



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجيلالي الياابس بسيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان الأطروحة

المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص فرع قانون خاص

المشرف والمقرر

الأستاذ الدكتور بودالي محمد

من إعداد المترشح

أ. بوصوار عبد النبي

السيد: معوان مصطفى _ _ أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس رئيسا
السيد: بودالي محمد _ _ أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس مشرفا ومقرا
السيد: عرباوي نبيل الصالح _ أستاذ محاضر - أ- جامعة بشار عضوا
السيد: سعادوى محمد الصغير _ أستاذ محاضر - أ- جامعة بشار عضوا

السنة الجامعية 2015 - 2016

شكر خاص

أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى السيد: الأستاذ الدكتور بودالي محمد على صبره وحلمه في الإشراف على هذا العمل ، والذي كان حقا بمثابة المصباح الذي أثار لي طريقي في إنجاز هذا البحث، فكانت نصائحه وتوجيهاته معالمً حددت لي الطريق للوصول إلى إتمامه. والشكر موصولاً أيضاً إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة المحترمين على قبولهم وتحملهم عناء مناقشة هذه المذكرة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى

" وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدْخُلُوا بِهَا إِلَى الْكُفَّاءِ

لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْأَثَمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ "

(سُورَةُ الْبَقَرَةِ الْآيَةُ: 187)

وقال عزوجل

" وَ قَفُّوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ "

(سُورَةُ الصَّافَّاتِ الْآيَةُ: 24)

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى روح والدي رحمة الله عليه.
إلى والدي حفظها الله وأطال في عمرها.
إلى أسرتي وإخوتي وأخواتي الأعزاء.

قائمة المختصرات:

أولاً- المختصرات بالعربية:

- 1- ج.ر: جريدة رسمية.
- 2 - ص: صفحة.
- 3- ص.ع: صفقة عمومية.
- 4 - ق.و.ف.م: قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.
- 5 - ق.إ.ج: قانون إجراءات جزائية.
- 6- ق.ع.ج: قانون عقوبات جزائي.

ثانياً- المختصرات بالأجنبية:

- 1- **A.J.D.A:** Actualité juridique de droit administrative.
- 2- **C.A:** Cour d'appel.
- 3- **Cass.Crim:** Cassation criminelle.
- 4- **Cass.Civ:** Cassation civile.
- 5- **C.E:** Conseil d'Etat.
- 6- **C.I.C.C:** Convention inter- américaine contre la corruption.
- 7- **C.O.B:** Commission des opérations de bourse.
- 8- **CONS.CONST.:** Conseil constitutionnel.
- 9- **C.RC:** Chambres régionales des comptes(France).
- 10- **Dr:** Droit.
- 11- **E.D:** Edition.
- 12- **E.L.O.P:** Engagement, Liquidation, Ordonnancement, Paiement.
- 13- **L.G.D.G:** Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- 14- **M.I.E.M:** Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service .
- 15- **M.P:** Marché public.
- 16- **M.U.R.C.E.F:** Mesures urgentes de reformes à caractère économique et financier.

17- O.C.D.E: Organisation de coopération et de développement.

18- P: Page.

19- P.M.E: Petites et moyennes entreprises.

20- Pén: Pénal.

21- R.E.V: Revue administrative.

22- T.C: Tribunal des conflits.

23- T.G.I: Tribunal de grandes instances.

عرفت قواعد المسؤولية الجزائية تطوراً متزايداً، تماشياً مع تنامي الحاجة إلى قوة أحكامها لضبط وحماية الكثير من التصرفات والمعاملات والسلوكيات الإنسانية المستجدة، والتي أفرزتها حركية التطور التي شهدتها المجتمعات المعاصرة. ما أدى بالتالي إلى اتساع نطاق تدخل القضاء الجزائي تكريساً لتلك لحماية، ليشمل العديد من القطاعات التي كانت إلى وقت قريب تعتبر خارجة عن مجال إختصاصه لسبب أو لآخر.

ولعل هذا التوصيف ينطبق إلى حد كبير على مجال الصفقات العمومية عندما اقتحمت قواعد المسؤولية الجزائية هذا النوع من العقود الإدارية، التي تمثل إحدى أهم التصرفات القانونية التي تصدرها الإدارة في إطار أداء وظيفتها الإدارية من أجل تسيير مرافقها العامة في شتى المجالات ضماناً للخدمة العمومية وتحقيقاً للمصلحة العامة، ولأنها كذلك تعتبر الأداة القانونية الأساسية والقناة الرئيسية بيد الإدارة لإنفاق المال العام الموضوع تحت تصرفها لإنجاز أهدافها المسطرة في سياسة الدولة للتنمية على مختلف الصعد. فأصبح للقضاء الجزائي دوراً هاماً في تقوية ودعم قواعد الحماية القانونية لهذه العقود كما أدى إتساع نطاق تدخله إلى المساهمة في توفير أفضل المناخات لإنجازها إبراماً وتنفيذاً، من خلال فرض إحترام الأطر التشريعية والتنظيمية المؤطرة لها حتى تحقق المقاصد والغايات المتوخاة منها.

فإذا كان قياس ومعرفة مدى قوة وفعالية قواعد المسؤولية في أي نظام قانوني مرتبط بمعرفة طبيعة التصرفات أو الحقوق أو المصالح المراد حمايتها، وكذلك خصوصية النظام القانوني الذي يحكمها، فإن دراسة موضوع المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، تستدعي التوقف عند خصوصية هذه العقود الإدارية ونظامها القانوني ومدى تأثيرهما في رسم هيكله قواعد المسؤولية الجزائية فيها، خاصة إذا علمنا أنه يشكل الأساس والرافعة لقواعد هذه المسؤولية بل تعتبر أحكامه جزءاً لا يتجزأ منها، ومرد ذلك كون طبيعة قواعدها الموضوعية الخاصة بالتجريم والعقاب تستند أساساً في تحديدها إلى مخالفة أحكام قانون الصفقات العمومية.

إضافة إلى ذلك ضرورة الإحاطة الدقيقة بالأحكام المنظمة للصفقات العمومية إدارياً ومالياً من زاوية أنها تمثل القناة الأساسية والوسيلة المثلى والعملية بيد الإدارة لإنفاق المال العام في إطار تلبيتها للطلب العمومي بما يحتاجه تسيير وتطوير مرافقها العمومية في شتى المجالات توفيراً للخدمة العمومية للسكان، حيث إزدادت أهميتها مع تنامي دور الدولة المتدخل في مجال التنمية من خلال تطوير وترقية الهياكل والبنى التحتية والقاعدية لضمان تنمية مستدامة وبالتالي الرقي بالمستوى المعيشي للمجتمع.

ولعل حجم الأموال الهائل المتداول والمصروف عن طريق عقود الصفقات العمومية بمختلف أنواعها سواء تعلقت بصفقات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات والدراسات أعطى بعداً إضافياً لتواجد قواعد المسؤولية الجزائية كداعم لا غنى عنه ليس فحسب لحماية المال العام من أي تعدي أو إختلاس

أو تبيير، وإنما كذلك لضمان حسن إستعماله وتدييره بما يخدم المصلحة العامة وثنييتاً لأسس الحكم الراشد.

وضمن هذا المنظور فإن نموذج الجزائر كدولة نامية يوضح بجلاء هذه الوضعية، بحيث خصصت مبالغ معتبرة ضمن ميزانية الدولة في إطار برامج التنمية المختلفة بلغت حسب إحصائيات وزارة المالية ما مجموعه 386 مليار دولار كبرنامج لدعم الإستثمار موزعة على خمسين كالآتي:

الخماسي الأول من سنة 2004 إلى 2009 خصص له 100 مليار دولار.

الخماسي الثاني من سنة 2010 إلى 2014 خصص له مبلغ 286 مليار دولار.

أي أنه تم تخصيص 386 مليار دولار في عشرية واحدة 2004-2014.

وبذلك عرفت حصة الاستثمارات العمومية مقارنة بالنتاج الداخلي الخام (PIB) إرتفاعاً مضطرباً ومتسارعاً، فمثلاً بلغت نسبة نفقات التجهيز ضمن مجموع النفقات العمومية 34% من الناتج الداخلي الخام في المدة بين 2001-2004 وإرتفعت إلى 50% في المدة بين 2005-2010، كما وصلت نسبة الإستثمارات العمومية سنة 2005 إلى 20% من مجموع الناتج الوطني الخام⁽¹⁾.

وفي إحصائيات رقمية تضمها تقرير البنك الدولي حول الجزائر في 2003،⁽²⁾ بلغ عدد الصفقات بحسب مختلف طرق إبرامها مجموع 11243 صفقة موزعة حسب الآتي: 842 صفقة على المستوى المركزي و 7733 بالنسبة لصفقات الولايات و 2668 بالبلديات، مع الإشارة إلى أن هذه الأرقام شهدت ارتفاعاً كبيراً تناسباً مع حجم الأموال المرصودة خلال السنوات الأخيرة.

¹ Bilan présenté par le ministre des finances, le mardi 07.05.2013 selon le quotidien expression en date du 02.07.2014.

² Rapport analytique sur la passation des marchés publics en Algérie, document de la Banque Mondiale, version définitive juin 2003, Région moyen orient et Afrique du nord, p.05.

لا شك أن المال العام⁽¹⁾ Deniers publics بمعنى تلك المبالغ المالية المرصودة لفائدة الهيئات والمرافق العمومية وتخضع في تسييرها لنظام المحاسبة العمومية والموضوعة في الخزينة العمومية، كان ولا يزال يشكل الدعامة الأساسية لقيام واستمرار أي مجتمع. فالدولة باعتبارها ثمرة النظم الاجتماعية، تصبو دائماً إلى بلوغ مدارج الارتقاء بغية الوصول إلى تجسيد وتحقيق تلك الصورة المثلى للدولة، التي طالما حلمت بها الشعوب وأبدع في وصفها الفلاسفة، ومنهم أرسطو الذي قال " إن الدولة لا توجد من أجل توفير سبل الحياة فحسب ولكن من أجل توفير سبل الحياة الطيبة، لأنه إذا كانت الحياة نفسها هي الهدف فإن الحيوانات نفسها يمكن أن تشكل دولة"⁽²⁾. كما أن وفرة المال في حد ذاته لا تكفي لوحدها لضمان تكفل الدولة بالوظائف الملقاة على عاتقها، وإنما يتطلب الأمر كذلك وجود سياسة وإستراتيجية محكمة ورشيده لضبط سبل التعامل بهذا المال والتحكم في آليات صرفه ومراقبته بغية توجيهه في الإتجاه الصحيح لما له من وقع مباشر على حياة الناس. فالوظيفة العامة والخدمة العمومية تشكلان وعاءً للسلطة وهي بذلك لسان حالها خاصة مع تطور الدولة من مرحلة دولة الحماية إلى دولة الخدمات (دولة الرفاهية)⁽³⁾.

ولذلك فإن أي إنحراف أو فساد يخترق قطاع الصفقات العمومية، فإن آثاره السلبية تتعكس مباشرة على تسيير المال العام، وحتماً سيؤدي ذلك إلى تردي الخدمة العمومية والإضرار بالمصلحة العامة، مما يزعزع ثقة المواطن في مؤسسات الدولة وأدائها وأمانتها ونزاهة موظفيها ويشكك في مدى قدرتهم على خدمة الشأن العام، علماً بأن هذه الآفات ليست حكراً على دول دون أخرى وإن كانت حدتها ودرجتها تختلف من مجتمع لآخر.

ولعل الفضائح المالية المتصلة بالصفقات العمومية والتي شهدتها العديد من دول العالم دليل إضافي على أهمية وضرورة التصدي لهذه الإنحرافات، للحد أو التخفيف من خطورتها وقد أخذ القضاء الجزائري على عاتقه هذه المهمة وهذا التحدي.

¹ ناصر خلف بخيث، الحماية الجزائرية للمال العام، دار النهضة العربية، 2008.2009 ص.99.

وفي تعريف أشمل للمال العام (...فهو يشمل جميع الأموال التي تملكها الدولة مهما كانت طبيعتها منقولة أو عقارية، ومهما كانت طبيعة ملكية الدولة لها عامة أو خاصة وسواء كانت الأموال زراعية أو صناعية أو تجارية أو مالية).

Les deniers publics , sont les fonds qui appartiennent à un organisme public, ils sont soumis au régime de la comptabilité publique dans une caisse publique.

² سهير عبد المنعم إسماعيل ، الحماية العامة لنزاهة الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1996 ص.1.

³ سهير عبد المنعم إسماعيل ، نفس المرجع،ص.9.

مع إنطلاق الحملة الإعلامية الهائلة التي أحاطت عملية الأيدي النظيفة (Mains propres) في مدينة ميلان الإيطالية في نهاية سنة 1991 وبداية سنة 1992 والتي اتهمت فيها 04 شركات كبرى (Lombardi) بدفع رشاً من أجل الحصول على صفقات عمومية لبناء مستشفيات تابعة لوزارة الصحة، وصرفت فيها أموال خيالية بلغت آلاف المليارات من الليرات وتورط فيها أكثر من 1000 شخصية سياسية منهم 158 برلماني وأكثر من 2100 صناعي ورجل أعمال⁽¹⁾.

ولم تسلم الجزائر من إنتشار وباء ظاهرة الإعتداء على المال العام بمختلف أشكاله وبالتحديد في مجال الصفقات العمومية، خصوصاً وأنها دخلت منذ سنة 1989 في مرحلة إنتقالية هيكلية من إقتصاد موجه إلى إقتصاد السوق، وهي في نظر الاقتصاديين مرحلة تجعل البنية الاقتصادية للدولة ومؤسساتها أكثر هشاشة وضعيفة المناعة وبالتالي تكون أكثر عرضة لكل الإنحرافات خصوصاً ما تعلق منها بالإعتداء على المال العام.

وعلى سبيل المثال فقط طالعتنا الصحف خلال شهر أكتوبر 2009 على خبر فضيحة كبيرة إستحوذت على إهتمام الرأي العام الوطني، وتتعلق بإنجاز الطريق السيار شرق-غرب وتوابع فيها الأمين العام لوزارة الأشغال العمومية وإطارات مركزية سامية وغيرهم بسبب إبرام صفقات عمومية مع شركة صينية CITIC-CRCC مقابل تلقي عمولات قدرت قيمتها بحوالي 530 مليون دولار⁽²⁾. ناهيك عن العدد الكبير من القضايا المعروضة أمام القضاء الجزائري بخصوص متابعات متصلة بالإعتداء على المال العام في مجال الصفقات العمومية على مستوى قطاعات مركزية وجماعات محلية.

ولمواجهة هذا الخطر الداهم على المال العام عمد المشرع إلى وضع منظومة حماية متكاملة لتحسين هذه العقود من خلال إرساء قواعد حماية قانونية تقوم على تكريس مبدأ المشروعية la légalité في تصرفات الإدارة بمناسبة تسيير عقود الصفقات العمومية وفقاً لأطر قانونية وتنظيمية محددة تضمن مشروعيتها من جهة، وتكون بمثابة معيار لتحديد أية مخالفة أو تجاوز أو سوء تدبير أو تصرف من جهة أخرى. لتأتي بعدها قواعد المسؤولية الجزائرية لتدعم هذه الحماية القانونية عن طريق محاربة وردع كل السلوكيات المنحرفة التي من شأنها خرق قواعد تنظيم الصفقات العمومية أو المؤدية إلى المساس بالمال العام محل هذه العقود، مما يجعل هذه الحماية مزدوجة ثنائية الطابع والأسلوب موحدة الغاية تتداخل قواعد كل منها مع الأخرى، وهذه الثنائية التي ستكون حاضرة معنا طوال مسار بحثنا في قواعد المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.

¹ Catherine prebissy-schnall, la pénalisation des marchés publics, L.G.D.J, 2002, paris, p. 8.

² علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 2012-2013 ص10.

وعند تفحص الهيكل التنظيمي للصفقات العمومية نجده يتخذ شكل منظومة متكاملة متنوعة ومتعددة، تضمنت نصوصاً تشريعية وتنظيمية مختلفة تتجاوب مع الطابع الإداري والتقني لهذه العقود. وعلى غرار معظم الدول، فقد إستلهم المشرع الجزائري في هذه المنظومة أبرز ما توصل إليه الفقه وأستقر عليه القضاء في مختلف الشرائع قديمها وحديثها، مع إستحضار راجح لتشريعنا الإسلامية السمحاء التي جعلت من حفظ المال أحد مقاصدها الأساسية كما ذهب إلى ذلك الإمام الغزالي حيث قال أن مقصود الشارع في الخلق خمس، أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما لا يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة⁽¹⁾. ويقول الزمخشري في (الكشاف) وهو يفسر قوله سبحانه وتعالى " وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه". " أن مراد الله من هذه الآية هو أن يقول للناس إن الأموال التي في أيديكم إنما هي أموال الله، بخلقه، وإنشائه لها، وإنما مولكم إياها وخولكم الإستمتاع بها، وجعلكم خلفاء في التصرف فيها، فليست هي أموالكم في الحقيقة، وما أنتم فيها إلا بمنزلة الوكلاء والنواب⁽²⁾".

ولما كان المال قوام الحياة ومن أهم أساليب تعمير الأرض فقد أمر الله بالمحافظة عليه وتنميته وقد حفل القرآن الكريم بالآيات الدالة على ذلك، كقوله عز وجل " ولا تؤولوا أموالكم التي جعل الله لكم قياماً"⁽³⁾. والأحاديث في السنة النبوية ليست بقليلة حيث أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الإنسان بأن يدافع عن ماله وإن قتل في سبيله فهو شهيد " من قُتل دون ماله فهو شهيد" (حديث متفق عليه)⁽⁴⁾.

إن روح هذه الأحكام تنسجم مع قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية خاصة عندما تتقاطع الأهداف والغايات المراد تحقيقها، ومن أهمها حماية الحياة الإقتصادية وتدبير الشأن العام. وتشمل هيكله قواعد هذه المسؤولية الجزائية ما يلي:

أولاً- منظومة الحماية القانونية: وقد إشتملت منظومة الحماية على ثلاثة قوانين أساسية توزعت بحسب طبيعة الأهداف المرعية، فأولها راع مشروعية العقود بإعتبارها تصرفات إدارية، وثانيهما إهتم بمشروعية الصفقة بإعتبارها نفقة عمومية، وآخرها أخضع الصفقات لمبادئ المنافسة.

¹ حسين شحاته، حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات، سنة 199، ص 13.

² محمد علي أحمد قطب، الموسوعة القانونية والأمنية في حماية المال العام، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2006، ص 128.

³ سورة النساء، الآية (5).

⁴ صحيح البخاري، الجزء الثاني ص 277 وصحيح مسلم الجزء الأول ص 124، والترميدي، الجزء الرابع، ص 28-29.

1- مشروعية العقود باعتبارها تصرفات إدارية: يشكل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07.10.2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم⁽¹⁾، الساري المفعول، الجزء المحوري في هذه المنظومة، وأراده المشرع بمثابة الإطار القانوني المؤطر لعقود الصفقات العمومية والوعاء القانوني الذي يجب أن تنجز ضمنه، رغبة منه في تكريس مبدأ المشروعية Principe de la légalité القاضي بإخضاع تصرفات الإدارة سواء كانت قرارات منفردة⁽²⁾ أو عقود إدارية لأحكام القانون بدون أن يتعارض ذلك مع تمتعها بإمتياز السلطة أو يحد من المرونة اللازمة والمبادرة في أداء وظيفتها⁽³⁾.

فمن حيث الشكل جاء تنظيم الصفقات العمومية بنص تنظيمي وليس بنص قانوني، فرغم أهمية هذا القانون فإنه لم يعرض على السلطة التشريعية أو البرلمان، وقد يبرر ذلك من الناحية العملية بأن سبب صدوره في شكل تنظيم مرتبط بالحالة الإقتصادية والمالية للدولة، الأمر الذي يفرض إستعمال آلية التنظيم دون التشريع للإسراع في وضع القواعد وتعديلها من مرحلة لأخرى⁽⁴⁾.
غير أن ذلك لا ينفي وجود تجاذبات سياسية غير معلنة بين السلطات الثلاث للتأثير على الوظيفة الإدارية في إطار إمتلاك موازين القوة، بغض النظر عن طبيعة النظام السياسي السائد سواء كان رئاسياً أو برلمانياً أو مختلطاً⁽⁵⁾، وعند الحديث عن قواعد المسؤولية الجزائية فسوف نلاحظ أن هذا الأمر قد يثير بعض الإشكالات بمناسبة تطبيقها.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07.10.2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 58 والذي عدل وتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في 01.03.2011. الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2014، وكذلك بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16.06.2011. الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 2011، وبالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18.01.2012. الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2012 وبالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13.01.2013. الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2013.

² M. Richard DEAU, les actes administratifs unilatéraux négociés thèse de doctorat, université d'Augers, 08.12.2006 p.17 (les actes administratifs unilatéraux sont des opérations normatrices c'est-à-dire d'édition des normes.

³ Charles Debbasch, Frédéric colin, Droit administratif, 8^{ème} éd. économique, p.109 (le principe de légalité fixe les bornes à l'action administrative. Il convient de limiter les pouvoirs de l'administration sans lui enlever sa souplesse, son esprit d'initiative.....).

وكذلك عباس زواوي ، سلمى مانع، الرقابة الإدارية للصفقات العمومية كصورة لمكافحة الفساد الإداري، ملتقى وطني حول الفساد وآليات مكافحته، أبريل 2012، بسكرة، ص 216.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر، الطبعة الثالثة سنة 2011 ص 21.

⁵ Charles Debbasch, Frederic colin , op.cit, p22.

وقد شهد قانون الصفقات العمومية تعديلات متكررة رافقت مسار تطوره بما يتماشى وصيرورة التطورات والتغيرات التي ميزت المجتمع في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية⁽¹⁾. أما من حيث المقاصد والغايات، يهدف قانون الصفقات العمومية من وراء مبدأ المشروعية إلى إخضاع الصفقات العمومية إلى قواعد المنافسة التي تؤمن وتضمن تجسيد مجموعة من المبادئ تعتبر بمثابة الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني لهذه العقود، وقد ذكرها المشرع في نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 وهي مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، والشفافية في الإجراءات. ومن أهدافه أيضاً ضبط المنافسة الاقتصادية وسلوكات المشتريين العموميين بمناسبة تلبية الطلب العمومي، لأن الاحترام الدقيق لهذه المبادئ كفيل بترسيخ القيم الأخلاقية والأدبيات المهنية التي يتعين أن تترجم من خلال النزاهة في سلوك المسؤولين العموميين مما يسمح بالوصول إلى الشعور بالثقة التي هي أساس كل نشاط اقتصادي⁽²⁾.

وجدير بالإشارة في هذا المقام أن قواعد المسؤولية الجزائرية جعلت من نفس هذه الغايات أساساً محورياً لقيامها ضمن مفهوم عام وشامل عنوانه تخليق الحياة الاقتصادية والشأن العام *la moralisation de la vie publique* من أجل ضمان نجاعة الطلب العمومي والإستعمال الحسن للمال العام⁽³⁾.

¹ فصدر بداية الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، إلى أن ألغي بالمرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10.04.1982 المتضمن صفقات المتعامل العمومي، ومع بروز التوجه الاقتصادي والسياسي الجديد وتحول الجزائر في مطلع التسعينات من الاقتصاد الموجه وتبنيها الاقتصاد المنفتح واقتصاد السوق عقب المصادقة على دستور 1989، كان أمراً طبيعياً أن يؤدي ذلك إلى تغيير مجموعة كبيرة من القوانين، فصدر بذلك المرسوم رقم 91-434 المؤرخ في 09.11.1991 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، موقع من طرف رئيس الحكومة ونظراً لما شاب هذا المرسوم من نقائص وبعد صدور دستور 1996 وتماشياً مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة وفتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين والأجانب للمشاركة في بناء الاقتصاد الوطني، صدر المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24.06.2002 الذي أرسى قواعد الرقابة على الصفقات العمومية وأحدث تغييراً نوعياً في أجهزتها وكرس المبادئ المتعلقة بالصفقات العمومية كالمساواة وشفافية الإجراءات. وخضع هذا المرسوم إلى تعديل أول بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11.09.2003 والثاني عن طريق المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26.10.2008 إلى أن صدر المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07.10.2010 معلناً عن التنظيم العام الجديد للصفقات العمومية، في جريدة رسمية العدد 58 سنة 2010 وهو الساري المفعول إلى يومنا هذا، كما خضع هو الآخر إلى تعديل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11.98.2011 المؤرخ في 01.03.2011، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2011. والمرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26.10.2008 وأخيراً صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن قانون الصفقات العمومية الذي كرس بشكل أوضح وأوسع المبادئ العامة التي يقوم عليها الطلب العمومي كمبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وأرسى مبدأ المحافظة على المال العام من خلال تكريس مبدأ الوقاية من الفساد. وخضع بدوره إلى تعديل عن طريق المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01.03.2011 تم تعديل آخر من خلال المرسوم الرئاسي 13-12 المؤرخ في 24.01.2013 ليعدل كذلك أخيراً بالمرسوم الرئاسي 13-10 المؤرخ في 13.01.2013.

² Catherine prebissy-schnall, op cit, p1.

³ المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236.

وهي أهداف مشتركة لكل من قواعد الحماية القانونية وقواعد المسؤولية الجزائية، وجاءت مرتبطة مباشرة وعضوياً بتلك المبادئ الثلاثة مما يؤشر على أن حماية المال العام وحسن تدبيره وضمان نجاعة هذه العقود في إطار الشراء العمومي، لا يأتي إلا بتكريس واحترام هذه المبادئ على سبيل الوجوب من خلال التطبيق الصارم والصحيح لأحكام قانون الصفقات العمومية.

ومن حيث طبيعة ومضمون الصفقات العمومية، ولإبراز أهميتها تناولها المشرع بالتعريف بالنص وأعتبرها عقود مكتوبة، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم الرئاسي، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾. فهي إذاً عقود إدارية وإن لم يستعمل النص كلمة إدارية لأن ذلك تحصيل حاصل، كون قانون الصفقات هو جزء من القانون الإداري، وبالتالي تخضع عقود الصفقات العمومية لأحكامه، إلا أن هذا لم يمنع بعض التشريعات من التأكيد على الطبيعة الإدارية لعقود الصفقات العمومية، ومثالها ما تضمنه القانون الفرنسي المعروف بإسم (Loi MURCEF) متأثراً في ذلك بالقانون الأوروبي⁽²⁾.

ونتيجة لذلك فإن قانون الصفقات العمومية المنظم لهذه العقود يستمد مبادئه وأحكامه من فلسفة القانون الإداري من حيث كونه قانون صلاحيات Prerogatives وإميازات Privilèges⁽³⁾. فالإدارة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وتمتلك لتجسيد ذلك وسائل مناسبة تتمثل في إميازات السلطة العامة التي تجعلها لا تُعامل كما يُعامل الأشخاص العاديين، لا من حيث طبيعة تصرفاتها ولا من حيث تنفيذها ومراقبتها من طرف الجهات القضائية، ولا من حيث قيام مسؤوليتها أو مسؤولية ممثليها المدنية أو الجزائية، وهذه المظاهر شكلت إلى وقت ليس ببعيد قاعدة راسخة في فلسفة وفقه القانون الإداري عموماً. فمثلاً بالنسبة للمسؤولية المدنية لم يكن ممكناً تعويض الأشخاص المتضررين من جراء تصرفات السلطات الإدارية إلا بعد ظهور المحاكم الإدارية مع بداية القرن العشرين، أما مساءلة الأشخاص المعنوية جزائياً فقد تطلب الأمر مرور قرن آخر وأعتبر حينها ذلك بمثابة ثورة بحجة أن القوة العمومية لا يمكن أن تعاقب نفسها⁽⁴⁾.

¹ المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- المادة 26 من القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011 المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 المؤرخ في 20.02.2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم. جريدة رسمية عدد 14 بتاريخ 08.03.2006.

² Catherine Ribot, la passation des marchés publics, imprimerie nationale, édition le MONITEUR, paris 2007, p 52.

- Charles DEBBASCH et Frédéric colin, op.cit., p.456.

³ M. Hauriou, précis de droit administratif et de droit public, 1927, 11^{ème}-éd., Torue I. P99.

⁴ Catherine prebissy-schnall, op.cit, p 1.

ويبدو أن هذه الفلسفة كانت وراء الحساسية الشديدة التي يبديها المسؤولون العموميون في الإدارة العمومية على مختلف مستوياتها من التدخل المتزايد للقانون الجزائي، من خلال قواعد المسؤولية الجزائية في النشاط الإداري عموماً وفي مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص، تحت ذريعة أن هذا التدخل قد يحد من إمتيازات الإدارة عند قيامها بنشاطها و يحرمها من المرونة اللازمة لأداء وظيفتها مما يعرقل تحقيق أهدافها في خدمة المصلحة العامة⁽¹⁾.

إضافة إلى الطبيعة الإدارية اعتبر التعريف الصفقات العمومية بمثابة عقوداً مكتوبة، والشكلية كما هو معلوم هي إستثناء من مبدأ الرضائية⁽²⁾ القاضي بأن العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، ويتمثل عنصر الشكلية في الصفقات العمومية من جهة، في تلك المجموعة من الإجراءات والشكليات التي قيد بها المشرع الإدارة عند إبرام هذه العقود، أما المتعامل المتعاقد معها فهو ملزم إما بقبول الصفقة المعروضة كما وردت بكافة شروطها ومعطياتها وإما رفضها. ومن جهة ثانية، في جملة من الإمتيازات التي يمنحها القانون للإدارة أو المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد كسلطة الإشراف والرقابة والتعديل والفسخ الإداري وغيرها، ما أدى إلى ضعف الطابع التعاقدية وغياب مفهوم العقد شريعة المتعاقدين كما هو الحال في العقود في القانون الخاص. وتزداد أهمية الشكلية في ارتباط الصفقات العمومية بصرف المال العام خاصة عندما نعلم بأن مضمونها هو النفقات العمومية⁽³⁾ حيث تمثل الشكلية الدليل المادي والرسمي عن الكيفية التي تم بها إنجاز الصفقة مالياً من بدايتها إلى نهايتها، من خلال الوثائق المحاسبية المختلفة التي تخضع للأحكام الصارمة لقانون المحاسبة العامة، ويستند إليها بمناسبة إجراء أية مراقبة.

¹ J-Coullosse, Droit public, droit privé :sens et portée d'un partage académique AJDA.1996.P 964.(La pénalisation participe d'une forme récente de méfiance par rapport à l'intérêt général, à une volonté de privatisation des contentieux opposant les personnes publiques et les particuliers, laquelle se manifeste par l'ultime symbole de recours au Juge judiciaire et au droit pénal).

² المادة 54 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05.07 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

³ المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

فمن حيث المدلول الفني والقانوني يمكن إعتبار الصفقات العمومية عقوداً لها طبيعة قانونية خاصة، بحيث لا يمكن إعتبارها عقد بمفهوم القانون الخاص، وكذلك لا يمكن إعتبارها قراراً إدارياً لأن هذا الأخير يصدر عن الإدارة بسلطتها المنفردة التي لا تحتاج إلى مشاركة إرادة أخرى. ضف إلى

ذلك إعتبارها عقود مكتوبة وإحاطتها بالعديد من القيود التشريعية والتنظيمية لا تخص المتعامل فحسب بل أيضاً المصلحة المتعاقدة بهدف حماية المال العام. ولذلك كله يمكن النظر إليها على أنها عقود من حيث الشكل الخارجي مادام أنها تقوم على إشراك إرادتين من أجل إتمامها، وهما المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ومن حيث الموضوع والمضمون كنظام قانوني بحسب ما ذهب إليه الدكتور سليمان الطماوي في تحديد مفهوم العقد الإداري عندما إعتبره عقد في شكله، ونظام قانوني في محتواه.

2- **مشروعية الصفقة بإعتبارها نفقة عمومية:** شكل الجانب المالي في الصفقات العمومية، وعلى الدوام، محور إهتمام المشرع رغبة منه في ضبط الإنفاق العام والتحكم في مساره. وبعد أن إعتبرها بمثابة نفقات عمومية عندما حدد نطاق تطبيق المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في المادة الثانية حيث نصت على "الصفقات محل نفقات الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وصولاً إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الإقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة"⁽¹⁾. وبذلك يكون قد أخضع الصفقات العمومية إلى تلك الضوابط والقواعد المكرسة في تسيير الأموال العمومية، والتي تضمنتها مجموعة من القوانين موزعة بين قواعد دستورية وتشريعية وتنظيمية بمختلف أنواعها صادرة عن السلطة التنفيذية كالمراسيم والقرارات والمناشير وغيرها.

أما الدستور فقد حدد القواعد الأساسية التي تحكم مالية الدولة من خلال وثيقة أساسية هي ميزانية الدولة، بالإضافة إلى وثائق مالية فرعية كالميزانية الملحقة والحسابات الخاصة. وتتميز بخاصية الطابع الترخيصي الذي يقتضي خضوعها لمصادقة البرلمان طبقاً للمادة 120 من الدستور⁽²⁾، وأن المبالغ المخصصة للإنفاق في إطار الميزانية تعتبر الحدود القصوى المرخص بها والمعبر عنها بالإعتمادات المسجلة ضمن قانون المالية لتلبية الحاجات العامة المخصصة لها تلك الإعتمادات لمدة سنة مدنية⁽³⁾.

¹ المادة 12 إلى 24 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² المادة 120 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

³ القانون رقم 84-17 المؤرخ في 07.07.1984 يتعلق بقوانين المالية، (ج ر عدد 28 سنة 1984 المعدل والمتمم، بالقانون رقم 88-05 المؤرخ في 12.01.1985 ج ر عدد 02 لسنة 1988 المعدل والمتمم بالقانون رقم 89.24.89 المؤرخ في 31.12.1989 ج ر عدد 01 لسنة 1989).

وتطبيقاً للنظم الدستورية المذكورة، جاءت أحكام القانون 84-17 المتعلقة بقوانين المالية⁽¹⁾ وتحديد كيفية توزيع الإعتمادات بين الوزارات المختلفة من أجل تلبية حاجات المرافق العامة في مجال التجهيز أو التسيير، كذلك وضع المشرع ضابطاً موحداً عندما وضع تعريفاً موحداً لميزانية الجماعات المحلية البلدية والولائية وفقاً للمادة 176 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية والمادة 157 من

القانون 07-12 المتعلق بالولاية⁽²⁾. كما أخضع المشرع النفقات العمومية في مجال الصفقات العمومية إلى قانون المحاسبة العمومية من خلال القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15.08.1991 المتعلق بالمحاسبة العمومية المعدل والمتمم⁽³⁾.

وتنقسم النفقات العمومية طبقاً لما ورد في المادة 3 من هذا القانون إلى نوعين من النفقات هما نفقات خاصة بالتسيير وتتضمن تغطية الأعباء العادية الضرورية لتسيير المصالح العمومية التي تسجل إتماداتها في الميزانية العامة للدولة وتوزع من خلال أبواب مقسمة إلى أقسام وفصول وبنود، ويمكن للأمر بالصرف الرئيسي أو الثانوي بموجب مقرر نقل الإتماد من بند إلى بند آخر ضمن نفس الفصل⁽⁴⁾، ونفقات خاصة بالتجهيز والإستثمار وهي تلك النفقات التي تسجل على شكل رخص برامج Autorisations de programmes وتنفذ عن طريق إتمادات الدفع Crédits de paiement، أما رخص البرامج (AP) فهي تشكل الحد الأعلى للنفقات التي يؤذن للآمرين بالصرف بإستعمالها في تنفيذ الإستثمارات المخططة، وتبقى صالحة دون أي تحديد لمدتها حتى يتم إلغائها. وأما إتمادات الدفع (CP) فهي عبارة عن التخصيصات السنوية التي يمكن للأمر بالصرف صرفها أو تحويلها أو دفعها لتغطية الإلتزامات المبرمة في إطار رخص البرامج المطبقة⁽⁵⁾.

وفي نفس السياق حددت أحكام القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة المشار إليه، أجهزة تنفيذ النفقات العمومية، مهيكلة على أساس مبدأ هام ضمن إلتزامات حماية المال العام قائم على الفصل بين الجهازين المكلفين بهذه المهمة وهما الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين.

Principe de séparation des ordonnateurs et des comptables publics.

¹ القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية ج ر عدد 37 لسنة 2011.

- القانون 07-12 المؤرخ في 11 فبراير 2012 المتعلق بالولاية ج ر العدد (12) 2012.

(وكانت المادة 149 من قانون البلدية لسنة 1990 الملغى في تعريفها للميزانية تختلف عن المادة 135 في قانون الولاية الملغى لسنة 1990 لميزانية الولاية إذ لم تنص على تنفيذ برامج التجهيز والإستثمار بالنسبة للبلدية) .

² عدل وتمم بالقانون رقم 98-12 المؤرخ في 31.12.1998 والقانون 99-11 المؤرخ في 23.12.1999.

³ المادة 5 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

⁴ المادة 6 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

أنظر أيضاً:

⁵Ministère des finances, direction générale du Budget, Guide du contrôleur financier des dépenses engagées,1999,p.18.

فالآمرين بالصرف⁽¹⁾ وهم صنفان الأمرين بالصرف الأساسيين كالوزراء والولاة، رؤساء المجالس الشعبية البلدية والمسؤولون على مستوى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والأمرين بالصرف الثانويين وممثلهم من رؤساء مصالح الدولة الممركزة والموظفون المرسمون الحائزون على تفويض التوقيع من الأمر بالصرف الأصلي⁽²⁾. وتتمثل مهمة الأمر بالصرف في تنفيذ العمليات المتعلقة بالإيرادات من حيث إثباتها وتصنيفها والأمر بتحصيلها والنفقات من حيث الإلتزام بها وتصنيفها والأمر بصرفها ويمارس كذلك مهمة الرقابة قبل أي أمر بالصرف أو إذن بالدفع وتشمل:

- إثبات القيام بالخدمة وصحة حسابات التصفية.

- إجراء عملية المراقبة التنظيمية المسبقة، تقديم المبررات في هذا المجال.

- حسم النفقات بدقة في الأبواب والمواد الخاصة بها وحسب طبيعتها وغرضها.

3- خضوع الصفقة لقانون المنافسة: تشكل إمكانية خضوع الصفقات العمومية إلى أحكام

قانون المنافسة تطوراً نوعياً في النظام القانوني لهذه العقود، خاصة وأن نصوص قانون تنظيم الصفقات العمومية تشير صراحة إلى تطبيق قواعد المنافسة، وهو ما عمل المشرع على تكريسه من خلال المبادئ الثلاثة التي تقوم عليها إجراءات إبرام هذه العقود⁽³⁾، خاصة عندما جعل إجراء المناقصة هو القاعدة العامة لإبرامها⁽⁴⁾. فحرية المنافسة كما عرفت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 الذي جاء فيه " أن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاماً أو خاصاً..."⁽⁵⁾.

¹ المواد 25، 26، 27 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

² Manuel de procédure d'exécution des recettes et des dépenses publiques direction générale de la comptabilité, ministère des finances, Avril 2007, p.5.6.

³ المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

⁴ المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

⁵ LAJOYE Christophe, Droit des marchés public, BERTI édition, Alger 2007 p.104.

وعلى الرغم من أن خضوع الصفقات العمومية لأحكام قانون المنافسة مازالت مسألة خلافية بين الفقهاء، ومع ذلك فإن إعتبارها أعمالاً قانونية (أي عقود) تقوم على توافق وتطابق الإرادة بين طرفي العقد على إحداث التزامات متبادلة، فإنها بذلك تندرج ضمن المفهوم الواسع للإتفاق الذي تضمنته أحكام قانون المنافسة والتي تخضع في الأصل لإختصاص مجلس المنافسة المكلف برقابتها، وبالتالي حظرها متى كانت ممارسة منافية للمنافسة⁽¹⁾، خاصة وأن المادة 6 من الأمر 03.03 المتعلق بقانون المنافسة لم تستثني الإتفاقات التي تبرمها الإدارة، مما يتيح مجالاً لإمكانية خضوع هذه التصرفات (أي العقود الإدارية) لإختصاص القضاء العادي⁽²⁾، لأن الطعن في قرارات مجلس المنافسة يكون من إختصاص الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، التي تنتمي لهمم القضاء العادي لا القضاء الإداري⁽³⁾.

وحتى وإن كانت الصفقات العمومية بمثابة تصرفات تطبق عليها خصائص الإتفاقات والممارسات المحظورة المنصوص عليها في المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، فإن إشكالية إختصاص مجلس المنافسة وبالتالي القضاء العادي للنظر في نزاعاتها بدلاً من القضاء الإداري تبقى قائمة خاصة وأن المادة 02 من نفس الأمر تستثني بصراحة خضوع التصرفات والنشاطات التي تتدرج في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء المرافق العامة، الخاضعة للقانون الإداري، حيث نصت على " يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج..... بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام". ومثل هذه الوضعية قد تثار أمام القضاء الجزائي خاصة لما يتعلق الأمر بالتصدي لما يسمى بالقرارات المنفردة في إطار مبدأ الإختصاص الكامل الذي أصبح يتمتع به في مجال جرائم الصفقات العمومية.

¹ المادة 44 من الأمر 03.03.

² المادة 2 من قانون المنافسة المذكور أعلاه.

³ سهيلة ديباش، مداخلة تحت عنوان " إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية"، في الملتقى المنعقد بتاريخ 20 ماي 2013 بعنوان " حماية المال في مجال الصفقات العمومية، جامعة المدية ص13.

ثانياً: المنظومة الرقابية إلى جانب قانون الصفقات العمومية الذي يمثل إطار المشروعية لإبرام الصفقات العمومية، عمد المشرع إلى وضع منظومة رقابية متنوعة تعزز حماية المال العام وتوفر ضمانات إضافية وعملية لحسن تدبيره، بحيث نصت المادة 118 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه " تمارس على الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها". وهذه الرقابة تكون إما داخلية أو خارجية أو رقابة وصاية⁽¹⁾:

أ- أما الداخلية فتكون في المراحل الأولى لإبرام الصفقات العمومية تقوم بها لجان مختلفة منها ما هو على مستوى المصلحة المتعاقدة وهي رقابة إدارية تقنية ذاتية تقوم بها المصلحة المتعاقدة⁽²⁾ كلجنة فتح الأطرفة ولجنة تقييم العروض⁽³⁾.

ب- أما الرقابة الخارجية فتتمثل على المستوى المحلي في لجنة الصفقات الولائية والبلدية وأخرى على المستوى الوطني كاللجنة القطاعية والوطنية⁽⁴⁾. ومن حيث الطبيعة القانونية لهذه الرقابة

يمكن إعتبارها رقابة إدارية ذاتية تقوم بها المصلحة المتعاقدة عن طريق هذه اللجان، ولعل الغرض المتوخى من رقابة هذه اللجان هو تكريس مبدأ الجماعية Décision collégiale في اتخاذ القرارات المتعلقة بإنفاق المال العام، لما تمثله من ضمانة مقارنة بالقرار الفردي المرتبط بإرادة شخص واحد، بالإضافة لما توفره من ضمان للشفافية في مراحل إبرام الصفقة تفادياً للأخطاء التي يمكن أن تشوب هذه المرحلة الأولية الحساسة التي تقرر مصير العقد ومآله سواء كان بالنجاح أو بالفشل، خاصة عندما يتعلق الأمر بإجراءات حساسة كإختيار المتعامل المتعاقد الذي يلبي حاجيات المصلحة المتعاقدة من حيث النوعية الملائمة المرغوب فيها إقتصادياً وفي الوقت المطلوب وبالسعر المفيد⁽⁵⁾. والجدير بالإشارة أن مبدأ الجماعية يمكن أن يثير بعض الإشكالات عند تطبيق قواعد المسؤولية الجزائية في الصفقات العمومية، خاصة عند تحديد المسؤولية الجزائية لأعضاء هذه اللجان، خاصة إذا علمنا أن تنظيم هذه الهيئات الرقابية لا زال يكتنفه الكثير من الغموض في ظل غياب الأنظمة الداخلية، خاصة بالنسبة للجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض، المحددة لتشكيلتها وطبيعة عملها وحدود مسؤولية أعضائها، وكذلك فيما يتعلق بطبيعة قراراتها فيما إذا كانت تقريرية أو مجرد إستشارية⁽⁶⁾، علماً أن القرارات النهائية هي من صلاحية المسؤول عن المصلحة المتعاقدة⁽⁷⁾.

¹ المادة 117 من المرسوم رقم 10-236.

² عمار بوضياف المرجع السابق، ص، 29.

³ أنظر المواد 120-121-122-123-124-125 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴ أنظر المادة 135-137-142 من المرسوم الرئاسي 10-236.

5 SABRI MOULOUD, le droit des marchés publics en Algérie réalité et perspectives, R.C.E N°= 07 Algérie 2007,p.3.

⁶ LAJOYE Christopher, droit des marchés publics ,Edition BERT Algérie 2007,p.77.

⁷ المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236.

ج- رقابة الوصاية وهي نوع من الرقابة تمارس من قبل السلطة الوصية على مستوى الجماعات المحلية أو على مستوى القطاعات الوزارية، وتهدف إلى التحقق من مطابقة الصفقات العمومية التي تيرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والإقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع⁽¹⁾ ضمن تجسيد أهداف السياسة العامة للدولة في جميع المجالات.

د- الرقابة المالية وجعلها المشرع رقابة للتدقيق ومتابعة وفحص وتعقب مسار عملية الإنفاق في مجال الصفقات العمومية la traçabilité des dépenses publiques والتحقق من مدى إحترامها والتزامها بالأطر القانونية والتنظيمية ذات الصلة، فهي رقابة ذات طبيعة مالية للتأكد من مشروعية النفقة العمومية، وهي مواكبة لها قبل وأثناء وبعد عملية صرفها. وتقوم بهذه المراقبة أجهزة وهيئات خارجية مختصة ومستقلة عن بعضها البعض لضمان أكبر حماية للمال العام، وهي إما رقابة قبلية يقوم بها كل من المراقب المالي وأمين الخزينة العمومية (المحاسب العمومي)، وإما رقابة بعدية لاحقة تقوم بها هيئات المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

1- أما بالنسبة للرقابة المالية المسبقة فتأتي إنطلاقاً من كون الصفقات العمومية تنفذ وتتجزأ في شكل نفقات عمومية⁽³⁾، وبذلك أخضعها المشرع للإجراءات الصارمة والمعقدة للمحاسبة العمومية طبقاً لأحكام القانون 90-21 المؤرخ في 15.08.1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، الذي كرس مبدأ الفصل بين مهمة الأمر بالصرف والمحاسب العمومي وتحديد تدخل كل جهة خلال مسار النفقة العمومية، ابتداءً من مرحلة الإلتزام بالنفقة ثم التصفية ثم الأمر بالدفع إلى غاية التسديد النهائي أو ما يعبر عنه بالأحرف (ELOP)⁽⁴⁾. ويتولى هذه المراقبة المالية المسبقة قبل وأثناء تنفيذ النفقة العمومية كل من هيئة المراقب المالي والمحاسب العمومي، وهي بمثابة إجراء وقائي إحترازي يمنع وقوع أي تجاوزات أو إنحرافات غير مشروعة في بداية عملية الإنفاق، وتكون قبل التأشير وإعطاء الإذن بالصرف. فالمراقب المالي يقوم بالتحقق والتأكد من مشروعية النفقات الملتزم بها من حيث مدى توفر رخصة البرنامج (AP) Autorisation de programme أو الإعتمادات المالية، وكذلك من صحة تخصيص النفقة، وصفة الأمر بالصرف. ويضبط في نهاية كل سنة مالية ما يعرف بمحاسبة الإلتزامات Comptabilité des engagements⁽⁵⁾.

¹ المادة 127 من المرسوم 10-236.

² M.MATTERA, La politique communautaire des marchés publics nécessité ou souci de perfectionnisme? Revue marché unique europ, n°=4/1996,p.9.

³ المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁴ Ministère des finances, direction générale du Budget, Guide du contrôleur financier des dépenses publiques,1999,p.12 (E.L.O.P Engagement, Liquidation, ordonnancement, et paiement).

⁵ المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14-11-1992، وما يليها، والمتعلق بمراقبة النفقات العمومية الملتزم بها، والتي يقوم بها مراقبين معينين من طرف وزارة المالية .

وأما فيما يخص المحاسب العمومي، فيقوم بمراقبة مالية مسبقة قبل تسديد النفقة بغرض التأكد من شرعيتها وسلامة الإجراءات التي تمت في إطارها، فهي بذلك مكملة لرقابة المراقب المالي. وتقوم مسؤولية المحاسبين العموميين شخصياً ومالياً عن مسك المحاسبة والمحافظة على سندات الإثبات ووثائق المحاسبة⁽¹⁾.

وجدير بالتنويه إلى أن كل من مراقبة المراقب المالي والمحاسب العمومي تركز على رقابة شرعية النفقة La légalité de la dépense أي مدى توفر الغلاف المالي الضروري لإنجاز النفقة العمومية ثم مدى شرعية الإجراءات المطبقة في صرفها. ولا تخوض في مدى ملائمة هذه النفقة L'opportunité de la dépense التي تبقى من صلاحيات الأمر بالصرف.

2- الرقابة المالية البعدية: وهي رقابة مالية لاحقة عن عملية الإنفاق، أي بعد إتخاذ القرار بصرف النفقة، ولا تحول هذه الرقابة البعدية دون أن يصبح الأمر بالدفع نافداً على خلاف رقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي ذات الأثر الموقف.

وتبرز أهمية الرقابة المالية البعدية كوسيلة فعالة لمتابعة عملية صرف المال العام حتى بعد مرور مدة على تنفيذ النفقة العمومية، خاصة إذا علمنا أن الرقابة الفعلية لميزانيات الجماعات المحلية لا تتم في الممارسة العملية إلا مرة واحدة في كل سنة بمناسبة الإطلاع على الحساب الإداري

Le compte administratif⁽²⁾ وتمارس هذه الرقابة من طرف كل من هيئة المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

أما المفتشية العامة للمالية⁽³⁾، فطبقاً للمادة الثانية الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 272-08 المحدد لصلاحيات المفتشية العامة للمالية، فقد أوضحت مهام ونطاق تدخل هذه الهيئة بقولها " تمارس رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات المحلية، وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية"، وبذلك تكون مختلف الصفقات العمومية التي تبرمها هذه الهيئات خاضعة لرقابة المفتشية العامة للمالية.

¹ المادة 45 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

² خليفي عبد الوافي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، بعنوان جرائم الصفقات العمومية في ظل القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جامعة بشار كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012-2013، ص 49

³ أنشأ جهاز المفتشية العامة للمالية بالمرسوم التنفيذي 80-53 في 01.03.1980 والذي ألغي بالمرسوم التنفيذي رقم 92-78 المؤرخ في 22.02.1992 المحدد لإختصاصات المفتشية العامة للمالية، كما ألغى بدوره عن طريق المرسوم رقم 08.272 المؤرخ في 06.09.2008.

وبخصوص مراقبة مجلس المحاسبة فتتمثل في التدقيق في شروط إستعمال وتسيير الأموال العمومية من طرف الهيئات التي تدخل في نطاق إختصاصه والتأكد من مطابقة عملياتها المالية والمحاسبية للقوانين والتنظيمات السارية المفعول. ويعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة اللاحقة لأموال الدولة والجماعات المحلية⁽¹⁾، ولقد أشار الدستور في الفصل الأول من الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الإستشارية في مادته 170 إلى مجلس المحاسبة بقولها " يؤسس مجلس المحاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، يعد مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية "

يحدد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته وهو ما يدل على أن الأموال العمومية التي تنفق من خلال قناة الصفقات العمومية من طرف الدولة والجماعات المحلية والمرافق العمومية المختلفة تخضع أيضاً للرقابة البعدية لمجلس المحاسبة، ما يعكس دوره الحيوي في حماية المال العام في هذا القطاع.

ويتمتع مجلس المحاسبة بإختصاص إداري وقضائي⁽²⁾ وبالإستقلال الضروري لأداء مهامه ضمناً لموضوعيته وحياده وفعالية أعماله. وتهدف الرقابة التي يمارسها إلى تشجيع الإستعمال المنتظم والصارم للأموال العمومية والتأكيد على إجبارية تقديم الحسابات، وتسيير المالية العمومية بشفافية⁽³⁾.

كما يساهم في تعزيز تدابير الوقاية ومكافحة جميع أشكال الغش والممارسات غير المشروعة التي تشكل تقصيراً في الأخلاقيات وفي واجب النزاهة، أو التي تضر بأموال الدولة والأموال العمومية⁽⁴⁾.

هـ- **الرقابة التشريعية:** يخول الدستور البرلمان وظيفة الرقابة على النشاط الحكومي إلى جانب إختصاصه الأصلي المتمثل في سن القوانين، وهي رقابة لاحقة على تنفيذ الميزانية من خلال ما يسمى بقانون ضبط الميزانية، فنصت المادة 160 من الدستور الجزائري لسنة 1996 " تقدم الحكومة لكل غرفة من البرلمان عرضاً عن إستعمال الإعتمادات المالية التي أقرتها لكل سنة مالية، تختتم السنة المالية فيما يخص البرلمان بالتصويت على قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعنية من قبل كل غرفة من البرلمان" وأضافت المادة 162 أن " المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وفي ظروف إستخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها".

¹ أحدثت للمرة الأولى عن طريق القانون رقم 80-05 المؤرخ في 01.03.1980 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ثم عدل بالقانون 90-32 المؤرخ في 04.12.1995، وتمت مراجعته كذلك بموجب الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17.07.1995، قبل أن يتم تعديله مؤخراً عن طريق الأمر 10-02 المؤرخ في 17.07.2010 المتعلق بمجلس المحاسبة.

² المادة 3 من الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة .

³ المادة 2 فقرة 4 من الأمر 10-02 المعدل للأمر 05-20.

⁴ المادة 2 فقرة 5 من الأمر 10-02.

ويعتبر قانون ضبط الميزانية بمثابة حساب نتائج السنة المالية المعنية، وتحليل الحساب العام لتنفيذ الترخيصات البرلمانية وتسييرها، وتحديد حجم فائض أو عجز الميزانية بعد التنفيذ ومعرفة مدى الإلتزام وإحترام وتفيد الحكومة بقرارات البرلمان⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أهمية هذه الرقابة التي حرص الدستور على تكريسها وكذلك المشرع على وضع القواعد التي تسمح بإستخدامها، إلا أن الحكومات المتعاقبة والتي تملك وحدها حق المبادرة بوضع هذا المشروع ظلت ممتنعة عن طرح مشاريع ضبط الميزانية على البرلمان إبتداءً من سنة 1984⁽²⁾، رغم أن القانون أوجب أن يرفق هذا القانون مع كل قانون ميزانية جديدة⁽³⁾، مما أفقد هذه المراقبة فعاليتها في حماية المال وتكريس قواعد الحكم الراشد وثقافة المساءلة.

غير أن الحقيقة الماثلة للعيان في الواقع والممارسة، تؤشر إلى أنه بالرغم من وجود هذه المنظومة القانونية التقنية والمتطورة بإستمرار والصارمة من أجل تأطير إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، من خلال إخضاعها لإجراءات خاصة ليس فقط لضمان حرية المنافسة والشفافية والحيادية، وإنما كذلك لسد الطريق أمام كل محاولة للإعتداء على المال العام، وكذلك بالرغم من تعدد أجهزة الرقابة وتنوعها من إدارية ومالية وشموليتها لكل مراحل إنجاز الصفقة، بدءاً من إبرامها وتنفيذها وحتى بعد إنجازها، فإن قطاع الصفقات العمومية يبقى مجال وميدان خصب لنمو وإنتشار الكثير من التصرفات والممارسات المحظورة بسبب حجم الأموال المرصودة والمتداولة والأرباح الكبيرة المتوقعة، مما جعل الطلب العمومي يتحول إلى وسيلة للنهب والإستيلاء على الأموال العمومية، سواء لأغراض الإثراء الشخصي أو حتى من أجل تمويل ودعم الأحزاب السياسية⁽²⁾، وأضحى هدفاً ممتازاً لكافة أنواع

الفساد والرشوة بإستعمال وسائل وطرق سهلة في التنفيذ وصعوبة الإكتشاف كدفع رشا للحصول على الصفقة أو منح الصفقة لأحد الأقارب من العائلة أو تمويل الأحزاب عن طريق منح الصفقات بناءً على الإنتماء الحزبي.....

¹ المادة 77 من القانون رقم 84-17 المتعلق بقوانين المالية المعدل والمتمم.

² تم عرض قانون ضبط الميزانية فقط لسنوات 1978-1979-1980-1981 وجمد في سنوات 1980-1984-1985-1987. وأعيد تفعيله في سنوات 2009 بموجب القانون 12-08 المؤرخ في 21.02.2012. وقانون ضبط الميزانية لسنة 2010 بموجب القانون 13-04 المؤرخ في 20.02.2013 ج ر عدد 12 لسنة 2013.

³ المادة 68 من القانون 89-24 المعدل للقانون 84-17 المتعلق بقوانين المالية.

وتم الإقرار بهذه الحقيقة من طرف السلطات العليا في الجزائر التي إستشعرت خطر إنتشار هذه الآفات على الإقتصاد الوطني وعلى سياسة التنمية وحتى على كيان الدولة ككل في حالة إستفحالها. فقد شخص خطاب رئيس الجمهورية الجزائرية هذه الوضعية، بتاريخ 29 ماي 1999 عندما قال " إن الدولة مريضة بالمحسوبة والتعسف في النفوذ والسلطة وعدم جدوى الطعون والتنظيمات، مريضة بالإمتهادات التي لا رقيب عليها ولا حسيب، مريضة بتبذير الموارد العامة ونهبها بلا ناه ولا رادع. كلها أمراض أضعفت الروح المدنية لدى الأفراد والجماعات وأبعدت القدرات وهجرت الكفاءات ونفرت أصحاب الضمائر الحية والإستقامة وحالت بينهم وبين الإسهام في تدبير الشؤون العامة وشوهت مفهوم الدولة وغاية الخدمة العمومية ما بعده تشويه....." (1).

وللتأكيد على هذه الهواجس صدرت تعليمة رئاسية رقم 03 بتاريخ 13.12.2009 تتعلق بتفعيل مكافحة الفساد، وحددت الأبعاد الخطيرة للفساد (2) على كيان الدولة وأمنها والمقدرات المالية للبلاد وإعتبرت مكافحة الفساد من قبيل الواجب الوطني.

كما أن أطر الحماية القانونية والرقابة الإدارية والمالية رغم صرامتها وتنوعها وتطورها وشموليتها أظهرت عجزاً وأخفقت في تجنب المال العام كافة أشكال الإعتداءات، وإعادة الثقة إلى مؤسسات الدولة ومرافقها العامة وفرض إحترام الإجراءات القانونية والتنظيمية الناضجة للصفقات العمومية وإستمرت الإدارات والمقاولات في ممارساتها التعسفية والمنافية للمنافسة، وكانت نتيجة ذلك هي إنتشار جرائم الفساد بشتى أنواعها وإزدياد عدد القضايا المطروحة على القضاء والمتصلة بالتعدي على المال العام، والتي شكلت محل إهتمام وإنشغال الرأي العام من خلال متابعة وسائل الإعلام المختلفة لتفاصيلها.

هذه الوضعية الضاغطة وغير الصحية والخطر الداهم على المال العام إستدعت وإلحاح تشديد وتقوية منظومة الحماية القائمة وإستنفار كل الوسائل القانونية والإجرائية والعملية لمواجهة الفساد

وتحصين كافة قنوات الإنفاق العام وعلى رأسها الصفقات العمومية. ولعل أهمها إستدعاء قواعد المسؤولية الجزائية عن طريق توسيع نطاق تدخل القاضي الجزائي للتصدي لكافة السلوكات المنحرفة والغير مشروعة المرتبطة بهذه العقود. فكان من معظم الدول أن تبنت هذا العلاج وجعلت منه الحكومات والبرلمانات أحد أهم مرتكزات إستراتيجياتها في مكافحة جميع صور الفساد، ومنها الجزائر التي جعلت من مكافحة الفساد رهاناً وطنياً وتحدياً يجب حوضه.

¹ بن مرزوق عنتر، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني (تحديات الإدارة المحلية في الجزائر) بعنوان " الحكم الراشد وإصلاح الإدارة الجزائرية بين المتطلبات والمعيقات" الجلفة 27-28 أبريل 2009.

² وتطبيقاً لتلك التعليمات صدر المنشور رقم 01 مؤرخ في 08-03-2010 المتضمن تنفيذ التعليمات الرئاسية رقم 03 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد، الصادرة عن وزارة المالية المديرية العامة للمحاسبة، حيث جاء فيه " ومن هنا يمنع على مستخدمي مصالح الخزينة قبول إمتيازات أو مزايا غير تلك التي منحت لهم بموجب القوانين والأنظمة، ولا يحق لهم القيام بأي عمل من شأنه المساس بمصداقيتهم، ونزاهتهم وأخلاقهم.....".

هذه الإستراتيجية ترجمتها الحركة التشريعية الواسعة لتخليق الحياة العامة عموماً والإقتصادية والمالية على وجه الخصوص وتجسدت من خلال فكرة أو مفهوم التجريم في الصفقات العمومية La notion de pénalisation des marchés publics والرامية إلى وضع حد للشبهات والشعور بعدم الثقة الذي أصبح ينظر بهما للنخب المسيرة على مستوى الإدارات أو المؤسسات العمومية، ذلك لأنه لم يعد مقبولاً لدى الرأي العام تلك الإمتيازات التي كان يتمتع بها أصحاب القرار (المسيرين العموميين) Décideurs publics⁽¹⁾، وأن المساواة أمام القانون بالنسبة للجميع بما فيهم الأقياء وأصحاب النفوذ أصبح مطلباً عاماً وأن ثقافة الإفلات من العقاب يجب أن تنتهي، وبذلك شكل تدخل قواعد المسؤولية الجزائية كداعم قوى ورايع في هذا المجال الحدث الأبرز الذي طبع عهد الإنتقال مما سمي "باللا مشروع المباح إلى اللا مشروع غير المباح"⁽²⁾ L'illégal toléré à l'illégal intolé. .

ضمن هذا السياق يندرج صدور القانون 06-01 المؤرخ في 08.03.2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾، الذي شكل في حد ذاته قاعدة أساسية لشرعنة مواجهة ظاهرة الفساد، وعكس إرادة الدولة في التصدي لها، ويعتبر المرجع الرئيسي للقواعد الموضوعية، تجريماً وعقاباً، التي تستند إليها قواعد المسؤولية في الصفقات العمومية وتدخل القاضي الجزائي، وإن كان التجريم في مجال الصفقات العمومية ليس جديداً في التشريع الجزائري. وقد إستلهم المشرع أسوة بمعظم الدول، في وضعه للإطار القانوني لهذه المسؤولية أهم الأحكام المتقدمة التي تضمنتها الإتفاقيات الدولية كإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽⁴⁾ وإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽⁵⁾ وإتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته⁽⁶⁾ ومشروع الإتفاقية العربية.

¹ Catherine, Prebessy-schnall, opcit, p13 (Les décideurs publics: pour désigner toute personne dépositaire de l'autorité publique, Chargés d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public et les fonctionnaires chargés de la préparation ou du suivi de l'exécution des marchés publics.

² Catherine, Prebessy-schnall, opcit, p12.

³ وعرف تعديلين بموجب الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26.08.2010 ج ر عدد 50 بتاريخ 01.12.2010 ، والقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02.08.2011 (ج ر عدد 44 بتاريخ 10.08.2011).

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 05.04.2002، يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15.11.2000 ودخلت حيز التنفيذ في 29.09.2003 (ج ر عدد 09 بتاريخ 10.02.2002).

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19.04.2004 يتضمن التصديق بتحفظ على إتفاقية الأمم المتحدة المقدمة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بنيويورك يوم 31.10.2003 (ج ر عدد 26 بتاريخ 23.04.2004).

⁶ إتمدت إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، بمابوتو في 11.06.2003، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 137-06 المؤرخ في 10.04.2004 (ج ر عدد 24 بتاريخ 16.04.2004).

ومشروع الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد الذي أعد من طرف وزراء الداخلية العرب وتمت صياغته من طرف لجنة مشتركة من مجلس الداخلية والعدل العرب بتاريخ 11.12.2003 وتم إعتماده من طرف مجلس وزراء العدل العرب بتاريخ 24.04.2007⁽¹⁾. وكذلك مساهمة بعض المنظمات الدولية غير الحكومية، كمنظمة الشفافية الدولية والمنظمة العربية لمكافحة الفساد⁽²⁾. وهذه القواعد الدولية شكلت محاولة جديّة لعولمة إستراتيجية موحدة لمكافحة هذه الظاهرة، خاصة مع ظهور الجريمة المنظمة والعبارة للحدود.

مع الإشارة إلى تزامن بروز دور القاضي الجزائي وتدخله في فضاء الطلب العمومي، وتزايد الإهتمام بتطوير القواعد الموضوعية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، مع اعتماد مجموعة من الميكانيزمات القانونية والرقابية الجديدة لتقوية الحماية القانونية لهذه العقود. وهكذا خضع قانون الصفقات العمومية لعدة تعديلات مع تدعيمه بنصوص تنظيمية و لوائح إدارية بهدف تكيفه مع المعطيات الإقتصادية والمالية والإدارية المستجدة وإضفاء مرونة على نشاط الإدارة لتمكينها من أداء وظيفتها بأفضل حال، كما تم تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية، وصدر قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما وقانون مكافحة التهريب، وعدل الأمر المتعلق بمخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، وأعطيت صلاحيات واسعة لمجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية في مجال مراقبة الإنفاق العام وبالخصوص في مجال الصفقات العمومية وبمراقبة وتدقيق تسيير المؤسسات العمومية الإقتصادية، بالإضافة إلى صدور مجموعة من الإجراءات التنظيمية، منها التنظيم الخاص بخلية معالجة الإستعلام المالي، والديوان المركزي لقمع الفساد، والتصريح بالملكيات والتصريح بالنزاهة، وإنشاء الأقطاب الجزائية المتخصصة، وعدلت المراسيم المتعلقة بنفقات الدولة للتجهيز والرقابة على النفقات الملتزم بها وغيرها.

وفيما يتعلق بتدعيم أدوات الرقابة أستحدثت في فرنسا ما يعرف بقضاء الإستعجال لما قبل التعاقد Référé précontractuel لتمكين المرشح الذي لم يحصل على الصفقة ويعتقد أنه تضرر من جراء عدم إحترام قواعد المنافسة، من إتخاذ الإجراءات القانونية قبل إبرام عقد الصفقة العمومية، وتم تفعيل هذه الوسيلة وتطويرها بعد صدور القانون المتعلق بالإستعجال أمام المحاكم الإدارية، مما يتيح للقاضي إمكانية تأجيل إمضاء العقد لمدة أقصاها عشرون يوماً.

¹ محمد أمين بشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة 2007، ص 18.

² محمد أمين بشري، المرجع السابق، ص 41.

زد على ذلك أدخلت بعض التحسينات لتدعيم دور القضاء الإداري في الرقابة على الصفقات العمومية، وتمثلت في منح المرشح الذي لم يختار عرضه إمكانية إرفاق طلب الطعن لتجاوز السلطة بطلب الطعن ضد قرار قابل للإنفصال عن العقد Acte détachable من أجل إبطال العقد من طرف قاضي العقد⁽¹⁾. وفي مجال المنافسة فقد أصبح بإمكان مجلس المنافسة معاقبة تصرفات الأشخاص العامة ليس فقط عندما تقوم بنشاطات تتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، وإنما كذلك عندما تتقدم كمرشح للحصول على صفقة عمومية، وفي هذه الحالة يكون القاضي الإداري مختصاً في تقدير مدى شرعية هذا التصرف الإداري طبقاً لقانون المنافسة⁽²⁾.

كما أن القواعد الموضوعية لهذه المسؤولية تميزت بالشمولية، ذلك أن قواعد التجريم والعقاب فيها شملت جميع مراحل مسار إنجاز الصفقات العمومية بدءاً بإجراءات إبرام العقد⁽³⁾ وحتى نهاية تنفيذه⁽⁴⁾، ما يجعل هذه العقود محصنة بأحكام جزائية رادعة من بدايتها إلى نهايتها. كما جاءت شاملة من حيث الأشخاص، فتقام المسؤولية على الشخص الطبيعي المتمثل في الموظف العمومي بفئاته المختلفة طبقاً لما نصت عليه المادة 02 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وأيضاً على الشخص المعنوي حسب مقتضيات المادة 18 مكرر من القانون 04-15 المؤرخ في 2004.11.10 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم وأيضاً المادة 53 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ومن حيث تحديد الركن المادي لمعظم الجرائم المرتبطة بالصفقات العمومية إعتد المشرع معياراً قانونياً لرسم نموذج السلوك الإجرامي لإثبات أو نفي أركان الجرائم، بحيث يتأكد القاضي الجزائي من مدى إحترام المبادئ التي تشكل الإطار العام للمنظم للصفقات العمومية، المتمثلة في مبدأ حرية الدخول للطلب العمومي، والمساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات والنزاهة والمنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية⁽⁵⁾. فهي تمثل في نفس الوقت إطاراً لتنظيم الصفقات العمومية وكذلك معياراً لإثبات أو نفي توفر الركن المادي لجرائم الصفقات، ولعلّه أسلوب إعتده المشرع لصعوبة إحصاء وحصر وتحديد السلوك الإجرامي بالدقة اللازمة في نموذج الجريمة، كما هو الحال في جريمة منح إمتيازات غير مبررة والمحاباة⁽⁶⁾ كما سيأتي بيانه.

¹ Catherine, Prebessy-schnall, opcit,p6 (Ou qu'il s'agisse de la nouvelle procédure de référé suspension plus efficace que ce traditionnel sursis à exécution de droit commun).

² Catherine, Prebessy-schnall, opcit,p6.

³ المادة 26 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

⁴ المادة 27 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

⁵ المادة 3 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁶ المادة 26 فقرة أولى من القانون 11-15 المؤرخ في 2011.08.02 المعدل للقانون 01-06 المؤرخ في 2006.02.20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

إضافة إلى ما سبق تتميز قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية بأنها داعم أساسي لقواعد الحماية القانونية لهذه العقود، فإذا كانت الحماية القانونية تقوم على تكريس مبدأ المشروعية في إجراءات إنجاز هذه العقود، فإن قواعد المسؤولية الجزائية تهدف إلى محاربة السلوكات المنحرفة الصادرة عن القائمين على تسييرها، والتي من شأنها حرف هذه العقود عن هدفها وغايتها في تلبية متطلبات المصلحة العامة.

ولذلك يركز تدخل القاضي الجزائري في مجال الصفقات العمومية على ضبط سلوك الأشخاص القائمين على تسيير هذا القطاع وليس فقط على فرض إحترام مشروعية تصرفاتهم، لأن المشكل الأساسي في مجال الشراء العمومي هو أنك يمكن أن تجد عقداً يحترم فيه قانون الصفقات العمومية ويطبق حرفياً من الناحية الشكلية والإجرائية ولكن يخرق في المضمون والروح مبادئه أو بعبارة أخرى يحترم المشروعية في الشكل والمضمون ولكنه يكون نتاج سلوك إجرامي مسبق، كمن يعطي معلومات تمييزية لمقابلة قبل الإعلان عن المناقصة⁽¹⁾، مما أكسب قواعد المسؤولية الجزائية فعالية أكبر وجعل دور القاضي الجزائري يمتد لمعاقبة الإخلال بواجب الحياد L'impartialité والنزاهة Loyauté والإستقامة intégrité والحيطة Prudence من أجل فرض التطبيق السليم لقانون الصفقات العمومية ومبادئه الثلاثة. وفي مقابل الإندفاع الظاهر الذي شهدته حركة التجريم في مجال الصفقات العمومية من طرف المشرع في معظم الدول حماية لهذه العقود وللمال العام، مدعومة بتأييد واضح من قبل الرأي العام والأحزاب السياسية حفاظاً على مقدرات الشعوب وثرواتها، برزت حركة مقابلة تعتبر صورة من مفرزات التطور والتحول الذي عرفته السياسة الجنائية في فلسفتها ونظرتها لمفهوم الحماية⁽²⁾، وتتمثل في المناداة بالحد من العقاب في الصفقات العمومية Dépénalisation des marchés publics وحظيت بترحيب ودعم خاصة من قبل المسيرين العموميين وأصحاب القرار في الإدارات العمومية وممثلي السلطة التنفيذية، وحججهم في ذلك كثيرة لعل أهمها:

1- أن التجريم المتزايد وتدخل القاضي الجزائري في مجال الصفقات العمومية تجاهل خصوصيات القانون الإداري كقانون صلاحيات وإمميزات، ما أثر على قدرة حركية المرافق العامة في ضمان الخدمة العمومية والمصلحة العامة، على الرغم من أن القانون الإداري أقام مسؤولية عمومية في صالح المواطن قائمة على نوع من التوازن يضمن تعويض عادل لضحايا النشاط الإداري، وفي نفس الوقت يتفادى تحميل القائمين على الخدمة العمومية تبعات ما قد ينتج عنهم من عرقلة لسير المرفق العام⁽³⁾ وإضعاف الوظيفة العامة بإعتبارها مرآة الدولة التي يأمل أفراد المجتمع في عدالتها والإطمئنان لنزاهتها⁽⁴⁾.

¹ Catherine, Prebessy-schnall, opcit, p29

² محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبة الإدارية، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ص 32.

³ Catherine, Prebessy-schnall, opcit, p VIII.

⁴ سهير عبد المنعم إسماعيل، المرجع السابق، ص 21.

- 2- أن اللجوء المكثف لأحكام المسؤولية الجزائية لا يجب أن يكون الجواب الطبيعي والمباشر لأي خلل في تسيير المرافق الإدارية، ومن تم يتعين إعتناء بدائل أخرى⁽¹⁾.
- 3- إذا كان تدخل القاضي الجزائي ضرورياً في زمن الأزمة، لمواجهة السلوكات المنحرفة المهددة للمال العام، فإنه في المقابل قوبل بنوع من الريبة والتخوف من طرف الممارسين والمشتريين العموميين رافعين شعار الأمن القانوني L'insécurité juridique، لأن هذا التدخل المتزايد شكل هزة أضعفت سلطتهم وإرادتهم ومراكزهم.
- 4- شكلت ظاهرة التضخم التشريعي في مجال الصفقات العمومية والغموض الذي يكتنف بعض أحكامه التقنية معضلة للممارسين من ناحية التحكم في النصوص الواجب تطبيقها في تسيير هذه العقود والتي يصعب في الكثير منها التمييز بين ما هو واجب وما هو ممكن، وبين ما هو مشروع وغير مشروع، وبين ما هو أساسي وما هو ثانوي.
- 5- إن تنوع وتعدد الجهات القضائية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية، أدى بالمشتري العمومي إلى عدم القدرة على معرفة مدى مشروعية التصرفات التي يقوم بها والتي يمكن أن تخضع لمراقبة وتقييم ثلاثة قضاة مختلفين (القاضي الإداري، القاضي المالي والقاضي الجزائي) دون إغفال جهات المراقبة الأخرى⁽²⁾. علماً بأن الشعور بالأمن القانوني لا يكمن في كثرة الجهات الرقابية بقدر ما يكمن في التخوف من سلطة إنفراد القاضي الجزائي بتكليف التصرفات المخالفة للقوانين دون الأخذ في الإعتبار تكييف القاضي الإداري لها⁽³⁾.
- مما سبق ذكره من عناصر حاولنا رسم خريطة للسياق العام الذي تندرج ضمنه دراستنا لموضوع المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية لإستجلاء ما يميز أحكامها ويكتنف تطبيقها من تعقيد وغموض، ومن ثم ستكون دراستنا لهذه المسؤولية ضمن ثنائية التجريم والحد من التجريم في مجال الصفقات العمومية للوقوف على خصوصية قواعدها الموضوعية والإجرائية، وستشكل ملامح هذه المعادلة معالم طوال مراحل مسار هذا البحث.
- أما من حيث أهمية موضوع الدراسة نقول أنه يتعدى إستيضاح هذه الأهمية دون معرفة علة تخصيص الصفقات العمومية بنظام قانوني خاص بها، وهذه العلة تكمن في الدور الذي تلعبه هذه العقود في حياة الناس من حيث مساسها مباشرة بمصالحهم الجوهرية.

¹ J.CHIRAC, " ouverture colloque du deuxième centenaire du conseil d'Etat, Rev.adm.N°=spécial 3,2000.p.p. 15-16(Ce système ne doit pas être vide de son sens par une pénalisation excessive de la vie publique, il n'est pas sans que la recherche d'une responsabilité pénale soit considérée comme la réponse normale à tout dysfonctionnement).

² Christophe Lajoie, droit des marchés publics, op.cit, p 293.300.

³ Catherine, Prebessy-schnall, op.cit, p 23.

هذا فضلاً عن كونها أداة الدولة في النهوض بدورها لخدمة المجتمع وقناة لإنفاق المال العام كما أن وقوع الجريمة من الموظف العام على المال العام ينم بوضوح عن إنبهار آلة الدولة، وبالتالي إضطراب الخدمة العمومية، ناهيك عن إلا خلال بالثقة التي أولتها الدولة للموظف العام بصفته أميناً على المال العام حامياً له لا أن ينقلب هو المعتدي عليه.

ويقود هذا الإخلال بالثقة بدوره إلى الإضرار بثقة المواطنين في الدولة، كما أن سلوكه هذا يؤدي بالإخلال بقاعدة المساواة بوجه عام، والمساواة بين الموظفين بوجه خاص مما قد يشجع على إنتشار ثقافة الإثراء السريع بدافع التقليد، وما ينتج عن ذلك من أفدح العواقب على المرافق والأموال العامة على حد سواء⁽¹⁾.

وتتجلى أيضاً أهمية موضوع المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية في إرتباطها بعقود يحكمها القانون الإداري، وبالتالي فهي تعكس فلسفته الخاصة القائمة تاريخياً، كما أسلفنا، على الإمتيازات والصلاحيات، وهو مجال لم يألف تدخل القاضي الجزائي. صف إلى ذلك أن تنظيم الصفقات يتضمن قواعد كثيرة ومتنوعة وموزعة بين القانون الإداري والمالي والإقتصادي وغيرها ما يجعل التحكم فيها أمراً ليس بالسهل لغير المتخصص، وخاصة إذا علمنا أن ممارسة الإدارة لوظيفتها تتداخل فيها مجموعة من العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية تتطلب مرونة في تطبيق القواعد القانونية والتنظيمية، ما قد يشكل في النهاية نقطة خلاف بين ضرورات الملائمة من طرف الإدارة وضرورات المشروعية من طرف القاضي الجزائي، وهي معادلة ليس من اليسير تحقيقها من طرف المشرع الجزائي المقيد باحترام متطلبات مبدأ الشرعية وما يتطلبه من دقة ووضوح وصرامة في تحديد نموذج الفعل المجرم، الشيء الذي يصعب تحقيقه في جرائم الصفقات العمومية لإرتباطها بكم كبير من الأحكام التشريعية والتنظيمية خارج القواعد الجزائية.

وحتى إعتداد المشرع في نموذج التجريم على مخالفة المبادئ الثلاثة الكبرى التي تحكم الطلب العمومي وتحديد ما إذا كان الفعل يشكل خطأً جنائياً من عدمه، لم يكن دائماً كافياً لصعوبة التمييز بين الخطأ العمدي وغير العمدي وتحديد طبيعة السلوك الإجرامي فيما إذا كان إخلالاً بمبدأ الحياد أو النزاهة أو عدم الحيطة والحذر.

إضافة إلى أهمية موضوع المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية يمكن أن نوجز الأسباب التي دفعتنا إلى إختيار هذا الموضوع والخوض فيه في طائفتين من الأسباب إحداهما عامة والأخرى خاصة:

أ- أما العامة فتتعلق من الدور الذي تلعبه عقود الصفقات العمومية في حياة الناس من حيث إرتباطها بمصالحهم الحيوية والمعيشية.

¹ يوسف خليفة يوسف، الفساد الإداري والمالي، الأسباب والنتائج وطرق العلاج، مجلة العلوم الإجتماعية، المجلد الثالث، العدد الثاني، مجلس النشر العلمي، الكويت 2002، ص 273-284.

كذلك تفشي ظاهرة التعدي على المال العام، على الرغم من السياسة العقابية المتشددة بخصوص جرائم الأموال العامة عموماً، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل عن أسباب هذه الظاهرة وهل مردها إلى قصور في التشريع وبالتالي يجب التوسع أكثر فأكثر في سياسة التجريم وتشديد العقاب، أم القصور في التنظيم والرقابة؟ أم في كليهما معاً؟

ومن الأسباب العامة التي حذت بنا كذلك لاختيار هذا الموضوع هو ما تتميز به بعض المفاهيم المرتبطة بجرائم الصفقات العمومية من مرونة وعدم ثبات في بعضها وعدم الوضوح في بعضها الآخر، ومن أمثلتها مفهوم المرفق العام، والمال العام، والفساد والموظف العمومي وغيرها، فجميع هذه المفاهيم تحتاج إلى تحديد مدلولاتها بشكل يتفق وينسجم مع ذاتية قانون العقوبات ووصف المشرع الجزائري. ولعل مفهوم الموظف العام في قانون العقوبات أوضح مثلاً إذ أن لهذا المصطلح ثلاثة مفاهيم، الأول في غير جرائم الرشوة والمال العام أو ما يطلق عليه بالمفهوم الإداري أو المفهوم الضيق للموظف العام، والثاني فنجد في جرائم الرشوة وما يلحق بها، أما المفهوم الثالث فنجد في جرائم إختلاس المال العام والغدر وقد يحمل هذا المفهوم معنى خاص في كل جريمة من جرائم الأموال العامة.

ب- أما الأسباب العملية الخاصة لإختيار هذا الموضوع، فتتمثل في الرغبة في المساهمة في البحوث الأكاديمية في هذا المجال نظراً لما يعرفه من ندرة في المراجع والدراسات وما زال بأمس الحاجة إلى جهود الفقهاء وأحكام وإجتهادات القضاء، على الرغم من الحركة التشريعية التي ظهرت مؤخراً والتي تحتاج بدورها إلى تدعيم وتطوير بشكل يتناسب مع هذا القطاع الحساس في حياة الناس والمجتمع.

وكذلك تفعيل أسلوب الوقاية بإعتباره أحد مرتكزات الحماية وإثراءه بإجراءات مبدعة وذكية تستحضر الوازع الديني والخلقي في تراثنا الحضاري الإسلامي، وتتخذ سنداً ومرتكزاً وملهماً لها، خاصة وأن الجزائر تعتمد في حاضرها على عائدات الثروة النفطية وفي مستقبلها على ما ترصده من عائدات تلك الثروة لتنمية إستثماراتها التي تمثل ثروة الأجيال القادمة وعماد مستقبلها عندما ينفذ إحتياطها النفطي.

هذا وستكون دراستنا لموضوع المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية عبر محددات رسمتها معالم الإشكالية الآلية والتي تمحورت حول محاولة معرفة ما مدى خصوصية القواعد الموضوعية والإجرائية لهذه المسؤولية؟ وهل يمكن وصفها بالمسؤولية الخاصة بالنظر لمبادئ المسؤولية الجزائية عموماً وبالنظر أيضاً إلى مظاهرها وتجلياتها؟ ثم إذا سلمنا بخصوصيتها هل يعود ذلك لإرتباطها بقواعد القانون الإداري فقط أم إلى عوامل أخرى ساهمت في تفردتها؟ وما مدى تأثير جدلية التجريم والحد من التجريم في الصفقات العمومية في رسم الملامح العامة لهذه المسؤولية؟ وأخيراً

نتساءل عن فعالية هذه المسؤولية في حماية عقود الصفقات العمومية وفي التصدي وردع الإعتداء على المال العام؟

وللخوض في عناصر هذه الإشكالية تبيننا منهجاً تحليلياً للنظام القانوني لهذه المسؤولية وأساسه سواء تعلق الأمر بتنظيم الصفقات العمومية أو بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وحسبنا أنه المنهج الأنسب للإحاطة بمحطات الإشكالية المطروحة، دون أن يعني ذلك الإستغناء عن باقي المناهج عند اللزوم كالمنهج الوصفي والتاريخي خصوصاً، قصد الإلمام بالعناصر المكونة لهذه الظاهرة الإجتماعية والقانونية.

ولأجل ذلك إعتدنا **الخطوة التالية** والتي شملت على:

مقدمة مطولة حاولنا فيها تحديد عناصر السياق العام لهذه المسؤولية والذي تختصره حركة التجريم وعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية، وهي جدلية ناتجة عن خصوصية الفضاء الذي تطبق فيه هذه المسؤولية وهو القانون العام مجسداً في القانون الإداري *sphère administrative* الذي يشكل تنظيم الصفقات العمومية أحد فروعها.

وعلى ضوء ذلك تناولنا في **الباب الأول** من دراستنا طبيعة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، من حيث تحديد مفهومها وطبيعة المصالح التي ترمي إلى حمايتها إنتهاءً بمحدداتها والإشكالات التي تطرحها.

أما **الباب الثاني** فخصصناه إلى مظاهر وتجليات هذه المسؤولية من خلال تحليل كل من قواعدها الموضوعية المجسدة لصور التعدي في عقود الصفقات العمومية، ومن ثم على نزاهة الوظيفة العمومية، وأهمها جريمة منح إمتيازات غير مبررة (المحاباة) وكذلك الرشوة في الصفقات العمومية، بالإضافة إلى قواعدها الإجرائية الملائمة لمتابعة ومعاقبة مرتكبي تلك الجرائم.

الباب الأول: طبيعة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

يستند تحديد طبيعة أي نظام للمسؤولية إلى معرفة وتفحص الهيكل العام للبناء القانوني للقواعد الموضوعية والإجرائية لهذه المسؤولية، والوقوف على خصوصيتها وما يميزها عن غيرها من القواعد، وكذلك على ما يحيط بها من عوامل ومؤثرات مباشرة وغير مباشرة قد يكون لها دور في رسم شكلها وحدودها.

ولإستيضاح طبيعة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية موضوع دراستنا، من المفيد إستحضار وبشكل مستمر خلال مختلف مراحل هذه الدراسة مجموعة من المعالم والإشارات المحددة للبيئة والسياق العام اللذان تفعّل في إطارهما القواعد الموضوعية والإجرائية لهذه المسؤولية، ونذكر منها أولاً: ما تعلق بإرتباطها بعقود تخضع في نظامها القانوني إلى قواعد القانون الإداري، وما تتميز به من طبيعة خاصة، جعلت من المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية مركز إستقطاب بين الإدارة والقضاء الجزائي، تتجاذبه ضرورات الحماية الجزائية لهذه العقود وما تمثله كأهم وسيلة لإنفاق المال العام من جهة، ومقتضيات المرونة التي يتطلبها أداء الوظيفة الإدارية في إنجازها للخدمة العمومية وضمان المصلحة العامة من جهة أخرى. وثانياً ما تعلق منها بجذلية التجريم والحد من التجريم في آن واحد في مجال الصفقات العمومية حيث تبقى دائماً حاضرة. وثالثاً ما أرتبط منها بكيفية التوفيق بين مبدأ المشروعية من جانب ومبدأ الملائمة من جانب آخر في تصرفات الإدارة بشكل يحقق المعادلة الصعبة التي تضمن الردع وتحقق الأمن القانوني للممارسين في نفس الوقت.

وعليه سنحاول التطرق لتحديد طبيعة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية من خلال محاولة التوقف عند ماهية هذه المسؤولية تعريفاً وإطاراً قانونياً وأهم المصالح محل الحماية فيها (فصل أول) ثم نتعرض لبعض الإشكالات والصعوبات التي تواجهها سواء ما اتصل بخصوصية العقد الإداري أو بتطبيق بعض المبادئ العامة للمسؤولية الجزائية أو بصلتها ببعض الوضعيات الخاصة في (فصل ثاني).

الفصل الأول: ماهية المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

إن مسار البحث عن طبيعة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، كظاهرة برزت حديثاً، يستدعي الإحاطة بمجموعة من العناصر والوقوف عند أكثر من محطة لرسم معالمها ومعرفة خصوصية قواعدها الموضوعية والإجرائية التي تحكمها. ولعل البداية تكون بمحاولة إستيضاح مفهوم هذه المسؤولية بشكل عام لمعرفة مدلولها في (مبحث أول) ثم إستعراض أهم أحكام النظام القانوني الذي يحكمها في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

ونتداول بالدراسة تحت هذا العنوان تعريف هذه المسؤولية وتحديد مجالاتها أولاً وخصائصها ثانياً ثم نحاول توضيح مدلول بعض المصطلحات ذات الصلة بجدلية أو إشكالية التجريم والحد من التجريم في مجال الصفقات العمومية ثالثاً.

المطلب الأول: تعريف المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

أ- من الناحية اللغوية يقصد بالمسؤولية، بوجه عام، حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعاته، وتطلق أخلاقياً على إلزام الشخص بما يصدر عنه قولاً وعملاً، وتطلق قانوناً على الإلتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً للقانون⁽¹⁾.

وأما المسؤولية الجزائية بمفهومها العام، ورغم أنها تمثل أحد النظريات الأساسية في قانون العقوبات، فقد أغفل المشرع تعريفها واكتفى بالإشارة إلى بعض معالمها خاصة ما يتعلق منها بموانع المسؤولية، دون معالجة شروطها⁽²⁾. ومن ثم أوكل المهمة إلى الفقه والقضاء⁽³⁾ اللذان خصها بتعريفات متعددة تربطها قواعد مشتركة رغم إختلاف الرؤى. فقد إعتبرها بعض الفقه بأنها إستحقاق مرتكب الجريمة للعقوبة المقررة لها، وتتعلق هذه المسؤولية بفاعل أخل بما خوطب به من تكليف جنائي، فحقت عليه العقوبة المقررة لهذا التكليف⁽⁴⁾.

¹المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة 1993، ص 299.

²محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، طبعة أولى بدون دار النشر سنة 2007، ص9.

³في فرنسا لم تعرف محكمة النقض المسؤولية الجزائية صراحة وإنما تعرضت لها من خلال المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية المادية (المسؤولية المفترضة). وأساس المسؤولية في الجرائم العمدية وغير العمدية. (أنظر في هذا الخصوص محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص 13).

⁴Garraud, précis du droit criminel, 13 éd, N°= 76, p.181

وعرفها آخرون على أنها واجب مفروض على شخص بالإجابة على نتائج فعله الإجرامي من خضوع للعقوبة المقررة قانوناً⁽¹⁾، أو أنها في جوهرها إلتزام شخص بالخضوع لشيء أو إلتزامه به ضد إرادته⁽²⁾، وعرفها الفقه الإسلامي بأنها تحمل التبعة⁽³⁾ أو بالأحرى أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المجرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها⁽⁴⁾.

ب- وأما في مجال الصفقات العمومية فيمكن النظر إليها من خلال القواعد الموضوعية للتجريم والعقاب على أنها جريمة تتطلب خضوع مرتكبها إلى عقوبة حبسية، وأنها تعبر عن مواكبة ومسايرة تطور المجتمع لحقيقة إجتماعية وإنسانية⁽⁵⁾.

هذه الحقيقة التي جاءت كإستجابة من قبل المشرع إلى تطلعات ورغبات المواطنين، وترجمتها الحركة التشريعية لتخليق الحياة الإقتصادية والمالية في نهاية الثمانينات، والتي ظهرت في سياق أزمة الثقة والشبهات التي طالت النخب التي تولت تسيير الشأن العام، وترافقت مع ضغوطات من طرف الرأي العام للمطالبة بضرورة المساواة أمام القانون بالنسبة للجميع بما فيهم الأقوياء، ومحاربة كل أشكال الإعتداء على المال العام، في مجال الصفقات العمومية.

ونظراً للطابع المتطور بإستمرار لقواعد التجريم والعقاب في مجال الصفقات العمومية، لم يكن من اليسير تحديد تعريف دقيق ونهائي لهكذا مسؤولية جزائية، وإن كان الفقهاء حاولوا جاهدين وضع إطار عام لتوضيح مفهومها ومدلولها، ويمكن إيجازه في النقاط التالية:

1- في هذه المسؤولية هناك بعض الجرائم العمدية كجحة الحصول على إمتيازات بطريقة غير مشروعة والرشوة السلبية وإستغلال النفوذ، لا تطبق إلا على فئة معينة من الأشخاص والذين تتوفر فيهم صفة الموظف العمومي، هذه الخصوصية فرضت على القاضي الجزائي معاملتهم بطريقة خاصة بسبب إعتبرات الوظيفة العامة التي يمارسونها والتي تفرض عليهم الإحترام والإنضباط لقواعد الأخلاق المهنية أكثر من غيرهم من الأشخاص. علماً أن قواعد التجريم في هذه المسؤولية يمكن كذلك أن تتخذ إما شكل جرائم عمدية أو جرائم غير عمدية⁽⁶⁾.

¹Stefani (G) Levasseur (G) et Bouloc (B) , droit pénal Général 16 éd .1997 N°= 368, p.150.

² محمد كمال إمام، المسؤولية الجنائية: أساسها وتطورها، دراسة مقارنة بين القانون الوظيفي والشريعة الإسلامية، دار البحوث العلمية الكويت، طبعة 1983، ص 107.

³ عوض محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1996، ص 415.

⁴ الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القسم العام الجزء الأول، الجريمة، مكتبة الإنجلو مصرية بدون تاريخ، ص 114.

⁵Catherine prebissy-schnall, op.cit, p12.(La pénalisation invoque la punition par une peine d'emprisonnement, Elle correspond à une évolution de la société, à une réalité sociale humaine).

⁶ Idem, op.cit, p.13.

2- ينظر لقواعد هذه المسؤولية على أنها وسيلة فعالة عند تحديد الطرف المذنب إستناداً إلى مبدأ فردية المسؤولية الجزائية، وهذه فعالية لا نجدها في القضاء الإداري الذي عادة ما يميل إلى توفير

الحماية للعون العمومي كما هو الحال عندما يلجأ إلى التوسيع في مجال الخطأ المرفقي على حساب الخطأ الشخصي، أو في حالة تداخل المسؤوليات، أوفي حالة عدم تفعيل دعوى الرجوع L'action récursoire وبالتالي تحميل الإدارة عبء المسؤولية المالية.

ضف إلى ذلك أن الخصومة في المسؤولية الجزائية عموماً عادة ما تكون مصدر إطمئنان لأنها تحدد الفاعل من خلال إتباع إجراءات قضائية واضحة يميزها طابع الشفوية، عكس الخصومة الإدارية التي تعتمد في إجراءاتها على الكتابة بشكل كامل، كما أن النتائج العملية تبرز بسرعة في الخصومة الجزائية (كالتحقيق، التوقيف وغيرها) منه في الخصومة الإدارية، وبذلك فالإجراءات الجزائية تعتبر الأكثر جاذبية بفعل سهولة وسرعة الدخول إليها، من إجراءات الخصومة الإدارية⁽¹⁾.

3- يرى بعض الفقهاء أن المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية تعتبر تدخلاً من القاضي الجزائي في تسيير الشأن العام، وشكلت بذلك أحد أهم الظواهر المميزة التي أثرت في القانون الإداري في السنوات الأخيرة⁽²⁾، وأحدثت ديناميكية وحركية جديدة كنتيجة للتشديد في العقاب لمواجهة جرائم الفساد قصد ضمان الإستعمال الأمثل للمال العام وتخليق قطاع الشراء العمومي⁽³⁾.

4- وينظر إليها آخرون على أنها بمثابة مفهوم جديد في السياسة العقابية notion Nouvelle يعبر ويؤكد من خلاله على أن القاضي الجزائي أصبح مختصاً في معاقبة، عن طريق الحبس أو الغرامة، كل من يقدم أو يحاول تقديم إمتيازات غير مبررة للغير مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الهادفة إلى ضمان حرية الدخول إلى الصفقات العمومية، والمساواة بين المرشحين.

5- إن قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية لا تهدف إلى تسليط العقوبة الجزائية كبديل للعقوبة الإدارية، أي إحلال العقوبة الجزائية بدلاً من العقوبة الإدارية عند عرقلة أو مخالفة الأحكام المتعلقة بالشفافية وضمن المنافسة النزيهة ف إبرام عقود الصفقات العمومية، ذلك لأن حركة التجريم والعقاب جاءت لتخليق الحياة العامة وهي مسألة موضوع Mouvement de Fond لا ترتبط إلا جزئياً بوضعية النصوص الجزائية كما يرى الفقيه (J.B.Auby)⁽⁴⁾.

¹Catherine prebissy-schnall, op.cit, p 14.

²J.B .Auby , " Le mouvement de pénalisation de l'action publique" dr.adm.Janv 1997, p 3.

³ M.A.FRISON-ROCHE, les enjeux de la pénalisation de la vie économique, DALLOZ, 1997, p.17.

⁴Catherine prebissy-schnall, op.cit, p15 (la pénalisation de la vie publique est un mouvement de fond, qui n'est que partiellement lié a l'état des textes pénaux).

6- كما لا ينبغي أن يصور مفهوم المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية على أنها توسيع وإمتداد للضمانات التي يوفرها القانون الجزائي لتشمل جزاءات أخرى كالعقوبات الإدارية، ومرد ذلك أن القاضي الجزائي لا يحتكر مهمة العقاب لوحده، ولا يجب الخلط بين القانون الجنائي Droit pénal والقانون العقابي Droit répressif كما تؤكد ذلك تلك الإجراءات الإدارية ذات الطابع

العقابي Sanctions administratives punitives التي يفرضها مثلاً مجلس المحاسبة أو سلطة الضبط في بعض القطاعات⁽¹⁾ أو مجلس المنافسة. إضافة إلى أن هدف العقوبة الجزائية ليس دائماً عقابي، بحيث يمكن أن يكون لها دور ردي يساهم في الوقاية من ارتكاب الجريمة.

7- وأخيراً يمكن أن تشكل قواعد هذه المسؤولية الجزائية حلقة في مسار التقريب بين كل من القاضي الجزائي والقاضي المالي في إطار المساهمة في التصدي لأشكال التعدي على المال العام. فمثلاً قضاة مجلس المحاسبة بالرغم من أنهم لا يشكلون شرطة قضائية متخصصة في مجال التسيير العمومي، إلا أن مراقبة التسيير التي يقومون بها للتأكد من الإستعمال الصحيح والشرعي للمال العام، وما ينتج عنه من إعلان للتوصيات وإشهار نتائج المراقبة، يمكن أن يشكل في حد ذاته صورة من صور العقاب في مجال الصفقات العمومية.

مما سبق ذكره نخلص إلى القول أن ظاهرة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية ذات طبيعة مرنة ومتطورة بشكل مستمر، ما جعل تحديد مفهومها ليس بالأمر اليسير وجعلها تتخذ عدة أشكال وصور، وهو ما انعكس إختلافاً في الرؤى والزوايا التي نُظر إليها من طرف الفقهاء.

المطلب الثاني: خصائص المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

في سياق محاولتنا لتحديد مفهوم هذه المسؤولية الجزائية، تشكل معرفة الخصائص التي تميزها عنصراً مساعداً للوصول لهذه الغاية من ناحية، كما تساهم في إبراز أهميتها في مجال تكريس حماية عقود الصفقات العمومية لجهة ردة أي عبث بالمال العام من ناحية أخرى، ونستطيع أن نجمل هذه الخصائص في الآتي:

الفرع الأول: قواعد المسؤولية الجزائية كنظام لحماية الصفقات العمومية.

قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية موضوعية كانت أو إجرائية، تعتبر بمثابة نظام حماية للصفقات العمومية بالنظر إلى مجموعة من الإعتبارات: منها ما هو مرتبط بعجز أجهزة الرقابة المختلفة في توفير الحماية اللازمة لهذه العقود مع إستمرار الخروقات التي تتعرض لها، ولأنها رقابة شكلية تهتم فقط بالتأكد من إحترام الإجراءات الشكلية المطلوبة في إنجاز هذه العقود المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، في حين أن المشكل الأساسي في مجال الشراء

¹ ومثال ذلك الجزاءات التي تفرضها لجنة عمليات البورصة مثلاً (La COB (commission des opérations de bourse)

العمومي يكمن في أنك قد تجد عقداً يحترم كل الإجراءات الشكلية اللازمة لإبرامه، وفي الجوهر يكون سبب إبرامه ناتج عن سلوك إجرامي سابق لإعلان المناقصة مثلاً كأعطاء أو تسريب معلومات تكون نتيجتها الحصول على الصفقة. ومنها ما هو مرتبط بمحاربة كل طرق وأساليب المساس بالمال العام ومواجهتها من أجل تأمين النشاط في هذا القطاع، بحيث سعى المشرع إلى وضع تحت تصرف القاضي الجزائي مجموعة من الميكانيزمات تخوله معاقبة السلوكات المنحرفة المؤدية إلى منح الصفقة

العمومية بطريقة غير مشروعة، وأصبح بإمكانه معاقبة أفعال كعدم إحترام واجب النزاهة والحياد والحدز(1).

الفرع الثاني: ظهور مفهوم خاص للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

من خصائصها كذلك أن قواعد التجريم والعقاب أبرزت مفهوماً خاصاً للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية من سماته أولاً: إستقلالية القاضي الجزائي، بحيث لا يلتزم في تصديه لجرائم الصفقات بالتفسيرات والتأويلات التي يصدرها القاضي الإداري متى كان مصير الدعوى العمومية وحلها مرتبط بها. وثانياً: أن القاضي الجزائي يتمتع بكامل الصلاحية Plénitude في تكييف الوقائع المتعلقة بالصفقة موضوع المتابعة دون الرجوع إلى القاضي الإداري(2).

وإذا كان الحال كذلك، فإنه يتعين على القاضي الجزائي التحكم في نظام الصفقات العمومية والمعرفة الدقيقة للواقع العملي في الممارسة الفعلية في هذا القطاع التقني والمعقد، رغم أنه يمثل المجال الأصيل والطبيعي للقاضي الإداري لأنه الأقدر على تحديد ومعرفة طبيعة التصرفات المخلة بأحكام تنظيم هذه العقود الإدارية، خاصة تلك المتعلقة بالحد من حرية الدخول للصفقات العمومية والمساواة بين المرشحين والمنافسة الشريفة.

وقد فسر الفقه والقضاء سلطات القاضي الجزائي في مجال الصفقات العمومية إستناداً لفكرة التوسيع في صلاحيات القضاء الجزائي ومنحه صلاحية القضاء الكامل، طبقاً للمقولة الشائعة أن " القاضي الذي ينظر الدعوى موضوع الواقعة هو نفسه القاضي الذي ينظر الإستثناءات المتصلة بهذه الدعوى" Le juge de l'action c'est le juge de l'exception. ومن أجل تمكين القاضي الجزائي من لعب دوره كاملاً كحارس لمبدأ تخليق قطاع الصفقات العمومية، كان ضرورياً إزالة كل العراقيل الإجرائية التي من شأنها تأخير أو عرقلة تطبيق العقوبة، ومنحه سلطات واسعة في مراقبة التصرفات الإدارية. ولما كانت هذه الرقابة مقتصرة من حيث الموضوع على تفسير وتقييم ما مدى مشروعية التصرفات الإدارية الإنفرادية دون أن تشمل العقود الإدارية، فقد إبتدع المشرع طريقة إستعمل فيها ما سمي بنظرية التصرفات القابلة للانفصال actes détachables لئلا يتسنى من خلالها للقاضي الجزائي مراقبة مشروعية الإجراءات المتصلة بإبرام عقود الصفقات العمومية(3).

¹Catherine prebissy.schnall, op.cit, p 30.

²S.BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ, paris 1974, p 281.

³ Catherine prebissy-schnall, op.cit, p246.

الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية كداعم لمنظومة الرقابة الإدارية والمالية.

تمثل الصفقات العمومية بحكم طبيعتها المتنوعة والمتعددة الأبعاد نقطة تقاطع وتداخل لعدة ميادين يلعب فيها القانون دور أساسي في ضمان حسن تسييرها، وتخضع كذلك لرقابة قضائية شاملة ومختلفة. وكان لإنتشار ظاهرة الفساد في هذه العقود أثره في تعقيد نظامها القانوني ومنظومتها الرقابية على حد سواء.

ان تجريم الصفقات العمومية جعل من المشتريين العموميين في حالة وجود نزاع، يواجهون ثلاث جهات قضائية مختلفة: أولاً القاضي الإداري وتدخله من أجل ضمان شفافية الإجراءات والإختيارات التي تتبناها المصلحة المتعاقدة، وثانياً القاضي المالي لحماية إستعمال المال العام وضمان فعالية ونجاح إستعمال النفقات العمومية، وثالثاً القاضي الجزائي بهدف حماية تخليق الحياة العامة وتسيير الشأن العام.

وقد ساهم تعدد الجهات القضائية إلى جانب النظام القانوني المعقد والمتضخم لهذه العقود في ظهور مسألة اللأمن القانوني أو ما يمكن تسميته (بفوبيا اللأمن القانوني Phobie d'insécurité juridique) التي أصبحت هاجساً يأرق المشتريين العموميين، وآثاره بدت واضحة في تسيير المرافق العامة، ما جعل الأصوات ترتفع لإيجاد حل لهذه المعضلة وياتت مطلباً أساسياً للمسيرين العموميين في كل المناسبات.

وفي مواجهة هذه المعضلة كان على المشرع التحرك لتطوير أحكام النظام القانوني للصفقات العمومية وجعله أكثر مرونة وإستقراراً ووضوحاً، ويتيح للقاضي المساهمة بإعطاءه دور في تفسير وتحديد القانون الواجب التطبيق. وفي سبيل تحقيق هذه الغاية إعتد المشرع على تطوير بعض البدائل لتفادي اللجوء المكثف للقضاء الجزائي كإجراء المصالحة في تسوية النزاعات والوساطة والتحكيم، مع الملاحظة أن هذه الإجراءات لا تستعمل دائماً كبديل عن اللجوء للقاضي الجزائي كونها تستعمل عادة لتسوية النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية وليس بإجراءات إيرامها⁽¹⁾.

¹ Catherine prebissy-schnall, op.cit ,p246.

إضافة إلى إتخاذ بعض التدابير الوقائية لتوفير الأمن القانوني للممارسين يمكن أن نذكر منها:

- تدعيم أجهزة الرقابة الإدارية والمالية.

- جعل تدخل القاضي الإداري والمالي كقضاء مجلس المحاسبة يندرج ضمن منظومة رقابية

وقائية لتحاشي الإنحرافات الخطيرة التي تستدعي تدخل القاضي الجزائي.

- تحديد النشاطات غير المشروعة قدر الإمكان والعمل على منعها، حتى تتمكن المصلحة

المتعاقدة فعلاً وبوضوح من معرفة ما هو ممنوع وما مباح وما هو مسموح به وما هو مقبول وما هو مقبول أحياناً وما هو مرفوض دائماً وهكذا.....⁽¹⁾.

- الإعلان عن التحذيرات وتوجيه الإعذارات اللازمة في الوقت المناسب لتفادي تحويل النزاع

إلى القاضي الجزائي.

خلاصة القول من خلال جملة الخصائص الأساسية هذه، هو أن المسؤولية الجزائية في مجال

الصفقات العمومية يجب أن ينظر لها كعنصر داعم لأنظمة الرقابة المختلفة وليس كأسلوب بديل عنها

ويحل محلها في فض النزاعات المرتبطة ب عقود الصفقات العمومية، ذلك لأنها تمثل عامل ردع لحمل

المصالح العمومية المعنية على إحترام تنظيم الصفقات وجعل تسيير الخدمة العمومية أكثر فعالية وشفافية.

المطلب الثالث: إشكالية المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

تأتي هذه الإشكالية في سياق التطور الذي عرفته السياسة الجنائية عقب الحرب العالمية الثانية

وما شهدته من تغييرات في نظرتها إلى القانون الجزائي. فإن كان حقاً أن الجريمة هي مخالفة لقاعدة

قانونية جنائية أو مضمونها ضرراً أو خطراً إجتماعي، فإنه لا يقبل أن يظل مقراً لهذا السلوك غير

المشروع نفس القاعدة الجنائية دائماً إذا لم يعد يشكل ضرراً أو خطراً إجتماعياً، ولهذا إتجه الفقه

الحديث⁽²⁾ إلى إعتبار القانون الجزائي هو الوسيلة الأخيرة L'ultima ratio وليس الوسيلة الوحيدة.

¹G.A.GALLON, le service de la répression des fraudes et du contrôle de la qualité, thèse paris XI, 1973, p.330. cité dans Catherine prebissy-schnall, op.cit; p.352.

² وهو موضوع ما زال مركز نقاش الفقه الجنائي في إطار التحولات التي تعرفها السياسة الجنائية تماشياً مع التغيرات التي تشهدها المجتمعات على مختلف الصعد وعبر عنها الفقيه ليفاسور في كتابه بقوله.

G. Levasseur, le problème de la dépénalisation, A.r.c .pol. crim 1983,N°=6, p.56., " Nous commençons ici une série de barbarismes entre lesquels les juristes de tous les pays se débattent depuis deux décennies".

وعلى الرغم من حداثة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، التي برزت مع حركة

التجريم La pénalisation حيث هي الأخرى ما زالت في بدايتها، كحاجة ضرورية لحماية أداة

الصفات العمومية الموضوعية بيد الإدارة لإنفاق المال العام بهدف تجسيد طموحات المواطنين في الحصول على خدمة عمومية متطورة وتحقيق المصلحة العامة، إلا أن رياح هذا التطور تبدو قد أصابتها من خلال ما بدأ يبرز من مفاهيم حديثة أصبح لها مكانها في دراسة هذه المسؤولية تارة بداعي اللأمن القانوني وتارة أخرى بداعي الحفاظ على إمتيازات السلطة العمومية التي يمنحها القانون الإداري لضمان القدرة والمرونة في نشاط الإدارة لإضطلاعها بالوظيفة العامة. ويتلخص هذا التطور من خلال ظهور ثلاثة مفاهيم مازالت لم تتضح مضامينها ومعالمها بالشكل الكافي، وأولها مفهوم الحد من التجريم La décriminalisation وثانيها التحول عن الإجراء الجنائي La déjudiciarisation وثالثهما الحد من العقاب La dépénalisation .

الفرع الأول: الحد من التجريم La décriminalisation

انتشر عقب الحرب العالمية الثانية إتجاه فقهي جنائي يدعو إلى التخفيف من صرامة القانون الجزائي بشكل يتناسب مع المتغيرات الإقتصادية والإجتماعية والثقافية التي شهدتها المجتمعات، وكانت بداية مظاهره ظهور فكرة الظروف المخففة من شدة العقوبة، خاصة تلك السالبة للحرية طويلة المدة وكذلك بدائل الحبس قصير المدة، ومن الفقهاء من إعتبر ظاهرة الحد من التجريم إحدى تطبيقات نظرية الظروف المخففة. وقد شهدت عملية تحديد مفهوم مصطلح الحد من التجريم نقاشاً فقهيّاً كبيراً وتعددت آراء الفقهاء بحسب إختلاف الرؤى من هذه الظاهرة. فيرى الفقيه G.LECLERQ في ظاهرة الحد من التجريم إلغاءً كلياً للتجريم ويؤدي هذا الإلغاء بالتالي إلى إلغاء العقوبة بمعنى أن كل حد من التجريم يعد حداً من العقاب⁽¹⁾ . Toute décriminalisation est une dépénalisation . وقد تبنى هذا الرأي ودافع عنه الأستاذ Van de KERCHOVE قائلاً " أن رأى LECLERQ يتماشى ووجهة النظر اللغوية حيث أن عبارة "Dé" التي تسبق مصطلح Criminalisation توحي بوجود إنسحاب نسبي أو مطلق مرتبط بالمصطلح بجريمة "crime" وليس مرتبط بوجود خطأ أو أي شكل من أشكال الإنحراف ويبدو عنده أن الحد من التجريم وإن كان سيؤدي إلى إلغاء صفة التجريم عن سلوك معين، فهذا لا يعني مشروعية ذلك السلوك Comportement décriminalisé الذي سيظل غير مشروع من ناحية حاجته الدائمة إلى رد فعل إجتماعي غير رد الفعل الجنائي⁽²⁾ .

¹M.J.LECLERCQ, variation sur le thème pénalisation dépénalisation, Revue .dr. pén .crim.1978, p.807.

² أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري ، ظاهرة الحد من العقاب ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، سنة 1996، ص، 60.

وضمن نفس الإتجاه ترى اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية أن الحد من التجريم قد يكون حداً قانونياً أو فعلياً. أما الحد من التجريم القانوني La décriminalisation de jure فيتمثل في سحب إختصاص النظام الجنائي بفرض جزاءات لبعض أشكال السلوك بواسطة عمل تشريعي يتضمن الإعتراف الكامل والقانوني والإجتماعي بمشروعية السلوك، كما حدث بخصوص إلغاء بعض جرائم

الأخلاق من زنا وإجهاض وإنحراف جنسي في بعض الدول الأوروبية، أما الحد من التجريم الفعلي *décriminalisation de facto* فيتمثل في التخفيض التدريجي لرد فعل نظام العدالة الجنائية في مواجهة بعض السلوكيات أو بعض المواقف دون أن يطرأ تغيير على الإختصاص الأصلي للنظام الجنائي، ويكون ذلك في بعض الجرائم التي تخلو من مجني عليه *Sans victime* مثل الجرائم الإقتصادية وجرائم المرور وهي جرائم نتاج التطورات الحديثة⁽¹⁾.

- كما ساير الفقيه LEVASSEUR رأي اللجنة الأوروبية معتبراً أن الحد من التجريم يتكون من وقف تجريم سلوك ما كلياً فلا يخضع الفعل لجزاء جنائي ويصبح مباحاً ماعدا ما يرتبط بالمسؤولية المدنية أو التجارية أو الإدارية، وهذا النوع من الحد من التجريم لا يمس إلا الأفعال التي لا تشكل مساساً أو إعتداء على القيم الأساسية، ويكمن الحد من التجريم حسبه في بقاء تجريم سلوك ولكن يتقرر له بدائل أخرى غير عقوبة الحبس قصير المدة.

وذهب الفقيه J.PRADEL إلى أن الحد من التجريم هو إختفاء قانون العقوبات حيث لا نخرج السلوك المجرم عن دائرة القانون الجنائي، فحسب بل من دائرة القانون ككل، ويصبح كلية مشروع (ويفترض ذلك إلغاء النص الجنائي) أو ينصب على صرامة النظام الجنائي وتتوقف ملاحقة هذا الفعل جنائياً⁽²⁾. وفي نفس الخط سارت الأستاذة DELMAS-MARTY إلى أن الحد من التجريم هو الإعتراف القانوني والإجتماعي لسلوك كان مجرماً⁽³⁾.

وإجمالاً لما ذهب إليه هذا الإتجاه نستطيع القول أنه لم يتناول فكرة التخلي تماماً عن النظام الجنائي لصالح نظام قانون آخر كالقانون الإداري مثلاً، وعليه يمكن تحديد مدلول ظاهرة الحد من التجريم حسب هذا الإتجاه على أنها إلغاء للتجريم ورفع صفة التجريم عن سلوك معين، وبالتالي الإعتراف بمشروعية هذا السلوك من الناحية القانونية أو وقف تجريم سلوك معين وفقاً كلياً على نحو لا يخضع معه لأي نوع من أنواع الجزاءات القانونية⁽⁴⁾.

¹ أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 63.62.

² J.PRADEL, droit pénal, tome 1, introduction générale au droit pénal, 8^{ed} = cujas, paris, 1992n°=10, p25.

³ M. Delmas- marty, modèles et mouvements de politique criminelle, paris,1983, p.160.

⁴ أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 39.

الفرع الثاني: الحد من العقاب *Dépénalisation*

تجدر الإشارة إلى أن تحديد مفهوم مصطلح الحد من العقاب يندرج ضمن نفس النقاش الفقهي الذي عرفه مصطلح الحد من التجريم، حيث جاءت محاولة من الفقهاء لإيجاد أوجه التمييز بين المصطلحين المتداخلين والمتشابهين وتحديد مدلولهما في إطار القانون الجنائي.

فبالنسبة لظاهرة الحد من العقاب فهي الأخرى كانت محل وجهات نظر مختلفة، وبشأنها رأى الفقيه LECLERCQ أن هذا المصطلح *Dépénalisation* يعني إنسحاب مطلق أو نسبي مرتبط بالعقوبة وليس بالجريمة كما في الحد من التجريم. فلا يعد حداً من العقاب تقرير جزاء بديل من طبيعة مختلفة لسلوك طبق عليه بالفعل الحد من العقاب. ووسع الفقيه KERCHOVE في نظام الحد من العقاب من خلال ما أسماه بفكرة الحد من العقاب النسبي ومؤداها أن كل شكل من أشكال التخفيض داخل النظام الجنائي كإستبدال عقوبة الجنايات بعقوبة الجرح والأخيرة بعقوبات بوليسية يعد حد من العقاب⁽¹⁾. أما اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية فيعتبر عندها حداً للعقاب، كل أشكال التخفيض في النظام الجنائي وكل الحالات التي تحل فيها عقوبات أقل صرامة وأخف أثراً محل العقوبة السالبة للحرية كالغرامة والوضع تحت الرقابة، ويأتي رأي الفقيه LEVASSEUR قريباً من إتجاه اللجنة الأوروبية، رغم ما ميز موقف من تداخل بين مصطلح الحد من التجريم *Décriminalisation* والحد من العقاب *Dépénalisation* فما يعتبره حداً من العقاب يعود ليعده حداً من التجريم خاصة عندما يرى أن الحد من التجريم يتمثل في بقاء تجريم سلوك معين ولكن يتقرر له بدائل أخرى غير عقوبة الحبس قصير المدة، وهو ما يمكن اعتباره نوع من الحد من العقاب⁽²⁾.

الفرع الثالث: التحول عن الإجراء الجنائي *Déjudiciarisation*

وهي فكرة مستقلة ولها طبيعتها الخاصة تميزها عن كل من ظاهرتي الحد من التجريم والحد من العقاب، ومع ذلك نحاول التوقف عند مدلولها بسبب التشابه بينها وبين ظاهرة الحد من العقاب وكلها مصطلحات حديثة بحاجة إلى توضيح أكثر لمفاهيمها. فمن حيث التعريف يقصد بالتحول عن الإجراء الجنائي إعتقاد كل وسيلة يستبعد بها الإجراء الجنائي العادي وتتوقف بها المتابعة الجزائية، وذلك لتجنب صدور حكم بالإدانة، حيث يخضع المذنب وبموافقته لبرنامج جنائي يساعده إما على الإندماج في المجتمع أو يحل النزاع الذي كان سبباً لجريمته.

¹Van de KERCHOVE, *Médicalisation et Fiscalisation du droit pénal Deux versions asymétriques de la pénalisation, déviance et société*, Genève, 1981, vol. 5 N1, p.23.

²أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 23-24.

بمعنى آخر يجنبه الخضوع لجزاء جنائي وذلك كعرض الأمر للصلح أو التحكيم⁽¹⁾ أو التوفيق⁽²⁾

مما يجعلها تتشابه مع ظاهرة الحد من العقاب من ناحيتين:

من جهة أن كلاهما تعالجان فعلاً مخالفاً وغير مشروع قانوناً يستوجب رد فعل معين، وهو ما يميزها عن ظاهرة الحد من التجريم، ومن جهة أخرى هدفهما في كل الأحوال تجنب مرتكب الفعل المخالف للجزاء الجنائي.

ومع ذلك فيختلفان من حيث طبيعة عدم مشروعية الفعل، ففي ظاهرة الحد من العقاب يرفع عن الفعل صفة الجريمة ويصبح مشروعاً من الناحية الجنائية، ومع ذلك يظل غير مشروع في نظر قانون آخر كقانون العقوبات الإدارية، أما ظاهرة التحول عن الإجراء الجنائي فيظل الفعل مجرمًا جنائياً ولكن يبحث له عن رد غير جنائي دون المساس بطبيعته الجنائية⁽³⁾. وللقاضي دور كبير وسلطة في تقدير الوسائل المناسبة لتجنيب المخالف رد الفعل الجزائي بشروط معينة يحددها القانون.

ورغم المزايا التي تتمتع بها ظاهرة التحول عن الإجراء الجنائي، ولعل أهمها أنها تساعد في تخفيف العبء على الجهاز القضائي مما يتيح له التفرغ للقضايا الهامة التي لا بديل عن فضها بالإجراءات الجزائية المعتادة، وكذلك تسمح بحل النزاع بعيداً عن الجزاءات الجنائية وآثارها السلبية وأهمها وصمة الإجرام التي تلحق بالمحكوم عليه، فقد وجهت لها إنتقادات منها خضوعها للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي الجزائي، بالإضافة إلى أنها ظاهرة لم تتضح ملامحها ومعالمها بصورة جلية في الفقه الجنائي وان كانت لها تطبيقات محدودة في بعض البلدان كالولايات المتحدة وكندا. وكخلاصة لما تناولنا في هذا المطلب نتوقف عند بعض النقاط ذات الصلة بموضوع المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية حسب الآتي:

- بالنسبة لظاهرة التحول عن الإجراء الجنائي فلها أحكامها وذاتيتها المستقلة وما زال يكتنف مفهومها غموض كبير، ولذلك سيكون التركيز فقط على الظاهرتين الأخيرتين لعلاقتهما بجذلية التجريم وعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية.

¹M. Delmas-Marty, commentaire sur les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit pénal et le droit administratif, XI^{ème} congrès international du droit pénal 1989.Revue .Int dr.pen. p.2.

²Van de KERCHOVE, Médicalisation et Fiscalisation du droit pénal Deux versions asymétriques de la pénalisation, op.cit, p1-23.

³أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 51.

من خلال النقاش الفقهي الذي تم عرضه بخصوص ظاهرتي الحد من التجريم والحد من العقاب يمكن حصر تجلياتهما في الصور الآتية:

- 1- إلغاء التجريم والإعتراف بمشروعية سلوك معين.
- 2- الإبقاء على تجريم الفعل جنائياً مع تخفيض أو تخفيف العقاب.
- 3- البقاء على تجريم الفعل جنائياً مع التحول عن الإجراء الجنائي.
- 4- التحول تماماً عن النظام الجنائي لصالح نظام قانون آخر.

هذه الفرضية الأخيرة قد تتناسب مع إشكالية المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية ولعلها هي المقصودة من قبل الأصوات المطالبة بالحد من التجريم في مجال الصفقات العمومية، كونها تهدف إلى إخراج الفعل تماماً من حيز القانون الجزائي وبالتالي يصبح مشروعاً من الناحية الجنائية، ولكن في نفس الوقت يظل غير مشروعاً طبقاً لقانون آخر يقرر له جزاءات أخرى غير الجزاءات الجنائية، وتتمثل غالباً في جزاءات إدارية أو مالية توقع من طرف الإدارة وتتم بإجراءات إدارية تحت رقابة الجهة القضائية الإدارية ضمن ما يسمى بالقانون الإداري العقابي droit administratif punitif أو قانون العقوبات الإدارية Le droit pénal administratif⁽¹⁾.

وفي غياب وجود مثل هذا القانون الذي لم تتحدد معالمه بعد يبقى تدخل القاضي الجزائي في القانون الإداري عموماً وفي مجال الصفقات العمومية خصوصاً يثير بعض الإشكالات في محاولته التوفيق بين المعادلة الصعبة المتمثلة في دوره كداعم لحماية المشروعية وفي الآن ذاته مراعياً لمتطلبات خصوصية نشاط الإدارة ووظيفتها.

ولهذا فإن دقة الاختلاف بين مفهومي الحد من التجريم والحد من العقاب الإداري بالإضافة إلى غياب قانون العقوبات الإداري، شكلا صعوبة في فهم مطالب المسيرين العموميين في الحد من تدخل القانون الجزائي وقواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية. ويبقى السؤال المطروح في هذا الصدد هل المقصود بهذه المطالبة إلغاء صفة التجريم كلية عن بعض التصرفات غير المشروعة الناتجة عن الإخلال بتنظيم الصفقات العمومية ومن تم تصبح مشروعة تخرج تماماً من دائرة العقاب الجزائي وغير الجزائي؟ طبقاً لمفهوم الحد من التجريم Décriminalisation أم المقصود من المطالبة هو التخفيف فقط من تدخل القاضي الجنائي عن طريق إعتداد بدائل أخرى غير متوفرة حتى الآن بحسب مفهوم الحد من العقاب Dépénalisation أم المقصود أخيراً من المطالبة المسألتين معاً من خلال استعمال مصطلح واحد يشمل الظاهرتين كما هو متداول في الممارسة العملية وهو مصطلح . dépenalisation de marchés publics

¹ محمد السعيد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص.11.

من هذا المنطلق بدت لنا ضرورة توضيح معاني هذه المصطلحات لما لها من أهمية في بحث فكرة المسؤولية الجزائية في مجال عقود الصفقات العمومية، ولأن إشكالية هذه المصطلحات أصبحت متداولة على لسان المسيرين للشأن العام على مختلف المستويات⁽¹⁾.

المبحث الثاني: خصوصية النظام القانوني للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

تتبع خصوصية النظام القانوني للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية من طبيعة هذه العقود الإدارية، وأهميتها كأداة قانونية بيد الإدارة لتجسيد متطلبات المجتمع عبر تسيير مرافق عمومية

قوية ومتطورة وذات فعالية بهدف تحقيق تنمية مستدامة، وأيضاً من أهميتها كقناة شرعية لصرف الأموال العامة. فيقدر عظمة وحساسية هذه المصلحة تكون قوة ومناعة النظام القانوني الذي يحميها. ولذلك وجدنا أن هذه المسؤولية تحكمها منظومة متنوعة ومعقدة من قوانين إدارية وتقنية ومالية وجزائية، كل ذلك في محاولة من المشرع لتأمين البيئة المناسبة والأمانة لهذه العقود، سواء من ناحية ضمان مشروعيتها إجراءاتها أو مشروعيتها النفقات التي تتضمنها أو من ناحية تخليق البيئة العامة التي تتجزأ في إطارها وهي غايات للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية. ووجدنا أيضاً أن هذه المنظومة لا تقتصر على القوانين الداخلية بل تعدتها إلى التشريعات الخارجية الدولية منها والإقليمية نظراً للطابع الدولي الذي تتصف به جرائم الإعتداء على المال العام كما في ظاهرة الفساد بصفة عامة وفي الصفقات العمومية بشكل خاص، ولذلك شكلت الإتفاقيات الدولية والإقليمية أحد أهم مصادر النظام القانوني للوقاية والمكافحة بعدما تبنته القوانين الداخلية والوطنية. وهناك أيضاً بعداً آخر لا يمكن تجاوزه عند الكلام عن النظام القانوني الذي يحكم هذه المسؤولية وهو جانب الوقاية في إستراتيجية المواجهة لهذه الظاهرة والذي أفرد له القانون 01.06 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد حيزاً كبيراً من أحكامه، وكذلك فعل المرسوم الرئاسي 236.10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية مما يدل على وسائل التصدي المعتمدة ليست عقابية فحسب بل أيضاً وقائية تحشد كل الطاقات لمواجهة هذا الخطر المهدد لكيان المجتمع بما فيها مشاركة المجتمع المدني⁽²⁾.

ولذلك كله نقدر أنه من الضروري مراعاة جميع تلك العناصر عند محاولة تحديد النظام القانوني للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، وإعتبره كلاً لا يتجزأ، والنظر إلى القانون 01.06 على أنه جزء لا يتجزأ من كل موزع بين الوقاية والمكافحة.

¹ ويمكن في هذا الشأن متابعة تصريحات المسؤولين الإداريين والسياسيين على أعلى مستوى، كذلك التطمينات التي ما فتئ يقدمها الوزير الأول عبد المالك سلال في العديد من المناسبات (زيارات الولايات، إجتماعات الثلاثية وغيرها للمسيرين العموميين بخصوص الإستجابة لمطلب الحد من التجريم في مجال التسيير *dépénalisation de l'acte de gestion* ، جريدة الوطن اليومية بتاريخ 23 فيفري 2014.

² Mireille Delmas. Marty, les Grands systèmes de politique criminelle, PUF, 1992 p.117.

وستتناول هذا النظام القانوني وقواعد التجريم فيه من زاوية مصادره الدولية أولاً، ثم في التشريعات الوطنية ثانياً.

المطلب الأول: التجريم في النصوص الدولية.

إستشعرت الدول مع نهاية الثمانينات وبداية التسعينيات خطر ظاهرة الفساد وإنتشاره في مؤسسات الدولة على كيان المجتمعات، فسارعت عبر المنظمات الدولية إلى حشد كافة الطاقات لمواجهةها، وبدأت تلك الهيئات الدولية بمناداة الدول وحثها على ضرورة الإهتمام بمكافحة الفساد وتكثفت تلك الجهود بصياغة عدة إتفاقيات دولية وإقليمية شكلت الإطار القانوني للمكافحة ودعت الدول إلى تبنيها وإتخاذ إجراءات لمكافحة الفساد من خلال قوانينها الوطنية. وكسائر الدول سلكت

الجزائر هذا النهج وإستلهمت في وضع قوانينها الداخلية تلك أحكام في رسم إستراتيجية وطنية لمكافحة الفساد جسدها دستور سنة 1996 في مادته 132 التي جعلت المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون الوطني.

الفرع الأول: دور المنظمات الدولية.

إن المساعي لتدويل مكافحة ظاهرة الفساد عموما وفي الصفقات العمومية خاصة ضمن إطار تنظيمي دولي موحد ومشترك ليست حديثة وإنما قديمة قدم ظهور هذه الظاهرة. لكن تجريم ومعاينة ظاهرة الفساد ظلت مقتصرة على التشريعات الوطنية كالرشوة وغيرها من الجرائم.

وكانت محاولة الولايات المتحدة الأمريكية أبرز هذه المساعي بحيث أصدرت بتاريخ 19.12.1977 قانون يعاقب الشركات الأمريكية التي تقوم برشوة الموظفين العموميين الأجبيين من أجل الحصول على صفقات في الخارج، وكان لفضائح الفساد التي إنتشرت آنذاك أثرها المهم في صدور هذا القانون. ومع ذلك إستمرت الجهود الدولية في هذا المجال عبر مبادرات متعددة قامت بها عدة منظمات إقليمية ومنظمات غير حكومية التي توجت بصياغة إتفاقية دولية للأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي أصبحت مرجعاً لكل التشريعات الوطنية في رسم سياستها لمواجهة هذه الظاهرة⁽¹⁾.

¹ وفي هذا الخصوص يمكن الرجوع إلى دور المنظمات الدولية في مكافحة الفساد: الدكتور كريمة عله، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013 ص 22 وما بعدها.

أولاً: إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

شكلت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الموقعة ببلرما الايطالية Palerme بتاريخ 15.12.2000 أول بادرة حقيقية في مجال مكافحة الجرائم الواقعة على الأموال لمواجهة ظاهرة الفساد التي أصبح إنتشارها يهدد كيان الكثير من الدول. ومن الأفعال التي طُلب من الدول تجريمها هي: المساهمة في جماعة إرهابية، تبييض الأموال، الفساد وإعاقة السير الحسن للعدالة، ودخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ بعد مصادقة 40 دولة عليها بتاريخ 29.09.2003 وقد صادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 55.02 المؤرخ في 05.02.2002⁽¹⁾.

ولجهة الفعالية لم تفلح هذه الإتفاقية في كبح جماح ظاهرة الفساد التي زاد إنتشارها مما أفرز الحاجة إلى وضع إتفاقية دولية لمواجهة بشكل جماعي، وقد تمت عدة إجراءات تمهيدية لصدور هذه الإتفاقية، لعل أهمها القرار رقم 55-61 بتاريخ 04.12.2000 الذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لإنشاء لجنة خاصة للتحضير لإجراء مفاوضات حول إتفاقية دولية ضد الفساد تأخذ بعين

الإعتبار كل التجارب والمبادرات السابقة في إتفاقيات المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية⁽²⁾. وبعد مخاض طويل إمتد عبر عدة إجتماعات في شكل سبعة دورات، تم التوقيع على إتفاقية الأمم المتحدة للوقاية ومكافحة الفساد ما بين 9 و11 ديسمبر 2003 بمدينة مريدا (MERIDA) بالمكسيك، بعد أن إعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2003.10.31، ووقعت عليها مائة وثلاثة وعشرون (123) دولة، منها 13 دولة عربية وصادقت عليها 45 دولة منها الأردن، موريتانيا، مصر، جيبوتي، والجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل 2004 بتحفظ⁽³⁾.

وقد تضمنت ديباجة هذه الإتفاقية مجموعة من الهواجس التي عبرت عنها الدول الأطراف إتجاه المخاطر التي تشكلها ظاهرة الفساد ولزومية التصدي لها بصفة فعالة ومتضامنة وتمثلت في:

1- خطورة ما يحدثه الفساد من مشاكل ومخاطر على إستقرار المجتمعات وأمنها، مما يقوض مؤسسات الديمقراطية وقيمها والقيم الأخلاقية والعدالة، ويعرض التنمية المستدامة وسيادة القانون للخطر.

¹ فقد أخذت لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية ومكتب الأمم المتحدة المعني بمكافحة جرائم المخدرات، بعين الإعتبار في وضع مشروع هذه الإتفاقية ما توصلت له أنشطة المنظمات الدولية والإقليمية الأخرى منها مجلس أوروبا والإتحاد الأوروبي، والإتحاد الإفريقي ومنظمة التعاون والتنمية في الميدان الإقتصادي، ومنظمة الدول الأمريكية، ومجلس التعاون الجمركي (المنظمة العالمية للجمارك)، جامعة الدول العربية، والصكوك متعددة الأطراف لمنع الفساد التي إعتمدتها منظمة الدول الأمريكية في 1996.03.29، وإتفاقية مكافحة الفساد بين موظفي الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي المعتمدة بتاريخ 26 مارس 1997، وإتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية التي إعتمدتها اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا بتاريخ 1999.01.27 وإتفاقية القانون المدني بشأن الفساد التي إعتمدتها نفس اللجنة بتاريخ 1999.11.04.

² عبيدي الشافعي، قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ص 316.

³ تحفظت الجزائر على نص المادة 66 فقرة 02 وعلى عدم إعترافها بدولة إسرائيل.

2- الصلات القائمة بين الفساد وسائر أشكال الجريمة، وخصوصاً الجريمة المنظمة والجريمة الإقتصادية بما فيها غسل الأموال.

3- حالات الفساد التي تتعلق بمقادير هائلة من الموجودات، يمكن أن تمثل نسبة كبيرة من موارد الدول، والتي تهدد الإستقرار السياسي والتنمية المستدامة لتلك الدول.

4- لم يعد الفساد شأنًا محلياً، بل ظاهرة غير وطنية تمس كل المجتمعات والإقتصادات، مما يجعل التعاون الدولي على منعه ومكافحته أمراً ضرورياً.

5- لزومية إتباع نهج شامل ومتعدد الجوانب لمنع الفساد ومكافحته بصورة فعالة.

6- تعزيز قدرة الدول على منع الفساد ومكافحته بصورة فعالة.

7- إكتساب الثروة بصفة غير شرعية يمكن أن يلحق ضرراً بالغاً بالمؤسسات الديمقراطية والإقتصادات الوطنية وسيادة القانون.

8- عقد العزم على تعزيز التعاون الدولي في مجال إسترداد الموجودات⁽¹⁾.

وعلى خلاف ما تضمنته الإتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽²⁾، في مادتها الثامنة حيث دعت الدول الأعضاء إلى تجريم الفساد جاعلة من هذا الإلتزام ينصب أساساً على الرشوة

بصورها المختلفة في أوساط الموظفين العموميين والقائمين بخدمة عمومية وطنيين أو أجانب، وتركت للدول حرية تجريم الأشكال الأخرى من الفساد في قوانينها الداخلية. كما أن إتفاقية الأمم المتحدة للفساد وسعت في تعريفها لجريمة الفساد لتشمل كل سوء إستعمال للسلطة العامة للحصول على مكاسب شخصية بما يضر المصلحة العامة⁽³⁾، وبذلك عدت مجموعة من الأفعال والأنشطة تحت تصنيف مفهوم الفساد ولم تقتصر على الرشوة فقط، ودون أن تعتمد تعريفاً محدداً وثابتاً للفساد لذلك شمل الفصل الثالث من المواد 15 إلى 29 من الإتفاقية أفعال الفساد المجرمة حسب الآتي:

- جرائم الرشوة في القطاعين العام والخاص سواء كان الموظفون وطنيون أو أجانب.
- إختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها بشكل آخر من قبل الموظف العمومي.
- المتاجرة بالنفوذ.
- إساءة إستغلال الوظائف.
- الإثراء غير المشروع.

¹ أنظر ديباجة إتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته السالفة الذكر.

² إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية إعدمت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2000.11.15 دخلت حيز التطبيق في 2003.09.29، صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-95 المؤرخ في 2002.02.05 (ج ر عدد 09 بتاريخ 200.02.10)

³ وفقاً لما جاء في مرشد الأمم المتحدة لمواجهة الفساد لسنة 2001، وأنظر كذلك محمد أمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم أمنية الرياض، 2007، ص 17.

- غسل العائدات الإجرامية.
 - الإخفاء العمدي للعائدات الإجرامية.
 - إعاقة السير الحسن للعدالة.
- كما تضمنت بعض الأحكام التجريبية وقواعد أخرى تتعلق بمسؤولية الشخص المعنوي وإطالة مدة التقادم (المواد من 26 إلى 50).

وخصصت بعض الأحكام الأخرى منها إلى مجال التعاون الدولي خاصة ما يتعلق بشروط تسليم المجرمين (المادة 44) وأشكال المساعدة القضائية، كما تضمنت بعض وسائل التحري الخاصة نظراً لطبيعة هذه الجرائم (المادة 50).

ونظراً لحجم الأموال الكبيرة التي يمكن أن تنهب بمناسبة جرائم الفساد المختلفة وتحول إلى الخارج بطريقة غير شرعية، فقد إعتد مبدأ إسترداد الموجودات كأحد أهم المبادئ التي رسختها هذه الإتفاقية في المواد (51 إلى 55) لأنها أموال عامة فيتعين إعادتها لأصحابها خدمة للمصلحة العامة.

ثانياً: إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته.

إستندت الإتفاقية الإفريقية لمنع الفساد ومكافحته منذ نشأتها على عدة وثائق تمهيدية ساهمت في وضعها جهات وهيئات إفريقية مختلفة نذكر منها، إعلان 1990 حول التغيرات الجوهرية التي

تحدث في العالم وأثرها بالنسبة لإفريقيا، وكذلك برنامج عمل القاهرة عام 1994 لإنعاش التنمية الاقتصادية والاجتماعية في إفريقيا، ثم برنامج العمل لمكافحة الإفلات من العقاب المعتمد من طرف اللجنة الإفريقية لحقوق الإنسان في دورتها 19 والذي أقرها بعد ذلك مجلس الوزراء الأفارقة المنعقد بياوندي (الكاميرون) عام 1996، وأيضاً الإعلان الذي أقرته الدورة الأولى لمؤتمر الإتحاد الإفريقي في دربان (جنوب إفريقيا في يوليو سنة 2002) حول الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا (NEPAD) التي دعت إلى إنشاء آلية منسقة لمكافحة الفساد بصورة فعالة. وتوجت هذه المبادرات بإعتماد إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته بمابتو في 11 يوليو 2003 وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-137 المؤرخ في 10.04.2006⁽¹⁾.

وتميزت عن سابقتها الدولية⁽²⁾ في أنها أوردت تعريفاً لمصطلح الفساد كما نصت عليه المادة الأولى في البند الأول لتحديد غرض هذه الإتفاقية وجاء فيه بأن كلمة " الفساد " تعني " الأعمال والممارسات بما فيها الجرائم ذات الصلة التي تجرمها هذه الإتفاقية".

¹ الإتفاقية الإفريقية لمنع الفساد ومكافحته (ج ر عدد 24 بتاريخ 16.04.2006).

² بمعنى تميزت عن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وإتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته.

ثم حددت المواد من 4 إلى 8 والمواد 10 و 11 أعمال الفساد والجرائم ذات الصلة التي تشكل نطاق تطبيق الإتفاقية على النحو الآتي:

- الرشوة في القطاعين العام والخاص.
- الحصول على فوائد غير مستحقة بصفة غير شرعية.
- تحويل الممتلكات العامة.
- إستغلال النفوذ.
- الكسب غير المشروع.
- تبييض عائدات الفساد.
- التمويل غير المشروع للأحزاب السياسية.

ثالثاً: مشروع الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

بدأت إرهابات مشروع الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد بدعم من الأمم المتحدة⁽¹⁾ مع اللجنة المشتركة المنبثقة عن مجلس وزراء الداخلية والعدل العرب التي أتمت مراجعته بتاريخ 11 ديسمبر 2003 ليتم إعتماده من قبل مجلس وزراء العدل العرب بتاريخ 24 أبريل 2007. ومع أن المشروع لم يعرّف الفساد إلا أنه بيّن بعض الأفعال التي يجب على الدول الأطراف أن تصنفها كجرائم فساد ضمن تشريعاتها الداخلية، وفيها كافة أفعال المتاجرة بالوظائف والنفوذ في مجال الموظفين العموميين

والموظف العمومي الأجنبي في نطاق شركات المساهمة، والجمعيات التعاونية والنقابات والمؤسسات والجمعيات المعتبرة قانوناً ذات نفع عام، وكذلك إختلاس الممتلكات والإستيلاء عليها بغير حق، والإثراء غير المشروع، والرشوة في القطاع الخاص، وإختلاس ممتلكات القطاع الخاص وغسيل العائدات الإجرامية، وأخيراً إعاقة السير الحسن للعدالة.

¹ وهو ما عكسه المؤتمر الذي عقد بالقاهرة في يونيو 2005 حول إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بدعم من برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع للأمم المتحدة.

حسب ما جاء في مداخلة الدكتور شنة زاوي، بعنوان الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، في الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته المنعقد بجامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس من 24-25 أبريل 2013، ص 108.

رابعاً: دور بعض الهيئات الإقليمية والمالية الأخرى في مكافحة الفساد.

1- كان للإتفاقيات الإقليمية التي ظهرت خلال ما يعرف بموجة مكافحة الفساد دوراً بارزاً في إرساء دعائم نظام عالمي للتصدي لهذه الظاهرة، ونذكر في هذا السياق حسب التسلسل الزمني على الخصوص:

أ- الإتفاقية الأمريكية ضد الفساد والتي إعتمدت من طرف الدول الأمريكية⁽¹⁾ بتاريخ 1996.03.29 ودخلت حيز التنفيذ في 1997.03.06 وأهم ما جاءت به هو ضرورة تجريم الرشوة الإيجابية والسلبية للموظفين العموميين الوطنيين والأجانب، إلى جانب دعوتها إلى تجريم الإثراء غير المشروع.

ب- بخصوص الدول الأوروبية فقد تبنى الإتحاد الأوروبي هو الآخر إتفاقية لمكافحة الفساد خاصة بموظفي الجماعات الأوروبية وموظفي دول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، أوجبت هي كذلك تجريم الرشوة بنوعيتها الإيجابي والسلبي داخل دول الإتحاد.

ج- وكان لمنظمة التعاون والتطور الإقتصادي OCDE مساهمتها في إرساء أسس نظام مكافحة الفساد على المستوى الدولي، بحيث وضعت إتفاقية للدول الصناعية لمكافحة الفساد بين الموظفين العموميين الأجانب في مجال التعاملات التجارية. وكان صدورها بتاريخ 1997.12.17 ودخلت حيز التطبيق في 1999.02.15، ملزمة الدول الأعضاء بتجريم الرشوة للموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية.

2- كما كان للمؤسسات المالية الدولية دور إيجابي في مسار مكافحة الفساد نذكر منها:

أ- البنك الدولي الذي حرص على جعل الظاهرة تأخذ طابعاً دولياً لحماية لإقتصاديات الدول من المخالفات الخطيرة في مجال إستعمال الموارد المالية التي قد تؤدي إلى إستحواذ فئة معينة عليها على حساب باقي فئات المجتمع.

وبادر في هذا الخصوص بإتخاذ تدابير وإجراءات من شأنها التصدي لظاهرة الفساد، منها ما تعلق بمنع السلوكات الإحتيالية والفساد في المشاريع الممولة من طرف البنك، وكذلك تقديم المساعدة للدول في إطار برامج لمكافحة الفساد خاصة في الدول النامية من خلال برامج تراعي خصوصيات كل دولة ترغب في بناء إستراتيجية لمكافحة هذه الظاهرة. ولإضفاء فعالية أكبر على تدخله وضع البنك شرط مكافحة الفساد في مقدمة شروطه للتعاون مع الدول خاصة في مجال الإقراض وإختيار المشروعات وأخيراً المساهمة ودعم الجهد الدولي لمكافحة الفساد.

¹Convention inter- américaine contre la corruption CICC.

ب- أما بالنسبة لصندوق النقد الدولي فكان أكثر صرامة ووضوح في تبنيه لسياسة ضاغطة على الدول في عملية منح القروض، هذا التشدد جاء من خلال إعلان الصندوق في شهر أوت 1997

على أنه سيعلق مساعدته لأية دولة ثبت أن الفساد الحكومي فيها يعرقل الجهود المبذولة لتجاوز المشكلات الاقتصادية التي تعاني منها وذلك بإرتكاب بعض الأفعال المرتبطة أساساً بتحويل الأموال العامة عن وجهتها المرصودة من أجلها، أو تورط الموظفين الرسميين في عمليات تحايل جمركي أو ضريبي، وإساءة استعمال إحتياطي العملة الصعبة من قبل هؤلاء الموظفين وإستغلال السلطة من طرف القائمين على المصارف إضافة إلى الممارسات الفاسدة الأخرى في مجال الإستثمار الأجنبي⁽¹⁾. وشجع الصندوق ودعم تطوير إدارة الموارد العامة ومديريات الضرائب وأسس إعداد الميزانية العامة وإجراءات المحاسبة ونظم التدقيق، وكذلك تطوير وتحديث أنظمة الإستثمار وممارسة الأعمال التجارية.

وللإشارة فإن تدخل المؤسسات المالية الدولية سواء تعلق الأمر بالبنك الدولي أو صندوق النقد الدولي، يمكن إعتباره يشكل رافعة حقيقية لنظام مكافحة الفساد، بما تملكه هذه المؤسسات من وسائل ضغط فعالة على الحكومات لحملها على تخليق تسيير الشأن العام. ولعل معاناة العديد من الدول مع هذه المؤسسات المالية خير دليل على صرامة شروطها ومتطلبات التعامل معها.

الفرع الثاني: مساهمة بعض المنظمات الدولية غير الحكومية.

1- منظمة الشفافية الدولية، وهي منظمة دولية غير حكومية ومن حيث نشاطها فهي تهدف إلى محاربة كل ما من شأنه الحد من الشفافية، مقرها الرئيسي برلين الألمانية ولها فروع محلية في أكثر من مائة دولة، تعتبر رائدة في مراقبة الشفافية الدولية، وتتميز بأبحاثها ودراساتها بالمنهجية والدقة والتنظيم، وتلقى نتائج أبحاثها وتوصياتها قبولاً وإحتزاماً. وقد عرفت مصطلح الفساد على أنه " سوء إستعمال الوظيفة في القطاع العام من أجل تحقيق مكاسب شخصية " أو هو " إساءة إستعمال الوظيفة العامة للكسب، فالفساد يحدث عادة عندما يقوم موظف بقبول أو طلب إبتزاز أو رشوة لتسهيل عقد أو إجراء مناقصة عامة. كما يتم عندما يعرض وكلاء أو وسطاء الشركات أو أعمال خاصة تقديم رشاً للإستفادة من سياسات أو إجراءات عامة للتغلب على منافسين وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين المرعية كما يمكن للفساد أن يحصل عن طريق إستغلال الوظيفة العامة من دون اللجوء إلى الرشوة وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة مباشرة⁽²⁾.

¹ محمد الأمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، المرجع السابق، ص 146.

- وكذلك على كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 24 وما بعدها.

² محمود بلحيمر، مقال بعنوان دور وسائل الإعلام في مكافحة الفساد، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان رقم 2007/05 ص 100.

وتعتمد هذه المنظمة في جهودها على تعزيز دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد، وتقوم بجمع المعلومات المعمقة والبحث عن الوسائل القانونية للمساهمة في مكافحة هذه الظاهرة، إضافة إلى تقييم برامج مكافحة الفساد المنفذة وسبل دعم فعالية السياسات المطبقة.

2- المنظمة العربية لمكافحة الفساد.

وهي مؤسسة مستقلة غير حكومية تأسست سنة 2005 تتخذ من بيروت مقراً لها⁽¹⁾ تعنى بالشفافية ومناهضة الفساد وتسعى إلى تعزيز الحكم الصالح في الأقطار العربية، وتعتمد لقياس تطور الفساد عادة على مؤشر يقوم حصراً على قياس درجة الفساد المالي والإقتصادي المرتبط بالمشاريع الإنشائية والتجهيزية ودرجة إرتباطه بالسعي إلى السلطة والإثراء غير المشروع المواكب له. ومن أهم نشاطاتها تنظيمها لندوة فكرية دولية في بيروت سنة 2006 تحت عنوان " المشاريع الدولية لمكافحة الفساد والدعوة إلى الإصلاح السياسي والإقتصادي في الأقطار العربية".

وعلى المستوى المغرب العربي نجد الشبكة المغاربية لمكافحة الفساد وحماية الممتلكات العمومية التي أنشئت خلال المنتدى المغربي الذي عقد بالمدينة الجديدة بالمغرب سنة 2008.

الفرع الثالث: محل تجريم الصفقات العمومية في التشريع الدولي.

بالنظر لحجم الأموال الهائل الذي يمر عبر عقود الصفقات العمومية كونها الأداة الأساسية للإنفاق العمومي المعتمدة لدى معظم الدول بغض النظر عن أنظمتها السياسية ليبرالية كانت أو اشتراكية، وبالنظر إلى حجم التهديد الذي يحيط بها من جرائم الفساد لأنها تشكل مركز الطامعين والعابئين بالمال العام، لأجل ذلك كله خصتها إتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته بحماية خاصة تعكس تلك الأهمية التي باتت تحظى بها هذه العقود.

فقد خصتها في ديباجتها بأحكام تتضمن مجموعة من المبادئ التي يتعين على أطراف الإتفاقية تكريسها في قوانينها الداخلية الناظمة لعقود الصفقات العمومية لحمايتها وتحسينها. ومنها مبادئ الإدارة السليمة للشؤون والممتلكات العمومية، والإنصاف والمسؤولية والتساوي أمام القانون، وضرورة صون النزاهة وتعزيز ثقافة نبذ الفساد. أما في متن النصوص فنجدها خصصت المادة التاسعة (09) منها للمشتريات العمومية وإدارة الأموال العامة موجهة الدول الأطراف الموقعة على هذه الإتفاقية بضرورة إتخاذ كافة الإجراءات والتدابير لوضع نظام للشراء العمومي يتماشى وروح الإتفاقية بحيث تراعي فيه أسس التنافس والشفافية ويقوم على معايير موضوعية تضمن المساواة بين المرشحين للمساهمة في إنجاز عقود الصفقات العمومية خواص كانوا أوعوميين من جهة، وتدمج القرارات المتخذة من طرف الإدارة بطابع الإنصاف بما يؤدي إلى تفادي السقوط في مطبات الفساد بمختلف أشكاله من جهة أخرى.

¹ منحت الإعتماد بموجب المرسوم الجمهوري رقم 15599 المؤرخ في 13 يونيو 2005.

كما حثت الإتفاقية على إرساء مبادئ الشفافية عن طريق توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات عقود الشراء العمومي خاصة تلك التي لها صلة بالدعوات إلى المشاركة والمناقصات وإرساء العقود،

وذلك بإستعمال كافة الطرق والوسائل والوسائط لإيصال المعلومة مع منح الوقت الكافي لوصول تلك المعلومات إلى المعنيين، وتمكين المرشحين من التحقق من إحترام تطبيق الأحكام الناظمة للصفقات العمومية. كما حرصت الإتفاقية على ضرورة وضع معايير موضوعية مقررة مسبقاً ومعلومة للجميع يسهل التحقق من إحترامها لاحقاً، من خلال إرساء نظام للمراجعة الداخلية أساسه إطار فعال للطعن في القرارات المتخذة بمناسبة إبرام هذه العقود.

وأخيراً دعت الإتفاقية إلى الإهتمام بالعاملين في حقل الصفقات العمومية والطلب العمومي حماية لهم ودرءاً للشبهات التي يمكن أن تطالهم مثل الإعلان والتصريح عن أية مصلحة في مشتريات عمومية معينة.

ونستنتج مما سبق أن المصادر الدولية بمختلف منابعها شكلت القاعدة والأرضية التي إنطلقت منها معظم الدول في رسم سياساتها الداخلية لمكافحة ظاهرة الفساد عموماً وفي الصفقات العمومية تحديداً، مما جعلها نواة لعولمة هذه المكافحة وتوحيد أدواتها. ورغم ما يلاحظ من تفاوت بين الدول في درجة وكيفية التجاوب مع بعض الإجراءات بحسب مميزات كل بلد، فإن الشكل العام يميل طواعية أو تحت الضغط إلى توحيد آليات المكافحة.

وهو ما سنبحثه من خلال مصدر التجريم في المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية في القانون الداخلي وسنركز طبعاً في هذا الخصوص على التشريع الجزائري.

المطلب الثاني: التجريم في الصفقات العمومية في القانون الداخلي.

بات من الراسخ في الفقه الجنائي والسياسة الجنائية عموماً أن المسؤولية الجزائية تستند لقيامها لوجود ركن شرعي أي خضوع الفعل لنص تجريم وعدم خضوعه لسبب إباحة⁽¹⁾، ولكي تتحقق المسؤولية الجزائية لأبد من حدوث واقعة توجبها ومن وجود شخص معين يتحملها. فأما الواقعة الموجبة فشرطها أن تكون جريمة (أي الركن الشرعي) وأما المسؤول فيلزم فيه شرطان: الأول أن يكون أهلاً لتحمل المسؤولية والثاني أن يكون هو مرتكب الجريمة⁽²⁾.

¹ أحمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، المرجع السابق، ص 62.

² محمد عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص 46.

فالجريمة بإعتبارها فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً إحترازياً، ويحدد ركنها المادي بعناصره الثلاثة السلوك الإجرامي والنتيجة ورابطة السببية، وركنها المعنوي، كل ذلك من خلال نص قانوني يراعي مقتضيات الوضوح والدقة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ

شرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾ ويشمل الأفعال المحظورة في قانون العقوبات وكذلك في القوانين المكملة له. وإستناداً لهذا المبدأ سنحاول التعرف على قواعد التجريم التي تستند إليها المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، خاصة ما ورد في القانون 06-01 المؤرخ في 08.03.2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾ وكذلك في بعض القوانين الأخرى، محاولين تبيان خصوصية هذه النصوص ليس فقط من ناحية المكافحة بل كذلك من جهة الوقاية والردع، وهما غايتان عبر عنهما عنوان القانون المذكور حين جمع بين الوقاية والمكافحة.

الفرع الأول: التوسع في مدلول الفساد.

في سياق الحديث عن طبيعة القواعد الموضوعية للنظام القانوني للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، من المفيد التوقف بداية عند مصطلح الفساد الذي شهد توسعاً في مفهومه في القانون الجزائري خاصة مع بداية حركة الإصلاح الشامل التي شرع فيها بداية من سنة 2000، وهو ما عكسته المناقشات التي جرت على مستوى البرلمان بمناسبة دراسة المشروع التمهيدي لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وتكرس ذلك فعلاً بعد صدور القانون 06-01⁽³⁾.

فبعدما كان مدلول الفساد مرادفاً لمعنى الرشوة وحدها بإعتبارها أخطر المعضلات التي تواجه قيام نظام ديمقراطي وإجتماعي وتقوض أسس التنمية المستدامة وتهز ثقة المواطن في النخب القائمة على تسيير الشأن العام، وتفرغ مبادئ العدل والمساواة من مضمونها الحقيقي. ولمواجهة هذا الخطر تم تجنيد كل الوسائل وفي مقدمتها وضع الإطار القانوني المناسب والمتكيف مع المستجدات والمتغيرات، وبذلك أصبح مصطلح الفساد يشمل إضافة إلى الرشوة كل من جرائم الصفقات العمومية جرائم الإختلاس، إستغلال النفوذ، ويتضمن كذلك بعض المعاني المستحدثة للفساد كالإثراء غير المشروع وإساءة إستعمال السلطة وإعاقة السير الحسن للعدالة، ورشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية وغيرها.

¹ حسب ما ورد في كتاب عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات والجرائم القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2009 ص 68. وقد إستعملت عبارة الركن الشرعي من قبل الفقيه الألماني فيورباخ بقوله "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وإن كان مبدأ الشرعية عرف منذ المدرسة التقليدية بزعم الفقيه الإيطالي بكاريا Cesare Beccaria في كتابه الجرائم والعقوبات Des délits et des peines سنة 1764.

² القانون رقم 06-01 المؤرخ في 03 فبراير 2010 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، وعدل مرتين: أولاً عن طريق الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26.08.2010، (ج ر عدد 50 بتاريخ 01.12.2010)، وثانياً بموجب القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02.08.2011 (ج ر عدد 50 بتاريخ 01.12.2010).

³ تناولت النقاشات مدلولات الفساد المختلفة وأسبابه وآثاره الخطيرة على كيان المجتمع وزعزعة ثقة المواطن في مؤسسات الدولة.

كما عكس مفهومه الطابع العابر للحدود لخطر ظاهرة الفساد ولمواجهتها كذلك، بعدما تبنى المشرع ما تضمنته الإتفاقيات الدولية والإقليمية في هذا الخصوص في إطار عولمة مكافحة الفساد. حيث أفرد القانون 06-01 بابه الخامس للتعاون الدولي خاصة في المجال القضائي ما بين المؤسسات المالية الدولية وتقديم المعلومات حول الحسابات المالية المتواجدة بالخارج، كما شمل التعاون إتخاذ

التدابير البيئية المتعلقة بإسترداد الممتلكات والحجز والتحفظ عليها أو مصادرتها وتسليم المجرمين⁽¹⁾ وغيرها. وجاء التأكيد على هذا التعاون الدولي في نص المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون 01-06 في سياق سردها لأهداف هذا القانون بقولها أنه يعمل على تسهيل ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته، بما في ذلك إسترداد الموجودات.

هذا ويتفحص أحكام القانون 01-06 بعد صدوره بتاريخ 2006.03.08، نجد المادة الثانية منه أوردت تعريفاً واسعاً لمصطلح الفساد لا يختلف في جوهره عن تلك التعاريف التي ذكرتها الإتفاقيات الدولية المشار إليها أعلاه، بحيث أعتبرت أنه " كل الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من هذا القانون"، وهو الباب الذي إشمئ على ثلاث وعشرين جريمة منضوية تحت مصطلح الفساد إبتداءً من رشوة الموظفين العموميين، وجريمة الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، الرشوة في مجال الصفقات العمومية، رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية، إختلاس الممتلكات العمومية من قبل موظف عمومي وإستعمالها على نحو غير شرعي، الغدر، الإعفاء والتخفيض الضريبي غير القانوني في الضريبة أو الرسم، إستغلال النفوذ، إساءة إستغلال الوظيفة، تعارض المصالح، أخذ فوائد بصفة غير قانونية، عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالممتلكات، الإثراء غير المشروع، تلقي الهدايا، التمويل الخفي للأحزاب، الرشوة في القطاع الخاص، إختلاس الأموال في القطاع الخاص، تبييض العائدات الإجرامية، الإخفاء، إعاقة السير الحسن للعدالة، حماية الشهود والمبلغين والضحايا، البلاغ الكيدي المتعلق بجرائم الفساد، عدم الإبلاغ عن الجرائم⁽²⁾.

كما تناول هذا القانون عدة أحكام إستكمالاً لمسار المسؤولية الجزائية في هذه الجرائم خاصة فيما يتعلق بالعقوبات المقررة لكل جريمة، كذلك الشروع والمشاركة وصولاً إلى مسؤولية الشخص المعنوي ثم التقادم وآثار الفساد، وبعض الأساليب الخاصة في التحري وجمع الأدلة التي تتناسب مع طبيعة وبيئة هذه الجرائم.

¹ وهو المعنى الذي إستعمل من قبل أغلب الدول كمرادف لكلمة Extradition باللغة الفرنسية والإنجليزية. وهناك من يستعمل كلمة " إسترداد" قانون العقوبات السوري. أنظر في ذلك عبود السراج، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق، ص 189..

² راجع حسب الترتيب المواد (24، 26، 27، 28، 29، 30، 31، 32، 33، 34، 35، 36، 37، 38، 39، 40، 41، 42، 43، 44، 45، 46، 47).

وللإشارة فإنه إذا كانت هذه المادة قد نصت على مجموعة من الجرائم التي تدخل تحت مسمى الفساد على سبيل الحصر، فإن هناك جرائم أخرى يمكن أن تدرج كذلك تحت هذا المفهوم وهي الحالات التي جاء بها الأمر 01-07 المؤرخ في 2007.03.01⁽¹⁾، والتي لها صلة بمعنى الفساد الموسع الذي ورد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. أولاً لجهة إشتراط صفة الموظف العمومي بحسب المفهوم المنصوص عليه في المادة الثانية من القانون 01-06، كذلك على الأشخاص المعنيين بتلك

الجرائم بالنظر إلى طبيعة الأفعال المجرمة. وثانياً من حيث أن لهذه الجرائم صلة بالحفاظ على مبادئ النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير القطاعين العام والخاص، وهي المبادئ نفسها التي كرسها وحماها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. وتتمثل هذه الجرائم في الآتي:

- مخالفة حالة منع الأشخاص شاغلي تأطير أو وظيفة عليا للدولة من أن تكون لهم مصالح لدى المؤسسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأياً بخصوص عقد صفقة معها.

- مخالفة حالة منع الأشخاص المذكورين خلال مدة سنتين من نهاية مهامهم من ممارسة نشاط إستشاري أو مهني، أو أن تكون لهم مصالح لدى الهيئات أو المؤسسات التي تولوا مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها أو هيئة أخرى تعمل في نفس المجال الذي تعمل الهيئة التي أشرفوا عليها.

- عدم التصريح بممارسة أي نشاط مهني أو إستشاري أو حيازة مصلحة بعد إنقضاء مدة السنتين، وخلال مدة ثلاث سنوات لدى الديوان المركزي لقمع الفساد، وحسب الحالة لدى آخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في أجل شهر ابتداءً من تاريخ بداية ممارسة النشاط. ومن خلال مراجعة معظم جرائم الفساد التي جاء بها القانونون 06-01، نلاحظ أنها لم تستحدث من جديد وإنما كان منصوص عليها في قانون العقوبات العام في نصوص متفرقة، من ميزات القانون الجديد أنه جمعها في تصنيف موحد ومصطلح أشمل وهو الفساد، كما أعاد صياغة مضمونها بشكل مغاير خصوصاً ما تعلق بمكونات عناصر التجريم والسلوك الإجرامي، وكذلك العقوبات بما يتناسب ومواجهة الظاهرة.

ولعل التطور التدريجي لتنظيم التجريم في الصفقات العمومية يحمل مبرراته في تطور سياسة المشرع في هذا المجال متأثراً بتحولات الحياة الإقتصادية في الجزائر التي مرت بمرحلتين أساسيتين مختلفتين بدأت بالتسيير الإشتراكي والموجه ثم مرحلة إقتصاد السوق مما انعكس عنه إختلاف في طبيعة تدخل القانون الجنائي لحماية المال العام في هذه المرحلة أو تلك.

¹ الأمر رقم 01-07 المؤرخ في 2007.03.01 يتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف (ج رعدد 16 بتاريخ 2007.03.07).

فالظاهر من خلال تطور النصوص العقابية أن الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات عند صدوره بتاريخ 8 جوان 1966 لم يتضمن جرائم خاصة بالصفقات العمومية، وإنما كانت تخضع الأفعال ذات الطابع الإجرامي المتصلة بهذه العقود إلى أحكام الفصل الرابع منه المعنون: الجنايات والجنح ضد السلامة العمومية، وبوجه عام إلى القسم الأول المتعلق بالإختلاس والغدر وعلى وجه التحديد للقسم الثاني المتعلق بالرشوة وإستغلال النفوذ⁽¹⁾. وهي الميزة التي طبعت تطور التجريم في الفساد عموماً، بحيث كانت هذه الجرائم موزعة في قانون العقوبات بين المواد 119 و134، قبل أن يتم

تجميعها في نص خاص يحكمها من خلال القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث ألغيت بموجبها مواد قانون العقوبات السالفة الذكر وعوضتها بحسب المادة 72 منه بالمواد من 25 إلى 135 من قانون مكافحة الفساد⁽²⁾.

الفرع الثاني: التجريم في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

فيما يتعلق بالجرائم المرتبطة بعقود الصفقات العمومية موضوع أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، فقد إنسحب عليها كذلك ما شهدته حركة التجريم للفساد من تطور فمن حيث تعداد جرائم الصفقات العمومية فقد شملت جريمتين أساسيتين هما:

1- جريمة منح الإمتيازات غير المبررة وقد نصت عليها المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ويصطلح عليها في الفقه الجنائي بما يعرف بجنحة المحاباة Délit de favoritisme وهي الجريمة التي كان منصوصاً عليها في المادة 128 أولى من قانون العقوبات⁽³⁾. وتتخذ هذه الجريمة صورتان أولهما :

أ- جريمة منح إمتيازات غير مبررة ونصت عليها الفقرة الأولى من المادة 26 المذكورة والثانية إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية وتضمنتها الفقرة الثانية من نفس المادة.

والجدير بالتنبيه في هذا الصدد أن المشرع قد أعاد صياغة نص هذه المادة من خلال القانون رقم 11-15⁽⁴⁾ الذي عدل القانون رقم 06-01 بحيث وضح الغرض من الإمتياز غير المبرر وهو محل جريمة المحاباة، كما وضح مفهوم عبارة مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل وجعلها محصورة في تلك المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الطلب العمومي والتي جاء ذكرها في المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والمتمثلة في حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

¹ محمد بودالي، مداخلة إفتتاحية للملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته، بعنوان نظم الرقابة البرلمانية والمالية والإدارية على الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، بتاريخ 24، 25 أبريل 2013، ص 11.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة السابقة، الجزء الثاني، دار هومة، سنة 2007، ص 6.

³ وكان الأمر 66-156 قد نص على هذه الجرائم الملغاة في القسم الثاني تحت عنوان الرشوة وإستغلال النفوذ من المواد 126 إلى 134 منه.

⁴ القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011.

كما تضمن التعديل الإشارة إلى تحديد الطابع العمدي لهذه الجريمة من خلال إضافة كلمة "عمداً" التي لم يكن لها وجود في الصياغة القديمة، وقد أحسن المشرع فعلاً نظراً للجدل والتنافس الذي حظيت به هذه المسألة في الأوساط القضائية الجزائية عند متابعة جرائم الفساد ومدى إشتراط عنصر العمد من عدمه⁽¹⁾.

ب- أما الصورة الثانية وهي جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية، وقد نصت عليها المادة 26 في فقرتها الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وحل هذا النص محل المادة 128 مكرر الفقرة الثانية من قانون العقوبات الملغاة⁽²⁾.

وقد أخضعها لنفس الأحكام التي تسري على جريمة المحاباة سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة وبال عقوبات وكذا الإجراءات الأخرى المصاحبة لها.

2- جريمة الرشوة في الصفقات العمومية والتي نصت عليه المادة 27 من القانون 06-01 حيث عوضت المادة 128 من قانون العقوبات، وللإشارة فإن جرائم الرشوة وما في حكمها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أخذت عدة أشكال هي:

- الرشوة.
- الغدر.
- الإعفاء أو التخفيض غير القانوني في الضريبة والرسم.
- إستغلال النفوذ.
- إساءة إستغلال النفوذ.
- الإثراء غير المشروع.
- تلقي الهدايا.

وكانت الجرائم الأربعة الأولى مدرجة في قانون العقوبات في المواد من 121 إلى 128 التي ألغتها المادة 72 من قانون مكافحة الفساد، وعوضتها المادة 72 منه بالمواد من 25 إلى 28 ومن 30 إلى 38 في حين الجرائم الأخرى مستحدثة⁽³⁾.

¹ حكم محكمة بشار بتاريخ 2009.09.13 رقم 3210-09 والقرار المؤيد من طرف مجلس قضاء بشار رقم 10-364 بتاريخ 2010.02.08.
² وقد شمل التعديل الذي تضمنته المواد 71-72 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سواء بإلغاء أو تعويض مواد من قانون العقوبات بما يلي:

- أ- المادتان 119 و 119 مكرر من قانون العقوبات ملغاة وتعوض بالمادة 30 من القانون الجديد.
 - ب- المادة 121 من قانون العقوبات ملغاة وتعوض بالمادة 30 من القانون الجديد.
 - ج- المواد 123 ، 124 و 125 من قانون العقوبات ملغاة وتعوض بالمادة 35 من القانون الجديد.
 - د- المواد 126 و 126 مكرر، 127 و 129 من قانون العقوبات ملغاة وتعوض بالمادة 32 في هذا الجديد.
 - هـ- المواد 128، 128 مكرر، 128 مكرر 1 من قانون العقوبات ملغاة وتعوض بالمادة 27 من القانون الجديد.
- ³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 57.

وقد أعتمد المشرع الجزائري النظام المزدوج للرشوة أي عاقب على الرشوة السلبية من جانب الموظف العمومي، وكذلك الرشوة الإيجابية من جانب صاحب المصلحة، وبذلك يكون قد ساير موقف القانون الفرنسي في معاقبة للراشي والمرتشي بخلاف القانون المصري الذي أخذ بنظام وحدة الرشوة فإراها جريمة واحدة يرتكبها الموظف العمومي المرتشي بإعتباره الفاعل الأصلي لها وأما الراشي فهو مجرد شريك متى توفرت شروط الإشتراك في شأنه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: شمولية التجريم لقوانين أخرى.

لاشك أن خصوصية التجريم في مجال الصفقات العمومية كان لها أثر بارز في تميز مصادر قواعده الموضوعية، فعند إستقرائنا للركن المادي لجريمة المحاباة المنصوص عليها في المادة 26

بصياغتها الجديدة طبقاً للقانون رقم 11-15 الذي عدل القانون 06-01 والتي إستبدلت فيها عبارة ".....مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل...." بعبارة "....مخالفة الأحكام المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات....." نجد أن هذه المبادئ المكرسة في تنظيم الصفقات العمومية كأسس للشراء العمومي هي مبادئ شاملة في محتواها والبحث فيها يستدعي التدقيق في معظم أحكام قانون الصفقات العمومية، معنى ذلك أن معرفة الركن المادي لجرائم الصفقات مرتبط ارتباطاً عضوياً بأحكام قانون الصفقات ذو الطبيعة التنظيمية، فالقاضي الجنائي عندما يبحث عن السلوك المجرم يكون مجبراً أن يدقق في قانون الصفقات كون مخالفة أحكامه هي المحدد لطبيعة الركن المادي لهذه الجرائم، ومن ثم السؤال الذي قد يطرح هل في هذه الحالة يعبر النص التنظيمي الناظم للصفقات العمومية جزءاً من نص التجريم أم لا؟

فإذا كان الجواب بنعم وهو الراجح فقهاً وقضاً (كما سنرى لاحقاً) فذلك يعني أن نطاق مصادر التجريم تتسع لتشمل نصوصاً قانونية وتنظيمية أخرى لها صلة بجرائم الصفقات العمومية، ومن ثم يتعين على القاضي الجنائي معرفتها والتحكم في تفاصيلها التقنية والمالية بمناسبة المتابعات الجزائية ذات الصلة، مما يجعل مسألة التخصص مطلباً ملحاً في هكذا مسؤولية جزائية حرصاً على مبادئ العدالة والإنصاف.

¹أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 58.

وهكذا يتوجب على القاضي الجنائي أن يكون ملماً على الخصوص بقواعد تنظيم الصفقات العمومية وكل المنظومة القانونية المرتبطة بها⁽¹⁾ المحددة لإجراءات إبرامها وتنفيذها وإنهاءها حتى يتسنى له التأكد من مشروعية تصرفات الإدارة بمناسبة إنجازها لهذه العقود. وتشمل تلك المنظومة جميع القوانين والتنظيمات واللوائح التي لعل صلة بهذه العقود بما فيها دفاتر الشروط بمختلف أنواعها⁽²⁾.

والى جانب هذه النصوص ذات الطابع الإداري فهو مطالب أيضاً بمعرفة النصوص القانونية والتنظيمية المرتبطة بالتسيير المالي وكيفية الإنفاق العمومي وأساليب الرقابة المالية وكل ما له صلة بضمان مشروعية النفقة العمومية، لأن محل الصفقة العمومية هو عبارة عن نفقة عمومية، في نهاية الأمر، تخضع للأحكام الصارمة والناظمة للنفقات العمومية المحددة في قانون المحاسبة العمومية

وقوانينها المالية وهيئات الرقابة المالية المختلفة⁽³⁾ وكل القوانين والتنظيمات التي تتضمن أحكامها صلة الصفقات العمومية.

وفي ذات السياق يلاحظ من خلال إستعراض الأهداف المسطرة والمتوخاة عند وضع القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بحسب ما نصت عليه المادة الأولى منه والمتمثلة في:

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته.
- تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص.
- تسهيل ودعم التعاون الدولي والمساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته بما في ذلك إسترداد الموجودات.

أن فلسفة السياسة الجنائية في مجال المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية غلّبت الجانب الوقائي الردعي على حساب الجانب العقابي، وكذلك إشراك ومساهمة المجتمع الأهلي والمدني في مكافحة الفساد الذي بات ينظر له كظاهرة إجتماعية ومواجهتها مسؤولية الجميع وليس الدولة فقط، وهي نظرة متقدمة ومتطورة في السياسة الجنائية الحديثة خاصة في النظام الليبرالي⁽⁴⁾.

¹ ويأتي على رأسها المرسوم الرئاسي 10-236 وكل النصوص التنظيمية المرتبطة به.

القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية - ج ر عدد 37 سنة 2011.

القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية - ج ر عدد ر 12 سنة 2012.

² دفاتر الشروط ثلاثة أصناف حددتها المادة 10 من المرسوم 10-236 (1- دفتر البنود الإدارية العامة CCAG، 2- دفتر التعليمات المشتركة، 3- دفتر التعليمات الخاصة).

³ نذكر منها القانون 84-17 المؤرخ في 07-07-1984 المتعلق بقوانين المالية، والقانون 90-21 المؤرخ في 15.08.1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية المعدل والمتمم، وكل القوانين المالية التي تتضمن أحكاماً لها صلة بالصفقات العمومية.

⁴ Mireille Delmas- Marty, les grands systèmes de politique criminelle, puf 1992, p.110.

ومن ناحية أخرى هناك إرتباط بين نصوص التجريم في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وبين إجراءات الوقاية التي نص عليها هذا القانون، فنجد مثلاً المادة 34 منه إكتفت بتحديد العقوبة⁽¹⁾ وأحالت معرفة الركن المادي للجريمة إلى المادة 9 من نفس القانون والتي جاءت ضمن الباب الثاني المتعلق بالتدابير الوقائية في القطاع العام، وتضمنت بعض الإجراءات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية، كوجوب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، على أن تكرر هذه القواعد على وجه التحديد من خلال علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرامها، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء، ووضع معايير دقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، وفسح المجال لممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام هذه القواعد، وكذلك إلزام المتعامل المتعاقد باكتتاب التصريح بالنزاهة⁽²⁾. هذه الإجراءات كذلك وجدناها مكرسة في القسم السادس من الباب الثالث من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بعنوان مكافحة الفساد في أربع مواد (60-

61-61 مكر-61 مكرر(1)⁽³⁾ عدد من خلالها بعض السلوكات ذات طابع وقائي والتي تشكل مناورات وأفعال تتنافى والغايات التي حددها في المبادئ الثلاثة التي يؤسس عليها نظام الصفقات العمومية. وهي نفسها الأفعال التي أوجب القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته معاقبتها عن طريق قواعد التجريم والعقاب، وتتمثل في تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما للعون نفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه أو الإخلال بالالتزام المتعامل المتعاقد بإكتتاب التصريح بالنزاهة⁽⁴⁾.

وبسبب أن جرائم الصفقات العمومية تشترط توفر صفة الموظف العمومي في مرتكبيها، فإنه يتوجب معرفة كل النصوص ذات الصلة بهذه الصفة وتحديد مفهومها ونطاقها، ومن أهمها القانوني الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽⁵⁾ والأحكام المتعلقة بإجراءات التفويض للسلطات وغيرها.

¹ المادة 34 من القانون 01-06 " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون ."

² هذا الإجراء جاء تطبيقاً للمادة 9 من القانون 01-06 المعدلة بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 2010.08.26 .

³ وهذه الأفعال تشكل النشاط المادي لجريمة الرشوة المنصوص عليها في المواد 25-27-28 من القانون 01-06.

⁴ وتطبق المادة 216 من قانون العقوبات والخاصة بالترزوير في المحور الرسمي أو العمومي على كل من يبلي بمعلومات غير صحيحة في التصريح حسب النموذج المحدد في قرار وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2001 يحدد نماذج رسالة العرض والتصريح بالإكتتاب والتصريح بالنزاهة.

⁵ الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 2006.07.15 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 بتاريخ 16 يوليو 2006.

ولأهمية عنصر الوقاية فقد خصص القانون 01-06 باباً كاملاً للتدابير الوقائية في القطاع العام

تتمثل في:

1-إجراءات محورها الموظف العمومي لما يمثله، إلى جانب الأموال العامة، كأداة أساسية بيد الإدارة لأداء مهمتها الأساسية والمتمثلة في الوظيفة العامة، فالموظف العمومي يمثل العنصر البشري في الوظيفة الإدارية الذي يتولى تسيير الصفقات العمومية ما يستدعي من القائمين على هذه المهمة توفرهم على مجموعة من الشروط المهنية المناسبة كالكفاءة والخبرة والجدارة، بالإضافة إلى تحليهم بسلوكيات أخلاقية وأدبية كفيلة بترسيخ مبادئ النزاهة والحياد الضرورية في تسيير هذا العقد الهام.

ومن أجل ذلك دعت المادة 3 من القانون المذكور إلى مراعاة قواعد محددة في التوظيف بالنسبة لمستخدمي القطاع العام وفي تسيير مساره المهني، ومنها إعتداد مبادئ النجاعة والشفافية والمعايير الموضوعية مرتكزة على الجدارة والإستحقاق والإنصاف والكفاءة بالإضافة إلى تبني إجراءات مناسبة لإختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي المناصب العمومية التي تكون أكثر عرضة للفساد.

ولأن مسألة إختيار الرجل المناسب في الوظيفة المناسبة قد تشكل أحد البذور الرئيسية والأولية لنمو نبتة الفساد، فقد أولتها إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادتها السابعة رعاية خاصة

مؤكدة على ضرورة إعتقاد معايير موضوعية في تعيين الموظفين وترقيتهم، وإخضاع التوظيف إلى مبدأ المساواة في الإلتحاق بالوظائف العمومية⁽¹⁾ وقد تبنى الدستور الجزائري لسنة 1996 هذا المبدأ في مادته 51 بقولها " يتساوى جميع الموظفين في تقليد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون". وكرس المشرع أيضاً هذا المبدأ من خلال المادة 74 من الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

وتم تبني آليات لتجسيد هذا المبدأ منها ما جاء في المادة 80 من الأمر 03-06 التي نصت

على كفاءات الإلتحاق بالوظائف العمومية ومنها.

- المسابقة على أساس الإختبارات.

- المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض الأسلاك.

- الفحص المهني.

- التوظيف المباشر من بين المرشحين الذين تابعو تكويناً متخصصاً منصوصاً عليه في

القوانين الأساسية لدى مؤسسات التكوين.

¹ المادتين 29-51 من الدستور الجزائري لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07.12.1996 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 بتاريخ 08.12.1996 والمعدل والمتمم بقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10.04.2002 ج ر عدد 25 بتاريخ 14.04.2002 والمعدل والمتمم كذلك بقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15.11.2008 ج ر عدد 63 بتاريخ 16.11.2008.

ويلاحظ أنه إذا كانت هذه الآليات فعالة في إختيار الموظفين العموميين من فئة ومستوى معين فإن الأمر مختلف عندما يتعلق الحديث عن بعض مناصب المسؤولية في السلم الإداري، والمعنيون بالدرجة الأولى بتسيير قطاع الصفقات العمومية والذين يحملون صفة أمر بالصرف، لأن طريقة إختيارهم لا تخضع في الغالب لتلك الآليات وإنما يعينون بمرسوم تنفيذي أو رئاسي حالياً حسب الحالة، عن طريق الإختيار الحر والمباشر من طرف السلطة السلمية الرئاسية إعمالاً لسلطتها المطلقة في التعيين Pouvoir discrétionnaire de nomination، وفي هذه الحالة بالذات قد يكون مكنم الخلل، وقد يصبح التوظيف فعلاً أحد أهم منابع نقشي الفساد لغياب المعايير الموضوعية والشفافة القائمة على الإستحقاق والكفاءة⁽¹⁾ ما يؤدي إلى إنتشار المحسوبية والزيونية وعلاقات القرابة.

كما يجب أن يراعي في التوظيف الجانب الإقتصادي والإجتماعي للموظف لإبعاده ما أمكن عن السقوط في شرك الفساد، عن طريق ضمان أجر ملائم ومنح تعويضات كافية، كما نصت على ذلك المادة الثالثة فقرة 3 من القانون 06-01. ففي عموم الدول النامية يعاني الموظف العمومي من تدني أجره أو راتبه مما يجعله أكثر ضعفاً وهشاشة لكي يكون ضحية سهلة للإغراءات والفساد وبالتالي يؤثر ذلك على أدائه وإستقامته وتؤدي به إلى اللجوء لوسائل غير قانونية للحصول على مداخيل إضافية. وعلاقة الفقر بالفساد واضحة وقوية وثابتة، أكدت تقارير إحصائيات الفساد لعام 2007 حيث أشارت أن 40% من الدول التي حصلت على نتيجة أقل من 3 نقاط في سلم قياس الفساد تعاني من إنخفاض في الدخل⁽²⁾.

وإدراكاً منه لأهمية الراتب في الوقاية من الفساد أصدر المشرع ابتداءً من سنة 2007 عدة مراسيم رئاسية وتنفيذية في عملية شاملة لمراجعة وتحسين رواتب الموظفين بإدخاله تعديلات كبيرة على الشبكة الإستدلالية للأجور في قطاع الوظيفة العمومية⁽³⁾.

¹ كمال الدسوقي، سيكولوجيا الإدارة العامة وأخلاقيات الخدمة المدنية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية 2000، ص 49. وقد عبر عن هذه الوضعية بقوله " إن الموظف الذي يشعر بأنه عين لا لكفائته ولجدارته وإنما لدرجة القرابة ونفوذه ومعارفه....لا يمكن أن ينظر للمصلحة العامة على أنها شيء خطر أو ذو أهمية، وإنما يتركز إهتمامه في تملق من ساعده في الحصول على وظيفة ورد الجميل (يمكن أن يكون شخص أو حزب أو شركة) وهو ما يؤدي بدوره إلى ترقية أو تعيين قريب آخر، وهكذا تصبح المصالح الحكومية مغامم ومساعدات متبادلة بين القائمين عليها لا مؤسسات تخدم الصالح العام.....".

² ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013، ص 25.
³ صدرت عدة مراسيم رئاسية منها المرسوم الرئاسي رقم 07-304 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007 يحدد الشبكة الإستدلالية لشبكات الموظفين ونظام دفع رواتبهم. ج ر عدد 61 بتاريخ 2007.09.30 وحددت النقطة الإستدلالية ب 45 دينار جزائري تطبيقاً ابتداءً من جانفي 2008.

- المرسوم الرئاسي رقم 07-305 مؤرخ في 29 سبتمبر 2007 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 90-228 مؤرخ في 25 يوليو 1990 المحدد لكيفية منح الرواتب التي تطبق على الموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج ر عدد 61 بتاريخ 2007.09.30.

- والمرسوم الرئاسي رقم 07-306 مؤرخ في 29 سبتمبر 2007 يحدد النظام التعويضي للموظفين والأعوان العموميين الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة ج ر عدد 61 بتاريخ 2007.09.30.

- المرسوم الرئاسي رقم 07-307 مؤرخ في 29 سبتمبر 2007 يحدد كيفية منح الزيادة الإستدلالية لشاغلي المناصب العليا في المؤسسات والإدارات العمومية ج ر عدد 61 بتاريخ 2007.09.30.

وبالنظر لهذه الجهود فإن كان تحسين الرواتب يعد لبنة أساسية في جدار التصدي لظاهرة الفساد عامة وفي مجال الصفقات العمومية، فإن الحاجة تبقى قائمة وملحة لوضع لبنات أخرى داعمة لتحقيق هذه الغاية.

وفي إطار توسيع نطاق الوقاية وتطوير الخدمة العمومية وتحديث المرافق العامة، وهي مبادئ المرفق العام، وجب الإهتمام بسياسة التكوين المستمر⁽¹⁾ من خلال إعداد برامج تعليمية وتكوينية ملائمة لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح والنزيه والسليم لوظائفهم على أن تشمل هذه البرامج تكويناً متخصصاً يزيد من وعيهم بمخاطر الفساد خصوصاً في مجال الصفقات العمومية. ويؤكد الفقه على الدور المهم للتدريب والتكوين في توجيه الموظف إلى إكتساب الأخلاقيات الإدارية الجيدة والإستقامة واتخاذها سلوكاً مهنيّاً، ويعد إستثماراً بشريّاً يجعله مدركاً لمعنى المصلحة العامة بالنسبة للأفراد وللمجتمع، ولهذا يجب أن يكون التكوين خاضعاً لإستراتيجية هادفة وجادة ومتطورة.

كما أن سياسة التدوير الوظيفي لها دورها وتمثل آلية للوقاية من الفساد لأن بقاء الموظف أو المسؤول في منصبه لمدة طويلة يساعد في إرتكاب جرائم الصفقات العمومية نظراً لإكتسابه الخبرة اللازمة ومعرفته للطرق والأساليب الذكية للإلتفاف على القوانين لإرتكاب الأفعال غير المشروعة. في حين تغير المنصب من فترة إلى أخرى يساهم في تجديد الطاقات ورفع المعنويات بعيداً عن الروتين البيروقراطي المضر، ولذلك قد تكون هذه التقلبات من منصب إلى آخر أو من منطقة جغرافية إلى أخرى بصفة دورية⁽²⁾ وتحديد مدة زمنية معينة لإجرائها كأن تكون 5 سنوات مثلاً، مفيدة جداً في هذا الإطار.

2- التصريح بالامتلاك بهدف تخليق الحياة السياسية والشؤون العامة وضمان الشفافية وضمان حماية الممتلكات العمومية وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بخدمة عمومية ودرء كل الشبهات التي يمكن أن تطالهم. فقد ألزم المشرع في المادة 4 من هذا القانون الموظف العمومي بالتصريح بامتلاكاته، من خلال إكتتابه تصريح بالامتلاكات خلال الشهر الذي يعقب تنصيبه في وظيفته أو بداية عهده الإنتخابية. يتم تحديد هذا التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العمومي مع وجوب التصريح بالامتلاكات عند نهاية العهدة الإنتخابية أو عند إنتهاء الخدمة⁽³⁾.

¹ أما التدريب فهو تحصيل خبرات ومهارات جديدة ذات طابع تطبيقي ويكون فيه عمل محدد وعادة ما يكون في مكان العمل Formation sur le tas. أما التكوين فهو زيادة المعارف والمعلومات التي لا ترتبط بالضرورة بعمل محدد، ويغلب عليه الطابع النظري.

² ناصر عبد الناصر المسلم، إدارة الموارد البشرية في ظل نظام العولمة، دون تاريخ، الرياض 2005، ص 159.

³ وهو ما يعبر عنه بالفرنسية Le train de vie -Manière de vivre d'une personne par rapport à ses revenus. وهي طريقة إعتدتها الدول وكذلك الإتفاقيات الدولية لرصد حالات الإثراء غير المشروع.

انظر المادة 20 من إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد (CNUCC) والمادة IX من إتفاقية الدول الأمريكية لمكافحة الفساد. وكذلك المادة الأولى من إتفاقية الإتحاد الإفريقي للوقاية ومكافحة الفساد.

ووسع المشرع في نطاق الأموال المصرح بها وبالتالي نطاق الحماية، وجعل جرد هذه الممتلكات شاملاً للأموال العقارية والمنقولة التي يحوزها المكتتب أو أولاده القصر، ولو على الشيوع، سواء في الجزائر أو في الخارج بحسب النموذج المحدد من طرف وزير المالية⁽¹⁾.
وقد حرص المشرع على التأكيد على إجراء التصريح بالممتلكات⁽²⁾ ضماناً لنزاهة الأشخاص المشرفين على الخدمة العمومية وحماية الممتلكات وسد منافذ الإتجار بالوظيفة والإثراء غير المشروع ووضعاً مجموعة من الإجراءات والتدابير لإتمام هذا الإجراء المهم والعملي للوقاية من الفساد ومكافحته، محددًا في البداية لكيفيات إجراء هذا التصريح وآجاله، وجعله يشمل كل مراحل المسار المهني للموظفين العموميين. فقد يأخذ صورة تصريح أولي خلال الشهر الذي يعقب تنصيبه في الوظيفة أو بداية العهدة طبقاً للمادة 4 من القانون 06-01، وفي حالة عدم الإلتزام عمداً بالتصريح بعد مضي شهرين⁽²⁾ من تذكيره بالطرق القانونية، يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة 36 من نفس القانون⁽³⁾.

¹ جاء في المادة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن التصريح يحدد طبقاً للنموذج الذي تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 06-414 مؤرخ في 2006.11.22 ج ر عدد 74 بتاريخ 2006.11.22.

² هذا إجراء كان منصوباً عليه سابقاً من خلال الأمر رقم 97-04 المؤرخ في 11 جانفي 1997 المتعلق بالتصريح بالممتلكات، ج ر عدد 3 بتاريخ 1997.01.12 (ملغى) في مادته الأولى التي كانت تنص على " يؤسس هذا الأمر التصريح بالممتلكات الواجب على كل شخص قائم بأعباء السلطة العمومية بغية ضمان الشفافية المالية في الحياة السياسية والإدارية وضمن الحفاظ على الممتلكات العمومية وكرامة الأشخاص المدعون لخدمة الجماعة الوطنية ".

- وهو إجراء مستوحى من المادة 5 من إتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته بقولها " تسعى كل دولة طرفاً....وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يفصحوا للسلطات المعنية بما يهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي وإستثمارات وموجودات وهيئات أو منافع كبيرة قد تقضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين " .

- وقد إستعملت المدونة الدولية لأخلاقيات الموظفين العموميين إصطلاح " الإفصاح عن الأموال " للتعبير عن هذا الإجراء.

- وكان الخليفة الراشد عمر بن الخطاب مثلاً يحتدى به في معيشته وأهله ومن تم كانت حجته في مواجهة عماله وولاته، فقد يستحي أحدهم أن يخون ليغنتي وخليفته قانع لا يطمع في أكثر من الكفاف. وهو صاحب مقولة من أين لك هذا. وكان يحصي رضي الله عنه أموال الوالي قبل وبعد الولاية وكان يأمر وولاته بدخول بلادهم نهاراً إذا جاءوا من ولاياتهم ليعرف الحراس والأرصدة الذين يقيمون على ملاقي الطريق ما حمله الوالي في عودته.

أنظر أكثر تفاصيل حول مراقبة المال العام في ظل الشريعة الإسلامية، د.ناصر خلف بختي، المرجع السابق ص 27، وكذلك محمد علي أحمد قطب، الموسوعة القانونية والأمنية في حماية المال العام، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع ، 2006، ص124.

³ المادة 36 من القانون 06-01 يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل موظف عمومي خاضع قانوناً لواجب التصريح بممتلكاته ولم يتم بذلك عمداً بعد مضي شهرين (2) من تذكيره بالطرق القانونية.....).

وقد يكون تصريح تجديدي فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف العمومية بنفس الكيفية التي يتم بها التصريح الأولي طبقاً للمادة الرابعة فقرة 3 من ذات القانون، مع الملاحظة أن المشرع لم يحدد مقدار هذه الزيادة وإن كان وصفها بالمعتبرة، مما يدل أن الزيادة المقصودة تكون ملفتة للنظر ومثيرة للإنتباه، مقارنة بمسار الحياة Le train de vie كما يكون التصريح عند نهاية العهدة الإنتخابية أو عند نهاية الوظيفة⁽¹⁾. كما شملت هذه التدابير تفصيل لمحتويات التصريح طبقاً للنموذج المحدد عن طريق التنظيم إستناداً لنص المادة 5 من القانون 06-01 وفعلاً تم تحديد عناصره بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 06-414 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006⁽²⁾، وتمثلت على الخصوص في ضرورة تضمينه بيانات خاصة بالموظف كإسمه وإسم الأب وعنوانه وتاريخ توليه الوظيفة وذكر تاريخ تعيينه، أما فيما يخص الممتلكات فقد حددتها المادة 5 فقرة الأولى من القانون 06-01 وشملت جرداً للأماكن العقارية بتحديد موقعها ومكوناتها وطبيعتها سواء كانت زراعية أو معدة للبناء أو محلات تجارية والمنازل وشققها، التي يملكها المكتب أو أولاده القصر في الجزائر أو في الخارج. ويلاحظ أن نص المادة لم يشمل لا الزوجة ولا الأولاد غير القصر وكان بالأحرى أن يتم ذكرهم كذلك. فعلى الرغم من إعتقاد القانون الجزائري لنظام إستقلالية الذمة للزوجة والأولاد غير القصر، فإن ذلك في سياق جرائم الصفقات العمومية والفساد عموماً قد يمثل ثغرة يمكن أن ينفذ عبرها الموظفون الفاسدون ويسجلوا هذه الممتلكات بأسماء أزواجهم مثلاً للإفلات والتستر عن مصادر إترائهم غير المشروع⁽³⁾.

كما شملت الإجراءات الجهة المكلفة بتلقي التصريح بالممتلكات وكيفية نشره بحسب إختلاف صفة المصرح طبقاً للمادة 6 من القانون 06-01⁽⁴⁾.

¹ المادة 4 من القانون 06-01 فقرة رابعة وما يلاحظ أن المشرع لم يحدد مدة لهذا التصريح النهائي مما قد يشكل ثغرة للتهرب من القيام بهذا الإجراء خصوصاً وأنه في هذه المرحلة هو الذي يعكس الفارق في الذمة المالية ويحدد بالتالي ما إذا كان هناك إثراء غير مشروع من عدمه، ويرتب على الشيء مقتضاه.

² المرسوم الرئاسي رقم 06-414 المؤرخ في 2006.11.22 يحدد نموذج التصريح بالممتلكات ج ر عدد 74 بتاريخ 2006.11.22.

³ وكانت هذه الملحوظة محل تنبيه تضمنته تعليمة رئيس الجمهورية لسنة 2009 التي حثت على تفعيل مكافحة الفساد، بأن يشمل التصريح بالممتلكات حتى زوج الموظف العمومي وأولاده غير القصر والمؤمل أن تؤخذ هذه الإقتراحات في الإعتبار بمناسبة التعديلات المقبلية للقوانين ذات الصلة.

⁴ المادة 6 من القانون 06-01 ذكرت الفئات المصرحة بمختلف مستوياتها وتلك المعنية بنشر التصريح بالممتلكات وغير المعنية، والجهات التي تتلقى التصريحات إن كان أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا ونشر محتواه في الجريدة الرسمية، أو التصريح أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته يكون في محل تسييره عن طريق التعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية والولاية خلال شهر.

ورغم أهمية إجراء التصريح بالممتلكات ضمن آليات مكافحة الفساد إلى أنه في الممارسة الفعلية ما زالت هناك تحديات كبيرة تواجه تطبيقه بالصرامة والجدية المطلوبة، فكثيراً ما تكون التصريحات

غير مكتملة وغير دقيقة بالنسبة للممتلكات سواء في الداخل أو الخارج ناهيك عن الصعوبات في مجال نشر التصريحات في الجريدة الرسمية خاصة بالنسبة للوظائف السامية والسياسية مما يضعف من فعالية هذا الإجراء. ومن أجل ذلك وغيره قرر المشرع إجراءات جزائية عند الإخلال بهذا الإجراء الذي قد يتخذ شكلين:

أ- عدم التصريح بالممتلكات.

وهي الصورة التي يتمتع فيها الموظف العمومي عن القيام بهذا التصريح عمداً بعد مضي شهرين (2) من تذكيره بالطرق القانونية وهي جنحة معاقب عليها طبقاً للمادة 36 من القانون 06-01 بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج. وما يلاحظ أن هذا النص لم يتناول حالة وقوع هذه الجنحة من قبل شخص يتمتع بالحصانة القانونية كما هو الشأن بالنسبة لنواب البرلمان حيث منحتهم المادة 110 من دستور 1996 هذه الحصانة بقولها " لا يجوز الشروع في متابعة أي نائب أو عضو في مجلس الأمة يتسبب في جنائية أو جنحة إلا بتنازل صريح منه أو بإذن من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يقرر رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضائه ". ومن تم يتعذر تطبيق المادة 36 من القانون 06-01 السالفة الذكر على المتمتعين بالحصانة في حالة ارتكابهم لجنحة عدم التصريح بالممتلكات، وإعتبرت هذه الحالة أثناء مناقشة هذا القانون صورة من صور الإفلات من العقاب التي يجب تصحيحها تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القانون.

وفي ذات السياق يلاحظ أيضاً تشديد العقوبة بالنسبة للموظف العمومي الذي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة التي طرأت في ذمته المالية مقارنة بمداخله المشروعة، بحيث يعاقب طبقاً للمادة 137 من القانون 06-01 بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج. ولعل هذا التشديد ينسجم مع فلسفة قواعد التجريم في مجال الصفقات العمومية وجرائم الفساد، خاصة والحالة تتعلق بثبوت جريمة الإثراء غير المشروع من خلال عجز الفاعل وعدم قدرته على تبرير الزيادة المعتبرة Substantielle في ذمته المالية، وهي مسألة موضوعية يبقى تقديرها من سلطة القاضي الجزائي.

ب- التصريح الكاذب بالممتلكات.

لبلوغ الفعالية المتوخاة من هذا الإجراء حرص المشرع على معاقبة أي تلاعب أو إخفاء للمعلومات المتعلقة بالممتلكات المصرح بها، وهو ما تضمنته كذلك المادة 36 من القانون 06-01 بقولها "أو قام بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ أو أدلى عمداً بملاحظات خاطئة أو خرق عمداً الإلتزامات التي يفرضها عليه القانون ".

ويعاقب بنفس العقوبة المقررة في حالة الإمتناع عن تقديم التصريح بالممتلكات أي الحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة مالية تتراوح من 50.000 دج إلى 500.000 دج، ويجوز توقيع عقوبات

تكميلية إلى جانب العقوبة الأصلية⁽¹⁾ وتبقى فيها السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، ويمكن أن تشمل الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار الشيكات أو إستعمال بطاقة الدفع، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة، سحب جواز السفر، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة⁽²⁾.

ويرتبط تشديد عقوبة هذه الجنحة بحسب صفة الشخص المكتتب المرتكب لهذه الجريمة، فإذا كان قاضياً أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطاً عمومياً أو عضواً في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، فإن العقوبة تشدد لتصبح ما بين 10 سنوات و 20 سنة وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج⁽³⁾. وأما بالنسبة للتقادم فطبقاً للمادة 54 فقرة الثانية من القانون 01-06 والتي تحيل إلى قانون الإجراءات الجزائية فإن تقادم الدعوى العمومية في جريمة الإخلال بواجب التصريح بالممتلكات يكون بمرور ثلاث سنوات كاملة تسري من يوم ارتكابها، إذا لم يتخذ أي إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق في تلك الفترة، وإذا إتخذت إجراءات في تلك الفترة، فلا يسري التقادم إلا بعد ثلاث سنوات كاملة من تاريخ آخر إجراء. وأما فيما يتعلق بتقادم العقوبة فيكون بعد مضي خمس سنوات كاملة ابتداءً من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم أو القرار نهائياً⁽⁴⁾.

¹طبقاً للمادة 50 من القانون 01-06 السالف الذكر .

² المادة 9 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات معدل بالقانون رقم 90-01 المؤرخ في 20.02.2009.

³ حسب ما نصت عليه المادة 48 من القانون 01-06، السالف الذكر .

⁴ المادة 614 من قانون الإجراءات الجزائية.

وضمن ذات السياق فقد ألزمت المادة 8 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الموظف العام في حالة ما إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة وكان من شأن هذا التعارض أن يؤثر على ممارسة مهامه، بإخبار السلطة الرئاسية بوجود ذلك التعارض. وقد أوضحت المادة الأولى من الأمر 07-01 المؤرخ في 1 مارس 2007 المتعلق بحالات التنافي للأشخاص الخاضعين لهذا الإلتزام⁽¹⁾ وحددت النشاطات المحظورة على الموظف العام التي من شأنها أن تؤدي إلى تعارض المصالح، كالدخول والمشاركة من طرف العاملين في حقل الصفقات العمومية في المناقصات أو المزايدات التي تعقدتها الهيئات التي يعملون بها.

وكذلك حالة الإخلال بالواجبات الملقاة على الموظف العمومي في الإخبار والتبليغ عند تعارض مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة بمناسبة مشاركته في إبرام أو تنفيذ أو مراقبة صفقة عمومية أو بالنسبة لحالات التنافي المتعلقة بالجمع بين عضوية لجنة الصفقات العمومية وعضوية لجنة فتح الأظرفة أو تقييم العروض عندما يتعلق الأمر بنفس الطلب. وكذلك حالات التنافي المتصلة بإبرام المصلحة المتعاقدة عقوداً بأي شكل من الأشكال مع الموظفين السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم لمدة خمس سنوات، وكذلك حالة الإخلال من طرف المتعامل المتعاقد المتعهد في صفقة عمومية بإلتزام إعلام المصلحة المتعاقدة عندما يكون في حالة نزاع مع مصالح مرتبطة بالصفقة ذاتها، وإخلاله بالإلتزام بالإمتناع عن المشاركة حينما يتسنى له الإطلاع على بعض المعلومات بمناسبة حصوله على صفقة عمومية يمكن أن تمنحه إمتيازاً عند المشاركة في صفقة أخرى.

ورتب المشرع على مظاهر الفساد هذه مجموعة من الجزاءات الإدارية تشمل إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق والتسجيل في قائمة المتعاملين الممنوعين في المشاركة في الطلب العمومي، وفسخ الصفقة دون الإخلال بالمتابعات الجزائية. حيث نجد أن مظاهر الفساد التي تضمنها قانون الصفقات العمومية مستوحاة من نفس المظاهر التي نص عليها القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وكذلك القانون المتعلق بحالات التنافي الخاصة ببعض المناصب وإعتبرها أفعالاً مادية لجرائم محددة.

¹ ويطبق على شاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة يمارسونها ضمن الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية الإقتصادية بما فيها الشركات المختلطة التي تحوز الدولة على 50% على الأقل من رأس مالها، وكذا على مستوى سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية أخرى مماثلة تتولى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكم ونصت المادة 2 من نفس الأمر على أن يمنع شاغلوا هذه المناصب من أن تكون لهم خلال فترة نشاطهم بأنفسهم أو بواسطة أشخاص آخرين داخل البلاد أو خارجها، مصالح لدى المؤسسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها.

وبذلك تشكل الأحكام المتعلقة بالوقاية من الفساد سواء تلك المكرسة عن طريق تنظيم الصفقات العمومية أو تلك التي تضمنها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، جزءاً من منظومة التجريم في مجال الصفقات العمومية بإعتبارها كلٌ لا يتجزأ في مواجهة ظاهرة الفساد، وأن قواعد المسؤولية الجزائية في هذا المجال هدفها تدعيم قواعد الوقاية تلك التي تبقى محور ومركز إستراتيجية تخليق الحياة العامة في مجال الطلب العمومي. ولعل جمع كل من مفهوم الوقاية والمكافحة تحت عنوان لقانون واحد يدلل على مدى إرتباط الوسيطتين وتداخلهما من جهة ومدى خطورة ظاهرة الفساد عموماً التي لا تقتصر مواجهتها والتصدي لها على آلية واحدة.

مما سبق نخلص إلى أن مصادر قواعد التجريم للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، تتميز بتنوع المصادر وتعددتها بين خارجية وداخلية وشموليتها لقوانين وتنظيمات مختلفة تتداخل إلى جانب تنظيم الصفقات العمومية، ويعد ذلك مؤشراً واضحاً على تميز وخصوصية قواعد هذه المسؤولية وإطارها القانوني.

ثم إن سمة التنوع والتعقيد في مصادر قواعد التجريم إنسحبت كذلك على نوعية المصالح التي تهدف هذه المسؤولية إلى حمايتها ، ومن ثم فإن معرفة هذه المصالح الجديرة بالحماية يساهم في تبيان وتحديد طبيعة هذه المسؤولية وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

المبحث الثالث: المصالح المحمية في مجال تجريم الصفقات العمومية.

يحقق القانون الجزائري أقصى درجات الحماية للمصالح التي يتصدى لحمايتها، وبذلك إرتبطت فكرة المصلحة بتطور الفكر العقابي خاصة عند تحديد الغاية التي يستهدفها المشرع من القاعدة القانونية من ناحية، وكذلك بفلسفة التجريم والعقاب القائمة تاريخياً على توفير أسباب الحياة الإجتماعية عن طريق ربط النظم القانونية بالإحتياجات والمصالح الجماعية بغض النظر عن إختلاف طرق وأساليب هذه الحماية في الزمان والمكان، وبذلك فإن المصلحة هي أساس التجريم ومناطه⁽¹⁾.

فبعض المصلحة المحمية يتحدد حجم وقوة قواعد المسؤولية الجزائية الحامية لهذه المصلحة وإن كان أساس التجريم لا يقف عند حد حماية مصالح الأفراد بإعتبارها حماية للمجتمع ذاته، بل يهدف إلى تطويرها بما تحقق إستمرارية الحياة الإجتماعية في ضوء العلاقة بين القانون والواقع⁽²⁾. كما أن تحديد القواعد والشروط الخاصة التي تحقق حماية هذه المصالح تتم في إطار القانون الجزائري بصرف النظر عن كون هذه المصالح قد تقررت أصلاً في فرع آخر من فروع القانون كحقوق ملزمة أو إلتزامات واجبة، وهو ما يعكس إستقلالية وذاتية القانون الجزائري⁽³⁾، في إطار القيود العامة المفروضة على التجريم الجزائي بصفة عامة وفي مقدمتها تلك المتعلقة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽⁴⁾.

ومن الثابت أن تدخل المشرع الجزائري عن طريق قواعد المسؤولية الجزائية لحماية الصفقات العمومية والمال العام، هو لحماية مصلحة عامة مشتركة محددة في وظيفة الدولة ومؤسساتها وهي ضمان الخدمة العمومية ومصالح المجتمع العامة في كافة المجالات الإقتصادية والتنموية والإجتماعية والسياسية. فحماية الوظيفة العامة والقائمين عليها في القانون الجزائري في إطار سياسة شاملة لتخليق الحياة الإقتصادية والحياة العامة وتديبر الشأن العام، باتت مصلحة إجتماعية جديرة بالحماية الجزائية وحماية هذه المصلحة تحدد العلة التشريعية من القواعد الجزائية التي بدورها تساهم في رسم نطاق تطبيق هذه القواعد الجزائية من حيث الأفعال والتكاليف التي تتدرج تحتها، ولذلك تختلف الأنظمة القانونية في طريقة معاقبتها للفساد، لإختلاف كل نظام في نظرتة لطبيعة المصلحة المحمية من خلال قواعد تجريم الفساد وكذلك تحديد رسم مجال التجريم والعقاب.

¹ حسنين عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلد الثالث، المجلة الجديدة القومية، جويلية 1974، ص 247 وما بعدها.

² محمود بخيث حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدابير الإحترازية، الطبعة الخامسة، دار النهضة، 1982، ص 50.

³ وهناك من يخالف هذا الرأي بإعتبار أن كل قاعدة جزائية تحمل في ثناياها قاعدة من فروع القانون الأخرى. بمعنى أن كل ما هو معاقب عليه في قاعدة جزائية يكون منهيأ عنه في فرع من فروع القانون الأخرى. (في هذا الشأن أنظر كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص18).

- وكذلك رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة 1979، ص48.

⁴ محمود بخيث حسني، المرجع السابق، ص 88.

ولتجسيد حماية هذه المصالح وضع المشرع بين يدي القاضي الجزائري مجموعة من القواعد الجزائرية التي تمكنه من معاقبة كل السلوكات المنحرفة بما فيها تلك السابقة عن إبرام عقود الصفقات العمومية، ويأتي ذلك بعدما لوحظ عجز منظومة الرقابة رغم تعددها والتي وصفت بأنها شكلية لاقتصرها على مراقبة الإجراءات فقط، في حين أن من المشاكل الأساسية التي تواجه الشراء العمومي هي أنه يمكن أن يحترم ويلتزم حرفياً بقانون الصفقات العمومية في ظاهره ومع ذلك يخرق في باطنه وروحه عن طريق ارتكاب سلوكات منحرفة قد تؤثر سلباً على المسار الصحيح لإبرام العقد.

ولذلك يتسع نطاق المصلحة المحمية عبر قواعد المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية لتشمل كذلك السلوكات التي تخرق واجبات النزاهة Probité والحياد Impartialité وكل السلوكات المرتبطة بتخليق الحياة العامة La moralisation de la vie publique. وعليه يمكن القول أن المصلحة الجديرة بالحماية الجزائرية في هذا الصدد تتدرج من مصلحة عامة تتمثل في معاقبة السلوكات المخلة بتخليق الحياة العامة، الى مصلحة أخرى خاصة بقطاع الصفقات العمومية والمتمثلة في المبادئ الثلاث للطلب العمومي، التي بدورها تؤدي إلى حماية المصلحة النهائية وهي عقود الصفقات العمومية والمال العام.

المطلب الأول : تخليق الحياة العامة كمصلحة عامة جديرة بالحماية الجزائرية.

تخليق الحياة العامة مفهوم وتعبير أصبح متداولاً في المجتمع المعاصر للدلالة على مجموعة الإجراءات والتدابير التي تعتمدها الدول فرادى أو في إطار تشاركي تساهم فيه منظمات دولية ومنظمات غير حكومية و مجتمع مدني، لمحاربة الفساد بمفهومه العام عن طريق ترسيخ مبادئ النزاهة والشفافية والإستقامة والحياد وتكافؤ الفرص والإخلاص في العمل والمسؤولية وسيادة مبادئ الديمقراطية.

ويرتبط الفساد بإنحرافات الوظيفة العامة بوجه عام والرشوة والإتجار بالنفوذ والمحاباة بوجه خاص، وهي سلوكات تجد لها موقعاً ومرتعاً في مجال الصفقات العمومية. ومن ثم يجب مواجهة هذه الظاهرة من جذورها عن طريق اعتماد إستراتيجية محورها تخليق الحياة العامة كبيئة وكإطار لتسيير الشأن العام وخدمة الصالح العام، عن طريق تبني أساليب وقائية وعقابية هدفها تكريس قيمة النزاهة في الوظيفة العامة. ولعل تخصيص مفهوم النزاهة بالدراسة وإعتماده كمصلحة جديرة بالحماية الجزائرية نابعا من كونه مصطلحا شاملا وجامعاً لمعظم السلوكات التي تتدرج ضمن تعبير تخليق الشأن العام، وبحمايته تتحقق غاية المشرع في حماية الوظيفة العامة كمصلحة أساسية جديرة كذلك بالحماية عن طريق أحكام المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الأول: تعريف النزاهة.

1- في اللغة النزاهة هي البعد عن السوء وترك الشبهات، ونزه تنزيهاً أي باعده عن القبح، ورجل نزيه الخلق يعني بعيد عن المطامع الدنيئة⁽¹⁾. نَزَهُ الخلق وَنَزَهُهُ وَنَازَهُهُ النفس: عفيف متكرم يحلُّ وحده ولا يخالط البيوت بنفسه ولا ماله، وإنَّ فلاناً لنزيه كريم إذا كان بعيداً عن اللوم وبتنزه عن ملائم الأخلاق. وفي حديث لأبي هريرة رضي الله عنه "الإيمان نزه"⁽²⁾.

2- وفي التعريفات الفقهية المختلفة للنزاهة نجد إختلاف مفاهيم النزاهة والموضوعية والإستقامة والأمانة. ففي اللغة الفرنسية نجد النزاهة بمعنى Intégrité- probité - honnête وفي اللغة الإنجليزية Intégrity - probity -- honesty وقد إستخدمت هذه الكلمات أيضاً بمعنى مرادف للموضوعية Objectivisme، والنزاهة في المصطلح الفرنسي بمعناها الواسع صفة للشخص الخالي من العيوب والنقائص أو من الفساد ويضرب المثل لذلك بنزاهة القضاة L'intégrité d'un magistrat وبمعناها الضيق فهو مرادف لعدم الفساد المالي وهي صفة للشخص الذي لا يقبل رشوة بالمال أو الربح أو الفوائد Incorruptibilité pécuniaire⁽³⁾.

وفي المفهوم الإسلامي أين نجد أن المولى عز وجل يربط الإيمان بالتكليف سواء في العبادات أو المعاملات أو الأخلاقيات أمراً كان أو نهياً، فأوجب على من يولى أمراً من أمور المسلمين أداء الأمانات إلى أهلها والحكم بالعدل وهما جماع السياسة العادلة والولاية الصالحة وفيها تكليف الجماعة الإسلامية وخلقها⁽⁴⁾. مصداقاً لقوله تعالى " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعمًا يعظكم به إن الله كان سمياً بصيراً"⁽⁵⁾.

¹ معجم مقاييس اللغة لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكرياء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص 27 (28 مقاييس 5).

² وأيضاً لسان العرب لأبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور تحقيق عبد الله على الكبير ومجموعته، دار المعارف، دون تاريخ، دون دار الطبع، المجلد الثاني، ص 1.66.

³ Pinalet-Jean, l'encyclopédie de poche, le phénomène criminel, M.A, Editions, paris, p,96.

- سهير عبد المنعم إسماعيل، الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العامة، ص 23.

⁴ أنظر الإمام النووي، رياض الصالحين من كلام المرسلين، المكتبة الجارية، القاهرة، ص 583 .

وكذلك ابن تيمية في السياسة الشرعية، والسيد قطب في ظلال القرآن المجلد الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار العلم للطباعة والنشر، جدة، 1986، ص 688.

⁵ سورة النساء الآية 58.

فإذا كان العدل هو رأس الفضائل الخلقية التي أمر الله العمل بها وحرص الإسلام على ترسيخها، لقوله تعالى " إن الله يأمر بالعدل والإحسان " وقوله عز وجل " يأيتها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط ولا يجرمنكم شنئان قوم على ألا تعدلوا إعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون "(1). أما الأمانة فهي لب الإصلاح وترجع إلى خشية الله وترك خشية الناس لقوله تعالى " ولا تخشوا الناس وأخشون ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون"(2). وقيل في تفسير الآية " ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً " أنه السحت من الرشا على تبديل كلمات الله وكتمان الحق(3). وقوله تعالى " يأيتها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم " ومنها أمانة المحافظة على حريات الجماعة وأموالها. كما بشرت السنة النبوية بحسن جزاء الصالحين مصداقاً للحديث النبوي الذي ورد عن عياض بن حمار رضي الله عنه حيث قال: سمعت رسول الله صلى عليه وسلم يقول " أهل الجنة ثلاث: ذو سلطان مقسط، ورجل رحيم القلب لكل ذي قربي مسلم وعفيف متعفف ذي عيال"(4).

ولعل ثراء وشمولية أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال كونها جامعة لمكارم الأخلاق، تمثل منبعاً أصيلاً يمكن للمشرع أن يستلهم منه العديد من القواعد لتدعيم منظومة تخليق الحياة العامة.

وينظر للنزاهة في الوظيفة العامة كإلتزام وظيفي ومثل أعلى معنوي يفرض على كل شخص وفي كل الظروف، بدون حاجة إلى جزاء مدني أو تأديبي أو جنائي، بل هو إلتزام مبعثه الضمير. وبالنسبة للموظف العمومي تعد النزاهة إلتزاماً وظيفياً يفرض عليه واجب الأمانة Devoir d'honnête والإستقامة Comportement correct والحياد Impartial والتجرد désintéressement. وواجب النزاهة بمدلوله الواسع Probité absolue(5) إلتزام تبنته كل التشريعات الوظيفية بلا إستثناء لأنه يشكل عنصر إستقرار الوظيفة العمومية ويضمن لها الفعالية والنمو والتقدم بل والإستمرار أيضاً. فإذا كانت السلطة العامة هي الرأس فإن الوظيفة العامة ممثلة في الإدارة هي ذراع هذا الرأس وبالتالي فنزاهة الوظيفة العامة هي نزاهة الدولة ذاتها ممثلة في الموظفون العموميون المؤتمنون على حقوق الأفراد ومصالحهم، وقد قيل أن الدولة لا تساوي إلا ما يساويه الموظف العام(6).

¹ الآية رقم 9 سورة النمل، وبعدها الآية رقم 8 من سورة المائدة.

² الآية 44 من سورة المائدة.

³ ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص 26.

⁴ رواه مسلم، أنظر رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين الإمام النووي، المرجع السابق، ص 284.

⁵ ما يوافق المعنى الذي أعطاه قاموس لاروس للنزاهة probité على أنها:

" observation rigoureuse des principes de la justice et de la morale". petit Larousse. librairie Larousse 1990.

⁶ علي عبد القادر مصطفى، الوظيفة العامة في النظام الإسلامي وفي النظم المعاصرة، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، 1983، ص 96-97.

فئة الناس في الوظيفة العامة لا تتحقق إلا حين التأكد من أن أقل تقصير في التزام الموظف بالنزاهة سيتم رده ومعاقبته، ولذلك كان الإخلاص بلا حدود والتجرد من كل غرض والإبتعاد عن مواطن الشبهات للحفاظ على سمعتهم وهيبتهم وألا يبتغوا من أعمالهم إلا الصالح العام، هي أهم التزامات الموظف العمومي تجاه مجتمعه.

الفرع الثاني: النزاهة كمصلحة في منظور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

في الأصل أن النزاهة كالتزام وظيفي يشكل الإخلال به من جانب الموظف العمومي مخالفة تأديبية تستوجب العقاب، غير أن المشرع لم يكتف بالجزاء التأديبي نظراً لأن نزاهة الموظف تختلط بنزاهة الوظيفة ذاتها في نظر المجتمع، وبذلك شكل الإخلال بواجب النزاهة خطورة إجتماعية أكبر وارتقت وتحولت بذلك إلى ظاهرة من الظواهر الجنائية التي تستدعي تدخل قواعد المسؤولية الجزائية عن طريق القاضي الجنائي.

ولعل مجال الصفقات العمومية لأهميته وحاجته لبيئة صحية سليمة وشفافة، هو أحوج ما يكون إلى قيم النزاهة كسلوك يتحلى به القائمون على إنجاز هذه العقود وتسييرها ابتداءً من إبرامها ثم تنفيذها إلى غاية إنهاؤها. وهو ما حدا بالمشرع إلى إيلائها إهتماماً خاصاً كرسته الأحكام المتعلقة بمكافحة الفساد سواء في جانبها الوقائي أو في قواعد التجريم والعقاب.

أ- أما بالنسبة لقواعد الوقاية من الفساد فقد جعلت من تكريس قيم النزاهة في مجال الصفقات العمومية غاية إهتمامها، سواء تلك التي جاء بها قانون الصفقات في الباب الثالث القسم السادس من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تحت عنوان مكافحة الفساد من خلال المواد (60، 61، 61 مكررو 61 مكرر1) أو تلك التي إحتواها القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته في الباب الثاني تحت عنوان التدابير الوقائية في القطاع العام والباب الثالث الخاص بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

وقد تناولت هذه النصوص تدابير لها صلة بتجسيد مفهوم النزاهة في الممارسة العملية في قطاع الصفقات العمومية نذكر منها:

- وجوب وضع آلية إطار أخلاقي وأدبي للأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية يصدر في صورة مرسوم حسب المادة 60 من المرسوم 10-236 وهو نفس مضمون المادة 7 من القانون 06-01 التي دعت إلى وضع مدونات قواعد سلوك الموظفين العموميين من طرف الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الإقتصادية، من أجل تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبها ووضع قواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة والملائم للوظائف العمومية وكذا العهدة الانتخابية.

- كما ألزمت المادة 61 من قانون الصفقات العمومية المتعامل المتعاقد بإكنتاب التصريح بالنزاهة وقابلتها المادة 4-5-6 من قانون مكافحة الفساد بعرض تفصيل لهذا الإجراء من حيث محتواه وكيفيات إتمامه وآجاله⁽¹⁾. وقررت إجراءات إدارية وعقابية على مخالفة إتمامه تشمل إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق وأيضاً الإدماج على قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض الصفقات العمومية وفسخ العقد، وذلك متى ثبت وقوع أفعال ومناورات من المتعامل المتعاقد ترمي إلى تقديم لكيان آخر مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأنه أو إبرامه أو تنفيذه، دون الإخلال بالمتابعات الجزائية.

- كذلك كرست المادة 61 مكرر من قانون الصفقات العمومية واجب الموظف بالإخبار والتنحي في حالة تعارض مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد عندما يشارك في إبرام أو تنفيذ أو مراقبة صفقة عمومية، أو يجمع بين عضوية لجنة الصفقات العمومية ولجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض عندما يتعلق الأمر بنفس الطلب. هذا الإجراء تم تأكيده في نص المادة 8 من قانون مكافحة الفساد وكذلك في أحكام الأمر رقم 01-07 المؤرخ في 2007.03.01 المتعلق بحالات التنافي والإلتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف.

- وشملت المادة 61 مكرر 1 المتعامل المتعاقد الإقتصادي المتعهد في صفقة عمومية بإجراء الإبلاغ عن وضعية تنازع المصالح⁽²⁾، والمرتبب بالصفقة ذاتها وكذلك مطالبته بعدم المشاركة في المنافسة إذا كان قد حصل مسبقاً على معلومات قد تعطيه أفضلية في الحصول على الصفقة حفاظاً على حرية المنافسة ومبدأ المساواة.

ب- وأما من جانب مكافحة حرص المشرع على تضمين سواء قانون العقوبات سابقاً أو قانون مكافحة الفساد لاحقاً مجموعة من القواعد التجريبية الهادفة إلى فرض إحترام قيم النزاهة والحياد والإستقامة على القائمين بتسيير الشأن العام وقطاع الصفقات العمومية خاصة تحت مظلة منظومة تخليق الحياة العامة في الوظيفة العامة وإرساء قيم الأمانة والعدل والمساواة والمسؤولية في وظيفة الدولة في نظام ديمقراطي.

¹ وقد جاء في المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 01-06 " قصد ضمان الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية، وحماية الممتلكات العمومية ، وصون نزاهة الأشخاص المكلفين بخدمة عمومية يلزم الموظف العمومي بالتصريح بممتلكاته....".

¹OCDE rapport en 2005 sur le conflit d'intérêts. un conflit d'intérêts implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public , dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencés indûment la façon dont il s'acquitté de ses obligations et de ses responsabilités.

ويشمل هذا التعارض الفترة الماضية والحاضرة وميز التقرير بين 3 أنواع من التنازع:

-تنازع محتمل Conflit potentiel وينظر في هذه الحالة إلى حجم المصالح الخاصة للشخص المكلف بالوظيفة العمومية وإمكانية تأثيره على سلوكه.

- تنازع صوري Conflit apparent وهي الحالة التي تكون المصالح الخاصة ممكن أن تؤثر على المصلحة العامة.

- تنازع حقيقي Conflit réel وهي الحالة التي يثبت فيها فعلاً أن مصلحة خاصة أثرت في سلوك الشخص المعنوي وحسب OCDE هذه الحالة يجب أن تعالج من الزاوية الجزائية.

وباستعراض التطور الذي عرفته قواعد التجريم والعقاب في مجال الصفقات العمومية نلاحظ أن حماية تخليق الحياة العامة من خلال قيم النزاهة كمصلحة جديرة بالحماية، وأكبت هذا التطور

وعكست التحولات الإجتماعية والسياسية والإقتصادية التي طرأت في المجتمع، وكذلك المتغيرات على المستوى الدولي خاصة مع الإنضمام إلى المعاهدات والمواثيق الدولية والمساهمة في الإدارة المشتركة للدول في مواجهة ظاهرة الفساد والإخلال بتخليق الوظيفة العامة وحماية التجارة الدولية.

فقد كانت المصلحة العمومية المحمية سابقاً في قانون العقوبات في بابه الأول من الكتاب الثالث تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الشراء العمومي وبالتحديد في الفصل الرابع المتعلق بالجنايات والجنح ضد السلامة العمومية، حيث ربطت المادة 423 من الأمر 75-47 المؤرخ في 17.06.1975 عند تعديله لقانون العقوبات، المصلحة المحمية بالمصالح الإقتصادية الأساسية وجرت كل فعل يخالف هذه المصالح، لتعدل هذه التسمية ضمن أحكام القانون رقم 82-04 وتحذف كلمة الدولة وتستبدل بالأمة وتصبح " مخالفة المصالح الإقتصادية للأمة ". لتغير مرة أخرى في تعديل 1988 بعبارة " المس بمصالح الدولة والجماعات المحلية أو الهيئة التي يمثلها ".

لتلغى هذه العبارة وتستبدل حسب ما جاء في المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، بأخرى عامة وشاملة تمثلت في " مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ثم يصار إلى تحديدها وضبطها مرة أخرى في منظور المادة 26 من القانون 06-01 بعد تعديله بالقانون 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، لتصبح المصلحة المحمية جزائياً هي حماية المبادئ الثلاثة التي يقوم عليها الشراء العمومي محددة في عبارة " مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات ".

ولما كان الإلتزام بالنزاهة إلتزاماً معنوياً يصعب قياسه وضبطه ضمن قوالب محددة، ومع ذلك حاول المشرع في إطار قواعد التجريم ربطه بالجزاء العقابي اللازم، ومن ذلك تم تجريم طلب عطاء أو قبول أو أخذ أو وعد بعطاء كمقابل لأداء عمل من أعمال الوظيفة العامة، أو الإخلال بواجبات الوظيفة من جانب الموظف العام بوصفه الممثل للدولة والوظيفة امام جميع المواطنين، وهو ما يعرف بفعل الرشوة بإعتبارها أوضح توصيفاً للإخلال بواجب النزاهة⁽¹⁾.

¹ المادة 27 من القانون 06-01 (الرشوة في مجال الصفقات العمومية).

ولإعتبرات خاصة بالسياسة الجزائية لم يقتصر عقاب الرشوة على الموظف العمومي بل تعداه كذلك إلى معاقبة الراشي والوسيط بنفس عقوبة المرتشي، وعاقب كل سلوك يشكل خطورة تؤدي إلى وقوع الرشوة كفعل غير نزيه أو أي جريمة من جرائم الصفقات، حيث جرم مجرد عرض الرشوة من جانب الراشي ولو لم يلق إجابة من جانب الموظف العام، وجرم مجرد عرض أو قبول القيام بوساطة

في رشوة الموظف العام، كما جرم سلوك كل من يحصل على مزايا أو فوائد نتيجة الإخلال بنزاهة الوظيفة العامة ولو لم يكن شريكاً في الجريمة لأنها أفعال مجرمة مرتبطة بجريمة الرشوة. ويهدف السمو بنزاهة الوظيفة العامة جرم كذلك تقاضي الموظف العمومي لفائدة أو وعد بفائدة ولو تم ذلك بعد تمام العمل الوظيفي فيما يعرف بجريمة المكافأة اللاحقة⁽¹⁾، وكذا تجريم تقاضي الموظف لفوائد أو لوعده بشيء للإتجار بنفوذه الوظيفي واستغلاله. وفي المقابل جرم قبول واستجابة الموظف العمومي لرجاء أو توصية أو وساطة للقيام بعمل يدخل ضمن أداء وظيفته.

كما وسع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في مفهوم الموظف العمومي ليشمل فئات متعددة ومتنوعة لم يشملها المفهوم الإداري للموظف العام رغبة من المشرع في أن تسود قيم النزاهة في كافة مفاصل الدولة وتعم كل مؤسساتها لأن أبعاد ظاهرة الفساد قد تطل إستقرار وإستمرار المجتمع ككل⁽²⁾. ولم تقتصر حماية النزاهة وتخليق الحياة العامة وتهذيبها على الموظف العمومي الوطني بل إمتدت لتشمل الموظفين العموميين الأجانب، فجرم كل وعد لموظف عمومي أجنبي أو موظفاً في منظمة دولية عمومية بمزية بغرض الحصول أو المحافظة على صفقة أو أي إمتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية، كما جرم أي طلب أو قبول لمزية غير مستحقة من طرف موظف عمومي أجنبي أو في منظمة دولية أجنبية⁽³⁾.

¹المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة المكافأة اللاحقة في جريمة الرشوة سواء في نص المادة 27 أو 28 أي بالنسبة للموظفين العموميين الوطنيين أو الأجانب.

² أنظر مفهوم الموظف العمومي في المادة 2 من القانون 06-01 تحت عنوان المصطلحات.

³ المادة 28 من القانون 06-01.

الفرع الثالث: الوظيفة العامة كمصلحة عامة جديرة بالحماية.

لطالما وصفت الوظيفة العمومية بأنها وعاء للسلطة العامة وهي وسيلة الدولة لتحقيق أهدافها العامة في نطاق وظائفها المختلفة داخل المجتمع، ذلك لأن الدولة كتنظيم قانوني ما هي إلا تعبير عن التنظيم الإجتماعي لجماعة من الجماعات وهذا التنظيم يباشر نشاطه عن طريق أجهزته المختلفة وهذه الأجهزة يتم إدارتها والإشراف عليها بمعرفة الموظفين العموميين⁽¹⁾، فهضمت الدولة وإزدهارها وتحقيق خير شعبها مرهون بمدى تنظيم وكفاءة ونزاهة ذلك الجهاز البشري الذي ينوب عنها في ممارسة وظائفها وسلطاتها.

ولقد زادت أهمية الوظيفة العمومية والموظف العمومي في العصر الحديث وعلى الأخص منذ بداية القرن العشرين، حتى سمي بقرن الوظيفة العامة، ذلك أن الدولة الحديثة لم يعد دورها يقتصر على تلك الوظائف التقليدية المتمثلة في مرافق القضاء والأمن الخارجي والداخلي، بل تنوعت وظائفها وإمتد نشاطها إلى مجالات لم تكن تتطرق إليها من قبل، وهذا تحت تأثير إنتشار النظريات التدخلية في المذاهب الإشتراكية وكذلك الأخذ بنظام الإقتصاد الموجه، ما جعل فكرة الوظيفة العامة تختلف من دولة إلى أخرى بحسب الظروف السياسية والإقتصادية والإجتماعية السائدة في كل دولة⁽²⁾.

¹ مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة 1981، 1982، ص 27.

² ففي الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر الوظيفة مجرد مهنة لا تختلف عن سائر المهن الحرة حيث ينظر للإدارة على أنها مجموعة من المشروعات لا تختلف عن غيرها من الأنشطة، وهذه النظرة تتفق مع الأهداف السياسية للمجتمع الأمريكي تاريخياً. حيث يخشى التوسع في سلطات الدولة للحيلولة دون أن يكون الموظفون طبقة متميزة، ويرجع ذلك إلى إصطباغ الوظائف بالطابع السياسي. فقد أدى الأخذ بالنظام الديمقراطي والحزبي إلى إعتقاد ما يسمى بنظام الغنائم أو المحسوبية، بحيث تكون المناصب السياسية والإدارية على السواء من نصيب الذي يفوز في الإنتخابات وتتغير كل أربع سنوات حتى لا تكون هيئة مستمرة تتولى الوظائف العامة. فالوظيفة بهذا الشكل ما هي إلا مكافأة يحصل عليها الفرد نتيجة ولائه السياسي ويجني منها أكبر قدر ممكن من المزايا.

- وفي فرنسا ينظر للوظيفة العامة على أنها رسالة وخدمة أو مهنة تتميز بالإستقرار والدوام ينظمها القانون الذي يحكم الإدارة العامة في تكوينها ونشاطها وهو القانون الإداري والذي يتضمن قواعد قانونية غير مألوفة في الشريعة العامة. وفيها يكون الموظفون سلكاً أو قطاعاً متميزاً داخل المجتمع، وكانوا قبل الثورة الفرنسية ينتمون إلى الطبقة البرجوازية وكانت الوظيفة العامة عنصراً من عناصر الذمة المالية تقبل البيع تنتقل بالميراث وكانوا يشكلون مع السلطة وحدة غير قابلة للإنفصال لأنهم عمال الدولة، وبذلك كان الموظف يتمتع بكثير من الحصانات رغم ما حصل من تغيير خاصة مع تلاشي نظام الخضوع والولاء المطلق من المرؤوس لرئيسه خاصة بعد صدور القانون المؤرخ في 1871.09.19 .

- وفي الجزائر يمكن القول أن فكرة الوظيفة العامة ظلت مستلهمة للمفهوم الفرنسي حيث تقوم على نظام السلك corps ، فهي كيان قائم بذاته ولها نظامها المستقل وقواعد خاصة تحكمها تختلف عن النظام الذي يحكم العاملين في القطاع الإقتصادي (قانون 90-11) كما تعتبر مهنة ينقطع إليها الموظف ويخصص لها كل وقته كما تعد خدمة يؤديها في ظل نظام لائحي دقيق يحدد واجبات ومسؤوليات وإختصاصات الموظفين والمزايا والضمانات المقررة لهم.

فإذا كان من الثابت وجود الوظيفة العامة في كل الدول بصرف النظر عن إتجاهات النظام السياسي المعتمد ليبرالياً كان أم إشتراكياً أو ديمقراطياً، فإن الإختلاف بين الفقهاء تمحور حول تعريف الوظيفة العامة وكذلك حول علاقة الوظيفة العامة بالموظف العمومي وما إذا كان المصطلحين يعبران عن مفهوم واحد؟ وفي محاولته للإجابة على هذا التساؤل ظهر في الفقه إتجاهان، يعتمد الأول معيار شخصي والثاني معيار موضوعي للوظيفة العامة.

أما بالنسبة للمعيار الشخصي أو العضوي أو الشكلي للوظيفة العامة والمعتمد في القانون الإداري فإن مفهوم الموظف العمومي يشمل الوظيفة العامة والموظف في آن واحد، بحيث يذوب مفهوم الموظف العمومي في مفهوم الوظيفة العامة وإذا أطلق تعبير أحدهما فإنه يراد به أيضاً الآخر فتارة ينظر للوظيفة العامة على أنها مجموعة نشاط ينظمه قانون يفرض واجباته ويكفل حقوقه وتارة أخرى ينظر إليها على أنها ذلك الإنسان محور ذلك التنظيم القانوني وتلك الحقوق والواجبات وهو الموظف العمومي⁽¹⁾.

وأما المعيار الموضوعي أو المادي لتحديد مفهوم الوظيفة العامة والذي يتبناه القانون الجزائري فيعتبر أن لكل من الوظيفة العامة Fonction publique والموظف العام Fonctionnaire public مفهوماً مستقلاً، فالأول يتعلق فقط بالأنشطة أو الخدمات العامة التي تؤديها الدولة وهيئاتها الإدارية ممثلة في الموظفين العموميين أو التي يجب أن تؤديها تحقيقاً للمصلحة العامة، وأما الثاني فهو الأداة التي تجسد هذه الوظيفة.

نخلص إلى أن الراجح أن هناك إرتباط وعلاقة تكاملية بين المفهومين تحقيقاً لهدف واحد وهو المصلحة العامة وخدمة المجتمع. ونظراً لصلة الموظف العمومي بالدولة ومركزه كممثلاً عنها أمام الجمهور، فإن القانون الجزائري الذي يهدف إلى الحفاظ على الكيان الإجتماعي والسياسي والإقتصادي للدولة بغض النظر عن الإعتبارات الأخرى، فإنه يهدف من وراء نصوصه المتعلقة بالموظف العمومي حماية نزاهة الوظيفة العامة وضمان الثقة التي يجب أن تتوفر لدى الأفراد تجاه عدالة الدولة وحيادها ومشروعية أعمال⁽²⁾ الوظيفة العامة ونزاهة الشخص الذي يمارسها.

¹ أحمد طه محمد خلف الله، الموظف العام في قانون العقوبات رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991، ص 21.

² سواء تلك الصادرة بإرادة منفردة Actes unilatéraux أو تلك التي تشترك فيها إرادة أخرى كالعقود ومنها عقود الصفقات العمومية Contrat administratifs .

- أنظر سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2006، ص 65. وكذلك عمارعوايدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، ص 94. وأيضاً عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، جسور للنشر والتوزيع، ص 68.

فقد اهتم القانون الجزائري بالوظيفة العامة والموظف على حد سواء، وعمل على توفير مقومات البيئة المناسبة لقيام الموظف بمهامه على الوجه المطلوب ضمن إطار عام لتخليق الحياة العامة.

فأعتبر أن الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة هي جرائم وظيفة عامة أكثر منها جرائم موظف عمومي كما في جريمة المحاباة وجرائم الرشوة في الصفقات العمومية طبقاً للمواد 26، 27، 28، 34 من القانون

La corruption est un délit de fonction, bien plus qu'un délit de fonctionnaire . 01-06

ولأن الوظيفة العامة هي مرآة للدولة التي يأمل أفراد المجتمع في عدالتها والإطمئنان إلى نزاهتها المطلقة، فقد جعل القانون الجزائري إلتزام الموظف العمومي بالنزاهة تجاه وظيفته ليس له حدود، حيث يشمل الأمانة والإستقامة، الكمال والنقاء، والتجرد عن الغرض، والموضوعية أي إقصاء الذات وإعتبر الإخلال بالنزاهة كمثل أعلى معنوي يتسع ليشمل العديد من الجرائم كالإختلاس والغدر والرشوة.

فنزاهة الوظيفة العامة تفرض على الموظف العمومي أن يرتبط أداءه بمجرد الإحساس بالواجب في حد ذاته وفي ضوء المصلحة العامة بدون تأثير مقابل أو طمعاً في مقابل مادي أو معنوي وبدون محاباة، وهو ما تم التأكيد عليه من قبل المشرع في الإجراءات الوقائية التي شملها قانون مكافحة الفساد في المادة السابعة منه حينما طلب بوضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزاهة والملائم للوظائف العمومية والعهدة الإنتخابية، لتكون بمثابة ميثاق شرف تضعه الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الإقتصادية.

ولما كانت نزاهة الوظيفة العامة مرتبطة عضوياً بنزاهة الموظف العمومي فإن القانون الجزائري إهتم بحماية هذا الأخير من خلال توفير سبل الطمأنينة اللازمة بما ييسر له القيام بوظيفته بجدية ودون خوف من أي إعتداء مادياً كان أو معنوياً، فوضع لذلك نصوصاً تحقق له الأمن القانوني عن طريق تجريم ومعاقبة كل من يسيء إلى المسؤولين أو الموظفين العموميين بالقول أو الإشارة أو التهديد أو بإرسال أو تسليم أي شيء إليهم أو بالكتابة أو الرسم غير العلنيين أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبة تأديتها وذلك بقصد المساس بشرفهم أو بإعتبارهم أو بالإحترام الواجب لسلطتهم طبقاً للمادة 144 و 144 مكرر و 144 مكرر 1 من قانون العقوبات المعدل بالقانون 09.01 المؤرخ في 26 يونيو 2001.

بل تعداه إلى تحصين سلك القضاء من مخاطر الفساد، فأوجب وضع قواعد لأخلاقيات المهنة، حتى يبقى القضاء العين الساهرة على تطبيق القوانين وحماية الوظيفة العامة من كل السلوكات المنحرفة⁽¹⁾ وردع أي عبت بالمصلحة العامة وإستقرار المجتمع.

ولم يقتصر تحصين الوظيفة العامة من خلال تخليق الحياة العامة على الموظفين العموميين بل شمل أيضاً الخواص المتعاملين مع الإدارة بمناسبة إنجاز عقود الصفقات العمومية سواء بصفتهم تجار أو صناعيين أو حرفيين أو مقاولين إنطلاقاً من أن المتعامل المتعاقد في القطاع الخاص والمتعاقد مع الإدارة هو شريك أساسي في بناء الإقتصاد ورفاهية المجتمع وبالخصوص في ظل التوجه الجديد للإقتصاد وإرساء قواعد إقتصاد السوق. ومن ثم فهو مطالب بإحترام واجبات النزاهة والشرف والإستقامة في التعامل مع الإدارة عند إضطلاعها بمهام الوظيفة العامة والآ طالته قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية طبقاً للمادة 26 فقرة الثانية من القانون 01.06، ويكون المشرع بذلك قد حاول التوفيق في عقد الصفقة العمومية بين مصلحتين مختلفتين لطرفي العقد مصلحة عامة بالنسبة للإدارة ومصلحة خاصة ربحية بالنسبة للمتعامل المتعاقد معها في سبيل تحقيق مصلحة أسمى وأهم وهي إنجاز الوظيفة العامة.

نخلص إلى التأكيد على أن الوظيفة العامة بهذه الصورة شكلت دوماً مصلحة عامة جديرة بالحماية الجزائية خاصة عند الحديث عن المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية كونها إحدى أهم مظاهر النشاط وأخطرها في الوظيفة العامة للدولة في الوقت المعاصر بسبب حجم الأموال المتداول ولأنها باتت فضاءً خصباً للفساد وللمطامع وكل السلوكات المنحرفة، علماً أن حماية الوظيفة العامة كمصلحة عامة في مجال جرائم الفساد عموماً شملت نشاط الإدارة بمختلف أنواعه .

ولما كان قطاع الصفقات العمومية أحد أهم مجالات نشاط الإدارة فقد خصه المشرع بحماية جزائية خاصة ضمن الإطار العام لحماية الوظيفة العامة، فحرص على تجريم جميع السلوكات المخلة بمفهوم تخليق الحياة العامة كالنزاهة والحياد والأمانة والإستقامة في قطاع الصفقات العمومية بنوع من التمييز والخصوصية وهو ما سنتعرض له في المطلب الثاني.

¹المادة 12 من القانون 01.06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الثاني: المصالح المحمية في منظور القانون 01.06.

من أجل توفير حماية جزائية شاملة لعقود الصفقات العمومية عبر كافة مراحل إنجازها، عمد المشرع إلى التوسع في مجال هذه الحماية بحيث ربط بين القواعد الموضوعية الموجبة لقيام المسؤولية الجزائية وبين مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل والمتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية. ففي جريمة المحاباة مثلاً وطبقاً لما كانت نصت عليه المادة 26 من القانون 01.06 فإن أية مخالفة لأية قاعدة من أحكام قانون الصفقات العمومية بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير كانت تصلح كفعل مادي للجريمة، هذه الوضعية التي أثارت العديد من الإشكالات عند تطبيقها في الممارسة الفعلية، مما حدا بالمشرع إلى محاولة ضبط وتحديد الأفعال المجرمة في مجال الصفقات العمومية خلال تعديل المادة 26 عن طري القانون 11-15 وفي نفس الوقت جعلها جامعة لكل المصالح الجديرة بالحماية الجزائية تكريساً لحماية هذه العقود.

وبسبب خصوصية تنظيم الصفقات المعقدة والمتشعبة وتتنوع وتعدد السلوكات المنحرفة المضرة بالنزاهة والحياد لم يكن بوسع المشرع إحصاء وبالذقة اللازمة كل الأفعال المجرمة، فعمد إلى تبني صياغة قانونية مرنة تزوج بين مخالفة الأحكام القانونية من جهة ومخالفة واجبات ومقتضيات تخليق الحياة العامة من جهة ثانية، وهذه المعادلة التي جسدها عندما جرم المبادئ الكبرى التي يؤسس عليها الطلب العمومي وتنفذ ضمن إطارها عقود الشراء العمومي.

وأهمية هذه المبادئ الثلاثة تكمن في أنها تشكل قاعدة المنافسة المشروعة التي لم تعد غريبة عن مجال العقود الإدارية وبالأخص الصفقات العمومية. فمع إنتشار الإتجاه الليبرالي وهيمنته على إقتصاديات الدول أدخلت المنافسة كقاعدة أساسية حتى عند التعامل بالمال العام وأصبح ينظر للمشتري العمومي في حالة مخالفة قواعد المنافسة كما ينظر للمشتري في القطاع الخاص حماية للمعاملات الإقتصادية والتجارية. وقد أكدت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في العديد من المواقع على أن جرائم الفساد تشكل أخطر التحديات التي تهدد حرية المنافسة المشروعة، وأن الفساد يمس ليس فقط المؤسسات الديمقراطية وسيادة الدولة وإنما كذلك الإقتصادات الوطنية.

وهي المبادئ التي كرستها⁽¹⁾ المادة 26 من القانون 11-15 المعدل للقانون 01-06 بقولها ".....بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الوصول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات". وهي نفسها المبادئ التي إعتمدها تنظيم الصفقات لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام حسب ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم 10-236 وبذلك يكون المشرع قد أجمل المصالح الجديرة بالحماية في مجال الصفقات العمومية من خلال هذه المبادئ الثلاثة المكرسة لمبدأ المنافسة والتي سنحاول تفصيلها حسب الآتي :

¹رغم أن المرسوم رقم 02-250 تناول هذه المبادئ بصفة ضمنية، فإن التكريس الحقيقي لها جاء بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338 والتأكيد عليها في المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

الفرع الأول: حرية الدخول إلى الطلب العمومي.

حرص المشرع على تكريس مبدأ المنافسة من خلال تنظيم الصفقات العمومية وكذلك عن طريق قواعد المسؤولية الجزائية في قطاع الشراء العمومي، وذلك لإفساح المجال أمام أي متنافس تتوفر فيه الشروط القانونية والموضوعية للدخول للطلب العمومي والمساهمة في عقود الشراء العمومي. ومن مقتضيات مبدأ حرية المنافسة أن تتصف قرارات الإدارة وسلوك الموظفين القائمين على تسيير هذا القطاع الحساس بالحياد الكامل إزاء المتنافسين سواء كانوا أشخاصاً طبيعياً أو معنوية بدون أن تكون لها سلطة تقدير قبول أو إبعاد فئة دون أخرى من المشاركة من تقديم تعهدات إستناداً للمبدأ الدستوري المتعلق بحرية الصناعة والتجارة⁽¹⁾.

فعقود الصفقات العمومية أصبحت خاضعة لقواعد المنافسة الحرة إسوة بعقود القانون الخاص عملاً بأحكام الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة حيث نصت المادة 2 منه على " أن تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة ".

وقد أكد هذا الموقف قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 ماي 1998 عندما حددت مدلول حرية المنافسة معتبرة إياه حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس بأي إجراء سواء كان عاماً أو خاصاً⁽²⁾.

وقد حدد تنظيم الصفقات العمومية الطرق والإجراءات لضمان حرية المنافسة، كإجراء العلنية والإشهار بكل الطرق والوسائل التقليدية كالنشر والإعلان في الجرائد أو عن طريق اعتماد الوسائط الحديثة التكنولوجية المتطورة خاصة الإلكترونية، وحدد كذلك مضمون ومحتوى هذا الإعلان عن المنافسة من حيث كيفية المنافسة وشروط التأهيل والانتقاء، ومدة ومكان إيداع العروض ومدة صلاحية العروض وغيرها⁽³⁾. حتى تكون المعلومات المتعلقة بالصفقة متوفرة لدى أكبر قدر ممكن من المرشحين وبالتالي تحقق غايتين، أولهما إفساح المجال للدخول للطلب العمومي لكل الأشخاص المعنيين، وثانيهما توفير مجال واسع أمام المصلحة المتعاقدة لإختيار أفضل العروض لتلبية حاجاتها المعبر عنها.

¹ المادة 37 من الدستور الجزائري لسنة 1996 التي ضمنت حرية الصناعة والتجارة وتماثل في إطار القانون".

² LAJOYE Christophe, droit des marchés publics, BERTI édition, Alger 2007, p.104.

3 المواد من 45 إلى 50 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

كما لم يعتبر إقصاء أو إبعاد بعض الفئات من المشاركة في المناقصة لأسباب قانونية أو حتى تخصيص بعض الفئات أو المؤسسات الصغيرة أو المنتج الوطني ببعض الإجراءات التفضيلية، إخلالاً بمبدأ المنافسة وحرية الدخول للطلب العمومي⁽¹⁾.

وجديرٌ بالتنبيه في هذا السياق إلى أن كليات تطبيق حالات الإقصاء يتم تحديدها عن طريق قرار لوزير المالية، كما أنها يمكن أن تفعل في أي مرحلة كانت من إجراءات إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية⁽²⁾.

ولأهمية المنافسة في ضمان حرية الوصول إلى الصفقات العمومية لم تقتصر حمايتها على تنظيم الصفقات بل صارت مصلحة جديرة بالحماية الجزائية كرسها قانون الوقاية ومكافحة الفساد في الكثير من المواقع.

فقد عاقبت المادة 34 من القانون 01-06 بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون، وبالرجوع إلى أحكام هذه المادة نجدها تتعلق بقواعد الشفافية والمنافسة والعلنية والمعايير الموضوعية التي يجب أن تؤسس عليها عملية إبرام الصفقات العمومية⁽³⁾. وجاء هذا تأكيداً لما أشارت إليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية....." كما أن المادة 26 من القانون 01-06 نصت صراحة على اعتبار مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الوصول إلى الطلب العمومي بمثابة جريمة بوصف جنحة معاقب عليها بالحبس من سنتين (2) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج⁽⁴⁾.

¹ بعدما وسعت المادة 22 من المرسوم الرئاسي مجال المنافسة ليشمل المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية، نجد المادة 23 تمنح هامش من الأفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وتتعلق بجميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 13 (أي صفقات الأشغال، إقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات).

² Brahim Boulifa, marchés publics manuel méthodologique, volume 1, BERTI, 2013, p.24.

³ المادة 9 من المرسوم الرئاسي 01-06.

⁴ المادة 26 من المرسوم الرئاسي 01-06.

الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المرشحين.

يرتبط مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وجوداً وهدماً مع تكريس مبدأ المساواة بين المتنافسين المرشحين للحصول على صفقات عمومية تلبية لرغبة الإدارة ممثلة في مصالحها المتعاقدة، ويتطلب مبدأ المساواة بين المتنافسين أن تنظر الإدارة، ممثلة في القائمين على تسيير هذا القطاع، نظرة متساوية للمرشحين وأن تكون المعاملة بين الجميع دون تمييز وأن تتاح لهم الفرصة للمشاركة بعيداً عن أي تواطؤ أو محاباة يكون من شأنها تفضيل متنافس عن الآخر بناء على عوامل ذاتية وليست موضوعية⁽¹⁾.

ويستمد هذا المبدأ قوته وأهميته من خلفيته الدستورية حيث نصت المادة 29 من دستور 1996 على أن " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو إجتماعي"⁽²⁾. ومن ثم حرص المشرع على تكريسه في مجال الصفقات العمومية وأن تكون معاملة المتعهدين بناءً على معايير موضوعية واضحة ومعلومة سلفاً وغير تمييزية تكفل المساواة وتكريس حياد الإدارة، يتضمنها الإعلان عن المناقصة أو وثائق الإستشارة أو دفاتر الشروط.

غير أنه لا يعد كذلك إخلالاً بمبدأ المساواة بعض الإستثناءات المحدودة التي ترد عليه لأسباب سياسية أو إقتصادية، كحالة منح بعض الأفضلية لفئات معينة كالشباب البطال أو الشركات صغيرة أو متوسطة أو تشجيعاً للمنتوج الوطني، ومع ذلك تبقى أسباباً ظاهرة لأن المساواة تظل ملازمة لإجراءات المناقصة بين من تتوفر لديهم الشروط التي تتطلبها المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

¹ محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، المرجع السابق، ص 84.

² وهو ما حدا بالمجلس الدستوري الفرنسي إلى إعتبار مبادئ الطلب العمومي، التي مصدرها المواد 6 و 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن 1789، قواعد يجب الإعتراف لها بالقيمة الدستورية.

Daniel chabanol, Jean-Pierre Jouguelet, Francois Bourradot, le régime juridique des marchés publics, opcit, p 33.

³ وتبقى مسألة تقييم إحترام مبدأ المساواة بين المتنافسين مسألة موضوعية تراعي في تحديدها كل الجوانب حسب الحالات. علماً بأن مسألة المساواة تنور خاصة عندما تستعمل المصلحة المتعاقدة لإبعاد بعض المرشحين معايير خاصة كإشترط أن يكون موقع المقابلة محلياً، أو وجود ضمانات مالية خاصة. كما ذهب إلى ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 14 جانفي 1998 بخصوص قضية S^U martin Fourquis كما أقر كذلك أن المصلحة المتعاقدة تخضع لرقابة القاضي الإداري في مراقبة ما إذا تم معاملة المرشحين بطريقة متساوية مثلاً كتزويدهم بنفس المعلومات والوثائق، وكذلك الشأن بالنسبة لقرارات لجنة الصفقات أو لجنة المسابقات حسب قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13 مارس 1998، ولأكثر تفاصيل راجع

Catherine RIBOT, la passation des marchés publics, op. cit, p.32.

و ضماناً لعدم التعرض لمبدأ المساواة في الممارسة العملية، خاصة في مرحلة حساسة عند إبرام العقد، بسبب التواطؤ الذي يمكن أن يحصل بين الموظفين العموميين والمتعاملين المتعاقدين مما جعل قطاع الصفقات العمومية عنواناً للرشوة والمحاباة والفساد وبات المجتمع ينظر لأية صفقة بأنها

مشبوهة، عمد المشرع إلى حماية مبدأ المساواة عن طريق إجراءات إدارية وتقنية تضمنها تنظيم الصفقات العمومية، زيادة على دعمها بأحكام جزائية عندما إعتبرها مصلحة جديرة بالحماية الجزائية. إن واجب الحياد *Devoir d'impartialité* من طرف الإدارة هو أكثر السلوكات المنتهكة لمبدأ المساواة إلى جانب كل السلوكات المنضوية تحت عنوان النزاهة وتخليق الحياة العامة، وبذلك جاءت حماية مبدأ المساواة من خلال التركيز على فرض إحترام هذا الواجب. وهو ما كرسته عدة نصوص قانونية منها ما نصت عليه المادة 175 من قانون العقوبات حيث "عاقبت بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 دج إلى 200.000 دج كل من عرقل حرية المزايدات والمناقصات أو تعرض لها أو أخل بها⁽¹⁾. فالإخلال بواجب الحياد وبالتالي بمبدأ المساواة يندرج ضمن عرقلة حرية المنافسة كذلك بالنسبة للمناقصات في مجال الصفقات العمومية".

كما أفرد قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قواعد جزائية لفرض إحترام واجب الحياد، منها ما نصت عليه المادة 26 من المرسوم الرئاسي 06-01 حيث جرمت وعاقبت الإعتداء على مبدأ المساواة بنفس عقوبة الإعتداء على حرية الوصول إلى الطلب العمومي أو حرية المنافسة المشار إليها آنفاً. إضافة إلى ما جاء في المادة 34 من نفس القانون حيث تطبق نفس العقوبة على كل من يخرق قواعد المنافسة الشريفة والشفافية والمعايير الموضوعية في إتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، وهي المعايير التي تجسد مبدأ المساواة ويحترم من ورائها واجب الحياد⁽²⁾.

ولا تكتمل هذه المصالح الجديرة بالحماية الجزائية في مجال الصفقات العمومية إلا باحترام مبدأ الشفافية وفيه يمكن التثبت بالدليل المادي من نزاهة تصرفات الإدارة وموظفيها العموميين بمناسبة إبرام هذه العقود، وهو المبدأ الذي سنتعرض له كمصلحة جديرة بالحماية في قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

¹ المادة 175 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

² المادة 34 من المرسوم الرئاسي 06-01.

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية.

يمثل الغموض وعدم الوضوح نقياً للشفافية وهو بذلك يشكل البيئة الملائمة للفساد وجرائمه المختلفة التي توصف بأنها مستترة، كما أن الشفافية والعلنية عنصران لا غنى عنهما لدعم قيم النزاهة وتخليق الحياة العامة، ولأهميتها أدرجها المشرع ضمن المصالح الجديرة بالحماية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

فمن حيث التعريف، للشفافية مدلولاً واسعاً، فهي من المصطلحات الحديثة استخدمت من طرف الهيئات العالمية المعنية بمكافحة الفساد للدلالة على ضرورة إطلاع الجمهور على منهج السياسات العامة وكيفية إدارة الدولة من قبل القائمين عليها من رؤساء دول وحكومات ووزراء وكافة المعنيين في مؤسسات الدولة بغية الحد من السياسات غير المعلنة والتي تتسم بالغموض opacité وعدم مشاركة الجمهور فيها بشكل واضح.

فهي بذلك عبارة عن آلية للكشف والإعلان من جانب الدولة عن أنشطتها كافة في التخطيط والتنفيذ، وتعني أيضاً أن تعمل الإدارة في بيت من زجاج كل ما فيه مكشوف للعاملين والعملاء⁽¹⁾. وفي ذات السياق رأت هيئة منظمة الأمم المتحدة أن الشفافية هي حرية تدفق المعلومات بأوسع مفاهيمها، أي توفير المعلومات والعمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم وإتخاذ القرارات المناسبة واكتشاف الأخطاء⁽²⁾.

كل السلوكات المنحرفة المخلة بالنزاهة والمساواة والحياد وغيرها والتي تهدد البيئة الصحية لإنجاز الصفقات العمومية بالصورة المطلوبة تحقيقاً للأغراض الإقتصادية والإجتماعية خدمة للمصلحة العامة، تجد مرتعا لها في غياب الشفافية، وبالتالي فإن تكريس حماية هذا المبدأ بشكل فعال لا شك في أنها تساهم في نزاهة الوظيفة العامة وتدعيم ثقة المواطن في القائمين على تدبير شؤونه.

فبالإضافة إلى الإجراءات التي وضعها المشرع ضمن قانون الصفقات العمومية دعماً للشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها وإنهائها، إبتداءً من علنية شروط المنافسة والمعلومات الواجب تضمينها في الإعلان والآجال المناسبة الممنوحة مروراً بتحديد معايير الإختيار بوضوح وموضوعية وإعتماد أسلوب التنقيط، إلى غاية إجراءات الرقابة الداخلية من قبل لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض، أين نجد تكريس مبدأ الشفافية بشكل أكثر وضوحاً من خلال إمكانية حضور المرشحين لإجتماعات لجنة فتح الأظرفة، وكذلك تثبيت حق الطعن لفائدة المرشحين المقصين، فقد أحاطها بحماية جزائية تتم من خلالها المساواة الجزائية لكل من يخالف تلك القواعد المتعلقة بشفافية

¹ عصام عبد الفتاح مطر، الفساد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2011، ص 260.

² عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 261.

الاجراءات، طبقاً لما نصت عليه المادة 34 من الأمر 06-01 والتي تحيل إلى المادة 9 منه. وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجد أن مناط المسؤولية الجزائية تكمن في مخالفة "قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة....." (1).

والملاحظ أن المشرع عند تحديده لمبدأ الشفافية كمصلحة جديرة بالحماية الجزائية إعتد أسلوباً شمولياً وترك للقاضي الجزائي سلطة تقدير ما مدى مخالفة أو موافقة سلوك الإدارة لقواعد الشفافية. ولا يتسنى له ذلك إلا بالرجوع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، فهو بذلك مطالب بالإلمام الواسع بهذا القانون وخصوصاً الأحكام ذات الصلة بمبدأ الشفافية وهي غير قليلة ابتداءً من الشروط بمختلف أنواعها والتحديد الدقيق للحاجيات (2)، وإعداد دفاتر الشروط المختلفة (3) والإشهار إلى غاية معايير إختيار المتعامل المتعاقد (4)، ودور لجان الرقابة القبلية الداخلية والخارجية والتزامها بمتطلبات الشفافية والدقة في القرارات، مما يجعل مهمة القاضي الجنائي في التصدي للسلوكات المخلة بالأحكام القانونية والتنظيمية المكرسة لمبدأ الشفافية ليست بالسهلة بالنظر إلى العديد من الإشكالات والمحددات التي يصعب ضبطها والتحكم فيها، وان كانت هذه الإشكالات سمة مشتركة كذلك بين المصالح الأخرى المحمية جزائياً سواء تعلق الأمر بحرية الدخول للطلب العمومي، وكذلك مبدأ المساواة بين المرشحين.

¹ المادة 34 التي تعاقب بالحبس من ست (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 9 من هذا القانون.

² المادة 11 من المرسوم التنفيذي 10-236.

³ وقد حدد المشرع ثلاثة أصناف من دفاتر الشروط وذلك في المادة رقم 10 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتشمل على الخصوص:

أ- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

ب- دفاتر التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات الموافق عليها من الوزير المعني.

ج- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة مع الملاحظة أن دفاتر الشروط بمختلف أنواعها تشكل أداة قانونية بيد الإدارة، منح المشرع من خلالها مجالاً واسعاً للإدارة للتعبير عن إرادتها في عقد الصفقة لتمكينها من تحقيق أهدافها، غير أنه بقدر حاجة الإدارة لهذه الآلية من الناحية العملية، بقدر ما قد تشكل وسيلة مؤثرة يمكن أن تستغل من طرف المصلحة المتعاقدة لتضمينها مطالب أو إشتراطات من شأنها المساس بمبدأ الشفافية. ولعل إدراك المشرع لهذه الحقيقة كان وراء إخضاع مشاريع دفاتر الشروط لرقابة لجنة الصفقات العمومية طبقاً للمادة 132 من تنظيم الصفقات. وهو الإجراء الذي لم يلغى كلياً خطورة هذه الأداة لا بالنسبة لمبدأ الشفافية أو المساواة بين المرشحين أو حتى حرية الدخول للطلب العمومي.

⁴ المواد من 53 إلى 59 من المرسوم الرئاسي 10-236.

الفصل الثاني: إشكالات تواجه المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

من تبعات الطبيعة المعقدة والتقنية لعقود الصفقات العمومية أن أسس وعناصر المسؤولية الجزائية فيها تشهد مجموعة من الإشكالات والمحددات التي يجب التصدي لها من قبل القاضي الجزائي، وفي مقدمتها ما يتعلق بتطبيق مبدأ الشرعية ومقتضياته من جانب. كما قد يكون محل هذه الإشكالات والصعوبات متصل بتطبيق القانوني العقابي في ظل الإحالة على النص التنظيمي.

المبحث الأول: إشكالات مرتبطة بتطبيق بعض المبادئ العامة في المسؤولية الجزائية.

من الثابت أن المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية كغيرها من صور المسؤولية الجزائية عموماً، تخضع لمبدأ الشرعية أو قانونية الجرائم والعقوبات، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري إن على مستوى القانون الأسمى (الدستور)⁽¹⁾، أو ضمن المبادئ التي ضمها قانون العقوبات⁽²⁾. وبالرغم من فضائل هذا المبدأ لما يمثله من ضمانة لحقوق المواطنين وكتعبيراً عن سيادة القانون، فإنه في مجال الصفقات العمومية قد يشكل مصدر قلق للقاضي الجزائي نظراً للطبيعة الخاصة التي تميزه كونه المرتكز الأساسي في قيام المسؤولية الجزائية، كما لا تقتصر الصعوبة على مبدأ الشرعية فقط بل قد تتعداها كذلك إلى التأكد من صلاحية النص التجريبي نفسه للتطبيق. ولتوضيح ذلك نحاول أن نتطرق بداية إلى صعوبات ذات صلة بمبدأ الشرعية ثم إلى مبدأ تطبيق القانون من حيث الزمان وخاصة في حالة الإحالة على النص التنظيمي.

المطلب الأول: صعوبات متصلة بمبدأ الشرعية.

يصادف القاضي الجزائي بمناسبة بحثه عن السلوكات المجرمة والموجبة لقيم المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، قواعد موضوعية تجرّمية معقدة بسبب الغموض الذي يكتنفها وكذلك طابع الشمولية الذي يميزها، خلافاً للمعهود في القواعد العامة للمسؤولية الجزائية التي يقتضي فيها مبدأ الشرعية أن يكون النص العقابي واضحاً بقدر الإمكان، فلا يكفي أن يحصر الأفعال التي يعدها من قبيل الجرائم.

¹ أكد المشرع على إحترام مبدأ الشرعية والعمل بمقتضاه وإعتباره مبدأً دستورياً وليس قانوني فقط وذلك بموجب:

أحكام دستورية جاءت في الباب الرابع من دستور 28 نوفمبر 1996 خاصة المادة 45 التي تنص " كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون " (قرينة البراءة الأصلية).

والمادة 46 " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

والمادة 47 " لا يتابع أحد أو يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقاً للإشكال التي نص عليها".

² كما كرسه قانون العقوبات الجزائري في المادة الأولى من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بقولها " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

وإنما عليه أن يحدد كل جريمة بالدقة الكافية فيبين عناصرها والظروف المكونة لها والتي تحدد جسامتها على نحو ينتقي معه الغموض⁽¹⁾، مما يترتب عليه تحقيق نتائج وغايات هامة منها:

أ- حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽²⁾، ثم إلتزام التفسير الكاشف للنصوص أين يلتزم القاضي بالبحث عن إرادة المشرع في

الحدود التي لا تصل إلى خلق الجرائم والعقوبات⁽²⁾، وأخيراً حظر القياس فلا يحق للقاضي أن يجرم فعلاً لم يرد نص تجريمه قياساً على فعل ورد نص تجريمه بحجة إتحاد العلة أو تشابه الفعلين، فإذا كانت هذه مقتضيات مبدأ الشرعية طبقاً للأحكام العامة للمسؤولية الجزائية، فهل نجدها تنطبق بنفس الصورة عندما يتعلق الأمر بجرائم قانون الصفقات العمومية؟

لا شك أن المتصفح لنصوص التجريم في مجال الصفقات العمومية التي وردت في القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽³⁾، يقف عند مجموعة من الوضعيات تختلف تماماً عن تلك الأسس الراسخة والمتعارف عليها والتي يقوم عليها الركن الشرعي، بحيث تستدعي من القاضي الجزائي التمتع بالأفق الواسع والبحث والتنقيب في قوانين أخرى، خارج النص العقابي، ذات صلة بمجال الصفقات العمومية لمعرفة حقيقة بعض الصياغات القانونية المستعملة في النص التجريمي حيث تتضمن بعض المصطلحات تنسم في كثير من الأحيان بالغموض وتستخدم عبارات مرنة وعامة.

الفرع الأول: غموض بعض المصطلحات.

إنعكست الطبيعة المعقدة لعقود الصفقات العمومية، وشمولية الإطار القانوني المنظم لأحكامها، غموضاً وعدم دقة في صياغة النصوص التجريبية ذات الصلة بهذه العقود. وهو الأمر الذي يحتم على القاضي الجزائي في سعيه إلى معرفة الإرادة الحقيقية للمشرع من خلال نموذج التجريم، إلى اللجوء لعدد من القوانين تشكل في مجموعها الإطار الناظم للصفقات العمومية، خاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد مفهوم بعض المصطلحات المستعملة في نص التجريم مما يجعل دور القاضي الجزائي حاسماً في تحديد طبيعة بعض الأفعال والسلوكات المجرمة، نظراً لما يتمتع به من هامش واسع في تقدير وتفسير بعض المصطلحات والمفاهيم، وهو ما يجعل مهمته أكثر صعوبة.

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات (الجريمة)، المرجع السابق، ص 80.

² عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 85.

³ خاصة المواد 26، 27 و 34 من الأمر 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. المعدل والمتمم.

ففي كثير من الأحيان تستدعي مهمة فك شفرة بعض المصطلحات من القاضي الجزائي الرجوع مثلاً إلى أحكام القانون الإداري خاصة تنظيم الصفقات العمومية، وأحياناً إلى قانون المالية أو المحاسبة العمومية، وأحياناً أخرى إلى قانون المنافسة وهكذا. فواضح أن الجهد المطلوب من القاضي الجزائي كبير والبحث ضروري والتخصص حاجة ملحة في هكذا فرع من المسؤولية الجزائية، فإذا كان من الصعب إجراء جرد كامل للمصطلحات المستعملة بسبب كثرتها وتنوعها وشموليتها لجميع مراحل إنجاز الصفقات العمومية، فسناحاول الوقوف عند بعضها حسب تنوع مراجعها القانونية.

أولاً: الصفقة العمومية كعقد إداري.

لقد إستعمل نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عند صياغته وتحديدته لنموذج جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، مجموعة من المصطلحات حاول من خلالها الإلمام بمختلف الأشكال التعاقدية التي قد يلجأ إليها في مجال الشراء العمومي وجاء على ذكر مصطلح عقداً أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقاً⁽¹⁾.

فتعامل الشخص العمومي أو المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد الآخر يكون من خلال وسيلة العقد الذي يمثل وعاء إتفاق وإرتباط إرادتين مختلفتين من حيث نظامها القانوني بحيث يخضع الأول للقانون العام والثاني إلى القانون الخاص، وكذلك من حيث أهدافهما من التعاقد أين يرمي الأول إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان الخدمة العمومية في حين يبتغي الثاني الربح والمصلحة الخاصة. وفي خضم هاتين الثقافتين ذات الأبعاد المختلفة يصنع عقد الصفقة العمومية فلسفته الخاصة وسياقه الذاتي⁽²⁾.

¹ المادة 26 من القانون 06-01 السابق الذكر " ...كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يوشر عقداً أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقاً...." . كما ورد مصطلح عقد أو صفقة في المادة 55 من القانون بقولها " كل عقد أو صفقة أو براءة أو إمتياز أو ترخيص متحصل عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن التصريح ببطلته وإنعدام آثاره....".

² لا يختلف فقهاء علم الإدارة والقانون الإداري في أن القرار الإداري الملزم Acte unilatéral بشئى أشكاله (قرار انفرادي، قرار انفرادي بالمشاركة، قرار انفرادي بالإتفاق...الخ)، يبقى هو أهم وسيلة تعتمد الإدارة عند الإضطلاع بمهامها وأنشطتها في إطار تنفيذ سياسة الدولة العامة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتنمية وغيرها. وبالقرار الإداري تجسد صلاحياتها وإمتيازاتها المرتبطة بالسلطة العامة والمستمدة من أحكام وفلسفة القانون الإداري، وهو بذلك يشكل أداة بيد الإدارة والسلطة العامة لتحقيق وضمن المصلحة العامة والخدمة العمومية وهي غاية كل الأعمال الإدارية. فإذا كان الحال كذلك بالنسبة للقرار الإداري المنفرد، فإن الفقه الإداري أيضاً أجمع وسلم بأهمية وفعالية العقد الإداري كأحد أهم الأعمال الإدارية، ولم يعد بالإمكان للإدارة الإستغناء عنه عند القيام بمهامها لضمان المصلحة العامة، خصوصاً مع بروز مفهوم الدولة المتدخلية وتضخم مسؤولياتها في تلبية الحاجات المتزايدة والمتعددة للسكان. ففي العقد الإداري بخلاف القرار الإداري مضطرة الإدارة للتعامل مع طرف آخر غالباً ما يكون متعامل إقتصادي خاص أو عام من أجل إنجاز أشغال أو إقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات. وعندها تقع الإدارة في نوع من الحرج Un dilemme فلا هي مستعدة للتخلي والتنازل عن إمتيازات السلطة العامة المخولة لها بموجب القانون من جهة، وفي نفس الوقت لا تقبل بأن تخضع للأسس والأدوات التي يقوم عليها العقد طبقاً للقانون الخاص كإستقلالية إرادة أطراف العقد، وحرية التفاوض والتعبير عن الإرادة وتوازن الإلتزامات المتفق عليها من جهة أخرى.

مما جعل بعض الفقهاء (YVES GAUDEVET) يصف العقد الإداري بأنه عقد خارج عن القانون "Un contrat hors la loi". بينما دعي آخرون إلى البحث عن صيغة توفيقية لمحاولة المزاجية بين الثقافتين، تستلهم فيها قواعد القانون الخاص الأساسية كالرضا والمحل والسبب، وتراعي كذلك مستلزمات العقد الإداري خاصة ما تعلق منها بإمتيازات السلطة العامة من خلال تضمين العقد لبند غير مألوفة Clauses exorbitantes .

ومن تم يكون على القاضي الجزائري الذي يتصدى للمسؤولية الجزائية الناتجة عن هكذا عقد أن يستحضر على الدوام خصوصية هذه الثقافة المتفردة، والتي كانت حسب الفقهاء وراء ظهور ما عرف بالقانون الإداري للعقود Droit administratif des contrats⁽¹⁾. ولتحقيق هذا الهدف عليه الرجوع للأحكام المنظمة لهذا العقد سواء تعلق الأمر بالقواعد العامة للقانون الإداري أو لقواعد تنظيم الصفقات العمومية وخاصة ما جاء في المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾، وفي هذا السياق يتعين الوقوف عند تحديد مفهوم الصفقة وأثر ذلك في مجال المسؤولية الجزائية.

1- مفهوم الصفقة العمومية.

يتحرى القاضي الجزائري وهو بصدد جرائم قانون الصفقات العمومية أن السلوك الإجرامي يتعلق فعلاً بعقد إداري أو صفقة عمومية، طبقاً للتعريف الذي وضعه المشرع الجزائري في المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن قانون الصفقات العمومية كالاتي "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم هذا التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو إقتناء المواد والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة". وهو ما ذهب إليه أيضاً المشرع الفرنسي في المادة الأولى من قانون الصفقات الفرنسي⁽³⁾، غير أن هذا الخير أضاف عبارة " ...عقود بعوض "A titre onéreux".

ولعله قصد من ذلك التمييز بين عقد الصفقة العمومية وبعض العقود والمصطلحات الأخرى كعقد تفويض الخدمة⁽⁴⁾ Délégation de services وكذلك بينها وبين الإعانات التي تقدمها الدولة ومؤسساتها Les subventions⁽⁵⁾ وغيرها.

D. chabanol, J.P.Jougoulet. F.Bourraclot, le régime juridique des marchés publics,5 éd. le moniteur,2007, France, p.17.

² جميلة حميدة، مداخلة بعنوان مفهوم الصفقات العمومية بين التعاقدية والقيود التشريعية، ملقنى منعقد بتاريخ 20 ماي 2013 بجامعة المدية حول " الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية" ص 10.

³ نصت المادة 1 من قانون الصفقات الفرنسي 2006.

" Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et les opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services".

⁴ يعرف تفويض الخدمة بأنه عقد إداري يفوض من خلاله شخص عمومي بتسيير مرفق عام أو خدمة عمومية هو في الأصل من مسؤوليته إلى شخص (يدعى المفوض له) عام أو خاص، على أن يكون الأجر أو المقابل مرتبطاً جوهرياً بنتائج إستغلاله لهذا المرفق.... وبذلك يكون الفارق بين الصفقة العمومية وتفويض الخدمة هو عنصر الأجر ففي الصفقة يكون الدفع كلياً وفورياً من قبل المشتري العمومي أما في التفويض بالخدمة يؤخذ من ناتج إستغلال المرفق العام.

David Capitant, le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? revue LAMY des collectivités territoriales , février 2009 n°43.p.41

⁵ أما بالنسبة للإعانة subventions فهي مساهمة الشخص العمومي في عملية تبررها دواعي المصلحة العامة l'exigence de l'intérêt général، ولكن المبادرة بهذه العملية وكذا تنفيذها يكون من قبل الغير، بدون أن يكون هناك أي مقابل منتظر من قبل الشخص العمومي من وراء دفعه لهذه الإعانة.

ومن خلال هذا التعريف الذي أورده المشرع يمكن إستخلاص بعض الملاحظات منها:
أ- أن المشرع تكفل بوضع تعريف للصفات العمومية على غير العادة في قوانين أخرى أين ترك مهمة التعريفات للفقهاء، وهو أمر طبيعي بالنظر إلى أن القانون الإداري قائم أصلاً على مبدأ الخضوع للنص *une sphère de la norme juridique*. ويأتي ذلك إنسجاماً مع مضمون المادة الأولى من تنظيم الصفقات التي أخضعت إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم⁽¹⁾. ولعل الغاية من تحديد مفهوم الصفقات بالنص هي تأطير هكذا عقد تفادياً للتأويلات الخاطئة التي يمكن أن تؤدي إلى حرفها عن أهدافها والإضرار بالأموال العامة، ومن تم يجب إحاطتها بجميع ضمانات الحكامة الرشيدة والتدبير الجيد.

ب- يلاحظ كذلك أن المشرع إكتفى بوصف الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة دون ذكر لطبيعتها الإدارية، فقد يقول قائل أن طبيعتها الإدارية ظاهرة، خاصة إذا ما اعتمدنا المعيار العضوي في تحديد طبيعة العقد ما دام الأمر متعلق بالعقود تبرمها هيئات عمومية خاضعة للقانون الإداري كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري حسب ما نصت عليه المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية المشار إليه. وحتى في حالة اعتماد المعيار الموضوعي فالطبيعة الإدارية واضحة لأنها عقود تتعلق بتلبية حاجات تتعلق بالمصلحة العامة والخدمة العمومية، وتخضع في تأطيرها لقانون الصفقات الذي يعتبر جزءاً من القانون الإداري.

غير أن تحديد الطبيعة الإدارية للصفقة لا يخلو من بعض الأشكال خاصة عندما توسع الأمر ليشمل عقود الصفقات التي تنجزها بعض المؤسسات العمومية غير الخاضعة لأحكام القانون الإداري كالمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة طبقاً للمادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

فإذا كان لهذا التوسع في تطبيق قانون الصفقات من إيجابيات واضحة من حيث مد مجال الحماية ويجعل عقود هذه المؤسسات عندما تتصرف في المال العام تحت الضوء دعماً للشفافية وتكريساً لمبدأ المساواة، علماً أن مساهمة هذه المؤسسات أملتتها ضرورات المصلحة العامة، وإشراكها في الطلب العمومي نابع مما تملكه من إمكانيات هائلة قد لا تتوفر لدى مؤسسات الدولة، وبالتالي ليس من الحكمة إبعادها من المشاركة في تنفيذ خدمة عمومية مع حاجة الدولة لها لمجرد أن عقودها تطرح مشكلة الإختصاص⁽²⁾.

¹ تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236 على " يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام تنفيذ الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم".

² الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 53.

وبذلك فالضرورات العملية والبيئية الخاصة لهذه العقود *environnement spécifique* هي التي بررت إخضاع بعض العمليات إلى قواعد قانون الصفقات العمومية، ومن تم لم يعد المعيار العضوي

وحده المناسب لتحديد الطبيعة الإدارية للصفقة مع إعطاء صلاحية إبرام الصفقات العمومية لأشخاص غير خاضعة أصلاً للقانون الإداري، مما يستدعي ضرورة البحث عن معايير أخرى لمواكبة هذا التطور.

وفي هذا الصدد يمكن النظر لمعيار النفقة العمومية Critère de la dépense publique كمخرج مناسب لتبرير خضوع عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC والمؤسسات العمومية الاقتصادية EPA لأحكام قانون الصفقات العمومية لأن الحماية المقصودة هنا مرتبطة بالمال العام، وبالتالي خضوعها لقانون الصفقات مرتبط وجوداً وعندما بوجود هذا المال العام أي النفقة العمومية، وبالتالي حيث ما وجدت النفقة العمومية وجدت الحماية دون النظر إلى طبيعة المؤسسة التي تنفذها أكانت خاضعة للقانون العام أو الخاص، ومن ثم يترتب على الشيء مقتضياته⁽¹⁾.

خاصة وأن خضوع هذه الهيئات لقانون الصفقات يجعلها محرجة، فهي من جهة مطالبة بإحترام قواعد القانون الخاص (القانون التجاري أو المدني) عند القيام بنشاطها الأصلي والإعتيادي، ومن جهة أخرى تطبيق قانون الصفقات بمناسبة تنفيذها لعمليات أو مشاريع ممولة من طرف الدولة في إطار المصلحة العامة والنفعة العام. ولعل صعوبة تحقيق هذه المعادلة في آن واحد حقيقية لإختلاف البيئة والثقافة لكل من الناشطين، ولعلها كذلك المعادلة الصعبة التي كانت السبب وراء المطالبة الملحة لمسيرى هذه المؤسسات بإلغاء التجريم لأعمال التسيير Dépenalisation de l'acte de gestion ضمن موجة المطالبة بتوفير الأمن القانوني Sécurité juridique.

¹ وقد تصدى مجلس الدولة الفرنسي لهذه الوضعية في قراره بتاريخ 29 نوفمبر 1991، Lebon Giepin، ص 11. واعتبر أن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات المختلطة Sociétés mixtes تطبيقاً للمعيار العضوي هي عقود خاصة لا تخضع لقانون الصفقات، حتى وإن كان إبرامها لهذه الصفقات من أجل تنفيذ خدمة عمومية وتخضع في ذلك لإجراءات الإشهار والمنافسة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية. غير أن الملاحظ في هذا الصدد أن قانون 11 ديسمبر 2001 المعروف بقانون:

(MURCEF. mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

إعتبر في مادته الثانية أن العقود الخاضعة لقانون الصفقات هي عقود إدارية.

Article 2 de la loi MURCEF " les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs".

وهنا تجدر الإشارة كذلك إلى أن موقف القضاء حول هذه المسألة لم يكن مستقرًا، فتارة عقد الإختصاص للقضاء العادي، كما في الدعوى القضائية التي أقامتها مؤسسة أشغال الكهرباء والري ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار والمتعلقة بتسديد وضعية الحسم النهائي بمبلغ 1.683.404.27 دج في إطار عقد أشغال لإنجاز التهيئة الخاصة بمساكن إجتماعية (مساهمة نهائية لميزانية الدولة)⁽¹⁾. وثارة أخرى نجد نفس المحكمة قضت بعدم الإختصاص في قضية مماثلة أين إدعت شركة (ب.ع) للبناء ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار بخصوص تمكينه من كفالة ضمان حسن تنفيذ صفقة بناء مساكن إجتماعية بحجة أن الديوان أبرم الصفقة العمومية بمساهمة نهائية للدولة (عقد إداري) وبالتالي فإن الإختصاص يؤول إلى القضاء الإداري⁽²⁾، مع العلم أن ديوان الترقية والتسيير العقاري هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري منذ سنة 1991⁽³⁾.

أما المحكمة العليا فقد حسمت مسألة الإختصاص معتبرة أن النزاعات الناشئة بين المؤسسات ذات الطابع التجاري كديوان الترقية والتسيير العقاري تؤول إلى القضاء الإداري وفقاً للمادة 2 من قانون الصفقات العمومية السالفة الذكر إذا كلفت هذه المؤسسات بإنجاز مشاريع إستثمارية بمساهمة نهائية أو مؤقتة لميزانية الدولة، والحكم بخلاف ذلك يعتبر خرقاً لقاعدة جوهرية متعلقة بالنظام العام وينجر عنها النقض والإبطال⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى قرر مجلس الدولة إلغاء القرار المستأنف والتصريح بأن القضاء الإداري هو المختص للفصل في النزاع، وبذلك ألزم ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية بشار بدفع للمستأنفة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة أشغال الغرب، مبلغ 3.334.029.74 دج كضمان لمشروع تطهير المياه (مشروع عمومي بمساهمة نهائية للدولة)⁽⁵⁾ مما يؤكد على الطبيعة الإدارية للعقد.

ج- وفي مقابل التوسيع في نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، نجد المشرع في ذات المادة الثانية، يعفي العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من الخضوع لهذا القانون⁽⁷⁾. وهي حالة أخذ بها كذلك المشرع الفرنسي ويرجع مصدرها إلى القضاء الأوروبي⁽⁶⁾، حيث أن هذا الإعفاء نابع من أن إحداها يمكن أن ينظر إليها كإمتداد للأخرى إدارياً كما ويشترط أن تمارس الأولى صلاحية الرقابة على الأخرى كما تمارسها على أحد مصالحها، إضافة إلى أنه يجب أن يكون عملها الرئيسي لفائدة

الإدارة الأم ويعبر عنها ب: (In house ou prestations intégrées ou prestations internes) .

¹ الحكم رقم 11/03220 بتاريخ 2011.12.27 صادر عن محكمة بشار.

² الحكم رقم 11/84100 بتاريخ 2011.11.05 صادر عن محكمة بشار.

³ أنظر المرسوم 147-91 المؤرخ في 1991.05.12 المتضمن القانون الأساسي لدواوين الترقية والتسيير العقاري.

⁴ قرار المحكمة العليا في الملف رقم 468744 بتاريخ 2008.06.04.

⁵ قرار مجلس الدولة بخصوص الملف رقم 3478 بتاريخ 2007.05.06.

⁶ عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد بين النظرية والتطبيق، دار الكتاب الجديد، القاهرة، 1994 ص.34.

⁷ David capitani, la coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du " in house"? Revue LAMY des collectivités territoriales, Juin 2009 ,N°= 47, p.40.

ويمكن أن تمثل الأشغال أو إقتناء اللوازم أو الخدمات التي يتم إنجازها عن طريق وكالة الإستغلال المباشر التابعة للبلديات⁽¹⁾ La régie communale لفائدة البلديات، صورة شبيهة لهذه العقود.

2- إستعمال مصطلح صفقة للتعبير عن العقد في قانون الصفقات العمومية: قد يثير تعبیر الصفقة *marché* بعض اللبس في الحالة التي قد يفهم فيها أنها مرادفة فقط للعقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة وفقاً للإجراءات الشكلية التي يحددها تنظيم الصفقات العمومية، حسب الحدود المالية أو العتبة المالية المنصوص عليها في المادة 6 من قانون الصفقات، لأن صياغتها توحى بذلك حيث نصت على أن " كل عقد أو طلب يساوي 8.000.000 دج أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم، و 4.000.000 دج لخدمات الدراسة أو الخدمات، لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة في مفهوم هذا القانون".

والسؤال الذي يطرح في هذا الخصوص، هل العقود التي تبرم بمبالغ أقل من الأسقف المحددة في المادة 6 ليست صفقات عمومية؟ وإذا كان الجواب بنعم فما طبيعتها إذاً؟
الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة، وتبرم وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات، ومن ثم فإن كل العقود التي تبرم طبقاً للتشريع المعمول به تستحق وصف الصفقة العمومية بغض النظر عن مبلغها، ويبقى معيار الاختلاف بين أنواع الصفقات العمومية هو الإجراءات الشكلية المتبعة في إبرامها، فنقول صفقة مبرمة حسب الإجراءات الشكلية، وص.ع عن طريق الإستشارة، وص.ع عن طريق طلبات خدمة و صفقة عمومية عن طريق التراضي وهكذا.
ولعل المشرع الفرنسي في قانون الصفقات كان أكثر دقة في توصيفه لأنواع الصفقات، عندما اعتبرها كلها صفقات *Marchés* والتميز بينها جاء على أساس الإجراءات الشكلية المتبعة في إبرامها مثلاً، *marchés a procédure formalisées* *marchés d'appel d'offre*، أو *marchés négociés selon les procédures adaptées (MAPA)*.

و جاءت إثارة هذه الملاحظة للأسباب التالية :

أ- قد تعتقد بعض المصالح المتعاقدة أن العقود التي تبرمها وتكون مبالغها أقل من الحدود المشار إليها في المادة 6 أنها في حلٍ من الإلتزام بالصرامة المطلوبة في إبرام الصفقات تماشياً مع روح وغاية تنظيم الصفقات، ما دامت غير ملزمة بإنجاز "صفقة" وكأن قانون الصفقات يسري فقط على الصفقات التي تتساوى أو تفوق مبالغها تلك الحدود المنصوص عليها في المادة 6، وهذا تفسير خاطئ لقانون الصفقات، فالصرامة مطلوبة حتى وإن كانت قيمة النفقة دينار واحد من المال العام.

¹Charles DEBBASCH, Frédéric colin, op.cit, p.452.

ولعل إشتراط المشرع إستشارة 3 مرشحين على الأقل عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية في إستلام عرض واحد فقط أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة⁽¹⁾، يشكل دليل واضح في على رغبة ونية حماية المال مهما كان حجمه وفي جميع الظروف والإستعمالات.

ب- كذلك إن المشرع عندما حدد نطاق تطبيق قانون الصفقات في المادة 2 منه أشار إلى أن أحكامه تطبق على الصفقات محل نفقات....."، فالمقصود إذاً هي النفقة العمومية بعمومها مهما كانت قيمتها والتي تنفذها الهيئات المذكورة في نفس المادة من خلال صفقات عمومية، وعليه يستحق كل عقد يتضمن نفقة عمومية وصف صفقة.

ج- إن الغرض من وضع تلك الحدود المالية هو إضفاء مرونة أكبر على عمل الإدارات والمرافق العامة ضماناً للخدمة العمومية وسرعة التكفل بإنشغالات الناس، ومن تم لم يجبرها أحياناً على إتباع إجراءات شكلية صارمة وطويلة ربحاً للوقت وتحقيقاً للفعالية. لكن هذا لا يعني أن العقد في هذه الحالة لا يعتبر صفقة وبالتالي يمكن التراخي في إحترام إجراءات قانون الصفقات أو تجاوزها.

وعليه يستحسن لرفع هذا اللبس أن يضيف المشرع في نص المادة 6 العبارة التالية ".... لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة وفقاً للإجراءات الشكلية...." procédures formalisées وهكذا تحتفظ الصفقات المبرمة حسب الإجراءات الأخرى procédures adaptées بطابعها "كصفقة".

ثانياً- إرتباط الصفقة العمومية بالمال العام.

لاشك أن أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية جاءت ليس فقط لحماية هذه العقود وضمان مشروعيتها، طبقاً لما نصت عليه المادة 26 من القانون 06-01 ق.و.ف.م، وإنما كذلك من أجل دعم مشروعية التصرف والتعامل في المال العام الذي يشكل جوهر وجود هذه العقود ومركزها الأساسي وهو ما أشارت له المادة رقم 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 عندما حددت أهداف قانون الصفقات العمومية بقولها " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام...." (2).

¹ المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن ق.ص.ع السالف الذكر.

² المادة رقم 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 السالف الذكر.

فليس من الغريب، بل من الضروري أن تكون للقاضي الجزائري وهو يتصدى لجرائم الصفقات العمومية معرفة وإحاطة بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها التصرف في المال العام طبقاً للأطر القانونية والتنظيمية والمحاسبية المهيكلة له، خاصة إذا ما علمنا أن الصفقات العمومية يتم تنفيذها في شكل نفقات عمومية⁽¹⁾. وفي هذا الخصوص يمكن الإشارة إلى العناصر التالية:

من حيث التعريف يقصد بمصطلح المال العام Deniers publics⁽³⁾ في مجال الصفقات العمومية تلك المبالغ المالية العمومية Fonds publics التي تملكها مؤسسة عمومية أو مرفق عام وتخضع لقواعد المحاسبة العمومية⁽²⁾ وهي القواعد التي تشمل جميع مراحل مسار النفقة من بدايتها إلى نهايتها، وبالتعبير المحاسبي تلخص في الأحرف التالية ومعناها (ELOP) الإلتزام بالنفقة Engagement de la dépense. ثم التصفية Liquidation مروراً بالأمر بالدفع Ordonnancement إلى غاية التسديد paiement⁽⁴⁾.

وتعتبر معرفة هذه المراحل مسألة جوهرية بالنسبة للقاضي الجزائري بحيث تمكنه من متابعة مسار النفقة وبالتالي تحديد مسؤولية كافة الأشخاص وطبيعة تدخلاتهم في تنفيذ هذه النفقة، والأفعال المجرمة الموجبة لقيام مسؤوليتهم الجزائية، وكيفية رصد هذه الأموال في ميزانية الدولة في شكل نفقات للتجهيز أو نفقات للتسيير لفائدة القطاعات التنموية المختلفة للدولة في إطار ما يعرف بالبرنامج القطاعي للتنمية أو لتمويل الجماعات المحلية ضمن برنامج التنمية للبلديات أو من خلال التمويل عن طريق البرامج الخاصة، ويتخذ تمويل ميزانية الدولة للعمليات والمشاريع في إطار هذه البرامج إما في شكل مساهمة نهائية Concours définitif أو مساهمة مؤقتة Concours temporaire. فقد عرّفت المادة 6 من القانون 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية نفقات التجهيز بأنها نفقات التجهيزات العمومية ونفقات الإستثمارات والنفقات بالرأسمال التي تسجل في الميزانية العامة للدولة على شكل رخص برامج Autorisations de programmes وتنفذ عن طريق إعتمادات الدفع Crédits de paiement.

¹ وهو التوصيف الذي يمكن إستخلاصه من نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات.....".

² وتعرف المحاسبة العمومية Comptabilité publique على أنها الإسم الذي يطلق على المحاسبة التي تقيدها وتعتمدها الإدارات العمومية والجماعات المحلية لتسجيل وتنفيذ إيراداتها ونفقاتها.

³ محمد علي أحمد قطب، حماية المال العام، وفقاً لأحكام القانون المدني والإداري والجنائي والتشريع الإسلامي وآراء الفقه وأحكام القضاء وأثر الخصخصة في ذلك، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، مصر الجديدة، القاهرة 2006، ص 125.

⁴ Manuel de procédure d'exécution des recettes et des dépenses, Ministère des Finances, Direction de comptabilité, op.cit., p.15.

أما رخص البرامج فإنها تشكل الحد الأعلى للنفقات التي يؤذن للأمرين بالصرف بإستعمالها في تنفيذ الإستثمارات المخططة، وتبقى صالحة دون أي تحديد لمدتها حتى يتم إلغائها.

وأما إتمادات الدفع فهي تلك التخصيصات السنوية التي يمكن للأمر بالصرف صرفها أو تحويلها أو دفعها لتغطية الإلتزامات المبرمة في إطار رخص البرامج المطبقة.

ونظراً للطابع التقني والمعقد لقواعد المحاسبة العمومية المتعلقة بإنفاق المال العام، وجب على القاضي الجزائي لتحديد صفة ومسؤولية الأشخاص المعنيين بتنفيذها من حيث مداها وحدودها كالأمرين بالصرف Les ordonnateurs والمحاسبين العموميين Comptables (Trésoriers) publics والمراقب المالي Contrôleur financier وغيرهم، بالرجوع إلى ترسانة من النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة⁽¹⁾.

ثالثاً- الصفقة كعقد مكتوب: من حيث التعقب للنفقة La traçabilité de la dépense publique أكدت المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 عند تعريف الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يعتبر الكتابة شرطاً للإنعقاد إلا بالنسبة للصفقات التي يساوي أو يتجاوز مبلغها 4000 أورو. أما ما دون ذلك فلم يشترط الكتابة⁽²⁾.

ويأتي تأكيد المشرع الجزائري على عنصر الكتابة كشكلية لإنعقاد الصفقات العمومية ورتب على تخلفها البطلان معتبراً إياها من النظام العام⁽³⁾، من زاوية كونها أداة مهمة لتنفيذ البرامج الإستثمارية الكبرى في إطار سياسة الدولة التنموية.

¹ نذكر من أهم هذه النصوص ما يلي:

- القانون رقم 84-17 المؤرخ في 07.07.1984 المتعلق بقوانين المالية (ج ر العدد 28 لسنة 1984) المعدل والمتمم بالقانون 88-05 المؤرخ في 12.01.1988 (ج ر عدد 02 لسنة 1988) المعدل والمتمم بالقانون 89-24 المؤرخ في 31.12.1989 (ج ر العدد 01 لسنة 1990).

- القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15.08.1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية (ج ر العدد 35 لسنة 1990) المعدل والمتمم بالقانون 98-12 المؤرخ في 11.12.1998 والقانون رقم 90-11 المؤرخ في 23.12.1990).

- القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية (ج ر العدد 37 لسنة 2011).

- القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية (ج ر العدد 12 لسنة 2012).

- المرسوم التنفيذي رقم 98-227 المؤرخ في 13.07.1998 يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز (ج ر العدد 51 لسنة 1998).

- المرسوم التنفيذي رقم 97-268 المؤرخ في 21.07.1997 المتضمن الإجراءات المتعلقة بالإنعقاد بالصفقات العمومية وتنفيذها وضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤوليتهم (ج ر العدد 48 لسنة 1997).

- المرسوم التنفيذي رقم 91-311 المؤرخ في 07.09.1991 يتعلق بتعيين المحاسبين العموميين وإعتمادهم (ج ر العدد 43 لسنة 1991) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03-41 المؤرخ في 19.01.2003 (ج ر العدد 04 لسنة 2003).

- المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14.11.1992 يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها (ج ر العدد 82 لسنة 1992) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16.11.2009 (ج ر العدد 67 لسنة 2009).

²المشرع الفرنسي الذي لم يعتبر الكتابة شرطاً للإنعقاد كبدأ عام في العقود الإدارية إلا أنه إشتراطها في الصفقات العمومية التي يفوق مبلغها 4000 أورو، أنظر في الخصوص Charles Debbasch- Frederic colin, op cit, p.467.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 70.

وكذلك لأنها القناة الأساسية لصرف المال العام وتخضع في ذلك لشتى أنواع من الرقابة الصارمة سواء إدارية أو مالية أو قضائية، ومن ثم لا يتصور قيام هكذا رقابة إلا على أساس وثائق مكتوبة تترجم بالحقيقة المادية مختلف الإجراءات الإدارية المتبعة وكذلك مختلف مراحل إنجاز النفقة المعبر عنها كما أسلفنا بعبارة بالأحرف (ELOP) ما يتيح التعقب والتثبت من شرعية النفقة وصحتها

إستناداً لعمليات موثقة (أي مكتوبة وممضي عليها، مختومة، ومؤشر عليها...إلخ) من طرف المصلحة المتعاقدة، أو من قبل المتعامل المتعاقد الآخر أو أية جهة متدخلة أخرى. غير أن التشديد في ضرورة توفر عنصر الكتابة صاحبه أحياناً بعض المرونة مراعاة لحالات ووضعيات تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة إلى هامش أكبر من حرية الإرادة، لتكييف تدخلها مع تلك الوضعيات بهدف الإستجابة لمقتضيات المصلحة العامة بالشكل الأنسب والأسرع، ويمكن أن نذكر من هذه الحالات:

1- عندما سمحت المادة السابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 للمصلحة المتعاقدة بإمكانية البدء في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة أي دون وجود كتابة وذلك بصفة مؤقتة لمواجهة بعض الوضعيات الإستثنائية كما في حالة الخطر الذي يهدد إستثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي. ولإبراز أهمية الكتابة يعود المشرع في نفس المادة ليفرض على المصلحة المتعاقدة إعداد صفقة تسوية خلال مدة ستة (6) أشهر⁽²⁾ ابتداءً من تاريخ التوقيع على المقرر المتضمن الترخيص لبدء التنفيذ وحسب الأسقف المالية المحددة في المادة 06 من نفس المرسوم الرئاسي⁽³⁾، ما يعني العودة إلى الأصل وهو إبرام الصفقة بشروطها الشكلية كاملة بما فيها الكتابة.

2- في حالة أخرى وردت كذلك في المادة السابعة مكرر (أحدثت عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012) المعدل والمتم للمرسوم الرئاسي 10-236 بقولها " يمكن إستثنائياً إذا كان مبلغ نفقات الخدمات المتعلقة بتكاليف الماء، الغاز، الكهرباء، الهاتف والإنترنت يفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 6 أعلاه، أن تكون محل إبرام صفقة تسوية فور تبليغ الإعتمادات". وفي ذلك مراعاة للضرورات العملية في تخصيص الإعتمادات المالية في إطار ميزانية الدولة، حيث رخص بأن يكون إبرام الصفقة بالشكلية المطلوبة بما فيها الكتابة لاحقاً بعد معرفة مبالغ الخدمات المذكورة التي تأخذ شكل صفقة تسوية *Marché de régularisation*.

¹ المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم السالف الذكر.

² بدلاً من 3 أشهر قبل تعديل المادة 7 فقرة 6 عن طريق المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18.01.2012 السالف الذكر.

³ المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 حددت الأسقف المالية كما يلي:

مبلغ يساوي أو يفوق 8.000.000 دج بالنسبة لعقود الأشغال واللوازم ومبلغ 4.000.000 دج بالنسبة لعقود الخدمات والدراسات.

3- ولأهمية الكتابة كقالب شكلي يجب أن يفرغ فيه عقد الصفقة العمومية أقر المشرع أنه حتى في الحالة التي لا يسمح فيها الإستعمال الملح بإعداد صفقة، فإنه يتعين أن يثبت إتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل⁽¹⁾ مما يكرس أهمية الكتابة ولما تمثله من وثائق محاسبية *pièces comptables* تدل على كيفية إتمام إجراء النفقة العمومية من خلال إمكانية تعقب مسارها حماية للمال العام.

الفرع الثاني: شمولية الصياغة في النموذج التجريبي.

يصادف القاضي الجزائري في تعامله مع النص التجريمي في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات العمومية ظاهرة غموض نموذج الفعل المجرم في النص، بسبب طريقة الصياغة المعتمدة مما يصعب عليه الوصول إلى الإرادة الحقيقية والنية المقصودة من قبل المشرع. ويلاحظ في نص التجريم استعمال عبارات وألفاظ تتسم في عمومها بالشمولية العموم، وهذا خلافاً للمبادئ العامة الراسخة في مجال المسؤولية الجزائية التي تفترض في الركن الشرعي الدقة والوضوح وعدم التعقيد لتسهيل الوصول لمقصد المشرع ولتدليل الصعوبات أمام القاضي الجزائري ضماناً لحسن تطبيق القانون، وتفادي الأخطاء والتأويلات والتفسيرات الموسعة ما قد ينجر عنه إضرار بمبدأ تحقيق العدل والعدالة. ومن ثم يفترض أن يتضمن هذا النموذج تسمية السلوك المجرم، وتحديد أركان الجريمة إضافة إلى ظروفها أو شروط التجريم والعقاب⁽²⁾ وحينما يرتكب شخص ما فعلاً معيناً يطابق القاضي بين هذا الفعل وبين النموذج القانوني، ولا يحكم بالإدانة والعقوبة إلا إذا تطابق الفعل بكامل عناصره وحالة الشخص الذهنية والنفسية والوقائع والعوامل الأخرى مع هذا النموذج⁽³⁾، وبإسقاء نصوص التجريم في مجال الصفقات العمومية نتساءل حول مدى إنسجام صياغتها مع مقتضيات الركن الشرعي أو القانوني المقررة في القواعد العامة للمسؤولية الجزائية؟ فلو نظرنا إلى الصياغة المعتمدة في جريمة المحاباة مثلاً، لوجدناها تبنت في وضعها لنموذج هذه الجريمة مقارنة مختلفة ومغايرة تماماً لموجبات تلك القواعد العامة.

¹ المادة 7 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 12.23 السابق الذكر.

² مع الإشارة أنه رغم الإنتقادات التي وجهت لركن الشرعية فإنه صمد ولم تمنع معظم التشريعات بالأخذ به بل ولقد إستقرت المناقشات التي دارت في المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات المنعقد بباريس سنة 1937 والمؤتمر الثاني الذي إنعقد بلاهاي سنة 1937 أيضاً على الإعتراف لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بكل قيمته حسب ما جاء في كامل السعيد شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق، ص 87.

³ عبود السراج، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 229.

وهكذا فإن إلقاء نظرة أولية على نص المادة 26 فقرة أولى بالرغم من التعديل الذي طرأ عليها بموجب القانون 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011 المتضمن تعديل القانون 06-01 ق.و.ف.م⁽¹⁾، نجد صياغتها قد تضمنت مجموعة من الألفاظ والكلمات والعبارات التي تحتل معاني متعددة لمرونتها أحياناً وغموضها أحياناً أخرى مما يصعب تحديد كنهها، كعبارة كل موظف عمومي، وعبارة منح إمتياز غير مبرر، ولفظ إبرام وتأشير، وعقد، وإتفاقية، ثم صفقة وملحق وكذلك تعبير حرية الترشح والمساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات وكلها تعابير ليس من اليسير على القاضي الجزائري حصر مفهومها.

ولعل تبني هكذا صياغة كانت لها دواعي ومبررات موضوعية فرضتها طبيعة مجال هذه المسؤولية الجزائية التي تهدف إلى قمع ومعاقبة مجموعة من السلوكات المعقدة والمتنوعة كالإخلال بمبدأ النزاهة والحياد والأمانة وغيرها، وهذه السلوكات ذاتها مرتبطة بقطاع الصفقات العمومية الذي لا يختلف إثنان في صعوبته وتعقيده بسبب تداخل طيف واسع من القوانين الإدارية والمالية والتقنية في تأطيره وتنظيمه. وبذلك إنعكست هذه الخصوصية على شكل وطريقة الصياغة التي حاولت التوفيق بين متطلبات الوضوح في تحديد أركان الجريمة وفي نفس الوقت الإحاطة بكل صور الأفعال التي قد تشكل سلوكاً جرمياً، وهو السياق الذي جاء به التعديل المذكور لهذه المادة.

ولبلوغ هذا الهدف الصعب، اعتمد أسلوب التجريم معياراً مميزاً يقوم على أساس تجريم إجراء إبرام أو التأشير على عقد أو صفقة أو إتفاقية أو ملحق مخالفة للمبادئ الأساسية التي يقوم الشراء العمومي وهي حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات⁽²⁾، كما حاول من خلال هذه الطريقة في الصياغة الإحاطة بكافة السلوكات المجرمة التي قد ترتكب من طرف الموظفين العموميين في مختلف مراحل إبرام الصفقة ومساورها، سواء في مرحلة تحضير أو إبرام أو تنفيذ العقد، والتي من شأنها الإضرار بالمال العام، وهو النطاق والمدى ذاته الذي تغطيه المبادئ الثلاثة السالفة الذكر.

¹ وقد كانت الصياغة القديمة للمادة 26 فقرة أولى من القانون 06-01 أكثر غموضاً، وقد شكلت صعوبات جمة بالنسبة للقضاة لعموميتها وشموليتها، مما جعل البحث عن نية المشرع وإرادته من خلال نص التجريم مسألة غير هينة. ورغم محاولته تصحيح هذه الوضعية في التعديل الأخير إلا أن الصعوبة تبقى ماثلة. وكانت صياغتها على النحو الآتي:

" 1- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقاً مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير....".

² وجاءت صياغة المادة 26 متناغمة مع نص المادة 3 من المرسوم رقم 10-236.

وفي ذات السياق لا تفوتنا الإشارة إلى أن معضلة الغموض في نص التجريم لم تقتصر على نص الفقرة الأولى من المادة 26 المذكورة أعلاه، بل شملت كذلك الفقرة الثانية منها عندما حددت المسؤولية الجزائية للتاجر أو الصناعي أو الحرفي أو مقاول القطاع الخاص أو بصفته كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية...⁽¹⁾ وكذلك جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية طبقاً للمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بالإضافة إلى جريمة تعارض المصالح⁽²⁾ والتي تحيل إلى أحكام المادة 09 من نفس القانون أين نصادف غموض المفاهيم والمصطلحات المستعملة في صياغتها، وغيرها من الجرائم التي يمكن أن تشكل نقطة تماس مع قطاع الصفقات العمومية في إطار جرائم الفساد بصفة عامة⁽³⁾.

هذا التمييز في الركن الشرعي لجرائم الصفقات العمومية يثير مسألة في غاية الأهمية تتعلق بكيفية تفسير نصوص التجريم والعقاب، خاصة وأن المهمة تزداد تعقيداً وصعوبة عندما نعرف أن القاضي الجزائي مطالب في ذلك بالرجوع والإستناد إلى مجموعة كبيرة من القوانين ذات الصلة وكذلك كم هائل من النصوص التنظيمية وعلى رأسها تنظيم الصفقات العمومية، مما يستدعي منه بذل جهد إضافي للقيام بمهمته على أحسن وجه⁽⁴⁾.

وعليه فإن تحديد كنهه التعابير المستعملة للدلالة على الركن المادي لجريمة منح إمتيازات غير مبررة (المحاباة)، وهي الجريمة الأساسية ضمن جرائم الصفقات العمومية⁽⁵⁾ L'infraction phare يستدعي القيام بمسح شامل للأحكام القانونية والتنظيمية المكرسة لمفهوم حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين ثم الشفافية في الإجراءات.

¹ المادة 26 فقرة ثانية من القانون 01-06.

وهو ما أكدت عليه المادة الأولى من القانون 01-06 في تحديدها لأهداف هذا القانون والتي من بينها:

- دعم التدابير الرامية للوقاية من الفساد ومكافحته.

- تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص.

² المادة 34 من القانون 01-06.

³ المادة 28، 32، 35، 36، 37، 38، 39، 42، 43 من القانون 01-06 السالف الذكر.

⁴ خاصة وقد رأى بعض الفقهاء أن التفسير لا يقتصر على القوانين المبهمة، وإنما يمتد ليشمل القوانين الواضحة أيضاً لأنه حتى في صدد هذا القانون يجب عدم الوقوف عند المعنى الصوري للألفاظ ويجب البحث عن معناها العميق وعن حقيقة مداها. وهو قول الفقيه رمسيس بهنام، النظرية للقانون الجنائي، ص 218.

⁵ Catherine Prebissy-Schnall, la pénalisation des marchés publics, op.cit ,p.33.

وهي المبادئ التي يؤسس عليها تنظيم الصفقات وتختصر فيها كل أحكامه في مختلف مراحل إنجاز الصفقة، ولذلك شكلت قاعدة الإرتكاز في صياغة أسلوب التجريم، وطريقة ذكية للإحاطة بجميع

السلوكات المجرمة المحتملة من خلال ربط التجريم بتلك المبادئ بإستعمال عبارات وألفاظ جامعة وعمامة⁽¹⁾.

1- الأحكام المكرسة لحرية الدخول للطلب العمومي.

بالرغم من هامش الحرية التي منحت للشخص العمومي أو المصلحة المتعاقدة عند إنجاز الصفقات العمومية إبراماً وإنجازاً إستجابة لدواعي المرونة التي يتطلبها نشاط المرفق العام، فإن إخضاع الشخص العمومي لأحكام تشريعية وتنظيمية وشكلية يتعين الإلتزام بها عند إبرام هذه العقود ليس تقييداً لحرية التعاقد وإنما من أجل جعل الإختيارات الحرة للإدارة واضحة وظاهرة ومجسدة مادياً⁽²⁾. ولعل أهم إجراء حرص المشرع على تجسيده في إبرام الصفقات العمومية هو إخضاعها لمبدأ المنافسة، بحيث يحق لأي متنافس المشاركة في الطلب العمومي متى توافرت لديه الشروط القانونية حسب الأشكال الواجب إتباعها للدخول إلى المنافسة، وهو المبدأ الذي كرسته المادة 2 من قانون المنافسة حيث نصت " تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المنافسة إلى حين المنح النهائي للصفة، غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة"⁽³⁾. وبذلك يتسع نطاق تطبيق مبدأ المنافسة ليشمل كل المجالات الإقتصادية⁽⁴⁾.

¹ وقد إستجاب المشرع من خلال القانون 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011 المعدل للقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته للمطالب الملحة بضرورة توضيح وحصر النموذج التجريمي في جريمة المحاباة، وبذلك إستبدلت عبارة ".....وذلك مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل...." واعتمدت مكانها المبادئ الثلاثة للطلب العمومي.

² Catherine Ribot, la passation des marchés publics, opcit p.20.

³ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة (ج ر عدد 43 بتاريخ 20 جويلية 2003) المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 جويلية 2008 (ج ر عدد 36 بتاريخ 2 جويلية 2008). وكذلك بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 (ج ر عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010).

- وهو المبدأ كذلك الذي نص عليه وحماه دستور 1996 في الباب الرابع المتعلق بالحريات والحقوق العامة في مادته 37 التي نصت على حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون.

وقد حسم القضاء الفرنسي الخلاف حول مسألة خضوع الإدارة إلى قواعد المنافسة، من خلال قرار لمحكمة التنازع بتاريخ 6 جوان 1996 الخاص بقضية مدينة pamiens بقولها :

"Un acte administratif est notamment un acte relatif à l'organisation du service public c'est pas lui-même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché "

⁴ محي الدين القسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1996، ص 99.

فالقاضي الجزائري وهو ينظر في جرائم الصفقات العمومية يتحرى كل السلوكات المخلة بنزاهة وحياد الموظفين العموميين، وحرصاً منه على حماية مقتضيات حرية المنافسة⁽¹⁾ التي تهدف إلى فتح المجال لكل الأشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين متى توفرت فيهم الشروط المطلوبة والمحددة مسبقاً من طرف المشتري العمومي للتقدم بعروضهم أمام الهيئات المؤهلة قانوناً بإبرام الصفقات العمومية⁽²⁾. وهي الغاية ذاتها من المنافسة حسب ما أقره القضاء الفرنسي عند تعريف محكمة النقض لمبدأ المنافسة في قرارها بتاريخ 23 ماي 1998 حيث رأت " أن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منح من الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس في التقدم للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاماً أو خاصاً....."⁽³⁾. وينسجم ذلك مع موقف المشرع الجزائري عندما جعل في المادة 25 من تنظيم الصفقات العمومية إجراء المناقصة القاعدة العامة والأصل في إبرام الصفقات العمومية أما التراضي فيشكل إجراءً إستثنائياً⁽⁴⁾. كما أن التنافس لا يتحقق إلا عن طريق منظومة إعلان موجهة للمعنيين بالأمر بهدف توفير أكبر مستوى من الإعلام ولا يتأتى ذلك إلا بإتباع مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تكفل تحقيق هذا الإعلام عملياً حسب ما حدده المشرع.

1- طبيعة الإعلان الضروري لتحقيق مبدأ المنافسة.

لاشك أن تمكين أكبر عدد من المتنافسين من المشاركة في تقديم العروض هو مصلحة حيوية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في إطار فعالية الطلب العمومي من خلال توسيع هامش الإختيار للوصول للعرض الأفضل والأصلح خدمة للمصلحة العامة، وكذلك لتجسيد الحكامة الرشيدة للمال العام حتى لا يبقى حكرًا بيد طائفة معينة ومحدودة من المرشحين وهو ما يتنافى مع روح المنافسة. فالإخلال بمبدأ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية جعله المشرع أحد صور الركن المادي لجريمة تعارض المصالح طبقاً للمادة 34 من القانون 06-01 التي تحيل إلى المادة 9 من نفس القانون⁽⁵⁾.

¹ Catherine prebissy- schanall, pénalisation des marchés publics, op.cit, p.39.

" La caractérisation des éléments de l'infraction de favoritisme pourra se faire par référence à une exigence précise du droit de la concurrence qui serait au nombre de celles qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des conditions dans les marchés publics".

²Gibal Michel, le nouveau code des marchés publics, une réforme composite la semaine juridique paris dosseurs périodique, éd. 16-17 paris 722. ,

³LAJOYE Christophe. droit des marchés publics, Berti édition Alger, 2007 p.104.

⁴ المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

⁵ المادة 34 من القانون 06-01.

وقد حدد المشرع على سبيل الإلزام والوجوب الكيفية التي يتم بها الإعلان وهي الإشهار الصحفي حسب المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10-236 حيث نصت على " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات التالية:

- المناقصة المفتوحة.

- المناقصة المحدودة.

- الدعوة إلى الإنتقاء الأولي.

- المسابقة.

- المزيدة....".

فحرية الدخول للطلب العمومي لا تتحقق إلا عبر هذا الإجراء الجوهري الذي تلتزم المصلحة المتعاقدة بإحترامه، وفي كل طرق إبرام الصفقات العمومية سواء كانت مناقصة مفتوحة أو محدودة، وطنية ودولية، أو تعلق الأمر بأسلوب الإستشارة الإنتقائية أو المسابقة أو المزيدة.

ولتحقيق ذلك أوجبت المادة 49 من المرسوم الرئاسي أن يتم إعلان المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل⁽¹⁾، كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل الإقتصادي (BOMOP)⁽²⁾ وذلك عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP التي تتولى عملية النشر في الصحف الوطنية، إضافة إلى إلزامية نشر الإعلان كذلك في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

ولأهمية الإشهار كوسيلة لتوسيع نطاق حرية الدخول إلى الشراء العمومي فقد سابر المشرع حركة التطور التكنولوجي وتطور وسائل الإتصال والإعلام الحديثة، عندما اعتمد طريقة النشر الإلكتروني إلى جانب النشر الصحفي، بحيث يمكن أن يتم إعلام المعنيين بواسطتها، وهو ما نصت عليه المادة 173 من المرسوم 10-236 بقولها " تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية...." كما نصت المادة 143 على إمكانية أن تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، ويمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية كذلك، رغم أن هذه الطريقة الإلكترونية Dématérialisation في الإشهار لا زالت في بدايتها

¹ على محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2005، ص 41.

حيث يرى ضرورة أن يقتصر هذا الشرط على المناقصات الدولية فقط حماية وحفاظاً ودعماً للثوابت الوطنية المكرسة في دستور 1996 في مادته الثالثة.

2 أستخدمت عن طريق المرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 ماي 1984 يتضمن إنشاء نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي (ج ر عدد 20 بتاريخ 15 ماي 1984).

علماً بأن إلزامية الإشهار في هذه النشرة جاء كقيد إضافي على المصلحة المتعاقدة جاءت به المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236.

حتى في القوانين المتطورة⁽¹⁾ غير أن مجرد النص عليها يشير إلى الحرص على إستعمال كافة

الوسائل المؤدية لتمكين أكبر عدد ممكن من المشاركة في المناقصة.

ويتأكد هذا الحرص كذلك حتى في حالة اللجوء إلى إبرام الصفقة عن طريق التراضي باعتباره إستثناءً من الأصل وهو المنافسة، حيث يتم فيه إختيار المتعامل المتعاقد بدون اللجوء إلى المنافسة ودون الحاجة إلى الإلتزام بالإجراءات الشكلية، ومع ذلك فالمصلحة المتعاقدة مطالبة بإستشارة ثلاثة (3) مرشحين على الأقل، وهو نفس الإجراء كذلك في الحالة التي يمكن فيها للجنة تقييم العروض أن تطلب كتابياً من المرشحين الذين تمت إستشارتهم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم طبقاً للمادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽²⁾. ولأهمية المنافسة لضمان حرية الدخول للطلب العمومي لم يقتصر إلتزام تطبيقها على جميع أنواع الصفقات العمومية التي تتجاوز مبالغها الحدود المالية أو العتبة المحددة من قبل المشرع، بل لوحظ تعميمها إلى جميع أنواع العقود الإدارية كالتفويض بالخدمة العمومية *Délégation de service public*، أو حتى ما يعرف بعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص *Contrat de partenariat public-privé*⁽³⁾.

وفي ذات السياق، أجازت المادة 4 من المرسوم 10-236 إجراء الإشهار المحلي عندما يتعلق الأمر بالمناقصات المحلية للولايات والبلديات، عن طريق نشر الإعلان في يوميتين محليتين أو جهويتين وكذلك إصاق الإعلان عن المناقصة بالمقرات المعنية للولاية ولكافة بلديات الولاية وعلى مستوى غرفة التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، والمديريات التقنية للولاية. وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن تجاهل المصلحة المتعاقدة أو عدم مراعاتها لمبدأ العلانية يعد مبطلاً لعقودها، لأنه إجراء ملزم وجوهري ويعتبر من النظام العام حيث لا يجوز الإتفاق على مخالفته⁽⁴⁾.

¹ نجد المشرع الفرنسي مثلاً في المادة 56 من قانون الصفقات 2006 يجعل اللجوء إلى الكتابة على الورق هي الأصل *Principale* والإجراءات الإلكترونية كمنتم *Accessoire* مخالفاً بذلك القوانين الأوروبية التي تجعلها إجبارية.

² ولعل المشرع الفرنسي عندما إستبدل عبارة *gré à gré* أي التعاقد بالتراضي بعبارة *marché négocié* بمعنى التعاقد بعد التفاوض قصد ضرورة إعتدأ حد أدنى من المنافسة ولو في صورة مفاوضات في عملية إختيار المتعامل المتعاقد، حتى في حالة عدم وجوب إتباع الإجراءات الشكلية اللازمة في الوضعيات المرخص فيها بذلك

³ Catherine Ribot, opcit, p.23.

⁴ محمد خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، المرجع السابق، ص.73.

1-ب- مضمون الإعلان.

لم يقف تأطير إجراء الإعلان عن المناقصة بإعتباره أهم أداة لتحقيق المنافسة وبالتالي توفير أكبر فرص ممكنة للدخول للطلب العمومي عند جعله إجراءً إلزامياً، وإنما شمل كذلك تحديد مضمونه

حتى يكون الإعلان مستوفياً لمجموعة من الضوابط تحقق الغاية منه. ف جاء النص في المادة 46 من نفس المرسوم الرئاسي على إلزامية إحتواءه على البيانات التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي.
 - كيفية المناقصة.
 - شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي.
 - موضوع العملية.
 - قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى دفاتر الشروط ذات الصلة.
 - مدة تحديد العروض ومكان إيداع العروض.
 - مدة صلاحية العروض.
 - إلزامية كفالة التعهد إذا إقتضى الأمر.
 - التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة " لا يفتح " ومراجعة المناقصة.
 - ثمن الوثائق عند الإقتضاء.
- وبنفس الحرص على مبدأ العلانية ألزمت المادة 47 من المرسوم الرئاسي ذاته المصلحة المتعاقدة بأن تضع الوثائق التالية تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها، وتتعلق هذه الوثائق إما بالمناقصة أو عند الإقتضاء بالتراضي بعد الإستشارة⁽¹⁾.
- زيادة على الإجراءات المذكورة أعلاه تبنى تنظيم الصفقات العمومية صور أخرى لدعم مبدأ حرية الدخول للطلب العمومي من منطلقات قانونية أو إقتصادية أو إجتماعية أو سياسية وتتمثل في:-

¹ وأنت المادة 48 من المرسوم الرئاسي 10-236 على تعداد هذه الوثائق كما يلي:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة والمقاييس التي يتوجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن إقتضى الأمر.
- الشروط ذات الطابع الإقتصادي والتقني والضمانات المالية، حسب الحالة.
- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.
- اللغة أو اللغات الواجب إستعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها.
- كيفيات التسديد.
- كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة.
- الأجل الممنوح لتحضير العروض.
- أجل صلاحية العروض.
- آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه.
- ساعة فتح الأظرفة.
- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات.

*** حالات الإقصاء من المشاركة من الصفقات العمومية:** من أجل تكريس قيم تخليق الحياة العامة والنزاهة في تسيير الشأن العام والمعاملات الإقتصادية عمد المشرع إلى إقصاء فئة من المتعاملين الإقتصاديين بسبب وضعيات قانونية معينة كالذين هم في حالة أو محل إجراء إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، وكذا الذين كانوا محل حكم قضائي

حائز على حجية الشيء المقضى فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية، وأيضاً الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، والذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم، والذين قاموا بصريح كاذب، والذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، والمسجلون في قوائم المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من تقديم صفقات عمومية طبقاً لنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والمسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش أصحاب المخالفات الخطيرة في مجال التشريع الجبائي والجمارك والتجارة، والذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي، والأجانب المستفيدون من صفقة وأحلوا بالتزاماتهم المنصوص عليها في المادة 52⁽¹⁾.

ولعل هذا الإجراء بقدر ما يقصي متعاملين متعاقدين من المشاركة بقدر ما يوفر فرصة إضافية لمتعاملين آخرين نزهاء للإسهام في تنفيذ مشاريع عمومية بأكثر ضمانات وهو أحد مقاصد المصلحة المتعاقدة من وراء إجراء المنافسة.

¹ المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236.

وكما أسلفنا لا يعد إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة إستثناء أو تفضيل بعض الفئات لأسباب قانونية وموضوعية حددها القانون⁽¹⁾.

¹ يتخذ الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية صورتان.

أولاً = إقصاء لأسباب قانونية، وهي إبعاد المتعامل الإقتصادي من المشاركة إستناداً إلى نص تشريعي أوتنظيمي. وقد أوردت المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حالات الإقصاء من الصفقات العمومية بقولها " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الإقتصاديون".

- الذين هم في حالة إفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية التقليل أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع بعد إستيفاء إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للقطاعات العمومية المنصوص عليها في المادة 61.
كما نصت المادة 61 على إقصاء المتعاملين الإقتصاديين بسبب قيامهم بمناورات أو بأفعال ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض أو إبرامه أو تنفيذه وهم:

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة.
- الذين كانوا محل إدانة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.
- الأجانب المستفيدين من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24 والمتعلقة بالصفقات الدولية ذات الصلة بالشراكة التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون فإن الإخلال بقواعد هذه الشراكة قد يؤدي إلى تسجيل المؤسسة الأجنبية في قائمة ممنوعين من المنافسة في الصفقات العمومية.

وفي ذات الإطار نشير إلى نص المادة 62 من الأمر رقم 96-31 المؤرخ في 30.12.1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 الذي جاء فيه " كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة عشر سنوات". وكذلك إلى ما تضمنته المادة 5 من الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09.07.1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل بالأمر رقم 10-03 المؤرخ في 26.08.2010 ج ر عدد 50 بتاريخ (01.09.2010) حيث منعت كل شخص معنوي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المادتين 1-2 من الحصول على صفقة عمومية.

ثانياً= لا يتناقض مبدأ حرية المنافسة مع الإرادة الحرة للإدارة في إختيار المتعامل المتعاقد معها وتحديد الشروط التي تراها ضرورية لتحقيق حاجاتها من خلال الصفقة العمومية إن من الناحية المالية أو الفنية، عملاً بنص المادة 35 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وبالتالي للمصلحة المتعاقدة إمكانية إستبعاد الأشخاص غير القادرين على تلبية تلك الحاجات طبقاً للمواصفات المطلوبة.

ولعل إشتراط تقديم شهادة الكفاءة المهنية Certificat de qualification في المناقصات الخاصة بالأشغال العمومية والبناء والري تطبيقاً لأحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28.11.1993 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 05-114 المؤرخ في 07.04.2005. حيث ألزمت المادة 5 منه المؤسسات الأجنبية كذلك بتقديم هذه الشهادة بقولها " غير أنه يتعين على المؤسسات أو مجموعات المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصيص والتصنيف المهنيين التي تسلمها السلطات الرسمية للبلد المتواجد فيه مقر المؤسسة أو مجموعة المؤسسات المصادق عليها من قبل السلطات القنصلية الجزائرية".

وتتضمن هذه الشهادة جميع المعلومات الثبوتية لقدرة الشركة المالية والبشرية والفنية وتحدد كفاءتها من خلال تصنيف معتمد حسب سلم من الدرجات تمنح إما للنشاط الرئيسي أو النشاط الثانوي مثلاً كأن تكون درجة المؤسسة الرابعة في النشاط الرئيسي كالبناء ونشاط ثانوي كأشغال الري، وهذه الشهادة تمثل للإدارة ضمان لحسن تنفيذ العقد وإنجاز العملية موضوع الصفقة.

كما لا يعتبر حداً من المنافسة إشتراط الحصول على ترخيص مسبق يحدد كل 3 سنوات بالنسبة للمهندسين والخبراء ومكاتب الدراسات من الوزير المعني بخصوص إبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالبناء والسكن والأشغال العمومية والري.

***تشجيع المقاولات المتوسطة والصغيرة PME** يندرج هذا الإجراء عادة في إطار أهداف السياسة العامة للدولة قصد تسهيل دخول هذه المؤسسات في فضاء الطلب العمومي بسبب ضعف إمكانياتها المالية والمادية ونقص الخبرة التقنية لدى هذه المؤسسات لحدثة نشأتها أو بسبب حجمها، ومن ثم فلا ينظر إلى إجراء منح هامش من الإمتياز والأفضلية في إمكانية تقدم هذه المؤسسات في شكل تجمع شراكة Groupements d'entreprises أو في شكل تجمع تضامن للمشاركة في الدعوة للمنافسة للظفر بصفقة عمومية طبقاً للمادة 59 من تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾، على أنه إخلال بمبدأ المنافسة بل في حقيقة الأمر انه يمثل فرصة لهذه المؤسسات حيث لولا تجمعها لما تسنى لها ولوج ميدان الصفقات العمومية ما يجعلها تبقى حكرًا على المؤسسات الكبيرة والأقوى.

*** تشجيع المنتجات ذات المنشأ الجزائري** عن طريق منحها هامشاً من الأفضلية بنسبة 25% في جميع أنواع الصفقات سواء كانت أشغال أو لوازم أو خدمات أو دراسات طبقاً للمادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية، كما تحظى بنفس الأفضلية وبالنسبة ذاتها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون⁽²⁾. ولعل هاجس حماية المنتج الوطني ودعم الإقتصاد الوطني ومحاربة البطالة ودعم التشغيل هو الدافع وراء مثل هذا الإجراء الذي من شأنه التوسيع من نطاق المشاركة والمنافسة ويدعم حرية الدخول للطلب العمومي.

*** التعامل الثانوي la sous-traitance** أجاز القانون التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية، وهو إجراء يشمل جزءاً من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة. وقد حدد شروطه تنظيم الصفقات العمومية في المواد (107-108-109)، ويمكن التعامل الثانوي عدد كبير من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة والحرفيين الصغار من التكفل بتنفيذ جزء من العقود في إطار الطلب العمومي، بحيث في غياب هذا الإجراء لما تسنى لهم المشاركة.

¹ وقد أفرد الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري (ج ر عدد 101 بتاريخ 19.09.1975) والمعدل والمتمم بالقانون 02-05 المؤرخ في 6 فبراير 2005، وبالمرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، الفصل الخامس من القسم الخامس منه للتجمعات حيث جاء في المادة 796 أنه "يجوز لشخصين معنويين أو أكثر أن يؤسسا فيما بينهم كتابياً، ولفترة محدودة تجمعاً لتطبيق كل الوسائل الملائمة لتسهيل النشاط الإقتصادي لأعضائها وتطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتميمته".

² المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236.

ولأهميته في دعم مبدأ حرية الدخول للشراء العمومي يعمد المشترون العموميين إلى إدراج التعامل الثانوي ضمن معايير إختيار المتعامل المتعاقد (كمعايير فرعية) وفي كثير من الأحيان يشكل هذا المعيار الفارق أثناء عملية تقييم العروض⁽¹⁾.

نخلص مما سبق إلى القول بأن جميع الأحكام المكرسة لحرية الدخول إلى الطلب العمومي والتي بينها تنظيم الصفقات العمومية يمكن أن تشكل أساساً لقياس ما مدى مشروعية الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام هذه العقود، ومن جهة نظر القاضي الإداري في إطار رقابته المشروعية التي يمارسها على تصرفات الإدارة وهيئاتها.

كما يمكن أن يمثل الإخلال بتلك الأحكام، بالنسبة للقاضي الجزائي مصلحة جزائية جديرة بالحماية، مصدراً وقاعدة لتحديد ما إذا كان سلوك الموظفين العموميين القائمين على تسيير قطاع الصفقات العمومية قد خرق قواعد النزاهة والحياد والأمانة وبالتالي يشكل فعلاً جرمياً معاقب عليه جزائياً ويستدعي قيام مسؤوليتهم الجزائية.

2- المساواة بين المرشحين.

يقضي هذا المبدأ بأن يملك كل من يحق له المشاركة في الصفقات المعلن عنها أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين⁽²⁾، وبذلك يكون تكريس مبدأ المنافسة الشريفة وترجمته من الناحية العملية مرهون ومرتببط وجوداً وهدماً بمبدأ المساواة بين المتنافسين، الذي يتوفر عند عدم التمييز بين متعامل إقتصادي خاص أو عام في منح الصفقات العمومية وإعطاء الفرصة نفسها لكل من يتقدم إلى المنافسة⁽³⁾.

ومبدأ المساواة من المبادئ الأساسية المكرسة عالمياً من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن عقب الثورة الفرنسية لعام 1789، وتبنته معظم دساتير الدول الحديثة، ومنها دستور الجزائر لسنة 1996 حين نص في مادته 29 على أن " كل المواطنين سواسية أما القانون ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو إجتماعي".

¹ المادة 109 من المرسوم 10-236 التي جاء نصها موافقاً للمادة 4 من القانون المسمى MORCEF رقم 2001-1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

" Dès la soumissions, l'entrepreneur principal doit communiquer au maître de l'ouvrage les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel".

² عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص 40.

³ محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1998، ص 53.

وبسبب حرص المشرع لضمان حيادية ونزاهة الموظفين العموميين المشرفين على إنجاز عقود الصفقات العمومية، فكان مبدأ المساواة بمثابة الأساس الذي بني عليه القواعد الأساسية للنظام القانوني لهذه العقود، خاصة وأن الواقع أثبت أن نسبة كبيرة من الإنتهاكات والجرائم التي يعرفها قطاع الصفقات العمومية مردها إلى الإخلال بمبدأ المساواة وتواطؤ الموظفين العموميين والمتعاملين الإقتصادييين في خرق الأحكام الضامنة لمعاملة المرشحين على قدم المساواة.

وبذلك فإن إحترام مبدأ المساواة بين المرشحين والشفافية شكلا مصدرين لمجموعة من الأحكام التنظيمية وكذلك أساساً للكثير من الأحكام والإجتهاادات القضائية ليس من الناحية النظرية فحسب بل كذلك من الجانب التطبيقي والعملي، وهكذا فإن تجسيد هذا المبدأ تطلب تحقيق بعض الإجراءات منها:

- التحديد الدقيق لأنواع الصفقات وكذلك لمعايير منح الصفقة في الإعلان عن الصفقة أو في وثائق الإستشارة أو دفاتر الشروط، لأنه عادة ما تثار مسألة المساواة في معاملة المرشحين في الحالة التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إستعمال معايير غير موضوعية بقصد إبعاد متنافسين لفائدة آخرين، كاللجوء إلى معيار تركز المقابلة محلياً *L'implantation locale* أو معيار الحياة الإجتماعية *La vie sociale* ، أو إشتراط ضمانات مالية خاصة لا تتوفر إلا لدى متعاملين دون آخرين. لذلك وحماية لمبدأ المساواة أُلضعت هذه المعايير وطبيعتها إلى رقابة القضاء للتحقق من كونها معايير مبررة ومطابقة لموضوع الصفقة وشروط تنفيذها ولا تتعارض مع مبادئ الشراء العمومي.

- ليس فقط التحديد الدقيق لهذه الشروط بل يجب كذلك الإعلان عنها من طرف الإدارة، التي لا يمكنها إختيار مرشح لا يحترم شروطها في وقت يكون فيه بقية المرشحين مطالبين بذلك إحتراماً لمبدأ المساواة، ما يجعله في وضعية تمييزية وتفضيلية مقارنة بالآخرين وهو ما يتنافى ومقتضيات مبدأ المساواة.

وأثيرت في الفقه بعض الإشكالات المتصلة بتطبيق مبدأ المساواة في الحالة التي سمح فيها للأشخاص العمومية نفسها من الترشح أسوة بالأشخاص الخاصة، حيث إعتبر أنه في هذه الحالة تكون الأشخاص العمومية في وضعية إمتياز غير مبرر بسبب وضعيتها القانونية والمالية والتنظيمية مقارنة بالأشخاص الخاصة، ما يستدعي المطالبة بتطبيق مبدأ المساواة كقاعدة عامة. أما بخصوص حق الأفضلية الذي سمح به في بعض الحالات الخاصة لتشجيع المقاولات الصغيرة والحرفية وبعض تعاونيات الإنتاج ومؤسسات إدماج الأشخاص المعوقين وغيرها، فتعتبر كرخص لا يتم تطبيقها إلا في حالة تساوي في السعر المعروض أو في العرض⁽¹⁾.

¹Catherine Ribot, op.cit, p.31.

وقد يكون السلوك المجرم المترتب عن الإخلال بمبدأ المساواة في جميع مراحل إبرام الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بمرحلة إبرام العقد، كأن تقتصر التوضيحات المقدمة للمرشحين بخصوص الصفقة على البعض دون البعض الآخر مما يجعله في وضعية تفضيلية أو تؤدي إلى تمكينه من

تعديل العروض بصفة أساسية⁽¹⁾، أو كأن تقصي المصلحة المتعاقدة أحد المتعاملين المؤهلين المسجلين في القائمة المفتوحة التي تعدها على أساس إنتقاء أولي بمناسبة إنجاز عمليات مركبة أو ذات أهمية خاصة⁽²⁾. أما في مرحلة تنفيذ الصفقة كالحالة التي يتم فيها اللجوء إلى صفقات تسوية عندما لا تتمكن المصلحة المتعاقدة من إحترام الإجراءات العادية إما بسبب حالة الإستعجال الملح⁽³⁾ أو إذا كان مبلغ نفقات الخدمات المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والهاتف والإنترنت يفوق العتبة المحددة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽⁴⁾. وقد يُنتهك مبدأ المساواة أيضاً في معاملة المتعهدين في مرحلة تنفيذ الصفقة بمناسبة إبرام ملاحق للصفقة بالنظر إلى المرونة والصلاحيات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في هذا الخصوص⁽⁵⁾.

وتكريساً لحماية مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية كمصلحة جديرة بالحماية الجزائية فقد إعتده المشرع في صياغته لنموذج جريمة المحاباة بعد تعديل المادة 26 من القانون 06-01 "....مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات....." ويبقى للقاضي الجزائي في إطار المسؤولية الجزائية مهمة رصد كل السلوكات التي يمكن أن تخل بهذا المبدأ وتشكل فعلاً مجرماً يعاقب عليه الموظفون العموميون، ويسلك في ذلك أسلوب حالة بحالة.

3- شفافية الإجراءات.

تعتبر قواعد الشفافية من أهم المصالح الجديرة بالحماية الجزائية في موضوع المسؤولية الجزائية في قطاع الشراء العمومي، إذ تشكل في الحقيقة القاطرة التي تقودنا إلى تحقيق المنافسة الشريفة والمساواة بين المرشحين⁽⁶⁾.

¹ المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

² المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

³ ويكون إعداد صفقة تسوية خلال 06 أشهر المادة 7 من المرسوم 10-236.

⁴ المادة 7 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁵ نص المشرع على أحكام تتعلق بالملحق ومراقبته بإعتباره وثيقة لتعديل الصفقة، في المواد من 102 إلى 106 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفاً.

⁶ ما أدى ببعض الاقتصاديين إلى وصف القرن الواحد والعشرين بقرن الشفافية. ولأهمية مبدأ الشفافية، فقد أنشأ المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المؤرخ في 2 يوليو 1996 قبل أن يتم إلغائه عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 2000-124 المؤرخ في 11 مايو 2000 (ج ر عدد 28/2000).

حيث كانت تنص المادة 2 منه على " يساهم المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها في إضفاء الشفافية على الحياة الاقتصادية والإجراءات العمومية وكذلك الوقاية من الرشوة ومحاربتها.....".

فلا غرابة أن يتضمنها نص التجريم كنموذج لتحديد الركن المادي لعدة جرائم خاصة منها جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة (المادة 26)، أو في جريمة تعارض المصالح (المادة 34 التي تحيل إلى المادة 9 من نفس القانون 06-01). ولعله في هذه الجريمة الأخيرة كان له موقفان، أما أولهما فتمثل في جعل مبدأ الشفافية أحد الأسس التي يقوم عليها تنظيم الصفقات العمومية إلى جانب

المنافسة الشريفة والمعايير الموضوعية، وأما ثانيهما فقد حاول تحديد على سبيل المثال لا الحصر بعض القواعد التي يتعين أن تركزها على وجه الوجوب هذه المبادئ ومنها على الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء ووضع معايير موضوعية ودقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

من خلال هذا النص يتبين أن المبادئ الثلاثة المعتمدة في صياغة النصوص التجريبية تشترك في مجموعة من الإجراءات تتداخل فيما بينها لتؤدي في النهاية إلى تحقيق هدف واحد وهو ضمان نزاهة الموظفين العموميين وحماية هذه العقود والمال العام المتداول من خلالها، ولذلك يكون أمام القاضي الجزائي لتحديد السلوك أو الفعل المجرم المتصل بالإخلال بمبدأ الشفافية، كركن مادي لجريمة المحاباة جاءت صياغته عامة غير محددة، البحث في الأحكام المكرسة له في تنظيم الصفقات العمومية، كإجراء العلنية الضامن للمنافسة الشريفة من خلال عملية الإشهار لإعلان المناقصة أو وثائق الإستشارة أو دفاتر الشروط المختلفة.

غير أن كيفية وشروط الانتقاء في عملية إختيار المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة تبقى الأكثر تجسيدا لمبدأ الشفافية، حيث يرخص للمتعهدين الحضور فيها ومتابعة تسييرها⁽¹⁾ بسبب حساسيتها وتعقيداتها وتقنياتها، وبذلك يعتبر التحكم في ميكانيزماتها مسألة حيوية بالنسبة للقاضي الجزائي لفك شفرة السلوك المجرم عندما يتعلق الأمر بخرق قواعد الشفافية. لذلك سنتعرض لبعض الجوانب الأساسية في هذه العملية فيما يلي:

إن الهدف المرجو من عملية إختيار المتعهد أو المتعامل مع الإدارة في إطار صفقة عمومية كما حدده المشرع، هو إختيار العرض الأفضل من ناحية الجدوى الإقتصادية، فكيف السبيل للوصول إلى تحقيق هذا الهدف؟ وما هي أهم الخطوات الواجب إتباعها من أجل ذلك؟ ولشرح عملية الإختيار يتعين توضيح مجموعة من العناصر كالتالي:

¹ تنص المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 "....تجرى عمليات فتحها وتقييمها طبقاً لأحكام المواد من 121 إلى 25....". وبالرجوع إلى المادة 121 نجدها تنص على " يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية وبحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقاً.....".

1- شروط وكيفية إختيار المتعامل المتعاقد.

من حيث المبدأ فإن عملية إختيار المتعامل المتعاقد تبقى من إختصاص المصلحة المتعاقدة لأنها الجهة الأدرى بتفاصيل ومعطيات وأهداف الصفقة، وهي كذلك الطرف الأصيل في العقد. وبالتالي فمن البديهي والمسلم به أن تمنح لها صلاحيات واسعة ومرونة أكبر في إجراء مهم كهذا.

ومع التسليم بذلك فإنه لم يترك مطلق الحرية للإدارة في إختيار من تريد أن تتعاقد معه وإنما حددت لها جملة من الإجراءات، وهي بمثابة ضوابط Garde-fous لتفادي أي إنحراف ولضمان أحسن الظروف لإنجاز عملية الإختيار تحقيقاً للمصلحة العامة والخدمة العمومية وحفاظاً على المال العام، ولتأطير هذه العملية الحساسة والمفصلية في مراحل إبرام الصفقات، وجعلها تستجيب للمبادئ الراسخة في قانون الصفقات كحرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين والشفافية في الإجراءات حرصاً منه على حسن إتمامها في ظروف جيدة، وهو الموقف الذي كرسته المادة 53 من قانون الصفقات العمومية بقولها " تختص المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد، مع مراعاة تطبيق أحكام الباب الخامس من هذا المرسوم والمتعلق بالرقابة على الصفقات"⁽¹⁾.

من هذا النص نلاحظ أن المشرع حدد الجهة المختصة في إختيار المتعامل المتعاقد وحدد نطاق حريتها في هذا الخصوص وجعلها تمارس طبقاً لما حدده تنظيم الصفقات العمومية حسب الآتي:

1-1 تحديد العروض المعنية بعملية الإختيار.

تمثل عملية إختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة المرحلة الحاسمة بعد كل من مرحلة الإعلان عن الصفقة ثم مرحلة تقديم العروض من طرف المرشحين، لأنها تتعلق بإسناد الصفقة للمرشح الذي يقدم أفضل عرض بالنظر لإحتياجات المصلحة المتعاقدة وبما يحقق أهدافها. والجدير بالتنبيه إلى أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها مباشرة هذه العملية إلا بعد توفر الإعتمادات المالية الضرورية لإنجاز العملية محل الصفقة العمومية، وقد تكون هذه الإعتمادات في صورة ما يعرف، برخصة البرنامج Autorisation de programme ويرمز لها إختصاراً بـ (AP) عندما يتعلق الأمر بعملية في إطار ميزانية التجهيز⁽²⁾، أو في صورة إعتداد مالي Crédit de paiement إذا تعلق الأمر بعملية ضمن ميزانية التسيير. ففي كلا الحالتين فإن توفر الإعتمادات المالية التي تسمح للإدارة بتغطية إلتزاماتها التعاقدية يعد شرطاً قبل البدء في أي إجراء من إجراءات إبرام الصفقة.

¹ أنظر القسم الخامس بعنوان إختيار المتعامل المتعاقد - المواد 53 إلى 59. من المرسوم الرئاسي 10-236، وكذلك الباب الخامس منه المتعلق بالرقابة على الصفقات.

² المرسوم التنفيذي رقم 98-227 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1998 يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز (ج ر عدد 51 بتاريخ سنة 1998).

وترصد هذه الإعتمادات ضمن ميزانية الدولة بعد المصادقة عليها من طرف البرلمان وهذا هو الأصل وقد تخصص من طرف ميزانية الولاية أو البلدية، إذا كانت لها مداخيل، وهذا شيء نادر. ورغم أهمية الإعتداد المالي إلا أنه في حالة إقدام الإدارة على التعاقد من دون وجوده أو تجاوزها للمبالغ المرصودة يعتبر العقد منتجاً لآثاره القانونية في علاقاتها مع المتعاقد ومبرر ذلك هو عدم إستطاعة المتعاقد مع الإدارة التأكد من وجود أو عدم وجود الإعتداد المالي قبل التعاقد، كما أن توفره لا يلزم بالضرورة الإدارة على التعاقد⁽¹⁾.

وعندما تتصدى المصلحة المتعاقدة لعملية إختيار المتعامل المتعاقد معها على ضوء العروض المقدمة نتيجة إعلان المناقصة، فإن لجنة تقييم العروض المنصبة على مستوى المصلحة المتعاقدة⁽²⁾ وبعد إتمام عملية فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة الموجودة كذلك على مستوى ذات المصلحة⁽³⁾، تقوم اللجنة المختصة قانوناً بتقييم العروض، بتصنيفها إلى قسمين هما:

1- ب العروض المبعدة والمقصية وبالتالي لا تشارك في عملية الإختيار وهي أربع حالات:

* العرض غير المقبول (المرفوض) *Offre inacceptable* وهو العرض الذي تكون شروط تنفيذه مخالفة للتشريع المعمول به أو أن المبالغ المالية المرصودة للعملية بعد تقييم الحاجيات، لا تسمح للمصلحة المتعاقدة بتمويله.

* العرض غير القانوني *Offre irrégulière* وهو العرض الذي رغم أنه يلبي حاجيات المصلحة المتعاقدة، إلا أنه ناقص *Incomplet* أو لا يحترم الشروط المعبر عنها والمنصوص عليها في الإعلان عن المناقصة أو في وثائق الإستشارة، كأن يقدم المترشح إقتراحات جديدة غير مطلوبة في الإعلان *des variantes* من شأنها تعديل الطلب الأصلي.

* العرض غير الملائم *Offre inappropriée* وهو العرض الذي لا يلبي حاجيات المصلحة المتعاقدة، وبالتالي يمكن إعتباره كأنه عرض غير موجود⁽¹⁾.

* العروض ذات الأثمان المنخفضة بطريقة غير عادية *L'offre anormalement basse* وهي العروض التي يتعين على المصلحة المتعاقدة أن ترصدها *Détecter* قبل عملية الإختيار بحيث تكون أثمانها لا تتماشى أو لا تتسجم ولا تتوافق مع الحقائق الإقتصادية *réalités économiques* غير أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها أن تقصي مباشرة هذا الصنف من العروض، إلا بعد طلب توضيحات من صاحبها كتابة ودراسة كل التبريرات المقدمة من طرفه، وهو الشيء الذي يتطلب إحترافية ومعرفة كبيرة بخبايا السوق، وذلك لتفادي كل الأخطار.

¹ د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الكتاب الحديث، القاهرة 1994، ص 160 .

² المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ المادة 121 من المرسوم الرئاسي 10-236.

¹ www.connxite le 28 sept 2009 (l'offre inappropriée c'est l'offre qui apporte une réponse sans rapport avec les besoins du pouvoir adjudicateur et par conséquent peut être assimilée à une absence d'offre.

وقد تعرض قانون الصفقات لهذه الحالة في مادته 125 فقرة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236 (المعدلة والمتممة بالمادة 12 من المرسوم الرئاسي 12-23) بقولها " وإذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتاً، يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بمقرر معلل، بعد أن تطلب كتابياً التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة".

وفي نفس السياق، يجب عدم الخلط بين العرض المنخفض الثمن بشكل غير عادي، وبين العرض الوحيد *L'offre unique*، الذي وإن كان يستجيب لحاجيات المصلحة المتعاقدة من الناحية المالية والتقنية طبقاً لطلب العروض أو وثائق الإستشارة حسب الحالة، إلا أن لجنة فتح الأظرفة، عند

تلقاها لعرض واحد فقط وعند الإقتضاء، تحرر محضراً بعدم جدوى العملية Appel d'offre infructueux لغياب المنافسة التي تمكن المصلحة المتعاقدة من إختيار المتعامل من خلال مجموعة من العروض، وهو المقصود أصلاً من العملية برمتها.

ويلاحظ أن النص سوى بين حالة العرض الوحيد وحالة عدم إستلام أي عرض Absence d'offre من حيث النتيجة ويعتبر كل منهما صورة لعدم جدوى العملية أو العرض غير المجدي⁽¹⁾.

1-ج- العروض المقبولة.

بعد حسم وضعية مختلف العروض، سواء تلك المبعدة من المنافسة لأحد الأسباب المشار إليها أعلاه أو تلك المقصية مؤقتاً أو نهائياً لأحد الأسباب أو الحالات المذكورة في نص المادة 52 من الأمر الرئاسي 12-23 المعدل للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية، تتصدى المصلحة المتعاقدة من خلال لجنة تقييم العروض إلى تقييم العروض التي إستجابت لمتطلبات المصلحة المتعاقدة واستوفت جميع الشروط المطلوبة، ويتم ذلك بناءً على دراسة معمقة لملفات المرشحين التقنية والمالية والتي حدد المشرع في قانون الصفقات محتوياتها وإجراءاتها طبقاً للمادة 51 كما يلي:

أولاً: العرض التقني ويجب أن يشتمل على:

- تصريح بالإكتتاب.
- كفالة تعهد (كضمان للتسيقات) تفوق 1% من مبلغ العرض ترد إلى المتعهد الذي مُنح الصفقة بعد التسوية على رصيد حساب.
- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد Certificat de qualification وكذا المراجع المهنية.

¹ المادة 122 فقرة أخيرة من المرسوم 10-236 " تحرر لجنة فتح الأظرفة عند الإقتضاء، محضراً بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، عندما يتم إستلام عرض واحد أو في حالة عدم إستلام أي عرض " .

- كل الوثائق الأخرى التي تتطلبها المصلحة المتعاقدة، كالسجل التجاري والقانون الأساسي والحصائل المالية والمراجع المصرفية أوالبطاقة المهنية للحرفي.
- الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الإجتماعي للمتعهد الجزائري والأجنبي.
- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية بالنسبة للشخص الطبيعي ولمدير المؤسسة إذا تعلق الأمر بشركة.

- شهادة الإيداع القانوني لحسابات الشركة.

- تصريح بالنزاهة.

- رقم التعريف الجبائي.

- دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحة على عبارة " قرئ وقبل ".

- في حالة المسابقة يجب أن يتضمن العرض ظرفاً يتعلق بالخدمات بديلاً على العرض التقني.

- يمكن للمصلحة المتعاقدة تكييف الملف الإداري المطلوب مع خصوصية بعض الصفقات.

ثانياً: العرض المالي ويتضمن حسب النماذج القانونية المعدة لذلك ما يلي:

- رسالة تعهد.

- جدول الأسعار بالوحدة.

- تفصيل تقديري وكمي.

وفي كل الأحوال تقوم لجنة تقييم العروض بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط(م 125/ فقرة الرابعة) ومن ثم تنتقل اللجنة المختصة إلى المرحلة الموالية في عملية إختيار المتعامل المتعاقد. فما هي المعايير التي تقوم على أساسها؟ وما هي المنهجية المتبعة في التعامل مع تلك المعايير؟

II- معايير إختيار المتعامل المتعاقد. les critères de choix du partenaire cocontractant.

يتعين على المصلحة المتعاقدة حتى تحسن عملية إختيار المتعامل المتعاقد معها، أن تتحكم في تقنيات وإجراءات الإختيار بكل كفاءة ومهنية وشفافية، بدءاً بالتحديد الدقيق للأهداف والإحتياجات ثم تحديد المعايير اللازمة لتحقيق تلك الأهداف نوعاً وعدداً، وصولاً إلى وضع المنهجية أو الطريقة المناسبة للتعامل مع تلك المعايير حسب كل صفقة، بغية الوصول إلى أفضل عرض من ناحية الجدوى الإقتصادية⁽¹⁾.

¹ D.Chabanol, op.cit, p 226." La combinaison des critères, prix de prestation, leur coût d'utilisations, leur valeur technique et le délai d'exécution, est aujourd'hui synthétisée dans l'expression de" offre économiquement la plus avantageuse".

وقد سابر تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر هذا الموقف حينما أوجب أن يستند إختيار المتعامل المتعاقد في المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 على:

- الضمانات التقنية والمالية.

- السعر والنوعية وأجال التنفيذ إضافة إلى معايير أخرى.

أ- التحديد المسبق للحاجيات Détermination préalable des besoins

أولى المشرع أهمية خاصة لمسألة تحديد الحاجيات قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة⁽¹⁾ سواء كانت في شكل حصة واحدة أو حصص منفصلة، وقد ذهب المشرع الفرنسي إلى نفس الإتجاه⁽²⁾ وجعل من مسألة تحديد الحاجات وبالذقة اللازمة شرطاً قبل لجوء الشخص العمومي لإجراء أية منافسة أو إستشارة.

وهكذا أوجب قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة أن تتحرى الدقة في تحديد

الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها، ولتحقيق ذلك عليها أن تأخذ في الحسبان ما يلي:

- القيمة الإجمالية للأشغال في نفس العملية إذا تعلق الأمر بصفقات الأشغال.

- تحديد المبلغ الإجمالي لجميع الحصص في حالة تخصيص الحاجات L'allotissement .

وتبدو أهمية تحديد الحاجات من الجوانب الآتية:

أ-1) أنها تعكس مدى تحكم المصلحة المتعاقدة في مجال قطاع نشاطها، فيما إذا كانت تعمل وفق إستراتيجية محددة تهدف من خلالها إلى تحقيق وتطوير مرافق عمومية خدمة للمصلحة العامة على المدى القصير والمتوسط والبعيد، وبالتالي يترجم حرصها على الحفاظ على المال العام وحسن تدبيره في إطار حكمة رشيدة أم عكس ذلك.

أ-2) ضبط الحاجات بالدقة المطلوبة والتحكم في مبالغها المالية من شأنه رسم حدود إختصاص لجان الصفقات العمومية طبقاً للمادة 6 من قانون الصفقات العمومية، وبالتالي تحديد نوع الإجراءات الواجب إتباعها من طرف المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقة، كإتماد الإجراءات الشكلية عندما يساوي أو يفوق مبلغ العقد 8.000.000 دج لخدمات الأشغال أو اللوازم أو يساوي أو يفوق مبلغ 4.000.000 دج لخدمات الدراسة أو الخدمات⁽³⁾.

وفي هذا السياق منع المشرع اللجوء غير المبرر لتخصيص الحاجات Saucissionnage بهدف تفادي تلك الحدود المنصوص عليها والمذكورة أعلاه، حتى تتصل المصلحة المتعاقدة من إلزامية إتباع الإجراءات الشكلية الضرورية، وبالتالي عدم خضوع الصفقة لميكانيزمات الرقابة الخارجية ومتطلبات الشفافية.

¹ المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236 .

² المادة 5 من قانون الصفقات الفرنسي 2006.

³ المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236.

أ-3) كما أن تحديد الحاجات والتوقعات بدقة من طرف المصلحة المتعاقدة له أثر في الحفاظ على المال العام، بحيث يجعلها تتفادي اللجوء إلى طلب إعادة تقييم العملية réévaluation من الناحية المالية وما يتطلبه ذلك من وقت وما ينجر عنه من تحميل الخزينة العمومية أعباءً إضافية، ناهيك عن التأخير في إنجاز المشاريع بسبب زيادة آجال الإنجاز، زيادة على ذلك تُمكن عملية التحكم في تحديد الحاجات من تفادي اللجوء المضطرد إلى إجراء الملاحق Les avenants، لأنه إذا كان تعديل العقد من خلال إستعمال الملحق مبرر ومشروع قانوناً، إلا أن ما يُلاحظ في الواقع العملي، أن اللجوء الكثيف لهذا الأسلوب الذي عادة ما يبرر، بوجود خدمات إضافية ومستحدثة لم تكن مبرمجة في البداية، يدل على أن هناك خللاً في عملية حصر المصلحة المتعاقدة لحاجاتها سلفاً.

مع العلم أن أسلوب إبرام الملحق يتم بالتراضي بدون منافسة مع نفس المتعامل المتعاقد وهذا واقع الحال في الميدان والإحصائيات تثبت ذلك⁽¹⁾، مما يعطي مسألة تحديد الحاجات أبعاداً أكبر وأخطر ويجعل أهميتها أكثر حيوية.

غير أنه ومن باب الإنصاف، فإن المصلحة المتعاقدة تواجه صعوبات موضوعية متعددة تفرضها حقائق البيئة والمناخ الذي تمارس فيه صلاحياتها في إبرام عقود الصفقات، وتجعل مهمتها صعبة في الإضطلاع بإختصاصها على الوجه المطلوب، ونذكر منها:

* عدم وضوح الإستراتيجيات في مجال التنمية سواء على المستوى المركزي أو المحلي يجعل من عملية تحضير مختلف برامج التنمية القطاعية منها PSD أو البلدية PCD أو البرامج الخاصة. تتصف بكثير من الإرتجالية والتسرع بسبب غياب الدراسات العلمية الناضجة والجدوى الإقتصادية للعديد من المشاريع خاصة الكبيرة منها ذات الوقع الإجماعي الفعلي على حياة السكان والخدمة العمومية.

فعادة ما يطلب مثلاً من رئيس بلدية بأن يرسل إلى مديرية التخطيط عل مستوى الولاية⁽²⁾ العمليات المقترح إنجازها على مستوى إقليم بلديته في إطار في أجل لا يتعدى أسبوع أو أسبوعين، فما يكون أمامه إلا الإختيار بين أمرين لا ثالث لهما.

¹Rapport analytique sur la passation des marchés publics en Algérie volume I de la banque mondiale – juin 2003-p.2 (L’avenant intervient aussi de façon intense surtout au niveau central (18%) et des wilayas (26%). L’avenant étant par essence, une forme de gré à gré, les taux réels du gré à gré seraient plutôt de l’ordre de 30% au niveau central 36% wilayas et 22% pour les communes).

²وتسمى حالياً مديرية البرمجة ومتابعة الميزانية (DPSB).

فإما أن يقترح عملية بطريقة إرتجالية ويفترض لها مبلغاً بطريقة جزافية ويقدمه إلى المديرية المعنية بالولاية في شكل عنوان العملية Intitulée de l'opération والمبلغ المقترح، بدون التطرق لأية تفاصيل حول العملية وحجمها والخدمات المرتبطة بها والهدف منها وجدواها. وإما أن يمتنع عن تقديم أي إقتراح ويفوت الأجال، وبالتالي يحرم بلديته وسكانها من الإستفادة من مشاريع جديدة، وينطبق واقع الحال هذا بدرجات متفاوتة على مستوى الولاية وحتى على المستوى المركزي بخصوص البرامج الممركزة.

* نقص الهيئات التقنية المتخصصة لدى البلديات خاصة لمساعدتها على بلورة حاجاتها بطريقة علمية ومهنية. فكثير من البلديات تفتقد للمصالح التقنية، رغم مساعدتها ومساندتها من طرف المديريات التقنية الولائية، ما إنعكس سلباً على فعالية الصفقات العمومية ونوعية الإنجاز وإستغراق بعض المشاريع لمدة زمنية طويلة قد تفقدها غايتها بتجاوز الظرفية التي أعدت فيها والغاية التي برمجت من أجلها.

* غياب الإحصائيات وعدم إستغلالها إن وجدت في إعداد إستراتيجيات التنمية ونقص التنسيق بين القطاعات مما جعل عملية التسيير والتنمية تسير بنوع من البدائية وعدم النضج وإنتشار ظاهرتي العمليات ذات التقييم المالي المنخفض Opérations sous-estimées وبالتالي لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب إعادة التقييم Réévaluation وما تكلفه من ضغوط على الخزينة العمومية، وكذلك العمليات ذات التقييم المبالغ فيه Opérations surestimées وكلها نتائج مباشرة لعدم التحديد الدقيق للحاجات. ولعل المشرع قد تنبه لهذا الأمر وعمل على إحداث مرصد الطلب العمومي وألزم المصلحة المتعاقدة بإعداد البطاقات الإحصائية وإرسالها للمرصد المذكور⁽¹⁾، علماً أن هذه الهيئة لم تر النور إلى يومنا هذا⁽²⁾

وفي كل الأحوال، تبقى المصلحة المتعاقدة ملزمة ببذل كل الجهد لإتمام عملية الإختيار في أفضل الشروط طبقاً لقانون الصفقات، للوصول إلى أفضل عرض من ناحية الجدوى الإقتصادية في إطار منافسة حقيقية وشفافية تامة تحقق المساواة والعدالة بين جميع المرشحين، ولا يتأتى ذلك إلا بوضع معايير متنوعة تتماشى وطبيعة كل صفقة، وتقييمها بطريقة موضوعية وعلمية واضحة تحقق هذه الأهداف.

فما هي هذه المعايير وكيفية التعامل معها؟

¹المواد 175 و 176 من المرسوم الرئاسي 10-236.

²ورغم المطالبات المتعددة لم يتم إنشاء هذه الهيئة حتى جوان 2015، (أنظر جريدة الفجر بتاريخ 2015/06/19)

ب- تحديد معايير الإختيار.

سبق وأن أشرنا أن عملية الإختيار من إختصاص المصلحة المتعاقدة طبقاً لمبدأ حرية التعاقد⁽¹⁾ ومن تم لم يلزم المشرع الإدارة بمعايير معينة ومحددة يتعين عليها التقيد بها، على الرغم من أنه حرص على تأطير هذه العملية الحيوية للحصول على أفضل عرض وذلك من خلال:

- تشجيع الإنتاج الوطني وأدوات الإنتاج الوطنية عندما تكون قادرة على تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة⁽²⁾.

- تخصيص الأشغال المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، ما عدا في حالة الإستحالة المبررة من طرف المصلحة المتعاقدة⁽³⁾.

يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاصة بالمناقصة Cahier des charges، ويجب أن يستند هذا الإختيار على نظام التقيط ويكون مؤسس خاصة على⁽⁴⁾:

1- الضمانات التقنية والمالية.

2- السعر والنوعية وأجال التنفيذ.

3- شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية وكذا

الضمانات التجارية وشروط دعم المنتجات (كالخدمة بعد البيع والصيانة والتكوين).

- إختيار مكاتب الدراسات بعد المنافسة وعلى أساس الطابع التقني للإقتراحات .

- المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتج والإدماج في الإقتصاد الوطني وموضوع وأهمية

الحصص والمنتجات موضوع التعامل الثانوي في السوق الجزائرية⁽⁵⁾.

- كما فُتِح المجال أمام المصلحة المتعاقدة لإستخدام معايير أخرى بشرط أن تدرج في دفتر

الشروط تشجيعاً للمؤسسات المصغرة عن طريق بعض الخدمات عندما تكون هذه المؤسسات قادرة

على تلبية تلك الحاجات⁽⁶⁾، ويجب على المصلحة المتعاقدة ألا تشترط على المؤسسات المصغرة

المنشأة حديثاً التي لا يمكن أن تقدم على الأقل الحصيلة المالية للسنة الأولى من وجودها، إلا وثيقة

من البنك أو من الهيئة المالية المعنية ولا تشترط عليها المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية بل

تأخذ بعين الإعتبار المؤهلات المهنية المثبتة بالشهادات.

¹ أنظر المادة 53 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² أنظر المادة 54 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07/10/2010، جسور للنشر والتوزيع 2011، ص 175.

⁴ أنظر المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10-236.

⁵ المادة 55(9-10) مكرر 1 من المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012.

⁶ أنظر المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة

الصفقات العمومية وكذلك المذكرة التحليلية (مشروع صفقة).

ونشير ضمن هذا السياق إلى أن المشرع الفرنسي في المادة 53-11 من قانون الصفقات الفرنسي قد أورد وعدد مجموعة من المعايير على المصلحة المتعاقدة إعمالها لمنح الصفقة العمومية وهي: إما على أساس معيار الثمن إذا كان هو المعيار الوحيد، وإما بناءً على تعدد المعايير Pluralité des critères بشرط أن تكون غير تمييزية non discriminatoires ومرتبطة بموضوع الصفقة، وجعلها غير حصرية عندما إستعمل لفظ " Notamment " ومنها:

- النوعية- السعر- القيمة التقنية- الطابع الجمالي والعملي Le.caractère esthétique et fonctionnel
- القدرات فيما يخص حماية البيئة Protection de l'environnement .
- القدرات الخاصة للإدماج المهني للأفراد الذين يعانون من صعوبات insertion professionnelle
- التكلفة الإجمالية للإستعمال Coût global d'utilisation.
- المرودية Rentabilité.
- الطابع الإبداعي والمتجدد Caractère innovant
- الخدمة ما بعد البيع والمساعدة التقنية Service après vente et assistance technique.
- آجال التسليم Délai de livraison .
- آجال التنفيذ Délai d'exécution .

ويأتي تحديد هذه المعايير حسب مجلس الدولة الفرنسي في سياق البحث عن فعالية أكبر للطلب العمومي من جهة، وتمكين القضاء في حالة نزاع من تحديد أساس إختيار أو إبعاد أية مقالة⁽²⁾، كما رخص إمكانية إضافة معايير أخرى بشرط أن تكون عملية وغير تمييزية أي مرتبطة بموضوع الصفقة وشروط تنفيذها مع وجوب إعلانها حسب الحالة في طلب العروض أو في وثائق الإستشارة .

وهكذا بدأت تظهر بعض المعايير الجديدة وأصبحت تأخذ مكانها في عملية إختيار المتعامل المتعاقد كمعيار البيئة ضمن منظور التنمية المستدامة التي تأخذ في الحسبان متطلبات الحاضر دون أن ترهن حقوق الأجيال المستقبلية، كأن تشترط المصلحة المتعاقدة تقديم عروض تستجيب لشروط بيئية معينة كعدم إحتواء اللوازم والمعدات ومواد الإنجاز مثلاً على مواد خطيرة، وفي هذا الصدد يتم إعتداد شهادات المطابقة الإكولوجية Les écolabels المعدة من طرف السلطات العمومية المختصة بالتنسيق مع منظمات المجتمع المدني المتخصصة⁽³⁾.

¹المادة 55(9-10) مكرر 1 من المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012.

²Catherine ribot, la passation des marchés publics, le moniteur, 2007, p 279 (CE,1 avril 1994,SA Établissement J. Richard Ducros).

³ C. Ribot, op.cit p.287.

وهناك أيضاً معيار المقابلة المواطنة *Entreprise citoyenne* أو ما يعرف بالمعيار الأحسن إجتماعياً *critère du mieux disant social* أي مدى قدرة المقابلة على إدماج اليد العاملة والتكوين. وفي جميع الحالات لا يمكن أن تُتخذ هذه المعايير كذريعة لتجاوز النصوص القانونية ذات الصلة بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية. وفي هذا الإطار أوقفت المحكمة الإدارية ببوردو Bordeaux تنفيذ مداولة إحدى البلديات لتعارضها مع قانون عقد العمل الجديد *Contrat nouvel embauche*⁽¹⁾، مع الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من أن هكذا معيار لا يرتبط بموضوع العقد إلا أن المحكمة الأوروبية إعتبرته موافق للإتفاقية الأوروبية حول إبرام الصفقات العمومية، بشرط أن يتم إعلانه بطريقة مناسبة وأن يكون غير تمييزي⁽²⁾.

كما قد نجد معيار موقع المقابلة بحيث تراعي المصلحة المتعاقدة في منحها للصفقة مدى قرب المقابلة من مكان المشروع، غير أنه يجب ألا يتم إبعاد وبطريقة آلية المقاولات البعيدة عن موقع المشروع، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة *Sté Martin Fourquin* بتاريخ 14 جوان 1998.

ج- منهجية التعامل مع معايير الإختيار.

بعد أن تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها من الناحية الكمية والمالية وبعد أن تختار المعايير المناسبة لتلبية تلك الحاجات، تبدأ مرحلة تقييم العروض على أساس تلك المعايير المحددة والمعلن عنها في دفتر الشروط أو وثائق المنافسة، ويكون ذلك إما بإعتماد طريقة الموازنة بين المعايير *pondération des critères de choix* أو طريقة الترتيب التسلسلي تصاعدياً أو تنازلياً للمعايير *hiérarchisation des critères de choix* من خلال عملية تنقيط رقمي للمعايير بحسب أهميتها في الصفقة تراعي متطلبات الشفافية، لإختيار العرض الأحسن من حيث الجدوى الإقتصادية. فما مضمون الطريقتين وأيهما أكثر فعالية تجسيدا لأهداف المصلحة وضماناً للمنافسة وتحقيقاً لمبدأ الشفافية؟

¹ C.Ribot, opcit p.283.

² Daniel chabanol, , Op.cit, p 229.

أولاً: من حيث التعريف يقصد بطريقة الموازنة بين المعايير La pondération هو ترتيب المعايير حسب الأهمية في الصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة بإستعمال أسلوب التنقيط الرقمي من خلال إعطاء معامل Coefficient لكل منهما أو نسبة مئوية أو نقطة معينة، ويتم إعلان المعايير وطريقة الإختيار المعتمدة سواء في إعلان المناقصة أو دفتر الشروط، ويتم تقييم كل المعايير بشكل شامل وفي مجموعها Globale ما يضيفي شفافية أكبر على تقييم العروض. ويتعين أن تكون المعايير موضوعية، أي مرتبطة بموضوع الصفقة، وعملية، وليس فيها تمييز أو إنحياز.

La pondération permet une meilleure prise en compte de l'ensemble des critères choisis, mis en balance, l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée globalement.

وأما كيفية التعامل مع الأرقام فيمكن أن تتخذ عدة صور منها:

- إعطاء معامل للمعيار مثلاً الجانب التقني 2 والسعر 1 ومعنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة تعطي أهمية مضاعفة للجانب التقني مقارنة بالسعر.
 - تحديد المعامل في صورة نسبة مئوية، وهي طريقة شائعة، للتعبير على أهمية كل معيار مثلاً الجانب التقني 60% الآجال 30% والسعر 10% .
 - وهناك طريقة أكثر تعقيداً حظيت بموافقة مجلس القضاء الأوروبي، وتتمثل في وضع نظام تنقيط للعروض طبقاً لجدول Barème أو سلم قيم Echelle de valeurs ويتم بعد ذلك ضرب النقاط الممنوحة في المعامل حسب أهمية المعيار، وبعد ذلك تجمع هذه النقاط المضروبة في المعاملات لتؤدي إلى نتيجة رقمية تعكس أحسن عرض من ناحية الجدوى الاقتصادية.
 - والجدير بالتنبيه أنه لا توجد طريقة مثالية privilégiée وإنما تبقى من صلاحية كل مصلحة أن تختار ما يناسبها وتكيفها مع خصوصيات كل صفقة.
- ثانياً: طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير وفيها يتم تحليل المعايير بصفة مستقلة كل واحد عن الآخر⁽¹⁾.

La hiérarchisation des critères c'est l'analyse des différents critères indépendamment les uns des autres. Le critère venant en numéro deux ne peut être pris en considération que si les offres sont ex aequo au regard du critère venant en numéro un.

مثلاً كأن تعطي المصلحة في صفقة صيانة شبكة الكهرباء العمومية نقاط موزعة كما يلي:

- تنظيم الوسائل البشرية 55% والسعر 45% .
- أو أن تمنح في صفقة أخرى لكل معيار 50% .

¹ C. chabanol, Op.cit ,p 232.

✓ وتتميز طريقة الموازنة بين المعايير بأنها أداة بيد المصلحة المتعاقدة تمكنها من تحليل العروض بطريقة أكثر فعالية وتضمن شفافية كبيرة خاصة إذا ما تم تحديد الحاجات بطريقة دقيقة كونها مفتاح الدخول للطلب العمومي⁽¹⁾، تجعلها أفضل من الطريقة الثانية أين لا توجد قائمة لتقييم المعايير une grille d'évaluation وإنما يتم تقييم العرض بشكل تقديري فقط une appréciation.

✓ كما أن الطريقة الأولى تتطلب عمل كبير مسبق وتحليل دقيق للملفات، من خلال طرح عدة أسئلة أهمها:

- ما هو عدد المعايير اللازمة لتحقيق الحاجات؟ وتحديد معاملات وكذا المعايير الفرعية عند الضرورة les sous-critères وفي هذا الصدد ينصح عدم الإكثار من عدد المعايير الأساسية والمعايير الفرعية تفادياً لتعقيد العملية لأنه كلما أكثرنا المعايير كلما تقاربت المعاملات وتعقدت عملية الاختيار.

- ماهية النوعية التي يجب أن يتضمنها العرض حتى يلبي حاجات المصلحة؟ (وهي ليست بالمسألة السهلة).

- كيف يمكن تحديد المعايير ذات الأولوية critères privilégiés عن باقي المعايير؟ بمعنى آخر كيف يمكن إعلام المقاولات بإختيارات Références المصلحة حتى يتسنى لها تقديم عروض وإقتراحات ذات نوعية جيدة تتجاوز وتلك الإختيارات.

✓ عدم اللجوء إلى وضع معايير بطرق غير عقلانية déraisonnés لأنها تصعب عملية التحليل، ولأن الشفافية يمكن كذلك أن تدعم الفعالية efficacité وليس دائماً النوعية la qualité بخلاف الطريقة الثانية hiérarchisation التي تعتبر أسهل بالمقارنة مع سابقتها.

✓ ومن مزاياها أيضاً، أنها تمثل وسيلة جيدة تمكن المصلحة من المتعاقدة تبرير عملية تحليل الإختيار بالأرقام، في حالة طُلب منها ذلك من مقابلة صنف عرضها الثاني أو الثالث مثلاً بخلاف الطريقة الثانية التي تعتمد على الأسلوب التقديري للعرض مما يصعب تبرير قرار الإختيار.

- أيضاً ومن مزاياها أنها لا تعطي دائماً معيار الثمن الأولوية وإنما كذلك الجودة والجانب التقني وجانب الإبداع، وبذلك يمكن إختيار عرض أعلى ثمن ولكنه جيد من الناحية التقنية. في حين الطريقة الثانية إذا تم وضع معيار الثمن في المرتبة رقم (1) فلا يمكن أخذ المعيار رقم (2) في الحسبان إلا في حالة تساوي العروض في المعيار رقم (1) وهكذا. مما يصعب مهمة الإختيار وقد أكدت ذلك محكمة الإستئناف الإدارية ببيوردو (فرنسا) بتاريخ 31-07-2003 أنه ما دام وضع معيار الثمن في المرتبة الأولى فإن العرض الأقل ثمن هو الذي يجب إختياره بغض النظر عن المعايير التي تأتي بعده كالجودة والآجال وغيرها⁽²⁾.

¹Acte du colloque du 25 juin 2005- intervention de Jérôme CHOFFEL, la combinaison hiérarchisation-pondération-commune de YUTZ conseil générale. EPINAL. France.

²D.chabanol.Op.cit. p 232.

غير أنه من الناحية العملية وفي الميدان، نادراً ما نجد مثل هذه الطرق والأساليب مطبقة فعلاً وبالشكل الصحيح، حيث يبقى معيار الثمن هو المحدد في الغالب لعملية إختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة. رغم أن المشرع أوجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن تستند إلى نظام التنقيط⁽¹⁾ دون أن يشير إلى كيفية التعامل معها، وترك الحرية للمصلحة المتعاقدة لتعتمد إما الطريقة الأولى أو الثانية حسب الحالات ونوع الصفقة.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع في المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236 قد إعتبر معيار الثمن أي العرض الأقل ثمناً le moins disant هو المحدد للإختيار عندما يتعلق الأمر بإجراء المزايدة L'adjudication بخصوص العمليات البسيطة من النمط العادي، وعلى الرغم من إقتصارها على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري إلا أن هذا الترخيص للإدارات قد يفسر، على أنه تغاضي عن الإهتمام بالتنوع والجودة والجانب التقني للصفقة، مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمال العام، مثلاً كإقتناء لوازم إدارية مكتبية بأثمان منخفضة لكن ذات نوعية رديئة لا تستفيد منها المرافق العامة مما يؤثر على نوعية الخدمة العمومية المقدمة، فالمواطن يسعده ويهمه أن يتوفر مكتب الموظف القائم على خدمته على أدوات عمل حديثة وجيدة وجميلة مهما كانت بسيطة كالقلم والورق وغيرها.

بخلاف المشرع الفرنسي من خلال المادة 53-11 من قانون الصفقات العمومية 2006 الذي أوجب على المصلحة المتعاقدة إستعمال طريقة الموازنة بين المعايير pondération وفي حالة إستحالة إعتداف هذا الأسلوب، خاصة بسبب تعقيد الصفقة، يتم اللجوء إلى الطريقة الثانية hiérarchisation، وفي كلتا الحالتين يتم إعلان الطريقتين في إعلان المنافسة أو وثائق الإستشارة⁽²⁾. ومع ذلك لم يتخلى تماماً عن معيار الثمن الذي يبقى معتمداً، حيث جاء في نفس المادة بأنه إذا وضعت المصلحة المتعاقدة معياراً واحداً للإختيار، ففي هذه الحالة يجب أن يكون هو معيار الثمن، وهنا يتحول إجراء طلب العروض Appel d'offre إلى مناقصة Adjudication .

من خلال كل هذه الإجراءات السابق ذكرها يمكن الوقوف على حقيقة الصعوبة التي تواجه القاضي الجزائري في تحديد كنهه مبدأ الشفافية، بالنظر لطبيعة الصياغة المعتمدة في جريمة المحاباة حسب المادة 26 من القانون 06-01 وغيرها. فهو بذلك مدعو لمراعاة هذا الكم الهائل والمعقد من الجزئيات والتفاصيل التي قد تكون حاسمة في تحديد المسؤولية الجزائية للعاملين في مجال الصفقات العمومية.

¹ المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² Catherine. Ribot , op.cit. p 290.291.

المطلب الثاني: تطبيق القانون الأقل شدة في ظل الإحالة على النص التنظيمي

في جرائم الصفقات العمومية.

لا شك أن الصعوبة التي تعترض القاضي في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات العمومية لا تقتصر على الغموض في صياغة النصوص التجريبية المحددة للركن الشرعي لجرائم الصفقات العمومية، وإنما إمتدت لتشمل كذلك بعض الأحكام ذات الصلة بتطبيق القانون من حيث الزمان إستناداً لقاعدة عدم رجعية قانون العقوبات، والمكرسة من خلال المادة الثانية منه بقولها " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة ". ومؤدى ذلك أنه لا يطبق القانون الجديد بأثر رجعي إلا إذا كان يتضمن إجراءات أقل شدة وكان أصلح للمتهم، ومن الحالات التي نكون عندها بصدد القانون الأصلح للمتهم حسب القواعد العامة لقانون العقوبات، عندما يلغي القانون الجديد نص التجريم كلية أو في الحالة التي يعدل فيها شروط التجريم تعديلاً ينفع المتهم⁽¹⁾.

غير أن الصعوبة في هذا الشأن ليست نابعة من المبدأ في حد ذاته وإنما بالإشكالات المرتبطة بتطبيقه في ظل الإحالة على النص التنظيمي، الذي يمثل الإطار الأساسي والمرجع الفعلي لتحديد الركن المادي في جرائم الصفقات العمومية، ما يدعونا إلى التساؤل حول مدى إمكانية إعتبار النص التنظيمي جزءاً من النص التجريمي بحسب مقتضيات الركن الشرعي؟ (أولاً).

وفي السياق ذاته يمكن التطرق إلى بعض الوضعيات التي قد تتضاعف فيها الصعوبات بالنسبة للقاضي الجزائي عند تطبيق أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، خاصة ما أرتبط منها بالرخص القانونية Les dérogations légales ، كوضعية الإستعجال L'urgence، وكإجراء التجاوز l'outré passé (ثانياً).

الفرع الأول: الطابع التنظيمي لقواعد تنظيم الصفقات العمومية.

يبقى الطابع التنظيمي هو السمة المميزة للنظام القانوني للصفقات العمومية Origine Décrétale في وقت يتساءل البعض عن السبب في عدم تنظيم الصفقات العمومية من خلال قانون Loi صادر عن السلطة التشريعية.

¹يمثل هذا المبدأ إمتداداً لمبدأ الشرعية وأصبح من القواعد الراسخة في الأحكام العامة التي يقوم عليها القانون الجزائي، ولا يوجد تعارض بين المبدأين لأن هذا المبدأ وضع بالدرجة الأولى لحماية حقوق المتهم ومصالحه. ومن القواعد التي وضعها قانون العقوبات لتحديد الأصلح للمتهم نذكر:

- 1- يكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا ألغي نص التجريم.
 - 2- يكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا عدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المتهم.
 - 3- يكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا ألغى العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم أو خففها.
 - 4- يكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا عدل طريقة تنفيذ إحدى العقوبات تعديلاً يغير ماهيتها وفيه مراعاة للمحكوم عليه.
- (أنظر في هذا الصدد عبود السراج، المرجع السابق، ص، 153، وكذلك كمال السعيد، المرجع السابق، ص، 78).

في حين يرجعه آخرون إلى أن قطاع الصفقات العمومية بطبيعته يتطلب أن تكون قواعده ذات صبغة تنظيمية وذلك لإرتباطها بالمجالات الإقتصادية والمالية للدولة مما يستدعي إستعمال آلية أكثر مرونة للتنظيم للإسراع في وضع القواعد وتعديلها بما يتماشى مع كل مرحلة وظيفية⁽¹⁾. وهذه الميزة

يُدلّل عليها عدد التعديلات الكثيرة والمتلاحقة والمتسارعة التي شهدتها أحكام هذا القانون ابتداءً من الأمر 69-32 المؤرخ في 22 ماي 1969 إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن قانون الصفقات الساري المفعول. وفي المقابل فإنّ تحكّم السلطة التنفيذية والإدارة لوحدها في هكذا أداة حساسة لتنفيذ السياسات العامة للدولة من أجل تلبية حاجات أفراد المجتمع وتحقيق المصلحة العامة، قد لا يخلو من التعبير أحياناً عن بعض الهواجس هنا وهناك خاصة عند غياب الحكامة الرشيدة في تدبير المال العام الذي هو محور إهتمام قانون الصفقات. وعليه يبقى قانون الصفقات العمومية بصبغته التنظيمية يشهد نوع من التجاذب وأحياناً الصراع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

كما أن القاضي الجزائري عندما يرجع إلى تنظيم الصفقات العمومية في تحديد الركن المادي أو الأفعال المجرمة في جرائم الصفقات العمومية، فهو يقوم بذلك في شمولية التنظيم كمصدر يشمل ليس فقط المراسيم المنظمة لقانون الصفقات وإنما كذلك الأنظمة واللوائح والقرارات الوزارية والمناشير والتعليمات وغيرها، التي تصدرها السلطة الإدارية بمناسبة تفسير أو تأويل وتوضيح بعض أحكامه، بالإضافة إلى دفاتر الشروط المختلفة سواء تلك التي تصدر بمرسوم تنفيذي كدفاتر الشروط الإدارية العامة CCAG أو تلك التي تصدر بقرار من الوزير المختص كدفاتر التعليمات المشتركة أو دفاتر التعليمات الخاصة⁽²⁾.

هذه الطبيعة التنظيمية لقانون الصفقات تطرح إشكال من ناحية تطبيق أحد المبادئ العامة في مجال المسؤولية الجزائية والمرتبطة بتطبيق القانون من حيث الزمان وهو مبدأ القانون الأصلاح للمتهم عندما يتضمن القانون الجديد إجراءات أقل شدة. فمثلاً جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة أو المحاباة طبقاً للمادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يحيل فيها النص التجريمي إلى تنظيم الصفقات لمعرفة الأحكام المكرسة لمبدأ حرية الدخول للطلب العمومي ومبدأ المساواة بين المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات، وهي المبادئ التي تشكل الركن المادي لهذه الجريمة. وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول هل يعتبر النص التنظيمي جزءاً من النص التجريمي أم لا؟ وإذا كان كذلك هل نخضعه للقواعد العامة التي تحكّم المسؤولية الجزائية، خاصة ما تعلق منها برجعية القانون الأقل شدة؟ *rétroactivité in mitius* كاستثناء من مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات، وبمعنى آخر هل يسري هذا المبدأ على القاعدة التنظيمية إسوة بالقاعدة الجزائية القانونية؟

¹ أعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 21.

² المادة 10 من المرسوم الرئاسي 10-236.

إختلفت وجهات النظر الفقهية والقضائية في الإجابة على هذا التساؤل، وقبل الخوض في تلك الآراء، نحاول عرض أمثلة لبعض الحالات للإجراءات الأقل شدة *Dispositions plus douces* في مجال تنظيم الصفقات العمومية.

أ- بعض الإجراءات الأقل شدة :

- و من أمثلتها كأن يتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية رفع الحدود المالية أو العتبة Les seuils التي تتحدد بواسطتها طبيعة الإجراءات الواجب إتباعها عند إبرام العقد من طرف المصلحة المتعاقدة، سواء بإتباع الإجراءات الشكلية أو إجراءات ملائمة لطبيعة العملية. وهي الحدود المالية التي يتوقف عليها تحديد هوية الصفقة identité du marché إن كانت صفقة عن طريق إعلان مناقصة أو عن طريق الإستشارة، أو بدون إجراءات شكلية وهكذا، ومن ثم يشكل رفع هذه الحدود إجراء أقل شدة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، ومثاله فرضاً أن يرفع التعديل الجديد الحدود من 8.000.000 دج إلى 10.000.000 دج بالنسبة لصفقات الأشغال أو من 4.000.000 دج إلى 6.000.000 دج لصفقات اللوازم والخدمات وذلك قبل صدور الحكم في قضية يكون متابعاً فيها أحد الموظفين العموميين على أساس أنه لم يحترم الحدود المرسومة قبل التعديل وخرقه لمبدأ المنافسة في جريمة المحاباة. فهل في هذه الحالة يستفيد الموظف العمومي المتابع من تطبيق التعديل الجديد طبقاً لمبدأ القانون الأصلح للمتهم لأنه أقل شدة⁽¹⁾ بحيث لم تعد الإجراءات الشكلية مطلوبة إلا في الصفقات التي يفوق مبلغها 10.000.000 دج وليس 8.000.000 دج.

- كذلك يمكن إعتبار تخفيض نفقات الإشهار في إعلان المناقصات بمثابة إجراء أقل شدة من طرف القاضي الجزائي إذا تضمنه تعديل لتنظيم الصفقات أثناء المتابعة الجزائية بخصوص خرق هذه القاعدة.

- كذلك الأمر بالنسبة لإعفاء بعض الصفقات في حدود معينة من إلزامية النشر في النشرة الخاصة بالصفقات العمومية.

هذه الوضعيات ومثلها كثير ويسبب أن مصدرها النص التنظيمي وليس النص القانوني طبقاً لمبدأ الشرعية فإن الفقه والقضاء اختلفا في إعتبارها إجراءات أقل شدة يمكن أن يعتد بها تطبيقاً لقاعدة القانون الأصلح للمتهم.

¹ E. Miguard, un cas de rétroactivité in mitius délit de favoritisme et droit des marchés publics, p..15

ب- موقف الفقه.

لم يكن موقف الفقه موحداً حول مسألة تطبيق قاعدة القانون الأقل شدة بالنسبة للنص التنظيمي، فظهر إتجاهان رئيسيان:

1- يرى الإتجاه الأول والذي يتزعمه الفقيه الألماني Unrechit أن القاعدة الجزائية لها تفسيراً ضيقاً ويجب أن يقتصر مفهومها على النص المتضمن العقوبة، ولا يتعداه إلى نص خارج قانون العقوبات Extra pénal . وهو ما ذهب إليه كذلك الفقيه الفرنسي Roubier⁽¹⁾.

2- وعلى العكس من ذلك يرفض إتجاه ثان بزعامة كل من الفقيهان الألمانين Vonliszt و Abegg هذا التميز بين القاعدة العقابية في قانون العقوبات والقاعدة الخارجة عنه، معتبرين أن القاعدة الخارجة جزءاً لا يتجزأ من القانون الذي يحميها⁽²⁾. Partie intégrante de la loi qui la protège. كما أن التغييرات في القاعدة التنظيمية الخاصة لابد وأن تكون لها تأثيرات على القاعدة العقابية، ومن ثم فإدعاء بعض الفقهاء بوجود إختلاف في نظامي كلتا القاعدتين من شأنه أن يؤدي إلى إنكار تأثير التغييرات في القاعدة الخاصة على نطاق تطبيق القاعدة العقابية⁽²⁾. وعليه يجب تطبيق مبدأ رجعية القانون أيضاً على القاعدة التنظيمية متى تضمنت إجراءات أقل شدة.

ج- موقف القضاء.

من خلال السوابق القضائية للقضاء الفرنسي، نلاحظ أن هناك نوع من التحفظ أبداه القضاء حيال هذه المسألة.

فمن جهة نجد موقف المحكمة الجنائية جاء رافضاً لتطبيق مبدأ رجعية القانون عندما يتعلق الأمر بإجراءات أقل شدة جاءت بنصوص ذات طابع تنظيمي، وتُرجم هذا الموقف في عدة قرارات بخصوص جنحة المحاباة بحجة أن القاعدة الشرعية الوحيدة لهذه الجنحة هي نص المادة 14-432 من قانون العقوبات، معتمدة في ذلك معياراً شكلياً للركن الشرعي للجريمة عند تحديد أركانها⁽³⁾. وهكذا فإن محكمة الإستئناف لمدينة Grenoble في قرارها بتاريخ 20 فبراير 2004 رفضت فيه تطبيق مبدأ رجعية المرسوم 7 مارس 2001 بسبب أنه لا يمكن الإستناد عند البحث عن وجود الركن الشرعي للجريمة على تطبيق رجعية القانون الأقل شدة على النص التنظيمي، وأن النص التشريعي يبقى هو أساس الركن الشرعي للتجريم وهو في هذه الحالة لم يتغير (أي النص القانوني).

¹ E. Miguard, opcit, p.16.

² IDem, op.cit, p.17.

³ IDem, op.cit, p.54-55.

لكن في قرار آخر لمحكمة الإستئناف بررت قرارها بقبول تطبيق قاعدة القانون الأقل شدة أو القانون الأصلح للمتهم بأنها إعتبرت أن القواعد التنظيمية للطلب العمومي ومفهوم جنحة المحاباة غير قابلة للتجزئة وتشكل الركن الشرعي للجريمة⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد نشير كذلك إلى موقف الهيئة المسماة (MIEM) وهي هيئة معروفة بصرامتها وعدم مجاملتها لمرتكبي جريمة المحاباة، ومع ذلك أشارت في تقرير لها سنة 2001 إلى تطبيق قاعدة رجعية القانون في قضية مؤسسة قامت بطريقة غير قانونية بتجزئة صفقات بحيث تجاوز مجموع العمليات 300.000 فرنك المقرر في المادة 321 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، وأكدت أن قانون الصفقات الجديد قد رفع هذا الحد إلى 90.000 أورو لإبرام صفقات حسب الطرق الشكلية

بحيث خففت من شروط المادة 14-432 من قانون العقوبات الفرنسي المتعلقة بجريمة المحاباة، وبالتالي سمحت بتطبيق مبدأ رجعية قانون العقوبات الأقل شدة، مع أن مصدره التنظيم، ما دامت الخدمات غير القانونية المنفذة أقل بكثير من مبلغ الحد الجديد⁽²⁾.

ما يمكن قوله في هذا الصدد أنه بالرغم من هذه المحاولات الفقهية أو القضائية لرسم موقف قانوني موحد من مسألة تطبيق مبدأ رجعية قانون العقوبات عندما يحيل النص العقابي على نص تنظيمي في تحديد الفعل المجرّم، في الحالة التي يتضمن فيها هذا الأخير إجراءات أقل شدة، فإن الخلاف يبقى قائماً بهذا الخصوص بسبب صعوبة التوفيق بين متطلبات مبدأ الشرعية من جهة وتكريس مفهوم فعالية العقاب من جهة أخرى. كما أن ثبات القضاء على موقفه المتشدد في معاقبة هذا النوع من الجرائم جاء بسبب إرتباطها بالمصلحة العامة وتدبير المال العام، وهي مبررات الإتجاه الراض النابعة من فلسفة التشدد التي تغطي على معاقبة هذا النوع من الجرائم، حتى ولو تم تجاهل بعض القواعد العامة للمسؤولية الجزائية في سبيل تحقيق أهداف السياسة الجنائية، إلا أنه يبقى غير مبرر في المقابل⁽³⁾.

وفي معرض بحثنا حول موقف المشرع الجزائري حول هذا الموضوع توجهنا بسؤالنا إلى الأستاذ الدكتور أحسن بوسقيعة بمناسبة إنعقاد الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية بتاريخ 24 و25 أبريل 2013 بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، حيث أجابنا بأن القضاء الجزائري ينظر إلى النص التنظيمي كجزء لا يتجزأ من النص العقابي، وبذلك يكون قد ساير الإتجاه الغالب في هذا الخصوص، ومن ثم نستطيع القول بأن مبدأ القانون الأصلح للمتهم يطبق في مجال جرائم الصفقات العمومية حتى وإن كانت الإجراءات الأقل شدة جاءت من خلال نص تنظيمي وليس عقابي بمعنى قانون.

¹E. Migurd, op.cit p.56 " la cours considère que les règles de la commande publique sont indivisibles de la définition du délit de favoritisme lui même et constitue l'élément légal de l'infraction".

² Rapport de la MIEM publié sur site internet (<http://www.Finances.gouv.fr/mission-marchés>) date 13.01.2014.

³E.Migurd, op.cit p.90.

مع الإشارة إلى أنه قد ينظر إلى الإجراءات الأقل شدة في مجال تجريم الصفقات العمومية على أنه صورة لتطبيق سياسة عدم التجريم Dépenalisation بخصوص بعض الإجراءات ذات الصلة.

المبحث الثاني: إشكالات متصلة ببعض الرخص القانونية.

تحتاج الإدارة والأشخاص العمومية للقيام بنشاطاتها لخدمة المصلحة العامة إلى المرونة والمبادرة بالتدخل وسرعة إتخاذ القرار والإجراء اللازم في الوقت المناسب. ولتحقيق هذه الغاية مُنحت الإدارة بعض الرخص القانونية Dérogations تمكنها من الإستفادة بهامش من حرية الإرادة عند القيام بعملها. وهو ما يجعل طبيعة هذه الرخص تتفق مع فلسفة القانون الإداري كقانون سلطة عمومية وصلاحيات.

ففي مجال الصفقات العمومية، الذي يشكل فرعاً من القانون الإداري، فإن مضمون هذه الرخص يمكن المصلحة المتعاقدة من تجاوز بعض قواعد قانون الصفقات العمومية لأسباب معينة وفي وضعيات محددة، أو التخفيف من إلزاماتها بمناسبة إبرام وتنفيذ هذه العقود، سواء تعلق الأمر بإجراءات إدارية إجرائية كما هو الحال في الإجراءات الخاصة بمواجهة حالة الإستعجال Le cas d'urgence وما تفرضه من صعوبات وتحديات على الهيئات الإدارية المعنية، أو كرخصة التجاوز outre passer الممنوحة للسلطات المختصة لإبرام الصفقات العمومية في حالة رفض منحها التأشيرة من قبل لجان الرقابة المختلفة، أو تعلق الأمر بالأحكام المالية والمحاسبية عند تنفيذ النفقات ذات الصلة بالصفقات العمومية كرخصة تسخير المحاسبين La réquisition des comptable.

ما يعنينا في هذا الصدد هو الأثر الذي تحدثه مثل هذه الرخص في عمل القاضي الجزائري وهو بصدد تحديد المسؤولية الجزائية في جرائم الصفقات العمومية، بغض النظر عن الأهمية والحاجة التي تمثلها تلك الرخص بالنسبة للإدارة وهي حقيقة لاخلاف حولها. وسنتعرض لكل من حالة الإستعجال أولاً وحالة التجاوز ثانياً حسب الآتي:

المطلب الأول: حالة الإستعجال.

نتطرق في هذا الخصوص إلى مدلول حالة الإستعجال من ناحية، وطريقة تعامل القاضي الجزائري معها من ناحية أخرى.

الفرع الأول: مدلول الإستعجال.

من حيث التعريف تعكس حالة الإستعجال مفهوماً معقداً رغم البساطة التي تبدو بها، فهي حالة تنشأ عن وضع إستثنائي خارج عن إرادة الإنسان تتطلب مواجهته بإجراءات إستثنائية وفي زمن قصير. وهو مفهوم مستلهم من حالة الضرورة المعروفة في القانون المدني وبذلك فهي حالة واقعة de fait état إذا لم تعالج في أقرب الآجال يمكن أن تنتج عنها أضراراً لا يمكن اصلاحها.

ولذلك عرفها الفقيه B.Stigler وربطها بعنصر الزمن فحالة الإستعجال عنده هي عندما يتداخل المستقبل القريب ويعنف مع الحاضر⁽¹⁾. ومن هنا فهي تتميز بالخصائص التالية:

أ- إرتباطها بعنصر الزمن وتتطلب التحرك في الحين Le tout de suite .

ب- الطابع النسبي Fluctuante لأنها تتغير من خلال الزمن من شخص لآخر ومن خلال الظروف في تحديد مفهوم الخطر أو التهديد.

ج- هناك تدرج في حالة الإستعجال وكلّ منها تستدعي القيام بإجراءات محددة فنجد حالة الإستعجال البسيط، وحالة الإستعجال الملح.

لاشك أن أهمية الإستعجال بنوعها، في مجال الصفقات العمومية، تكمن في كونها رخصة تستعمل من جانب المصلحة المتعاقدة لشرعنة إجراءات إستثنائية خروجاً عن القواعد العامة المرسوخة في إنجاز هذه العقود، وهنا مكن الخطر بحيث يمكن أن تكون نافذة تهدد من خلالها الضمانات الموضوعية لحماية فعالية الصفقات العمومية وحسن إستعمال المال العام، وضماناً لتحقيق المبادئ والأسس التي تحكم إبرام هذه العقود كحرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. تلك المبادئ التي شكلت قاعدة النص التجريبي في صياغته للقواعد الموضوعية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية (لجنة منح إمتيازات غير مبرر المادة 26 من القانون 01-06). وبسبب خطورة حالة الإستعجال جاء تطهيرها لتقادي ما قد يتصل بها من إنحرافات، بحيث فرق بداية بين نوعين من الإستعجال إما بسيط أو ملح.

1- بالنسبة للإستعجال البسيط urgence simple ويكون ناتجاً عن ظروف لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقعها ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، وبالتالي يستدعي القيام بإجراءات لتقادي الأخطار التي قد تنتج عنه(المادة 43/ الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236).

2- أما حالة الإستعجال الملح urgence impérieuse وهي الحالة الأكثر خطورة وهي بمثابة الخطر الداهم الذي يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط ألا يكون في وسع المصلحة توقع الأسباب المؤدية له وألا يكون نتيجة تماطل⁽²⁾، وتتطلب هذه الحالة إجراءات تدخل سريعة وفورية ولعل من أهمها:

السماح باللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط بغض النظر عن حجم مبلغ الصفقة طبقاً للحدود المرسومة في المادة 6 من نفس المرسوم أي بدون الإلتزام بالإجراءات الشكلية المفروض إتباعها.

وهنا تصبح حالة الإستعجال بمثابة نقطة إصطدام حقيقية يبيم مفهوم ملائمة النفقة أو الإجراء

وبين مبدأ المشروعية et opportunité و L'urgence impérieuse comme point de collusion
légalité de la dépense publique

¹B. Stigler " Il ya urgence lorsque le futur immédiat s'introduit avec violence dans le présent".

² المادة 43 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236.

فإذا كانت الأولى أي ملائمة النفقة من صلاحيات المصلحة المتعاقدة ولها كامل الحرية في تحديد توقيت وكيفية الإنفاق، وهي مسألة تتحكم فيها عناصر متعددة ومتداخلة موضوعية وغير موضوعية (اقتصادية، إجتماعية، سياسية رأي عام، أحياناً ضغوط إجتماعية وغيرها) مرتبطة بالسياسة العامة للدولة في مجال التنمية، وبالتالي فإن قرار الإنفاق يبقى في النهاية قراراً إنفرادياً تحده الإدارة بإرادتها المنفردة⁽¹⁾، حتى وإن كان صادراً بعد تشاور أو مشاركة لأطراف أخرى كهيئات المجتمع المدني من جمعيات ونقابات (ومثاله قرار رفع الأجر الوطني الأدنى المضمون بعد إتفاق الثلاثية). فإن الثانية تخضع لمبدأ المشروعية بمعنى أن النفقة يجب أن تتم حسب الإجراءات والأصول المحددة في القوانين والتنظيمات ذات الصلة، وهي بذلك تخضع للرقابة القضائية إما عن طريق القاضي الإداري أصالة، وإما من طرف القاضي الجزائي بمناسبة تصديه لجرائم الصفقات العمومية من زاوية أنه أصبح يتمتع بإختصاص الولاية الكاملة.

وقد حاول المشرع وضع شروط لتبرير حالة الإستعجال ومن ثم يترتب على الواقعة مقتضاها، ومنها:

- 1- ضرورة وجود ظروف غير متوقعة، أي حوادث غير عادية بالنسبة للمسار العادي للحياة الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾.
 - 2- أن تكون هذه الظروف غير المتوقعة خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة ولا يمكن مواجهتها كالكوارث الطبيعية والتكنولوجية التي لا يمكن أن تنتج عن خرق أو إهمال لقواعد إبرام الصفقات.
 - 3- تجعل من المستحيل إحترام الأجال العادية وحتى المخففة طبقاً للإستعجال البسيط.
- ومع ذلك تبقى نقطة الصدام هي تكييف الواقعة على أنها تشكل حالة إستعجال وبالتالي ترخص إتخاذ الإجراءات الإستثنائية المناسبة، وهو لب الإشكال في حالة الإستعجال فما قد تعتبره المصلحة المتعاقدة حالة إستعجال قد لا يكون كذلك بالنسبة للقاضي الإداري أو الجزائي وهو ما قد يترتب عليه قيام المسؤولية الجزائية للموظفين القائمين على إبرام هذه العقود.

¹القرارات المنفردة نوعان : أ- قرارات فردية ذات الطابع التنظيمي كالمراسيم (رئاسية أو تنفيذية) والقرارات (وزارية أو الوزارية المشتركة، قرارات الولاية، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية) وكذلك مداولات المجالس الشعبية المنتخبة ولائية أو بلدية.

ب- القرار الإنفرادي ذو الطبيعة غير التنظيمية، وله بعد شخصي، كقرار التعيين، قرار منح رخصة البناء أو قرار رفض رخصة الإقامة).

<http://www.vie publique.fr/actes unilatéraux après consultation ou après concertations>

²Événements qui dépassent largement le cadre normal de la vie économique et sociale.(circulaire de ministère de l'intérieur France relative aux tempête du 26-29 et aux marchés publics).

الفرع الثاني: تعامل القاضي الجزائري مع حالة الإستعجال.

يتعامل القاضي الجزائري مع هذه الوضعية حالة بحالة Le cas par cas فمثلاً فقد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار بتاريخ 1996.07.30 أن هناك حالة إستعجال إذا تزامن إقتراب آجال فتح حديقة للترفيه مع التأخير في تسليم المنشآت من طرف المكلف بالإنجاز⁽¹⁾. وفي المقابل ليس هناك إستعجال عند القيام بأشغال التدفئة في مدرسة إذا كانت مبررة بسبب وحيد هو إقتراب الدخول المدرسي إذا كان التأخير يعود سببه للمصلحة المتعاقدة⁽²⁾. كما أقر القضاء الفرنسي في عدة قرارات له إمكانية إبرام صفقات بدون إشهار ولا منافسة بسبب حالة الإستعجال في الحالات التالية:

- إعادة إصلاح الطرق المتضررة بشكل خطير جراء الفياضانات.
- تدعيم الهياكل المهددة بالسقوط.

- القيام بعمليات إنقاذ المنكوبين (توفير السكن المؤقت، الغذاء إلخ...).

- إعادة إصلاح شبكات المياه، التدفئة، والهاتف بالنسبة للمستشفى⁽³⁾.

وإضافة إلى مشكلة التكيف يعتبر عنصر الوقت حاسماً في إقرار وجود حالة الإستعجال من عدمه، ومن تم يثور التساؤل حول متى تبدأ وتنتهي حالة الإستعجال؟ وفي هذا الخصوص قرر مجلس الدولة الفرنسي كذلك أن الإجراءات التي تتطلبها حالة الإستعجال يجب أن تتم في ظرف قريب من الأحداث غير المتوقعة، فكلما إبتعدنا في الوقت تفقد الإجراءات طابع الإستعجال، وبالتالي يمكن أن تسأل المصلحة المتعاقدة على عدم إحترام الإجراءات الشكلية المطلوبة⁽⁴⁾.

وقد يستند القاضي الجزائري في تحديده لهذه الحالة إلى بعض الوثائق الإدارية المحاسبية الرسمية كما فعلت محكمة بشار في حكمها الصادر بتاريخ 13-10-2009 في إطار ما عرف بقضية مديرية الري، عندما إعتمدت على مقرر التسجيل الصادر عن الجهات المركزية، والذي حددت فيه مبالغ الإعتمادات المالية لمواجهة آثار الفياضانات لعام 2008، بحيث لم يعتبر القاضي البدء في تنفيذ صفقات لحماية ضفاف وادي بشار من طرف مديرية الري، جزءاً من حالة الإستعجال، على أساس أن المقرر المذكور لم يتضمن تخصيص إعتمادات لهكذا عملية وإقتصر مضمونه على التكفل بالمنكوبين وإعادة الإسكان فقط وعليه تم توقيف الأشغال ومتابعة المسؤولين عن هذا الإجراء بحجة مخالفتهم لأحكام قانون الصفقات العمومية المتعلقة بإجراء المنافسة⁽⁵⁾.

¹ CE le 30-07-1996 préfet de la seine -et- Marie (Il y a urgence dans la situation résultant à la fois de la proximité de l'ouverture d'un parc d'attraction et du retard avec lequel un tiers a remis les ouvrage).

²CE.1997 département d'ile -de- vilaine.

³ CE le 11-10-1985 N°= 38788, compagnie générale de distribution téléphonique c, centre hospitalier régionale de Rennes, publié au recueil Lebon.

⁴CE le 26-07-1991 commune de saint marie.

⁵ حكم رقم 09/03210 بتاريخ 13-10-2009 الصادر عن محكمة الجنج بشار.

المطلب الثاني: حالة التجاوز.

منح المشرع السلطات المختصة بإبرام الصفقات العمومية حق تجاوز بعض الإجراءات الأساسية المتعلقة بإنجاز هذه العقود ذات طبيعة إجرائية إدارية أو ذات صبغة مالية.

الفرع الأول: تجاوز الإجراء الإداري.

بخصوص تجاوز تأشيرة لجنة الصفقات وردت هذه الرخصة في نص المادة 170 من المرسوم الرئاسي 10-236 كأحد الآثار التي تترتب عن رفض لجنة الصفقات كهيئة مراقبة خارجية منح التأشيرة، بحيث " يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المعني، والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياتهم وبناءً على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز قرار اللجنة بالرفض بمقرر معطل ويعلم الوزير المكلف بالمالية بذلك بالنسبة للوزير أو وزير الداخلية والجماعات المحلية بالنسبة للوالي أو الوالي بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي وفي جميع الحالات تسلم نسخة من مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية ولجنة الصفقات المعنية ومجلس المحاسبة". ونفس الإجراءات تطبق في حالة رفض اللجان الوطنية والقطاعية للصفقات منح التأشيرة، يمكن لمسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني بناءً على تقرير من المصلحة المتعاقدة تجاوز ذلك بمقرر معطل⁽¹⁾.

فهذه الرخصة تجسد بصفة فعلية صلاحية المصلحة المتعاقدة وإستئثارها بالجانب المتعلق بملائمة الإجراء أو النفقة في مجال الصفقات العمومية. وقد حاول المشرع ضبط التعامل بهذا إجراء درءاً لمخاطره، بأن منع اللجوء إلى حالة التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعطل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية⁽²⁾. ونتساءل هنا عن ما الفارق في الحالتين خاصة إذا علمنا أن ضمانات المشروعية للإجراءات المتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية كلها منصوص عليها في أحكام تنظيمية وعلى رأسها المرسوم الرئاسي رقم 10-236، والتي من أهمها لجنة الصفقات كهيئة مراقبة خارجية للمشروعية.

أما من جانب تحديد المسؤولية الجزائية عندما يتعلق الأمر بإحدى جرائم الصفقات فإن هذا الإجراء يمكن أن يؤثر على سير المتابعة الجزائية وكذلك في تحديد المسؤوليات، ما قد يشكل نوع من الإفلات من العقاب.

فعلى الرغم من أن تنظيم الصفقات نص على إجبارية طلب التأشيرة من طرف المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف⁽³⁾، فإنه في المقابل لم يبين تأثير مقرر التجاوز على جانب المشروعية وكذلك المسؤولية الإدارية وحتى الجزائية، واكتفى فقط بطلب تسليم مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية ولجنة الصفقات ومجلس المحاسبة.

¹ المادة 171 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² المادة 172 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ المادة 166 من نفس المرسوم الرئاسي.

وهو الإجراء الذي تتوقف عنده العملية، حتى وإن كان قرار اللجنة سليماً مراعيّاً لمبدأ المشروعية. فهل يكفي مجرد إتخاذ مقرر التجاوز لشرعنة إجراء قد يكون مخالفاً بأسس ومبادئ الصفقات العمومية وحماية المال، ويتجاوز قرار هيئة رقابية؟ وهو الأمر الذي يستدعي تأطيراً أكثر لهذا الإجراء من حيث مضمونه وأسبابه وآثاره خاصة على عنصر المسؤولية الجزائية.

الفرع الثاني: تجاوز الإجراء المالي.

تضمنت الأحكام المالية المؤطرة للصفقات العمومية بعض الرخص الممنوحة للآمرين بالصرف المكلفين بإبرام وتنفيذ عقود الصفقات العمومية نذكر منها:

1- تجاوز تأشيرة المراقب المالي في إطار المراقبة القبلية للإلتزامات المالية المتعلقة بنفقات التسيير والتجهيز والإستثمار⁽¹⁾، حيث يمكن للآمر بالصرف وتحت مسؤوليته في حالة رفض منح التأشيرة من المراقب المالي، تجاوز ذلك عن طريق مقرر معمل ويعلم الوزير المكلف بالمالية، ويعاد الملف الذي كان محل إجراء التجاوز إلى الوزير أو الوالي المعني حسب الحالة، ويرسله مرة أخرى إلى المراقب المالي مرفوقاً بمقرر التجاوز للتأشيرة (visa de prise en compte) مع تحديد رقم وتاريخ التجاوز، وفي كل الأحوال يتم إرسال نسخة من الملف إلى الهيئات المختصة في الرقابة من طرف وزير المالية⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع حدد نطاق تطبيق هذا الإجراء في مجال المراقبة المالية بحيث لا يمكن إتخاذ إجراء التجاوز في الحالات الآتية:

- عندما يتعلق الأمر بصفة الأمر بالصرف.
 - في حالة غياب أو عدم كفاية الإعتمادات.
 - في حالة غياب التأشيرات والآراء القبلية الواجب توافرها والمحددة عن طريق التنظيم المعمول به.
 - غياب الوثائق المبررة المتعلقة بالإلتزام.
 - الإقتطاع غير القانوني للإلتزام بغرض إخفاء تجاوز الإعتمادات المفتوحة، أو لتعديل إعتمادات أو مساهمات في الميزانية.
- 2-تسخير المحاسب العمومي.

يستطيع الأمر بالصرف المسؤول عن الصفة العمومية في حالة ما إذا رأى أن رفض المحاسب العمومي comptable public تسديد النفقات المتصلة بتنفيذ الصفقات العمومية غير مؤسس بمقتضى المادة 47 من القانون 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية المعدل والمتمم، أن يتجاوز هذا الرفض عن طريق أمر بتسخير ordre de réquisition.

¹المادة الثامنة عشر من المرسوم التنفيذي رقم 92-114 المؤرخ في 14-11-1992 المتعلق بالمراقبة القبلية للنفقات الملتمزم بها.

² المادة 20-22 من المرسوم التنفيذي رقم 92-114 المذكور أعلاه.

ولحسن الحظ انه من ناحية الممارسة العملية أن خطورة هذا الإجراء جعلت نسبة اللجوء إليه ضعيفة من طرف المسؤولين المعنيين.

بحيث يجب أن يتضمن هذا الأمر بالإضافة إلى الأسباب المبررة له، العبارة التالية " يسخر المحاسب للتسديد تحت مسؤوليتي". "le comptable est requis de payer sous ma responsabilité" وتنتهي مسؤولية المحاسب بعد تحويل الملف إلى وزير المالية في أجل 15 يوماً، يبرر فيه بشكل مفصل الأسباب التي أدت به لعدم التسديد.

ولتأطير هذا الإجراء منح المحاسب العمومي حق رفض الإمضاء على مقرر التسخير إذا كان الرفض للأسباب التالية:

- عدم وجود إتمادات.

- غياب تبرير الخدمة المنجزة le service fait

- الطابع غير الحر للتسديد.

- غياب تأشير المراقب المالي أو تأشير لجنة الصفقات العمومية.

واضح أن هذه الإجراءات وضعت لتكريس مبدأ الصرامة في إنفاق المال العام وحسن تدبيره، ولا يجب أن ينظر إليها كعراقيل لسير نشاط الإدارات ومرافقها العامة خاصة من جهة تحقيق برامج التنمية للدولة خدمة للمصلحة العامة.

ومع ذلك فإن القاضي الجزائي وهو يتصدى لجرائم الصفقات فإنه يواجه تحديات جمة في تحديد مسؤولية الأشخاص الجزائرية عبر كامل مسار النفقة العمومية بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية. فتعقب سير الإجراءات la traçabilité ومع تعقيداتها، قد تزيدها رخص التجاوز تعقيدات وصعوبات إضافية، ما قد يؤدي إلى نوبان معالم هذه المسؤولية.

فكيف يستقيم أن يسأل جزائياً مثلاً أعضاء لجنة الصفقات في إطار مراقبة المشروعية عن جريمة المحاباة في حالة التأشير مخالفة لمبادئ الشراء العمومي، في حين لا تنتقل هذه المسؤولية في حاله استعمال رخصة التجاوز، خاصة وأن احتمال إعمال رخصة التجاوز قد تكون لتجاوز قرارات مشروعة لرفض التأشير من قبل لجنة الصفقات. وعليه فإن مسألة الرخص بحاجة إلى مزيد من الضبط والتوضيح خاصة في نطاق أحكام المسؤولية الجزائرية.

خلاصة الباب الأول

بات من الراسخ أن وجود أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية كداعم للنظام القانوني لهذه العقود أمر لا خلاف حوله، خاصة في غياب قانون إداري عقابي يضمن حماية الوظيفة العامة ويساهم في تخليق الحياة العامة من خلال التصدي لكل السلوكات المضرة بنزاهة وحيادية وأمانة وسمعة الموظفين العموميين القائمين على تسيير الشأن العام.

فلم يعد النشاط الإداري حكراً على تدخل القاضي الإداري صاحب الإختصاص الأصيل في هذا المجال، وإنما أصبح للقاضي الجزائي كذلك دور مهم في هذا المجال خاصة في محاربة السلوكات المنحرفة بوصفها جرائم في قطاع الصفقات العمومية لها خصوصيتها وتميزها.

هذه الخصوصية إنعكست على طبيعة أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية التي تعتبر جزءاً من القانون الإداري باعتباره كفرع من القانون العام، القائم على منظور خاص يستجيب لمتطلبات ومقتضيات النشاط الإداري، خاصة ما اتصل بالسلطة العمومية وإتساع نطاق الصلاحيات. فحاولت بذلك قواعد التجريم والعقاب أن تتسجم مع هذه المعطيات، فجاء في صياغة مرنة وعامة رغبة من المشرع في الإحاطة بأكبر قدر من السلوكات المنحرفة والمجرمة والتي لا يمكن حصرها أو تحديدها.

وفي المقابل شكلت هذه الصياغة مصدراً لصعوبات وحتى إشكالات عند تطبيق قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية من طرف القضاء الجزائي، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بتطبيق بعض مبادئ المسؤولية الجزائية طبقاً للقواعد العامة كركن الشرعية، وتطبيق القانون الأصلح للمتهم.

وذات الوضعية كانت وراء الشعور بالتخوف الذي ظهر لدى الموظفين العموميين المكلفين بإنجاز هذه الصفقات إبراماً أو تنفيذاً، ما أدى إلى بروز تيارات تنادي بعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية من مطلق مبدأ الأمان القانوني، في مواجهة حركة التجريم التي تهدف إلى ضمان فعالية هذه العقود وحسن إستعمال المال العام عن طريق تكريس مبادئ حرية الدخول للطلب العمومي، والمساواة بين المرشحين والشفافية في الإجراءات.

وهي مقاصد لا يمكن تحقيقها إلا في إطار تخليق الحياة العامة وتوفير بيئة تسودها النزاهة والأمانة والحياد، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود ودعم قواعد المسؤولية الجزائية ذات الطبيعة الخاصة من حيث قواعد نظامها القانوني وكذلك من حيث مصالحها المحمية، والتي سنتعرض لتجلياتها ومظاهرها في مجال الصفقات العمومية من خلال قواعدها الموضوعية والإجرائية في الباب الثاني من هذه الرسالة.

الباب الثاني: تجليات المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

جاءت النصوص القانونية المكرسة لأحكام المسؤولية الجزائية في جرائم الصفقات العمومية متماشية وحركية التطور الذي شهده الإهتمام بعقود الصفقات العمومية في التشريعات الحديثة والأنظمة الديمقراطية المعاصرة، والتي أدركت ضرورة إيلاء كل العناية لتحسين هذه العقود وتوفير البيئة المناسبة لإنجازها في أفضل الشروط الممكنة، لأنها تشكل إحدى الدعائم الأساسية في نشاط الإدارة والوظيفة العامة، والأداة الرئيسية في إنفاق المال العام خدمة للمصلحة العامة ورفع الإطار المعيشي للسكان، ومن ثم باتت نقطة تماس مباشر بين الوظيفة العامة ممثلة في هيئاتها المختلفة وموظفيها على جميع المستويات وبين إنشغالات وحاجات الناس المطلوب تلبيةها وتحقيقها.

فكان من نتيجة هذه العلاقة أن إقترنت ثقة ومصداقية هذه الهيئات في نظر الناس وجوداً وعمداً بمدى نزاهة وإستقامة وأمانة القائمين على تأطير هذه الهيئات.

إن مجمل هذه الإعتبارات كانت حاضرة عند وضع منظومة الحماية القانونية المناسبة لهذا النشاط الحيوي خاصة النظام القانوني المؤطر للمسؤولية الجزائية فيها مراعاة لخصوصية وطبيعة هذه العقود. فلمسنا ذلك إبتداءً، من خلال شمولية نطاق تطبيق المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية لطيف متنوع من الأشخاص المتدخلين والفاعلين في قطاع الشراء العمومي (الفصل الأول)، كما إنعكست هذه الخصوصية على القواعد الموضوعية لهذه المسؤولية تجريباً وعقاباً، وكذلك على القواعد الإجرائية ذات الصلة بالمتابعة الجزائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: شمولية المسؤولية الجزائية لكافة المتدخلين في الشراء العمومي.

تتسع دائرة العقاب بخصوص المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية بإتساع صفة الأشخاص التي يمكن أن يكون لها دور ما في خرق الأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة بهذه العقود، لا سيما فيما يتعلق بمبدأ المنافسة الذي يضمن حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. فلا يقتصر الأمر على الفاعل أو الشريك فقط وإنما بكل من ارتكب وقائع مكونة لجرائم بمناسبة إنجاز الصفقات العمومية إبراماً وتنفيذاً كمنح إمتيازات غير مبررة (المحاباة) أو رشوة أو إخفاء وغيرها من الجرائم التي لها صلة بمجال الصفقات العمومية.

ويستوي في ذلك الأشخاص الذين يتمتعون بصفة أمناء السلطة العموميين، أي من يمارسون مهمة السلطة (إدارية قضائية أو عسكرية) ، أو الأشخاص العاديين المكلفين بمهمة في إطار الخدمة العمومية من غير المتمتعين بالسلطة ومع ذلك يؤدون بصفة مؤقتة أو دائمة، بصفة إرادية أو بناء على أمر تسخير من السلطة خدمة عمومية أي كانت⁽¹⁾.

وكذلك الشأن بالنسبة للأشخاص أصحاب العهدة الانتخابية بشتى أصنافهم كالذين يتمتعون بصفة أمين سلطة عمومية كرئيس البلدية أو نوابه المفوض لهم أو المكلفين فقط بخدمة عمومية والمشاركين في مداوات المجلس المنتخب، ولم يستثنى الأجانب من الخضوع لأحكام هذه المسؤولية، فقد سوى المشرع بين الموظفين الأجانب والمحليين عندما يتعلق الأمر بجريمة الرشوة⁽²⁾ ولا المشتريين العموميين لحساب الدولة أو الجماعات المحلية وحتى الأشخاص العاملين في مؤسسات عامة ذات طابع صناعي وتجاري عندما تكون مطالبة أحياناً بتطبيق قانون الصفقات العمومية، كشركة سونلغاز، البريد، هيئات الضمان الإجتماعي CNAS ، دواوين الترقية العقارية OPGI وغيرها.

مع الإشارة إلى أنه إذا كانت العقوبة الجزائية تخص أساساً الأشخاص الطبيعية فإن ذلك لا يمنع من أن يشمل تطبيقها كذلك الأشخاص المعنوية أي المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن طبيعتها في إطار المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

وسنحاول تفصيل هذه العناصر حسب التالي، مسؤولية الأشخاص الطبيعية (مبحث أول) ثم مسؤولية الأشخاص المعنوية (مبحث ثاني).

¹Personnes dépositaires de l'autorité publique. et personnes chargées d'une mission de service public.

²المادة 28 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعية في جرائم الصفقات العمومية.

الأصل أن يتولى القانون العقابي التأديبي للوظيفة العامة العقاب على الأخطاء والانحرافات التي قد يرتكبها الموظف العام بمناسبة قيامه بمهام وظيفته وسلطاتها في الحدود العامة أو الخاصة للمهمة المعهودة إليه، إلا أن بعض الأخطاء لا يقتصر العقاب عليها على الجزاء التأديبي فقط وإنما قد يتدخل المشرع الجنائي باسطاً حمايته باعتبار أن تلك الأخطاء تهدد المصلحة العامة وبالتالي النظام العام في المجتمع كله.

وتشكل جرائم الصفقات العمومية أخطر هذه الانحرافات والأخطاء التي قد ترتكب من قبل الموظفين العموميين المشرفين على إنجاز هذه العقود في إطار ممارسة الوظيفة العامة للدولة، بل إقترن وجود هذه الجرائم بصفة الموظف العمومي كشرط⁽¹⁾ لقيامها، ما جعلها تمتاز على غرار جرائم الفساد بكونها من جرائم ذوي الصفة أي لا تقع إلا من شخص يتصف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه⁽²⁾. فمن حيث المبدأ فإن مسألة مساءلة المشتريين العموميين، من خلال ممثليهم وهم الموظفين العموميين، في إطار المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية لم تعد محل خلاف وإنما إجراءات وطرق تطبيقها هي التي بقيت تثير بعض التساؤلات منها:

1- ما تعلق بمبدأ مساواة جميع الموظفين أمام القانون وهو مبدأ مكرس دستورياً⁽³⁾ في حين نجد بعض الموظفين العموميين أو المنتخبين يحظون ببعض الإمتيازات في هذا الخصوص مثلاً كإمكانية محاكمة المنتخبين خارج دائرة إختصاصهم الإقليمي حيث يمارسون عهدتهم الإنتخابية. ورغم أن المشرع الفرنسي ألغى هذا الإجراء⁽⁴⁾، فإن هذا الإجراء الذي يوصف بأنه تحيزاً لهذه الفئة من الأشخاص يمس بمبدأ المساواة أمام القضاء ما زال مطبقاً وساري المفعول في ظل قانون الإجراءات الجزائية طبقاً للمادة 573 منه.

وفي ذات السياق أصبح ينظر للخطأ المرفقي بنفس الدرجة كما الخطأ الشخصي في مجال المسؤولية الجزائية بخلاف السائد عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية الإدارية أين يكون التمييز بين الخطأين محدداً لقيامها، وبالتالي كل مرتكب للجريمة سواء كان منتمياً لإدارة (أي موظف عمومي) أم لا فإنه يمكن أن يسأل أمام القاضي الجزائري.

¹ يعرف الشرط في إصطلاح الفقهاء والأصوليين بأنه " كل أمر ربط بغيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته". فعدم وجود شرط التجريم يستلزم عدم الجريمة، أما وجوده فلا يستلزم وجود الجريمة، وشرط التجريم هو أمر خارجي عن معنى الجريمة، فلا يدخل في تكوينها، وهو بذلك يختلف عن الركن الذي يعرفها الفقهاء والأصوليين بأنه " ما يكون به قوام الشيء بحيث يعد جزءاً داخلاً في تكوينه وماهيته".

أنظر أكثر تفاصيل في شرح قانون العقوبات للدكتور عبود السراج، المرجع السابق، ص 326.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 5.

³ المادة 29 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

⁴ l'article 102 de la loi 93-2 du 4 janvier portant reforme de la procédure pénale a abroger les articles 679 à 688 qui imposaient une dérogation aux règles de compétence territoriale.

2- تتسم قواعد هذه المسؤولية الجزائية بالتشدد في معاملة المشتري العمومي ومرد ذلك أنها تتعلق بأشخاص لهم صفة خاصة كممثلي الوظيفة العامة التي تتطلب شروط محددة في من يشغلها وتفترض صلة خاصة تربط من ينتمي إليها بالدولة، وهي صلة الولاء التي تستلزم النزاهة والأمانة والإستقامة في قيامه بعمله، وتلك المواصفات التي جعلتهم محل ثقة الناس لتدبير شؤونهم ومصالحهم العامة.

وقد يتجسد هذا التشدد من خلال قيام القاضي الجزائي بتسبيب أحكام الإدانة بإستعمال أشد العبارات كما في حالة ما إذا كانت الجرائم مرتكبة من طرف أشخاص منتخبين وكانت هذه الجرائم تتعلق بالمس بثقة الناس بمؤسسات الدولة وتؤدي إلى إضعافها. ومن ثم لا يشكل هذا التشدد في هكذا مسؤولية تعارضاً مع مبدأ المساواة، بخصوص معالجة المشرع بطريقة مختلفة لوضعيات معينة أو حتى عندما يخالف أحياناً مبدأ المساواة لدواعي تتعلق بالمصلحة العامة.

كما لا يقتصر التشديد من قبل القاضي الجزائي على تحديد وإختيار العقوبة ولاحجمها، بل يشمل كذلك تفسير وتكييف الخطأ المرتكب من المشتري العمومي الذي يجد تبريره في الطبيعة الخاصة لنشاط الأشخاص في إطار الوظيفة العامة، كما لا يرتبط التشديد بصفة الشخص فقط بل حتى بالتصرفات القانونية التي يؤديها. وعليه لا يستطيع المشتري العمومي التخفي والإكتفاء بخضوعه للمراقبة الإدارية أي مراقبة المشروعية للتخفيف أو حتى إلغاء العقوبة المفروضة، أمام ما أصبح يتمتع به القاضي الجزائي من صلاحيات القضاء الكامل، ما يجعله غير ملزم بالتقيد أو إعطاء ذات التفسير للتصرف الإداري من طرف هيئات المراقبة السلمية الإدارية الداخلية للهيئة، وأحتى ذلك الذي حدده القاضي الإداري في إطار مراقبة المشروعية⁽¹⁾. وقد أجمل المشرع مجمل عناصر التشدد المشار إليها، عندما إعتد مفهوماً واسعاً لصفة الموظف العمومي (أولاً) ثم جعل المساءلة الجزائية تمتد حتى لمن لا تتوفر فيهم هذه الصفة (ثانياً).

¹Catherine prebissy-schnall.opcit p.199.

المطلب الأول: التوسع في مفهوم الموظف العمومي.

تبنى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، عندما تناول مسألة التجريم والعقاب في مجال الصفقات العمومية، أسلوباً خاصاً في الصياغة يعتمد التوسع والتعميم تحقيقاً للمرونة من جهة والتشديد والصرامة من جهة أخرى، ولم يقتصر هذا الأسلوب على تبيان الركن المادي للجرائم وإنما شمل أيضاً تحديد طبيعة الأشخاص الخاضعين لأحكام المسؤولية الجزائية في هذا القطاع.

هذه الميزة أكدتها أحكام المادة 26 من القانون 06-01 بخصوص جريمة المحاباة أو الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية عندما إستعملت عبارة " كل موظف عمومي..." وكذلك الأمر بالنسبة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية طبقاً للمادة 27 من نفس القانون والتي إعتمدت نفس العبارة " كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض...."، وهي في كلتا الحالتين تدلل على التعميم مما يعبر عن نية المشرع في الحفاظ على الوظيفة العامة في جميع تجلياتها من خلال الحرص على نزاهة وإستقامة كل من يتمتعون بصفة الموظف وفي أي موقع كانوا وفي أي مستوى أو درجة من السلم الإداري الوظيفي، ومهما كانت درجة مساهمتهم أو تدخلهم في مسار إنجاز عقود الصفقات العامة وتدبير المال العام.

ومن هذا المنظور يصبح المفهوم الإداري للموظف العمومي لا يلبي مقتضيات الحماية من منظور المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية(فرع أول) ما جعل القانون الجنائي يتبنم دلولاً مغايراً لمصطلح الموظف العمومي(فرع ثاني).

الفرع الأول: المفهوم الإداري للموظف العمومي.

عرفت المادة الرابعة من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الموظف العمومي كالاتي " يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري"⁽¹⁾. وبذلك يكون المشرع قد تولى مهمة تعريف مصطلح الموظف العمومي⁽²⁾، بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يحدد تعريفاً معيناً للموظف العمومي، حيث إكتفى ببيان على من تنطبق عليه أحكام الوظيفة العامة تاركاً للفقهاء والقضاء القيام بتلك المهمة.

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

وكان قانون 1966 قد عرفه على أنه " يعتبر موظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة، والمصالح الخارجية التابعة لهذه الهيئات والجماعات وكذا المؤسسات العمومية حسب كفاءات تحدد بمرسوم".

² وقد تبنت بعض التشريعات نفس الموقف، فقد عرفه التشريع الإيطالي بحيث إعتبر الموظفين العاملين " هم الأشخاص الذين تستخدمهم الدولة بصفة دائمة أو مؤقتة للقيام بعمل تشريعي أو إداري أو قضائي".

ففي الفقه الفرنسي كانت مسألة وضع مفهوم الموظف العمومي محل خلاف بين عدة نظريات من أهمها نظرية المرفق العام، ونظرية القانون العام، حيث توسع الأولى في مفهوم الموظف وتضييق الثانية، أما من جانب التوسع يعرفه الفقيه Duguít بأنه " كل شخص يساهم بطريقة دائمة في إدارة مرفق عام أياً كانت طبيعة مساهمته والأعمال التي يقوم بها"⁽¹⁾، وهو بذلك يشمل كل موظف في المرافق العامة الإدارية والإقتصادية. أما إتجاه التضييق في إطار نظرية المرفق العام فقد إعتد معيار رابطة القانون العام بحيث يجب أن يخضع الشخص لرابطة من روابط القانون العام، ولذلك عرفه هوريو Hauriou بأنه " الشخص الذي يشغل وظيفة في الكادرات الدائمة لمرفق عام يدار بمعرفة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام ويتم تعيينه بمعرفة السلطة العامة"⁽²⁾. أما الفقيه والين waline فيفرق بين العمل الإداري والعمل غير الإداري المتمثل في النشاط الصناعي والتجاري للدولة بحيث تبني للتمييز بينهما معيار السلطة العامة، ومن ثم عرفه بأنه " كل شخص يتولى وظيفة دائمة مدرجة في هياكل الإدارة العامة ويساهم في إدارة مرفق عام يدار بطريقة الإستغلال المباشر"⁽³⁾. يضيف بعض الفقه شرط أن يكون للموظف درجة من درجات التسلسل الإداري أي أن الموظف العمومي هو " الذي يساهم في إدارة مرفق عام بالإستغلال المباشر وفقاً لتعيين صحيح يتجسد في قرار فردي أو جماعي من السلطة العامة، تولية يقبلها صاحب الشأن ويوضع بمقتضاها في وظيفة دائمة يتضمنها إطار إداري منظم"⁽⁴⁾.

أما من ناحية القضاء الفرنسي والمصري وفي غياب تعريف للموظف العمومي بالنص التشريعي، وفي ظل عدم إتفاق الفقه على مفهوم جامع مانع له، فقد تعددت وإختلفت أحكام القضاء في هذا الشأن⁽⁴⁾، وإن إتفقت مع موقف الفقه الإداري من حيث وجود عناصر أساسية لإعتبار الشخص موظفاً عمومياً منها:

أ- العمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بطريقة الإستغلال المباشر، وقد ينطبق هذا على العاملين بالمرافق العامة الصناعية والتجارية على حد سواء.

غير أن القضاء الفرنسي قرر بأنه إذا لم يوجد مرفق عام لا توجد وظيفة ويجب أن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هي من يدير هذا المرفق، كما يجب أن تكون هذه الإدارة مباشرة وباستخدام وسائل القانون العام، ومن ثم يخرج من هذا المفهوم العاملين في المرافق الصناعية والتجارية حيث يخضعون لروابط القانون الخاص⁽⁵⁾.

¹ حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاءً، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1958، ص 35.

² علي عبد القادر مصطفى، الوظيفة العامة في النظام الإسلامي وفي النظم الحديثة، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، 1983، ص 136.

³ سهيل عبد المنعم إسماعيل، المرجع السابق، ص 82.

⁴ مجموعة محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً، ف 200 لسنة 1 ص 106، الحكم الصادر بتاريخ 19-05-1969 مجموعة السنة الرابعة عشرة ص 713. (وردت في الحماية الجزائية لنزاهة الوظيفة العمومية، سهيل عبد المنعم إسماعيل، مرجع سابق، ص 85).

⁵ Delaubadère André, Manuel de droit administratif, 13 édition, L.G.D.J.paris 1988.

كما يشترط أن تكون الخدمة في إطار مرفق عام فرنسي بحيث لا يعتبر العاملين في المنظمات الدولية موظفين عموميين ولو كانوا يمارسون عملهم داخل فرنسا.

ب- أن يشغل وظيفة دائمة: إعتبر مجلس الدولة الفرنسي دائمية الوظيفة شرطاً لإعتبار الشخص موظفاً عاماً على أساس أن علاقة الموظف بالإدارة علاقة تنظيمية وليست تعاقدية⁽¹⁾، ومن ثم لا يعد موظفاً عاماً من يقوم بعمل عارض ويعود "لفظ دائمية الوظيفة" إلى الوظيفة ذاتها، بحيث يلزم أن تكون مدرجة في ميزانية الدولة أو مقررّة بقانون أو لائحة بصفتها عمل دائم في المرفق العام يستوي بعد ذلك أن يتم شغلها بصفة دائمة أو مؤقتة طالما أن الوظيفة باقية ما بقي المرفق⁽²⁾.

ج- أن يشغل منصباً في التنظيم الإداري للمرفق: ويكون ذلك بتوفر عنصرين، أما الأول يتمثل في الأداة القانونية للتعيين، بحيث لا ينشأ المركز الوظيفي إلا بصدر قرار التعيين وأن تكون الوظيفة داخلية في درجات السلم الإداري⁽³⁾.

من خلال هذه العناصر مجتمعة حاول الفقه والقضاء الإداريين بلورة مفهوم جامع وواضح لمصطلح الموظف العمومي، بما يتماشى ومقاصد المشرع الإداري الذي يميل إلى وضع مفهوم يضيق في نطاقه، بخلاف ما سعى إليه المشرع الجنائي عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية الجزائية للموظف العمومي في الجرائم التي تتصل بالوظيفة العامة ومنها جرائم الصفقات العمومية.

مما حذى بهذا الأخير إلى التكفل بوضع تعريف مناسب للموظف العمومي ضمن النص العقابي على أساس أن الجرائم في مجال الصفقات من جرائم ذوو الصفة، ولأن نزعة التشديد في مواجهة مرتكبي هذه الجرائم الخطيرة على سير الوظيفة العامة وحسن تدبير المال العام، إستدعت منه وضع مفهوماً خاصاً لهذا المصطلح من سماته التوسع في نطاقه ليشمل كل من تسول له نفسه المساس بنزاهة الوظيفة والإخلال بمفهوم تخليق الحياة العامة وتسيير الشأن العام، في إطار مقارنة شاملة للوقاية ومحاربة الفساد على كل المستويات والدرجات دون إستثناء.

¹DelaubadèreAndré,Manuel de droit administratif opcit, p 281.

²سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 447، 448. وقد أورد القانون الفرنسي عدة معايير عند تحديد تعريف الموظف العمومي منها (أ- شكل التعيين حيث يجب أن يكون للموظف الصفة التي تؤهله للتعيين في الوظيفة وإلا عد غاصياً للوظيفة ولا يخضع للقانون التأديبي. ب- شكل الأجر أو المكافأة، فلا يقتصر على من يتقاضون أجورهم من ميزانية الدولة العامة).

ويشترط القضاء الإنجليزي لإعتبار الشخص موظفاً، أن يعين من قبل التاج وأن ينال مرتباً شهرياً أما الفقه الإنجليزي فيركز على صفة المرتب الذي يتقاضاه الموظف من ميزانية الدولة أو من المخصصات الملكية.

³وقد توارثت أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر على تعريف الموظف العمومي بأنه " الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصب يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق. وهو الحكم الذي تبنته محكمة النقض الجنائية، ورد في محمود بخيث حسني، المرجع السابق، ص 36.

وفي هذا المقام من المفيد الإشارة إلى أن الشرع الإسلامي كان له موقفاً سابقاً في وضع تعريف للموظف العمومي، معتبراً أنه الشخص القائم بعمل عام أو خدمة عامة في الدولة بمقتضى قرار تعيين مقابل أجر⁽¹⁾. وهذا المفهوم يتماشى ونظرة الإسلام لتولي الوظائف العامة ابتداءً من الإمامة والخلافة فرضاً واجباً وتكليفاً يختار المسلمون برأيهم ومشورتهم خليفتهم للمحافظة على تنظيم الجماعة وإنضباط كيانها⁽²⁾.

وقد وضع ثلاثة عناصر يتعين توفرها في الموظف العمومي، أولها أن يقوم الشخص بعمل عام في خدمة عامة، وفي هذا الإطار حدد الشرع الإسلامي الشروط الدقيقة لكل وظيفة وواجبات القائمين عليها، فإختيار الولاة والعمال مثلاً يكون وفق قاعدة القوة والأمانة ضمن مبادئ الحفاظ على نزاهة الوظيفة. وثانيها هو صدور قرار بالتعيين، وكان في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يتم بطريقة شفوية وفي حضور جميع الصحابة وكانت تصدر أحياناً كتابة عندما يتعلق الأمر بجهات الدولة التي تعتنق الإسلام، وفي عهد الصحابة أصدرت دستوراً عاماً للموظفين يعملون بمقتضاه بمثابة تعليمات وأوامر يلتزم بها جميع الموظفين تتضمن دروساً في الأخلاق والأمانة وحسن المعاملة، والنهي عن الوساطة والرشوة وكانوا يخضعون في تنفيذ ذلك لرقابة دقيقة⁽²⁾. أما الثالث فيتعلق بالأجر وكان يشمل إلى جانب النقد حقوقاً عينية ليوفر للموظف حياة الاستقرار وليضمن بذلك أمانتهم ونزاهتهم. وقد جمعت هذه الحقوق في ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله " من ولي شيئاً ولم يكن له امرأة فليتزوج ومن لم يكن له مسكناً فليتخذ مسكناً، ومن لم يكن له مركباً فليتخذ مركباً، ومن لم يكن له خادماً فليتخذ خادماً فمن أعد سوى ذلك جاء يوم القيامة غالاً سارقاً"⁽³⁾.

فالمشرع الإسلامي عرف الوظيفة وشاغلها أياً كان إسمه خليفة أو إماماً أو والياً أو عاملاً أو محتسباً..... إلخ، فكل هؤلاء موظفون عموميون بدون استخدام المصطلح، وأياً كانت درجة أو المكانة الإجتماعية لأي منهم، فإنه في حال الإخلال بالمهمة الموكولة إليه أو أتى أمراً محظوراً أو ترك ما هو مأمور به يجازى بالعقوبة المقررة شرعاً لمثل فعله، إما حداً أو تعزيراً أو قصاصاً، فالمشرع الإسلامي لم يعرف التفرقة بين المسؤولية الجزائية والمسؤولية التأديبية⁽⁴⁾.

¹ علي عبد القادر مصطفى، الوظيفة العامة في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص 45.

² سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي، مطبعة النهضة، سنة 1974 ص 3.

² كما حدث عند تعيين عمرو بن حزم على أهل نجران. انظر علي عبد القادر مصطفى، المرجع السابق، ص 5.

³ ابن عبد الله حمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء الرابع، ص 168.

⁴ سهير عبد المنعم إسماعيل، المرجع السابق، ص 100.

الفرع الثاني: الموظف العمومي من منظور جرائم الفساد عموماً.

الموظف العمومي هو الملتزم بواجب النزاهة إتجاه وظيفته، وجريمة المحاباة والرشوة في ظل القانون 01-06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، هي جرائم موظف عمومي أساساً.

ورغبة من المشرع الجزائري في توفير أقصى درجات الحماية لنزاهة الوظيفة العامة توسع في مفهوم الموظف العمومي ليدخل في تعريفه من ليس كذلك وفقاً للتحديد الإداري، كما سبقت الإشارة إليه.

وهذا التوسع جاء ليشمل كافة جرائم الفساد المختلفة والمتعددة المنصوص عليها في القانون المذكور أعلاه، كونه الشرط والركن المفترض لجرائم الفساد بما فيها تلك الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية محل دراستنا، والتي يتميز فيها مفهوم الموظف العمومي ببعض الخصوصية يتعين أن يقف عندها القاضي الجزائري وهو يتصدى للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

وبعدما حددت مفهوم الفساد على أنه كل الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من هذا القانون⁽¹⁾، تناولت الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، تحديد مفهوم الموظف العمومي حسب التالي:

1- كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء كان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

2- كل شخص يتولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

3- كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

والملاحظ من خلال هذا التعريف⁽²⁾، أن المشرع إستعمل مصطلح موظف عمومي يقابله باللغة الفرنسية "Agent public" وإن كان المصطلح المعتمد في المنظومة القانونية الجزائرية للتعبير عن الموظف العمومي هو "Fonctionnaire public" وليس "Agent public" الذي يعني "عون عمومي"⁽³⁾، بالإضافة إلى أنه تعريف يختلف بشكل واضح عن ذلك الذي أورده المشرع في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽⁴⁾.

¹ الفقرة (أ) من المادة الثانية من القانون 01-06.

² وهو المصطلح الذي إعتمده إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخ في 31 أكتوبر 2003.

³ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 5.

⁴ الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15-07-2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج ر عدد 46 سنة 2006).

ومن مضمون هذا التعريف نستطيع إحصاء خمس فئات شملها مصطلح الموظف العمومي

وهي:

أولاً: أصحاب المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية والوكالة النيابية، ويستوي في ذلك أن يكون معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، وبصرف النظر عن رتبته أو أقدميته وهم:

أ- الشخص الذي يشغل منصباً تنفيذياً ويندرج تحت هذا التصنيف كل من:

أ-1- رئيس الجمهورية الذي يحتل حسب الدستور الجزائري رأس هرم السلطة التنفيذية وهو منتخب، أما من ناحية المسؤولية الجزائية، فالأصل أن لا يسأل رئيس الجمهورية عن الجرائم التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته مهامه ما لم تشكل خيانة عظمى. ويحال في هذه الحالة إلى المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية، وهو ما يستخلص من نص المادة 156 من الدستور التي أحالت إلى قانون عضوي لتحديد تشكيلة هذه المحكمة وتنظيمها وسيرها والإجراءات المطبقة، مع الملاحظة أن هذا النص لم ير بعد النور رغم مرور كل هذه المدة من صدور دستور 1996⁽¹⁾.

أ-2- الوزير الأول (أو رئيس الحكومة سابقاً) المعين من طرف رئيس الجمهورية، فإذا كان جائزاً مساءلة جزائياً عن الجنايات والجناح التي قد يرتكبها بمناسبة أداء مهامه بما في ذلك جرائم الفساد، فإن محاكمته تظل معلقة كذلك على تنصيب المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها في محاكمته⁽²⁾.

أ-3- أعضاء الحكومة من وزراء ووزراء منتدبون وهم المعينون من طرف رئيس الجمهورية، بحيث يمكن مساءلتهم جزائياً عن جرائم الفساد أمام المحاكم العادية وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية⁽³⁾.

ب- من يشغل منصباً إدارياً، والمقصود هنا مجموع الإدارات التي تستخدمها مختلف المصالح التابعة للحكومة في تسيير أمور الدولة وتخضع للسلطة المركزية وتندمج فيها بإعتبارها جزءاً من شخصيتها المعنوية وتخضع لها في ميزانيتها⁽⁴⁾. ويسري ذلك بدون فرق على الموظف في المصالح المركزية أو الإدارات التابعة لها أو الإدارات المحلية للجماعات الإقليمية⁽⁵⁾، وسواء كان دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بغض النظر عن رتبته وأقدميته.

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 8.

² أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ المادة 573 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁴ مأمون سلامة، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 130.

⁵ لم يميز القضاء الفرنسي بين موظفي الإدارات المركزية والمحلية Cass Crim 24 nov. 1893.D.93 وردت في سهير عبد المنعم إسماعيل، المرجع السابق، ص 132.

ويندرج ضمن هذا المفهوم الفئات الآتية:

ب-1- الأعيان أصحاب المناصب الدائمة ويقصد بهم الموظفون Fonctionnaires بالمعنى

التقليدي والحقيقي كما عرفهم القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية من خلال المادة الرابعة من

الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 حيث حصرت مفهوم الموظف في " كل عون معين في وظيفة عمومية دائمة ورُسم في رتبته في السلم الإداري"، وهم الأعدوان الذي يمارسون مهامهم في المؤسسات والإدارات العمومية.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس القانون، نجد أنها حددت المقصود بالمؤسسات والإدارات العمومية على سبيل المثال لا الحصر بحيث تشمل المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها، والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون. ويستخلص من هذا التعريف أي القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽¹⁾. ضرورة توفر عناصر أساسية في الموظف العمومي، على غرار ما إعتده القانون الإداري في هذا الصدد وهي:

* وجود قرار يعين بمقتضاه الشخص في وظيفة عمومية صادر عن سلطة مختصة إما في شكل مرسوم رئاسي، أو تنفيذي، أو قرار وزاري أو ولائي، أو مقرر صادر عن سلطة إدارية.

* القيام بعمل دائم بحيث يكون شغل الشخص للوظيفة بصفة مستمرة دون إنقطاع، أي لا تنفك عنه إلا بالوفاة أو التقاعد أو الاستقالة أو العزل. وعليه لا يدخل المتقاعد في فئة الموظفين ولا المستخدم مؤقتاً باليومي Journalier أو بالحجم الساعي vacataire ولو كان مكلفاً بخدمة عامة.

* أن يتم ترسيمه في رتبة في السلم الإداري، حيث يصنف كل الموظفين العموميين، ويتم هذا الإجراء بعد فترة تدريبية يخضع لها الموظف كفترة تجربة Période d'essai ومن ثم لا يعد موظفاً من كان في فترة تجربة⁽²⁾.

* ممارسة نشاط في مؤسسة أو إدارة عمومية⁽³⁾، ويتعلق الأمر بخصوص هذا الشرط بالمؤسسات العمومية الآتية:

✓ الإدارات المركزية في الدولة كرئاسة الجمهورية ورئاسة الوزارة والوزارات المختلفة.

¹ لأكثر تفاصيل حول أنواع المرافق العامة أنظر كل من : محمود عبد المجيد المغربي، المدخل إلى القانون الإداري الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، سنة 1994، ص 27 وبعدها.

وكذلك عجة الجليلي، المؤسسات العمومية الاقتصادية من إشترابية التسيير إلى الخصوصية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006، ص 177 وما بعدها

² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 10.

³ وكانت تسمى سابقاً المديرية التنفيذية في إطار المجلس التنفيذي للولاية conseil exécutif de la wilaya.

✓ المصالح غير المركزية Services déconcentrés de l'Etat التابعة للإدارات المركزية وتتمثل في المديرية الولائية التابعة للوزارات⁽¹⁾ وأيضاً بعض المصالح الخارجية التابعة لرئاسة الجمهورية أو رئاسة الحكومة أو للوزارات.

✓ الجماعات الإقليمية وهي الولايات والبلديات⁽²⁾.

✓ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري (EPA) Etablissements publics à caractère administratif ويمكن إدراجها في خانة المرافق العامة للدولة Les services publics administratifs وهي هيئات عمومية تخضع للقانون العام.⁽³⁾

¹ وتتوعد طبيعة هذه المؤسسات والإدارات العمومية وفقاً لأشكال تدخل الإدارة بغرض إشباع الحاجات العامة للأفراد والسهل على تحقيق رفاهيتهم التي تختلف من دولة إلى دولة ومن زمن إلى زمن آخر وفقاً للمبادئ السياسية والإقتصادية والإجتماعية في كل منها، ويمكن إجمال صور التدخل للدولة في ثلاث:

أما الصورة الأولى: فهي في الحالة التي يكون موقف الإدارة سلبياً بحيث يقتصر دورها على مراقبة النشاط دون المساس به من خلال تنظيمه ووضع الضوابط الخاصة به بحيث تضمن تحقيق أهدافه، وذلك عن طريق سلطات البوليس أو الضبط الإداري بهدف حماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة أي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

أما الصورة الثانية وفيها يكون دور الإدارة مشجعاً فلا نكتفي بالنظر السلبى ولا نقف عند وضع الضوابط وإنما تشجع وتساعد بعض المشروعات الخاصة ذات النفع العام عن طريق المعونات المادية أو الفنية أو القانونية، كأن تقدم مساعدات مالية أو تمنحها بعض الإمتيازات وسلطات القانون العام. وفي مقابل هذه المساعدة تخضع هذه المشروعات لقدر أكبر من الرقابة عليها من قبل الدولة، وتضع عليها بعض القيود والإلتزامات تحقيقاً للمصلحة العامة.

وأما الصورة الثالثة وفيها تتدخل الدولة بصفة مباشرة وإيجابية وخاصة إذا ما رأت أن النشاط الفردي عاجز أو قاصر عن تلبية بعض الحاجات، فتتدخل بنفسها وبطريقة إيجابية للتكفل بتلك الحاجات عن طريق إنشاء وإدارة المشروعات. وفي هذه الحالة تأخذ الإدارة في الغالب صورة المرفق العام الذي يعتبر مظهراً من مظاهر الدولة المتدخلة.

ولتفصيل أكثر أنظر حمد زيدان نايف العنزي، الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، 1995، ص 19. وكذلك سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة مطبوعة جامعة عين شمس، بدون تاريخ، ص 31.

² ويطلق عليها أيضاً بالمرافق العامة الإدارية وهي التي تزاول نشاطاً يختلف في موضوعه عما يزاوله الأفراد عادة، إما لعجزهم عن ذلك وأما لقلّة أو انعدام مصلحتهم فيه، وهذه المرافق هي التي تمثل الوظائف الأصلية للدولة من أمن وعدالة وأداء الخدمات الضرورية للجمهور وتمارس نشاطها في ظل القانون العام والإمتيازات التي يمنحها إياها وعمالها يعتبرون موظفين عموميين وأموالها عامة تتمتع بالحماية المدنية التي تتمتع بها أموال الدولة العامة من حيث عدم جواز الحجز عليها والتصرف فيها، وعدم جواز تملكها بالتقادم، ناهيك عن الحماية الدستورية والجنائية. وأنظر كذلك في هذا الشأن كل من:

- Delaubadère André, " traité élémentaire de droit administratif, 6 éd T,1, p 620.

- Jean Rivero " Droit administratif", DALLOZ 13 éd paris, 1990 p 552.

- G.Védel, Droit administratif. Thenis puf, ed 1976, P 810.

³ منحيت تعريف المرفق العام فيستعمل هذا المصطلح service public للدلالة على معينين، أولهما عضوي أو شكلي ويقصد به المنظمة أو الهيئة (organisme) التي تمارس النشاط الذي يحقق النفع العام. كالمستشفيات والجامعات ووزارات الدولة ومخافر الشرطة، وثانيهما مادي أو موضوعي ويقصد به النشاط (activité) الذي يمارسه المرفق العام تحقيقاً للنفع العام ومن أمثلته الصحة والتعليم وكافة الخدمات التي تقدمها الدولة للجمهور. أنظر في هذا. RIVERO Jean, droit administratif, DALLOZ, 13 éd, paris, 1990, p 552-556.

كما عرفها القانون 88-01 المؤرخ في 12-01-1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، والذي ما زال سارياً بالنسبة لهذا النوع من المؤسسات⁽¹⁾ ومن أمثلة هذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري نذكر المدرسة العليا للقضاء (حسب المرسوم التنفيذي رقم 05-303 المؤرخ في 20-08-2005) وكذلك الديوان الوطني للخدمات الجامعية ONOU (طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 95-84 المؤرخ في 22-03-1995) والوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار ANDI (مرسوم تنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24-09-2001) وكذا المستشفيات.

فكل عمال المؤسسات المذكورة ينطبق عليها مفهوم الموظف العمومي الذي يشغل منصباً إدارياً.

✓ المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وقد أُحدثت عن طريق القانون رقم 99-05 المؤرخ في 04-04-1999 المتضمن القانون التوجيهي للتعليم العالي وشملت الجامعات والمراكز الجامعية ومدارس ومعاهد التعليم العالي⁽²⁾.

المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي ومن أمثلة هذه الهيئات المستحدثة⁽³⁾ مركز البحث في الإقتصاد المطبق من أجل التنمية CREAD والذي أنشئ بالمرسوم التنفيذي رقم 85-07 المؤرخ في 17-12-1985 المعدل والمتمم، وكذلك مركز تنمية الطاقات المتجددة CDER أُحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 85-07 المؤرخ في 22-03-1985.

✓ المؤسسات العمومية Institutions publiques وهي الهيئات التي أنشئت وتم تأسيسها بنص صادر عن السلطة العمومية ويحكمها القانون العام، ومثالها كل الهيئات النظامية كمجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني والمجلس الأعلى للقضاء والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والمجلس الدستوري والمجلس الوطني الإقتصادي والإجتماعي واللجنة الإستشارية الوطنية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، وينطبق كذلك على المجالس العليا كالمجلس الأعلى للغة العربية والمحافظة السامية للأمازيغية والمجلس الإسلامي الأعلى.

✓ كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لقانون الوظيفة العمومية وتشمل لفئات

التالية:

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 10.

² المادة 38 من القانون رقم 99-05 المؤرخ في 04-04-1999، وكذلك المرسوم التنفيذي المؤرخ في 23-08-2003 المتضمن تحديد مهام الجامعة والقواعد الخاصة بتنظيمها وسيرها. (établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel)

³ تم إحداثها عن طريق القانون رقم 98-11 المؤرخ في 22-08-1998 المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي.

أ- هيئات الضمان الإجتماعي بحسب المرسوم التنفيذي رقم 92-07 المؤرخ في 04-01-1992 المتضمن القانون الأساسي للصناديق الإجتماعية وتنظيمها المالي والإداري، الذي منحها الإستقلال المالي والشخصية المعنوية، وإعتبرها ذات طابع تجاري في معاملتها مع الغير، مع الإشارة إلى أن القانون 01-08 المؤرخ في 12-01-1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية قد أضاف للمؤسسات التي تخضع القانون العام، هيئات الضمان الإجتماعي أي صندوق الضمان الإجتماعي CNAS والصندوق الوطني للتقاعد CNR والصندوق الوطني للتأمينات لغير الأجراء CASNOS.

ب- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري (EPIC) وهي التي تزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو زراعياً من جنس نشاط الأفراد كالنقل والبريد ومرفق توريد المياه والكهرباء والغاز وغيرها، ونظراً لطبيعة نشاطها فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص دون أن يحول ذلك دون خضوعها للقانون العام بإعتبار أن المرافق الإقتصادية من المرافق العامة للدولة. فهي إذن تخضع لإزدواجية قانونية سببها الدور التدخلي للدولة⁽²⁾.

وقد سبب ظهور هذا النوع من المرافق جدلاً فقهيّاً حول طبيعة أموالها هل هي أموال عامة أم أموال خاصة ؟

حيث يرى إتجاه أول وهو رأي غالبية الفقهاء الفرنسيين أمثال رولاند Rolland وشافانون Chavanon بأن أموال المرافق العامة الإقتصادية (صناعية، تجارية أو فلاحية) تخضع لنفس النظام القانوني للأموال العامة للدولة كخضوعها لقواعد المحاسبة العمومية والرقابة وغيرها، ومن ثم تتمتع بنفس الحماية كالأموال العامة وإستثنوا البضائع المهيأة للبيع وإعتبروها أموالاً خاصة تخضع لقواعد القانون الخاص.

أما الرأي الثاني فيرى أنه لمعرفة الطبيعة القانونية لأموال هذه المؤسسات علينا الرجوع إلى النصوص القانونية لكل مرفق، فإذا أشارت هذه النصوص إلى خضوع أموال المرفق إلى القانون العام إعتبرت أموالاً عامة، وإذا أشارت إلى خضوعها من حيث إدارتها لنظام القانون الخاص عدت أموالاً خاصة⁽³⁾.

¹ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-07 المؤرخ في 04-01-1992 المتضمن القانون الأساسي للصناديق الإجتماعية وتنظيمها المالي والإداري (ج ر عدد 02 بتاريخ 08-01-1992).

² بحيث أصبح للدولة بسبب ظروف إقتصادية وسياسية وإجتماعية دفعت الدولة للتخل في المجال الإقتصادي عن طريق إنشاء مصانع ومشروعات تجارية شبيهة بتلك التي ينشئها الأفراد، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية. والهدف الأساسي فيها ليس تحقيق الربح بل تحقيق مصلحة عامة تعتبرها الإدارة هامة بالنسبة للجمهور. وحتى وإن تحقق ربح من خلال فائض الرسوم التي تفرضها فإنه لا يعد المعيار المميز.

³ هذا الرأي مقتبس من أشغال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي أثناء محاولتها تحديد الطبيعة القانونية للأموال المخصصة لإدارة المرافق الصناعية والتجارية فرأت أن " أموال المجموعات الإدارية والمؤسسات العامة المخصصة لمرفق عام ذو طابع صناعي وتجاري لا تعتبر أموالاً عامة، ما لم يوجد نص خاص، من الدومين العام" أي أنها أموال خاصة ما يلم يرد نص بخلاف ذلك.

ومن قبيل هذه المؤسسات دواوين الترقية والتسيير العقاري OPGI منذ صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-147 المؤرخ في 12-05-1991 وكذلك المؤسسة الوطنية للتلفزيون ENTV منذ 24-04-1991 وكذلك الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره AADL المرسوم التنفيذي رقم 91-148 المؤرخ في 12-

05-1991 وبيد الجزائر طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 02-43 المؤرخ في 14-01-2002، ومع ذلك فإن صفة الموظف تكاد تنحصر في شخص المدير العام للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. وإلى غاية بداية العمل بنظام التسيير الإقتصادي للمؤسسات الذي أقره القانون التوجيهي للمؤسسات في جانفي 1988 وبعض القوانين المرافقة له والمعروفة بقوانين إستقلالية المؤسسات، ما زال يسري على مسيري هذه المؤسسات نظام التعيينات المباشرة التي تقوم بها السلطة الوصية، وفقاً لقانون التسيير الإشتراكي للمؤسسات⁽¹⁾، بحيث كان يعتبر المسير، المدير أو المدير العام، عبارة عن موظف مكلف بتسيير المؤسسة وفق التوجيهات والتعليمات الصادرة له من الوصاية. غير أن المسير بمقتضى قوانين إستقلالية المؤسسات حيث أصبحت خاضعة لأحكام القانون التجاري والمدني تغيرت أنظمة وكيفية تعيينه، حيث صنف مسؤولو المؤسسات ضمن دائرة العمال الذين يخضعون لنظام خاص طبقاً للمادة 4 من قانون العمل، علماً أن معظم المؤسسات العمومية الإقتصادية بعد عملية الخصخصة ما زالت الدولة هي المساهم الأكبر أو الوحيد في رأسمالها، مما يبرر بقاء هذا الغموض في تحديد الوضعية القانونية للمسيرين وبالتالي توضيح قواعد المسؤولية الجزائية تجاههم عندما يتعلق الأمر بجرائم الفساد عموماً، وتبين حدود الأخطاء المتعلقة بالتسيير من تلك التي تترتب عليها المتابعة الجزائية.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع في معرض تحديده لمفهوم الموظف العمومي وفق التعريف المنصوص عليه في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽²⁾، قد حرص عند تحديد نطاق تطبيق هذا القانون من حيث الأشخاص على إستثناء القضاة والمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني ومستخدمي البرلمان من مجال تطبيق هذا النص⁽³⁾. في حين إعتبرهم قانون مكافحة الفساد ضمن مفهوم الموظف العمومي وبذلك أخضعهم للمساءلة الجزائية في جرائم الفساد وجرائم الصفقات العمومية للهيئات الإدارية (المادة 2 منه).

¹Boussmah. M. l'entreprise socialiste en Algérie, opu, Alger, 1982, p.21.

- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1998، ص 119-120.

² وهو نفس التعريف الذي إتمده القانون القديم الأساسي العام للوظيفة العمومية المؤرخ في 02-06-1966.

³ ولم يعتبرهم كذلك قانون العمل عمالاً أجراً طبقاً للمادة 3 من القانون 90-11 المؤرخ في 21-04-1991 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم. مما يدل أنها فئات تحكمها قوانين خاصة.

- أنظر كذلك أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998.

ب-2 الأعوان الذين يشغلون منصباً بصفة مؤقتة، وهم من لم تتوفر فيهم صفة الموظف بمفهوم القانون الإداري الذي يشترط الدائمة في شغل المنصب الإداري وبذلك يقصد بالشخص الذي يشغل منصباً إدارياً حسب قانون مكافحة الفساد ما يلي:

- الموظفون العاملون في الإدارات والمؤسسات العمومية كما عرفتهم المادة 2 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

- الأعراف المتعاقدون والمؤقتين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية المذكورة.

ثانياً: الشخص الذي يشغل منصباً قضائياً.

تبنى القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء مفهوماً ضيقاً عند تحديده للمنصب القضائي⁽¹⁾، فلا يعتبر شاغلاً لمنصب قضائي حسب المادة الثانية منه إلا القضاة المنتمين للفئتين الآتيتين:

أ- القضاة التابعون لنظام القضاء العادي، ويضم هذا السلك، قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم وكذا القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل.

ب- القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري، ويتعلق الأمر بقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

ج- كما يشغل منصباً قضائياً المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات والمساعدون في قسم الأحداث وفي القسم الإجتماعي، بحكم مشاركتهم في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية المذكورة.

ومن ثم لا ينطبق مفهوم المنصب القضائي على قضاة مجلس المحاسبة سواء كانوا قضاة حكم أو محتسبين ولا أعضاء المجلس الدستوري ولا أعضاء مجلس المنافسة⁽²⁾.

ثالثاً: الأشخاص ذوو الولاية النيابة.

ويقصد بهم أعضاء المجالس النيابية وطنية كانت أو محلية، وهم أعضاء يمثلون أغلبية من الشعب أو جماعة منه، للتعبير عن إرادته في تسيير شؤون الدولة التنفيذية والتشريعية، والولاية في ذلك تعطى بواسطة الانتخاب الحر أو التفويض من السلطة التنفيذية⁽³⁾.

¹بعد أن ألغيت أحكام المادة 119 من قانون العقوبات (عن طريق القانون 06-01 المؤرخ في 20-02-2006) حيث كانت تعتمد مفهوماً واسعاً عندما استعمل مصطلح Magistrat بينما القانون الأساسي للقضاء رقم 04-11 المؤرخ في 06-09-2004 كقانون مرجعي لتحديد من يشغل منصباً قضائياً عبر عنه بمفهوم juge.

²أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 13.

³Cass.crim, 29 mai 1886.D.p.87.1.238.juris classeur art 177 m p 39 à 43.

وقد اختلف الفقه في مصر حول تكييف وضع هذه الفئة من حيث إعتبارهم مكلفين بخدمة عامة أو موظفين عموميين (سهير عبد المنعم إسماعيل، المرجع السابق ، ص 142)

وقد توسع قضاء النقض الفرنسي في توصيف النيابة العامة بمناسبة تطبيق النصوص المتعلقة بجريمة الرشوة. حيث قضى بإنطباق ذلك على كل شخص يشمل هذا الوصف كمنتخب، كرؤساء الغرف التجارية والمهنية وأعضاءها بوصفهم يختارون بالانتخاب ولأن تلك الغرف من المصالح الموضوعة تحت رقابة السلطة العامة⁽¹⁾.

وتشمل هذه الفئة كل من:

- الأشخاص الذين يشغلون منصباً تشريعياً بصفة عضواً في البرلمان بغرفتيه سواء المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة أكان منتخباً أو معيناً: فأما أعضاء المجلس الشعبي الوطني فكلهم منتخبون عن طريق الإقتراع العام المباشر والسري حسب المادة 101 من الدستور، وأما أعضاء مجلس الأمة فتلتاً أعضائه منتخبون بالإقتراع غير المباشر السري، والتلث الباقي معينون من طرف رئيس الجمهورية (حسب المادة 101 من الدستور).

- كافة الأشخاص المنتخبين والممثلين للهيئات المحلية سواء على مستوى المجالس البلدية أو الولائية من رؤساء مجالس وأعضاء، طوال مدة النيابة.

رابعاً: من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال

مختلط.

إقتضى نهج التوسع في مفهوم الموظف العمومي في إطار القانون الجزائي بخصوص جرائم الفساد ومنها تلك المتعلقة بالشراء العمومي وحماية المال العام، أن يشمل هذا المفهوم فئات أخرى غير تلك المعروفة تقليدياً والتي تضمنها القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث أدرجت المادة الثانية منه ضمن هذا التعريف مجموعة من الأشخاص العاملين في مرافق عمومية أو أية مؤسسة أخرى، ويكون فيها الشخص متولياً لوظيفة أو وكالة بصفة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بدون أجر. وسنحاول توضيح طبيعة هذه الفئة من الموظفين التي يجب أن تتوفر فيهم الشروط التالية:

أ- من يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية:

إذا جاز تسمية الأشخاص المنصوص عليهم في الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالموظفين العموميين بحسب الأصل، فإن هؤلاء الأشخاص الوارد ذكرهم في هذه الفقرة الثانية من نفس المادة لا يعتبرون موظفين عموميين بحسب الأصل ولكن المشرع الجزائي إعتبرهم كذلك بخصوص جرائم الأموال العامة⁽²⁾.

¹Cass.crim, 13.07.1966. juris classeur n°= 83. p 188à 190.

" les membres desdites chambres sont élus dans les conditions que le sont les membres des conseils de prud'homme".

² ناصر خلف بخت، الحماية الجنائية للمال العام، المرجع السابق، ص 162.

- علي مانع، مقال بعنوان تطور مفهوم الجريمة الإقتصادية و القانون الذي يحكمها (دراسة وصفية و تحليلية) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية. رقم 03 /1993.ص614.

فالمقصود بالشخص الذي يتولى وظيفة أو وكالة في هيئة عمومية، ويعتبره القانون الجزائري موظفاً عمومياً في جرائم الفساد، هو كل من أسندت له مسؤولية في الهيئات العمومية مهما كانت درجة مسؤوليته ابتداءً من نيس مدير عام أو مدير عام أو رئيس مصلحة، فعبارة "تولي" personne investie تحمل معاني التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية، أما عبارة "وكالة" فتقتضي أن يكون الجاني منتخباً أو مكلفاً بنيابة⁽¹⁾، وبذلك تشمل عبارة تولي وكالة: رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة في المؤسسات العمومية الاقتصادية كونهم منتخبين من قبل الجمعية العامة ويستوي أن تحوز فيها الدولة على كل رأسمالها الاجتماعي أو جزءاً منه فقط⁽²⁾.

ومن ثم تتعدد هذه الهيئات والمؤسسات بتعدد واختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما.

ب- أن يكون تولي الوظيفة أو الوكالة في إحدى الهيئات والمؤسسات العمومية التالية:

-الهيئات العمومية organismes publics وهي كل شخص معنوي عام غير الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عمومي أو خدمة عمومية ومنها المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري EPA والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري EPIC وهيئات الضمان الاجتماعي، وقد اعتبر القانون الأساسي للوظيفة العمومية العاملين في المؤسسات العمومية المذكورة المعينين في وظيفة دائمة والمرسمين في رتبة موظفين بحكم أنهم يدخلون في فئة من يشغل وظيفة إدارية⁽³⁾.

- المؤسسات العمومية: Entreprises publiques

وتشمل هذه الفئة المؤسسات العمومية كل الشركات الاقتصادية المنبثقة عن ما كان يعرف بالشركات الاقتصادية الوطنية عقب عمليات إعادة الهيكلة والاستقلالية والخصوصية التي خضعت لها. وقد عرفتها المادة الرابعة من الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها على أنها "شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس مالها الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام (droit commun)". وضمن هذا الوصف يمكن إدراج مجموعة من الشركات ينطبق عليها هذا المفهوم كشركة سونطراك وسونغاز والبنوك العمومية وشركات التأمين والخطوط الجوية الجزائرية وشركات الملاحة البحرية وغيرها.

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 16.

² وقد اعتبر المشرع المصري هذه الفئة من الأشخاص موظفين عموميين بالنظر إلى الطبيعة القانونية لأموال تلك المؤسسات. بحيث إعتبرها في حكم الأموال العامة وبالقياص على هذه الأموال أخذ هؤلاء هذا الوصف، وحدد الفقرة (ذ) من المادة 119 مكرر من قانون العقوبات المصري هذه الهيئات كما يلي: شركات القطاع العام- شركات توظيف الأموال- شركات إستثمار المال العربي والأجنبي- الأحزاب السياسية- الجمعيات التعاونية والتعاون الإستهلاكي والإنتاجي الزراعي والإسكاني.....).

³ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 15.14، وينطبق وصف الهيئة العمومية على السلطات الإدارية المستقلة كمجلس المنافسة (المادة 23 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19-07-2003) وسلطة ضبط البريد وسلطة ضبط المحروقات (المادة 12 من القانون المؤرخ في 28-04-2005).

- وكذلك عجة الجبالي، المرجع السابق، ص 218.

- المؤسسات ذات رأس المال المختلط، وهي التي تزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو زراعياً من جنس نشاط الأفراد وينطبق هذا المفهوم على المؤسسات العمومية الإقتصادية التي فتحت رأسمالها الإجتماعي للخواص، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنوية يحملون الجنسية الوطنية أو الأجنبية، ومن أمثلتها مجمع "صيدال" و"الرياض" وغيرها.

كما يشمل هذا الوصف كذلك مؤسسات القانون الخاص التي تتولى تسيير مرفق عام عن طريق ما يعرف بعقود الإمتياز ومن أمثلتها مرفق النقل البري والبحري والجوي، ومرفق توريد الهاتف وإستغلال المطارات والموانئ والطرق السريعة والأسواق والمدابح وتوريد المياه والتطهير، ونقل قمامة المنازل... إلخ. ونظراً لطبيعة الأعمال التي تمارسها هذه المرافق فإنها تخضع في كثير من نشاطها لأحكام القانون الخاص دون أن يحول ذلك من خضوعها بحسب القاعدة العامة لأحكام القانون العام⁽¹⁾، وبذلك تقع تحت مظلة القانون العام والخاص وهي إزدواجية أملتها الظروف الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التي زادت من الدور التدخلي للدولة وإقتحامها المجال الإقتصادي والصناعي.

ويلاحظ أن تحديد صفة الموظف العمومي كركن خاص في جرائم الفساد بما فيها تلك الخاصة بالصفقات العمومية، في هذا الصنف من المؤسسات الإقتصادية تثير بعض الصعوبة بالنسبة للقاضي الجزائري، خاصة عندما نعلم بأن هذه المؤسسات تخضع في إنشائها وتنظيمها وإدارتها وتسييرها⁽²⁾ لذات النظام القانوني المتعلق بشركات رؤوس الأموال والتي حددت قواعده وأحكامه نصوص القانون التجاري. بحيث تم تطبيقاً لأحكام الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية إحداث 30 شركة ذات أسهم SPA تراقب 937 كياناً قانونياً ظهرت في شكل تجمعات groupes وفروع filiales ومؤسسات عمومية إقتصادية EPE يشمل كافة المؤسسات الإقتصادية السابقة.

¹ وتخضع في ذلك للمعايير والمقومات الأساسية للخدمة العمومية حسب قواعد القانون الإداري وهي الإستمرارية، والتكيف والتطور وضمان المساواة بين المرتفقين. ومن ثم يتعين على المؤسسة المعنية لتقديم الخدمة العمومية أن تكون ذات نفع عام، وأن تملك أدوات السلطة العمومية لتحقيق ذلك وأخيراً أن يكون للإدارة حق النظر في كيفية تطبيق مهمتها (أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 16).

² طبقاً لأحكام الأمر 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. خاصة عن طريق المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25-04-1993، الذي حدد في القسم الثالث من الفصل الثالث منه طرق وهيئات إدارة شركة المساهمة والتي أكلها إلى هيئات منتخبة هي:

أ- مجلس إدارة الشركة conseils d'administrations مكون من 3 إلى 12 عضواً منتخبين من قبل الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية لمدة 6 سنوات (المواد 610-611 من المرسوم التشريعي المشار إليه أعلاه. ويعين مجلس الإدارة رئيساً من بين أعضائه يتولى تحت مسؤولية إدارة الشركة وتمثيلها تجاه الغير المادة 638). كما يمكن لمجلس الإدارة بناءً على إقتراح من الرئيس تعيين مساعدين (واحد أو اثنين) كمديرين عامين ويحدد بالإتفاق مع رئيسه مدى ومدى الصلاحيات المخولة للمديرين العاميين. ولهم نفس سلطات الرئيس تجاه الغير (المادة 641).

ب- مجلس المديرين Directoire يمكن أن يتولى إدارة الشركة، مكون من 3 إلى 5 أعضاء يعينهم مجلس المراقبة ويتولى أحدهم الرئاسة (644)، ويمارس مهمته تحت مراقبة مجلس مراقبة conseil de surveillance مكون من 7 إلى 12 عضواً (657) تحدد مدة عضوية مجلس المديرين في القانون الأساسي ما بين عامين و6 سنوات. وعند عدم النص عليها صراحة تقدر بـ 4 سنوات (646).

يتم إنتخاب مجلس المراقبة عن طريق الجمعية العامة التأسيسية أو العادية لمدة لا تتجاوز 6 سنوات وينتخب رئيساً له (المادة 666).

ما عدا في قطاعات معينة كالبنوك والتأمين والمحروقات والطاقة التي إحتفظت على هيكلتها كشركات مساهمة منها شركة سونطراك طبقاً للمادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 98-48 المؤرخ في 11-02-1998 وشركة سونلغاز حسب المادة 165 من القانون 01-02 المؤرخ في 05-02-2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات.

ولعل الإشكالات التي كان يطرحها تطبيق نص المادة 119 من قانون العقوبات على المؤسسات العمومية الإقتصادية ثم تجاوزها بعد صدور القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بحيث نص صراحة على خضوع هذه المؤسسات العمومية لأحكام القانون الجديد. ويذكر أن نص المادة 119 من قانون العقوبات بعد تعديلها عن طريق القانون 09-01 المؤرخ في 26-01-2001 قد أسقطت منها عبارة " المؤسسات الإقتصادية" بحيث لم تتضمن الفقرة الثانية من المادة في صياغتها الجديدة هذه المؤسسات الإقتصادية ضمن قائمة الأشخاص الذين ينطبق عليهم النص. وبعبارة أخرى أن جريمة الإختلاس لا تنطبق على من يتولى وظيفة أو وكالة في المؤسسات العمومية الإقتصادية⁽¹⁾.

خامساً: الموظف العمومي حكماً.

وقد أشار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في مادته الثانية فقرتها الثالثة إلى هذا الصنف من الموظفين الذين تطالهم أحكام المسؤولية الجزائية في جرائم الفساد، بقولها " كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، ومن هؤلاء الأشخاص الذين يعتبرهم المشرع الجزائري ممن هم في حكم الموظفين العموميين:

أ- المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني بغض النظر عن رتبهم ودرجاتهم والمدنيين الذين يعملون في الدفاع الوطني، مع الإشارة إلى أن هذه الفئة من المستخدمين ثم إستثنائهم في نطاق المادة الثانية من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽²⁾ وبالتالي فيحكمهم قانون خاص من خلال الأمر رقم 06-02 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين.

ب- الضباط العموميون ويطلق على هذه الفئة أيضاً عبارة " المفوض بعمل من قبل السلطات العامة" ويكون هذا التفويض صادر من السلطات الثلاث (تنفيذية، تشريعية وقضائية) ويحصلون الحقوق والرسوم المختلفة لحساب الخزينة العامة.

¹ المادة 119 بعد تعديلها بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 26-01-2001 المعدل للأمر 66-75 المؤرخ في 18 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات. (أنظر أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 24)

حيث تنص الفقرة الثانية ".... ويتعرض كذلك للعقوبات المنصوص عليها أعلاه، كل شخص تحت أية تسمية وفي نطاق أي إجراء يتولى ولو مؤقتاً وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام، يختلس أو يبدد أو يحتجز عمداً أو بدون وجه حق أو يسرق أموالاً عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو مستندات أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بمقتضى وظيفة أو بسببها".

² وهو كذلك ما تضمنته أحكام قانون العمل 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم في مادته الثالثة " يخضع المستخدمون المدنيون والعسكريون التابعون للدفاع الوطني... لأحكام تشريعية وتنظيمية خاصة".

فبالرغم من أنهم غير مشمولين بتعريف الموظف العمومي سواء طبقاً للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية أو للتعريف الذي وضعه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومع ذلك أُخضعوا للمساءلة الجزائية في جرائم الفساد ضمن فئة من هم في حكم الموظف⁽¹⁾، وهو تأكيد إضافي على نزعة التشدد المعتمدة من قبل المشرع في هذا المجال، والتي يمثل التوسع في صفة الموظف العمومي أحد تجلياتها. ويدخل في نطاق هذه الفئة كل من الموثقين طبقاً للمادة 3 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، وكذلك المُحضِّرين القضائيين حسب المادة 4 من القانون رقم 03-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر، ومحافظي البيع بالمزايدة وفقاً للمادة 5 من القانون رقم 02-96 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة البيع بالمزايدة، والمترجمين الرسميين حسب المادة 4 من الأمر 13-95 المؤرخ في 11-03-1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم -الترجمان الرسمي- وينطبق كذلك على الخبير والمصفي والحارس القضائي والمحكّمون.

ج- نظرية الموظف الفعلي في حماية نزاهة الوظيفة العمومية.

يطلق مفهوم الموظف الفعلي (أو الواقعي) على الشخص الذي لم يصدر قرار بتعيينه على الإطلاق ويباشر العمل الوظيفي ويمارسه في ظروف إستثنائية تختص فيها السلطة العامة كحالة الحرب أو الغزو الخارجي، ففي هذه الحالة يحل بعض الأفراد العاديين محل تلك السلطات في ممارسة المهام للضرورة ومن أجل ضمان سير المرافق العمومية. كما يطلق هذا المفهوم أيضاً على الشخص الذي عين تعييناً معيماً كمن تم تعيينه بقرار لم تكتمل شروطه القانونية أو الشخص الذي إستمر في الخدمة رغم بلوغه السن القانوني للمعاش⁽²⁾.

¹ وقد عرفت عبارة من في حكم الموظف تطوراً في التشريع الجزائري تماشياً مع التغيرات التي حصلت على كافة الصعد الإقتصادية الإجتماعية والسياسية ، وهكذا تبنى المشرع عقب الاستقلال حتى صدور قانون العقوبات مفهوماً للموظف العمومي Fonctionnaire مختلفاً عن ذلك المعتمد في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية حيث توسع في هذا المفهوم على غرار ما فعله المشرع الفرنسي حيث عرفته المادة 149 منه " بعد موظفاً في نظر القانون الجنائي كل شخص، تحت أي تسمية وفي نطاق أي إجراء، يتولى ولو مؤقتاً وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة أو مرفق ذي منفعة عامة". ثم تليها مرحلة " الشبيه بالموظف" حيث إستبدلت عبارة الموظف في القانون الجنائي بعبارة الشبيه بالموظف، من خلال الأمر رقم 45-75 المؤرخ في 17-06-1975 المعدل لقانون العقوبات حيث ألغيت المادة 149 السالفة الذكر، وعوضت بالمادة 119 أين إستعملت عبارة الشبيه بالموظف وتم بموجب هذا التعبير توسيع نطاق تطبيق جريمة الإختلاس إلى العاملين بالشركات الوطنية والمزارع الفلاحية المسيرة ذاتياً مع حصر تطبيقها على من يتولى وظيفة أو وكالة كمديري المؤسسات والوحدات الإقتصادية . ومع صدور قانون توجيه المؤسسات العمومية لسنة 1988 وإقرار إستقلالية المؤسسات الإقتصادية التي صنفها إلى المؤسسات العمومية الإقتصادية خاصة للقانون التجاري في شكل شركات مساهمة أو مسؤولية محدودة تملك الدولة أو الجماعات المحلية فيها مباشرة كل الحصص والأسهم. وإلى مؤسسات أو هيئات خاضعة للقانون العام وهي نوعان المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري EPA والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي Epic، وأخيراً هيئات الضمان الإجتماعي الخاضعة لقانون خاص.

هذا وقد كرس قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عبارة " من يتولى وظيفة أو وكالة" في مادته الثانية.

² ناصر خلف بخيث، الحماية الجنائية للمال العام، المرجع السابق ص 166.

وقد أقرت بعض التشريعات الجزائرية نظرية الموظف الفعلي بالنص عليها صراحة منعاً لكل

لبس⁽¹⁾ فأبقت صفة الموظف العمومي، للموظف السابق متى سهلت له هذه الصفة أو مكنته من

إرتكاب الجريمة وكذلك في حالة إذا شاب إجراءات تعيينه خطأ ما. فالضابط هنا هو مدى توافر الصفة أمام الجمهور المتعامل مع الوظيفة العمومية بحيث لا بد أن يظهر بمظهر الموظف العمومي المختص، بحيث تكون مجموعة الظروف المحيطة بالموظف من شأنها أن تدفع الأفراد إلى الإعتقاد بأن شغله للوظيفة جائز وممكن ومحتمل وأن هذه الوظيفة أسندت إليه بطريقة شرعية⁽²⁾.
وأما إذا ظهر ما يدعو إلى التشكك من هذه الصفة فإن ذلك يشكل إنفصلاً ما بين نزاهة هذا الشخص ونزاهة الوظيفة العمومية ومن ثم فلا تطبق عليه أحكام جرائم الرشوة والجرائم الملحقة بها⁽³⁾.
والجدير بالإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الموظف الفعلي عند تعريفه لمصطلح الموظف العام في نص المادة 2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وإنما أكد على أن مفهوم الموظف العمومي يشمل كل شخص آخر معروف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما⁽⁴⁾، ومن ثم نستطيع القول بخصوص موضوع الموظف الفعلي في حماية نزاهة الوظيفة العمومية وفي إطار جرائم الفساد عموماً، أنه في حال سكوت التشريع عن النص صراحة على الموظف الفعلي فإنه يمكن تطبيق أحكام جريمة المحاباة والرشوة على الموظف العمومي أو من في حكمه وذلك إنسجاماً مع منطوق التشديد والتوسيع المعتمدين في مجال هذا النوع من المسؤولية الجزائرية.

هذا وتكون أمام وضعية الموظف الفعلي في عدة حالات يمكن إجمالها في الآتي:

- أ- عند صدور قرار معيب لتقلد الشخص الوظيفة أو إذا لم يستكمل إجراءات تعيينه.
- ب- عند ممارسة إختصاص وظيفي بناءً على تفويض خاطئ.
- ج- عند فصل موظف دون علمه واستمر في أداء مهام وظيفته.
- د- إذا أقحم فرد عادي نفسه في أعمال إدارية دون صفة أو في حالة إغتصاب السلطة⁽⁵⁾.

¹ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، 1975 ص 22.

(كما فعل المشرع الجزائري السوداني في المادة 128 بنصه بخصوص تطبيق جريمة الرشوة على من كان موظفاً أو يتوقع أن يكون موظفاً).

² توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، طبعة 1952 ص 24.

³ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 34.

⁴ وتقابلها المادة 144 من قانون العقوبات الفرنسي، والمادة 111 من قانون العقوبات المصري.

⁵ تناصر خلف بخيث، المرجع السابق، ص 161.

وخلاصة لما جاء ذكره بخصوص صفة الموظف كركن خاص أو عنصر مفترض في جرائم الفساد عموماً والصفقات العمومية خصوصاً ، نقف عند رغبة المشرع الجزائري في بسط حماية القانون الجزائري على كافة أوجه النشاط في الوظيفة العامة للدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة لارساءقواعد تخليق الحياة العامة، من خلال ضبط سلوك الموظفين القائمين على تنفيذ هذه الوظيفة العامة بإعتبارهم يمثلون أدواتها ومرآتها في ذات الوقت.

فلم يكن التقيد بالمفهوم الإداري للموظف العمومي طبقاً للقانون الأساسي للوظيفة العمومية كافياً وكفيلاً لتحقيق هذه الغاية الكبيرة والسامية، التي لا تتحقق إلا عن طريق ترسيخ أسس النزاهة والأمانة والإلتزام، وهي سلوكات تمثل جوهر ما يرمي إليه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ولذلك كان ضرورياً أن يتبنى المشرع الجزائري تعريفاً للموظف العمومي يلبي هذه الأهداف ويستجيب لتلك الإعتبارات، فجاء بذلك التعريف الجزائري واسعاً ومرناً ماسحاً جامعاً لأشكال النشاط الوظيفي المتنوع والمتعدد ومتتبعاً لمسار تدبير وإنفاق المال العام في أي يد كانت بغرض توفير الحماية اللازمة خدمة للمصلحة العامة والخدمة العمومية.

وهكذا يتبين أن المشرع الجزائري ومن أجل الحفاظ على نزاهة الوظيفة العمومية وتخليق الحياة العامة، جعل من الموظف العمومي، بإعتباره العنصر المركزي ونقطة الإرتكاز التي تنهض بها الوظيفة العامة، محور القواعد الموضوعية في جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات حيث صفة الموظف العمومي كركن خاص مشترك يجب توفرها في الجاني وجدناها حاضرة في كل هذه الفئة من الجرائم التي تضمنها القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. بدءاً من جريمة رشوة الموظفين العموميين (المادة 25 منه) وجريمة الإمتيازات غير المبررة في جرائم الصفقات العمومية المحاباة(المادة 26) وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (المادة 27) وجريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية(المادة 28) وجريمة إختلاس أو إستعمال ممتلكات عمومية على نحو غير شرعي (المادة 29) وجريمة الغدر (المادة 30) وجريمة الإعفاء أو التخفيض غير القانوني في الضريبة والرسم (المادة 31) وجريمة إستغلال النفوذ (المادة 32) وجريمة إساءة إستغلال الوظيفة (المادة 33) وجريمة تعارض المصالح (المادة 34) وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية (المادة 35) وجريمة عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالممتلكات (المادة 36) وجريمة الإثراء غير المشروع (المادة 37) وجريمة تلقي الهدايا (المادة 38) إلى غاية جريمة تمويل الأحزاب السياسية (المادة 39).

غير أن المشرع تشدد أكثر في هذه الحماية عندما يتعلق الأمر بعقود الصفقات العمومية نظراً لأهميتها الخاصة وحساسيتها وخطورتها، ولعل من مظاهر هذا التشدد أنه أعطى لمفهوم الموظف العمومي طبيعة خاصة مقارنة بجرائم الفساد عموماً جاءت عاكسة لخصوصية التجريم في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: خصوصية صفة الموظف العمومي في نطاق جرائم الصفقات العمومية.

على الرغم من إعتبار جرائم الصفقات العمومية من جرائم الفساد المشار إليها أعلاه، إلا أن المشرع خصها بعناية إضافية لإرتباطها بأهم أداة بيد الإدارة للإضطلاع بالوظيفة العامة تحقيقاً لحاجات الناس وضماناً للمصلحة العامة وكذلك حرصاً لتوفير أكبر قدر من الحماية والشفافية لتدبير المال العام.

ومن ثم كانت سمة التشديد أكثر حضوراً ووضوحاً سواء تعلق الأمر بطبيعة التجريم بحيث أفرد لها المشرع جريمة خاصة وهي جريمة المحاباة، أو تعلق الأمر بحجم العقوبة كالتشديد في عقوبة الرشوة في الصفقات العمومية مقارنة بجريمة الرشوة للموظفين العموميين، أو أخيراً بصفة الموظف العمومي في مجال الصفقات العمومية.

وهو ما سنتعرض له مؤجلين الحديث عن العنصرين الباقيين إلى أن يحين موضعهما لاحقاً.

فبالنسبة لصفة الموظف العمومي في مجال الصفقات العمومية لها خصوصية متميزة مردها إلى أنه عند تحديد للسلوك الإجرامي في جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، قد ربط صفة الموظف العمومي بإجراءات إنجاز هذه العقود كإجراء الإبرام وإجراء التأشير (أولاً) كما تبرز الخصوصية بشكل أوضح عندما يرتبط إجراء الإبرام أو التأشير بقرار جماعي *Décision collégiale* صادر عن هيئة متدخلة في مسار إنجاز الصفقة العمومية (ثانياً) وأخيراً ما ينتج عن هذين العنصرين من تنوع وتعدد المتدخلين مما يصعب مهمة القاضي الجزائي في تحديد صفة كافة الأشخاص وحدود مسؤوليتهم في إرتكاب الفعل المجرّم (ثالثاً).

الفرع الأول: إرتباط صفة الموظف العمومي بإجراء الإبرام.

حسب نص المادة 26 من القانون 06-01 فقد شملت بالعقوبة في جريمة المحاباة كل موظف عمومي يمنح عمداً إمتيازاً غير مبرراً عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، ولعلّ المشرع من خلال ربطه لصفة الموظف بمن يبرم الصفقة أو يؤشر عليها⁽¹⁾ يكون قد قصد التوسع في مجال تطبيق أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية لتطال جميع المتدخلين في قرار منح الصفقة العمومية. كما أن هذا الربط يعكس صعوبة إحصاء هؤلاء المتدخلين من الناحية العملية وفي أي مستوى يتواجدون ومن ثم كان اللجوء لهذه التقنية في الصياغة لعلها تلبي وتحقق غاية المشرع في التشدد في صفة الجاني تماشياً مع خصوصية الحماية الجزائية لهذه العقود والاموال العام. فمهمة القاضي الجزائي عند تحديده لصفة الفاعل كموظف عمومي لا تقف عند البحث في مفهوم الموظف العمومي من منظور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فحسب، وإنما عليه أن يتحقق أيضاً من مدى تدخل هذا الشخص وحجم سلطته في إجراءات منح الصفقة، سواء من ناحية الإبرام أو التأشير. وبذلك تبرز أهمية معرفة من هم هؤلاء الأشخاص المعنيون والمكلفون بإتمام هذه الإجراءات على مستوى مختلف المصالح المتعاقدة.

أولاً: الشخص المبرم للصفقة.

بالرجوع إلى نص المادة الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نجد أن الصفقات العمومية لا تعتبر صحيحة ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة، ما يعني أن صفة الشخص المبرم للصفقة هو من تخوله وتؤهله القوانين والتنظيمات للإمضاء والتوقيع على الصفقة العمومية بإسم الشخص العمومي.

وقد حددت هذه المادة المذكورة الجهات المختلفة⁽²⁾ التي تملك سلطة الموافقة على هذه العقود

كما يلي:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة بمفهومها الواسع ممثلة في جميع الإدارات العمومية المركزية كرئاسة الجمهورية والوزارة الأولى والوزارات والمصالح الخارجية غير الممركزة والمتمثلة في المديرات التنفيذية على مستوى الولايات فيكون الوزير هو المختص في قطاعه هو الشخص المبرم لصفقات هذه الهيئات.

¹ مع الملاحظ أن نص المادة 26 من القانون 06-01 قبل تعديله بالقانون رقم 11-15 كان يضيف إلى جانب الإبرام والتأشير إجراء المراجعة حيث حذفت من الصياغة الجديدة.

² ينسجم مفهوم السلطة المختصة بالموافقة على الصفقة في المادة 8 مع تعريف المصلحة المتعاقدة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي يقصد بها الإدارة المتعاقدة أو الأشخاص المعنوية العامة والهيئات المحددة على سبيل الحصر، والتي تبرم الصفقة لحسابها قصد تحقيق المصلحة العامة.

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة ويقصد بها الهيئات الآتية: المجلس الدستوري، مجلس المحاسبة، المجلس الشعبي الوطني، مجلس الأمة، المحكمة العليا، مجلس الدولة، وكذلك الهيئات الإستشارية الوطنية كالمجلس الإقتصادي والإجتماعي، وكلها هيئات قد تحتاج إلى إبرام صفقات عمومية في إطار مزاولة نشاطها ووظيفتها. فالشخص المخول بإبرامها هو في هذه الحالة المسؤول على هذه الهيئة بحسب الهيكل التنظيمي لكل منها.

- الوالي بالنسبة لصفقات الولاية.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية⁽¹⁾.

- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

- مدير مركز البحث والتنمية.

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

والملاحظ أن تعداد الأشخاص المبرمين للصفقة العمومية لم يأت على سبيل الحصر وإنما أجاز النص إمكانية تفويض تلك السلطات المذكورة صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها⁽²⁾. وفي ذلك توسع في صفة الشخص المبرم مستجيباً في ذلك إلى ضرورات ومتطلبات تسيير الوظيفة العامة ومستلزمات المرونة بالنسبة للمرافق العامة تحقيقاً للمصلحة العامة.

ما تجدر الإشارة إليه أن هؤلاء الأشخاص إلى جانب تمتعهم بصفة الشخص المبرم للصفقة يتمتعون كذلك من الناحية المالية بصفة الأمر بالصرف *ordonnateur* الى جانب صفة صاحب المشروع *maitre de l'ouvrage*.

¹ لم يقتصر المشرع على إخضاع صفقات البلدية إلى قانون الصفقات بل كان قد خصها كذلك بأحكام خاصة قانون البلدية السابق 1990 في المواد من 117 إلى 120، حيث أكدت على خضوع كل من صفقات البلدية المتعلقة بالأشغال والخدمات والتوريد، وكذا صفقات المؤسسات التي قد تحدثها البلدية ذات الطابع الإداري، إلى أحكام قانون الصفقات العمومية.

² وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236.

أ- الأشخاص المفوض لهم.

فإذا كانت صفة الشخص المبرم لا تثير إشكالاً في مجال تحديد المسؤولية الجزائية للفاعل إذا كان ينتمي إلى الأشخاص أصحاب الوظائف المشار إليها في المادة 8 المذكورة، سواء كانوا معينين أو منتخبين، ففي المقابل فإن الأمر ليس دائماً كذلك خاصة عندما نكون بصدد أشخاص مفوض لهم من طرف سلطة مختصة كموظفين مساعدين لرؤسائهم في السلم الإداري أو لمنتخبين في المجالس الانتخابية، حيث تحديد مسؤوليتهم الجزائية وحجم تدخلهم في إتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة قد لا يكون بالوضوح اللازم بالنسبة للقاضي الجزائري، خاصة عند تنفيذ هؤلاء الموظفين لأوامر وتوجيهات السلطة الإدارية السلمية وهذه الوضعية تعتبر من بين أهم المعضلات التي تواجه القاضي الجزائري في مجال تحديد مسؤولية الأشخاص في جرائم قانون الصفقات العمومية.

إن فقهاء القانون الإداري إستناداً لإمتيازات السلطة الرئاسية، قد عرّفوا السلطة الرئاسية على أنها سلطة إصدار الأمر والنهي من طرف الرئيس الإداري المباشر والمختص إلى المرؤوس المباشر له⁽²⁾ وفي المقابل يكون على هذا الأخير واجب الطاعة والخضوع والإمتثال لهذه الأوامر والتعليمات والتوجيهات⁽³⁾.

¹ فقد عرفت المادة 21 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، الأمر بالصرف بأنه الإجراء الذي يؤمر بموجبه دفع النفقات العمومية كما عرفت المادة 22 الدفع بأنه الإجراء الذي يتم بموجبه إبراء الدين العمومي. وطبقاً للمواد 25 و26 من قانون المحاسبة العمومية المذكور يمكن التمييز بين فئتين من الأمرين بالصرف:
أ- الأمرين بالصرف الأساسيين وهم:

- المسؤولون المكلفون بالتسيير المالي للمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة ومجلس الأمة.
-الوزراء- الولاة عندما يتصرفون لحساب الولاية- رؤساء المجالس الشعبية الذين يتصرفون لحساب البلدية - المسؤولون المعينون على مستوى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري- المسؤولون المعينون على مستوى مصالح الدولة المستفيدة من ميزانية ملحقة.
ب- الأمرين بالصرف الثانويين وهم طبقاً للمادة 27 من نفس القانون، رؤساء مصالح الدولة الممركزة، وكذلك الموظفين المرسمين الحائزين على تفويض التوقيع من الأمر بالصرف الأصلي وذلك في حدود صلاحيات هذا الأخير ومسؤوليته.
وتتمثل مهمة الأمر بالصرف في تنفيذ النفقات العمومية من حيث الإلتزام بها وتصنيفها وأمر بصرفها (المادة 23 من القانون 90-21 وكذلك المواد 3، 4 من المرسوم التنفيذي 97-268 المؤرخ في 21-07-1997 المتعلق بإجراءات تنفيذ النفقات العمومية) ويمارس الأمر بالصرف مهمة الرقابة قبل أي أمر بالصرف أو إذن بالدفع من خلال، إثبات القيام بالخدمة، service fait وصحة حسابات التصفية liquidation، وإجراء عملية المراقبة التنظيمية المسبقة، وتقديم المبررات اللازمة في هذا المجال والقيام بخصم النفقات بدقة من الأبواب والمواد الخاصة بها، وحسب طبيعتها وغرضها.ومن أجل أكثر تفاصيل يمكن الرجوع إلى

Manuel de procédure d'exécution des recettes et des dépenses publiques direction générale de la comptabilité, Ministère des finances, avril 2007 p 5,6.

² عمار عوايدي، القانون الإداري (النظام الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص 206.

³أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقة العمل، المرجع السابق، ص 177.

فإصدار التعليمات والأوامر المصلحية هو عنصر جوهري في التدرج الرئاسي، ينبغي من ورائها رئيس المصلحة من مرؤوسيه ضمان السير العادي للمرفق وتنظيمه على نحو يكفل أداء الخدمة. أما من حيث مضمونها قد تتعلق هذه الأوامر بتفسير القوانين والتشريعات القائمة وقد تتضمن كيفية تنفيذها أو تنفيذ قرارات سابقة في صورة إجراءات تنفيذية، كل ذلك جعل من مقتضيات مبدأ التدرج وجوب

طاعة الموظف المرؤوس لأوامر رئيسه المباشر، وكل إخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأً إدارياً موجباً لقيام المسؤولية الإدارية التي قد تؤدي إلى توقيع عقوبات تأديبية على الموظف.

ولقد أثارت مشكلة الأوامر غير المشروعة التي يصدرها الرئيس لمرؤوسيه ومدى وجوب إلتزامه بها والتحقق من مدى مشروعيتها جدلاً لدى فقهاء القانون الإداري⁽¹⁾، كما كانت موضع نقاش في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الشراء العمومي خاصة بالنسبة للموظفين المفوض لهم من طرف رؤسائهم بالقيام بأعمال ذات صلة بتحضير وإبرام الصفقات العمومية.

فمن حيث الأساس نجد أن المسؤولية الجزائية للموظف تقوم وترتكز على التوفيق بين عناصر المعادلة الصعبة القائمة من جهة على مبدأ عقابي جزائي ومن جهة ثانية على مبدأ إداري، فالقانون الجزائي يفترض لقيام المسؤولية الجزائية للموظف وجود سبب موضوعي في الأمر المتلقي يعكس طابع عدم المشروعية بشكل واضح، في حين القانون الإداري يمنح للموظف موازاةً بوجود الأمر غير المشروع الذي يعرض المصلحة العامة للخطر حق عدم الإمتثال وعدم الطاعة. وقد إشتراط المشرع الفرنسي لعدم مسؤولية الموظف جزائياً أن تكون تلك الأوامر صادرة عن سلطة عمومية شرعية سواء كانت إدارية أو قضائية أو عسكرية، وأن لا يكون الأمر غير مشروع بصورة واضحة *manifestement illégal*⁽²⁾.

¹ ينقسم الفقه بخصوص هذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات:

أما **الرأي الأول** وتزعمه L. Duguít وكذلك walín فذهب إلى إعطاء الموظف المرؤوس الحق في مواجهة رئيسه إذا ما وقع في حالة الخيلر بين تطبيق أوامر هذا الأخير غير المشروعة وبين تطبيق القواعد القانونية، فعندئذ عليه الخضوع لأحكام القانون دون غيرها، بإعتباره مخاطباً بما تتضمنه القاعدة القانونية، فالأولوية لتطبيق أحكام القانون، ومن ثم إذا نفذ أمر الرئيس غير المشروع يكون قد ارتكب خطأً شخصياً موجباً للمسؤولية المدنية.

أما **الرأي الثاني** ويمثله الفقيه Houriou حيث يرى أن الموظف ليس قاضياً حتى يكون له حق فحص مدى مشروعية الأوامر التي يصدرها رئيسه، وهو بذلك يقرر مبدأ أوأوية طاعة أوامر الرئيس حتى ولو كانت غير مشروعة مخالفاً الفقيه Duguít الذي يعطي الأولوية لتطبيق القانون لأن إعطاء المرؤوس حق مناقشة وإبداء الرأي في أوامر الرئيس يؤدي بصورة ضمنية إلى تعطيل الوظيفة العامة، وتبعاً لذلك المصلحة العامة.

أما **الرأي الثالث** فأخذ به الفقيه الألماني Lapeud الذي حاول أن يجمع بين الرأيين السابقين حيث رأى أن الموظف حتى لو كان مرؤوساً لا يعتبر أداة في يد الإدارة تحرمه من الإبداع والإبتكار، إلا أنه إذا ترك له حق مناقشة أوامر رئيسه لإختل ميزان الوظيفة العامة، وبالتالي الصالح العام ولهذا كان للمرؤوس حق التثبت من المشروعية الشكلية لأوامر رئيسه فقط. وذلك بالتأكد من أن الأمر قد أصدرته سلطة إدارية مختصة. والتأكد من أنه المختص بتنفيذ هذا الأمر كمرؤوس وأخيراً التأكد من إستيفاء الأمر للشكلية التي يجب أن يصدر فيها في حالة ورود نص قانوني بذلك.

ولأكثر تفاصيل يمكن الرجوع الى علي أحمد مدحت، نظرية الظروف الإستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1978، ص 7.

² المادة 122 من قانون العقوبات الفرنسي حيث نصت على:

" N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal "

ونظراً لخطورة الأوامر والتعليمات الرئاسية سواء صدرت في صورة كتابية أو شفوية فقد حاول القانون الإداري تطهيرها حماية للموظف العمومي والوظيفة العامة على حد سواء. فنصت المادة 47 من الأمر 03-06 على أن " كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن عدم تنفيذ المهام الموكلة إليه...."⁽¹⁾.

ظاهر هذا النص يوحي بأن الموظف يكون مسؤولاً ولو ضمناً عن كل ما يقوم به تنفيذاً للتعليمات والأوامر والتوجيهات الداخلية الموجهة إليه من رئيسه، ويستوي في ذلك إن كانت مشروعة

أو غير مشروعة. فالإلتزام بواجب الطاعة يضع الموظف في موقع حرج ومتذبذب في مواجهة الأوامر غير المشروعة، خاصة إذا علمنا أن الإخلال بهذا الواجب وطريق رفض تنفيذ تعليمات السلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته دون مبرر مقبول يشكل خطأ من الدرجة الثالثة طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 180 من نفس القانون ما يعرضه إلى عقوبة تأديبية⁽²⁾.

وعلى الرغم من الضمانات التي منحت للموظف حماية له من تبعات تنفيذ الأوامر غير المشروعة كضمان حرية الرأي في حدود إحترام واجب التحفظ المفروض عليه (المادة 26 من الأمر 03-06) مما يضمن له حرية مناقشة الأوامر في حالة تبين له أنها غير مشروعة ويخطر رئيسه بذلك، وعندها يحق له عدم الإمتثال لهذه الأوامر. وكذلك ما نصت عليه المادة 30 من (الأمر 03-06) حيث أرست قواعد حماية الدولة للموظف مما قد يتعرض له من تهديد أو إهانة أو شتم أو قذف أو إعتداء من أي طبيعة كانت، أثناء ممارسة وظيفته أو بمناسبة، بما فيها حرية إبداء الرأي إلا أن الواجبات التي فرضت عليه في مقابل هذه الحقوق شكلت قيوداً كبلت حريته وإرادته في مواجهة تلك الأوامر الرئاسية غير المشروعة. ولعل من أهمها هو واجب الحفاظ على السر المهني حسب نص المادة 48 حيث نصت أنه " يجب على الموظف الإلتزام بالسر المهني ويمنع عليه أن يكشف محتوى أية وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به أو إطلع عليه بمناسبة ممارسة مهامه، ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة. ولا يتحرر الموظف من واجب السر المهني إلا بترخيص مكتوب من السلطة السلمية المؤهلة ".

¹ وتقابلها المادة 28 من القانون 83-634 المؤرخ في 13-07-1983 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الفرنسي.

" tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées, il doit se conformer aux instructions hiérarchiques illégales et de nature à compromettre gravement un intérêt public ".

² المادة 163 من الأمر 03-06 والمتضمن العقوبات من الدرجة الثالثة وهي التوقيف عن العمل من 4 أيام إلى 8 أيام، التنزيل من درجة إلى درجتين، النقل الإجباري.

بل الأخطر من ذلك فإن الإخلال بواجب السر المهني قد يقود الموظف إلى المساءلة الجزائية إستناداً لأحكام المادة 44 الفقرة الثالثة من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث تنص على أنه " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من رفض عمداً ودون تبرير تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات المطلوبة". وكذلك تطبيقاً لأحكام المادة 46 من نفس القانون المتعلقة بالبلاغ الكاذب حيث نصت على " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل من أبلغ عمداً وبأية طريقة كانت السلطات المختصة ببلاغ كاذب يتعلق بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ضد شخص أو أكثر". والمقصود بطبعاً جرائم الفساد والتي منها جرائم الصفقات العمومية.

أمام هذا المشهد فلو تصورنا أن موظفاً يمتلك معلومات تتعلق بجرائم الصفقات العمومية لاشك أن موقفه سيكون حرجاً، فإذا هو أبلغ عن الأمر غير المشروع الذي يخفي وراءه جريمة من جرائم الصفقات العمومية أو جرائم الفساد عموماً، فإنه يقع تحت طائلة العقوبة الإدارية والوظيفية طبقاً لأحكام المادة 180 من القانون 06-03 كعقوبة تأديبية، لعدم إمتثاله للأوامر الرئاسية وأما إذا لم يبلغ فيقع تحت العقوبة الجزائية إستناداً لأحكام المواد 44 أو 46 من القانون 06-01 حسب الحالة لعدم تبليغه أو خوفاً من أن يقع في البلاغ الكاذب.

ومن هنا فإن تخوف الموظف من فقدان وظيفته ولقمة عيشه أو من تعرضه لعقوبة جزائية يجعل موقفه صعب لا يستطيع مواجهة الأوامر غير المشروعة الصادرة له من رئيسه. ومن ثم قد تشكل هذه الوضعية بالتالي نقطة البداية في حياكة علاقة تواطؤ الرؤساء والمرؤوسين المؤدية إلى ظهور الفساد الإداري والذي يشكل بدوره القاعدة والأساس والعقدة الأولى في نسج شبكة الفساد المالي خاصة في مجال الصفقات العمومية.

أما بالنسبة للقاضي الجزائي عند تصديه لأحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية فإن إلزامية الإمتثال لأوامر وتعليمات الرئيس يجب أن تتوافق مع مبادئ القانون الجزائي ومنها شخصية المسؤولية⁽¹⁾، وكذلك واجب رفض تطبيق الأمر الذي يكون غير مشروع بصورة واضحة وبطبيعته يعرض المصلحة العامة للخطر كما ذهب إليه قانون العقوبات الفرنسي في مادته 4-122، ومكمن الصعوبة في تحديد مسؤولية الموظف الجزائية عند تطبيق الأوامر غير المشروعة هي في تحديد طبيعة الأمر غير المشروع *appréciation de l'illégalité de l'ordre* حيث تقع على الموظف نفسه، معنى ذلك أنه إذا ما تيقن أن هذا الأمر يخرق القانون بشكل واضح فإنه لا يتعرض لأية مسؤولية تأديبية عندما يرفض الامتثال له، وفي المقابل إذا نفذ أمراً غير مشروع بصورة واضحة فيبقى مسؤولاً عن الجريمة المرتكبة⁽²⁾.

¹ المادة 124 من قانون العقوبات الفرنسي. " Nul n'est responsable que de son propre fait "

² E.DESMONS, la responsabilité pénale des agents publics, que s'ais-je? n°3345, PUF juin 1998, P63 " pour dénoncer, il faut connaitre, et lorsque l'on connait on ne peut se prévaloir du caractère non manifeste de l'illégalité.

وتبعاً لذلك فقد أدانت محكمة ستراسبورغ موظف بصفته شريك في جريمة المحاباة بسبب أنه المكلف بالمصلحة القانونية في إحدى المقاطعات وأنه الوحيد الذي يجب أن يعرف بأن الأمر الصادر له من رئيسه غير مشروع بشكل واضح وبالتالي لا يمكن تبرير تنفيذه لهذا الأمر بواجب الطاعة والإمتثال لأوامر الرئيس⁽¹⁾.

وبذلك يكون المعيار المعتمد من طرف القاضي في تحديد الطابع " غير المشروع بشكل واضح" هو معيار الخبرة المهنية والكفاءة وحجم المعلومات التي يحوزها الموظف وكذلك الموقع الذي يحتله في الهيكل التنظيمي والسلمي للهيئة⁽²⁾، فإن كانت الإدارة تسمح أحياناً لبعض مرتكبي بعض الجرائم التذرع بقاعدة الإمتثال للأوامر الرئاسية لتفادي العقوبة الجزائية. فإنه في قطاع الشراء العمومي ليس

لقوة العادات الإدارية أي إعتبار، ذلك أن الهدف من وضع جريمة المحاباة أصلاً هو جعل حد لتلك السلوكات المماثلة التي كان مسموح بها.

ولعل الإشكالات المرتبطة بتنفيذ الأوامر الرئاسية غير المشروعة، كانت من بين أسباب اثاره مسألة عدم الأمان القانوني من طرف بعض الموظفين وخاصة ممن يتلقون تلك الأوامر وبالتحديد الشفوية منها المتعلقة بإنجاز عقود الصفقات العمومية والتي تجلت في ظهور أصوات للمطالبة بعدم التجريم كحركة مضادة لموجة التجريم في مجال الصفقات العمومية. وتفادياً لهذه الوضعية الحرجة وجب إدخال مرونة على نظام المسؤولية الجزائية بخصوص تنفيذ الأوامر الرئاسية وذلك عن طريق رفع عبء إثبات عدم مشروعية تلك الأوامر عن كاهل الموظف.

لأنه من غير المعقول أن يُطلب من موظف منهمك وباستمرار وبصفة يومية في تحضير عقود الصفقات العمومية مع تعقيداتها الإدارية والتقنية، أن يفسر وأن يحكم على الأوامر التي تأتيه من رؤسائه من حيث مدى مشروعيتها أو عدم مشروعيتها في الوقت الذي نجد فيه قاضي التحقيق يستغرق أحياناً أشهر من التحقيق المعمق لتكييفها⁽³⁾. ضف إلى ذلك وجود غموض بسبب إستعمال مصطلحات غير دقيقة أو مبهمة أحياناً قد يحتمل تفسيرها تأويلات في أكثر من إتجاه كمصطلح " ضرورة المصلحة " في نص المادة 48 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، فهل يمكن إدراج أو إعتبار التبليغ عن جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد عموماً كضرورة للمصلحة مثلاً؟

¹Catherine prebissy schnall opcit P.208.

²E.DESMONS "l'articulation du principe d'obéissance hiérarchique et de la responsabilité pénale des fonctionnaires" petites affiches 1996,n°78 p. 10.13 cité dans Catherine prebissy- schnall, op.cit.p.208.

³ P.PETIT, le juge pénal va-t-il supplanter le juge administratif ?, la lettre du cadre territorial, juin 1996.N°= 120.

والشيء ذاته ينطبق على مصطلح " مبرر غير مقبول " الوارد في نص المادة 180 من القانون السالف الذكر حيث أعبرت رفض الموظف تنفيذ تعليمات السلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته دون مبرر مقبول، بمثابة خطأ من الدرجة الثالثة. فهل يمكن النظر إلى عدم مشروعية الأوامر على أنها مبرر مقبول؟

فمواجهة جرائم الفساد عموماً وجرائم الصفقات العمومية خصوصاً، تقتضي من المشرع الإداري والجزائي على حد سواء صياغة نصوص أكثر دقة ووضوح وإعادة النظر في البعض منها لتحقيق فعالية أكبر في مجال المكافحة، وإحداث تنسيق وإنسجام في جميع تفرعات المنظومة القانونية ذات الصلة. كأن تضاف لنص المادة 48 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية عبارة " مكافحة الفساد " لتصبح المادة " ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة ومكافحة الفساد...". وكذلك مراجعة نص المادة 129 من القانون المدني المعدل والمتمم التي نصت على " لا يكون الأعوان العموميين مسؤولين

شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة " بحيث يتم تقيد الإغفاء من المسؤولية الشخصية للموظف من خلال تحديد طبيعة الأمر، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 112-4 من قانون العقوبات حين إشتراط أن يكون الأمر غير مشروع بصورة واضحة وليس أي أمر حتى لا يتخذ ذلكمطية لتواطؤ الموظفين ورؤسائهم⁽¹⁾.

ب- الأشخاص المكلفين بالرقابة الذاتية الداخلية.

تحتاج عملية تحضير الصفقة العمومية إدارياً وتقنياً تدخل مجموعة من الأشخاص إلى جانب الأمر بالصرف أو المفوض له ضمناً لإتمام جميع التحضيرات والترتيبات الأولية اللازمة وبالتالي توفير أكبر قدر ممكن من فرص النجاح لإنجاز الصفقة العمومية. وتشمل هذه العمليات حزمة من الإجراءات الهامة تتعلق بمقتضيات المنافسة كالإعلان والإشهار ووضع دفاتر الشروط وإستلام عروض المرشحين إلى غاية إختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.

ولأن هذا المسار المعقد هو الحاكم على مصير الصفقة نجاحاً أو إخفاقاً أخضع المشرع هذه المهمة للقرار الجماعي من خلال أشخاص منضوين في إطار لجننتين على مستوى المصلحة المتعاقدة تحت عنوان الرقابة الداخلية، وهما لجنة فتح الأطراف ولجنة تقييم العروض، وذلك لتأمين مناخ من النزاهة والشفافية والمشروعية لكافة الإجراءات ذات الصلة، فالقرار الجماعي La collégialité كفيل بتحقيق هكذا هدف مقارنة بالقرار الفردي، وبالتالي ربط مصير الصفقة العمومية وتبدير المال العام بشخص واحد.

¹ وهو ما يوافق ما ذكرته ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 60.

وهكذا تم تحديد تشكيلة ومهام هذه اللجان كأدوات تنظيمية رقابية دائمة أساسية في مجال الصفقات العمومية. فأما بالنسبة للجنة فتح الأطراف فتحدث لدى كل مصلحة متعاقدة ويقوم مسؤول تلك المصلحة بتحديد تشكيلتها عن طريق مقرر، وتصح إجتماعاتها مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين. من مهامها التثبت من صحة تسجيل العروض على سجل خاص، وتعد قائمة المتعهدين حسب تاريخ وصول عروضهم مع توضيح محتوياتها والمبالغ المقترحة والتخفيضات المحتملة، ثم تعد وصفاً مفصلاً للوثائق المكونة لكل عرض، مع التوقيع بالأحرف الأولى على كل وثائق الأطراف المفتوحة، ثم تحرير المحضر أثناء إجتماع اللجنة ويوقع من طرف جميع أعضائها مع تضمينه التحفظات المحتملة من قبل أعضاء اللجنة، كما تقوم بدعوة المتعهدين لإستكمال عروضهم التقنية عند الإقتضاء حسب الإجراءات المحددة في هذا الشأن، وإرجاع الأطراف غير المفتوحة إلى صاحبها عند الإقتضاء، ولها كذلك أن تحرر محضراً بعدم الجدوى⁽¹⁾.

أما بالنسبة للجنة الدائمة لتقييم العروض فيتم تعيين أعضائها كذلك من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة عن طريق مقرر إعتباراً لمؤهلاتهم وكفاءتهم، وتتولى هذه اللجنة، عملية تحليل العروض والبدائل والأسعار الإختيارية من أجل إبراز الإقتراح أو الإقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة. ومن أجل تأمين هذه الإجراءات من السلوكات المخلة بمبدأ النزاهة والتي تشكل جرائم في مجال الصفقات العمومية⁽²⁾، جعل القانون العضوية في لجنة تقييم العروض تتنافى مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة. وتقوم في إطار مهمتها بتصنيفها للعروض⁽³⁾، كما يمكنها إقصاء العروض التي لا تتطابق مع موضوع الصفقة أو محتوى دفتر الشروط، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستعين تحت مسؤوليتها بكل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العرض لحاجات لجنة تقييم العروض، لئلا يبلغ في النهاية نتائج التقييم للعروض في إعلان المنح المؤقت للصفقة.

من خلال عرضنا لصلاحيات هذه اللجان توخينا إبراز أهمية وحساسية هذه الإجراءات في مرحلة إبرام الصفقة والموكلة لأعضائها، وبالتالي حق لنا التساؤل عن طبيعة تدخل هؤلاء الأشخاص سواء أعضاء اللجان أو الأشخاص الذين يقدمون آراء للمصلحة المتعاقدة وكيف يتسنى للقاضي الجزائي تحديد حدود مسؤوليتهم الجزائية بمناسبة جرائم الصفقات العمومية؟

¹ لأكثر تفاصيل حول لجنة فتح الأظرفة الرجوع إلى المواد 122، 123، 124، من المرسوم الرئاسي 10-236.

² المادة 125 و 128 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ للتذكير تأخذ العروض المقصية من طرف لجنة تقييم العروض 4 صور: راجع في ذلك ص 117 وما بعدها من الباب الأول.

للتصدي لهكذا وضعية وفي غياب نظام داخلي يحكم سير هذه اللجان ويوضح معالم المسؤولية الإدارية وحتى الجزائية لأعضائها، وكذا طبيعة تدخلها وكيفية إتخاذ قراراتها، علماً أن إجتماعات لجنة فتح الأظرفة تصح مهما كان عدد أعضائها الحاضرين، يبقى أمام القاضي الجزائي الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الجزائي، وخاصة أحكام الاشتراك وبمقتضاها يمكن النظر لهؤلاء الأشخاص كشركاء في جريمة المحاباة نظراً لطبيعة العمل الذي يقومون به كعمل تحضيري وتقديم المساعدة والإستشارة للمصلحة المتعاقدة حتى يتسنى لها إتخاذ قرار منح الصفقة إلى متعامل متعاقد تختاره بناءً أو إستناداً على اقتراح هذه اللجان تبعاً للمحاضر الممضية من أعضائها بصفة جماعية. وذلك لتطابق مدلول الإشتراك مع طبيعة عمل هذه الفئة من الأشخاص بحسب نص المادة 42 من قانون العقوبات المعدل والمتمم حيث نصت على " يعتبر شريكاً في الجريمة من لم يشترك إشتراكاً مباشراً، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على إرتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك " علماً أن العقوبة المقررة للشريك في جناية أو جنحة هي ذاتها المقررة لتلك الجناية أو الجنحة طبقاً للمادة (43 عقوبات).

ثانياً: الموظف المؤشر على الصفقة.

تكريساً لمنطق التوسع في المساءلة الجزائية في فضاء الشراء العمومي، إتسعت دائرة الأشخاص المشمولين بأحكام هذه المسؤولية لتشمل بالإضافة إلى كافة الموظفين المتدخلين في إجراءات إبرام الصفقة العمومية، كذلك فئة الأشخاص المؤشرين على الصفقة العمومية حسب ما حددته القوانين والتنظيمات المعمول بها. ويتعلق الأمر في هذا الصدد بلجنة الصفقات العمومية من جهة والمراقب المالي من جهة ثانية، ما يعني أن الصفقة العمومية تخضع لنوعين من التأشيرة إحداهما ترمي إلى التحقق من مطابقة الصفقة المعروضة على الهيئات الخارجية للرقابة، للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وتقوم بها لجنة الصفقات العمومية في إطار مراقبة مشروعية الإجراءات. وأما الثانية فهي تأشيرة ذات طابع مالي تهدف إلى التثبت من قانونية الإلتزام بالصفقة Régularité de l'engagement de la dépense محل الصفقة العمومية وهي مهمة موكولة للمراقب المالي.

أ- تأشيرة لجنة الصفقات العمومية.

يقصد بالتأشير ذلك الإجراء القانوني الذي يُتوج عملية رقابة المشروع التي تقوم بها هيئات الرقابة الخارجية بمختلف مستوياتها وهي بمثابة الإذن أو الترخيص ببداية مرحلة تنفيذ الصفقة، بحيث يعتمد تاريخ التأشيرة كبداية للتنفيذ وليس تاريخ التوقيع من طرف السلطة المؤهلة ممثلة الشخص العمومي. وتملك هذه اللجان سلطة منح التأشيرة أو رفضها كما يمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات لها أثر موقف عندما تتصل بموضوع الصفقة، أو غير موقف عندما تتصل بشكل الصفقة.

وقد جعلها المشرع إجبارية يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجبارياً التأشيرة وفرضها بشكل شامل على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف⁽¹⁾.

وقد نظم المشرع عملية الرقابة الخارجية (رقابة المشروعية) للصفقات العمومية في المواد من 126 إلى 172 حيث تمارس من طرف أجهزة الرقابة ممثلة في لجان الصفقات وهي موزعة على المستوى المركزي حيث تحدث لجان وطنية للصفقات تماشياً مع نوع الصفقة في صورة لجنة وطنية لصفقات الأشغال ولجنة وطنية لصفقات اللوازم ولجنة وطنية لصفقات الدراسات والخدمات. توكل رئاستها لوزير المالية أو ممثله، إلى جانب لجان قطاعية للصفقات على مستوى مختلف الوزارات يرأسها الوزير المختص المعني⁽²⁾.

وعلى المستوى المحلي نجد لجنة الصفقات الولائية على مستوى كل ولاية يرأسها الوالي أو ممثله⁽³⁾، وكذلك اللجنة البلدية للصفقات العمومية على مستوى البلديات ويرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله⁽⁴⁾، وأخيراً لجنة الصفقات العمومية بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية ويرأسها ممثل السلطة الوصية⁽⁵⁾.

تختص هذه اللجان، التي لا تصح إجتماعاتها إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها⁽⁶⁾، والذين يتعين عليهم أن يشاركوا شخصياً في إجتماعاتها ولا يمكن أن يمثلهم إلا مستخلفوهم، بمراقبة المشروعية وإصدار التأشيرة بالنسبة لعقود الصفقات والملاحق ودفاتر الشروط ضمن آجال محددة⁽⁷⁾،

ويمكن للجان في إطار تأدية مهامها أن تستعين على سبيل الإستشارة بأي شخص أو خبير(المواد 162-163 من تنظيم الصفقات العمومية).

¹ أنظر المادة 166 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² لمعرفة المزيد عن اللجان الوطنية والقطاعية (الوزارية) من حيث تشكيلها وصلاحياتها أنظر المواد من 142 إلى 156 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ بالنسبة لتشكيلة ومهام اللجنة الولائية للصفقات أنظر المواد 135-136 من نفس المرسوم الرئاسي.

⁴ المادة 137 تحدد تشكيل اللجنة البلدية للصفقات.

⁵ المادة 134 بالنسبة للجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والمركز الوطني للبحث والتنمية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه.

⁶ المادة 138 بالنسبة للمؤسسة العمومية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 134 أعلاه.

⁷ المادة 159 من المرسوم ذاته وحينما لا يكتمل النصاب تتخذ القرارات دائماً بأغلبية الأعضاء الحاضرين.

⁸ حددت المادة 165 من المرسوم الرئاسي 10-236 مدة 3 أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم التأشيرة للبدء إجبارياً في تنفيذ الصفقة أو الملحق. وبالنسبة لدفاتر الشروط تصدر تأشيرة صالحة لمدة 3 أشهر بعد دراستها من قبل اللجنة في أجل 45 يوماً (المادة 132).

على ضوء هذه الأحكام والإختصاصات تبرز أهمية هذه اللجان كمركز إتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات ضمن إختصاصها. غير أن طبيعة القرار الجماعي *Décision collégiale* وبغض النظر عن أنها ترجمة لها جس توفير الشفافية وحماية المال العام ومن ثم الحرص على جماعية القرارات المرتبطة بتحضير الصفقة، إلا أنها تثير إشكالاتاً حقيقياً بالنسبة للقاضي الجزائري في مجال المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية، عندما يتصدى لمسألة تحديد صفة وطبيعة تدخل هؤلاء الأشخاص الأعضاء في إجراءات تحضير الصفقة، خاصة وأن الصفقة بغير موافقتها وتأشيرتها تكون مشوبة بعدم المشروعية.

فإذا كان من غير الممكن مساءلة اللجنة جزائياً بصفة جماعية من الناحية القانونية إستناداً إلى مبدأ شخصية العقوبة، وكذلك صعوبة تحديد الدليل على ارتكاب الفعل المجرم من طرف عضو واحد من أعضاء اللجنة نظراً لذوبان الدليل في القرار الجماعي من ناحية فإنه من غير المعقول والعدل مساءلة كل الأعضاء عن خطأ ارتكبه أحدهم فقط أو في تحميل رئيس اللجنة وحده المسؤولية عن الأخطاء المرتبطة بقرار لجنة مكونة من عدة أفراد من ناحية ثانية. فكيف يتصرف القاضي الجزائري وهو يواجه هذا الإشكال المعقد بسبب إرتباط صفة الموظف (الفاعل) بإجراء التأشير بحسب نص التجريم طبقاً للمادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بجريمة المحاباة وفي نفس الوقت صدور إجراء التأشير ذاته بقرار جماعي من طرف لجنة رقابية مختصة؟ فهل يكفي مثلاً في جريمة المحاباة أن تؤسس المتابعة الجزائرية على المشاركة في إجتماع لجنة الصفقات أو الحضور لإجتماع واحد ولأول

مرة، تم فيه إتخاذ قرار غير مشروع يتعلق بمنح صفقة، من أجل تحميل المسؤولية لجميع الأعضاء الحاضرين لهذا الإجتماع على أساس جريمة المحاباة؟
لاشك أن الإجابة بنعم قد تؤدي إلى تجريم مفرط لقانون الصفقات، ومنطق التشديد والتوسع في معاقبة كل المتدخلين في إبرام الصفقات العمومية لا يعني التغاضي عن مبادئ العدل والعدالة. ولذلك كان موقف الإجتهد القضائي الفرنسي مرةً هو الميل إلى مساءلة رؤساء لجنة الصفقات العمومية على أساس ما يتمتعون به من سلطة مهنية وصوت مرشح *voix prépondérante* ومرةً أخرى أعتبر أيضاً أنه لا يمكن لرئيس البلدية أن يتصل من المسؤولية تحت ذريعة الطابع الجماعي لقرار منح الصفقة الصادر عن لجنة الصفقات ما دام أنه لم يثبت محاولة إعتراضه على هذا القرار أو تقديمه تحفظات عليه⁽¹⁾.

¹Catherine prebissy -schnall ,opcit, P.58.

وفي هذا السياق، كان للهيئة المعروفة بـ (MIEM) وهي بعثة وزارية مشتركة للتحقيق في الصفقات العمومية بفرنسا في تقريرها الرابع حول حصيلة نشاطها لشهر نوفمبر 1997، موقفاً مميزاً حيث أعتبرت أن لجنة الصفقات لا تشكل ضماناً للأمان القانوني للمتعاقدين في صفقة عمومية طالما أن إختيار المتعامل المتعاقد من طرف اللجنة يغطي ويخفي مسؤولية السلطة المسؤولة عن الصفقة وعليه تقترح هذه الهيئة " بأن يكون دور لجنة الصفقات كهيئة إستشارية Instance consultative بالنظر لتشكيلتها ووسائلها، على أن تبقى سلطة إتخاذ القرار بخصوص الصفقة حكراً على السلطة المخولة بإمضاء الصفقة ومن ثم تبقى هي المسؤولة، إما كسلطة أو إن إقتضى الأمر كشخص.

وفي ذات المسار جدير بالإشارة إلى الحكم الصادر عن محكمة الجنج ببيشار بخصوص ما سمي بقضية مديرية الري للولاية حيث أدانت جميع أعضاء لجنة الصفقات الحاضرين للإجتماع بتهمة واحدة وكفاعلين أصليين وهي التأشير على صفقات وملحق صفقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل طبقاً للمادة 26 فقرة 01 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والمتعلقة بجريمة منح إمتيازات غير مبررة (المحاباة)، وعاقبت بأربع سنوات حبساً نافداً و1.000.000 دج غرامة نافذة⁽¹⁾.

ما يلاحظ أن الإختلاف في المواقف حول تحديد مسؤولية أعضاء لجان الصفقات العمومية لاسيما في الممارسة الفعلية الميدانية، عكس الغموض الذي لا يزال يكتنف موضوع تحديد طبيعة المسؤولية الجزائية لأعضاء هذه اللجان وحجم تدخلهم في مسار الصفقة .

على الرغم من محاولة المشرع تدليل بعض الإشكالات التي تعترض القضاة في هذا المجال، من خلال إصدار النظام الداخلي الذي يحكم تشكيله وطرق تنظيم لجنة الصفقات العمومية⁽²⁾، حيث تضمن في المواد من 13 إلى 31 بعض الإجراءات التفصيلية كذلك المتعلقة بسير لجنة الصفقات وتحديد جدول أعمالها ومداوماتها والنصاب المطلوب لإجتماعاتها، وكذلك شكل محاضر الإجتماعات ومحتواها وكيفية تحريرها وكيفية التصويت على القرارات ونتائجها سواء بمنح أو رفض منح التأشير كما نص على بعض التدابير التأديبية خاصة في حالة عدم حضور الإجتماعات وكذلك الحفاظ على السر المهني⁽³⁾.

¹ الصادر بتاريخ 13-10-2009 المجدول 09/02814 رقم الفهرس 09/03210.

² غير أنه لم تصدر قوانين داخلية بالنسبة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، أين يبقى الغموض يسود طبيعة تدخل أعضائها وكذا مدى مسؤوليتهم الإدارية والجزائية على حد سواء.

³ المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن المصادقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية (ج ر عدد 16 بتاريخ 13-03-2011).

ب- تأشير المراقب المالي.

تتمثل مهمة المراقب المالي في القيام بالرقابة السابقة أو القبلية للنفقات الملتزم بها من طرف المصلحة المتعاقدة، وهي بذلك تدرج ضمن مظلة الرقابة الإدارية المالية الذاتية التي تمارسها السلطة التنفيذية على نفسها عن طريق أجهزة مختلفة ومتخصصة كل في مجالها، سواء كانت قبلية أي قبل إتمام تنفيذ النفقة وصرفها، كالتالي يقوم بها المراقب المالي ولجان الصفقات العمومية، أو رقابة لاحقة كالتالي تمارسها المفتشية العامة للمالية.

ويعنينا في إطار البحث عن الأشخاص المتدخلين في مسار إنجاز الصفقات العمومية وتحديد مسؤوليتهم في مجال جرائم الصفقات، أن نقف عند دور الأشخاص المكلفين بالرقابة المالية، بحجة أن عملهم يتوج بتأشير إلزامية قبلية على مشاريع الصفقات أو الملاحق أو الإتفاقيات أو الطلبات وتسبق أي تنفيذ لهذه العقود من ناحية، ولأن نموذج التجريم في جريمة المحاباة طبقاً للمادة 26 من القانون 06-01 عرفت الفاعل بأنه " كل شخص يبرم أو يؤشر....." من ناحية أخرى. فالسؤال قد يطرح حول ماهية طبيعة تأشير المراقب المالي؟ وهل يشملها نص التجريم أم أن المقصود هو فقط تأشير لجنة الصفقات؟

للإجابة على هذا السؤال نحاول بداية إبراز طبيعة تأشير المراقب المالي على ضوء مجال إختصاصه ونوع العمليات الخاضعة للتأشير المسبقة والتي تبينها المواد 05-06-07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المعدل والمتمم، ومنها دون الحصر مشاريع الصفقات العمومية والملاحق، مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعد عند فتح الإعتمادات وكذا الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية، الإلتزامات بنفقات التسيير والتجهيز والإستثمار..... إلخ⁽¹⁾.

وتعتبر التأشيرة الممنوحة من لجنة الصفقات العمومية المختصة، إلزامية على المراقب المالي⁽²⁾، بحيث تأتي تأشيرة المراقب المالي في مرحلة يمكن وصفها بالانتقالية بين إجراء الإبرام والتفويض، ذلك أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها منح الإذن ببداية تنفيذ الخدمة (ODS)ordre de service إلا عند الحصول على التأشيرة المسبقة visa préalable أو تأشيرة الإنطلاق visa de démarrage من طرف المراقب المالي وهو إجراء يتم بمقتضاه التأشير على الصفقة أو الملحق أو الإتفاقية أو الطلبية Bon de commande أو الفواتير النموذجية Facture proformat ويكون هذا التأشير بصفة إجمالية من خلال مشروع وثيقة الإلتزام l'engagement ومعناها الإجراء الذي يثبت وجود الدين (مبلغ الصفقة) في ذمة الشخص المعنوي أو المصلحة المتعاقدة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16-11-2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14-11-1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات.

² المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المذكور سابقاً.

فإذا كانت المساءلة الجزائية في مجال الصفقات العمومية تتحدد بمقدار سلطة أو بقدر تدخل الشخص في الموظف العمومي في مسار الإجراءات، فالواضح أن طبيعة تدخل المراقب المالي ودوره يقتصر في مراقبة لاحقة عن إتخاذ قرار منح الصفقة، وعليه فهو لا يتدخل في إجراءات المنافسة ولا في عملية إختيار المتعامل المتعاقد. ومن ثم لا يمكن أن يدخل عمله في نطاق جنحة المحاباة لان الفعل المجرّم مرتبط بمرحلة التحضير، كما أن متابعتة كشريك في هذه الجنحة يبدو إحتماً ضعيفاً، إلا إذا ثبت أن هناك إتفاق سابق مع الجاني بخصوص منح إمتيازات غير مبررة للحصول على الصفقة، هو موقف الإجتهااد القضائي الفرنسي في هذه المسألة⁽¹⁾، وهو موقف يمكن أن ينطبق كذلك على وضعية بعض الأشخاص الآخرين لوجود تشابه في طبيعة العمل الممارس مع عمل المراقب المالي ويتعلق الأمر هنا بالموظفين أو الأعوان المكلفين بمراقبة شرعية تصرفات الجماعات المحلية كرقابة الوصاية التي يقوم بها الوالي.

فإذا كانت الرقابة الداخلية والخارجية للصفقة هي رقابة مشروعية فإن رقابة الوصاية هي رقابة ملائمة حسب ما نصت عليه المادة 127 من المرسوم الرئاسي 10-236 وغايتها التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والإقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع، ومثالها مراقبة مداوات البلدية المتعلقة بالنفقات العمومية من طرف الوصاية، فإن طبيعة هذا التدخل يكون لاحقاً عن إبرام الصفقة ومن ثم فإن إمتناع الوالي عن الطعن في الصفقة غير المشروعة لا يؤدي ذلك إلى إعتبره شريكاً في جريمة المحاباة، وفي نفس الوقت لا يشكل ذلك وسيلة لإعفاء الفاعل من المسؤولية الجزائية.

أما الأعوان في مصلحة الوصاية المكلفين بمراقبة المشروعية من المستبعد مساءلتهم جزائياً بحكم أن مهمتهم تنحصر في التحقق من إحترام الشكلية الواجب إتباعها دون أن يكون في مقدورهم

رصد حقيقة الأسباب التي جعلت المصلحة المتعاقدة (البلدية) تتعاقد مع متعامل متعاقد بعينه فهم غير مسلحين بما فيه الكفاية للقيام بهكذا مهمة، وهو ما يفسر عدم إمكانية المشتري العمومي المتابع بجريمة منح إمتيازات غير مبررة الدفع بعدم وجود أو غياب إعتراض من طرف الوالي. كما أنه لا يمكن إعتبار العون المكلف برقابة الوصاية كشريك بسبب قيامه بمراقبة المشروعية⁽²⁾.

¹Circulaire.Crim-98-4/g3 du 02.07.1998 Mon TP-02 oct.1998, suppl.TO,p.385, Revue des marchés publics publ N°= 4-1999, p7-15. étude à partir de trente trois décision rendues sur le délits de favoritisme.

² عمار بوضياف، الوصاية على اعمال المجالس البلدية في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس والمغرب)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، بجاية ص 11-15.

أما بالنسبة للمحاسب العمومي⁽¹⁾ الذي تأتي مهمته تكملة لمهام الأمر بالصرف لكنها منفصلة عنها، وتتمثل في مراقبة شرعية النفقة المراد تسديدها عن طريق التأكد من توفر الإعتمادات المالية المخصصة للعملية، ومطابقة العملية للقوانين والتنظيمات والتأكد من صفة وإختصاص الأمر بالصرف، وكذا نظامية عملية التصفية وعدم سقوط الدين بالتقادم الرباعي أو وجود أي نوع من أنواع الإعتراض، وحصول العملية على التأشيرات اللازمة للطابع التحريري للتسديد. فدور المحاسب يكمن في التثبت من وجود وصحة الإلتزام المالي وواجب تعليق الدفع في حالة تبث عدم شرعية الإجراءات المتبعة، وهو بذلك لا يملك صلاحية الحكم على ملائمة القرارات الإدارية، وبناءً عليه فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار مجلس المحاسبة القاضي بتغريم محاسب عمومي كان قد قام بتسديد مبلغ مالي إستناداً الى مداولة غير مشروعة بصورة واضحة⁽²⁾ وذلك تكريساً لمبدأ الفصل بين مهمة الأمر بالصرف ومهمة المحاسب العمومي⁽³⁾.

أما بالنسبة للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية فيستبعد أن يساءل المحاسب العمومي في جريمة المحاباة كفاعل أو كشريك ما دام أن دوره لاحق عن إبرام الصفقة كما أن الإشتراك يتطلب أن تكون مساعدة الفاعل في الأعمال التحضيرية السابقة عن ارتكاب الفعل، وهو ما يتناقض مع طبيعة عمل المحاسب العمومي الذي يأتي تدخله في مرحلة تنفيذ النفقة المرتبطة بالصفقة العمومية وليس في إجراءات منحها أو إبرامها.

ثالثاً: فئات أخرى مشمولة بالمتابعة الجزائية.

لم تقتصر المتابعة في المسؤولية الجزائية لجرائم الصفقات العمومية على الفئات المذكورة أعلاه، وإنما إستمر منطلق التوسع ليشمل بعض الأشخاص المتدخلين في الشراء العمومي والذين لم تأتي النصوص القانونية على ذكرهم ومنهم:

¹ عرفت المادة 33 من القانون 91-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية وكذلك المادة الأولى في المرسوم التنفيذي رقم 65-259 المحدد للإلتزامات المحاسبين ومسؤوليتهم على أنه " يعد محاسباً عمومياً في مفهوم هذه الأحكام كل شخص يعين قانوناً للقيام فضلاً عن العمليات المذكورة في المادتين 18 و22 بالعمليات التالية:

- تحصيل الإيرادات ودفع النفقات.

- ضمان حراسة الأموال والسندات والقيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها وحفظها.

- حركة حساب الموجودات.

- تداول الأموال والسندات والقيم والممتلكات والعائدات.

² بحسب ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي.

CE, 8 sept 1997, Ministère de l'économie et des Finances, N°= 170940, la lettre du cadre territorial, 1^{er} février 2000, p.38.

³ Ministère des Finances Direction générale de la comptabilité, opcit, p.6.(le comptable public intervient dans le domaine de la régularité, et ne peut en aucun cas s'immiscer dans l'opportunité des actions entreprises par l'ordonnateur, laquelle opportunité relève du domaine exclusif de ce dernier).

أ- الأشخاص الذين يعملون لحساب الشخص العمومي ويقصد بها مكاتب الدراسات، المهندسين المعماريين والأشخاص أو الهيئات المسيرة والمتابعة لورشات البناء⁽¹⁾ Maître d'œuvre وتكون هذه الفئات معنية أساساً بالمتابعة الجزائية، في الحالة التي يثبت فيها أنهم تدخلوا شخصياً وعن علم بحكم خبرتهم في إبرام صفقة أو منحها مخالفة للتنظيم المعمول به.

ويمكن أن تشمل المتابعة كذلك شركات الإقتصاد المختلط المحلية عندما تعهد لها عملية إنجاز صفقة عمومية بإسم ولحساب الشخص العمومي إستناداً لعقد وكالة ما يجعلها خاضعة لأحكام قانون الصفقات لأنها في هذه الفرضية تعتبر كمشتري عمومي حقيقي خاضع للقواعد المنظمة للشراء العمومي⁽²⁾، وبالتالي يمكن مساءلة الشخص الوكيل في جريمة المحاباة في حالة خرق أحكام قانون الصفقات العمومية⁽³⁾ على أساس أن نشاط هذه الشركات في هذه الحالة يشبه نشاط الشخص العمومي بل ويعتبر إمتداداً له⁽³⁾.

ب- الإشتراك في منح الإمتيازات غير المبررة.

تُمكن نظرية المسؤولية الجزائية عن طريق الإشتراك من معاقبة كل شخص يقدم مساعدة أو دعم للفاعل الأصلي لجريمة المحاباة، ويجب أن تكون هذه المساعدة سابقة لإرتكاب الفعل، وبذلك تنتفي حالة الإشتراك إذا كانت المساعدة لاحقة عن إرتكاب الجريمة إلا إذا ثبت وجود إتفاق مسبق بين الفاعل والجاني. وهكذا يمكن أن تشمل المتابعة المنتخبين المتدخلين في مسار الصفقة في أي درجة كانت وأعوان الدولة والجماعات المحلية، والوكلاء والمهندسين، أعضاء لجان الصفقات العمومية، أعوان المصالح التقنية مكاتب الدراسات، هيئات المراقبة التقنية في مجال البناء والأشغال والري (CTH. CTC) وغيرها.

والإشتراك لا يقتصر على القيام بفعل إيجابي فقط، وإنما قد يشمل كذلك الإشتراك عن طريق الإمتناع، كالشخص الذي يعلم بحكم وظيفته بإرتكاب جريمة ومع ذلك يقبل التغطية على هذه الوضعية غير المشروعة.

¹ Petit Larousse illustré 1991 (leMaître d'œuvre c'est la personne ou organisme qui dirige un chantier du bâtiment et le maître de l'ouvrage c'est la personne physique ou morale pour le compte de laquelle une construction est réalisée).

² Catherine prebissy-schnall, opcit p.53.

³ رأي مجلس الدولة الفرنسي

Avis du conseil d'Etat, 22 janv. 1998 (section des finances) la quinzaine juridique, 30 nov. 1998, p.16.17.

وقد تظال أحكام هذه المسؤولية حتى الأشخاص ذوو الخبرة الذين تستعين بهم لجان الصفقات على سبيل الإستشارة⁽¹⁾، خاصة وهم ملزمون بالحفاظ على السر المهني عند مشاركتهم في إجتماعات

هذه اللجان⁽²⁾، مع العلم أن أي خرق لهذا الإلتزام يشكل جريمة يعاقب عليها بالعقوبة المقررة في قانون العقوبات لجريمة إفشاء السر المهني⁽³⁾.

يتضح مما سبق أن نظرية الإشتراك في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات وبسبب إتساع دائرة الأشخاص المعنيين دون حدود، باتت تشكل مصدر مخاوف وهواجس بالنسبة للممارسين في قطاع الشراء العمومي لإرتفاع نسبة إحتمال المتابعة في شتى صورها.

ج- الإخفاء في جريمة منح إمتيازات غير مبررة.

إستمراراً لمنطق التشدد المعتمد، لم تستثني الملاحقة الجزائية كذلك الأشخاص المستفيدين من جريمة المحاباة. فمن خلال جريمة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 43 من قانون الوقاية ومكافحة الفساد إمتدت المساءلة الجزائية إلى الأشخاص الطبيعية والمعنوية التي تستفيد من هذه الجنحة عن طريق إخفاء وبطريقة عمدية للعائدات المتحصل عليها من وراء الحصول على إمتيازات غير مبررة وتكون عقوبة الفاعل في هذه الحالة الحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لجريمة الإخفاء في مجال الصفقات العمومية ما قضت به المحكمة الإدارية Aix-en-Provence عندما عاقبت الرئيس المدير العام لإحدى الشركات بسنة حبساً مع وقف التنفيذ وغرامة مالية بـ 1500 أورو وثلاث سنوات إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، لأنه أخفى كشف تقديري Devis estimatif تم وضعه من طرف المديرية الإقليمية للتجهيز وهو يعلم أنه ناتج عن جريمة محاباة وخرقاً لحرية الدخول للصفقات العمومية والمساواة بين المرشحين أرتكبت من طرف مراقب عمال، وقد إستفاد من هذه الوثيقة مع علمه بأنها نتيجة تلك الجنحة⁽⁴⁾.

كما يأخذ القضاء الفرنسي في قراراته بهذا الشأن في الاعتبار، درجة وعي المستفيد من الإمتياز غير المبرر وكذلك مستوى معرفته بأحكام قانون الصفقات العمومية، كما لا يشترط لأن يكون الشخص المخفي قد إستفاد شخصياً من الشيء المخفي.

أما من حيث التقادم فلا تتقادم جنحة الإخفاء قبل أن تثبت وتحقق الجريمة الأصلية، ومع ذلك فإن تقادم الجريمة الأصلية لا يؤدي إلى تقادم جريمة الإخفاء لأنها من الجرائم المستمرة، ولا تتقادم كذلك الدعوى العمومية ولا العقوبة في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن عملاً بنص المادة 54 من القانون 06-01.

¹ المادة 158 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² المادة 163 من المرسوم الرئاسي 10-236.

³ طبقاً للمادة 23 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد.

⁴ حكم مماثلاً لمرجع MIEM a/8/94 CA paris, 23 mars 2000, Juris-Data n°= 2000-117773

وقد يتخذ العنصر المادي في جريمة الإخفاء صوراً متعددة كإخفاء الشيء Dissimulation أو التكتم والتستر عليه كمن يضع محلاً تحت تصرف الجاني لوضع الأشياء المسروقة أو ذات المصدر غير المشروع، أو الإخفاء عن طريق حيازة مادية كمن يستلم سيارة مسروقة، أو حيازة قانونية كمن

يضع مبالغ عائدات الجريمة في حساب بنكي، وأخيراً يمكن أن يكون الإخفاء عن طريق النقل أو التحويل Transmission كمن يقوم بنقل عائدات الجريمة من موقع لآخر. كما قد يتمثل العنصر المادي أيضاً في الإستفادة من عائدات الجريمة الأولى الأصلية إنطلاقاً من أن جريمة الإخفاء ترتبط دائماً بجريمة أولية⁽¹⁾ كما أن تطبيق الأحكام الجزائية على شريك الشخص المخفي في مجال جرائم الصفقات العمومية يوسع بشكل كبير مدى سلطة القاضي الجزائي الرقابية في هذا القطاع. وفي كل الأحوال تبقى الصعوبة قائمة في إثبات مدى إستفادة الفاعل من الإمتياز غير المبرر المعرقل لمبدأ المنافسة والشفافية⁽²⁾.

د- الأشخاص الخاصة المستفيدة من الإمتيازات غير المبررة.

تعقب السلوكات المجرمة المخلة بمبدأ المنافسة والمساواة بين المرشحين والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، لم تقتصر على الموظف العمومي أو من في حكمه، وإنما تعدته إلى الأشخاص الخاصة سواء كانت طبيعية أو معنوية، فكل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول القطاع الخاص يقوم ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الإقتصادية 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 التمويل⁽³⁾.

فتجريم المحاباة يهدف إلى صون البيئة التي تنشأ وتنفذ فيها عقود الصفقات العمومية بغض النظر عن طبيعة المتدخلين والنظام القانوني الخاضعين له وحجم مسؤوليتهم قياساً بالهدف الأسمى وهو حماية المال العام وتخليق الحياة العامة تحقيفاً للمصلحة العامة، ومن ثم فليس غريباً أن يسأل القائمين على إنجاز هذه العقود كما المستفيدين من أي إمتياز غير مبرر.

كما أن تخليق الحياة العامة وتدبير الشأن العام كغاية سامية جعلت مجال أحكام المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، يتسع إلى حد إخضاع الأشخاص المعنوية كذلك للعقوبة الجزائية إما بصفة منفردة كشخص إعتباري له خصوصيته أو بالإشتراك مع الأشخاص الطبيعيين الممثلين والمسيرين له. وهو ما سنتعرض له في المبحث الثاني حسب الآتي.

¹ Catherine prebissy-schnall, op.cit p.57.

² Marie-Paule Lucas de LEYSSAC. Alexis MIHAMAN, Droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Economica, p.147.

³ المادة 26 الفقرة الثانية من القانون 06-01.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية للشخص الإعتباري في مجال الصفقات العمومية.

يتمثل الشخص الإعتباري أو الشخص المعنوي في مجموعة الأشخاص والأموال التي يمنحها القانون الشخصية قانونية⁽¹⁾. وقد إعترف له المشرع بجميع حقوقه القانونية إلا ما كان منها ملازماً

لصفة الإنسان الطبيعية كأدمي وذلك في الحدود التي قررها القانون، كما إعترف له بالحق في المواطن المستقل والذمة المالية المستقلة والأهلية القانونية وأهلية التقاضي.

لا جدال في أن الشخص المعنوي يسأل مدنياً عن التعويضات التي تستحق بسبب مباشرة نشاطه وما يرتكبه ممثلوه من أفعال ضارة. ولكن أفعال هؤلاء الممثلين قد تصل إلى حد إرتكاب أفعال يجرمها القانون، فهل من الممكن مساءلة الشخص المعنوي جنائياً عن هذه الأفعال؟
بات من المسلم به فقهاً وقضاءاً، أن من يرتكب الجريمة من أعضاء الشخص المعنوي وممثليه يسأل عن فعله شخصياً حتى ولو إرتكب الفعل لمصلحة الشخص المعنوي وبإسمه. غير أن الأمر يدق عندما يتعلق الأمر بمساءلة الشخص المعنوي نفسه عن الجريمة وتوقيع العقوبة الجزائية عليه، وفي هذه الحالة هل يعتبر الشخص الطبيعي الذي قام بالنشاط الإجرامي شريكاً للشخص المعنوي أم لا(2)؟

مجمل هذه الأسئلة كانت محور الجدل الفقهي الذي ثار حول مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً، وتصدره إتجاهان رئيسيان، إتجاه تقليدي ينكر هذه المسؤولية وإتجاه حديث يميل إلى الإعتراف بها. وتتناول حيناً آراء الفقهاء التي أدلو بها في هذا الخلاف (أولاً) ثم نحاول إسقاط ذلك على مسؤولية الشخص المعنوي في مجال الجرائم المتعلقة بعقود الصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص المعنوية في إطار القيام بنشاطها في تحقيق الخدمة العمومية والمصلحة العامة (ثانياً).

المطلب الأول: الجدل الفقهي بخصوص مسؤولية الشخص الإعتباري جزائياً.

يتمثل الخلاف الفقهي حول مسألة مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً في مذهبين:
الفرع الأول مذهب القائلين بعدم جواز مساءلة الشخص المعنوي.
الفرع الثاني مذهب القائلين بجواز مساءلة الشخص المعنوي.

¹ وقد عدد المشرع في المادة 49 من القانون المدني الجزائري الأشخاص الإعتبارية على سبيل المثال وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، وكل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون الشخصية القانونية.

² رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر 2001، ص 9.

الفرع الأول: إنكار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

ويدعم هذا الإتجاه أنصار المدرسة التقليدية في المسؤولية الجزائية، والذي يقوم على حصر المسؤولية الجزائية في الأشخاص الطبيعية، أما الشخص المعنوي فيرون أنه مجرد إفتراض، ولهذا كان الشخص الطبيعي، طبقاً لمذهبهم هو الوحيد الذي يتمتع بالشخصية القانونية بالنظر إلى ما يملكه من إرادة من شأنها أن تخوله الأهلية اللازمة لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات⁽¹⁾. ومن أهم الحجج التي ساقها هؤلاء في رفض فكرة مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً نذكر ما يلي:

1- لأن الشخص المعنوي ما هو إلا إفتراض وهمي وفكرة مجازية، حيث أنه ضرب من العدم وإن إرادته مستعارة من إرادة الشخص الأدمي الذي يمثله، لأن الشخص المعنوي ليس بإنسان له إرادة ذاتية. وبذلك فهو لا يستطيع إثبات العمل المادي للجريمة الذي هو الأساس في قيام المسؤولية الجزائية⁽²⁾.

وضمن هذا المنظور يرى الفقيه جارو Garraud أن العقوبة التي تطبق على الشخص المعنوي، تتصرف في الواقع والحقيقة إلى الأفراد المكونين له وأن المسؤولية الجزائية لشخص تجريدي هي مجرد إفتراض أو مجاز والقانون الجزائري يأبى أن يقوم على المجاز، ذلك لأنه وراء هذا الخيال يوجد أفراد طبيعيين يعيشون ويعملون، وهم الذين يتحملون العقوبة في نهاية الأمر⁽³⁾.

2- لأن الشخص المعنوي ليس له إرادة مستقلة، لإنعدام قدرته على التفكير والتدبير وبالتالي فلا يصلح لتوجيه خطاب المشرع الجزائري له، فلا يستطيع والحالة هذه، أن يتمتع عن إرتكاب ما حظره قانون العقوبات ونهى عن إتيانه، ومن ثم تصبح مسؤوليته الجزائية من العبث الذي يتجافى مع العقل. وفي هذا الصدد يرى الفقيه Battaglini أن الجريمة لا يمكن تصور إسنادها إلا لإنسان، وإن إرتكاب الجريمة بواسطة الإنابة أمر غير متصور، وحتى وإن أمكن تصور قيام الشخص المعنوي بأعمال قانونية، عن طريق ممثليه فإن الأمر يتمتع بالنسبة لإرتكاب الجريمة طالما أن الأصل يفقد الإرادة والإدراك والتمييز⁽⁴⁾.

3- خضوع الشخص المعنوي لمبدأ التخصيص يحول دون مساءلته جزائياً ومفاد هذه الحجة هو أن الإعتراف للشخص المعنوي بالأفضلية القانونية يكون ضمن الأغراض المحددة والتي وجد من أجل تحقيقها، ومن ثم لا يعقل أن يتسع نطاق تلك الأغراض ليشمل إرتكاب الجرائم. فالشخصية الجماعية (المعنوية) ليست شاملة على العكس من الشخصية المقررة للأفراد، ذلك أنها محددة بالغرض الذي من أجله رخص القانون بوجودها وقيامها، وأنه يستحيل أن يكون هذا الغرض هو إرتكاب الجريمة، كنتيجة لذلك تكون الجماعة غير مؤهلة لإرتكاب الجريمة.

¹ Pierre Bouzat et Jean Pinatel, traité de droit pénal et de criminologie, (tome 1) Dalloz, Paris 1970, p.309.

² إدوار غالي الذهبي، دراسات في قانون العقوبات المقارن، دار النشر، مكتبة الغريب، عام 1992 ص 9.

³ رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، طبعة 17 القاهرة سنة 1977 ص 596.

⁴ Pierre Bouzat et Jean Pinatel, traité de droit pénal et de criminologie, opcit, p 309.

4-المساءلة الجزائية تتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة، ذلك أن معاقبة الشخص المعنوي يعني أن العقوبة ستصيب حتماً الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وقد يكون من بينهم من لم يشترك في الجريمة أو قد تكون وقعت بغير عمله أو حتى على الرغم منه، وبالتالي نكون قد عاقبنا أشخاصاً أبرياء لم يقترفوا فعلاً يستحق العقاب. كما أن إقرار مسؤولية الشخص المعنوي يؤدي إلى ازدواجية في حالة معاقبة ممثل الشخص المعنوي بصفته مديراً أو ممثلاً له⁽¹⁾.

5- عدم ملائمة بعض العقوبات للشخص المعنوي، ذلك أن العقوبات المتنوعة المطبق على الأشخاص الطبيعيين الذين تثبت إدانتهم، ومنها ما هو سالب للحياة كعقوبة الإعدام، ومنها ما هو سالب للحرية مثل عقوبتي السجن والحبس أو مقيدة لها كالوضع تحت الرقابة الجزائية، وكلها عقوبات لا يمكن تسليطها على الشخص المعنوي بحكم طبيعته. ضف إلى ذلك أن مساءلة الشخص المعنوي تؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة في العقاب في الحالة التي يكون فيها القاضي مخيراً بين توقيع عقوبة مقيدة للحرية وعقوبة الغرامة فهو خيار منعدم بالنسبة للشخص المعنوي إذ لا يمكن توقيع سوى عقوبة الغرامة⁽²⁾.

6- لأن مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً تتناقض مع مبادئ القانون فتقرير مسؤولية شخصين في نفس الجريمة دون أن تجمع بينهما رابطة المساهمة الجنائية يناقض مبادئ القانون إذ كيف ينسب الفعل الواحد إلى شخصين متميزين بإعتبار أن كلاً منهما قد ارتكبه لوحده؟ فإذا سلمنا إبتداءً بأن ممثل الشخص المعنوي قد ارتكب الفعل وحده فإن تحميل الشخص المعنوي المسؤولية بعد ذلك قول يفترق إلى السند لعدم إمكانية إيجاد بينه وبين ممثله علاقة إشتراك.

ومن ناحية أخرى قد يكون عدم الإعتراف بمسؤولية الشخص المعنوي جزائياً مرده إلى عدم إمكانية تحقق أغراض العقوبة إذا طبقت على الشخص المعنوي ومنها إصلاح المحكوم عليه بعلاج الخطورة الكامنة في شخصيته على المجتمع. ولا يتأتى ذلك إلا بنوع من التربية وإحلال قيم وعادات صالحة محل أخرى فاسدة، ولا يتصور ذلك بالنسبة لغير الإنسان⁽³⁾.

الفرع الثاني: الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

يستند الإتجاه الحديث في الفقه الجنائي في إقراره للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلى حجج جاءت ثارة بمثابة رد على المنكرين لهذه المسؤولية وتارة أخرى بمثابة دلائل لإثبات وجودها وضرورتها.

¹ محمود عثمان الهمشري، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، سنة 1969 ص 9.

² محمود هشام محمد رياض، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة سنة 2000، ص 80.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 514.

1- لجهة الرد على المنكرين للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، إبتداءً لا يستساغ القول بأن الشخص المعنوي محض خيال، لأنه يعد حقيقة قانونية وله وجود حقيقي، بدليل أن النظرية التي تعتبره

مجرد مجاز باتت مهجورة في الفقه والقضاء، وبذلك أصبحت إمكانية إرتكاب الشخص المعنوي للجرائم حقيقة مؤكدة في مجال علم الإجرام. فمثلاً في القانون التجاري نجد جرائم المنافسة غير المشروعة والإتفاق غير المشروع وجرائم النقد وتزوير الماركات المسجلة جرائم قانون العمل كلها جرائم تقع غالباً من شركات تجارية مخالفة للقوانين الإقتصادية وتشريعات العمل التي تقع من الأشخاص المعنوية مثلما تقع من الأفراد العاديين.

ومن ناحية ثانية فإن مبدأ التخصص لا يحول دون إسناد الفعل إلى الشخص المعنوي، لأن هذا المبدأ حدد مجال نشاطه، فإذا جاوزه فقد إنحرف وعد نشاطه غير مشروع، وصحت مساءلته ويمكن إسناد الجريمة إليه لأن له إرادة تتمثل في إرادة ممثله الذي يتصرف بإسمه ولحسابه.

ومن ناحية ثالثة، فإن هذه المسؤولية لا تشكل خرقاً لمبدأ شخصية العقوبة أو لمبدأ تفريد العقاب، ذلك لأن العقوبة تطبق على الشخص المعنوي مباشرة. فالإخلال بمبدأ شخصية العقوبة يتحقق إذا وقعت العقوبة مباشرة على غير المسؤول عن الجريمة، أما إذا وقعت عليه وإمتدت آثارها غير المباشرة إلى الأشخاص الطبيعيين المكونين له والمرتبطين به فلا يؤدي ذلك إلى المساس بشخصية العقوبة، شأنها في ذلك شأن العقوبة التي توقع على الشخص الطبيعي ويتعدى أثرها إلى أفراد أسرته وغيرهم ممن يرتبط بالجاني، فحبس رب الأسرة يؤدي إلى حرمان أفرادها من مصدر الرزق.

وفي الأخير فإن الإعتراض القائم على أساس عدم ملائمة بعض العقوبات الجزائية للشخص المعنوي غير واقعي ومردود عليه بسبب أن العقوبات المسلطة عليه كالغرامة والمصادرة مناسبة تماماً لطبيعته ولأنها تصيبه في الذمة المالية، فضلاً عن أنه يمكن إيجاد عقوبات وتدابير أخرى ملائمة كالغلق والحل وهي تصيبه في وجوده وتساوي بذلك عقوبة الإعدام بالنسبة للإنسان وكذلك منعه من ممارسة نشاط معين أو إنشاء فروع معينة.

2- لجهة إثبات مسؤولية الشخص المعنوي أولاً إقرار القانون المدني بمسؤولية الشخص المعنوي بعدما إترف له بالشخصية القانونية وكذلك فعل القضاء، فمن التناقض أن ينكر القانون الجنائي هذه المسؤولية. ثانياً أقرت معظم التشريعات الجزائية الحديثة بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ومنها المشرع الجزائري طبقاً للمادة 18 مكرر من قانون العقوبات⁽¹⁾.

¹ أفرد قانون العقوبات الجزائري، الباب الأول مكرر منه للعقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية، وهو إقرار صريح بمسؤولية الشخص المعنوي جزائياً، تماشياً مع أحدث ما إستقر في السياسة الجنائية حديثاً. (خصوصاً بعد صدور القانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006 المعدلين لقانون العقوبات) غير أن المشرع أورد بعض الإستثناءات على هذه المسؤولية بالنسبة لبعض الأشخاص المعنوية طبقاً للمادة 51 مكرر من القانون 04-15 المذكور كما سنوضح لاحقاً.

وثالثاً فإن إقرار هذه المسؤولية ضرورة لمواجهة الإفلات من العقاب، فقد يتعذر أو يستحيل أحياناً معرفة الفاعل المادي للجريمة كأن يكون الشخص المعنوي الفاعل المعنوي الذي يحرض ممثله على إرتكاب الجريمة، ويكون ممثله ما هو إلا الأداة في إرتكابها. ورابعاً فإن التأكيد على هذه المسؤولية والأخذ بها من شأنه تدعيم فعالية العقاب لغرض الجزاء الجنائي ليس فقط الإصلاح

والتقويم، بل كذلك المنع والردع وهذان الغرضان يمكن أن يتحققا بالنسبة للشخص المعنوي، سيما وقد تزايد عدد الأشخاص المعنوية وما تمثله كقوة وثقل إجتماعي وإقتصادي جعلها مصدراً لإعتداءات جسيمة على الصحة العامة والسكينة العامة والنظام الإقتصادي⁽¹⁾.

وأخيراً فإن تحقيق العدالة لا يتأتى إلا عن طريق العدالة التوزيعية التي تؤدي إلى توزيع المسؤولية بين الشخص المعنوي ذاته وممثليه الذين يرتكبون الجريمة بإسمه ولحسابه⁽²⁾، ولقد دعم القضاء من خلال قراراته المختلفة تكريس هذه المسؤولية رغم التردد الذي عرفه في البداية. فبعد رفضها في البداية، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في مجال الجرائم المادية (جرائم قانون العمل مثلاً⁽³⁾). وقضت أيضاً بمسؤوليته عن فعل الغير⁽⁴⁾، فضلاً عن ذلك فقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنه " لا يوجد أي مبدأ دستوري يحول دون توقيع الغرامة على الشخص المعنوي"⁽⁵⁾.

يتبين مما سبق أن مساءلة الشخص المعنوي مدنياً وجزائياً عن الأخطاء التي ترتكب بإسمه ولحسابه من طرف ممثليه وأعضاءه، أصبحت أمراً واقعاً في السياسة الجنائية الحديثة فتدخل القانون الجزائي مقررراً للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي تأسيساً على عدم إفلات هذا الشخص من العقاب إذا ما اتخذ ستاراً لإرتكاب الجرائم بصفة عامة وعدم قصر العقاب على الشخص الطبيعي.

ومع التسليم بقيام مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً، فإن محددات هذه المسؤولية جعلت منها مسؤولية خاصة، وتزداد هذه الخصوصية وضوحاً عندما يتعلق الأمر بجرائم ذات طبيعة معقدة وتقنية كجرائم الصفقات العمومية.

¹ Déportés (F) et le Gunehec (F). le nouveau droit pénal, T.1 droit pénal général, 3^{eme} éd 1996, N°= 576-577, p 443-444.

² محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 180.

³ Grim 7 mars 1918.D.1921.1.277.

⁴ Grim 7 mai 1978.B.N°= 136.

⁵ Constructions décision N°= 82.143.Jo 31 Juillet cité par Pradel, opcit, p. 104.105.

وردت في المسؤولية الجزائية لمحمد سويلم، المرجع السابق، ص 181

المطلب الثاني: مساءلة الشخص المعنوي جزائياً في مجال جرائم الصفقات العمومية.

جاء إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من خلال القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁽¹⁾. أين نصت المادة 51 مكرر منه على أنه "بإستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاصة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على

ذلك. وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

يتضح من القراءة الأولية لهذه الأحكام أنها لم تترك هامشاً كبيراً، من الحرية والمناورة أمام القاضي الجزائي لتفعيل توقيع الجزاء العقابي علناً لأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام في حالة إخلالها بقواعد قانون الصفقات العمومية. في حين كان المفيد توسيع نطاق مراقبة القاضي الجزائي لتشمل الدولة والجماعات المحلية على حد سواء وذلك تماشياً مع منطوق التوسع في مساءلة جميع الأشخاص المتدخلين في قطاع الشراء العمومي طبيعيين كانوا أو معنويين (أولاً) كما أن الشخص المعنوي لا يكون مسؤولاً عن الجرائم المرتكبة إلا إذا ارتكبت لحسابه من طرف أجهزته وممثليه مما يفترض ارتباط مسؤوليته بمسؤولية أشخاص طبيعية أخرى تعمل لمصلحته ولحسابه (ثانياً).

الفرع الأول: نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

يلاحظ أن نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات قد حصرت مجال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القطاع الخاص، حيث إستثنت من نطاقها كل من الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام. وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي أيضاً حيث ألقى الدولة كشخص معنوي من أية مسؤولية جزائية، إلا أنه أخذ بها بالنسبة للجماعات الإقليمية عندما تتعلق بنشاطات تخص إتفاقيات تفويض الخدمة، أي أن الإعفاء بالنسبة لهذه الجماعات لم يكن على إطلاقه⁽²⁾ كما هو الحال بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري.

¹والذي عدل بدوره بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

² وهو ما نصت عليه المادة 2-121 من قانون العقوبات الفرنسي.

" les personnes morales à l'exclusions de l'Etat sont responsables....." pour les collectivités territoriales et de leur groupements que lorsque les infractions sont " commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public".

1- مسؤولية الدولة جزائياً

في الراهن لا يمكن للقاضي الجزائري معاقبة الدولة لأنها لا تعتبر من أشخاص القانون الجنائي⁽¹⁾، هذا الموقف تم إعماله وتكريسه رغم بعض الأصوات المنادية بضرورة إخضاعها للمساءلة الجزائرية من باب المساواة بين الأعوان العموميين، وهو ذات الموقف الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي سنة 1996 مؤكداً أن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية لا يحول دون مساءلة الدولة أمام القاضي الجزائري كبقية الأشخاص العمومية، كما يمكن للمحاكم الإدارية الحكم على الدولة بالتعويض فلا مانع من إمكانية مساءلة أعوان الدولة جزائياً حتى في حالة الخطأ المرفقي والمصلحي فمن هذه الزاوية لا يبدو هناك فارق بين مسؤولية الدولة جنائياً ومسؤولية الأشخاص العمومية الأخرى⁽²⁾.

فهل يمكن توسيع نطاق المسؤولية الجنائية للدولة لتشمل جرائم الصفقات علماً أن الدولة لا تلتزم في صفقاتها بما يفرضه قانون الصفقات من قواعد خصوصاً ما يتعلق بالإشهار والمنافسة المفتوحة على الرغم من المبالغ المالية الضخمة المرصودة لهذه الصفقات ما قد يوفر العناصر المناسبة لجريمة المحاباة.

¹Conseil d'Etat, la responsabilité des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles DOC.fr, paris 1996. coll.les études du conseil d'Etat , p 96-102.

وقد أفضى الجدل الفقهي حول مدى اعتبار الدولة من أشخاص القانون الجنائي في ظل اشتراط الإتجاهات الفقهية التقليدية لعنصر الإرادة والإدراك لقيام المسؤولية الجنائية والعقاب فمن يكون مخاطباً بأحكام القانون الجزائري.

فهل يتوفر هذان العنصران في الشخص المعنوي؟

إن المتتبع للدراسات الجنائية سرعان ما يتبين أن (الإنسان الآدمي) هو الشخص الوحيد الذي لديه الشعور والإرادة ما يجعله أهلاً للمسؤولية الجنائية بحسب ما رشح في الفقه التقليدي يبدو أن هذا القول ليس صحيحاً كلياً فإذا كان من المسلم به أن الشخص الطبيعي يتمتع بملكتي الشعور والإرادة، فإن الشخص المعنوي هو الآخر يتمتع بهذه الملكات ذلك أن القانون هو الذي يقرر توافر الإدراك والإرادة لدى الشخص المعنوي. فإلى جانب الإرادة الفردية للأشخاص المكونين للشخص المعنوي، تنهض وتولد إرادة جديدة هي إرادة الشخص المعنوي ويتولى الإفصاح عنها وإعلانها والتعبير عنها الأعضاء الذين يحدددهم القانون أو وثيقة إنشاء هذا الشخص المعنوي.

وبحسب الرافضين لقيام مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً وعلى رأسها الدولة فيرجعون موقفهم إلى ثلاثة عناصر أساسية:

أ- أسباب سياسية مردها إلى أن الدولة تجسد إرادة الأمة والشعب وأن من يتولون زمام السلطة إنما يحكمون بإرادتها من أجل تحقيق مقومات الحياة لشعبها، فإذا خانوا أو انحرفوا فإن الجزاء يكون سياسياً في المقام الأول. على الرغم من أن ليس هناك ما يمنع من المساءلة الجنائية لممثلي السلطة كأفراد وفقاً لأحكام الدستور.

ب- أسباب قانونية، فإذا صحت المساءلة المدنية على أساس إنسجام أسس هذه المسؤولية مع غايتها لإصلاح الضرر، فالأمر يختلف تماماً من ناحية المسؤولية الجنائية والتي لا تجدي، حيث أن الدولة التي تصل إلى هاوية ممارسة النشاط الإجرامي تصبح غير جديرة بالبقاء.

ج- إحتكار الدولة حق العقاب كأساس لعدم مسؤوليتها جنائياً، فلا يعقل أن يطبق عليها عقاب جنائي، لأنها هي التي تتولى حماية المصالح العامة الجماعية والفردية وهي التي تأخذ على عاتقها ملاحقة المجرمين وتوقيع العقاب عليهم.

² Stefani (G), Levasseur (G), et Bouloc (B). Droit pénal général, DALLOZ, paris 1994 p.242.

ومع ذلك فقد تجد فكرة إبعاد الدولة عن أية مساءلة جزائية في مجال الصفقات العمومية مبررات عدة، منها أن الدولة تستعمل الطلب العمومي كأداة سياسية لتلبية وتحقيق مختلف أهداف سياستها في شتى المجالات كبرامج إمتصاص البطالة أو تدعيم بعض القطاعات وترقية بعض المناطق والجهات، كما أن الطبيعة الخاصة لصفقات الدولة تحتم اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي أو التفاوض المباشر كما في صفقات الدفاع الوطني حيث الإعتبارات الأمنية تجعل من صفقات السلاح مثلاً في غالب الأحيان سرية وبالتالي لا يمكن إخضاعها لقواعد المنافسة العلنية.

2- مسؤولية الجماعات المحلية من ولايات وبلديات، فعلى الرغم من وحدة الرأي بالنسبة لعدم مسؤولية الدولة جنائياً، إلا أن المواقف الفقهية اختلفت بالنسبة لباقي الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام. فذهب إتجاه وواقفته مجموعة من التشريعات إلى عدم مسؤولية الأشخاص المعنوية العامة إسوة بالدولة، وهو موقف المشرع الجزائري من خلال إستثناء المادة 51 مكرر من قانون العقوبات للجماعات المحلية، في حين ذهب فريق آخر إلى ضرورة إخضاع البلديات والجماعات المحلية للمسؤولية الجزائية ولكن بشروط، مثلما فعلقانون العقوبات الفرنسي الجديد في مادته 2/121 بالنسبة للجرائم التي إرتكبت في " ممارسة نشاطات من الممكن أن تكون محل إتفاق بتفويض خدمة أو الوكالة في إنجاز الخدمة العامة".

وقد فسر القضاء الفرنسي هذه العبارة على أنها تعني النشاطات التي يمكن أن يعهد تسييرها مباشرة للمجموعة المحلية كالإستغلال المباشر la régie أو التفويض لشركة خاصة، ومن ثم فإنه يمكن مساءلة بلدية جنائياً عن الجرائم المرتكبة من خلال إستغلالها المباشر لخدمة توزيع المياه أو النقل الحضري مثلاً ولكن لا تسأل عن الجرائم المرتبطة بتنفيذها مشروع إنجاز مدرسة لأنه يعتبر صفقة عمومية وليس تفويض بالخدمة⁽¹⁾.

وينسحب هذا الموقف على مختلف أنواع التفويض بالخدمة العمومية كالإمتياز Concession والإيجار لأرض زراعية affermage والوكالة la régie intéressée وإنابة أو إدارة la gérance. وأمام الغموض الذي يعترى هذه المسؤولية خاصة بالنسبة للعقود التي تقع في الحدود بين التفويض بالخدمة العمومية، وبين الصفقة العمومية وبالنظر إلى سلطة القاضي الجنائي الكاملة في تفسير الأعمال الإدارية دون التقيد بتفسيرات وتأويلات القاضي الإداري، قد يؤدي إلى التوسع في مساءلة الجماعات المحلية جنائياً بإعتبارها أشخاص معنوية.

ولوضع حد لهذا الخلاف والجدل كان يكفي أن يضيف المشرع الفرنسي إلى جانب التفويض بالخدمة العمومية عبارة " وتلك المتعلقة بالصفقات العمومية".

¹CE, 8 févr. 1999, préfet des Bouches- du Rhône C/Commune de la Ciotat, AJDA le 20 avril 1999, p.364.

² R.CHAPUS, droit administratif général, t.1,7^{ème}ed.1993 Montchrestien, p 451.

أما المشرع الجزائري فجعل الجماعات المحلية وتلك الخاضعة للقانون العام خارج دائرة المساءلة الجزائرية سواء تعلق الأمر بالجرائم التقليدية أو جرائم الصفقات العمومية أو جرائم الفساد بشكل عام. ومن ثم نخلص إلى القول بأن مساءلة الشخص المعنوي إنحصرت نطاقها في الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، في إطار الأشخاص الخاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية كما نصت عليها المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

فمسؤولية الشخص المعنوي جنائياً تكون عن الجرائم المرتكبة لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه بحسب ما ورد في المادة 51 مكرر السالفة الذكر، وأن المسؤولية الجزائرية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك.

3- الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.

إتسعت دائرة الإستثناءات للأشخاص المعنوية من المسؤولية الجزائرية لتشمل بالإضافة إلى الدولة والجماعات المحلية، كل الأشخاص الخاضعين للقانون العام، وبذلك تتضح نية المشرع من خلال نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات على قصر هذه المسؤولية على الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص كالشركات بشتى أنواعها بما فيها المختلطة والمقاولات والتجميعات Groupements الخاضعة للقانون المدني والتجاري والإقتصادي.

وبالنظر إلى المسار التطوري للنظام القانوني للمؤسسات الاقتصادية الجزائرية والتحويلات التي عرفتها تماشياً مع النهج الإقتصادي المعتمد منذ الإستقلال إلى يومنا، ومحطاته الهامة كالأخذ بالنهج الإشتراكي في مرحلة معينة ثم التحول إلى نظام الإقتصاد المنفتح أو إقتصاد السوق، فإن هذه الدناميكية أبرزت إشكاليات حول مدى خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات وبالتالي إلى المسؤولية الجزائرية في حالة خرق أحكام قانون الصفقات العمومية. بمعنى آخر، السؤال الذي يطرح في هذا المجال، هل يمكن مساءلة المؤسسات العمومية الاقتصادية في نطاق جنحة المحاباة في ظل التعديلات الأخيرة لقانون الصفقات العمومية؟ وللإجابة على هذا التساؤل يتعين معرفة المراحل التي مرت بها مسألة خضوع هذه المؤسسات الاقتصادية لقانون الصفقات، للوقوف على التردد⁽¹⁾ الذي طبع تدخل وموقف المشرع والذي إنعكس بشكل أو بآخر على طبيعة مساءلة هذه المؤسسات جزائياً كأشخاص معنوية من جهة أو مسؤولية مسيرها الجزائرية من جهة ثانية.

¹ وهو شبيه بالتردد والغموض الذي ساد تطبيق المادة 119 من قانون العقوبات إثر تعديلها بموجب القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26-06-2001 وكذلك الجرائم المنصوص عليها في المواد 119 مكرر أو 119 مكرر 1 أو 128 مكرر أو 128 مكرر 1 .

أ- المراحل التي مر بها خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات: أثار تطبيق قانون الصفقات العمومية على المؤسسات العمومية الاقتصادية إنتقادات عديدة من منطلق

أن المؤسسات المذكورة أصبحت منذ صدور قانون 12-01-1988 المتضمن قانون التوجيه الإقتصادي، حيث إعتبرها مؤسسات مستقلة تخضع في تسييرها للقانون التجاري، وتؤكد ذلك مع صدور الأمر المؤرخ في 20-08-2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصتها الذي جاء لتدعيم إستقلالية المؤسسات العمومية الإقتصادية وتأكيد خضوع تسييرها لأحكام القانون التجاري.

بدايةً لابد أن نشير إلى عدم إستقرار قانون الصفقات العمومية. حيث عرف قانون الصفقات العمومية الجديد منذ صدوره في 07-10-2010 أربعة تعديلات آخرها التعديل الحاصل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-13 المؤرخ في 13-01-2013.

إجمالاً، مرت مسألة خضوع المؤسسات العمومية الإقتصادية لقانون الصفقات العمومية بأربع مراحل أساسية نلخصها فيما يأتي:

1- مرحلة الخضوع التام لقانون الصفقات العمومية: قبل تاريخ 29-03-1988، كانت المؤسسات العمومية الإقتصادية بإعتبارها مؤسسات إشتراكية، تخضع للتشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية، لا سيما المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي *réglementation des marchés de l'opérateur public*.

2- مرحلة عدم الخضوع التام لقانون الصفقات العمومية من 1988 إلى 2008 منذ صدور المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29-03-1988 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 سالف الذكر، تم إبعاد المؤسسات العمومية الإقتصادية من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. وجاء هذا النص تطبيقاً للقانون المتضمن التوجيه الإقتصادي الصادر بتاريخ 12-01-1988 الذي كرس مبدأ إستقلالية المؤسسات العمومية.

وقد تأكد عدم خضوع المؤسسات العمومية الإقتصادية لقانون الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الذي تزامن صدوره مع صدور الأمر المؤرخ في 20-08-2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخصوصتها.

3- مرحلة الخضوع النسبي لقانون الصفقات العمومية: منذ تعديل المرسوم الرئاسي رقم 08-250 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26-10-2008، أصبحت المؤسسات العمومية الإقتصادية تخضع لقانون الصفقات العمومية عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة.

وتأكد ذلك بصدور القانون الجديد للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 17-10-2010 حيث نصت المادة 2 منه المعدلة بالمرسوم رقم 12-23 المؤرخ في 18-01-2012 في فقرتها الثانية، على أن قانون الصفقات العمومية " يطبق على الصفقات محل

نفقات... المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة".

ويفهم من هذا النص أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لقانون الصفقات العمومية عندما لا تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، أي عندما تكون العملية ممولة من مالها الخاص. غير أن ما نصت عليه نفس المادة في فقرتها الثالثة أضيف على المسألة شيئاً من الغموض وزادها تعقيداً، حيث جاء فيها " يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم...تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة".

وهنا يثار نفس التساؤل حول القيمة القانونية للإجراءات الخاصة بالصفقات التي تعدها المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما لا تكون مكلفة بإنجاز عملية ممولة بمساهمة من الدولة.

4- مرحلة العودة إلى عدم الخضوع لقانون الصفقات العمومية: تزامنت هذه المرحلة الجديدة مع صدور المرسوم الرئاسي رقم 03-13 المؤرخ في 13-01-2013 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 وبموجب هذا التعديل نصت المادة 2 من قانون الصفقات العمومية في فقرتها الرابعة صراحة على أن " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية".

غير أن نفس الفقرة أضافت " ومع ذلك يتعين على هذه المؤسسات إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها، على أساس مبادئ حرية الدخول إلى الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين والشفافية، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الإجتماعية⁽¹⁾".

وهنا يطرح التساؤل بخصوص القيمة القانونية لإجراءات إبرام الصفقات التي تعدها المؤسسات العمومية الاقتصادية وتعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الإجتماعية.

فهل ترقى مثل هذه الإجراءات إلى مستوى الأحكام التنظيمية التي نتحدث عنها المادة 1-26 من قانون مكافحة الفساد بخصوص جريمة المحاباة أم أنها نصوص داخلية خاصة بالمؤسسة المعنية ينحصر أثرها فيها ولا ينصرف إلى غيرها؟

¹"Les entreprises publiques économiques ne sont pas soumises au dispositif de passation de marché public prévu par le présent décret. Toutefois, elles sont tenues d'élaborer et de faire adopter, par leurs organes sociaux, des procédures de passation de marchés, selon leurs spécificités, fondées sur les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement des candidats et de transparence".

يقصد بالتنظيم réglementation بوجه عام المراسيم الصادرة عن رئيس الجمهورية أو الوزير الأول والقرارات الصادرة عن الوزراء والولاة ورؤساء البلديات.

كما يشمل مفهوم التنظيم مجمل الأنظمة التي تصدرها سلطات الضبط. ومن المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن التنظيم يمتاز بالخصائص الآتية:

- إما أنه يحكم الميادين التي لا يختص بها التشريع أو أنه يفصل القواعد التي وضعها القانون لضمان تطبيقه.

- يكون موضوع نشر رسمي.

- يحتج به إتجاه الغير بمجرد نشره.

- يجوز الطعن فيه بالبطلان.

وغني عن البيان أن مميزات النص التنظيمي غير متوفرة في إجراءات إبرام الصفقات التي تعدها المؤسسات العمومية الاقتصادية، فهي إذن ليست أحكاماً تنظيمية، ومن ثم فإن خرقها لا يشكل مخالفة لأحكام تنظيمية.

ب- ولكن هل هذا يعني أن مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية الذين يخالفون الإجراءات الخاصة بإبرام صفقات تلك المؤسسات يفلتون من المساءلة الجزائية بعنوان جنحة المحاباة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 1-26 من قانون الفساد.

مبدئياً يكون الجواب بالنفي لسببين:

1- صفة الموظف عمومي، كما هو معرف في الفقرة ب من المادة 2 تتوفر في مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية.

2- السلوك المجرم في جنحة المحاباة لا ينحصر في مخالفة قانون الصفقات العمومية بل ينصرف إلى مخالفة أي حكم تشريعي أو تنظيمي يتعلق بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

غير أن مساءلة مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية بجنحة المحاباة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 1-26 من قانون مكافحة الفساد تقتضي إثبات أن المسير قد أبرم صفقة مخالفة لحكم تشريعي أو تنظيمي يتعلق بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وهي الأحكام التي يتطلب البحث عنها في نصوص أخرى غير قانون الصفقات العمومية والمادة 9 من قانون مكافحة الفساد التي تخص الصفقات العمومية دون غيرها، وبصرف النظر عن الإجراءات الخاصة بإبرام صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية.

ونذكر من بين هذه النصوص التي تتضمن أحكاماً عامة تتعلق بالمنافسة، قانون المنافسة الصادر بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19-07-2003 والقانون المتعلق بالبورصة الصادر بموجب التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23-05-1993 بل وحتى قانون العقوبات من خلال ما نصت عليه المادة 172 منه.

بيد أنه بالرجوع إلى النصوص المذكورة لا نجد فيها ما يكرس بصفة واضحة مبادئ حرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات في مجال العقود والصفقات، وهو ما يجعل المتابعة الجزائية ضد المؤسسات العمومية الاقتصادية من أجل جنحة المحاباة المنصوص عليها في المادة 26-1 من قانون مكافحة الفساد أمراً مستعصياً.

ومع ذلك فإن إفلات مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية من المساءلة الجزائية من أجل جنحة المحاباة لا يحول دون مساءلتهم جزائياً بوصف جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية المنصوص والمعاقب عليها في المادة 35 من القانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد في صورة ما إذا إستفاد المتهم من مزايا غير مستحقة، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت الصفقة التي أبرمها تخالف أو لا تخالف أحكام تشريعية أو تنظيمية تتعلق بحرية المنافسة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أحكام مسؤولية الشخص المعنوي.

لا يمكن قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلا عند إرتكاب الجريمة من طرف أحد أجهزته أو ممثليه من جهة وأن تكون لحسابه ولمصلحته من جهة أخرى.
1- إرتكاب الجريمة بواسطة أحد أجهزة الشخص المعنوي أو ممثليه.

يقصد بالشخص المعنوي طبقاً للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات، جميع الأشخاص المعنوية بإستثناء الدولة والجماعات المحلية وتلك الخاضعة للقانون العام. فحتى يُسأل جزائياً يجب أن يرتكب الفعل المجرم من أحد أعضائه أو ممثليه.

ويقصد بأعضاء "أجهزة" الشخص المعنوي الأشخاص الطبيعيين الذين يمنحهم القانون أو النظام الأساسي لهذا الشخص صلاحية التصرف بإسمه وإدارته كالرئيس المدير العام والمدير العام المسير، وكذا مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية للمساهمين الأعضاء مجلس المراقبة Directoire. أما "ممثلي" الشخص المعنوي فهم الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف بإسم الشخص المعنوي معينين أو منتخبين والمفوضين من طرفه، من خلال القانون أو النظام الأساسي للمؤسسة. وبذلك قد أن يكون مرتكب الجريمة، إما الرئيس المدير العام، أو المسير أو رئيس مجلس الإدارة، أو المدير العام، وقد يكون أيضاً المصفي في حالة حل الشركة⁽²⁾.

¹ أحسن بوسقيعة، مداخلة حول خضوع المؤسسات الاقتصادية لجنحة المحاباة، الملتقى الدولي حول مكافحة الفساد في جرائم الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، المرجع السابق، ص 3.

² محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 184.

وقد عرفت مسألة التمييز بين الأجهزة والممثلين والمفوضين من طرف الشخص المعنوي تفسيرات متباينة ما أدبي بعض الفقه الفرنسي إلى إبعاد العمال الأجراء، وحتى الإجراء المفوض لهم من مصطلح الأجهزة أو الممثلين وبالتالي من المسؤولية الجزائية⁽¹⁾. وقد تشدد بعض الفقهاء معتبراً أن مفهوم " ممثل للشخص المعنوي " يشمل كل من قام بعمل وكأنه يملك السلطة لأنه يلزم المؤسسة من خلال تصرفه⁽²⁾.

في حين رأى القضاء أن أعمال الإطارات المسيرة والمفوضين بسلطات يمكن أن تثير مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً، مع إبعاد الأعوان والأجراء الآخرين للمؤسسة حتى وإن كانوا يعملون لحسابه⁽³⁾.

2- ازدواج المسؤولية الجنائية بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي وهو المبدأ الذي أقرته المادة 51 الفقرة الثانية مكرر حينما نصت على أن المسؤولية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.

وبذلك لا يجوز الحكم بعقوبة واحدة ضد الشخص المعنوي، كما لا يجوز الحكم بعقوبة واحدة ضد ممثله وإنما يصدر حكماً بالجزاء الجنائي المناسب على كل منهما.

وينهض هذا المبدأ على إعتبارين أساسيين هما: أولاً أنه يشترط لمسؤولية الشخص المعنوي جنائياً وجود ممثل طبيعي له ارتكب الجريمة لحسابه، وثانياً إن إقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي لا يكون ستاراً لحجب المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي⁽⁴⁾.

وضمن هذا المنظور فقد قضت محكمة الإستئناف لمدينة ليون الفرنسية بأن مسؤولية الأشخاص المعنوية لا نفترض لقيامها ارتكاب خطأ منعزل عن ذلك الذي يرتكب من طرف أجهزتها أو ممثليها، على إعتبارها مسؤولية شخصية عن طريق التمثيل وليست عن طريق الحلول⁽⁵⁾.

" Une responsabilité du fait personnel et non par substitution"

وعلى الرغم من الإنتقادات التي وجهت لهذا الجمع للمسؤوليتين من أجل فعل واحد، لتعارضه مع مبدأ عدم ازدواجية المتابعة الجزائية Non bis in idem⁽⁶⁾.

¹ A.PEZARD, " Notion de responsabilité individuelle et de responsabilité collective" petites affiches 11 décembre 1996, p 14.

² J.SIMON, responsabilité pénale des personnes morales et des personnes physiques coauteurs ou complices des même fait ", Droit des affaires N°= 5/1995, p.101.

³ Cass. Grim, 1^{er} déc. 1998, société MAZZOOTTI, CJBG, avril, 1999, p.153-156.

⁴ شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، طبعة أولى سنة 2001، ص 114-115.

⁵ C.A Lyon, 3 juin 1998, SARL pithioud, Juris .Data n°= 041510 : Dr. pénal Aout sept 1998 p.16-17 Cité dans perbissy-schnal, opcit, p.238.

⁶ " Pas deux fois pour la même infraction" selon le 7^{ème} protocole de la Convention européenne des droits de l'homme.

كما أن نظرية الإشتراك يمكن أن تشكل رابط بين المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وبين مسؤولية المسيرين لذلك الشخص المعنوي. خاصة وأن الشريك يعاقب كما الفاعل الأصلي، وإن اختلفت العقوبة وحجمها، وعليه يمكن أن ينطبق مفهوم الشريك سواء بالنسبة للشخص المعنوي أو للشخص الطبيعي.

وهذه تستدعي التمييز بين الجرائم العمدية وغير العمدية. حيث أنه بالنسبة للجرائم غير العمدية كجرائم عدم الحيطة أو الجرائم المادية فإن الجمع بين المسؤوليتين تكون نادرة، على أساس أن إمكانية إثارة مسؤولية الشخص المعنوي حتى في حالة عدم ثبوت مسؤولية الشخص الطبيعي (المسير أو الممثل) قليلة.

أما بالنسبة للجرائم العمدية فلا يمكن قيام مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً إلا مع إثارة مسؤولية الشخص الطبيعي بإعتباره فاعل، ففي هذه الحالة تظهر مسؤولية الشخص المعنوي كرديف لتلك الخاصة بالشخص الطبيعي. فحقيقة الأمر أن الشخص المعنوي لا يحيا إلا بأجهزته وممثليه وأنشطتهم هي كذلك أنشطة وأعمال الشخص المعنوي ما دامت تنجز لحسابه ولمصلحته.

3- أن تقع الجريمة لحساب الشخص المعنوي.

ويقصد بعبارة "لحسابه" التي وردت في نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات السالفة الذكر، هو أن تكون الجريمة قد ارتكبت لهدف تحقيق مصلحة الشخص المعنوي، سواء كانت مصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو إحتتمالية⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك يسأل الشخص المعنوي جنائياً عن الجريمة التي ترتكب بغرض سبب أعماله أو تحقيق أغراضه ولو لم تعد عليه ثمة فائدة⁽²⁾، مثال ذلك تقديم رشوة لحصول مؤسسة إقتصادية على صفقة، أو معلومة تجعلها في موقع تفضيلي عند المشاركة في منافسة للحصول على عقد في إطار الشراء العمومي.

وفي المقابل، عدم مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً إذا ارتكبت الجريمة بهدف تحقيق مصلحة أحد أعضائه أو ممثليه أو الغير أو بغرض الإضرار به أو بمصالحه⁽³⁾.

¹ Pradel (J), l'instruction préparatoire, 8 éd. Cujas, 1990, p. 558.

² محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 185.

³ Pradel (J), IDEM, p.558

نخلص إلى القول، بخصوص الأشخاص المسؤولين جنائياً عن جرائم الصفقات العمومية، أن خطورة جرائم الصفقات العمومية كجزء من جرائم الفساد عموماً نابع من تهديدها للوظيفة العامة للدولة،

من حيث أن نزاهتها تمثل أهم مقومات وأسباب النماء والإزدهار للمجتمع على مختلف الصعد، وفسادها كذلك يشكل أهم الأخطار المهددة والمحدقة بكيان الدولة ككل.

وبناءً على ذلك تجد نزعة التوسع في نطاق تطبيق المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية من حيث الأشخاص كل مبرراتها وأحقيتها، لتشمل كل المتدخلين من قريب أو من بعيد في مسار إنجاز هذه العقود، ولم تستثني في ذلك الأشخاص الطبيعية أو المعنوية بمختلف أنواعها ومهما كان حجم تدخلها أو درجة إستفادتها منها.

كما أن هذا التوسع في الأشخاص المسؤولة جنائياً في مجال جرائم الصفقات العمومية، يتناغم وطبيعة ارتكاب السلوكات المنحرفة بحيث تتخذ عادة شكل شبكة إجرامية متضامنة تتداخل في أعمالها الإجرامية كل النماذج المجرمة ابتداءً من الرشوة من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة والمحاباة للظفر بعقود الصفقات العمومية وإنهاءً بإخفاء عائدات هذه الجرائم من قبل المستفيدين منها.

فليس غريباً إذاً أن يبتدع المشرع كل الطرق والأساليب القانونية لملاحقة خيوط هذه الشبكة المعقدة، ولعل من بينها تكريس مبدأ التوسع والتشدد في ملاحقة الأشخاص المعنيين في هذه المسؤولية. دون الإخلال بمبدأ الأمان القانوني لهؤلاء الأشخاص المسيرين لقطاع الصفقات العمومية، وهي معادلة ليس بالأمر الهين تحقيقها.

ولأن إرساء مبادئ تخليق الحياة العامة، عن طريق تكريس قواعد النزاهة والإستقامة والحياد بين القائمين على تسيير الشأن العام، رهان كبير فقد إستدعى ذلك من المشرع الجزائري تبني فلسفة غير تقليدية في مجال التجريم والعقاب، عن طريق إعتداد طرق وتقنيات خاصة في صياغة النموذج الإجرامي لجرائم الصفقات العمومية، حتى تجعله قادراً على الوصول إلى مساعلة كل هؤلاء الأشخاص دون إستثناء وبالتالي توسيع دائرة الردع العام.

وهكذا ربط السلوك الإجرامي تارة بإجراء الإبرام وتارة بإجراء التأشير على هذه العقود سواء كانت في شكل صفقة أو إتفاقية أو ملحق، ومُنح القاضي الجزائي صلاحيات وسلطة واسعة في تحديد الأشخاص المتدخلين وصفاتهم كفاعلين أصليين أو كشركاء في ارتكاب الأفعال المجرمة المرتبطة بالإبرام أو بالتأشير عندما يتعلق الأمر بجريمة منح إمتيازات غير مبررة (المحاباة)، أو في جريمة تلقي هدايا أو عطايا كما هو الحال في جريمة رشوة الموظفين العموميين في مجال الصفقات العمومية.

وهما الجريمتان المحوريتان في مجال الصفقات العمومية التي تناولهما القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، في إطار منظومة متكاملة من الجرائم ضمن إستراتيجية مواجهة ظاهرة الفساد، وهو ما سنتناوله من خلال دراسة القواعد الموضوعية لهذه المسؤولية.

الفصل الثاني: القواعد الموضوعية والإجرائية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

لقد تبنت التشريعات العقابية الحديثة مقاربة شمولية في التصدي لظاهرة الفساد، لما تمثله من خطر داهم يهدد كيان المجتمع وإستقراره، وضمن وكننتيجة لذلك بات تدخل القانوني الجزائري أحد أهم الوسائل الفعالة في هذه المواجهة، لما يحققه من ضمانة فعلية لحماية مصالح المجتمع المهددة. ولعل ترجمة هذه الأهمية جاءت من خلال إفراد قانون تكميلي خاص، إلى جانب قانون العقوبات التقليدي، يتضمن منظومة متكاملة الإجراءات والجرائم الهادفة إلى الوقاية من الفساد في شتى صورته وأشكاله من جهة وسبل مكافحته وقمعه من جهة ثانية.

وقد خص المشرع قطاع الشراء العمومي بعناية متميزة في إطار إستراتيجيته في مكافحة الفساد. فأفرد له قواعد موضوعية تضمنت جرائم محددة مرتبطة خصيصاً بمجال إنجاز الصفقات العمومية عبر كافة مراحلها، كجريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال إبرام عقود الصفقات العمومية وجريمة رشوة الموظفين العموميين عند إبرام أو تنفيذ هذه العقود. كما خصها بقواعد شكلية وإجرائية في مجال التحري والبحث والمتابعة لا نجدها في ما هو متعارف عليه في إطار قانون الإجراءات الجزائية طبقاً للقواعد العامة.

وغير خاف أن مبررات هذا التمييز لجرائم الصفقات العمومية كثيرة وجدية بالنظر إلى أهمية هذه العقود كوسيلة لتنفيذ السياسة التنموية للدولة ذات التماس المباشر مع تلبية حاجات الناس والمصلحة العامة، ما يجعل من الوظيفة العامة محور الإهتمام ضماناً لنزاهتها ومصداقيتها من خلال إستقامة وحياد وسلوك من يمثلونها من موظفين عموميين والقائمين على تدبير الشأن العام. صف إلى ذلك حجم الأموال العامة الهائل الذي يصرف عبر هذه العقود، مما يزيد في حجم الأطماع ويضاعف إحتتمالات تعرضه لشتى الإعتداءات والسلوكات المنحرفة قصد الإستحواذ عليه، وهو ما يدفع بغاية تخليق الحياة العامة إلى صدارة أولويات المشرع الجزائري في تجريمه للسلوكات المخلة بنزاهة الوظيفة العامة من خلال جرائم الصفقات العمومية.

مع التنبيه أن هذا التخصيص لا يعني إنتفاء علاقة جرائم الصفقات العمومية مع بقية جرائم مكافحة الفساد الأخرى، وإنما تبقى هذه الجرائم تنتمي إلى جسد واحد لمعاقبة ولمكافحة ظاهرة الفساد ضمن إطار شمولي وعام.

وتناول في هذا الفصل بشيء من التفصيل تجليات المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية من خلال قواعدها الموضوعية (أولاً) ثم نتطرق إلى أهم القواعد الإجرائية لوضعها حيز التنفيذ فعلياً وميدانياً (ثانياً).

المبحث الأول: القواعد الموضوعية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

الأصل أن يتولى القانون التأديبي للوظيفة العمومية العقاب على الأخطاء والانحرافات التي قد يرتكبها الموظف العمومي أثناء أو بمناسبة قيامه بمهام وظيفته وسلطاتها في الحدود العامة والخاصة للمهمة المعهودة إليه، إلا أن بعض الأخطاء قد يرى المشرع الجزائي عدم ترك أو الإكتفاء بالعقاب عليها بالجزاء التأديبي فقط، فيتدخل باسماً حمايته باعتبار أن تلك الأخطاء والأفعال تهدد النظام العام في المجتمع كله وبالتالي ترقى إلى مصف المصالح الجديرة بالحماية جزائياً.

وبذلك لم تعد مهمة تقييم ومراقبة نشاط الوظيفة العامة وسلوك القائمين عليها حكراً على القاضي الإداري في إطار أحكام المسؤولية الإدارية التي تُعنى بالدرجة الأولى بمراقبة مشروعية تصرفات الإدارة ومدى إمتثالها للقوانين والتنظيمات النافذة ضمن فضاء يعتبر في الأصل المجال الحيوي للقاعدة القانونية. وإنما أصبح للقاضي الجزائي حضوراً ما فتئ يتزايد في هذا الفضاء الذي ظل، ولإعتبارات مختلفة بعيداً عنه، بسبب إزدياد أهمية الوظيفة العامة ودورها المحوري في خدمة وتنمية المجتمع وضمان مصالحه العامة، ولاشك أن قواعد المسؤولية الجزائية كونها تنصب على محاربة السلوكات المنحرفة للأشخاص تمثل سندا قوياً وفعالاً لمراقبة المشروعية في إطار من التكامل لتحقيق الهدف الأسمى وهو إرساء دعائم تخليق الحياة العامة.

وضمن هذا المنطق برزت مسألة التجريم لتشمل عقود الصفقات العمومية الخاضعة للقانون العام (الإداري) كأحد أهم عناصر نشاط الوظيفة العمومية وأخطرها في المجتمعات المعاصرة. وبسبب حداثة ظهور القواعد الموضوعية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، ما زالت تعتبر مسؤولية إستثنائية في محيطها العام. ما جعلها فكرة تتجادبها مواقف فقهية مختلفة بين مؤيد ومتحفظ لهذا مسؤولية (أولاً) على الرغم من أنها أصبحت واقعاً، لها حيزها في مجال السياسة الجنائية الحديثة للدول ولها تجلياتها ومظاهرها من خلال جرائم خاصة بها، كجريمة منح إمتيازات غير مبررة (المحاباة)(ثانياً)، وجريمة رشوة الموظفين العموميين في مجال الصفقات العمومية (ثالثاً).

المطلب الأول: مدى ضرورة التجريم في مجال الصفقات العمومية.

ظلت فكرة التجريم في مجال الصفقات العمومية منذ بدايتها وما زالت تثير نقاشاً معقداً في الفقه الجزائري بين المؤيدين لإقتحام القانون الجنائي للمجال الحيوي للقانون العام من خلال قطاع الشراء العمومي، وعدم الإكتفاء بأحكام القانون الإداري خاصة في ظل عدم وجود قانون إداري عقابي يحمي هذا القطاع من النشاط الإداري الذي يمكن أن يؤدي الإخلال به إلى الإضرار بكيان المجتمع وصدقية ومصداقية مؤسساته. فهو بذلك يمثل مصلحة عامة جديرة بالحماية الجزائية من جهة (أولاً)، وبين المتحفظين على مسألة التجريم إنطلاقاً من أنّ التوسع في التجريم وتدخل القاضي بسلطاته الواسعة في مجال معقد وتقني قد يعيق سير نشاط الوظيفة العامة تحت ذريعة شعور الموظفين العموميين المكلفين بإنجاز هذه الصفقات العمومية بنوع من التخوف في إتخاذ القرارات وعدم الإقدام على المبادرة التي يتطلبها أداء الوظيفة العمومية (ثانياً).

الفرع الأول: نظرة الفقه للتجريم في مجال الصفقات العمومية.

وهو النقاش الذي إختصرته جدلية ضرورة التجريم في الصفقات العمومية من جهة وعدم التجريم من جهة ثانية.

أولاً: الإتجاه المؤيد.

دعم هذا الإتجاه موقفه بمجموعة من الحجج والمعطيات التي تجعل في نظره، من فكرة التجريم في الصفقات العمومية مسألة ضرورية، لا بل حيوية، لحماية مصالح المجتمع، وهي الحماية التي لا يمكن أن توفرها سوى قواعد المسؤولية الجزائية. ويستند هذا الرأي في ذلك الى:

أ- ينظر للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية على أنها إختراق القانون الجزائري لفضاء لطالما ظل بعيداً عن مجاله لإعتبارات سياسية ذات صلة بعلاقة السلطات في الدولة ومدى إستقلاليتها، ما جعل من أصحاب القرار في السلطة الإدارية والتنفيذية القائمين على الوظيفة العامة، يحضون بمكانة متميزة بسبب ما يتمتعون به من سلطات عمومية خاصة عند تأدية مهامهم. فلم يكن من المتاح مساءلتهم جزائياً عن الأفعال المجرمة المرتكبة في نشاطهم الوظيفي الذي تشكل الصفقات العمومية أحد محاوره، بسبب سرية الأفعال وتضامن الهيئات الإدارية فيما بينها مما حال دون رفع دعاوى وشكاوى بخصوص جرائم الصفقات العمومية.

فمقتضيات العدالة والمساواة بين الناس أمام القانون من أهم مرتكزات دولة القانون في النظم الديمقراطية الحديثة، فلم يعد مقبولاً الإفلات من العقاب والتمييز عند تطبيق القانون، وعليه يجب أن يشمل القانون الجزائري أعمال الإدارة وخاصة تلك المرتبطة بتدبير الأموال العامة كالصفقات العمومية.

ب- كما ينظر لإختراق القانون الجزائري مجال الصفقات العمومية على أنه ضرورة أملتتها مجموعة من المعطيات والإعتبارات، فبالإضافة إلى أن التجريم يأتي كداعم للحماية القانونية التي يوفرها القانون الإداري، فإن حجم الانتهاكات والإعتداءات التي تعرض لها المال العام بمناسبة إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية إبتداءً من سنوات التسعينيات من خلال الفضائح الكبيرة التي تفجرت هنا وهناك، وبالأخص تلك التي عرفتتها مدينة ميلانو الإيطالية سنة 1991 عقب العملية التي سميت "بالأيدي النظيفة" والتي هزت الطبقة السياسية ومجموعة من المؤسسات والأحزاب السياسية الإيطالية. ما ولد شعور من الإمتعاض لدى الرأي العام الذي طالب بمحاسبة المجرمين وعدم الإفلات من العقاب ودعم موقف القضاء وجعله أكثر تشدداً وإصراراً على عدم التسامح مع المسؤولين العموميين وكذا المنتخبين بخصوص جرائم الصفقات العمومية.

ج- لقد شكل عجز الآليات القانونية والرقابية لحماية الصفقات العمومية، حافزاً إضافياً لتدخل القانون الجنائي، كون تلك الآليات تنصب مراقبتها فقط على فحص مشروعية الصفقة كتصرف إداري دون أن تتصرف مراقبتها إلى تقييم سلوك الشخص المبرم أو المنفذ لهذه الصفقات⁽¹⁾. فالقاضي الإداري له أن يبطل العقد وأن يحكم على الإدارة بالتعويض لصالح المتنافس المبعد بطريقة غير قانونية، وفي هذه الحالة تتحمل الإدارة التعويض كنتيجة لخطأ الشخص المنجز للصفقة دون أن يسأل الشخص المسؤول عن ارتكاب هذا الخطأ، ما يجعل دور القاضي الإداري غير مجدي ويضعف بالتالي أسس الحماية⁽²⁾.

د- كما أنه من ناحية الفعالية تبقى الإجراءات الجزائية في مجال المتابعة الأنسب والأجدي لما تتميز به من شفافية، وسرعة وبساطة، تكفل تحقيق رغبة المجتمع في الوصول إلى العدالة، بحيث تظهر الحماية الجزائية للصفقات العمومية كوسيلة قوية وفعالة لتخليق وتهذيب الحياة الإقتصادية والسياسية في المجتمع من خلال مراقبة وتقييم أعمال الوظيفة العمومية وسلوك القائمين عليها على حد سواء. لهذه الإعتبارات أصبح تدخل القاضي الجزائري في قطاع الشراء العمومي حقيقة ماثلة ومرحب بها في فقه القانون الجنائي المعاصر، بل وصف ذلك على أنهم أهم الظواهر القانونية التي دخلت على القانون الإداري في السنوات الأخيرة⁽³⁾ لأن التجريم يضمن حكمة جيدة في إستعمال الأموال العامة ويساهم في تهذيب قطاع الشراء العمومي⁽⁴⁾.

¹ على الرغم من الإجراءات الوقائية المعتمدة مؤخراً سواء في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد، وفي القانون 06-03 المتعلق بالوظيفة العمومية أو تلك التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية تحت عنوان مكافحة الفساد في المواد 60-61-61 مكرر - 61 مكرر 1 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² J.HERMANN, le juge pénal juge ordinaire de l'administration, DALLOZ, 1998 Chr.p.195.

³ J.B.Auby, le mouvement de pénalisation de l'action publique, Dr. Adm janv.1997, p3.

⁴ M.A -Frison-Roche, les enjeux de la pénalisations de la vie économique, DALLOZ, 1997, p.17.

ومن ثم فإن إعتبار المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية على أنها مسؤولية إستثنائية، لا ينقص من أهميتها ولا دورها في دعم الحماية القانونية لهذه العقود، فرقابة المشروعية في المسؤولية الإدارية تحتاج إلى رقابة سلوك الأشخاص القائمين عليها، في إطار مفهوم شامل لنزاهة الوظيفة العامة، ومدى إلتزامهم بواجبات الحياد والحيطة والإستقامة والأمانة التي تتطلبها.

ثانياً: التحفظ على التجريم في مجال الصفقات العمومية.

قوبلت موجة التجريم في مجال الصفقات العمومية بتحفظات خاصة من طرف المسؤولين العموميين بداعي اللأمن القانوني، لأن القاضي الجزائي عندما يعاقب السلوكات المخلة بواجبات النزاهة والحياد والإستقامة والحيطة بمناسبة تطبيق قانون الصفقات العمومية، إنما يعاقب خطأ إداري يندرج ضمن المسؤولية الإدارية والتأديبية. وعليه فإن منح الصفة العمومية، نتيجة مخالفة لتنظيم الصفقات العمومية قد يكون مجرد خطأً وظيفياً بعيداً عن كل إخلال بواجب النزاهة والإستقامة والحياد، وهو أمر وارد وشائع، فالمعاقبة الجزائية على مثل هذه الأخطاء قد تشعر المتعامل العمومي والمسؤول عن إنجاز هذه العقود بنوع من التوجس والخوف والتردد في إتخاذ القرارات وبالتالي يتغلب هاجس الخوف من المتابعة الجزائية على حرية المبادرة لمواجهة متطلبات الوظيفة العامة. ولذلك شكلتندريعة اللأمن القانوني أهم مرتكزات دعاء حركة عدم التجريم المضادة لموجة التجريم في مجال الصفقات العمومية.

ومن زاوية ثانية فإن الصلاحيات الموسعة التي يتمتع بها القاضي الجزائي في المتابعة الجزائية في مجال جرائم الصفقات العمومية⁽¹⁾ Plénitude du juge pénal كذلك المتعلقة بتفسير نصوص تنظيم الصفقات عند بحثه عن الأفعال التي تشكل سلوكات مجرمة، أو تلك المرتبطة بتحديد صفة الأشخاص الفاعلين وحجم مسؤوليتهم. هذه الوضعية أحدثت نوع من التداخل في الصلاحيات بين القاضي الإداري والجزائي وأدت إلى نوع من الضبابية في معرفة حدود مسؤولية كل منهما، خاصة في ظل عدم إلتزام القاضي الجزائي بتفسيرات القاضي الإداري بمناسبة مراقبة التصرفات والإجراءات المتخذة من قبل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة عند إبرام وتنفيذ هذه العقود. فالتدخل المزدوج للقاضي الإداري كأصيل والقاضي الجزائي كداعم، ضاعف من هواجس المسؤولين العموميين من الإفراط في المتابعة الجزائية على حساب المسؤولية التأديبية والإدارية التي عهدوها وألفوها في ظل القضاء الإداري.

¹ Cass.Grim, 3aout 1810 bull.crim, N°= 98, cité dans Catherine-prebissy-schnall, opcit, p.245.

ومن زاوية ثالثة فإن طبيعة الصياغة التقنية لجريمة المحاباة كما تضمنتها المادة 26 من القانون 06-01 خرجت عن المعهود في قواعد التجريم طبقاً للمبادئ العامة، خاصة ما تعلق منها بالدقة والوضوح كمحددات للركن الشرعي للجرائم. هذه الخصوصية فتحت الباب أمام التفسير الواسع للنص الذي لم يقتصر على قانون العقوبات بل تعداه إلى مجموعة كبيرة من النصوص القانونية والتنظيمية المشكلة لمنظومة الأحكام المكونة للنظام القانوني المهيكّل للصفقات العمومية، والتي يحيل إليها النص الجزائي في تحديد الأفعال المخلة بقواعد النزاهة والحياد والإستقامة، وهو ما مثل ضغوطاً على الممارسين في حقل الشراء العمومي بسبب إتساع نطاق المساءلة الجزائية نتيجة التوسع في نطاق تفسير الأخطاء عند اللجوء إلى قوانين أخرى خارجة عن النص العقابي.

ومما سبق نخلص إلى القول أن هذا النقاش الفقهي رغم وجاهة المبررات التي ساقها كل فريق فإنه لم يحول دون التسليم بضرورة تدخل القانون الجزائي لتدعيم الحماية للصفقات العمومية. فبالرغم من أن قانون العقوبات لم يخلو من النص على بعض الجرائم ذات الصلة بنزاهة الوظيفة العمومية كجريمة الرشوة وإستغلال النفوذ، وأخذ فوائد بصفة غير قانونية، فإنه وتكريساً للأهمية الخاصة التي تحظى بها هذه العقود فقد أفرد لها جرائم خاصة ومتميزة عن ضمن منظومة محاربة الفساد، ولعل أبرزها جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية والمعبر عنها فقهاً بإسم " المحاباة Favoritisme " ونصت عليها المادة 26 من القانون 06-01، كما قرر لجريمة رشوة الموظفين العموميين في مجال الصفقات العمومية عقوبات مشددة، في جريمة مستقلة، غير تلك المقررة للرشوة في جرائم الفساد الأخرى طبقاً للمادة 27 من نفس القانون .

الفرع الثاني: مقتضيات التجريم في مجال الصفقات العمومية.

مع أن جرائم الصفقات العمومية جاءت في السياق العام لتجريم الفساد، إلا أنها تميزت ببعض الخصوصية، من حيث كونها تقع على صفقة عمومية طبقاً لنموذج جريمة المحاباة في المادة 26 من القانون 06-01 التي تنص على " كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقاً...." وكذلك في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية طبقاً للمادة 27 من نفس القانون (أولاً) وأن السلوك المجرم مرتبط بإجراء إبرام أو بالتأشير على هذه الصفقة من طرف أشخاص لهم صفة الموظف العمومي (ثانياً).

أولاً: تتمثل خصوصية جرائم الصفقات في أنها تقع على صفقة عمومية، وفي هذا الصدد فقد حددت المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مدلول الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تدرج وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.

وقد سبقت الإشارة⁽¹⁾ إلى بعض الخصائص التي تميز هذه العقود، بأنها عقود مكتوبة وكذلك طابعها الإداري وخضوعها من حيث الإبرام والتنفيذ والإنهاء إلى القواعد القانونية، وكذلك إقرارها من عقود العوض⁽²⁾، بالإضافة إلى خضوعها لأنواع شتى من الرقابة الداخلية، إدارية، إجرائية وخارجية للمشروعية من طرف لجان صفقات مختصة بلدية وولائية قطاعية وطنية، ووصائية من أجل رقابة ملائمة، ومالية للتثبت من مشروعية النفقة، وجزائية لتقييم سلوك الأشخاص.

والجدير بالإشارة أن المشرع اعتمد آلية خاصة في إبرام هذه العقود تقوم على معيار مالي يستند إليه لتحديد طريقة الإبرام الواجب إتباعها من طرف المصلحة المتعاقدة تحت طائلة البطلان، وتتمثل في وضع حدود مالية أو عتبة⁽³⁾ les seuils يتعين الإلتزام بها. وبتفحصنا للحدود المالية المحدد في نص المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 10-236 يمكن إستنتاج ثلاثة أشكال من إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

- إجراءات شكلية procédures formalisées يتعين التقيد بها إجبارياً طبقاً لما نص عليها تنظيم الصفقات الساري المفعول عندما يساوي مبلغ العقد أو الطلب ثمانية ملايين (8.000.000 دج) أو يفوق بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، وأربعة ملايين (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات والخدمات. ومنهذه الاجراءات وجود الإعلان عن الصفقة والإشهار ضماناً للمنافسة الواسعة لجلب أكبر عدد من المرشحين للدخول والمساهمة في الشراء العمومي، وبالتالي توفير مجال أوسع للمصلحة المتعاقدة في إختيار أحسن العروض وأفضلها من حيث الثمن والجودة وغيرها، لتلبية حاجاتها في تحقيق الخدمة العمومية والمصلحة العامة.

- إجراءات ملائمة procédures adaptées بالنسبة للعقود أو الطلبات الأقل من المبالغ المذكورة أعلاه أي التي تتراوح ما بين 8.000.000 دج و500.000 دج بالنسبة للأشغال واللوازم وما بين 4.000.000 دج و200.000 دج بالنسبة للدراسات والخدمات. ولتسهيل مهمة المصلحة المتعاقدة وإضفاء مرونة وسرعة على نشاطها للإستجابة لتلبية حاجات الناس، منحت سلطة تقديرية للإدارة للتعبير عن إرادتها الحرة في إختيار وتقدير أنسب الطرق لإبرام العقد ضمن هذه الحدود المرسومة.

¹أنظر الصفحة 89 من الفصل الثاني من الباب الأول.

²وهو ما إتمده المشرع الفرنسي في تعريفه للصفقات العمومية وجعله معياراً للتمييز بين الصفقة العمومية والتفويض بالخدمة العمومية Délégalion de services public عند تعريفه لها من خلال المادة 38 من القانون رقم 93-122 المؤرخ في 29-01-1993 المستمد من القانون المسمى MURCEF المؤرخ في 11-12-2001 في مادته الثالثة. حيث إعتبرت أن الفرق بين العقدين يكمن في المقابل أو الثمن Rémunération ففي الصفقة يكون المقابل عبارة عن مبلغ من المال يدفع كلياً و فوراً للمتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة مقابل الخدمة المقدمة سواء أشغال أو إقتناء لوازم أو خدمات. أما في التفويض بالخدمة فيكون الثمن بصفة جوهرية محصل عليه من عائدات إستغلال الخدمة العمومية المفوض بها للمتعاقد.

³ أهمية تحديد الحدود المالية seuils لتفادي أي تحويل غير مشروع لطريقة إبرام الصفقة وكذلك لمنع تقسيم وتجزئة الصفقة إلى حصص بصور إحتيالية أو تعسفية division en lots maline ou abusive للتهرب من إجراءات الإستشارة، أو ما يعبر عنه فقهاً بـ (saucissionnage) وهو ما أكدته المادة 6 من قانون الصفقات عندما نصت على " يمنع تجزئة الطلبات بهدف تفادي الإستشارة المذكورة في الفقرة 2 من هذه المادة".

- إجراءات لا تشترط اللجوء إلى الإستشارة وجوباً، بالنسبة للعقود والطلبات الصغيرة (Petits achats) ذات الأثمان الأقل من 500.000 دج بالنسبة للأشغال واللوازم و200.000 دج بالنسبة للدراسات والخدمات.

ومن حيث طبيعة موضوع الصفقة يمكن أن تبرم صفقة أو عدة صفقات بهدف تلبية حاجة معينة خاصة بالتسيير أو التجهيز، وتشمل إحدى العمليات⁽¹⁾ الآتية كما نصت عليها المادة 13 من المرسوم رقم 10-236:

- **صفقة الأشغال** وهي تهدف إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة والضرورية لإستغلالها، حسب الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة.

- **صفقة اللوازم** تهدف إلى إقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.

وفي حالة إرتبطت صفقة إقتناء اللوازم بأشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة لا تتجاوز مبالغها قيمة تلك اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم.

- **صفقة الدراسات** تهدف إلى القيام بدراسات نضج، وإحتمالاً تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها أو إستغلالها. وتشمل في إطار صفقات الأشغال مهمات المراقبة التقنية أو الجيو تقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع.

- **صفقة تقديم الخدمات** وهي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.

وبالرجوع إلى نص التجريم لجريمة المحاباة حسب صياغة المادة 26 نجده إستعمل مصطلح عقد للتعبير عن الصفقة، وإن كان هذا المصطلح يحتمل مفهوماً أوسع يشمل أنواع أخرى من العقود كالصفقات التي تشمل على قسط ثابت وقسط أو أكثر إشتراطي *Marché à tranche conditionnelle* أو صفقات التحصيل *L'allotissement* أو عقود برنامج *Contrats programmes* التي قد تأخذ شكل إتفاقية سنوية أو متعددة السنوات *Convention annuelle* أو صفقات الطلبات *Le marché à commande*.

¹ يختلف مصطلح العملية *Notion d'opération* عن مختلف المنشأة *ouvrage*

a) Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en œuvre , dans une période de temps, un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés et que le maître de l'ouvrage a décidé d'exécuter dans une seule période. Une opération peut concerner plusieurs ouvrages exemple : la réalisation des trottoirs dans des différents quartiers de la ville.

b) le terme ouvrage منشأة est défini comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné a remplir par lui même une fonction économique ou technique (Voir Catherine RIBOT, opcit.p 104).

أما الإتفاقية La convention وهي التسمية التي غالباً ما تطلق على العقد المبرم من طرف المصلحة المتعاقدة عندما تكون المبالغ المالية أقل من الحدود المذكورة أعلاه المثبتة من قبل المشرع والتي تتطلب إبرام صفقة وبذلك لا يخرج مدلول الإتفاقية عن مفهوم العقد⁽¹⁾.

وأما الملحق Avenant فهو وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة الأصلية، مع إمكانية تضمينه عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي، كما يمكن أن يتضمن موضوعه تمديد الآجال لتنفيذ الصفقة إذا إقتضت الضرورة.

والملاحق كما الصفقة الأصلية يخضع لرقابة المشروعية وتأشيرة لجنة الصفقات ضمن الشروط المحددة في تنظيم الصفقات⁽²⁾.

غير أن هذا التصنيف للمختلف العقود لا يعفي المصلحة المتعاقدة من الإلتزام بأهداف قانون الصفقات العمومية المحددة في المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهي ضمان الفعالية في الشراء العمومي وحسن تدبير المال العام من خلال تكريس مبادئ حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وضمان شفافية الإجراءات.

ثانياً: إشتراط صفة خاصة في الجاني.

تمتاز جرائم الصفقات على غرار باقي جرائم الفساد بأنها من جرائم ذوي الصفة التي يشترط في مرتكبها أن يتصف بصفة مميزة وخاصة وهي في هذا المقام صفة الموظف العمومي، بمدلولها الواسع والعام، شاملة كل من يتمتع بهذه الصفة طبقاً للشروط القانونية المكرسة في قانون الوظيفة العمومية، أو من في حكمه ممن يعهد له القيام بخدمة عمومية ويظهر بمظهر الموظف العمومي في نظر الغير حتى وإن لم تتوفر فيه شروط تلك الصفة.

ومن ثم شكلت صفة الموظف العمومي ذلك الركن أو العنصر المشترك في قيام كل جرائم الصفقات، فنجدهم محدد في جريمة المحاباة طبقاً للمادة 26 من خلال عبارة " كل موظف عمومي " وقد أقرت بكلمة " كل " التي تفيد التعميم ليشمل كل الأشخاص ممن تتوفر فيهم هذه الصفة أو من في حكمهم. كما نجده في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في نص المادة 27 بقولها " كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض....."⁽³⁾.

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 113.

² راجع المواد من 102 إلى 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلقة بملحق الصفقة وإجراءات إبرامه.

³ وكانت المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات تتحدث عن " كل من يعمل لصالح الدولة والجماعات المحلية أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام". ما يوحي بأن الجاني ليس بالضرورة موظفاً أو من في حكمه وإنما يشمل الأشخاص المتعاملون مع الإدارة أو هيئة عمومية ولو كانوا يمارسون مهنة حرة، كالمستشارين أو مكاتب الدراسات المكلفين بإنجاز عملية تقتضي إبرام عقد مع الغير لصالح الجهة المستخدمة.

وتكتسي صفة الجاني في هذه الجرائم مدلولاً ومفهوماً واسعاً في تحديد الأشخاص الخاضعين

للمساءلة الجزائية في مجال الشراء العمومي، ويمكن تصنيفهم لفئتين أساسيتين هما:

- **الفئة الأولى:** أصحاب السلطة العمومية، والأشخاص المكلفين بمهمة في إطار الخدمة العمومية، وكذلك الأشخاص أصحاب العهدة الإنتخابية. وهي نفس الأشخاص التي يمكن كذلك متابعتها ومعاقبتها جزائياً في الجرائم الأخرى المتعلقة بالمتاجرة بالوظيفة العمومية، كجريمة الرشوة وإستغلال النفوذ، وأخذ فوائد غير مستحقة بطرق غير مشروعة.

- **الفئة الثانية:** وهي الأشخاص الذين يشغلون وظائف لتمثيل الشخص العمومي كالموظفين المتصرفين وأعوان الدولة والجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية المشار إليها في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية أو من في حكمهم.

ومن أجل ذلك نجد النص التجريبي في تحديد الأشخاص المنتمين لهذه الفئة اعتمد معيار وظيفي Fonctionnel وليس قانوني Statutaire أي أنه يؤخذ بعين الإعتبار وظيفة الشخص ومدى إرتباطها بمجال الصفقات العمومية وكذلك حجم تدخله في إجراءات إبرام هذه العقود، أكثر من صفة العون.

وبهذا المعنى يتسع مجال المعنيين ليشمل كل الأشخاص المسؤولين عن الصفقات العمومية، أي المكلفين بإنجاز إجراءات الإبرام والتنفيذ والإمضاء والتأشير بإسم الشخص العمومي، وكذلك أعضاء المجالس واللجان المداولة في مجال الصفقات والمصالح التقنية للجماعات المحلية، مسيرو وأعوان المؤسسات العمومية، مسؤولي وأعضاء مكاتب الدراسات، والمهندسين المعماريين المكلفين بالمراقبة والمتابعة Maître d'œuvre .

ولأن صفة الموظف العمومي ركن مشترك في كل جرائم الصفقات العمومية لا تقوم هذه الجرائم إلا بوجوده كما سبق بيانه نحيل في ذلك إلى ما أوردناه في الفصل الأول من هذا الباب تفادياً للتكرار ونتناول بالدراسة الأركان الأخرى لهذه الجرائم من خلال التطرق لكل جريمة على حده في مطلب مستقل حسب الآتي:

المطلب الثاني: جنحة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

بالنظر إلى الركن الشرعي لهذه الجنحة تعتبر جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية أهم الجرائم المتعلقة بالشراء العمومي التي تضمنها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في مواده 26- 27 و 34.

أما بخصوص جريمة منح إمتيازات غير مبررة جاء النص عليها في المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية ومكافحة الفساد، فقد تضمنها في صورتين: تتعلق أولاهما بما سمي في الفقه الجنائي بالمحاباة، والثانية تتمثل في إستغلال نفوذ الأعوان العموميين في الهيئات والمؤسسات العمومية للحصول على إمتيازات غير مبررة.

فقد تناولت الفقرة الأولى من المادة 26 الصورة الأولى بقولها " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

1- كل موظف عمومي يمنح عمداً للغير إمتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات⁽¹⁾.

وأما الصورة الثانية فقد جاء النص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة 26 بقولها:

2- " 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 الإقتصادية 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"⁽²⁾.

وللوقوف على حقيقة الركن المادي لهذه الجريمة إنطلاقاً من هذه الصيغة المعقدة والفريدة لركنها الشرعي، فإن معرفة الغاية من وجودها ومبتغى المشرع من وراءها من شأنها أن تدلل الكثير من الصعوبات في فهم ما غمض من مكوناتها وعناصرها.

¹ وقد كانت صياغة هذه الفقرة قبل تعديلها بموجب القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 غشت 2011 المتضمن تعديل القانون رقم 06-01 (ج ر عدد 44 ص 5) على النحو التالي " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يوشر أو يراجع عقداً أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقاً مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير.

² وتجدد الإشارة إلى أن المادة 26 حلت محل المادة 128 مكرر الفقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة.

فالغاية من هذه الجنحة أنها جاءت لحماية وضمان عدم إخلال المسؤولين العموميين بواجب النزاهة والحياد، لمنع تفضيل أحد المترشحين، بطريقة غير مشروعة للحصول على صفقة عمومية، ومن ثم ضمان المنافسة الفعلية في منح الصفقة عن طريق ضمان حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وبالتالي سد باب المحسوبية والتفضيل على أساس الانتماء الحزبي Clientélisme وصولاً إلى تخليق الحياة والحفاظ على المقدرات المالية، ما يجبر المسؤولين العموميين عند تدبير الشراء العمومي على تمحيص إختياراتهم والاسعداد لتبريرها عند اللزوم.

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة منح الإمتيازات غير المبررة.

تحدد طبيعة نشاط أو الفعل الإجرامي في أن القاضي الجنائي يبحث عند تصديه للمتابعة الجزائية في جريمة المحاباة، فيما إذا كان بالإمكان أن تمنح الصفقة العمومية لمرشح آخر لو إحتزمت كافة إجراءات المنافسة الحرة.

ولا يتسنى له ذلك إلا بتحديد ماهية هذه الجريمة عن طريق معرفة كيانها المادي المعبر عن حقيقتها، وهذا الكيان لا يظهر إلا في العالم الخارجي، ولا يكون له وجود فيه إلا بقيام الشخص (أو عدم قيامه) بأفعال مادية محسوسة وعناصر مادية عيئها المشرع في النموذج القانوني للجريمة. ومن ثم فإن الركن المادي للجريمة تحده عناصر ثلاثة، سلوك (إيجابي أو سلبي)⁽¹⁾، ونتيجة يحققها هذا السلوك⁽²⁾، وعلاقة سببية تربط هذا السلوك بالنتيجة⁽³⁾.

وبالرجوع إلى النموذج التجريمي لجريمة منح الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية حسب ما حددته المادة 26 من القانون 06-01 نلاحظ أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في فعل منح إمتيازات غير مبررة بمناسبة إبرام أو التأشير على الصفقة أو العقد أو الإتفاقية أو الملحق عن طريق سلوكات مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

¹ السلوك هو المظهر الذي يبدأ الركن المادي به وجوده في العالم الخارجي بوصفه كياناً مادياً.فكرة الجريمة تنشأ في بدايتها كفكرة في ذهن الفرد فهي مجرد نشاط نفساني لا يمكن وصفه بالسلوك، ولكن متى بدأت هذه الفكرة بالتحقق في العالم الخارجي بنشاط إيجابي أو موقف سلبي عد ذلك سلوكاً.

Stefani, Levasseur et Bouloc, droit pénal général, opcit n°= 212 p.186.

²النتيجة ويقصد بها ذلك الأثر الناجم عن النشاط الإجرامي، وغالباً ما تمثل النتيجة " حقيقة مادية" كالموت في جريمة القتل. وقد تكون النتيجة مجرد " حقيقة قانونية" لا تحمل أي ضرر لأحد وإنما تتمثل في إعتداء على حق يحميه القانون كالإتفاق الجنائي وحمل سلاح ممنوع.

³العلاقة السببية وهي الرابطة بين الفعل والنتيجة بمعنى أن يكون الفعل هو سبب النتيجة، وموضعها في النظرية العامة للجريمة هو أنها عنصر في الركن المادي للجريمة.

محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983 ، ص 483.

والجدير بالإشارة أن الصياغة القديمة لهذه المادة قبل تعديلها بموجب القانون 11-15 كانت تعتبر منح إمتيازات غير مبررة غرضاً أو نتيجة، أما النشاط المجرم هو الإبرام والتأشير أو المراجعة

لعقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقاً. بينما في الصياغة الجديدة، عد منح الإمتيازات غير المبررة الفعل المجرّم ذاته، كما ضيق النص الجديد من نطاق مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وحصرها في مخالفة الأحكام المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. كما حسمت مسألة الركن المعنوي لهذه الجريمة عندما أضيفت عبارة " عمداً" التي لم ترد في النص القديم. وبالرغم من هذه التحويرات التي أدخلت على النموذج الإجرامي لجريمة المحاباة التي أزلت الكثير من الإشكالات والنقاشات التي عرفتھا المحاكم الجزائية بمناسبة تصديھا لقضايا الفساد في مجال الصفقات العمومية، فما زال هناك مناطق من الظل تشهدها هذه الجريمة بسبب الغموض وعدم الدقة في تحديد الألفاظ والعبارات المكونة للركن المادي ومطاطية بعض المفاهيم القانونية ما قد يؤدي إلى التوسع في تأويلها وتفسيرها من طرف القاضي الجزائي.

وسوف نلمس ذلك عندما نتعرض للعناصر أو الشروط الثلاثة الواجب توفرها في السلوك أو النشاط الموجب للعقاب في جريمة المحاباة والمتمثلة في:

أولاً: يجب أن يؤدي الفعل إلى منح أحد المرشحين للصفقة إمتيازاً غير مبرر.

ثانياً: يجب أن يؤدي الفعل إلى خرق لمبادئ حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

ثالثاً: يجب أن يرتكب الفعل بطريقة عمدية وسرّجى التعرض لهذا العنصر إلى حين دراسة الركن المعنوي.

أولاً: الإمتياز غير المبرر كعنصر في تكوين جريمة المحاباة.

الأصل اللغوي لكلمة إمتياز مشتق من ميز وفعلها ماز بمعنى فضل الشيء عن من سواه أي فرزه، كما عُرّفَت كلمة إمتياز على أنها إنعام خاص يعطيه الحاكم رجلاً أو جماعة لبيع صنف من البضاعة أو عمل من الأعمال مانعاً غيرهم من تعاطيه⁽¹⁾. ففكرة التفضيل والتمييز والفرز ليست محظورة في ذاتها، وإنما تصبح كذلك عندما يكون هذا التمييز غير مبرراً لعدم إرتكازه على أساس أو سند شرعي.

¹ المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق بيروت 2003، ص 781. (أنظر في ذلك كريمة عله، المرجع السابق، ص228).

- وقد إستعمل مصطلح " الإمتياز غير المبرر" في فرنسا من قبل لجنة عمليات البورصة commission d'opérations bancaires المعروفة ب COB التي أصبحت AMF - Autorité des marchés financiers، بموجب القانون 89-531 المؤرخ في 2 أوت 1989 المتعلق بشفافية الأسواق المالية، والذي سمح للجنة بمعاقبة كل متعامل يخرق قانون السوق والمنافسة أو يستفيد من إمتياز غير مبرر *avantage injustifié*

وقد عاقبت لجنة الإنضباط المالي عون عمومي لمنحه إمتياز غير مبرر بمناسبة إبرام صفقة عمومية

Catherine prebissy-schnall, opcit p.61.

وينظر لمصطلح إمتياز في إطار جرائم الصفقات العمومية من منطلق موضوعي يستند إلى الوقائع فهو ليس بالضرورة ربحاً مادياً وإنما قد يتمثل في مجرد معلومة تحصل عليها مرشح بطريقة غير مستحقة جعلته في وضعية متميزة على المرشحين الآخرين، خاصة إذا كانت هذه المعلومة مؤثرة في عملية منح الصفقة كأن تتعلق بالمحتوى التقني والمالي للصفقة⁽¹⁾.

فإذا كان المشرع قد ربط مدلول الإمتياز غير المبرر في المادة 26 بإبرام أو تأشير على عقد أو صفقة أو إتفاقية أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، فهل ذلك يعني أن مجرد خرق هذه المبادئ يؤدي بالضرورة إلى وجود إمتياز غير مبرر؟ فعلى غرار ما هو معتمد في القانون الإقتصادي الخاص، الذي يستند في تحديده للإمتياز غير المبرر في العقود الإقتصادية والمالية، على معيار قواعد السوق وحرية المنافسة، بحيث تنتظر لأي إمتياز غير مبرر ولو تمثل في معلومة من شأنه الإخلال بقواعد المنافسة الحرة، على أنه فعل مجرم يستحق العقاب⁽²⁾. فإن المبادئ الثلاثة التي يقوم عليها تنظيم الصفقات العمومية يمكن إعتبارها كذلك معياراً لتحديد الإمتياز غير المبرر في الشراء العمومي كونها ترمي لتوفير فرص متساوية وتكريس مبدأ المنافسة للمرشحين للظفر بالصفقة العمومية، ومن ثم أي تجاوز لهذه المبادئ يشكل إمتياز غير مستحق موجب للعقاب في إطار جريمة المحاباة⁽³⁾.

وفي هذا الصدد جاء موقف القضاء الفرنسي مؤكداً لهذا الإتجاه معتبراً أن الطابع غير المبرر للإمتياز يكون عند حصوله بناءً على تصرف مخالف لقواعد حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية⁽⁴⁾، ومن ثم لا يشترط توفر معيار إضافي لقيام جريمة المحاباة بل يكفي مثلاً وجود تعطيل لمبدأ المساواة بين المرشحين لقيام الجنحة، وبالتالي لا أهمية للبحث عن الباعث أو السبب من وراء منح الفاعل للإمتياز غير المستحق، طالما أن الإمتياز قد منح للغير خرقاً لتنظيم الصفقات العمومية. وعليه لا يمكن تبرير الإمتياز بذريعة الحرص على تحقيق فوائد إقتصادية مثلاً أو بحجة الحفاظ على مصالح البلدية كما تم في حالة إختيار مقابلة لمنح الصفقة فقط لأنها محلية وقريبة من موقع العملية، أو لأنها تساهم في القضاء على البطالة.

¹ Marie-Paule Lucas de LEYSSAC, ALEXIS Mihmann, opcit, (détit d'initié) p.444.

² Alain serge Mescheriakoff, le délit de favoritisme, opcit p.6.

³ J.SAVOYE. " De La répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière des marchés publics", D 1999, chiron, p.169.

- cass crim, 11-11-2002, juris data N°= 2002 018102.

- TGI Rennes 18 juin 1999, non publié cité dans catherine prebissy-schnall, opcit, p.62 " Le caractère injustifié d'un avantage résulté nécessairement du simple fait de l'avoir procuré en violation des règles édictées pour assurer l'égalité des candidats".

⁴ TGI paris, 7 janv. 1998 " le délit de favoritisme", les fiches, Economie mixte nov.1998, p.20.

وبناء عليه فبالنسبة للقاضي الجنائي فإن الطابع غير المبرر للإمتياز في مجال الصفقات العمومية يثبت بالضرورة بمجرد خرق القواعد الضامنة للمساواة بين المرشحين. والحال كذلك، فإن السؤال الذي يطرح كيف يتسنى للقاضي الجنائي تحديد الفعل المبرم أو المؤشر للصفقة فيما إذا كان يشكل إمتيازاً غير مبرراً أم لا؟

بالرجوع لنموذج التجريم في جنحة المحاباة نجد أن النشاط الإجرامي يتمثل في إجراء إبرام أو تأشير صفقة أو عقد أو إتفاقية أو ملحق، بطريقة مخالفة لقواعد تنظيم الصفقات العمومية المتصلة بحرية

الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. ولعل هذه الصياغة فرضتها صعوبة بل إستحالة حصر كل الأفعال التي تشكل خرقاً لهذه القواعد وبالتالي تعتبر إمتيازاً غير مبرراً، فلجأ المشرع إلى وضع معالم يمكن للقاضي الجزائي أن يهتدي بها في بحثه عن الأفعال المجرمة في مجال واسع ومعقد وتقني كالصفات العمومية. بالإضافة إلى تحديد هذه المعالم تم منح القاضي سلطة واسعة في التفسير وتأويل الوقائع وتكييفها مستقلاً عن تكييف القاضي الإداري لتحديد السلوك المجرم، وقد رأى بعض الفقه الجنائي في ذلك خروجاً على القواعد العامة لقانون العقوبات التي تركز المفهوم الضيق لتفسير القواعد الجزائية وتساءل آخرون حول ما إذا أصبحنا أمام مفهوم جنائي خاص وجديد يتعلق بالصفات العمومية⁽¹⁾.

كما أن محور مهمة القاضي الجزائي حول البحث عن الأفعال المخالفة للمبادئ الثلاثة التي وردت في نص تجريم المحاباة (المادة 1-26)، يؤشر إلى أن ليست كل أحكام تنظيم الصفات العمومية مشمولة في نطاق الأفعال المجرمة، وأن هناك قواعد أخرى وضعت فقط لأجل ضمان حماية القانونية لهذه العقود كتحديد كيفية الدفع مقابل الخدمات، وإستلام المنشآت وغيرها التي تبقى من صلاحيات القاضي الإداري.

ومن ناحية أخرى فإن إنتفاء الدليل على وجود علاقة سببية بين مبدأ المساواة والحرية وبين منح الصفة، يعفي القاضي الجزائي من البحث فيما إذا كان خرق هذه القاعدة هو سبب منح الصفة محل النزاع، لأنه في أغلب الأحيان يصعب عليه إيجاد الدليل لإثبات هذه العلاقة السببية، بسبب أنه قلما يتوفر على كل العناصر الضرورية التي تمكنه من تحديد وبشكل دقيق طبيعة قرار الإدارة أو لجنة الصفات في تقييمها للعرض الأفضل Le mieux disant مثلاً في غياب الإمتياز غير المبرر⁽²⁾، أو في الحالة التي لا يمكن فيها للتحقيق الجنائي إثبات عدم شرعية إجراء شكلي، كفتح الأطراف بعد الأجل المحدد لإستلام العروض، على أنه قد تم عمداً من أجل الإخلال بمبدأ المساواة بين المترشحين.

¹ S.BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ, paris, 1974, p 281.

² TGI Best, 20 mai 1997, réf. MIEM5/12/34, non publié : relaxe, cité dans catherine pribessy. schnall, opcit, p.77.

وقد اختلفت الآراء حول تقدير العلاقة السببية بين المحاكم الإدارية والتي تعتمد السبب الملائم adéquate أي ربط الضرر بالسبب الذي يفترض بالنظر إلى طبيعته أنه نتاجه، وبين المحاكم الجنائية التي تتبنى نظرية السبب المعادل équivalent حيث يكفي أن يكون الفعل الضار قد ساهم في وقوع الضرر لكي تقام المسؤولية الجزائية لفاعله، وقد طلب بعضهم بتطبيق نظرية السبب الملائم من طرف القاضي الجزائي في مجال الصفقات حتى يتسنى له التفرقة بين الأفعال المؤثرة مباشرة في إحداث الضرر وبين تلك غير المؤثرة⁽¹⁾.

ولما كانت جنحة المحاباة تقتضي مخالفة الأحكام القانونية والتنظيمية التي تضمن حرية الدخول والمساواة وشفافية الإجراءات، عند إبرام أو تأشير الصفقة العمومية، فإن البحث عن النشاط المجرم المتمثل في الإمتياز غير المبرر، يقتضي بالضرورة الرجوع إلى النصوص الناظمة لهذه الأحكام لمعرفة إجراءات الإبرام والتأشير خاصة تلك التي رسمها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والمتعلق أساساً بشكل الصفقة وإجراءات وكيفيات إبرام العقود، إختيار المتعامل المتعاقد، تأهيل المرشحين، بيانات العقد أو الصفقة، أسعار الصفقة، كيفيات الدفع، والضمانات وغيرها. فدور القاضي الجزائي يكمن في تحديد القاعدة التي تم خرقها وبالتالي وجود جريمة منح إمتياز غير مبرر.

ومن الناحية العملية فإن خرق القواعد المخلة مثلاً بمبدأ المساواة بين المرشحين يمكن أن تتخذ أشكالاً متعددة ومتنوعة وهو ما تشهد عليه بعض أحكام وقرارات القضاء الفرنسي في هذا الخصوص والتي يتضح من خلالها أن الإمتياز غير المبرر يمكن أن يمنح في كل مراحل مسار الصفقة العمومية بدءاً من مرحلة التحضير، ثم الإبرام، والتنفيذ، بغض النظر إن كانت الصفقة منحت للمستفيد من الإمتياز أم لا.

أ- الإمتياز غير المبرر الممنوح قبل إبرام الصفقة.

تمثل قواعد الشفافية التي فرضها ق.ص.ع قبل إقدام المصلحة المتعاقدة على إبرام الصفقة العمومية ضماناً لحرية الدخول للطلب العمومي، ومن ثم فأى تجاوز لهذه القواعد يشكل إمتيازاً غير مبرر يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة حتى وإن كان في ظاهره يعطي الإنطباع بإحترام المشروعية. وقد يكون هذا الخرق، حسب الحالة، معطلاً للمنافسة أو يحد منها ويتخذ هذا الخرق صور متعددة منها:

أ-1- تسريب معلومات إمتيائية لأحد المترشحين مساساً بمبدأ المساواة قد يشكل الركن المادي

لجريمة المحاباة، لأنه يترتب عليه إقصاء مترشح بسبب هذه المعلومة وهذه المعلومة تتخذ شكل منظم⁽²⁾ يمكن أن يتم تسريبها عبر عدة وسائل.

¹Rapport au garde des sceaux, la responsabilité des décideurs publics, groupe d'étude présidé par Jean MASSOT, coll. les rapports officiels, Doc, Fr, 2000.

² A.TOUZILOND, " le point sur la responsabilité pénale des agents publics en raison des manquements commis dans le cadre des opérations des marchés publics ou délégations de service public" Rev, marchés publics, n°= 2/98, p13.

كتلك التي يقدمها أحد أعضاء المجالس المنتخبة المداولة أو لجنة الصفقات، أو إستغلال الإنتماء الحزبي وقد تتم عن طريق تسليم وثيقة تتعلق بالجانب التقني للعملية Devis chiffre estimatif كما أن عدم إحترام قواعد المنافسة أو الحد منها يمكن أن ينظر له كإمتياز غير مبرر، فقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها أن عدم الإشهار في النشرة الخاصة بالصفقات العمومية BOAMP بمثابة الحد من وصول المعلومة لكافة المرشحين⁽¹⁾، أو أخيراً الحصول على المعلومة من خلال مشاركة ومساهمة المترشح في عملية تحديد الحاجات définition des besoins.

أ-2- **وضع شروط حسب القياس** clauses sur mesure وهي الحالة التي تضمن فيها المصلحة المتعاقدة دفتر الشروط بنود تقنية معدلة لشروط العقد بحيث تستجيب وتتناسب مع قدرات وإمكانيات المقولة أو الممون المرشح المراد تفضيله⁽²⁾. وفي محاولته لمواجهة هكذا حالات إشتراط قانون الصفقات الفرنسي إعتداد طريقة الترتيب التسلسلي والمسبق لمعايير إختيار المتعامل المتعاقد hiérarchisation des critères de choix لنقادي التقييم الشخصي غير الموضوعي للمسؤول عن الصفقة⁽²⁾.

أ-3- **إنجاز دراسات الجدوى** عمدت بعض تشريعات الصفقات العمومية إلى منع المقولة التي تنجز هذه الدراسات من المشاركة في تقديم العروض كالقانون البلجيكي لتجنب أي طعن قد يتم لاحقاً. في حين إعتبر القضاء الفرنسي أن حصول المرشح على معلومة يمكن إعتبارها إمتياز، فهذا لا يعني وجوب إبعاده بصفة آلية من المنافسة، وهكذا قضى مجلس الدولة بأن المرشح الذي قام مسبقاً بإعداد دراسة حول وضع نظام إعلام آلي لا يمكن إبعاده مسبقاً لهذا السبب، ويجب معاملته طبعاً بناءً على الوثائق in concerto لمعرفة ما إذا كانت طبيعة المعلومة التي بحوزته تؤدي إلى التمييز فعلاً بين المرشحين⁽³⁾.

أ-4- **التحصيل غير المبرر للصفقة العمومية**، لقد أجاز تنظيم الصفقات تحصيل⁽⁴⁾ L'allotissement الحاجيات لإتاحة الفرصة للمقاولات الصغيرة والمتوسطة ولتسهيل دخولها ومشاركتها في الطلب العمومي، وكذلك تمكين المصلحة المتعاقدة من إنجاز المشاريع في آجال قصيرة عن طريق إشراك مجموعة من المقاولات، غير أن المشرع منع اللجوء إلى التحصيل غير المبرر للصفقة بنية التهرب من متطلبات الشكلية الواجب الإلتزام بها من أجل منح العقد أو الصفقة لمقاولات بعينها. ويعتمد القاضي في تكييفه للوقائع في هذه المسألة على الحدود التي نص عليها تنظيم الصفقات في المادة 6 بحسب نوع كل عملية وطبيعتها، ويتطلب الأمر من القاضي الجزائي معرفة هذه الحدود لقياس ما إذا كان هناك تحصيل غير مبرر أم لا.

¹ C.Cass, 1999, p 561 (CAcean, 20 avril 1998).

² Catherine prebissy-schnall, opcit, p 83 (M- GUIBAL " les marchés publics".

³ C.E, 29 juin 1998, commune de léognan, req, 1905452, BJCP. N°= 1, p.105.

⁴ المواد 11، 15 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 عندما يتعلق الأمر بتجزئة الصفقة Le Fractionnement du marché.

أ-5- العرض منخفض الثمن بطريقة غير عادية ويمكن تعريفه على أنه العرض الذي يقدم من طرف المقاول بحيث لا يعكس ثمنه أو مبلغه التكلفة الحقيقية للمشروع حسب الواقع الإقتصادي المعاش وفي هذه الحالة يمكن تصور الوقوع في جريمة المحاباة في وضعين.

• أولاً عندما يرفض العرض منخفض الثمن بصورة غير عادية دون أن يطلب كتابياً من المرشح توضيحات ما يجعل الرفض غير مؤسس قانونياً.

• والثانية عندما تمنح الصفقة للمرشح على أنه صاحب الأحسن ثمناً le moins disant ولكنه في حقيقة الأمر هو عرض منخفض الثمن بطريقة غير عادية.

ويلاحظ في كلا الحالتين صعوبة في تحديد معيار واضح لمعرفة طبيعة العرض منخفض الثمن، في ظل سكوت المشرع وعدم وضعه لتعريف دقيق لهذا حالة.

أ-6- إضافة معايير لإختيار المتعامل المتعاقد غير مرخص بها، فإذا كان إدراج معايير خاصة في نظام الإستشارة مشروع بل مطلوب حتى يتسنى للمشتري العمومي تحديد العرض الأفضل من ناحية الجودى الإقتصادية. فإنه في المقابل يحظر إضافة معايير غير مبررة خارج موضوع الصفقة أو شروط تنفيذها. ومن ثم فإن إنتقاء بعض المعايير الإضافية يمكن أن يشكل وسيلة لتجاوز القانون من أجل تفضيل مقولة بعينها. ولذلك إشتراط في معايير الإختيار أن تكون موضوعية objectifs وذات صلة بموضوع الصفقة، وغير تمييزية non discriminatoire ومن أمثلة تلك المعايير الممنوعة.

• إختيار مقولة محلية pratique du localisme كأن تقوم مجموعة إقليمية أو محلية بإختيار مقولة إلا لأنها محلية حتوان كان العرض المقترح لا يستجيب للمعايير المحددة في تنظيم الصفقات (المادة 57 من المرسوم الرئاسي 10-236) وكان موقف مجلس الدولة الفرنسي رافضاً لأن يؤسس الإختيار على معيار مكان تواجد مؤسسة المرشح⁽¹⁾.

• إعتداد التشغيل كمعيار للإختيار le critère du mieux disant social بحيث يرخص للمصلحة المتعاقدة وهي بصدد وضع معايير إختيار المتعامل المتعاقد معها، أن تضيف عنصر التشغيل كمعيار فرعي sous-critère تشجيعاً للمقاولات للمساهمة في محاربة البطالة ضمن الإستراتيجية العامة للدولة في إطار ما يعرف بالمقولة المواطنة Entreprise citoyenne. غير أنه أختلف في تكييف عنصر التشغيل والإدماج، فبينما قبله القانون الفرنسي كمعيار للإختيار بشروط محددة نجد القضاء لم يكيف هذا الشرط لا كمعيار للإنتقاء sélection ولا معيار للإختيار choix بل كشرط خاص إضافي. ولذلك يجب أن ألا يدخل كعنصر غير موضوعي في تقييم مدى إستحقاق المتنافسين وإنما ينظر له فقط كعنصر داعم ومشجع، وإلا شكل ذلك حالة لتوافر عناصر جريمة المحاباة⁽²⁾.

¹CE, 16 oct 1995, préfet de Haute- Garonne, req n°= 162739. " le choix des contractants ne peut valablement reposer sera un critère du lieu d'établissement des candidats".

² circulaire n°= 95-94 du 14 décembre 1995, " prise en compte d'actions en matière d'insertions et d'emploi dans les marchés publics de travaux", Mon-TP, 22 déc 1995, p 202.

أ-7- تعديل العرض أثناء فتح الأظرفة ، يشكل مبدأ عدم المساس بالعرض مع معايير الإختيار أهم مرتكزات إجراء المناقصة، لأنها يؤمنان الفرص المتساوية للمتنافسين الذين يتعين عليهم تقديم

عروض وفقاً لخصائص الصفقة المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة. وعليه فإن إحترام مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، يقتضي منع، على السواء المشتري العمومي أو المتعامل المتعاقد من إعادة التفاوض أو إدخال أي تعديل على العرض فإن ذلك يعد تفضيلاً يمكن أن يكون جريمة المحاباة.

وعليه لا يمكن للمشتري العمومي أن يقدم كشف كمي وتقديري جديد أو معلومات إضافية لأحد المرشحين دون البقية، بعد فتح الأظرفة حتى يتمكن من تعديل عرضه ليصبح في وضعية الأحسن ثمناً، كما لا يمكنه إلغاء بعض الخدمات أو تغيير بعض خصائص الصفقة المحددة سلفاً بعد فتح الأظرفة خرقاً لدفتر الشروط. ولتفادي هذه الخروقات يمكن أن يشكل إقتراح، إشراك محضر قضائي في معاينة وإثبات إيداع العروض ومحتوياتها أحد الإجراءات الضامنة⁽¹⁾.

أ-8-**الغش في تقديم العرض من المرشح**، فقد يحدث أن لا يكون خرق مبدأ المنافسة الشريفة والمساواة صادراً عن المشتري العمومي لعدم أمانته، وإنما من صاحب العرض الذي يقدم ترشيح غير صحيح وكاذب، يمكن أن يشكل بالتالي صورة لجريمة المحاباة، ومثاله أن توهي وتوهم المؤسسة الأم لصاحب المشروع بأنها تقدم عرضاً مستقلاً عن العرض المقدم من طرف أحد فروعها، في حين أنها في الحقيقة تكون على معرفة مسبقة بالأسعار المقترحة من طرف ذلك الفرع، ما يجعل تعدد المرشحين المتنافسين صوري ومجرد خدعة⁽²⁾.

على ضوء هذه النماذج وغيرها كثير يتضح أهمية مرحلة التحرير الدقيق لإعلان المناقصة ووثائق الإستشارة في تحديد مآل الصفقة، كما أن تحليل تلك الوثائق يسمح للقاضي الجزائي، ليس فحسب التحقق والتثبت من وجود أي خرق لقواعد المساواة بين المرشحين وحرية الدخول للطلب العمومي، قبل إبرام العقد، وإنما كذلك معاقبة كل السلوكات المنحرفة التي ترتكب أثناء سير إجراءات إتمام التعاقد.

ب- الإمتياز غير المبرر الممنوح أثناء إبرام الصفقة.

يمكن أن تتوفر العناصر المشتركة لجريمة المحاباة أثناء مرحلة إبرام الصفقة بمناسبة اللجوء إلى إجراء التراضي خارج الحالات المحددة في تنظيم الصفقات، أو في حالة الإستعجال غير المبرر وكذلك في حالة إبرام صفقات التسوية.

¹ وهو الإقتراح الذي قدمه J.P.GOHON أحد أعضاء لجنة MIEM المنصوص عليها في catherine prebessy-schnall opcit. p.108 .

² وقد منح القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة ، اللجوء إلى الإتفاقات المحظورة للإضرار بالمنافسة الحرة وأعتبر من الممارسات المقيدة للمنافسة (المواد 6-9 وبعدها).

ب-1- حالة التراضي خارج الحالات المنصوص عليها في القانون⁽¹⁾، حيث ينظر لهذه الحالة

على أنها تعكس التناقض بين مبدأ المنافسة من جهة وحرية المصلحة المتعاقدة في التفاوض التعاقدية⁽²⁾. فإذا كانت المصلحة المتعاقدة تملك حرية كبيرة في البحث عن الشروط الأكثر ملائمة

لتحقيق الأهداف المسطرة (المادة 41 ق.ص.ع) فإنها في الوقت نفسه ملزمة بتعليل وتبرير إختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة (المادة 42 ق.ص.ع) ونظراً لخطورة اجراء التراضي على مبدأ المنافسة وحرية الدخول للطلب العمومي، فقد حددت وحصرت قانونياً إمكانية اللجوء لهذا الإجراء في صورتيه التراضي البسيط أو التراضي بعد الإستشارة في وضعيات معينة ومحددة.

أما حالات التراضي البسيط فهي حسب المادة 43(ق.ص.ع) كآآتي:

- عند تنفيذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من قانون الصفقات العمومية.
- عندما يتحتم تنفيذ خدمات إستعجالية ولا تتلائم مع آجال إجراءات إبرام الصفقات بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- في حالة وجود وضعية إحتكارية، بحيث لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد أو ينفرد بالطريقة التكنولوجية أو لإعتبرات فنية أو ثقافية.

- في حالات الإستعجال الملح *urgence impérieuse* المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد نجده في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إبرام الصفقات العمومية، بشرط عدم إمكانية توقع الظروف المسببة للإستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- في حالة تموين مستعجل مخصص كضمان تسيير الإقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن لا تكون الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال غير متوقعة ولم تكن نتيجة مناورات.

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية، ويشترط موافقة مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10.000.000.000 دج وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان المبلغ أقل عن المبلغ المذكور.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

وأما حالات التراضي بعد الإستشارة طبقاً للمادة 44 (ق.ص.ع) تحددت كآآتي:

- عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم إستلام عرض واحد فقط أو لم يتم إستلام أي عرض، أو إذا لم يتم تأهيل إلا عرض واحد أو لم يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض. وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء لإجراء التراضي بعد الإستشارة.

¹ ويعبر المشرع الفرنسي عن التراضي بتغيير صفقة تفاوضية *marché négocié*.

² M. GUIBAL, Memento des marchés publics, éd. le Moniteur, 1998, p.77.

ولا يعتبر العرض المبالغ في ثمنه، ولا إلغاء أي إجراء لإبرام الصفقات العمومية من حالات عدم الجدوى.

- يرخص اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة في صفقات اللوازم والخدمات الخاصة التي لا تتطلب بطبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.
- في حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي كانت محل فسخ بعد منحها وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال مناقصة جديدة.
- في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار إتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية.

الواضح من تأطير إجراء التراضي التأكيد على إستثنائية هذا الأجراء مقارنة بالقاعدة العامة في إبرام الصفقات التي تبقى هي المناقصة، ومن ثم فعدم التقيد بشروط ممارسة هذا الإجراء قد يؤدي إلى الوقوع في خطر المحاباة، فعندما يرخص اللجوء للتراضي البسيط ومنح الصفقة مباشرة في حالة الوضعية الإحتكارية أو لأسباب تقنية أو تكنولوجية أو فنية خاصة مثلاً، فإن ذلك قد يفتح الباب أمام كل التجاوزات والمحاباة، وكذلك الحال عندما تعتمد المصلحة إثارة عدم الجدوى حتى يتسنى لها اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة، بحيث يكتفيها وضع في إعلان المناقصة أو دفتر الشروط تتضمن مواصفات تقنية ليست في متناول المرشحين أو التخفيض المتعمد لتكلفة بعض الخدمات أو عدم إعلان موضوع الصفقة بشكل دقيق لتتخلص من بعض المرشحين لفائدة آخرين.

ب-2- اللجوء غير المبرر للإستعجال.

سبق الإشارة إلى أن حالة الإستعجال سواء البسيط أو الملح تعتبر حالة إستثنائية تمنح للمصلحة المتعاقدة رخصة اللجوء إلى إجراء التراضي ضمن الشروط المحددة في تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾. فاللجوء غير المبرر للإستعجال لتفادي مقتضيات المنافسة قد يؤدي إلى الوقوع في جريمة المحاباة⁽²⁾، خاصة وأن تقدير الظروف الحقيقية لوضعية الإستعجال من الصعوبة بما كان وتبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي لتكييف الوقائع، ولذلك شكلت إحدى أهم الصعوبات التي تواجه المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية⁽³⁾.

¹ المواد 7، 43، 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 .

² TGI.Vannes, 4 déc 1997, ref MIEM s/15/94: recours irrégulier à la procedure d'urgence pour reduire le délai de depot des candidatures(1500 euros d'a

³ تحيل إلى حالة الإستعجال الباب الأول الفصل الثاني من ص 132 إلى ص 135.

ب-3- إبرام صفقات تسوية.

ويقصد بها تلك الصفقة التي تبرم من قبل المصلحة المتعاقدة بعد تنفيذ خدمات كان من المفروض أن تخضع للإجراءات العادية في إبرام الصفقات العمومية حتى تكتسب مظهر المشروعية، بمعنى أن الصفقة تسوى عن طريق تنظيم إجراءات إبرام صورية، في الوقت الذي تكون فيه الخدمات قد أنجزت⁽¹⁾. ولذلك عادة ما تكون صفقة التسوية بطلب من المحاسب العمومي في مرحلة التسديد

حتى تكون عملية الدفع قانونية، ولتفادي خطر المساءلة الجزائية الشخصية في حالة مراقبة مشروعية النفقات من قبل الهيئات المختصة.

إن اللجوء لصفقة التسوية خارج الحالات المرخص بها قانوناً⁽²⁾ يمكن أن تحمل عناصر جنحة المحاباة، ومن أمثلتها وجود فواتير بتواريخ سابقة عن الإعلان عن الإستشارة وتتضمن أشغال تختلف عن تلك الموجودة في الإعلان الصوري⁽³⁾ والتي تكون قد أنجزت قبل الإعلان عن المناقصة. فإن كانت التسوية في غياب أية منافسة عمل محظور بالنسبة للقاضي الإداري كما القاضي الجزائري، فإن تقدير مدى جوهرية الخروقات التي تغطيها هذه التسوية تبقى محل خلاف بين القاضي الإداري من جهة والذي يجيز أحياناً الخروقات غير الجوهرية للإجراءات، بينما يشدد القاضي الجزائري على عدم مخالفة قواعد تنظيم الصفقات العمومية.

وحتى ولو إرتبطت التسوية بخرق إجراءات بسيطة كغياب إمضاء بطاقة الإلتزام أو إهمال وثيقة أثناء تسليم العرض، فإنها يمكن أن تؤدي لعدم مشروعية عملية منح الصفقة العمومية برمتها ومن ثم يتعين على الممارسين في حقل الصفقات العمومية تحديد الطابع الجوهري للإجراء من عدمه، وهي مهمة ليست بالسهلة من أجل تفادي اللقاء غير المرغوب فيه مع القاضي الجزائري.

ولتجنب هذا الخطر يميل الممارسون في مجال الصفقات العمومية إلى إستعمال الصفقات التي تُنفذ حسب الطلب⁽⁴⁾ bon de commande أو الصفقات ذات الأجزاء المشروطة marchés à tranches conditionnelles كبديل عن صفقة التسوية marché de régularisation.

ج- الإمتياز غير المبرر الممنوح أثناء تنفيذ الصفقة.

يمكن أن يتجسد النشاط الإجرامي للمحاباة أثناء تنفيذ الصفقة في مرحلة من خلال منح إمتياز غير مبرر بمناسبة إبرام ملحق صفقة عمومية Avenant أو عند اللجوء إلى التعامل الثانوي . La sous-traitance

¹ M. GUIBAL, Memoto des marchés publics, opcit, p.80.

² المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

³ TGI lisieux, 25 nov 1997, non publié cité dans catherine prebessy-schnall, opcit p 113.

⁴ ويستعمل صفقات الطلبات في تنفيذ عقود البرامج contrats programmes طبقاً للمادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236. (ومن مميزات صفقات الطلبات أنها تسمح بتنفيذ الصفقة تدريجياً حسب الحاجيات، وكذلك تغيير مبالغ الطلبات وأنها خاضعة للمنافسة بصفة مستمرة بحكم أن الخدمات تتوفر لدى مجموعة من المتعاملين الخاضعين لقانون السوق).

M.FURESTIER " une nouvelle forme de mise en concurrence: la mise en concurrence permanente", Rev. Marchés publics, nov 1993. p52).

ج-1- إبرام ملحق.

من أجل إضفاء مرونة على نشاط الإدارة في مجال إنجاز عقود الصفقات العمومية، أباح قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة إبرام ملحق بهدف تعديل الصفقة الأصلية لأجل الزيادة في الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية. مهما يكن من أمر فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية في توازن الصفقة⁽¹⁾ من الناحية الإقتصادية.

ولاشك أن الصعوبة التي يواجهها القاضي الجزائي تكمن في البحث عن طبيعة الإلتزامات المضافة فيما إذا كانت تدخل في مضمون الصفقة الأصلية أم لا وما هو المعيار الكمي الذي يمكن من خلاله إعتبار أن الملحق قد أحدث خللاً في توازن العقد. ولتسهيل مهمة التحقق في حالة وجود شبهات جريمة محاباة من وراء إبرام الملحق، يتعين تحديد عدد الملحق التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرمها وكذلك فرض إجبارية عرض الملحق الذي لا يتجاوز مبلغه 20% من المبلغ الأصلي على هيئات الرقابة الخارجية القبلية.

هكذا إجراءات تلزم وتحث المصلحة المتعاقدة على التحديد الأفضل والدقيق لحاجياتها لأنها تدرك مسبقاً بأن عدد الملحق محدد وأن منح الصفقة من خلال المحاباة بثمن منخفض لا يمكن تصحيحه بالملحق، ثم إن عرض الملحق على لجنة الصفقات مهما كان مبلغه يمنع فرص التلاعب بمبلغ الملحق خاصة إذا علمنا أن الملحق هو في النهاية بمثابة عقد بالتراضي وثمة مكنم الخطورة.

ج-2- اللجوء إلى التعامل الثانوي.

يسمح التعامل الثانوي بمنح فرصة لمشاركة عدد أكبر من المقاولات في الطلب العمومي وقد تم تأطيره من قبل قانون الصفقات العمومية وحدد شروطه⁽³⁾. وهو حق مكفول للمتعاقل المتعاقل وهو المسؤول الوحيد إتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة محل التعامل الثانوي. وبحكم أن المتعاقل الأصلي هو من يختار المتعاقل الثانوي ثم يعرضه لموافقة المصلحة المتعاقدة، فإنه يمكن أن يتخذ ذلك كستار لتمويه تجاوزات يمكن أن تشكل عناصر لجريمة المحاباة، كأن يُضمن عرضه اللجوء للتعامل الثانوي إلاّ لأن المصلحة المتعاقدة إعتدته كمعيار لإختيار المتعاقل المتعاقل من أجل الظفر بالصفقة.

¹ المواد 103-104-105-106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

²Crim, 16 janv 2002, pourvoi n°= 00-86.337, cité dans Marie-Paule, Lucas de LEYSSAC Alexis MIHMANN.opcit, p 715.

فإذا كان ينظر لجريمة المحاباة على أنها جريمة معاقب عليها وفي ذات الوقت مخالفة لقانون الصفقات العمومية، فإن الخروقات المتعلقة بالتعامل الثانوي لا يمكن النظر لها كجريمة إدارية من طرف القاضي الإداري، وإنما فقط كجريمة جزائية من قبل القاضي الجزائي لأن العلاقة بين المتعامل الأصلي والمتعامل الثانوي يحكمها قواعد القانون الخاص وبالتالي خارجة عن نطاق قانون الصفقات العمومية. ولذلك يبقى القاضي الجزائي الوحيد من له الصلاحية في التصدي للسلوكات المجرمة في هذه الحالة. غير أنه في حالة الإتفاق غير المشروع من طرف المقاولات يمكن كذلك أن توقع عقوبات طبقاً لأحكام قانون المنافسة.

يتضح من خلال النماذج المعروضة للإمتياز غير المبرر في مجال الصفقات العمومية، سواء قبل أو أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، أنها تتعلق في معظمها بخروقات لقانون الصفقات العمومية وتتعلق بمبادئ حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. ومما يزيد في صعوبة مهمة القاضي الجزائي في الكشف عن عناصر جريمة المحاباة هو الطابع التقني لهذه الجريمة التي تستند إلى قواعد تنظيمية معقدة.

كما أن التنوع الكبير للسلوكات الإجرامية مرده في الأساس إلى سوء تقدير الحاجيات من طرف المشتري العمومي مما يؤدي به إلى إعتد إختيارات غير موضوعية يمكن أن تقع تحت طائلة المساءلة الجزائية من باب المحاباة. فكلما كان تحديد الحاجيات بطريقة جدية ودقيقة كلما إبتعد خطر الوقوع في المحاباة وبالتالي ضمان تنفيذ أحسن للصفقة لاحقاً.

والملاحظ أيضاً في نص تجريم المحاباة أن المشرع لم يشترط أن يكون الموظف العمومي المانح للإمتياز غير المبرر هو المستفيد شخصياً من الفعل المجرم، خلافاً لما كان عليه الوضع قبل صدور القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. حيث كان يشترط أن يكون إبرام العقد " لأغراض شخصية"⁽¹⁾. ولعلها الميزة التي تتفرد بها جريمة المحاباة مقارنة مع جرائم حماية نزاهة الوظيفة العمومية وجرائم الفساد عموماً.

فالمستفيد من الميزة غير المبررة ليس هو الموظف مرتكب الفعل المجرم شخصياً كما هو الشأن في جريمة الرشوة أو الغدر وإنما هو الغير الذي يمكن أن يتمثل في المتحصل على الصفقة كما قد يكون مؤسسة سياسية كحزب أو جمعية سياسية كحصولها على مساهمة مالية من طرف الفائز بالصفقة في إطار تمويل الأحزاب السياسية. ومع ذلك تبقى مسألة عدم إستفادة الموظف من فعله المجرم محل نظر لصعوبة تصور إنتفاء مقابل شخصي حتى وإن كان غير مباشر، لمن يتعمد خرق القانون ويخاطر بنفسه فقط من أجل تمجيد وتبجيل الغير⁽²⁾.

¹ هو ما ورد في المادة رقم 423 من القانون 75-47 وقيل إلغاءها بالقانون 88-26 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المعدل لقانون العقوبات. والتي تنص على " كل من يعمل لصالح الدولة أو الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون ويقوم لأغراض شخصية بإبرام عقد...".

² Michel Veron, droit pénal spécial, sirey 12^{ème} éd. p 378.

ولأهمية الشخص أو الجهة المستفيدة من الإمتياز غير المبرر فقد أفرد له المشرع حيزاً خاصاً في نص التجريم معتبراً هذه الإستفادة كصورة ثانية من جريمة المحاباة، حتى وإن كان الفاعل شخص ليس له صفة الموظف العمومي.

وستعرض بالدراسة لهذه الصورة من ناحية تحديد طبيعتها والمرامي المتوخاة من إعتماها.

ثانياً: صورة أخرى للإمتياز غير المبرر.

تناولت الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته صورة خاصة لجريمة المحاباة عندما أوقعت نفس العقوبة المقررة للصورة الأولى من جريمة منح الإمتياز غير المبرر المنصوص عليها في الفقرة الأولى، على 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 الإقتصادية 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". من خلال الملاحظة الأولية لعناصر هذه الجريمة، يمكن الوقوف عند بعض المميزات والخصائص التي تميزها عن غيرها من صور الإمتياز غير المبرر في مجال الصفقات العمومية وكذلك جرائم الفساد الأخرى.

1- خصوصية عناصر الجريمة.

تتفرد جريمة الإستفادة من الإمتياز غير المبرر عن غيرها من الجرائم المتعلقة بنزاهة الوظيفة العمومية، من كونها لا تشترط في فاعلها صفة الموظف. فالفاعل طبقاً للفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته يمكن أن يكون تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاولاً من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية يقوم بإبرام عقد أو صفقة مع المشتريين العموميين المشار إليهم في ذات الفقرة.

ولعل تبني هكذا جريمة وإدراجها كحالة للإمتياز غير المبرر في مجال الصفقات العمومية، يشير إلى أن المقاربة الشمولية في مكافحة الفساد وتخليق الحياة العامة كغايات سامية في سياسة التجريم في هذا القطاع، لا يمكن أن تقتصر على الجرائم المتعلقة بنزاهة الوظيفة العمومية من خلال تكريس مبادئ الإستقامة والأمانة والنزاهة لدى الموظفين العموميين القائمين على الشأن العام، بل لابد أن تمتد كذلك إلى تهذيب الحياة العامة والبيئة العامة للممارسة التجارية والمعاملات الإقتصادية من خلال توسيع دائرة الردع لتشمل كذلك المتعاملين الإقتصاديين بمختلف أنواعهم، خاصة أولئك الذين يتعاقدون مع الأشخاص العمومية في إطار تنفيذ الطلب العمومي، لتضاف بذلك هذه الحماية الجزائية لمنظومة الحماية القانونية المقررة في قانون المنافسة والممارسات التجارية.

وهكذا قد يكون الفاعل في هذه الجريمة تاجراً وهو كما عرفت المادة الأولى من القانون التجاري " كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة له"⁽¹⁾. مع الإشارة إلى أن منطوق

التوسع في عنصر الفاعل كان حاضراً كذلك في هذه الجريمة، بحيث نجد أن نص المادة 26 الفقرة الثانية من القانون 01-06 لم تشترط أن تكون ممارسة العمل التجاري بصفة معتادة، بل يمكن أن تظال المسؤولية الجزائية كل تاجر يتعاقد مع الإدارة ولو كانت ممارسته لهذه التجارة بصفة عرضية أو مؤقتة كالتجار الموسميّين مثلاً.

كما قد يكون الفاعل حرفياً وهو " كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف يمارس نشاطاً حرفياً تقليدياً"⁽²⁾ بحسب مفهوم المادة 5 من الأمر 01-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

وقد يكون كلك صناعياً وهو " الشخص الذي يمتلك أو يسيّر مقاوله وليست له صفة الحرفي، من أجل ممارسة نشاط إقتصادي في مجال إستخراج أو تحويل أو إنتاج الثروات"⁽³⁾، فطبيعة النشاط وإنتفاء صفة الحرفي هي من تعطي المسير صفة الصناعي. ويشترك مدلول التاجر والصناعي من الجانب القانوني والإجتماعي والضريبي. وقد يكون أيضاً الفاعل مقاولاً وهو " الشخص الذي يتعهد أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لشخص آخر مقابل أجر يتعهد به هذا الأخير"⁽⁴⁾.

والواضح أن تحديد الفاعلين في جريمة الإستفادة من الإمتياز غير المبرر لم يأتي في نص المادة 26 الفقرة الثانية، على سبيل الحصر، وإنما فتح المجال لإضافة أشخاص آخرين غير المذكورين أعلاه، ويستنتج ذلك من التعميم الذي جاء في عبارة " كل شخص طبيعي أو معنوي" ويؤكد التعميم كذلك الذي ورد في نص المادة 21 من المرسوم الرئاسي 10-236 عندما نصت على أن " المتعامل المتعاقد يمكن أن يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين"، ما يدل أن نهج التوسع في الأشخاص الفاعلين قد تم إعماده كذلك في هذه الصورة الثانية للمحاباة، لتشمل بذلك كل المتدخلين سواء كانوا متمتعين بصفة الموظف أو من في حكمه من جهة أو المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة بأية صفة كانوا.

¹ وقد حددت المواد من 3 إلى 5 من القانون التجاري النشاطات التي تدخل في مفهوم الأعمال التجارية (الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم).

² وقد ورد تعريف الحرفي في المادة 10 من الأمر 01-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

³ Cornu Gérard, Vocabulaire juridique, puf, 6 éd. paris 1996, p 435.

⁴ وقد عرفت المادة 549 من القانون المدني المقاوله على أنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المقاول الآخر".

مع الإشارة إلى أن المقصود بالمتعامل المتعاقد في هذا المقام هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص، وبذلك تخرج أشخاص القانون العام من نطاق هذه الجريمة عملاً بنص

المادة 2 من المرسوم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي يكرس عدم خضوع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام المرسوم المذكور.

2- الركن المادي لجريمة الإستفادة من الإمتياز غير المبرر.

يتعلق النشاط الإجرامي في هذه الجريمة بإستفادة غير مستحقة يكون المتعامل المتعاقد بمناسبة إبرام صفقة عمومية مع الهيئات المشار إليها أعلاه، قد تحصل عليها من خلال سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات، وأفضت إلى منحه الصفقة. ولذلك يفترض في العون المانح للمزية أن تكون له سلطة في مسار إبرام الصفقة وتأثير على إتخاذ القرار فيه.

غير أن إشتراط أن يكون صاحب السلطة أو التأثير عون ينتمي إلى الهيئة من شأنه أن يخرج حالة الإستفادة من المزية التي يقدمها أشخاص آخريين ليسوا أعوان في الهيئة وإنما يمكن أن يقدموا مزية غير مستحقة كمعلومة مثلاً يكونوا قد تحصلوا عليها في إطار إستشارة تقنية أو فنية بخصوص الصفقة المعنية يكونوا قد شاركوا فيها .

أما ما يتعلق بالميزة غير المبررة محل الإستفادة من طرف الفاعل فقد تتخذ ثلاثة مظاهر بحسب ما تضمنه نص التجريم، وهي الزيادة في الأسعار، والتعديل في نوعية المواد والخدمات، والتعديل في آجال التسليم أو التمويل. وكلها عناصر حاکمة في إحدى أهم مراحل إبرام الصفقة وهي كيفية إختيار المتعامل المتعاقد التي أوجب المشرع النص عليها في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة وتنقيطها رقمياً في عملية تقييم عروض المرشحين. وبسبب تضمينها تلك المعايير للإختيار أصبحت دفاآر الشروط من أهم الأدوات القانونية وأخطرها في يد الإدارة في مجال الصفقات العمومية ومن ثم أخضعت لرقابة لجنة الصفقات، كما أنهفي مجال المسؤولية الجزائية يستند إليها القاضي الجنائي في تحديد الواقعة المجرمة.

وجدير بالإشارة إلى أن معيار " صفة غير المبرر " في الإمتياز في صورتها جريمة المحاباة هو معيار الإخلال بمبدأ المنافسة الشريفة في مجال الصفقات العمومية، وهذا المعيار يستند في الحالة الأولى إلى خرق المبادئ الثلاثة للطلب العمومي أي حرية الدخول للشراء العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، أما في الصورة الثانية فيستند على قواعد المنافسة طبقاً لقواعد السوق والمتعلقة بنزاهة الممارسة التجارية.

فبخصوص الزيادة في الأسعار فإن الإمتياز غير المبرر قد يكون في صورة معلومة تسرب للمتعامل المتعاقد بقصد إقتراح اسعار زائدة عن تلك المتعارف عليها والمعمول بها في السوق ودون وجود مبرر لتلك الزيادة من الناحية الإقتصادية. كما يحدث في بعض عقود الشراء العمومي عن طريق تقديم الفواتير المضخمة المبالغ Achat sur facture أو في بعض عقود البرنامج التي تنفذ تدريجياً عن طرق الطلبات فيتم تضخيم المبالغ بعد حصول المتعاقد على معلومة بخصوص السعر المرجعي المحدد للصفقة من طرف الشخص العمومي ، أو معرفته بحجم الإعتمادات المالية المفتوحة في اطار العملية. وقد تكون الزيادة في الأسعار من أجل اثارة، وبصفة متعمدة، حالة عدم جدوى المناقصة وبإيعاز من العون صاحب السلطة والتأثير حتى يبرر اللجوء إلى أسلوب التراضي.

ونظراً لتقنية هذه الحالات التي تتطلب معرفة بخبايا السوق والأسعار فإن القاضي الجزائري يستعين وهو بصدد تحديد النشاط الإجرامي بالخبرة والمتخصصين في الميدان. كما يلحظ أن نص تجريم المستفيد من المحاباة لم يشترط مقابل يحصل عليه العون المقدم للمزية غير المبررة والتي تم على أساسها الزيادة في الأسعار ومن ثم فمجرد تطبيق الزيادة بالمفهوم المشار إليه، يكفي لأن يستنتج القاضي الجزائري وجود مزية غير مستحقة وبالتالي توفر الركن المادي لجريمة المحاباة.

وفيما يتعلق بالتعديل لصالح المتعاقد في نوعية المواد والخدمات كأن تحدد مواصفات خاصة في المواد أو الخدمات محل العقد بحيث تتناسب مع تعامل بعينه يعلم العون صاحب السلطة والتأثير أنها لا تتوفر إلا لدى ذلك المتعامل، قصد ضمان أيلولة الصفقة لصالحه. وفي هذه الحالة كذلك يلجأ القاضي الجزائري لذوي الإختصاص لمعرفة طبيعة وحدود التعديل في المواصفات من خلال دفتر الشروط أو الوقائع لأنها تبقى مسألة موضوعية تقنية، تتعلق في الأساس بعنصر الجودة في الخدمات المقترحة.

أما المظهر الثالث والمتمثل في التعديل في آجال التسليم أو التموين، فإنه يمثل إخلالاً بمعيار آجال التنفيذ كأحد أهم معايير الإختيار والذي يستند فيه إلى قواعد موضوعية مرتبطة بعملية تحديد حاجيات المصلحة المتعاقدة ومدى دقتها وجديتها، وبالتالي الآجال المناسبة لتجسيدها وتنفيذها. فمنح المتعامل أجل أطول غير مبرر بالمقارنة مع المتعارف عليه تقنياً، يمكن أن يكون حالة إستفادة غير مستحقة، أو أن يحدد العون صاحب السلطة والتأثير في إبرام الصفقة، نقطة أو نسبة أو معاملاً مرتفعاً لعنصر الأجل عند تنقيط المعايير لتمكين المتعامل المقصود من تعويض ما ينقصه من حيث الجودة أو الثمن وبالتالي تمكينه من الحصول على الصفقة.

وفي الخلاصة نلاحظ أن تجريم الميزية غير المبررة بحسب المادة 26، هدف من خلال فقرتها الأولى إلى حماية الإجراءات القانونية والتنظيمية ذات الصلة من أي خرق يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المنافسة وحرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. وفي فقرتها الثانية قصد حماية معايير الإختيار الأساسية والتي حددتها المادة 56 من المرسوم الرئاسي 10-236 والمتمثلة في الضمانات التقنية والمالية، السعر والنوعية وآجال التنفيذ. فالزيادة في الأسعار يشكل إخلال بمعيار السعر أو الثمن، والتعديل لصالح المتعاقد في نوعية المواد والخدمات هو خرق بمعيار النوعية والجودة. وأما التعديل لصالح المتعامل في آجال التنفيذ والتموين هو إخلال بمعيار آجال التنفيذ. وبذلك تكون هذه الجريمة حقاً شاملة لكل الجوانب المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية القانونية والموضوعية على حد سواء.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة الإمتياز غير المبرر.

أولاً: الركن المعنوي لجريمة الإمتياز غير المبرر في صورتها الأولى.

لا يكفي لقيام المسؤولية الجزائية أن يصدر عن الفاعل سلوكاً إجرامياً معاقب عليه، أي منح إمتياز غير مبرر في مجال الصفقات العمومية، وإنما لابد لقيام المسؤولية الجزائية لهذا الجاني من توافر ركن معنوي ينم عن إتجاه إرادته لسلوك هذا المسلك الإجرامي والقيام عن علم بإرتكاب الفعل الذي يعاقب عليه القانون⁽¹⁾.

¹ وعرفه الفقيه الفرنسي (E) Garçon (أو الجرمي) L'intention بأنه هو " إرادة الفاعل إرتكاب الجريمة كما هي معرفة في القانون، وهو إدراك هذا الشخص بأنه ينتهك المحظورات القانونية المفروض فيه أن يعرفها". كما عرفه الفقيه GARRAUD بأنه إرادة الخروج عن القانون بعمل أو إمتناع أو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون الذي يفترض العلم به عند الفاعل.

وعرفه NORMAND على أنه علم الجاني أنه يقوم مختاراً بإرتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون وعلمه أنه بذلك يخالف أوامره ونواهيه. د.محمود نجيب حسني، النظرية العامة للعقد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1978 ص 589.

وكذلك B.MERCADAL, Recherches sur l'intention en droit pénal. Rev.sc.crim 1967, p.10.

وتصنف الجرائم بالنظر إلى طبيعة الركن المعنوي بحسب إتجاه الإرادة الإجرامية لسلوك مسلك إجرامي، وقد يتخذ هذا السلوك صورتين: صورة القصد الجنائي أو العمد أي إتجاه إرادة الجاني لإرتكاب فعل غير مشروع وفي هذه الحالة يطلق على الجرائم توصيف الجرائم العمدية. وقد يتخذ هذا الإتجاه صورة الخطأ غير العمدية الناجم عن إهمال أو عدم الحيطة وهنا توصف الجرائم بأنها جرائم غير عمدية⁽¹⁾.

وقد يشمل التصنيف أيضاً فئة أخرى من الجرائم لا يشترط فيها توفر الركن المعنوي، وهي تقوم بدون خطأ وإنما على أساس عنصر الخطر وتسمى في الفقه الجنائي بالجرائم المادية⁽²⁾. ولعل السياق يقودنا إلى التساؤل حول طبيعة الركن المعنوي في جريمة منح إمتيازات غير مبررة، خاصة في ظل التعديل الذي طرأ على صياغة نص التجريم في المادة 26 وعناصر الإختلاف بين النص القديم والجديد بخصوص الركن المعنوي.

¹ وقد إشتراط المشرع بعد صدور القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02.08.2011 في المادة 26 عنصر العمد في جريمة المحاباة. كما فعل المشرع الفرنسي من خلال المادة 14.432. إلا أن المشرع الفرنسي كان قبل ذلك ينص على الجرائم غير العمدية non intentionnelles التي يفترض فيها الركن المعنوي نتيجة الإهمال وعدم الإحتياط حسب ما جاء في المادة 3.121 من القانون 96-393 المؤرخ في 13.05.1997 التي نصت على "....Toutefois, lorsque la loi le prévoit il ya délit en cas de mise en danger de la personne d'autrui, il ya également délit lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi.....".

- كما نصت المادة 34-2123 من القانون العام للجماعات الإقليمية Code général des collectivités territoriales

" Le maire ou un élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ne peut être condamné sur le fondement du troisième alinéa de l'article 121-3 du code pénal pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de compétences du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux mission que la loi confie".

- والملاحظ أن الإلتزام بالإحتياط Devoir de prudence جاء من طرف المشرع الفرنسي خاصة لحمل صاحب المشروع Décideur والمقاول على حد سواء بإتخاذ كل الإحتياطات وبالأخص فيما يتعلق بإحترام قواعد النظافة والأمن داخل الورشات لتفادي جرائم عدم الإحتياط وتعرض الغير للخطر (حسب ما جاء في 31 p. opcit. schnall, pénalisation des marchés publics, Prebissy- وهي التي لا نجد لها تطبيقاً في التشريع الجزائري خاصة واجب الحيطة.

- مداخلة الدكتور شنة زاوي، في أشغال الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية المنعقد بجامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس بتاريخ 24-25 أوت 2013.

² أحمد عوض بلال، الجرائم المادية والمسؤولية الجنائية بدون خطأ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1993 ص 30. " وقد إختلفت آراء الفقهاء بخصوص مسألة توفرها على الركن المعنوي، فذهب رأي إلى أنه يكفي لقيامها مجرد إرتكاب الفعل المكون للجريمة سواء كان عملاً أو إمتناعاً عن عمل، عن علم وإرادة دون الحاجة لإشترط الخطأ، إذ يستوي أن يكون مقترفاً حسن النية أو سيء القصد كما لا يهم أن يكون قد توقع النتيجة أم لا. بل حتى لو كان توقعه لها مستحيلًا. ويدعمون موقفهم هذا بما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بعض الأحكام التي ترى أنه في مجال حفظ النظام الإجتماعي ينبغي على قانون العقوبات ألا يهتم إلا بتوافر رابطة السببية بين السلوك ومخالفة القانون دون حاجة لإثبات الركن المعنوي. ويرى فريق آخر أنه مع التسليم بأن هذه الجرائم تقوم على الخطأ إلا أن هذا الأخير له خصوصية وهي كونه مندمجاً مع السلوك بحيث لا ينفصمان، وبالتالي مجرد الإثبات بالسلوك يعني توافر الخطأ ومن ثم فلا بد أن يتوقع الفاعل النتيجة الإجرامية وأنه كان في وسعه إجتناؤها، بحيث يجعل من توافر الخطأ قرينة قاطعة. أما الرأي المرجح في هذه المسألة هو أن عدم تطلب المشرع توفر الركن المعنوي في هذه الطائفة من الجرائم لا يعني إنتقائه بالمرّة وإنما في غالب الأحيان يكون مندمجاً في الركن المادي لها ولأن هدفها عموماً هو فرض تطبيق الأنظمة واللوائح، ومن أمثلة هذه الجرائم جرائم قانون العمل.

يلاحظ إبتداءً أن الصياغة الجديد للمادة 26 من القانون 06-01 بعد تعديلها بموجب القانون 11-15 قد حسمت طبيعة الركن المعنوي لجريمة منح الإمتياز غير المبرر عندما نصت صراحة على الطابع العمدي لهذه الجريمة بقولها " يمنح عمداً ". بخلاف النص القديم قبل تعديله الذي لم ترد فيه كلمة " عمداً " بحيث أسس قيام جريمة المحاباة على إبرام الصفقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في مجال الصفقات العمومية بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير. وبذلك يتحول منح الإمتيازات غير المبررة من غرض في الصياغة القديمة، حيث كان بمثابة القصد الجنائي الخاص الواجب توافره لقيام الجريمة، تحول إلى السلوك الإجرامي المكون للركن المادي للجريمة في الصياغة الجديدة. فبانتهاء عنصر الغرض⁽¹⁾ يمكن القول أن النص الجديد لم يعد يشترط إلا توافر القصد العام بعنصره العلم والإرادة.

وبذلك يكون المشرع قد سائر ما إستقر عليه النقاش حول هذه المسألة في القانون الفرنسي والذي تمحور حول تحديد ماهية جريمة منح الإمتيازات غير المبررة من حيث كونها جريمة عمدية أم أن لها طابع مادي محض، لأن قانون العقوبات الفرنسي لم يشترط العمد لقيام جريمة المحاباة في مادته 14.432 بل إكتفى بمنح الإمتياز غير المبرر، وهو العنصر الموضوعي الذي جعل جانباً من الفقه يذهب إلى أنها جريمة مادية محضة، يمكن لفاعلها أن يسأل جزائياً بمعزل عن وجود خطأ عمدي من عدمه.

وهو موقف وجد تبريره في مسايرة نزعة التشدد التي إنتهجت مع تدخل الإتحاد الأوروبي، ما جعل عدم إشتراط العمد في جريمة المحاباة يندرج ضمن مقتضيات الصرامة الواجب إتباعها في تسيير قطاع الصفقات العمومية، حيث يعاقب على مجرد خرق قواعد قانون الصفقات حتى ولو كانت نتيجة سهو oubli أو بلامه أو سوء تطبيق لقواعد قانونية دون حاجة لإثبات وجود سوء نية أو تواطؤ بين الفاعل والمتحصل على الصفقة⁽²⁾. وقد حذا القضاء نفس الإتجاه عندما إعتبر أنه ليس من الضروري إشتراط وجود نية لتمييز وتفضيل مقابلة مرشحة، بل يكفي علم الفاعل بخرقه للقواعد ليتوفر الركن المعنوي⁽³⁾.

¹ ويختلف مفهوم الغرض عن الدافع كما يختلف الغرض عن الغاية.

فالغاية but هو الغرض القريب الذي تسعى الإرادة إلى تحقيقه كنتيجة مباشرة لنشاطها، ويعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بأنه " الغرض هو الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة، وهو النتيجة التي يحددها القانون بصدد جريمة معينة " والغرض واحد في كل نوع من أنواع الجرائم ولا يختلف في الجريمة الواحدة مهما تعدد الجناة.

أما الغاية le but final فهي الهدف الذي تسعى الإرادة إلى تحقيقه بعد وصولها إلى الغرض كنتيجة ثانية لنشاطها. وتتمثل في إشباع حاجة أو تحقيق رغبة.

لأكثر تفاصيل يمكن الرجوع إلى عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص 357.

²JO, deb. AN séance du 26 nov. 1990.p 6014 " tout fonctionnaire qui, par oubli voir par bêtise, aura méconnu certaines dispositions du code des marchés publics....peut être sanctionné même si ni l'oubli ni la bêtise ne sont des vises...".

³CASS . Crim 14 janv.2004, pén.

غير أن الطابع العمدي لجريمة المحاباة يتأكد بالرجوع إلى نص المادة 3-321 قانون عقوبات فرنسي التي نصت على أنه لا وجود لجنحة بدون قصد إرتكابها، وأن الجنح غير العمدية لا تكون إلا بمقتضى النص صراحة على حالة الإهمال أو عدم الحيطة، وهو ما لم يتضمنه نص التجريم المتعلق بمنح الإمتيازات غير المبررة.

وبذلك يكون القانون الجزائري من خلال تأكيد المادة 26 في صياغتها المعدلة بالقانون 11-15 على الطابع العمدي لجريمة المحاباة، قد تجاوز الكثير من الإشكالات التي إعتضت تحديد طبيعة الركن المعنوي للجريمة مما سهل مهمة القاضي في مجال المسؤولية الجزائية في جرائم الصفقات العمومية. ومع ذلك فإن إثبات الطابع العمدي بعنصره العلم والإرادة لا يخلو من صعوبات بالنظر إلى المجال المعقد والواسع والتقني للركن المادي للجريمة، وكذلك لتدخل مجموعة متنوعة من النصوص القانونية والتنظيمية والتي يحيل عليها النص التجريمي في تحديده لطبيعة السلوك والنشاط المجرّم. فإذا كانت الإرادة تكمن في إرتكاب الفعل مع تصور النتيجة وليس في تحقق أو إحداث النتيجة فقط، فإن العلم يعني علم الجاني بتوافر عناصر الواقعة الإجرامية، وأن القانون يعاقب عليها، لذلك ينتفي القصد الجنائي إذا لم يتوفر العلم. والعلم الذي يقوم به القصد الجنائي ليس هو العلم بالقانون، فهذا العلم مفترض في الجميع ومن ثم لا يجوز الإحتجاج بالجهل بالقانون ولا يقبل من أحد أن يدفع بجهله القانون أو بألفاظ فيه كذريعة لنفي القصد الجنائي⁽¹⁾. وإنما العلم الذي يقوم عليه القصد الجنائي هو العلم بتوافر عناصر الواقعة الإجرامية ومن ثم فإن الجهل بالواقع أو الغلط فيه ينفي القصد الجنائي⁽²⁾.

وإستناداً إلى نص تجريم فعل منح إمتيازات غير مبررة في المادة 26 من القانون 06-01 بعد تعديلها، نستخلص أن علم الجاني بعناصر ركنها الشرعي، وإنصراف علمه إلى أن السلوك الذي يقدم عليه يعتبر جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات، يشكل الركن المعنوي للجريمة أي أن علم الموظف العمومي بأن معاقبة القانون على فعل منح إمتيازات غير مبررة للغير بمناسبة إبرام صفقة عمومية خرقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بجريمة الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وإقدامه على إرتكابه، يجعل من عنصر العمد أو القصد العام متوفراً وللتأكيد على قصدية جريمة المحاباة، بمعنى توافر شرط العلم فيها، جاء نص المادة 26 المعدلة متضمناً بصريح اللفظ عبارة "منح عمداً".

¹ وقد نصت بعض التشريعات على هذه القاعدة كالقانون الإيطالي في مادته 5 قانون العقوبات، وقانون العقوبات السوري في مادته 222. بينما تعتبرها غالبية التشريعات العقابية من الأصول المقررة بغير حاجة إلى النص عليها، ومنها القانون الفرنسي والجزائري.

² رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع SNED الجزائر 1976 ص 414.
- وكذلك أحمد مجودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومة 2004 ص 632.

كما أنه من منظور مبدأ "عدم جواز الإعتذار بجهل القانون" فإن علم الموظف بإقترافه لفعل مخالفاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية

الإجراءات، وعلمه كذلك بأن هذا الفعل نتج عنه منح إمتياز غير مبرر للغير، يعتبر علم مفترض لا حاجة لإثباته. وإن كان الفقه الفرنسي الحديث يميل إلى الأخذ بقريضة العلم المفترض وبالتالي عدم جواز الإعتذار بجهل القانون أو بالغلط لنفي القصد الجنائي، بخلاف الأمر بالنسبة للتشريعات غير الجنائية مثل القانون المدني والمرافعات المدنية والأحوال الشخصية والقانون التجاري والقانون الإداري وذلك إذا كانت هذه التشريعات تتضمن قواعد متعلقة بتوافر أركان الجريمة، وهو ما ينطبق على نص جريمة المحاباة الذي يحيل إلى قوانين غير جنائية في تحديد الركن المادي لها.

ولما كان عنصر العلم ينصب على معرفة عناصر الجريمة، بالرجوع إلى النموذج القانوني أو الركن الشرعي، فإن الجهل أو الغلط ينصرف كذلك إلى تلك العناصر القانونية أو إلى تلك الوقائع المادية ضمن ذات النموذج. وهنا يختلف تأثير الجهل أو الغلط على وجود القصد الجنائي بحسب كل حالة. فإن إقترن الجهل أو الغلط بقاعدة قانونية تكون طبيعية هذه القاعدة هي المحددة، فإذا كانت قاعدة جنائية فالعلم بها يكون مفترضاً ومن ثم لا يقبل الجهل بها كذريعة لنفي القصد الجنائي، أما إذا كانت القاعدة غير جنائية فإن الغلط في قانون غير قانون العقوبات يستبعد العقوبة إذا نتج عنه خطأ منصباً على الواقعة التي تكوّن الجريمة⁽¹⁾. وحكم الغلط في القوانين الأخرى غير الجنائية يعد حكماً من صور الغلط في أركان الجريمة الذي ينفي القصد الجنائي عند الجاني دون أن يزيل عن الواقعة صفتها الجنائية. وبذلك يعتبره جانب من الفقه سبباً مانعاً للمسؤولية وليس سبباً من أسباب الإباحة⁽²⁾.

ففي جريمة المحاباة تزداد مهمة القاضي صعوبة في إثبات علم الفاعل بالنصوص القانونية والتنظيمية المؤطرة للصفقات العمومية، كون عملية إبرام الصفقات عملية معقدة وتتداخل فيها نصوص قانونية عديدة ومتنوعة، مما يجعل عدم الإحاطة والتحكم بها ممكن، وبالتالي إمكانية مخالفتها أمراً محتملاً ووارداً حتى في غياب أية نية صريحة في منح مزية غير مستحقة للغير.

¹ وهو ما أخذت به بعض التشريعات ومنها التشريع الألماني والإيطالي في مادة 47 عقوبات وأخذ به القضاء الفرنسي في الحكم الآتي:

paris, 2 Décembre 1924, Rec dr.com.Aout.sept 1925 II.359

ومحكمة النقض المصرية: نقض 10-05-1943 م القواعد القانونية ج ر 6 رقم 181، ص 247.

² رضا فرج، المرجع السابق، ص 418.

وبالتالي فقد يتخذ القصد في جريمة المحاباة أما صورة العمد عن طريق الإرادة الصريحة في مخالفة النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة، وهذا ما يحصل عادة عند تواطؤ المتدخلين في إبرام الصفقة العمومية لتمكين متعامل بعينه من الظفر بالصفقة، أو في حالة ما إذا قصد المشتري

العمومي تفادي عبء الإجراءات ومستلزمات الرقابة دون وجود نية لتفضيل مقابلة معينة. وفي كلتا الحالتين يفترض في الفاعلين المعرفة والخبرة الجيدة بالنصوص القانونية التي تسمح لهم بالقيام بهذه المناورات وإستغلال مكامن النقص فيها. وأما الصورة الثانية فهي القصد الذي يستخلص فيه العلم من وقائع المخالفة التي لم يكن للفاعل أن يجهلها دون لزوم إثبات وجود نية خرقها، ومن ثم فإن منح المزية غير المبررة مفترض كغرض للجريمة بمجرد مخالفة النصوص القانونية. وتقودنا مسألة التثبت من العلم إلى التساؤل حول المعيار الذي قد يعتمده القاضي الجزائري في هذا الصدد؟

ولعل الإجابة تكمن في أن دراسة الركن المعنوي للجريمة هي في الواقع دراسة الجانب الشخصي للمسؤولية الجنائية وتنصب أولاً وأخيراً على الجاني. ولهذا نجد القاضي في بحثه عن علم الموظف بمخالفة مبادئ إبرام الصفقات العمومية يركز على صفة الفاعل وكذلك الوظائف التي يمارسها في إطار الهيكل التنظيمي للمصلحة المتعاقدة، ودرجة مسؤوليته وتدخله في قرار منح الصفة.

وكان القضاء الفرنسي قد كرس هذا المعيار من خلال عدة قرارات منها القرار الذي إعتبرت فيه المحكمة أن المسؤول عن المجموعة الإقليمية وهو رئيس بلدية منتخب منذ سنتين، وكان يشغل منصب مستشار محلي وهو بهذه الصفة لا يمكنه أن يتدرع بجهله للإجراءات القانونية من أجل نفي الطابع العمدي للجريمة⁽¹⁾. وفي قضية أخرى رفضت المحكمة إدعاءات رئيس بلدية منتخب منذ عشر سنوات، بعدم تحكمه وإستيعابه لتعقيدات الإجراءات التي تم خرقها عند إبرام الصفقة، ورأت أن عدم الكفاءة L'incompétence لا يمكن أن يتدرع به لنفي الركن المعنوي للجريمة⁽²⁾، وهو أيضاً ما ذهب إليه محكمة الجنح ببيشار عندما قضت بإدانة أعضاء في لجنة الصفقات العمومية للولاية ورفضت إدعاءهم بأن السبب راجع لحدائثة تعيينهم كأعضاء في اللجنة⁽³⁾ ممثلين للمجلس الشعبي الولائي وبعدم تحكمهم في إجراءات تنظيم الصفقات.

¹ Crim. 15 sept 1999, juris data n°= 1999-003934.

² Crim, 21 oct. 2001, Dr. pénal 2002, connu 26, obs. véron.

³ وهو ما ذهب إليه محكمة الجنح ببيشار في حكمها رقم 09/03210 المؤرخ في 13-10-2009 في القضية المعروفة بقضية مديرية الري لولاية بشارالمشار إليه سابقاً.

وتبدو نزعة التشدد واضحة من خلال هذه النماذج وهي ناتجة عن إعتبار العلم بمخالفة النصوص مفترضاً في الفاعل مع أن نص التجريم إشتراط العمد في منح المزية غير المستحقة (المادة 26 من القانون 06-01 المعدلة). ويبرر ذلك بأن خرق النصوص المكونة للنشاط الجرمي لا يغطي ولا يكفي بالضرورة للإستبيان والتأكد من مفهوم الحياد أو عدم الحياد لأن العمد يمكن أن ينتج كذلك عن سلوك لم يكن بمقدور الفاعل تجاهله⁽¹⁾.

وفي ذات السياق رفض القضاء الفرنسي كذلك الإعتدار بحسن النية كسبب لإنتفاء العمد معتبراً أن مجرد مخالفة النصوص القانونية ينم على وجود سوء نية لدى الفاعل حتى ولو لم تتوفر نية التفضيل. وهكذا فإن سوء التفسير أو القراءة التقريبية غير المحمصة لقانون الصفقات العمومية من طرف مصلحة البلدية المختصة، يمكن أن يقود رئيس البلدية أمام القاضي الجنائي⁽²⁾. كما أن العمد يتوفر حتى ولو لم يجني الفاعل أية فائدة من وراء المزية التي أسدلها للمؤسسة بمخالفته بحسن نية للنصوص القانونية الواجبة.

ولعل هذا الموقف شكل إحدى منطلقات المطالبة بعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية بدواعي اللأمن القانوني، حيث دعت جمعية رؤساء البلديات بفرنسا بضرورة الأخذ بعين الإعتبار عنصر حسن النية عند تقييم تصرفات المشتري العمومي. ومع ذلك وحتى وإن تم قبول الإعتراف بمبدأ حسن النية فإن أثره ينصرف فقط للإستفادة من تخفيف العقوبة، دون أن يعفي الفاعل من الإدانة. وتأكيداً لذات النهج يقرر القضاء الفرنسي أيضاً بأنه حتى في حالة قيام المشتري العمومي بتصحيح الخروقات القانونية بناءً على طلب من هيئات رقابة المشروعية للوصاية، فإن ذلك لا يزيل الطابع العمدي للفعل وبالتالي يبرر متابعة الفاعل على أساس المحاولة أو الشروع. فمعاينة المحاولة في منح مزية غير مشروعة تؤكد في حد ذاتها على وجود نية لإرتكاب الفعل وتدعم بذلك الطابع العمدي للجريمة⁽³⁾. وقد عاقب المشرع الجزائري على الشروع والإشتراك في جريمة المحاباة صراحة⁽⁴⁾، في المادة 52 من القانون 06-01 كإحدى جرائم الفساد وأخضعها للأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات. وبخصوص الشروع يعاقب عليها بمثل العقوبات المقررة للجريمة نفسها⁽⁴⁾، ويتطلب الشروع ركناً مادياً يتمثل في تجاوز مرحلة التفكير في الجريمة والتحضير لها ويتجه نحو تنفيذها بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى إرتكابها إذا لم توقف أو يخبأثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله الفاعل⁽⁵⁾. وبذلك يعاقب على الشروع في جريمة المحاباة بمجرد خرق قواعد تنظيم الصفقات العمومية وإن لم يتحقق فعلاً تفضيل مقابلة مرشحة.

¹ Cass.Crim .7 mars 2000, pouvoir n°= 99.84117. cité dans catherine prebissy-schnall op.cit, p 68.

² L.WURTHORM, Y.GOUTAL, " Aquoi sert le juge pénal" journal des maires .fev 1997, n°= 2.p.1420.

³ Cass. Crim, 22 juin 1988: Bull. crim n°= 284.

⁴ المادة 31 منق.ع.ج " المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناءً على نص صريح في القانون".

⁵ تعريف الشروع في المادة 30 من قانون العقوبات.

وفي مقابل إضعاف عنصر العمد في جريمة المحاباة مقارنة مع العناصر الأخرى المكونة لها والذي يعتبره بعض الفقه كمؤشر صريح وواضح على إرادة التشدد لدى المشرع في محاربة الفساد. فإنه يشكل في نظر المشتريين العموميين عامل لإنعدام الأمن القانوني، فلجوء القاضي الجنائي إلى فكرة القصد الموضوعي يعني أنه بمجرد تحقق الركن المادي تكون الجريمة قد تحققت لأن الركن المعنوي أو القصد مفترض.

مما يؤدي إلى معاقبة الخطأ الإداري لصعوبة تميزه عن الخطأ الجنائي من جهة، وإحتمال وقوعه بسبب تعقيد الإطار القانوني لهذه الصفقات من جهة أخرى. وقد تؤدي هذه الوضعية إلى معاقبة الموظف الأمين الأرعن أكثر من معاقبة غير الأمين الفطن والمتبصر. L'honnête maladroit que l'habile indélicat.

ولحل هذه الإشكالية ذهب رأي إلى ضرورة أخذ خصوصية الصفقات العمومية في الحسبان إنطلاقاً من أن تفضيل الغير عمداً وعن إرادة صريحة لا يمت بصلة إلى التفضيل الناتج عن سوء إختيار إجراء معين بسبب عدم الحيطة والحذر⁽¹⁾، وعليه لا يجب أن يقع الإهمال أو الخطأ ذو الصبغة الإدارية تحت طائلة العقاب الجزائي. وهذا الموقف ينسجم مع أصل مفهوم كلمة القصد intention المشتقة من الفعل intendo باللاتينية والذي يعني التوجه نحو تحقيق هدف معين⁽²⁾. فالفاعل في جريمة المحاباة قد يكون على علم ووعي بأنه خالف النصوص القانونية دون أن تتجه إرادته إلى تحقيق غرض منح المزية غير المبررة للغير⁽³⁾.

ولعل ما يستخلص مما سبق ذكره، أنه رغم محاولة إلغاء الطابع المادي لجريمة المحاباة فقد نص صراحة على طابعها العمدي عند تعديله للمادة 26 في سنة 2011، من أجل تدليل الصعوبات التي كانت تواجه القاضي الجزائي والمرتبطة بتحديد أركان الجريمة المادي والمعنوي على حد سواء نظراً للطابع المعقد لهذه العقود والإحالة إلى قوانين أخرى. فإنها تبقى في النهاية نظرية أكثر منها واقعية وفعلية، خاصة بالنسبة لتحديد الركن المعنوي وعنصر العمد، علماً أن المشرع في الصياغة الجديدة لنموذج الجريمة لم يشير إلى الغرض من إبرام الصفقة مخالفةً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها كما كان منصوص عليه في الصياغة القديمة، وإنما تحولت منح المزية من غرض في الصياغة الأولى إلى نشاط مجرم من مكونات الركن المادي، وكان من المفيد أن يبقى عنصر الغرض من مخالفة مبادئ الحرية والمساواة والشفافية بمنح مزية غير مبررة كعنصر من مكونات الركن المعنوي.

¹ M. GUIBAL, " commentaire de la loi n°= 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures deS marchés...". AJDA 20 avril 1991, p.296.300 cité dans catherine prebissy-schnall, opcit , p.75.

² " Tendre vers, diriger vers un certain but". Cass. Crim, 4 novembre 1997, bulletin crim n°= 372.

³Bruno André Pireyre, marchés publics(favoritisme), recueil 5 marché public rep.pén.avril 1998.p.07.

ما قد يدعم الشعور بالطمأنينة والأمن القانوني لدى المشتري العمومي، ويبعد شبح التردد وعدم الثقة والخوف من المبادرة، وكلها مبررات يتحجج بها المطالبون بعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية والتمييز بين الأخطاء الجنائية في نشاط الوظيفة العمومية وأخطاء التسيير، هذه الأخيرة التي يمكن أن يخضع فيها الفاعل لأحكام المادة 119 مكرر من القانون 01-09 المؤرخ في 26 يونيو 2001 المعدل لقانون العقوبات. وتبقى مهمة التمييز بين الخطأ الجنائي والخطأ أو الإهمال في التسيير بيد سلطة القاضي الجزائي في إطار ما يتمتع به من سلطة وصلاحيات واسعة في تقييم النشاط والسلوك المجرم.

ثانياً: الركن المعنوي في الصورة الثانية من المحاباة.

يتمثل الركن المعنوي لجريمة المحاباة في صورتها الثانية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 26، في أن المترشح يقوم بإبرام الصفقة أو العقد وهو يعلم أنه إستفاد من سلطة أو تأثير الموظف للزيادة في الأسعار أو التعديل في النوعية والآجال، وهو بمثابة القصد العام، بحيث يفترض أن يعلم التاجر أو الصناعي أو الحرفي أن الموظف له سلطات وصلاحيات بحكم منصبه في الهيكل السلمي للمصلحة المتعاقدة، وكذلك أن لهذا الموظف تأثير وتدخل في القرار المتعلق بمنح الصفقة وإجراءات إبرامها وتنفيذها.

كما يشترط توفر قصد خاص متمثل في وجود نية لدى الفاعل للإستفادة من السلطة أو التأثير من أجل الزيادة في الأسعار أو تعديل في نوعية الخدمات واللوازم أو الآجال.

وعلى القاضي إبراز الركن المعنوي في حكمه، ويستخلص القصد الجنائي من وقائع الجريمة والقرائن ويمكن اللجوء إلى الخبرة.

فالطابع الردعي لهذه الجريمة وهو الغاية المقصودة يكمن في مجرد علم المتعامل الإقتصادي مع الشخص العمومي أنه أحل بقواعد المنافسة الشريفة وبمعايير الإختيار الأساسية أي الثمن والجودة والآجال عن طريق إستفادته من سلطة أو تأثير أعوان عموميين. وبذلك تعزز هذه الجريمة إستراتيجية مكافحة الفساد وتخليق الحياة العامة في تدبير الشأن العام خاصة في مجال الشراء العمومي.

هذه الإستراتيجية في مكافحة الفساد تتفاعل وتندمج فيها مجموعة من الجرائم في منظومة واحدة ومتكاملة وهي ميزة فرضتها طبيعة وتنوع جرائم الفساد التي يصعب حصرها. ولذلك قلما نجد جريمة من جرائم الفساد منفردة ففي غالبيتها تكون مرتبطة أو مندمجة مع بعضها ضمن شبكة الفساد المعقدة. وهو ما يقودنا إلى محاولة معرفة علاقة بعض جرائم الفساد مع جريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: إجتماع جريمة المحاباة مع جرائم الفساد الأخرى.

بالرغم من تخصيص جريمتين منفردتين لقطاع الصفقات العمومية ضمن جرائم الفساد، وهما المحاباة والرشوة في مجال الصفقات العمومية، فإن تعدد الجرائم يبقى وارداً جداً في مجال الفساد. فقد يصادف القاضي الجزائي أن الفعل المرتكب يحتمل عدة أوصاف إلى جانب المحاباة.

1- المحاباة وأخذ فوائد بصفة غير قانونية.

يمكن أن تجتمع جريمة المحاباة مع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية والمعاقب عليها ضمن جرائم الفساد طبقاً للمادة 35 من القانون 06-01 مثلاً في الحالة التي يشارك فيها رئيس بلدية في لجنة الصفقات التي منحت الصفقة إلى مؤسسة يكون لديه مصالح فيها. وقد أطلق على هذه الجريمة تسمية جريمة المنتخبين⁽¹⁾. Délit des élus وفي هذه الفرضية غالباً ما يتم تكييف الفعل على أنه أخذ فوائد بصفة غير قانونية وسيبعد وصف المحاباة.

ونظراً لتشابه الفعلين في الجريمتين وهو تعدد خرق المصلحتين القانونيتين المحميتين بالنصوص القانونية. كتعد العون خرق قواعد المنافسة الواجبة في منح الصفقة، فقد طبق القضاء الفرنسي أحكام ضم الجرائم cum ul d'infractions في قضية رئيس بلدية منح صفقة لمقاولة بناء عن طريق منحها ملحق وشارك فيه بصفته متعامل ثانوي مع مؤسسات أخرى يملك أسهم فيها⁽²⁾. وكذلك تطبق أحكام تعدد الجرائم (المادة 23 ق.ع.ج)، مع أنه يبقى وجود إختلاف بين الجريمتين من حيث الهدف، ففي جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية يهدف العون أو المنتخب إلى خدمة مصلحة شخصية بينما في جريمة المحاباة يجب أن تمنح المزية غير المستحقة للغير.

2- المحاباة والرشوة وإستغلال النفوذ.

تمثل رشوة الموظفين العموميين حسب(المادة 28 قانون عقوبات) أو إستغلال النفوذ (المادة 32 قانون عقوبات) جرائم مساعدة وداعمة لجريمة المحاباة، في الحالة التي يكون فيها خرق قواعد المنافسة وحرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، هو المقابل لرشوة أو إستغلال نفوذ تحصل عليها العون في صورة عطية أو هدية أو وعد وغيرها، إما لمصلحته الشخصية أو إلى حزب سياسي ينتمي إليه.

¹ وكانت تسمى في القانون الفرنسي بـ Délit d'ingérence بهدف حماية المؤسسات العمومية من إستغلال ممثليها وهيئاتها التنفيذية المصلحة العامة لمصالحهم الخاصة.

- Circulaire du ministre de justice français du 07.04.1998 relative à la préventions du délit de prise illégale d'intérêtS dans le cadre de la passations des baux ruraux.

² Crim, 6 avril 2005, pourvoi n°= 00-80.418 cité dans .Marie-Paule Lucas de LEYSSAC, Alexis MIHMANN, Droit pénal des affaires, opcit, p.718.

³ Crim, 15 déc 2004, pourvoi n°= 03.87.927.

3- المحاباة وجريمة التزوير.

يمكن أن تجمع الجريمتان في الوقت الذي تسهل فيه جريمة التزوير منح مزية غير مبررة للغير عند إبرام الصفقات العمومية. فمثلاً التخصيص غير القانوني للصفقة Fractionnement artificiel كصورة للمحاباة، كما أشرنا سابقاً، عادة ما يرتبط بتقديم معلومات ووثائق مزورة من أجل تخفيض أثمان الخدمات أو تعديل في نوعيتها، حتى يتم تبرير عدم بلوغ الحدود المالية التي تفرض على المشتري العمومي اللجوء إلى إجراء المناقصة، في حين الحقيقة هي عكس ذلك. كما أنه في حالات أخرى قد تكون جريمة المحاباة بالتوازي مع جريمة التزوير، كالتزوير في مداوات البلديات المتعلقة بالصفقات أو التزوير في محاضر لجان الصفقات كأن تتضمن عرض لمؤسسة لم يتم تقديمه أصلاً⁽¹⁾.

4- المحاباة والإتفاقات التدلّسية Entente Frauduleuse

وهي الإتفاقات والإتفاقيات المدبرة لعرقلة حرية المنافسة والتي يحظرها قانون المنافسة⁽²⁾ ويعتبرها ممارسات مقيدة للمنافسة، وقد ترتبط هذه الجريمة مع جريمة المحاباة مثلاً عندما يكون رئيس لجنة الصفقات طرف شخصي في هذه الإتفاقات المحظورة ومشارك في هيكلتها أو تنظيمها أو تنفيذها، بمعية وبمساهمة المتعاملين المرشحين للحصول على الصفقة العمومية، والذين يمكن متابعتهم طبقاً لقانون المنافسة على أساس إرتكابهم جريمة الإتفاقات التدلّسية.

5- المحاباة وإخفاء المحاباة.

يمكن متابعة المستفيدين الذين تحصلوا على الصفقة بطريقة غير شرعية من خلال منح مزية غير مبررة، عند علمهم بعدم شرعية المنح على أساس أنها صورة لإخفاء جريمة المحاباة⁽³⁾.

الفرع الرابع: الجزاء المقرر لجريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.

إستناداً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فقد تضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالإضافة إلى تحديد النموذج القانوني لجريمة المحاباة من خلال تبيان صفة الجاني وركنيتها المادي والمعنوي، تضمن أيضاً ردة فعل المجتمع لردع مرتكبيها.

¹ Crim, 15 déc 2004, pourvoi°= 03.87.927.

² المادة 6 و 56 من القانون 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

³ Crim, 28 janvier 2001, Bull, 23 cité dans Marie- Paule Lucas de LEYSSAC, Alexis MIHMANN, opcit, p 0719

ومن أول ملامح العقوبات المقررة لهذه الجريمة، أن المشرع حدد لها وصف جنحة رغم التشدد في العقوبة ولم يكتفها كجناية⁽¹⁾. كما أنه إعتد في قمعها على منظومة متنوعة من العقوبات منها عقوبات أصلية سالبة للحرية كالحبس أو الغرامة المالية، ومدعمة بعقوبات تكميلية حتى تتسجم مع خصوصية هذه الجريمة من حيث صفة الجاني وطبيعة الوقائع المادية المكونة للنشاط الإجرامي،

وأخضعها في الأخير إلى بعض الأحكام العامة ذات الصلة بتطبيق العقوبات كتلك المتعلقة بالشروع والإشتراك والتقدم، والظروف المخففة والمشددة للعقاب والمعفية والتجميد والحجز والمصادرة للأموال. وستعرض لمجمل هذه العناصر حسب الترتيب.

أولاً: العقوبات الأصلية.

وتعرف العقوبات الأصلية على أنها تلك العقوبات التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى⁽²⁾، وهي مقررة للفاعل، بحسب الحالة، للشخص الطبيعي كما للشخص المعنوي.

1- العقوبات الأصلية لجريمة المحاباة المقررة للشخص الطبيعي.

وجاء النص على هذه العقوبات في المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث جاء فيها "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي يمنح عمداً للغير إمتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقداً أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات". ويلاحظ أن التشدد في عقوبة هذه الجنحة برفع حدها الأقصى في الحبس إلى 10 سنوات والغرامة إلى 1.000.000 دج، وكذلك الجمع بين الحبس والغرامة في نفس العقوبة المطبقة على الفاعل الموصوف بالموظف العمومي بحسب المفهوم الذي أسلفنا شرحه.

وقد شهدت هذه العقوبة مساراً متطوراً عبر نصوص قانون العقوبات، بحيث تميزت بالشدة والقسوة مع بداية إستقلال البلاد وما فرضته من تحديات للحفاظ على الثروة الوطنية والخزينة العمومية ودرء كل المخاطر المحدقة بالإقتصاد الوطني آنذاك، فكانت الوسيلة القانونية الضرورية بيد المشرع لمواجهة تلك الأوضاع. وهكذا جاء في المادة السادسة فقرة 2 من الأمر رقم 66-188 تحت عنوان "العقوبات المطبقة" أن العقوبات المطبقة على المخالفات المنصوص عليها في الفقرات 1، 2، 3 تصدر في حقها عقوبة ثلاث سنوات سجناً على الأقل والسجن المؤبد على الأكثر....". ومن بين هذه الجرائم المعنية " عقد وإنجاز إتفاقات أو صفقات تنتج بكل وضوح ضد مصالح الدولة".

¹ ولتبرير لجوء المشرع إلى تجنيح هذه الجرائم مع تشديد لعقوبتها، ولم يصنفها كجنايات رغم خطورتها، يرجع البعض ذلك إلى مبررات التجنيح القانوني في السياسة الجنائية، كحرص المشرع على تحقيق وتبسيط إجراءات المتابعة الجزائية، والمحاكمة لهذه الجرائم وهي متاحة في الجرح أكثر من الجنايات ولأن محكمة الجرح تعتبر محكمة دليل بخلاف محكمة الجنايات التي تميل إلى الإقتناع الشخصي للقاضي.

² المادة 4 فقرة ثانية من قانون العقوبات الجزائري.

ثم تراجعت العقوبة مع صدور القانون 01-09 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن ق.ع.ج، حيث حددت المادة 128 مكرر عقوبة تتراوح ما بين سنتين (2) إلى عشرون (20) سنة لجريمة الرشوة التي أعطيت وصف جنائية.

كما نلاحظ أن عقوبة جريمة الرشوة في الصفقات العمومية جاءت أشد منها في المحاباة حيث حددت بحسب المادة 27 من القانون 06-01 بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة...".

مع أن الخطورة في الجريمتين على نزاهة الوظيفة العمومية وتخليق الحياة العامة وحماية الإقتصاد تبدو متماثلة.

أما العقوبة المقررة لجريمة تعارض المصالح حسب المادة 34 فهي الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2)، وبالنسبة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية فعقوبتها الحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات. ويخضع تطبيق العقوبة السالبة للحرية لكافة القواعد والأحكام العامة ذات الصلة وخاصة منها ما تعلق بشخصية العقوبة وتفريدها وفي ذلك منح القاضي الجزائي مجال واسع من السلطة التقديرية.

2- العقوبات المقررة في جريمة المحاباة للشخص المعنوي.

أقر قانون العقوبات الجزائري، على غرار باقي التشريعات العقابية المعاصرة مسؤولية الشخص المعنوي جزائياً في جرائم الصفقات العمومية، وحدد الأشخاص المعنوية الخاضعة للعقوبة الجزائية، حيث قضت المادة 51 مكرر من ق.ع.ج. والمعدلة بالقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 بأنه " بإستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك". كما أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.

وبإستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام لإعتبرات قد تكون سيادية وسياسية في المقام الأول⁽¹⁾، يكون المشرع قد حصر نطاق المساءلة الجزائية في مجال الصفقات العمومية في أشخاص القانون الخاص سواء تلك المذكورة في المادة 2 من قانون الصفقات العمومية أو الأشخاص المعنوية كمتعامل إقتصادي متعاقد مع الشخص العمومي.

¹ تم تكريس مسؤولية الشخص الاعتباري بشكل فعلي بصور القانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 الذي خصص الباب الأول مكرر لهذه المسؤولية كما حددت المادة 51 نطاقها من حيث الأشخاص المعنوية الخاضعة للمساءلة الجزائية. وجاء تبني هذه المساءلة متناغماً مع التحولات الإقتصادية التي فرضتها ضرورات الانتقال من نمط إقتصادي موجه إشتراكي إلى إقتصاد منفتح يطبق قوانين السوق. ما أدى إلى تغير في دور الدولة كمتدخل مباشر إلى ضابط للسوق الحرة حين التدخل المباشر للشركات التجارية المحلية والخارجية. فجاءت أحكام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لتكريس مبدأ عدم الإفلات من العقاب بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين، في إطار الضبط الإجتماعي والإقتصادي.

كما أن الشخص المعنوي لا يسأل جزائياً إلا على الأفعال التي ارتكبت تحقيقاً لمصلحته ولحسابه، كالإستفادة من مزية غير مبررة من سلطة أو تأثير لعون لحصول مؤسسة على صفقة، ما يعني أن الشخص المعنوي لا يسأل عن الأفعال التي يرتكبها ممثله القانوني كمدير أو شخص آخر إذا كانت لحسابه الشخصي وليس لفائدة الشخص المعنوي الذي يمثله.

وكما أسلفنا الإشارة إلى أن المقصود بأجهزة الشخص المعنوي هم الرئيس المدير العام، المدير العام، المسير، مجلس الإدارة والجمعية العامة والشركاء أو الأعضاء. ويقصد بتمثلي الشخص المعنوي الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف بإسم الشخص المعنوي بناءً على سلطة قانونية أو إستناداً إلى قانون المؤسسة، وكذلك المدير والمسير ورئيس مجلس الإدارة، أو المدير العام أو أي شخص يظهر للجمهور على أنه ممثل للشخص المعنوي ويتعامل معه على هذا الأساس، كما قد يكون المصفي كما في حالة تصفية المؤسسة المنحلة أو التسوية القضائية.

وتشمل المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون الوقاية ومكافحة الفساد بما فيها تلك الخاصة بالصفقات العمومية.

أما من حيث طبيعة العقوبة فتعتبر الغرامة هي العقوبة الأصلية المسلطة على الشخص المعنوي، ومن حيث مقدار هذه الغرامة فإنها حسب المادة 18 مكرر ق.ع.ج (المعدلة بالقانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004)، تساوي في مواد الجنايات والجرح، من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة. ولما كان الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي في جريمة المحاباة هو 1.000.000 دج، فتصبح الغرامة المقررة للشخص المعنوي تتراوح ما بين 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج. ويرجع سبب تغليظ عقوبة الغرامة سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي، إلى كون معظم جرائم الفساد ترتكب بدافع الطمع والربح والحصول على المال بطريقة غير مشروعة، ومن ثم يجب أن يكون العقاب من جنس الفعل، وحيث لا يتحقق الردع إلا إذا أصيب الجاني في ذمته المالية.

ولذلك شكلت الغرامة كعقوبة أصلية إحدى أهم أدوات الردع في جرائم الصفقات العمومية، بحيث يلزم من خلالها المذنب بأن يدفع إلى خزينة الدولة مبلغاً من المال مقدراً في الحكم، وتطبق على الغرامة كعقوبة جزائية القواعد العامة، كخضوعها لمبدأ الشرعية وصدورها بناءً على حكم قضائي الذي يحدد مقدارها، وتترك للقاضي الجزائي سلطة تقديرية في تقدير مبلغها طبقاً لما يعرف بنظام تناسب الغرامة مع إمكانيات ودخل المحكوم عليه وظروف الجريمة وهو ما يستخلص من نص المادة 5 فقرة 2 قانون عقوبات بقولها " الغرامة التي تتجاوز 200.000 دج". وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا عندما أقرت عدم ضرورة تسبب حكم تقدير العقوبة عند إختلافها بإختلاف المتهمين في الجريمة ذاتها.

والجدير بالملاحظة هو إبقاء المشرع، عند تعديله للمادة 26 المتعلقة بالمحاباة بمقتضى القانون 15-11 خاصة عندما حدد مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين

وشفافية الإجراءات، المادة 34 المتعلقة بجريمة تعارض المصالح على عقوبتها دون تعديل وهي الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج على الرغم من أننا نجدها عندما تحيل إلى نص المادة 9 من القانون 06-01 أن الأفعال المجرمة هي نفسها المنصوص عليها في المادتين.

فالسؤال الذي يطرح هو هل عند خرق هذه الأحكام والقواعد (وهي نفسها في الحالتين) نكون بصدد جريمة بمفهوم المادة 26 وبالتالي تكون العقوبة أشد أم نخضعها للمادة 34 حيث العقوبة السالبة للحرية والغرامة أخف. كما أن فعالية العقاب في مجال الصفقات العمومية وفي جرائم الفساد عموماً تحتاج إلى عقوبات مدعمة تصيب الجاني كذلك في مجال وظيفته ونشاطه، وهو ما يستدعي الحديث أيضاً عن العقوبات التكميلية التي تهم الشخص الطبيعي كما الشخص المعنوي.

ثانياً: العقوبات التكميلية لقمع جريمة المحاباة.

إلى جانب العقوبات الأصلية المقررة لجرائم الفساد التي جاء ذكرها في القانون 06-01 خول قانون العقوبات الجهة القضائية إمكانية معاقبة الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية⁽¹⁾ المنصوص عليها في قانون العقوبات طبقاً لما جاء في نص المادة 50 من القانون 06-01. وبالرجوع إلى المواد من 9 إلى 18 نجدها حددت مجموعة من العقوبات التكميلية تنوعت حسب طبيعة الجاني بإعتباره شخص طبيعي أو شخص معنوي، تأخذ في الإعتبار خصوصية كل شخص. كما منحت للقاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة في إختيار العقوبة التكميلية المناسبة لكل حالة. وتتمثل هذه العقوبات التكميلية حسب المادة 9 قانون عقوبات في الإقصاء من الصفقات العمومية، المصادرة الجزئية للأموال، إغلاق المؤسسة، الحظر من إصدار شيكات أو إستعمال بطاقات الدفع، المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، سحب جواز السفر، تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها أو المنع من إستصدار رخصة جديدة، المنع من الإقامة وتحديدها، الحجر القانوني ونشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة. مع الإشارة إلى وجوب التقيد بالعقوبات التكميلية ومحدداتها كما وردت في المادة 18 مكرر عندما يتعلق الأمر بالشخص الإعتباري. وسوف نتعرض لبعض هذه العقوبات التكميلية ذات الصلة المباشرة بمجال الصفقات العمومية بعد إلغاء العقوبات التبعية.

¹ بعد تعديل قانون العقوبات بموجب العقوبات عوض القانون 06-23 أصبح يعتمد التصنيف الثنائي للعقوبات أي عقوبات أصلية وتكميلية بدلاً من التصنيف الثلاثي الذي كان يضم إضافة للعقوبتين السابقتين العقوبات التبعية والتي لا يحكم بها إلا مقترنة بعقوبة أصلية وتطبق بقوة القانون. وتتمثل العقوبات التكميلية في مجموعة أدمجت فيها العقوبات التبعية في التكميلية وأضيفت لها عقوبات تكميلية جديدة كانت تصنف كتدابير أمن سواء شخصية كالمنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط أو إغلاق المؤسسة. - وقد عرفت المادة 4 من القانون 06-23 المشار إليه العقوبة التكميلية بأنها تلك العقوبة التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا عن الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إما إجبارية أو إختيارية.

1- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

أستحدثت عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية كعقوبة تكميلية عن طريق القانون رقم 06-23 المعدل لقانون العقوبات، عندما نص في مادته 16 فقرة الثانية على أنه " يترتب على عقوبة الإقصاء

من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية، إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات في حالة الإدانة بإرتكاب جنائية، وخمس (5) سنوات في حالة الإدانة بإرتكاب جنحة وهو ما ينطبق على جنحة المحاباة.

كما يمكن أن يتخذ قرار الإقصاء أيضاً كعقوبة إدارية في شكل إجراء تتخذه الإدارة في حق المتعامل المعني في إطار عملية إختيار المتعامل المتعاقد معها، وهو ما ورد في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي حددت حالات الإقصاء المؤقت أو النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، ومن بينها التأكيد على ما جاء في المادة 16 أعلاه، حيث شملت الذين كانوا محل حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية، وكذلك بالنسبة للأشخاص المسجلين في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش وأصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم المتعلق بالجباية والجمارك والتجارة ومن أدين بمخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.

فالتبني المزدوج لعقوبة الإقصاء في الصفقات العمومية كعقوبة إدارية وجزائية وإن كان يعبر عن نية التشدد في ردع كل من لا يلتزم بأسس تخليق الحياة العامة، فإنه قد يطرح إشكال قانوني حول مدى إلتزام الإدارة بمدة الإقصاء التي يمكن أن يقررها القاضي الجنائي والمحددة بخمس (5) سنوات طبقاً للمادة 16 مكرر 2 السالفة الذكر، بمعنى هل يمكن للإدارة أن تحدد مدة أطول من هذه المدة أو هي مقيدة بالمدة التي حددها الحكم الجزائي، مع العلم أن إجراء الإقصاء هو إجراء إداري في الأصل وجاء نص التجريم لتأكيد جنائياً دعماً لعنصر الردع حماية لقطاع الصفقات العمومية⁽¹⁾.

ويكون الإقصاء بإدراج إسم الجاني ضمن قائمة المتعاملين الممنوعين من تقديم عروض وتحدد كيفية التسجيل والسحب من القائمة بقرار من الوزير المكلف بالمالية طبقاً للمادة 61 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ويضاف إلى عقوبة الإقصاء منع الجاني سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً من مزاوله وممارسة مهنة أو نشاط إذا ثبت للجهة القضائية أن الجريمة المرتكبة لها صلة مباشرة بمزاولتها، وأن ثمة خطر في إستمرار ممارسته أي منها.

¹ ولم تقتصر عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية على قانون العقوبات، بل إعتمدت في قوانين عقابية خاصة كالأمر رقم 96-22 المتضمن قانون القرض والنقد حيث أجازت المادة الخامسة منه للجهة القضائية المختصة بأن تحكم لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات بإحدى العقوبات ومنها:

- المنع من مزاوله عمليات الصرف والتجارة الخارجية.
- الإقصاء من الصفقات العمومية.
- المنع من الدعوة العلنية للإدخار.

2- عقوبة المصادرة.

تعرف المصادرة كعقوبة مالية تصيب الذمة المالية للجاني، على أنها " إستحواذ الدولة على أشياء مملوكة للغير إذا كانت لتلك الأشياء صلة بجريمة ارتكبت فعلاً أو أنها من الأشياء المحرمة"⁽¹⁾. ومن الناحية القانونية فقد حددت المادة 15 فقرة أولى قانون عقوبات مدلول المصادرة على أنها " الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادل قيمتها عند الإقتضاء". كما عرفها قانون مكافحة الفساد بأنها " التجريد الدائم من الممتلكات بأمر من هيئة قضائية"⁽²⁾. وأكدت عليها كذلك المادة 51 من ذات القانون حيث نصت على أنه " يمكن تجريد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة".

وتختلف عقوبة المصادرة عن الغرامة بالرغم من كونها عقوبتان ماليتان، في أن الأولى تمثل نقل ملكية أشياء من المحكوم عليه إلى الدولة، أما الغرامة فهي تحميل ذمة المحكوم عليه بدين للدولة، وقد إعتبرها المشرع في المادة 51 فقرة 2 كعقوبة تكميلية إجبارية بالنسبة للقاضي الجزائي عندما نصت على أنه " في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات إسترجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية، وتحكم أيضاً برد ما تم إختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو إنتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعته أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى".

ومع الصرامة في عقوبة المصادرة في مجال الصفقات العمومية من حيث جعلها إجبارية فإن أغلب التشريعات العقابية والإقتصادية ستبعد المصادرة العامة، وهو ما يستخلص من القيود التي حددت لها من خلال نص المادة 51 فقرة 2 المذكورة أعلاه وأهمها : ألا تشمل إلاّ الأموال التي جاء ذكرها في نص المادة المذكورة، ثم يحتفظ بالأشياء والحقوق المملوكة للغير حسن النية وأخيراً أن يصدر بشأنها حكم قضائي.

وخلاقاً للمبادئ العامة في الإجراءات الجزائية التي تشترط وجود علاقة عضوية بين العقوبة والإدانة، فلا عقوبة إلا بوجود إدانة، ومن ثم فالحكم بالبراءة أو إنقضاء الدعوى العمومية ينعدم معه تسليط العقوبة. ومع ذلك فإن المشرع في المادة 36 فقرة ثالثة من القانون 06-01 نص صراحة على أنه يقضي بمصادرة الممتلكات المذكورة في الفقرة السابقة حتى في إنعدام الإدانة بسبب إنقضاء الدعوى العمومية أو لأي سبب آخر.

¹ وعرفت أيضاً على أنها " نزع ملكية المال جبراً من صاحبه وبغير مقابل وإضافته إلى ملك الدولة سواء كلن المال ملكاً له أو لغيره إذا ما أستعمل في ارتكاب الجريمة ". ورد هذا التعريف في عيود سراج، المرجع السابق، ص 655.

² المادة 2 فقرة (ط) من القانون 06-01 السالف الذكر .

وهي الحالة ذاتها تكررت في المادة 66 فقرة الثانية عندما تقدم دولة طرفاً في إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد، طلباً يرمي لإستصدار حكم بالمصادرة في إطار التعاون القضائي دون أن يشترط تقديم حكم الإدانة.

فكيف ينسجم أن يحكم القاضي بالمصادرة دون وجود حكم بالإدانة أصلاً، أو حتى في حالة الحكم بالبراءة؟ فهنا نكون بصدد تناقض قد يعرض الحكم للنقض طبقاً لأحكام المادة 500 فقرة 6 من قانون الإجراءات الجزائية، ثم كيف يكون النطق بعقوبة المصادرة كعقوبة تكميلية وهي لا يقضى بها منفردة بل لابد من وجود عقوبة أصلية وهي في هذه الحالات غير موجودة. وهل يمكن إعتبار القرار التحفظي الذي يتخذه القاضي الجزائي طبقاً للمادة 64 من القانون 06-01 والقاضي بتجميد وحجز الأموال المشبوهة ووضعها تحت رقابة القضاء إلى حين الأمر بمصادرتها، خوفاً من إستغلال طول إجراءات المتابعة من طرف المجرمين لإخفاء أو تهريب تلك الأموال، بمثابة مصادرة للأموال بدون حكم إدانة⁽¹⁾.

وتزداد أهمية عقوبة المصادرة في جرائم الفساد عموماً ومنها جرائم الصفقات العمومية، خاصة عندما تتخذ الجريمة طابع الجريمة المنظمة والعبارة للحدود، مما يجعل تنفيذ هذه العقوبة وإسترداد الأموال الطائفة في أغلب الأحيان التي يسعى المجرمون إلى تهريبها وإخفائها خارج تراب الوطن أمراً ليس هيناً، ولذا حظي موضوع إسترداد الأموال بإهتمام متزايد بحيث حددت له آليات قانونية على المستوى الداخلي كما إعتمدت لتنفيذه آليات دولية قد يستعان بها لرد الأموال غير المشروعة المهربة.

أ- آليات الإسترداد في القانون الداخلي.

عملاً بأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد خاصة المادة 53 فقد تبني القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إجراءات الإسترداد المباشر للممتلكات بحيث ورد في المادة 62 على أنه في الحالات التي يمكن أن تتخذ فيها قرار المصادرة، يتم الإسترداد عن طريق الجهات القضائية الوطنية المختصة، والتي يتعين عليها أن تأمر بما يلزم من تدابير لحفظ حقوق الملكية المشروعة التي تطالب بها دولة أخرى طرف في الإتفاقية.

¹ وقد إعتبرت المادة 160 من القانون 06-23 المصادرة كتدبير أمن يطبق مهما يكن الحكم الصادر في الدعوى عندما يتعلق الأمر بمصادرة الأشياء التي تشكل صناعتها أو إستعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة وكذا الأشياء التي تعد في نظر القانون أو التنظيم خطيرة أو مضرّة.

وقد يكون الحكم بالمصادرة بناءً على حكم أجنبي وهو ما قضت به المادة 63 من قانون مكافحة الفساد عندما أعتبرت أن الأحكام القضائية الأجنبية التي أمرت بمصادرة ممتلكات أكتسبت عن طريق إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد أو الوسائل المستخدمة في ارتكابها، نافذة في الإقليم الجزائري. أما فيما يتعلق بتنفيذ هذه القرارات فتتم إجراءات التعاون الأجنبي طبقاً للمواد 67 و68 من نفس القانون عن طريق توجيه طلب المصادرة إلى وزارة العدل التي تحوله للنائب العام لدى الجهة القضائية المختصة بمعنى التي توجد بدائرة اختصاصها الأموال محل المصادرة. ويقتضي أن ينص الطلب المتضمن قرار أوامر المصادرة على عائدات الجريمة أو الممتلكات أو العتاد أو أية وسائل أستخدمت لإرتكاب إحدى جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون، وبعد ذلك ترسل النيابة العامة طلب تنفيذ الحكم الأجنبي إلى المحكمة المختصة مرفقاً بطلباتها ويكون حكم المحكمة قابلاً للإستئناف والطعن بالنقض حسب القانون، وتنفذ الأحكام الصادرة على أساس الطلبات الموجهة بمعرفة النيابة العامة بكافة الطرق القانونية.

ب- التعاون الدولي لإسترداد الأموال.

يكتسي البعد الدولي في مسألة إسترداد الأموال غير المشروعة بإعتبارها منتوج لجرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية، أهميته وحيويته بالنسبة للدول، من ناحية الحجم الهائل لعائدات هذه الجرائم التي يعمد أصحابها إلى تحويلها وتهريبها إلى الخارج وإستثمارها في بنوك خارجية ضمن شبكة منظمة ومحكمة للجريمة المنظمة والعبارة للحدود بشكل ينخر إقتصادات البلدان وخاصة النامية أو تلك التي تعتبر في مرحلة تحولات إجتماعية وإقتصادية وتحرمها من موارد هي في أمس الحاجة إليها للنهوض بمجتمعاتها، إلى درجة أنها باتت تشكل خطراً يهدد سيادة وكيان الدول ذاتها⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى عجز هذه الدول لمواجهة هذه الظاهرة منفردة في غياب إطار قانوني دولي إتفاقي يمكنها من إسترداد أموالها.

بالإضافة إلى خطورة الظاهرة سرعت في وضع عدة إتفاقيات دولية تعنى بمواجهتها، وتعتبر إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود لبنة في جدار الصد الدولي⁽²⁾، حيث كرس في المادتين 12 و13 مجموعة من التدابير التي يتعين على الدول إعتماؤها في مجال المصادرة والتعاون الدولي لإتمامها والرامية إلى إمكانية حجز ومصادرة العائدات الإجرامية، وكيفية تصرف الدول فيها، وكذلك للولاية القضائية (المادة 15)، وتسليم المجرمين (المادة 16) لما لهما من علاقة لملاحقة الموظفين الفاسدين في الخارج.

¹ جاء في تقرير للمصلحة المركزية للوقاية من الفساد، قُدم لوزير العدل الفرنسي، أن إحصائيات البنك الدولي قَدّرت قيمة أموال عائدات الفساد والغش الضريبي الموجودة خارج الدول بمبلغ ما بين 1000 و6000 مليار دولار سنوياً وأنه لم يتم إسترداد سوى 5 ملايين منها في 15 سنة الماضية.

² وتمت المصادقة عليها عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 5 فبراير 2002.

ثم تأتي إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽¹⁾ بأحكام خاصة بمصادرة عائدات الفساد (المادة 16) وكذلك التعاون والمساعدة القانونية المتبادلة (المواد 18-19) وألزمت الدول الأطراف فيها بإتخاذ

الإجراءات التشريعية للسماح بإعادة تحويل العائدات الإجرامية. ويوضع هذه الرتسانة من الإتفاقيات الدولية والإقليمية الحديثة⁽²⁾ تكون الدول قد حققت خطوة جبارة في بناء شبكة أمان، على الأقل من الناحية القانونية لمواجهة آفة الفساد ذات البعد العالمي والتي تتطلب مواجهة جماعية من كل الدول، وقد ترجمت أحكام هذه الإتفاقيات في التدابير التي وضعها المشرع في القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3- بطلان الصفقة.

يشكل الظفر بالصفقة أو العقد أو الإتفاقية أو الملحق محور إهتمام الجاني ومركز مصالحه في جريمة المحاباة، ولأجل ذلك يعتمد خرق قواعد تنظيم الصفقات ومبادئ الشراء العمومي بحسب للمادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وكذلك المادة 9 من القانون 06-01. ولذلك رتب المشرع على مخالفة تلك القواعد الجهرية البطلان المطلق للصفقة وتصبح كأنها لم تكن.

وقد تناول المشرع حالة بطلان الصفقة العمومية في المادة 55 من القانون 06-01 وإعتبرها من آثار الفساد حيث جاء فيها " كل عقد أو صفقة أو براءة أو إمتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون، يمكن التصريح ببطلانه وإنعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

ويلاحظ من هذا النص منح صلاحية التصريح ببطلان العقد للقاضي الجزائري الذي ينظر الدعوى، مما يثير بعض الغموض حول الجهة المخولة بإصدار قرار الإلغاء هل هو القاضي الجزائري أم القاضي الإداري⁽³⁾.

¹ والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 31 أكتوبر 2003 (المواد من 51 إلى 59) وخصصت كذلك القسم السادس إلى المساعدة التقنية وتبادل المعلومات.

² وقد سبق وجود هذه الإتفاقيات تجارب دولية في هذا المجال وخصت قطاعات معينة. ومنها إتفاقية منع إستيراد أو تصدير أو تحويل الممتلكات غير المشروعة للأموال الثقافية المصادق عليها بتاريخ 14-11-1970.

³ علماً أن إبطال العقد أو الصفقة هو من إختصاص القاضي الإداري عملاً بأحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاصة إذا علمنا أن القاضي الجزائري أصبح يتمتع بصلاحيات كاملة في مجال جرائم الصفقات العمومية وتقييم التصرفات الإدارية المرتبطة بمسار إبرامها وتنفيذها، هذه الصلاحية التي منحت عملاً بنظرية القرار المنفرد القابل للإبطال⁽¹⁾ كما أسلفنا حيث إستقر رأي مجلس الدولة الفرنسي على أن إلغاء القرار الإداري المنفصل يعد سبباً مباشراً في إبطال العقد الإداري.

فهل المقصود بالجهة القضائية هي المحكمة الجزائية التي تنتظر في دعوى جريمة المحاباة أم القضاء الإداري بإعتباره قضاء الإلغاء بالنسبة للتصرفات غير المشروعة. خصوصاً عندما جاء التأكيد على إجراء إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق في المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تحت عنوان مكافحة الفساد، التي جاء فيها " 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 لآخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سبباً كافياً لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني.....".

فإذا كان القاضي الجزائي مخولاً عندما يحكم في إحدى جرائم قانون الوقاية ومكافحة الفساد ومنها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، أن يحكم ببطلان الصفقة العمومية. فإن خصوصية عقد الصفقة العمومية والطبيعة المميزة للبيئة التي ينشأ فيها والأهداف التي يتوخاها (تحقيق المصلحة العامة) وإرتباطه بالخدمة العمومية، تستدعي نوع من التمحيص في طبيعة هذه العقوبة وكذلك آثارها على مسار الصفقة العمومية.

¹ لا تتمتع الإدارة بنفس الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام عقودهم كونها تلتزم بإتباع طريق مرسوم كي تصل إلى إنتقاء المتعاقد معها وفي سبيل ذلك تصدر عدة قرارات إدارية إنفرادية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه، وهذه القرارات ليست مستقلة بل مندمجة تشكل كل لا يتجزأ، وبهذه الصفة لم يكتبالوسع الطعن فيها، غير أن نظرية الكل الذي لا يتجزأ هذه Le tout indivisible بدأت مع بداية القرن العشرين تفسح المجال لنظرية القرارات المنفصلة أو القابلة للإنفصال Les actes détachables ومفادها أن مختلف القرارات الفردية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام العقد يمكن النظر إليها على أنها منفصلة وبالتالي يمكن الطعن فيها أمام القضاء العادي أو الإداري بناءً على ولايته الكاملة. فالقضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على إنفراد، كونها تعتبر تصرفات قانونية صادرة في إطار عملية مركبة مع إمكانية إلغائها على أساس أنها قرارات قائمة بذاتها دون أن يؤثر ذلك على كيان العملية برمتها (الصفقة) أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها. وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره المعروف ب L'arrêt Martin بتاريخ 4 أوت 1905. وبذلك فتح المجال أمام القاضي الإداري (القضاء الكامل) بالنظر في المنازعات المتصلة بالقرارات المنفصلة. وشكل ذلك تقدماً مهماً خاصة بالنسبة للغير وبالذات المترشحين الذين تم إبعاد عروضهم خلال عملية إختيار المتعامل.

- د. محمد أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة 2003، ص 208.

- Catherine prebissy-schnall, la pénalisation des marchés publics, L.G.D.J, 2002.p 285.

-David Capitant, simplification des recours contre les contrats administratives, Etudes et commentaires Notes contrat administratif, recueil dalloz 2007/N.35. P.2501.

أ- طبيعة العقوبة من زاوية مبدأ الشرعية.

هذا النص يثير الملاحظات التالية:

-من حيث نوع عقوبة التصريح ببطلان الصفقة، فإن ظاهر نص المادة 55 يشير إلى أنها عقوبة تكميلية طبقاً للمادة 4 من قانون العقوبات فقرة 3 كونها مرتبطة بإحدى جرائم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهي إختيارية بالنسبة للقاضي⁽¹⁾.

- غير أنه بالعودة إلى المادة 9 من قانون العقوبات لا نجد هذه العقوبة منصوص عليها ضمن قائمة العقوبات التكميلية، على الرغم من أن تعديل قانون العقوبات صدر في 20 ديسمبر 2006 في حين قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صدر قبله بتاريخ 20 فبراير 2006.

- ومع ذلك يمكن القول أن مبدأ الشرعية يبقى محترماً، لأن العقوبة منصوص عليها في قانون مكافحة الفساد وهو بمثابة قانون تكميلي لقانون العقوبات وفقاً لمبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون". وفي هذه الحالة يمكن القول أن العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 ق.ع.ج لم تأت على سبيل الحصر، لأن عقوبة إبطال الصفقة ليست عقوبة أصلية لأنها مرتبطة بجرائم قانون الصفقات العمومية من جهة، وهي ليست تبعية لأن العقوبات التبعية تم إلغاؤها بالقانون 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 فهي إذن لا يمكن أن تكون إلا عقوبة تكميلية من جهة أخرى رغم أنها غير مدرجة ضمن العقوبات التكميلية حسب المادة 9 السالفة الذكر.

ب- أثر التصريح بالبطان: ففي حالة ما إذا صرح القاضي الجزائي ببطان الصفقة كيف يكون التعامل مع هذه الصفقة؟ فهل نطبق عليها القواعد العامة وبالتالي إرجاع الطرفين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، علماً بأن الأمر يتعلق بعقد ينفذ في مدة زمنية تمتد لعدة سنوات وترصد له مبالغ ضخمة من الأموال العمومية، والأهم من كل ذلك أنه يتعلق بمصلحة عامة وتلبية حاجات أفراد المجتمع، كل هذه العناصر وغيرها تجعل من مسألة إبطال العقد أمراً معقداً.

¹ المادة الرابعة فقرة 3 قانون عقوبات جزائري.

أم هل تطبيق في حالة بطلان العقد إجراءات الفسخ⁽¹⁾ المنصوص عليها في قانون الصفقات ودفاتر الشروط؟ علماً أنها ذاتها عملية معقدة، حاول المشرع تجنبها وتحاشيها في كثير من الحالات عن طريق اللجوء التنبئي لإجراءات التسوية الودية⁽²⁾، حفاظاً على الصفقة وضمان تنفيذها لأن الفسخ معناه تأخر في إنجاز المشروع بحكم أن إعادة إتمامه يتطلب عقد صفقة جديدة حسب الإجراءات الشكلية (إعلان مناقصة، إشهار وغيرها). وحتى في حالة الاستعجال حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة طريق الإستشارة⁽³⁾.

وبخصوص آثار إبطال الصفقة العمومية نفرق بين وضعيتين أولهما في الحالة التي لم تكن الإلتزامات المترتبة عن العقد قد نفذت بعد، وهنا لا يثير الأمر صعوبة كبيرة بحيث لا ترتب الصفقة

آثارها كلية وتزول بأثر رجعي لأن أثر البطلان يكون مانعاً يحول دون تحقيق آثار العقد. وثانيهما إذا كانت الصفقة العمومية الباطلة قد نفذت كلها أو بعضها فإن لكل من الطرفين إسترداد ما نفذ، ويكون هذا الإسترداد إستناداً لدفع غير المستحق، فإذا كان ما تسلمه أحد المتعاقدين منفعة لا يستطيع ردها فإنه يلتزم برد التعويض المعادل لها⁽⁴⁾ والمسألة برمتها لا تخلو من التعقيد.

ما يتطلب تدخلاً من المشرع المشرن لتوضيح عقوبة التصريح ببطلان الصفقة المنصوص عليها في المادة 55 السالفة الذكر من خلال تبيان الجهة القضائية المختصة بإقرارها وكذلك تحديد طريقة التعامل معها في حالة إصدار مثل هذا الحكم.

ثالثاً: معاقبة الشروع في جرائم الصفقات.

سعيًا منه لمواجهة الفساد وقمعه، فقد تم توسيع دائرة التجريم والعقاب ليشمل المحاولة أو الشروع أو الإعتداء الناقص، وهو ما ورد بصريح النص ليشمل جميع جرائم الفساد بما فيها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية عندما نصت المادة 52 فقرة ثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ".... يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها".

¹ والملاحظ أن المشرع يستعمل تارة مصطلح الفسخ وتارة أخرى مصطلح الإلغاء رغم أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، نجد إختلاف في الآثار القانونية المترتبة عن الإلغاء وعن تلك المترتبة عن الفسخ.

² المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تنص "..... دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح مبدأ الحل إلى :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة....".

³ المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

⁴ مانع عبد الحفيظ، مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون العام، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في القانون الجزائري، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008 ص 149.

والملاحظ عدم النص على معاقبة الشروع في كل جريمة من جرائم الفساد على حده طبقاً للقواعد العامة حسب ما تقتضيه المادة 31 قانون عقوبات من أن المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناءً على نص صريح في القانون، وإنما أجملها قانون مكافحة الفساد في المادة 52 الفقرة الثانية بالنسبة لكل جرائم الفساد الموصوفة بالجنح. ما عدا في جريمة الرشوة عندما نص في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد على أنه " يعاقب بالحبس من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة..."، فالتأكيد في هذا المقام دلالة على التشدد والحزم في عدم التسامح مع مرتكبي هذه الجرائم. والشروع أو الجريمة الموقوفة أو الخائبة فيه تتوقف الجريمة عند البدء بمراحلها الأولى⁽¹⁾، وقد حددت المادة 30 قانون العقوبات مدلوله بأنه " كل محاولات لإرتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها.

رابعاً: تقادم العقوبة.

تتكيف الأحكام الجزائية مع طبيعة وخصوصية جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد عموماً، وهكذا ففي مسألة التقادم، فقد جعل قانون مكافحة الفساد في المادة 54 الدعوى العمومية كما العقوبة لا تتقادم بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وفي غير ذلك من الحالات تنطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

وهي الأحكام التي تنص على تقادم الدعوى العمومية في مواد الجرح بمضي ثلاث (03) سنوات من تاريخ ارتكاب الجريمة، وأما العقوبة فتتقادم بمضي خمس (05) سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه القرار أو الحكم نهائي. فإذا كانت مسألة التقادم محسومة قانونياً فإن الأمر لا يبدو كذلك في الممارسة الفعلية فالقاضي الجزائي قد يواجه مشكلتين عند تطبيق أحكام التقادم على جريمة المحاباة، الأولى تتعلق ببدء سريان التقادم في جريمة المحاباة المعقدة. ففي هذا الصدد إعتبرت محكمة Coutances أن الوقائع المعروضة أمامها تقادمت بسبب أن جنحة المحاباة تمت من وقت إتخاذ قرار منح الصفقة، بدون أن تأخذ في الإعتبار التصرفات التي وقعت بعد هذا القرار⁽²⁾. فهل يمكن إعتبار تاريخ إمضاء وثيقة الإلتزام من طرف المصلحة المتعاقدة (وهو إجراء سابق عن المنح) كتاريخ لبدء الجريمة؟ مسألة يصعب تأكيدها خصوصاً وأن الخروقات يمكن أن تحدث في أية مرحلة في مسار الإجراءات.

¹ وهو تعريف الفقيه غارو. ورد في عبود السراح، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 317، 318.

² TGI Coutances 30 sept 1997. " Attendu que le délit de favoritisme, s'il était établi, serait constitué au moment de la décision d'attribution du marchés sans incidence des actes d'exécutions ultérieures".

ومن جهتها رأت لجنة MIEM أنه في حالة إعتقاد إجراءات التفاوض بدلاً من المناقصة فإن اللجنة تبدأ من بداية الإجراءات غير المشروعة وليس من يوم منح الصفقة⁽¹⁾. كما أن مدة التقادم المحددة بثلاث سنوات، قد لا تتلائم مع طبيعة هذه الجريمة التي تتميز بصعوبة الحصول على الأدلة بسبب إرادة التخفي والتستر لدى مرتكبها وكذلك بإستعمال الطرق والأساليب الحديثة والمناورات المعقدة المتقنة في إرتكابها، بحيث تجعل من مدة التقادم عنصر ضاغط على القاضي الجزائري في مجال المتابعة ما قد يجعله يلجأ إلى البحث لربط جريمة المحاباة بجرائم أخرى توصف بالمستمرة كالتزوير وإستعمال المزور أو الإحتيال وغيرها ليتحاشى هذا الضغط كون جريمة المحاباة جريمة وقتية⁽²⁾.

وأمام هذه الوضعية يتساءل البعض لماذا لا يتدخل المشرع لتمديد أجل التقادم في جريمة منح الإمتيازات غير المبررة لحل المشكلة بصفة نهائية؟ كما فعل القضاء الفرنسي الذي إستشعر المشكل ووضع له بعض المخارج لتسهيل مهمة القاضي ومنها أنه في حالة ما إذا كانت التصرفات غير المشروعة مخفية أو إرتكبت بطريقة مستترة، فإن مدة التقادم تسري في جريمة المحاباة من تاريخ إكتشاف أو إعلان وإبلاغ الوقائع للنائب العام⁽³⁾، بالإضافة إلى أن وضع قرينة المحاباة من خلال قصر الجريمة على وجود مخالفة لأحكام حرية الدخول والمساواة والشفافية، ساهم في تسهيل مهمة القاضي في إيجاد الأدلة المحددة للمتابعة.

خامساً: الظروف المشددة للعقوبة في جريمة المحاباة.

تصبح عقوبة الحبس المقررة لجريمة منح إمتيازات غير مبررة مشددة بحيث يعاقب من 10 سنوات كحد أدنى إلى 20 سنة كحد أقصى مرتكب هذه الجريمة إذا توافرت فيه صفة القاضي أو الموظف الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطاً عمومياً أو عضواً في الهيئة أو ضابطاً أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط⁽⁴⁾.

¹ التقرير السادس حول نشاط MIEM لسنة 1998 الصادر شهر سبتمبر 1999 ص 25.

² يبدأ حساب التقادم في الجريمة الوقتية instantanée من يوم إتمامها أما بالنسبة للجريمة المستمرة continue فيبدأ من يوم إنتهاء النشاط المادي للجريمة كما في جريمة التزوير.

³ Cass. Crim, 27 octobre 1999, Gayet et quais pouvoir n°= p 98-85-757 PF " Attendu que le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics est une infraction instantanée qui se prescrit, sauf dissimulation, à compter du jour ou les faits la consommant ont été commis".

⁴ المادة 48 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. وهذا التشديد يشمل جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد.

سادساً: الإغفاء من العقوبات وتخفيفها.

ارتبطت إستفادة مرتكب جريمة المحاباة من الأعذار المعفية من العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات بقيامه قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية، عن الجريمة ومساعدته على معرفة مرتكبها. وتطبق هذه الأعذار المعفية على كل من مرتكب الجريمة سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في القانون 01-06. ويستفيد أيضاً من تخفيف العقوبة إلى النصف كل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ومع ذلك ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها. ولعل مثل هذه التدابير تساهم في تسهيل مهمة القاضي الجزائي في الكشف عن هذه الجرائم عن طريق إستمالة بعض الجناة من أجل الوصول إلى شبكات الفساد التي يشكل وضع اليد عليها الغاية النهائية للمتابعة بسبب خطورتها الإجتماعية والإقتصادية، حتى وإن كان إغفاء أحد الجناة والشركاء من العقاب كمقابل لذلك.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن جريمة المحاباة تشكل أهم جريمة في مجال الصفقات العمومية كونها ترمي إلى معاقبة السلوكات المنحرفة المخلة بمبادئ الحياد والنزاهة والإستقامة الواجب توفرها في الموظفين العموميين القائمين على تدبير الشأن العام والتصرف في الأموال العامة، بصفتهم وكلاء أمناء على المصالح العامة للمجتمع ولأنها أيضاً تعاقب هذه السلوكات المنحرفة في بداياتها وعبر كامل مسار الصفقة العمومية لضمان نجاحها وتحقيق أهدافها وتكريس مفهوم تخليق الحياة العامة في الوظيفة العامة بإعتبارها البيئة الحاضنة للنشاط الإداري حيث يحتل قطاع الشراء العمومي مكانةً محوريةً. كما أن طبيعة هذه الجريمة وخصوصيتها المعقدة والتقنية وتداخل مجموعة من القوانين في تحديد مكوناتها، كلها عناصر ساهمت في جعل مهمة القاضي الجزائي صعبة عند تصديه للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية رغم الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها في تفسير وتكييف تصرفات الإدارة بحثاً على النشاط المجرّم المكون للركن المادي للجريمة. وهي العناصر ذاتها التي شكلت مصدر قلق بالنسبة للمسؤولين العموميين والأعوان المشرفين على قطاع الشراء العمومي خوفاً من أن يكتشفوا أن بعض التصرفات التي يعتقدون أنها مجرد أخطاء إدارية تتحول إلى أخطاء جزائية تقودهم أمام القاضي الجزائي، وهو الهاجس الذي بات يمثل قاعدة المطالبة بعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية.

وإلى جانب جريمة المحاباة فقد أفرد قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، جريمة أخرى خاصة بمجال الصفقات العمومية، وهي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، لها ميزات وخصوصيتها مقارنة بجريمة رشوة الموظفين العموميين المنصوص عليها في المادة 25 من القانون 01-06 وبالتحديد من ناحية تشديد العقوبة.

وهو ما يبرز الخطورة المضاعفة لهذه الجريمة عندما تقع في مجال الشراء العمومي. حيث الأطماع تتزايد كماً وكيفاً بحكم حجم الأموال الكبير المتداول عن طريق عقود الصفقات العمومية وبالتالي تعاضم فرص التلاعب بالمال العام، ولمحاصرة هذه الظاهرة المعقدة والمتشعبة عمد قانون مكافحة الفساد إلى تجريم كافة صورها. فمن رشوة الموظفين العموميين (المادة 25) وكذلك رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية (المادة 28) وعاقب على الرشوة في القطاع الخاص (المادة 40) كما جرم الغدر (المادة 30) La concussion وإستغلال النفوذ trafic d'influence (المادة 32) على إعتبار أن القاسم المشترك بين هذه الجرائم هو تلقي عمولات غير مستحقة من طرف الموظف العمومي بطرق مباشرة وغير مباشرة، وستعرض لعناصر هذه الجريمة وطريقة قمعها في نطاق أحكام قانون مكافحة الفساد.

المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

تصنف جريمة الرشوة على أنها أخطر مظاهر وصور الإعتداء على نزاهة الوظيفة العامة ولأنها الجنحة التي فيها نسبة كبيرة من السلوكات الجرمية التي تقلت من المتابعة والعقاب⁽¹⁾. وقد وصفت بأخطر المعضلات التي تعترض قيام نظام ديمقراطي إقتصادي وإجتماعي⁽²⁾، وقيام تنمية مستدامة كما أن آثارها السلبية تزعزع ثقة المواطنين بمؤسسات الدولة ومصداقية المسؤولين القائمين على تدبير الشأن العام، لأنها تفرغ مبادئ العدل والمساواة من معناها، وتتفشى مظاهر الكذب والنفاق وتحل علاقات المحسوبية والزيونية محل قواعد العدل والتكافؤ في الفرص. ولعل هذه المساوىء هي التي جعلت مدلول الفساد يختزل في كثير من الأحيان في مصطلح الرشوة⁽³⁾. وعليه سنحاول تحديد المفهوم العام لجريمة الرشوة مع التركيز على دراسة الرشوة في مجال الصفقات العمومية كإحدى صورها.

¹A.VITU, " les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption" . MéL. DONNEDIEU DE VABBER, p 128.

²ولم تقتصر خطورة جريمة الرشوة على الدول التي تعاني عجزاً في الديمقراطية، بل شملت كذلك الدول العريقة في مجال الديمقراطية. ففي فرنسا وعقب الخروقات في مجال منح الصفقات العمومية الذي إرتبط بتمويل الأحزاب السياسية إلى غاية سنوات التسعينات جعلت المشرع يتدخل من خلال ما سمي بقانون sapinloi بتاريخ 29 جانفي 1993 الذي تضمن إجراءات للوقاية من الرشوة والشفافية في الحياة الإقتصادية والشراء العمومي.

³ المشروع التمهيدي لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته الذي عرض على البرلمان.

الفرع الأول: مفهوم الرشوة.

بسبب الطبيعة المعقدة لجريمة الرشوة تعددت التعاريف التي سبقت لتحديد مفهوم واضح لهذه الجريمة.

أولاً: تعريف الرشوة.

يعرف الفقيه الفرنسي جازو الرشوة بأنها " عرض من جانب وقبول من جانب آخر لأي فائدة كانت مقابل القيام أو الإمتناع عن عمل من أعمال الوظيفة". وقد عرفت الموسوعة الجنائية بأنها "إتفاق بين شخصين يعرض أحدهما على الآخر فعلاً أو فائدة فيقبلها لأداء عمل أو إمتناع عن عمل في وظيفته أو مأموريته"⁽¹⁾.

وحول ذات المفهوم تدور تعريفات فقهاء القانون لجريمة الرشوة على أنها جريمة موظف عمومي تقتضي وجود شخصين في إيجاب وقبول لأخذ أو قبول أو طلب فائدة مقابل أعمال ووظيفة المرتشي وهو الموظف العمومي. وقد إعتبرها الفقه الإسلامي من أكثر الجرائم ضرراً بالمصلحة العامة بما تشيعه من فساد وإفساد، فضلاً عن أنها محرمة بذاتها كمعصية في الكتاب⁽²⁾ والسنة وإجماع الفقه. حيث عرفت على أنها " ما يعطيه الشخص لحاكم أو غيره للحكم له أو يحمله على ما يريد" وعرفها ابن حزم على أنها " ما يبذل للقاضي ليحكم بغير الحق أو ليمتنع عن الحكم بحق". أما شرح الأحاديث والمفسرون فقد عرفوها بأنها " الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة" أي المصانعة إلى الحكام ليأخذوا لكم حق غيركم، كما ورد في تفسير الطبري⁽³⁾.

ثانياً: الطبيعة القانونية لجريمة الرشوة.

الرشوة جريمة متعددة الأطراف متعددة السلوك حيث يتطلب النشاط المادي فيها وجود شخصين المرتشي وهو القائم بالعمل الوظيفي (وفقاً لما سبق بيانه في تعريف الموظف العمومي) والذي يسعى للحصول على فائدة من وراء وظيفته بالإتجار بها عن طريق طلب رشوة إما لنفسه أو لغيره أو قبوله ما يعرض عليه من طرف الراشي والذي يمثل في هذه الجريمة صاحب الحاجة الذي يقدم عطايا أو يعد بتقديم عطايا تحقق مصلحة خاصة له من العمل الوظيفي، كما قد يستجيب لطلب المرتشي عند إقدامه بذلك. وعليه قد تتقابل إرادة كل من المرتشي والراشي مباشرة أو عن طريق تدخل وسيط يسعى بينهما.

¹ Encyclopedia, the social science, 1985 edited Adam Kuper and Jessica Kuper, Routledge London, 1985.

² من القرآن الكريم : قوله تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون" سورة البقرة الآية 188. ومن السنة الشريفة روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " كل لحم أنبته السحت فالنار أولى به" قيل يا رسول الله وما السحت قال " الرشوة في حكم" وقال عمر بن خطاب " رشوة الحاكم من السحت" وسمى المال الحرام سحتاً لأنه يذهب مروءة الإنسان ولأنه يسحت الطاعات أي يستأصلها والسحت في اللغة أصله الهلاك والشدة. وفي الإجماع روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى عماله " لا تقبلوا الهدايا فإنها رشوة".

³ حسين مذكور، جريمة الرشوة في الفقه الإسلامي، دار النهضة، 1984 ص 94.

وبسبب تعدد أشخاص جريمة الرشوة فقد إختلف موقف التشريعات العقابية في تحديد الطبيعة القانونية للجريمة ما بين إتجاهين، يرى الأول أن جريمة الرشوة جريمة واحدة يكون فاعلها الأصلي هو

الموظف العمومي الذي يتاجر بوظيفته مقابل فائدة، ويعتبر الراشي ما هو إلا شريك يستمد إجرامه من إجرام الفاعل الأصلي.

أما الرأي الثاني فينظر إلى واقعة الرشوة باعتبارها جريمتين منفصلتين من جهة جريمة الموظف العمومي المرتشي وتسمى بالرشوة السلبية corruption passive وجريمة الراشي صاحب الحاجة ويطلق عليها الرشوة الإيجابية corruption active⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الاختلاف بين وحدة الجريمة وتعددتها لا يظهر أثره إذا ما تمت الجريمة بالإتفاق بين الراشي والمرتشي، غير أن المنطق في وحدة الجريمة يُخرج من التجريم السلوك الذي يصدر من صاحب الحاجة الراشي بعرضه الرشوة إذا لم يوافق هذا العرض قبولاً من طرف الموظف العمومي الفاعل الأصلي للجريمة، باعتبار البدء في تنفيذ الجريمة لا يقع إلاً منه.

في حين أن ازدواجية الجريمة تحقق عدة إعتبارات عملية حيث يجرم العرض الخائب من جانب صاحب الحاجة دون أن يتوقف ذلك على قبول الموظف العمومي. كما يجرم مجرد الطلب من جانب الموظف العمومي دون إشتراط قبول الراشي⁽²⁾ حيث يستقل كل منهما في المسؤولية وفي العقوبة وقواعد الإشتراك والشروع، وحتى لا ينظر للراشي على أنه غريب عن الوظيفة العمومية عملاً بأحكام المساهمة الجنائية.

أما موقف المشرع الجزائري فجاء مسائراً لإتجاه ازدواجية جريمة الرشوة بحيث فصل بين جريمة رشوة الراشي أي الرشوة السلبية وجريمة المرتشي أي الرشوة الإيجابية وهو ما نصت عليه المادة 25 من قانون مكافحة الفساد⁽³⁾ في فقرتها حسب الترتيب حيث عاقب نموذج التجريم الجريمة السلبية في الفقرة الأولى بقولها " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من وعد موظفاً عمومياً بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته".

¹ Cass.Crim, 30 ganv 1990, B.69.8.1911.1.597.D.1910.1.505.

² وجريمة الرشوة كان منصوص عليها في المادتين 128 مكرر 1 من قانون العقوبات قبل إلغائها، حيث لم تكن تشترط صفة في الجاني. وبالتالي فقد يكون شخص يمارس مهنة حرة أو هيئة عمومية أو إدارة. كأن يكون محامياً أو مستشاراً أو خبيراً أو مكتب دراسات يعهد إليه بتحضير أو إبرام عقد أو صفقة. (أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131).

- كما تجدر الإشارة إلى عدم نص الإتفاقية الدولية للأمم المتحدة لمكافحة الفساد على هذه الجريمة، بينما تضمنت إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنح الفساد في مادتها 11 فقرة 3 تجريم الرشوة في الصفقات العمومية بقولها " تلتزم الدول الأطراف بإتخاذ أي إجراءات أخرى قد تكون لازمة لمنع الشركات من دفع الرشاوى للفوز بمنح الصفقات العمومية".

³ وقد أخذ بوحدة جريمة الرشوة كل من التشريع العقابي الإيطالي (المواد 318-322) والمصري (المادة 103) والسوري (المواد 343-345). أما ازدواجية الجريمة فقد تبناها المشرع الفرنسي (المواد 177-179) والأمريكي (المواد 1361).

وعاقبت بنفس العقوبة على جريمة الرشوة الإيجابية بقولها " كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر لأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته".

وهذه الإزدواجية تجعل من الجريمتين مستقلتين من حيث المسؤولية والعقاب مع إمكانية تصور وقوع إحدى الجريمتين دون وقوع الأخرى بالضرورة، كما تمكن هذه الثنائية من متابعة الراشي في حالة العرض الخائب عند رفض الموظف العمومي (المرتشي) قبول العرض وفي المقابل يمكن مساءلة الموظف العمومي الذي طلب العطية وقبول طلبه بالرفض من صاحب الحاجة. وكلها مزايا قد لا توفرها وحدة الجريمة.

كما أن قانون مكافحة الفساد تضمن في ثنياه، بالإضافة إلى جريمة رشوة الموظفين العموميين، جريمة أخرى تعتبر كذلك إحدى صور الإعتداء على نزاهة الوظيفة العامة، إنما في هذه الحالة جعلها خاصة بقطاع حساس وخطير في إطار نشاط الوظيفة العمومية، وهي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وهي التي ستكون محور بحثنا في إطار دراستنا للمسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات العمومية من خلال أركان هذه الجريمة والجزاء المقرر لها.

الفرع الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

تعتبر جريمة الرشوة في قطاع الصفقات العمومية عن طريقة تنظيم رفض المقاولات للمنافسة الشريفة ولذلك ينظر لها دائماً على أنها إتفاق بين الراشي والمرتشي، هذا الإتفاق يأخذ شكل دفع عمولات من أجل تسريع أو تجاوز إجراء من شأنه تسهيل التمكين من الحصول على الصفقة⁽¹⁾. وتتميز جريمة الرشوة في الصفقات العمومية عن جريمة المحاباة في أن الأولى تكون المزية غير المستحقة مقدمة للموظف العمومي لنفسه في حين تكون المزية غير المبررة في المحاباة مقدمة للغير. وقد حددت المادة 27 من القانون 06-01 عناصر هذه الجريمة بقولها " يعاقب بالحبس من عشر(10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الإقتصادية".

¹ P.DEVEDJIAN, le temps des juges, Flammarion, 1996, chapitre VII: la corruption des hommes politiques, p 164.

من خلال نموذج التجريم يتضح أن المشرع قصد التشدد في قمع جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية مقارنة بجريمة رشوة الموظفين العموميين في المادة 25 السالفة الذكر. فانتقلت عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات لتصبح من عشر سنوات إلى عشرين سنة والغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج لتصبح من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، ولهذا التشديد ما يبرره بالنظر إلى أهمية قطاع الشراء العمومي في حياة المجتمع كونه القناة الرئيسية لتجسيد وتلبية

متطلبات الناس في التنمية وترقية الخدمة العمومية وتحقيق المصلحة العامة. بالإضافة إلى الأداة القانونية لإنفاق وصرف المال العام في إطار رسمي يضمن حسن تدبيره ويكرس قواعد الحوكمة الرشيدة القائمة على مبادئ حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات في مناخ من المنافسة الشريفة في بيئة يحكمها شعار تخليق الحياة العامة وتهذيب تدبير الشأن العام.

أولاً: أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

تتشترك جريمة الرشوة في الصفقات العمومية مع جريمة رشوة الموظفين العموميين في صورة الرشوة السلبية المنصوص عليها في المادة 25 الفقرة الثانية في بعض العناصر وتختلف في البعض الآخر كما سنبين فيما يلي:

1- صفة الجاني.

تعتبر صفة الموظف العمومي في الجاني بمثابة الركن المفترض لقيام الجريمة كأحدى صور الإعتداء على نزاهة الوظيفة العمومية. ويستوجب توفره في جريمة قبض عمولات بمعنى أن يكون موظفاً عمومياً بالمفهوم الواسع الذي أسلفنا بيانه في المبحث الأول من هذا الباب. وأن يكون المرتشي موظفاً عمومياً مختصاً طبقاً للمفهوم القانوني الجنائي الذي عندما خرج عن معنى الإختصاص الوظيفي وفقاً للقانون الإداري في حدوده وضوابطه بإعطائه معنىً مختلفاً يمكن أن نطلق عليه المفهوم الجنائي للإختصاص الوظيفي أسوة للمفهوم الجنائي للموظف العمومي طبقاً للمادة 2 من قانون مكافحة الفساد.

ومن ثم يجرم طلب أو أخذ الموظف العمومي لعطية أو فائدة أو قبول وعد بشيء ولو كان ذلك مقابل أداء عمل من أعمال وظيفته التي يختص بها وفقاً لما تقتضيه واجبات وظيفته، وهنا تتجسد رغبة المشرع في حماية الوظيفة العامة من أن تنزل منزلة السلعة التي تباع بمقابل لمن يدفع ثمنها في حين أنها يجب أن تُؤدّي من واقع الإحساس بالواجب فقط⁽¹⁾، بأمانة ونزاهة وإستقامة وحيادية وجدية في تنفيذ ما أوكل له من مهام.

¹ محمد ذكي أبو عامر، قانون العقوبات، القانون الخاص، مطابع السفير بالإسكندرية سنة 1987 ص 12-13.

فمناطق التجريم و التشدد في هذه الجريمة هو تخصص الموظف في مجال الصفقات العمومية بحيث يملك سلطة التأثير والتدخل في مسار إنجاز هذه العقود إبراماً أو تأشيراً أو تنفيذاً. ولعله السبب في تناول نص التجريم للرشوة السلبية بالنسبة للموظف المرتشي دون الرشوة الإيجابية للراشي صاحب الحاجة والذي يبقى خاضعاً في كل الأحوال إلى نص المادة 25 في فقرة أولى. ومن ثم تشكل نزاهة الموظف المختص بتدبير الصفقات العمومية مع حماية قطاع الشراء العمومي مصلحة جديرتين بالحماية الجنائية من آفة الرشوة.

وقد تتم جريمة الرشوة عن طريق وسيط وهو الشخص الذي يقوم بالوساطة بين الراشي والمرتشي ويرى بعض الفقه أن جريمته معلقة بمصير جريمة من كلفه بالوساطة سواء في حال التمام أو الشروع أو الإنعدام⁽¹⁾. أما المشرع الجزائري لم يضع أحكاماً خاصة للوسيط موافقاً في ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث يعتبره الفقهاء الفرنسيون شريكاً لمن كلفه بالوساطة سواء كان الراشي في الرشوة الإيجابية أو المرتشي في الرشوة السلبية⁽²⁾.

II- عناصر الركن المادي لجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

يتحقق الركن المادي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بحسب نموذج التجريم في المادة 27 من قانون مكافحة الفساد السالف الذكر، بسلوك إجرامي من طرف الموظف العمومي المتدخل والمتخصص في قطاع الصفقات العمومية بأيّة صفة كانت، ويتحدد هذا السلوك في قبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق.

والملاحظ أن نص التجريم لم يوضح بالدقة اللازمة العناصر المكونة للركن المادي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، حيث قصر تحقيق الجريمة على فعل القبض أو محاولة القبض لأجرة أو منفعة. ومن أجل تحديد طبيعة النشاط الإجرامي لهذه الجنحة نحاول إعتقاد الصور الثلاثة التي يتمثل فيها السلوك الإجرامي في جريمة الرشوة السلبية باعتبارها إحدى تطبيقاتها في مجال الصفقات العمومية، وهي طلب أو قبول أو أخذ لأجرة أو منفعة. وبالنظر إلى النص التجريمي لهذه الجنحة نخلص إلى أن ركنها المادي يتكون من عنصرين أساسيين هما: النشاط الإجرامي والمناسبة.

1- النشاط الإجرامي: يتمثل النشاط الإجرامي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في

الآتي:

¹ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الطبعة الثانية، سنة 1949 ص5.
² وقد عبرت السنة النبوية عن الشخص الذي يقوم بخطوات إيجابية بهدف إتمام واقعة الرشوة بين صاحب الحاجة (الراشي) والموظف العمومي (المرتشي) وهو في ذلك قد يكون رسولاً لأحد الطرفين أو لكليهما معاً عبرت عنه بلفظ الرأش حيث جُرّمه يتساوى مع الراشي والمرتشي وفقاً لحديث النبي صلى الله عليه وسلم " لعن الله الراشي والمرتشي والرأش ". باعتبار أن الجرم في النهاية يشكل معصية الله تعالى.

أ- **الطلب:** يفترض سلوك القبض للأجرة أو المنفعة في مجال الصفقات العمومية تلاقي إرادة كل من الراشي والمرتشي المعبر عنهما بطلب من الأول وقبول من الثاني، فالطلب يعتبر سلوك يصدر بالإرادة المنفردة للموظف العمومي ومن في حكمه، القائم على العمل الوظيفي المتمثل في إنجاز عقود الصفقات العمومية، يتضمن إلزام من جانبه ببيع عمله الوظيفي لقاء فائدة مادية كانت أو معنوية⁽¹⁾، وهي في هذه الحالة الأجرة أو المنفعة.

كما يستوي أن يصدر هذا السلوك (الطلب) مباشرة من الموظف أو من خلال وسيط يختاره للتعبير عن إرادته وهو ما عبرت عنه المادة 27 بقولها "....بصفة مباشرة أو غير مباشرة....". ولا

يلزم لوقوع الجريمة قبول صاحب الحاجة، فإن مجرد طلب الموظف للرشوة فيه إنزال للوظيفة منزلة السلطة القابلة للبيع والشراء، ويكشف في حد ذاته عن الخطورة الإجرامية للموظف الذي يعرض وظيفته للبيع من أجل قبض أجرة أو منفعة، فجرمه أكثر جسامة من جرم الموظف الذي يخضع لإغراء عرض صاحب الحاجة، كما أن الموظف بهذا الطلب يخل بواجبات وظيفته من أمانة ونزاهة وتجرد وعدل ومساواة في الحقوق والواجبات⁽²⁾، وهو ما يستخلص من عبارة "...يحاول أن يقبض..." التي تفيد بأنه لا يشترط أن يتم قبض الأجرة أو المنفعة بمجرد طلبها أو المحاولة يكفي لتحقيق جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

ولم يشترط المشرع شكلاً معيناً ومحددًا يتحقق به الطلب أو القبض فقد يكون بأي سلوك إيجابي يدل عليه، كأن يترك الموظف درج مكتبه مفتوحاً لتلقي الأجرة أو أن يرسل رقم حسابه البنكي وغير ذلك من الوقائع وبسبب السرية والشفافية التي تطبع عادة السلوكات المرتبطة بالرشوة، فإن القاضي الجزائي يتمتع بصلاحيات واسعة لإستخلاص ذلك بكافة طرق الإثبات⁽³⁾ رغم الصعوبات التي لا يمكن نفيها في هكذا مهمة.

¹ فوزية عبدالستار، المرجع السابق، ص 42.

² محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 57.

³ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 58.

ولا يؤثر في تحقق جريمة الرشوة كون الموظف قد قبض أو حاول قبض أجرة أو منفعة لنفسه أو لغيره فالأمر سيان طالما أنه يهدف بهذا إلى تحقيق مصلحة خاصة له. وقد كرست بعض قرارات القضاء الفرنسي بعض الأمثلة لحالات الرشوة، كحالة الشخص المنتخب الذي عن طريق تصويته على مداولة تتضمن برنامج تجهيز، بهدف تسهيل المهمة لمقاولة معينة من أجل الحصول على الصفقة مقابل منافع يتحصل عليها يمكن متابعته بجنحة الرشوة⁽¹⁾، التي تتحقق بمجرد طلب المنفعة ولا يهم ما إذا قبضت فعلاً هذه المنفعة. كما نكون بصدد رشوة في مجال الصفقات العمومية في الحالة التي يتلقى فيها عون بمصلحة الهندسة لبلدية معينة هدايا (ويمكن إدراجها في إطار المنافع) من مقاول مقابل إعلامه أو إخباره بمشاريع المناقصات للبلدية، أو من أجل كذلك التخفيف من إجراءات رقابة الورشات في حالة حصوله على الصفقة⁽²⁾. وكذلك في حالة قيام بعض الموظفين في المديرية

الإقليمية للتجهيز بتقديم معلومات حول شروط منح الصفقة مقابل إنجاز بعض الأشغال في سكناتهم الشخصية من قبل تلك المقاولات⁽³⁾.

ب- القبول: تحتل عبارة " القبول " في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية بالإضافة إلى معنى الطلب كما أسلفنا، معنى القبول كذلك والذي يعكس مدلوله التسليم التام للأجرة أو المنفعة بعدما كانت في شكل عطية مؤجلة أو موعود بها، وبذلك يتساوى في التجريم مع أخذ العطية الحالة وتتحقق به الجريمة تامة⁽⁴⁾. فمتى قبل أو قبض الموظف العمومي الأجرة أو المنفعة يكون قد إنتهك المصلحة الجديرة بالحماية الجنائية وأهدر نزاهة الوظيفة ووافق ببيعها بثمن، ومن ثم فتراجعه بعد ذلك عن إتمام العمل المطلوب كمقابلاً وإمتناعه لا يؤثر في التجريم بغض النظر ما إذا كانت العطية قد سلمت بالفعل، إلا أنه يشترط أن يكون القبول الصادر عن المرثشي قبولاً جاداً وصحيحاً يتفق مع الإرادة الباطنية له بما يحقق القصد الجنائي بصورة صريحة لا يرقى إليها شك⁽⁵⁾. فمثلاً في حالة تظاهر الموظف العمومي بقبول الرشوة ليسهل على السلطة القبض على الراشي متلبساً فلا يعتبر قبولاً صحيحاً تتم به الجريمة. وفي المقابل يجب أن يقع القبول على عرض جدي أو ظاهر الجدية وإن كان غير حقيقي كالقبول الذي يقع على عرض مدبر سلفاً من قبل السلطات الأمنية للإيقاع بالمرثشي متلبساً وحيث تكون نزاهة الوظيفة قد هددت.

كما لا يشترط في العرض أن يكون كتابياً أو شفهيّاً فإن القبول كذلك لا يشترط فيه شكل معين ولا صريحاً ولا ضمناً طالما أنه صادر عن إرادة حرة، وللقاضي إستخلاص ذلك من وقائع وظروف الجريمة.

¹ Cass.Crim 17 mai 1994. pouvoir n°= 93.82.252.

² Cass.Crim 9 novembre 1995.bull.crim n°= 346.

³ Catherine prebissy-schnall , opcit p 131.

⁴ فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 40.

⁵ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 38.

وأخيراً لا يشترط كذلك أن يكون القبول نهائياً فحتى وإن كان معلقاً على شرط فإنه يكفي لإعتباره قبولاً صحيحاً تقع به الجريمة. وتزداد الصعوبة في إثبات القبول في حالة سكوت المتهم خاصة في حالة قيام الموظف بالعمل المطلوب الذي يدخل أصلاً في واجباته، وهنا نكون أمام حالة شك والشك يفسر لصالح المتهم وبالتالي يجب الحكم بالبراءة⁽¹⁾.

ج- الأخذ: ويقع الأخذ paiement anticipé على عطية حاضرة وهو ما يعرف فقهاً (بالرشوة المعجلة) ويتحقق بأخذ العطية أو المزية، وفي مجال الصفقات العمومية يقبض الأجرة أو المنفعة. ويمثل الأخذ الصورة الغالبة التي تقع بها الجريمة، وتعتبر كذلك الصورة الأخطر والأشد تهديداً لنزاهة الوظيفة العمومية حيث يتجسد فيها التبادل ما بين العمل الوظيفي والأجرة أو المنفعة التي تؤخذ مقابل ذلك، وتتميز حالة الأخذ بكونها الأسهل من حيث الإثبات نظراً للحيازة الفعلية للعطية كواقعة مادية⁽²⁾.

وإن كان لا يهتم نوع الفائدة أو العطية أو طريقة تقديمها، فإن الإنتفاع بالمزية أو الأجرة أو المنفعة يعد أخذاً لها، كما يستوي أن تكون مادية أو غير مادية ويدل على ذلك تعبير المادة 27 بقولها "...أو منفعة مهما كان نوعها...". وبغض النظر عن نوع الأخذ سواء كان صريحاً أو ضمناً كما لو قدمت بشكل مستتر في تعاقده، غير أنه يشترط أن يكون الأخذ قد تم مقابل عمل غير نزيه Mal honnête، أما إذا كان للأخذ معنى آخر وله سبب يبرره كأن يكون من أجل سداد دين فلا جريمة⁽³⁾.

وأخيراً يتضح أن إستعمال عبارة " القبض " في النموذج التجريبي للرشوة في الصفقات العمومية يمكن أن ينصرف معناها إلى مدلولات كل من الطلب والقبول والأخذ مجتمعة، لأن مركز الإهتمام في هذه الجنحة خصيصاً هو الموظف العمومي المرتشي الذي يتاجر بوظيفته، فجاءت كلمة " قبض " معبرة ومجسدة لقبض الثمن في عملية البيع مقابل الوظيفة كسلعة محل إتفاق البيع، وهنا تكمن الخطورة على نزاهة الوظيفة كمصلحة جديرة بالحماية الجزائية.

وما يؤكد هذا التوجه أيضاً أن النص التجريبي لم يشير إلى الغرض من القبض أو المزية المقدمة لصاحب الحاجة، وإنما ظل حريصاً في هذه الجريمة بالذات على أمانة ونزاهة الموظف ومنعه من المتاجرة بواجباته الموكلة إليه بحكم طبيعته وظيفته وتخصصه في الصفقات العمومية. ومن هنا جاء الربط بين قبض الأجرة أو المنفعة بمناسبة التحضير أو التفاوض بشأن إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق، وهو العنصر الثاني في الركن المادي.

¹ نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الطبعة الثالثة، دار النهضة، سنة 1984، ص 23.

² فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 39.

³ فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 40.

2- طبيعة الفائدة أو المزية.

تتمثل الفائدة التي يرمي الموظف العمومي المرتشي في مجال الصفقات العمومية الحصول عليها، حسب ما تضمنه نص التجريم، هي قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها. وبذلك يكرس هذا الموقف نهج التوسع الذي إعتده الفقه والقضاء في تحديد طبيعة المقابل المتحصل عليه من وراء الإتجار بالوظيفة بحيث يشمل المقابل المادي وغير المادي.

أما المقابل المادي فيشمل كل مال أو ما يقوّم بمال كالنقود أو المجوهرات أو الملابس والسندات والأوراق المالية⁽¹⁾ وغيرها، كما يجوز أن يكون هذا المقابل شيئاً غير مشروع كالمخدرات أو شيك بدون رصيد أو مال حرام⁽²⁾، ولا يشترط أن يكون محدداً بل يكفي أن يكون قابلاً للتحديد. وقد يقدم المقابل بطريقة غير مباشرة في صورة طعام أو شراب أو إبراء من دين⁽³⁾. كما قد يقدم في صورة مرتب شهري أو قرض أو إئتمان بنكي⁽⁴⁾، كما قد يكون مستتراً في إتفاق كعقد بيع بأقل من ثمن البيع الحقيقي⁽⁵⁾.

وأما المقابل غير المادي فهو قيام الموظف العمومي بعمل أو إمتناع عن عمل من واجباته نظير حصوله على خدمة لا تقوم بمال كالحصول على توظيف أقاربه أو السعي إلى ترقية أو توصية. وقد إعتبر القضاء الفرنسي أن العلاقات الجنسية تعتبر مقابلاً في جريمة الرشوة⁽⁶⁾. غير أنه لم يأخذ بمعنى الفائدة غير المادية على إطلاقها، بحيث رفض إعتبار المزية المعنوية المحضة مقابلاً في جريمة الرشوة، فقضى في حكم بتاريخ 14 أكتوبر 1975 برفض إعتبار إنكاء روح الحقد أو الكراهية محققاً لمعنى المقابل الذي تقوم به جريمة الرشوة.

من خلال ما سبق نستخلص أن نص المادة 27 المتعلقة بجريمة الرشوة في الصفقات العمومية، قد أخذ بالمفهوم الواسع للفائدة التي يتحصل عليها الموظف كمقابل والذي تتحقق به الجريمة، لتشمل بذلك المقابل المادي وغير المادي على حد سواء، وهو ما يفهم من عبارة " قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها".

3- المناسبة.

لأنها جريمة رشوة خاصة بالصفقات العمومية فقد إرتبط قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الإقتصادية.

¹ محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 77.

² محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص 20.

³ Cass. Crim, 27 sept. 1935.Gaz.pal.2.644.

⁴ Cass. Crim, 15 déc. 1923.B.434.

⁵ Cass. Crim.4 juillet 1974.Bull.244.p.639.

⁶ Cass. Crim, 11 mai 1967.J.C.P 1968.11.15359, Rev .S.crim.1968.p.329.

ولعل إستعمال عبارة " بمناسبة" جاء بداية لربط السلوك المجرم المتمثل في قبض الأجرة أو المنفعة مع موضوع الصفقات العمومية تحديداً لنطاق تطبيق هذه الجريمة وهو قطاع الشراء العمومي. وفي ذات الوقت لرسم المجال الزمني للنشاط الإجرامي الذي تتحقق بواسطته جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، هذا المجال الذي جاء شاملاً لكل مسار الصفقة وملحقاتها إبتداءً من كافة إجراءات التحضير ومروراً بالإبرام ثم التنفيذ، معنى ذلك أن قبض أو محاولة القبض للأجرة أو المنفعة مهما كان نوعها من طرف الموظف العمومي (المرتشي) سواء وقع في مرحلة التحضير أو التفاوض أو الإبرام أو التنفيذ فإن جريمة الرشوة تكون قد تحققت، ومن ثم نستطيع القول بأن عبارة " بمناسبة" جاءت شاملة لكل هذه المراحل.

يأتي هذا في الوقت الذي تشترط فيه بعض التشريعات العقابية كالقانون الفرنسي، أن يكون السلوك المجرم المتمثل في القبض سابقاً للعمل أو للإمتناع أو للإخلال بالعمل الوظيفي، ومن ثم فإذا كان القبض للأجرة أو المنفعة لاحقاً فلا يشكل جريمة رشوة. فإذا فرضنا أن العمل الوظيفي هو منح الصفقة فإن قبض الأجرة أو المنفعة قبل عملية المنح يعتبر رشوة أما إذا كان القبض بعد منح الصفقة

فلا يعتبر جريمة رشوة. فالطلب اللاحق على أداء العمل لا يشكل جريمة رشوة، بل مكافأة لاحقة لا تخضع للعقاب على الإطلاق طبقاً للتشريع الجنائي الفرنسي وإن شكلت جريمة تأديبية تخضع للعقاب الإداري⁽¹⁾، في حين خالفه التشريع الألماني والإيطالي اللذان يعتبران أن السلوك الإجرامي اللاحق يمكن أن يشكل جريمة رشوة.

وحتى القضاء الفرنسي لم يأخذ المسألة على إطلاقها وإنما هناك قرارات قضائية تعتبر أن الهدايا التي تمنح كمكافأة على أعمال سابقة كانت لغاية تسهيل الحصول على خدمات مستقبلية وبالتالي تشكل دليل يثبت وجود إتفاق سابق ما يؤكد وجود رشوة⁽²⁾، كذلك في حالة إذا تم السلوك المجرّم من الموظف بشكل دائم ومنتظم ومتكرر، كعون الجمارك الذي يراقب عمليات إستيراد غير قانونية مقابل أجرة شهرية من المستورد الراشي في هذه الفرضية إعتبر القضاء أن المبالغ المدفوعة مقابل الأعمال السابقة تهدف إلى دفع ثمن الأعمال الماضية وكذلك التواطؤ المستقبلي، مما يدل على وجود علاقة سببية بين عمل المرشحي وطلب الراشي بسبب وضعية التكرار⁽³⁾.

وهناك من التشريعات كالقانون المصري من يفرق بين القبض اللاحق للعطية مع وجود إتفاق سالف بين الراشي والمرشحي وفي هذه الحالة تعتبر جريمة رشوة بعقوبة مشددة، أما إذا كان قبض العطية لاحق عن العمل دون وجود إتفاق سابق بينهما فتعتبر مكافأة لاحقة خصها المشرع بعقوبة أقل من عقوبة الرشوة⁽⁴⁾.

¹ Larguler (jean) et Larguler Anne-Marie, Droit pénal spécial, Dalloz, 1989, p.165.

² Cass.Crim, 29 sept.1993 bull.crim n°= 271.

³ Cass. Crim, 12 mai 1998, Dr. Pénal, 1998 comm.152.

⁴ قانون عقوبات مصري المادة 105.

وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري بإستعماله لعبارة " بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق"، يكون قد شمل القبض سواء كان سابقاً للعمل الوظيفي الذي يمثل مسار الصفقة بدءاً من التحضير أو المفاوضات ثم الإبرام ثم التنفيذ أو أثنائه أو لاحقاً عليه، وبذلك فكلمة بمناسبة تشمل العطية أو الأجرة أو المنفعة حتى ولو وقعت بعد إنتهاء تنفيذ الصفقة ما دامت قبضت كمقابل لها.

مع الإشارة إلى أن جريمة الرشوة في الصفقات العمومية قد تقع بمناسبة إبرام أو تنفيذ أي عقد أو صفقة أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات الاقتصادية أي كل الأشخاص الخاضعين لقانون الصفقات العمومية الذين جاء ذكرهم في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بإختلاف طبيعتهم وحجم خضوعهم لقواعد الشراء العمومي.

III- الركن المعنوي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

من المبادئ المستقرة في القانون الجنائي أن ماديات الجريمة لا تنشئ مسؤولية ولا تستوجب عقاباً ما لم يتوافر إلى جانبها العناصر النفسية التي يتطلبها كيان الجريمة وهو ما أصطلح عليه

بالركن المعنوي للجريمة. وجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها توفر الركن المعنوي فيها على القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة⁽¹⁾.

أ- العلم:

ينصب العلم إلى العناصر المكونة للواقعة الإجرامية من حيث أنه يجب أن يعلم الجاني بصفته كوظف عمومي أو من في حكمه، وأن إختصاصه الوظيفي يندرج ضمن تدبير قطاع الصفقات العمومية والإشراف على التحضير والتفاوض بشأن إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو الأشخاص العمومية الأخرى المشار إليها في النموذج التجريبي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية.

ويعلم أيضاً أن ارتكابه الفعل يعتبر متاجرة بالوظيفة، وأن قبضه أو محاولة قبضه للأجرة أو المنفعة هو بمثابة مقابل لعمل وواجب وظيفي يدخل ضمن واجباته ومهامه وأنه بذلك حول وظيفته إلى سلعة تباع وتشتري.

¹ Vouin Robert, Droit pénal spécial. 6^{eme} édition, Dalloz, paris, 1988 p.702.

وعلم الجاني بصفته الوظيفية مفترض، ونفي ذلك العلم يقع إثباته على الجاني لينفي العمد⁽¹⁾. كما يجب أن يصاحب قبض الأجرة أو المنفعة معرفة الغرض الذي قدمت لأجله، وفي هذا الشأن قضي في فرنسا بأن قرار الإدانة يعتبر قاصراً إذا لم يحدد أن الغرض من العطية أو الوعد بها هو القيام بعمل غير نزيه بحيث يجب أن يحدد تحديداً صريحاً الغرض من المكافأة أو المقابل⁽²⁾. وكذا فإن التشريع والقضاء الفرنسي لا يعاقب على المكافأة اللاحقة على تمام العمل الوظيفي بدون إتفاق سابق لأنه لا يتحقق بها معنى المقابل للعمل الوظيفي.

ب- الإرادة :

وتتمثل في ذلك النشاط النفسي المتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة، وهي محرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث في العالم الخارجي، وهي نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك ويفترض علماً بالغرض المستهدف والوسيلة المستعملة لبلوغ هذا الغرض⁽³⁾. فلا يكفي العلم وحده لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بل يجب أن تتجه إرادة المرتشي (الموظف العمومي) إلى ارتكاب الفعل المجرم المتمثل في قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها بمناسبة تسيير عقود الصفقات العمومية.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد نوع القصد الجنائي في جريمة المرتشي فذهب إتجاه إلى أن القصد المطلوب في جريمة الرشوة هو قصد خاص⁽⁴⁾، بإعتبار أنه لا يكفي إتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب

الجريمة مع العلم بتوافر أركانها بل يلزم قبل ذلك أن يكون لدى الفاعل نية إجرامية خاصة تتجاوز ماديات الواقعة الإجرامية وهي الإتجار بالوظيفة.

والإتجار بالعمل الوظيفي هي النية الإجرامية الخاصة وتكون حالة إنصراف إرادة الجاني إلى تنفيذ الغرض من الرشوة ويستدلون على ذلك بالتوسع في تجريم حالات عدم الإختصاص أحياناً من خلال تجريمه للإعتقاد أو زعم الإختصاص أو الإعتقاد الخاطيء بوجوده، فإنه يدل على إكتفاء المشرع بتوافر نية الإستغلال والمتاجرة بالوظيفة.

في حين رأى إتجاه راجح لدى غالبية شراح القانون الجنائي أن القصد اللازم في جريمة المرتشي (الموظف العمومي) هو القصد العام، ويتحقق بإتجاه إرادة الجاني إلى إرتكاب العمل المادي للرشوة أي قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة وهو عالم بأن الغرض منه هو دفعه إلى القيام بعمل من أعمال الوظيفة أو الإمتناع عنه أو الإخلال بواجباته الوظيفية بمناسبة تحضير أو تفاوض قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الأشخاص العمومية التي ينتمي إليها ويعمل بإسمها ولحسابها.

¹نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 80. (وإن كان هناك من يرى بأن العلم بالإختصاص الوظيفي لا يلزم لتوافر القصد الجنائي بإعتبار أن المشرع ساوى بين الإختصاص الفعلي وبين الإعتقاد فيه أو زعمه).

²Cass. Crim, 21 novembre 1972. Bull.crim 350.

³نجيب محمد حسني، المرجع السابق، ص 582.

⁴نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 44.

فعلم الموظف بالغرض من الرشوة يغني عن إشتراط نية خاصة، حيث ينصرف القصد الجنائي إلى واقعة لا تعد من ماديات الجريمة، أما القصد المطلوب في المرتشي فيعتبر متوفراً بإنصراف عنصره العلم والإرادة إلى أركان الجريمة فحسب، وعليه فإن القصد اللازم هو قصداً عاماً⁽¹⁾. أما نية الإتجار أو نية الإستغلال فهي علة التجريم سواء لجريمة الرشوة أو الجرائم الأخرى الملحقه⁽²⁾ بها، ومن ثم فهذه النية هي جوهر الجريمة بعناصرها المادية والمعنوية معاً⁽³⁾ وبالرجوع إلى نص التجريم نلاحظ أنه لم يتطلب قصداً خاصاً في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

ولذلك فالقصد الجنائي في الرشوة يتوفر بمجرد علم المرتشي عند قبضه أجرة أو منفعة أنه يفعل ذلك إخلالاً بواجبات وظيفته المتعلقة بتحضير أو إبرام أو تنفيذ عقود الصفقات العمومية أو ملحقاتها وأن هذه الأجرة تمثل ثمن لإتجاره بوظيفته أو إستغلالها. ويستنتج الركن المعنوي للجريمة من الظروف والملابسات التي تصاحب العمل أو الإمتناع أو الإخلال بحسب ما تقتضيه القواعد القانونية والتنظيمية المؤطرة لقطاع الصفقات العمومية، والأمر في ذلك متروك للقاضي وهو في ذلك لا يخضع لرقابة ما دام الإستنتاج مقبول من الوجهة القانونية، وبذلك يثبت القصد بكافة طرق الإثبات بحكم عنصر التكتّم والتخفي والتستر الذي يطبع هكذا جرائم.

وبالرغم من غياب نص قانوني يرسم كيفية تحديد الركن المعنوي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وإستناداً لقرار المحكمة العليا رقم 7745 بتاريخ 27-10-1987 فإنه يجب على قضاة الحكم أن يستظهروا في حكمهم بإدانة المتهم بجريمة الرشوة كل أركان الجريمة حتى يتسنى

للمحكمة العليا مراقبته ضمن القانون، ذلك لأن القرار الذي لا يبين من هو الراشي، ولا ماهية أو الهبة التي طلبها أو تلقاها، ولا يبين نوع العمل الذي قام به المرتشي مقابل ذلك يعتبر ناقص التسبب ويستوجب النقض.

ومن ثم فإن القاضي مطالب عند تصديه لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أن يراعي ذكر ومناقشة كافة العناصر المكونة للجريمة سواء تعلقت بصفة المتهم أو بالركن المادي أو المعنوي بالإضافة إلى وجوب تبيان الراشي والمرتشي ومن هو الوسيط إن وجد، ووجوب تبيان طبيعة الأجرة أو المنفعة موضوع الرشوة.

¹ محمود بخيث حسني، المرجع السابق، ص 67.

² ومن الجرائم المرتبطة والملحقة لجريمة الرشوة في جريمة إستغلال النفوذ، (المادة 32 قانون 06-01) والمكافأة اللاحقة، وجريمة الوساطة، ويجمعها مع الرشوة وحدة الهدف وهو الإخلال بنزاهة الوظيفة.

³ مأمون سلامة، النظرية الغالبة في السلوك، المجلة الجنائية القومية، المجلد الثاني عشر، القاهرة، سنة 1962 ص 133.

IV- الأحكام العقابية لجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

أحاط قانون العقوبات جريمة الرشوة أو قبض عمولات في مجال الصفقات العمومية بحلقة من الجزاءات ليحقق العقاب منها أقصى درجة من الردع العام والخاص⁽¹⁾ على حد سواء. حيث فرق بين عقوبات أصلية تطبق على الشخص الطبيعي والمعنوي وأخرى تكميلية والمتمثلة في الغرامة والمصادرة والحرمان من الحقوق المدنية، كما شمل تطبيق العقوبة بأحكام التشديد وكذا التخفيف والإعفاء من العقاب وستعرض لهذه العناصر تباعاً.

1- العقوبات الأصلية.

وتنقسم إلى عقوبات أصلية تطبق على الشخص الطبيعي وأخرى أصلية تطبق على الشخص المعنوي، وجعلها المشرع مغالطة مقارنة مع تلك المقررة لجريمة رشوة الموظفين العموميين حسب نص (المادة 25 من قانون مكافحة الفساد).

أ- العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي.

تعاقب المادة 27 من قانون الوقاية ومكافحة الفساد الشخص الطبيعي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بعقوبة سالبة للحرية مشددة وهي الحبس لمدة تتراوح من عشر (10) سنوات إلى (20) سنة، وكذلك بغرامة مالية مغالطة يتراوح مبلغها من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج .

ب- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي.

بات من المسلم به إعتبار الشخص المعنوي من أشخاص المسؤولية الجنائية، فمتى أسندت الجريمة لهذا الأخير كأن ترتكب الرشوة في مجال الصفقات العمومية من أحد ممثلي الشخص المعنوي ولحسابه، يتعرض الشخص المعنوي المدان للعقوبة المقررة طبقاً أحكام المادة 53 من قانون مكافحة الفساد و18 مكرر من قانون العقوبات وهي الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي. وبذلك تصبح الغرامة تتراوح ما بين 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

2- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي.

يمكن التمييز بين فئتين من العقوبات التكميلية، تلك المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المطبقة على الشخص المعنوي.

¹ مع الإشارة إلى أن بعض التشريعات أعطت الجريمة وصف جنائية بينما قبلت أخرى تجنيح الفعل ومنها المشرع الجزائري والفرنسي. بالإضافة إلى أن العقوبة بلغت حد السجن المؤبد في القانون المصري الذي يعتبرها جنائية كما فعل القانون الأمريكي والإيطالي وقد تصل إلى عقوبة الإعدام كما في القانون المالي رقم 6 المؤرخ في 12 فبراير 1974.

أ- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي.

تطبيقاً لنص المادة 52 فقرة أولى من القانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد، فإنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومنها جريمة قبض عمولات (الرشوة) في مجال الصفقات العمومية، يمكن الجهة القضائية التي تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في هذا القانون وتجنباً للتكرار تحيل لذات العقوبات التكميلية الإلزامية أو الاختيارية المقررة لجنحة المحاباة السالف ذكرها.

ب- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي.

وحددها قانون العقوبات، بحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، المنع من ممارسة ومزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو إجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، مصادرة الشيء الذي إستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها، نشر وتعليق حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات. وفي هذا الصدد نحيل كذلك إلى ما قيل بخصوص هذه العقوبات في جريمة المحاباة.

3- أحكام أخرى تتعلق بالتجريم والعقاب في الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

قدما أن الرشوة في مجال الصفقات العمومية هي جريمة المرتشي وهو الموظف العمومي، لكن هناك أحكام تتعلق بالمساهمة الجنائية قررها المشرع من خلال الشروع والإشتراك، بالإضافة لأحكام تتعلق بالعقاب كالتقادم، وتشديد العقاب والأعذار المخففة والمغفية من العقاب.

أ- الشروع والإشتراك في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

يعاقب المشرع على المحاولة أو الشروع والإشتراك في جريمة قبض عمولات في مجال الصفقات العمومية. أما بالنسبة للإشتراك فقد نصت المادة 27 من القانون 06-01 على معاقبة الوسيط كشريك من خلال كلمة "...بصفة مباشرة أو غير مباشرة..." وهي إشارة إلى الوسيط. وأما ما يتعلق بالشروع فأشار إليه بصراحة في نص التجريم من خلال عبارة "...أو يحاول أن يقبض..." ومعلوم أن العقوبة المقررة للشروع في الرشوة هي ذاتها المقررة للموظف المرتشي المتاجر بوظيفته في مجال الصفقات العمومية (عملاً بالمادة 52 فقرة 2 من القانون 06-01).

ب- التقادم.

خص المشرع جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على غرار جريمة الرشوة عموماً بأحكام خاصة في مجال التقادم بسبب طبيعتها وخطورتها وأثرها المدمر لمبادئ تخليق الحياة العامة بحيث لا تتقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة للجريمة في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن، وفي غير ذلك تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية طبقاً للمادة 54 من قانون مكافحة الفساد.

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 8 مكرر المستحدثة بموجب القانون 04-14 المؤرخ في 10-11-2004 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية، نجدها تقضي بأن لا تنقضي الدعوى العمومية

بالتقادم في الجنايات والجنح المتعلقة بالرشوة. وبالنسبة للعقوبة فنجد المادة 612 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية نصت على أن لا تتقادم العقوبات المحكوم بها في الجنايات والجنح المتعلقة بالرشوة. وبذلك فالإحالة في قانون مكافحة الفساد إلى قانون الإجراءات الجزائية تؤكد عدم تقادم العقوبات في جريمة الرشوة في قطاع الشراء العمومي.

ج- تشديد العقوبة.

بحسب المادة 48 من القانون 06-01 تشدد العقوبة في جريمة الرشوة في قطاع الشراء العمومي لتصبح الحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المرتكبة إذا كان مرتكب جريمة الرشوة قاضياً أو موظفاً يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطاً عمومياً أو عضو في الهيئة، أو ضابط أو عون شرطة قضائية أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف أمانة ضبط.

والملاحظ أن تشديد عقوبة رشوة الموظفين العموميين حسب المادة 48 يتلاقى مع عقوبة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وهذا طبيعي بحيث الجريمة الأخيرة هي أصلاً صورة مشددة للرشوة وبالتالي جاء حجم العقوبة فيها مغلظة.

د- الأعدار المعفية والمخففة من العقوبة في جريمة الرشوة في قطاع الصفقات العمومية.

كما هو الشأن في المحاباة فإن مرتكب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية يستفيد من الإعفاء أو من تخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد، وبذلك يستفيد من العذر المعفي من العقوبة الجاني أو الشريك أو من تخفيض العقوبة إلى النصف طبقاً لنفس الأحكام المحددة في المادة 49 من قانون مكافحة الفساد والتي سبق التعرض لها بمناسبة دراسة جريمة المحاباة.

وخلاصة لما ذكرنا حول القواعد الموضوعية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية، نجد أنها عكست بصفة جلية خصوصية التجريم والعقاب في قطاع الشراء العمومي، حيث تجلت ميزات التعقيد والغموض المرتبطة بالجانب التقني لهذا القطاع وكذلك لتداخل مجموعة من القوانين لتحديد النموذج التجريمي والنشاط المجرم المتنوع والمتداخل بحكم إنتهاء هذه القوانين الخارجة عن القانون العقابي، إلى فضاءات وثقافات مختلفة تماماً عن فضاء القانون الجنائي، كشأن القانون الإداري ممثلاً في قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة والقوانين المالية وغيرها.

وبرزت بصمات هذه البيئة على وجه الخصوص من خلال النموذج التجريبي لكل من جريمة منح إمتيازات غير مبررة التي شكلت أهم جريمة لردع السلوكات المخلة بنزاهة الوظيفة العمومية خاصة ما تعلق بحياد وإستقامة المسؤولين والموظفين المكلفين بتسيير قطاع الصفقات العمومية في محاولة من المشرع لقمع وردع الإخلال بتنظيم الصفقات العمومية خاصة ما تعلق بحرية المنافسة والتي وجدت تجسيدها في المبادئ الثلاثة للشراء العمومي، كحرية الدخول والوصول للطلب العمومي والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، كل ذلك لبلوغ الغاية السامية والإستراتيجية والمتمثلة في إرساء قواعد تخليق الحياة العامة والحوكمة الرشيدة في تدبير الشأن العام وحسن إستعمال الإمكانات المالية وفعاليتها لتحقيق المصلحة العامة عن طريق ضمان أحسن وأفضل خدمة عمومية إستجابة لمتطلبات وطموحات المجتمع.

وبذات التصميم حاول المشرع في تجريم الرشوة في مجال الصفقات العمومية وما صاحبها من تشديد للعقوبات، أن يسد الطريق أمام إستغلال الموظفين العموميين القائمين على تدبير هذا القطاع من الإتجار بوظيفتهم وإستغلال سلطاتهم، وهو ما برر وضع جريمة رشوة خاصة لحماية الصفقات العمومية وما تمثله من أهمية لإرتباطها بتنفيذ سياسة الدولة ذات التماس المباشر مع المصالح العامة للمجتمع والسكان. حيث ركز التشريع العقابي فيها على نزاهة الموظف العمومي حتى لا يتحول أداءه لواجبات وظيفته لسلعة محل متاجرة خاصة وأن حجم الأموال المتداولة تزيد من إحتتمالات التهديد والاعراء ودرجة الطمع.

وفي المقابل فإن الحرص على تحقيق هذه الأهداف من خلال قواعد التجريم المدعمة في مجال الصفقات العمومية، فإن غموضها وصعوبات تحديد السوكات التي قد تقع تحت طائلة العقاب فيها ولّد شعوراً من التخوف لدى المسؤولين على هذا القطاع من الإفراط في التجريم. مما يحد من عنصر المبادرة الضروري في الإضطلاع بمهمة الوظيفة العمومية، وهو ما أعاد جدلية التجريم وعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية إلى الواجهة.

وقد ضاعف هذا الهاجس تلك السلطة التقديرية الواسعة التي منحت للقاضي الجزائي ويتمتع بها في تقييم سلوكات الموظفين العموميين في هذا الشأن وكذلك في تفسير وتكييف تصرفات الإدارة وإجراءاتها بمعزل عن تفسيرات وتقديرات القاضي الإداري صاحب الإختصاص الأصيلي في هذا القطاع. وكلها عناصر ستكون كذلك حاضرة بمناسبة دراسة القواعد الإجرائية أو الشكلية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية كما يأتي.

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية للمتابعة الجزائية في جرائم الصفقات العمومية.

لم تقتصر تجليات المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية على القواعد الموضوعية التي حاولت تكريس جملة من المحددات التي تقوم عليها فلسفة التجريم في قطاع الشراء العمومي كجزء من منظومة متكاملة ومتنوعة من النصوص العقابية لمواجهة ومكافحة ظاهرة الفساد، من خلال نماذج التجريم سواء في جريمة المحاباة أو الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وكذلك التوسع في صفة الفاعل ليشمل كل أصناف الموظفين العموميين ومن في حكمهم والمنتخبين والأعوان المتدخلين في قطاع الصفقات العمومية، وحتى الأشخاص المعنوية التي تبرم وتنفذ هذه العقود بإسمها ولحسابها، وكذلك من ناحية العقاب حيث تبرز سمة تغليظ العقوبة رغم إحتفاظ تلك الجرائم على طابعها الجنحي⁽¹⁾. وإنما تجسدت كذلك هذه التجليات من خلال ترسانة من القواعد الإجرائية الجزائية المناسبة لجعل المتابعة الجزائية والعقوبات تتمكن من تخفيف الردع العام والخاص المقصود منها.

فخصوصية تلك القواعد الموضوعية كما أسلفنا، إنسحبت بالضرورة على القواعد الإجرائية للمتابعة الجزائية في هذه الجرائم. ومن أول مظاهرها أن تجنيح جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية شكل أحد المحددات الرئيسية لطبيعة هذه القواعد الإجرائية. ذلك لأنه من بين المبررات التي سيقت لتجنيح هذه الجرائم، هي أنها جرائم ذات طابع مالي وتقني لا يصلح عرضها على قضاء شعبي كمحكمة الجنايات حيث يشترك فيها المحلفون وتقوم على الإقتناع الشخصي، وإنما يجب أن يتكفل بها قضاء متخصص قائم على الدليل، ويسمح بدرجات التقاضي ضماناً لحقوق الدفاع ويتناسب وطبيعة جرائم الصفقات العمومية المعقدة والمتشعبة والتي تحتاج مكافحتها إلى إجراءات سريعة وفعالة وتتطلب إجراءات بحث وتحري خاصة وقد تحتاج إلى تمديد الإختصاص المحلي وتخفيف القيود الإجرائية، ناهيك عن إجراءات الحجز والمصادرة والإسترداد وتسليم المجرمين وهي مسائل تحتاج إلى جلسات ودرجات تقاضي وتخصص وكلها مقتضيات قد لا تتحقق في نظام محكمة الجنايات⁽¹⁾.

¹ وقد ينظر لمسألة التجنيح مع تشديد العقوبة، من زاوية أخرى، على أنها محاولة للتوفيق بين عناصر جدلية التجريم وعدم التجريم. بحيث يمثل التشديد للعقوبة إستجابة لمطالب المجتمع والرأي العام الضاغطة من جهة ومراعاة هواجس ومخاوف المسؤولين العموميين في قطاع الصفقات العمومية من أن يشكل الإقتناع الشخصي للقاضي عاملاً لتجاوز مراقبة المشروعية عبر الأدلة إلى تقييم عنصر الملائمة الذي يبقى من صلاحيات المصلحة المتعاقدة، حيث تتحكم فيه في الغالب معطيات خارجية وغير موضوعية قد ترتبط بالسياسة العامة للدولة ومقتضياتها والتي قد لا تجعل تصرفات الإدارة، دائماً متوافقة مع مبدأ المشروعية. لذلك لتجنيح قد يكون مظهر من مظاهر التخفيف من الصدام بين الملائمة والمشروعية كعنصر حاضراً في ذهن القاضي الجزائي دائماً عند تصديده لجرائم الصفقات العمومية وبمناسبة تحديد صفة الفاعل وكذلك النشاط المجرم، خاصة عند تقدير وتفسير بعض التصرفات الإدارية كالتفويض بالإمضاء وما يثيره من إشكالات بخصوص نقل المسؤولية إلى المفوض له من منظور المشروعية في حين أن قرار الملائمة يبقى لدى المفوض دون أن يظهر ذلك في ماديات قرار التفويض. ¹ وتجدر الإشارة إلى الإنتقادات التي وجهت لتجنيح جرائم الفساد كجرائم الصفقات، بحجة أن إبعاد وصف الجنائية عن هذه الجرائم جاء في الوقت الذي عرفت موجة التجريم أوجها أين كان ينتظر فيه تشديد الوصف والتكييف القانوني لها وكذلك العقابي على مرتكبيها من الفاسدين. وخاصة أن هذا المطلب تصانف مع إندلاع مجموعة من الفضائح المالية الكبرى، كقضية سونطراك والخليفة والطريق السيار شرق غرب وغيرها. (تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق، سنة 2013، ص 358).

وهذه الخصوصية شكلت عنصراً حاكماً في تحديد طبيعة إجراءات المتابعة الجزائية في جرائم الصفقات العمومية، سواء ما تعلق منها بالمفهوم الجديد لدور وتدخل القاضي الجزائي بالنظر لحجم

السلطات التي بات يتمتع بها في هذه المسؤولية الجزائية (أولاً) أو ما ارتبط منها ببعض الإجراءات المستحدثة بخصوص التحري والبحث عن الجناة (ثانياً).

المطلب الأول: دور القاضي الجنائي.

تتطلب طبيعة النزاعات التي تعرض على المحاكم الجزائية بمناسبة جرائم الصفقات العمومية قد يتطلب الأمر من القاضي الجزائي التصدي لتفسير وتقييم بعض التصرفات الإدارية لضرورتها وأهميتها في تحديد سير ومآل المتابعة الجزائية. وهي مهمة ليست فرعية ولا يتقيد فيها بتفسير القاضي الإداري وإنما يملك لوحده سلطة تكليف الصفقات العمومية محل المتابعة.

هذه الإستقلالية عن القاضي الإداري يضاف لها الصلاحيات الكاملة التي يتمتع بها القاضي الجزائي في مجال تحديد الركن المادي والمعنوي لجرائم قطاع الشراء العمومي ، شكلت معالم لإمكانية ظهور مفهوم جزائي خاص بالصفقات العمومية (أولاً).

وفي المقابل فإن خصوصية تنظيم الصفقات العمومية، التي تتطلب نظام قضائي برغماتي وعملي، حيث المعرفة الحقيقية والعملية للأشياء ضرورية ولازمة، توحى بأن القاضي الإداري هو الأقدر والمناسب لفهم وضبط أحسن للتعدّيات المخلة بمبادئ حرية الدخول إلى الطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وبالتالي يدعو للتساؤل كنتيجة لذلك حول مدى ملائمة وضرة العقوبة الجزائية في قطاع الصفقات العمومية (ثانياً).

الفرع الأول: تدعيم إختصاص القاضي الجزائي.

يشكل توسيع إختصاص القاضي الجزائي في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات العمومية أحد معالم التميز في القواعد الإجرائية في متابعة هذه الجرائم، بحيث أصبح يتمتع بإختصاص القضاء الكامل، ومن مقتضياته ما كرسه الفقه والقضاء الفرنسي من خلال مقولة قاضي الدعوى هو قاضي الإستثناء "le juge de l'action est juge de l'exception"⁽¹⁾.

¹ وكان القانون الفرنسي منذ 24 أوت 1790 يتبنى مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والقضاء العادي وكل مخالفة لهذا المبدأ من قبل القضاء أو النواب العامون، إعتبرت بمثابة جريمة خيانة. غير أنه وقعت تعديلات على هذا المبدأ ابتداءً من 1810 حيث أكد قرار لمحكمة النقض الفرنسية سلطة القاضي الجزائي في تقدير لوائح الشرطة (Bull crimn°= 98) (Cass.Crim. 3 aout 1810). وابتداءً من 1872 دعى LAFARRIERE إلى تأسيس إختصاص القاضي الجزائي على مبدأ آخر وهو حسن إدارة العدالة، وهو ما عرف بالإختصاص الكامل للقضاء الجنائي.

ولتمكين القاضي الجزائي من القيام بدوره كحارس على تخليق قطاع الصفقات العمومية يجب ألا توقف أو تعرقل تدخلاته بسبب مسائل تتعلق بالإختصاص تكون نتيجتها تأخير توقيع العقوبة الضرورية وردع مرتكبي تلك الجرائم، ومن ثم خول صلاحيات وسلطات واسعة في مراقبة التصرفات الإدارية. هذه المراقبة التي إنصبت في بداية الأمر على تقدير مشروعية إتخاذ القرارات المنفردة دون

العقود الإدارية⁽¹⁾، أما ممارسة القاضي الجزائي لرقابة المشروعية في العقود الإدارية ومنها الصفقات العمومية لم تأتي إلا مع إتماد ما أُصطلح عليه بنظرية التصرفات المنفصلة (أو القابلة للإنفصال). وعليه فإن تقدير العناصر المكونة لجريمة المحاباة يتطلب من القاضي الجزائي بداية تكييف العقد على أنه صفقة عمومية من جهة، ثم تحديد ما إذا كان هناك خرق القواعد الضامنة لحرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات من جهة أخرى.

أولاً: تكييف العقد على أنه صفقة عمومية.

توصف جرائم الصفقات العمومية على أنها جناح مرتبطة بتكييف العقد بأنه صفقة عمومية وفي هذا الخصوص يتمتع القاضي الجزائي بكامل الصلاحيات، لأنه غير ملزم بالتكييف الإداري لهذه العقود. وإنما تركز مهمته على موضوع ومضمون العقد وليس لعنوانه أولتسميته L'intitulée التي إرتضى الأطراف منحها لهذا العقد.

وبذلك شكلت مسألة الإختصاص الكامل للقاضي الجنائي سداً مانعاً أمام التدرج بالطبيعة الإدارية أو الخاصة للعقد من أجل التهرب من تطبيق قانون الصفقات العمومية، بإستغلال الشروط غير المألوفة ثارة أو التفويض بالخدمة العمومية تارة أخرى⁽²⁾ ولذلك يمكن إعادة تكييف العقد، ففي جريمة منح إمتيازات غير مبررة مثلاً لا يتصدى القاضي الجنائي للبحث عن التصرفات المخلة بحرية الدخول أو المساواة بين المرشحين بإعتبارهما عنصران مكونان للركن المادي للجريمة إلا بعد أن يحسم مسألة تكييف العقد والنظام القانوني الذي يخضع له⁽³⁾.

وفي ذلك يتأكد القاضي من الطابع الإداري للصفقة العمومية بإعتبارها عقد إداري من خلال توفر شرطين أساسيين أولهما يستند إلى معيار عضوي وهو أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عمومي خاضع للقانون العام، وثانيهما أن يكون موضوعه عهداً لمتعامل إقتصادي بتنفيذ خدمة عمومية أو إذا لم يوجد، يجب أن يتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص⁽⁴⁾.

¹ محمد أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، المرجع السابق، ص 208.

– وكذلك Catherine prebissy-schnall , opcit p 285.

² Cass. CIV 1^{ère}, 17 décembre 1996, Ste locuniers. Dr.adm. avril 1997 n°= 122 note L.RICHER; RD.imm,1997p 432.

³ J. BENOIT, " les rapports d'intérêt entre les élus et l'administration locale", Dalloz 1997.2 p 12203.59, n°= 211.

⁴ وفي فرنسا فقد حسمت مسألة الطابع الإداري لعقود الصفقات العمومية بعد صدور القانون رقم 1168-2001 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001 المعروف بإسم (la loi MURCEF).

وله أن يرجع في ذلك إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية، حيث تكفل المشرع بتحديد الأشخاص العمومية التي تخضع في تعاقدها إلى قانون الصفقات العمومية وهو ما حددته المادة 2 منه عندما إعتد هذه المعايير مجتمعة، حيث لا تطبق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إلا على الصفقات محل نفقات الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات

الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

وقد أسنتني التعاقد بين إدارتين عموميتين in house بحيث لا يخضع لقانون الصفقات العمومية. وينظر له على أنه مجرد تعاون بين مصلحتين تابعتين لنفس الشخص العمومي، ولأن الصفة العمومية لا تكون إلا باتفاق بين شخصين مختلفين يتمتع كل منهما بالشخصية القانونية، ومن ثم فالإتفاق المبرم بين وزارتين أو مصلحتين تنتميان لذات المجموعة المحلية أو الإقليمية لا تعتبر عقود صفقات عمومية.

وتدق عملية تكييف العقود عندما يتعلق الأمر مثلاً بعقد تفويض الخدمة. وهنا حاول مجلس الدولة الفرنسي تحديد معيار للتفرقة بينه وبين الصفة العمومية وهو طريقة دفع المقابل للمتعاقد، ففي الصفة العمومية يكون الدفع كاملاً فوراً مقابل تنفيذ الخدمة، أما في التفويض بالخدمة فيكون المقابل نتاج إستغلال الخدمة العمومية ويدفع عن طريق المستفيدين منها⁽¹⁾. غير أنه عاد وقضى في قرار آخر بأن العقود التي تعهد فيها الجماعات المحلية إلى مهنيين تسيير النقل العمومي للأشخاص لا يمكن إعتبارها عقود تفويض خدمة عمومية. وإنما صفة عمومية خاصة في الحالة التي تضمن فيها الجماعة المحلية مقابل يغطي تكلفة الخدمة المؤمنة أو مبلغ إجمالي جزائي⁽²⁾. وكذلك الأمر بالنسبة للتسيير عن طريق الوكالة المباشرة والتي إعتبرت تفويض بالخدمة وليس صفة عمومية⁽³⁾ كما سبق بيانه.

وتكتسي عملية تكييف العقود أهمية محورية في تحديد نطاق تدخل القاضي الجزائري عند تصديه للمسؤولية الجزائرية في مجال جرائم الصفقات العمومية. وفي هذا الشأن، لا يقتصر الأمر على تكييف العقود وإنما يشمل الصلاحية الكاملة للبحث عن التصرفات التي تشكل خرقاً لحرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات.

¹ Conseil d'Etat français, avis préfet des bouches- du -Rhône, du 27 juin 1996. reproduit dans la circulaire du 19 mars 1998. Bomin, équip 15 avril 1998.

² D. BROYSSOLLE, convention d'exploitation de services publics de transport" Dr. adm, p.4.

³ Rapport BONNET au nom de la commission des lois du sénat, Jo doc. sénat 1^{ère} session 1992-1993 n°= 61, p.83. (la gérance c'est la gestion d'un service public moyennant une rémunération forfaitaire de la collectivité (cas des parcs de stationnement).

ثانياً: تحديد التصرفات المخلة بمبادئ الصفقات العمومية.

يمكّن البحث عن العناصر المكونة لجنحة المحاباة للقاضي الجزائري من بلورة تقديره وتفسيره حول مشروعية الصفة العمومية. فالإختصاصات والصلاحيات الجديدة الممنوحة للقاضي الجزائري في جريمة المحاباة تدرج إذن ضمن إطار سلطة أكثر شمولية للتعاطي مع فحص مدى قانونية إبرام العقود الإدارية.

ومن ثم فإن البحث عن التصرفات المخلة بحرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات تفترض في الأساس وجود صفة عمومية كقاعدة للجريمة، ذلك ما أقرته محكمة النقض

الفرنسية وإن كانت أوضحت أن صلاحية القاضي الجزائري الموسعة في التفسير وتقدير المشروعية تنحصر في القرارات المنفردة ولا تشمل العقود الإدارية إلا إذا توقف عليها حل الدعوى العمومية⁽¹⁾.

كما أن التوسعي التقدير والتفسير في جرائم الصفقات العمومية لا تمثل مساساً بمبدأ التفسير الضيق لقانون العقوبات، وإنما يراها بعض الفقه بمثابة تخفيف وتبسيط Assouplissement بات ضرورياً لمقاربة واقعية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية عقود الصفقات العمومية. فإن كان القاضي الجنائي مطالب بالالتزام بضوابط النموذج التجريمي طبقاً للركن الشرعي للجريمة، فإن المشرع كذلك حريص على فعالية القانون الذي يصادق عليه، وعليه فإن مبدأ التفسير الضيق لقانون العقوبات لا يعني أن تفسير النص العقابي يجب أن يكون محدد⁽²⁾. *Interprétation restrictive*.

ويستخلص النشاط والسلوك المجرّم من ماديات ووقائع وظروف إرتكاب الفعل المجرّم وله في ذلك أن يستعمل كل الوسائل بما فيها القياس والقرائن⁽³⁾ وغيرها، كأن يعتبر لجوء المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي البسيط لإنجاز ضفاف الوادي التي حطمتها الفيضانات خرقاً لقواعد المنافسة بسبب إنتفاء حالة الإستعجال الملح إستناداً لمقرر تخصيص الإعتمادات المالية الوارد من رئاسة الحكومة بسبب أنه لم يتضمن إعتمادات إنجاز ضفاف الوادي أصلاً كما أشرنا سابقاً.

أو أن يسند لطول المدة الفارقة بين إبرام الصفقة بأسلوب التراضي ووقوع الحادث المسبب لحالة الإستعجال الملح لنفي وجودها وهو ما قد يشكل حالة خرق لقواعد المنافسة. أو كذلك عدم إعتبار ربط مدرسة بشبكة الهاتف حالة إستعجال موجب لعدم الإلتزام بالإجراءات الشكلية، في حين أن ربط مستشفى (مصلحة الإستعجال) بشبكة الهاتف تعتبر حالة إستعجال والأمثلة كثيرة التي تجسد صلاحية القاضي الموسعة في تقدير الأفعال والسلوكات في جرائم الصفقات العمومية. غير أن التسليم بصلاحية التفسير الواسع في جرائم الصفقات العمومية لا يخلو من بعض الصعوبات التي تعترضه ومردّها في الأساس إلى طبيعة تنظيم الصفقات العمومية.

¹Cass.Crim; 25 sept 1995 Garolleur, req n°=x94-83771.Bull.crim Dr.adm, 1996 (seuls les actes administratifs réglementaires ou individuels entrent dans les prévisions de l'article 111.5 du code pénal).

² Catherine prebissy-schnall, opcit p.276.(le principe de l'interprétation stricte du droit pénal ne signifie pas que l'interprétation d'un texte répressif doit être restrictive).

³C.E 22 avril 1983, auffret et Dumoulin, Revue marchés publics n°= 195.1983. p 61.

ثالثاً: تنظيم الصفقات ككابح لفعالية النظام العقابي.

أ- يلتزم القاضي الجزائري بأن يشير في حكمه وبالذقة المطلوبة للنص القانوني الذي إستند إليه لتحديد جريمة المحاباة، ولذلك يكون عليه إستخلاص وتقدير السلوكات المخلة بنزاهة الوظيفة العامة وبمبادئ الصفقات العمومية من خلال الرجوع إلى فحص بعض الإلتزامات ذات الطبيعة الإدارية. وهو في ذلك يختلف عن القاضي الإداري الذي يمكنه معاقبة عدم إحترام مبدأ المساواة بين المترشحين حتى في حالة عدم وجود مخالفة لقاعدة في تنظيم الصفقات العمومية.

ب- صعوبة التحكم في قواعد تنظيم الصفقات العمومية بسبب طابعها التقني والذي يتطلب تفسيرها أن تكون المعطيات والقواعد الضامنة للشفافية في مجال الطلب العمومي محددة سلفاً وواضحة المعنى والمدلول. وهو ما يتطلب تكوين خاص وتخصص للقضاة للتحكم في هكذا قطاع معقد وتقني.

ولأهمية هذه القضية عمدت بعض الأنظمة القضائية إلى خلق أقطاب مالية وإقتصادية في بعض الهيئات القضائية⁽¹⁾، تمكن قضاة النيابة العامة والتحقيق من أن تكون لديهم أفواج دائمة ومتعددة الإختصاصات لمساعدتهم للتصدي للجوانب التقنية والمعقدة بمناسبة متابعة جرائم الصفقات العمومية.

ج- وتزداد إكراهات عملية التفسير بالنسبة للقاضي الجزائي بسبب طبيعة تنظيم الصفقات نظراً لتضخم النصوص القانونية والتنظيمية وتعقيدها وكثرة تفصيلها وتغيرها بحجة تكييفها مع تطور وتحول البيئة العامة للطلب العمومي. هذه الوضعية مثلت دائماً معضلة للمشتريين العموميين في مسايرة هذه الحركية المضطربة وصعوبة عند تطبيق تلك النصوص، وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي الجزائي حيث من غير السهل عليه إتخاذ قرار إدانة ضد متهم في جرائم الصفقات العمومية على أساس نص قانوني أو تنظيمي مبهم أو غامض. فمكمن الخطورة هو في تأثير هذا الغموض في تحديد الأفعال المجرمة من حيث تغليب مظهر التعسف أكثر من عامل الخطأ عند التحري والبحث في هذه الجرائم، ويزيد من تخوف المشتري العمومي والشريك الإقتصادي الخاص. حيث يتعين عليه التعامل مع وجود الخطر الجنائي بإستمرار وهو ما لا ينسجم ومرامي القانون العقابي وحرية المبادرة. فالطابع الإحتمالي للتعرض للعقاب الجزائي لا يشكل عامل معرقل للرقابة العلاجية التي يقوم بها القاضي الجزائي فحسب، وإنما يخلق ويولد الشعور بالأمن القانوني لدى الفاعلين في مجال الشراء العمومي خاصة. فالوقاية تستدعي ضرورة توضيح نصوص الطلب العمومي لتفادي الأخطاء من جانب الأعوان حسني النية من جهة، ولمنع آخرين من إستغلال ذات الغموض للإخلال بالمبادئ الأساسية للصفقات العمومية⁽²⁾.

¹مرسوم تنفيذي رقم 06-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 يتضمن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق (ج ر عدد 63 بتاريخ 8 أكتوبر 2006) والذي بموجبه إستحدثت الأقطاب المتخصصة.

²M.L.PITOIS- PUJADE, " Marchés publics: pourquoi et comment réformer?" annales des ponts et chaussées, 1997, n°= 84, p.11 cité par catherine prebissy-schnall opcit, p.280.

رابعاً: تحديد الفاعل في حالة التفويض بالإمضاء.

تجدر الإشارة إلى أن صعوبات التفسير لا تقف عن تحديد النشاط الإجرامي المعاقب عليه، وإنما تمتد كذلك إلى تحديد الفاعل بصفته موظف عمومي وكذا حجم تدخله في إرتكاب الجريمة خاصة في حالة التفويض بالإمضاء *délégation de signature*. وهي الوضعية التي حاول الفقه والقضاء معالجتها إنطلاقاً من إشكالية تمحورت حول هذا التفويض بالإمضاء يؤدي إلى نقل المسؤولية الجزائية أم لا ؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب الإشارة بداية إلى أن القاضي الجزائي في إطار بحثه لتحديد هوية الجاني في مجال جرائم الصفقات العمومية يتعين عليه فحص كل حلقات سلسلة القرار لتعقب مصدر القرار المجرّم *traçabilité de la décision*. وهذه المهمة معقدة بالنظر لأسلوب التنظيم الهرمي والسلمي المعتمد داخل المؤسسات والهيئات العمومية والذي تنفذ من خلاله نشاطات الوظيفة العامة،

وغياب الهياكل التنظيمية لبعض المصالح، مع العلم أنه في كثير من الأحيان ما يلجأ المنتخبين والموظفين العموميين إلى أسلوب تفويض الإمضاء كوسيلة لتجنب الخطر الجنائي بتفويض صلاحياتهم وسلطاتهم لمروسيهم. فكيف يتعامل القاضي الجزائري مع إجراء التفويض ؟ من منظور القانون الإداري ومن حيث درجة الصلاحيات المتوفرة، يميز القانون الإداري بين نوعين من التفويض:

أ- تفويض بالإمضاء: *délégation de signatures* وينظر لهذا النوع على أنه إجراء من التنظيم الداخلي للمصلحة الذي لا يغير في شيء من توزيع الاختصاصات⁽¹⁾. وفيه يعين المفوض له بإسمه ويبقى المفوض محتفظاً دائماً لنفسه بإتخاذ القرارات في المجالات التي فوض فيها فقط الامضاء لأحد مساعديه.

ب- تفويض السلطات: *délégation de pouvoirs ou de compétences* على العكس الأولى فإنها لا تمنح إلى شخص معين بإسمه، وإنما لصاحب وظيفة، بحيث تتنازل السلطة المفوضة عن صلاحياتها وتصبح غير مختصة لتقرر في المواد الذي فوضت فيها. أما من منظور القانون الجزائري فإنه لا يأخذ بعين الاعتبار النتائج المترتبة عن التفوق الإدارية بين تفويض الإمضاء وتفويض السلطة، ويعتبر المسؤول جزائياً هو من يملك الوسائل الحقيقية لإرتكاب الفعل المجرّم أو التحريض على إرتكابه وبذلك يكون المفوض له هو المسؤول بالدرجة الأولى عن إرتكاب الجريمة.

ومع ذلك فقد تباينت مواقف القضاء الفرنسي حول هذه المسألة فنجد تارة يقرر مسؤولية المفوض المباشر دون الأخذ بعين الاعتبار وجود تفويض بالسلطة في الحالة التي يسمح هذا التفويض بتحديد طبيعة ومدى سلطات وواجبات العون المفوض له⁽²⁾.

¹ M.LOMBARD, droit administratif, Dalloz, 3^{ème} ed 1999, p.187.

² Cass. Crim, 19 mars 1996, jurisprudence sociale N°= 96.896.p.255.

وتارة أخرى يرى أن التفويض إذا كان تاماً وخالياً من العيوب فإنه يعتبر ناقلاً للمسؤولية ويعفى المفوض من المسؤولية الجزائية. فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ ضمناً عندما أدانت نائب رئيس بلدية مفوض له بجريمة القتل غير العمد إرتكبه أثناء أداء وظيفته، بدون أن يتابع رئيس البلدية أو تثار مسؤوليته⁽¹⁾. وقد نادى البعض بضرورة مساءلة المشتري العمومي في حالة تفويض السلطة أو تفويض الإمضاء إذا أخل بواجب المراقبة على أساس خطأ الإهمال كما هو مقرر في هذا الشأن بالنسبة لمديري المؤسسات الذين يفوضون لأحد مروسيهم، كما فعلت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المتعلق برؤساء المقاولات، والذي قضت فيه بإعفاء مدير المؤسسة من المسؤولية الجزائية عن الجريمة إذا لم يشارك فيها شخصياً في الحالة التي يثبت فيها أنه فوض سلطاته إلى شخص مؤهل ويمتلك السلطة والوسائل الضرورية⁽²⁾.

وفي كل الأحوال فإن مسألة تحديد الفاعل في حالة التفويض بالإمضاء تتطلب من القاضي الجزائري الغوص في تفاصيل وخبايا التنظيم الإداري وتوزيع الصلاحيات وتقسيم العمل داخل المصلحة

- المتعاقد، وكذلك معرفة دقيقة لمحتوى إجراء التفويض وصلاحيه شروطه من الناحية القانونية. علماً أن التفويض، بغض النظر عن طبيعته، يجب أن يقوم على معايير محددة متمثلة في:
- يجب أن يستند التفويض إلى نص قانوني أو تنظيمي ولا يتعدى حدوده وضوابطه.
 - يجب أن يوضح قرار التفويض بالدقة اللازمة لنطاق الصلاحيات المفوض بها.
 - يجب أن ينشر حتى يكون حجة إتيان الغير، كما يمكن سحبه في كل وقت وبنفس الشروط التي منح بها.
 - لا يمكن أن يكون التفويض إلا جزئياً فلا يمكن تفويض كل الصلاحيات إلا في حالة غياب أو وجود مانع للسلطة التنفيذية.

¹Cass.Crim, 26 sept 1989, Bull. crim n°= 328.

²Cass.Crim, 11 mars 1993, Bull. crim n°= 112. (sauf si la loi en dispose autrement, le chef de l'entreprise qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires).

خامساً: نطاق الولاية الكاملة للقاضي الجزائري.

إذا كان القاضي هو المختص أصلاً للنظر في منازعات القرارات الإدارية، فإنه أصبح بالإمكان للقاضي الجزائري كذلك إبداء رأيه بخصوص مشروعية القرار الإداري خاصة إذا كان مؤثراً في تحديد مسار الدعوى العمومية، وفي هذا السياق أقرت محكمة التنازع الفرنسية مبدأ الولاية الكاملة للقاضي الجنائي في تفسير القرارات الإدارية التنظيمية المعروضة عليه إستناداً إلى القول المأثور " من يستطيع الكل يستطيع الأقل " ⁽¹⁾ qui peut le plus peut le moins، في حين يرى الفقيه G.VEDEL أن تقدير قرار إداري فردي يتطلب بحث معمق للنشاط الإداري، لأن تدخل القاضي الجنائي قد يضر بمدى ملائمة القرار ⁽²⁾. L'opportunité de la décision.

وقد حسم المشرع الفرنسي في المادة 111-5 من قانون العقوبات، الخلاف الذي كان بين محكمة التنازع ومحكمة النقض، وخصص للقاضي الجزائري تفسير القرارات التنظيمية والفردية متى كان حل الدعوى العمومية مرتبطاً بها. ونفس المادة رخصت له كذلك تقدير مدى شرعية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والمتخذة بمناسبة إبرام عقود الصفقات العمومية .

كما يمكن تمديد ذات الموقف بالنسبة للمشرع الجزائري عندما نص في المادة 55 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أن " كل عقد أو صفقة أو براءة إختراع أو ترخيص متحصل عليه من إرتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وإنعدام آثاره من قبل الجهة التي تنظر الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية". حيث يتضح أن القاضي الجزائري وهو ينظر إحدى جرائم الصفقات العمومية كجريمة المحاباة أو الرشوة له أن يصرح ببطلان العقد أو الصفقة. ويشمل هذا الحكم بالتصريح بالبطلان كذلك القرارات المنفصلة بحكم مبدأ الولاية الكاملة في تفسير القرارات ذات الصلة بالصفقة محل الدعوى العمومية، كما لو كان النشاط الإجرامي للركن المادي في جريمة المحاباة نتاج قرارات منفصلة تتعلق بعملية إختيار المتعامل المتعاقد وكانت وراء إختيار المتعهد.

¹T.Coufl. 5 juillet 1951 Avranches et Descartes : Rec. p.638-cité in catherine prebissy-schnall, opcit, p.287 (le juge pénal, compétant pour interpréter la loi, doit aussi pouvoir interpréter les actes qui lui sont inférieurs. cependant il resterait incompetant pour l'appréciation d'un acte non réglementaire. cette interdiction générale se justifiait par le fait qu'une interprétation pourrait conduire à vider l'acte de sa portée, à empêcher son application, à paralyser à la limite, l'action du décideur public).

²محمد ماهر أو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2003، ص 226.

- أهمية نظرية القرارات القابلة للانفصال.

لا تتمتع الإدارة بنفس الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام عقودهم، وهي في ذلك ملزمة قانوناً بإتباع طرق محددة ومرسومة لإنتقاء الطرف الآخر المتعاقد معها. وفي سبيل ذلك تصدر عدة قرارات إدارية إفرادية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه⁽¹⁾. وهذه القرارات ليست مستقلة بل مندمجة مع بعضها تشكل كل لا يتجزأ، وبهذه الصفة كان الطعن فيها مرفوضاً. غير أن نظرية الكل الذي لا يتجزأ le tout indivisible ومع بداية القرن العشرين بدأت تفسح المجال لظهور نظرية القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال، ومفادها أن مختلف القرارات الفردية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام الصفقات العمومية أو العقد يمكن النظر إليها على أنها منفصلة وبالتالي يمكن الطعن فيها أمام القضاء العادي أو الإداري إستناداً للولاية الكاملة. حيث يقوم القضاء بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على إفراد بإعتبارها تصرفات قانونية صادرة في إطار عملية مركبة ويمكن إلغائها على أساس أنها قرارات قائمة بذاتها، دون أن يؤثر ذلك على كيان العملية الأصلية أو يحول دون ترتيبها لآثارها القانونية والتعاقدية المرجوة من ورائها. وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره المعروف بـ l'arrêt martin بتاريخ 4 أوت 1905⁽²⁾ وبذلك فتح المجال أمام القاضي الإداري (القضاء الكامل) بالنظر في المنازعات المتصلة بالقرارات المنفصلة وشكل ذلك تقدماً مهماً خاصة بالنسبة للغير وبالذات المرشحين في مجال الشراء العمومي الذين تم إبعاده عروضهم خلال عملية الإختيار ويعتقدون أنهم لم يُنصفوا.

ولعل الفلسفة التي قامت عليها نظرية القرارات المنفصلة هي محاولة التوفيق بين الحقوق المكتسبة لطرفي العقد من جهة، وحق الغير في التقاضي تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القضاء وكذلك التنسيق بين قاضي الإلغاء (ما قبل التعاقد précontractuel) وقاضي العقد (القضاء الكامل) ومنع التداخل بين وظائف كل منهما من جهة أخرى⁽³⁾. وأهميتها بالنسبة للغير تكمن في أنها تراعي مصلحته بأنها تمثل سبيلاً لتجاوز القيود المترتبة عند مبدأ نسبية آثار العقد والذي يقضي بأنه لا يتسنى لغير طرفي العقد الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة، ولما كان المترشح المبعد ليس طرفاً في العقد فلا يستطيع، بحسب هذا المبدأ، أن يطعن في قرار المنح أو الإختيار وتسد أمامه السبل. ومن القرارات المرتبطة بإبرام الصفقات العمومية والتي صنفها مجلس الدولة الفرنسي على أنها قرارات منفصلة نجد مثلاً مداولات البلدية الخاصة بإبرام العقد كذلك التي تمنح رئيس البلدية الصلاحية للبدء في إجراءات الإبرام. وكذلك قرار إسناد أو منح الصفقة من طرف لجنة تقييم العروض أو لجان الصفقات بالإضافة إلى قرارات إبرام أو إمضاء العقود والقرارات المتعلقة بتنفيذ الصفقة والفسخ وغيرها.

¹ محمد ماهر أو العينين، المرجع السابق، ص 226.

² Catherine prebissy-schnall, opcit p.285.

³ محمد ماهر أو العينين، المرجع السابق، ص 127.

الفرع الثاني: مساهمة الهيئات الرقابية الإدارية في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية.

تستدعي خطورة آفة الفساد تعبئة كل الإمكانيات القانونية والإجرائية لمواجهة ومحاصرة أدرعها الممتدة والمتشابكة والمتشعبة، ضمن هذه الرؤيا ليس من الغريب أن تتدخل هيئات إدارية للكشف والتحري عن جرائم الفساد عامة وجرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص، وهي مهمة قبلية لهابعد وقائي أكثر منه عقابي لكنه ضروري وفعال ضمن إستراتيجية الردع العام لمكافحة الفساد. وتضطلع بهذه المهمة عدة هيئات منها هيئة مكافحة الفساد (أولاً) والمفتشية العامة للمالية (ثانياً) ومجلس المحاسبة (ثالثاً).

أولاً: دور هيئة مكافحة الفساد في الكشف والتحري.

تزامن صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006 بإنشاء هيئة وطنية كجهة إدارية تتولى الكشف والتحري عن جرائم الفساد⁽¹⁾، ومنها جرائم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المواد 26-27-34 من هذا القانون، بالإضافة إلى دورها في تنفيذ سياسة الوقاية من الفساد. وفي سبيل ذلك خولت صلاحيات وسلطات واسعة تمكنها من الإضطلاع بمهامها مدعمة بأحكام جزائية ضد كل من يعرقل عملها.

1-صلاحيات هيئة مكافحة الفساد.

أ-زيادة على الصلاحيات التي تتمتع بها الهيئة في مجال الوقاية من الفساد⁽²⁾، فإنها تقوم كذلك بالمساهمة في الكشف والتحري عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال طلب معلومات ووثائق من الهيئات والإدارات العمومية. وقد كرست المادة 21 من قانون مكافحة الفساد هذا الحق عندما منحت الهيئة إمكانية أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو من كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد.

ب- ولها كذلك أن تطلع على الوثائق والمعلومات المتسمة بالطابع السري، إستناداً إلى المادة 19 فقرة أولى من القانون 06-01 التي إعتبرته حقاً من الحقوق التي تضمن إستقلالية الهيئة، حيث نصت على " تضمن إستقلالية الهيئة بوجه خاص عن طريق إتخاذ التدابير الآتية".

1-قيام الأعضاء والموظفين التابعين للهيئة، المؤهلين للإطلاع على معلومات شخصية وعموماً على أية معلومات ذات طابع سري، بتأدية اليمين الخاصة بهم قبل إستلام مهامهم...

¹أحدث بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها،(ج ر عدد 74 بتاريخ 2012/02/15). وعدل عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 12-64 المؤرخ في 7 فبراير 2012(ج ر عدد 8 بتاريخ 2012/02/15).

²حددت المادة 20 من القانون 06-01 مهام الهيئة في مجال الوقاية من الفساد نذكر منها:

أ- إقتراح سياسة شاملة للوقاية تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

ب- تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة، وإقتراح تدابير خاصة منها ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وكذا التعاون مع القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.

ج- إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد....

وقد حددت المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المحدد لتشكيلة الهيئة مضمون القسم كما يلي " أسقم بالله العلي العظيم أن أقوم بعملتي أحسن قيام وأن أخلص في تأدية مهنتي وأن أكتم سرها وأسلك في كل الظروف سلوكاً شريفاً".

ج- تدعيم الهيئة في مهمتها في جمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد، حيث أجازت لها المادة 20 فقرة 7 الإستعانة بالنيابة العامة، ولعل ذلك يجد تبريره في صعوبة الحصول على المعلومات لدواعي التستر أو الحفاظ على السر المهني أو غيرها من الذرائع، وبذلك يكون تدخل النيابة العامة من أجل تفعيل دور هذه الهيئة في محاربة الفساد. غير أنه لم يتم تحديد طبيعة هذه الإستعانة ولا كفاءاتها إجرائها وكذا طبيعة المعلومات أو الوثائق التي يجوز للهيئة أن تطلبها، وإن كانت سلطة تقدير أهمية وفائدة هذه المستندات تعود إلى الهيئة المعنية.

د- إقترن الطابع الإلزامي لتزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق، بمعاقبة جزائياً لكل رفض متعمد وغير مبرر لتمكين الهيئة من المستندات والمعلومات التي تطلبها في إطار مهمتها، بالكشف والتحري عن جرائم الفساد. ويكيف هذا الرفض على أنه جريمة معاقب عليها طبقاً للمادة 21 فقرة 2 من القانون 06-01 حيث نصت على " كل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات، أو الوثائق المطلوبة يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة في مفهوم هذا القانون" وقد حددت المادة 44 من نفس القانون عقوبة هذه الجريمة بقولها " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج".

وفي هذا السياق لا يعتبر التدرع بالسر المهني سبباً لرفض تقديم المعلومات المطلوبة من الهيئة المعنية إستناداً لنص المادة 301 من قانون العقوبات حيث تلزم جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على الحفاظ على السر المهني ما عدا في الحالات التي يرخص فيها القانون إفشاءها أو الإدلاء بها⁽¹⁾، وهو ذات الإلتزام المفروض على كل من ساهم في إجراءات التحري والبحث والتحقيق طبقاً للمادة 11 من ق.ا.ج⁽²⁾. وكذلك المادة 23 من القانون 06-01. وفي جميع الأحوال تبقى مسألة تقدير ما إذا كان الرفض مبرراً أو غير مبرر، من صلاحيات القاضي الجزائي وله في ذلك كامل السلطة التقديرية بالنظر إلى ظروف الرفض وطبيعة المعلومات والمستندات المطلوبة.

¹ المادة 301 من القانون 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل لقانون العقوبات المشار إليه سابقاً.

² ويلاحظ أن المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها لم يتضمن عقوبات جزائية ضد من يرفض تقديم معلومات للمرصد حيث نصت المادة 3 منه على " يمكن المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، في إطار المهام المذكورة في المادة 2 السابقة أن يقوم أو يكلف من يقوم بكل التحقيقات أو الدراسات لدى المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية وكذا لدى هيئات القانون الخاص لا يمكن أن يواجه المرصد الوطني لرفض إطلاعه على المعلومات، كما يمكن إلتماس مساعدة السلطة القضائية في الحالة التي يتطلبها القانون".

هـ- تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وتبادل المعلومات والتعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي، وهو ما كرسته المادة رقم 20 فقرة 9 أما على الصعيد الداخلي فيتم

التعاون مع هيئات إدارية أخرى تعنى بتطبيق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أو مع جهات رقابية أو قضائية أخرى. وأما على الصعيد الدولي فيأتي التعاون الدولي مع الجهات الأجنبية المختصة وفقاً وتطبيقاً للاتفاقيات الدولية ذات الصلة سواء الثنائية منها أو متعددة الأطراف والتي تعتبر الجزائر طرفاً فيها على أساس المعاملة بالمثل.

2- علاقة الهيئة بالسلطة القضائية.

تحدد علاقة هيئة مكافحة الفساد مع القاضي الجزائري في مجال الفساد عموماً وجرائم الصفقات بالتحديد من خلال مآل عملية الكشف والبحث والتحري التي تقوم بها الهيئة بحسب الإحتمالين الآتيتين:

أ- في الحالة التي تكون فيها نتيجة البحث والتحري سلبية بحيث لا يؤدي الإطلاع وفحص المعلومات والمستندات المجموعة إلى ثبوت وجود دلائل على إقتراف أو إرتكاب أفعال يمكن أن تكيف على أنها جرائم معاقب عليها في مجال الصفقات العمومية، فإن المشرع لم يضع طريقة محددة لتعامل الهيئة في هذه الحالة وإن كان منطق الإجراءات يوحي بأنها ستصدر قراراً معللاً يكرس ويثبت عدم وجود جريمة وبالتالي يرتب على الشيء مقتضاه.

ب- وإذا كانت النتيجة إيجابية بحيث ثبت وجود دلائل على إرتكاب جريمة من جرائم الصفقات في هذه الحالة يتعين على الهيئة تحويل الملف مباشرة إلى وزير العدل حافظ الأختام الذي يخطر النائب العام المختص لتحريك الدعوى العمومية عند الإقتضاء عملاً بأحكام المادة 22 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ويستخلص مما سبق أن أهمية عمل الهيئة في مجال الكشف والبحث عن جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد والصلاحيات الممنوحة لها في هذا الشأن على إمتداد التراب الوطني، وتخصص أعضائها في هذا النوع من الجرائم التقنية والمعقدة لاشك أنها كبيرة ومرحب بها لتسهيل مهمة القضاء صاحب الإختصاص الأصيل في قمع هذه الجرائم.

ومع ذلك يبقى التساؤل قائماً حول موقف المشرع عندما لم يمنح الإختصاص والصلاحيات للهيئة في إخطار النائب العام مباشرة⁽¹⁾ عند توصلها لأدلة عن إرتكاب جرائم الفساد والصفقات العمومية، بدلاً من إلزامها بتحويل الملف أولاً إلى وزير العدل، وهو الإجراء الذي ينبأ على الأقل من الناحية الشكلية، بكبح دور هذه الهيئة ويعكس نوع من التردد في إستغلال كل الأدوات والآليات المتاحة لمكافحة هذه الجرائم والتي يمكن أن تكون أفضل وأحسن إذا ما أستغلت كل الطاقات.

¹ خاصة وأن الإجراء كان معمولاً به بموجب الأمر رقم 97-04 (الملغى) بحيث كانت لجنة التصريح بالتملكات مؤهلة لتحويل الملف مباشرة إلى النائب العام دون المرور لوزير العدل.

خاصة وأن إخطار النائب العام المختص من طرف وزير العدل يخضع لمبدأ ملائمة المتابعة وهو ما يستخلص من عبارة " عند الإقتضاء"⁽¹⁾ opportunité de la poursuite إحالة الملفات على النائب العام من الناحية الفعلية والواقعية لوزير يعود العدل، ما يطرح إشكال عن سبب عدم جعل هذه الصلاحية ضمن إختصاصات رئيس الهيئة وكذلك إختصاصات مجلس اليقظة والتقييم فيها⁽²⁾.
الواضح أن مسألة تحديد الإختصاص القضائي لهذه الهيئة تستدعي تدخل المشرع لحسم هذه المسألة بمنحها صراحة صلاحية الإخطار أو إعطاء صفة الضبطية القضائية لأعضائها ويكون عملهم تحت إشراف النائب العام وبذلك يتم تفعيل الجانب الوقائي في إستراتيجية مواجهة الفساد.

ثانياً: دور المفتشية العامة للمالية في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.

تأخذ الصفقات العمومية من الناحية المالية شكل نفقات عمومية تخضع للضوابط القانونية والمحاسبية التي تحكم النفقات العمومية للدولة والجماعات المحلية والإقليمية والمؤسسات العمومية وغيرها التي تكلف بتسيير وصرف الأموال العمومية. تمثل الرقابة المالية بشتى أنواعها ودرجاتها أهم تلك الضوابط ولعل الرقابة المالية البعدية التي تنفذها المفتشية العامة للمالية (IGF) inspection générale des finances تبقى هي الدرجة الأهم في سلم الرقابة المالية على النفقات العمومية وخاصة في مجال الصفقات العمومية لما تملكه من قدرات ومؤهلات في كشف التلاعبات والإنحرافات التي يمكن أن تقع تحت طائلة العقاب الجنائي. ومن ثم سنحاول توصيف هذه الهيئة من حيث النشأة والصلاحيات المخولة لها ثم معرفة دورها في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات وطبيعة علاقتها مع القاضي الجزائري إن وجدت.

1- نشأة وصلاحيات المفتشية العامة للمالية.

أ- من حيث النشأة، أحدثت هذه الهيئة بموجب المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 1 مارس 1980⁽³⁾. وهي جهاز دائم للرقابة المالية موضوع تحت وصاية وزارة المالية. وقد عرف نظامها القانون تطوراً متلاحقاً تماشياً مع المتغيرات السياسية والإقتصادية والإجتماعية والتحولت الهيكلية في بنية النظام كنتيجة للإنتقال من نمط إشتراكي موجه إلى نظام منفتح سياسياً معتمداً التعددية وليبرالي إقتصادياً معتمداً نظام السوق⁽⁴⁾.

¹ المادة 30 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، معدل ومتمم.

² المواد 9 و 8 و كذلك المادة 11 فقرة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المشار إليه سابقاً.

³ المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 1 مارس 1980 يتضمن إنشاء المفتشية العامة للمالية، (ج ر عدد 10 بتاريخ 1980).

⁴ بحيث صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-502 المؤرخ في 21/12/1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بموظفي المفتشية العامة للمالية بوزارة الإقتصاد (ج ر عدد 67 بتاريخ 23/12/1991). ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-32 المؤرخ في 20/01/1992 المتضمن تنظيم الهياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية (ج ر عدد 06 سنة 1992). ويعدده المرسوم رقم 92-33 المؤرخ في 20/01/1992 يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط إختصاصاتها (ج ر عدد 6 بتاريخ 26/01/1992). وصدر المرسوم التنفيذي رقم 92-78 المؤرخ في 22/02/1992 الذي ألغى المرسوم 80-53 وأعاد تحديد إختصاصات المفتشية العامة للمالية (ج ر عدد 15 بتاريخ 24/02/1992) ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 09/09/2008 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية (ج ر عدد 50 بتاريخ 07/09/2008) وفي ذات العدد صدر كل من المرسوم التنفيذي رقم 08-273 والمرسوم التنفيذي رقم 08-274 بنفس التاريخ يتضمنان على التوالي تنظيم الهياكل المركزية، والجهوية للمفتشية العامة للمالية.

- ب- الهيئات الخاضعة لرقابة الهيئة وقد حددت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 نطاق ممارسة الهيئة لرقابتها المالية من حيث التسيير المالي والمحاسبي للأشخاص الآتية:
- مصالح الدولة المركزية كالوزارات والهيئات الوطنية واللامركزية كالمصالح غير الممركزة للدولة أو المديرات التنفيذية سابقاً على المستوى الجهوي أو الولائي.
 - الجماعات الإقليمية والمقصود بها الولايات والبلديات.
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي.
 - هيئات الضمان الإجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري وكذا كل الهيئات ذات الطابع الإجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدات الدولة أو الهيئات العمومية.
 - كل مؤسسة أخرى مهما كان نظامها القانوني.
 - تشمل الرقابة كذلك إستعمال الموارد التي جمعتها الهيئات والجماعات مهما كانت أنظمتها القانونية (المادة 3 من المرسوم 08-272).

يتضح من مضمون المواد المذكورة الإختصاص الواسع الذي تتمتع به المفتشية العامة للمالية في مراقبة مالية الأشخاص المعنوية العمومية بمختلف أنواعها. ومن ثم فإن الأشخاص العمومية الخاضعة لقانون الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة 2 من المرسوم رقم 10-236 معنوية كذلك رقابة هذه الهيئة. كما تشمل هذه الرقابة المحاسبين العموميين وأعاونهم وكذلك المحاسبين العسكريين⁽¹⁾. وبالتوازي مع هذا التوسع في الأشخاص الخاضعين لرقابة هذه الهيئة، فقد أسندت لهل صلاحيات واسعة كذلك من حيث مضمون وموضوع الرقابة لتشمل كافة العمليات المحاسبية التي تتجزها الإدارات والهيئات المشار إليها أعلاه.

ج- الصلاحيات الموسعة للهيئة في مجال الرقابة.

نظراً لطابعها المالي فإن رقابة المفتشية العامة للمالية تنصب أساساً على التسيير المالي والمحاسبي ومدى مطابقته للقوانين والأنظمة الحاكمة، وتتميز كذلك في كونها رقابة إدارية مفاجئة ترافق عملية تنفيذ النفقات العمومية، وتقوم في هذا الخصوص بما يلي: شروط تطبيق التشريع المالي، التسيير المالي المحاسبي، إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، دقة الحسابات وصدقيتها وإنظامها، ومستوى الإنجازات مقارنة مع الأهداف المسطرة سلفاً، شروط تعبئة الموارد المالية، تسيير إعمادات الميزانية وكيفية إستعمال وسائل هذا التسيير، شروط منح المساعدات والإعانات التي تقدمها الدولة والجماعات المحلية والهيئات، وكذا شروط وكيفية إستعمال هذه الإعانات⁽²⁾.

¹ حيث نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 على " عندما تجرى عمليات الفحص على ملفات محاطة بسر الدفاع الوطني، تقوم الوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية بتحريراتها تبعاً لرسالة مهمة مشتركة بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالدفاع الوطني".

² المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المذكور سابقاً، والمادة من المرسوم التنفيذي رقم 92-78 المشار إليه سابقاً.

أما صلاحياتها بخصوص عقود الصفقات العمومية، فتشمل المراقبة الجانب الشكلي والموضوعي للصفقة العمومية وهي في ذلك تخضع لفحص دقيق ومفصل يتناسب وأهمية هذه العقود وحجم الأموال العمومية فيها.

فمن الناحية الشكلية يتمحور الفحص حول البحث والإستفسار عن الطريقة التي أعتمدت في تحديد الإحتياجات العمومية، وهي المرحلة الأولى، ولعلها الأهم، التي يتقرر من خلالها مصير الصفقة ومآلها وكلما كان تحديد الحاجيات بدقة وجدية وتحكم كلما زادت فرص نجاح الصفقة تنفيذاً وتحقيقاً لأغراضها في الإستجابة لمتطلبات المصلحة العامة، ثم مراقبة دفتر الشروط للإطلاع على طبيعة الشروط التي وضعتها المصلحة المتعاقدة ومدى مراعاتها لمبادئ الصفقات العمومية. التحري من طريقة إبرام الصفقة وفي حالة اللجوء إلى أسلوب التراضي تطلب تفسيرات حول الأسباب التي دعت إلى هذه الطريقة الإستثنائية في إبرام الصفقات حسب ما ينص عليه تنظيم الصفقات العمومية. ومعرفة الأهداف التي ترمي الصفقة إلى تحقيقها، والتأكد من تاريخ إبرام الصفقة حتى يتسنى لها متابعة عملية الإنفاق، التحقق من عدم وجود أفعال تخل بمبادئ حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، فحص سجل العروض من الناحية الشكلية من حيث كونه مرقم ومؤشر عليه والتأكد من تسجيل كل الأطراف حسب تاريخ وصولها.

أما من ناحية المضمون فتتمحور المراقبة على التأكد من مطابقة العروض لدفار الشروط وأن إختيار المتعامل المتعاقد قد تم وفق الشروط والمعايير الموضوعية وغير التمييزية المتضمنة في إعلان المناقصة أو وثائق الإستشارة وفق ما يتطلبه قانون الصفقات. فحص محاضر اللجنة والتأكد من مشروعيتها (قرار التعيين والصلاحية) مراقبة جميع مراحل إبرام الصفقة، مراقبة عملية التنفيذ من الناحية المالية، الكشف عن المخالفات المرتبطة بتنفيذ الصفقة، فحص عمليات تمديد الأجل والتأكد إن كانت الأشغال قد أنجزت في وقتها أم لا⁽¹⁾.

وللإضطلاع بمهمتها لها أن تطلب كافة المعلومات كتابة أو شفاهة، ويمكنها الحصول على جميع الوثائق والمستندات الضرورية بما في ذلك تقارير الهيئات الرقابية الأخرى أو الخبرة الخارجية. ولها كذلك أن تنتقل إلى عين المكان لإجراء بحث وتحقيق ميداني لدى المؤسسة المعنية، ويمكنها الإطلاع على كافة السجلات والمعطيات بدون إستثناء والتأكد من صدقيتها وصحتها.

¹ ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 317.

وبالرغم من الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها هذه الهيئة أحياناً وعمودياً، فإن رقابة المفشية العامة للمالية تبقى فعاليتها نسبية في مجال الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية للأسباب التالية:

- لأن مهمتها تنصب على رقابة المشروعية في التسيير المالي للنفقات المرتبطة بتنفيذ الصفقات العمومية بدون أن تقيم سلوك الموظفين العموميين المختصين والتأكد من عدم خرق قواعد نزاهة الوظيفة العمومية. فقد نجد أن قواعد المشروعية إحتزمت في إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية ومع ذلك تخفي سلوكات غير أمينة يمكن أن تشكل جرائم يعاقب عليها جزائياً كما هو الحال في جريمة المحاباة.

- ولأن المفتشية العامة تحت وصاية وزارة المالية لا تملك صلاحية توقيع العقاب ولا تحريك الدعوى العمومية التي تبقى من صلاحية وزير المالية.

- عدم وضوح معالم التعاون والتنسيق بين هذه الهيئة والجهات القضائية على الرغم من أهميتها كهيئة متخصصة لها خبرة طويلة في مجال التدقيق والكشف عن الخروقات المختلفة في مجال التسيير. فلا شك أن مساعدتها للقاضي الجزائي في مجال الكشف عن جرائم الصفقات العمومية تكون نوعية في حال تم تكريس هذا التنسيق المنتظر.

ثالثاً: دور مجلس المحاسبة في كشف جرائم الصفقات العمومية.

يعتبر مجلس المحاسبة من أهم الأدوات الرقابية التي سخرتها الدولة في إطار معركة مكافحة الفساد المريرة، إلى جانب المفتشية العامة للمالية، ويقوم مجلس المحاسبة بمراقبة بعدية للأموال العمومية وكيفية تدبيرها من طرف جميع المؤسسات العمومية للدولة.

ولأهمية هذه المؤسسة في الحفاظ على الأموال العمومية للأمة وحماية إقتصادها وسياساتها التنموية لترقية الإطار المعيشي للسكان وإزدهار المجتمع. جاء منشأها عن طريق قاعدة دستورية توارثت عبر الدساتير المتعاقبة إبتداءً من دستور 1996⁽¹⁾، حيث نصت المادة 170 منه على " يؤسس مجلس محاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية". وتجسد ذلك بعد صدور القانون رقم 80-05 المؤرخ في 1 مارس 1980 المتعلق بممارسة وظيفة الرقابة من طرف مجلس المحاسبة الذي عرف عدة تعديلات إلى غاية الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010⁽²⁾.

¹ وقد نصت المادة 190 من دستور 22 نوفمبر 1996 على " يؤسس مجلس المحاسبة مكلف بالمراقبة اللاحقة لجميع النفقات العمومية للدولة والحزب والمجموعات المحلية والجهوية والمؤسسات الاشتراكية لجميع أنواعها يرفع مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً إلى رئيس الجمهورية.

² الأمر رقم 95-20 (ج ر عدد 39 بتاريخ 23 جويلية) 1995- والأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010. (ج ر عدد 50 بتاريخ 01 سبتمبر 2010).

وهو التعديل الذي أعاد للمجلس صلاحياته الكاملة بعد ما أنتزع بعضها، بمناسبة التعديل الذي تضمنه القانون 90-23⁽¹⁾. ومنها الصلاحيات القضائية بحيث أصبح مجرد هيئة إدارية مستعملة للرقابة اللاحقة، كما أخرج من نطاق إختصاصه الرقابة على المؤسسات العمومية الإقتصادية وتوجهها بتجريد أعضائه من الحصانة القضائية وجعلهم مجرد موظفين عموميين.

ومن حيث الإرتباط الوظيفي وضع مجلس المحاسبة تحت الوصاية المباشرة لرئيس الجمهورية كمؤسسة عليا للرقابة البعدية على أموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وتسيير الشركات والمؤسسات والهيئات مهما يكن وضعها القانوني التي تملك فيها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات أو الشركات أو الهيئات العمومية الأخرى بصفة مشتركة أو فردية، مساهمة بأغلبية في رأس المال أو سلطة قرار مهيمنة⁽²⁾.

وحتى يتمكن المجلس من أداء مهمته بكل فعالية وتحقيق غايات الرقابة كمهمة وطنية عبر كامل التراب الوطني، زود بهياكل وأجهزة مناسبة لحجم المسؤولية وبصلاحيات تمكنه من محاصرة جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية. فمن حيث الهيكل التنظيمية يحتوي المجلس على هيئات ذات طبيعة قضائية وأخرى إدارية .

1- أما الهياكل ذات الطبيعة القضائية، فتتمثل في:

أ- رئاسة المجلس بحيث يعين له رئيساً عن طريق مرسوم لرئيس الجمهورية، يتولى التنظيم العام للمجلس وينسق أعماله، وينظم عن طريق ديوانه مهمات التفتيش والتحقق الإداري.

ب- غرف المجلس، وهي هياكل أساسية لممارسة وظيفة الرقابة، وتتوزع الغرف بحسب الإختصاص الإقليمي إلى ثمانية غرف ذات إختصاص وطني وتسع غرف ذات إختصاص إقليمي (المادة 47 من الأمر 95-20 المشار إليه) أما الإختصاص الوطني فيقوم على أساس قطاعي كالمالية، السلطة العمومية والمؤسسات الوطنية، الصحة والشؤون الإجتماعية والثقافية، التعليم والتكوين، الفلاحة والري، المنشآت القاعدية والنقل، التجارة والبنوك والتأمينات بإستثناء بنك الجزائر من رقابة مجلس المحاسبة⁽³⁾ أما الغرف الإقليمية فتتولى رقابة التسيير المالي للجماعات الإقليمية وتقع في مقر بعض الولايات وهي عنابة، قسنطينة، تيزيوزو، البليد، الجزائر، وهران، تلمسان، ورقلة، بشار. وتتولى الغرف والفروع القيام بالصلاحيات القضائية والإدارية المرتبطة بالتحقيقات والأعمال التقييمية ضمن إختصاصات المجلس، ومن أجل ذلك تنظم غرفة الإنضباط في تشكيلة للتحقيق وتشكيلة للحكم وتترتب عن تحرياتها الجزاءات القضائية والإدارية.

¹ القانون رقم 90-23 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة (ج ر عدد 53 بتاريخ 05/12/1990).

² المادة 08 مكرر من الأمر 10-02 المعدل للأمر 95-20 المشار إليه سابقاً.

³ المادة 3 من الأمر رقم 10-02 المعدلة لأحكام المادة 8 من الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المشار إليه سابقاً حيث نصت على " بغض النظر عن أحكام الفقرة الأولى أعلاه لا يخضع بنك الجزائر لرقابة مجلس المحاسبة".

ج- كتابة الضبط لمجلس المحاسبة. تتكون من كتاب ضبط رئيس ومساعدين في تركيبة شبيهة بتلك المتواجدة على مستوى الجهات القضائية، كما تشكل كتابة ضبط على مستوى الفرق الإقليمية. ويتولى كاتب الضبط إعداد جدول الأعمال لحسابات المجلس، تدوين القرارات المتخذة، مسك الجداول والسجلات والملفات، تبليغ التقارير والقرارات والمقررات، تسليم النسخ من القرارات، مسك الأرشيف.

د- النظارة: وتتولى مهمة النيابة العامة في مجلس المحاسبة ويقوم الناظر بصفته الرئيس الإداري الأعلى متابعة وممارسة الصلاحيات القضائية للمجلس وممارسة الرقابة على تطبيق القوانين والتنظيمات.

2- الهياكل الإدارية لمجلس المحاسبة وتتمثل في الأمانة العامة للمجلس، تتولى التسيير المالي والإداري لمختلف مصالح المجلس والتنسيق بينها بمساعدة مكثبي التنظيم العام والترجمة، تحت سلطة رئيس مجلس المحاسبة. ثم الأقسام التقنية وهي نوعين قسم تقنيات التحليل والرقابة وقسم الدراسات ومعالجة المعلومات، ثم تأتي المصالح الإدارية المختلفة التي تتكفل بالتسيير المالي والمستخدمين والوسائل العامة.

هذه الثنائية في الهياكل تمكن مجلس المحاسبة من أداء مهمته الأساسية وهي الرقابة والتي تتمثل في ما يلي:

أ- رقابة نوعية التسيير والتي تهدف إلى التأكد والتحقق من أن جميع الإجراءات والمهام تتم وفق السياسات المرسومة في إطار السياسة العامة للدولة وأن الأهداف المسطرة تتحقق بصورة فعالة وبكفاءة عالية. ولما كانت عقود الصفقات العمومية أهم أدوات تجسيد السياسات فقد حدد لها المشرع أهداف عامة جاءت في المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية وهي فعالية الطلب العمومي وحسن تدبير المال العام، وهي نفسها المواضيع المحورية لرقابة مجلس المحاسبة، ومن ثم يشكل قطاع الشراء العمومي أحد مراكز الإهتمام في نشاط مجلس المحاسبة، في شكل مراقبة لعمل الأمرين بالصرف.

ب-مراجعة الحسابات: يقوم مجلس المحاسبة بمراقبة المحاسبين عن طريق مراجعة حسابات المحاسبين العموميين وفحص مدى مطابقتها للأحكام القانونية والتنظيمية ذات الصلة. وله في ذلك تعقب مسار النفقات العمومية ومن بينها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، من خلال فحص كل المستندات والوثائق والسجلات المحاسبية والتقارير والمحاضر والتأكد من صحة العمليات المالية والتدقيق في الوضعية المالية للمؤسسة المعنية. وتتوج المراقبة بقرار نهائي من هيئة المداولة أو بقرار مؤقت يتضمن بعض الملاحظات يطلب من المحاسب تصحيحها أو تقديم مبررات بخصوصها وله في ذلك أجل شهر للقيام بذلك.

ج- رقابة الإنضباط في مجال التسيير. وفي الحالة التي تفضي فيها نتائج التحقيق إلى دلائل على وجود مخالفة مالية بحسب المادة 88 من الأمر رقم 95-20 يقوم رئيس الغرفة المختصة نفسها برفع تقرير للناظر العام، وله في ذلك عملاً بمبدأ ملأه المتابعة، أن يحفظ الملف إذا ما رأى أن لا وجه للمتابعة.

أما إذا قرر عكس ذلك فإن المتابعة تبدأ بإرسال الملف إلى رئيس غرفة الإنضباط لأجل فتح تحقيق طبقاً للمادة 14 فقرة 3 من الأمر المذكور. بحيث يعين رئيس غرفة الإنضباط مقررًا يكلف

بالتحقيق في الملف ويخطر الشخص المتابع فوراً برسالة موصى على أساس أن التحقيق يكون حضورياً (المادة 95 من نفس الأمر). وعند إنتهاء التحقيق يحرر تقريراً بذلك يضمه إقتراحات ويعدها يرسل الملف كاملاً إلى رئيس غرفة الإنضباط الذي يبلغه بدوره إلى الناظر العام. حيث يعين قاضياً مقرر لتقديم الملف أمام تشكيلة الحكم ويحدد رئيس الغرفة تاريخ الجلسة ويعلم كل من رئيس مجلس المحاسبة والناظر العام ويتم إستدعاء الشخص المتابع بالطرق القانونية. تعقد غرفة الإنضباط جلساتها وبعد إختتام المرافعات يتم التداول، للبت في ملف القضية بأغلبية الأصوات وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس.

يتم النطق بالحكم في جلسة علنية بقرار يحمل الصيغة التنفيذية بعد توقيعه من طرف رئيس الغرفة والمقرر وكاتب الضبط. ويبلغ إلى الناظر العام والشخص المعني، وكذا إلى وزير المالية وإلى السلطات الوصية والرئاسية التي يتبعها الشخص محل المتابعة.

أما العقوبة فتتمثل بالنسبة للمخالفات المشار إليها في المادة 88 أنفاً تكون هي الغرامة المالية، التي لا يمكن أن يتعدى مبلغها المرتب السنوي الإجمالي الذي يتقاضاه الشخص المتابع عند تاريخ إرتكاب المخالفة، وحتى في حالة تعدد الغرامات المحكوم بها لا يمكن الجمع بينها إلا في حدود المبلغ الأقصى لهذا المرتب السنوي.

ويتضح من كل ما ذكرناه أن صلاحية الإختصاص القضائي التي يتمتع بها مجلس المحاسبة مع الطابع التنفيذي لقراراته كما في القرارات القضائية الإدارية جعلت من تدخله في كشف مخالفات التسيير المالي يتسم بالصرامة وبذلك يشكل دعامة لعمل القاضي الجزائي في مكافحة جرائم الفساد والصفقات العمومية بالتحديد، ويقوي عنصر الردع لدى المسؤولين والأعوان المكلفين بهذا القطاع من أجل الحذر واليقظة أكثر في تسيير المال العام وبالتالي تفادي المتابعة.

ويلاحظ أن مجهودات المشرع في تطوير منظومة مواجهة جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية باتت جلية من خلال تعدد الهيئات الرقابية المتدخلة وكذلك في تحديث وتنويع أدوات وأساليب مساهمتها في الكشف عن هذه الجرائم الخطيرة والمدمرة، وهو ما عكسته حركة التحديث للنصوص القانونية الناظمة بعد التعديلات المهمة التي عرفتها بداية من سنوات التسعينات حيث ظهرت حركة التجريم في مجال الصفقات العمومية.

وعلى الرغم من أهمية تلك الهيئات ودورها الفعال في الوقاية من الفساد من خلال ما تحدته من ردع عن طريق إما التنبية والإعذارات التي توجهها للمسؤولين عن الشراء العمومي لتقويم مواقع الخلل في طرق تسييرهم، أو عن طريق العقوبات المالية التي تفرضها على مرتكبي الأفعال المخلة بتنظيم الصفقات وتبيد الأموال العمومية لتقويم سلوكهم المنحرف، ومع ذلك لم يغيب دور القاضي الجنائي كطرف لا غنى عنه في منظومة مواجهة ظاهرة الفساد من خلال جرائم الصفقات العمومية، حيث وضع قواعد خاصة للمتابعة القضائية تتناسب مع طبيعة وخصوصية هذه الجرائم، وهو ما سنعرفه عبر تفحص تلك الإجراءات.

المطلب الثاني: إجراءات المتابعة القضائية في جرائم الصفقات العمومية.

شكلت خصوصية الصفقات العمومية وطبيعتها المعقدة والتقنية، عنصراً حاكماً في تحديد طريقة مكافحتها إن من حيث التجريم أو المتابعة، فمن حيث التجريم أشرنا إلى نهج التوسع الذي إعتده المشرع لمحاولة الإحاطة بالنشاطات المجرمة والسلوكات المنحرفة من خلال وضعه لجريمة المحاباة كجريمة خاصة لهذا الغرض. أما من حيث متابعة هذه الجرائم والكشف عنها فقد تبنى المشرع حزمة من الإجراءات لتفعيل وتحديث سبل ملاحقة الفاعلين والتحري عن الجرائم.

ونظراً لإحترافية الجناة في قطاع الصفقات العمومية والفساد عموماً، بحكم الأساليب الذكية والتقنية المطبقة من أشخاص متمرسين وذو خبرة كبيرة في التعامل مع النصوص الناظمة لهذه العقود وإطلاعهم على كافة النقائص والثغرات ومواطن اللبس والغموض فيها، ضف إلى ذلك عامل التنستر أو التخفي والإتفاق بين المجرمين الذين ينشطون عادة في شكل شبكات منظمة ومتضامنة يصعب فك شفرة خيوط العلاقة بين أعضائها. فإنه من العسير مواجهتهم بأساليب التحري التقليدية كالتفتيش وسماع الأقوال والتتبع وغيرها. كما لا يمكن التعامل معهم إلا عن طريق نخبة من المختصين في هذا المجال داخل منظومة الشرطة القضائية.

ضمن هذا المنظور يندرج تبني المشرع لنظام إجرائي يتسم بالفعالية والتكيف مع المستجدات، وهو ما كرسه تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، بالإضافة لإبتكار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لأساليب خاصة للتحري لم تكن معهودة في السابق، وتتمثل في مجموعة من الإجراءات والعمليات والتقنيات التي تعتمد على الإبداع وتستخدمها الشرطة القضائية تحت إشراف ورقابة القضاء في البحث والتحري عن الجرائم المستحدثة في قانون الفساد بهدف جمع الأدلة وتوقيف مرتكبيها.

وإستناداً لنص المادة 56 من القانون 06-01 تتمثل هذه الأساليب في إمكانية اللجوء إلى التسليم المراقب، والترصد الإلكتروني والإختراق على النحو المناسب بالإضافة إلى تلك الإجراءات التي تضمنها تعديل قانون الإجراءات والمتمثلة في إعتراض المراسلات، وتسجيل الأصوات والتقاط الصور وكذلك التسرب⁽¹⁾، وهي الإجراءات التي تلجأ إليها الضبطية القضائية في أول مراحل مسار الدعوى العمومية وهي مرحلة التحري عن جرائم الصفقات العمومية.

الفرع الأول: سلطات الضبطية القضائية في التحري عن جرائم الصفقات العمومية.

تمتلك الشرطة القضائية جملة من الأساليب الخاصة في البحث والتحري عن جرائم الصفقات العمومية ضمن منظومة جرائم الفساد وهي:

أولاً: إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

1- من حيث تحديد طبيعة هذه الإجراءات:

تعرف عملية إعتراض المراسلات بأنها عملية تقنية تنصب على مراقبة سرية المراسلات السلوكية واللاسلكية في إطار البحث والتحري عن الجريمة وجمع الأدلة والمعلومات حول الأشخاص المشتبه في إرتكابها أو مشاركتهم في إرتكابها. وتتم المراقبة عن طريق الإعتراض أو التسجيل أو النسخ للمراسلات سواء كانت شفوية أو مكتوبة، بإعتبارها بيانات قابلة للإنتاج أو التوزيع أو التخزين أو الإستقبال أو العرض⁽²⁾.

وفي هذا الصدد يتعين التمييز بين إعتراض المكالمات الهاتفية كإجراء تحري وكشف خاص وبين وضع الخط الهاتفي تحت المراقبة، فهذا الأخير يتم بموافقة وطلب من صاحب الشأن لأسباب متعددة كالتدقيق في مبالغ فواتير خدمة الهاتف في حالة إحتجاج مالك الخط، كما يخضع لتقدير الهيئة القضائية بعد تسخير مصالح الإتصالات (البريد) لهذا الغرض، وهو غير محدد الموضوع بمحادثة أو محادثات بعينها، أما إعتراض المكالمات الهاتفية فهو وسيلة تحري تتم دون علم وبدون رضا المعني بالأمر.

¹ الفصل الرابع " في إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب" (المواد من 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 11 من القانون 06-22 المؤرخ في 20/12/2006) .

² عبد الرحيم خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى مليلة الجزائر، سنة 2010 ص 73.

أما تسجيل الأصوات فهو تلك العملية التقنية التي تستعمل فيها كل وسائل التسجيل الحديثة ويتم من خلالها تسجيل المحادثات الشفوية وتبادلها بين الأشخاص بصفة سرية في الأماكن الخاصة بين أشخاص تربطهم صلة خاصة لا يمكن لغيرهم أن يشاهد أو يسمع ما يدور بداخله، أو في الأماكن العامة المفتوحة لإستقبال عامة الناس دون تمييز أو فئة معينة من الأفراد كالمراقب العامة مثلاً⁽¹⁾.
وأما مدلول التقاط الصور فينصرف إلى أخذ صورة لشخص أو أشخاص في أماكن خاصة بإستعمال وسائل تقنية دقيقة ومتطورة وواضحة كأسلوب التصوير الفوتوغرافي، في إطار الكشف عن جرائم الفساد.

وقد حاول بعض الفقه مقارنة هذا الإجراء على أنه يشبه إجراء التفتيش وهو من أهم إجراءات التحقيق ويستندون في ذلك إلى أن كلاهما يهدف إلى الإطلاع على مكان يحظى بحماية وحرمة القانون المكفولة في إطار حماية الحياة الخاصة للأشخاص. في حين رأى إتجاه آخر وجود فرق بين الإجرائين من حيث الموضوع، فالتفتيش يهدف إلى ضبط أدلة مادية ولموسة ووضع اليد عليها وحجزها لمصلحة العدالة، بينما إتقاط الصور هو إثبات حالة أو وضعية وليس تفتيش، وما يؤكد ذلك هو إفراد المشرع لأحكام خاصة لكل منهما. غير أن أغلبية الفقه تميل إلى إعتبار مراقبة المحادثات الهاتفية إجراء من نوع خاص أي أنه يشبه التفتيش لكنه لا يرقى إلى مرتبته، وقد أحاطتها أغلب التشريعات بنفس الضمانات الخاصة بتفتيش الرسائل ولأنها في طبيعتها عبارة عن رسالة شفوية⁽²⁾.

وقد أثار تبني التشريعات الإجرائية لهذه الأساليب المستحدثة للكشف عن جرائم الفساد نقاشاً واسعاً، خاصة من زاوية تهديده ومساسه بالحرية الشخصية والحياة الخاصة للأفراد، وهي حقوق كفلتها الإتفاقيات الدولية وأغلب دساتير الدول الحديثة⁽³⁾، ما حدا إلى وضع ضوابط قانونية يجب أن تراعي عند تطبيق هكذا إجراءات بما يضمن التوفيق بين ضرورات الكشف والتحري في هذه الجرائم المعقدة من جهة، ومتطلبات الحفاظ على حرمة وحرية الحياة الشخصية من جهة أخرى، وجعل أي إعتداء عليها بأي وسيلة بمثابة جريمة معاقب عليها بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كما عاقب على الشروع في إرتكاب هذه الجناة بذات العقوبة المقررة للجريمة التامة⁽⁴⁾.

¹ بن عمار مغني، بوراس عبد القادر " التتصت على المكالمات الهاتفية وإعتراض المراسلات كآلية للوقاية من جرائم الفساد"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، قاصدي مرياح، ورقلة، اليوم 2، 3 ديسمبر 2008 ص 14.

² أمينة محمد بوزينة، مداخلة بعنوان " أساليب الكشف عن جرائم الصفقات العمومية في ظل القانون 06-01، ملتقى الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، جامعة المدية بتاريخ 20 ماي 2013، ص 12.

³ لا يرجح بروز هذا الهاجس إلى القوانين التي تبنيها أمريكا عقب أحداث 11 ديسمبر 2001. وقد كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 12 " لا يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته".

وأكدته المادة 17 من العهد الدولي لحقوق السياسية والمدنية وكذا المادة 8 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما كرسه الدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 45 منه بقولها:

" كل إنسان بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون".

⁴ المادة 303 مكرر من الأمر 66-156 معدلة ومتممة بالمادة 33 من القانون 06-22 المشار إليه سابقاً.

2- الضوابط القانونية عند اعمال إجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور من أبرز الضوابط القانونية التي يجب مراعاتها لإستعمال هذه التقنيات والأساليب في الكشف والتحري عن جرائم الصفقات العمومية كجزء من جرائم الفساد ما يلي:

أ-ضوابط تتعلق بشرعية الإجراء وهي:

1- الحصول على إذن من وكيل الجمهورية، إستناداً إلى مبدأ شرعية الإجراءات الجزائية⁽¹⁾ فإن أي إجراء يرتبط بعمل الشرطة القضائية في تحرياتهم عن الجرائم، يجب أن يكون طبقاً لقانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾. ومن ثم يتعين على ضابط الشرطة القضائية الحصول على إذن مسبق لإتمامه من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب الحالة، ويشترط أن يكون الإذن مكتوباً كدليل مادي لوجوده ومحدد المدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتجديد حسب متطلبات التحقيق. كما يجب أن يذكر في الإذن نوع الجريمة المراد التحري فيها، بالإضافة إلى تحديد الأماكن التي تستخدم فيها التقنيات بهدف مراقبة مدى إحترام الضبطية القضائية للأماكن المعينة على سبيل الحصر قانوناً⁽³⁾.

2- تحرير محضر يجسد العملية مادياً حيث أوجب قانون الإجراءات الجزائية إفراغ عملية التحري الجنائي لأهميتها وخطورتها في وعاء مدون ومكتوب من خلال محاضر يحررها ضباط الشرطة القضائية ويوقعونها ويضمنونها كافة التفاصيل والإجراءات التي إستعملوها في تحرياتهم⁽⁴⁾. وبخصوص جرائم الصفقات العمومية يتم تسجيل مضمون المراسلات المسجلة أو الصور الملتقطة عن طريق وصف أو نسخ محتواها في محضر يودع في ملف الإجراءات ويتم تسخير مترجم لنسخ وترجمة المراسلات أو الإتصالات باللغة الأجنبية طبقاً للمادة 65 فقرة 10 من القانون 06-22.

ب-ضوابط تتعلق بمضمون الإجراء ويتمثل فيما يلي:

1- أن يتعلق الإجراء بجرائم الفساد لا بد أن يكون إجراء اعتراض المراسلات أو التقاط الصور أو تسجيل الأصوات من أجل التحري عن جرائم الفساد التي تضمنها القانون 06-01 كمنح إمتيازات غيرمبررة (المادة 26) وجريمة الرشوة في الصفقات العمومية (المادة 27) وجريمة تعارض المصالح (المادة 34).

¹المادة 47 من الدستور 1996 " لا يتابع أحد ولا يوقف ولا يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وحسب الأشكال التي نص عليها".

² محمد بن مشيرخ مداخلة بعنوان خصوصية التجريم والتحري في جرائم الصفقات العمومية، ملتقى المدينة بعنوان الحماية الجنائية للمال العام في الصفقات العمومية بتاريخ 20 ماي 2013 ص 9.

³ المادة 65 فقرة 5 و7 من القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المشار إليه سابقاً.

⁴طبقاً للمادة 18 ق. إ. ج. والمادة 65 فقرة 9 من القانون 06-22 المشار إليه.

2- أن تقتضي ضرورة التحري اللجوء إلى هذه الأساليب الخاصة التي فرضتها طبيعة وخصوصية هذه الجرائم في حالة عدم جدوى الوسائل التقليدية، مما يضيء عليها الطابع الإستثنائي. وقد عبرت على ذلك المادة 65 فقرة 5 بقولها " إذا إقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الإبتدائي في جرائم....وكذا جرائم الفساد....."(1).

3- أن يندرج هذا الإجراء ضمن إختصاصات الشرطة القضائية وهو ما يعكس خطورة وحساسية هذا الإجراء ومن ثم جعل اللجوء إليه حكراً على هيئة الضبطية القضائية تحت مراقبة النيابة العامة، وضمن نطاق الإذن الممنوح حيث يسمح لها بوضع ترتيبات تقنية دون موافقة المعنيين والترخيص بدخول الأماكن والمحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من ق.ا.ج بدون علم ولا رضا أصحاب الشأن.

ومن أجل ذلك يمكنهم الإستعانة بأهل الخبرة من الأعوان الفنيين المختصين وذلك عن طريق تسخير كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالإتصالات السلكية أو اللاسلكية لتتكفل بالجوانب التقنية للعملية، ويلزم العون المسخر بالسر المهني تحت طائلة العقوبة الجزائية(2).

والواضح أن القاضي الجزائي في حاجة إلى تطوير أكثر وبالسرية المناسبة لمثل هذه الأساليب المستحدثة للكشف عن هذه الجرائم التي ما فتئت تبتكر شتى التقنيات في إرتكابها كما ونوعاً لتشمل كافة أنواع الإتصالات الأخرى كالإنترنت والفيديوك ووسائل التواصل الأخرى. وبالتوازي يتعين تدعيم الإطار القانوني لهذه التقنيات من خلال تحديد القيمة القانونية وحجية هذه الأدلة بالنسبة للقاضي مقارنة بالأدلة التي تجمعها الضبطية القضائية والتي تخضع للسلطة التقديرية طبقاً للمادة 212 قانون إجراءات جزائية. وكذلك توضيح كيفية حفظ الأدلة (المادة 45 ق.ا.ج) والتأكد من صحتها خصوصاً مع تطور أساليب التركيب الإلكتروني للصور والتسجيلات. ومع ذلك لا خلاف حول فعالية هذه الأدوات في مجال جرائم الفساد والحلول التي تقدمها للقاضي الجزائي لمواجهة صعوبة الكشف والتحري عنها وتحديد ركنيها المادي والمعنوي.

¹ المادة 65 فقرة 5 من قانون 06-22. (وقد إشتراط القانون الفرنسي رقم 91-649 المؤرخ في 10 يوليو 1991 أن تكون المراقبة القضائية للإتصالات التليفونية في الجريمة بوصف جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس الذي يزيد عن سنتين وأضافت المادة 100 من فقرة 2 منه أنه يمكن لجهات التحقيق أن تأذن بالمراقبة إذا كانت هناك ضرورة يستوجبها كشف الحقيقة وكانت هناك إستحالة في الوصول إليها بطرق البحث العادية). والإتجاه نفسه إعتنمه المشرع المصري بأن تكون هذه الوسيلة مفيدة لإظهار الحقيقة طبقاً للمادتين 95 فقرة 1 و206 فقرة 1 قانون إجراءات جنائية مصري.

² المادة 65 مكرر 08 من القانون 06-22 المشار إليه.

ثانياً: الكشف عن طريق التسرب أو الإختراق.

أ- يجوز لقاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية أن يأذن تحت رقابته بمباشرة عملية التسرب، عندما تقتضي ذلك ضرورات التحري والتحقيق في جرائم الصفقات العمومية. وقد إستحدث هذا الإجراء بموجب المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية، وتضمنته كذلك المادة 56 من القانون 06-01 في إطار أساليب التحري الخاصة في الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد تحت عبارة الإختراق infiltration.

ويقصد بالتسرب من وجهة نظر القانون، قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جناحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف⁽⁴⁾.

ويستعمل هذا الأسلوب من التحري عن الجرائم التي ترتكب في إطار عصابة منظمة أو شبكة مجرمين حيث يشكل التستر والتضامن بين أفرادها مركز قوتها، ومن ثم لا يمكن الوصول إلى المجرمين أو معرفة نواياهم الإجرامية إلاّ من خلال التوغل داخل التنظيم مما يتطلب دراسة دقيقة للوسط الإجرامي للوقوف على خصوصياته وتفصيله لتحديد أفضل السبل لإنجاز التسرب أو الإختراق. ويقتضي هذا الإجراء كذلك توفر مجموعة من الشروط إستدعتها المخاطر المحيطة به.

ب- شروط إتمام إجراء التسرب: يتطلب إجراء التسرب إحترام إجراءات قانونية لضمان نجاحه وتحقيق أهدافه، وقد حددتها المواد 55 مكرر 11 و المادة 65 مكرر 18 كأحد إختصاصات الشرطة القضائية إستناداً للمادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية وهي:

1- الحصول على إذن بالتسرب صادر عن جهة قضائية مختصة ويشترط أن يكون مكتوباً ومسبباً تحت طائلة البطلان طبقاً للمادة 65 مكرر 15 مضافة بالقانون 06-22 كما يجب أن تذكر في الإذن الجريمة التي تبرر اللجوء لهذا الإجراء وهوية ضابط الشرطة الذي تتم العملية تحت مسؤوليه أو المنسق كما يمكن تحديد العملية حسب مقتضيات التحري أو التحقيق، ويمكن للقاضي المرخص بإجرائها أن يأمر بوقف العملية قبل إنقضاء المدة المحددة، وتودع الرخصة ضمن ملف الإجراءات.

2- ألا تتجاوز مدة الترخيص بالتسرب أربعة أشهر قابلة للتجديد بحسب متطلبات التحقيق التي يبقى تقديرها من طرف ضابط الشرطة المنسق للعملية.

⁴ المادة 65 مكرر 12 مضافة بالقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية ج.ر عدد (84) بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

وكلمة التسرب مشتقة من تسرب تسرباً أي دخل وانتقل خفية وهو الولوج والدخول بطريقة متخفية إلى مكان ما مع جعل أصحابه يعتقدون بأنه ليس غريب وأنه واحد منهم (ثياب نادية، المرجع السابق ص 344).

3- سرية الإجراء وهو أهم شرط لضمان نجاح العملية بحيث يطلب من العون المتسرب أو من يسخره عدم إظهار هويته الحقيقية في أي مرحلة من مراحل الإجراءات (المادة 65 مكرر 16 من

القانون 06-22) وله من أجل ذلك إستعمال هوية مستعارة حفاظاً على أمن وسلامة ضباط وأعوان الشرطة القضائية المكلفين بهذه العملية الخطيرة. كما يمكنهم من أجل التموهيه أن يرتكبوا عند الضرورة بعض الجرائم دون أن يتابعوا جزائياً حتى يكسبوا ثقة الشبكة أو المنظمة الإجرامية⁽¹⁾. ولا تعتبر الأفعال التي يقوم بها تحريضاً، ولعل الإعفاء من المسؤولية الجزائية ينسحب كذلك على المسؤولية المدنية رغم سكوت المشرع عن هذه المسألة، فإذا كان المقصود من الإعفاء هو حماية المتسرب في إطار قيامه بمهمته في كشف الجرائم فالمنطق يقول أن الحماية تشمل المسؤولين معاً وإلا لا نجد من يخاطر بهكذا عمل، علماً أن جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد لا يتم الكشف عنها بالصدفة وإنما بأعمال ووسائل حديثة تتضمن في طبيعتها خروجاً واضحاً عن القواعد العامة تستدعيه ضرورة الكشف عنها⁽²⁾.

4- أن يكون التسرب من أجل الكشف عن جرائم الفساد ويكون اللجوء إليه في حالة الضرورة ما يضي عليه الصبغة الإستثنائية (المادة 65 مكرر 5 من ذات القانون).

5- تحديد الغرض من التسرب بمعنى أن يكون التسرب بالضرورة للكشف عن جرائم الصفقات والجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5. وبالتالي يجب تسبب طلب اللجوء لهذا الإجراء من أجل الحصول على ترخيص الهيئة القضائية المختصة التي لها سلطة تقدير المبررات.

ويتضح مما سبق أهمية إجراء التسرب كوسيلة خاصة للتحري في جرائم الفساد ولخطورته فإن إطاره القانوني يستدعي تدعيم أكبر حماية للمتسرب من جهة وتفاذي لبعض الإشكالات التي يمكن أن تعترضه وتتمحور حول:

- مصير التصرفات المدنية أو التجارية التي قد يبرمها المتسرب عند الضرورة كعقد زواج أو بيع ممتلكات أو اقتناء سيارة أو غيرها.

- كيفية التوفيق بين سرية عملية التسرب والتنسيق بين مصالح الأمن الأخرى التي قد تتدخل في العملية دون علمها وتفشل عملية التسرب.

- نقص الأعوان والضباط المتخصصين في مثل هذه العمليات الدقيقة ما يحتم تبني سياسة للتكوين في هذا المجال.

- عدم ضبط علاقة الضابط المنسق للعملية والأشخاص الذين يمكن أن يسخرهم لهذه العملية.

¹ وقد يكون المسخر شخص من الجنسين يراه ضابط الشرطة القضائية المنسق للتسرب مفيداً في إنجاز المهمة والتقدير يعود لضابط الشرطة تحت رقابة القضاء.

² ومن ثم فقد إعتبر البعض أن نظام التسرب يمكن إدراجه ضمن أسباب الإباحة بإعتبار أن القانون قد أذن به " يعفى المتسرب من المسؤولية الجزائية طبقاً لأحكام المادة 14 ق إ ج وتجسيدا لمضمون المادة 39 قانون عقوبات عندما نصت على " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

- عدم تحديد أولويات في اللجوء إلى هذه الأساليب الخاصة في التحري بمعنى هل يمكن للقاضي اللجوء إلى كل هذه الأساليب مجتمعة في جريمة واحدة أم هناك تراتبية؟⁽¹⁾

- لم تحظى معلومات المتسرب بقيمة ثبوتية خاصة، بل تبقى خاضعة لتقدير القاضي طبقاً للأحكام العامة رغم ما قد يتعرض من مخاطر.

ثالثاً- أسلوب التسليم المراقب: وقد نصت عليه المادة رقم 2 فقرة "ك" من قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 ويعتبر أحد أساليب التحري عن جرائم الفساد. ومضمون هذا الإجراء هو السماح المقصود لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة وتحت مراقبتها بغرض الكشف عن هوية الأشخاص الضالعين في ارتكاب هذه الجرائم، واللجوء لأسلوب التسليم المراقب غالباً ما يكون في جرائم تبييض الأموال والإتجار غير المشروع في المخدرات والجريمة المنظمة العابرة للحدود. أما في مجال الصفقات العمومية فيمكن إستعمال هذا الأسلوب في مراقبة حركة العائدات الإجرامية المتحصل عليها من وراء جرائم الصفقات العمومية، خاصة عند تحويلها إلى خارج إقليم الوطن، لتعقب مسار تلك الأموال في إطار التعاون الدولي لمكافحة الفساد وتحديد وجهات الأموال غير المشروعة والبلدان المعنية والمعروفة les paradis fiscaux أو offshore.

رابعاً- هيئات داعمة أخرى: توسيعاً لنطاق الكشف والتحري ليشمل هيئات داعمة سعياً منه لتجنيد كل الطاقات والوسائل في الكشف عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية، أوكل المشرع مهمة البحث والتحري لهيئات أخرى تتمثل في يلي:

1- الديوان الوطني لقمع الفساد كجهة تحري في جرائم الصفقات العمومية

تم إنشاء الديوان الوطني لقمع الفساد لدعم وسائل التحري والبحث في جرائم الفساد عن طريق الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 حيث نصت المادة 24 منه على " ينشأ ديوان الفساد ويكلف بمهمة البحث والتحري عن جرائم الفساد.."، ويشكل أحد الأطر في منظومة الهيئات والأجهزة لمكافحة ظاهرة الفساد عملاً بتوصيات إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وكذا إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد.

يسير الديوان عن طريق مدير عام يعين بمرسوم رئاسي بناءً على إقتراح من وزير المالية مما قد يؤثر على إستقلالية هذه الهيئة، علماً أن عنصر الإستقلالية يشكل نقطة الإرتكاز لأي جهد صادق وجدي وفعال لمواجهة الفساد ومكافحته⁽²⁾.

¹ وهو ما تبناه القانون البلجيكي المؤرخ في 06-01-2003 في المادة 47 منه المتعلق باللجوء إلى الطرق الخاصة للتحقيقات والتي إشتطرت عدم اللجوء إلى التسرب إلا إذا إستنفدت الوسائل الأخرى أو كانت غير كافية.

ثياب نادية، المرجع السابق ص345.

² المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426 المؤرخ في 8 ديسمبر 2011 يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره (ج ر عدد 68 بتاريخ 14-12-2011).

تدل تشكيلته المزدوجة من خمسة ضباط شرطة قضائية وخمسة أعوان شرطة قضائية بالإضافة إلى الموظفين الإداريين الموضوعين تحت تصرف الديوان بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني⁽¹⁾ على أنه يمثل مصلحة من مصالح الشرطة القضائية.

ومن صلاحياته جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد كما له سلطة إستغلال تلك المعلومات التي جمعها، بالإضافة إلى جمع الأدلة والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد وإحالة مرتكبيها أمام الجهات القضائية المختصة⁽²⁾. ولعل هذا الإجراء الأخير يمثل نقطة قوة وفعالية هذا الديوان مقارنة بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد التي لم يمنحها المشرع صلاحية تحريك الدعوى العمومية وإحالة الفاعلين على القضاء رغم أنها تقوم تقريباً بنفس التحريات والتحقيقات.

ولتفعيل عمل الديوان تم تمديد إختصاصه المحلي ليشمل كافة الإقليم الوطني وهو ذات الإختصاص الممنوح للشرطة القضائية في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية وجرائم تبييض الأموال والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والإرهاب وجرائم الصرف⁽³⁾. ويتعين في ذلك إعلام وكيل الجمهورية مسبقاً بالعمليات التي تجريها الشرطة القضائية.

2- تدخل أجهزة أمنية خاصة.

نظراً لإستفحال جرائم الفساد ومنها تلك المتعلقة بالصفقات العمومية وبلوغها مستويات باتت تهدد كيان المجتمع على مختلف الصعد وخاصة بسبب حجم الأضرار الإقتصادية والمالية وإهدار للثروات الوطنية، مما إستدعى تدخل وتجنيد أجهزة الأمن المختلفة من مخابرات أو شرطة عسكرية ومديرية المباحث والأمن والأمن العسكري وغيرها لخوض هذه المعركة. وتم تزويدها بإختصاصات الشرطة القضائية وصلاحيات واسعة برعاية السلطات العليا في البلاد.

حيث كلفت بالتحقيق في قضايا الفساد الكبرى التي هزت الرأي العام المحلي والدولي كقضية الطريق السيار- شرق غرب - وكذلك الصفقات المشبوهة فيما سمي بفضيحة شركة سوناطراك وغيرها، والتي أفضت إلى إتهام مسؤولين مدنيين وعسكريين كبار في مؤسسات الدولة.

وبذلك أصبح جهاز المخابرات من أهم أجهزة التحري والبحث في جرائم الفساد لما يمتلك من قدرات وكفاءات وإستعلامات تمكنه من إنجاز هذه المهمة المعقدة والمصيرية للأمة، وهو ما حرص المرسوم الرئاسي الصادر في 9 فيفري 2008 على تكريسه حيث أنشئت مصلحة مركزية للشرطة القضائية تابعة لوزارة الدفاع الوطني يتولى تسييرها ضابط سامي يتكفل بمعاينة الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات وقانون القضاء العسكري وجمع الأدلة عنها، ومدعمة بطرق قضائية مستقلة للتحري ومصالح جهوية للشرطة القضائية⁽⁴⁾.

¹ طبقاً للمادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426 المشار إليه سابقاً.

² المادة 15 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفاً.

³ المادة 24 مكرر 1 فقرة 3 من الأمر 10-05.

⁴ ثياب نادية، المرجع السابق، ص 356.

وبذلك برز دورها كإحدى أهم الجهات التي تستند إليها النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بمناسبة المتابعات الجزائية في مجال المسؤولية الجزائية في قطاع الصفقات العمومية.

خامساً: التعاون الدولي في تسليم المجرمين.

يمتد سريان مبدأ الإقليمية في قانون العقوبات ليشمل القواعد الإجرائية في المتابعة الجزائية، إلى جانب القواعد الموضوعية للتجريم غير أنه مع تطور أساليب الجريمة وإتساع دائرة ومدى تحضيرها وتنفيذها، بحيث بات يتعدى حدود الإقليم الواحد، وأصبح معه مبدأ الإقليمية قيداً أمام متابعة وملاحقة بعض الجرائم وأهمها جرائم الفساد والصفقات العمومية خاصة، التي لم تعد بطبيعتها جرائم داخلية محلية بل تعدت حدود الدول في إطارها ما بات يعرف بعولمة الفساد⁽¹⁾ التي إستدعت بالضرورة عولمة المواجهة والمكافحة من خلال إرساء قواعد تعاون دولي بين مختلف الأجهزة المعنية بمتابعة هذه الجرائم خاصة ما تعلق منها بالقبض على الفاعلين والمتهمين. وهو ما كرسته المادة 57 من قانون 06-01 عندما نصت على " مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل وفي حدود ما تسمح به المعاهدات والإتفاقات والترتيبات ذات الصلة بالقوانين، تقام علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن، خاصة مع الدول الأطراف في الإتفاقية في مجال التحريات والمتابعات والإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"⁽²⁾.

ومن أهم تجليات هذا التعاون الدولي نجد إجراءات تسليم المجرمين أو إستردادهم⁽³⁾ أي أن تسلم الدولة المجرم الموجود على أراضيها إلى دولة أخرى تطلب تسليمه إليها، لأن لها حق تطبيق قوانينها عليه ومحاكمته على جريمته، أو تنفيذ العقوبة الصادرة بحقه⁽⁴⁾. وقد أفرد له قانون الإجراءات الجزائية باباً في الكتاب السابع المعنون في العلاقات بين السلطات القضائية الأجنبية ونظمه في المواد من 694 إلى 719، ولا يؤثر عدم وجود إتفاقية بين الدول في عملية تسليم المجرمين تكريساً لأهميتها وهو ما تبنته المادة 44 فقرة 7 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد عندما نصت أنه " على الدول الأطراف التي تجعل التسليم مشروطاً بوجود معاهدة أن تعتبر الجرائم التي تطبق عليها هذه المادة جرائم خاضعة للتسليم فيما بينها".

فكما تتنوع إجراءات التسليم تتعدد شروطه أيضاً:

1-أنواع التسليم: ويمكن أن تتوزع على ثلاثة أساليب:

¹كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، 2012-2013، ص 131.

² وحددت المادة 58 من القانون 06-01 نطاق هذا التعاون ليشمل المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية للكشف عن العمليات المالية المرتبطة بالفساد.

³ وتستعمل معظم التشريعات الإجرائية مصطلح تسليم المجرمين Extradition وهو نفسه المستعمل في جميع الإتفاقيات العربية والدولية.

⁴ محمد الفاضل، التعاون الدولي في مكافحة الإجرام، منشورات جامعة دمشق، 1970، ق 1، ص 3.

أ-التسليم الإداري: وفيه تقدم الدولة طلباً للتسليم إلى السلطات الإدارية في الدولة التي يوجد المجرم على أرضها، فتقوم هذه الدولة بتوفيق المطلوب إدارياً، وبعد دراسة وضعه وقبول الطلب يتم التسليم.

ويتصف هذا الأسلوب بالبساطة والسرعة على الرغم من خلوة من أي ضمانات للحرية الفردية بحيث قد يؤدي إلى أخطاء وأعمال تعسفية، وكان مطبقاً في فرنسا قبل عام 1927⁽¹⁾.

ب- **التسليم القضائي**: وفيه يوجه طلب التسليم إلى السلطة القضائية وتنتظر فيه محكمة قضائية مختصة مع كل الضمانات القانونية للحفاظ على الحريات الفردية⁽²⁾.

ج- **الأسلوب المختلط**: وهو مزيج بين الأسلوبين بحيث يوجه الطلب إلى السلطة الإدارية في الدولة وهي تحيله إلى السلطة القضائية التي تفصل فيه ويكون قرارها ملزم للسلطة التنفيذية والإدارية فإذا قررت رفض التسليم لا يجوز للسلطة الإدارية مخالفة وفي حالة العكس فالقرار في هذه الحالة صفة إستشارية ولها أن ترفض التسليم.

2- شروط التسليم:

أ- **إزدواج التجريم**: ومعناه أن يكون الفعل المقترف والمطلوب التسليم من أجله مجزماً في القانون الجزائري وفي قانون الدولة طالبة التسليم معاً⁽³⁾. وهو ما نصت عليه المادة 697 من قانون الإجراءات الجزائرية على أنه " لا يجوز قبول التسليم في أي حالة إذا كان الفعل غير معاقب عليه طبقاً للقانون الجزائري بعقوبة جنائية أو جنحة".

ب- أن تكون الجريمة على قدر معين من الأهمية وفي هذا الشأن لا خلاف على الجنايات لخطورتها ولا على المخالفات لبساطتها وقلة أهميتها بينما الخلاف يبقى في الجرح وأكثريّة الدول تشترط ألا تقل عقوبتها على سنتين وهو ما جنحت له المادة 697 السالف الذكر عندما قصرتها في " عقوبة جنائية أو جنحة"

ج- أن لا يكون قد قضي في الجريمة بحكم بات في الجزائر، أي عدم تسليم شخص كان القضاء الجزائري قد حكم عليه وأصبح الحكم باتاً وذلك حتى لا يقع تناقض بين موقف المحاكم الجزائرية وموقف المحاكم الأجنبية. وفي هذا نصت المادة 695 إجراءات جزائية " لا يجوز تسليم شخص إلى حكومة أجنبية ما لم يكن قد إتخذت بشأنه إجراءات متابعة عن جريمة منصوص عليها في هذا الباب أو حكم عليه فيها " أما إذا كانوا رعايا جزائريين فإن المبدأ الراسخ هو عدم تسليم الرعايا الجزائريين إلى دولة أجنبية طبقاً للمادة 696 التي نصت على أن التسليم يخص غير الجزائريين، وكذلك ذهبت المادة 698 فقرة 4 من ذات القانون.

¹ عبود السراج، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 201.

² وهذا الأسلوب متبع في إنجلترا وأمريكا .

³ محمد الفاضل، المرجع السابق، ص 76.

د- ألا تكون الدعوى العمومية أو العقوبة قد سقطت بالتقادم أو العفو العام أو العفو الخاص ولا فرق بين أن يكون السقوط قد تم وفق القانون الجزائري أو الأجنبي أو قانون الدولة التي ارتكبت الجريمة على أرضها طبقاً للمادة 698 فقرة 5.

هـ- ألا تكون الجريمة مما يحظر التسليم فيها قانوناً أو عرفاً ومنها الجرائم السياسية كما أشارت إلى ذلك المادة 698 فقرة الثانية " لا يقبل التسليم إذا كانت للجناية أو الجنحة صيغة سياسية أو إذا تبين من الظروف أن التسليم مطلوب لغرض سياسي".

وكذلك الجرائم العسكرية حيث لم ينص المشرع على رفض التسليم فيها. وكذلك الجرائم التي تخالف عقوبتها النظام الإجتماعي، أي عندما تكون عقوبتها الحرق أو القطع أو التشويه الجسدي... إلخ وحديثاً صارت الدول التي ألغت الإعدام ترفض التسليم في جرائم يعاقب عليها في الدولة طالبة التسليم بالإعدام⁽¹⁾.

وقد نظمت المواد من 702 إلى 711 من قانون الإجراءات الجزائية، أهم إجراءات التسليم وحددت المواد من 714 إلى 715 أهم آثاره. ويشمل التعاون الدولي كذلك إجراء العبور (الترانزيت) طبقاً للمادة 719، وكذلك الأشياء المضبوطة حسب المادة 720، وأخيراً الإنابات القضائية وتبليغ الأوراق والأحكام طبقاً للمواد من 721 إلى 725 إجراءات جزائية.

وكلها إجراءات تجد لها موقعاً في جرائم الصفقات العمومية كجزء من جرائم الفساد ذات البعد الدولي والعابر للحدود، ما يعطي للتعاون الدولي خاصة ما تعلق بإجراء تسليم المجرمين بعداً وزخماً حقيقياً في إطار مكافحة هذه الظاهرة والتصدي لها.

الفرع الثاني: المتابعة الجزائية لجرائم الصفقات العمومية.

تتوج عملية الكشف والتحري عن جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية، سواء تلك التي تجربها هيئات الكشف الإدارية أو تلك التي تقوم بها الشرطة القضائية بإحالة مقترفيها على القضاء الجزائي لمحاكمتهم وفق الإجراءات القانونية السارية المفعول والتي نص عليها قانون الإجراءات الجزائية.

أولاً: تحريك الدعوى العمومية.

بالرغم من خطورة وخصوصية جرائم الصفقات العمومية لم يخصصها المشرع بإجراءات خاصة في مجال المتابعة الجزائية بل أخضعها للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية المقررة لسير الدعوى في محكمة الجناح بالنظر إلى الطابع الجنحي لهذه الجرائم.

¹ عبود السراج، المرجع السابق، ص 200.

فمن حيث طرق إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة فقد تكون طبقاً لنص المادة 333 ق.إ.ج إما عن طريق الإحالة إليها من الجهة القضائية المنوط بها إجراء التحقيق، وإما بحضور أطراف الدعوى بإرادتهم بالأوضاع المنصوص عليها في المادة 433، وإما تكليف بالحضور يسلم مباشرة إلى المتهم وإلى الأشخاص المسؤولين مدنياً عن الجريمة، وإما بتطبيق إجراء التلبس بالجنحة المنصوص

عليه في المادة 833 وما بعدها، فأساليب رفع الدعوى العمومية في جنح الفساد ومنها جنح الصفقات العمومية يمكن أن تتخذ الصور التالية:

أ- **التكليف بالحضور:** بحيث خول القانون رجال النيابة العامة ووكيل الجمهورية إمكانية إحالة الدعوى مباشرة مع أدلة الإتهام إلى المحكمة للفصل فيها وفقاً للقانون دون الحاجة إلى إجراء تحقيق في القضية بواسطة إجراء التكليف بالحضور⁽¹⁾. وذلك طبقاً لأحكام المادة 336 ق.إ.ج، ويكون في الجنح غير المتلبس بها بحيث تكون محاضر الضبطية القضائية تحمل دلائل كافية ومتماسكة ضد المشتبه فيه⁽²⁾.

ب- **حالة التلبس:** وتعني إكتشاف الجريمة في وقت معين، أو مشاهدة الركن المادي للجريمة وقت مباشرته أو برؤية ما يكشف عن وقوعها⁽³⁾. وينطبق هذا الوصف من الناحية العملية في مجال جرائم الصفقات العمومية على جريمة الرشوة التي عادة ما يتم القبض على مرتكبها متلبساً، من خلال كمين مدبر مسبقاً بالاتفاق بين الشاكي أو المبلغ أو صاحب الحاجة الذي طلب منه تقديم الرشوة من جهة وبين الشرطة القضائية من جهة أخرى.

وتخضع حالة التلبس في جرائم الفساد والصفقات العمومية إلى القواعد العامة الخاصة بالتلبس وأحكام المواد 59، 338، 339 من قانون الإجراءات الجزائية.

ج- **فتح تحقيق:** ويكون في حالة رأت النيابة العامة أن الوقائع التي وصلت إلى علمها بحاجة إلى إستدلالات إضافية توجه طلباً إفتتاحياً إلى قاضي التحقيق، يكون بمثابة الإجراء الإفتتاحي في تحريك الدعوى العمومية تبادر به النيابة العامة طبقاً لأحكام المواد 1، 29، 60 فقرة 4 والمادة 67 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، من أجل تحقيق في القضية يتضمن طلبات محددة.

ففي جرائم الفساد إجمالاً وجرائم الصفقات العمومية خصوصاً ومن خلال التعديلات الجديدة أعطيت لقاضي التحقيق صلاحيات إضافية لتدعيم دوره في مواجهة الفساد بحيث يجوز له أن يعهد إلى ضباط الشرطة القضائية بناءً على ترخيص مكتوب القيام بعمليات التحري الخاصة المنصوص عليها في المواد 65 مكرر 10 إلى 65 مكرر 18 كالتنصت ونسخ الصور أو المحادثات وكذلك التسرب.

¹ العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي مع آخر التعديلات، دار البدر، الجزائر، و.ت.ن، ص 137.

² ثياب نادية، المرجع السابق، ص 359.

³ أحمد شوقي الشلقاوي، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 178.

ثانياً: بعض القيود على رفع الدعوى العمومية.

إذا كانت جرائم الصفقات العمومية توصف بأنها جرائم ذوو الصفة بحيث يشترط في مرتكبها أن يكون موظفاً عمومياً أو من في حكمه، فإنه توجد أحياناً فئة من هؤلاء الموظفين ممن يتمتعون بحصانة قانونية تمنع متابعتهم جزائياً رغم ثبوت إرتكابهم لجرائم في مجال الصفقات العمومية، ومن هذه الحالات الآتي:

أ- ربط المتابعة بالحصول على إذن من الهيئة التي ينتمي إليها الفاعل كما في حالة الحصانة البرلمانية لأعضاء البرلمان من نواب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، إستناداً لنص المادة 110 من دستور 1996 حيث جاء فيه " لا يجوز الشروع في متابعة أي نائب عضو في المجلس الوطني أو مجلس الأمة بسبب جنائية أو جنحة إلاّ بتنازل منه أو بإذن من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يقرر رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضائه".

وبذلك يكون تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة مرهوم برفع الحصانة عن النائب المتهم بإرتكاب جرائم الصفقات العمومية. غير أن ذلك لا ينسحب على الشركاء في حالة وجودهم حيث يمكن تحريك الدعوى العمومية ضدهم⁽¹⁾.

ب- حصر إجراء رفع الدعوى العمومية لدى الرئيس الأول للمحكمة العليا وهي الحالة التي ترتكب فيها الجريمة جنائية أو جنحة من طرف أحد أعضاء الحكومة أو أحد قضاة المحكمة العليا أو أحد الولاة أو أحد رؤساء أو النواب العامين لدى المجالس القضائية أثناء ممارسة مهامهم أو بمناسبة، بحيث يتعين على وكيل الجمهورية الذي يخطر بالقضية أن يحيل الملف عن طريق السلم الإداري إلى النائب العام لدى المحكمة العليا الذي يرفعه بدوره إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا. وهنا يخضع قراره لمبدأ الملائمة فإذا رأى ما يقتضي المتابعة يعين أحد أعضاء المحكمة العليا ليقوم بإجراءات التحقيق في القضية وفق الأشكال والأوضاع المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾.

¹ سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية، دار هومة، الجزائر، ص 13.

² المواد من 573 إلى 577 قانون إجراءات جزائية.

ج- إقتران تحريك الدعوى بتقديم شكوى.

وهي الحالة التي تضمنها نص المادة 119 فقرة 3 من القانون 01-09 بحيث أن الجرائم الضارة بالمؤسسات العمومية الإقتصادية، التي تملك الدولة كل رأس مالها أو ذات الرأسمال المختلط لا تتحرك الدعوى العمومية بشأنها، إلا بناءً على شكوى من أجهزة الشركة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري أو في القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية⁽¹⁾. ويتعلق الأمر ببعض الجرائم كجريمة الإختلاس وجريمة الإمتيازات غير المبررة والرشوة في مجال الصفقات العمومية، وهي الجرائم التي كان منصوص عليها في المادة 128 مكرر 1 قبل إلغائها وتعويضها بالمواد 26 و 27 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

كما أن صلاحية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية يتوقف على تقديم شكوى في حالة الجرائم الواقعة في الخارج والتي تدخل ضمن إختصاص القضاء الجزائري حسب ما ورد في المادة الثالثة فقرة 2 من قانون العقوبات " يطبق قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل ضمن إختصاص المحاكم الجزائرية الجزائرية وفقاً لقانون الإجراءات"، وبالرجوع إلى المادة 583 من قانون الإجراءات الجزائرية نجدها تنص على أن " كل واقعة موصوفة بأنها جنحة في نظر التشريع الجزائري أو في نظر تشريع البلد الذي وقعت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائرياً".

وتنطبق هذه الوضعية على جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب⁽²⁾ وموظفي المنظمات الدولية طبقاً لما نصت عليه المادة 28 من القانون 01-06 في صورتها السلبية والإيجابية. فإذا كانت الجريمة المرتكبة جنحة من جنح قانون الفساد أو الصفقات العمومية فإن رفع الدعوى العمومية طبقاً لما نصت عليه المادة 583 فقرة 3 قانون إجراءات جزائية مرهون بتوفر شرطين أولهما وجود شكوى من الشخص المضرور أو بلاغ رسمي صادر عن سلطات البلد الذي ارتكبت فيه هذه الجنحة. وإلا كانت إجراءات المتابعة باطلة⁽³⁾.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، رقم 450220، مؤرخ في 31 ديسمبر 2008 دعوى مقامة من طرف النيابة العامة ضد (ب ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008، ص 409.

² وقد حددت المادة 2 من القانون 01-06 فقرة (ج) مدلول الموظف العمومي الأجنبي على أنه " كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى بلد أجنبي سواء كان معيناً أو منتخباً. وكل شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي، بما في ذلك لصالح هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية.

وحددت الفقرة د من نفس المادة مدلول موظف المنظمة الدولية العمومية على أنه مستخدم دولي أو كل شخص تأذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف نيابة عنها.

³ ثياب نادية، المرجع السابق، ص 365.

ثالثاً: مرحلة المحاكمة.

تتوج إجراءات المتابعة الجزائية بمحاكمة مرتكبي جرائم الصفقات العمومية وهي آخر مرحلة في مسار الدعوى العمومية. وتتميز جهة الحكم في جرائم الصفقات العمومية وجرائم الفساد عموماً بإخضاعها لإختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسع، ومن حيث إجراءات سير المحاكمة إلى الأحكام العامة المقررة في قانون الإجراءات الجزائية.

1- الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسع.

بغرض حشد كل الإمكانيات التقنية والكفاءات العلمية الضرورية لمواجهة جرائم الفساد والصفقات العمومية، عمدت الأنظمة القضائية ومنها النظام القضائي الجزائري إلى توسيع الإختصاص المحلي للجهات الفاصلة فيجرائم الصفقات العمومية عن طريق إنشاء محاكم متخصصة في النظر في نوع معين من هذه الجرائم خاصة القضايا الكبيرة التي تتطلب وسائل وطاقت نوعية وكمية ملائمة.

وقد كرس مبدأ توسيع الإختصاص عن طريق المادة 24 من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت 2010⁽¹⁾، حيث نصت على " تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لإختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسع وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية". ومن خلال تفحص قواعد قانون الإجراءات الجزائية خاصة المواد 37 و 40 و 329 بعد تعديلها بموجب القانون 04-14، نجد أن مبدأ التوسع قد شمل الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية⁽²⁾ وكذلك قاضي التحقيق⁽³⁾ وجهات الحكم عن طريق إنشاء الأقطاب القضائية.

هذه الأقطاب القضائية المتخصصة عكست رغبة المشرع في وضع أسلوب جديد وملائم ومتكيف للتعامل مع خطورة وتعقيد جرائم الصفقات العمومية فأدخل تحويرات على قواعد الإختصاص النوعي والمحلي عندما يتعلق الأمر بالمتابعة الجزائية لهذه الجرائم تمثلت في إستحداث أقطاب قضائية متخصصة يكون لها دون سواها الفصل في هذه القضايا بأحكام نهائية⁽⁴⁾ بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-349 مؤرخ في 5 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق⁽⁵⁾ وجاء توزيعها عبر التراب الوطني ضمن أربعة أقطاب قضائية متخصصة كالآتي:

¹ المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المشار إليه سابقاً.

² المادة 37 ق ج حيث يطبق الإختصاص الموسع كلما تعلق الأمر بالتحقيق والتحري بشأن جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب وتلك المتعلقة بالصرف والتهرب والفساد طبقاً لما نصت عليه المادة 24 مكرر 1 من الأمر رقم 10-05.

³ المادة 40 من القانون 04-14.

⁴ ثياب نادية، المرجع السابق، ص 369.

⁵ الجريدة الرسمية عدد (63) بتاريخ 8 أكتوبر 2006

1- قطب محكمة سيدي محمد ويشمل تمديد الإختصاص للمحكمة ولوكيل الجمهورية وقاضي التحقيق لديها، لكل من الجزائر، الشلف، الأغواط، البليدة، تيزي وزو، الجلفة، المدية، المسيلة، بومرداس، تيبازة، عين الدفلى.

2- قطب محكمة ورقلة: ويشمل كل من ورقلة، أدرار، تمنراست، إيليزي، تندوف، غرداية.

3- قطب محكمة وهران ويمتد إختصاصها المحلي ليشمل جغرافياً كل من وهران، بشار، تلمسان، سيدي بلعباس، مستغانم، معسكر، البيض، تيسمسيلت، النعامة، عين تموشنت وغيليزان.

4- قطب محكمة قسنطينة، ويشمل كل من محاكم قسنطينة، أم البواقي، باتنة، بجاية، بسكرة، سطيف، سكيكدة، عنابة، قالمة، برج بوعرييج، الطارف، الوادي، خنشلة، سوق أهراس وميلة.

وفي إطار تجسيد هذه الولاية الجغرافية للمحاكم ذات الإختصاص الموسع، أوجبت المادة 4 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية ضابط الشرطة القضائية بإخبار وكيل الجمهورية لدى محكمة مكان وقوع الجريمة وإبلاغه بأصل ونسختين من إجراءات التحقيق على أن يقوم هذا الأخير بإرسال نسخة إلى النائب العام لدى المجلس القضائي المختص التابعة له المحكمة المختصة، فإذا إعتبر أن الجريمة تدخل ضمن إختصاص المحكمة ذات الإختصاص الموسع يطالب بالإجراءات فوراً. ويتلقى ضباط الشرطة بدائرة إختصاص هذه المحكمة الأوامر مباشرة من وكيل الجمهورية لدى هذه الجهة المختصة وتسير إجراءات الدعوى العمومية وفق الإجراءات المطبقة لدى المحكمة ذات الإختصاص الموسع⁽¹⁾.

وفي حالة فتح تحقيق في المحكمة الأصلية يستطيع النائب العام أن يطالب بالإجراءات ويصدر قاضي التحقيق للمحكمة الأصلية أمراً بالتخلي لفائدة قاضي التحقيق للمحكمة ذات الإختصاص الموسع الذي يصدر أوامره مباشرة للشرطة القضائية العاملين بدائرة إختصاص تلك المحكمة⁽²⁾.

أما من حيث سير المحاكمة فتخضع للمبادئ المقررة في القواعد العامة سواء ما تعلق بعلمية الجلسات أو شفافية الإجراءات⁽³⁾ وحضور الخصوم كأهم ضمانات وتكتملة ضرورية لشفافية المرافعات وهم النيابة العامة، والمتهم والمدعي المدني. بالإضافة لقاعدة التدوين وهي مهمة تناط لكاتب الضبط لتدوين الإجراءات والأحكام ويدخل في تشكيلة الجلسة ولا تتحقق إلا بحضوره.

كما تشمل هذه القواعد سير الجلسات من حيث إدارة المرافعات وإجراءاتها الشكلية⁽⁴⁾. وكذلك عرض ومناقشة الطلبات والدفع والأدلة.

¹ ثياب نادية، المرجع السابق، ص 368.

² ريب محمد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء آخر تعديل بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر

2006، دار هومة، الجزائر، 2008، ص، 4.

³ المادة 341 من المرسوم التشريعي رقم 93-06 مؤرخ في 19 أبريل 1993 حيث نصت على " يجب أن تصدر أحكام المحكمة من القاضي الذي يرأس جميع جلسات الدعوى والآ كانت باطلة".

⁴ المادة 257 من الأمر 75-46 المؤرخ في 17 يونيو 1975 والمادة 314 و380 من ق إ ج

ومن حيث الإثبات في جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية فقد إعتد المشرع قرينة قانونية وردت في نص المادة 37 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بنصها على أنه " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف عمومي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة في ذمته المالية مقارنة بمدخله المشروعة وهذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها وعبء الإثبات يقع على النيابة العامة بأن الزيادة في الذمة المالية ناشئة عن إثراء غير مشروع إستناداً للمبدأ الدستوري المتعلق بقرينة البراءة الأصلية⁽¹⁾.

ومن ثم إيعاد الإعتماد على عنصر الشبهة كدليل لإثبات جرائم الصفقات العمومية، الذي لطالما شكل عدة إشكالات في مسألة الإثبات في هذه الجرائم وفاقم معضلة اللأمن القانوني لدى المسؤولين العموميين المشرفين على قطاع الشراء العمومي ليصل في النهاية هذا المسار الإجرائي إلى خواتمه بإصدار الجهة القضائية المختصة لحكمها في القضية إما بإدانة المتهم وإما تبرئته.

نخلص إلى القول أن قواعد الإجراءات في متابعة جرائم الصفقات العمومية جاءت متميزة إنجماً مع تميز القواعد الموضوعية لهذه الفئة من الجرائم وهو ما أضفى خصوصية على طبيعة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.

ولعل أهم ما روعي في هذه القواعد الإجرائية هو إستحداث أساليب للبحث والتحري جديدة في الكشف عن جرائم الصفقات تتماشى مع طبيعتها المعقدة والتقنية والمركبة وما تتطلبه من كفاءات وتقنيات غير مألوفة في الجرائم التقليدية الأخرى. وكذلك من صلاحيات إضافية وموسعة للشرطة القضائية ترجمتها مجموعة الآليات المستحدثة كالتنصت وتسجيل الأصوات والرسائل والتقاط الصور وإستعمال أسلوب التسرب للكشف عن مرتكبي جرائم الصفقات العمومية.

وأهمية هذه الوسائل لم تحول دون تأطيرها قانونياً خاصة من حيث إخضاعها لضوابط وقيود قانونية حماية لمشروعيتها طبقاً لمبدأ شرعية الإجراءات الجزائية من جهة وحماية لخصوصية الحياة الشخصية كأحد الحقوق العامة للأشخاص من جهة ثانية وكلها مبادئ كرستها قواعد دستورية⁽²⁾.

وبالإضافة إلى وسائل التحري المذكورة إقتضت خطورة وطبيعة هذه الجرائم كونها ترتكب في شكل منظم في إطار شبكة محكمة ومتضامنة قد تمتد خيوطها لتشمل مدى جغرافي واسع، أن يخصها المشرع بجهات قضائية خاصة ومتخصصة ضمن النظام القضائي توكل لها مهمة النظر في هذه القضايا بطريقة أشمل وأعم، وهو الهدف من إنشاء أقطاب قضائية متخصصة بولاية جغرافية وطنية تتمتع من أجل ذلك بصلاحيات الإختصاص الموسع.

¹ المادة 343 و 351 من القانون رقم 04-14 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

والمادة 345 من الأمر 69-73 مؤرخ في 16 ديسمبر 1969.

² المواد 45-47 من دستور 1996 المشار إليه سابقاً.

خلاصة الباب الثاني

واضح من خلال القواعد الموضوعية والإجرائية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية أن مواجهة الجرائم الواقعة على قطاع الشراء العمومي تستدعي مقارنة شمولية جديدة ومتطورة ومبدعة في إطار السياسة الجنائية والعقابية المعتمدة من قبل الدولة.

تأخذ في الحسبان خصوصية هذه الجرائم وتميزها إن على مستوى طبيعة الفاعل حيث تتطلب توفر صفة خاصة فيه بأن يكون موظفاً عمومياً وهو مفهوم يتسع مدلوله بالنسبة للقاضي الجزائي ليتجاوز ذلك المعتمد عند القاضي الإداري. أو على مستوى طبيعة التجريم حيث حدد المشرع جرائم خاصة بمجال الصفقات العمومية ولعل أهمها جريمة منح إمتيازات غير مبررة أو المحاباة، وهي الجريمة المفضلة في مجال الصفقات العمومية من حيث أنها جاءت لردع كل السلوكات المنحرفة المخلة بالمبادئ الأساسية للشراء العمومي وهي حرية الدخول والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات وتكريس مبادئ الحياد والإستقامة والأمانة لدى المكلفين بتسيير هذا القطاع. وبهذا سدت النقص والقصور الذي إعتري جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في تصديها لكافة الإنحرافات المرتبطة بإنجاز هذه العقود تحضيراً وابطاماً من حيث أنها ركزت على حماية نزاهة الوظيفة العمومية ومنع الإتجار بالوظيفة العمومية.

وقد جاءت العقوبة الجزائية في كلا الجريمتين مكرسة لهذا التوجه فلم يمنع تجنيح الجريمتين حسب المواد 26 و 27 من القانون رقم 06-01 من أن يقرر لهما عقوبات مشددة تتلائم وخطورتهما وضررهما الكبير على المجتمع ومصداقية مؤسساته، كما دعت بعقوبات تكميلية مناسبة لإحداث أكبر قدر من الردع الخاص والعام للحد أو الوقاية من هذه الجرائم.

كما وجدت هذه المقاربة ترجمة لها كذلك على صعيد القواعد الإجرائية بمناسبة المتابعة الجزائية لهذه الجرائم من خلال تبني أساليب خاصة للكشف والتحري كاللتصت وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب وتوسيع الإختصاص المحلي للهيئات القضائية المتدخلة في مسار الدعوى العمومية كالشرطة القضائية وقاضي التحقيق والنيابة العامة إلى غاية جهات الحكم حيث تطلبت طبيعة هذه الجرائم إنشاء أقطاب قضائية متخصصة.

حاولت هذه الدراسة الوقوف على أهم معالم المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية في إطار السياسة الجنائية لمواجهة ظاهرة الفساد بشكل عام، علماً أن قطاع الصفقات العمومية لم يكن إلى وقت غير بعيد جزءاً من المجال الحيوي لتدخل المسؤولية الجزائرية. لأن الفضاء الطبيعي لهذه العقود كان دائماً هو القانون العام من خلال خضوعها لأحكام أحد أهم فروعها وهو القانون الإداري وما يحمله من فلسفة خاصة لا نجد لها مثيل في القانون الخاص ولا في العلاقات الخاصة، تحكمها اعتبارات السلطة العمومية ومقتضيات الصلاحيات الواسعة وهي من أهم مميزات القانون الإداري.

فخصوصية القانون العام كان لها تأثير واضح في تحديد طبيعة ومعالم المسؤولية الجزائرية في مجال الشراء العمومي الذي ينجز من خلال عقود الصفقات العمومية باعتبارها من أبرز العقود الإدارية التي تيرمها الإدارة العمومية في إطار إضطلاعها بمهمتها المرتبطة بالوظيفة العمومية تلبية لحاجات الخدمة العمومية والمصلحة العامة ضمن منظور نظام ديمقراطي وإجتماعي.

وإزدادت أهمية هذه العقود في إطار الوظيفة العمومية مع تطور دور الدولة وتدخلها المتزايد لتحقيق رغبات السكان المتنامية وسعيها للتنمية وإزدهار المجتمع في مختلف الميادين فأصبحت الأداة القانونية الأساسية بيد الإدارة لتجسيد برامجها لسياسة التنمية، وكذلك القناة الرئيسية التي يصرف من خلالها المال العام لتحقيق تلك الغاية. هذه الأهمية المزدوجة إنعكست على نظام الحماية القانونية لهذه العقود حيث وضعت أغلب التشريعات الحديثة منظومة قانونية وتنظيمية متنوعة ومتعددة من أجل توفير بيئة صحية ومؤمنة لإنجاز هذه العقود وإنجاحها وضمان تحقيقها لأغراضها، فتدخلت بذلك مجموعة من القوانين ذات الصلة بشكل أو بضمون هذه العقود في تشكيل هذه المنظومة التقنية والمعقدة، فنجد إلى جانب تنظيم الصفقات، قانون المالية بإعتبار أن تنفيذ هذه العقود يتم في شكل نفقات عمومية تخضع لقواعد وصرامة المحاسبة العمومية، وكذلك قانون الوظيف العمومي وقانون المنافسة وغيرها.

غير أن الملاحظ أن هذه الترسنة القانونية والتنظيمية ومع تضخمها وتطورها ودقتها وتقنياتها لم تفلح في توفير الحماية والأمان القانوني الضروري لهذه العقود المهمة والخطيرة في نفس الوقت، فتعرضت لشتى أنواع الإعتداءات والتلاعب وتزايدت الأطماع الذي باتت تهددها، وأحاطت الشبهات بالمسؤولين المشرفين على قطاع الصفقات بسبب عدد الفضائح المتفجرة هنا وهناك، والتي لم تستثنى أي بلد ولو بدرجات متفاوتة، وكانت نتيجة ذلك إهتزاز الثقة في مؤسسات الدولة ومصادقيتها لدى المواطنين وزعزعت إستقرار وكيان المجتمع ككل.

وتكتسي معرفة هذه المؤشرات المذكورة أعلاه، أهميتها من كونها تمثل السياق العام الذي تندرج ضمنه دراسة المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية، وكذلك لأنها مصدر الخصوصية والتمييز في هذه المسؤولية، سواء تعلق الأمر بقواعدها الموضوعية أي من حيث التجريم والعقاب أو بقواعدها الإجرائية المتعلقة بمسار المتابعة الجزائرية وملاحقة مرتكبي هذه الجرائم.

فمن حيث حركة التجريم في مجال الصفقات العمومية، فقد إستمدت خصوصيتها من محاولة المشرع التوفيق بين عنصري معادلة صعبة وهما توسيع نطاق التجريم في قطاع الشراء العمومي ليشمل مختلف مراحل إنجاز عقود الصفقات العمومية تحضيراً وإبراماً وتنفيذاً، مستجيباً في ذلك لرغبة ومطالب الرأي العام وضغطه في إتجاه مكافحة الفساد وعدم التسامح مع الفاسدين وتكريس مبدأ عدم الإفلات من العقاب من جانب، ومراعاة مقتضيات الوظيفة العمومية وما تتطلبه من مرونة ومبادرة وسلطة يجب أن يتمتع بها الموظفون العموميون للإضطلاع بمهمة النشاط الوظيفي بشكل يضمن تحقيق الخدمة العمومية والمصلحة العامة وهي مرامي لا يتسنى بلوغها إلا من خلال توفير مناخ من الشعور الأمن القانوني يطمئن المسؤولين المشرفين على قطاع الشراء العمومي ويبعد عنهم هامش التعرض للملاحقة الجزائية لمجرد الشبهة، وهو الشعور الذي أسس لحركة مضادة تطالب بعدم التجريم في مجال الصفقات العمومية من جانب آخر. وبذلك تمثلت عناصر المعادلة التي شكلت أرضية لدراسة ظاهرة المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية وسياقها العام أولاً في ضرورة حركة التجريم وتداعياتها ومراعاة مقتضيات الأمن القانوني بعدم اللجوء إلى التجريم.

كما شكلت حركة التجريم دعامة قوية لنظام الحماية القانونية للصفقات العمومية وكذلك لمنظومة الرقابة في مجال المشروعية لهذه التصرفات القانونية سواء تلك التي تمارس عن طريق اللجان المختلفة والمختصة في الرقابة الداخلية والخارجية لهذه العقود أو تلك التي تقوم بها هيئات خارجية قبلية كانت أو بعدية، بالإضافة إلى رقابة الملائمة التي تجريها جهات الوصاية ضمن هرم التنظيم الإداري.

أما من حيث طبيعة وخصوصية جرائم الصفقات العمومية التي أضفت على هذه المسؤولية الجزائية نوع من التمييز قد لا نجده في غيرها من المجالات، فيمكن تحديدها في العناصر التالية:

- البعد الدولي للنص التجريمي في جرائم الصفقات العمومية ويظهر ذلك من إستلهاهم المشرع الجزائري لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تمت المصادقة عليها عند وضعه للقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. مما يدل على أن مواجهة جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية باتت شأن دولي وعالمي تتعاون فيه جميع الدول بحكم أن هذه الجرائم لها طبيعة عابرة للحدود وتنفذ من طرف شبكات منظمة قد تعجز القوانين الوطنية في محاربتها.

- بالرغم من أن المشرع خص مجال الصفقات العمومية بجريمتين أساسيتين من خلال جريمة منح إمتيازات غير مبررة طبقاً للمادة 26 من قانون مكافحة الفساد وكذلك الرشوة في مجال الصفقات العمومية حسب المادة 27 من ذات القانون، ومع ذلك ينبغي النظر لهذه الجرائم ضمن منظومة أشمل وأكبر تضم مجموعة أخرى من الجرائم في فضاء للفساد، مما يجعلها تظهر في الغالب في صورة تعدد فعلي للجرائم.

فعادة ما تخفي جريمة المحاباة أو جريمة الرشوة في الصفقات العمومية أفعالاً مجرمة أخرى كاستغلال النفوذ أو أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو الإخفاء وغيرها، مما يوسع شبكة الأمان حول هذه العقود بحيث إذا أفلت الموظف الفاسد من إحداها يقع في الأخرى.

- يمثل التشدد النهج العام المعتمد من قبل المشرع في مجال التجريم في قطاع الشراء العمومي لأهمية هذه العقود وأثرها على حياة الناس وإرتباطها بالمال العام، ومن علامات هذا التشدد أنه خص الصفقات العمومية بجريمة متميزة وهي المحاباة بهدف معاقبة كل السلوكات المنحرفة المخلة بالقواعد الأساسية للشراء العمومي كحرية الدخول للطلب العموم والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، مما جعل المسؤولية الجزائية في هذا المجال تعنى بمتابعة السلوكات المهددة لنزاهة الوظيفة العمومية وحياد وإستقامة وأمانة الموظفين العموميين المشرفين عليها، بالاضافة إلى جريمة الرشوة الخاصة بالصفقات العمومية، وجعل كلاهما من حيث الركن المعنوي جرائم قصدية.

- كما يتجسد عنصر التشدد من خلال إعطاء سلطات وصلاحيات واسعة للقاضي الجزائي في أعمال سلطته التقديرية في تفسير وتقدير التصرفات القانونية خلافاً للمتعارف عليه في القواعد العامة للقانون العقابي. ولعل ما يبرر هذا التوجه طبيعة الصياغة المعتمدة للنموذج التجريمي لجريمة المحاباة الذي تميز بعدم التحديد الدقيق للأفعال المادية المجرمة والغموض في الألفاظ المستعملة، عندما ربط التجريم بمخالفة المبادئ الثلاثة للطلب العمومي المذكورة أعلاه، وكلها عناصر يتطلب معرفتها وتحديدها معرفة معمقة وكفاءة وتحكم في قطاع معقد وتقني واسع كالصفقات العمومية، ناهيك عن ضرورة الإلمام بكامل المنظومة القانونية المتنوعة والمتضخمة المؤطرة لها، وهو ما يعكس صعوبة المهمة بالنسبة للقاضي الجزائي غير المتخصص من جهة، ويزيد في مخاوف الموظفين المسؤولين عن هذا القطاع من أن يطال العقاب الجزائي حتى الأخطاء الإدارية التي يمكن أن تكيف من طرف القاضي الجزائي، تحت مظلة التشدد، بأنها أخطاء جنائية موجبة للعقوبة الجزائية.

- والتشدد ذاته هو ما يبرر تبني مفهوم جنائي خاص للموظف العمومي غير المدلول المتعارف عليه تقليدياً في القانون الإداري، على إعتبار أن جرائم الصفقات العمومية هي من جرائم ذور الصفة بحيث تشترط أن يكون الفاعل موظفاً عمومياً. وقد حرص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على التوسع في تعريف الموظف العمومي عندما حددت المادة الثانية فقرة "ب" منه فئات الأشخاص المنضوية تحت هذا المفهوم من منظور هذا القانون. كما شملت الفقرة "ج" و"د" على التوالي تحديد مفهوم الموظف العمومي الأجنبي وموظف المنظمة الدولية وبذلك لم تستثنى قواعد المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية أي من الأشخاص المتدخلين من قريب أو من بعيد في تحضير هذه العقود أو إبرامها أو تنفيذها سواء من الناحية الإجرائية الإدارية أو من الناحية المالية. ويستوي في ذلك إذا ما كانوا أعوان موظفين معينين في المصالح المختلفة للإدارة وعلى كل المستويات، أو كانوا أعوان منتخبين لعهد نيابية محددة، أو حتى من في حكمهم وتكون لهم صلة بإنجاز هذه العقود.

- ولم تقتصر ميزة التشدد على عنصر التجريم في القواعد الموضوعية لهذه المسؤولية بل شملت كذلك جانب العقاب والردع فيها، أين يلاحظ أن المشرع مع إحتفاظه بالطابع الجنحي لهذه الجرائم إلا أنه عمد إلى تشديد العقوبة فحددها في جنحة منح الإمتيازات غير المبررة طبقاً للمادة 26 من القانون 06-01 بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات والغرامة ما بين 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وتشدد العقوبة طبقاً للمادة 48 من نفس القانون لتصل إلى الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة عندما ترتكب جريمة المحاباة من طرف موظفاً عمومياً يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطاً عمومياً أو عضواً في هيئة أو ضابطاً أو عوناً في الشرطة القضائية أو ممن يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية أو موظف أمانة ضبط. أما بالنسبة لجنحة الرشوة فقد أفرد لها جريمة خاصة في مجال الصفقات العمومية ضمن جرائم الفساد، تختلف عن الرشوة العامة للموظفين العموميين من حيث حجم العقوبة طبقاً لما جاء في المادة 27 من نفس القانون.

أما فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية للمسؤولية الجزائية في مجال متابعة جرائم الصفقات العمومية فجاءت متناغمة مع خصوصية وطبيعة قواعدها الموضوعية على الرغم من إخضاعها في عمومها إلى القواعد العامة في الإجراءات الجزائية إلا أنه خصها ببعض التدابير بحكم طابعها التقني والمعقد ونظامها القانوني المتداخل، وأيضاً بسبب إرتكابها في شكل منظم ضمن شبكات إجرامية قد تمتد أدرعها عبر الحدود الوطنية. ولعل أهمها يتمثل في توسيع صلاحيات الشرطة القضائية في مجال البحث والتحري في جرائم الصفقات العمومية كما في جرائم الفساد عموماً، وتمكينها من أساليب قانونية متطورة وملائمة للكشف عن هذا النوع من الجرائم الخطيرة، كإجراء التتصت على المكالمات الهاتفية وتسجيل الأصوات والتقاط الصور وإجراء التسرب، وإنشاء هيئات متخصصة في القمع والكشف كالديوان الوطني لقمع جرائم الفساد لتدعيم الجهات القضائية المختصة. وأما بخصوص جهات الحكم فتم إستحداث جهات قضائية في شكل أقطاب متخصصة شملت كل التراب الوطني للتصدي للقضايا الكبرى للفساد، بسبب ما تملكه من إمكانيات وطاقات بشرية كبيرة مؤهلة ومتخصصة في مثل هذه الإنحرافات قد لا تتوفر لدى المحاكم العادية.

تلكم هي الملامح الرئيسية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية التي عكست معالم السياق العام للفضاء الخاص الذي تطبق فيه حيث برزت تجلياته ضمن قواعدها الموضوعية والإجرائية. ومن خلالها يتسنى لنا في ختام هذه الدراسة عرض بعض النتائج نوجزها في النقاط التالية:

- وجود قانون يطبق مباشرة على الصفقات العمومية يتطلب مجهوداً وقائياً من جانب المشتري العمومي والسلطات المتدخلة في مراقبة هذه العقود على حد سواء. والتنسيق بين هاتين السلطتين يسمح لا محال بتبني سياسة للتجريم معقولة ومدروسة، وبالتالي يبقى اللجوء إلى قواعد المسؤولية الجزائية في هذا الفضاء إستثناءً لأنه يبقى المجال الطبيعي للمسؤولية الإدارية.

- قانون الصفقات العمومية يؤدي إلى تدخل مجموعة من الممارسين وفي أوقات مختلفة في مسار إبرام أو تنفيذ الصفقة العمومية ويستتبع ذلك أنه يطبق من طرف أكثر من قاضي، وبالتالي

تكون مهمة تخليق قطاع الطلب العمومي متعددة الأطراف فالقاضي الجزائري لا يتدخل إلا لمعاقبة الخروقات الخطيرة المهددة للبيئة الصحية لتنفيذ هذه العقود ومن ثم لا يمكن اعتبار التجريم العنصر الوحيد لتحقيق تلك الغاية.

• التكيف مع ظاهرة التجريم من شأنه إرساء قواعد الشفافية في قطاع الصفقات العمومية ووضع إستراتيجية للمسؤولية في الشراء العمومي، مما يساهم في تكريس ثقافة الأمن القانوني من أجل خفض نسبة الخطر الجنائي ودعم التنمية من خلال تقوية ودعم الوظيفة العمومية.

• تدخل القاضي الجنائي أعطى للمسؤولية الإدارية بعداً جديداً، لأن تجريم الصفقات العمومية حول العلاقة بين العون العمومي والمقاولة وأرسى قواعد للتعامل الحذر مع الأموال العامة، ودفعت بالمشتري العمومي لتسيير المال العام بحسب حاجة المجموعة الإقليمية، وهو ما يتطلب ليس فقط إحترام القواعد المحددة في قانون الصفقات، وإنما كذلك الأخذ بعين الاعتبار مسألة التحليل الجيد للعروض المقدمة.

• مسلحة بعنصر العقاب تستمد قواعد هذه المسؤولية قوتها من إستراتيجية الردع التي تأخذ في الحسبان الصعوبات المرتبطة بمسار إنجاز الصفقات وكذلك بدويان المسؤولية بالنسبة للأشخاص وتعمل على معالجتها، كما تساهم وتدعم وضع هياكل مستحدثة تمكن الوظيفة العمومية من أن تكون أكثر شفافية وفعالية، ويرسي قواعد حوار داخلي يكرس العلاقة بين التجريم وعصرنة الإدارة.

• بالرغم من أهمية قواعد المسؤولية الجزائية وصرامتها في تخليق قطاع الصفقات العمومية إلا أن وتيرة الإعتداءات والخروقات في تصاعد مستمر ومن ثم يتعين النظر إليها ضمن مقاربة أشمل وأعم في إطار إستراتيجية متكاملة ومتنوعة لمواجهة ظاهرة الفساد المعقدة والخطيرة، حيث يتفاعل فيها عنصر المكافحة إلى جانب عنصر الوقاية الذي يجب أن يخضع إلى تطوير وتحديث بشكل مستمر عن طريق وضع تدابير قانونية وإجرائية وتقنية ومبدعة للحد أو التقليل من حجم تلك الإعتداءات. وفي هذا الصدد يمكن عرض بعض الإجراءات الوقائية:

1- دسترة مبادئ الشراء العمومي المتمثلة في حرية الدخول للطلب العمومي والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، نظراً للأهمية التي بات يشكلها المال العام والطلب العمومي في حياة المجتمعات كمصلحة وطنية.

2- إخضاع الموظفين والأعوان العموميين القائمين على قطاع الصفقات العمومية لأداء اليمين القانونية عند إستلام مهامهم، على غرار بعض الأنشطة الوظيفية الأخرى، فمثلاً إذا كان الأعوان المكلفون بالإشراف على الإنتخابات ملزمون بأداء اليمين لعملية تنجز في يوم واحد، فمن باب أولى أن يطبق نفس الإجراء على قطاع الصفقات، وهو لا يقل أهمية ويمثل نشاط دائم ومستمر في الوظيفة العامة. كما يمكن أن يشكل أداء اليمين ظرف مشدد للعقوبة في إطار حركة التجريم في الصفقات العمومية.

3- من أجل التخفيف من إشكالات المسؤولية الجزائية بالنسبة للأشخاص غير الخاضعين للقانون العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الإقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة، يستحسن إعتدال أسلوب العمليات المركزية opérations centralisées بحيث يكون التعامل مباشرة مع الوزارات المعنية، من خلال اللجان الوطنية أو المركزية، والإدارات المركزية لهذه الشركات حيث يكون بإمكانها وضع مصالح خاصة وهكذا عمليات.

4- الملاحظ أن حركة التجريم في مجال الصفقات العمومية لم تركز على مرحلة تنفيذ الصفقة بنفس القدر الذي حظيت به مرحلة الإبرام، بالرغم من أن حجم الإعتداءات في هذه المرحلة لا يمكن إغفاله. فمراقبة حسن تنفيذ وإصدار شهادة الخدمة المنجزة le service fait كأهم وثيقة محاسبية لصرف المال العام وغيرها عادة ما تكون محل سلوكات منحرفة ودفع رشاً، ولعل نوعية التجهيزات المنجزة والنقاىص والعيوب الظاهرة على المنتج تؤكد هذه الحقيقة، كما أن إنجاز الشبكات المختلفة من مياه، صرف صحي، غاز، هاتف.... إلخ يجب أن يخضع إنجازها لرقابة مضادة contrôle contradictoire كتلك التي تقوم بها مصالح المراقبة التقنية للبناء CTC بخصوص نوعية الخرسانة والحديد وغيرها.

وفي كل الأحوال يجب التركيز في حركة التجريم في الصفقات العمومية على مرحلة المراقبة أنها تبقى الحلقة المهمة والمحورية المفقودة، رغم أنها تعتبر مصدراً للكثير من السلوكات المجرمة التي يجب معاقبتها ولأن آثار المحاباة كثيراً ما تظهر إلا في مرحلة التنفيذ.

5- تدعيم تدخل القضاء الإداري في مجال نزاعات الصفقات العمومية، خاصة ما تعلق بالقضاء الإستعجالي لأهميته في النظر في الدعاوى المتعلقة بإبرام هذه العقود دون أن يعرقل تنفيذها.

6- تدعيم نظام الحماية للموظفين الأمناء عن طريق توضيح الحدود بين الخطأ الإداري الموجب للمسؤولية الإدارية وبين الخطأ الجنائي الموجب للعقوبة الجزائية. وفي هذا الشأن يشكل وضع قانون إداري عقابي أفضل الحلول لتدعيم مبدأ الأمن القانوني.

7- تحصيل الموظفين والأعوان المكلفين بالصفقات العمومية من خطورة الأوامر الرئاسية الشفوية عن طريق إشتراط أن تكون مكتوبة عندما تتعلق وتكون مؤثرة في تسيير أو منح أو تنفيذ الصفقة. وكذلك الأمر بالنسبة للتفويض بالإمضاء حيث يجب أن يحدد بدقة ووضوح الصلاحيات عندما تتعلق بتسيير الصفقات العمومية.

فتكون بذلك المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية قد جمعت بين عنصرها الوقائي والعقابي لأنها بمثابة وجهين لعملة واحدة وذراعيها في مواجهة آفة الفساد عموماً والجرائم الواقعة على عقود الصفقات العمومية خاصة.

تم بعون الله وتوفيقه،

قائمة المراجع:

أ- النصوص القانونية:

أ - الدستور:

- الدستور الجزائري لسنة 1996. الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 438 المؤرخ في 07/12/1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996
الجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 1996. المعدل بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10/04/2002، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 25 بتاريخ 14/04/2002 وكذا القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15/11/2008 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 63 بتاريخ 16/11/2008.

ب- الإتفاقيات الدولية والإقليمية:

- الجزائر، المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 05/02/2002 المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 15/11/2000 الجريدة الرسمية عدد 09 بتاريخ 10/02/2000.
- الجزائر، المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19/04/2004 يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك في 31/10/2003 الجريدة الرسمية عدد 26 بتاريخ 25/04/2004.
- الجزائر، المرسوم الرئاسي رقم 06/137 المؤرخ في 10/04/2006 ، يتضمن التصديق على اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته المعتمدة بمابوتو في 11 جويلية 2003، الجريدة الرسمية عدد 24 بتاريخ 16/04/2006.

ج- الأوامر و القوانين :

- 1- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جويلية 1996 الجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 11/06/1966 للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية يتضمن قانون العقوبات المعدل المتمم بالأمر رقم 69-74 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 والأمر رقم 73-48 المؤرخ في 25 جويلية 1973 و الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 و القانون رقم 78-03 المؤرخ في 11 فبراير 1978 و القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 و القانون رقم 88-26 المؤرخ في 12 جويلية 1988 و القانون رقم 89-05 المؤرخ في 25 أبريل 1989 و القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06 فبراير 1990 و القانون رقم 90-15 المؤرخ في 14 جويلية 1990 و الأمر رقم 95-11 المؤرخ في 25 فبراير 1995 و الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996 والأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06 مارس 1997 والقانون رقم 01-09 المؤرخ 26 جوان 2001 والقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 والأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 و القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 و القانون

- رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 و القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 و القانون رقم 11-14 المؤرخ في 02 أوت 2011.
- 2- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ح.ر عدد (48) بتاريخ 10 جوان 1966.
- 3- أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد (52) بتاريخ 27 يونيو 1967 - ملغى.
- 4- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.
- 5- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري (ج ر عدد 101 بتاريخ 19.09.1975) والمعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005.
- 6- القانون رقم 84-17 المؤرخ في 07/07/1984 يتعلق بقوانين المالية، الجريدة الرسمية العدد 28 لسنة 1984.
- 7- القانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد (02) بتاريخ 13 يناير 1988، ملغى بالأمر رقم 01 - 04 مؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد (47)، بتاريخ 2001 المعدل والمتمم.
- 8 - القانون رقم 88-05 المؤرخ في 12/01/1988، يعدل و يتم القانون 84-17 المتعلق بقوانين المالية. الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 1988.
- 9 - القانون 89-24 المؤرخ في 31/12/1989، يعدل و يتم القانون 84-17 المتعلق بقوانين المالية. الجريدة الرسمية العدد 01 لسنة 1990.
- 10- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، معدل ومتمم.
- 11- القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية. الجريدة الرسمية عدد 35 لسنة 1990.
- 12- الأمر 95-20 المؤرخ في 17/07/1995 يتعلق بمجلس المحاسبة. الجريدة الرسمية عدد 39 لسنة 1995.
- 13- القانون 98-12 المؤرخ في 31/12/1998 يعدل و يتم القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية. الجريدة الرسمية عدد (98) بتاريخ 31/12/1998.

- 14- القانون رقم 99-11 المؤرخ في 23/12/1999، يعدل و يتمم القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية. الجريدة الرسمية عدد (92) بتاريخ 1999/12/25.
- 15 - أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد(43) بتاريخ 20 جويلية 2003 معدل و متمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جويلية 2008 ج.ر عدد(36) بتاريخ 02 جويلية 2008 معدل و متمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 ج.ر عدد(46) بتاريخ 18 أوت 2010.
- 16- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 08/03/2006.
- 17- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 يتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2006.
- 18- القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية ج.ر عدد (84) بتاريخ 24 ديسمبر 2006.
- 19- الأمر رقم 07-01 المؤرخ في 01-03-2007 يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج ر عدد 16 بتاريخ 07-03-2007.
- 20- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 22 أبريل 2008.
- 21- الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26/08/2010 يتم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية عدد 50 بتاريخ 01/09/2010.
- 22- الأمر 10-02 المؤرخ في 26/08/2010 يحدد القواعد الخاصة الطبقة على بعض أحكام القضاء يعدل ويتمم الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد(2) بتاريخ 9 يناير 1991 .
- 23- القانون رقم 10-11 المؤرخ في 27/10/2010. يعدل ويتمم القانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 66 بتاريخ 03/11/2010.
- 24- القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02/08/2011 يعدل و يتمم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 10/08/2011.
- 22- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22/06/2010 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 2011.
- 23- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21/12/2012 المتعلق بالولاية. الجريدة الرسمية عدد 12 لسنة 2012.

د- المراسيم:

- 1- المرسوم التنفيذي 65-259 المحدد للالتزامات المحاسبيين و مسؤولياتهم. الجريدة الرسمية عدد 88 لسنة 1965.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 80-53 المؤرخ في 01/03/1980 يتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية. الجريدة الرسمية عدد 10 لسنة 1980.
- 3- المرسوم رقم 84-116 مؤرخ في 12 ماي 1984 يتضمن إنشاء نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي (ج ر عدد 20 بتاريخ 15 ماي 1984).
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14/11/1994 يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية عدد 82 لسنة 1992.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28/11/1993 يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية للبناء و الأشغال العمومية والري، إمتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين. المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 05-114 المؤرخ في 07/04/2005 ج.ر عدد (79) بتاريخ 01/12/1993.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 97-268 المؤرخ في 21/07/1997 يحدد الإجراءات المتعلقة بالالتزام بالنفقات العمومية و تنفيذها وبضبط صلاحيات الأمرين بالصراف ومسؤولياتهم. الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1998.
- 7- المرسوم الرئاسي رقم 98-227 المؤرخ في 13/07/1998 يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز. الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 1998.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 98-227 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1998 يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز (ج ر عدد 51 بتاريخ سنة 1998).
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 08-272 المؤرخ في 06/09/2008 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للميزانية، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2008.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ في 16//2009 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 14/11/1992 المتعلق بمراقبة النفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية عدد 67 لسنة 2009.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 09-148 المؤرخ في 02/05/2009 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 98-227 المؤرخ في 13/07/1998 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز الجريدة الرسمية عدد 26 لسنة 2009.
- 12- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010.

- 13-** المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 2011/03/01 يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2011.
- 14-** المرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 2011/06/16 يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 2011.
- 15-** مرسوم تنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16 مارس سنة 2011 ، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية.
- 16-** المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 2012/01/18 يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2012.
- 17-** المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 2013/01/13 يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2012.

هـ - القرارات و المناشير:

- تعليمة رئيس الجمهورية رقم 03 صدرت بتاريخ 2009/12/13 تتعلق بتفعيل مكافحة الفساد.
- المنشور رقم 01 المؤرخ في 2010/03/08، المتضمن تنفيذ التعليمة الرئاسية رقم 03 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد، الصادر عن وزارة المالية ،المديرية العامة للمحاسبة.(ص 19).
- قرار صادر عن وزير البناء و الأشغال العمومية و النقل بتاريخ 1964/11/21، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 1965.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 يحدد نموذج التصريح بالنزاهة. المنشور في الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 2011.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 2011/03/28 يحدد نموذج رسالة التعهد المنشور في الجريدة الرسمية عدد 24 لسنة 2011.

و- القرارات و الأحكام القضائية:

1- باللغة العربية:

- قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الأول، رقم 450220، مؤرخ في 31 ديسمبر 2008 دعوى مقامة من طرف النيابة العامة ضد (ب ف) ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، سنة 2008، ص 409.
- قرار المحكمة العليا رقم 7745 بتاريخ 2010-10-27. ص 266.
- قرار المحكمة العليا في الملف رقم 468744 بتاريخ 2008/06/04. (غير منشور).
- قرار مجلس الدولة بخصوص الملف رقم 3478 بتاريخ 2007/05/06. (غير منشور).

- الحكم رقم 09/02814 بتاريخ 2009/10/13 صادر عن محكمة الجناح بشار (غير منشور)
- الحكم رقم 11/03220 بتاريخ 2011/12/27 صادر عن محكمة بشار. (غير منشور).
- الحكم رقم 11/84100 بتاريخ 2011/11/05 صادر عن محكمة بشار. (غير منشور).

2- باللغة الأجنبية:

- Avis du conseil d'Etat, 22 janv. 1998 (section des finances) la quinzaine juridique, 30 nov. 1998, p.16.17.(voir p.180).
- Avis du Conseil d'Etat français, préfet des bouches- du -Rhône, du 27 juin 1996. reproduit dans la circulaire du 19 mars 1998. Bomin,équip 15 avril 1998.(voir p.274).
- C.A Lyon, 3 juin 1998, SARL pithioud, Juris .Data n° 041510 : Dr. pénal sept 1998 p.16-17 Cité dans perbissy-schnal, opcit, p.238.(voir p.196).
- Cass.crim, 13.07.1966. juris classeur n°= 83. p 188à 190.(voir p.156).
- Cass. Crim, 11 mai 1967.J.C.P 1968.11.15359, Revu .S.crim.1968.p.329. (voir p.262).
- Cass.crim, 29 mai 1886.D.p.87.1.238.juris classeur art 177 m.p 39 à43.(voir p.155).
- Cass.Crim,30 janv 1990, B.69.8.1911.1.597.D.1910.1.505.(voir p.255).
- Cass.Crim, 29 sept.1993 bull.crim n°= 271. (voir p.263).
- Cass.Crim; 25 sept 1995 Garolleur, req n° x94-83771.Bull.crim Dr.adm, 1996 (voir p.275).
- Cass. Crim, 19 mars 1996, jurisprudence sociale N°= 96.896.p.255 (voir p.277).
- Cass.CIV 1^{ère},17 décembre 1996, Ste locuniers. Dr.adm. avril 1997 n°= 122 note L.RICHER; RD.imm,1997 p 432.(voir p.273).
- Cass. Crim, 4 novembre 1997, bulletin crim n°= 372.(voir p.234).
- Cass. Crim, 12 mai 1998, Dr. Pénal, 1998 comm.152. (voir p.263).
- Cass. Grim, 1^{er} déc. 1998, société MAZZOOTTI, CJBG, avril, 1999, p.153-156.(voir p.196).
- C.E 22 avril 1983, auffret et Dumoulin, Revue marchés publics n° 195.1983. p 61.(voir p.275).
- MIEM a/8/94 CA paris, 23 mars 2000, Juris-Data n°=2000-117773 .(voir p.181).

II- المراجع باللغة العربية:

أ- المراجع العامة:

- 1- ابن عبد الله حمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، الجزء الرابع.
- 2- إدوار غالي الذهبي، دراسات في قانون العقوبات المقارن، دار النشر، مكتبة الغريب، عام 1992
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منقحة ومتممة في ضوء قانون 20 فبراير 2006 المتعلق بالفساد 2006.
- 4- أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومة، 2004.
- 5- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1998.
- 6- السيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار الطباعة للنشر، جدة، 1986.
- 7- الإمام أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، مكتبة الانجلومصرية، بدون تاريخ.
- 8- الإمام النووي، رياض الصالحين من كلام المرسلين، المكتبة الجارية، القاهرة.
- 9- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، ظاهرة الحد من العقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1996.
- 10- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- 11- حسنين عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدابير الاحترازية، الطبعة الخامسة، دار النهضة، 1982.
- 12- خليف عبد الوافي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، بعنوان جرائم الصفقات العمومية في ظل القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جامعة بشار كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012-2013
- 13- رضا فرجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، sned، الجزائر، 1976.
- 14- رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- 15- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، الفكر العربي، القاهرة 1979.
- 16- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2006.

- 17- شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، طبعة أولى، سنة 2001.
- 18- عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد بين النظرية والتطبيق، دار الكتاب الجديد، القاهرة 1994.
- 19 - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات والجرائم، القسم العام (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2009.
- 20- عبود السراج، شرح قانون العقوبات القسم العام منشورات، جامعة دمشق، 2006-2007.
- 21- عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.
- 22- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة.
- 23- علي عبد القادر مصطفى، الوظيفة العامة في النظام الإسلامي وفي النظم المعاصرة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 1983.
- 24- علي أحمد مدحت، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1978
- 25- عوض محمد عوض، قانون العقوبات العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية سنة 1996.
- 26- كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة 2009.
- 27- مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة، القاهرة 1981-1982.
- 28- محمد السعيد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- 29- محمد طاهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 2003.
- 30- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 31- محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة.
- 32- محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء السياسة الجنائية المعاصرة، طبعة أولى، بدون دار النشر لسنة 2007.
- 33- محمد كمال إمام، المسؤولية الجنائية: أساسها وتطورها، دراسة مقارنة بين القانون الوظيفي والشريعة الإسلامية، دار البحوث العلمية، الكويت، طبعة 1983.
- 34- محمد نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية سنة 1978.
- 35- محمد هشام محمد رياض، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2000.

- 36- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، 1975.
- 37- محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 38- محي الدين القسي، مبادئ القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1996.
- 39- ناصر خلف بخيث، الحماية الجنائية للمال العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008/2009.
- 40- ناصر عبد الناصر المسلم، إدارة الموارد البشرية في ظل نظام العولمة، دون تاريخ، الرياض، 2005.

ب- المراجع المتخصصة:

- 1- أحمد طه محمد خلف الله، العام في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991.
- 2- أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري (ظاهرة الحد من العقاب)، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 1996.
- 3- حمد زيدان نايف محمد العتري، الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1995.
- 4- حمد علي أحمد قطب، حماية المال العام، وفقاً لأحكام القانون المدني والإداري والجنائي والتشريع الإسلامي وآراء الفقه وأحكام القضاء وأثر الخصخصة في ذلك، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، مصر الجديدة، القاهرة 2006.
- 5- حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاً، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1958.
- 6- سهير عبد المنعم إسماعيل، الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1996.
- 7- عبيد الشافعي، قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- 8- كمال الدسوقي، سيكولوجيا الإدارة العامة وأخلاقيات الخدمة المدنية، مطبعة الإشعاع العلمية، الإسكندرية، 2000.
- 9- عجة الجيلالي، المؤسسات العمومية الإقتصادية من إشتراكية التسيير إلى الخصخصة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006.
- 10- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، جسور للنشر والتوزيع، 2011.
- 11- قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- 12- سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، في مدى موامة التشريعات العربية لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة، دراسة منشورة على الإنترنت، موقع الأمم المتحدة <http://www.undp.org./arabic>

- 13- كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2012-2013.
- 14- مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2007. - ثياب نادية، آليات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، سنة 2013.
- 15- محمد أمين البشري، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، 2007.
- 16- محمد عبد المجيد المغربي، المدخل إلى القانون الإداري الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، سنة 1994.
- 17- محمد سعد فودة، النظرية العامة للعقوبات الإدارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 18- محمد هشام رياض، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 2000.
- 19- ناصر خلق بخيث، الحماية الجنائية للمال العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008-2009.

ج- المقالات والمدخلات:

- 1- بن عمار مغني، بوراس عبد القادر " التنصت على المكالمات الهاتفية وإعتراض المراسلات كآلية الوقاية من جرائم الفساد"، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، قاصدي مرياح، ورقة يومي 2، 3 ديسمبر 2008 ص 14.
- 2- بن مرزوق عنتر، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني (تحديات الإدارة المحلية في الجزائر) بعنوان " الحكم الراشد وإصلاح الإدارة الجزائرية بين المتطلبات والمعوقات" الجلفة 27-28 أبريل 2009.
- 3- شيخ عبد الصديق، مداخلة بعنوان: رقابة الأجهزة والهيئات المالية على الصفقات والمراقبة المالية على الأموال العامة جامعة المدينة. ملتقى حول الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، جامعة المدينة، بتاريخ 20ماي 2013.
- 4- جميلة حميدة، مداخلة بعنوان "مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، ملتقى حول الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، جامعة المدينة، بتاريخ 20ماي 2013.
- 5- عباس زواوي - سلمى مانع، الرقابة الإدارية للصفقات العمومية كصورة لمكافحة الفساد الإداري، ملتقى وطني حول الفساد وآليات معالجته، بتاريخ أبريل 2012 جامعة بسكرة 216.

- 6- عمار بوضياف، الوصاية على المجالس البلدية في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب) المحلية الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، بجاية ص 11، 15.
- 7- علي مانع، مقال بعنوان تطور مفهوم الجريمة الاقتصادية والقانون الذي يحكمها (دراسة وصفية وتحليلية) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية. رقم 03 /1993. ص 615.
- 8- مداخلة عباس زاوي، سلمى مانع، الرقابة الإدارية للصفقات العمومية كصورة لمكافحة الفساد الإداري، ملتقى وطني حول الفساد وآليات مصالحته، بتاريخ أبريل 2012، بسكرة 216.
- 9- مداخلة الدكتور شنة زاوي، بعنوان الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية جامعة جيلالي اليابس، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته المنعقد بجامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس يومي 24 و 25 أبريل 2013.
- 10- مداخلة الاستاذ الدكتور محمد بودالي، إفتتاحية للملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته بعنوان، نظم الرقابة البرلمانية والمالية والإدارية على الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس بتاريخ 24-25 أبريل 2013
- 11- محمد بن مشيرخ، مداخلة بعنوان "خصوصية التجريم والتحريم في الصفقات العمومية، ملتقى حول الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، جامعة المدية، بتاريخ ملتقى حول الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، جامعة المدية، بتاريخ 20 ماي 2013.
- 12- محمود بلحيمر، مقال بعنوان دور وسائل الإعلام في مكافحة الفساد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان رقم 05/2007 ص 99.
- 13- ورد في مداخلة الدكتور شنة زاوي، في أشغال الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية المنعقد بجامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس بتاريخ 24-25 أوت 2013.
- 14- يوسف خليفة يوسف، " الفساد الإداري والمالي، الأسباب والنتائج وطرق العلاج"، مجلة العلوم الإجتماعية، المجلد الثالث، العدد الثاني، مجلس النشر العلمي، الكويت 2002، ص 273-284.

د- معاجم اللغات:

- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، 2003.
- لسان العرب لأبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، تحقيق عبد الله علي الكبير ومجموعته، دار المعارف، دون تاريخ، دون دار طبع، المجلد الثاني، ص 166.
- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكرياء، دار الطباعة للنشر والتوزيع ص 27 (28 مقاييس 5).
- Cornu Gérard, vocabulaire juridique, puf, 6^{eme} éd. paris 1996.p.435.
- Petit Larousse ,année 1991,Paris cedex 06.

- 1- Abdelmadjid Zalani. Eric mathias, la responsabilité pénale, ed BERTI, 2009.p.235.
- 2- A.Pezar, " Notion de la responsabilité individuelle et la responsabilité collective, petites affiches 11 décembre 1996.p.14.
- 3- Boussmah.M, l'entreprise socialiste en Algérie, opu.1982.
- 4- Brahim Boulifa, marchés publics, manuel méthodologique, volume 1, BERTI.2013.
- 5- Catherine prebissy-schnall, la pénalisation des marchés publics, L.G.J.D, E.J.A, paris 2002.
- 6- Catherine Ribot, la passation de marchés publics; le moniteur 2007.
- 7- Circulaire n°= 95-94 du 14.12.1995 Garde des sceaux France, sur la prise in compte d'actions en matières d'insertion est emploi dans les marchés publics, éd, le travaux Mon-TP, 22 déc. 1995.p.202.
- 8- Debbasch Charles, Frédéric Colin, Droit administratif, 8^{ème}= éd. 18économique, paris, 2007
- 9- D.Chabanol, J.P jougoulet. F.Bourrachot, le régime des marchés publics, 5^{ed}, le moniteur, 2007.
- 10- Delaubadère André, manuel de droit administratif, 13 édition, L.G.D.J, paris 1988.
- 11- Deportes(F) et le Guennec, le nouveau droit pénal, droit pénal général, 3^{ed} n°= 576-577.1996.
- 12- E.Desmons, la responsabilité pénale des agents publics, que s'ais-je? n°= 3345, puf juin 1998, p.63.
- 13- E.Miguard, un cas de rétroactivité in mitius délit de favoritisme et droit des marchés publics site Internet.
- 14- Encyclopedia the social science, 1985 edited Adam Kuper and Jessica Kuper, Routledge, london 1985.
- 15- Intervention de Jérôme Choffel, la combinaison hiérarchisation- pondération commune de YUTZ conseil générale, Epinal, paris, le 25 juin 2005.
- 16- J.Auby, " le mouvement de la pénalisation de l'action publique". Dr. admin. janv 1997.

- 17- J. Pradel, droit pénal, tome 1, introductions générale Droit pénal général, 8^{ed} = cujos, paris, 1992.
- 18- J. Benoit, "les rapports d'intérêt entre les élus et l'administration locale", Dalloz, 1997.
- 19- J. Coullosse, Droit public, droit privé, sens et portée d'un partage académique, A.J.D.A. 1996.
- 20- J. Simone, responsabilité pénale des personnes coauteurs ou complices des même faits " Droit des affaires N°= 5/1995, p.101.
- 21- J. Hermann, le juge pénal juge ordinaire de l'administrations, Dalloz 1998, Chr. p. 195.
- 22- J. Savoye " De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière des marchés publics". D. 1999 chron.p 169.
- 23- G.A. Gallon, le services de la répression des fraudes et de contrôle de la qualité, thèse, paris XI, 1993.
- 24- Gibal Michel, le nouveau code des marchés publics, une réforme composite, la semaine juridique prix dosseurs périodique, éd.16-17. paris.
- 25- G. Vedel Jean, droit administratif, Thémis, éd puf 1976
- 26- Lajoie Christophe, droit des marchés publics, BERTI édition, Alger 2007.
- 27- Levasseur (G), le problème de la pénalisation, ARC. pol. crim ,1983.
- 28- M. Richard Deau, les actes administratifs unilatéraux négociés thèse de doctorat, université d'Augers, le 08.12.2006.
- 29- M. Houriou, précis de droit administratif et de droit public, , 11^{ed} = torue ,1927.
- 30- Ministère des finances, direction générale du budget guide des contrôleurs financier des dépenses engagées, Algérie 1999.
- 31- Manuel de procédures d'exécution de recettes et des dépenses publiques direction générale de la comptabilité, ministère des finances, Avril 2007.
- 32- M.A. Frison-Roche, les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz, 1997.
- 33- M. Delmas Marty, modèles et mouvement de politique criminelle, paris, 1983.
- 34- Marie-Paule. Lucas de LEYSSAC, Alexis Mihaman Droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Economica, p 147.

- 35- M.Guibal, Mémento des marchés publics, éd, le Moniteur, 1998.
- 36- M.Lombard, droit administratif, DALLOZ, 3^{ème} éd. 1999 p.187.
- 37- Michel Veron, droit pénal spécial, Sirey 12 éd 1994.p.378.
- 38- Molfessis Nicolas. N " les illusion de la codification à droit constant et la sécurité juridique". Revue trimestrielle de droit civil, 2000 p.186.
- 39- OCDE. rapport en 2005 sur le conflit d'intérêts.
- 40-P.Devedjin, le temps des juges, Flammarion, chapitre VII: " la corruptions des dromne politiques, 1996.p.164.
- 41- Pinatel Jean, l'encyclopédie de poche, le phénomène criminel .M.A. édition. paris.
- 42- P.Ptit, le juge pénal va-a-il supplanter le juge administratif? la lettre du cadre territorial, juin, 1996, n°= 120.
- 43- Petit Larousse illustré 1991.
- 44- Pierre Bouzat et Jean Pinatel, traite de droit pénal et criminologie, tome 1, Dalloz, paris 1970.
- 45- Pradel (J), l'instruction préparatoire, 8 éd, cujas 1990.p.958.
- 46- Pireyre Bruno-André, " corruption et trafic d'influence: l'approche du droit pénal, Revu française de finances publiques, n°= 69 mars 2000, p.34.
- 47- Rivero Jean, droit administratif, Dalloz, 13^{éd} paris, 1990.
- 48-Rapport analytique sur la passation des marchés publics en Algérie, Document de la Banque Mondiale, version définitive juin 2003, Région moyen orient et Afrique du nord, p.5.
- 49- Rapport MIEIM publié sur internet ([http: www.Finance; gouv.Fr/mission- marchés](http://www.Finance.gouv.Fr/mission-marchés) le 13.01.2014).
- 50-R.Chapus, droit administratif général, t.1 7^{ème}=ed. Montchrestien, 1993.
- 51- Sabri Mouloud, le droit des marches publics en Algérie réalité et perspectives, R.C.E, N°= 07, Algérie 2007.
- 52- Sabri Belaid, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ, paris 1974.
- 53- Site internet www.conxite le 28.09.2009 (Définition de l'offre inappropriée dans le marché publics).
- 54- Stéfani (G) Levasseur (G) et Bouloc (B), droit pénal général, 16 éd n° 368.1997.

55- Van de Kerkhove, Médicalisation et fiscalisation du droit pénal de version asymétrique de la pénalisation déviance et société, Genève. vd.5 N1.1981.

-IV- المقالات باللغة الأجنبية :

- 1- A. Touzilond, " le point sur la responsabilité pénale des agents des opérations des marchés publics ou de délégations de services publics" Rev marchés publics n°= 2/98.13.
- 2- B.Mercadal, Recherches sur l'intention en droit pénal, Rev.sc.crim 1967.p.10. 7- B. David Capitant, la coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elles s'inscrire dans le cadre de la théorie " in house" revue Lamy des collectivités territoriales, juin 2009, N°= 47.
- 3- Bruno André Pireyre, marchés publics(favoritisme), recueil 5 marché public rep. pén. avril 1998.p.07.
- 4- Circulaire du garde des sceaux Français n°= 98-4/g3 du 02.07.1998. Mon. TP- 02 oct 1988, suppt.to, p385, Revue des marchés publics publ N°= 41999, p.7.15 " Etude à partir de trente trois décisions rendus le délit de favoritisme.
- 5- David Capitant, le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? revue LAMY des collectivités territoriales , février 2009 n°43.p.41.
- 6- David Capitant, simplification des recours contre les contrats administratives, Etudes et commentaires Notes contrat administratif, recueil dalloz 2007/N.35. P.2501.
- 7- L. Wurthom. L.Goutal " A quoi sert le juge pénal ?" journal des maires, Fev.1997, N°= 2.
- 8- M. Furestier " Une nouvelle forme de mise en concurrence: la mise en concurrence permanente", Rev. Marchés publics nov.1993p52.
- 9- M.J.Leclercq, Variation sur le thème pénalisation dépenalisation, Rev.dr, pén. crim 1978.
- 10- M. Mattera, la politique communautaire des marchés publics nécessité ou souci de perfectionnisme, Rev, marchés publics union euro. n°= 4/1996.

-VI- المواقع الإلكترونية:

- 1 - www.connxite le 28 sept 2009 (Définition de l'offre inappropriée).
- 2- <http://www.Finances.gouv.fr/mission-marchés>. le 13.01.2014.
- 3- [http://www.viepublique.fr/actes unilatéraux](http://www.viepublique.fr/actes-unilatéraux) après consultation ou après concertation. le 05/02/2014.

الفهرس

01	صفحة	المقدمة
28 طبيعة المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.....	الباب الأول:
29 ماهية المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.....	الفصل الأول:
29 مفهوم المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.....	المبحث الأول:
29 تعريف المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.....	المطلب الأول:
32 خصائص المسؤولية الجزائرية في مجال الصفقات العمومية.....	المطلب الثاني:
32 قواعد المسؤولية الجزائرية كنظام لحماية الصفقات العمومية.....	الفرع الأول:

33	الفرع الثاني: ظهور مفهوم خاص للمسؤولية الجزائية للصفات العمومية.....
34	الفرع الثالث: المسؤولية الجزائية كداعم لمنظومة الرقابة الإدارية والمالية.....
35	المطلب الثالث: إشكالية المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.....
36	الفرع الأول: الحد من التجريم
38	الفرع الثاني: الحد من العقاب
38	الفرع الثالث: التحول عن الإجراء الجنائي
41	المبحث الثاني: خصوصية النظام القانوني للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.....
42	المطلب الأول: التجريم في النصوص الدولية.....
42	الفرع الأول: دور المنظمات الدولية
43	- أولاً: إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.....
45	- ثانياً: إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته.....
46	- ثالثاً: مشروع الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد.....
47	- رابعاً: دور بعض الهيئات الإقليمية والمالية الأخرى في مكافحة الفساد.....
48	الفرع الثاني: مساهمة بعض المنظمات الدولية غير الحكومية.....
49	الفرع الثالث: محل تجريم الصفقات العمومية في التشريع الدولي.....
50	المطلب الثاني: التجريم في الصفقات العمومية في القانون الداخلي.....
51	الفرع الأول: التوسع في مدلول الفساد
54	الفرع الثاني: التجريم في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.....
56	الفرع الثالث: شمولية التجريم لقوانين أخرى
68	المبحث الثالث: المصالح المحمية في مجال تجريم الصفقات العمومية.....

- 69المطلب الأول: تخليق الحياة العامة كمصلحة عامة جديرة بالحماية الجزائية.....
- 70الفرع الأول: تعريف النزاهة
- 72الفرع الثاني: النزاهة كمصلحة في منظور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.....
- 76الفرع الثالث: الوظيفة العامة كمصلحة جديرة بالحماية.....
- 80المطلب الثاني: المصالح المحمية في منظور القانون 06-01
- 81الفرع الأول: حرية الدخول إلى الطلب العمومي
- 83الفرع الثاني: مبدأ المساواة بين المرشحين
- 85الفرع الثالث: مبدأ الشفافية.....
- 87الفصل الثاني: إشكالات تواجه المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.....
- 87المبحث الأول: إشكالات مرتبطة بتطبيق بعض المبادئ العامة في المسؤولية الجزائية.....
- 87المطلب الأول: صعوبات متصلة بمبدأ الشرعية.....
- 88الفرع الأول: غموض بعض المصطلحات.....
- 89أولاً: الصفقة العمومية كعقد إداري.....
- 901- مفهوم الصفقة العمومية.....
- 942- إستعمال مصطلح صفقة للتعبير عن العقد في قانون الصفقات العمومية.....
- 95ثانياً: إرتباط الصفقة العمومية بالمال العام.....
- 97ثالثاً: الصفقة كعقد مكتوب.....
- 99الفرع الثاني: شمولية الصياغة في النموذج التجريمي.....
- 1021- الأحكام المكرسة لحرية الدخول للطلب العمومي.....
- 1031- أ- طبيعة الإعلان الضروري لتحقيق مبدأ المنافسة.....

106	1- ب- مضمون الإعلان.....	
110	2- المساواة بين المرشحين.....	
112	3- شفافية الإجراءات.....	
114 - شروط وكيفية إختيار المتعامل المتعاقد.....	I.....
117 - معايير إختيار المتعامل المتعاقد.....	II.....
118 - أ- التحديد المسبق للحاجيات	II.....
121 - ب- تحديد معايير الإختيار.....	II.....
123 - ج- منهجية التعامل مع معايير الإختيار.....	II.....
127	المطلب الثاني: تطبيق القانون الأقل شدة في ظل الإحالة على النص التنظيمي في جرائم الصفقات العمومية..	
127	الفرع الأول: الطابع التنظيمي لقواعد تنظيم الصفقات.....	
129 - أ- بعض الإجراءات الأقل شدة	
130 - ب- موقف الفقه.....	
130 - ج- موقف القضاء.....	
132	المبحث الثاني: إشكالات متصلة ببعض الرخص القانونية	
132	المطلب الأول: حالة الإستعجال.....	
132	الفرع الأول: مدلول الإستعجال.....	
135	الفرع الثاني: تعامل القاضي الجزائي مع حالة الإستعجال.....	
136	المطلب الثاني: حالة التجاوز.....	
136	الفرع الأول: تجاوز الإجراء الإداري.....	
137	الفرع الثاني: تجاوز الإجراء المالي.....	

139 خلاصة الباب الأول
140 تجليات المسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية. : الباب الثاني
141 شمولية المسؤولية الجزائية لكافة المتدخلين في الشراء العمومي : الفصل الأول
142 المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعية في جرائم الصفقات : المبحث الأول
144 التوسع في مفهوم الموظف : المطلب الأول
144 المفهوم الإداري للموظف العمومي : الفرع الأول
148 الموظف العمومي من منظور جرائم الفساد عموماً : الفرع الثاني
149 1- أصحاب المناصب التنفيذية و الإدارية و القضائية و الوكالة النيابية.....
155 2- الشخص الذي يشغل منصباً قضائياً.....
155 3- الأشخاص ذوو الولاية النيابية.....
156 4- من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال مختلط.....
159 5- الموظف العمومي حكماً.....
163 خصوصية صفة الموظف العمومي في نطاق جرائم الصفقات العمومية. : المطلب الثاني
164 إرتباط صفة الموظف العمومي بإجراء الإبرام : الفرع الأول
164 أولاً- الشخص المبرم للصفقة.....
166 أ- الأشخاص المفوض لهم.....
171 ب- الأشخاص المكلفين بالرقابة الذاتية الداخلية.....
173 ثانياً- الموظف المؤشر على الصفقة.....
173 أ- تأشيرة لجنة الصفقات العمومية.....
177 ب- تأشيرة المراقب المالي.....

179	ثالثاً- فئات أخرى مشمولة بالمتابعة الجزائية.....
183	المبحث الثاني:	الإعتباري في مجال الصفقات العمومية..... المسؤولية الجزائية للشخص
183	المطلب الأول:	الجدل الفقهي بخصوص مسؤولية الشخص الإعتباري.....
184	الفرع الأول:	إنكار مسؤولية الشخص المعنوي.....
185	الفرع الثاني:	الإعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص لمعنوي.....
188	المطلب الثاني:	مساءلة الشخص المعنوي جزائياً في مجال جرائم الصفقات العمومية.....
188	الفرع الأول:	نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.....
189	1- مسؤولية الدولة جزائياً.....
190	2- مسؤولية الجماعات المحلية.....
191	3- الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام.....
195	الفرع الثاني:	أحكام مسؤولية الشخص المعنوي.....
199	الفصل الثاني:	القواعد الموضوعية والإجرائية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.....
200	المبحث الأول:	القواعد الموضوعية للمسؤولية الجزائية في مجال الصفقات العمومية.....
201	المطلب الأول:	مدى ضرورة التجريم في مجال الصفقات العمومية.....
201	الفرع الأول:	نظرة الفقه للتجريم في مجال الصفقات العمومية.....
201	أولاً: الإتجاه المؤيد.....
203	ثانياً: التحفظ على التجريم في مجال الصفقات العمومية.....
204	الفرع الثاني:	مقتضيات التجريم في مجال الصفقات العمومية.....
209	المطلب الثاني:	جناة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.....
210	الفرع الأول:	الركن المادي لجريمة منح إمتيازات غير مبررة.....

211أولا: الإمتياز غير مبرر كعنصر في تكوين جريمة المحاباة.....
214أ- الإمتياز غير المبرر الممنوح قبل إبرام الصفقة العمومية.....
217ب- الإمتياز غير المبرر الممنوح أثناء إبرام الصفقة العمومية.....
220ج- الإمتياز غير المبرر الممنوح أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.....
223ثانيا: الصورة الثانية للإمتياز غير المبرر.....
2231- خصوصية عناصر الجريمة.....
2252- الركن المادي لجريمة الإستفادة من الإمتياز غير المبرر.....
227الركن المعنوي لجريمة الإمتياز غير المبرر.....
227أولا: الركن المعنوي في صورتها الأولى.....
235ثانيا: الركن المعنوي في الصورة الثانية من المحاباة.....
236إجتماع جريمة المحاباة مع جرائم الفساد الأخرى.....
237الجزاء المقرر لجريمة منح إمتياز غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.....
238أولا: العقوبات الأصلية.....
241ثانيا: العقوبات التكميلية لقمع جريمة المحاباة.....
2421- الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.....
2432- عقوبة المصادرة.....
2463- بطلان الصفقة.....
249ثالثا: معاقبة الشروع في جرائم الصفقات العمومية.....
250رابعا: تقادم العقوبة.....
251خامسا: الظروف المشددة للعقوبة في جريمة المحاباة.....

252	سادسا: الإعفاء من العقوبات و تخفيفها.....
253	المطلب الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
254	الفرع الأول: مفهوم الرشوة.....
256	الفرع الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
257	أولا: أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
257	I - صفة الجاني.....
258	II - عناصر الركن المادي لجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
258	1- النشاط الإجرامي.....
263	2- طبيعة الفائدة أو المزية.....
263	3- المناسبة.....
264	III - الركن المعنوي لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية.....
267	IV - الأحكام العقابية لجنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
271	المبحث الثاني: القواعد الإجرائية للمتابعة الجزائية في جرائم الصفقات العمومية.....
272	المطلب الأول: دور القاضي الجنائي.....
272	الفرع الأول: تدعيم اختصاص القاضي الجنائي.....
273	أولا: تكيف العقد على أنه صفقة عمومية.....
275	ثانيا: تحديد التصرفات المخلة بمبادئ الصفقات العمومية.....
276	ثالثا: تنظيم الصفقات العمومية ككباح لفعالية النظام العقابي.....
277	رابعا: تحديد الفاعل في حالة التفويض بالإمضاء.....
279	خامسا: نطاق الولاية الكاملة للقاضي الجزائي.....

281	الفرع الثاني: مساهمة الهيئات الرقابية في الكشف و التحري عن جرائم الصفقات العمومية.....
281	أولاً: دور هيئة مكافحة الفساد في الكشف و التحري.....
284	ثانياً: دور المفتشية العامة للمالية في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.....
287	ثالثاً: دور مجلس المحاسبة في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.....
291	المطلب الثاني: إجراءات المتابعة القضائية في جرائم الصفقات العمومية.....
292	الفرع الأول: سلطات الضبطية القضائية و التحري عن جرائم الصفقات العمومية.....
292	أولاً: اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و إلتقاط الصور.....
296	ثانياً: الكشف عن طريق التسرب أو الإختراق.....
298	ثالثاً: أسلوب التسليم المراقب.....
298	رابعاً: هيئات داعمة أخرى.....
300	خامساً: التعاون الدولي في تسليم المجرمين.....
302	الفرع الثاني: المتابعة الجزائية لجرائم الصفقات العمومية.....
302	أولاً: تحريك الدعوى.....
304	ثانياً: بعض الوضعيات المقيدة لرفع الدعوى.....
306	ثالثاً: مرحلة المحاكمة.....
309	خلاصة الباب الثاني.....
310	الخاتمة.....
317	قائمة المراجع.....
333	الفهرس.....

