹ - القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² . اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المصادق عليها من طرف الجزائر بالمرسوم رقم 04-128، مرجع سابق.

ومكافحته رقم 06-01 أدرج المشرع المادة 03 منه حيث تبنى الكثير من المبادئ وقواعد التوظيف المبينة في المعاهدة وهذا كما يلي:

أولاً: المبادئ الضابطة لعملية التوظيف

فضلا على اهتمام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بهذا الجانب تناول دستور الجزائر سنة 1996 المعدل سنة 2016 بالمساواة بين جميع الموظفين في تقلد المهام والوظائف في الدولة أو الإدارة وفق شروط يحددها القانون وبالتالي لا مجال للتوظيف عن طريق المحاباة والوساطة التي خربت الإدارة وجعلت الوظيفة في يد غير الأكفاء والفاستدين وهذا كما ينعكس بالسلب على أداء هؤلاء وعلى فعالية الإدارة بعد بابا مفتوحا لتسرب الفساد لدواليب الإدارة بكل أشكالها فيصبح ولاء الموظف لمن وظفه بصفة مخالفة للقانون بدل ولاءه لوظيفته وللإدارة التي يعمل بها¹.

كما نظم القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية رقم 06-03² شروط التوظيف تحت عنوان الفصل الأول من الباب الرابع تحت عنوان "التوظيف" حيث ورد في المادة 74 منه أن مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية يحكم كل الإدارات العمومية مع فتح المجال لإدراج شروط أخرى مراعاة لخصوصية بعض الأسلاك حسب المادة 77 من نفس القانون. ويبدو أن الشروط المحددة في المادة 75 يغلب عليها الطابع الإداري إن صح التعبير بخلاف الشرط الأخير المتعلق بالمؤهلات الشخصية المطلوبة للالتحاق بالوظيفة باعتباره شرط شخصي ذاتي مكمل للشرط السابق المتمثل في مبدأ المساواة في التوظيف.

ثانياً: الطرق المناسبة للتوظيف والتكوين في مناصب تكون أكثر عرضة للفساد

واضح أن هذه القاعدة مزدوجة شقها الأول يتضمن طرق التوظيف في مناصب لها علاقة بالجوانب المالية التي تستهوي الفاسدين وشقها الثاني يتعلق بالتكوين المستمر لهؤلاء الموظفين والشقيين يمثلان بعد ذلك وسيلة للوقاية من الفساد وخاصة في مجال الصفقات العمومية التي تتميز بميزتين، الأولى كونها تتطوي على جوانب تقنية وعملية تستدعي تخصص الموظفين العاملين في هذا المجال، والميزة الثانية حجم الأموال المتداولة وهذا

¹ - كمال ديسوقي، سيكولوجيا الإدارة العامة وأخلاقيات الخدمة المدنية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2000، ص 49.

² - الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

يغري الموظف والمتعامل معه على السواء، مما يستدعي الأخذ بكل الأسباب الرامية إلى الوقاية من الفساد وعلى الخصوص الحرص عند التوظيف في هذه المناصب وفق شروط صارمة وبطرق خاصة.

القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية رقم 06-03 باعتباره الشريعة العامة للوظيفة العمومية حدد طرق التوظيف بوجه عام في المادة 80 منه كما يلي: المسابقة على أساس الاختبارات، المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين، الفحص المهني التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعوا تكوينا متخصصا منصوصا عليه في القوانين الأساسية لدى مؤسسات التكوين المؤهلة¹.

الملاحظ على هذه الطرق في التوظيف أنها عامة تخص كل الإدارات العمومية وبالتالي على الإدارة أن تختار عند التوظيف في مناصب حساسة معرضة للخطر الجزائي وخاصة في مجال الصفقات العمومية الطريق أو الطرق الملائمة التي تحقق الهدف المنشود وهو الوقاية من الفساد، وتبدو الطريقة الأخيرة في التوظيف حسب المادة 80 المذكورة المتعلقة بالتوظيف المباشر لمترشحين تابعوا تكوينا متخصصا تستجيب نظريا لهذه المعايير ويمكن أن تحقق الهدف المنشود ولكن سطوة المال وإغراءاته يمكن أن تعيق هذا الهدف. أما الشق الثاني من القاعدة فيتعلق بتكوين موظفين مؤهلين لتولي مناصب في مؤسساتهم العمومية أكثر عرضة للفساد، وبالتالي يمكن القول أن الإدارة لا تكتفي فقط بتوظيف هؤلاء وفق مؤهلاتهم العلمية وشهاداتهم الجامعية وغيرها بل يمكن قبل ترسيمهم إخضاعهم لتكوين متخصص.

يمكن أيضا للإدارة أن تشترط بعض الشروط المتعلقة بمؤهلات معينة في المترشحين للوظيفة أي بالإضافة إلى الشروط العامة في التوظيف المذكورة في المادة 75 من الأمر رقم 06-03 يمكن للإدارة أن تشترط شروطا خاصة تتلاءم والوظيفة محل مسابقة التوظيف وهذا جائز بالنظر إلى المادة 77 من الأمر رقم 06-03².

يجب أن نشير إلى أن القاعدة محل الدراسة مرتبطة كما يبدو ومن خلال المادة 03 من القانون رقم 06-01 بالفساد، ومعلوم أن الصفقات العمومية تتطوي على خطر جزائي

¹ - راجع المادة 80 من الأمر رقم 05-03، مرجع سابق.

² - راجع المادة 75 و77، من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

بالغ باعتبارها أحد بؤر الفساد كما أن هذه القاعدة تكرر أيضا المادة 07 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي جاءت كما يلي "...إجراءات مناسبة لاختبار وتدريب أفراد لتولي المناصب العمومية التي تعتبر عرضة للفساد بصفة خاصة..."¹.

ثالثا: أجر ملائما وتعويضات تغني الموظف عن الوقوع في الفساد

وردت هذه القاعدة في المادة 03 من القانون رقم 06-01 في سياق الوقاية من الفساد وبالتالي يبدو أن إصلاح نظام الأجور من شأنها تحسين الوضع المالي للموظف وخاصة في الوظائف التي تكون أكثر عرضة للفساد لأن نص المادة 03 خاص يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وعليه بالرغم من عدم النص في الفقرة 03 على هذا القيد إلا أن سياق المادة يوحي إلى ذلك.

واضح أيضا أن هذه القاعدة جاءت استجابة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حيث ورد في المادة 07 ما يلي "تسعى كل دولة طرف حيثما اقتضى الأمر ووفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني إلى اعتماد وترسيخ وتدعيم نظم لتوظيف المستخدمين تتسم بأنها تشجع على تقديم أجور كافية ووضع جداول أجور منصفة مع مراعاة مستوى النمو الاقتصادي للدولة الطرف المعنية"². وتبعاً لذلك أصدرت الجزائر عدة مراسيم في سياق إصلاح نظام الأجور والرفع منها في كل القطاعات سواء كان لها علاقة بالفساد أم لا³، المؤكد أن الوظائف المعنية بعملية إصلاح الأجور حسب المادة 03 من القانون رقم 06-01 وكذا الاتفاقية المذكورة مسها هذا الإصلاح ولكن هذه الزيادات في الأجور

¹ - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المصادق عليها من طرف الجزائر بالمرسوم رقم 04-128، مرجع سابق.

² - راجع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المصادق عليها من طرف الجزائر، مرجع سابق،

³ - مرسوم رئاسي رقم 07-304، مؤرخ 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، ج ر، عدد 61، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

مرسوم رئاسي رقم 07-305، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228 المؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر، عدد 61، صادر في 30 سبتمبر 2007.

مرسوم رئاسي رقم 07-306، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر، عدد 61، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

مرسوم رئاسي رقم 07-307، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كيفية منح الزيادات الاستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر، عدد 61، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 2007.

والعلاوات ذهب مفعولها نظرا للتضخم المسجل والمشاكل التي يعرفها الاقتصاد الوطني، وبغض النظر على مدى فعالية هذه القاعدة في التقليل من الفساد فإن تجسيد القاعدة في حد ذاتها لم يعد حقيقة في الواقع.

رابعا: إخضاع الموظفين المعنيين بخطر الفساد لبرامج تعليمية وتكوينية متخصصة
هي رابع قاعدة منصوص عليها في المادة 03 القانون رقم 06-01 وعلى خلاف القاعدة الثالثة السابق دراستها أشار المشرع في القاعدة محل الدراسة بما يوحي إلى أن الوظائف المعنية بالتكوين المستمر والمتخصص هي تلك المعرضة أكثر من غيرها لخطر الفساد ورفع وعي الموظف العمومي بمخاطر الفساد كهدف من هذه القاعدة يمر حتما على التكوين المستمر والمتخصص.

يقابل هذا النص المادة 104 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية¹ رقم 06-03 ولكن هذه المادة تمثل القاعدة العامة في التكوين المستمر إذا تعلق بكل الموظفين العموميين في كل القطاعات على خلاف المادة 03 من القانون رقم 06-01 الخاصة فقط بالوظائف المعرضة لخطر الفساد.

وكما أشرنا عند دراسة القواعد السابقة فإن هذه القاعدة أيضا مستتبطة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حيث ورد في المادة 07 منها ما يشير إلى ذلك "...تدريب أفراد لتولي المناصب العمومية التي تعتبر عرضة للفساد بصفة خاصة..."²، وما دما بصدد دراسة خطر الفساد في الصفقات العمومية فإن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 اعتنى بهذه القاعدة بشكل لافت حيث أدرج الباب الثالث تحت عنوان "التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" في المادة 211 منه ضرورة تكوين الموظفين المعنيين بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تكوينا مؤهلا في المجال، وعليه نتساءل هل ورود المادة 211 بصيغة الإلزام "يجب أن" يعني أنه من تاريخ صدور قانون الصفقات الجديد أصبح التكوين المتخصص للموظفين ضروري وإجباري لتولي المهام المذكورة المتعلقة بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية، أما المادة 212 من

¹ - راجع المادة 104 و 105 من الأمر رقم 06-03، مرجع سابق.

² - راجع المادة 07 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المصادق عليها من طرف الجزائر، مرجع سابق.

نفس القانون فتتعلق بالتكوين المستمر لهؤلاء الموظفين ويبدو أن المادة حددت نفس المهام المذكورة في المادة 211 المعنية بالتكوين المتخصص.

الملاحظ أيضا أنه ولأول مرة يحدد المشرع الجهة المعنية بالإشراف على عملية التكوين المستمر حيث نصت المادة 212 على أن الهيئة المستخدمة تضمن على نفقتها وبتنسيق منها مع جهات مكونة دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المستحدث بالمادة 213 من نفس الأمر والتي نصت بدورها على المبادرة ببرنامج تكوين وترقيته في مجال الصفقات العمومية وهذا عند تحديد صلاحيات سلطة الضبط هذه.

قراءة المادة 212 مع المادة 213 يوحي إلى أن التكوين المستمر في الصفقات العمومية إلزامي بالنسبة للهيئة المستخدمة ولسلطة الضبط ولكنه لا يرقى إلى اعتباره شرطا لتولي المهام المعنية بالتكوين حسب المادة 211 المذكورة وبالتالي نتساءل حول مدى التزام الهيئة المستخدمة وسلطة الضبط بعملية التكوين المستمر للموظفين المعنيين بالخطر الجزائي في الصفقات العمومية فالأمر لم يعد اختياري بل يتعلق بقاعدة مكرسة كآلية للوقاية من الفساد حسب القانون رقم 06-01 المستتبهة من اتفاقية دولية صادقت عليها الدولة¹.

يبدو أن هذه القاعدة مهمة جدا بالمقارنة مع القواعد السابقة لأن الواقع يدل على أن موظفين متابعين جزائيا في جرائم الصفقات العمومية ارتكبوا أخطاء عند إبرام الصفقة العمومية شكلت الركن المادي لجريمة معاقب عليها بسبب محدودية معارفهم وتكوينهم في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي يمكن القول أن التكوين المحدود للموظف في هذا المجال الحساس يشكل خطرا إجرائيا محدقا بالموظف وهذا ما يفسر اعتناء اتفاقية الأمم المتحدة بمكافحة الفساد وكذا قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 بقاعدة التكوين المتخصص والتكوين المستمر للموظف العمومي المعرض أكثر من غيره للفساد.

ما يلاحظ أيضا أن المادة 03 محل الدراسة حصرت قاعدة التكوين المتخصص في الموظفين العموميين دون غيرهم مع العلم أنه بالنسبة للمجالس المنتخبة والبلدية تحديدا يمكن

¹ - ما يمكن ملاحظته ميدانيا أن كثيرا من الملتقيات والأيام الدراسية المنظمة من طرف جامعات في كل قطر الوطني يحضرها غالبا موظفين في إدارة معنية بقانون الصفقات العمومية ولكن لا يمكن الجزم هل هؤلاء الموظفين معنيين فعلا بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية.

أن يمارس مهمة تحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية نواب منتخبون وليس موظفين وبالتالي كان لزاما توسيع هذه القاعدة المهمة إلى المنتخبين في المجالس المحلية البلدية.

بعد دراسة القواعد الأربعة المذكورة في المادة 03 من القانون 06-01 ورغم أهميتها كوسيلة للوقاية من الفساد إلا أنها تبقى قاصرة ومحدودة والسبب هو سطوة المال الفاسد وإغراءاته أمام موظف محتاج وقد يكون ضعيف التكوين في مجال عمله، ونظرا لذلك عمل المشرع على تكملة هذه القواعد بالنص في المادة 07 من نفس القانون على إخضاع الموظف إلى مدونة سلوك تضبط عمله في المصلحة التي يعمل بها.

الفرع الثاني: خلقنة الوظيفة العمومية

تكملة للقواعد الضابطة للمسار المهني للموظف الشاغل لوظيفة معرضة أكثر من غيرها للفساد نص المشرع في المادة 07 من القانون رقم 06-01 على ضرورة إعداد مدونات وقواعد سلوك تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزيه والملائم للوظيفة العمومية وحتى العهدة الانتخابية¹ بهدف تشجيع النزاهة والأمانة وروح المسؤولية، والملاحظ على هذه المادة ما يلي:

. **الملاحظة الأولى:** لم يبين المشرع مضمون هذه المدونة إن كانت واحدة موحدة لكل الموظفين أم هي مدونات لكل إدارة مدونة خاصة بها ولهذا يمكن اللجوء إلى الفقه لتحديد معنى ومضمون مدونة السلوك، حيث عرف البعض مضمونها كما يلي "مدونات السلوك تعني اعتماد معايير لأخلاقيات وسلوكيات العمل في إطار المؤسسات العامة والهيئات المنتخبة، تحدد للموظفين القيم الواجب مراعاتها أثناء أداء مهامهم وفي علاقاتهم بالجمهور إذ ترتبط هذه المدونة بنظام الخدمة وتتميز عن النصوص القانونية بأنها التزام أخلاقي حيث يكون الضمير أداة رقابية فعالة"²، وعليه يمكن القول أن كل إدارة وبالتنسيق مع موظفيها وكذا الشريك الاجتماعي تقوم بإعداد مدونة تضبط سلوك الموظف أو المنتخب تحدد حقوقه تجاه إدارته وتجاه الغير وتحدد واجباته تجاه الطرفين أيضا، وهي تشبه في هذا القانون الداخلي لمهنة حرة مثل مهنة المحاماة حيث إلى جانب القانون المنظمة للمهنة يوجد القانون

¹ - راجع المادة 07، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² - نادية تياب، نقلا عن مصلح عبير، النزاهة والشفافية والمسائلة في مواجهة الفساد، مرجع سابق.

الداخلي لمهنة المحاماة الذي يضبط أخلاقيات المهنة كيف يتعامل المحامي مع النقابة ومع الزملاء ومع القاضي ومع الزبون وأي إخلال بهذه الأخلاقيات يعرض المحامي للمسائلة التأديبية، وفي مجال الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية وغيرها من المجالات يمكن القول أن مدونة السلوك يمكن أن تتضمن ما يلي:

- وضوح الأنظمة والإجراءات داخل الإدارة¹.

- الالتزام بالتبليغ عن أي ممارسات غير مشروعة وفقا لقانون مكافحة الفساد مهما

كان منصب هذا الشخص.

- واجب التحفظ الذي يجب أن يتصف به الموظف خاصة داخل الهيئة التي يعمل

بها وهذا بمنع تلقي الهدايا والمكافئات مباشرة من الغير وخاصة إذا تعلق الأمر بأشخاص تتعامل معهم هذه الهيئة.

- إلتزام الموظف بتحمل المسؤولية التأديبية والجزائية في حالة ثبوت الخطأ خاصة

المشار إليه في المدونة بغض النظر عن كل خطأ يرتب المسؤولية التأديبية أو الجزائية. مع الإشارة إلى أن هذه المدونات لا تخص فقط الموظف بالمفهوم الضيق بل تمتد حتى إلى المنتخب في المجالس المحلية أي المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي وحتى المجلس الشعبي الوطني وهذا واضح من خلال نص المادة 07 من قانون مكافحة الفساد².

الملاحظة الثانية: وسع المشرع آلية المدونات إلى خارج المؤسسات الإدارية

والمنتخبة إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية مع العلم أن هذه المؤسسات لا تخضع دائما إلى قانون الصفقات.

المطلب الثاني: التصريح بالامتلاكات

آلية أخرى جاء بها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 بالمادة 04 و 05

و 06 منه وكذا المراسيم المرتبطة به، ويندرج التصريح بالامتلاكات في إطار مبدأ الشفافية المكرس في قانون الرقابة من الفساد ومكافحته وفي قانون الصفقات العمومية ما دمنا بصدد دراسة آليات الوقاية من الخطر الجزائي في الصفقات العمومية كما يندرج أيضا في إطار

¹ - ثياب نادية، مرجع سابق، ص 27.

² . المادة 07، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

تخليق الوظيفة العمومية والمهمة الانتخابية ما دام التصريح بالامتلاك يهدف الى تجسيد النزاهة والأمانة الموكلة للموظف أو المنتخب وحتى المسؤول السامي في الدولة. ولدراسة التصريح بالامتلاك نقتفي آثار المشرع وبالتالي نتناول (أولا) المعنيين بالتصريح، (ثانيا) محتوى التصريح وكيفية التصريح.

الفرع الأول: المعنيون بالتصريح بالامتلاك ومحتواه وكيفية تقديمه

في سياق تسليط الضوء على المعنيين بالخطر الجزائي في الصفقات العمومية تحديدا وفي إطار البحث عن سبل تجنب هذا الخطر المحدق نتناول المعنيين بالتصريح بامتلاكاتهم ومحتوى التصريح وكيفية تقديمه، يجب التأكيد أن هذا الإجراء لا تكون له أي فائدة إذا لم يقترن بعقوبات صارمة في حالة الإخلال به سواء في حالة تقديمه بصفة مخالفة للحقيقة أو في حالة عدم تقديمه أصلا.

أولا: المعنيون بالتصريح بامتلاكاتهم

لأن هذا الإجراء وقائي نص عليه المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وحدد المعنيين به حسب المادة 04 و06 وبالتالي يكون ملزما بإمضاء تصريح بامتلاكاته من يشغل المناصب أو الوظائف التالية:

1)المسؤولين السامين في الدولة: رئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان بغرفتيه بما فيهم رئيس كل منهما، رئيس المجلس الدستوري وأعضائه، رئيس الحكومة¹ وأعضائها أي كل الوزراء مهما كانت درجتهم وزير دولة أو وزير أو وزير منتدب، رئيس مجلس المحاسبة، محافظ بنك الجزائر، السفراء، القناصل، والولاية.²

2) الموظفون السامون غير المذكورين أعلاه: يدخل تحت هذه الطائفة الموظفون في رئاسة الجمهورية، وفي مقر الوزارة الأولى والوزارة، والأمانة العامة للحكومة، وكل وظيفة

¹ - الملاحظ أنه بعد تعديل الدستور الصادر بالقانون رقم 16-01 بتاريخ 6 مارس 2016 ونظرا لإعادة تنظيم سلطات الدولة وما ترتب على ذلك لم يعد الدستوري يعرف رئيس الحكومة بل الوزير الأول وهذا واضح في المادة 91 المحدد لمهام رئيس الجمهورية.

² . المادة 06، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

موصوفة بالسامية مهما كانت المؤسسة العمومية أو الهيئة العمومية الإدارية التي يتبعها هذا الموظف.¹

(3)القضاة: حسب صياغة الفقرة 03 المادة 06 من القانون رقم 06-01 التي جاءت بصيغة العموم فإن القاضي سواء كان من قضاة الحكم أو النيابة العامة وسواء من قضاة القضاء العادي أو الإداري معني بهذا التصريح.²

(4) الموظفون العاديون: نقول كذلك رغم أن قانون الوظيفة العمومية لا يعرف هذه التسمية وهذا فقط لتميزهم عن الموظفين السامين، ما يمكن ملاحظته كان على المشرع أن لا يفرض التزام التصريح بالامتلاكات على كل الموظفين العاديين بل فقط على الوظائف التي تكون أكثر عرضة للفساد ما دام الهدف من هذه الآلية الوقاية من الفساد وبهذا ينسجم نص المادة 04 مع المادة 03 من القانون رقم 06-01 السابق دراستها.³

(5) المنتخبون على مستوى المجالس المحلية: حسب المادة 06 القانون رقم 06-01 هم أعضاء المجلس الشعبي البلدي بما فيهم رئيسه، وأعضاء المجلس الشعبي الولائي بما فيهم رئيسه، ويكون هذا التصريح محل إعلان بمقر البلدية أو الولاية التي يمارس بها هذا المنتخب إنابته خلال شهر من التصريح، ويلاحظ أن المشرع لم يحدد مدة النشر في لوحة الإعلانات الخاصة بالبلدية أو الولاية إذ يمكن أن يبقى هذا الإعلان لمدة يوم واحد ثم ينزع دون أن يطلع عليه احد وهذا ما يجعله دون فائدة على عكس التصريح الذي بنشر في الجريدة الرسمية.

ثانيا: محتوى التصريح بالامتلاكات:

حسب المادة 05 من القانون رقم 06-01 يتضمن التصريح بالامتلاكات جردا للأموال العقارية والمنقولة التي يحوزها المكتتب سواء كان موظفا ساميا أو موظفا عاديا أو منتخبا سواء يحوزونها بصفة شخصية أو يحوزها أولاده القصر ما دام هو المسؤول عنهم

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 06-415، المؤرخ في 2006/11/22، يحدد كفايات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون رقم 06-01، ج ر، عدد 74، الصادر بتاريخ 2006/11/22.

² . المادة 3/06، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

³ . راجع المادة 20، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

وعن ذمتهم المالية حتى ولو كانت هذه الملكية على الشيوع، وسواء كانت هذه الأملاك في الجزائر أو في الخارج.

الملاحظة الأولى: المشرع استعمل عبارة "يحوزونها" ومعلوم أن هناك فرق بين الملكية والحيازة وبالتالي وحتى ينسجم النص مع "التصريح بالامتلاكات" يجب استبدال عبارة حيازة بالملكية كما يلي "يملكها المكتتب".

الملاحظة الثانية: أحال المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 05 محل الدراسة على التنظيم فيما يخص نموذج هذا التصريح وفي هذا صدر المرسوم الرئاسي رقم 06-414 المحدد لنموذج التصريح بالامتلاكات¹ وحسب المادة 03 منه يقدم التصريح في نسختين وفقا للنموذج المحدد ويتم توقيعه من طرف المصريح والمودع لديه ويحتفظ هذا الأخير بنسخة ويسلم النسخة الثانية للمصرح، وحسب المادة 05 أيضا فإن الموظف أو المنتخب يصرح بكل ما يملك سواء تعلق الأمر بعقار أو منقول ويدخل تحت بند المنقول الحساب البريدي أو البنكي سواء بالعملة الوطنية أو الأجنبية،² وسواء كانت هذه الأملاك في الوطن أو خارجه وسواء كانت ملكيتها فردية أو على الشيوع مع توسيع حكم هذه المادة إلى الامتلاكات المسجلة باسم أولاد المصريح القصر. وما يعاب على أحكام التصريح بالامتلاكات حسب القانون رقم 06-01 نقطتين مهمتين:

أ . إن أحكام المادة 05 لم تشمل الأملاك المسجلة باسم زوجة المصريح وأبنائه البالغين وإذا كان المشرع استند في هذا الحكم على قاعدة الذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين وحتى الأبناء البالغين فإن الواقع يؤكد أن كثيرا من المتحايين يلجؤون إلى تسجيل أملاكهم أو لنقل تهريب الأموال الناتجة عن الفساد بتسجيلها باسم الزوجة أو الأبناء البالغين أو القصر بصفة صورية مع بقاء ملكيتها الأصلية أو الحقيقية لهم وهذه حقيقة مؤكدة لكن القانون قاصر على الوصول إلى هؤلاء وفق الصياغة الحالية لنص المادة 05، وبالتالي أصبح لزاما على المشرع توسيع نطاق هذه المادة ومن ثمة محتوى التصريح بالامتلاكات إلى

¹ - مرسوم رئاسي رقم 06-414 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات، ج ر، عدد 74، صادر بتاريخ 2006/11/22.

² . مازال السر المهني الذي يحكم المؤسسات المالية وخاصة البنوك يعود محاولة التأكد من صحة التصريح بالامتلاكات وفي هذا الإطار، وبالتالي من الضروري العمل على إيجاد بدائل لهذا الإشكال وتكملة ذلك بتشديد العقوبة المسلطة على كل من يثبت في حقه تصريح كاذب بامتلاكاته المودعة في بنك في الخارج.

الأمالك المسجلة باسم الزوجة والأبناء البالغين إذا كان تاريخ اكتساب الملكية لاحقا لتاريخ تقلد المصرح لوظيفته.¹

ب . لإعطاء هذا التصريح مصداقية أكثر كان لزاما على المشرع إخضاعه لتحقيق إداري لاحق، حيث تتكفل إما الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أو الديوان المركزي لقمع الفساد بالتحقيق في مدى صحة محتوى التصريح وما إذا كان المصرح قد أغفل التصريح بشيء يملكه ذو قيمة سواء كان عقارا أو منقولاً في الوطن أو خارجه، ويكون هذا التحقيق الإداري إلزامي تقوم به الهيئة أو الديوان مباشرة بعد إيداع التصريح سواء لدى كل منهما أو لدى الرئيس الأول للحكمة العليا ويتوج هذا التحقيق إما بالمصادقة على صحة التصريح أو إحالة المصرح على العدالة في حالة التصريح الكاذب أو المخالف للحقيقة وهذا الحكم منصوص عليه في المادة 36 من القانون رقم 06-01 حيث يعاقب القانون كل من يمتنع عمدا عن التصريح بممتلكاته أو يقوم بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ أو أدلى عمدا بملاحظات خاطئة.²

إن سكوت القانون على كيفية التحري حول هذه التصاريح يجعلنا نعتقد أن الأمر محكوم بالأحكام العامة في القانون حيث تقوم النيابة لسبب ما بالتحري وتحريك الدعوى العمومية لتطبيق المادة 36 من قانون الفساد ولكن الواقع يؤكد أنه لم يحدث وأن قامت النيابة بهذا الإجراء نظرا لعدة اعتبارات من بينها الوظيفة التي يشغلها المصرح وهذا يدعم الاقتراح السابق المتمثل في منح اختصاص التحقيق الإداري في التصاريح الملكية للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد أو الديوان المركزي لقمع الفساد مع جعله إجراء إلزامي.

ثالثا: كفيات التصريح بالممتلكات:

حددت المادة 04 و 06 من القانون رقم 06-01 كفيات التصريح بالممتلكات من حيث الوقت الذي يقدم فيه هذا التصريح، حسب المادة 04 هناك ثلاثة حالات أو مراحل يوقع فيها الموظف أو المنتخب تصريحا بممتلكاته، ويبدو أن هذه الحالات تنطبق على كل موظف أو منتخب مهما كانت وظيفته أو المجلس المنتخب الذي يتبعه كما يلي:

(1) التصريح الأول:

¹ . يكون هذا عند تجديد التصريح حسب المادة 04، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² - راجع المادة 36 من القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

يقدم الموظف أو المنتخب التصريح الأول بممتلكاته خلال الشهر الذي يعقب تاريخ تنصيبه في الوظيفة أو بداية عهده الانتخابية،¹ ويبدو أن المشرع لم يوفق عندما عمم هذا الإجراء على كل الموظفين فلا يعقل بل لا جدوى من أن يصرح الموظف البسيط بممتلكاته لأنه قد لا يجد أصلا ما يصرح به لعدم امتلاكه أي شيء باسمه وقد يكون ما يملكه زهيد بلا قيمة مما يجعل التصاريح تتهاطل على الجهة المصرح لديها من جهة ومن جهة أخرى يجعل هذه التصاريح بلا قيمة أو فعالية ولن تتمكن الجهة المصرح لديها من دراسة كل هذه التصاريح ومن شأن هذا التعميم إفراغ هذه الآلية التي وضعت للوقاية من الفساد من محتواها ومن فعاليتها، كان الأجدر على المشرع أن يصنف الوظائف المعنية بهذا الإجراء سواء بكونها وظائف سامية أو لها علاقة بالمال العام أو تكون معرضة أكثر من غيرها من الوظائف إلى خطر الفساد كما هو عليه الحال في مجال الصفقات العمومية، أما بالنسبة للمنتخب فإن المشرع حسن فعل عندما عمم الإجراء على كل المنتخبين سواء في المجالس المحلية أو المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة في الثلثين المنتخبين.

والتساؤل المطروح هو ما مصير الموظف أو المنتخب الذي لا يصرح بممتلكاته بعد فوات ميعاد الشهر المنصوص عليه في المادة 04 هل يتابع جزائيا مباشرة أم كيف يتم التعامل معه. المادة 04 لم تقدم لنا أي إجابة صريحة في هذا الباب ولكن قراءة المادة 36 من نفس القانون تتركنا نفق على إجراء يسبق أي متابعة الأمر يتعلق بتذكير الموظف أو المنتخب الممتنع عن تقديم تصريح بممتلكاته وبعد مضي شهرين من تذكيره بالطرق القانونية وبقاء هذا التذكير دون رد يمكن متابعة هذا الموظف أو المنتخب بأحكام المادة 36 التي تنثير عدة تساؤلات عند قراءتها ما هي الجهة التي تقوم بتذكير الممتنع عن التصريح مع العلم أن هناك جهتين يتم التصريح أمامها الرئيس الأول للمحكمة العليا والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وفي حالة عدم الرد على التذكير هل يحول هذا التذكير على النيابة مباشرة أم عن طريق وزير العدل مع العلم أنه يمكن أن يشغل الموظف المعني منصبا نوعيا أو يكون منتخبا متمتع بالحصانة البرلمانية كان على المشرع ولإعطاء مصداقية وفعالية لهذا الإجراء أن ينص على كل هذه التفاصيل. إن هذا الغموض الذي يكتنف سواء المادة 04 التي فرضت الإجراء على كل الموظفين وكذا سكوت المادة 36 على

¹ . حسب المادة 04، المرجع نفسه.

الإجراءات اللاحقة للتذكير يجعلنا نميل إلى أن المشرع أراد من وراء فرض التصريح بالامتلاك الانسجام مع اتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد بواسطة إجراء شكلي أكثر منه موضوعي، فيكفي لتميع إجراء معين إحاطته بالكثير من الغموض وحتى التناقض.¹

(2) تجديد التصريح:

يجدد الموظف أو المنتخب تصريحه بعد كل زيادة معتبرة في ذمته المالية حسب المادة 04 من القانون رقم 06 . 01. الملاحظ على هذا الإجراء أن المشرع لم يحدد بدقة متى يتم تجديد التصريح فعبارة "زيادة معتبرة" ليست بالقاعدة لأن ما يمكن اعتباره معتبرا لدى شخص قد لا يوصف كذلك عند شخص آخر، كما أن المادة لم تبين كيف يتم تجديد التصريح فعبارة "بنفس الكيفيات التي تم بها التصريح الأول" قد يفهم منها إجراءات التصريح دون التقيد بشرط المدة المحدد بشهر لأن بداية حساب مدة شهر يكون من تاريخ التنصيب أو بداية العهدة ولا يمكن أن نقول أن بداية حساب الشهر يكون من تاريخ ملكية الشيء المصرح به لأن فرق شاسع بين الحالتين، ومن جهة أخرى هل الموظف أو المنتخب الممتنع عن تجديد تصريحه يخضع بالضرورة لأحكام المادة 36 من نفس القانون رقم 06-01، صياغة هذه الأخيرة لا يوحي بذلك فيبدو أنها تتعلق فقط بالتصريح الأول.

مرة أخرى نقول أن غموض يكتنف هذا الإجراء التجديدي، ويمكن أن نفهم هذا في سياق تميع هذا الإجراء وإفراغه من أي فعالية تذكر للوقاية من الفساد.

(3) التصريح النهائي:

نص المشرع في المادة 04 فقرة أخيرة قانون 06-01 على التصريح بالامتلاك عند نهاية العهدة الانتخابية أو عند انتهاء الخدمة² وما يلاحظ أن المشرع لم يقيد هذا التصريح بمدة كما هو عليه الحال في التصريح الأول الذي يكون خلال شهر، كما أن المشرع لم يبين المغزى من هذا التصريح النهائي صراحة ولكن المؤكد أن الغرض منه هو الوقوف على الزيادة التي طرأت على الذمة المالية للمصرح بعد انتهاء عهده أو وظيفته أما الإجراءات

¹ . نقول كذلك لأن المسار الذي يمر به أي قانون خاصة إذا كان تشريعي من وزارة العدل مثلا وما فيها من خبراء متخصصين في المجال القانوني والتشريعي إلى الأمانة العامة للحكومة وما فيها من خبراء متخصصين في دراسة وصياغة القوانين إلى مجلس الدولة وما فيه من خبراء وقضاة متخصصين إلى البرلمان بغرفتيه، ورغم ذلك يمر هذا القانون وغيره بتناقضاته ونقائصه المذكورة وغير المذكورة.

² - المادة 4/04، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

المتخذة بعد تقديمه فهي غير واضحة، وإذا كان الأمر كذلك فإن عدم النص على مدة يجب على الموظف المنتهية خدمته أو المنتخب المنتهية عهده أن يقدم خلالها تصريحه النهائي بممتلكاته يفقد هذا التصريح الفعالية المرجوة منه مع العلم أنه يتوج التصريحين السابقين ويفترض أن يكون وسيلة فعالة للوقاية من الفساد، فغالبا ما نرى أن هذا الموظف أو المنتخب ينهي مساره الوظيفي أو عهده بتضخم واضح في ذمته المالية والكل يتساءل من أين له هذا، التحقيق الإداري في تصريحه النهائي كفيل برفع اللبس عنه وعن ذمته المالية وهذا أنفع له إذا كان من أصحاب الأيادي النظيفة وللمال العام إذا كان غير ذلك.

الفرع الثاني: الجهة المصرح أمامها

حسب المادة 06 من القانون رقم 06-01 نميز بين هئتين يقدم أمامها التصريح بالممتلكات وهي الرئيس الأول للمحكمة العليا والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته. يستلم الرئيس الأول للمحكمة العليا التصريح مباشرة من المعني بالأمر أما الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته فإنها تستلم التصريح من المصرح مباشرة أو عن طريق السلطة السلمية للموظف.

أولا: التصريح أمام المحكمة العليا مباشرة

يصرح كل من رئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، رئيس المجلس الدستوري وأعضائه رئيس الحكومة -الوزير الأول-¹ وأعضاء الحكومة، رئيس مجلس المحاسبة، محافظ بنك الجزائر السفراء، القناصل، الولاة، القضاة، أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا خلال الشهرين المواليين لتاريخ الانتخاب أو التعيين، وينشر محتوى التصريح في الجريدة الرسمية خلال شهرين من تسلم المهام بالنسبة للموظفين السامين ومن تاريخ انتخاب أعضاء البرلمان.²

يلاحظ أن هذه التصاريح تكون بصفة مباشرة أمام رئيس المحكمة العليا دون المرور على أي هيئة أخرى كون هذه المناصب توصف بالسامية، أما بالنسبة لرئيس المحكمة العليا بصفته قاض فإن المادة المذكورة لم توضح كيف وأمام من يمضي التصريح بممتلكاته ويبدو

¹ - بعد تعديل دستور 1996 بالقانون رقم 16-01 بتاريخ 6 مارس 2016 تم استبدال تسمية رئيس الحكومة بالوزير الأول تبعا لتقليص مهامه وهذا واضح في المادة 91 منه.

² . المادة 1/6، القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

غريبا أن يصرح أمام نفسه وعليه كان بإمكان أن ينص المشرع على تصريح هذا الأخير بملكاته أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

ثانيا: التصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

يفرق المشرع بين فئتين من المصريحين هناك من يصرح مباشرة أمام الهيئة وهم المذكورون في المادة 2/6 من القانون رقم 01-06 رؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أي المجلس الشعبي الولائي ورئيسه والمجلس الشعبي البلدي ورئيسه، وفئة أخرى هم الموظفون غير المذكورون في الفقرة 01 المادة 06 من القانون 01-06 وهؤلاء يصرحون أمام السلطة الوصية خلال أجل شهر من تاريخ التنصيب ثم تقوم السلطة الوصية بإيداع هذه التصاريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مقابل وصل خلال "آجال معقولة" حسب المرسوم الرئاسي رقم 06-415¹.

لم يحدد المشرع بدقة أجل إيداع هذه التصاريح لدى الهيئة فعبارة آجال معقولة غير دقيقة، ومن جهة أخرى يبدو أن الفئة التي تصرح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته هي المعنية أكثر من غيرها بالخطر الجزائي في الصفقات العمومية وبالفساد بصفة عامة، كان من الأجدر تنظيم آلية التصريح بالملكات بأكثر دقة ووضوح وكان من الأجدر أيضا النص بوضوح على إخضاع هذه التصاريح كما قلنا سابقا إلى تحقيق إداري أولي إجباري تقوم به الهيئة للتأكد من صحة التصريح الأولى، وكذلك الأمر بالنسبة لتجديد التصريح والتصريح النهائي والنص بصفة إلزامية على إحالة كل من خالف أحكام المادة 36 من القانون رقم 01-06 على النيابة العامة التي تحرك الدعوى العمومية وتحيل بدورها المخالف على القضاء² حتى نجعل من التصريح بالملكات آلية حقيقية وفعالة للوقاية من الفساد ومكافحته.

وفي غياب هذه الأحكام يمكن القول مرة أخرى أن التصريح بالملكات أضحي إجراء شكلي فقط بل إنه قد يتحول إلى وسيلة للابتزاز والتأثير على الموظف النزيه والمنتخب

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 06-415 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، المحدد لكيفيات التصريح بالملكات بالنسبة للموظفين

العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 6، ج ر، عدد 74 صادر بتاريخ 2006/11/22

² - نشير إلى أن المادة 36 من القانون رقم 01-06 تعاقب كل موظف عمومي لم يلتزم بالتصريح بملكاته أو قدم تصريحاً كاذباً بملكاته بالحبس من ستة (06) أشهر إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج وبالتالي اعتبر المشرع هذه الجريمة جنحة في صورتين الأولى سلبية والثانية إيجابية.

المسؤول كلما هدد مصالح الفاسدين أو رفض السير في مخطط هؤلاء بعدم منحهم صفقة أو عدم التأشير على صفقة أو التستر على تنفيذ الصفقة المخالف لدفتنر الشروط وهذا أخطر مرحلة يمكن أن يصل إليها الفساد في مجال الصفقات العمومية تحديداً.

الفصل الثاني

الرقابة المالية على الصفقات العمومية

الفصل الثاني: الرقابة المالية على الصفقات العمومية

بعد الرقابة الداخلية على الصفقة العمومية تخضع هذه الأخيرة لرقابة ذات طابع مالي تمارسها هيئات تدقق في كل الجوانب المالية بصفة عامة وتلك المتعلقة بمنح التأشير كونها رقابة إلزامية وإلا كانت إجراءات إبرام الصفقة العمومية باطلة، وتفعيل هذه الرقابة من شأنه تجنب الفاعلين في المجال خطرا جزائيا محدقا، وفي هذا الإطار يمكن لهيئة الرقابة ذات الطابع المالي اكتشاف مخالفة ذات طابع جزائي إن لم يتم التراجع عنها في الوقت المناسب، كما يمكن أن تكون هذه المخالفات غير مقصودة وبالتالي تداركها في الوقت المناسب يجنب الموظف العمومي وحتى المتعاقد معه خطر المتابعة الجزائية.

يمكن أن نفرق في هذا الإطار بين رقابة مالية قبلية يمارسها موظفون داخل الإدارة أو الهيئة نفسها أو موظفون مستقلون عن هذه الإدارة، ورقابة بعدية تمارسها جهة ذات طابع قضائي هي مجلس المحاسبة، ورقابة أخرى تمارسها هيئة غير قضائية هي المفتشية العامة للمالية وتستكمل هذه الرقابة برقابة يمكن وصفها بالتكميلية تمارسها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و الديوان المركزي لقمع الفساد، وعليه نناقش هذا النوع من الرقابة في جزئين، (أولا) تفعيل الرقابة المالية قبلية على الصفقات العمومية، (ثانيا) تفعيل كل من الرقابة المالية البعدية والرقابة المالية ذات الطابع الاستشاري والقضائي.

المبحث الأول: تفعيل الرقابة المالية القبلية على الصفقات العمومية لتجنب الخطر

الجزائي

توصف هذه الرقابة بأنها رقابة مسبقة ذات طابع وقائي لأن القائم بها يتأكد من وجود الاعتمادات المالية لتنفيذ الصفقة وكفايتها ومطابقة هذه الصفقة مع القواعد القانونية ذات الطابع المالي أو التي لها علاقة بالنفقات العمومية،¹ وندرسها في هذا المقام من قبيل آلية مقترحة لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية لأن اكتشاف خروقات للقانون على هذا المستوى وإن كانت ذات طابع جزائي أي معاقب عليها جزائياً قد يمكن الموظف من تجنب المتابعة الجزائية إن هو صحح هذه الإختلالات في الوقت المناسب قبل وصول الملف الى النيابة نقول كذلك على الأقل متوسمين حسن نية الموظف والمتعاقد معه، ويتولى هذه الرقابة على الصفقات العمومية الأمر بالصرف (أولاً) والمراقب المالي (ثانياً) والمحاسب العمومي (ثالثاً).

المطلب الأول: الرقابة المالية للأمر بالصرف

الأمر بالصرف هو مدير أو مسير الهيئة الإدارية أو الإدارة العمومية لا ينتمي إلى سلك متخصص أو مستقل بل هو ذلك المسؤول على الإدارة العمومية المتمتع بصلاحيات إدارية وصلاحيات أخرى ذات طابع مالي فأصبح أمراً بالصرف في إدارته هذا بصفة عامة، ولكن قد لا يعترف المشرع للمدير أو لمسير الإدارة العمومية بصفة الأمر بالصرف حيث يوكل هذه المهمة لشخص آخر.² المشرع عرف الأمر بالصرف حسب الوظائف التي يقوم بها وهذا بالقانون رقم 90-21 ولكن الفقه حاول تعريفه بصفة عامة فيعرفه البعض كما يلي "كل شخص مؤهل لإثبات دين أو حق لهيئة عمومية وتصفيته والأمر بتحصيله وإنشاء دين على هذه الهيئة وتصفيته والأمر بدفعه"³.

¹ - نادية تياب، المرجع السابق، ص 160.

² - محمد مسعي، المحاسبة العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص 28.

³ - القانون رقم 90-21، المؤرخ في 15 أوت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر، عدد 35، لسنة 1990.

وبصنف القانون الأمر بالصرف إلى أصناف ثلاثة على الأقل أما بالنسبة لمهامه الرقابية المالية على الصفقات العمومية التي هي محور دراستنا فقد أجملها قانون الصفقات العمومية في الإمضاء على الصفقة ومنح التأشير حتى تدخل حيز النفاذ.

الفرع الأول: تصنيف الأمرين بالصرف

لا نناقش هذا التصنيف في حد ذاته يهمننا اختصاص كل صنف بالرقابة المالية القبلية على الصفقات العمومية وحسب المادة 25 من القانون رقم 90-21 فهم كما يلي "يكون الأمر بالصرف إما ابتدائيين وإما أمرين بالصرف ثانويين"¹ يضاف إليهم الأمر بالصرف الوحيد حسب قانون الولاية.

أولاً: الأمر بالصرف الابتدائي أو الرئيسي

حسب القانون رقم 90-21 يعبر عليهم بالأمرين بالصرف الابتدائيين² وحسب المرسوم التنفيذي رقم 91-313 المتعلق بإجراءات المحاسبة العمومية³ يعبر عليهم بالأمرين بالصرف الرئيسيين أو الابتدائيين وعليه نقول أن المشرع لم يستقر على تسمية واحدة لهذا الصنف من الأمرين بالصرف، أما فيما يخص تعريف الأمر بالصرف الابتدائي فإن قانون المحاسبة العمومية رقم 90-21 حددت هؤلاء على سبيل الحصر، ويفهم من هذا أن الأمر بالصرف الابتدائي أو الرئيسي هو كل موظف تخصص له مباشرة الاعتمادات المالية المرخص بها في الميزانية حسب المادة 26 منه⁴ وهم:

- المسؤولون المكلفون بالتسيير المالي للمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ومجلس المحاسبة.
- الولاية عندما يتصرفون لحساب ولاياتهم.
- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.
- مسؤولو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المسؤولون على مصالح الدولة المستفيدة من ميزانية ملحقة.

¹ . المادة 25، القانون رقم 90-21، المرجع السابق.

² . المادة 27، المرجع نفسه.

³ . المرسوم التنفيذي رقم 91-313، المؤرخ في 07/09/1991، المتعلق بإجراءات المحاسبة العمومية التي يمكها الأمر بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفيةها ومحتواها، ج ر، عدد 43، لسنة 1991.

⁴ . المادة 26، القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

- كل مسؤول يمنح له القانون صلاحية الأمر بالصرف حسب قانون المحاسبة العمومية.

ثانيا: الأمر بالصرف الثانوي

هو كل من يفوض له الأمر بالصرف الرئيسي اعتمادات يتولى صرفها، وحسب قانون المحاسبة العمومية رقم 90-21 الأمرين بالصرف الثانويين هم رؤساء مصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولايات¹ وتعيين مسؤول عن المصلحة غير المركزية يتبعه تفويض صلاحيات الأمر بصرف الاعتمادات المفوضة من الأمر بالصرف الرئيسي إلى الأمر بالصرف الثانوي إذا كان هذا التفويض ضروري، وعليه نقول أن صلاحيات الأمر بالصرف الثانوي هي تفويض سلطات عن الأمر بالصرف الرئيسي إلى أمر بالصرف الثانوي على المستوى المحلي عندما تستدعي الضرورة هذا التفويض ولا يكون لشخص المسؤول المحلي بل بصفته مسؤولا في وظيفة نص عليها القانون وتبعا لذلك يمارس المفوض كل سلطات الرقابة على المفوض له².

ثالثا: الأمر بالصرف الوحيد

يعترف المشرع بهذه الصفة للوالي بصفته ممثلا للحكومة وليس بصفته ممثلا للولاية التي يرأسها لأنه في هذه الحالة الثانية يكون أمرا بالصرف رئيسي، وعليه عندما يكون الوالي مكلفا بتسيير ميزانية الدولة الخاصة بكل قطاع على مستوى ولايته يوصف بالأمر بالصرف الوحيد ويبدو هذا من خلال المادة 121 من قانون الولاية رقم 07-12 كما يلي "الوالي هو الأمر بصرف ميزانية الدولة للتجهيز المخصصة له بالنسبة لكل البرامج المقررة لصالح تنمية الولاية"³.

الفرع الثاني: دور الأمر بالصرف في الرقابة على الصفقات العمومية

حددت المادة 06 من قانون الصفقات رقم 15-247 الأشخاص المعنوية المعنية بقانون الصفقات العمومية وحددت المادة 04 من نفس القانون الأشخاص المسؤولين عن

¹- راجع المادة 27، القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

²- محمد مسعي، مرجع سابق، ص ص، 28-29.

³- القانون رقم 07-12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج ر، عدد 12، صادر بتاريخ 2012/02/29.

التأشير على الصفقة العمومية والذين يشترط القانون موافقتهم حتى تصبح الصفقة نافذة ونهائية، وقد تم تحديدهم على سبيل الحصر كما يلي:

- يؤشر ويوافق الوزير على الصفقات التي تبرمها وزارته بصفتها ممثلة للدولة.
 - يؤشر ويوافق الوالي على الصفقات التي تبرمها الولاية التي يترأسها.
 - يؤشر ويوافق رئيس المجلس الشعبي البلدي على الصفقات التي تبرمها البلدية.
 - يؤشر ويوافق مسؤول الهيئة العمومية أو مدير المؤسسة العمومية على الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
 - يؤشر ويوافق المدير العام على الصفقات التي تبرمها مؤسسته العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية¹.
- إن موافقة الأشخاص المذكورين في المادة 04 من المرسوم 15-247 على الصفقات العمومية المبرمة على مستوى الهيئات التي يرأسونها يكون بطبيعة الحال بعد دراستها من كل النواحي ولاسيما من الناحية المالية باعتبارهم أمراء بالصرف، يمكن اعتبار هذه الرقابة المالية مرحلة ثانية من الرقابة بعد الرقابة الداخلية التي تقوم بها لجان الصفقات العمومية. وتحديد الأشخاص المعنيين بالتأشير على الصفقات العمومية هو في الحقيقة من قبل تحديد المسؤول عن الصفقة وبالتالي المسؤول على تحمل الخطر الجزائي في حالة إبرام صفقة بصفة مخالفة لقانون مكافحة الفساد رقم 06-01 بحيث يكون هذا المسؤول الذي وافق على الصفقة أحد الأشخاص المرتكبين للركن المادي لجريمة من جرائم الصفقات العمومية، وعليه ونظراً للخطر الجزائي الذي يحوم حول هذا المسؤول فإنه مطالب بالحيطه والحذر ودراسة الصفقة بتمعن من كل الجوانب ولاسيما من الجوانب المالية قبل وضع إمضائه وهذا أحد أوجه أهمية وفعالية رقابة الأمر بالصرف على الصفقات العمومية.

¹ - حسب المادة 04، مرسوم 15-247 يجوز لصاحب اختصاص الموافقة على الصفقة أن يفوض سلطته هذه إلى مسؤول آخر

المطلب الثاني: الرقابة المالية للمراقب المالي والمحاسب العمومي

نتناول رقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي مجتمعين لأنهما وعلى خلاف الأمر بالصرف يتبعان الوزير المكلف بالمالية، يمارس كل منهما الرقابة المالية القبلية على الصفقات العمومية في نطاق حدده القانون، فبعد التأشير على الصفقة من قبل الأمر بالصرف على مستوى المصلحة المتعاقدة تحول هذه الأخيرة على المراقب المالي الذي يمارس اختصاصه الرقابي وفي حالة الموافقة المتوجة بتأشيرة صادرة عنه يحول ملف الصفقة على المحاسب العمومي الذي يفرض رقابته المتوجة بصرف قيمتها لفائدة المتعاقد معه. ومرة أخرى نقول أننا نتناول هذا النوع من الرقابة المالية من منطلق تكريسها كآلية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية ليس إلا ونحاول بالتالي الوقوف على مدى قابليتها لتحقيق هذا الهدف، وعليه سوف نركز على طبيعة الرقابة التي يمارسها كل منهما على الصفقات العمومية ومدى تأثيرها بقرار التغاضي وقرار التسخيرة الصادرين عن الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة محل الرقابة وبهذا يمكن الحكم على مدى تحقيق هذه الرقابة للهدف المرجو.

الفرع الأول: الرقابة المالية للمراقب المالي على الصفقات العمومية

المراقب المالي موظف تابع لوزارة المالية يخضع في مهمته للمرسوم التنفيذي رقم 334-90 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية¹يساعده في هذه المهمة مراقبين ماليين مساعدين حسب المادة 03 من المرسوم المذكور، متواجد في كل ولاية يقوم بمراقبة النفقات العمومية ومن بينها بطبيعة الحال الإنفاق عن طريق الصفقات العمومية.

التساؤلات المطروحة فيما يخص رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية يمكن إجمالها فيما يلي، ما هي طبيعة رقابة المراقب المالي على الصفقات، هل هي رقابة مالية بحتة أم رقابة تتعدى إلى رقابة المشروعية وما هو نطاق هذه الرقابة بالنظر إلى الأشخاص المعنية بقانون الصفقات العمومية حسب المادة 06 المرسوم رقم 15-247، وكيف نقرأ قرار

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 334-90، المؤرخ في 1990/10/27، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، ج ر، عدد 46، لسنة 1990.

التغاضي الذي يصدره الأمر بالصرف في سياق سلطات المراقب المالي على الصفقات العمومية.

أولاً: طبيعة رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية ونطاقها

نتساءل حول طبيعة هذه الرقابة هل هي ذات طابع مالي أم يمكن أن يتعدى المراقب المالي ذلك إلى رقابة مشروعية الصفقة، أي هل أبرمت وفق القانون ولاسيما قانون الصفقات الساري أم أن المصلحة المتعاقدة خالفت نصوص هذا القانون، وموقف لجان المراقبة وكذا الأمر بالصرف من هذه الإجراءات، ومن جهة ثانية قراءة القانون المنظم لاختصاص المراقب المالي مع قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم رقم 15-247 يمكننا من تحديد نطاق رقابة المراقب المالي على المال العام بصفة عامة وعلى الأشخاص الخاضعين لقانون الصفقات العمومية على الخصوص.

1) طبيعة رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية:

ندرس هذه الجزئية انطلاقاً من المادة 196 قانون الصفقات العمومية الساري التي تنص على ما يلي "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجبارياً التأشيرة، وتقرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية، وفي حالة معاينة عدم المطابقة لأحكام تشريعية تتعلق بالصفقات العمومية فإنه يجب على المراقب المالي والمحاسب المكلف فقط أن يعلما كتابياً لجنة الصفقات العمومية..."¹.

ما يمكن ملاحظته حول هذا النص أن المصلحة المتعاقدة مجبرة على الحصول على تأشيرة لجان الصفقات العمومية وتكون لهذه التأشيرة قوة إلزامية في مواجهة المراقب المالي ويستثنى من هذه القوة الملزمة حالة إبرام صفقة بصفة مخالفة للتشريع، ويبدو أن هذه الحالة لا تتعلق فقط بالصفقات بل يتعدى ذلك إلى الملاحق وحتى إلى طلبات. أما حسب الفقرة الثانية فإن المشرع خص الصفقات العمومية فقط بحكم خاص مفاده أنه في حالة معاينة المراقب المالي أن الصفقة أبرمت بصفة مخالفة للتشريع فإن عليه "فقط" أن يعلم كتابياً لجنة الصفقات المختصة أي رغم تعلق الأمر بمخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية إلا أن المراقب المالي لا يملك إلا إعلام لجنة الصفقات وليست له أي سلطة أخرى كسلطة

¹ - راجع المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

إلغاء الصفقة مثلا وهذا ما يدل على أن المراقب المالي لا يملك رقابة المشروعية التي تبقى حكرا على القضاء الإداري، فرغم وقوف المراقب المالي على عدم مشروعية الصفقة إلا أن قانون الصفقات قيد سلطته بمجرد إعلام لجان المراقبة، أكثر من هذا يجب أن نشير إلى أن قانون الصفقات رقم 15-247 صدر بموجب مرسوم رئاسي وهذا يندرج تحت سلطة التنظيم وليس التشريع مع العلم أن المادة 196 محل الدراسة تنص على مخالفة للتشريع وليس التنظيم، وبالتالي التفسير الضيق لهذا النص يدفعنا إلى القول أن مخالفة الصفقة أو الملحق لقانون الصفقات لا يعطي للمراقب المالي أي سلطة رقابة بما فيها إعلام لجنة الصفقات.

ما يعطي للمراقب المالي سلطة الرقابة على الصفقات العمومية المادة 58 من قانون المحاسبة العمومية¹ التي تعترف له بسلطة الرقابة المالية فقط حيث يتأكد من مدى توفر الاعتمادات المالية ومن صحة النفقات. أما المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414² المعدل والمتمم فإنها تثير الانتباه وتطرح إشكالية مدى تعارض هذا المرسوم التنفيذي مع قانون المحاسبة العمومية رقم 90-21 فمن بين المهام المعترف بها للمراقب المالي ما ورد في البند الثاني الذي وسع من مهامه إلى مهمة مراقبة مطابقة التصرف محل المراقبة للقوانين والتنظيمات فهل يمكن أن نفسر هذا على أنه امتداد لسلطة المراقب المالي إلى مراقبة المشروعية مع العلم أن المادة 09 حددت سلطات المراقب المالي كما يلي:

- التأكد من توفر صفة الأمر بالصرف.

- المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بها، والملاحظ أن الصياغة جاءت واسعة فهل تعني إجراءات إبرام الصفقات العمومية أو بصفة عامة هل هذا يعني أن المراقب المالي يراقب مدى مطابقة الصفقة العمومية للتشريع والتنظيم الساري وفي هذه النقطة بالذات يمكن أن نسجل استثناء على رقابة المراقب المالي من حيث طبيعتها حيث يمكن اعتبارها رقابة مشروعية كاستثناء على القاعدة.³

¹ - راجع المادة 58 من القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

² - المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي تلزم بها، ج ر، عدد 82 الصادر بتاريخ 15/11/1992، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج ر، عدد 67، صادر بتاريخ 19/11/2009.

³ . يظهر هذا الاستثناء أيضا عند دراسة القرار المؤقت والقرار النهائي برفض منح التأشيرة الصادر عن المراقب المالي، راجع لاحقا عنوان حالة رفض المراقب المالي منح التأشيرة.

- يراقب مدى توفر الاعتمادات المالية الضرورية لتنفيذ الصفقة.
 - التخصيص القانوني للنفقة، حيث لا يقتصر دور المراقب المالي في مراقبة مدى وجود اعتمادات مالية لتنفيذ الصفقة كما هو مبين بالبند السابق بل يتعدى ذلك إلى مدى تخصيص هذه المبالغ للصفقة محل الإبرام والمراقبة.
 - التحقق من مدى مطابقة المستندات المرفقة مع البيانات الواردة في ورقة الالتزام.
 - التأكد من وجود تأشيرة لجان الصفقات المختصة.¹
- ورغم امتداد رقابة المراقب المالي إلى النظر في مدى مطابقة الصفقة للقوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية إلا أن هذه السلطة لا تجعل من المراقب المالي رقيب على المشروعية بالمفهوم الضيق وهذا لسببين:
- السبب الأول أن رقابة المشروعية تستهدف إعدام القرار محل المراقبة وبهذا الشكل هي حكر على القاضي الإداري ولا يمكن للمراقب المالي أن يملك هذه السلطة، فإذا توصل إلى أن الصفقة أبرمت بصفة مخالفة لقانون الصفقات ليس له سلطة إلغاء هذه الأخيرة بل فقط يعلم لجنة الصفقات والمصلحة المتعاقدة التي لها أن تصحح الاختلالات المسجلة.
 - السبب الثاني إمكانية تجاوز رفض المراقب المالي التأشير على الصفقة من قبل الأمر بالصرف وتحويلها إلى المحاسب العمومي لصرف مبلغها، فإذا كانت رقابة المراقب المالي أكثر من رقابة مالية أي رقابة مشروعية لما منح القانون للأمر بالصرف سلطة تجاوز المراقب المالي المنطق يقول أن الصفقة يجب أن تلغى وليس دخولها حيز النفاذ رغم عدم مشروعيتها. إذن سلطة المراقب المالي تتمحور فقط حول الجوانب المالية للصفقة بل إنها تمارس من قبيل تحديد المسؤوليات في المجال المالي ومن بينها المسؤولية الجزائية، فالمراقب المالي يخلي مسؤوليته في هذا المجال إذا رأى أن الصفقة تتضمن مخالفة مالية وتبقى المصلحة المتعاقدة حرة في الاستجابة لرقابته أم لا وفي حالة الإجابة بالسلب يتحمل الأمر بالصرف كل المسؤولية كما سوف نرى لاحقاً، ونظراً لسيادة الطابع المالي على الطابع التنظيمي من حيث الطبيعة القانونية لهذه الرقابة تناولنا هذه الأخيرة من البداية تحت عنوان يؤكد هذا الطابع.

¹ . المادة 09، المرسوم التنفيذي رقم 92- 414، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2) نطاق الرقابة المالية للمراقب المالي على الصفقات العمومية:

قراءة القانون المنظم لاختصاص المراقب المالي مع قانون الصفقات العمومية رقم 15-247 يمكننا من تحديد نطاق هذه الرقابة على المال العام بصفة عامة وعلى الأشخاص الخاضعين لقانون الصفقات العمومية تحديداً.

بعد إقدام المشرع على تعديل المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلزم بها بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 بتاريخ 2009/11/16 أصبح نطاق رقابة المراقب المالي واسعة فقرة المادة 02 و02 مكرر من المرسوم المذكور¹ يجعلنا نقف على أن كل الأشخاص المعنية بقانون الصفقات العمومية حسب المادة 06 مرسوم 15-247 معنية برقابة المراقب المالي²، فحسب المادة 02 تخضع لرقابة المراقب المالي ميزانية المؤسسات والإدارات التابعة للدولة والميزانيات الملحقة والحسابات الخاصة للخزينة وميزانيات الولايات وميزانيات البلديات وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وحسب المادة 02 مكرر وسع المشرع نطاق هذه الرقابة إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية والصناعية والتجارية عندما تكلف بإنجاز عمليات ممولة من ميزانية الدولة، وعليه كل الصفقات التي تبرمها الأشخاص المذكورة في المادة 06 من المرسوم رقم 15-247 تخضع لرقابة المراقب المالي³.

ثانياً: قرار التغاضي وسلطات المراقب المالي

تتمحور هذه الإشكالية بين مضمون سلطات الرقابة المالية للمراقب المالي ومدى إلزامية قراراته في مواجهة المصلحة المتعاقدة والاعتراف في نفس الوقت لهذه الأخيرة بإصدار قرار يتجاوز امتناع المراقب المالي على منح تأشيرته وهذا بإصدار المصلحة المتعاقدة لقرار التغاضي

من حيث سلطات المراقب المالي أثناء مراقبته للصفقات العمومية والتي تمثل الشق الأول من الإشكالية فبعد تعديل المشرع للمرسوم التنفيذي رقم 92-414 بالمرسوم التنفيذي

¹ - راجع المادة 02 و02 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدلة بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، مرجع سابق.

² - راجع المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ - مع العلم أنه في ظل المرسوم التنفيذي رقم 09-374 لم تكن صفقات البلدية خاضعة لرقابة المراقب المالي، كانت تمر فقط على القابض البلدي أي مجرد رقابة ذاتية.

رقم 09-374 أصبح مضمون أو مجال مراقبة المراقب المالي واسعة امتدت إلى نفقات التسيير والتجهيز والاستثمار حسب المادة 06 من نفس المرسوم كما يلي "تخضع لتأشيرة المراقب المالي أيضا الالتزامات بنفقات التسيير والتجهيز أو الاستثمار"¹، أما المادة 07 من نفس المرسوم فنصت على ما يلي "تخضع فضلا عن ذلك لتأشيرة المراقب المالي كل التزام مدعم بسند الطلب أو الفاتورة الشكلية عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المحدد لإبرام الصفقات العمومية..."، أي أن المراقب المالي يراقب ماليا حتى سندات الطلب والفواتير عندما لا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقة نظرا لعدم وصول المبلغ إلى الحد المبين في المادة 13 من المرسوم رقم 15-247 أما المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدلة بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 فقد جاءت بتطور لافقت في مجال السلطات الرقابية للمراقب المالي حيث أصبحت هذه الرقابة تفرض على مشاريع الصفقات العمومية والملاحق أي قبل دخولها بطبيعة الحال قيد النفاذ، كما أنه ولأهمية الملحق وباعتباره أحد بؤر الفساد في الصفقات العمومية امتدت يد المراقب المالي إلى هذا الإجراء الذي غالبا ما يتضمن أشغالا إضافية للصفقة الأصلية. إن هذا التطور اللافت من شأنه حماية المال العام ويمكن اعتباره أحد آليات تجنب الخطر الجزائي في مجال الصفقات العمومية، وعليه مع وجود نص المادة 05 مرسوم تنفيذي رقم 92-414 من المفروض أن الخطر الجزائي يتقلص حيث يكون كل الفاعلين في مجال الصفقات العمومية على علم بسلطة المراقب المالي المدعومة على الأقل على المستوى المالي.

يدرس إذن المراقب المالي كل الوثائق المرفقة بملف الصفقة التي تصل إليه عن طريق الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة خلال مدة عشرة أيام وقد تمتد إلى عشرين يوما إذا تطلب ملف الصفقة دراسة معمقة، ويغلق باب الالتزام بنفقات التسيير يوم 10 ديسمبر من كل سنة مالية ويمتد إلى 20 ديسمبر من السنة المالية إذا تعلق الأمر بصفقات التجهيز والاستثمار التي تتم عن طريق تسبيقات حسب المادة 14 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل بالمرسوم رقم 09-374² ويتوج رقابته المراقب بإصدار التأشيرة أو رفضها كما يلي:

¹ - المادة 06، المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - راجع المادة 14، المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، مرجع سابق.

1) في حالة منح المراقب المالي للتأشيرة:

هذا يعني أن الصفقة أبرمت وفقا للقانون ولاسيما من الناحية المالية لأن رقابة المراقب المالي من حيث طبيعتها كما قلنا سابقا رقابة ذات طابع مالي أصلا أما تطرقه إلى جوانب تتعلق بإجراءات إبرام الصفقة فيمكن وصفه بالعرضي لأن هذه المهمة موكولة أصلا للجان الرقابة الداخلية ولجان الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية.

بعد حصول الصفقة على التأشيرة تودع المصلحة المتعاقدة نسخة من مقرر التأشيرة على الصفقة أو على الملحق وجوبا مقابل وصل استلام خلال 15 يوما لدى الإدارة الجبائية والضمان الاجتماعي وبدورها تودع هذه الأخيرة مقرر التأشيرة خلال 03 أشهر لدى الوزارة المكلفة بالمالية وبالضبط المديرية العامة للضرائب لدى الوزارة المكلفة بالضمان الاجتماعي وبالضبط المديرية العامة للضمان الاجتماعي وفي نفس الوقت تمرر المصلحة المتعاقدة هذه الصفقة المؤشر عليها على المحاسب العمومي لصرفها.

وحسب المادة 196 من قانون الصفقات رقم 15-247 فإن التأشيرة الشاملة الصادرة عن لجنة الصفقات العمومية إلزامية وتفرض على المراقب المالي¹ وهذا ما يجعل منها موصوفة بتأشيرة "الأخذ بالحسبان" على خلاف ما كان عليه الحال في ظل قانون الصفقات العمومية الصادر بالأمر رقم 67-90 والمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 أين كانت هذه التأشيرة توصف بتأشيرة "المبدأ" لأنها لم تكن مفروضة على المراقب المالي فكان هذا الأخير يخضع الصفقة لإعادة مراقبة من كل الجوانب²، وحتى في الحالة المستثناة من هذه الإلزامية المنصوص عليها في الفقرة 1 و 2 من المادة 196 والمتعلقة بمخالفة الصفقة للأحكام التشريعية فإننا نؤكد على ما قلناه سابقا من أن الأمر يتعلق بمخالفة الأحكام التشريعية وليس التنظيمية وقد سجلنا أن قانون الصفقات الساري صدر بمرسوم رئاسي وليس بقانون وبالتالي يندرج في إطار النصوص التنظيمية وليس التشريعية، أي أنه حتى على فرض مخالفة الصفقة لقانون الصفقات العمومية تبقى التأشيرة نافذة في مواجهة المراقب المالي ومفروض عليه أخذها بالحسبان لأننا أمام مخالفة للتنظيم

¹ . المادة 196، مرسوم رئاسي رقم 15-247، تقابل المادة 166، مرسوم رئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

² - علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2003-2004، ص 96.

وليس للتشريع، ويمكن أن نستثني من هذا الحكم مخالفة المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية أي قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية لأنه منصوص عليها إلى جانب قانون الصفقات في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المادة 09 منه¹ فمخالفة الصفقة لهذه المبادئ الواردة في النص التشريعي تجعل من التأشيرة غير مفروضة على المراقب المالي وفي هذه الحالة يعلم لجنة الصفقات المختصة بهذه الاختلالات حسب المادة 196 المذكورة.

ولا يفوتنا أن نشير هنا إلى أن المشرع فرض احترام هذه المبادئ التي يجب أن تقوم عليها الصفقة العمومية والتي جعل من مخالفتها جريمة، وقد علقنا على هذه المبادئ آمالا كآلية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية إن هي احترمت من المصلحة المتعاقدة.

وقد يبدو للوهلة الأولى أن فرض تأشيرة لجان الصفقات العمومية على المراقب المالي يفرغ رقابة هذا الأخير من محتواها ومن فعاليتها إلا أن مسايرة قولنا بأن طبيعة رقابة المراقب المالي ذات طابع مالي يعيد لهذه الرقابة أهميتها بحيث يركز المراقب المالي على الجوانب المالية للصفقة دون الجوانب الأخرى ومن شأن هذه الرقابة تحديد المسؤوليات، تحديد مسؤوليته هو كمراقب مالي قام بدوره المالي وتفاديه خطرا جزائيا يمكن أن يطاله في حالة التقصير ويحدد مسؤولية الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة وكذا لجان المراقبة الداخلية والخارجية التي تتحمل وحدها مسؤولية مخالفة الصفقة والملحق لإجراءات الإبرام وكذا تقييم ملائمة النفقة وفي هذه الحالة الثانية نجد المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09/374 التي تنص على ما يلي "...تختم الرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها في هذا الإطار وبغض النظر عن تقييم ملائمة النفقة التي هي من مسؤولية المصلحة المتعاقدة..."².

¹ - راجع المادة 09 من القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² - راجع المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374، مرجع سابق.

(2) حالة رفض المراقب المالي منح التأشيرة:

يتمتع المراقب المالي عن منح التأشيرة في حالة تسجيله إختلالات أو مخالفات للقانون وهذا على إثر دراسته لملف الصفقة ويكون هذا الرفض مؤقتا يستدعي رفع المصلحة المتعاقدة لتحفظات يسجلها المراقب المالي أو رفض نهائي يستدعي إعادة إجراءات الصفقة.

أ- **الرفض المؤقت:** حددت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل

والمتمم الحالات التي يكون فيها رفض التأشيرة مؤقتا كما يلي:

- اقتراح إلتزام مشوب بمخالفات للتنظيم قابلة للتصحيح.

- انعدام أو نقص الوثائق الثبوتية المطلوبة في ملف الصفقة.

- عدم ذكر بيانات في الوثائق الثبوتية.

يبير المراقب المالي رفضه المؤقت بوحدة أو أكثر من هذه الأسباب ويعلم الأمر بالصرف بقراره عن طريق رسالة موصى عليها بالوصول حسب المادة 13 من نفس المرسوم المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 09-1374¹، ويبدو أنها حالات تتعلق بعدم المشروعية ولا تتعلق بالجانب المالي ورغم ذلك تقتصر سلطة المراقب المالي على الإعلام فقط.

ب- **الرفض النهائي:** حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل

والمتمم حالات رفض المراقب المالي منح التأشيرة محددة حصرا كما يلي:

- عدم مطابقة اقتراح الإلتزام بالقوانين والتنظيمات المعمول بها، ويبدو أنها تتعلق

بمخالفة المصلحة المتعاقدة للإجراءات والقواعد التي تحكم الصفقات العمومية ما دنا بصدد دراسة هذه الأخيرة وتتعلق بالتالي بالمشروعية ولا تتعلق بالجانب المالي للصفقة الذي هو محور رقابة المراقب المالي ورغم ذلك تقتصر سلطة المراقب المالي على الإعلام فقط.

- عدم توافر الاعتمادات المالية الكافية لإبرام الصفقة، يبدو أنه سبب مالي محض

وهو الاختصاص المحوري للمراقب المالي.

- عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت وهي

كما أشرنا أعلاه حالات عدم مشروعية بالأساس وليس مالية.

يبير المراقب المالي رفضه منح التأشيرة بوحدة أو أكثر من الحالات السابقة وتبعا

لذلك يرسل المراقب المالي نسخة من الملف مرفقا بتقرير مفصل إلى الوزير المكلف

¹- راجع المواد 11، 13 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 09 . 374، مرجع سابق.

بالميزانية، وبعد دراسة الملف كاملا يمكن للوزير المكلف بالميزانية أو من يتصرف باسمه إعادة النظر في الرفض النهائي إذا قدر أن سبب الرفض غير مؤسس عملا بنص المادة 13 من المرسوم رقم 92-414 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374.

بعد هذا العرض يمكن أن نسجل بعض الملاحظات على مآل هذه الرقابة كما يلي:

- حدد المشرع حالات الرفض المؤقت والنهائي على سبيل الحصر وبالتالي قيد السلطة التقديرية للمراقب المالي على خلاف المشرع الفرنسي مثلا الذي لم يشترط على المراقب المالي تسبب رفضه منح التأشيرة¹.
- وسع المشرع حالات رفض التأشيرة إلى مجالات لا تتعلق بالجوانب المالية للصفحة فأصبح يغلب عليها طابع عدم المشروعية ويبدو هذا من خلال مراقبة مدى مطابقة الصفقة لقانون الصفقات العمومية رغم أن رقابة المراقب المالي ذات طابع مالي بالأساس ولكن يبقى قراره معلقا غير نافذ إلا بعد تقرير الوزير المكلف بالميزانية.

- جعل المشرع من عدم الاستجابة للرفض المؤقت رفض نهائي مع العلم أننا قلنا بأن حالات الرفض المؤقت يغلب عليها طابع عدم المشروعية وهذا يدعم الملاحظة الثانية. وعودا على بدأ نربط الجزء الأول من الإشكالية الفرعية مع الجزء الثاني كما اشرنا إلى ذلك في بداية هذا العنوان وهي إلى أي مدى تتأثر سلطات المراقب المالي السالف ذكرها مع اعتراف المشرع للأمر بالصرف بإمكانية إصدار قرار التعاضي الذي يتجاوز به رفض المراقب المالي منح التأشيرة بصفة نهائية حسب المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم² حيث يحول الأمر بالصرف ملف الصفقة إلى المحاسب العمومي لصرف النفقة رغم رفض المراقب المالي. وقرار التعاضي بهذا الشكل امتياز منح للأمر بالصرف يستعمله على مسؤوليته، المشرع لم يحدد شروط اللجوء إلى هذا القرار ولكن يمكن أن نستخلص ذلك من خلال العرض السابق³.

- أول شرط هو ضرورة كون رفض المراقب المالي منح التأشيرة نهائيا.

¹- زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة الجزائرية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 232.

²- راجع المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، مرجع سابق.

³. يمكن استخلاصها من خلال المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- اعتقاد الأمر بالصرف وكذا المصلحة المتعاقدة بصفة عامة بصحة ملف الصفقة العمومية سواء من الناحية الإجرائية أو من الناحية المالية.
- اعتقاد الأمر بالصرف وكذا المصلحة المتعاقدة بأن المراقب المالي يعيق نشاط هذه الأخيرة التي تستهدف المصلحة العامة من خلال رفضه منح التأشيرة.
- استعداد الأمر بالصرف والمصلحة المتعاقدة على العموم لأي رقابة لاحقة تمارس عليه من طرف رقابة يحول لها ملف الصفقة محل التجاوز.
- أما فيما يخص الحالات التي لا يجوز فيها إصدار قرار التغاضي فإن المشرع يحضر على الأمر بالصرف إصدار مثل هذا القرار في حالات يمكن استخلاصها من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم كما يلي:
- انعدام صفة الأمر بالصرف في مصدر القرار.
- عدم توفر الاعتمادات المالية في الحال أو انعدامها مطلقا.
- انعدام التأشيرة أو رأي لجنة مراقبة الصفقات العمومية.
- انعدام الوثائق الثبوتية المطلوبة المتعلقة بالالتزام.
- التخصيص غير القانوني للالتزام سواء بتجاوز الاعتمادات الموجودة أو بتعديلها.
- ومن خلال هذه الحالات الصارمة يتضح لنا كما قلنا أعلاه أن الأمر بالصرف ومن ورائه المصلحة المتعاقدة بكل هيئاتها تأكدت من صحة إجراءات الصفقة محل المراقبة كما تأكدت من صحة الجوانب المالية لها ووقفت على تعسف أو ربما سوء تقدير المراقب المالي للملف المعروض عليه وتبعا لذلك قرر الأمر بالصرف تجاوزه، إذن هل صحيح أن آلية التجاوز عن طريق قرار التغاضي يشكل ثغرة في رقابة المراقب المالي وعائقا أمام الوقاية من الفساد ومكافحته أم يمكن أن نفهم هذه الصلاحية بشكل آخر، أميل إلى القول بأن قرار التغاضي لا يشكل انتقاصا لفعالية الرقابة المالية للمراقب المالي وأنه ليس عائقا للوقاية من الفساد ومكافحته وهذا للأسباب التالية:
- إصدار قرار التغاضي من طرف الأمر بالصرف يعني إعلان بتحملة كل المسؤولية في المستقبل وهي قناعة ترسخت لديه من خلال تأكده من صحة الصفقة إجرائيا وماليا أيضا وإلا لما أقدم على هذه المخاطرة التي قد تؤدي إلى مسائلته جزائيا أو تأديبيا على الأقل.

- إن احتمال خطأ أو سوء تقدير أو تعسف المراقب المالي وارد فهو بشر وسلطته التقديرية ولو أنها مقيدة بالقانون يمكن أن تتحرف.

- عدم النص على سلطة التجاوز عن طريق قرار التعاضي يمكن أن تجعل من المراقب المالي معيقاً لنشاط المصلحة المتعاقدة وكذا للمصلحة العامة التي تستهدفها هذه الأخيرة.

- إن الرقابة المالية لم تتوقف عند المراقب المالي بعد أن تم تجاوزه بقرار التعاضي بل إنها انتقلت إلى جهة أو جهات أخرى مكلفة بدورها بالرقابة المالية، وبالتالي الأمر بالصرف والمصلحة المتعاقدة ما زالت تحت الرقابة المالية كل ما في الأمر أن الصفة تدخل مرحلة التنفيذ على مسؤولية الأمر بالصرف وتحت رقابة هيئات أخرى غير المراقب المالي لأن هذا الأخير وبعد تبليغه بقرار التعاضي يصدر بدوره تأشيرة الأخذ بالحسبان التي يبرئ بها مسؤوليته¹ ويقوم بإرسال نسخة من ملف الالتزام محل الرفض وقرار التعاضي مرفق بتقرير مفصل يعده بنفسه إلى الوزير المكلف بالميزانية فوراً وبدوره يحول الوزير المكلف بالميزانية هذا الملف كاملاً إلى المؤسسات المختصة برقابة النفقات العمومية، ولكن المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم، لم يحدد ما هي هذه المؤسسات ويمكن القول أن الأمر يتعلق بمجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية².

ما يؤكد رأينا هذا الملاحظات السابق إبدائها تبعا لعرض حالتنا الرضا المؤقت والنهائي حيث قلنا أن المشرع حدد حالات الرضا المؤقت والنهائي على سبيل الحصر وبالتالي فنقطة الخلاف بين الأمر بالصرف والمراقب المالي تبدو واضحة وهذا ما يشجع الأمر بالصرف على اتخاذ قرار التعاضي وهو معتقد أنه على صواب، وقلنا أن المشرع وسع من حالات رفض التأشيرة إلى حالات لا تتعلق بالجوانب المالية وبالتالي فإن إخضاع الصفة للرقابة الداخلية ورقابة اللجان الخارجية وحصول المصلحة المتعاقدة على تأشيرة هذه الأخيرة يمكن أن يدعم سوء تقدير المراقب المالي إذا كان رفض تأشيرته مؤسس على أسباب

¹. خضري حمزة ، مرجع سابق، ص 215.

². لتفصيل أكثر سوف نتناول لاحقا كل من مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية.

غير مالية تتعلق بالمشروعية أي مدى تطابق الصفقة مع إجراءات الإبرام المحددة في قانون الصفقات العمومية فهذه من المفروض خضعت لرقابة لجان مراقبة الصفقات العمومية.¹ كما أن الحالات التي لا يمكن للأمر بالصرف أن يصدر فيها قرار التغاضي حسب المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم ذات طابع مالي كما رأينا أعلاه وبالتالي فإن احتمال إصدار قرار التغاضي ينحصر بالأساس في أسباب لا مالية بل تتعلق بالمشروعية وهذه كما قلنا خضعت إلى رقابة لجان مراقبة الصفقات العمومية التي تبدو بحسب تخصصها أكثر كفاءة من المراقب المالي الذي كما قلنا رقابته مالية أساسا. ولا يفوتنا في الأخير أن نشير إلى أن خطرا جزائيا كبيرا يحوم حول الأمر بالصرف مصدر قرار التغاضي فهو المسؤول الأول على هذه المخاطرة التي قد تعرضه للمسائلة الجزائية والتأديبية على السواء إذا ثبت أنه لم يوفق في إصدار هذا القرار الخطير، وتزداد متاعبه أكثر إذا وقف المحقق على سوء نيته وثبت أن الدافع الخفي والحقيقي لإصدار القرار تحقيق مصلحة مالية شخصية بعنوان فساد واضح.

وبعد هذا العرض حول المراقب المالي كآلية للوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية نقول أن المشرع وفق إلى حد ما في تنظيم هذه الرقابة التي كان من المفروض أن تكون مالية فقط ولكنه وسعها إلى حالات للرقابة على المشروعية بصفة عرضية دون أن تؤثر على الطبيعة المالية لهذه الرقابة كما رأينا، ولكن ضروري تدعيم وتفعيل هذه الرقابة أكثر وهذا برفع بعض المآخذ كضرورة تعديل المادة 196 من قانون الصفقات الصادر بالمرسوم رقم 15-247 وهذا باستبدال عبارة التشريع بالتنظيم أو إضافة عبارة التنظيم إلى عبارة التشريع حتى يستقيم معنى النص كما رأينا أعلاه²، والنص صراحة على الجهات المتخصصة بالرقابة التي يحول لها ملف النفقة من الوزير المكلف بالميزانية تبعا لتحويله من المراقب المالي إثر إصدار الأمر بالصرف قرار التغاضي، وجعل حالات الرفض النهائي للمراقب المالي ذات طابع مالي فقط على خلاف حالات الرفض المؤقت

¹ . راجع الفصل الخامس المتعلق برقابة الصفقات العمومية ابتداء من المادة 156، المرسوم الرئاسي رقم 15 . 247، مرجع سابق.

² . راجع المادة 196، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تقابل المادة 166، مرسوم رئاسي رقم 10-236، مرجع سابق.

التي يمكن أن تكون مختلطة مالية وإجرائية وهذا من شأنه إظهار طابع الرقابة المالية للمراقب المالي، وعلى كل حال الإبقاء وخلافا كما ينادي به آخرون على سلطة الأمر بالصرف في إصداره لقرار التعاضي لماله من إيجابيات كما رأينا.

وبعد منح المراقب المالي لتأثيرته أو بعد إصدار الأمر بالصرف لقرار التعاضي ينتقل ملف الالتزام المتعلقة بالصفقة العمومية إلى المحاسب العمومي ليلعب دوره في هذه السلسلة الرقابية بغرض دخول الصفقة حيز النفاذ من كل الجوانب وهذا ما سوف نتطرق إليه

الفرع الثاني: الرقابة المالية للمحاسب العمومي على الصفقات العمومية

بعد تأشير المراقب المالي على ملف الصفقة العمومية أو إصدار الأمر بالصرف لقرار التعاضي تبعا لرفض المراقب المالي التأشير على الصفقة يرفع الأمر بالصرف الملف أمام المحاسب العمومي لإجراء رقابة تكميلية لتلك التي قام بها المراقب المالي بغرض منح تأشيرته. وعليه يقوم المحاسب العمومي بصرف مبلغ الصفقة كتتويج لرقابته المكتملة، فما هي طبيعة هذه الرقابة وما هو نطاقها وما هو أثر التسخيرة التي يمضيها الأمر بالصرف على سلطات المحاسب العمومي كل هذا في مجال الصفقات العمومية، ونذكر أننا نتناول هذا النوع من الرقابة المالية من منطلق تكريسها كآلية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية ونحاول بالتالي الوقوف على مدى قابليتها للتحقيق هذا الهدف.

أولا: طبيعة رقابة الحاسب العمومي في مجال الصفقات العمومية ونطاقها

حدد القانون ولاسيما المرسوم التنفيذي رقم 91-313 المتضمن إجراءات المحاسبة والقانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية كل من طبيعة ونطاق الرقابة المالية القبلية التي يختص بها المحاسب العمومي وهذا من شأنه يوضح مدى إمكانية الاعتماد على هذه الرقابة لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية وبالتالي نتناول كلاهما تباعا.

1) طبيعة رقابة المحاسب العمومي في مجال الصفقات العمومية:

المحاسب العمومي موظف معين من طرف الوزير المكلف بالمالية يخضع بالتالي لسلطته يكلف بالقيام بعمليات تحصيل الإيرادات ودفع النفقات وضمان حراسة الأموال أو السندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بحفظها وتنظيم حركة حسابات

الموجودات.¹ وتجدر الإشارة إلى أن تعيين هؤلاء المحاسبين يكون كما قلنا سواء بتعيين مباشر من طرف الوزير المكلف بالمالية أو يعينون بناء على اقتراح من طرف وزير مكلف بقطاع معين ليعملون في هذا القطاع بالذات ويقتصر دور وزير المالية في اعتمادهم فقط بعد تعيينهم من طرف غيره وهذا فيما يخص المحاسبين لدى الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية حسب المادة 34 من قانون المحاسبة العمومية،² وحسب المرسوم التنفيذي رقم 91-313³ فإن المحاسبون العموميون يصنفون إلى محاسبين عموميين رئيسيين، ومحاسبين عموميين ثانويين، ومحاسبين عموميين موكلون ومحاسبين متخصصين، ومحاسبو الترتيب. المحاسب العمومي الرئيس مكلف بمراقبة وتنفيذ جميع العمليات المالية على مستوى الجهة الإدارية العامل بها ويتصرف بصفته محاسباً مخصصاً يقيد بصفة نهائية في كتابته المحاسبية كل العمليات الأمور بدفعها من صندوقه حسب المادة 12 و 13 من المرسوم التنفيذي رقم 91-313، ويصنف المحاسب العمومي إلى العون المحاسب المركزي للخزينة أمين الخزينة المركزي، أمين الخزينة الرئيسي، أمناء الخزينة في الولاية، الأعوان المحاسبون للميزانيات الملحقة.

المحاسب العمومي الثانوي مكلف بالرقابة وتنفيذ العمليات المالية في وحدة من وحدات الجهة الإدارية التي يشرف عليها كليا محاسب رئيسي ويتصرف بصفته محاسباً عمومياً مساعداً للمحاسب العمومي الرئيسي حسب المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 91-313، وهؤلاء هم أمين الخزينة في البلدية، أمناء خزائن القطاعات الصحية والمراكز الإستشفائية الجامعية قابضو الضرائب، قابضو أملاك الدولة، قابضو الجمارك، قابضو الرهون، قابضو البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، رؤساء مراكز البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.⁴

وعلى مستوى الجماعات المحلية هناك أمين خزينة الولاية بصفته محاسب رئيسي لميزانية الولاية، وأمين خزينة البلدية بصفته المحاسب الرئيسي لخزينة البلدية.

¹ - خضري حمزة، مرجع سابق، ص 216.

² - القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91-313، المؤرخ في 07/09/1991، المتضمن إجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفيةاتها، ج ر، عدد 43، سنة 1991.

⁴ . راجع المواد 11، 12، 13، المرسوم التنفيذي رقم 91.313، مرجع سابق.

وعلى مستوى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري هناك أعوان محاسبون رئيسيون خاصون بهذه المؤسسات، ويمكن أن يعين وزير المالية محاسبين ثانويين لهذه المؤسسات إذا كان لديها أمر بالصرف ثانوي.

أما بالنسبة للمحاسبين الموكلين فمكلفون بتحصيل الإيرادات ودفع النفقات ذات الطابع الاستعجالي أو الاستثنائي ولذلك يستوجب موافقة المحاسب العمومي المختص على أعمالهم.

المحاسبون المخصصون ينفذون العمليات المالية بعد مراقبة شرعيتها شخصياً، ويرتبط دورهم الرئيسي بمجال النفقات ونظراً لذلك يصطلح عليهم بمحاسبى الدفع¹.

محاسبو الترتيب يتولون تجميع وترتيب عمليات المحاسبة المنجزة من طرف محاسبين آخرين فهم لا يقومون بعمليات المحاسبة بل فقط يجمعون هذه العمليات المرسلة إليهم وترتيبها وتدوينها في سجلاتهم المحاسبية دون أن تكون لهم أي سلطة رقابة على هؤلاء المحاسبين.²

بعد هذا العرض الوجيز حول المحاسب العمومي باعتباره محور هذه الجزئية نتناول العناصر التي يركز المحاسب العمومي عليها أثناء ممارسة اختصاصه الرقابي، ومن خلال هذه العناصر يمكن تحديد طبيعة هذه الرقابة حسب المادة 36 من القانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية،³ وعليه نقول أن المحاسب العمومي بمناسبة مراقبة ملف صفقة عمومية يتحقق من العناصر التالية:

- التأكد من صفة الأمر بالصرف مع الإشارة أن هؤلاء يعتمدون لدى المحاسب العمومي المكلف بالإيرادات والنفقات الأمور بها حسب المادة 24 من القانون رقم 90-21 وبالتالي فالتأكد من صحة هذا العنصر عملية سهلة للغاية.

- مطابقة عملية الإنفاق للقوانين والتنظيمات المعمول بها، وعليه يتأكد المحاسب العمومي من كل الوثائق المبررة لحالة الدفع أو الأمر بالدفع المحررة من طرف الأمر بالصرف حسب المادة 30 من القانون رقم 90-21، وأهم هذه الوثائق المحاسبية الفاتورة

¹- خضري حمزة، المرجع السابق، ص 218.

²- محمد مسعي، المرجع السابق، ص 46.

³- راجع المادة 36 من القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

التي يجب أن تحرر وفقا للشروط الشكلية والموضوعية المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 95-305.¹

- توفر الاعتمادات المالية، بعد أن يتأكد المراقب المالي من مدى احترام الأمر بالصرف مبدأ التخصيص أي أن المبلغ المالي محل الإنفاق خصص فعلا لموضوع الصفقة مادامنا بصدد هذه الدراسة يتأكد من مدى وجود الاعتمادات المالية في الخزينة العمومية وكذا كفايته.

- التأكد من وجود تأشيرات مختلف الرقابات بحيث قبل وصول ملف الصفقة إلى المحاسب العمومي يمر وجوبا على جهات رقابة أخرى، وعليه يتأكد المحاسب من مدى وجود تأشيرة هذه اللجان وكذا تأشيرة المراقب المالي في حالة منح التأشيرة، وفي حالة تجاوز المصلحة المتعاقدة أو الأمر بالصرف كلاهما سواء بموجب قرار التجاوز أو بموجب قرار التغاضي يتأكد المحاسب العمومي من سلامة الإجراءات وكذا التأكد من مدى قيام المصلحة المتعاقدة وكذا المراقب المالي حسب كل حالة من تبليغ جهات الرقابة بكل من القرارين السابقين.

- التأكد من صلاحية الدفع حيث لا يكفي أن يتأكد المحاسب العمومي من صفة الأمر بالصرف بل يتأكد أيضا من صلاحيته لهذه المهمة حيث يقف على عدم وجود علاقة بين الأمر بالصرف والمراقب المالي حسب المادة 55 من القانون رقم 90-21، وحسب المادة 56 من نفس القانون² لا يجوز أن تربط بين الأمر بالصرف والمراقب المالي علاقة زواج ويجب أن نشير هنا إلى أنه إذا كان الغرض من هذا المنع هو الوقاية من الفساد وتفعيل الرقابة المالية فإن توسيع هذه العلاقة خارج الزواج ضروري.

- التأكد من عدم وجود معارضة للدفع سواء على مستوى الضرائب أو الضمان الاجتماعي، فقبل أن يمضي على النفقة عليه مراسلة الجهتين السابقتين وتلقي رد كل منهما

¹- راجع المواد 4 و5، المرسوم التنفيذي رقم 95-305، المؤرخ في 10/7/1995، يحدد كفيات تحرير الفاتورة، ج ر، عدد 58 لسنة 1995.

²- راجع المادة 55 و 56، القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

وفي حالة وجود دين في ذمة المستفيد تجاه مديرية الضرائب أو الضمان الاجتماعي يقوم المحاسب العمومي باقتطاع هذا الدين لمصلحتها وتحويل الباقي إلى صاحبه.¹ من خلال العناصر التي تتضمن رقابة المحاسب العمومي يمكن القول أن طبيعة هذه الرقابة ذات طابع مالي وهذا ما تركنا نتناول هذه الرقابة تحت هذا العنوان وبهذا الوصف، كما أن هذه الرقابة ونظرا لكونها لاحقة لرقابة المراقب المالي يمكن وصفها بأنها "رقابة مكملة" لرقابة المراقب المالي مع الإشارة أنهما يشتركان من حيث الطبيعة وبالتالي ما الجدوى من وجود جهازين بنفس الأهداف لو لم يكن مبرر ذلك أن كل منهما يكمل الآخر، كما أن المحاسب العمومي يتولى مهمة تنفيذ النفقات العمومية ما دام هو المسؤول على صرف هذه الاعتمادات بعد أن يفرض رقابته عليها من هنا يمكن وصف رقابته هذه "برقابة مرافقة لعملية التنفيذ."²

وعلى هذا المستوى من الرقابة وبالنظر إلى طبيعتها والعناصر التي يراقبها المحاسب العمومي يمكن القول أن الوقوف على جرائم الصفقات العمومية السابق دراستها يتقلص كثيرا إن لم نقل يندم فنحن في مرحلة التنفيذ وتسديد قيمة الصفقة ويبقى لهذه الرقابة الطابع الوقائي وعدم إفلات المستفيد من سداد ما عليه من ديون سابقة لدى مصلحة الضرائب والضمان الاجتماعي وربما حقوق أخرى ثابتة بسندات تنفيذية.

(2) نطاق رقابة المحاسب المالي في مجال الصفقات العمومية:

حسب المادة 01 من القانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية تطبق هذه المحاسبة على العمليات المالية الخاصة بالدولة، المجلس الدستوري، المجلس الشعبي الوطني -يضاف له مجلس الأمة-³ مجلس المحاسبة، الميزانيات الملحقة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهو نص يتطابق مع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-313 المتعلق بإجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف

¹ - علاق عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 99.

² - فنيش محمد الصالح، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة، تخصص قانون عام جامعة الجزائر، كلية الحقوق سنة 2010، ص 114.

³ . لم يتناول النص مجلس الأمة لأن هذا الأخير أسس في تاريخ لاحق لصدور القانون رقم 90-21، وبالتالي من الضروري تعديل المادة 01 من القانون المذكور وإضافة مجلس الأمة كمؤسسة دستورية.

والمحاسبون العموميون وكيفياتها كما يلي، "تتمثل المحاسبة الخاصة بالإدارات التابعة للدولة والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة والمصالح المزودة بالميزانيات الملحقة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في وصف العمليات المالية ومراقبتها..."¹.

للقوف على مدى تطبيق هذه الرقابة على الأشخاص المعنية بقانون الصفقات العمومية نرجع إلى المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تكفلت بهذا الحكم ونسجل بأن هناك تطابقا بين القانون رقم 91-21 والمرسوم التنفيذي رقم 91-313 والمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وهذا واضح فيما يخص الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وهذه لا تطرح أي إشكال ولكن فيما يخص المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري فرغم عدم النص عليها في القانون رقم 91-21 والمرسوم التنفيذي 91-313 صراحة إلا أنها تصبح مشمولة بهذين النصين عندما يتعلق الأمر بالقيود الذي نص عليه المشرع في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، فما دامت الدولة والجماعات الإقليمية خاضعة لرقابة المحاسب العمومي فإن مساهمة كل منهما في عمليات تتجز من طرف مؤسسات غير إدارية خاضعة للقانون التجاري في الأصل تخضع وجوبا في هذا الجانب إلى رقابة المحاسب العمومي أضف إلى هذا أنها مؤسسات عمومية أصلا أي أن رأسمالها ملك للدولة ابتداء. بالتالي يمكن القول أن نطاق رقابة المحاسب العمومي يشمل كل الصفقات التي تبرمها الأشخاص المعنية بقانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وعليه كل الصفقات تمر على رقابة المحاسب العمومي بعد أن تمر على المراقب المالي وهذا يشكل وقاية من الفساد رغم محدودية هذه الرقابة بالنظر إلى طبيعتها.

ثانياً: أثر تسخيرة الأمر بالصرف للمحاسب العمومي على سلطاته الرقابية

نتناول السلطات الرقابية للمحاسب العمومي ومدى تأثر فعاليتها تبعاً لاعتراف القانون للأمر بالصرف بسلطة تجاوز المحاسب العمومي عن طريق التسخيرة في حالة رفض هذا

¹ - راجع المادة 02، المرسوم التنفيذي رقم 91-313، التي من الضروري تعديلها أيضاً حتى تتسجم مع الدستور الذي ينص على مجلس الأمة إلى جانب المجلس الشعبي الوطني، مرجع سابق.

الأخير التأشير على ملف النفقة وتشبه هذه الحالة قرار التغاضي الذي يصدره الأمر بالصرف في حالة رفض المراقب المالي منح تأشيرته وتشبه أيضا قرار التجاوز في حالة رفض لجنة مراقبة الصفقات منح تأشيرتها حسب المادة 200 و 201 من المرسوم الرئاسي 15-247.¹ وعليه نتناول أولا رقابة المحاسب العمومي التي تنتج إما بتأشيرة منه أو رفض التأشيرة، ثم مدى تأثير رقابته كآلية للوقاية من الخطر الجزائي في مجال الصفقات العمومية بالنظر إلى سلطة التسخيرة.

(1) منح التأشيرة:

بعد فرض المحاسب العمومي رقابته على ملف الصفقة وفقا للعناصر السابق دراستها فإذا كانت هذه الرقابة إيجابية منح المحاسب العمومي تأشيرته² وبناءا عليه يقوم بتحرير صك خزينة عادة أو صك بريدي لفائدة المستفيد وهذا حسب حوالة الدفع المسلمة له من طرف هذا الأخير الذي تحصل عليها بدوره من الأمر بالصرف³ ويقوم المحاسب العمومي بتدوين هذه النفقة في سجلاته المحاسبية، في هذه الحالة نقول أن السلطات الرقابية للمحاسب العمومي لم تتأثر إطلاقا وتبقى فعالية هذه الرقابة كآلية للوقاية من الفساد في حدود ما تناولناه عند البحث في طبيعتها.

(2) رفض التأشيرة:

إذا كانت رقابة المحاسب العمومي على العناصر السابقة سلبية رفض منح تأشيرته وهذا يعني رفض صرف النفقة بموجب قرار معطل بأسباب تبرره، يبلغ المحاسب العمومي الأمر بالصرف بهذا القرار ولهذا الأخير حلين إما الاستجابة لملاحظات وأسباب رفض المحاسب العمومية منح تأشيرته وهذا بتصحيح ما يمكن تصحيحه ومن ثمة إعادة ملف النفقة إلى المحاسب لإصدار تأشيرته، وإما اللجوء إلى التسخيرة وهي سلطة منحها القانون

¹ . راجع المادة 200 و 201، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تقابل المادة 170 و 171، المرسوم رقم 10-236، مرجع سابق.

² - راجع المادة 22، القانون رقم 90-21، مرجع سابق.

³ - راجع المادة 21 من نفس القانون.

للأمر بالصرف المسؤول على المصلحة المتعاقدة من خلاله يتجاوز قرار المحاسب العمومي رافض منح التأشير حسب المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 91-314¹.

وإجراء التسخير هو قرار يتخذه الأمر بالصرف يتضمن طلبا بتنازل المحاسب العمومي على قرار رفض دفع النفقة المتعلقة بالصفقة ويوضح الأمر بالصرف أسباب لجوئه إلى تسخير المحاسب العمومي، وحسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-314 ينهي قراره هذا بعبارة "يطلب من المحاسب العمومي أن يدفع في كل عملية إنفاق مرفوض دفعها"². وحتى يتخلص المحاسب العمومي من مسؤولية الدفع هذه يرفع تقريرا عن هذا التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية خلال 15 يوما التالية لتبليغه بقرار التسخير.

وللإجابة على الإشكالية الفرعية نقول أن قرار التسخير لا يشكل مساسا وإنقاصا لسلطات المحاسب العمومي ولا يؤدي في نفس الوقت إلى إنقاص فعالية رقابته على النفقات العمومية بصفة عامة وعلى الصفقات العمومية بصفة خاصة كل ما في الأمر أن مسؤولية الإنفاق انتقلت من المحاسب العمومي إلى الأمر بالصرف ممثلا للمصلحة المتعاقدة، وتحديد المسؤول عن تصرف معين في حد ذاته وسيلة مهمة للوقاية من الفساد وحتى مكافحته لأنه من السهل في هذه الحالة الوقوف على التجاوزات والمسؤول عنها.

وكما قلنا سابق إن مخاطرة كهذه لا يمكن للأمر بالصرف أن يخوضها لو لم يكن متأكدا من صحة ملف الصفقة بصفة عامة ومن النفقة على الخصوص، ومؤكد أنه قبل الإقدام على استعمال هذه السلطة يرجع إلى مصالحه طالبا الاستشارة وبالتالي يفترض أن المصلحة المتعاقدة وعلى رأسها الأمر بالصرف على استعداد تام لتحمل المسؤولية وان كانت شخصية جزائية وتكون المصلحة المتعاقدة ككل مسؤولة بعد هذا الإجراء أمام جهات رقابة أخرى ويتعلق الأمر بمجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية وبذلك فإن الرقابة المالية لا تتوقف عند حد إصدار قرار التسخير وكما انتقلت المسؤولية من المحاسب العمومي إلى الأمر بالصرف انتقلت الرقابة من المحاسب العمومي إلى جهات أخرى.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 91-314، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، ج ر، عدد 43، لسنة 1991.

² . راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-314، مرجع سابق.

أكثر من هذا إن القانون لا يسمح للآمر بالصرف أن يلجأ للتسخير في كل الأحوال بل هناك حالات لا يجوز فيها اللجوء إلى هذه الطريقة في التجاوز وهذا بالنظر إلى حالات عدم اللجوء إلى قرار التجاوز وقرار التغاضي وهي حالات منطقية جداً:

- في حالة عدم توفر الاعتمادات المالية أصلاً.
- في حالة عدم توفر أموال في الخزينة.
- في حالة عدم إثبات تنفيذ الصفقة أو عدم أداء الخدمة.
- في حالة انعدام تأشيرة لجنة الصفقات المختصة وتأشيرة المراقب المالي، دون اتخاذ قرار بالتجاوز في الحالتين.¹

وعلى كل حال نقول أن أسلوب التسخير من شأنه أن يقطع الطريق على كل محاسب عمومي لم يقدر ملف النفقة أحسن تقدير بخطئه أو بسوء معالجته مما يجعله معيق لعمل الإدارة وللمصلحة المتعاقدة بصفة عامة التي تستهدف المصلحة العامة من خلال الصفقة محل الرقابة ولكن لا يمكن اعتبار التسخير إنقاصاً لفعالية هذه الرقابة ذات الطابع المالي المحض بل هي مجرد نقل للمسؤولية وإن تكن جزائية من المحاسب العمومي إلى الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة مادامنا بصدد البحث في الصفقات العمومية، ورغم محدودية هذه الرقابة من خلال طبيعتها ونطاقها تبقى آلية مقترحة لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية لدورها الحاسم في تحديد المسؤوليات في حالة ثبوت تجاوزات بعنوان فساد مالي وهذا مهم جداً لتحديد مرتكب الركن المادي لجريمة ما، ويبدو أن رقابة الأمر بالصرف ورقابة المراقب المالي السابق دراستهما أكثر فعالية من رقابة المحاسب العمومي وكلها توصف بالرقابة القبلية، واعترافاً منا بأنها قاصرة أو لنقل غير مكتملة كنا في حاجة إلى رقابة أخرى لاحقة أو بعدية تمارسها هيئات أخرى للزيادة من فعالية هذا النوع من الرقابة بهدف تجنب الخطأ قدر المستطاع وهذا ما سوف نتناوله أدناه.

¹- راجع علاق عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 100.

المبحث الثاني: تفعيل الرقابة المالية البعدية آلية لتجنب الخطر الجزائي في

الصفقات العمومية

تمر الصفقة العمومية على اللجان الداخلية والخارجية كجهات رقابة ثم تعرض على المراقب المالي فالمحاسب العمومي كرقابة قبلية، وبعد صرف ملف النفقة العمومية يخضع ملف الصفقات العمومية إلى نوع آخر من الرقابة يصطلح عليها بالرقابة البعدية أي رقابة بعد صرف المقابل المالي للصفقة، ويبدو أن ملف النفقة قد تم غلقه على مستوى المصلحة المتعاقدة وبالتالي مالمجدوى من هذه الرقابة كآلية لتجنب الخطر الجزائي الذي تكون قد اكتملت أركانه، إن المغزى من تفعيل هذا النوع من الرقابة ذو طابع ردي أساسا وقد يتميز أيضا بالطابع الاستشاري الوقائي مستقبلا وقد سبق وأن تناولنا آلية مماثلة توصف بالوسيلة الرديعية ويتعلق الأمر بالمتابعة الجزائية، وعليه تفعيل هذا النوع من الرقابة بأشكالها المتعددة من شأنه ردع الموظف وحتى المتعاقد معه حتى لا يسقط في مستنقع الفساد سواء أثناء إعداد الصفقة أو إبرامها أو أثناء التنفيذ لأن المتورط في الفساد عندما لا يعلم المرحلة التي يحتمل أن يسقط فيها يتجنب المخاطرة بالمال العام وبنفسه على السواء وهذا ما دفعنا إلى اعتبار هذه الرقابة آلية لتجنب الخطر الجزائي في مجال الصفقات العمومية.

وباعتبار الصفقة العمومية كما قلنا نفقة عمومية تصرف من خزينة الدولة على العموم وبالمال العام فإن هذا الأخير يخضع عند إنفاقه لرقابة بعدية يمارسها مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية (أولا)، كما استحدثت المشرع في صلب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ونظرا للقصور المسجل عليها في مكافحة الفساد استحدثت المشرع الديوان المركزي لقمع الفساد بطابع ضبطي قضائي (ثانيا).

المطلب الأول: الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على الصفقات العمومية

في البداية يجب أن نشير إلى أن مجلس المحاسبة حسب التشريع المقارن¹ ليس هيئة رقابة على الصفقات العمومية حصرا بل هو هيئة رقابة على المال العام بصفة عامة،

¹ . محمد براو، الشفافية المساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة، دار القلم، المملكة المغربية،

وباعتبار الصفقات العمومية تنفذ بالمال العام فإنه من الضروري أن تمارس هذه الهيئة رقابتها على نفقات الصفقات العمومية في سياق الرقابة البعدية التي يمارسها المجلس على الجهات الخاضعة لرقابته ومن جهة أخرى رأينا أن الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة قد يصدر قرار التغاضي في مواجهة المراقب المالي في حالة رفض منح التأشيرة وكذا إصداره لقرار التسخير في مواجهة المحاسب العمومي أيضا إذا رفض منح التأشيرة وفي الحالتين يتم إعلام مجلس المحاسبة من طرف الوزير المكلف بالمالية ليباشر المجلس في إطار الرقابة اللاحقة على المال العام رقابته على نفقات الصفقات العمومية محل قرارات التجاوز بنوعيه، وعليه سوف نتناول تحت هذا العنوان تنظيم مجلس المحاسبة كهيئة رقابة بعدية على المال العام في القانون المقارن (أولا)، ثم نتناول تنظيم مجلس المحاسبة في الجزائر وفعاليتها كهيئة رقابة على الصفقات العمومية (ثانيا).

الفرع الأول: تطبيقات الرقابة المالية البعدية في القانون المقارن

في سياق تقييم أداء مجلس المحاسبة عندنا وسعيا منا لإيجاد طرق تفعيل دوره كقريب على المال العام بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية تحديدا ارتأينا التطرق الى تجارب دول أخرى اخترنا من بينها دول مشهود لها بالصرامة في تسيير ومراقبة المال العام، ومن خلال هذه الدراسة نحاول استلهام بعض الحلول التنظيمية للنهوض بمجلس المحاسبة عندنا، وعليه سوف نتطرق الى تجارب دولتين تنتميان الى المدرسة الأنجلوسكسونية ودولة تنتمي للمدرسة الرومانوجرمانية.

أولا: النموذج الأنجلوسكسوني للرقابة البعدية على المال العام:

يعتبر هذا النموذج من بين النماذج الرئيسية للأنظمة الرقابية على المال العام وهو مجسد في الدول الرائدة للمدرسة الأنجلوسكسونية ونقصد بها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية أساسا بالإضافة إلى دول أخرى كندا مثلا.¹ ووفقا لهذه المدرسة يتولى الرقابة البعدية على المال العام موظف مستقل يت رأس جهازا يقتررب للسلطة التشريعية ويستقل عن السلطة التنفيذية، وعليه سوف نتناول تحت هذا العنوان (أولا) التجربة البريطانية ثم تجربة الو.م.أ في المجال (ثانيا)

¹ . محمد براو، المرجع السابق، ص ص 59، 58.

1) مكتب المراجعة الوطني يجسد النموذج البريطاني للرقابة العليا على المال

العام:

يتولى الرقابة على الأموال العمومية حسب التجربة البريطانية هيئة تسمى "مكتب المراجعة الوطني" The general national audit office يرأسه "المراقب المحاسب العام" comptroll and auditor وهو موظف عمومي سامي في الدولة بدرجة وزير¹.

أ - البنية التنظيمية لمكتب المراجعة الوطني (N-A-O):

يتواجد المركز الرئيسي لمكتب المراجعة الوطني في العاصمة لندن وله مكاتب في كل مدينة، يضم المكتب بصفة عامة تسعمائة موظف يوجد أغلبهم في المركز الرئيسي بالعاصمة ويتوزع الباقي على مختلف المدن حسب تواجد الإدارات الحكومية لأنه على مستوى كل إدارة هناك موظف أو أكثر يعمل بها لمراقبة النفقات العامة يعد حولها تقريراً يرسله إلى المحاسب العام في العاصمة،² ويستثنى من تواجد مكتب المراجعة الوطني إيرلندا الشمالية التي تستقل بهيئة رقابة متخصصة،³ بالإضافة إلى الموظفين السابقين يوظف المكتب أيضاً مائتين وخمسة وخمسون مدققاً كخبراء محاسبين مؤهلين ويقوم المكتب في نفس الوقت بتكوين مائتين وعشرين متدرجاً للحصول على صفة مدقق، ويمكن للمكتب أن يستعين بمستشارين خارجيين متخصصين في مجالات معينة حسب احتياجاته⁴.

ب - اختصاصات مكتب المراجعة الوطني:

ما يميز النموذج البريطاني أن مكتب المراجعة الوطني يمارس الرقابة السابقة واللاحقة على السواء،⁵ ويمارس رقابته على المال العام عن طريق الموظفين التابعين للمكتب المتواجدين في كل الإدارات العمومية في المملكة الذين يرفعون له تقارير على النفقات العامة، وبعد جمع كل هذه التقارير من مختلف المدن يتم التدقيق فيها من طرف المحاسب

¹ - أحمدوش مدني، المحاكم المالية في المغرب (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مطبعة الفضالة المحمدية، المملكة المغربية، الطبعة الأولى، 2003، ص 123.

² - صلاح الدين مصطفى أمين، الرقابة المالية العامة وديوان الرقابة المالية في العراق بين ماضيه ومستقبله، دون الناشر، بغداد، طبعة 1997، ص 33.

³ - أحمدوش مدني، المرجع السابق، ص 124.

⁴ - المرجع نفسه، نقلاً عن Sir John Bourn , la réduction de comptes au Royaume-Uni, les relations du N-A-O avec le parlement, R-F-F-P, N° 36, 1991, p 72.

⁵ - صلاح الدين مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 34.

العام ومساعديه وتتوج هذه العملية بتقرير يرفعه المحاسب العام إلى مجلس العموم. تتولى لجنة الحسابات العامة على مستوى مجلس العموم بفحصها وبناء على هذه التقارير يمارس مجلس العموم رقابته على الإنفاق العام في المملكة.¹

ويمارس مكتب المراجعة الوطني الرقابة السابقة على الأموال العمومية عن طريق الإذن الصادر عن المحاسب العام الذي يشترطه القانون لسحب أي نفقة من البنك المركزي الإنجليزي حتى ولو كانت هذه النفقة بطلب من وزير في الحكومة، وعليه يتم إيداع أموال الخزينة العامة المشكلة للميزانية لدى البنك المركزي الإنجليزي في حساب خاص بالحكومة وأي جهة تريد سحب نفقة عمومية معينة تمر وجوبا وبصفة مسبقة على المحاسب العام طالبة منه الإذن بالسحب.²

ج - مظاهر استقلال مكتب المراجعة الوطني:

يمكن التطرق إلى بعض مظاهر الاستقلال التي نستنتجها من خلال نظام مكتب المراجعة الوطني كما يلي:

- المحاسب العام يعتبر موظفا لدى مجلس العموم أي السلطة التشريعية في المملكة.
- يعين المحاسب العام من طرف الملك بدرجة وزير وهذا يدل على مكانته وقوته في المملكة.

- عدم قابلية المحاسب العام للعزل من طرف الملك، ويمكن ذلك فقط من طرف البرلمان بموجب خطاب اتهام.

- يتمتع مكتب المراجعة بالاستقلال المالي إذ يملك اعتمادا دائما خاصا به.
- مكتب المراجعة مسؤولا أمام مجلس العموم وليس للسلطة التنفيذية أي سلطة عليه.
- يملك مكتب المراجعة الوطني مسائلة موظفي الحكومة المسؤولين عن الإنفاق العمومي والجباية بصفة عامة.

- من الناحية السياسية المكتب وسيلة لضمان التوازن السياسي بين الأغلبية الحاكمة والمعارضة.³

¹- أحميدوش مدني، مرجع سابق، ص 124.

²- المرجع نفسه، ص 125.

³- المرجع نفسه، ص ص 123-124.

وعليه من ناحية تنظيم اختصاصات مكتب المراجعة الوطني الواسعة باعتبارها تشمل كل من الرقابة البعدية والرقابة السابقة على المال العام، ومن خلال مظاهر استقلاله على السلطة التنفيذية ومسؤوليته أمام مجلس العموم وفي نفس الوقت استقلاله الوظيفي والمالي على الخصوص يمكن القول أن مكتب المراجعة الوطني النموذج البريطاني في الرقابة على المال العام يبدو أنه جهاز قوي وذو فعالية كبيرة فرغم نشاطه في ظل نظام ملكي إلا أن الملك يعين رئيسه كما رأينا ولا يمكن بعد ذلك عزله فهو مسؤول فقط أمام السلطة التشريعية التي تمارس بدورها دور الرقابة على السلطة التنفيذية وعلى الإنفاق العام، وبالتالي يمكن القول أن مكتب المراجعة يمارس رقابة متخصصة مكملة لتلك التي تقوم بها السلطة التشريعية بصفة عامة.¹

(2) المكتب العام للمحاسبات يجسد نموذج الولايات المتحدة الأمريكية للرقابة العليا

على المال العام:

يعتبر المكتب العام للمحاسبات (general accounting office) حديث النشأة بالمقارنة مع مكتب المراجعة البريطاني حيث أنشأ سنة 1921 وهو الهيئة العليا للرقابة على المال العام في و.م.أ يرأسه محاسب عام.²

أ - البنية التنظيمية للمكتب العام للمحاسبات (G.A.O):

يتكون المكتب العام للمحاسبات مما يلي³:

- المحاسب العام: هو رئيس هذا الجهاز يعين من قبل رئيس الجمهورية لمدة 15 سنة ينوب عنه نائب يعين بنفس الطريقة.
- المجلس العام للمستشارين: يتكون من مساعدين للمحاسب العام، يرأس كل منهم نشاط معين حسب مخطط العمل المعد من طرف الرئيس.
- الأقسام الرقابية المتخصصة: يضم المكتب عشرة أقسام كل منها يختص بعمل معين.

¹ . أحميدوش مدني، مرجع سابق، ص 124

² . محمد براو، مرجع سابق، ص 58.

³ - فهمي محمود شكري، الرقابة المالية العليا، مفهوم عام وتنظيمات أجهزتها في الدول العربية وعدد من الدول الأجنبية، دار مجدلاوي عمان الأردن، 1983، ص ص 136-137.

- مكاتب في العاصمة واشنطن: هناك ثمانون 80 مكتب للرقابة في العاصمة والأخرى جهوية موزعة على الولايات المشكلة للدولة وعددها 15 مكتب وكل مكتب مقسم إلى أربعة أقسام عامة كل منهم يختص بنشاط معين كما يلي، قسم الصفقات، قسم الأمن الوطني، قسم الموارد البشرية، قسم حماية البيئة، إلى جانب ثلاثة أقسام أخرى ذات طابع تقني متخصصة في المجالات التالية، قسم التدابير المالية، وقسم للإعلام، وقسم تقييم البرامج.

أما فيما يخص الجانب البشري المشكل للمكتب فإن المشرع الأمريكي حريص على تدعيم المكتب بكفاءات متخصصة ومتنوعة، فعلى مستوى المقر المركزي المتواجد في العاصمة واشنطن يظم خمسة آلاف ومائة (5100) موظف موزعين على ثمانون مكتب للرقابة بالإضافة إلى عدد مهم من الموظفين المتخصصين يعملون في المكاتب الجهوية عبر الولايات، وتتكون التشكيلة البشرية للمكتب من محاسبين ومهندسين واقتصاديين ومتخصصين في الرياضيات وخبراء في الإعلام وجامعيين متخصصين في الإدارة والتجارة¹.

ب - اختصاصات المكتب العام للمحاسبات:

مبدئياً نقول أن المكتب العام للمحاسبات كما هو عليه الحال بالنسبة لمكتب المراجعة الوطني البريطاني يتولى الرقابة البعيدة والسابقة على المال العام وبالتالي يقوم على الخصوص بما يلي:

- يعتمد أوامر الصرف الصادرة على مدير المالية.
- فحص حسابات الحكومة المركزية وحسابات الولايات والمؤسسات العامة للتأكد من صحتها ومطابقتها للواقع.
- التأكد من أن هذه المصروفات تمت وفقاً للقانون المعمول به وأنها صرفت فعلاً في المجال والغرض المخصص لها.
- مراجعة المشاريع والاستثمارات الجديدة.

¹ - فهمي محمود شكري، المرجع السابق، ص 141.

وعليه نقول أن المكتب يباشر الرقابة السابقة على الأموال العمومية من خلال اعتماده لأوامر الصرف الصادرة عن وزير المالية وبيباشر الرقابة اللاحقة على المال العام من خلال رقابته الصارمة على كيفية وطريقة صرف المال العام على جميع المستويات.¹

ج - مظاهر استقلال المكتب العام للمحاسبات:

من خلال نظام المكتب يمكن استخلاص بعض المظاهر المبررة لاستقلال المكتب على السلطة التنفيذية ما دامت هي المعنية الأولى بالرقابة كما يلي:

- عدم إمكانية إقالة المحاسب العام ونائبه من طرف السلطة التنفيذية للمدة التي يتم تعيينه فيها التي يجب أن تدوم 15 سنة، يمكن إقالته فقط من طرف الكونجرس بموجب قرار أو في حالة محاكمته أمام مجلس الشيوخ وهذا ما يجسد قوة المحاسب العام ومن ثمة فعالية المكتب العام للمحاسبات في و.م.أ.

- يتوج المكتب رقابته بتقرير يرفعه إلى الكونجرس وليس لرئيس الدولة يتضمن المحاور التالية:

. المخالفات المالية التي يقف عليها المكتب.

. تحديد المسؤول عن هذه المخالفات

. يبين الإسراف والضياع الذي طال المال العام عند استخدامه.²

وعليه نستنتج أن هناك تقاربا بين عوامل قوة وفعالية واستقلال المكتب العام للحسابات الأمريكي ومكتب المراجعة الوطني البريطاني، هذا الجهاز الذي يتولى الرقابة السابقة واللاحقة على المال العام تم تزويده بكل عوامل القوة سواء من الناحية الهيكلية أو البشرية وهو مستقل تماما عن السلطة التنفيذية وإن كان رئيسه لا ينتمي للسلطة التشريعية كما هو عليه الحال بالنسبة للتجربة البريطانية إلا أن التزامه بتقديم تقريره المتوج للرقابة للكونجرس يعني أنه مسؤول أمامه وبالتالي فتقاريره على المال العام أرضية يعتمد عليها الكونجرس عند فرض رقابته على السلطة التنفيذية، فرقابة كل من المكتب العام للمحاسبات والكونجرس يكمل كل منها الآخر فهي بحق رقابة قوية وفعالة وذات مصداقية ما دامت

¹ - أحميدوش مدني، المرجع السابق، ص 127.

² - المرجع نفسه، ص ص 126-127.

تزوج بين أصحاب الاختصاص من خبراء في كل الميادين وبين منتخبيين وسياسيين بالمرصاد لأي هفوة في مجال التسيير أو الإنفاق العام تقع فيها السلطة التنفيذية.

ثانيا: النموذج الرومانوجرمانى للرقابة العليا على المال العام: النموذج الفرنسى

مبدئيا نقول إننا نتناول هذه الجزئية للوقوف على أسلوب الرقابة على المال العام في الدول الرومانوجرمانية لأن الرقابة على الصفقات العمومية هي جزء من الرقابة على المال العام كما أننا نبحث في هيئات الرقابة لهذه الدول لأنها تشبه أو لنقل اقتبس منها مجلس المحاسبة عندنا اختصاصه الرقابي، والخاصية التي تشترك فيها كل هيئات الرقابة على المال العام في هذه العائلة هي إسناد هذه المهمة لمحكمة قضائية مستقلة ومتخصصة، والفرق بينها أن كل دولة تعطي لها اسما معيناً وتطبعها بطابع خاص دون المساس بالجواهر الذي تشترك فيه¹.

ففي إيطاليا والبرتغال مثلا تختص محكمة الرقابة على المال العام بمهمة "الرقابة السابقة" أما في بلجيكا فنظيرتها تمارس "الرقابة اللاحقة" على المال العام، وفي ألمانيا تمارس هذه المحكمة المتخصصة الرقابة "المالية والاقتصادية" على السواء.² وتبعاً لأخذ مشرعنا كثيراً عن المشرع الفرنسى ارتأينا أن نتناول التجربة الفرنسية في هذا المجال، فحسب الفقه تعتبر فرنسا أول دولة عرفت هذا النوع من الرقابة العليا على المال العام³ وقد مرت هذه التجربة بعدة مراحل حتى وصلت إلى ما هي عليه حيث أسس المشرع الفرنسى مجلس المحاسبة بقانون 16 سبتمبر 1807⁴ فما هي بنية هذه المحكمة، وما هي اختصاصاتها ومميزاتها، وما هي مظاهر استقلالها.

(1) البنية التنظيمية لمجلس المحاسبة الفرنسى:

حسب المرسوم رقم 85-199 الصادر بتاريخ 15 فيفري 1985 يتشكل مجلس المحاسبة الفرنسى من تشكيلات تمارس اختصاص الرقابة وتشكيلات تمارس الاختصاص الاستشاري.

¹ - أحميدوش مدني، المرجع السابق، ص 129.

² - المرجع نفسه، ص 130.

³ . المرجع نفسه، ص 130.

⁴ - في فرنسا تم إنشاء أول مرة غرفة المحاسبة بباريس سنة 1265، وبعد الثورة تم إنشاء اللجان البرلمانية للرقابة المالية سنة 1789، ثم مكتب الحسابات سنة 1791، ثم انتهى الأمر إلى إنشاء مجلس المحاسبة.

أ - تشكيلات الاختصاص الرقابي: وتظم ما يلي:

- الرئيس الأول للمجلس: يعين من طرف رئيس الجمهورية بمرسوم جمهوري بعد عرضه على مجلس الوزراء، يسهر على تنظيم سير نشاط المجلس.

- غرفة المشورة (chambre de conseil): تتشكل من كل رؤساء الغرف، بالإضافة إلى المدعي العام للمجلس وعدد من المستشارين وكاتب المجلس يرأسها الرئيس الأول للمجلس. تتعد هذه الغرفة إما بصفتها جهة تأديبية لأعضاء المجلس كما تتعد لمناقشة قضايا محالة عليها من رئيس المجلس أو باقتراح من المدعي العام وتتولى وضع الصيغة النهائية للتقرير السنوي المرفوع لرئيس الجمهورية.

- الغرف المجتمعة (les chambres réunies): تتشكل من رؤساء الغرف المعنية بالتجمع فقط وعدد من المستشارين في الدرجة الأولى تحت رئاسة الرئيس الأول للمجلس وبقرار منه، تنظر في قضايا محالة عليها من الرئيس الأول للمجلس ولاسيما لإبداء الرأي في قضايا ذات طابع إجرائي أو قضائي وكذا لنظر قضايا الطعن ضد أحكام صادرة عن غرف المجلس.

- الغرف (les chambres): يتشكل المجلس من سبع غرف كل منها تنظر في حسابات عدد من الوزارات المتقاربة في الاختصاص وكذا حسابات الإدارات العمومية، تقوم بالتدقيق في هذه الحسابات وتبعاً لذلك تصدر قرارات ذات طابع قضائي.

- المدعي العام (ministère public): يتولى النيابة العامة في المجلس مدعي عام يساعده محاميان عامان يعين بقرار جمهوري مثله مثل الرئيس الأول للمجلس بناء على اقتراح من مجلس الوزراء.¹

¹ - أحميدوش مدني، مرجع سابق، ص ص 131-132.

ب - تشكيلات الاختصاص الاستشاري:

لممارسة مجلس المحاسبة الفرنسي اختصاصه الاستشاري يعتمد على لجان وأهمها لجنة التقرير السنوي ولجنة البرامج ولجان أخرى متخصصة تتولى تقديم الاستشارة لمن يطلبها من السلطة التنفيذية ويمكنه الاستعانة بخبراء متخصصين في ميادين محددة ودقيقة¹ وفي هذا يشبه مجلس الدولة مستشار الحكومة.

(2) اختصاصات مجلس المحاسبة الفرنسي الرقابية ومميزاته:

نتناول اختصاصات مجلس المحاسبة الرقابية دون الاستشارية ثم نتناول أهم مميزاته.

أ- اختصاصات مجلس المحاسبة الرقابية:

بغض النظر على الاختصاص الاستشاري للمجلس يمكن أن نقسم اختصاصه الرقابي إلى نوعين رئيسيين:

أ1- **الاختصاص القضائي:** يتمحور حول مراجعة حسابات المحاسبين العموميين ويصدر المجلس في ذلك أحكاما إما بتبرئة ذمتهم أو بتحميلهم المسؤولية تجاه الخزينة العمومية باعتبارهم مدينين بالمبالغ غير المبررة والمكتشفة أثناء التدقيق في الحسابات² وأحكام المجلس هذه نهائية لا يجوز الطعن فيها إلا بالنقض أمام مجلس الدولة.

أ2- **الاختصاص المالي:** ونقصد به الرقابة المالية والإدارية على المال العام حيث يخضع لهذا النوع من الرقابة كل مسؤول من غير المحاسب العمومي والأمر بالصرف، وعند وقوف المجلس على مخالفات مالية يقوم بتبليغ الجهة المختصة التي يتبعها الموظف وكذا السلطة السلمية لها، ويبيد المجلس ملاحظاته حول هذه المخالفات والأخطاء ذات الطابع المالي ويقترح طرق إصلاحها،³ وفي نفس السياق يمكن أن ندرج التقرير السنوي الذي يرفعه مجلس المحاسبة الفرنسي لرئيس الجمهورية يبيد فيه رأيه وملاحظاته حول نشاط الوزراء والأميرين بالصرف بصفة عامة وكذا تبيان الإختلالات المالية المسجلة أثناء فرض رقابته، ولا يكتفي المجلس بالتقرير المرسل لرئيس الجمهورية بل يعمل على تبليغ كل الدوائر الوزارية والإدارات العامة بتقارير تكشف الإختلالات المالية المسجلة مع اقتراح حلول لذلك.

¹- المرجع نفسه، ص 132.

²- أ. حميدوش مدني، المرجع السابق، ص 433.

³- المرجع نفسه، ص 33.

3) مميزات مجلس المحاسبة الفرنسي: لا نتوسع كثيرا في هذا المجال ولكن حسب

القانون المنظم للمجلس يمكن أن نذكر أهم مميزاته:

أ- يتمتع مجلس المحاسبة الفرنسي باختصاص مالي يتعلق بعمل المحاسب العمومي والموظفين المدنيين والعسكريين دون الأمر بالصرف وكذا ميدان الجباية ولهذا السبب أنشأ المشرع الفرنسي هيئات مكملة¹ لاختصاص ونشاط مجلس المحاسبة نذكر منها²:

- محكمة التأديب المالي: تم إنشائها سنة 1948 تختص بنظر المخالفات المالية المحالة عليها من طرف المدعي العام لمجلس المحاسبة والمتعلقة بمخالفات الأمرين بالصرف بصفة رئيسية ويمكن لهذه المحكمة الخاصة توقيع جزاءات على هؤلاء المخالفين لقواعد الإنفاق العام.

- مجلس الضرائب: يختص بمجال الجباية الضريبية أنشاء سنة 1971.

- اللجنة المركزية للتقصي: تنتظر في مردودية عمل المصالح العمومية وتكاليف سيرها.

ب- يتميز نشاط المجلس باللامركزية وتم تدعيمه لاحقا بإنشاء فروع جهوية تابعة له موزعة على كل جهات الدولة ومنذ سنة 1982 تم إنشاء أربعة وعشرون غرفة جهوية للحسابات.

ج- يمارس مجلس المحاسبة الفرنسي الرقابة البعيدة على الإنفاق العمومي.

4) مظاهر استقلال مجلس المحاسبة الفرنسي:

أهم هذه المظاهر على الإطلاق اعتبار مجلس المحاسبة الفرنسي محكمة تصدر أحكاما نهائية لا يطعن فيها إلا بالنقض وهذا كما رأينا أعلاه، ومعلوم أن فرنسا تعتمد على مبدأ الفصل الجامد بين السلطات وبالتالي ما دام المشرع الفرنسي اعترف لمجلس المحاسبة بالاختصاص القضائي إلى جانب الاختصاص المالي الإداري والاستشاري فإن المجلس مستقل تماما عن السلطة التنفيذية أما رفعه لتقرير سنوي لرئيس الجمهورية وتقارير للحكومة وللوزراء ولاسيما الوزير المكلف بالمالية فهذا لا يجعله تابعا للسلطة التنفيذية.

يمكن القول أن مجلس المحاسبة الفرنسي جهاز رقابة قوي وفعال يمكن الاعتماد عليه لتجنب الخطر الجزائي في المجال المالي عموما وفي مجال الصفقات العمومية تحديدا

¹ . يمكن وصفها بالمكملة لأنها بالفعل تكمل عمل مجلس المحاسبة رغم أن القانون لم يصفها بهذا الوصف.

² - أحميدوش مدني، المرجع السابق، ص134.

وخاصة عندما يباشر اختصاصه القضائي على المحاسبين العموميين، ورغم تدني فعاليته عندما يباشر مهامه بصفته جهة مالية إدارية بحيث يكتفي بإصدار تقارير تكشف كل المخالفات المالية المرتكبة أثناء عملية الإنفاق العمومي متبوعة بأرائه لتجاوز هذه الإختلالات ورفعها إلى الجهة المختصة بعملية الإنفاق وكذا السلطة السلمية لها إلا أن الواقع يثبت أن المتابعة الجادة لهذه التقارير من شأنها منح القوة والفعالية للرقابة البعيدة لمجلس المحاسبة الفرنسي.¹

بعد هذا العرض الوجيز لنماذج عن المدرستين العالميتين نعرض على التجربة الجزائرية في مجال الرقابة العليا على المال العام أو الإنفاق العام في الدولة والتي يدخل تحت طائفتها الرقابة المالية على الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تثمين الرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة في الجزائر

في سبيل الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية يبدو أن تثمين دور مجلس المحاسبة ممارسا لاختصاص الرقابة اللاحقة على الإنفاق العام في الدولة من شأنه المساهمة إلى جانب آليات أخرى في محاصرة الفساد الذي انتشر في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة.

وعندما يلعب المجلس دوره بفعالية فإن المخاطرة الجزائرية من طرف الفاعلين في الميدان تنتقل إلى أدنى مستوياتها لأن الجميع يعلم أن إبرام صفقة بصفة مخالفة للقانون الموضوعي أو قانون الصفقات العمومية وكذا مخالفة قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ليست هي نهاية المطاف بل إن الصفقة تخضع لأنواع متعددة من الرقابات تبدأ بالمراقب المالي ثم المحاسب العمومي ثم مجلس المحاسبة وأن يفلت المخالف للقانون من كل هذه الرقابات السابقة واللاحقة احتمال ضعيف.

وعليه فيما يخص مجلس المحاسبة في الجزائر الذي يميل نظرا لعوامل تاريخية وقانونية إلى المدرسة الرومانوجرمانية أو اللاتينية نتساءل حول البنية التنظيمية للمجلس (أولا)، ثم نطاق رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات (ثاني)، ثم مظاهر استقلاله (ثالثا)،

¹ - تبعا للتوصيات التي قدمها الأستاذ الفقيه CAILLAUX للوزير المكلف بالمالية KLOTZ المتضمنة متابعة تنفيذ توصيات مجلس المحاسبة الفرنسي من طرف الإدارة والمؤسسات الاقتصادية المعنية لهذه التوصيات أدخل المشرع الفرنسي العديد من التعديلات على نظام مجلس المحاسبة ، راجع في هذا الصدد، خضري حمزة المرجع السابق، ص 231.

وهذا في سياق البحث عن تثمين أو تفعيل دوره الرقابي كآلية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية تحديداً.

أولاً: البنية التنظيمية لمجلس المحاسبة

تم النص عليه لأول مرة سنة 1963 ثم تناوله دستور 1976 واستمر وجوده في دستور 1989 ودستور 1996 المعدل، وقد تم تنظيم المجلس لأول مرة بموجب قانون¹ ثم عمد المشرع إلى تنظيمه بموجب أوامر حيث صدر الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 يوليو 1995 المعدل المتمم بالأمر رقم 10-02 في 26/08/2010 المتعلق بمجلس المحاسبة² وهو محور الدراسة سواء في ما يخص بنيته التنظيمية أو فيما يخص نطاق رقابته.

حسب القانون الساري مجلس المحاسبة هيئة رقابة بعدية على الإنفاق العام يمارس اختصاصه بطريقة إدارية وأخرى قضائية، يمكن القول أن المجلس هيئة ذات طابع إداري وقضائي في نفس الوقت وانطلاقاً من هذه الطبيعة جاءت بنيته التنظيمية بالشكل التالي:

1) تشكيلات المهام القضائية: لمباشرة هذا الاختصاص يتشكل مجلس المحاسبة حسب القانون الساري الأمر رقم 95-20 من الهياكل التالية:

أ- رئاسة المجلس: يتراأس مجلس المحاسبة رئيس المجلس يعين بموجب مرسوم رئاسي من طرف رئيس الجمهورية يساعده نائب يعين بمرسوم رئاسي بعد اقتراح من طرف رئيس المجلس حسب المادة 3 و4 من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم. يساعده ديوان يتكون من رئيس الديوان ومديرو دراسات يعينون بمرسوم رئاسي يعملون تحت إشراف وتوجيه رئيس المجلس. يتولى الرئيس كل المهام التنظيمية والتنسيقية للمجلس حسب المادة 41 من الأمر رقم 95-20 وكذا المادة 03 من النظام الداخلي للمجلس الصادر بالمرسوم الرئاسي

¹ - القانون رقم 80-05 المؤرخ في 01 مارس 1980، ج ر، عدد 20 لسنة 1980، ثم صدر القانون رقم 90-23 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، ج ر، عدد 53 لسنة 1990.

² - أمر 95-20 مؤرخ في 17 جويلية 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 39 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر، عدد 50، صادر بتاريخ 2010/09/01.

رقم 95 - 377،¹ كما يشرف الرئيس على كل مهام التفتيش والتحقيقات الإدارية التي يتولاها الديوان.

ب- غرف مجلس المحاسبة: يتشكل المجلس من غرف مقسمة إلى أقسام وهذا على شاكلة المحكمة العليا ومجلس الدولة وهي ذات اختصاص وطني أو جهوي. حسب المادة 09 من النظام الداخلي للمجلس يتكون المجلس من 08 ثمانية غرف ذات اختصاص وطني وتسعة (09) غرف ذات اختصاص جهوي تختص كل غرفة بمراقبة مجال معين من مجالات الإنفاق العام²، تمارس هذه الغرف مهام قضائية وأخرى إدارية في سياق رقابتها اللاحقة على المال العام، ومن أهم غرف المجلس غرفة الانضباط التي يحال عليها ملفات موظفين متابعين من طرف الناظر العام عن مخالفة تتعلق بالتسيير والمالية وتتشكل كجهة تحقيق أو جهة حكم.

ج- النظارة العامة: يتولى مهام النيابة العامة في المجلس الناظر العام يعين بمرسوم رئاسي يساعده من ثلاثة نظار مساعدين إلى ستة يمارسون مهامهم النيابة في مقر المجلس وإلى جانبهم هناك ناظر مساعد إلى ناظرين مساعدين على مستوى كل غرفة جهوية وكلهم تحت سلطة الناظر العام.

د- كتابة ضبط مجلس المحاسبة: تتكون من كاتب ضبط رئيسي يساعده كتاب ضبط للقيام بمهمة كتابة الضبط على مستوى المجلس المتمثلة في إعداد جدول جلسات المجلس وحضور الجلسات ومسك كل الجداول والسجلات وتسليم وتبليغ القرارات الصادرة عن المجلس.

(2) تشكيلات المهام الإدارية: إلى جانب التشكيلات السابقة المنوط بها النشاط القضائي للمجلس هناك تشكيلات مساعدة ذات مهام إدارية تنظيمية³ هي:

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 95 - 377 المؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 72، سنة 1995.

² - اختصاص الغرف الوطنية كما يلي: المالية، السلطة العمومية والمؤسسات الوطنية، الصحة والشؤون الاجتماعية والثقافية، التعليم والتكوين، الفلاحة والري، المنشآت القاعدية والنقل، التجارة والبنوك والتأمينات باستثناء بنك الجزائر، الصناعة والمواصلات.

³ . راجع الأمر رقم 95 - 20، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10 - 02، والمرسوم الرئاسي رقم 95 - 377، مرجع سابق.

أ- الأمانة العامة للمجلس: يرأسها أمين عام بمساعدة مكاتبين وأقسام تقنية ومصالح إدارية وباعتباره الأمر بالصرف الرئيسي للمجلس يتولى كل المهام المالية والإدارية للمجلس تحت سلطة رئيس المجلس.

ب- الأقسام التقنية: قسم تقنيات التحليل والرقابة وقسم الدراسات ومعالجة المعلومات.
ج - المصالح الإدارية: تتكون من مديرية الإدارة والوسائل، المديرية الفرعية للميزانية والمحاسبة، المديرية الفرعية للوسائل والشؤون العامة، المديرية الفرعية للإعلام الآلي، وكلها تحت إشراف الأمين العام.

نشير إلى أن التطرق إلى البنية التنظيمية للمجلس جاء في سياق البحث على طبيعة المجلس ومدى فعاليته التي سوف نرجع إليها لاحقاً.

ثانياً: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية ونطاقها

في سياق البحث حول رقابة مجلس المحاسبة كآلية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية نحاول حصر الرقابة التي يمارسها المجلس في إطار اختصاصه الرقابي على المال العام، ونتطرق إلى نطاق هذه الرقابة بالنظر إلى الأشخاص المعنيين بتنظيم الصفقات العمومية وبالتالي سوف نتناول أنواع الرقابة التي يمارسها المجلس في هذا الإطار وكذا الهيئات المعنية بهذه الرقابة البعدية، ثم نتطرق إلى نطاق هذه الرقابة، ونتوج دراستنا بتقييم فعالية المجلس من خلال معطيات مختلفة.

1) أنواع الرقابة المفروضة من طرف مجلس المحاسبة:

حسب الأمر رقم 95-20¹ المعدل والمتمم يمارس مجلس المحاسبة الرقابة البعدية على الإنفاق العام الذي يشمل الصفقات العمومية من خلال رقابة المطابقة حسب المادة 02 و69 من الأمر المذكور ويمارس رقابة نوعية للتسيير وكذا رقابة على عمل المحاسبين العموميين.

أ- رقابة المطابقة على الصفقات العمومية:

يمارس مجلس المحاسبة رقابة المطابقة على الإنفاق العمومي بصفة عامة ومن بينها مجال الصفقات العمومية، يمارس هذه الرقابة البعدية على المال العام بصفته جهة قضائية تتمتع باختصاص التحقيق وما يتضمنه من سلطات واسعة في مواجهة المصلحة المتعاقدة

¹ - الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، مرجع سابق.

والموظفين وكذا سلطة توقع الجزاءات المالية ومتابعة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه، وعليه يمارس المجلس رقابته على الصفقات العمومية من خلال دراسة كل الوثائق المرسلة إليه بصفة دورية ومن بينها ملف الصفقة العمومية باعتبارها تمثل نفقة عمومية، كما يمارس المجلس هذه الرقابة تبعا لمراقبة فجائية سواء بصفة عفوية أو تبعا لشكوى أو لشبهة حسب المادة 14 وما بعدها من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم، وتشمل هذه الرقابة عدة مجالات المجال الأول يتمثل في رقابة المطابقة مع القوانين المنظمة للصفقة العمومية ما دمنا نبحث في هذا الميدان، والمجال الثاني هو مراقبة مطابقة الاعتمادات المالية ومدى استعمالها في المجال المخصص لها.

وعليه يراقب مجلس المحاسبة ملف الصفقة العمومية ومدى احترام قانون الصفقات العمومية الساري وكذا النصوص المرتبطة بالصفقات العمومية، وفي هذا المجال يمكن أن يكتشف مخالفات للقانون تجعلنا أمام إبرام صفقة عمومية مخالفة للقانون قد تصل إلى درجة البطلان وقد تكشف لنا هذه الرقابة على جريمة من جرائم الصفقات العمومية.

ولأن مجلس المحاسبة يراقب مدى مطابقة الصفقة للقانون فإن هذا الأخير منح له سلطة المطالبة بأي نظام داخلي أو تنظيم مرتبط بمجال إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية¹ كما يمكنه أن يطلب أي وثيقة أخرى من المصلحة المتعاقدة لها علاقة بملف الصفقة محل المراقبة، ومن جهة أخرى يراقب مجلس المحاسبة استعمال المصلحة المتعاقدة للاعتمادات المالية المخصصة ومدى إنفاقها في المجال المخصص لها عملا بنص المادة 88 من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم²، مع الإشارة أن هذه المادة تنص على بعض المخالفات المالية إذ من الصعب أن تحصر كل هذه المخالفات، وفي هذا المجال قد تترتب المسؤولية الشخصية للأمر بالصرف أو موظف آخر تدخل في إبرام أو تنفيذ الصفقة وفي هذا تفرض عليه جزاءات.³

تتوج هذه الرقابة على مستوى الغرفة المختصة بإعداد تقرير عن مخالفة مالية تم اكتشافها يرفع إلى الناظر العام الذي يتصرف فيه كما تتصرف النيابة العامة في القضاء

¹ - خضري حمزة ، المرجع السابق، ص224.

² - راجع المادة 88 من الأمر رقم 95-20، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - نادية تياب، المرجع السابق ، ص331.

الجزائي إما حفظ الملف إذا رأى أنه لا مجال للمتابعة سواء للتقادم أو لعدم توفر الأدلة الكافية للإدانة أو لعدم ثبوت المخالفة في حد ذاتها بموجب قرار معلل قابل للطعن حسب المادة 94 من الأمر رقم 20-95 المعدل والمتمم، وإما متابعة هذا العون العمومي وفي هذه الحالة يحيل الملف على رئيس غرفة الانضباط المشار إليها سابقا.

لمعالجة الملف تبدأ الغرفة بفتح تحقيق حسب المادة 94 من الأمر 20-95 المعدل والمتمم حيث يعين رئيس غرفة الانضباط مقرا يباشر هذا التحقيق مع العون المعني بالمخالفة وأي عون آخر له علاقة أو مسؤولية في هذا الملف، وبعد انتهاء التحقيق يرفع المقرر الملف المتضمن محاضر السماع وكذا تقرير مفصل يضمنه اقتراحاته في الموضوع إلى رئيس غرفة الانضباط الذي بدوره يرفعه للناظر العام.

عندما يقرر الناظر العام متابعة العون محل التحقيق يخطر رئيس غرفة الانضباط هذه المرة بقراره، وتبعا لذلك بأمر رئيس الغرفة بتعيين مقرر يعد تقريره الذي يقدمه أمام تشكيلة غرفة الانضباط الناظرة في الملف في التاريخ الذي يحدده رئيس الغرفة، ويتم إعلام الناظر العام بهذه الجلسة ويستدعي العون العمومي محل المتابعة برسالة موصى عليها حسب المادة 98 من الأمر رقم 20-95 المعدل والمتمم.

بعد المرافعات تصدر الغرفة حكما ينطق به في جلسة علنية وهو حكم نهائي قابل للتنفيذ مباشرة يتم تبليغه للعون العمومي المتابع وللناظر العام وحتى للوزير المكلف بالمالية والسلطة الرئاسية والوصية التي يتبعها العون العمومي¹، يمكن أن يعاقب المجلس العون العمومي المتابع بمخالفة مالية حسب المادة 88 من الأمر رقم 20-95 المعدل والمتمم بغرامة مالية لا تتجاوز قيمة الراتب السنوي لهذا العون العمومي في السنة التي يتابع فيها²، وفي هذا الجانب يبرز الاختصاص القضائي الذي يتميز به مجلس المحاسبة إلى جانب اختصاصه الرقابي الإداري الذي يتوج بتقارير وتوصيات دون أن تصل إلى درجة إصدار أحكام نافذة وهذا ما سوف نتناوله من خلال نوعين من الرقابة يمارسها مجلس المحاسبة.

ب) رقابة نوعية التسيير:

¹ - نادية تياب، المرجع السابق ، ص332.

² - راجع المادة 88 من الأمر رقم 20-95، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

يعبر عليها أيضا في بعض الدول العربية برقابة الأداء أو رقابة الكفاءة، وهي رقابة النجاعة في استعمال وتسيير الموارد والاعتمادات المالية من طرف الهيئة المرصود لها هذه الاعتمادات،¹ ويمارس مجلس المحاسبة هذه الرقابة بناء على المادة 69 من الأمر رقم 20-95 المعدل والمتمم وهي رقابة تكمل رقابة المطابقة بغرض الوصول إلى رقابة بعدية شاملة وفعالة.

ولأن الصفقات العمومية أحد مجالات الإنفاق العمومي يطبق مجلس المحاسبة هذه الرقابة على إبرام الصفقة وتنفيذها للتأكد من أن كل الإجراءات تمت وفق القدرات المالية للمصلحة المتعاقدة بغرض تحقيق الأهداف المسطرة بشكل جيد وبكفاءة ومع مراعاة الجانب الاقتصادي في ما يخص الإنفاق العام، وتشمل مراقبة نوعية التسيير في مجال الصفقات العمومية مجموعة من العناصر تدخل في تكوين الصفقة تخضع كلها رقابة مجلس المحاسبة.

يراقب المجلس عنصر الاقتصاد أثناء التعاقد أي هل راعت المصلحة المتعاقدة هذا الجانب عندما منحت الصفقة لمن تقدم بأدنى سعر دون إهمال جانب الجودة² وبالتالي تحقيق المصلحة المتعاقدة أهدافها بكفاءة واقتصاد في النفقات دون إسراف أو تبذير، وعليها أن تستعمل الأموال المرصودة بشكل عقلاني واقتصادي مع تحقيق أهدافها التي لا تخرج عن المصلحة العامة. يراقب أيضا مجلس المحاسبة عنصر النجاعة عند التعاقد أي هل حققت المصلحة المتعاقدة أهدافها واحتياجاتها من حيث الكمية والنوعية والمواصفات التقنية المطلوبة دون تجاوز السقف المالي المسموح به والمعتمد مسبقا³، كما يراقب مجلس المحاسبة نوعية التسيير والأداء الفعال للمصلحة المتعاقدة التي وجدة من أجل أهداف معينة لا تخرج في كل الأحوال عن المصلحة العامة وإبرام المصلحة المتعاقدة لصفقات عمومية لا يجب أن يخرج عن هذه الأهداف وبالتالي رقابة مجلس المحاسبة هنا تدور حول مدى نجاح المصلحة المتعاقدة من خلال النتائج المحققة من وراء الصفقة العمومية بالمقارنة مع الأهداف ككل فكلما اقتربت النتائج المحققة من خلال الصفقة محل المراقبة من الهدف

¹ - خضري حمزة ، مرجع سابق ، ص 227.

² - خضري حمزة ، مرجع سابق ، ص 229.

³ - المرجع نفسه، ص 229.

المسطر كانت المصلحة المتعاقدة موفقة من حيث حسن التسيير والأداء الفعال وكلما حادت عن هذه الأهداف أصبحت في حكم سوء التسيير والأداء الفاشل¹، ومن جهة أخرى يتصدى المجلس لكل إخلال متعمد وإعلام السلطات السلمية أو الوصية بهذه الإختلالات المتعلقة بعملية التسيير لتقوم بما هو مناسب طبقاً للقانون وهذا من قبيل مكافحة الفساد في الصفقات العمومية. ويتوج مجلس المحاسبة رقابته هذه بتوصيات من شأنها إصلاح ما يبدو فاسداً وتفعيل عملية التسيير مع الاستعمال الأمثل للمال العام.

إن علم الأعوان العموميين في المصلحة المتعاقدة بسلطة واختصاص مجلس المحاسبة في مجال رقابة التسيير السابق ذكرها من شأنه ردع هؤلاء في حالة تقصيرهم أو تعمد سوء الأداء أثناء تسيير ملف الصفقة العمومية وهذا ما يشكل آلية لتجنب الخطر الجزائي ولو جزئياً.

ج) مراقبة حسابات المحاسبين العموميين:

يراجع مجلس المحاسبة حسابات المحاسبين العموميين عملاً بنص المادة 74 و75 من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم وهذا في سياق استكمال رقابته على المال العام بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة،² يقوم المجلس بهذه الرقابة سواء على مستوى المصلحة المتعاقدة تبعاً لزيارة عادية أو فجائية أو على مستوى مقره، كما يقوم بذلك سواء أثناء الرقابة المقررة بمناسبة مراقبة ملف الصفقة العمومية والنفقة العامة أو تبعاً لشكوى أو بلاغ من الغير حسب المادة 14 من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم³، ينفذ هذه المراجعة مستشار مقرر يعينه رئيس الفرقة المتواجد على مستواها ملف النفقة يساعده قضاة أو مساعدين تقنيين في التخصص.

يتوج المجلس رقابته هذه بتقرير يتضمن نتائج المراجعة واقتراحاته في الموضوع يقدم لرئيس الغرفة الذي بدوره يرفعه إلى الناظر العام، ويحق لهذا الأخير أن يقدم بدوره مذكرة مكتوبة حول هذه النفقة، ويحال ملف الرقابة هذا على هيئة المداولة للنظر فيه في فرضين، الفرضية الأولى حالة عدم وجود أي إختلالات وفي هذا تصدر هيئة المداولة قراراً نهائياً،

¹ - المرجع نفسه ، ص230.

² . راجع المادة 74 و 75 ، الأمر رقم 95- 20 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10- 02 ، مرجع سابق.

³ . راجع المادة 14 ، نفس الأمر .

الفرضية الثانية هي تسجيل مخالفات مالية في حسابات المحاسب العمومي وفي هذه الحالة تصدر هيئة المداولة قرارا مؤقتا يبلغ للمحاسب العمومي المعني يرد عليه كتابيا في أجل شهر من تاريخ التبليغ ويمكن أن يرفق إجابته وثائق ومستندات تبرا ذمته المالية.

إن هذه الرقابة أو المراجعة من شأنها تحديد المسؤوليات فإذا ثبت لمجلس المحاسبة أن المحاسب العمومي دقيق في حساباته ولا مسؤولية عليه يعني البحث في المتسبب في هذه المخالفات المالية وبهذا الشكل يتجنب المحاسب العمومي خطرا جزائيا محققا في حالة براءة ذمته، وعلى العكس من ذلك يتجنب الأعوان العموميين في المصلحة المتعاقدة وفي مقدمتهم الأمر بالصرف الخطر الجزائي في حالة ثبوت مسؤولية المحاسب العمومي.

(2) نطاق رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية:

لدراسة هذه الجزئية يجب الرجوع إلى القانون المنظم لمجلس المحاسبة وقانون الصفقات العمومية، كما نجد إجابة على هذا التساؤل بعد التعديل الدستوري لسنة 2016¹ حيث تم تعديل المادة 170 ونقل مضمونها إلى المادة 192 منه.

وحسب المادة 69 من الأمر رقم 95-20 فإن مجلس المحاسبة يمارس رقابته البعدية على هيئات محددة في المادة 07 و 10 من نفس الأمر هي مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والمرافق والهيئات العمومية التي تسري عليها قواعد المحاسبة العمومية والمرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات والهيئات العمومية التي تمارس نشاطا تجاريا أو ماليا التي تكون أموالها ومواردها أو رؤوس أموالها ذات طابع عمومي، وبعد تعديل القانون السابق بموجب الأمر رقم 10-02 أضاف المشرع المادة 08 مكرر التي وسعت نطاق رقابة مجلس المحاسبة إلى الشركات والمؤسسات والهيئات العمومية مهما كان وضعها القانوني التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات أو الشركات أو الهيئات الأخرى بصفة مشتركة أو فردية مساهمة بأغلبية في رأسمال أو سلطة قرار مهيمنة.² مقارنة هذه المادة مع المادة 06 قانون الصفقات المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يجعلنا نقول أن هناك تقاطعا بينهما، فقد ورد في المادة 06 أن قانون الصفقات يطبق على الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات

¹ - القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

² . راجع المادة 08 مكرر، الأمر رقم 10-02، مرجع سابق.

العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية¹، وإذا رجعنا إلى قانون الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى لوجدنا أن المادة 02 منه أكثر اتساعاً من المادة 06 بحيث كان قانون الصفقات العمومية يطبق أيضاً على مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجيا والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، ولا نقول أن هذه الهيئات العمومية لا تخضع لرقابة مجلس المحاسبة مطلقاً بل تخضع لرقابته بعنوان مراقبة الإنفاق العام بصفة عامة وليس بعنوان نفقة عمومية بموجب صفة عمومية.

ورجعوا إلى دستور 1996 المعدل بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 نسجل أن المادة 192 منه تنص على أن مجلس المحاسبة مكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية وكذا رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة،² وعليه بمقارنة هذه المادة مع المادة 170 من دستور 1996 قبل التعديل نسجل أن المشرع وسع من نطاق رقابة مجلس المحاسبة إلى المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري وبهذا يحصل التطابق بين المادة 192 من الدستور والمادة 06 من قانون الصفقات المرسوم الرئاسي 15-247 وكذا المادة 7 و8 مكرر و10 من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم بالأمر 10-02 المتعلق بمجلس المحاسبة.

وعليه نقول أن نطاق رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية أصبح واسعاً يشمل كل الأشخاص العامة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية بما فيها المؤسسات الخاضعة للقانون التجاري، وبهذا الشكل أصبحت هذه الرقابة آلية لتفادي الخطر الجزائي في مجال الصفقات العمومية فاستجابة هذه الهيئات الخاضعة للرقابة البعدية لتقارير مجلس المحاسبة إيجابياً يحمي مسيري ومسؤولي هذه الهيئات من خطر المتابعة الجزائية، كما أن علم هؤلاء بوجود رقابة بعدية لحساباتهم وتصرفاتهم يدفعهم إلى توخي الحذر ومراجعة كل

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

² - راجع المادة 192 من القانون رقم 16-01، مرجع سابق.

حساباتهم قبل حلول أجل الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة وهذه واحدة من إيجابيات رقابة المجلس للمال العام وللصفقات العمومية على الخصوص.

ثالثاً: مظاهر استقلال مجلس المحاسبة عنواناً على فعاليته:

إن البحث في مدى استقلال مجلس المحاسبة يحكمه عاملان طبيعة المجلس وبنيتة التنظيمية، ولقد سجلنا أن أعضاء المجلس بما فيهم الرئيس يتم تعيينهم بمرسوم رئاسي وأن المجلس كان يرفع تقريره السنوي لرئيس الجمهورية حسب المادة 170 من دستور 1996¹ ولم تكن هناك أي إشارة لتمتعه بالاستقلال حسب نفس المادة ولا توجد أي ضمانات لعدم تعرض رئيسه أو أحد أعضائه للإقالة من طرف رئيس السلطة التنفيذية على خلاف ما رأيناه عند تناولنا للتجربة الأنجلوسكسونية من خلال تجربة بريطانيا وتجربة و.م.أ. فيما يخص عدم إمكانية عزل المحاسب العام في بريطانيا وتبعية مكتب المراجعة الوطني للسلطة التشريعية وتقديم تقريره السنوي لمجلس العموم وحيازته لحساب مالي خاص أي استقلاله العضوي والمالي، ونفس الملاحظة سجلناها عند دراسة المكتب العام للمحسابات في و.م.أ. ورئيسه المحاسب العام.

وعند دراستنا لمجلس المحاسبة الفرنسي وقفنا على طابعه القضائي ومعلوم أن القضاء في فرنسا مستقل تماماً عن السلطة التنفيذية نظراً لاعتماد المشرع الفرنسي على مبدأ الفصل الجامد بين السلطات ولنا في ذلك مجلس الدولة خير مثال على هذا الاستقلال رغم تبعيته للسلطة التنفيذية كما أن المشرع الفرنسي لم يكتفي برفع المجلس لتقريره السنوي لرئيس الجمهورية بل ألزمه بأن يرفع نفس التقرير إلى الحكومة والوزراء ولاسيما وزير المالية.

وبعد تعديل دستور 1996 بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الذي شمل المادة 170 منه وعوضها بالمادة 192 نسجل أن المشرع نص صراحة في هذه الأخيرة على استقلال مجلس المحاسبة هكذا "يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية..."²

¹ المادة 170 دستور 1996 " يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية.

بعد مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية..."

² - راجع المادة 192 من القانون رقم 16-01، مرجع سابق.

ونص المؤسس الدستوري على مساهمة مجلس المحاسبة في تطوير الحكم الراشد ومعلوم أن انتهاج سياسة الحوكمة والحكم الراشد توجه حديث للدول وكذا للمنظمات الدولية العامة والمتخصصة المهمة بمكافحة الفساد،¹ وألزم المشرع الدستوري مجلس المحاسبة أيضا بضرورة رفع تقريره السنوي إلى جانب رئيس الجمهورية الى كل من الوزير الأول ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني المجسدين للسلطة التشريعية في الدولة وبهذا الشكل أصبح لمجلس المحاسبة عندنا علاقة بالسلطة التشريعية أو بالبرلمان بغرفتيه باعتباره سلطة رقابة على عمل السلطة التنفيذية حتى هو، وهذا ما جعل مجلس المحاسبة عندنا في وضع مشابه لمجلس المحاسبة الفرنسي² ولكن بفارق مهم هو أننا لا نعمل بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات بل بالفصل المرن وما يترتب عليه من آثار، إلى هذا الحد نقول أن مجلس المحاسبة عندنا مستقل والمادة 192 من الدستور حسمت في المسألة من الأساس وبصفة صريحة ولكن استقلال المجلس واقعيا يحتاج إلى مزيد من الإجراءات في مقدمتها إضفاء حصانة كاملة على أعضائه وعلى الرئيس وهذا بالنص على عدم إمكانية عزلهم من طرف من عينهم أي رئيس الجمهورية خلال مدة تعيينهم ونقل هذا الاختصاص إلى السلطة التشريعية بغرفتيها وفقا لإجراءات محددة، ولتدعيم استقلال المجلس والزيادة من فعاليته يستحسن جعله تابع للسلطة التشريعية وفقا للتجربة الأنجلوسكسونية فمعلوم أن البرلمان هو جهاز رقابة على السلطة التنفيذية وإذا أضفنا له الرقابة البعدية على المال العام عن طريق مجلس المحاسبة فإن البرلمان يتقوى بمجلس المحاسبة وهذا الأخير يتقوى بالسلطة التشريعية ويكسب بالتالي فعالية أكبر.

ومن جهة أخرى يجب العمل على تكريس استقلال القضاء ومعه استقلال مجلس المحاسبة واقعيا باعتباره يمارس الاختصاص القضائي مما يؤدي الى الزيادة في فعالية المجلس عندما يمارس الرقابة على المال العام وعلى الصفقات العمومية على الخصوص

¹ - أنظر تبيري أرزقي، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وسياسة الحوكمة، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014/2013.

² . مع العلم أن مجلس المحاسبة الفرنسي لا يرفع تقريره السنوي للبرلمان كما هو عليه الحال في تنظيم مجلس المحاسبة عندنا بعد التعديل الدستوري لسنة 2016.

خاصة إذا علمنا أن الواقع أثبت أن الصفقات الضخمة يفوز بها نافذون وليس من السهل أن تمتد يد مجلس المحاسبة لهذه الصفقات المحصنة واقعيا نقول هذا بكل أسف.

تدعيم مجلس المحاسبة بكل الإمكانيات المادية وجعله يعمل بشكل لا مركزي، و بالنسبة لتشكيلته فيجب تدعيمها بمتخصصين وخبراء في كل الميدان ولاسيما مجال الصفقات العمومية وهذا يزيد من مصداقية تقاريره وقراراته ومن ثمة فعاليته، والعمل على بلورة معايير الرقابة على التسيير نظرا لتنوع أهداف المصلحة المتعاقدة من خلال الصفقة العمومية¹.

كما أن إصدار المجلس لقرارات وتقارير وبقائها في كثير من الحالات حبرا على ورق نظرا لاكتفاء المجلس بإصدار هذه التقارير والقرارات دون إمكانية متابعة تنفيذها يقوض فعاليته وبالتالي إيجاد آلية تمكن المجلس من متابعة تنفيذ ما يصدره من قرارات وتوصيات يزيد من فعاليته وهو توجه لطالما عمل المشرع الفرنسي على تجسيده نظرا لأهميته.

وعلى العموم نقول أن مجلس المحاسبة يحاول منذ سنوات أن يمارس دوره الرقابي بكل استقلال وفعالية إذ كثيرا ما سجل نقده لطريقة صرف المال العام بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة ولكن يبقى دوره الرقابي نسبي يحتاج إلى تدعيم وفق ما أشرنا إليه أعلاه على ضوء ما تم تسجيله من نقائص من جهة ومن جهة أخرى على ضوء تجارب الدول الأخرى سواء تلك التي تنتمي للمدرسة الأنجلوسكسونية أو التي تنتمي للمدرسة اللاتينية دون إغفال أهم عامل في الرقابة وهو امتلاك الإرادة الصريحة سياسية كانت أم قضائية لمحاربة الفساد بكل أشكاله ومهما كان مقترفه وفي أي نشاط حل.

مؤكد أن مجلس المحاسبة آلية مهمة لتجنب الخطر الجزائري في الصفقات العمومية ولكن ضخامة الإنفاق العام وتنوع مجالاته يجعلنا في حاجة ماسة الى هيئات وأجهزة رقابة أخرى أكثر تخصصا تتضافر جهودها في سبيل مراقبة المال العام ومن ثمة تجنب الخطر الجزائري في الصفقات العمومية تحديدا وعليه سوف نتطرق الى هيئات رقابة أخرى كما يلي.

¹ - خضري حمزة، مرجع سابق، ص 230.

المطلب الثاني: الرقابة المالية ذات الطابع التكميلي والاستشاري والضبطي القضائي

على الصفقات العمومية

بالإضافة إلى خضوع المال العام لرقابة ذات طابع إداري تمارسها لجان وهيئات متخصصة ورقابة ذات طابع قضائي يمارسها مجلس المحاسبة يخضع أيضا لرقابة بعدية تمارسها هيئات غير قضائية، هي المفتشية العامة للمالية التي أنشئت قبل صدور قانون مكافحة الفساد بسنوات والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كهيئة استشارية أنشأه بموجب قانون مكافحة الفساد أي عقب مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة ذات الصلة والديوان المركزي لمكافحة الفساد الذي انشأ بعد الهيئة إثر تعديل قانون مكافحة الفساد بعد القصور المسجل على عمل الهيئة، وما يميز الديوان بالمقارنة مع الهيئة تتمتع باختصاصات الضبطية القضائية أي أنه جهاز ضبطي قضائي كما عبرنا عليه في عنوان المطلب، وحتى نقف على مدى نجاعة هذه الأجهزة كآليات مقترحة لتجنب الخطر الجزائري في الصفقات العمومية يجدر بنا تناول كل منها بالشرح الوجيز والمركز.

الفرع الأول: الرقابة المالية للمفتشية العامة للمالية

في سياق تشديد الرقابة المالية على المال العام وعلى النفقات بعنوان صفقات عمومية أدرج المشرع رقابة أخرى يمكن أن نقول أنها تكمل رقابة المحاسب العمومي يتعلق الأمر بالمفتشية العامة للمالية، وقد عرف النظام القانوني في الجزائر هذه الهيئة منذ سنة 1963 وخضع نظامها القانوني للتعديل عدت مرات¹ إلى غاية صدور النصوص السارية حيث صدر المرسوم التنفيذي 364-07 المؤرخ في 28 نوفمبر 2007 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية²، ولأن هذا المرسوم نص على المفتشية العامة كجزء من الإدارة المركزية لوزارة المالية وأنه يحكمها نص خاص أصدر المشرع تبعا لذلك المرسوم التنفيذي

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 80-53، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتضمن إحداث التقنية العامة للمالية، ج ر، عدد 10، لسنة 1980.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-32، المؤرخ في 20 يناير 1992، المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية واختصاصاتها، ج ر، عدد 06، لسنة 1992.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-78، المؤرخ في 22 فبراير 1992، المتعلق بتحديد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر، عدد 15، لسنة 1992.

² - الجريدة الرسمية عدد 75، بتاريخ 02 ديسمبر 2007.

رقم 08-272 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية،¹ ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-273 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية² أي على المستوى المركزي، ولأن المشرع اعتمد في تنظيم المفتشية على أسلوب لا مركزي كما هو عليه الحال في مجلس المحاسبة أصدر المرسوم التنفيذي رقم 08-274 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 يتضمن تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية وصلاحياتها،³ وفي سياق تحديد نوع الرقابة التي تختص بها المفتشية العامة للمالية ونطاقها أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 09-96 المؤرخ في 22 فيفري 2009 المحدد لشروط و كفاءات رقابة المفتشية العامة للمالية⁴.

وبما أننا نبحت تحديدا في الصفقات العمومية فلتوضيح دور المفتشية العامة للمالية في مراقبة هذا النوع من التعاقد نتطرق (أولا) إلى صلاحيات ونطاق المفتشية كهيئة رقابة مالية على المال العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم رقم 15-247 باعتبار الصفقة نفقة عمومية، ونتطرق (ثانيا) إلى فعالية هذه الرقابة.

أولا: صلاحيات ونطاق رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية

باعتبار الصفقات العمومية تتطوي على نفقة عمومية فإن رقابة المفتشية العامة للمال العمومي بصفة عامة يشكل جزء من هذه الرقابة وبالتالي عندما ندرس صلاحيات أو اختصاصات المفتشية العامة كهيئة رقابة على المال العام فإننا ندرس في الوقت نفسه رقابة المفتشية على الصفقات العمومية، وللبحث في نطاق رقابة المفتشية في مجال الصفقات العمومية يجب الرجوع الى قانون الصفقات العمومية الساري وكذا القوانين التي تحكم عمل واختصاص المفتشية العامة للمالية.

1) صلاحيات المفتشية العامة للمالية في مجال الصفقات العمومية:

رقابة التسيير المالي والمحاسبي والتدقيق هو الاختصاص الرئيسي للمفتشية العامة للمالية حيث يدقق المفتشون في حسابات المحاسبين العموميين ومدى مطابقتها للقانون

¹ - الجريدة الرسمية عدد 50، بتاريخ 07 سبتمبر 2008.

² - الجريدة الرسمية عدد 75، بتاريخ 07 سبتمبر 2008.

³ - الجريدة الرسمية عدد 75، بتاريخ 07 سبتمبر 2008.

⁴ - الجريدة الرسمية عدد 14، لسنة 2009.

ويتعلق الأمر حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 09-96 بالعمليات التالية¹:

- مراقبة إبرام الصفقات والطلبات العمومية وتنفيذها، وهذا يتعلق مباشرة بموضوع الدراسة والحالات الأخرى لها علاقة غير مباشرة بمجال الصفقات العمومية.
 - مراقبة شروط تطبيق التشريع المالي والمحاسبي وكذا التسيير المالي والمحاسبي.
 - مراقبة دقة الحسابات وانتظامها.
 - مراقبة مستوى الإنجازات بالمقارنة مع الأهداف المسطرة.
 - مراقبة شروط تعبئة الموارد المالية.
 - مراقبة شروط منح المساعدات والإعانات المقدمة من الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية و كفايات استعمال هذه الإعانات.
 - مراقبة مدى تطابق النفقات المسددة مع الأهداف المسطرة لطلب الهيئة العمومية.
 - مراقبة تسيير إعتمادات الميزانية.
- وما دمننا نبحت في مجال الصفقات العمومية فإننا نفصل نوعا ما في اختصاص المفتشية في هذا المجال وقد سجلنا أعلاه أن مراقبة الصفقات العمومية من صميم اختصاص المفتشية تمارسه في صورتين، رقابة على الصفقة من حيث الشكل، ورقابة من حيث الموضوع².

أ- رقابة الصفقة العمومية من حيث الشكل:

- تراقب المفتشية الصفقة العمومية من حيث الشكل العناصر التالية:
- كيفية تحديد الاحتياجات العمومية للمصلحة المتعاقدة.
 - فحص دفتر الشروط.
 - طريقة إبرام الصفقة العمومية كما هو مبين في المادة 39 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.
 - التحقق من أهداف الصفقة العمومية بالنظر إلى احتياجات المصلحة المتعاقدة.
 - التأكد من تاريخ إبرام الصفقة العمومية.

¹. راجع المادة 05، المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مرجع سابق.

²- نادية تياب، مرجع سابق، ص ص 317، 318.

- التحقق من مدى احترام المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية حسب ما هو محدد في المادة 05 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمادة 09 من القانون رقم 06-01.¹

- فحص سجل العروض للتأكد من ترقيمه والتأشير عليه من طرف الجهة المختصة وكذا التأكد من تسجيل كل الأظرفة دون إقصاء حسب تاريخ وصولها للمصلحة المتعاقدة.

ب - مراقبة الصفقة من ناحية الموضوع:

وهذا من خلال التأكد من العناصر الموضوعية التي تتعلق بإبرام الصفقة وبتنفيذها، وفيما يخص العناصر المتعلقة بإبرام الصفقة تراقب المفتشية ما يلي:²

- مراقبة محضر لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة والتأكد من وجود قرار تعيينها.

- التحقق من المراحل التي مرت عليها الصفقة العمومية أثناء الإبرام والتأكد من مدى احترام المصلحة المتعاقدة للنصوص التنظيمية السارية ولاسيما المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- التحقيق في مدى مطابقة العروض المعتمدة للمناقشة مع دفتر الشروط.

- التأكد أن الفائز بالصفقة تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القانون وتلك المحددة في دفتر الشروط.

وفي ما يخص العناصر المتعلقة بتنفيذ الصفقة تراقب المفتشية العامة ما يلي:

- عملية تنفيذ الصفقة بالنظر إلى العمليات المالية المصاحبة لهذا التنفيذ.

- التأكد من فترة التنفيذ هل تمت في الأجل المتفق عليه أم لجأت المصلحة المتعاقدة إلى تمديد هذا الأجل وفي هذه الحالة التحقيق في أسباب ودوافع هذا التمديد وأثره على موضوع الصفقة وعلى المصلحة المتعاقدة والمال العام.

- التحقيق في كل المخالفات المسجلة أثناء تنفيذ الصفقة محل المراقبة.

تتوج المفتشية العامة للمالية رقابتها هذه بتقرير أساسي يتضمن كل المعايينات والملاحظات المسجلة حول التسيير المالي والمحاسبي للمصلحة المتعاقدة إذا تعلق الأمر بمراقبة صفقة عمومية كما يتضمن تقديرات المفتشية حول فعالية التسيير لهذه الهيئة أو

¹ - القانون رقم 06-01، مرجع سابق.

² . حسب المرسوم التنفيذي رقم 08-272، المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية ، مرجع سابق.

المؤسسة حسب المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272،¹ ويمكن أن يتضمن هذا التقرير أيضا أي اقتراح من المفتشية يحسن الأحكام التشريعية والتنظيمية ذات الصلة. تبلغ المفتشية هذا التقرير لمسؤول المصلحة المتعاقدة محل الرقابة الذي عليه أن يرد كتابيا في أجل شهرين ويمكن أن يمدد الأجل إلى شهرين آخرين من طرف المفتشية تبعا لموافقة وزير المالية، وبناء على جواب رئيس المصلحة المتعاقدة الذي يجب أن يتمحور حول كل التساؤلات وملاحظات المفتشية تعد هذه الأخيرة تقريرا تلخيصيا يتضمن مقارنة بين ملاحظات ومعاينات المفتشية الواردة في التقرير الأساسي ورد المصلحة المتعاقدة، وحسب المادة 22 و23 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 يتضمن هذا الرد أيضا كل التدابير المتخذة من طرف المصلحة المتعاقدة لتدارك الخلل المسجل من طرف المفتشية في تقريرها وتبلغ المفتشية العامة للمالية تقريرها التلخيصي للمصلحة المتعاقدة المعنية بالمراقبة وكذا سلطتها السلمية حسب المادة 24 من المرسوم رقم 08-272 المذكور، وعند هذا الحد تتوقف مهمة المفتشية العامة للمالية ليفسح المجال لتدخل جهات أخرى.²

إن الرقابة المالية البعدية التي تجريها المفتشية العامة للمالية يمكن أن تجنب مسيري المصلحة المتعاقدة خطرا جزائيا محققا وهذا بعد قيامها بكل الإجراءات والتدابير التي تصح أي خلل يسجله أعوان المفتشية إذا كان بطبيعة الحال هذا الخلل غير مقصود أو ناتج عن سوء تقدير، نقول كذلك لأن دور المفتشية يتوقف كما قلنا عند حد مراسلة المصلحة المتعاقدة وسلطتها السلمية دون الجهات الأمنية أو القضائية. وما دمنا نبحث في مجال الصفقات العمومية نتساءل أيضا حول الجهات المعنية برقابة المفتشية العامة للمالية والتي يمكن أن تستفيد من معاينات وملاحظات المفتشية لتفادي الخطر الجزائري وهذا ما سوف نتطرق إليه.

(2) نطاق رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية:

للإجابة على هذا التساؤل يجب الرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الساري وكذا القوانين التي تحكم عمل واختصاص المفتشية العامة للمالية، حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 08-272 فإن نطاق اختصاص المفتشية منظم كما يلي: "تمارس المفتشية العامة

¹ - راجع المادة 21، مرسوم تنفيذي رقم 08-272، المؤرخ في 06/09/2008، مرجع سابق.

² . راجع المواد، 22، 23، 24، مرسوم تنفيذي رقم 08-272، مرجع سابق.

للمالية على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية وتمارس الرقابة أيضا على:

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.
- هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري وكذا كل الهيئات ذات الطابع الاجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة أو الهيئات العمومية.
- كل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها القانوني¹.

الملاحظ على هذا النص أنه وسع من اختصاص المفتشية ليشمل أكبر قدر ممكن من الهيئات والمؤسسات العمومية، وحسب المادة 03 من نفس المرسوم يشمل اختصاص المفتشية أي هيئة مهما كان نظامها القانوني إذا تعلق الأمر باستعمال موارد مالية تم تجميعها من طرف هذه الهيئات.

وحتى تكون نتائجنا مكتملة في هذا الباب يجب الرجوع إلى قانون الصفقات العمومية للوقوف على الهيئات والمؤسسات المعنية بنظام الصفقات العمومية فحسب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يطبق نظام الصفقات العمومية على نفقات كل من:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندنا يتعلق الأمر بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية².

الى هنا نسجل تطابقاً بين الأطراف المذكورة في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 وتلك المذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فالدولة والجماعات الإقليمية المذكورة في المادة 06 نصت عليها صراحة المادة 02 من المرسوم 08-272 ومعلوم أن أموال المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أموال عمومية تسيير وتخضع لقواعد المحاسبة العمومية وبالتالي حتى هي أصبحت خاضعة لرقابة المفتشية

¹. المادة 02، المرجع نفسه.

². راجع المادة 06، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

العامة للمالية، أما المؤسسات العمومية وإن كانت خاضعة للقانون التجاري بصفة عامة فإنها تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية عندنا يتعلق الأمر بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وعليه كل الصفقات العمومية التي يكون أحد أطرافها شخص من الأشخاص المذكورة في المادة 06 من المرسوم رقم 15-247 تخضع لرقابة المفتشية العامة للمالية وبالتالي يكون النطاق الذي تختص به هذه الأخيرة واسع وشامل بخلاف المفتشية العامة للمالية في فرنسا التي استلهم مشرعنا من نظامها القانوني الكثير فإنه واثراً لتعديل سنة 1982 لم يعد اختصاصها الرقابي يشمل الجماعات المحلية التي أخضعها لرقابة هيئات أخرى.¹

ثانياً: تقدير فعالية رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية:

لتقدير فعالية رقابة المفتشية لن ننطلق من مدى استقلال هذه الهيئة كما فعلنا مع مجلس المحاسبة لأنه يبدو أن المفتشية غير مستقلة أصلاً فهي تابعة لوزارة المالية وتعمل تحت إشراف الوزير المكلف بالمالية وبالتالي لا فائدة من البحث في هذه الجزئية، وعليه نحاول تقدير فعالية المفتشية من خلال نظامها القانوني والرقابة التي تقوم بها وآثار ذلك على الهيئات الخاضعة لرقابتها.

بالرجوع إلى القوانين المنظمة للمفتشية يمكن أن نستخلص أهم محاسن أو إيجابيات هذه الهيئة الرقابية وكذا أهم نقائصها والتي انطلاقاً من تحديدها يمكن العمل على إصلاح نظام المفتشية بغرض تفعيل دورها الرقابي على المال العام وعلى الصفقات العمومية تحديداً.

1) نقاط قوة المفتشية العامة للمالية:

نستخلص هذه النقاط من خلال دراسة النصوص المنظمة لعمل المفتشية العامة للمالية و لاسيما المراسيم التنفيذية رقم 08-272، ورقم 08-273، ورقم 08-273.

أ. لا مركزية عمل المفتشية العامة للمالية نقطة قوة:

قبل سنة 2008 كانت المفتشية تعمل بنظام مركزي حيث يوجد مقرها في العاصمة ومن هناك تمارس عملها الرقابي على كل الهيئات والمؤسسات الخاضعة لرقابتها على المستوى الوطني، وقد تكفل المرسوم التنفيذي رقم 08-273 بتنظيم الهياكل المركزية

¹ - تياب نادية، مرجع سابق، ص 315.

للمفتشية التي يرأسها رئيس المفتشية المعين بمرسوم رئاسي ويعمل تحت سلطة وزير المالية حيث تتشكل المفتشية من هياكل عملية للرقابة والتدقيق والتقييم وثلاثة مديريات هي مديرية البرامج والتحليل وتخليص ومديرية المناهج والتقييس والإعلام الآلي ومديرية إدارة الوسائل. وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-274 المتعلق بتنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية وصلاحياتها أعاد المشرع هيكله المفتشية حيث استحدثت مصالح خارجية في شكل مفتشيات جهوية متواجدة في الولايات التالية، ولاية عنابة، قسنطينة، سطيف، تيزي وزو، سيدي بلعباس، مستغانم، وهران، تلمسان، الأغواط، ورقلة¹، تمارس كل مفتشية جهوية عملها الرقابي في حدود الاختصاص الإقليمي المرسوم لها تحت سلطة رئيس المفتشية في المقر الرئيسي أي أنها غير مستقلة عضويا تماما، والملاحظ أن هذه الفروع موزعة على كل جهات الوطن شرقا وغربا وجنوبا، يمكن القول أن اعتماد المشرع على لامركزية الرقابة يزيد من فعاليتها لأن هذا النظام يستدعي تدعيم المفتشية ككل بطاقات بشرية ووسائل عمل إضافية بالمقارنة مع الرقابة المركزية التي تشهد تجميع الملفات على مستوى العاصمة مما يؤثر بالسلب على فعالية المفتشية.

ب- الاختصاص الواسع للمفتشية العامة للمالية نقطة قوة:

رأينا عند دراسة نطاق المفتشية أنها تشمل كل الهيئات المعنية بقانون الصفقات العمومية المحددة بالمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،² وما دامت المفتشية تراقب كل الصفقات العمومية فإن فعاليتها من هذه الزاوية على الخصوص لا تناقش ولو فرضنا أن بعض الهيئات لا تخضع لرقابة المفتشية أو أن بعض الصفقات في هيئة خاضعة لرقابة المفتشية لا تخضع بعينها للرقابة لكان بالإمكان أن نقول أن فعالية المفتشية محل نقاش ولكن عندما نقول كذلك لا نجزم بالمرّة أن المفتشية ذات فعالية من كل الأوجه.

ج- الرقابة الفجائية في عين المكان نقطة قوة:

حسب المرسوم التنفيذي رقم 08-272 ميز المشرع بين نوعين من سبل الرقابة التي تجريها المفتشية، فإذا تعلق الأمر برقابة على الوثائق تطلب المفتشية كل الوثائق المفيدة لعملها من المصلحة المتعاقدة وإذا تعلق الأمر بخرجات إلى عين المكان بعنوان رقابة فإنها

¹ - راجع المادة 02، من المرسوم التنفيذي رقم 08-274، مرجع سابق.

² - راجع نطاق رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية أعلاه.

تكون فجائية وهذا ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم المذكور،¹ وعندما تمارس المفتشية رقابتها بمناسبة إجراء تحقيق بهذا الأسلوب تكون أكثر فعالية لأنها لا تترك مجالاً للقائمين على الهيئة الخاضعة للرقابة أن تخفي أخطائها وتجاوزاتها في حق المال العام والمصلحة العامة، وعندما يكون القائمون على المصلحة المتعاقدة على علم بهذا الأسلوب الرقابي فإنها تكون وسيلة ردعية مهمة لتجنب الخطر الجزائي وفي نفس الوقت يمكن أن تكون وسيلة لاكتشاف جرائم في مجال الصفقات العمومية لم تكن لتكتشف ما دامت ترتكب في غرف مظلمة ومغلقة وحدها الرقابة الفعالية بإمكانها أن تقتحم ما تم تحصينه، وكذلك الأمر بالنسبة للرقابة الفجائية على المحاسبين العموميين فهذه يمكن أن تكون وسيلة للوقوف على بعض التجاوزات الرامية إلى إخفاء بعض الحسابات أو الوثائق المحاسبية المشكلة للركن المادي لجريمة في مجال الصفقات العمومية.

وتفقد المفتشية العامة للمالية هذه القوة إن هي أعلمت الهيئة أو المحاسب العمومي المراد مراقبته مسبقاً بتاريخ قدومها، يحصل هذا في الواقع ولسنا ندري سبب هذه الممارسة رغم علم المفتشية بأن الإعلام المسبق بالتنقيش يفقد رقابتها الفعالية المرجوة.

د - إمكانية طلب أو الإطلاع على كل وثيقة متعلقة بالصفقة العمومية نقطة قوة:

أعطى المشرع للمفتشية العامة مركزياً وحتى للمفتشيات الجهوية صلاحية طلب أي وثيقة أو دفتر أو سجل بغرض المراقبة أو التحقيق وتكون المصلحة المتعاقدة مجبرة على الرد إثر كل طلب تتقدم به المفتشية حسب المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، وفي حالة رفض طلب المفتشية من طرف المصلحة المتعاقدة يمكن للمفتشية توجيه إنذار للعون العمومي الراض وإعلام رئيسه السلمي وإذا استمر هذا الرفض مدة ثمانية أيام تحرر المفتشية محضر قصور ضد هذا العون العمومي أو رئيسه السلمي يبلغ للسلطة الرئاسية أو الوصية وهذا حسب المادة 19 من نفس المرسوم.²

¹ - المادة 14 "تتم تدخلات المفتشية العامة للمالية في عين المكان وعلى الوثائق تكون الفحوص والتحقيقات فجائية..."

² - راجع المواد 17، 18، 19 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مرجع سابق.

وعلى العموم أُلزم المرسوم التنفيذي رقم 08-272 ولاسيما في المادة 15 منه الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية بتوفير كل ظروف العمل اللائقة والمسهلة لعملية الرقابة.¹ إن هذه الصلاحيات وهذا الالتزام يكسب المفتشية في نفس الوقت القوة والفعالية عند فرض رقابتها وهي وسيلة لتدارك أخطاء قد تشكل جريمة إن اكتمل الفعل المادي وبالتالي يمكن للمصلحة المتعاقدة ومسؤوليها أن يتجنبوا خطرا جزائيا إن هم تعاونوا مع المفتشية العامة للمالية لتصحيح أخطاء ارتكبت أو تجنب التمادي في أفعال قد تتطور إلى جرائم قائمة الأركان، كما أن خبرة المفتشين والمحققين التابعين للمفتشية في المجال المالي والمحاسبي يمكن أن يجنب المصلحة المتعاقدة خطرا جزائيا إن هي تعاونت مع المفتشية في الوقت المناسب، وفي الحالة العكسية فإن تقرير المفتشية الختامي يمكن أن يكشف جرائم في مجال الصفقات العمومية و يتوقف دور المفتشية عند هذا الحد.

1) نقائص مسجلة على رقابة المفتشية العامة للمالية:

ومن جهة أخرى تعرف المفتشية العامة للمالية مجموعة من النقائص تؤثر على فعاليتها بالسلب يمكن التطرق إلى أهمها:

أ- نقائص من حيث وسائل العمل والطاقم البشري المتخصص:

من بين النقائص المسجلة على المفتشية نقص وسائل العمل المختلفة خاصة بالنسبة للمفتشيات الجهوية والأهم من هذا النقص المسجل من حيث الكفاءات المتخصصة التي إن وجدة تحتاج إلى عملية تكوين ورسكلة مستمرين حتى تواكب المستجدات في الواقع خاصة مع تطوير المخالفين لطرق ارتكاب الجرائم بصفة عامة والمالية بصفة خاصة، مع الإشارة إلى أن القوانين المنظمة للمفتشية لا تنص على شروط محددة للتوظيف سواء على المستوى المركزي أو على مستوى المفتشيات الجهوية وهذا من شأنه يفتح المجال لتوظيف أشخاص تتقصهم الكفاءة والتخصص مما يؤثر بالسلب على فعالية المفتشية.²

¹ . راجع المادة 15، المرجع نفسه.

² - خضري حمزة ، المرجع السابق، ص242.

ب - الاعتماد على برنامج العمل السنوي:

تسطر المفتشية برنامج عمل سنوي تحدد فيه الهيئات والمؤسسات التي سوف تخضع للرقابة¹ وعلم هذه الهيئات بقدوم المفتشين أو بطلب المفتشية وثائق وسجلات محاسبية في فترة معينة من شأنه دفع مسؤولي هذه الهيئات إلى طمس كل معالم الجرائم المرتكبة وكذا اتخاذ كل الاحتياطات التي من شأنها إخفاء تجاوزاتها وفي نفس الوقت إعطاء صورة غير صحيحة على سير تلك الهيئة للمفتشين، هذه الطريقة في العمل في الحقيقة تفرغ أسلوب الرقابة الفجائية من محتواه بل قد تتحول إلى نقيض له وبالتالي من الضروري التخلي عن أسلوب البرنامج السنوي والاكتفاء بالرقابة الفجائية.

ج - محدودية التقارير التلخيصية والتقارير السنوية:

تعد المفتشية إثر كل رقابة تقريراً يشمل ملاحظات وتساؤلات ورد المسؤول عن المصلحة المتعاقدة محل الرقابة وهذا تبعاً للتقرير الأساسي الذي يشمل تلك الملاحظات عملاً بالمادة 26 مرسوم 08-272 ويبقى هذا التقرير بدون فعالية إذ يتم تبليغه للمصلحة المتعاقدة وسلطتها السلمية دون إجراء آخر.² كما تعد المفتشية تقريراً سنوياً عن نشاطها الرقابي خلال السنة المنصرمة يتضمن حصيلة نشاطها السنوي وملاحظات عن المعايير والأجوبة الواردة إليها وكذا توصيات بغرض تحسين الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم نشاطها يسلم للوزير المكلف بالمالية خلال الثلاثي الأول من السنة الموالية.

ونفس الملاحظة المسجلة أعلاه تتكرر حيث لم يبين المشرع الإجراءات اللاحقة لإعداد هذا التقرير وتبليغه وهذا ما يفقده الفعالية، كما نسجل أن هذا التقرير السنوي لا ينشر للجمهور ولا يبلغ حتى لممثلي الشعب في البرلمان وبالتالي من الضروري النص على ضرورة نشر التقرير السنوي لإعلام الجمهور ليكون مرجعاً لدراسة المختصين والباحثين بغرض إثراء عمل المفتشية ما دام هذا التقرير يتضمن توصيات من قبل المفتشية في سياق تحسين أدائها وإثراء إطارها القانوني والتنظيمي، كما يجدر بالمشرع إلزامها بتبليغ ممثلي الشعب على مستوى البرلمان بهذا التقرير بغرض تدعيمها تشريعياً بمبادرة من البرلمان.

¹ - المرجع نفسه ، ص 237.

² - راجع المادة 26، من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، مرجع سابق.

د- عدم متابعة نتائج الرقابة:

يتوقف دور وصلاحيه المفتشية عند تبليغ تقريرها الأساسي للمصلحة المتعاقدة وسلطتها السلمية حسب المادة 26 مرسوم تنفيذي رقم 08-272 ولو فرضنا أن هذه التقارير تتضمن جرائم في مجال الصفقات العمومية تم اكتشافها من طرف المفتشية فإنها لا تملك أية صلاحية من خلالها تدفع بالمخالفين للوقوف أمام العدالة وبالتالي من الضروري أن يعدل نظام المفتشية وإعطائها صلاحية إحالة تقريرها المتضمن جرائم قائمة الأركان مباشرة على النيابة حتى تقرر ما تراه مناسبا وفي هذا الصدد نفرق بين فرضين، إما منح صفة الضبطية القضائية لمفتشي المفتشية العامة للمالية وبالتالي يعدون محاضرا رسمية تحال على النيابة تتصرف فيها مباشرة¹ وإما الاكتفاء بصفتهم كمفتشين خبراء يمكن للنيابة أن تستعمل تقاريرهم المتضمنة جرائم بعنوان تبليغ عن جريمة ويمكن الاستعانة بهم أثناء التحقيق القضائي وحتى المحاكمة إن لزم الأمر.²

من خلال ما سبق عرضه من نقاط قوة ونقاط ضعف للمفتشية العامة للمالية يمكن القول أن فعالية هذه الأخيرة توصف بالنسبية، وإذا كانت إرادة المشرع متجهة الى تدعيم فعالية المفتشية حتى تصبح آلية مؤثرة في الوقاية من الفساد وفي تجنب الخطر الجزائي فيجب القيام بمجموعة من الإصلاحات على نظامها القانوني برفع كل السلبيات المسجلة والاحتفاظ بنقاط قوتها السابق الإشارة إليها وعليه يمكن أن نقترح ما يلي³:

- وفي مقدمة هذه الإصلاحات الاعتراف للمفتشية بالاستقلالية عن وزارة المالية لتصبح هيئة رقابة مستقلة وهذا من شأنه يزيدا قوة.

- تدعيم المفتشية بالوسائل المادية والبشرية المتخصصة حتى تتمكن من لعب دورها الرقابي على أكمل وجه.

1 . حسب المادة 18، من الأمر رقم 66-155، مرجع سابق.

2 . حسب المادة 36، من الأمر رقم 66-155، مرجع سابق..

3 . هذا دون إغفال مقترحات أخرى تقدم بها باحثين حول نظام المفتشية العامة للمالية، خاصة من الجانب التقني الذي يخرج عن نطاق بحثنا.

- تدعيم المفتشية بصلاحيه نشر تقريرها السنوي وتبليغه لممثلي الشعب في البرلمان حتى يطلع الجميع على عملها الرقابي من جهة، ويمكن السلطة التشريعية من تدعيم دورها الرقابي باقتراح قوانين في هذا الاتجاه.

- تمكين المفتشية من صلاحية تحويل تقاريرها المتضمنة جرائم وقف عليها مفتشوها على النيابة العامة مباشرة سواء كما قلنا بصفتهم خبراء متخصصين بعنوان بلاغ للنيابة أو تمكينهم من صفة الضبطية القضائية وهذا أفضل.

- تحديد اختصاص المفتشية بصفة دقيقة حتى لا يتداخل مع اختصاص هيئات رقابة أخرى واقتصار اختصاصها هذا على الجانب المالي المحاسبي فقط.

وفي هذا الخصوص نسلج أن تعدد هيئات الرقابة المالية البعديّة من شأنه تجنّب المصلحة المتعاقدة والأعوان العموميين وحتى المتعاقد معه خطرا جزائيا محققا لأن العمل في محيط تتعدد فيه الرقابة يجعل كل الفاعلين متوجسين من هذا الخطر وإذا وصلنا إلى هذه النتيجة فإن المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي يعملان على احترام كل القوانين والنظم الخاصة بالصفقات العمومية والابتعاد عن كل فساد أو مساس بالمال العام وفي نفس الوقت العمل على تحقيق المنفعة العامة وهذا ما نصبوا إليه من خلال اعتبار المفتشية العامة للمالية آلية لتجنب الخطر الجزائي في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تفعيل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي

لقمع الفساد أحد عوامل تجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية

لن نخوض كثيرا في مفهوم الهيئة ولكننا سوف نركز على نقائص تشوبها ومن ثمة البحث في سبل تداركها بغرض تفعيلها وجعلها أحد وسائل الوقاية من الفساد بصفة عامة وبصفة خاصة في مجال الصفقات العمومية، وكذلك نتعامل مع الديوان المركزي لقمع الفساد ويرجع سبب تناولنا للهيئتين معا إظهار الطابع التكاملي بينهما فيبدو أن الهيئة ذات طابع استشاري بينما الديوان هيئة متمتعة بسلطات الضبطية القضائية.

وبالتالي كل منهما يكمل الآخر ولا مجال للحديث عن تنازع الاختصاص بينهما ولو انه يمكن أن يتقاطع نشاطهما في مجال الرقابة على المال العام.¹

أولاً: تفعيل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته آلية لتجنب الخطر

الجزائي:

إن تفعيل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد وكافحته يندرج في إطار اختصاصها الرئيسي كهيئة للوقاية من الفساد في كل الميادين وفي مجال الصفقات العمومية تحديداً، أما قمع الفساد فهو في الحقيقة من اختصاص القاضي الجزائي أساساً وتوفير محيط عمل يتضامن فيه خطر الوقوع في الفساد أحد العوامل المهمة لتجنب الخطر الجزائي في هذا الميدان الحساس. وعليه سوف نتناول تنظيم الهيئة، وفي عنصر ثاني نحاول وضع اليد على بعض النقائص المسجلة على الهيئة بصفتها مكلفة بالوقاية وحتى مكافحة الفساد وفي عنصر ثالث نحاول البحث في سبيل تفعيل الهيئة.

1) الإطار التنظيمي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:

لن نخوض كثيراً في هذه النقطة بل نحاول تقديم هذه الهيئة بشكل مختصر ومركز من خلال إظهار الطابع القانوني للهيئة وهياكلها.

أ- الطبيعة القانونية للهيئة:

استجابة لتوصيات الهيئات الدولية والإقليمية² التي تتادي بضرورة إنشاء هيئات مستقلة بغرض الوقاية من الفساد ومكافحته وتبعاً للانتشار الفاحش لظاهرة الفساد في الجزائر تم تأسيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم حيث ورد في الباب الثالث منه من المادة 17 إلى المادة 24 تنظيم الهيئة وعلاقتها بالسلطة القضائية،

¹ . هناك من يعتبر تعدد هيئات الرقابة على المال العام ولاسيما وجود الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته الى جانب الديوان المركزي لقمع الفساد عامل ضعف من منطلق تنازع الاختصاص بينهما، وبالتالي ينادي أصحاب هذا الرأي بإلغاء إحدى الهيئتين والإبقاء على واحدة فقط، ويبدو أن هذا الرأي لا يستقيم إلا في حالة جمع اختصاصات الهيئتين في هيئة واحدة.

² - اتفاقية الأمم المتحدة، اتفاقية الاتحاد الإفريقي، المصادق عليهما من طرف الجزائر، مرجع سابق.

وحسب المادة 18 منه تعتبر الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستغلال المالي.

أ1- **الهيئة سلطة:** الاعتراف لهيئة أو جهاز بأنه سلطة يعني تمتعه بإمكانية إصدار قرارات نافذة بقوة القانون في مواجهة أشخاص مخاطبين بهذه القرارات ولكن قراءة النصوص المنظمة للهيئة يتركنا نقول بأنها تتمتع بهذه السلطة بشكل محدود فقط ويتجلى هذا في مجال الوقاية من الفساد دون مكافحته فهذا الأخير اختصاص أصيل للقضاء ولكن المشرع اعترف لجهاز آخر تم إنشائه ببعض هذه السلطات القضائية أصلاً ألا وهو الديوان الوطني لقمع الفساد،¹ ويبقى بالتالي الطابع السلطوي للهيئة مقتصرًا على قرارات تصدرها تتعلق باختصاص تلقي التصريح بالممتلكات الخاصة بالموظفين العموميين حسب المادة 20 و36 من القانون رقم 06-01. واضح أن المشرع جرد الهيئة من سلطتها في مجال قمع الفساد لصالح الديوان وهذه أحد السلبات المسجلة عليها والتي تؤثر على فعاليتها فيما يخص الوقاية من الفساد ومكافحته.

أ2- **الهيئة ذات طابع إداري:** إصدار الهيئة لقرارات إدارية نابع من كونها ذات طابع إداري حسم فيه المشرع في المادة 18 من القانون رقم 06-01 وهذه القرارات سواء تعلقت بالتصريح بالممتلكات أو غيرها قد تكون محل خلاف أو منازعة من طرف المخاطبين بها² وبالتالي تثار هنا مسألة الجهة القضائية المختصة بنظر مدى مشروعيتها، إن الإجابة على هذا التساؤل نجدها في النصوص المنظمة للاختصاص القضائي الإداري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحديد المادة 800 وما بعدها.³

أ3- **الاستقلالية المالي والعضوي للهيئة:** دائما في سياق دراسة المادة 18 من قانون رقم 06-01 نسجل أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تتمتع بالاستقلال المالي والعضوي ولها بالتالي الشخصية المعنوية هذا يعني أنها لا تخضع لأي سلطة سلمية

¹ - زوايمة رشيد، ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 01، لسنة 2008، ص 8.

² - حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 51.

³ . القانون رقم 08-09، مرجع سابق.

كانت أو وصائية هذا بصفة عامة¹ لكن وضع الهيئة لدى رئيس الجمهورية كما تنص المادة 18 يدفعنا إلى التساؤل حول مدى صدق المشرع ونجاحه في جعلها مستقلة فعلا. إذا كانت هذه "القيمة العضوية" الغرض منها خلق هيبة وقوة للهيئة بحكم أنها مطالبة برفع تقريرها السنوي لرئيس الجمهورية والمتضمن توصيات ومقترحات بغرض تحسين طرق عملها حسب المادة 24 من القانون رقم 06-01 فإن وضع الهيئة لدى رئيس الجمهورية يمكن أن يزيد من فعاليتها، أما إذا كان الغرض من هذا الوضع هو هيمنة رئاسة الجمهورية على سبل وطرق عمل الهيئة فإننا نقول بأن تدخل السياسة في العمل الرقابي أو القضائي غالبا ما يؤدي إلى إعدام الاستقلال والحياد² ومن ثمة الفعالية والواقع يؤيد هذا الطرح، كما أن ضمانات استقلال الهيئة المنصوص عليها في المادة 19 من القانون رقم 06-01 هي في الحقيقة ضمانات شخصية لأعضاء الهيئة ولا تضمن استقلال الهيئة فعلا من الناحية الواقعية ويبدو أن تنامي ظاهرة الفساد رغم وجود الهيئة يؤيد أيضا هذا الطرح.

ب - هياكل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته معيارا لقياس فعاليتها:

دراسة هياكل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من حيث تنظيمها يمكن أن يشكل معيارا لقياس فعاليتها في إطار الوقاية من الفساد ومكافحته وبالتالي سوف نعرض تنظيم هياكل الهيئة ومن خلاله نحاول قياس فعاليتها، حسب المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64³ تتكون الهيئة من هياكل يمكن أن تقسم إلى نوعين مجلس اليقظة والتقييم كجهاز تنفيذي وأجهزة أخرى تتكفل بالتنظيم الإداري لاختصاص الهيئة وهذا كما يلي:

ب 1 . مجلس اليقظة والتقييم: نصت عليه المادة 05 من المرسوم المذكور ويتكون من رئيس وستة أعضاء يعينون بموجب مرسوم رئاسي يعتبر الجهاز التنفيذية للهيئة وقد تكفلت المادة 11 من نفس المرسوم بتحديد اختصاصات مجلس اليقظة والتقييم، أما المادة

¹ - بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق الجزائر، 2007، ص 19.

² - زوايمة رشيد، المرجع السابق، ص 15.

³ . المرسوم الرئاسي رقم 06-413، المؤرخ في 2006/11/22، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، ج ر، عدد 74، الصادر بتاريخ 2006/11/22، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64، المؤرخ في 2012/02/07، ج ر، عدد 02، الصادر بتاريخ 2012/02/15.

09 منه فقد بينة اختصاصات رئيس مجلس اليقظة، وحسب إلى المادة 10 نفس المرسوم اختيار أعضاء الهيئة يكون من بين الشخصيات الوطنية المستقلة المعروفة بنزاهتها وكفاءتها والتي تمثل المجتمع المدني، وإشراك المجتمع المدني في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته شيء إيجابي يندرج في إطار توجيهات المنظمات الدولية والإقليمية المعنية بمكافحة الفساد. أما في الواقع ورجوعاً إلى دراسة تشكيلة المجلس ككل ومجلس اليقظة والتقييم نلاحظ أن التشكيلة البشرية للمجلس يغلب عليها دائماً الطابع السياسي ومعلوم أن رجال السياسة في الغالب يعملون بمنطق الولاء السياسي قبل كل شيء وهذا ما يؤثر سلباً على أداء المجلس ككل وعلى مجلس اليقظة والتقييم كأحد هياكل الهيئة.

ب2- الأمانة العامة: يرأسها أمين عام تتكفل بكل الشؤون التنظيمية للهيئة ومقارنة بالتنظيم السابق للأمانة العامة وسع المشرع اختصاصات وصلاحيات الأمين العام فيما يخص الجانب الإداري والمالي للهيئة وهذا بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 16-64 حتى يتفرغ مجلس اليقظة والتقييم وكذا رئيس الهيئة للعمل الرقابي بمفهومه الواسع.

ب3- قسم الوثائق والتحليل والتحسيس: يقوم بكل الدراسات والبحوث بغرض بلورة سياسة للوقاية ومكافحة الفساد بالنظر إلى تطور طرق وأساليب الفساد حسب المادة 12 مرسوم 06-413 المعدلة .

ب4- قسم معالجة التصريح بالامتلاكات: حسب المادة 13 من مرسوم 06-413 المعدلة بالمرسوم الرئاسي 12-64¹ يتلقى القسم التصريح بالامتلاكات الخاصة بالإطارات السامية في الدولة وهذا ضماناً للشفافية في التسيير الإداري وللحياة السياسية في الدولة، ولكن ما يعاب على هذا المرسوم هو استثناء الإطارات العليا في الدولة كرئيس الجمهورية والوزراء من التصريح بالامتلاكات أمام هذا القسم وبدلاً من ذلك يصرحون أما الرئيس الأول للمحكمة العليا وربما هذا راجع إلى تمتع هؤلاء بالامتياز القضائي أثناء المتابعة الجزائية ولكن في كل الأحوال التمييز بين طائفتين من الإطارات وأفراد لكل طائفة جهة تتلقى التصريح بالامتلاكات لا مبرر له إذا كان الغرض هو الشفافية في التسيير والوقاية من الفساد، ولكن واقعياً تعيين كل من الرئيس الأول للمحكمة العليا وكذا رئيس الهيئة الوطنية

¹ . راجع المادة 12 و 13، المرسوم الرئاسي رقم 12-64، مرجع سابق.

للقاية من الفساد ومكافحته من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي وإقالتهما بنفس الطريقة لعدم هذه التفرقة ويجعلها بدون مبرر.

ب5- قسم التنسيق والتعاون الدولي: استحدث هذا القسم بعد تعديل المرسوم الرئاسي 06-413 بموجب المرسوم الرئاسي 12-64 ولاسيما المادة 13 مكرر منه وهذا مسابرة للتطور الحاصل في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته بعد أن أخذت ظاهرة الفساد بعدا دوليا¹ وكذا نظرا لوجود هيئات تنشط في مجال الوقاية والمكافحة على المستوى الدولي كالشرطة الجنائية الدولية الأنتربول الذي ينسق مع أجهزة الأمن الوطنية فيما يخص تنفيذ مذكرات التوقيف الدولية، كما يتولى هذا القسم إعداد وتنظيم دورات التكوين بالتعاون مع مؤسسات أجنبية ودولية بغرض تبادل التجارب في ميدان الوقاية من الفساد ومكافحته.

(2) استقلال الهيئات معيارا لقياس فعاليتها:

حسب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والمرسوم الرئاسي 06-413 المعدل والمتمم واضح أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته مستقلة ولكن هل تم تجسيد ذلك من الناحية العضوية ومن الناحية الوظيفية وهل لهذه الاستقلالية أثر على فعالية الهيئة للوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية على الخصوص، وفي هذا الإطار أدرج الأستاذ زوايمية رشيد أربعة معايير لقياس هذه الفعالية نتطرق إليها فيما يلي:²

أ- استقلال الهيئة من الناحية العضوية: يظهر هذا الاستقلال العضوي من خلال المؤشرات التالية:

أ1- الطابع الجماعي للهيئة: تتشكل الهيئة من مجموعة من الهياكل تم التطرق إليها تتقاسم العمل بصفة متكاملة كما أن الهيكل التنفيذي للهيئة أي مجلس اليقظة والتقييم يتشكل من أعضاء يتشاركون في العمل مما يتركنا نقول أن الطابع الجماعي تم تجسيده عند تنظيم الهيئة.

¹ - فريجة حسين، المجتمع الدولي ومكافحة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 05-2007، ص ص 47-48.

² - Zouamia Rachid, droit de la régulation économique, Berti édition, Alger, 2008, p 134.

أ2-طريقة تعيين أعضاء الهيئة وصفتهم: حسب المرسوم الرئاسي 06-413

المعدل والمتمم يتم تعيين أعضاء الهيئة من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي ويحكم مكانة رئيس الجمهورية في هياكل الدولة تبدو لنا أهمية تعيين أعضاء الهيئة من طرفه، كما نؤكد على أن الرئيس يعين كل الأعضاء ولا تشاركه في ذلك أي مؤسسة في الدولة ونظرا لقاعدة توازي الأشكال فإن إنهاء مهام هؤلاء الأعضاء يكون بنفس الطريقة مما يجعلهم في منأى عن أي ضغط أو تأثير من أي جهة كانت، ومن جهة أخرى يمكن أن نفهم احتكار رئيس الجمهورية سلطة تعيين أعضاء الهيئة بما فيهم الرئيس والأمين العام بمثابة مظهر من مظاهر عدم استقلال الهيئة لأن توازن السلطات يقتضي اقتسام مهمة تعيين أعضاء هذه الهيئة المهمة مع السلطات الأخرى التشريعية كانت أو قضائية.

أما بالنسبة لصفة هؤلاء الأعضاء فإن المرسوم الرئاسي 06-413 المعدل والمتمم بنص على اختيارهم من بين الشخصيات الوطنية المستقلة الممثلة للمجتمع المدني والتمتيزه بالنزاهة والكفاءة ونظرا لكون هذه الصفات شخصية فإن ملاحظات مهمة تطرح حول الأشخاص الذين تم اختيارهم لهذه المهمة، كما أن كثيرا من جمعيات المجتمع المدني المهمة بالوقاية ومكافحة الفساد لم تجد مكانا للنشاط في إطار هذه الهيئة، كذلك الأمر بالنسبة لشخصيات أكاديمية رغم اهتمامها بالموضوع ورغم ضلوعها في التخصص لم تجد مكانا لتجسيد أفكارها في الواقع وهذه من المآخذ التي نسجلها على طريقة تعيين أعضاء الهيئة.

أ3-تحديد فترة انتداب أعضاء الهيئة: حسب المادة 05 من المرسوم الرئاسي 06-

413 المعدل والمتمم فإن فترة الانتداب في الهيئة تم تحديدها بمدة 05 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة،¹ ويبدو أن تحديد مدة العضوية أحد ضمانات استقلال الهيئة لأن العكس أي الانتداب لمدة غير محددة يفتح الباب للسلطة صاحبة اختصاص التعيين عزل العضو الذي يرفض الخضوع في أي وقت. أما عن إمكانية تجديد العضوية ولو مرة واحدة فإن الإجراء فيه نظر حيث يمكن أن يكون التجديد وسيلة لكسب ولاء العضو المراد تجديد انتدابه وهذا ما

¹ - في المقابل هناك سلطات مستقلة يتم الانتداب فيها لمدة غير محددة كسلطة ضبط البريد والمواصلات حسب القانون رقم 03-2000 وهذا ما يطرح تساؤلات حول استقلالها.

يؤدي إلى المساس باستقلال هذا العضو ومن ثمة فتح الباب للحديث عن عدم استقلال الهيئة في حد ذاتها.

4- احترام مبدأ الحياد: ويتحقق بعدم وجود أي عضو في الهيئة الوطنية للرقابة من الفساد ومكافحته في حالة تنافي مهما كانت الوظيفة التي يشغلها خارج الهيئة بل إن حالة التنافي هذه تمتد حتى بعد انتهاء الانتداب لمدة سنتين حسب المادة 03 من الأمر رقم 07-01 المؤرخ في 2007/03/01 المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف¹ وحالة التنافي التي يكون فيها العضو المنتدب لدى الهيئة ضماناً أخرى لاستقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

ب- استقلال الهيئة من الناحية الوظيفية:

بالرجوع إلى النصوص المنظمة للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته يمكن أن نستخلص بعض مظاهر استقلالها وظيفياً ويتجلى هذا من خلال تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية وبانفرادها بإعداد نظامها الداخلي كما يلي:

ب1- تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية: حسب المادة 18 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تتمتع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بالشخصية المعنوية وهذا يترتب آثاراً مهمة جداً في مقدمتها تمتعها بالاستقلال الإداري وكذا الحق في التقاضي سواء كمدعي أو مدعى عليه أمام القضاء المدني أو الجزائي أو الإداري وتلجأ بالتالي للقضاء بصفة مباشرة بصفقتها شخصية معنوية ممثلة برئيسها.

إن تمتع الهيئة بالشخصية المعنوية وما يترتب عليه من آثار يتركنا نقول أنها فعلاً مستقلة فهل يصمد هذا الحكم عندما نرجع إلى النصوص المنظمة للهيئة. بالنسبة للاستقلال المالي للهيئة واضح أنها مستقلة في صرف ميزانيتها ولكن باعتبار أن المصدر الوحيد لهذه الميزانية هي إعانات الدولة كما ورد ذلك في المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المعدل والمتمم فإن محاولة تأثير السلطة التنفيذية على الهيئة من خلال خفض الإعانات الموجهة لها احتمال وارد وبالتالي الأجدر النص على اعتبار ميزانية الهيئة تأتي من مصادر مختلفة، أما بالنسبة للاستقلال الإداري فإن نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المعدل والمتمم يقضي بأن الهيئة مستقلة توضع لدى رئيس الجمهورية فإذا كان هذا

¹ - الجريدة الرسمية، عدد 16، بتاريخ 2007/03/07.

الوضع يجعل منها هيئة قوية فعلا فإن تساؤلا مهما حول مدى كونها تابعة لديوان رئاسة الجمهورية مطروحا بشدة وإذا كان الجواب بالإيجاب فأين هي الاستقلالية، أما عن عدم نشر التقرير السنوي الذي ترفعه الهيئة لرئيس الجمهورية ليطلع عليه الجمهور فهذا من شأنه يقوض استقلالها ويتركنا نتساءل حول شفافية العمل الذي تقوم به.¹

ورجوعا الى حق الهيئة في التقاضي كما اشرنا إليه أعلاه فإن مثلها أمام القضاء الإداري مدعية أو مدى عليها تطبيقا للأحكام العامة لا يثير أي جدل، الإشكال المطروح حقيقة هو مدى امتلاك الهيئة لسلطة تحريك الدعوى العمومية مباشرة كما هو عليه الحال بالنسبة لإجراء التكليف المباشر بالحضور أو الإدعاء المدني أمام قاض التحقيق وهما طريقتان متاحتان للضحية من خلالهما يحرك الدعوى العمومية مقابل كفالة يدفعها أمام كتابة ضبط المحكمة،² لا شيء من هذا تم النص عليه سواء في القانون رقم 06-01 المنشأ للهيئة أو المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64 وبالتالي يبقى اختصاص تحريك الدعوى العمومية في يد النيابة العامة حصرا، وإذا وقفت الهيئة على فساد في صفقة معينة فلها فقط إبلاغ النيابة العامة التي يرجع إليها البت في الموضوع وفق مبدأ الملائمة ولا تملك الهيئة بعد ذلك أي إجراء قانوني في حالة امتناع النيابة عن تحريك الدعوى العمومية وهذا من أشد العيوب والنقائص المسجلة على الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وتفعيل دورها الرقابي يبدأ حتما بإصلاح هذا الخلل حيث تصبح لها آليات من خلالها تحرك الدعوى العمومية بغض النظر على رأي النيابة العامة ولا يمكن أن يفهم هذا من قبل منازعة الهيئة للنيابة العامة في أهم اختصاصاتها لأن الضحية كشخص طبيعي ورغم دفاعه عن مصلحته الشخصية اعترف له قانون الإجراءات الجزائية بهذا الحق بواسطة التكليف المباشر بالحضور فلماذا تحرم هيئة وطنية متخصصة تدافع عن المصلحة العامة من هذا الحق الأمر يستدعي فقط تنظيم هذا الإجراء بنصوص واضحة لا تدع مجالا للتداخل بين صلاحيات النيابة وحق الهيئة.

¹ - عبد العلي حاجة، يعيش تمام أمال، دور أجهزة الرقابة في مكافحة الفساد في الجزائر بين النظرية والتطبيق، أعمال الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، يومي 2-3 ديسمبر 2008، ص ص 1-14.

² - راجع قانون الإجراءات الجزائية رقم 66-166، المواد 72 و337 مكرر، مرجع سابق.

ب2- إعداد الهيئة لنظامها الداخلي: حسب المادة 13 من المرسوم الرئاسي 06-

413 تعد الهيئة نظامها الداخلي الذي يحدد كفاءات عملها الداخلي يصادق عليه مجلس اليقظة والتقييم وينشر في الجريدة الرسمية¹ وهذا ما يؤكد على استقلال الهيئة وظيفيا، ولكن بالرجوع إلى المادة 08 من المرسوم المذكور المعدل والمتمم نسجل أن المشرع يشرك لإعداد النظام الداخلي كل من الوزير المكلف بالمالية والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية إلى جانب رئيس الهيئة وهذا التقييد يجعل الهيئة مستقلة نسبيا من هذا الجانب لأن النظام الداخلي ينظم عمل الهيئة داخليا وتتدخل جهة أخرى في ذلك إنقاص من استقلالها مهما كان مبرر هذا التدخل وتفعيل الهيئة أكثر يستدعي تحريرها من هذا الجانب كليا.

(3) اختصاصات الهيئة معيارا لقياس فعاليتها:

حددت المادة 20 من القانون رقم 06-01 مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بصفة عامة وعليه يمكن أن نصنفها إلى مهمتين رئيسيتين وهما الاختصاص الوقائي والاختصاص الرقابي، ولتحقيق هدف الوقاية تتمتع الهيئة باختصاص استشاري لبلورة سياسة وطنية شاملة، وللوصول إلى هدفها الرقابي والحيلولة دون انتشار الفساد تسعى الهيئة إلى فرض رقابتها على مختلف الهيئات ومن بينها تلك المعنية بقانون الصفقات العمومية وفي حالة اكتشافها لقضية فساد تقوم بإخطار الجهات القضائية المختصة.²

أ- الاختصاص الوقائي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:

هي هيئة وقائية من الفساد بالدرجة الأولى كما يعبر عليها اسمها وعلى هذا الأساس اعترف لها المشرع بمهمة اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد، وكذا دورها التوجيهي والتوعوي من مخاطر الفساد بصفة عامة، كما تقوم بتبادل المعلومات المتعلقة بالكشف عن الفساد بالإضافة إلى دورها المهم المتمثل في تلقي التصريح بالامتلاكات للموظفين العموميين الملزمين به أمامها، وتكريس دورها الوقائي أكثر عن طريق الاختصاص الاستشاري الذي تمارسه بواسطة التوصيات والتقارير ولا سمى التقرير الذي ترفعه لرئيس الجمهورية ويستشف

¹- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 مارس 2013، يحدد التنظيم الداخلي للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 31 صادر بتاريخ 16 يونيو 2013.

². هو مجرد إخطار لا يرقى إلى درجة الحق في تحريك الدعوى العمومية، وفي هذا يتفوق المدعى المدني كشخص طبيعي على الهيئة.

هذا الدور من المادة 18 المرسوم الرئاسي 06-413 المعدل والمتمم، ولم يحد المشرع الجزائري في هذا الاختصاص عن مشرعين آخرين إذ يعترف المشرع الفرنسي للمصلحة المركزية للوقاية من الفساد ومكافحته SCPC بالاختصاص الاستشاري لمصلحة أجهزة الدولة ذات الصلة وكذا الهيئات الإدارية المستقلة وآراء المصلحة تؤخذ بعين الاعتبار لبلورة سبل الوقاية من الفساد ولاسيما في مجال الرشوة.¹

ب- الاختصاص الرقابي للهيئة بغرض مكافحة الفساد:

من خلال تسمية الهيئة نقول بأنها تتمتع باختصاص ثاني هو مكافحة الفساد ولكنها لا تتمتع بالطابع القضائي وممارستها لهذه المهمة يكون عن طريق الرقابة التي تتقاسمها مع هيئات أخرى منها مجلس المحاسبة² والمفتشية العامة للمالية³ والديوان المركزي لقمع الفساد. ويبدو أن للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته دور مهم في رقابة النشاط المتعلق بالصفقات العمومية كونه بؤرة مهمة للفساد بكل أشكاله⁴ ولهذا على المشرع توسيع اختصاصات الهيئة الرقابية أكثر للإحاطة بهذا النشاط المهم من كل الجوانب.

وتبقى النقطة السلبية في اختصاص الهيئة حسب رأينا هو افتقادها لحق تحريك الدعوى العمومية وفقا لطرق معتمدة في قانون الإجراءات الجزائية سواء التكليف المباشر بالحضور أو الإدعاء المدني أمام قاض التحقيق حيث يقتصر دورها على إعلام وزير العدل بشبهة فساد ولهذا الأخير كل الصلاحيات سواء بإخطار النيابة العامة مع أمره بتحريك الدعوى العمومية أو حفظ الملف إداريا وفي المقابل ليس للهيئة أي طريقة للتأثير على وزير العدل أو النيابة للعدول عن القرار المتخذ وهذا ما يشكل بالضبط علاقة الهيئة بالقضاء الجزائري حسب المادة 22 من القانون رقم 06-01، في المقابل نجد أن المشرع اعترف

¹ - l'article 1/3 de la loi 93-12 du 29/01/1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques en France, JORF, N° 25 du 25 du 30/01/1993.

² - الأمر رقم 95-20، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، مرجع سابق.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 08-273، مرجع سابق

⁴ - EL-BAHERRY IBRAHIM, REFAAT MOUHAMED, théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse pour le doctorat en droit, université de Nice Sophia-Antipolis, paris, 2004, pp 48-50.

لهيئات أخرى بصلاحيه إخطار النيابة العامة مباشرة كما هو عليه الحال بالنسبة للجنة الإشراف على التأمينات التي يمكنها إرسال المحاضر المتضمنة ممارسات مخالفة لقانون التأمينات إلى النيابة العامة¹، وكذلك الأمر بالنسبة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها حسب المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق بالبورصة والقيم المنقولة،² وكذلك الأمر بالنسبة لخلية الاستعلام المالي حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 02-127³، ونظرا للقصور المسجل على الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أنشأ المشرع هيئة أخرى اعترف لها باختصاصات لا تتمتع بها هذه الأخيرة ألا وهو الديوان المركزي لقمع الفساد الذي سوف نتطرق إليه باختصار باعتباره أحد الآليات المقترحة لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية إذا كان يعمل بفعالية.

ثانيا: تفعيل الديوان المركزي لقمع الفساد أحد آليات تجنب الخطر الجزائي

نظرا لاستفحال ظاهرة الفساد ونظرا لضعف الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته عمليا ونظرا لتعالي أصوات المنددين بالفساد على المستوى الوطني والدولي ارتأى المشرع تعديل القانون رقم 06-01 ومن ثمة إنشاء هيئة ثانية مكلفة هي الأخرى بمحاربة الفساد وعليه صدر الأمر رقم 10-05 بتاريخ 26 أوت 2010⁴ مؤسسا للديوان المركزي لقمع الفساد بالمادة 24 مكرر و 24 مكرر 1، وعليه طرحت عدة تساؤلات قانونية غداة إنشاء هذا الجهاز كآلاتي ما سبب إنشاء الديوان رغم وجود الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد

¹ أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25/01/1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر، عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04، مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر، عدد 15، صادر بتاريخ 12 مارس 2006، متمم بالأمر 10-01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2014، ج ر، عدد 68، بتاريخ 2013/12/31.

² المرسوم التشريعي رقم 9-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق بالبورصة والقيم المنقولة، ج ر، عدد 03، صادر بتاريخ 23 ماي 1993 معدل ومتمم.

³ مرسوم تنفيذي رقم 02-127، مؤرخ في 7 أبريل 2002، يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، ج ر، عدد 23، صادر بتاريخ 7 أبريل 2002، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-275، بتاريخ 2008/9/6، ج ر، عدد 50، صادر بتاريخ 2008/9/7، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-275، بتاريخ 2008/9/6، ج ر، عدد 50، صادر في 2008/9/7، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 13-157، مؤرخ في 15 أبريل 2013، ج ر، عدد 23، صادر في 28 أبريل 2013.

⁴ الأمر رقم 10-05، بتاريخ 26 أوت 2010، يعدل ويتمم القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 50 صادر بتاريخ 01 ديسمبر 2010.

ومكافحته، وهل كان لزاما على المشرع إلغاء الهيئة والاكتفاء بالديوان، وفي حالة بقائهما معا ما هي العلاقة بينهما ما دام إشكال تداخل الصلاحيات يمكن أن يثور في الواقع، وسوف نحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال التطرق إلى تنظيم الديوان باختصار وتركيز للوقوف على الجوانب التي يمكن أن يلحقها الإصلاح بغرض تفعيل هذا الجهاز المهم حتى يكون آلية حقيقية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية. ومن جهة أخرى نقول أنه إذا كان البحث في مدى فعالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تم طرحه من خلال تساؤلنا حول مدى استقلالها فإن البحث في فعالية الديوان يكون من خلال التساؤل حول دوره كضبطية قضائية في مجال جرائم الفساد لأن ما يميزه عن الهيئة هو تمتعه باختصاص البحث والتحري بعنوان ضبطية قضائية تحت إشراف النيابة العامة .

1) الطبيعة القانونية للديوان المركزي لقمع الفساد:

بعدها ظهر في الواقع أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته يغلب عليها الطابع الاستشاري الوقائي وأن دورها في مكافحة الإرهاب تعوزه الآليات الضرورية لتحقيق أهدافها عمد المشرع إلى إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد مزودا بآلية مهمة هي اختصاص الضبطية القضائية التي لا تملكها الهيئة، وباعتبار الديوان خرج من صلب القانون الذي أنشأ الهيئة فإن فرضية كون اختصاصاته مكملة لاختصاصاتها واردة بقوة، وأن القول بأن الديوان ألغى وجود الهيئة غير صحيح وبدل من ذلك كان بالإمكان دمج الهيئتين في هيئة واحدة وتمكين الهيئة من اختصاصات الضبطية القضائية وبهذا نتفادى فرضية تداخل الصلاحيات المطروحة بشدة.

حسب المادة 03 من المرسوم الرئاسي 11-426¹ الديوان هيئة وطنية إدارية مستقلة وتبعيته لوزارة المالية تبعية هيكلية لا تؤثر على استقلاله ما دام النص المذكور يتضمن حكم صريح على استقلاله في حين تتبع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد رئاسية الجمهورية، وبحكم تمتع الديوان باختصاص الضبطية القضائية فهذه المهمة تمارس تحت وصاية النيابة العامة أي القضاء وهذا الإشراف لا يؤثر بدوره على الاستقلال العضوي للديوان.

¹ . المرسوم الرئاسي رقم 11-426، مؤرخ في 2011/12/08، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه و كفاءات سيره ، ج ر، عدد 68، صادر بتاريخ 2011/12/14.

2) تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد واختصاصه:

حسب المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426 يتكون الديوان من مديريةية للتحريات ومديرية للإدارة العامة وكل مديريةية تضم مديريةيات فرعية، يرأس الديوان مدير عام يعين بمرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير المالية حسب المادة 10 من نفس المرسوم. نظرا للحكم الوارد في المادة 24 مكرر القانون رقم 06-01 المعدل والمتمم التي تنص على إنشاء الديوان لمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد ونظرا للمادة 02 من المرسوم الرئاسي 11-426 التي تنص على أن الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية مكلف بالبحث عن جرائم الفساد ومكافحتها جاءت تشكيلته منسجمة مع هذا الدور الميداني بحيث يتشكل حسب المادة 06 من المرسوم الرئاسي 11-426 من :

- ضباط وأعاون الشرطة القضائية التابعين لوزارة الدفاع.
 - ضباط وأعاون الشرطة القضائية التابعين لوزارة الداخلية.
 - أعوان عموميين ذوي كفاءات كبيرة في مجال مكافحة الفساد.
 - مستخدمين للدعم التقني والإداري.
- بالإضافة للدور الرئيسي والمميز للديوان عن الهيئة المتمثل في البحث والتحري ومعاينة جرائم الفساد لتمتعه بسلطات الضبطية القضائية فإن له دور آخر يتمثل في تطوير التعاون وتبادل المعلومات على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي مع هيئات مكافحة الفساد وكذا إعداده لتقرير سنوي حول نشاطه. وحسب المادة 05 مرسوم رئاسي رقم 11-426 اختصاصات الديوان في مجال مكافحة الفساد وهي كما يلي:¹
- جمع كل المعلومات التي تسمح بالكشف عن الفساد ومكافحته.
 - إجراء التحقيقات وجمع الأدلة وإحالة الملف على النيابة .
 - تطوير التعاون الدولي مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات حول قضايا الفساد.
 - اقتراح إجراءات من شأنها المحافظة على حسن سير التحريات.
- من خلال هذه الاختصاصات يمكن القول أن الديوان أكثر فعالية بالمقارنة مع الهيئة التي بقيت ذات طابع استشاري في حين يملك الديوان سلطة التحقيق والبحث عن جرائم الفساد ميدانيا ورغم التكامل الموجود بينهما نظرا لامتلاك الديوان لسلطة الضبطية القضائية

¹ . راجع المادة 05، المرسوم الرئاسي رقم 11-426، مرجع سابق.

التي لا تملكها الهيئة إلا أن تزايد قضايا الفساد ولاسيما في مجال الصفقات العمومية وعجزه في الحد من الظاهرة يدفعنا إلى البحث في أسباب هذا العجز.

(3) أسباب فشل الديوان المركزي لقمع الفساد في الحد من الفساد:

بالرغم من أننا نبحت في سبل تجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية تحديداً إلا أن عملية الوقاية من الفساد تحكمها نصوص موحدة تطبق على كل المجالات بما فيها مجال الصفقات العمومية، وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما تم اقتراحه من آليات لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية أي تفعيل هيئات الرقابة على المال العام للوقاية من الفساد ثم مكافحته فهذه الهيئات الرقابية ومن بينها الديوان تراقب كل القطاعات بما فيها مجال الصفقات العمومية وعليه فنجاحها في مهمتها الرقابية والردعية من شأنه المساهمة في تجنب الخطر الجزائي المحقق بالموظف وبالمتعاقدين معه على السواء في مجال إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية، وعليه يمكن استخلاص بعض أسباب فشل الديوان المركزي لقمع الفساد للحد من ظاهرة الفساد والتي يشترك فيها مع باقي هيئات الرقابة الأخرى نقسمها إلى أسباب قانونية وأخرى سياسية.

أ. الأسباب القانونية: يمكن استخلاص هذه الأسباب من خلال تنظيمه ومعاينة أدائه بالنظر إلى ما أتيج له من اختصاصات:

- أهم سبب هو بقاء مبدأ استقلال القضاء شعاراً بدون تجسيد فتبعية القاضي تجعله مكبلاً غير فعال ينتظر التعليمات حتى يتحرك خاصة إذا تعلق الأمر بجرائم نوعية والمشتبه فيهم أصحاب نفوذ، فرغم قيام الديوان بكل التحريات وتحريره لمحاضر تثبت وجود جرائم إلا أن النيابة العامة لا تتحرك في الوقت المناسب أو لا تتحرك على الإطلاق.

- وحتى بعد تحرك القضاء في بعض القضايا التي تمت معالجتها¹، فإن هذا التحرك يكون عادة استعراضي إحصائي أو سياسي، أي تتدرج في إطار إعطاء رسائل للداخل على أن القضاء موجود وهو مستقل، ورسائل أخرى للخارج سواء للمجتمع الدولي عموماً أو للمنظمات الدولية المستقلة المعنية بمكافحة الفساد مفادها أن الدولة عازمة على محاربة الفساد وأن القضاء مستقل، كما تستعمل هذه القضايا في إطار الإحصائيات التي تعكف

¹ - يمكن أن نشير هنا إلى حكم محكمة الجنايات الصادر عن مجلس قضاء البلدة تحت رقم 06/142 ، بتاريخ 21 مارس 2007، المتهم فيه خليفة رفيق عبد المومن ومن معه.

عليها وزارة العدل وتحتج بها أمام البرلمان وأمام المجتمع المدني وفي الأثناء تضيع كل جهود الديوان وأعوانه الشيء الذي يثبط هؤلاء في المستقبل.

- التضييق على وسائل الإعلام المهمة بالكشف عن قضايا الفساد بكل أشكاله وهذا بإدراج نصوص قانونية تحد من نشاطها وتجعل عملها في هذا الإطار من قبيل القذف وحتى الممارسة السياسية، وقد يصل الحد إلى درجت غلق هذه الوسائل الإعلامية يحدث هذا رغم وقوف الديوان وغيره من أجهزة الرقابة على صحة المعلومات المتداولة.

ب- الأسباب السياسية:

- يمكن القول أن أهم سبب هو انعدام الإرادة السياسية لمكافحة الفساد فرغم وجود الديوان المتمتع بسلطة الضبطية القضائية وكذا القضاء الجزائي والإداري وهيئات رقابة متنوعة إلا أن وتيرة الفساد في البلاد في تصاعد مستمر.
- عدم إشراك منظمات المجتمع المدني المستقلة في عملية الوقاية من الفساد ومكافحته بجدية رغم وجود نصوص تؤكد على ذلك.
- ضعف البرلمان كسلطة رقابة على المال العام وعلى المصالح الوطنية.

ملخص الباب الثاني:

بعد وقوفنا على قصور القضاء الإداري ونقص فعالية القضاء الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بواسطة الخطر الجزائي الذي دخل مجال الصفقات العمومية صراحة في مرسوم 15.247، أصبح من الضروري البحث في طرق وآليات تجنب هذا الخطر حتى لا يحول دون تحقيق المصلحة المتعاقدة للمصلحة العامة تبعا لتلبية احتياجاتها عن طريق الصفقات العمومية، وبالتالي يجب العمل على تحرير الموظف من هذا الخطر باعتباره أول المعنيين به، فهو المعبر عن إرادة المصلحة المتعاقدة إذا كانت مدعوة الى احترام تنظيم الصفقات العمومية، ولهذا كان الاعتناء به سواء من حيث توظيفه وتكوينه المتخصص المستمر، والحرص على ترقية أخلاقه الوظيفية، ومنع تعارض المصالح، والتصريح بالممتلكات أولوية سواء في القانون الوطني أو القانون الدولي تبعا للاهتمام المتزايد للمجتمع الدولي بظاهرة الفساد ومن بينها جرائم الصفقات العمومية، ونظرا لضبط المشرع عملية إبرام الصفقات العمومية بمبادئ اختلف كل من قانون الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد في تحديدها أصبح من الضروري تكريسها وتفعيلها عند كل دعوة للتعاقد وفي مقدمتها مبدأ المنافسة الى جانب مبدأ المساواة والشفافية.

ولأن الصفقة العمومية تتضمن نفقة من الخزينة العمومية وباعتبار المال العام يخضع لمختلف أنواع الرقابة القبلية والبعديّة تمر الصفقة العمومية على الرقابة الداخلية للمصلحة المتعاقدة، ثم على الرقابة المالية للمراقب المالي بعد إحالتها من الأمر بالصرف ثم الى المحاسب العمومي الذي يأمر بصرف النفقة سواء بإرادته أو تحت مسؤولية الأمر بالصرف للمصلحة المتعاقدة، وفي الأثناء تتحدد مسؤولية كل مخالف للقانون، وهذا ينطوي بدوره على خطر جزائي من نوع آخر، ثم تمر الصفقة على رقابة مالية بعديّة يمارسها مجلس المحاسبة كهيئة ذات طابع قضائي فقد هيئته وفعاليتها بقصد أو بدونه وأضحى من الضروري تفعيل دوره الرقابي، الى جانب المفتشية العامة للمالية كهيئة رقابة ذات طابع إداري، وتستكمل هذه الرقابة على مستوى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي لقمع الفساد كآليات مقترحة أيضا لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية بعد تفعيل دور كل منهما، وعندما نجنب كل الممارسين الخطر الجزائي المحقق بهم نكون ربما قد أعدنا التوازن المفقود للمعادلة بطرفيها حرية ممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة المستهدفة.

خاتمة

الصفات العمومية أداة مهمة لتلبية احتياجات المصلحة المتعاقدة بغرض تحقيق المصلحة العامة بواسطة المال العام، ولهذا السبب سخر لها المشرع أدوات تستعملها من بينها ترسانة قانونية متنوعة ومتدرجة في مقدمتها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 باعتباره الأساس القانوني لدراستنا، ينظم من خلاله كيفية تلبية المصلحة المتعاقدة لاحتياجاتها، ولحماية المال العام المستعمل لهذا الغرض اصدر المشرع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01.06 المعدل والمتمم.

يعبر عن إرادة المصلحة المتعاقدة سواء كانت إدارة بالمفهوم الواسع أو مؤسسة عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري حسب ما هو محدد في المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 موظف إذا كانت المصلحة المتعاقدة إدارة حسب مفهوم هذا المرسوم، أو عون عمومي إذا تعلق الأمر بمؤسسة خاضعة للقانون الذي يحكم النشاط التجاري مادام قانون الوظيفة العمومية لا يطبق في هذه المؤسسات، ونظرا لطبيعة الصفقات العمومية سواء من حيث أهدافها أو إجراءات تنظيمها أو المال المستعمل لذلك، فقد ينتاب ممثل المصلحة المتعاقدة الخوف من الخطر الجزائي الملازم للصفقة العمومية، من مرحلة التحضير الى مرحلة الإبرام الى مرحلة التنفيذ، وقد يقتل هذا الخوف روح المبادرة لديه فنكون أمام مصلحتين متناقضتين المصلحة الخاصة لهذا الشخص الطبيعي والمصلحة العامة للمصلحة المتعاقدة، وتنظيم الخطر الجزائي في الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 في المادة 89 وما بعدها جاء بغرض خلق أرضية لإعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين، ومعلوم أن القضاء هو من يتكفل بتحقيق هذه المعادلة.

إن يستمر هذا الخوف مع ممثل المصلحة المتعاقدة، ويرجع العدة أسباب منها ما يتعلق بالنصوص المنظمة للصفقات العمومية التي تتسم بنوع من الغموض، كما تتسم إجراءات تنظيم الصفقات بالتعقيد واستغراقها مدة طويلة لتري النور، وفي هذه الأثناء تكون المصلحة المتعاقدة مدعوة الى تحقيق المصلحة العامة التي لا تتوقف، ولا يمكن الوصول الى الأهداف المرجوة إلا إذا استطاعة المصلحة المتعاقدة تلبية احتياجاتها أولا.

إن عدم الاستقرار التشريعي للنصوص المنظمة للصفقات العمومية يزيد من هذا

الهاجس، فلم يستقر الوضع مع قانون الصفقات الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 236.10 الصادر بتاريخ 2010/10/07، وما أعقبه من تعديلات متتالية سنة 2011 و2012 و2013، حتى انتهى به المطاف الى الإلغاء التام وصدر قانون الصفقات الساري سنة 2015، ومعلوم أن أي نص يحتاج الى فترة يستقر فيها وينفذ في الميدان، مما يكسب المتعاملين به التجربة وتجنب النقائص، وهذا التقلب التشريعي لم يسعف أيضا القاضي سواء الإداري أو الجزائي ليستقر على رأي في مسألة محددة، وهذا ينعكس على ممثل المصلحة المتعاقدة الذي يجد نفسه يواجه المجهول في حالة تعامله مع نصوص غامضة بالنسبة له ولا يعرف طريقة تعامل القاضي معها في حالة المنازعة، كما أن الضعف المسجل على الطاقم البشري المسير للمصلحة المتعاقدة يزيد من هذا الخطر المحدق، فالجهل عدو صاحبه، وانطلاقا من مبدأ شرعية التجريم استعمال المشرع عبارات فضفاضة عند بناء النصوص المجرمة لبعض الأفعال كما هو عليه الحال مثلا في المادة 27 والمادة 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06 - 01، وهذا يترك ممثل المصلحة المتعاقدة يرتبك أثناء مباشرة عمله المتعلق بمجال الصفقات العمومية، وبالتالي يحتاج الى من يبين له النطاق الذي يتصرف فيه دون الوقوع في الخطر الجزائي، وامتلاك النيابة سلطة الملائمة وامتلاك قاض الموضوع السلطة التقديرية عند تفسير نصوص المتابعة يترك ممثل المصلحة المتعاقدة يواجه فعلا المجهول.

باعتبار القاضي الإداري قاض الشرعية أصلا فإن تدخله قصد إعادة التوازن بين مصلحتين متناقضتين يقتصر على رقابة الصفة العمومية، ومدى احترامها لقانون الصفقات العمومية والقوانين ذات الصلة من حيث أركانها وشروط صحتها وإجراءات إبرامها، وبالتالي يحكم بإبطال الصفة كليا أو جزئيا إذا ثبتت له مخالفة القانون، وقد يحكم بالتعويض أو إلزام المصلحة المتعاقدة بشيء، أو يحكم بإلغاء القرارات التي يمكن فصلها عن العملية التعاقدية إذا ثبت له مخالفتها للقانون بوجه عام، ومن الناحية الواقعية كثيرا ما يرجح القاضي الإداري كفة المصلحة المتعاقدة على حساب المتعاقد معه خاصة إذا كانت إدارة عمومية من منطلق حمايته للمصلحة العامة، وفي نفس السياق وقفنا على ميل واضح للقاضي الإداري خاصة في القضاء المقارن للمتعاقد معه عندما يتعلق الأمر بصفقات عمومية أبرمة بصفة مخالفة للقانون وتم تنفيذها في الواقع واستفادة منها المصلحة المتعاقدة، حيث قلنا أن القاضي

الإداري الفرنسي مثلا يعمل نظريات وحلول مستنبطة من القانون المدني بطبقها على مثل هذه المنازعات، منها المسؤولية التصيرية على أساس الضرر اللاحق بالمتعاقد معه جراء تنفيذه لمحل الصفقة المخالفة للقانون وعدم حصوله على مستحقاته المالية، وقلنا أن هذا النهج منتقد بحكم أن المسؤولية التصيرية تقتضي انتفاء الخطأ بالنسبة للمضروب وفي هذه الحالة واضح أن المتعاقد معه مساهم في الخطأ المتمثل في إبرام صفقة مخافة للقانون، كما طبق هذا القضاء نظرية الإثراء بلا سبب وقلنا أن هذا النهج لا يستقيم أيضا خاصة في نظامنا القضائي، لأنه وعلى خلاف القانون الفرنسي يشترط في المادة 141 قانون مدني جزائري النية الحسنة للمثري وواضح أن المصلحة المتعاقدة بصفتها الطرف المثري على حساب المتعاقد معه لم تكن حسنة النية بل ساهمة في مخالفة قانون الصفقات العمومية والقوانين ذات الصلة، وبالتالي هل يمكن بعد هذا أن يؤسس القاضي الإداري حكمه القاضي بإلزام الإدارة بتسديد مستحقات المتعاقد معه على قاعدة المساواة أمام الأعباء العامة.

وعلى العموم لم يكن هذا القاضي بالفعالية اللازمة عندما تعلق الأمر بإعادة التوازن بين المصلحة الخاصة لممثل المصلحة المتعاقدة والمصلحة العامة المستهدفة من طرف هذه الأخيرة، وهذا راجع بطبيعة الحال الى طبيعة المنازعة نفسها المطروحة عليه، وكذا الخصائص المميزة لهذا القضاء واختصاصاته المحددة قانونا فإما حماية مبدأ الشرعية وهذا قد يجعله في بعض القضايا معيقا للإدارة وهي تستهدف المصلحة العامة، مع العلم أن إعادة المنافسة من جديد يكلف الإدارة الكثير من الوقت الثمين، وإما التضحية بهذا المبدأ والتغاضي عن بعض التجاوزات إذا كان الغرض هو تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي نقول أنه لا يمكن الاعتماد كليا على القاضي الإداري لإعادة هذا التوازن المفقود.

ومن منطلق شرعية التجريم وفي حالة وصول المخالفة المرتكبة من طرف الموظف أو العون العمومية والمتعاقد معه الى درجة الجريمة فبحكم الصلاحيات التي يملكها القاضي الجزائي يبدو أنه أكثر تأهيلا من غيره لإعادة هذا التوازن المفقود، وللوهلة الأولى يبدو أنه أكثر فعالية من نظيرة الإداري، وعليه كان لزاما علينا إظهار مواطن هذا الخطر الذي يتجلى في كل مراحل الصفقة العمومية وهذا من بين الأسباب الدافعة للنتظم المشرع الصفقة العمومية من مرحلة الإعداد والتحضير الى مرحلة التنفيذ، وأخطر ما في المرحلة الأولى تحديد المصلحة المتعاقدة لاحتياجاتها التي أضحت تشترك في تنظيمها مع سلطة ضبط الصفقات

العمومية المستحدثة بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15، مع العلم أن النصوص التطبيقية لهذه الهيئة لم تصدر الى حد كتابة هذه السطور، يليها مرحلة اختيار طريقة التعاقد وان كان المشرع حدد كليات إبرام الصفقات العمومية في المادة 25 وما بعدها من المرسوم المذكور، إلا أن هامش حرية كبير ما زلت تتمتع به المصلحة المتعاقدة، فإذا كان لا بد أن تتعاقد وفق القاعدة أي طلب العروض بأنواعه فان استهداف ممثل المصلحة المتعاقدة المصلحة الخاصة قد يدفعه الى التعاقد وفق الاستثناء أي التراضي وهذا يشكل خطرا جزائيا مرتفعا لأنه ينطوي على فساد بين، تليها مرحلة الإعلان المنافسة وهذه ضبطها المشرع بنصوص في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وفي قانون المنافسة الصادر بالأمر رقم 03.03 بتاريخ 19 يوليو 2003 المعدل والمتمم، وإذا أراد ممثل المصلحة المتعاقدة توجيه الصفقة لجهة معينة فان مخالفة النصوص المنظمة لإشهار الصفقة كأن ينشر الإعلان في صحيفة محدودة التوزيع أو عدم توزيعها أصلا يحقق هدف ممثل المصلحة المتعاقدة وهذا يشكل خطرا جزائيا مرتفعا، ويستمر هذا الخطر في مرحلة الإبرام التي أهم ما فيها فتح الأظرف، وفي هذا المستوى يمكن لممثل المصلحة المتعاقدة أن يتلاعب بهذه الإجراءات قصد توجيه الصفقة لمعامل محضوض وهذا أيضا يشكل خطرا جزائيا مرتفعا وفي مرحلة التنفيذ يرتفع هذا الخطر أكثر إذا حدث تنسيق بين ممثل المصلحة المتعاقدة والمعامل معه على السير في طريق الفساد، وهذا التواطؤ لا تكشفه إلا الرقابة الخارجية إدارية كانت أو مالية أو قضائية، ويستمر هذا الخطر في حالة توجه المتعاقدين الى إبرام ملحق للصفقة الذي أصبح احد البؤر المهمة للفساد وفيها يرتفع الخطر الجزائي الى أعلى مستوى.

إن تعمد ممثل المصلحة المتعاقدة ومن شاركه في هذا المنحى، عبر مخالفة النصوص المنظمة للصفقات العمومية قصد تحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره، يجعله يستعد ويحتاط قدر المستطاع ويتجنب الوقوع في يد العدالة أو الإفلات من يدها إذا واجهته متابعة أو تفتيش، لكن هاجس الخطر الجزائي الملازم لممثل المصلحة المتعاقدة قد يدفعه إلى الارتباك وارتكاب أخطاء قد تشكل أفعالا مجرمة، فيجد نفسه محل متابعة وهذا احتمال وارد، أو يجعل مبادرته محدودة وهذا من شأنه يؤثر على أداء المصلحة المتعاقدة، وفي كل الأحوال تكون المصلحة العامة والمال العام ضحية.

يتمثل إذن الخطر الجزائي في الصفقات العمومية في أفعال مجرمة موصوفة بالجرح رغم خطورتها منظمة بقانون خاص يوصف بالوقائي والردعي في نفس الوقت هو قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الصادر تحت رقم 01.06، مع العلم أن المشرع الفرنسي والمصري مثلا لا يجزمان مثل هذه الأفعال في نص خاص، بل تم تنظيمها ضمن قانون العقوبات، وفي السياق سجلنا أن هناك جرائم قد ترتكب بمناسبة إبرام صفقة عمومية وبدونها مثل جريمة التزوير في محررات رسمية أو إدارية، وجريمة النصب وغيرها، وهناك جرائم ترتكب بمناسبة إبرام صفقة عمومية وهذه تناولنا أشهرها، وأكثر هذه الجرائم انتشارا جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير في مجال الصفقات العمومية كما عبر عليها المشرع، ونظرا لخصوصيتها تعتبر الفعل المجرم الوحيد الذي أشار إليه قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صراحة في القسم الثامن تحت عنوان "مكافحة الفساد" في المادة 89 الى جانب تجريمه بنص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والإشارة الى فعل تضارب المصالح في المادة 88 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في سياق تناول تصريح الموظف بعدم وجود تضارب بين مصلحته الخاصة والمصلحة العامة وهذا الفعل معاقب عليه بالمادة 34 من قانون مكافحة الفساد، وقد سجلنا أن المشرع وقع في خطأ عندما أحال على المادة 09 من نفس القانون، والصحيح هي الإحالة على المادة 8 منه لأنها تتناول بالفعل تعارض المصلح، في حين تتناول المادة المحال عليها المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، وبدورنا تناولنا هذه الجريمة بالشرح وفق الإحالة الصحيحة مخالفين بذلك نص المادة 34 على أمل مراجعته من طرف المشرع في المستقبل المنظور.

ويبدو أن درجة الخطر الجزائي في جريمة منح امتيازات غير مبررة مرتفع جدا بالمقارنة مع جريمة تعارض المصالح، وهو نفس الوضع الذي يشهده المشرع الفرنسي مثلا ويبدو أن هذا التقارب راجع إلى أسباب تاريخية فلطالما كان المشرع الفرنسي ملهم نظيره عندنا، والسبب الثاني يرجع الى تحول يحصل منذ سنوات في المجتمع الدولي حيث أصبح يشهد تقاربا كبيرا بين مكوناته، وفي السياق أضحت جرائم الفساد ومنها تلك المرتبطة بالصفقات العمومية بصيغة دولية بعد اعتماد معاهدات دولية وإقليمية للوقاية من الفساد ومكافحته، وأشهرها اتفاقية الأمم المتحدة ذات الصلة، واتفاقية الاتحاد الإفريقي المصادق عليهما بتحفظ من طرف الجزائر، وبالتالي نفس الجريمة موجودة في اغلب التشريعات

المقارنة وبتشابه قد يصل الى درجة التطابق، ويبقى ربما الاختلاف في العقوبة المسلطة على المتهم وهذا راجع إلى الاختلاف المسجل في سياسة التجريم والعقاب المنتهجة في كل دولة.

وثاني اخطر هذه الجرائم جريمة الرشوة في الصفقات العمومية المعاقب عليها بالمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وقد ارتأينا أن نتناولها بالشرح من خلال التعرض الى نظاميها نظام وحدة الرشوة وثنائية الرشوة وعند تكييف جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية قلنا أن المشرع اعتمد نظام وحدة الرشوة معاقبا الموظف بنص خاص وبالتبعية يتابع مقابله بالنص المجرم للرشوة بوجه عام، وقلنا أن سبب تجريم المشرع لفعل الموظف دون غيره في مجال الصفقات العمومية بنص خاص هو مسابته للتطور الذي حصل في هذا الخصوص، حيث أصبح الموظف يقوم بدور ايجابي في الرشوة إما عرض خدماته مقابل مزية غير مستحقة، وإما تعطيل مصالح المتنافس حتى يدفعه لعرض الرشوة وهو وضع يشبه الى حد كبير توجه المشرع الفرنسي مع اختلاف في العقوبة المسلطة على المتهم، أما فيما يخص رشوة الموظفين الدوليين ففي سياق البحث في أنظمة الرشوة سجلنا اختلافا بين مشرعنا الذي يعاقب على الرشوة الايجابية والسلبية في نفس الوقت وبين المشرع الفرنسي مثلا الذي يجرم الرشوة الايجابية دون السلبية وهذا اثر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون المؤرخ في 20/06/2000 تبعا لإمضاء الاتفاقية الدولية لمكافحة رشوة الموظفين الأجانب في الصفقات التجارية الدولية الموقعة بباريس في 17/12/1997.

نشير مرة أخرى إلى أن هذا الخطر يمس أشخاص طبيعية تعبر عن إرادة المصلحة المتعاقدة، ولما كان الأمر يتعلق بالمسؤولية الجزائية فمعلوم أن المبدأ المعمول به هو شخصية العقوبة، وبالتالي كان لزاما الإشارة الى الأشخاص المعنية بهذا الخطر سواء من حيث مكانتها في النظام القانوني الذي يحكم نشاطها ولاسيما قانون الوظيفة العمومية والقوانين ذات الصلة باعتباره ركن مفترض في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، أو من حيث مسؤوليته الجزائية، وهذا في سياق البحث في النظام القانوني للصفقة العمومية باعتبارها ركن مفترض ثاني في الجرائم المتصلة بالصفقات العمومية، ولكن طبيعة الدراسة لم تسعفنا للتوسع في مفهوم الموظف على خلاف مفهوم الصفقة العمومية التي تناولناها بنوع من التفصيل، والملاحظ أن المشرع في قانون الصفقات العمومية يستعمل مصطلح

العون العمومي ممثل المصلحة المتعاقدة، وفي قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يستعمل مصطلح الموظف، ويبدو أن المصطلح الأول اشمل لأنه يضم ممثل المصلحة المتعاقدة بصفقتها إدارة ويشمل أيضا ممثل الهيئات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكون مدعوة الى احترام تنظيم الصفقات العمومية، وعليه عند متابعة ممثل هذه الأخيرة بالنصوص المجرمة للأفعال المرتبطة بالصفقات العمومية واجهتنا إشكالية تطبيق هذه النصوص رغم عدم امتلاك هذا الممثل لصفة الموظف، ولكن تفسير نصوص قانون العقوبات لا تحكمه نفس المبادئ التي تحكم تفسير باقي نصوص القانون، أي يجب أن تفسر نصوص قانون العقوبات وفق الخصوصيات المميزة لمبدأ الشرعية، أما بالنسبة للأركان الخاصة لكل جريمة فإننا حاولنا التدقيق في تفاصيلها بغرض إظهار مواطن الخطر الجزائي.

وفي سياق النظر في فعالية القاضي الجزائي قصد تحقيق الهدف المنشود كان لزاما علينا التطرق الى طرق وإجراءات الكشف عن جرائم الصفقات العمومية الممثلة كما قلنا للخطر الجزائي وكذا النظر في إجراءات سير الدعوى العمومية بصفة عامة، وقد سجلنا فيما يخص إجراءات البحث عن جرائم الصفقات العمومية أن ضابط الشرطة القضائية، أو ضابط الديوان المركزي لقمع الفساد باعتباره متمتع بصفة الضبطية القضائية يعتمد على الأساليب العامة والأساليب الخاصة للبحث والتحري عن جرائم الفساد، لأن جرائم الصفقات العمومية جزء منها، وفي هذا الإطار استحدثت المشرع بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية سواء بالقانون رقم 06-22 بتاريخ 20/12/2006 أو بالأمر رقم 02-15 بتاريخ 23 يوليو 2015 أسلوب التسرب واعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور تماشيا والتطور الحاصل في الجريمة تبعا للتطور الحاصل في أساليب التواصل الحديثة، وتشجيعا للتبليغ عن الجريمة استحدثت المشرع أساليب حماية الضحايا والشهود والخبراء، وكلها إجراءات معمول بها في التشريعات المقارنة ولاسيما القانون الفرنسي .

أما بالنسبة لمدى تطبيق القيود الواردة على سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية ومدى إعمالها في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية، فقد قلنا أن تقييد سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية في المادة 06 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية تبعا لتعديله بالأمر رقم 02.15 عندما يتعلق الأمر بمسيرى المؤسسات العمومية الاقتصادية عن أعمال

التسيير التي تؤدي الى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع المال العام إلا تبعا لشكوى مسبقة من الهيئة الاجتماعية للمؤسسة فان لهذا التقييد حدين، يمكن أن يشكل حماية للمسير من الخطر الجزائي عندما تكون المؤسسة مدعوة لاحترام تنظيم الصفقات العمومية حسب المادة 6 من المرسوم رقم 247.15، كما يمكن أن يشكل وسيلة ابتزاز لهذا المسير يستعمل ضده من طرف أشخاص يعتقدون أن هذا المسير يعرقل مصالحهم غير المشروعة في المؤسسة، وبصفة عامة إن القيود الواردة على سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية تطبق على الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية وفقا للأحكام العامة كما هو عليه الحال في القانون المقارن، وبالنسبة للتحقيق القضائي والمحاكمة فباستثناء الإشارة الى طرق اتصال المحكمة بالملف الجزائي حيث غالبا ما تتم المتابعة في جرائم الصفقات العمومية تبعا لتحقيق قضائي يجريه قاضي التحقيق لم نسجل خصوصيات تذكر.

وعليه لما تبين لنا قصور القاضي الإداري في إعادة التوازن المفقود بين مصلحتين متناقضتين لأسباب المذكورة أعلاه تدخل القاضي الجزائي، وبحكم اختصاصاتها أثبت تجاوبه مع هذه المعادلة وهذا راجع الى طبيعة عمله في إطار مبدأ شرعية التجريم مادام الأمر لم يتوقف عند حد مخالفة قانون الصفقات العمومية والقوانين المرتبطة بالمجال. يراقب القاضي الجزائي أفعالا صادرة عن أطراف الصفقة في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 01.06 حسب ما هو مبين أعلاه، وإذا ثبتت إدانة أي طرف حمله المسؤولية الجزائية، وفي الأثناء تبقى الصفقة العمومية منتجة لكل آثارها فلا يمكن له إلغائها حتى مع توافر أسباب ذلك، فهل يمكن القول بعد هذا أن القاضي الجزائي أعاد التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، إننا نرجح الإجابة بلا، وبالتالي ما الجدوى من إدخال الخطر الجزائي الى قانون الصفقات العمومية والنص عليه في مواد محددة، إننا نعتقد أن الأمر لا يخرج عن كونه محاولة من المشرع للوقاية من خطر الوقوع في الجريمة ليس إلا، خاصة وان هذه النصوص أحالة ضمنا على القانون الجزائي المختص بطبيعة الحال، هذا الواقع يحتاج إذن الى نظرة أخرى، وربما محاولة البحث في طرق تفادي هذا الخطر أي الاعتراف باستمرار هذا الخطر مع ممثل المصلحة المتعاقدة مع الحرص على عدم الوقوع فيه حتى لا يتحول إلى معيق للمصلحة المتعاقدة ومكبل لممثلها.

وعليه كان لزاما البحث خارج نطاق القضاء في سبل تجنب هذا الخطر، ومن ثمة

إيجاد توازن للمعادلة بطرفيها، المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للموظف أو العون العمومي الذي يريد التحصن من أي متابعة جزائية، وفي إطار التشريع المقارن اقترحنا مجموعة من الحلول في مقدمتها معالجة النظام القانوني للموظف أو العون العمومي باعتباره الحلقة الأهم في المعادلة سواء من حيث توظيفه في شفافية كاملة مع احترام الشروط المطلوبة المتوافقة مع المنصب من حيث التخصص والتكوين والكفاءة، وكذا من حيث التكوين المستمر المتخصص، مع العلم أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أشار إلى هذا الحل عندما ألزم المصلحة المتعاقدة بالتكوين المتواصل لأعوانها وإعداد برامج تكوين من طرف سلطة ضبط الصفقات العمومية وهذا واضح في المادة 211 والمادة 213 منه، بالإضافة إلى احترام أخلاقيات الوظيفة خاصة فيما يخص إمضاء التصريح بعدم وجود تعارض المصالح وكذا التصريح بالامتلاكات.

ونظرا لأهمية المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية وفي مقدمتها مبدأ المنافسة إلى جانب مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية سجلنا تباينا بين ما ذكر من مبادئ في قانون الصفقات العمومية وما ذكر في قانون الوقاية من الفساد، حيث يشتركان في مبدأ المساواة ومبدأ الشفافية، ويختلفان في مبدأ ذكر في المادة 5 من المرسوم رقم 247.15 هو مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية والمعايير الموضوعية المذكورة في المادة 9 من القانون رقم 01.06، أما بالنسبة لمبدأ المنافسة فإن كلاهما لم يتطرق إليه مباشرة أو بالإحالة وهذا راجع إلى تناوله في قانون خاص هو قانون المنافسة رقم 03.03 وفيه حسم المشرع في إشكالية تطبيق هذا القانون على الصفقات العمومية بموجب المادة 02 منه، مع العلم أن هذه الإشكالية مطروحة في القانون المقارن مما ترك الفقه يبحث في الموضوع، ولو أن المبدأ في حد ذاته مكرس في الصفقات العمومية دون تسجيل أي خلاف.

ومادامت هذه المبادئ تطبق على الصفقات العمومية فإن تكريسها وتفعيلها في ظل رقابة القاضي الإداري لم تكن ذات فعالية كأحد آليات تجنب الخطر الجزائي، لأن مهمته تتوقف عند مراقبة مبدأ المشروعية، الشيء الذي جعل القاضي الجزائي يبدو أكثر فاعلية لو توفرت ظروف وعوامل مازالت ناقصة في مقدمتها الاستقلالية الحقيقية للقضاء والتكوين المستمر والمتخصص للقضاة والمساهمين في العدالة.

وفيما يخص إخضاع الصفقات العمومية لمختلف أنواع الرقابة المالية فإن تعدد وتنوع

هذه الرقابة من شأنه اكتشاف كل الأخطاء والتجاوزات في حق المال العام، وتفعيل هذه الرقابة بأنواعها باستمرار يحقق الهدف المرجو أي الوقاية من الفساد ويجعلها وسيلة مهمة لتجنب الخطر المقصود في المستقبل، لأن الموظف الفاسد يدرك أنه سوف يسقط في أي مرحلة من مراحل الرقابة المالية.

وحتى لا يتحول رفض المراقب المالي والمحاسب العمومي صرف النفقة العمومية المترتبة عن الصفقة العمومية عائقا لتلبية احتياجات المصلحة المتعاقدة، اعترف المشرع للأمر بالصرف بسلطة تجاوزهما، وقد اعتبرنا هذه السلطة بمثابة نقل للمسؤولية من المراقب المالي والمحاسب العمومي الى الأمر بالصرف الذي يكون مسؤولا عن إدارته وحريصا على عدم توقف مصالحه، على خلاف من رأى في هذه السلطة عيب وقصور فادح في الرقابة المالية للمراقب المالي والمحاسب العمومي.

وعن سلطة مجلس المحاسبة فبعد تثمين النص على استقلاله دستوريا سجلنا عدم استقلاله واقعا، ونقص فادح في وسائل عمله ونقص آخر بالنسبة للجانب البشري المتخصص بالنظر الى تنوع وتوسع النشاط الاقتصادي الذي يلازمه الاعتماد المتزايد على الصفقات العمومية لتلبية الاحتياجات العامة في البلاد، وتفعيل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، والديوان المركزي لقمع الفساد آلية أخرى لمحاصرة الفساد وأيضا لتجنب الخطر الجزائري في الصفقات العمومية، كما أننا لم نجد في هذه الازدواجية الهيكلية أي تنازع للاختصاص بين الهيئتين، وسجلنا أن الديوان يكمل عمل الهيئة وفي أبعد حد يمكن دمج اختصاصات كليهما في هيئة واحدة.

وبعد تناولنا لمختلف جوانب هذا الموضوع الشائك ووقفنا على ما سبق طرحه من نتائج، يمكن أن نعرض بعض المقترحات لإيجاد موازنة بين المصلحة العامة والخاصة في سياق توضيح مكان الخطر الجزائري وتجنبه.

رفع الغموض المسجل على نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتبسيط إجراءات إبرام الصفقات العمومية إلى أقصى حد حتى لا يضيع ممثل المصلحة المتعاقدة في البحث عن نية المشرع، وحتى لا ينشغل القاضي سواء الجزائري أو الإداري بتفسير الغامض منها والاجتهاد بالنسبة للمسكوت عنه، مما يؤدي إلى وضوح الرؤيا بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة وتخطيه هاجس الخطر الجزائري الملازم لأي خطأ يمكن

أن يقع فيه أثناء سير إجراءات الصفقة العمومية، وكذا اقتصاد الجهد والوقت والتركيز على تفاصيل الصفقة وأهدافها بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة، وبالنسبة للقاضي التركيز على الملف المعروض عليه .

في الجانب البشري العمل على التكوين المتخصص والمستمر لكل الفاعلين في مجال الصفقات العمومية، بداية بالقاضي الإداري، وتدعيم تشكيلة المحكمة الإدارية ومجلس الدولة بكفاءات متخصصة في المجال، وفي المصلحة المتعاقدة مهما كانت طبيعتها تدعيم التوظيف حسب التخصص وفي شفافية تامة عندما يتعلق الأمر بمناصب لها علاقة بالصفقات العمومية، وكذا تدعيم التكوين المستمر في التخصص تكريسا لما هو منصوص عليه في المادة 211 و 212 من قانون الصفقات الساري سواء بالاستعانة بالجامعة أو المدارس المتخصصة وطنية كانت أم أجنبية وهذا نظرا للتقارب المسجل بين تنظيم الصفقات عندنا وتنظيم دول التشريعات المقارنة، مع التأكيد على حضور هذا التكوين الموظفين والأعوان المعنيين بمجال تنظيم الصفقات العمومية حتى لا تكون هذه المشاركة وهذه التكوينات شكلية أو تستعمل لغرض الترقية فقط.

يجاد توازن بين ما يسمى برفع التجريم عن عملية التسيير سواء بالنسبة للإدارة أو بالنسبة للمؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكون مدعوة لاحترام تنظيم الصفقات العمومية، وبين محاصرة الفساد المستشري في هذه الهيئات والمؤسسات ولاسيما في مجال الصفقات العمومية، فلا يكفي الحديث عن رفع التجريم دون إيجاد سبل الوقاية من الفساد أولا ومكافحته ثانيا، وهي معادلة صعبة من الضروري أن يعكف عليها خبراء متخصصون في كل المجالات ذات الصلة قانونية كانت أو مالية أو اجتماعية أو اقتصادية أو تجارية، وبحكم تخصصنا القانوني يمكن القول أن إعادة صياغة النصوص المجرمة للأفعال المرتبطة بالصفقات العمومية كفيل بالمساهمة في حل هذه الإشكالية، وهذا يكون بالتدقيق في المصطلحات المستعملة كأن يضاف للموظف العون العمومي في كل النصوص المجرمة لأفعال مرتبطة بالصفقات العمومية وهذا من شأنه رفع اللبس على النيابة وعلى الأطراف المتعاقدة، كما أن تدخل المحكمة العليا عن طريق الغرفة الجنائية وغرفة الجرح والمخالفات بالنسبة للقضاء الجزائي ومجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري عن طريق قرارات قضائية مبدئية ملزمة من شأنه تقوية هذا الحل، فعلم المسير مهما كانت المؤسسة أو

الهيئة التي يمثلها عندما تكون خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بحدود وتفاصيل نصوص التجريم ولو عن طريق مستشارقانوني يرسم له النطاق الذي يتصرف فيه يجنبه الشعور بالخطر الجزائي وهذا يحزر مبادرته وسعيه لتحقيق المصلحة العامة.

بلورة قانون عقوبات خاص بالصفقات العمومية،والى ذلك الحين من الضروري تعديل نصوص القانون رقم 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ومن بينها المادة 34 وهذا بالإحالة على المادة 8 بدل المادة 9 منه، وإعادة صياغة المادة 08 المذكورة بتعويض حرف "أو" بحرف "و"، وتعديل المادة 27 من نفس القانون لتحديد الوصف القانوني لصاحب المصلحة الواقع تحت ضغط رهيب من قبل الموظف أو العون العمومي الذي يتراجع عن استلام الرشوة وليكن بالإحالة على المادة 25 من نفس القانون، وكذلك وضع نظام قانوني للوسيط في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية تحديداً، ويجب أن نتبع كل الإصلاحات الواقعة عن المنظومة الجزائية بتفعيل آلية تتبع الأموال الناتجة عن جرائم الفساد ومن بينها جرائم الصفقات العمومية حتى خارج الوطن بالتنسيق مع الجهات المختصة قضائية كانت أم تلك المتعلقة بالشرطة الدولية وهذا في سياق تشديد الرقابة على المال العام ومن شأن هذه الخطوة ردع كل من تسول له نفسه المساس بالمال العام، لأن الأهم من المتابعة الجزائية استرجاع الخزينة العمومية لكل الأموال المنهوبة والمهربة عبر هذه القنوات وكل ما تم اقتراحه من إصلاحات في هذا الباب يندرج في إطار تعزيز وتفعيل دور القاضي الجزائي سعياً منه للمساهمة في إعادة التوازن المفقود بين المصلحتين المتناقضتين.

ولأننا وقفنا على محدودية القاضي الإداري في إعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين، وسجلنا انغماس القاضي الجزائي في عملية ردع المخالفين لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهذا في حقيقة الأمر دوره الرئيسي دون أدنى شك، ولكنه أفضى الى تنامي خوف الفاعلين في ميدان الصفقات العمومية من أي متابعة محتملة كان لزاماً علينا البحث في سبل الوقاية من خطر الوقوع في هذا الخطر المحقق، وعليه اقترحنا بعض الطرق والآليات من شأنها المساهمة في هذا المسعى.

تفعيل التصريح بالامتلاكات وجعله ملزماً فقط بالنسبة للموظفين العاملين في مجال الصفقات العمومية وتوسيعه الى الأعوان العموميين من غير الموظفين العاملين في هيئات غير إدارية معنية بتنظيم الصفقات العمومية حتى نرجع له هيئته، وتبعاً لذلك يمكن تعديل

المادة 05 من القانون رقم 01.06 حتى يشمل التصريح بالامتلاك المسجلة باسم الزوجة والأبناء البالغين إذا كان تاريخ اكتساب الملكية لاحقا لتاريخ تقلد الوظيفة النوعية، والنص صراحة على إخضاع التصريح بالامتلاك لتحقيق إداري مسبق ورقابة قبلية يقوم بها الديوان المركزي لقمع الفساد ومقارنته مع ما يملكه هذا الموظف أو العون العمومي بعد انتهاء أو إنهاء وظيفته المرتبطة بالصفقات العمومية أو انتهاء علاقته الوظيفية ككل لأي سبب كان .
التعجيل بإصدار النصوص المنظمة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المستحدث بموجب قانون الصفقات الساري في سياق توحيد نظم سير الصفقات العمومية، وهذا من شأنه إزالة كل لبس يصاحب ممثل المصلحة المتعاقدة، مما قد يحيي في ذهنه هاجس الخوف من الوقوع في الخطر الجزائي.

وبعد تبيين مسعى المشرع في أفراد نص خاص بتنظيم المنافسة واستحداثه لأسلوب إشهار طلب العروض عن طريق وسائل التواصل الحديثة، تفعيل المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وخاصة مبدأ المنافسة بغرض الوصول الى قانون إداري للمنافسة، وهذا بتضافر جهود القاضي الإداري عن طريق الاجتهاد القضائي وجهود المشرع الذي عليه أن يواكب التطور الحاصل في الميدان سواء محليا أو دوليا، وتفعيل مبدأ المساواة والشفافية، مع الحرص على التطابق بين ما هو منصوص عليه في قانون الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد في هذا الإطار حتى ينسجم القانونين، والإحالة على قانون المنافسة في صلب قانون الصفقات مع الحد من الاستثناءات المسجلة على مبدأ المساواة تحقيقا للنجاعة وحسن التنفيذ، والتأكيد على الحماية القانونية والحماية القضائية لمبدأ المنافسة عن طريق القاضي الإداري وخاصة الاستعجالي باعتباره أهم المبادئ الضابطة للصفقات العمومية.

وبالنسبة للإشهار الإلكتروني من الضروري تدخل المشرع بنصوص تنظيمية لتكريس هذا الأسلوب المستحدث عملا بتجارب دول سلكت هذا الحل منها المشرع الفرنسي، وتوسيع الإشهار إلى كل طرق إبرام الصفقات العمومية باستثناء ما تعلق بالدفاع الوطني ذو الأهمية الإستراتيجية فقط التي تحددها الوزارة المعنية بالدفاع الوطني تحت الرقابة الضيقة للبرلمان نظرا لضخامة الاعتمادات المالية المرصودة في هذا المجال، وهذا من شأنه يجنب المتعاملين في الميدان خطرا جزائيا مرتفعا.

إعادة تنظيم المناولة في الصفقات العمومية حتى لا تشكل نوعا من الاحتكار غير

المشروع من قبل جهة معينة، وكذلك الأمر بالنسبة للملحق الذي أصبح بؤرة للفساد يرتفع فيه الخطر الجزائي قياسا بذلك المسجل عند التعاقد وفق التراضي، فهذه نقاط تستدعي إعادة تنظيم مع توضيح النصوص المتعلقة بهذه الجوانب.

بعد تثمين تنظيم قانون الصفقات للأفضلية المقررة للمؤسسات الوطنية مهما كانت عمومية أو خاصة ضرورة إلزام المصلحة المتعاقدة بالجوء الى مجلس المنافسة بطلب رأيه المسبق حول درجة المخاطر المسجلة على مبدأ المنافسة ومدى الإخلال بمبدأ المساواة وهكذا يتم ضبط هذا الاستثناء على ضوء قانون المنافسة 03 . 03 تقاديا للخطر الجزائي.

ضبط المنافسة بواسطة تجمعات تنشأ لهذا الغرض وفق نظم خاصة في قانون الصفقات وقانون المنافسة، وكذا بالنظر الى الإحصائيات المتاحة ميدانا حول عدد الصفقات التي فاز بها تجمع معين تجنبيا للخطر الجزائي.

إيجاد قنوات تواصل بين الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، والديوان المركزي لقمع الفساد وهذا بحكم استقلال كل منهما عن الآخر، وكذا الطابع التكاملي بينهما والاعتراف للمفتشية العامة للمالية بسلطة إحالة ملف الرقابة على القاضي الجزائي مباشرة وهذا في سياق الاعتراف لموظفيها بسلطة الضبطية القضائية المتخصصة.

تكريس استقلال مجلس المحاسبة واقعا عبر إصلاحات عميقة في مقدمتها تدعيمه بكل وسائل العمل المادية والبشرية المتخصصة، وتدعيم ذمته المالية المستقلة بشكل يساعده على أداء دوره بكل راحة، وكذا حماية أعضائه بما فيهم رئيسه من العزل أو النقل أثناء مدة العضوية، وإخضاع نظامه لتعديل معمق بغرض رد الاعتبار لهذا الجهاز الرقابي المهم بالنظر إلى تجارب دول حسب التشريع المقارن ولاسيما تلك التي تنتمي للمدرسة الأنجلوسكسونية وفق التجربة البريطانية والأمريكية التي نرى أنها جديرة بالاهتمام، بجعله مسؤولا أمام السلطة التشريعية، وهذا يدعم استقلاله ويمنحه القوة، وتضافر جهوده مع المجلس الشعبي الوطني تحديدا في مجال الرقابة على المال العام ككل يضيف لنظامنا الرقابي هيئة قضائية متخصصة ومستقلة بفعالية أكبر.

وعلى كل حال تثمين كل المقترحات الناتجة عن الدراسات السابقة للموضوع ولو من زوايا مختلفة مادام الهدف البعيد هو تحقيق المصلحة العامة عبر الرقي بتنظيم الصفقات العمومية والوقاية من الفساد في المجال.

المراجع

باللغة العربية

الكتب العامة:

1. أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، بارتي الجزائر، 2013.
2. أحسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية، تصنيف الجرائم ومعاينتها، المتابعة والجزاء، دار النشر النخلة، الجزائر، الطبعة الثانية 2001.
3. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1994.
4. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة 1979.
5. بلال أمين زين الدين، التأديب الإداري، دراسة فقهية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار المناهج، الأردن 2010.
6. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع (رشوة . ظروف الجريمة)، دون الطابع، طبعة 2008.
7. حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة الجزائر، سنة 2002.
8. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري (قرارات المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة) ، الجزء الأول، منشورات كليك ، الجزائر، الطبعة الأولى، دون سنة النشر.
9. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة 2008.
10. سليم جديدي ، سلطة تأديب الموظف العام ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011.
11. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانون المدني والإداري، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.

- (12) . عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.
- (13) . عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري . الأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في . مصر، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1991.
- (14) . عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى، الجزائر 2012.
- (15) . عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر 2012.
- (16) . عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة 2012.
- (17) . عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة مصر، 2010.
- (18) . عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2008.
- (19) . لحسن بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)، دار هومة، الجزائر، 2008.
- (20) . لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2008.
- (21) . كمال دسوقي، سيكولوجيا الإدارة العامة وأخلاقيات الخدمة المدنية، مطبعة الإشعاع الفنية الإسكندرية، 2000.
- (22) . محمود زكي أبو عامر، قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1986.
- (23) . مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثالث ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1999.
- (24) . معن خليل العمر، جرائم مستحدثة، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2012.

(25) ناصر لباد ، القانون الإداري، النشاط الإداري، الناشر لباد، الجزء الأول، طبعة 2004.

الكتب المتخصصة:

- (1) . أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، جرائم التزيف والتزوير والرشوة واختلاس المال العام من الوجهة القانونية والفنية، المكتبة الجامعية الحديثة، الإسكندرية، 1998.
- (2) . أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة الجزائر، الجزء الثاني الطبعة العاشرة، 2009.
- (3) . أحمدوش مدني، المحاكم المالية في المغرب (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، مطبعة الفضالة المحمدية، المملكة المغربية، الطبعة الأولى، 2003.
- (4) . أحمد عبد اللطيف، جرائم الأموال العامة، دار النهضة المصرية، القاهرة، 2002
- (5) . أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2007.
- (6) . أحمد مصطفى صبيح، الرقابة المالية والإدارية ودورها في الحد من الفساد الإداري مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، دون سنة النشر.
- (7) . خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية الجزائر 2008.
- (8) . فهمي محمود شكري، الرقابة المالية العليا، دار مجدلاوي، عمان الأردن، 1983،
- (9) . سمير عالية، هيثم عالية، القانون الجزائي للأعمال، (ماهيته . نظرية جريمة الأعمال . الجرائم المالية والتجارية) دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، الطبعة الأولى 2012.
- (10) . صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- (11) . صلاح الدين مصطفى أمين، الرقابة المالية العامة وديوان الرقابة المالية في العراق بين ماضيه ومستقبله، دون الناشر، بغداد، طبعة 1997.

- (12) . عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية . تشريعا وفقها واجتهادا. (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2010.
- (13) . عبد الحق دهبى، الطاهر كركري، جرائم المال العام، إديسوفت، المملكة المغربية، ط 1، 2005.
- (14) . عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005.
- (15) . علاء زكي، جرائم الاعتداء على الدولة (جرائم القسم الخاص في قانون العقوبات) المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2004.
- (16) . عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2011.
- (17) . عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- (18) . علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- (19) . فايزة خير الدين، محمد فقير، الرقابة على الصفقات العمومية- أبحاث في الإصلاح المالي-، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
- (20) . قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2008.
- (21) . فادية قاسم بيضون، الفساد أبرز الجرائم، (الآثار وسبل المعالجة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2013.
- (22) . محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- (23) . محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- (24) . محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة دار القلم، المملكة المغربية، الطبعة الأولى، سنة 2010.

- (25) . محمد أنور حمادة، الحماية الجنائية للأموال العامة، دار الفكر الأزرابية، مصر، 2002
- (26) . محمد مسعي، المحاسبة العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة الجزائر، 2003
- (27) . محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- (28) . يلس شاوش بشير، المالية العامة، المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.

الأطروحات والمذكرات

أطروحات الدكتوراه:

- (1) . حمزة خضري، آليات حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014 - 2015.
- (2) . عباس زاوي، الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2012. 2013.
- (3) . محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2003.
- (4) . مصطفى بوكريني، المنافسة في الصفقات العمومية بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، الرباط، أكدال سنة 2003.
- (5) . محمد الصالح فنيش، الرقابة على تنفيذ النفقات العمومية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة، تخصص قانون عام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سنة 2010.

(6) . نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013

(7) . زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2011.
مذكرات الماجستير:

(8) . أرزقي تيري، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وسياسة الحوكمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2013-2014.

(9) . المسعود ضحوي، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، سنة 2013-2014.

(10) . حمزة خضري، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل

(11) شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2005.

(12) . زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة، سنة 2012.

(13) . سعيد بايش، ظاهرة الرشوة في الإدارة العمومية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2002.2003.

(14) . سمية سحنون، إجراءات التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2012. 2013

- (15) . سهيلة بوزيرة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2008.
- (16) . علاوة جلاب، نظام الرقابة على الصفقات العمومية قبل تنفيذها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2013-2014.
- (17) . عبد الرحيم الشافعي، المنافسة في ميدان الصفقات العمومية الجماعية (الإطار القانوني والواقع العملي)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام (وحدة المالية العامة)، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، عين الشق، سنة 1998 . 1999.
- (18) . عبد الوهاب علاق، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2003-2004.
- (19) . كريمة خلف الله، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي جامعة قسنطينة1، سنة 2012 . 2013.
- (20) . محمد بكارشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القوانين الإجرائية والتنظيم القضائي، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012.
- (21) . وسيلة بن باشير، ظاهرة الفساد المالي والإداري في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2012-2013.

المقالات والمدخلات:

المقالات:

- 1). أيت حسو محمد، الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012، ص ص 157 . 186.
- 2). العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 8، سنة 2006، ص ص 117 . 127.
- 3). أمزيد الجيلالي، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة (مؤلفات وأعمال جامعية)، عدد خاص 79 الطبعة الأولى 2008، ص ص 7 . 101 .
- 4). أمزيد الجيلالي، إلزامية تعليل القرارات الانفرادية في مادة الصفقات العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، (سلسلة مواضيع الساعة)، عدد 43 سنة 2003 ص ص 201 - 220 .
- 5). بومقورة محمد، بزاحي سلوى، مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة . بجاية، العدد 01 سنة 2017، ص ص 282 . 299.
- 6). رشيد زوايمية، ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو العدد 1، سنة 2008، ص ص 7 . 18.
- 7). زينب العدوي، مراقبة المال العام من طرف المحاكم المالية ودورها في الفساد المالي سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012، ص ص 51 . 63.

- (8) . سلوى بزاحي، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة . بجاية، العدد الأول، سنة 2012، ص ص 29 .47.
- (9) . عادل عبد اللطيف، الفساد كظاهرة عربية وآليات ضبطها، بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويسري بالإسكندرية حول الفساد والحكم الصالح في البلاد العربية، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت، 2004.
- (10) . عبد الحق ذهبي، المفهوم الإداري والجنائي للموظف العمومي في التشريع والفقهاء والقضاء المغربي " دراسة مقارنة"، مجلة الملف، المملكة المغربية، العدد 05، سنة 2005، ص ص 48 . 65.
- (11) . عبد العالي بنعمور، دور مجلس المنافسة في تخليق العلاقات الاقتصادية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012 ، ص ص 46 . 50.
- (12) . عبد الرحيم الجامعي، محكمة العدل الخاصة والجرائم المالية أية تجربة للتصدي للجرائم المالية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012 ، ص ص 146 . 156.
- (13) . عمار بوجاوي، اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الإستعجالية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، تيزي وزو، العدد الأول، سنة 2007، ص ص 88 . 122.
- (14) . فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 05، سبتمبر 2009، ص ص 111 . 131.

- (15) . محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، سنة 2010، ص ص 73 . 101.
- (16) . محمد الزياتي، القاضي الإداري والصفقات العمومية في المغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، عدد مزدوج 78 . 79، يناير . أبريل، 2008، ص ص 11 . 36.
- (17) . محمد العزوزي، الاقتصاد الخفي - الفساد المالي -، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012، ص ص 299 . 315.
- (18) . محمد باهي، تسوية المنازعات المترتبة عن مخالفة شروط إبرام الصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، عدد مزدوج 87. 88، يوليو-أكتوبر 2009، ص ص 10 . 26.
- (19) . محمد بنعليلو، تقنيات التحقيق في الجرائم المالية، نحو تصور أولي لمقاربة عملية، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012، ص ص 109 . 135.
- (20) . مولاي الحسن العلوي، الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة: الخصوصيات الحصيلة الإكراهات والآفاق، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط "الاقتصاد الخفي والجرائم المالية ودورها في إعاقة التنمية: أوجه الوقاية والمكافحة"، المملكة المغربية، العدد الرابع، سنة 2012، ص ص 64 . 75.
- (21) . محمد محجوبي، خصوصيات دعوى الإلغاء وإشكالية الجمع بينها وبين دعوى التعويض المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المملكة المغربية، عدد مزدوج 87. 88، يوليو-أكتوبر 2009، ص ص 27 . 43.
- (22) . نادية تياب، سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، سنة 2011، ص ص 72 . 77.

المدخلات:

1. أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، يوم 20/05/2013، ص ص 01 . 21.
2. دليلة جلايلة، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، يوم 20/05/2013، ص ص 01 . 15.
3. رمضان قنفود، مكافحة الفساد في الصفقات العمومية، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس المدية، يوم 20/05/2013، ص ص 01 . 17.
4. زاوي شنة، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية: جنحة المحاباة نموذجا، أعمال الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24 و25 أفريل 2013، ص ص 106 . 158.
5. سهام بن دعاس، مدى فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق جامعة الدكتور يحي فارس، المدية، يوم 20/05/2013، ص ص 01 . 16.
6. صالح حمليل، تحديد مفهوم جرائم الفساد في القانون الجزائري ومقارنتها بالاتفاقيات الدولية أعمال الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 02 و 03/12/2008، ص ص 1 . 12.
7. عادل انزران، الفساد في الصفقات العمومية وتأثيره على حماية المال العام، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام،

كلية الحقوق جامعة الدكتور يحي فارس، المدينة، يوم 20/05/2013، ص ص 01 .16 .

(8) . عبد الكريم بودريوة، إشكاليات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 30 و 1 ديسمبر 2011، ص ص 1 . 13 .

(9) . عادل بو عمران، الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، حالاته وآثاره، أعمال الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24 . 25 أبريل 2013، ص ص 36 . 53 .

(10) . كريمة علة، الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة الإبرام، أعمال الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24 . 25 أبريل 2013، ص ص 71 . 89 .

(11) . محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق جامعة الدكتور يحي فارس، المدينة، يوم 20/05/2013، ص ص 01 . 19 .

(12) . مقني بن عمار، عبد القادر بوراس، التصنت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 2 و 3 ديسمبر 2008، ص ص 1 . 22 .

(13) . مسعود بوصنوبرة، الرشوة، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 24 و 25 أبريل 2007، ص ص 32 . 53 .

(14) . نور الدين فليفل، وليد كحول، أحكام التسرب في قانون العقوبات ومدى فعاليتها في مكافحة الفساد، الملتقى الخامس حول الفساد الإداري، كلية الحقوق،

جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، يومي 18 . 19 أبريل 2010، ص ص 1 .
15.

النصوص القانونية

الدستور:

(1). دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المصادق عليه في استفتاء يوم 1996/11/28، صادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96 . 438، المؤرخ في 1996/12/07، ج ر، عدد 76، الصادر بتاريخ 1996/12/08، معدل ومتمم بالقانون رقم 02 . 03، المؤرخ في 2002/04/10، ج ر، عدد 25، الصادر بتاريخ 2002/04/14، وبالقانون رقم 08 . 19، المؤرخ في 2008/11/15، ج ر، عدد 63، الصادر بتاريخ 2008/11/16، وبالقانون رقم 16 . 01، المؤرخ في 2016/03/06، ج ر، عدد 14، الصادر بتاريخ 2016/03/07.

الاتفاقيات الدولية المصادق عليها :

(1). المرسوم رئاسي رقم 04 . 128، المؤرخ في 2004/04/19 المتضمن المصادقة بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك، بتاريخ 2003/10/31، ج ر، عدد 26، الصادر بتاريخ 2004/04/25.

(2). المرسوم الرئاسي رقم 06 . 137، المؤرخ في 2006/04/10، المتضمن المصادقة على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمابوتو في 2003/07/11، ج ر، عدد 24، صادر بتاريخ 2006/04/16.

النصوص التشريعية:

(1). الأمر رقم 66 . 155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائئية، ج ر، عدد 49، صادر بتاريخ 1966/06/11، المعدل والمتمم عدة مرات، ولاسيما بالأمر رقم 15 . 02 المؤرخ في 23 يوليو 2015، ج ر، عدد 40، صادر

- بتاريخ 23 يوليو 2015 وبالقانون رقم 07.17، المؤرخ في 27/03/2017، ج ر، عدد 20، صادر بتاريخ 29/03/2017.
- (2). الأمر رقم 66 . 156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 49، صادر بتاريخ 11/06/1966 معدل ومتمم عدة مرات، ولا سيما القانون رقم 01 . 06، المؤرخ في 20/02/2006، والقانون رقم 06 . 23، المؤرخ في 20/12/2006، ج ر، عدد 84، الصادر بتاريخ 24/12/2006.
- (3). الأمر رقم 67 . 90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، الصادر بتاريخ 27 يونيو 1967 (ملغى).
- (4). القانون رقم 88 . 01، المؤرخ في 12/01/1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، عدد 02، الصادر بتاريخ 13/01/1988، معدل بالأمر رقم 95 . 25، المؤرخ في 25/12/1995، يتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج ر، عدد 55، الصادر بتاريخ 25/12/1995، ملغى بالأمر رقم 01 . 04، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر، عدد 47، لسنة 2001 .
- (5). القانون رقم 90 . 21، المؤرخ في 15/08/1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر، عدد 35، لسنة 1990.
- (6). القانون رقم 90 . 23 المؤرخ في 04/12/1990، يتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 53، الصادر بتاريخ 05/12/1990.
- (7). الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 يوليو 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 39، لسنة 1995، معدل ومتمم بالأمر رقم 10 . 02، المؤرخ في 26/08/2010، ج ر، عدد 50، صادر بتاريخ 01/09/2010.
- (8). الأمر رقم 03 . 03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر، عدد 43، الصادر بتاريخ 20/07/2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08 . 12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر، عدد 36، الصادر بتاريخ 02/07/2008.
- (9). الأمر رقم 06 . 03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر، عدد 46، الصادر بتاريخ 16/07/2006.

- (10) . الأمر رقم 01. 06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، عدد 14، الصادر بتاريخ 2006/03/08، معدل ومتمم بالأمر رقم 05. 10، المؤرخ في 26/08/2010، ج ر، عدد 50، الصادر بتاريخ 2010/09/01.
- (11) . القانون رقم 08 . 09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، الصادر بتاريخ 2009/04/23.
- (12) . القانون رقم 11. 10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر، عدد 37، الصادر بتاريخ 2011/07/03.
- (13) . القانون رقم 07.12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج ر، عدد، 12، الصادر بتاريخ 2012/02/29.

النصوص التنظيمية

- (1) . المرسوم الرئاسي رقم 80 - 35، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية، ج ر، عدد، 10 لسنة 1980.
- (2) . المرسوم رقم 84. 116، المؤرخ في 12 مايو 1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر، عدد 20، الصادر بتاريخ 15 مايو 1984.
- (3) . المرسوم الرئاسي رقم 95 . 377، المؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 72، سنة 1995.
- (4) . المرسوم الرئاسي رقم 02. 250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 52، الصادر بتاريخ 24 يوليو 2002، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03 . 301 المؤرخ في 11/09/2003، ج ر، عدد 55، الصادر بتاريخ 14/09/2003، وبالمرسوم الرئاسي رقم 08 . 338، ج ر، عدد 62، الصادر بتاريخ 09/11/2008 (ملغى).
- (5) . المرسوم الرئاسي رقم 06 . 413، المؤرخ في 22/11/2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، ج ر، عدد 74،

- الصادر بتاريخ 2006/11/22، معدل بالمرسوم الرئاسي رقم 64.12، مؤرخ في 2012/02/07، ج ر، عدد 08، الصادر بتاريخ 2012/02/15.
- (6) . المرسوم الرئاسي رقم 06-414، المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات، ج ر، عدد 74، صادر بتاريخ 2006/11/22.
- (7) . المرسوم الرئاسي رقم 415.06، المؤرخ في 2006/11/22، يحدد كفاءات التصريح بالامتلاكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون رقم 01.06، ج ر، عدد 74، الصادر بتاريخ 2006/11/22.
- (8) . مرسوم رئاسي رقم 07-304، مؤرخ 29 سبتمبر 2007، يحدد الشبكة الاستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم، ج ر، عدد 61، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
- (9) . مرسوم رئاسي رقم 07-305، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228 المؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر، عدد 61 صادر في 30 سبتمبر 2007.
- (10) . مرسوم رئاسي رقم 07-306، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر، عدد 61، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
- (11) . مرسوم رئاسي رقم 07-307، مؤرخ في 29 سبتمبر 2007، يحدد كفاءات منح الزيادة الاستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر، عدد 61، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 2007.
- (12) . المرسوم الرئاسي رقم 10 . 236، المؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر، عدد 58، الصادر بتاريخ 2010/10/07، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11. 98، المؤرخ في 2011/03/01، ج ر، عدد 14، الصادر بتاريخ 2011/03/06، وبالمرسوم الرئاسي رقم 11. 222، المؤرخ في 16 يونيو 2011، ج ر، عدد 34، الصادر بتاريخ 19 يونيو 2011، وبالمرسوم الرئاسي رقم 12. 23، المؤرخ في 2012/01/18، ج ر، عدد 04، الصادر بتاريخ

- 2012/01/26، وبالمرسوم الرئاسي رقم 13. 03، المؤرخ في 13/01/2013، ج ر، عدد 02، الصادر بتاريخ 2013/01/13. (ملغى)
- 13) . المرسوم الرئاسي رقم 247.15، المؤرخ في 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد 50، الصادر بتاريخ 2015/09/20.
- 14) **النصوص التنظيمية، (مراسيم تنفيذية):**
- 15) . المرسوم التنفيذي رقم 90-334، المؤرخ في 27/10/1990، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، ج ر، عدد 46، لسنة 1990.
- 16) . المرسوم التنفيذي رقم 91-313، المؤرخ في 07/09/1991، المتعلق بإجراءات المحاسبة العمومية التي يمسكها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، ج ر، عدد 43، لسنة 1991.
- 17) . المرسوم التنفيذي، رقم 91-314، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، ج ر، عدد 43، لسنة 1991.
- 18) . المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 414، المؤرخ في 14/11/1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج ر، عدد 82، الصادر بتاريخ 15/11/1992 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، عدد 67 صادر بتاريخ 19/11/2009.
- 19) . المرسوم التنفيذي رقم 92-32، المؤرخ في 20 يناير 1992، المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية واختصاصاتها، ج ر، عدد 06، الصادر بتاريخ 26/01/1992.
- 20) . المرسوم التنفيذي رقم 92-33، المؤرخ في 20 يناير 1992، يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج ر، عدد 06، الصادر بتاريخ 26/01/1992.

- (21) . المرسوم التنفيذي رقم 92-78 المؤرخ في 22 فبراير 1992، المتعلق بتحديد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، ج ر، عدد 15، الصادر بتاريخ 1992/02/24.
- (22) . المرسوم التنفيذي رقم 95-305، المؤرخ في 7/10/1995، يحدد كفاءات تحرير الفاتورة ج ر، عدد 58، لسنة 1995.
- (23) . المرسوم التنفيذي رقم 07-364 المؤرخ في 28 نوفمبر 2007 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية الجريدة الرسمية، عدد 75، الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 2007.
- (24) . المرسوم التنفيذي رقم 08-272، المؤرخ في 06/09/2008، يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج ر، عدد 50، الصادر بتاريخ 07/09/2008.
- (25) . المرسوم التنفيذي رقم 08-273 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 يتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج ر، عدد 75، صادر بتاريخ 07 سبتمبر 2008.
- (26) . المرسوم التنفيذي رقم 08-274 المؤرخ في 06 سبتمبر 2008 يتضمن تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية وصلاحياتها، ج ر، عدد 75، صادر بتاريخ 07 سبتمبر 2008.
- (27) . المرسوم التنفيذي رقم 09-96 المؤرخ في 22 فيفري 2009، المحدد لشروط وكفاءات رقابة المفتشية العامة للمالية، ج ر، عدد 14، لسنة 2009.
- (28) . مرسوم تنفيذي رقم 11 . 118 المؤرخ في 16 مارس 2011، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج ر، عدد 16، لسنة 2011.

1) . قانون الصفقات العمومية للمملكة المغربية، الصادر بالمرسوم رقم 2.06.388 ، الصادر في 16 محرم 1428 الموافق 5 فبراير 2007، يحدد شروط و أشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، ج ر، عدد 5518، الصادر بتاريخ 19 أبريل 2007 .

باللغة الفرنسية:

Ouvrages

- 1) _ B. pereira, La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants, Editions Ems, management et société, France, 2000.
- 2) _ Ch.cabanes, B. neveu, Droit de la concurrence dans les contrats publics, éditions Le Moniteur, Paris, 2008.
- 3) _ C. Emery, Passer un marché public « principes, procédures contentieux » , édition le moniteur, 2004.
- 4) _ D. marty mireille, Droit Pénale des affaires, 2eme partie infraction, 3 eme éditions , presse universitaire de France, Paris 1990.
- 5) _ E. Daoud, B. Dinh, J. Ferrari, C. Gambette, Gérer Le Risque Pénal en Entreprise, éditions Lamy, France, 2011.
- 6) _ F. Linditch, Le Droit des marchés publiques, Dalloz, 2000.
- 7) _ F. Allaire, L'essentiel du droit des marchés public, 4eme édition Gualino éditeur, l'extenso édition, paris, 2011.
- 8) _ L. Christophe, Droit de marches public, Berti édition, Alger, 2007.
- 9) _ MCh. Rouault, Droit administratif, Gualino éditeur, Paris, 2005.
- 10) _ N. charrel ,Marches et délégations de service public Le risque pénal, éditions Le Moniteur, Paris, 2011.
- 11) _ R. Zouimiaet mCh.Rouault, Droit administratif, Berti édition, Alger, 2009.
- 12) _ R .Zouimia, Droit de la régulation économique, Berti édition, Alger, 2006.
- 13) _ R .Zouimia, Droit de la concurrence, édition belkeise, Algérie, 2012.
- 14) _ W. Jeandidier, Droit Pénale des affaires, 2 éditions, Dalloz Paris, 1996

- 15) _ Y. Gaudemet, Traite de Droit Administratif, Tome1, droit administratif général, Edition DELTA, 16 éditions, Paris, 2000.
- 16) _ M. sabri, k. aoudia, m. lallem, Guide de gestion des marchés publics, édition du sahel, Alger, 2000.
- 17) _ M. long, p. weil, G. braibant, P. delvolve, B. genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administratif, 14 Emme édition, Dalloz, paris 2003.
- 18) _ Mt. Medjahed, Contrat type des marchés publics, édition Houma, Alger 2007.

Theses

- 1) _ Ch. Bennadji, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse de doctorat soutenue a L université d'Alger, 1991
- 2) _ G. Attila, corruption fiscalité et croissance économique dent les pays en développement, thèse pour l'obtention du titre de docteur en sciences économiques, centred'études et de recherches surle développement international(CERDI) , facultés des sciences économiques et de gestion université dauveryne Clermont Ferrand 1, 2007, publie sur le site : [http//tel. Archives. Fr .](http://tel.archives.fr)

Mémoires

- 1) _ C. Debieve, La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ? , mémoire pour le (DESS) management du secteur public, faculté de sciences de gestion (IEP de Lyon) , 2004, publie sur le site : [http//www.doc.sciencespo-lyon.fr .](http://www.doc.sciencespo-lyon.fr)
- 2) _ j. Guedon , La publicité dans les marchés publics : préalable indispensable a l'achat public ?. mémoire pour le (DESS) management du secteur public : collectivités et partenaires , institue d'étude politique de Lyon, université lumière, Lyon 2, 2004, publie sur le site : [http//www.doc.sciencespolitique.fr.](http://www.doc.sciencespolitique.fr)

ARTICLES ET ACTES DE COLLOQUES

ARTICLES :

- 1) _ Ch. Bennadji, Réflexions a propos de la théorie du contrat administratif en Algérie, édition publisud, France 2009.
- 2) _ Ch. Bennadji, Marches publics et corruption en Algérie, Revue d'études et de critique social, N25, Alger, 2008, pp 137- 153.
- 3) _ Ch. Bennadji, Investissements étrangers et marches publics en Algérie, éditée par AJED(actualité juridique édition et documentation), Alger, 2012.
- 4) _ JJ. verdeaux , La Lutte de la banque mondiale contre la corruption . Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne – ANDRE TUNC. TOME 21. IRJS édition. France 2001. PP 129- 162.
- 5) _jA. La notion de marche public, Revue du conseil d'état, n 3, Algérie, 2003, pp51- 78.
- 6) _ Ph. conte, ch. giraud van gaver, j. henri robert, j .christophe saintpau, Le risque pénal dans l'entreprise, Questions d'actualité. Actes de la journée d'études. des éditions du juriscasseur, édition litec , paris,2001,pp1- 41.
- 7) _M. kobtane, Introduction a l'étude du droit des marches publics, Revue du conseil d'état, n 3, Algérie, 2003, pp 19- 50.
- 8) _M. sabri, Le droit des Marches publics en Algérie : Réalité et perspectives, Revue IDARA, volume 18, N1, Algérie 2008, pp 7- 47.
- 9) _Rkhaloufi, Les instruments de régulation, RASJEP, volume 41, N2, Alger, 2003, pp 69- 119.
- 10) _R .vandermeccen, Le référé précontractuel, AJDA, Paris, n' spécial, 1994

ACTE COLLOQUE

- 1) _ Ch. Bennadji, Des comites de règlement au médiateur des Marches publics , colloque international sur les modes alternatifs de règlement des conflits, université d'Alger, le 05,06, mai 2014.
- 2) _ Khaoudia, M. lallem, R. laouer, M. sabri, Management des Marches publics, séminaire I.S.G.P, du19au 26 septembre 2006, pp 01- 28.
- 3) _ M. kourghli, Quelque pratique déviantes dans l'application du code des Marches publics, séminaire sur la justice administrative, organise par le conseil d'état, Alger Le 19 et 20 novembre 2005.

Textes juridiques français :

- 1) _ Loi n 2001-1168, du 01 aout 2006, portant mesures urgentes de reformes a caractère économique et financier, JORF n 288, du 12 décembre 2001.
- 2) _ Décret n 2006-975, du 01/08/2006, portant code des Marchés publics, JORF n 179, du 04/08/2006.

01.....مقدمة

الباب الأول: أهمية الخطر الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ودور القضاء في ذلك.....15

الفصل الأول: دور القاضي الإداري في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.....18

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للصفة العمومية.....20

.المطلب الأول مفهوم الصفة العمومية وفق معايير معتمدة.....21

الفرع الأول: مفهوم الصفة العمومية وفقا للمعيار العضوي.....23

أولا: الدولة.....23

ثانيا: الجماعات الإقليمية، الولاية والبلدية.....23

ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.....24

رابعا: المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.....24

الفرع الثاني: مفهوم الصفة العمومية بالاعتماد على المعيار الموضوعي(المادي).....27

أولا:الصفة العمومية للأشغال.....27

ثانيا: الصفة العمومية للوظائف.....30

ثالثا: الصفة العمومية للدراسات.....30

رابعا: الصفة العمومية للخدمات.....31

الفرع الثالث: مفهوم الصفقات العمومية وفقا للمعيار المالي.....32

أولا: السقف المالي للصفة العمومية.....33

ثانيا: المساهمة النهائية أو المؤقتة للصفة العمومية.....34

الفرع الرابع: مفهوم الصفقات العمومية وفقا للمعيار الشكلي.....35

أولا: الصفة عقد مكتوب.....35

ثانيا: الإعداد المسبق لدفتر الشروط.....35

.المطلب الثاني: مفهوم الصفة العمومية وفقا لطرق إبرامها: أحد المجالات التي يتجلى فيها الخطر الجزائي.....37

الفرع الأول: طلب العروض قاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية.....37

| | |
|--|----|
| أولا : طلب العروض على أشكال ثلاثة | 39 |
| ثانيا: المسابقة شكل من أشكال طلب العروض | 46 |
| الفرع الثاني: التراضي استثناء على قاعدة إبرام الصفقات العمومية: مجال واسع للخطر الجزائي | 55 |
| أولا: تحديد حالات التعاقد عن طريق التراضي البسيط: تكريس للطابع الاستثنائي للتراضي | 56 |
| ثانيا : التراضي بعد الاستشارة..... | 67 |
| المبحث الثاني: البت في منازعات الصفقات العمومية المخالفة للقانون | 71 |
| . المطلب الأول: صور مخافة الصفقة العمومية للقانون | 72 |
| الفرع الأول: مخالفة أشكال إبرام الصفقة العمومية..... | 72 |
| الفرع الثاني: مخالفة أركان الصفقة..... | 74 |
| أولا: الرضا..... | 75 |
| ثانيا: المحل..... | 76 |
| ثالثا: السبب..... | 76 |
| رابعا: الكتابة | 77 |
| الفرع الثالث: مخالفة أحكام الملحق في الصفقات العمومية..... | 78 |
| أولا: خصائص الملحق | 78 |
| ثانيا: نطاق تطبيق الملحق..... | 79 |
| ثالثا: شروط إبرام الملحق | 80 |
| رابعا: خضوع الملحق للرقابة..... | 81 |
| . المطلب الثاني: اختصاص القاضي الإداري على أساس القرارات المنفصلة | 82 |
| الفرع الأول: الوظيفة الإجرائية لشرط الانفصال | 83 |
| أولا : القرارات الممهدة للصفقة | 83 |
| ثانيا: القرارات الصادرة بعد المصادقة على الصفقة | 87 |
| الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الانفصال..... | 89 |

| | |
|---|-----|
| . المطلب الثالث: اختصاص القاضي الإداري بدعوى القضاء الكامل في منازعات الصفقات العمومية..... | 91 |
| الفرع الأول: دور قاض القضاء الكامل تبعا للحكم بإلغاء القرار المنفصل..... | 92 |
| أولا: المطالبة ببطلان الصفقة..... | 92 |
| ثانيا: المطالبة بالتعويض..... | 93 |
| الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من الصفقات المبرمة بصفة مخالفة للقانون والمنفذة في الواقع..... | 94 |
| أولا: إثبات العلاقة التعاقدية..... | 95 |
| ثانيا: أنظمة المسؤولية المعتمدة في تسوية منازعات الصفقات العمومية المبرمة بصفة مخافة للقانون..... | 96 |
| الفصل الثاني: دور القاضي الجزائي في إعادة التوازن بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة..... | 105 |
| المبحث الأول: الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية..... | 106 |
| . المطلب الأول: جنحة المحاباة: Délit de favoritisme..... | 107 |
| الفرع الأول: الركن المادي لجريمة المحاباة..... | 108 |
| أولا : إبرام الصفقة العمومية والسلطة المختصة بذلك..... | 108 |
| ثانيا: التأشير على الصفقة العمومية والجهة المخولة بمنحها..... | 111 |
| ثالثا: مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية..... | 116 |
| رابعا: منح امتيازات غير مبررة للغير..... | 118 |
| الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة المحاباة وقمعه..... | 119 |
| أولا: الركن المعنوي لجريمة المحاباة..... | 119 |
| ثانيا: قمع جريمة المحاباة..... | 122 |
| . المطلب الثاني: جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية..... | 124 |
| الفرع الأول: الركن المادي للجريمة..... | 124 |
| أولا : صفة الجاني المتعاقد معه..... | 125 |
| ثانيا: النشاط الإجرامي لجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية..... | 129 |

| | |
|----------|--|
| 134..... | الفرع الثاني: الركن المعنوي وقمع الجريمة |
| 134..... | أولاً: القصد الجنائي لجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية. |
| 135..... | ثانياً: قمع الجريمة. |
| 137..... | المطلب الثالث : جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. |
| 138..... | الفرع الأول: أنظمة جريمة الرشوة بصفة عامة وموقع جريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري. |
| 138..... | أولاً: أنظمة جريمة الرشوة بصفة عامة حسب الفقه والتشريع المقارن |
| 140..... | ثانياً: موقع جريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري |
| 144..... | الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية |
| 144..... | أولاً: النشاط الإجرامي وحالات دفع الرشوة في مجال الصفقات العمومية |
| 149..... | ثانياً: القصد من الرشوة في مجال الصفقات العمومية |
| 153..... | ثالثاً: مسؤولية الموظف الذي يعدل عن استكمال النشاط الإجرامي، ومسؤولية الوسيط. |
| 158..... | الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الرشوة المرتبطة بالصفقات العمومية وقمعها |
| 158..... | أولاً: الركن المعنوي. |
| 159..... | ثانياً : قمع جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية. |
| 162..... | . المطلب الرابع : جريمة تعارض المصالح. |
| 162..... | الفرع الأول: الركن الشرعي والركن المادي لجريمة تعارض المصالح. |
| 162..... | أولاً: الركن الشرعي لجريمة تعارض المصالح |
| 164..... | ثانياً: الركن المادي لجريمة تعارض المصالح. |
| 171..... | الفرع الثاني: الركن المعنوي و قمع جريمة تعارض المصالح |
| 171..... | أولاً: الركن المعنوي لجريمة تعارض المصالح. |
| 171..... | ثانياً: قمع جريمة تعارض المصالح. |
| 173..... | المبحث الثاني: إجراءات سير الدعوى العمومية في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية |
| 173..... | . المطلب الأول: أساليب الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية. |
| 174..... | الفرع الأول: أساليب التحري بوجه عام |

| | |
|---|-----|
| أولاً: اختصاصات الضبطية القضائية في الحالات العادية | 174 |
| ثانياً: اختصاصات الضبطية القضائية في حالة التلبس | 175 |
| الفرع الثاني: أساليب التحري الخاصة | 176 |
| أولاً: آليات التحري الخاصة في قانون الإجراءات الجزائية | 177 |
| ثانياً: آليات التحري الخاصة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته | 185 |
| المطلب الثاني: الإجراءات القضائية في الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية | 187 |
| الفرع الأول: تحريك الدعوى العمومية في جرائم الصفقات العمومية | 187 |
| أولاً : سلطات النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية | 188 |
| ثانياً: القيود الواردة على تحريك الدعوى العمومية ومدى إعمالها في الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية | 189 |
| الفرع الثاني: التحقيق القضائي والمحاكمة في جرائم الصفقات العمومية | 196 |
| أولاً: التحقيق القضائي في جرائم الصفقات العمومية | 196 |
| ثانياً: المحاكمة في جرائم الصفقات العمومية | 197 |

الباب الثاني: تجنب الخطر الجزائي في الصفقات العمومية..... 201

| | |
|--|-----|
| الفصل الأول: تكريس المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية والتدابير الوقائية في الوظيفة العمومية | 204 |
| المبحث الأول: التكريس الفعال للمبادئ الضابطة للصفقات العمومية | 206 |
| . المطلب الأول: تكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية | 207 |
| الفرع الأول: نطاق المنافسة في الصفقات العمومية | 209 |
| أولاً: المنافسة بين القاعدة والاستثناء | 209 |
| ثانياً: الضمانات الهادفة إلى توسيع نطاق المنافسة | 211 |
| الفرع الثاني: الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في الصفقات العمومية | 224 |
| أولاً: الحماية القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية | 225 |
| ثانياً: الحماية القضائية للمنافسة في الصفقات العمومية | 229 |

| | | |
|-----------------------|--|------------|
| 1 | مدى اختصاص قاض الموضوع بحماية مبدأ المنافسة..... | 229 |
| 2 | حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية أمام قاض الاستعجال..... | 233 |
| . | المطلب الثاني: تكريس مبدأ المساواة والشفافية في الصفقات العمومية..... | 235 |
| الفرع الأول : | الحد من الاستثناءات على مبدأ المساواة..... | 235 |
| أولا: | الأفضلية المقررة للمؤسسات الوطنية..... | 236 |
| ثانيا: | الوضع الاحتكاري للصفقات العمومية ونظام المناولة..... | 237 |
| الفرع الثاني : | تفعيل مبدأ الشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية..... | 239 |
| أولا: | تفعيل مبدأ الشفافية..... | 239 |
| ثانيا: | تكريس حرية الوصول للطلب العمومي..... | 243 |
| 1 | توسيع إشهار طلب العروض الى التراضي بعد الاستشارة واستثناء التراضي البسيط..... | 243 |
| 2 | اعتماد وسائل التواصل الحديثة في الإشهار..... | 245 |
| المبحث الثاني: | التدابير الوقائية في الوظيفة العمومية..... | 251 |
| . | المطلب الأول: إخضاع التوظيف في القطاع العام لقواعد صارمة وشفافة..... | 251 |
| الفرع الأول: | قواعد تحكم الوظيفة في القطاع العام وتخليق سلوك الموظف وقاية من الخطر الجزائري..... | 251 |
| أولا: | المبادئ الضابطة لعملية التوظيف..... | 252 |
| ثانيا: | الطرق المناسبة للتوظيف والتكوين في مناصب تكون أكثر عرضة للفساد..... | 253 |
| ثالثا: | أجر ملائما وتعويضات تغني الموظف عن الوقوع في الفساد..... | 254 |
| رابعا: | إخضاع الموظفين المعنيين بخطر الفساد لبرامج تعليمية وتكوينية متخصصة... .. | 255 |
| الفرع الثاني: | خلقنة الوظيفة العمومية..... | 257 |
| . | المطلب الثاني: التصريح بالامتلاكات..... | 259 |
| الفرع الأول : | المعنيون بالتصريح بالامتلاكات محتواه وكيفية تقديمه..... | 259 |
| أولا: | المعنيون بالتصريح بامتلاكاتهم..... | 260 |
| ثانيا: | محتوى التصريح بالامتلاكات..... | 261 |
| ثالثا: | كيفية التصريح بالامتلاكات..... | 263 |

| | |
|-----------------|--|
| 265..... | الفرع الثاني: الجهة المصرح أمامها. |
| 266..... | أولاً: التصريح أمام المحكمة العليا مباشرة. |
| 266..... | ثانياً: التصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته. |
| 269..... | الفصل الثاني: الرقابة المالية على الصفقات العمومية. |
| المبحث الأول: | تفعيل الرقابة المالية القبلية على الصفقات العمومية لتجنب الخطر الجزائي |
| 270..... | |
| 270..... | المطلب الأول: الرقابة المالية للأمر بالصرف |
| 271..... | الفرع الأول: تصنيف الأمرين بالصرف |
| 271..... | أولاً: الأمر بالصرف الابتدائي أو الرئيسي |
| 272..... | ثانياً: الأمر بالصرف الثانوي |
| 272..... | ثالثاً: الأمر بالصرف الوحيد |
| 272..... | الفرع الثاني: دور الأمر بالصرف في الرقابة على الصفقات العمومية. |
| 274..... | . المطلب الثاني: الرقابة المالية للمراقب المالي والمحاسب العمومي |
| 274..... | الفرع الأول: الرقابة المالية للمراقب المالي على الصفقات العمومية |
| 275..... | أولاً: طبيعة رقابة المراقب المالي للصفقات العمومية ونطاقها |
| 178..... | ثانياً : قرار التعاضي وسلطات المراقب المالي |
| 287..... | الفرع الثاني: الرقابة المالية للمحاسب العمومي على الصفقات العمومية. |
| 287..... | أولاً: طبيعة رقابة المحاسب العمومي للصفقات العمومية ونطاقها |
| 292..... | ثانياً: أثر تسخيرة الأمر بالصرف للمحاسب العمومي على سلطاته الرقابية. |
| المبحث الثاني : | تفعيل الرقابة المالية البعدية آلية لتجنب الخطر الجزائي في الصفقات |
| 296..... | العمومية |
| 296..... | المطلب الأول: الرقابة البعدية لمجلس المحاسبة على الصفقات العمومية |
| 296..... | الفرع الأول: تطبيقات الرقابة المالية البعدية في القانون المقارن. |
| أولاً: | النموذج الأنجلوسكسوني للرقابة العليا للمال العام: النموذج البريطاني والنموذج |
| 297..... | الأمريكي |
| 303..... | ثانياً: النموذج الرومانوجرمانى للرقابة العليا على المال العام: النموذج الفرنسي |

| | |
|--|---|
| 307..... | الفرع الثاني: تـثـمـيـن الرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة في الجزائر |
| 307..... | أولاً: البنية التنظيمية لمجلس المحاسبة |
| 310..... | ثانياً: رقابة مجلس المحاسبة للصفقات العمومية ونطاقها |
| 317..... | ثالثاً: مظاهر استقلال مجلس المحاسبة عنوان على فعاليته |
| المطلب الثاني: الرقابة المالية ذات الطابع التكميلي والاستشاري والضبطي القضائي على | |
| 319..... | الصفقات العمومية |
| 320..... | الفرع الأول: الرقابة المالية للمفتشية العامة للمالية |
| 321..... | أولاً: صلاحيات ونطاق رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية |
| 326..... | ثانياً: تقدير رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية |
| الفرع الثاني: تفعيل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والديوان المركزي لقمع الفساد | |
| 332..... | أحد عوامل تجنب الخطر الجزائري |
| 332... .. | أولاً: تفعيل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كآلية لتجنب الخطر الجزائري |
| ثانياً: تفعيل الديوان المركزي لقمع الفساد آلية لتجنب الخطر الجزائري في الصفقات | |
| 343..... | العمومية |
| 348..... | خاتمة |

ملخص

الصفقات العمومية احد الوسائل المهمة لصرف المال العام ولهذا السبب هي بؤرة للفساد يحرض المشرع على محاصرته وعندما تكون المصلحة المتعاقدة مدعوة لتطبيق تنظيم الصفقات العمومية بهدف تلبية احتياجاتها يعبر عن إرادتها ممثل قانوني موظف كان او عون عمومي ، وقد ينتابه هاجس الخوف من المسائلة الجزائية وعليه تكون أمام مصلحتين متناقضتين المصلحة العامة المستهدفة من المصلحة المتعاقدة و المصلحة الخاصة لممثل هذه الخيرة، فهل يكون الخطر الجزائي الذي تناوله المشرع لأول مرة في قانون الصفقات العمومية رقم 236.10 الملغى ثم قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 في المادة 89 وما بعدها وسيلة لإعادة هذا التوازن المفقود. يتدخل القاضي الإداري لهذا الغرض ولكن طبيعته و اختصاصاته وتخفي الإدارة وراء المصلحة العامة ذات الطابع المالي والاقتصادي وكذا نوعية الملفات المعروضة عليه المتسمة بمعطيات تقنية تصعب عليه هذه المهمة فيكون دوره وقائي أكثر منه ردعي، أما بالنسبة للقاضي الجزائي وبحكم طبيعته واختصاصاته فيمكن أن يلعب هذا الدور في إطار قانون مكافحة الفساد و الوقاية منه رقم 01.06 مع العلم أن دوره يبدأ بعد اكتمال الجريمة بكل أركانها فيكون الهدف من المتابعة معاقبة المسؤول جزائيا وخوف ممثل المصلحة المتعاقدة من المتابعة الجزائية سبب كافي لردعه عن التلاعب بالصفقة العمومية ولكن في نفس الوقت يكون له مفعول عكسي يتمثل في تثبيط همته وكبح كل مبادرة مثمرة مما قد يؤثر في الهدف من هذه الوقاية وتكون بالتالي أمام حلقة مفرغة . الى هذا الحد يبدو أن البحث في آليات وطرق تجنب هذا الخطر الجزائي مع بقائه عامل ردع لممثل المصلحة المتعاقدة حل مقترح لإعادة التوازن بين المصلحتين، والاعتماد على المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وعلى الخصوص مبدأ المنافسة الى جانب مبدأ المساواة والشفافية وحرية الوصول الى الطلب العمومي تأتي في مقدمة الآليات المقترحة ولأن الموظف المعني الأول بهذا الخطر فان الاهتمام به من حيث التوظيف والتكوين المتخصص والمستمتر في مجال الصفقات العمومية وكذا الاهتمام بأخلاقه الوظيفية بوجه عام آلية أخرى لتجنب الخطر الجزائي المحقق، وكذا تفعيل كل أنواع الرقابات المالية على الصفقات العمومية قبلية كانت أو بعدية أو تكميلية وعلى كل حال إن الاعتماد على الخطر الجزائي في الصفقات العمومية كوسيلة لإعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين لا يبدو لنا الحل الوحيد لهذه الإشكالية المعقدة وعليه يجب تفعيل الآليات المقترحة سواء على المستوى القانوني أو القضائي وعلى الخصوص بلورة قانون إداري للمنافسة وقانون عقوبات خاص بالصفقات العمومية متنوع بتكوين متخصص لكل الفاعلين في المجال سواء بالنسبة للقضاة في الاختصاص الإداري أو الجزائي أو ممثل المصلحة المتعاقدة، ثم البحث في آليات أخرى كفيل بتجنب الخطر الجزائي ومن ثمة إعادة التوازن بين المصالح المتناقضة.

Résumé

Les marches publics sont un des moyens de réalisation des deniers publics et pour cela ils constituent un creuset potentiel de malversations ou d'irrégularités que le législateur veille à circonscrire, cela étant quand une administration est appelée à recourir à la réglementation de la commande publique en vue de satisfaire à ses besoins, sa volonté est assujettie au contrôle d'un représentant de l'administration qui na de cesse de craindre quelque irrégularité qui ressorte du contrôle pénal, de ce fait nous trouvons en face de deux intérêts contradictoires, celui de l'intérêt général auquel aspire l'administration. Ce risque pénal peut il être un moyen de retrouver l'équilibre perdu entre contractante et celui particulier, de son représentant. Le juge administratif est en principe le facteur actif dans cette recherche d'équilibre mais la nature même de sa fonction, sa sphère de compétence, la propension de l'administration de se retrancher derrière l'intérêt général d'ordre financier ou économique de même que la complexité des dossiers alourdis de considérations techniques qui lui sont soumis, sont autant de contraintes qui empêchent le juge administratif d'atteindre à l'équilibre recherché. Cette carence du juge administratif peut être comblée par le juge pénal qui de par la nature de sa fonction et les attributions qui lui sont dévolues peut jouer ce rôle d'équilibre dans le cadre de la loi 01-06 portant prévention et lutte contre la corruption, étant entendu que le juge pénal ne peut intervenir qu'une fois l'infraction consommée et que la mise en accusation et l'inculpation du contrevenant responsable entrainera sa sanction pénalement. Cette peur des poursuites pénales peut constituer un frein à toute velléité de fraude dans le traitement des marches publics. A ce stade de notre réflexion il est évident que la recherche des voies et moyens pour écarter le risque pénal tout en préservant son aspect dissuasif reste une solution préconisée pour atteindre à l'équilibre entre deux intérêts contradictoires en s'appuyant sur les principes qui président aux marches publics dont en premier lieu les principes de mise en concurrence, d'égalité et de transparence. IL est évident que la mise en application des prescription qui régissent la commande publique exige de ceux qui en sont chargés, un professionnalisme qui ne peut être assuré que par une solide formation spécialisée et continue et par un recrutement adéquat d'acteur dont la probité et l'intégrité seront autant de garanties pour éluder le risque pénal ou même titre d'ailleurs que les différents contrôles a priori et a posteriori qui s'exercent tout ou long des diverses étapes de la commande publique. En tout état de cause le risque pénal dans les marches publics ne saurait être la seule solution en vue de rétablir l'équilibre entre deux intérêts contradictoires et il ya lieu de s'interroger sur d'autres mécanismes à mettre en œuvre et notamment la construction d'un droit administratif de la concurrence que parachèverait un droit pénal des marches publics, toutes choses qui nécessitent du temps et la formation de tous les acteurs qu'impliquerait une telle entreprise.

الصفقات العمومية احد الوسائل المهمة لصرف المال العام ولهذا السبب هي بؤرة للفساد يحرص المشرع على محاصرته وعندما تكون المصلحة المتعاقدة مدعوة لتطبيق تنظيم الصفقات العمومية بهدف تلبية احتياجاتها يعبر عن إرادتها ممثل قانوني موظف كان او عون عمومي ، وقد يتناهب هاجس الخوف من المسائلة الجزائية وعليه نكون أمام مصلحتين متناقضتين المصلحة العامة المستهدفة من المصلحة المتعاقدة والمصلحة الخاصة لممثل هذه الخيرة، فهل يكون الخطر الجزائي الذي تناوله المشرع لأول مرة في قانون الصفقات العمومية رقم 236.10 الملغى ثم قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الساري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 247.15 في المادة 89 وما بعدها وسيلة لإعادة هذا التوازن المفقود. يتدخل القاضي الإداري لهذا الغرض ولكن طبيعته واختصاصاته وتخفي الإدارة وراء المصلحة العامة ذات الطابع المالي والاقتصادي وكذا نوعية الملفات المعروضة عليه المتسمة بمعطيات تقنية تصعب عليه هذه المهمة فيكون دوره وقائي أكثر منه ردعي، أما بالنسبة للقاضي الجزائي وبحكم طبيعته واختصاصاته فيمكن أن يلعب هذا الدور في إطار قانون مكافحة الفساد والوقاية منه رقم 01.06 مع العلم أن دوره يبدأ بعد اكتمال الجريمة بكل أركانها فيكون الهدف من المتابعة معاقبة المسؤول جزائيا وخوف ممثل المصلحة المتعاقدة من المتابعة الجزائية سبب كافي لردعه عن التلاعب بالصفقة العمومية ولكن في نفس الوقت يكون له مفعول عكسي يتمثل في تثبيط همته وكبح كل مبادرة مثمرة مما قد يؤثر في الهدف من هذه الوقاية ونكون بالتالي أمام حلقة مفرغة . الى هذا الحد يبدو أن البحث في آليات وطرق تجنب هذا الخطر الجزائي مع بقائه عامل ردع لممثل المصلحة المتعاقدة حل مقترح لإعادة التوازن بين المصلحتين، والاعتماد على المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية وعلى الخصوص مبدأ المنافسة الى جانب مبدأ المساواة والشفافية وحرية الوصول الى الطلب العمومي تأتي في مقدمة الآليات المقترحة ولأن الموظف المعني الأول بهذا الخطر فان الاهتمام به من حيث التوظيف والتكوين المتخصص والمستمر في مجال الصفقات العمومية وكذا الاهتمام بأخلاقه الوظيفية بوجه عام آلية أخرى لتجنب الخطر الجزائي المحدث، وكذا تفعيل كل أنواع الرقابات المالية على الصفقات العمومية قبلية كانت أو بعدية أو تكميلية وعلى كل حال إن الاعتماد على الخطر الجزائي في الصفقات العمومية كوسيلة لإعادة التوازن بين المصلحتين المتناقضتين لا يبدو لنا الحل الوحيد لهذه الإشكالية المعقدة وعليه يجب تفعيل الآليات المقترحة سواء على المستوى القانوني أو القضائي وعلى الخصوص بلورة قانون إداري للمنافسة وقانون عقوبات خاص بالصفقات العمومية متبوع بتكوين متخصص لكل الفاعلين في المجال سواء بالنسبة للقضاة في الاختصاص الإداري أو الجزائي أو ممثل المصلحة المتعاقدة، ثم البحث في آليات أخرى كفيل بتجنب الخطر الجزائي ومن ثمة إعادة التوازن بين المصالح المتناقضة.

Abstract

public contracts are one of the most important tools to pay public money, and that's why it's a cocoon of corruption, and the legislator must be careful and when an administration must relementate the order public to satisfy the need, it will be subject of control by a representant of administration who fearsome irregularities in penal control, and we will face two contradictionnal interests the general interest and particular this penal risk can be a solution for restabilisation between public interest and the representant of administration, the judge is principally the actif administration in this balance but in the nature of his function sphere and competence , the proportion of the administration will be behind the general financial et economical interest , also that the complexity will be in the technical consideration it will stop to realise that balance needed, then it can be compensated by the penal judge , who by nature of his function will play the role of balance, in the law 01-06 of presentation and anti corruption, but the penal judge can act only when the infraction will be done and th accusation of inculpation will responsible of the penal sanction, this fear of penal pursuit can brake all frauds of public domain , it will also cost a chillinness in the decision making by the responsible actof of the public thing and a break in their initiative in this state nof our reflexion the research of answers to erase penal risk still precaunised solutions to get solution in this two contradictionnal interests and to be helped of public domaine , in first case, competion, equality and transparence it will be clear to applicate the order public by their responsible, a professionalism which can be handle by a solid formation and integral adequat factor for erasing penal risk and controls in different steps of prders, the penal risk in public march is the only solution to get balance between two contradictionnal interest and other mechanisms can be studied , and construction of a competitionnal administratif law, and it will take time to actors for this step.